

MUISTIO

Vastaanottaja: Valtioneuvoston kanslian omistajaohjausosasto
Päivämäärä: 5. toukokuuta 2020
Viite: Selvitys Veikkauksen keskuspelijärjestelmää koskevan sopimusmuutoksen hankintalainmukaisuudesta

1. TIIVISTELMÄ

Veikkaus Oy ("**Veikkaus**") muutti keskuspelijärjestelmäänsä koskevaa sopimusta vuonna 2018 kilpailuttamatta tätä sopimusmuutosta julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, "**hankintalaki**") mukaisesti. Meitä on Valtioneuvoston kanslian omistajaohjausosaston pyynnöstä pyydetty arvioimaan tämän päätöksen lainmukaisuutta hankintalain kannalta tarkasteltuna, sekä tarpeellisessa määrin Veikkauksen hallituksen jäsenten toimintaa osakeyhtiölain (21.7.2006/624, muutoksineen "**osakeyhtiölaki**") säännösten valossa.

Veikkaus on toimittanut omistajaohjausosastolle 14.2.2020 päivätyn muistion ("**Muistio**"), jossa se on esittänyt perustelut sopimusmuutoksen toteuttamiselle ilman kilpailuttamista. Meille esitettyjen tietojen perusteella Veikkauksen Muistiossa esittämistä perusteluista hankintalain lisätöitä tai -palveluja koskevan oikeuttamisperusteen soveltuminen arvioitavana olevaan tapaukseen on mahdollista. Haluamme kuitenkin huomauttaa, että kyseisen oikeuttamisperusteen tulkintakäytännön vähyydestä johtuen sen soveltumisen arvioinnissa on tulkinnanvaraisuutta ja viime kädessä oikeuttamisperusteen soveltuvuuden käsillä olevaan tapaukseen päättää toimivaltainen tuomioistuin. Koska Veikkauksen Muistiossa esittämä hankintalain lisätöitä tai -palveluja koskeva kilpailuttamatta jättämisperusteen soveltuminen tarkasteltavana olevaan hankintaan on mahdollinen, ei toimeksiantomme puitteissa ole ollut tarpeen arvioida muita Muistiossa esitettyjä näkemyksiä enemmälti. Hankintalaki ei edellytä, että hankinnan tekemiselle kilpailuttamatta tulisi olla useita perusteita, yhden perusteen soveltuminen on riittävää.

Omistajaohjausosastolle toimitetun Muistion mukaan Veikkauksesta tuli hankintalain mukainen julkinen hankintayksikkö peliyhteisöjen yhdistyessä 1.1.2017. Tällä perusteella Veikkaus on pitänyt kyseenalaisena soveltuuko hankintalaki ennen 1.1.2017 solmittuihin sopimuksiin lankaan. Tarkasteltavan tilanteen kannalta keskeistä ei ole Veikkauksen hankintayksikköstatus ennen yhdistymistä vaan Veikkauksen hankintayksikköstatus silloin, kun päätös hankinnan tekemisestä kilpailuttamatta tehtiin, eli tässä tapauksessa 12.6.2018. Koska tuona ajankohtana Veikkaus oli hankintayksikkö, olemme arvioineet tehtyä sopimusmuutosta hankintalain säännösten perusteella.

Omistajaohjausosastolle toimitetun Muistion mukaan vuonna 2018 tehdyissä muutoksissa ei ollut kyse hankintalain tarkoittamasta olennaisesta

sopimusmuutoksesta eikä kilpailuttamisvelvoitetta näin ollen ollut. Vuonna 2018 toimeenpannut keskuspelijärjestelmäsopimuksen hinnoitteluperustetta, sopimuksen voimassaoloaikaa, hankinnan kohdetta sekä palvelun toteuttamistapaa koskevat sopimusmuutokset voivat olla sopimuksen kannalta siinä määrin keskeisiä, että niiden muuttaminen voi tietyissä olosuhteissa nähdäksemme olla omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudestaan kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot. Sopimuksen keskeisten ehtojen muuttaminen on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan katsottu olennaiseksi muutokseksi.

Hankintalaki ei sisällä tyhjentävää luetteloa olennaisista sopimusmuutoksista, mutta oikeuskäytäntöä on tältä osin verrattain kattavasti olemassa. Kukin sopimusmuutos tulee kuitenkin arvioida tapauskohtaisesti. Koska oikeuskäytäntö on ollut suhteellisen tiukkaa sen suhteen, milloin sopimusmuutoksia ei ole katsottu olennaiseksi sopimusmuutokseksi, olemme omassa arvioinnissamme varovaisuuden periaatetta noudattaen ottaneet lähtökohdaksi sopimusmuutoksen olennaisuuden. Myös vastakkainen tulkinta voisi hankintalain tulkinnanvaraisuudesta johtuen olla mahdollinen.

Olennaiset sopimusmuutokset eivät automaattisesti laukaise kilpailuttamisvelvollisuutta, sillä tiettyjen oikeuttamisperusteiden vallitessa olennaisiakin sopimusmuutoksia voi tehdä kilpailuttamatta. Olemme arvioinnissamme keskittyneet arvioimaan, oliko Veikkauksen mahdollista nojautua näihin hankintalain sisältämiin oikeuttamisperusteisiin hankintamenettelyn valintaa tehdessään.

