

KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN PÄÄTÖS

Antopäivä 1 (22)
31.5.2021
Taltionumero
353
Diaarinumero
4907/2/19
Vuosikirja

Asia Julkista hankintaa koskeva valituslupahakemus ja valitus

Muutoksenhakija Kuopion kaupunki

Päätös, jota muutoksenhaku koskee

Markkinaoikeus 10.9.2019 nro 394/19

Asian aikaisempi käsittely

Kuopion kaupungin (jäljempänä myös hankintayksikkö) kaupunkiympäristön palvelualueen rakentamisen ja kunnossapidon palvelut on ilmoittanut 4.4.2018 julkaistulla kansallisella hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta Lippumäen urheilualueen tekojäärädan rakennusurakasta.

Kuopion kaupungin kaupunkirakennelautakunta on 16.5.2018 tekemälään hankintapäätöksellä (§ 105) valinnut Oteran Oy:n tarjouksen.

Hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo on hankintayksikön ilmoituksen mukaan ollut noin 3 000 000 euroa.

Hankintasopimus on allekirjoitettu 13.6.2018.

Markkinaoikeuden ratkaisu

Markkinaoikeus, jossa Jäämestarit Oy (nykyään Unisport Infra Oy) on ollut valittajana, Kuopion kaupunki vastapuolena sekä Oteran Oy kuultavana, on muutoksenhaun kohteena olevalla päätöksellään määrännyt Kuopion kaupungin maksamaan Jäämestarit Oy:lle hyvitysmaksuna 200 000 euroa ja velvoittanut Kuopion kaupungin korvamaan Jäämestarit Oy:n oikeudenkäyntikulut 3 937,50 eurolla viivästyskorkoineen. Markkinaoikeus on lisäksi hylännyt Kuopion kaupungin vaatimuksen oikeudenkäyntikulujensa korvaamisesta.

Markkinaoikeus on perustellut ratkaisuaan seuraavasti:

Perustelut

Kysymyksenasettelu ja hankintamenettely

Jäämestarit Oy on esittänyt, että voittaneen tarjoajan Oteran Oy:n soveltuvuutta arvioitaessa ei olisi tullut ottaa huomioon alihankkijan Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n referenssejä. Jäämestarit Oy:n mukaan Oteran Oy:n tarjoukseen ei ole sisältynyt riittävää selvitystä siitä, että Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n voimavarat ovat hankintaan sisältyvien kylmälaite-asennuksien osalta tosiasiallisesti Oteran Oy:n käytettävissä. Näin ollen valituksessa esitetyn perusteella asiassa ei ole arvioitavana kysymys referenssien tarjouspyynnön mukaisuudesta, vaan kysymys siitä, onko Oteran Oy:n tarjoukseen sisältynyt riittävä selvitys tarjouksessa ilmoitetun alihankkijan voimavarojen käytettävissä olosta hankintaa toteutettaessa. Tarvittaessa asiassa tulee arvioitavaksi myös kysymys siitä, onko Oteran Oy:n tarjousta voitu tämentää hankintayksikön esittämällä tavalla.

Kuopion kaupunki on pyytänyt tarjouksia avoimella menettelyllä toteutettavasta Lippumäen urheilualueen tekojääradan rakennusurakasta. Konaistaloudellisen edullisuuden perusteeksi on ilmoitettu halvin hinta.

Tarjouspyynnössä on asetettu muun ohella seuraavat tarjoajia koskevat pakolliset soveltuvuusvaatimukset: ”Teknisen suorituskvyn vaatimusten täyttymiseksi on urakoitsijalla ja urakoitsijan työmaalle esittämällä vastuuhenkilöstöllä oltava referenssejä vastaavista rakentamiskohteista (sis. suunnittelu- ja työkokemuksen ja referenssit kylmäkoneistoista). Urakoitsijan kohteeseen esittämien työpäällikön, vastaavan työnjohtajan ja työnjohtajien koulutus ja työkokemus on ilmoitettava tarjouksessa viimeisen viiden vuoden ajalta (asiantuntijalomake).” ja ”Tarjoajan on esitettävä yrityksen referenssihankkeet vastaavista kohteista viimeiseltä viideltä vuodelta.” Selvitys edellä mainittujen soveltuvuusvaatimusten täyttymisestä on tullut toimittaa tarjousta jätettäessä.

Lisäksi tarjouspyynnössä on asetettu seuraava vaatimus siltä varalta, että tarjous jätetään ryhmittymänä: ”Tarjoajan jättäessä tarjousta ryhmittymänä, on tarjouksen mukaan liitettävä ryhmittymän perustajien vastuuhenkilöiden allekirjoittama selvitys (vakuutus) siitä, että tarjouspyynnössä vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat ryhmittymän käytettävissä.”

Soveltuvuusvaatimusten osalta tarjouspyynnössä on vielä todettu muun ohella seuraavaa: ”Mahdolliset yhteistyökumppanit on ilmoitettava tarjouksessa ja hyväksyttävä tilaajalla. Kaikki tässä tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset ja tietopyynnot koskevat myös kumppaneita.”

Tarjouspyynnön kohdassa ”Lisätiedot” on vielä ilmoitettu, että kysymykset tulee lähettää Tarjouspalvelu.fi-toimittajaportalista, josta löytyvät myös kysymyksiin annetut vastaukset viimeistään 27.4.2018. Tarjouspyynnön mukaan tarjoaja on velvollinen huolellisesti tutustuman kysymyksiin ja niihin annettuihin vastauksiin ennen tarjouksen jättämistä sekä käyttämään hyväkseen mahdollisesti täsmennettyjä tietoja tarjousta antaessaan. Myös tarjoukset on tullut lähettää edellä mainitusta toimittajaportalista.

Hankintayksikkö on kaksi päivää hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen 6.4.2018 ilmoittanut Tarjouspalvelu.fi-toimittajaportalissa seuraavaa: ”Mikäli tarjoajalla itsellään ei ole kylmälaiteasennusten osalta tilaajan asettamien vaatimusten mukaisia referenssejä tai henkilöstöä käytettävissään, voi tarjoaja esittää alihankkijakseen ns. voimavara-alihankkijan, jonka referenssit ja pätevyudet kylmäalan urakoinnista hyväksytään täyttämään tilaajan asettamat vaatimukset sekä henkilöstön, että yrityksen osalta. Tällöin tarjoajalla tulee olla käytettävissään tarjouksessa ilmoitetun alihankkijan voimavarat ko. hankinnan osan toteuttamiseen. Alihankkijan vaihtaminen tai muuttaminen ei ole mahdollista ilman tilaajan suostumusta.”

