

MARKKINAOIKEUS
Radanrakentajantie 5
00520 Helsinki
markkinaoikeus@oikeus.fi

ASIA

Markkinaoikeuden vastinepyyntö 17.04.2020 (MAO dnro 2020/157)

VALITTAJA

HelpBus Oy
c/o OTM Janne Rintamäki
Suomen Hankintajuristit Asianajotoimisto Oy
Erottajankatu 19 A 11
00130 Helsinki
puh. 040 778 7141
janne.rintamaki@hankintajuristit.fi

HANKINTAYKSIKKÖ

Nurmijärven kunta

HANKINTAYKSIKÖN ASIAMIES JA PROSESSIOSOITE

kunnanlakimies, varatuomari Sari Forsström
Nurmijärven kunta
PL 37
01901 Nurmijärvi
sari.forsstrom@nurmijarvi.fi

PÄÄTÖS, JOSTA ON VALITETTU MARKKINAOIKEUDELLE

Nurmijärven kunnan päätös oppilaskuljetusten hankinnasta 1.4.2020.

VASTINEEN ANTAMISEN MÄÄRÄAIKA

Vastineen antamisen määräaika markkinaoikeudelle on 15.5.2020

HANKINNAN TIEDOT

Hankinnan kohteena on Nurmijärven oppilaskuljetuspalveluiden hankinta sopimuskaudelle 1.8.2020 – 31.7.2024. Hankinta on kilpailutettu puitejärjestelyinä.

Hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo sopimuskaudelta, eli neljältä vuodelta on arviolta 8 600 000,00 euroa.

Nurmijärven kunta (jäljempänä Hankintayksikkö) järjesti tarjouskilpailun avoimena menettelyinä ja siitä julkaistiin hankintailmoitus HILMA-tietokannassa sekä tarjouspalvelu.fi – toimittajaportalissa 6.2.2020.

Hankintapäätös on annettu tiedoksi tarjoajille Cloudian (Tarjouspalvelun) kautta 1.4.2020, tiedoksianto on sisältänyt hankintapäätöksen, vertailutaulukon sekä tarjousten avauspöytäkirjan.

Oikaisuvaatimuksen tekijä / valittaja on hakenut hankintaoikaisua Nurmijärven kunnalta sekä jättänyt valituksen myös markkinaoikeuteen 15.4.2020.

PÄÄTÖKSEN TÄYTÄNTÖÖNPANO JA VÄLIAIKAINEN HANKINTA

Tätä hankintapäätöstä ei ole vielä pantu täytäntöön. Hankintayksikkö sitoutuu olemaan panematta hankintapäätöstä tältä osin täytäntöön niin kauan kuin asia on vireillä markkinaoikeudessa.

Nurmijärven kunta on lakisääteisessä vastuussa hankinnan kohteena olevan palvelun järjestämisestä. Näin ollen Hankintayksikkö on valmistelemassa hankintalain 153 §:n tarkoittamia väliaikaisia hankintasopimuksia oppilaskuljetusten käynnistämiseksi elokuusta eteenpäin, markkinaoikeusprosessin ja mahdollisen muutoksenhakuvaiheen ajaksi. Hankintaa ei voida sen luonteen vuoksi lykätä odottamaan muutoksenhaun ajaksi.

Sopimusten ehtojen mukaisesti Hankintayksikkö rajoittaa väliaikaisjärjestelyn päättymään tuomioistuimen antamaan ratkaisuun tai viimeistään silloin, mikäli tuomioistuin katsoisi että hankintapäätöksessä on ollut virhe, kun virhe on muutoksenhaun perusteella annetun ratkaisun vuoksi korjattu. Näin ollen väliaikainen hankinta ei vaaranna muutoksenhaun tarkoituksen toteutumista.

LIIKESALAISUUDET

Tämä kirjelmä ei sisällä liikesalaisuuksia. Vastineen liitteet sisältävät liikesalaisuuksia, jotka ovat salassa pidettäviä suhteessa muihin asianosaisiin ja kolmansiin.