Veikkaus pitää omistajaohjausosastolle toimitetussa Muistiossa esitetyn mukaisesti sopimusmuutosta sallittuna sillä perusteella, että siihen soveltui hankintalain lisätöitä tai -palveluja (hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohta) koskeva oikeuttamisperuste. Meille annettujen tietojen perusteella lisätöitä tai -palveluja koskevan oikeuttamisperusteen soveltuminen on mahdollista. Koska kotimaista oikeuskäytäntöä kyseisen poikkeusperusteen soveltumisesta on tietojemme mukaan vain yhden tapauksen¹ verran, eikä tiedossamme ole kyseisen poikkeusperusteen kansainvälistäkään soveltamiskäytäntöä, on kyseisen oikeuttamisperusteen soveltumisessa kuitenkin tiettyä hankintalaille ominaista tulkinnanvaraisuutta.

Huomioimme, että lisätöitä tai -palveluja koskeva sopimusmuutos edellyttää hankintalain mukaan sopimusmuutosilmoituksen tekemistä. Nyt tarkasteltavaa sopimusmuutosta koskien tällaista muutosilmoitusta ei ole Veikkauksen toimesta tehty. Suosittelemme vastaisuudessa hankintalain 58 §:n mukaisen muutosilmoituksen tekemistä tilanteissa, joissa hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 ja/tai 3 kohdan arvioidaan soveltuvan sopimusmuutokseen.

Tältä osin toteamme, että nyt tarkasteltavana olevassa tilanteessa Kilpailu- ja kuluttajaviraston ("**KKV**") mahdollisuudet esittää Veikkaukselle seuraamuksia ja markkinaoikeuden mahdollisuudet määrätä näitä seuraamuksia hankintalain noudattamatta jättämisestä ovat poissulkeutuneet määräaikojen umpeen kulumisen johdosta. Nämä määräajat ovat kuitenkin huomattavan pitkiä (6 kuukautta + 6 kuukautta). Sama koskee markkinoilla toimivan elinkeinonharjoittajan valitusmahdollisuutta. Määräaikaa hankintavalituksen tekemiselle on kuitenkin mahdollista lyhentää merkittävästi tekemällä hankintalain edellyttämät julkiset ilmoitukset HILMAssa. Mikäli ilmoitus on julkaistu, lyhenee valitusaika 14 päivään.

¹ MAO:399/19, antopäivä 16.9.2019.

Sopimusmuutoksen ilmoittamatta jättäminen pidentää siten merkittävästi sitä aikaa, jona sopimusmuutoksen toteuttamiskelpoisuus on epävarma. Suorahankintailmoituksen tekemättä jättäminen puolestaan altistaa hankintayksikön KKV:n seuraamusmaksuesitykselle. Suosittelemme jatkossa hankintalain avoimuusperiaatteen toteuttamiseksi hankintalain säännösten noudattamista muutos- ja suorahankintailmoitusten osalta.

Veikkaus toi Muistiossaan omistajaohjausosastolle esiin 1.1.2017 voimaantulleen hankintalain tuoreuden sekä tästä seuranneen muutossopimuksia koskevien säännösten epäselvän tulkintakäytännön. Ottaen huomioon, että hankintalain kansallinen soveltamiskäytäntö on joiltain osin vasta muotoutumassa sekä ottaen huomioon, että osa hankintalain säännöksistä on hyvinkin tulkinnanvaraisia, suosittelemme jatkossa varovaisuuden periaatetta noudattaen epäselvissä tilanteissa kilpailuttamaan mahdollisesti kilpailuttamisvelvoitteen alaiset hankinnat taikka julkaisemaan niistä suorahankinta- tai hankintamuutosilmoituksen.

Mitä puolestaan tulee hallituksen jäsenen vastuuseen, toteamme että mahdollinen hankintalain vastainen menettely ei sellaisenaan synnytä yhtiöoikeudellista vastuuta hallituksen jäsenille, vaan vastuun syntyminen edellyttää osakeyhtiölain vastaista menettelyä. Käytännössä voisi olla mahdollista, että hankintalain vastaisen toiminnan johdosta katsottaisiin, että hallituksen jäsen on rikkonut osakeyhtiölain 1 luvun 8 §:n mukaista huolellisuusvelvoitetta.

Edellä mainitun hankintalain oikeuttamisperusteen edellytysten täytyessä hallitukselle ei voi syntyä vastuuta hankintalain vastaisen menettelyn pohjalta, mistä syystä laajemman arvioinnin tekemistä osakeyhtiölain 1:8:n nojalla ei ole tässä yhteydessä katsottu tarpeelliseksi.

2. TAUSTA JA TARKOITUS

Tämä selvitys on laadittu Valtioneuvoston kanslian pyynnöstä koskien Veikkauksen peliyhtiö International Game Technology PLC:n ("IGT") kanssa syksyllä 2018 tekemää sopimusta ("**Uusi IGT-sopimus**"). Sopimus koskee Veikkauksen keskuspelijärjestelmää. Veikkaus ei järjestänyt julkista tarjouskilpailua Uudesta IGT-sopimuksesta. Alkuperäinen keskuspelijärjestelmää koskeva puitesopimus tehtiin joulukuussa 2004 ("**Alkuperäinen IGT-sopimus**").