Voittanut tarjoaja Oteran Oy on tarjouksensa yhteydessä nimenomaisesti ilmoittanut, että se ei jätä tarjousta ryhmittymänä. Tarjouspyynnössä on edellä todetuin tavoin edellytetty, että tarjouksessa tulee ilmoittaa mahdolliset yhteistyökumppanit. Oteran Oy on tämän vaatimuksen osalta toimittanut tarjouksensa yhteydessä selvityksen, jonka mukaan se käyttää kylmälaitehankinnoissa niin sanottuna voimavara-alihankkijana Oy Yleiskylmä-Findri Ltd -nimistä yritystä. Lisäksi Oteran Oy on muun ohella toimittanut vastuuhenkilöitä koskevat referenssit asiantuntijalomakkeilla ja yritystä koskevat referenssiluettelot sekä omista rakennusurakoistaan vuosilta 2009–2017 että Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n jäähalkeihin ja tekojääradoille toimittamista jäähdytyslaitteistoista.

Kuopion kaupunki on markkinaoikeudessa esittänyt, että se on vielä suullisesti pyytänyt selvitystä Oteran Oy:ltä ja Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:ltä siitä, ovatko ne sopineet yhteistyöstä sitovasti ja kysymyksessä olevan hankinnan kannalta riittävällä tavalla yksilöidysti. Kuopion kaupunki on lisäksi toimittanut markkinaoikeuskäsittelyn aikana laaditun Oteran Oy:n sähköpostiviestin, jossa on kirjallisesti ilmoitettu muun ohella, että Oy Yleiskylmä-Findri Ltd on antanut suostumuksensa voimavarojensa käyttöön.

Oikeusohjeet

Asiassa on hankinnan kohteena kansallisen kynnysarvon ylittävä rakennusurakka, johon sovelletaan julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (hankintalaki), I, III ja IV osien säännöksiä.

Hankintalain 3 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Hankintalain 100 §:n mukaan hankintayksikön on noudatettava hankinnan kilpailuttamisessa sellaista menettelyä, joka on 3 §:n 1 momentissa tarkoitettujen periaatteiden mukainen. Hankintayksikön on kuvattava käyttämänsä hankintamenettely hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.

Hankintalain 105 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia tarjoajan soveltuvuudelle. Soveltuvuutta koskevien vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen. Hankintayksikön tulee ilmoittaa käyttämänsä vaatimukset hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Hankintayksikön on suljettava tarjouskilpailusta ehdokas tai tarjoaja, joka ei vastaa asetettuja soveltuvuusvaatimuksia. Hankintayksikkö voi vaatia, että tarjoajat antavat tarjouksensa osana vakuutuksen, että ne täyttävät hankintayksikön asettamat soveltuvuutta koskevat vaatimukset. Vakuutuksessa annettujen tietojen paikkansapitävyys tulee tarkastaa tarjouskilpailun voittajan osalta ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Pykälän 2 momentin mukaan ehdokkaiden ja tarjoajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle ja soveltuvuutta koskevien vaatimusten asettamisessa voidaan noudattaa, mitä 80–86 §:ssä säädetään.

Hankintalain 86 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia, joilla varmistetaan, että ehdokkailla ja tarjoajilla on tarvittavat henkilöstö- ja tekniset voimavarat ja kokemusta hankintasopimuksen toteuttamiseksi hankintayksikön edellyttämällä tasolla. Hankintayksikkö voi vaatia, että riittävä kokemus osoitetaan viittaamalla aiemmin toteutettuihin sopimuksiin. Pykälän 2 momentin mukaan hankinnoissa, joiden kohteena on kokoonpano- tai asennustoimia edellyttäviä tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita, ehdokkaiden ja tarjoajien ammatillinen pätevyys palvelujen suorittamiseksi tai asennustoimien taikka rakennusurakan toteuttamiseksi voidaan arvioida ammattitaidon, kokemuksen ja luotettavuuden perusteella.

Markkinaoikeus toteaa, että kansallisiin hankintoihin sovellettavassa hankintalain 11 luvussa ei ole säädetty tarjousten tekemisestä ryhmittymänä tai ehdokkaan tai tarjoajan oikeudesta käyttää muiden yksiköiden voimavaroja. Euroopan unionin tuomioistuin on katsonut (tuomio 17.3.2011, *Strong Segurança*, C-95/10, EU:C:2011:161, 37–42 kohta), etteivät avoimuuden tai syrjimättömyyden periaatteet edellyttäneet julkisista hankinnoista annetun direktiivin muiden yksiköiden voimavarojen käyttämistä koskevien määräysten soveltamista pääosin direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävään hankintaan.

Nyt kysymyksessä olevassa asiassa Kuopion kaupunki on tarjouspyynnössä nimenomaisesti hyväksynyt, että tarjous voidaan antaa ryhmittymänä. Lisäksi Kuopion kaupunki on Tarjouspalvelu-toimittajaportaalisissa nimenomaisesti ilmoittanut, että tarjoaja voi käyttää hyväksi alihankkijan voimavaroja hankinnan toteuttamiseen kylmälaiteasennuksia koskevilta osin ja alihankkijan referenssit voidaan ottaa huomioon arvioitaessa soveltuvuusvaatimuksen täyttymistä. Tarjoajalla on edellytetty olevan käytössään mahdollisesti käyttämänsä kylmälaitealihankkijan voimavarat kysymyksessä olevan hankinnan osan toteuttamiseen. Kun edellä todetun lisäksi otetaan huomioon, että tarjouspyynnön mukaan kaikki soveltuvuusvaatimukset koskevat myös yhteistyökumppaneita, markkinaoikeus katsoo, että näissä oloissa nyt kysymyksessä olevassa kansallisessa hankinnassa on tullut alihankkijan voimavaroja käytettäessä ottaa huomioon, mitä EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovellettavasta hankintalain 92 §:n (Tarjouskilpailuun osallistuminen ryhmittymänä ja muiden yksiköiden voimavarojen käyttö) 2 momentista ilmenee soveltuvuutta koskevien vaatimusten täyttymisestä muiden yksiköiden voimavaroja käytettäessä.

Hankintalain 92 §:n 2 momentin mukaan ehdokas tai tarjoaja voi käyttää hankinnan toteuttamiseen muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta niiden välisten suhteiden oikeudellisesta luonteesta. Myös ryhmittymä voi käyttää hankinnan toteuttamiseen muiden yksiköiden voimavaroja. Muiden yksiköiden henkilöstön pätevyyteen ja kokemukseen liittyviä voimavaroja voidaan käyttää hyväksi vain, jos kyseiset muut yksiköt suorittavat hankinnan kohteena olevat rakennusurakat tai palvelut taikka osan niistä. Ehdokkaan tai tarjoajan taikka niiden ryhmittymän on osoitettava hankintayksikölle taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä suorituskkyä ja ammatillista pätevyyttä koskevien sekä muiden vaatimusten täyttyminen.

