



Oikeudelliset reunaehdot: Kilpailu- ja valtiontukisääntely

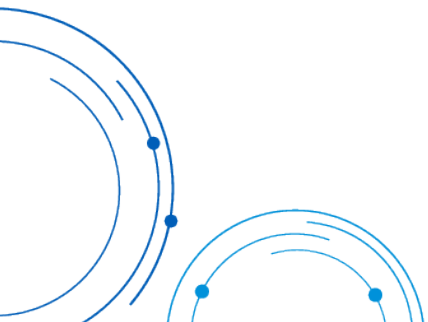
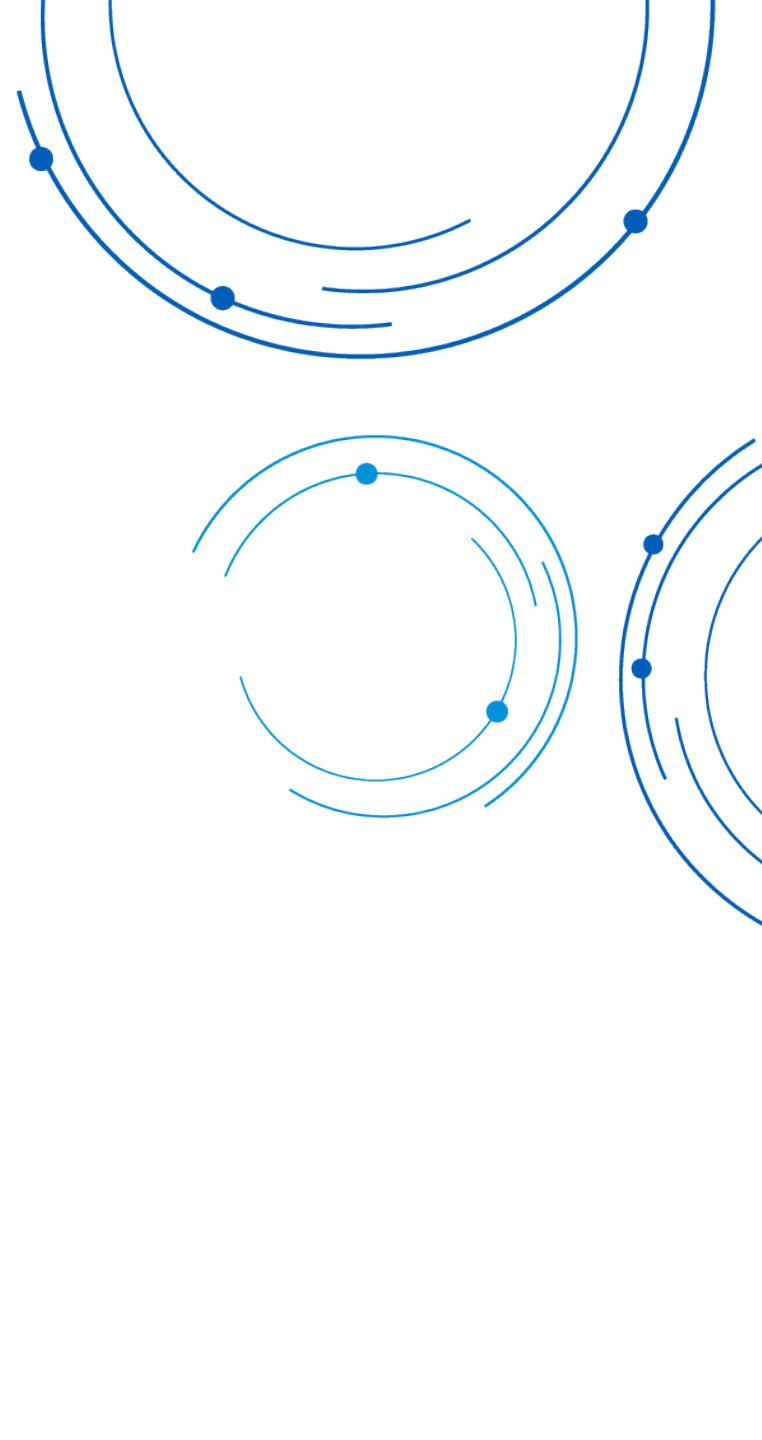
HKL