Tilanteeseen liittyen Valtioneuvoston kanslia on lähestynyt meitä ja pyytänyt riippumatonta selvitystä seuraavista kysymyksistä:

- (a) Onko Veikkauksella ollut hankintalain mukainen peruste olla kilpailuttamatta Uutta IGT-sopimusta?
- (b) Mikäli vastaus ensimmäiseen kysymykseen on kielteinen, mikä on Veikkauksen hallitusten jäsenten vastuu tällaisessa tilanteessa?

Selvityksemme perustuu Veikkauksen meille toimittamaan kirjalliseen aineistoon sekä asian selvittämiseksi 17.3.2020 järjestetyssä kuulemistilaisuudessa annettuihin tietoihin ("**Kuuleminen**")².

Veikkauksen alkuperäinen keskuspelijärjestelmä otettiin käyttöön 14.12.2004 allekirjoitetun Alkuperäisen IGT-sopimuksen perusteella. Alkuperäisen IGT-sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen sopimuskokonaisuuteen on tehty useita sopimusmuutoksia. Näitä sopimusmuutoksia on ollut muun muassa Supplementary Agreementin allekirjoittaminen 19.12.2007 tehokkuusmallin ja -tavoitteiden lisäämiseksi sekä sopimusajan pidentämiseksi, vuonna 2009 sopimusmuutoksilla lisättiin ns. linjakassajärjestelmä sekä eBingoa koskeva järjestelmäosuus, vuonna 2010 nettipalvelu uudistettiin, vuonna 2012 tehokkuusmallista luovuttiin ja sopimuksen voimassaoloaikaa pidennettiin sekä vuonna 2015 Player Services poistettiin sopimuksesta. Lisäksi sopimusmuutosten yhteydessä on usein muun muassa päivitetty hinnoittelua ja minimiresurssitasoja.

Käsittelyn kohteena olevalla sopimusmuutoksella Uusi IGT-sopimus korvasi Alkuperäisen IGT-sopimuksen. Merkittävimmät sisällölliset muutokset koskivat sopimuksen kohdetta ja laajuutta, voimassaoloaikaa sekä hintoja.

Alkuperäinen IGT-sopimus oli voimassa 30.11.2009 asti, mutta sopimuksen voimassaoloa jatkettiin vuosien 2007 ja 2012 sopimusmuutoksilla siten, että Uutta IGT-sopimusta allekirjoitettaessa Alkuperäisen IGT-sopimuksen voimassaolosta oli sovittu 30.11.2018 asti, jonka jälkeen sopimus olisi ollut toistaiseksi voimassa. Uusi IGT-sopimus allekirjoitettiin 29.9.2018 ja se on voimassa määräaikaisena kahdeksan (8) vuotta, jonka jälkeen sopimuksen sisältyy 4 v + 4 v + 4 v optiot.

Uuden IGT-sopimuksen kohde ja laajuus poikkeavat sitä edeltävistä sopimusversioista. Alkuperäiseen IGT-sopimukseen sisältyi muun muassa keskuspelijärjestelmän (New Gaming System) kehittäminen, lisensointi, palveluiden toimittaminen sekä laitteiden hankinta. IGT omisti keskuspelijärjestelmän immateriaalioikeudet kaikilta osin ja sen Veikkaukselle myöntämä lisenssi oli voimassa sopimuksen päättymiseen asti. Laitteet puolestaan olivat Veikkauksen omistuksessa.

Uuden IGT-sopimuksen toimitukseen sisältyy ohjelmistoratkaisun ja siihen liittyvien palveluiden toimittaminen. Muutosopimuksella yhteistyömalli muuttui ja IGT siirtyi toimittamaan ratkaisun Veikkaukselle SaaS- eli Software as a Service -palvelumallilla. Sopimusmuutoksen yhteydessä Veikkaus myi toimitukseen käytettävät laitteet IGT:lle. Veikkaus tarjoaa datacenter -tilat ja IGT vastaa ratkaisun palvelutuotannosta.

Hinnoittelun osalta merkittävä muutos koski SaaS-palvelun hinnoittelun muuttumista kiinteähintaiseksi. IGT kehitti Alkuperäisellä IGT-sopimuksella hankittua keskuspelijärjestelmää resurssivarauksen puitteissa tuntityönä. Uudessa IGT-sopimuksessa SaaS-palvelu on pääosin kiinteähintainen, joskin Veikkauksella on yhä mahdollisuus tilata asiantuntijapalveluita myös tuntipohjaisella laskutuksella.

² Kuulemiseen 17.3.2020 osallistuivat valtioneuvoston kansliasta ja Veikkaukselta seuraavat henkilöt: Esko Pyykkönen (VNK), Pekka Hurtola (VNK), Markus Katara (VNK), Esa Jalonen (Veikkaus), Antti Kauppi (Veikkaus), Timo Kiiskinen (Veikkaus) ja Pekka Ilmivalta (Veikkaus).

3. VEIKKAUKSEN ESITTÄMIEN PERUSTEIDEN ARVIOINTI

3.1 Hankintalain soveltuminen Uuteen IGT-sopimukseen

Veikkauksen mukaan on kyseenalaista soveltuuko hankintalaki IGT-sopimuksen muuttamiseen lainkaan, koska Alkuperäinen IGT-sopimus tehtiin aikana, jolloin Veikkaus ei ollut hankintayksikkö. Veikkaukselta saamiemme tietojen mukaan, Alkuperäinen IGT-sopimus kilpailutettiin tästä huolimatta avoimuuden hengessä kilpailutushetkellä voimassa olleen hankintalain säännösten mukaisesti, vaikka velvollisuutta kilpailuttamiselle ei olisi ollut. Alla esitetyin perustein katsomme, että sopimusmuutoksen ajankohta on tarkasteltavassa asiassa relevantti ajankohta sen ratkaisemiseksi, soveltuuko hankintalaki kyseiseen hankintaan, ei alkuperäisen sopimuksen teko hetki.