Edellä mainitun pykälän esitöissä (HE 108/2016 vp s. 200) on esitetty, että 2 momenttiin otetaan säännös siitä, että muiden yksiköiden henkilöstön pätevyyteen ja kokemuksen liittyviä voimavaroja voidaan käyttää hyväksi vain, jos kyseiset muut yksiköt suorittavat hankinnan kohteena olevat rakennusurakat ja palvelut tai osan niistä. Tällöin tarjoaja ei voi

viitata sellaisiin voimavaroihin, joita sillä ei ole käytössään juuri siinä osassa hankintaa, johon kohdistuen hankintayksikkö on niitä vaatinut. Nimenomaan henkilöstöä koskevissa vaatimuksissa on tärkeää, että viitattu toinen toimittaja myös tosiasiallisesti toteuttaa hankintasopimuksen sisältämät työt. Näyttövelvollisuus hankintayksikön esittämien taloudelliseen ja rahoitukselliseen tilanteeseen, tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen sekä muiden vaatimusten täyttämisestä on siihen vetoavalla ehdokkaalla, tarjoajalla tai niiden ryhmittymällä. Näyttönä voidaan käyttää esimerkiksi yritysten välisiä sopimuksia tai muita sitoumuksia, joilla osoitetaan, että vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat ehdokkaiden tai tarjoajien taikka ryhmittymän käytettävissä. Hankintayksikön tulee arvioida näytön riittävyys vaatimusten täyttymisestä.

Kansallisiin hankintoihin sovellettavan hankintalain 11 lukuun sisältyvän 104 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on pyydettävä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä toimittajia määräaikaan mennessä esittämään tarjouksensa. Tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava siten, että sen perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.

Pykälän 2 momentin mukaan tarjoajan tulee tarjouksessaan osoittaa tarjoamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan olevan hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä esitettyjen vaatimusten mukainen. Hankintailmoitusta, tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset on suljettava pois tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa tai ehdokasta määräajassa toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään puutteellisia tai virheellisiä tietoja ja asiakirjoja.

Mainitun pykälän esitöiden (HE 108/2016 vp s. 212 ja 213) mukaan pykälän 2 momentissa säädetään, että tarjoajan tulee tarjouksessaan osoittaa tarjoamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan olevan hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä esitettyjen vaatimusten mukainen. Momentin periaate jatkaa voimassa olevaa käytäntöä siitä, että tarjoaja vastaa tarjouksestaan ja siitä, että se on hankintayksikön asettamien vaatimusten mukainen. Hankintayksikön on suljettava hankintailmoitusta, tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset pois tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö voi kuitenkin pyytää täydennyksiä ja täsmennyksiä tarjouksiin ja osallistumishakemuksiin 74 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla.

Hankintalain 74 §:n 2 momentin mukaan, jos tarjouksessa tai osallistumishakemuksessa olevat tiedot tai asiakirjat ovat puutteellisia tai virheellisiä taikka jos jotkut asiakirjat tai tiedot puuttuvat, hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa tai ehdokasta toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään puutteellisia tai virheellisiä tietoja tai asiakirjoja.

hankintayksikön asettamassa määräajassa. Edellytyksenä on, että menettelyssä noudatetaan 3 §:ssä säädettyjä periaatteita.

Hankintalain 74 §:n 2 momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s. 173 ja 174) mukaan hankintayksiköille annetaan nykyistä laajemmat mahdollisuudet pyytää ehdokkaita ja tarjoajia toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään puutteellisia tai virheellisiä tietoja tai asiakirjoja hankintayksikön asettamassa määräajassa. Vaikka lähtökohtana hankintamenettelyissä on 1 momentin mukaisesti osallistumishakemusten ja tarjousten lopullisuus, tarjousmenettelyn joustavuuden ja sujuvuuden kannalta on tarkoituksenmukaista mahdollistaa ehdokkaiden ja tarjoajien antamissa asiakirjoissa olevien epäolennaisten puutteiden, ristiriitojen ja virheiden korjaaminen. Säännös mahdollistaa myös sen, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta hylätä tarjouksia kokonaisuuden kannalta vähämerkityksellisten virheiden tai puutteiden takia.

Esitöiden mukaan tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen on sallittua, jos kysymys on epäolennaisesta puutteesta, ristiriidasta taikka virheestä. Sallittua on esimerkiksi pyytää tarjoajaa korjaamaan tarjouksessa oleva muotovirhe, kuten puuttuva allekirjoitus taikka täydentämään puuttuva tarjouksen voimassaoloa koskeva tieto. Sallittua on lisäksi pyytää tarjoajaa täsmentämään hinnoittelua koskeva virhe, kuten väärä valuutta taikka hinnoitteluyksikkö taikka ilmeinen hinnan suuruusluokkaa koskeva virhe kuten pilkkuvirhe, joka on esimerkiksi pääteltävissä muusta tarjouksesta. Samaten hankintayksikkö voi antaa tarjoajan täydentää tarjousta sellaisen puuttuvien hintojen osalta, jotka eivät ole kokonaisuuden kannalta olennaisia. Tällaisia ovat esimerkiksi hinnat, joita ei käytetä tarjousten vertailussa taikka osahinnat, joiden merkitys hintavertailussa on hyvin pieni. Tarjoajaa voidaan pyytää myös täsmentämään tarjousta sellaisen tarjouspyynnön vastaisuuksien vuoksi, jotka eivät ole olennaisia. Tällainen voi olla esimerkiksi tarjouspyynnöstä poikkeava maksuehto. Hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa myös toimittamaan tarjouksesta puuttuvan liitteen, jota ei käytetä tarjousten vertailussa ja jolla ei ole olennaista merkitystä, mutta joka on tarpeen esimerkiksi hankintasopimuksen tekemistä varten.

Esitöissä on edelleen tarjousten täsmentämiseen ja täydentämiseen liittyvän hankintayksikön harkintavallan rajoittamisen osalta todettu, että hankintayksikön ei kuitenkaan tule sallia osallistumishakemusten taikka tarjousten olennaista muuttamista. Sallittua ei ole pyytää täsmennyksiä, korjauksia ja täydennyksiä siten, että menettelyllä on olennainen vaikutus ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Siten hankintayksikön ei ole sallittua pyytää tarjoajaa täydentämään tarjousta tarjousajan päättymisen jälkeen esimerkiksi pyytämällä tarjoajaa vaihtamaan tarjotun tarjouspyynnön vastaisen tuotteen taikka toimittamaan tarjousten vertailussa käytettävän merkityksellisen hinta- tai puuttuvan laatutiedon. Hankintayksikkö

ei voi myöskään pyytää tarjoajaa toimittamaan kokonaan puuttuvaa olennaista asiakirjaa, joka olisi tullut liittää tarjoukseen.

Hankintalain 103 §:n 1 momentin mukaan kansallisissa hankintamenettelyissä hankintamenettelyyn liittyvä tietojenvaihto on toimitettava hankintayksikön valitsemalla tavalla. Valittujen viestintävälineiden on oltava yleisesti käytettävissä, eikä välineen valinta saa vaarantaa toimittajien mahdollisuutta osallistua hankintamenettelyyn. Pykälän 2 momentin mukaan, jos hankintamenettelyyn liittyvä tietojenvaihto toteutetaan sähköisiä välineitä käyttäen, sovelletaan, mitä 62 §:ssä säädetään.