7.4.2021





Yhteenveto ja huomiot



Yhteenveto 1/3

Asiakkaalta saatujen taustatietojen perusteella sekä kantakaupungin raideliikennettä että Raide-Jokerin liikennöintiä koskevat sopimukset perustuvat sidossuhteeseen ja sidosyksikköasemaan ja/tai vaihtoehtoisesti horisontaaliseen yhteistyöhön. Yhtiö/-t olisivat lähtökohtaisesti sekä Helsingin kaupungin että tarvittavilta osin Vantaan kaupungin sidosyksiköitä. Käsitksemme mukaan sidosyksikköasemaan liittyvät edellytykset toteutuvat suunnitellussa mallissa, jossa yhtiön/yhtiöiden omistajia ovat vai Helsingin ja Vantaan kaupungit, joihin myös yhtiöiden toiminta kohdistuu. Kummankin kaupungin riittävä määräysvalta voidaan taata yksinkertaisesti mm. hallituksen jäsenen nimitysoikeudella tilanteessa, jossa omistajia on kaksi.

Asiakkaalta saatujen tietojen perusteella HSL on arvioinut, että PSA-asetus ei sovellu tilanteissa, joissa kyse ei ole PSA-asetuksessa tarkoitettulla tavalla käyttöoikeussopimuksesta. PSA-asetuksen 5 artiklan mukaan julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset tehdään asetuksessa vahvistettujen sääntöjen mukaisesti. Palveluja koskevat hankintasopimukset ja julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset, sellaisena kuin ne on määritelty direktiiveissä 2004/17/EY ja 2004/18/EY [nykyään direktiivit 2014/24-25/EU], tehdään kuitenkin linja-autojen tai raitiovaunujen henkilöliikennepalvelujen osalta näissä direktiiveissä säädettyjen menettelyjen mukaisesti, sikäli kuin sopimukset eivät ole näissä direktiiveissä määriteltyjä palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia. Vastaava tulkinta on vahvistettu myös oikeuskäytännössä, mm. asiassa C-253/18 ("...5 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että sitä ei sovelleta linja-autojen julkisia henkilöliikennepalveluja koskevien sopimusten, jotka eivät ole käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/23/EU tarkoitettuja konsessiosopimuksia, sopimuspuolten suoraan valintaan").

Koska PSA-asetuksen ei sopimusten luonteesta johtuen katsota soveltuvan liikennöintihankintoihin, myöskään asetukseen perustuva yksinoikeusjärjestely ei tule kyseeseen. Raideliikennettä koskevien liikennöintipalveluiden osalta perustettavan yhtiön ja kaupunkien sekä HSL:n välinen sopimusjärjestely tullaan toisin sanoen perustamaan hankintalain sidosyksikkösääntelyä ja/tai horisontaalista yhteistyötä koskeviin poikkeuksiin.

Lisäksi asiakas on ilmoittanut, ettei yhtiö tai suunnitellussa konsernirakenteessa sen liikennöintipalveluita tarjoava tytäryhtiö tule siirtymään kilpailulle markkinoille nykyisen sopimuskauden päättyessä ja HSL:n kilpailuttaessa liikennöinnin (kuitenkin ks. dia 37).

Kuten edellä selvityksessä on todettu, sidosyksiköiden omistajamyynni ("sidosyksikkömyynti") ei tapahdu kilpailutilanteessa markkinoilla. Sidosyksikön toiminnalla voi kuitenkin olla tosiallisia kilpailuvaikutuksia, vaikka sidosyksikköaseman muodolliset edellytykset täyttyvät. Tätä silmällä pitäen sidosyksiköille on asetettu myös ulosmyyntiraja. Kansallisessa hankintalainsäädännössä sidosyksikön erittäin vähäistä suuremman muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuvan myynnin on katsottu olevan ongelmallista hankintalainsäädännön ja kilpailuoikeuden kilpailun vääristämisen estämistä koskevien tavoitteiden näkökulmasta.