Hankintalain 173 §:n voimaantulosäännösten mukaan hankintalaki on tullut voimaan 1.1.2017. Lain 174 §:n siirtymäsäännösten mukaan ennen lain voimaantuloa aloitettuihin, lain voimaan tullessa vireillä oleviin hankintamenettelyihin sovelletaan ennen lain voimaan tuloa voimassa olleita säännöksiä. Hankintalain voimaantulosäännös ei sisällä erillistä säännöstä hankinnoista, jotka olisi tullut kilpailuttaa julkaisemalla hankintailmoitus, mutta joista sitä ei ole julkaistu.

Markkinaoikeus on unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön³ viitaten todennut, että sovellettavat säännökset ovat lähtökohtaisesti ne, jotka ovat voimassa sillä hetkellä, jolloin hankintayksikkö valitsee noudatettavan menettelytyypin ja päättää lopullisesti siitä, onko se velvollinen järjestämään kilpailun ennen julkisen hankintasopimuksen antamista.⁴ Markkinaoikeuden mukaan tilanteessa, jossa hankinta on tehty ennen nykyisen hankintalain voimaantuloa, mutta hankintasopimusta koskevat muutokset on tehty hankintalain voimaantulon jälkeen, asiassa tulee arvioida sopimusmuutosten kautta mahdollisesti syntyneen hankintamenettelyn aloittamista ja hankintayksikön päätöstä sitä koskevan kilpailutuksen järjestämisestä. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan edes sellaisella seikalla, että alkuperäinen sopimus olisi tehty ennen kuin unioni oli antanut kyseistä asiaa koskevia oikeussääntöjä, ei olisi tämän kannalta merkitystä⁵.

Nyt käsillä olevassa tapauksessa Veikkauksen hallitus päätti 12.6.2018, että tarvittavat muutokset palveluun toteutetaan muuttamalla jo valitun palveluntarjoajan kanssa tehtyä sopimusta ilman kilpailuttamista. Veikkaus on tällöin valinnut noudatettavan menettelytavan ja päättänyt lopullisesti siitä, onko se velvollinen järjestämään sopimusmuutosten johdosta uuden tarjouskilpailun. Asiassa vallitsee yksimielisyys siitä, että Veikkaus oli tämän päätöksen tehdessään hankintayksikkö. Sopimusmuutosten hankintasäännösten mukaisuutta arvioitaessa on näin ollen sovellettava 12.6.2018 voimassa olleita hankintalain säännöksiä.

3.2 Sopimusmuutoksen olennaisuus

Veikkaus katsoo vastauksessaan omistajaohjausosastolle, että vuonna 2018 tehdyissä muutoksissa ei olisi ollut kyse olennaisesta sopimusmuutoksesta.

³ Tuomio 11.7.2013, komissio v. Alankomaat, C 576/10, EU:C:2013:510, 52–54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

⁴ MAO:65/19.

⁵ Tuomio 18.9.2019, Euroopan komissio v. Italian tasavalta, C 526/17, 60 kohta.

Olellaisina sopimusmuutoksina pidetään muutoksia, joiden seurauksena hankintasopimus muuttuu luonteeltaan huomattavasti erilaiseksi alun perin tehtyyn sopimukseen verrattuna ja jotka näin ollen ovat omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudestaan kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot.⁶ Hankintalain 136 §:n 1 momentissa esitetään luettelo, jonka tarkoittamia olellaisia muutoksia ei saa tehdä hankintasopimukseen sopimuskauden kuluessa. Luettelon muutoksista yhdenkin kohdan täytyminen tarkoittaa sitä, että sopimukseen on tehty olellainen muutos. Olellaisina pidettäviä muutoksia ei kuitenkaan ole lainkohdassa lueteltu tyhjentävästi.

Hankintalain 136 §:n 1 momentin mukaan olellaisena pidetään ainakin muutosta, jolla otetaan käyttöön sopimusehtoja, jotka alun perin hankintamenettelyyn kuuluessaan olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia (1 kohta). Olellaisena pidetään myös muutosta, jossa hankintasopimuksesta tulee muutoksen jälkeen toimittajalle taloudellisesti edullisempi sellaisella tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa ei ole määritetty (2 kohta). Sopimuksen tai puitejärjestelyn soveltamisalan huomattavaa laajentamista pidetään niin ikään olellaisena muutoksena (3 kohta).

Mikäli vuoden 2018 sopimusta vertaa vuonna 2004 solmittuun sopimukseen, sopimusmuutoksella pidennettiin sopimuskautta uudella 8 vuoden määräaikaaisuudella ja sitä seuraavilla kolmella optiolla, joista kukin on 4 vuotta, muutettiin hankittavaa palvelua siten, että vastuu tuotteen päivittämisestä siirtyi IGT:lle, sekä muutettiin laskutusperustetta (tuntipohjaisesta laskutuksesta kiinteäksi hinnoitteluksi). Kun näitä muutoksia tarkastelee KKV:n valvontakäytäntöä ja oikeuskäytäntöä vasten on mahdollista, että Uuden IGT-sopimuksen sisältämiä muutoksia, mikäli ne tulisivat viranomaisen arvioitaviksi, pidettäisiin olellaisina.