Hankintalain 62 §:n 4 momentin mukaan hankintayksikkö voi toimittaa hankintamenettelyyn liittyvän tietojenvaihdon suullisesti edellyttäen, että suullisen viestinnän sisältö dokumentoidaan riittävällä tavalla. Tarjouspyyntöjä ja muita hankinta-asiakirjoja, osallistumishakemuksia ja tarjouksia ei kuitenkaan saa toimittaa tai vaatia toimittamaan suullisessa muodossa. Erityisesti sellainen suullinen viestintä tarjoajien kanssa, joka saattaa vaikuttaa merkittävästi tarjousten sisältöön ja arviointiin, on dokumentoitava riittävästi ja asianmukaisin välinein.

Asian arviointi

Nyt kysymyksessä olevassa asiassa tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole erikseen ilmoitettu, millä tavoin alihankkijan voimavarojen tosiasiallinen käytettävissä olo on tullut todentaa tarjouksessa. Edellä todetuin tavoin näyttönä voidaan hankintalain esitöiden mukaan käyttää esimerkiksi yritysten välisiä sopimuksia tai muita sitoumuksia. Nyt kysymyksessä olevassa asiassa ryhmittymänä tarjottaessa tarjoukseen on tullut tarjouspyynnön mukaan liittää ryhmittymän perustajien vastuuhenkilöiden allekirjoittama selvitys siitä, että tarjouspyynnössä vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat ryhmittymän käytettävissä. Selvitys on siten tullut antaa kaikkien ryhmittymään kuuluvien tarjoajien nimissä.

Edellä todettu huomioon ottaen markkinaoikeus katsoo, että myös muun yksikön voimavarojen käytettävissä olo on tullut todentaa vastaavalla tavoin eli tarjoajan ilmoituksen ohella alihankkijan allekirjoittamalla selvityksellä tai sitoumuksella. Kylmälaiteasennukset, joiden osalta alihankkijan voimavaroja on ollut sallittua käyttää, ovat olleet keskeinen osa asiassa kysymyksessä olevaa hankintaa. Markkinaoikeus katsoo, että vaadittu selvitys ei voi etenäkään tällaisessa tilanteessa poiketa siitä selvityksestä, joka olisi vaadittu, jos Oteran Oy ja Oy Yleiskylmä-Findri Ltd olisivat tehneet tarjouksen ryhmittymänä.

Markkinaoikeus toteaa, että Oteran Oy:n tarjouksen liitteinä on ollut referenssiluetteloiden lisäksi myös useita muita asiakirjoja, jotka koskevat

Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:tä. Edellä mainituista muista asiakirjoista riskinarviointiasiakirja ja jäähdytyslaitteiston tekninen toimintaselostus koskevat suoraan tässä asiassa hankinnan kohteena olevaa Lippumäen tekojäärataa. Markkinaoikeus toteaa, että nämä kaksi teknisluonteista asiakirjaa eivät kuitenkaan sellaisinaan kiistattomasti osoita, että Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n olisi sitoutunut antamaan voimavaransa Oteran Oy:n käyttöön hankintaa toteutettaessa vastaavalla tavalla kuin mitä ryhmitykseltä on edellytetty. Näin ollen Oteran Oy:n tarjoukseen ei ole sisällynyt riittävää selvitystä siitä, että alihankkijaksi ilmoitetun Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n voimavarat ovat Oteran Oy:n käytettävissä hankintaa toteutettaessa.

Hankintayksikkö on kuitenkin vielä esittänyt pyytäneensä selvitystä Oteran Oy:ltä ja Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:ltä siitä, ovatko ne sopineet yhteistyöstä sitovasti ja kysymyksessä olevan hankinnan kannalta riittävällä tavalla yksilöidysti. Hankintayksikön mukaan kysymys on ollut tarjouksen suullisesta täsmentämisestä. Lisäksi hankintayksikkö on vielä markkinaoikeudelle toimitettua lisävästinettä varten hankkinut Oteran Oy:ltä kirjallisen selvityksen, josta ilmenee yhtiöiden välinen yhteistointi ja alihankkijan tosiasiallinen sitoutuminen tarjoukseen. Hankintayksikön mukaan tämä kirjallinen selvitys on yhteneväinen sen selvityksen kanssa, jonka hankintayksikkö on aiemmin saanut tarjousta täsmennettäessä.

Markkinaoikeus katsoo, että selvitys kylmälaitealihankkijan voimavarojen käytettävissä olosta on ollut olennainen hankinnan kohdetta koskeva vaatimus, jonka täyttymättä jääminen merkitsee tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuutta. Näin ollen riittävän selvityksen puuttuminen tarjouksesta ei ole ollut ainoastaan sellainen vähäinen puute, jonka korjaamisella ei ole olennaista vaikutusta tarjoajan asemaan. Hankintayksikkö on näin ollen menetellyt virheellisesti pyytäessään Oteran Oy:ltä ja Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:ltä edellä mainittua selvitystä. Markkinaoikeus toteaa vielä, että tarjousasiakirjoja ei saa toimittaa tai vaatia toimittamaan suullisessa muodossa. Edellä mainitun selvityksen pyytämisessä on ollut kysymys tarjoajan kanssa käydystä suullisesta viestinnästä, joka on saattanut vaikuttaa merkittävästi tarjouksen sisältöön ja arviointiin. Siinäkin tapauksessa, että selvityksen pyytäminen olisi ollut sallittua, tällainen viestintä olisi tullut dokumentoida riittävästi ja asianmukaisin välinen.

Edellä todetuin perustein Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:n referenssejä ei ole tullut ottaa huomioon Oteran Oy:n soveltuvuutta arvioitaessa. Oteran Oy:n ja sen vastuuhenkilöiden referensseihin ei ole sisällynyt vastaavia rakentamiskohteita, joihin sisältyy suunnittelu- ja työkokemusta kylmäkoneistoista. Koska Oteran Oy ei ole täyttänyt pakollista soveltuvuusvaatimusta, se olisi tullut sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle.

Johtopäätös

Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikkö on menetellyt hankinnassaan julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti valitessaan Oteran Oy:n tarjouksen. Asiassa on näin ollen harkittava hankintalaissa säädettyjen seuraamusten määräämistä.

Seuraamusten määrääminen

Hankintasopimus on allekirjoitettu 13.6.2018. Hankintalain 155 §:n 1 momentista johtuen ainoana seuraamuksena hankintayksikön virheellisestä menettelystä voi siten tulla kysymykseen hyvitysmaksun määrääminen.

Hankintalain 154 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksun asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä tulee edellä todetun mukaisesti arvioida sen perusteella, millaiseksi tarjouskilpailu ja valittajan asema olisi muodostunut virheettömässä menettelyssä. Hankintayksikkö on saanut tarjouspyynnön perusteella neljä tarjousta ja hyväksynyt ne kaikki mukaan tarjousvertailuun. Hankinnan kokonaistaloudellisen edullisuuden valintaperusteena on ollut halvin hinta. Hinnaltaan halvimman tarjouksen jättänyt Oy Yleiskylmä-Findri Ltd on myöhemmin peruuttanut tarjouksensa. Oteran Oy:n tarjous on ollut toiseksi halvin ja Jäämestarit Oy:n tarjous kolmanneksi halvin. Edellä todetuin tavoin Oteran Oy olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta.