Hankintalaki koskevan hallituksen esityksen mukaan sidosyksiköt voisivat vähäistä suuremman tällaisen myynnin kautta vääristää kilpailua markkinoilla muiden toimittajien kanssa hyödyntämällä määräysvaltaa käyttäviltä hankintayksiköltä kilpailuttamatta saatuja ja sidosyksikölle edullisia hankintasopimuksia. Suurikokoisen sidosyksikön liiketoiminnasta muttamankin prosentin sallittu muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuva myynti voi tarkoittaa käytännössä sitä, että yksiköllä voisi olla miljoonien eurojen liiketoimintaa muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Tämän vuoksi viranomaissektorin hankintalain soveltamisalaan kuuluva sidosyksikkö saa harjoittaa liiketoiminnastaan enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Vastaava raja liittyy myös ns. horisontaaliseen yhteistyöhön. Erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvine yksiköiden osalta vastaava prosenttiosuus ilman euromääräistä rajaa on 20.

Ulosmyyntiraja ei kuitenkaan yksissään takaa sitä, etteikö toiminnalla voisi olla kilpailua vääristävää vaikutusta. Erityisen ongelmalliseksi voi muodostua ulosmyynnin osuus, jonka voidaan tulkita tapahtuvan kilpailutilanteessa markkinoilla. Tällaiset palvelut tulisi lähtökohtaisesti hinnoitella markkinaehtoisesti. Muussa tapauksessa ulosmyynti voi vaarantaa kilpailuneutraliteetin ja toisaalta on mahdollista, että soveltuvaksi tulevat myös EU:n valtioneukisäännöt (ts. omistajamyynni ja siihen liittyvät rakenteet kuten hinnoittelu muodostuu valtioneukisiksi). Möys valtioneukitiedonannon kannalta arvioituna sidosyksikkömuodossa harjoitettu toiminta voi vääristää kilpailua (ks. edellä sivu 10). Kilpailuvaikutusten kannalta huomionarvoista on, että sidosyksikön ja omistajien välisessä hinnoittelussa ei tyypillisesti sovelleta täysin markkinaehtoisia vaatimuksia, toimintaan ei liity esimerkiksi tuottovaatimusta.

Yhteenveto 2/3

Kuten edellä on todettu HKL:n metro- ja raitiovaunuliikenteen hoitaminen on mainittu esimerkkinä lakiin perustuvasta monopoli-asemasta kuntalain esitöissä (HE 32/2013 vp.) Myöskään nyt suunnitellussa toimintamallissa HKL ei saisi asiakastuloja, vaan sen maksut tulisivat HSL:ltä sekä kaupungilta.

Valtiontukitiedonannon mukaan kilpailun vääristyminen on suljettu pois, jos valtiontukitiedonannon mukaiset kumulatiiviset edellytykset täyttyvät:

1. Palvelua koskee lakisääteinen monopoli;
2. Lakisääteinen monopoli sulkee sekä kilpailun markkinoilla että pääsyn markkinoille niin, että kaikki mahdollinen kilpailu suljetaan pois markkinoilta ja palveluntarjoajasta tulee kyseisen palvelun ainoa tarjoaja;
3. Palvelu ei kilpaile muiden palveluiden kanssa; ja
4. Jos palveluntarjoaja toimii toisilla markkinoilla (maantieteellisillä tai tuotemarkkinoilla), jotka ovat avoimia kilpailulle, ristiintukeminen on suljettava pois. Tämä edellyttää, että käytetään erillistä kirjanpitoa, että kustannukset ja tuotot kohdennetaan asianmukaisesti ja että lakisääteisen monopolin piiriin kuuluvalla palvelulle myönnetty julkinen rahoitus ei voi hyödyntää muita toimintoja.