Sopimuskauden pidentämistä on KKV:n valvontakäytännössä sekä hankintaoikeudellisessa oikeuskäytännössä vakiintuneesti pidetty olellaisena sopimusmuutoksena.⁷ Tällaisissa tilanteissa sopimusmuutos täyttää ainakin kaksi 136 §:n 1 momentin olellaisuuselementtiä: kyseessä on muutos, jolla sopimuksesta tulee sopimuskauden pidentämisestä seuraavan lisämyynnin johdosta sopimusosapuolille taloudellisesti edullisempi tavalla, jota ei alkuperäisessä hankintasopimuksessa ollut määritetty (2 kohta), minkä lisäksi sopimuskauden pidentämisestä seuraavan lisämyynnin johdosta olisi ollut mahdollista, että muut kuin alun perin valitut ehdokkaat olisivat voineet osallistua menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai lisämyynti olisi voinut tuoda hankintamenettelyyn lisää osallistujia (1 kohta).

Myös hankittavan palvelun muuttamisen on KKV:n valvontakäytännössä sekä tuomioistuinten päätöskäytännössä usein katsottu muuttavan hankinnan luonnetta siten perustavanlaatuisesti, että kyseessä on katsottu olleen olellainen sopimusmuutos.⁸ Niin ikään hintaa koskevat sopimusmuutokset on hankintaoikeudellisessa tapauskäytännössä tyypillisesti katsottu olellaisiksi

⁶ Esimerkiksi tuomio 19.6.2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

⁷ Esimerkiksi KKV/983/14.00.60/2019, KKV/982/14.00.60/2019 ja MAO:273/19 (ei lainvoimainen).

⁸ Esimerkiksi C-549/14 Finn Frogne A/S vastaan Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, MAO:65/19, MAO:370/14, MAO:699/14 ja MAO:399/19.

sopimusmuutoksiksi, mikäli ne eivät ole perustuneet alkuperäisen sopimuksen hinnantarkistusehtoon ja ovat olleet vähäistä suurempia.⁹

Edellä esitetyn perusteella toteamme, että ennen kaikkea sopimuskauden pituus, mutta myös hankittavan palvelun toteutustapa sekä palvelusta maksettava hinta ovat sopimuskokonaisuuden kannalta keskeisiä ehtoja, jotka Veikkaus ja IGT ovat neuvotelleet uudelleen. Nämä muutetut määräykset ovat ominaispiirteiltään olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset ja on mahdollista, että ne viranomaistarkastelussa katsottaisiin hankintalaissa esitetyiksi olennaisiksi sopimusmuutoksiksi.

Vaikka sopimusmuutoksen seurauksena Veikkauksen IGT:lle maksamat vuosikorvaukset pienenevät verrattuna aikaisempaan, tämä ei muuta sitä tosiasiaa, että sopimuskauden pidentäminen tuottaa IGT:lle lisäaikaa tuottaa palveluja Veikkaukselle ja näin ollen voi tehdä sopimuksesta IGT:lle taloudellisesti edullisemmän verrattuna Alkuperäiseen IGT-sopimukseen.¹⁰

Hankintalaki ei sisällä tyhjentävää luetteloa olennaisista sopimusmuutoksista, mutta oikeuskäytäntöä on tältä osin verrattain kattavasti olemassa. Asiaa arvioitaessa tulee kuitenkin huomioida, että Veikkaus teki tarkasteltavana olevan hankintapäätöksen 12.6.2018, jolloin oikeuskäytäntöä 1.1.2017 voimaan tulleesta hankintalaista oli nykyistä niukemmin.

Kukin sopimusmuutoskokonaisuus tulee aina arvioida tapauskohtaisesti. Koska viimeaikainen oikeuskäytäntö on ollut suhteellisen tiukkaa sen suhteen, koska sopimusmuutoksia ei ole katsottu olennaiseksi sopimusmuutokseksi, olemme omassa arvioinnissamme varovaisuuden periaatetta noudattaen ottaneet lähtökohdaksi sopimusmuutosten olennaisuuden. Myös vastakkainen tulkinta voisi hankintalain tulkinnanvaraisuudesta johtuen olla mahdollinen.

Hankintalain systematiikan perusteella tulee seuraavaksi arvioitavaksi, onko tämä olennainen sopimusmuutos kuitenkin ollut sallittu jonkin oikeuttamisperusteen perusteella.

3.3 Hankintalain 136 §:n oikeuttamisperusteiden soveltuvuus

Veikkauksen mukaan mikäli Uudella IGT-sopimuksella toimeenpannut muutokset katsottaisiin olennaisiksi, kyse olisi joka tapauksessa hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan perusteella sallitusta muutoksesta.

Hankintalain 136 §:n 2 momentissa on esitetty luettelo tilanteista, joissa olennainen sopimusmuutos on sallittu. Mikäli mikään 136 §:n 2 momentissa esitetty oikeuttamisperuste ei sovellu tilanteeseen, olennainen sopimusmuutos on kilpailutettava uudelleen. On selvää, että hankintalain 136 §:n 2 momentin kohdat 1 (sopimusmääräykseen perustuva muutos), 4 (sopimuskumppanin korvaaminen toisella) tai 5 (kynnysarvot alittava hankinta) eivät sovellu tapaukseen. Tästä syystä näitä oikeuttamisperusteita ei selvityksessämme arvioida enemmälti.