Kun halvimman tarjouksen tehnyt tarjoaja on peruuttanut tarjouksensa ennen hankintapäätöksen tekemistä ja toiseksi halvimman tarjouksen tehnyt Oteran Oy:n tarjous olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta, markkinaoikeus katsoo, että kolmanneksi halvimman tarjouksen tehneellä Jäämestarit Oy:llä on ollut virheettömässä menettelyssä todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Näin ollen hankintayksikkö on määrättävä maksamaan valittajalle hyvitysmaksu.

Hankintalain 155 §:n 1 momentin mukaan hyvitysmaksua määrättäessä otetaan huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu, valituksen kohteena olevan hankinnan tai käyttöoikeussopimuksen arvo ja valittajalle aiheutuneet kustannukset ja vahinko. Pykälän 2 momentin mukaan hyvitysmaksun määrä ei saa ilman erityistä syytä ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta.

Pykälän esitöiden (HE 108/2016 vp s. 240) mukaan pykälää vastaa aiemmin voimassa olleen julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) 95 §:ssä säädettyä. Tätä lainkohtaa koskevien esitöiden (HE 190/2009 vp s. 70) mukaan valittajalla on velvollisuus näyttää toteen virheellisestä menettelystä aiheutuneen vahingon määrä.

Hankintasopimuksen arvo on 2.569.345 euroa. Valittaja ei ole esittänyt selvitystä sille aiheutuneista kustannuksista ja vahingosta. Markkinaoikeus harkitsee hankintalain 155 §:n tarkoitetun hyvitysmaksun määräksi tässä asiassa 200.000 euroa.

Oikeudenkäyntikulujen korvaaminen

Hankintalain 149 §:n 2 momentin mukaan hankinta-asiassa oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen sovelletaan, mitä hallintolain-käyttölain 74 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään.

Hallintolainkäyttölain 74 §:n 1 momentin mukaan asianosainen on velvollinen korvaamaan toisen asianosaisen oikeudenkäyntikulut kokonaan tai osaksi, jos erityisesti asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen on kohtuutonta, että tämä joutuu pitämään oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan. Harkittaessa julkisen asianosaisen korvausvelvollisuutta on pykälän 2 momentin mukaan otettava erityisesti huomioon, onko oikeudenkäynti aiheutunut viranomaisen virheestä.

Asiassa annettu ratkaisu ja hankintayksikön virheellinen menettely huomioon ottaen olisi kohtuutonta, mikäli valittaja joutuisi pitämään oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan. Hankintayksikkö on näin ollen velvoitettu korvaamaan valittajan määrältään kohtuulliset oikeudenkäyntikulut. Asian näin päättyessä hankintayksikkö saa pitää oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan.

Käsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa

Valituslupahakemus ja valitus

Kuopion kaupunki on pyytänyt lupaa valittaa markkinaoikeuden päätöksestä ja vaatinut, että korkein hallinto-oikeus ensisijaisesti kumoaa markkinaoikeuden päätöksen sekä toissijaisesti alentaa Kuopion kaupungin maksettavaksi määrätyn hyvitysmaksun määrää olennaisesti. Kuopion kaupunki on vaatinut lisäksi, että Unisport Infra Oy velvoitetaan korvaamaan sen oikeudenkäyntikulut markkinaoikeudessa 1 200 eurolla ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa 2 726,50 eurolla, molemmat määrät viivästyskorkoineen.

Muutoksenhakija on perustellut vaatimuksiaan muun ohella seuraavasti:

Hankintayksikkö on toteuttanut hankinnan kansallisiin hankintoihin sovellettavien säännösten mukaisesti. Markkinaoikeus on virheellisesti soveltanut kansalliseen hankintaan hankintalain 92 §:ää.

Voittanut tarjoaja on täyttänyt soveltuvuudelle asetetut edellytykset ja sen tarjous on ollut tarjouspyynnön mukainen. Voittanut tarjoaja on tarjouksessaan ilmoittanut, että se ei jätä tarjousta ryhmittymänä, mutta se käyttää Oy Yleiskylmä-Findri Ltd:tä niin sanottuna voimavara-alihankkijana. Voittanut tarjoaja on toimittanut tarjouksen liitteinä mainitun alihankkijan ja sen vastuuhenkilöiden referenssitiedot. Näillä referenssitiedoilla täydennettynä voittaneen tarjoajan tarjous on täyttänyt tarjoajan soveltuvuutta koskevat vaatimukset ja sen tarjous on ollut muiltakin osin tarjouspyynnön mukainen.

Hankintayksikkö on varmistanut voittaneen tarjoajan tarjouksessaan ilmoittamien tietojen paikkansapitävyyden ennen urakkasopimuksen allekirjoittamista. Tässä ei ole ollut kyse tarjouksen täydentämisestä. Hankintalaissa ei ole tähän asiaan liittyvää kansallisia hankintoja koskevaa yleistä säännöstä. Hankintalain 105 §:n oikeusohjetta voidaan soveltaa esillä olevaan tapaukseen. Mainitun oikeusohjeen mukaan hankintayksikön tulee ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista varmistua, että tarjouskilpailun voittajan tarjouksessaan ilmoittamat tiedot pitävät paikkansa. Lainkohdassa ei ole määräyksiä siitä, miten varmistaminen tulee tehdä.

Hankintayksikkö on ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista pitänyt urakkaneuvottelun. Urakkaneuvotteluun ovat osallistuneet hankintayksikön edustajien lisäksi muun ohella voittaneen tarjoajan ja kysymyksessä olevan voimavara-alihankkijan edustajat. Urakkaneuvottelussa on käyty läpi tarjous ja voimavara-alihankkijan rooli urakassa. Nimenomaista kirjausta voimavara-alihankkijan sitoutumisesta urakkaan ei ole tehty, vaan asia on käyty läpi suullisesti. Lisäksi asia käy ilmi urakkaneuvottelun pöytäkirjasta. Hankintayksikkö on siten varmistanut voimavara-alihankkijan resurssien käytössä olon kansallisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden mukaisesti.

Hyvitysmaksua ei tule joko määrätä lainkaan, tai hyvitysmaksun määrää tulee joka tapauksessa alentaa olennaisesti.

Selitys

Unisport Infra Oy on selityksessään vaatinut, että korkein hallinto-oikeus ensisijaisesti hylkää valituslupahakemuksen ja valituksen sekä velvoittaa muutoksenhakijan korvaamaan *Unisport Infra Oy:n* oikeudenkäyntikulut korkeimmassa hallinto-oikeudessa viivästyskorkoineen.

Unisport Infra Oy on esittänyt perusteluina vaatimuksilleen muun ohella seuraavaa.

Hankintayksikkö on kansallisessa hankinnassa nimenomaisesti sallinut ryhmittymänä tarjoamisen ja voimavara-alihankinnan sekä asettanut voimavarojen käytettävissä olon selvittämistä koskevia vaatimuksia, jotka ovat sisällöllisesti verrattavissa hankintalain 92 §:ssä todettuun. Näin ollen markkinaoikeus on perustellusti katsonut, että asiassa tulee ottaa huomioon hankintalain 92 § ja tätä koskevat oikeusohjeet.