Sidosyksikköasemaan perustuva sopimusjärjestely ei kuitenkaan käsityksemme mukaan muodosta lakisääteistä monopolia, vaikka tilaaja onkin substanssilainsäädännössä tarkoitettu toimivaltainen viranomainen. Valtiontukitiedonannon (kohta 211) mukaan pelkästään se, että julkisen palvelun tehtävä on uskottu tietylle yritykselle, ei kuitenkaan tarkoita, että tällaisella yrityksellä on lakisääteinen monopoli). Esimerkiksi rataverkko muodostanee lähtökohtaisesti luonnollisen monopolin, mutta liikennöinnin osalta tämä ei välttämättä ole tilanne. Niin ikään sidosyksikkömallissa ei ole kyse hankintalainsäädäntöön perustuvasta yksinoikeudesta, joka luonteeltaan rinnastuisi monopoliin. Yleisellä tasolla järjestely, jossa sellaiselle markkinalle tulo, jolla voisi olla kilpailua, käytännössä estyy yhden toimijan sidosyksikköasemasta johtuen, ainakin periaatteessa vääristää kilpailua, tai vaikuttaa ainakin kilpailun syntymiseen. Myös valtiontukisääntelyä voidaan soveltaa siitä riippumatta, harjoitetaanko taloudellista toimintaa esimerkiksi liikelaitoksena vai osakeyhtiönä, eikä mahdollinen kilpailuvaikutus liity kuitenkaan pelkästään yhtiömuodossa toimimiseen.

Toisaalta jos yhtiö tuottaa sopimuksen perusteella palveluita vain omistajapiirille tai yhteistyön piirissä oleville tahoille kilpailuttamisvelvollisuutta koskevan poikkeuksen perusteella (sidosyksikköasema, horisontaalinen yhteistyö), ei toiminta käsityksemme mukaan tapahdu kilpailutilanteessa markkinoilla. Myöskään kuntalain 126 §:n nojalla kunta ei hoida tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla ainakaan, jos kunta tuottaa lain perusteella omana toimintanaan palveluja kunnan asukkaille ja muille, joille kunnan on lain perusteella järjestettävä palveluja, tai, kun toiminta perustuu lakiin perustuvaan monopoli-asemaan tai muodostaa luonnollisen monopolin tai tuottaa välttämättä näihin liittyviä palveluja.

Kilpailutilanteessa markkinoilla ei tapahdu myöskään sidosyksikkömuodossa tai horisontaalisena yhteistyönä harjoitettu yhteistoiminta. Käsityksemme mukaan kyse on myös toiminnasta, jota kaupungit voisivat edelleen harjoittaa myös omana toimintanaan esimerkiksi liikelaitosmuodossa. Yhtiö ei myöskään lähtökohtaisesti tule myöhemmin siirtymään kilpailuille markkinoille.

Edellä läpikäytyin perustein voidaan siis lähtökohtaisesti arvioida, ettei järjestelyyn liity valtiontukia koskevaa problematiikkaa, koska yhtiö ei tosiasiallisesti toimi kilpailuilla markkinoilla.

Vaikka liikennöinnin osalta on epäselvää, voidaanko katsoa, että kyseessä on luonnollinen monopoli, on kuitenkin selvää, että nykytoimintamallista johtuen liikelaitos on harjoittanut kaupungin omana toimintana ja yksinoikeusperusteella yhtiöön siirtyvää toimintaa. Raitio- ja metroliikennöinnin osalta kilpailua ei siten tosiasiallisesti tällä hetkellä ole. Tilanne ei tältä osin muuta yhtiöittämisen myötä vaan vasta HSL:n kilpailuttaessa palvelut.