⁹ Esimerkiksi KHO: 2009:88 ja MAO:65/19.

¹⁰ Esimerkiksi asia C-526/17 komissio v Italia.

3.3.1 Lisätyöt tai -palvelut

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan muutos on sallittu, jos alkuperäisen sopimuskumppanin on tarpeen suorittaa lisätöitä tai -palveluja taikka ylimääräisiä tavarantoimituksia, jotka eivät sisällyneet alkuperäiseen sopimukseen, ja jos sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista taloudellisista tai teknisistä syistä ja aiheuttaisi merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä hankintayksikölle.

Hankintalain 136 §:n 3 momentin mukaan lisätöitä tai -palveluja koskevan muutoksen arvo ei saa olla enemmän kuin 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Veikkauksen omistajaohjausosastolle toimittaman Muistion mukaan vuonna 2018 tehdyn sopimusmuutoksen arvo täyttää tämän edellytyksen.

Hankintalain esitöissä viitataan tämän poikkeusperusteen osalta ainoastaan hankintadirektiivin johdanto-osan 108 perustelukappaleeseen, jonka mukaan hankintaviranomaiset voivat joutua tilanteisiin, joissa tarvitaan lisää rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja. Tällaisissa tapauksissa alkuperäisen hankintasopimuksen muuttaminen ilman uutta hankintamenettelyä voi olla perusteltua erityisesti, jos lisäsuoritukset on tarkoitus toteuttaa joko jo sovittujen palvelujen, tavaroiden tai asennusten osittaisena korvaamisena tai lisäyksenä, kun suorittajan vaihto edellyttäisi sitä, että hankintaviranomainen hankkii materiaaleja, urakoita tai palveluja, joilla on erilaiset tekniset ominaisuudet, mistä voi aiheutua yhteensopimattomuutta tai kohtuuttomia teknisiä vaikeuksia toiminnan ja huollon osalta.¹¹ Tämän tarkempaa tulkintaohjetta lain esityöt eivät kyseisen poikkeusperusteen osalta anna.

Kotimaista oikeuskäytäntöä kyseisen poikkeuksen soveltumisesta on niukalti, tietääksemme vain yksi tapaus.¹² Huomautamme, että kyseinen päätös on annettu vasta sen jälkeen kun Veikkaus teki asiaa koskevan hankintapäätöksen, joten päätöksentekoaikaan ei tältä osin tiedossa ollut yhtään kotimaista oikeustapausta. Myöskään EU-tuomioistuin ei ole antanut ennakkoratkaisua kyseiseen oikeuttamisperusteeseen liittyen. Selvitimme toimeksiantoon liittyen myös Ruotsin ja Tanskan lisätöitä tai -palveluja koskevaa oikeuskäytäntöä, mutta relevanttia sellaista ei tietääksemme ole.

Vaikka hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdassa mainitaan lisätöiden tai -palvelujen hankkiminen myös, mikäli sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista taloudellisista syistä, hankintalain esitöissä ei tarkenneta millaisia nämä taloudelliset syyt voisivat olla tai mihin ne voisivat perustua kyseisen oikeuttamisperusteen muodostavana tekijänä.

Meille toimitettujen tietojen mukaan lisäpalveluiden tilaaminen oli tarpeen sopimuskokonaisuuden hallitukseksi kilpailuttamiseksi ja järjestelmien hallitukseksi uudistamiseksi siihen saakka, kunnes keskuspelijärjestelmä tulisi teknisen elinkaarensa loppuun. Lisäksi sopimuksen pilkkominen oli edellytys sille, että sopimus voitaisiin tulevaisuudessa kilpailuttaa pienempinä kokonaisuuksina. Veikkauksen mukaan koko

¹¹ HE 108/2016 vp s. 228.

¹² MAO:399/19.

sopimuskokonaisuuden kilpailuttaminen kerralla ilman sopimusmuutosta olisi sisältänyt merkittäviä riskejä muun muassa palvelutuotannon tason ylläpitämisessä. Lisäksi Veikkauksen mukaan sopimuskauden pidennyksellä se sai lisäaikaa hallittuun toimittajavaihtokseen tähtäävään prosessiin.

Vaikka Veikkauksen olisi ilmeisesti ollut mahdollista tilata sopimuksen pilkkomiseen ja transformaatiotöihin tarvittavat asiantuntijapalvelut ilman sopimusmuutosta Alkuperäisen IGT-sopimuksen sopimusehtojen mukaisesti, tämä vaihtoehto olisi muodostunut erittäin kalliiksi ja muutoinkin riskialttiiksi vaihtoehdoksi. Alkuperäiseen IGT-sopimukseen olisi ilman sopimusmuutosta edelleen sisältynyt asiantuntijapalveluita koskeva merkittävä minimiostovelvoite, johon Veikkaus olisi ollut sidottu irrottamiseen ja transformaatiotöihin tilattavien asiantuntijapalveluiden lisäksi. Sopimusmuutoksella minimiostovelvoite poistettiin. Veikkauksen mukaan koko sopimuskokonaisuuden kilpailuttaminen kerralla ilman sopimusmuutosta olisi ollut noin 25–30 % kalliimpaa kuin mikä lopputulos on muutossopimuksen jälkeen.