Vaikka hankintayksikkö ei ole tarjouspyyntöasiakirjoissa erikseen täsmentänyt ryhmittymiä lukuun ottamatta, millä tavoin voimavarojen tosiasiallinen käytettävissä olo on tullut tarjouksessa todentaa, oikeuskäytännön mukaan muiden yksiköiden voimavarojen käytettävyyttä koskevan näyttövelvollisuuden täyttämiseksi riittävänä ei voida pitää pelkästään tarjoajan omaa ilmoitusta kyseisten voimavarojen käytettävissä olost. Oikeuskäytännön mukaan näyttövelvollisuuden täyttäminen edellyttää voimavara-alihankkijan itsensä antamaa vakuutusta tai muuta sitoumusta sen voimavarojen käytettävissä olost hankinnan toteuttamisessa. Nyt käsiteltävässä asiassa voittaneen tarjoajan selvitys voimavara-alihankkijan voimavarojen käytettävissä olost ei ole ollut kyseisen voimavara-alihankkijan itsensä antama vakuutus vaan tarjoajan oma ilmoitus. Voittaneen tarjoajan tarjoukseen ei siten ole sisältynyt riittävää selvitystä voimavara-alihankkijan voimavarojen käytettävissä olost.

Markkinaoikeus on lisäksi perustellusti katsonut, ettei voittaneen tarjoajan tarjouksen suullista täsmentämistä olisi tullut sallia.

Muutoksenhaun kohteena oleva päätös noudattaa johdonmukaisesti sekä unionin tuomioistuimen että markkinaoikeuden vastaavissa tapauksissa omaksumaa tulkintalinjaa. Markkinaoikeuden päätöstä ei siten voida pitää muutoksenhakijan kannalta yllättävänä eikä asiaan soveltuvia oikeusohjeita epäselvinä.

Vastaselitys

Kuopion kaupunki on selityksen johdosta antamassaan vastaselityksessä muun ohella lausunut, että tarjouspyynnön täydennyksellä hankintayksikkö ei ole määrännyt tai edes tarkoittanut, että voimavara-alihankkijan osalta sovellettaisiin EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevia hankintalain säännöksiä. Koska tarjouskilpailun voittanut tarjoaja on tarjouksessaan nimenomaisesti ilmoittanut, että se ei jätä tarjousta ryhmittymänä, ei ryhmittymänä tarjoamista koskevia tarjouspyynnön kohtia tule soveltaa voimavara-alihankkijaan.

Hankintayksiköllä on ollut oikeus todentaa voimavara-alihankkijan resurssien käytössä olo muullakin kuin tiukasti hankintalain 92 §:n mukaisella tavalla. *Kuopion kaupunki* on viimeistään ennen hankintasopimuksen tekemistä käydyillä urakkaneuvotteluilla täyttänyt hankintalain yleisten periaatteiden vaatimukset. Urakkaneuvotteluista on laadittu pöytäkirja, jolla voidaan jälkikäteen riidattomasti todeta, että voimavara-alihankkija on sitoutunut osallistumaan hankintaan ja toteuttamaan hankinnasta tarjouksessa ilmoitetun osan, kuten se on sittemmin tehnytkin.

Muutoksenhakijan vastaselitys on lähetetty tiedoksi Unisport Infra Oy:lle. Unisport Infra Oy on ilmoittanut, että sillä ei ole asiassa lausuttavaa.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu

1. Korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan ja tutkii asian. Markkinaoikeuden päätös kumotaan kokonaisuudessaan sekä hyvitysmaksun määräämisen että oikeudenkäyntikuluja koskevan ratkaisun osalta. Unisport Infra Oy:n markkinaoikeudelle tekemä valitus hylätään.

Unisport Infra Oy veloitetaan korvaamaan *Kuopion kaupungin* oikeudenkäyntikulut markkinaoikeudessa 1 200 eurolla viivästyskorkoineen. Viivästyskorko määräytyy korkolain 4 §:n 1 momentissa tarkoitetun korkokannan mukaisesti siitä lukien, kun kuukausi on kulunut tämän korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen antamisesta.

2. Unisport Infra Oy veloitetaan korvaamaan *Kuopion kaupungin* oikeudenkäyntikulut korkeimmassa hallinto-oikeudessa 2 726,50 eurolla viivästyskorkoineen. Viivästyskorko määräytyy korkolain 4 §:n 1 momentissa tarkoitetun korkokannan mukaisesti siitä lukien, kun kuukausi on kulunut tämän korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen antamisesta.

Unisport Infra Oy:n oikeudenkäyntikulujen korvaamista korkeimmassa hallinto-oikeudessa koskeva vaatimus hylätään.

Perustelut

1. Pääasia

1.1 Kysymyksenasettelu korkeimmassa hallinto-oikeudessa

Asiassa on korkeimmassa hallinto-oikeudessa ratkaistavana, onko markkinaoikeus voinut arvioida hankintayksikön menetelleen julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti, kun se on hyväksynyt voittaneen tarjoajan alihankkijan referenssit osoittamaan voittaneen tarjoajan soveltuvuutta.

1.2 Sovellettavat oikeusohjeet

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jäljempänä *hankintalaki*) 3 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Kansallisia hankintoja, sosiaali- ja terveystalvaeluja sekä muita erityisiä palveluhankintoja sekä käyttöoikeussopimuksia koskevista menettelyistä säädetään hankintalain III osassa, johon sisältyvä 11 luku (99 - 106 §) koskee kansallisia menettelyitä.

Hankintalain 99 §:n mukaan sen lisäksi, mitä I (1 - 31 §) ja IV (123 - 174 §) osassa säädetään hankintasopimuksista, tavara- ja palveluhankintoihin, suunnittelukilpailuihin sekä rakennusurakoihin, jotka ovat arvoltaan 26 §:ssä säädetty EU-kynnysarvot alittavia, mutta vähintään 25 §:n 1 momentin 1 tai 2 kohdassa säädettyjen kansallisten kynnysarvojen suuruksia, sovelletaan tämän luvun säännöksiä. (---).

Hankintalain 100 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on noudatettava hankinnan kilpailuttamisessa sellaista menettelyä, joka on 3 §:n 1 momentissa tarkoitettujen periaatteiden mukainen. Hankintayksikön on kuvattava käyttämänsä hankintamenettely hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.

Hankintalain 105 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia tarjoajan soveltuvuudelle. Soveltuvuutta koskevien vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen. Hankintayksikön tulee ilmoittaa käyttämänsä vaatimukset hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Hankintayksikön on suljettava tarjouskilpailusta ehdokas tai tarjoaja, joka ei vastaa asetettuja soveltuvuusvaatimuksia. Hankintayksikkö voi vaatia, että tarjoajat antavat tarjouksensa osana vakuu-

tuksen, että ne täyttävät hankintayksikön asettamat soveltuvuutta koskevat vaatimukset. Vakuutuksessa annettujen tietojen paikkansapitävyys tulee tarkastaa tarjouskilpailun voittajan osalta ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista.