VALITUS

HelpBus Oy (jäljempänä HelpBus tai valittaja) on valituksessaan tarkemmin ilmenevin perustein väittänyt, että hankinnassa on

menetelty julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti. HelpBus katsoo, että Hankintayksikkö on muun muassa hyväksynyt tarjousten vertailuun mukaan tarjouksia, jotka sen olisi tullut hylätä tarjouspyynnön vastaisina.

Tästä johtuen HelpBus vaatii, että Hankintayksikkö:

1. ensisijaisesti kumoaa tehdyn hankintapäätöksen, korjaa virheellisen menettelynsä sulkemalla osa-alueittain tarjouspyynnön vastaiset tarjoukset hankintamenettelystä ja suorittaa tarjousten vertailun uudelleen;
2. toissijaisesti, kilpailuttaa hankinnan uudelleen; ja
3. joka tapauksessa pidättäytyy hankintapäätöksen täytäntöönpanosta.

Lisäksi valittaja on vaatinut oikeudenkäyntikulujensa korvaamista laillisine viivästyskorkoineen.

HANKINTAYKSIKÖN VASTINE JA VAATIMUKSET MARKKINAOIKEUDESSA

Nurmijärven kunta (Hankintayksikkö) vastustaa Helpbus Oy:n (jäljempänä valittaja) vaatimuksia ja vaatii valituksen hylkäämistä.

Nurmijärven kunta vaatii oikeudenkäyntikulujensa korvaamista korkolain 4 §:n 1 momentin mukaisine viivästyskorkoineen siitä lukien, kun kuukausi on kulunut siitä päivästä, kun markkinaoikeuden päätös on ollut asianosaisten saatavissa. Oikeudenkäyntikulujen määrä on tällä hetkellä 960,00 euroa (alv 0%).

VASTINEEN PERUSTELUT

1. Epäselvä tarjouspyyntö, tarjouspyynnön vastaisesti vertaillut hinnat

Valittaja on todennut muun ohella seuraavaa. Hankintalain 67 §:n 1 momentin mukaan tarjouspyyntö, neuvottelukutsu ja niiden liitteet on laadittava niin selviksi, että niiden perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Kyseistä lainkohtaa koskevassa lainvalmisteluaineistossa (HE 108/2016 vp, s. 164) todetaan, että pykälän 1 momentin mukaan tarjouspyynnön ja neuvottelukutsun tarkoituksena on hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen kuvaaminen siten, että sen perusteella saadaan lopullisia, yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia, joiden perusteella tarjouksia voidaan tasapuolisesti vertailla.

Tarjouspyynnön mukaan tarjousten valintaperusteena on ollut halvin hinta. Laadulliset tekijät on määritetty vähimmäisvaatimuksina ja sopimusehtoina. Hankintayksikön ilmoituksen mukaan kilpailutuksen perusteella muodostetaan puitejärjestely, johon valitaan yksi tai useampia palveluntuottajia. Lopullisten palveluntuottajien määrä

määräytyy tarjouspyynnössä kerrotulla tavalla seuraavasti: Jokainen osa-alue vertaillaan erikseen ja jokaiselle osa-alueelle valitaan riittävä määrä palveluntuottajia, jotta tarvittava kalustomäärä (määritelty osa-aluekohtaisesti) saadaan varmistettua sopimuskaudella. Osa-alueittain valitaan vähintään yksi palveluntuottaja.

Vertailuhinta osa-alueittain määräytyy seuraavasti: Osa-alueet 1-4 ja 6: yksikköhinta €/km Osa-alue 5: päivähinta €/päivä. Hankintayksikkö on tarjouspyynnössä antanut kunkin osa-alueen osalta seuraavat hinnoitteluohjeet tarjoajille:

Osa-alue 1 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/km (alv 0%), kolmen desimaalin tarkkuudella. Tilaaja sitoutuu maksamaan vähintään 600 km/vko/auto valituista autoista (takuukilometrit)."