Kaupungin omana toimintana liikelaitoksen toimintaan on liittynyt välttämättä kuntalain markkinoilla toimimista koskeva sääntely. Mahdollinen liikelaitoksen ulosmyynti on voinut perustua vain kuntalain sallimiin poikkeuksiin ja 127 §:n osalta markkinaehtoiseen hinnoitteluun. Yhtiömuodossa sidosyksikköasema mahdollistaa ulosmyynnin kunkin yhtiön toimintana sovellettavan hankintalain ulosmyyntisäännöksen puitteissa. Ulosmyynnin osalta palvelut tulisi hinnoitella markkinaehtoisesti. Jos yhtiö toimii osin markkinoilla vaikkakin vain sallitun ulosmyyntiosuuden puitteissa, voi yhtiö saada esimerkiksi kaupungin maksaman kompensaaion tai kaupungin tarjoaman rahoituksen myötä tukea, joka vaikuttaa yhtiön kilpailuasemaan ja mahdollisuuteen hinnoitella markkinapalveluita.

Ulosmyyntiosuuteen liittyy mahdollinen tukiriski, mikäli yhtiö saa etua suhteessa mahdollisiin kilpailijoihin (palvelun luonteesta riippuen) eikä palveluita hinnoitella markkinaehtoisesti. Näkemyksemme mukaan mahdollisten kilpailuvaikutusten minimoimiseksi ja siten tukiriskin välttämiseksi on vaihtoehtona pidättäytyä kokonaan ulosmyynnistä, tai vaihtoehtoisesti yhtiön ja muiden osapuolten (kaupunki ja HSL) väliset järjestelyt tulisi toteuttaa markkinaperusteisesti siten, että ulosmyynnin markkinaehtoisuudesta voidaan varmistua. Tämä tulee olla myös todennettavissa yhtiön kilpailuilla markkinoilla tapahtuvaa toimintaa koskevan eriytetyn kirjanpidon ja tuloslaskelmien perusteella.

Jos sidosyksikön ja omistajien ja toisaalta ulkopuolisten tahojen välisissä palveluissa noudatetaan erilaisia hinnoitteluperusteita, voi markkinaehtoisuudesta olla käytännössä hankalaa tai mahdotonta varmistua. Kaupungin tuottaessa yhtiölle palveluita tulee luonnollisesti ottaa huomioon myös kuntalain 127 § ja 128 §, jotka edellyttävät sidosyksikköyhtiölle tuotettavien palveluiden markkinaehtoista hinnoittelua.

Yhteenveto 3/3

Mahdollinen siirtyminen markkinoille

Jos yhtiön/yhtiöiden toiminnan suunnitellaan vastaisuudessa osin suuntautuvan markkinoille, tulisi ottaa huomioon, että mahdolliset ei-markkinaehtoiset palvelut yhtiölle sekä yhtiön rahoitus tavalla, joka ei huomioi markkinaehtoisuutta (ts. markkinataloussijoittajaperiaate, takausehdot), voivat yhtiön siirtyessä markkinoille muodostua tukielementeiksi, jotka ovat omiaan vääristämään kilpailua.

Jos esimerkiksi jokin tytäryhtiöstä siirtyisi myöhemmin toimimaan markkinoille, tällaisen yhtiön toimintaa rahoitettaessa tulisi ottaa huomioon markkinataloustoimijaperiaate ja kaikessa toiminnassa valtiontukia koskeva sääntely. Käytännössä tällöin omistajien ja yhtiön välisissä suhteissa, sekä pääomitettaessa yhtiötä että myönnettäessä takauksia ja toisaalta tuotettaessa palveluita yhtiölle, tulee noudattaa markkinaperusteisia ehtoja (markkinataloussijoittajaperiaate ja markkinaehtoinen hinnoittelu). Yhtiölle myönnettävistä takauksista tulisi periä markkinaehtoinen takausprovisio.

Yhtiön tai sen tytäryhtiön toiminnan luonteen muuttuessa ei voida sulkea pois riskiä siitä, että mahdollisen ei-markkinaehtoisin hinnoittelun tai pääomituksen katsottaisiin sisältävän tukielementin (vrt. yrityskaupan seurauksena uudelle omistajalle siirtyvä laiton tuki). Ilman komission hyväksyntää myönnettyt tuet ovat laittomia, ja ne voidaan joutua perimään korkoineen takaisin tukea saaneelta yritykseltä. Kymmenen vuoden vanhentumisaika alkaa siitä päivästä, jona tuki myönnettiin tuensaajalle.