Huomioimme, että ainoassa tuntemassamme lisätöitä tai -palveluja koskevassa oikeustapauksessa markkinaoikeus perusteli oikeuttamisperusteen soveltuvuutta teknisten syiden lisäksi myös taloudellisilla syillä. Taloudellisten syiden osalta markkinaoikeus kiinnitti ratkaisussaan huomiota muun muassa siihen, että olemassa olevan toimittajan yksinoikeudesta johtuen hankintayksikkö olisi ilman sopimusmuutosta joutunut laajennusosan lisäksi hankkimaan myös alkuperäisen tuotteen uudelleen ja siihen, että molempien kokonaisuuksien hankinta olisi kustannuksiltaan ylittänyt merkittävästi vain laajennusosan hankinnan.¹³

Markkinaoikeus ei kyseisessä tapauksessa ottanut kantaa siihen, mikä merkitys lisätilausten tai -palveluiden tarpeen perustavalla tekijällä on asian arvioinnissa. Markkinaoikeuden arvioimassa tapauksessa tarve kohdistui aiemmin hankitun tuotteen kehittämiseen, nyt arvioitavana olevassa asiassa tarve vaikuttaisi Muistiossa esitettyjen tietojen perusteella kohdistuneen järjestelmätoimittajariippuvuuden vähentämiseen ja sen mahdollistamiseen, että pelijärjestelmä kilpailutetaan osissa kuitenkin sen toiminnallisuus tämän prosessin aikana säilyttäen. Nämä Veikkauksen omistajaohjausosastolle toimitetussa Muistiossa listatut tavoitteet ovat kilpailua lisääviä. Oikeuskäytännön vähyydestä johtuen emme pysty lopullisesti vahvistamaan mikä merkitys näille, sikäli positiivisille ja kilpailumyönteisille tavoitteille tarpeen synnyttävänä tekijöinä, tulisi asian arvioinnissa antaa.

Edellä mainituilla perusteilla Veikkauksen omistajaohjausosastolle toimittamassa Muistiossa esiintuodut taloudelliset syyt ovat sellaisia, että niiden voidaan katsoa täyttävän hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdassa esitetyn oikeuttamisperusteen edellytykset. Koska kotimaista oikeuskäytäntöä kyseisen poikkeusperusteen soveltumisesta on tietojemme mukaan vain yhden tapauksen verran, eikä tiedossamme ole kyseisen poikkeusperusteen relevanttia kansainvälistäkään soveltamiskäytäntöä, on

¹³ MAO:399/19.

kyseisen oikeuttamisperusteen soveltumisessa kuitenkin tiettyä hankintalaille ominaista tulkinnanvaraisuutta.

4. HANKINTAOIKEUDELLISET SEURAAMUKSET

KKV:n on tehtävä esitys markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen määräämisestä, seuraamusmaksun määräämisestä, sopimuskauden lyhentämisestä ja hankintapäätöksen kumoamisesta viimeistään kuuden (6) kuukauden kuluessa hankintasopimuksen tekemisestä. Tämä määräaika on kulunut umpeen, joten nämä seuraamukset eivät enää voi realisoitua Uudesta IGT-sopimuksesta johtuen. Myös alalla toimiville elinkeinonharjoittajille varatut määräajat valituksen tekemiselle ovat käsillä olevassa asiassa umpeutuneet.

Edellä mainitun määräajan kulumisesta huolimatta KKV voi ryhtyä hallintolain (434/2003) 8 a luvun 53 c §:n mukaisiin toimiin ja antaa hankintayksikölle hallinnollista ohjausta. KKV voi kiinnittää hallintolain 8 a luvun 53 c §:n mukaisesti hankintayksikön huomioita hyvän hallinnon vaatimuksiin, saattaa tämän tietoon käsityksensä lain mukaisesta menettelystä tai antaa tälle huomautuksen.

5. HALLITUKSEN VASTUU

Osakeyhtiön hallituksen jäsenten tehtäviä ja vastuuta koskevat keskeiset säännökset sisältyvät osakeyhtiölakiin. Hankintaoikeudellisia seuraamuksia on käsitelty tarkemmin aiemmin tässä selvityksessä. Edellä tässä selvityksessä mainitusti hankintaoikeudelliset seuraamukset kohdistuvat hankintayksikköön (yhtiöön) eivätkä hallituksen jäseniin. Mahdollinen hankintalain vastainen menettely ei siten sellaisenaan synnytä vastuuta hallituksen jäsenille, vaan vastuun syntyminen edellyttää osakeyhtiölain vastaista menettelyä. Käytännössä voisi olla mahdollista, että hankintalain vastaisen toiminnan johdosta katsottaisiin, että hallituksen jäsen on rikkonut osakeyhtiölain 1 luvun 8 §:n mukaista huolellisuusvelvoitetta.¹⁴

Osakeyhtiölain 1 luvun 8 §:n mukaan yhtiön johdon on huolellisesti toimien edistettävä yhtiön etua (niin kutsuttu johdon huolellisuusvelvoite). Huolellisuusvelvoite edellyttää, että hallitus toimii huolellisesti ja lojaalisesti yhtiötä kohtaan.