Osa-alue 2 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/km (alv 0%), kolmen desimaalin tarkkuudella. Tilaaja sitoutuu maksamaan vähintään 600 km/vko/auto valituista autoista (takuukilometrit)."

"Osa-alue 3 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/km (alv 0%), kolmen desimaalin tarkkuudella. Tilaaja sitoutuu maksamaan vähintään 600 km/vko/auto valituista autoista (takuukilometrit)."

"Osa-alue 4 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/km (alv 0%), kolmen desimaalin tarkkuudella. Tilaaja sitoutuu maksamaan vähintään 600 km/vko/auto valituista autoista (takuukilometrit).

" Osa-alue 5 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/päivä (alv 0%).

Hankintayksikön sitoutumaton arvio päiväauton päivittäisestä ajosta on noin 100 km/päivä. Tämä ei ole takuukilometrimäärä. Tilaaja sitoutuu maksamaan valituista autoista kaikkina koulupäivinä sopimuksenmukaisen päivähinnan.

" Osa-alue 6 "Hinta ilmoitetaan muodossa €/km (alv 0%), kolmen desimaalin tarkkuudella. Tilaaja sitoutuu maksamaan vähintään 600 km/vko yhteensä valittujen autojen osalta (ei autokohtaisesti)."

Tarjoushinnat on tullut ilmoittaa Tarjouspalvelu-toimittajaportalissa syöttämällä osa-aluekohtaisesti ne pyydettyihin kenttiin.

Sinällään tarjouspyynnön hinnoitteluohjeita on pidettävä varsin selvinä, eikä tarjoajille olisi pitänyt olla epäselvää, missä muodossa ja monenko desimaalin tarkkuudella tarjoushinnat tulee ilmoittaa. Osa-alueiden 1, 2, 3, 4 ja 6 tarjoushinnat on tarjoajan tullut ilmoittaa kolmen desimaalin tarkkuudella.

Valittaja katsoo, että Hankintayksikkö on hyväksynyt tarjouspyynnön vastaisia tarjouksia. Hankintayksikön on suljettava tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset tarjouskilpailusta.

Valittaja on saanut Hankintayksiköltä tiedoksi muiden tarjoajien tarjoukset julkisin osin. Tarjouksista käy ilmi kunkin tarjoajan osa-aluekohtainen tarjoushinta, mikäli tarjoaja on kyseiselle osa-alueelle tarjouksen jättänyt. Tarjousten vertailuun hyväksytyjen tarjoajien osa-aluekohtaiset tarjoushinnat, siinä muodossa, jossa ne on tarjouksessa ilmoitettu, on esitetty kootusti taulukossa.

Valittaja katsoo, että tarjoukset, joiden tarjoushinnat on ilmoitettu kahden desimaalin tarkkuudella, ovat tarjouspyynnön vastaisia. Hankintayksikön olisi siten tullut kullakin osa-alueella hylätä tarjouspyynnön vastaiset tarjoukset.

1.1. Hankintayksikön vastaus edellämainittuihin väitteisiin

Valittajan väitteet ja johtopäätökset on tehty virheellisten olettamien varassa.

Hinnat on valituksessa todetuvin tavoin pyydetty kolmen desimaalin tarkkuudella osa-alueille 1-4 ja 6. Osa-alueelle 5 hinta on pyydetty muodossa €/päivä eikä tarjouspyynnöllä ole asetettu vaatimusta desimaalimäärästä, mutta kilpailutusjärjestelmässä desimaalien enimmäismäärä on rajattu kahteen desimaaliin.

Jos kilpailutusjärjestelmässä on hinnan desimaalien määrä rajoitettu, niin silloin järjestelmän vertailutaulukolla hintatiedot esitetään samalla desimaalimäärällä. Esim. jos on rajoitettu desimaalien määrä kolmeen ja tarjoaja on antanut hintatiedoksi esim. kokonaisluvun 123 euroa, niin vertailutaulukko näyttää hinnan muodossa 123,000 euroa. Eli järjestelmä lisää nollia kunnes desimaalien määrä on täynnä.