Huolimatta siitä, että tukea myöntävä viranomainen on velvollinen ottamaan huomioon EU:n valtiontukisäännöt, myös julkista tukea saavan yrityksen on syytä varmistaa, että tuki on valtiontukisääntöjen mukaista. Jos valtiontuki ei kuulu ryhmäpoikkeusten piiriin tai ole vähämerkityksistä, tuki voidaan ottaa käyttöön vasta, kun komissio on sen ennakoilmoitusmenettelyssä hyväksynyt.

Siinä tilanteessa, että yhtiö tai jokin yhtiön tytäryhtiöistä siirtyy myöhemmin kilpailuille markkinoille (liikennöinti ja kunnossapitopalvelut), tulisi näkemyksemme mukaan heti toiminnan alkuvaiheessa lähtökohtana pitää, että tuleva markkinatoiminta huomioidaan yhtiötä koskevassa päätöksenteossa niin, ettei yhtiö (tai sen mahdollisesti myöhemmin markkinoille siirtyvä tytäryhtiö) saa myöhemmin perusteetonta kilpailuetua suhteessa kilpailijoihin. Tämä tarkoittaa käytännössä markkinaehtoisuuden huomioimista muun muassa rahoitusta ja palveluiden kustannuksia koskevassa päätöksenteossa, ml. myönnettävien takauksen markkinaehtoisuutta.

Lainsäädännöstä ei kuitenkaan käsityksemme mukaan johdu kategorista estettä sille, että sidosyksikköyhtiö siirtyisi markkinoille. Vastaavia järjestelyitä käytännössä myös toteutetaan. Olennaista tällöin on varmistua siitä, että toimintaan liittyvä tukielementti jollakin tavoin neutraloidaan. Tämä voi käytännössä olla haasteellista tai mahdotonta tilanteessa, jossa sidosyksikköyhtiön toimintaa on esimerkiksi voimakkaasti subventoitu.

Yhtenä vaihtoehtoisena menettelytapana voidaan harkita markkinoille kohdistuvan toiminnan siirtämistä uuteen yhtiöön, jolloin muun muassa arvonmäärityksessä voidaan huomioida mahdolliseen subventointiin liittyviä kysymyksiä. Osin vastaavia seikkoja on arvioitu muun muassa komission oppaassa Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises (commission staff working paper 2012 / 14). Lisäksi on mahdollista harkita ns. pre-notifiointivaihtoehtoa, eli mahdollisuutta kääntyä komission puoleen ennen järjestelyn toteuttamista.

Hankintalainsäädännössä huomioidaan mahdollinen hankintayksikön antaman tuen vaikutus asiaa koskevilla nimenomaisissa säännöksissä. Esimerkiksi erityisalojen hankintalain 96 §:n mukaan ”jos tarjoajana on hankintayksikön omaan organisaatioon kuuluva yksikkö taikka, jos tarjoaja on saanut tai on saamassa hankintayksiköltä tarjoushintaan vaikuttavaa taloudellista tukea, hankintayksikön tulee tarjousten vertailussa ottaa huomioon edellä mainittu taloudellinen tuki ja muut sille aiheutuvat todelliset tarjoushintaan vaikuttavat seikat”. Säännös ei kuitenkaan sellaisenaan sovellettaisiin, ettei toimintaan liity tukielementtiä. Niin ikään säännöstä on tarkoitettu sovellettavan vain tarjoajan hankinnan tekevältä hankintayksiköltä saamaan tukeen, ei yleisemmin.



© 2021 KPMG Oy Ab, a Finnish limited liability company and a member firm of the KPMG global organization of independent member firms affiliated with KPMG International Limited, a private English company limited by guarantee. All rights reserved.

The KPMG name and logo are registered trademarks or trademarks of KPMG International.