Hallituksen jäsenten vahingonkorvausvastuusta säädetään osakeyhtiölain 22 luvussa. Osakeyhtiölain 22 luvun 1 §:n mukaan hallituksen jäsenen on korvattava vahinko, jonka hän on tehtävässään huolellisuusvelvoitteen vastaisesti tahallaan tai huolimattomuudesta aiheuttanut yhtiölle. Edelleen osakeyhtiölain 22 luvun 2 §:n mukaan hallituksen jäsenen on korvattava myös vahinko, jonka hän tehtävässään muuten osakeyhtiölakia tai yhtiöjärjestystä rikkomalla on aiheuttanut yhtiölle, osakkeenomistajalle tai muulle henkilölle.

Hallituksen jäsenen vahingonkorvausvastuu edellyttää aina tuottamusta tai tahallisuutta. Oikeuskäytännössä vahingonkorvausvastuun kynnyks on katsottu verrattain korkeaksi ja vain selvästi huolimattomien ratkaisujen voidaan katsoa perustavan vahingonkorvausvastuun.¹⁵

¹⁴ Tällaisesta tilanteesta ei ole relevanttia kotimaista oikeuskäytäntöä.

¹⁵ Esimerkkinä voidaan mainita Helsingin hovioikeuden ratkaisu HHO 8.7.2004 S 03/1287. Tapauksessa yhtiö oli jatkanut vakuudetonta luottomyyntiä riskiasiakkaalle, vaikka asiakkaan oma

Lisäksi myös vahingonkorvausvastuun yleisten edellytysten on täytyttävä: vahinkoa on täytynyt aiheutua ja aiheutuneen vahingon ja hallituksen jäsenen toiminnan välillä on oltava syy-yhteys. Vahingonkorvausvelvollisuuden syntyminen huolellisuusvelvoitteen rikkomisen nojalla edellyttää lisäksi, että yhtiö ajaisi vahingonkorvauskannetta hallituksen jäsentä vastaan. Lisäksi kanneoikeuden osalta on aihetta huomata, että yhtiön kanneoikeutta rajoittaa vastuuvapauspäätös: mikäli varsinainen yhtiökokous on myöntänyt hallitukselle vastuuvapauden, yhtiö ei voi enää toteuttaa mahdollista korvaussaatavaansa asianomaisia kohtaan siltä osin, kun vahinkoa tuottanut käyttäytyminen yhtiölle aiheutettuine vahinkoineen on ollut yhtiökokouksen tiedossa.

Tuottamusta arvioitaessa huomioidaan muun muassa niin kutsuttu Business Judgment Rule; Kaikki liiketoiminnassa tehdyt päätökset eivät jälkikäteen arvioituna välttämättä ole onnistuneita esimerkiksi liiketaloudellisesti arvioituna, vaan liiketoiminnassa joudutaan tekemään ratkaisuja puutteellisen tiedon varassa ja joudutaan ottamaan riskejä.

Edellä esitetyn hankintaoikeudellisen analyysin perusteella Veikkauksen hallituksen toiminnan sen laajempaa arviointia osakeyhtiölain 1:8:n nojalla ei ole tässä yhteydessä katsottu tarpeelliseksi.

6. JOHTOPÄÄTÖS

Veikkauksen omistajaohjausosastolle toimittamassa Muistiossa esiintuodut taloudelliset syyt ovat sellaisia, että niiden voidaan katsoa täyttävän hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdassa esitetyn oikeuttamisperusteen edellytykset. Veikkaus on voinut omassa päätöksenteossään nojautua tähän tulkintaan.

Koska kotimaista oikeuskäytäntöä kyseisen poikkeusperusteen soveltumisesta on tietojemme mukaan vain yhden tapauksen verran, eikä tiedossamme ole kyseisen poikkeusperusteen kansainvälistäkään soveltamiskäytäntöä, on kyseisen oikeuttamisperusteen soveltumisessa kuitenkin tiettyä hankintalaille ominaista tulkinnanvaraisuutta. Viime kädessä oikeuttamisperusteen soveltuvuuden käsillä olevaan tapaukseen päättää toimivaltainen tuomioistuin.

Edellä mainitun hankintalain oikeuttamisperusteen edellytysten täytyessä hallitukselle ei voi syntyä vastuuta hankintalain vastaisen menettelyn pohjalta.

-----//-----

pääoma oli menetetty ja jatkoi myyntiä asiakkaan konkurssiin asti. Kyseinen asiakas oli yhtiön tärkein asiakas ja suuri luottomyynti oli osapuolten välillä vakiintunut käytäntö. Luottomyynnistä aiheutui yhtiölle noin 1,5 MEUR suuruinen vahinko. Hovioikeus katsoi, että hallituksen jäsenet eivät olleet laiminlyöneet toiminta- tai valvontavelvollisuuttaan antaessaan toimitusjohtajan jatkaa luottomyyntiä. Päätöksentekohetken seikat eivät osoittaneet huolimattomuutta eikä edellytyksiä vahingonkorvausvastuun tuomitsemiselle siten ollut. Käytännössä hallituksen vastuuta on ylipäänsä käsitelty korkeimmissa oikeusistuimissa lähinnä mahdollisen rikosoikeudellisen vastuun yhteydessä (esim. kirjapitorikoksia koskevat tapaukset KKO 2019:109 sekä KKO 2010:91).