Pykälän 2 momentin mukaan ehdokkaiden ja tarjoajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle ja soveltuvuutta koskevien vaatimusten asettamisessa voidaan noudattaa, mitä 80–86 §:ssä säädetään.

Hankintalain 100 §:n esitöiden (HE 108/2016 vp) mukaan lainkohdassa jätettäisiin siis hankintayksikön harkintavaltaan se, minkälaista menettelyä se haluaa käyttää hankinnan kilpailuttamisessa. Hankintayksikkö voisi halutessaan käyttää samanlaisia menettelyjä kuin ehdotetun lain EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, mukauttaa niitä tai se voisi käyttää voimassa olevan lain kansallisia menettelyjä. Halutessaan hankintayksikkö voisi käyttää myös muunlaista menettelyä, jonka se on itse määritellyt. (---). Momentin mukaan hankintayksikön olisi kuitenkin kuvattava käyttämänsä hankintamenettely hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Kuvaus tulisi esittää siten, että toimittajat pystyvät sen perusteella ennakoimaan käytetyn hankintamenettelyn luonnetta ja kulkua sekä tietävät oman roolinsa menettelyssä. (---)

Lisäksi edellä mainituissa esitöissä on mainittu, että hankintayksikkö voisi toteuttaa hankintamenettelyn EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa kevyemmin ja joustavammin säännöksiin kuin EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen ratkaisukäytännön mukaan myös hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle esimerkiksi arvon johdosta jäävissä hankinnoissa olisi noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, mikäli hankinnassa on käsillä jäsenvaltioiden rajat ylittävä intressi. Tällaisia sääntöjä ovat unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan esimerkiksi 101 §:ssä tarkoitettu hankinnasta ilmoittaminen (unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-324/98, Telaustria) sekä 136 §:ssä tarkoitettu hankintasopimuksen muuttaminen sopimuskaudella (unionin tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-91/08, Wall AG). Kaikkia EU:n hankintadirektiivin ja ehdotetun lain II osan säännöksiä ei olisi kuitenkaan tarkoitus soveltaa sellaisinaan EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, koska tällöin EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ei toteutuisi lakiehdotuksella tavoiteltu kevyt ja joustava sääntely.

Edellä mainittujen esitöiden mukaan unionin tuomioistuimen ratkaisussa asiassa C-95/10, Strong, katsottiin, että hankintadirektiivi 2004/18/EY ei asettanut jäsenvaltioille velvollisuutta soveltaa kyseisen direktiivin muiden yksiköiden voimavaroihin viittaamisoikeutta koskevia 47 artiklan 2 kohdan määräyksiä hankinnassa, johon ei sovellettu direktiivin kyseistä artiklaa. Jos perustamissopimuksen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen

soveltamisala käsitettäisiin niin laajaksi, että myös direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle pääosin jääviin hankintoihin sovellettaisiin hankintadirektiivin olennaisia määräyksiä, vaarannettaisiin tällä ratkaisun mukaan hankintadirektiivin tarkoitus ulottaa tietyt säännöt vain direktiivin täysimääräiseen soveltamisalaan kuuluviin hankintoihin. Koska myös ehdotetussa hankintalaissa on tarkoitus säännellä 11 luvun hankintoja kevyesti ja joustavasti, hankintayksiköllä olisi II osan säännöksiin nähden laajemmat mahdollisuudet esimerkiksi neuvotella hankinnan vaatimuksista ja vertailuperusteista neuvottelua sisältävissä menettelyissä.

1.3 Keskeiset tosiseikat

Tarjouspyynnöllä on pyydetty tarjouksia Lippumäen urheilualueen tekojääradan rakentamisesta. Markkinaoikeuden päätöksessä todetulla tavalla tarjouspyynnössä on ilmoitettu muun ohella seuraavat soveltuvuutta koskevat vaatimukset:

”Teknisen suorituskyvyn vaatimusten täyttymiseksi on urakoitsijalla ja urakoitsijan työmaalle esittämällä vastuuhenkilöstöllä oltava referenssejä vastaavista rakentamiskohteista (sis. suunnittelu- ja työkokemuksen ja referenssit kylmäkoneistoista). Urakoitsijan kohteeseen esittämien työpäällikön, vastaavan työnjohtajan ja työnjohtajien koulutus ja työkokemus on ilmoitettava tarjouksessa viimeisen viiden vuoden ajalta (asian tuntijalomake.”

”Tarjoajan on esitettävä yrityksen referenssihankkeet vastaavista kohteista viimeiseltä viideltä vuodelta.”

Lisäksi tarjouspyynnössä on asetettu seuraava ryhmittymää koskeva vaatimus:

”Tarjoajan jättäessä tarjousta ryhmittymänä, on tarjouksen mukaan liitettävä ryhmittymän perustajien vastuuhenkilöiden allekirjoittama selvitys (vakuutus) siitä, että tarjouspyynnössä vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat ryhmittymän käytettävissä.”

Soveltuvuusvaatimusten osalta tarjouspyynnössä on vielä ilmoitettu muun ohella seuraavaa:

”Mahdolliset yhteistyökumppanit on ilmoitettava tarjouksessa ja hyväksyttävä tilaajalla. Kaikki tässä tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset ja tietopyynnöt koskevat myös kumppaneita.”

Markkinaoikeuden päätöksestä ilmenevällä tavalla hankintamenettelyn aikana hankintayksikkö on julkaissut toimittajaportaaliissa seuraavan tiedon:

”Mikäli tarjoajalla itsellään ei ole kylmälaiteasennusten osalta tilaajan asettamien vaatimusten mukaisia referenssejä tai pätevyyskäyttöä, voi tarjoaja esittää alihankkijakseen ns. voimavara-alihankkijan, jonka referenssit ja pätevyydet kylmäalan urakoinnista hyväksytään täyttämään tilaajan asettamat vaatimukset sekä henkilöstön, että yrityksen osalta. Tällöin tarjoajalla tulee olla käytettävissä tarjouksessa ilmoitetun alihankkijan voimavarat ko. hankinnan osan toteuttamiseen. Alihankkijan vaihtaminen tai muuttaminen ei ole mahdollista ilman tilaajan suostumusta.”

Voittanut tarjoaja Oteran Oy on tarjouksensa yhteydessä nimenomaisesti ilmoittanut, että se ei jätä tarjousta ryhmittymänä. Lisäksi se on ilmoittanut, että se käyttää kylmälaitehankinnoissa niin sanottuna voimavara-alihankkijana Oy Yleiskylmä-Findri Ltd -nimistä yritystä. Tarjoukseen on ollut liitettynä muun ohella Oy Yleiskylmä-Findra Ltd:n tilaajavastuuraportti, referenssitiedot ja laatusuunnitelma.

Hankintayksikkö on hankintapäätöksellään 16.5.2018 valinnut Oteran Oy:n tarjouksen. Hankintayksikkö on hankintapäätöksen tekemisen jälkeen 7.6.2018 järjestänyt urakkaneuvottelun tekojääräadan rakentamisesta. Neuvotteluista laaditun pöytäkirjan mukaan neuvotteluihin on osallistunut voittaneen tarjoajan edustajan lisäksi myös Oy Yleiskylmä – Findri Ltd:n edustaja.

1.4 Oikeudellinen arviointi

Markkinaoikeus on päätöksessään katsonut, että kysymyksessä olevassa kansallisessa hankinnassa on tullut alihankkijan voimavaroja käytettäessä ottaa huomioon, mitä EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovellettavasta hankintalain 92 §:n 2 momentista ilmenee soveltuvuutta koskevien vaatimusten täyttymisestä muiden yksiköiden voimavaroja käytettäessä.

Kysymyksessä on ollut kansallisen kynnysarvon ylittävä hankinta, johon ei sovelleta hankintalain 92 §:n 2 momenttia. Myöskään tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole ilmoitettu, että hankintamenettely toteutettaisiin samalla tavalla kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Kun otetaan huomioon nykyisen hankintalain taustalla oleva pyrkimys joustavoittaa kansallisten hankintojen suorittamista, pelkästään siitä, että tarjouspyynnössä on todettu sallituksi tarjoaminen ryhmittymänä tai viitattu alihankkijoiden referenssien huomioon ottamiseen, ei seuraa, että asiassa olisi tullut soveltaa hankintalain 92 §:ää vastaavia periaatteita koskien soveltuvuusvaatimusten täyttymistä muiden yksiköiden voimavaroja käytettäessä.

Tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole myöskään ilmoitettu, että tarjouspyynnön ryhmittymiä koskevat ehdot koskisivat myös alihankkijoita. Yhteistyökumppaneita koskevassa tarjouspyynnön kohdassa on ilmoitettu siitä, että yhteistyökumppanit on mainittava tarjouksessa ja hyväksyttävä tilaajalla ja että kaikki tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset ja tietopyynnot koskevat myös kumppaneita. Kyseisessä kohdassa ei kuitenkaan ole vastaavaa mainintaa alihankkijalta vaadittavasta sitoumuksesta kuin ryhmittymänä tarjoamista koskevassa tarjouspyynnön kohdassa. Edelleen toimittajaportaalissa julkaistussa täydennyksessä on mainittu siitä, että alihankkijan referensseihin vedottaessa tulee käytettävissä olla ilmoitetun alihankkijan voimavarat, mutta täydennyksessä ei ole mainittu, miten tieto tästä on annettava.

Referenssien tarkoituksena on osoittaa tarjoajan kokemus ja osaaminen arvioitaessa tarjoajan soveltuvuutta hankinnan toteuttamiseen. Korkein hallinto-oikeus katsoo tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta johtuvan, että alihankkijan, jonka referensseihin hankinnassa nojaututaan, on myös tosiasiallisesti osallistuttava hankinnan toteuttamiseen. Hankintayksikkö on edellä todetulla tavalla edellyttänyt, että tarjoajalla tulee olla käytettävissä tarjouksessa ilmoitetun alihankkijan voimavarat kyseessä olevan hankinnan osan toteuttamiseen.

Edellä tarjouspyyntöasiakirjoista todetun perusteella kysymyksessä olevassa hankintamenettelyssä ei ole kuitenkaan edellytetty, että alihankkijan resurssien käytettävissä olosta olisi varmistuttava tämän allekirjoittamalla selvityksellä tai sitoumuksella. Tarjouspyynnön ehdot ja kysymyksessä oleva kansallinen hankintamenettely huomioon ottaen riittävää on ollut se, että voittanut tarjoaja on ilmoittanut tarjouksessaan voimavara-alihankkijan nimen sekä toimittanut selvityksen alihankkijan referensseistä ja että kysymyksessä olevan alihankkijan osallistuminen hankinnan toteuttamiseen on varmistettu hankintapäätöksen jälkeisessä urakkaneuvottelussa. Näin ollen hankintayksikön menettely ei ole ollut virheellistä, kun se on katsonut voittaneen tarjoajan täyttäneen soveltuvuutta koskeneen vaatimuksen sen alihankkijan referensseihin vetoamalla.

1.5 Lopputulos

Edellä olevan perusteella korkein hallinto-oikeus katsoo, että hankintayksikkö ei ole menetellyt kysymyksessä olevassa hankinnassa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti valitessaan tarjouskilpailun voittajaksi Oteran Oy:n tarjouksen. Hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä ei siten ole. Markkinaoikeuden päätös on kumottava.

1.6 Oikeudenkäyntikulut markkinaoikeudessa

Kun otetaan huomioon asian laatu, asiassa saatu selvitys sekä erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen lopputulos, olisi kohtuutonta, jos Kuopion kaupunki joutuisi pitämään oikeudenkäyntikulunsa markkinaoikeudessa vahinkonaan. Tämän vuoksi markkinaoikeuden päätös on kumottava myös siltä osin kuin markkinaoikeus on hylännyt Kuopion kaupungin markkinaoikeudessa esittämän oikeudenkäyntikuluvaatimuksen. Unisport Infra Oy on hankintalain 149 §:n 2 momentin ja hallintolainkäyttölain (586/1996) 74 §:n 1 momentin nojalla velvoitettava korvaamaan Kuopion kaupungin oikeudenkäyntikulut markkinaoikeudessa viivästyskorkoineen edellä ratkaisuosasta ilmenevällä tavalla.

Kun otetaan huomioon korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen lopputulos, ei ole kohtuutonta, että Unisport Infra Oy joutuu markkinaoikeudessa pitämään oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan. Kuopion kaupunki on vapautettava velvollisuudesta korvata Unisport Infra Oy:n oikeudenkäyntikuluja markkinaoikeudessa.

2. Oikeudenkäyntikulut korkeimmassa hallinto-oikeudessa

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun lopputulos huomioon ottaen olisi kohtuutonta, jos Kuopion kaupunki joutuisi pitämään oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan. Tämän vuoksi Unisport Infra Oy on hallintolainkäyttölain (586/1996) 74 §:n nojalla määrättävä korvaamaan Kuopion kaupungin oikeudenkäyntikulut korkeimmassa hallinto-oikeudessa edellä ratkaisuosasta ilmenevällä tavalla.

Asian näin päättyessä ja kun otetaan huomioon hallintolainkäyttölain (586/1996) 74 §, Unisport Infra Oy:lle ei ole määrättävä maksettavaksi korvausta oikeudenkäyntikuluista korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot.

Korkein hallinto-oikeus:

Irma Telivuo
oikeusneuvos

Anne Nenonen
oikeusneuvos

Joni Heliskoski (t)
oikeusneuvos

Tero Leskinen
oikeusneuvos

Toni Kaarresalo
oikeusneuvos

Jukka Koivusalo
Asian esittelijä, esittelijäneuvos

Jakelu

Päätös	Kuopion kaupunki, oikeudenkäyntimaksu 4 100 euroa
Jäljennös	Unisport Infra Oy
	Oteran Oy
	Markkinaoikeus
Asiakirjat	Korkein hallinto-oikeus