Vertailutaulukon pdf ei valitettavasti näytä noita ns. merkityksettömiä nollia. Mutta kilpailutusjärjestelmän "Muokkaa vertailua" -toiminnon kautta avautuva vertailutaulukko näyttää hinnat kolmella desimaalilla. Kyseisellä kilpailutuksella osa-alue 5 on pyydetty kahdella desimaalilla, muut kolmella.

Eli pdf-näkymät, sekä tarjousten että vertailutaulukon osalta, pudottavat ylimääräiset nollat pois. Toisin sanoen, valittaja ei ole voinut päätellä pdf-muotoisista dokumenteista, missä muodossa tarjoajat ovat tiedot syöttäneet. Nollat lukujen perässä, vaikka niitä olisi lisätty enemmänkin, eivät kuitenkaan muuta hintaa millään tavalla. Hintoja ei siis ole muutettu tarjouspyyntöä vastaavaan muotoon. Valittaja on myös omassa tarjouksessaan näiden pdf-dokumenttien perusteella antanut hinnan osa-alueelle 6 kahden desimaalin tarkkuudella.

Tarjoajat eivät ole myöskään teknisesti voineet antaa hintatietojaan väärillä desimaalitarkkuuksilla. Järjestelmä muuttaa ne tarjousvaiheessa siihen desimaalimäärään, mihin raja on tehty. Pdf-dokumenteista järjestelmä poistaa ns. merkityksettömät nollat lopusta. Eli kaikki tarjoushinnat on annettu hyväksytyssä muodossa, eikä hankintayksikkö ole tehnyt virhettä siirtäessään hintatietoja päätösdokumentille.

Jos siis tarjoaja laittaa hintaan viimeiseksi nollan, se putoaa pois jo ennen tarjouksen lähettämistä. Järjestelmän toimesta tapahtuva nollien lisääminen ei muuta vertailtavaa hintaa. Järjestelmä ei anna

syöttää liikaa desimaaleja (jolloin väitetty pyöristäminen tai hinnan katkaisu olisi saattanut toteutua) Tällöin järjestelmä herjaa siitä, että hinta ei ole oikeassa muodossa. Näin ollen hinnan pyöristymistä ei tapahdu myöskään järjestelmän toimesta huomaamatta.

Vertailunäkymässä, muokkaustilassa jossa tarjouksia käsitellään, hinnat näkyvät siten kuin ne on tarjouspyynnöllä rajattu.

Näin ollen hankintayksikkö ei ole menetellyt hankintalain vastaisesti.

2. Tarjoajien soveltuvuutta koskevat tiedot ja ESPD-asiakirja

Valittaja katsoo, että Hankintayksikön olisi tullut hankintalain 87 §:n mukaisesti pyytää tarjoajien soveltuvuutta koskevat tiedot, joihin sisältyvät myös referenssitiedot, käyttämällä ESPD-lomaketta.

2.1. Hankintayksikön vastaus esitettyyn väitteeseen

Tarjoajan tulee antaa ESPD-asiakirjalla (Yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja) **vakuutus** siitä, että se täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset ja että sitä ei koske julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 80 §:n tai 81 §:n mukainen poissulkemisperuste. Tarjoaja voidaan sulkea hankintamenettelyn ulkopuolelle, jos se ei täytä asetettuja vaatimuksia, se ei ole antanut kaikkia pyydettyjä tietoja, se on antanut vääriä tietoja ESPD-asiakirjaa täyttäessään tai se ei toimita hankintayksikön tarjouskilpailun aikana pyytämiä täydentäviä asiakirjoja asetetussa määräajassa.

Tarjouspyynnössä, kohdassa "muut ehdot", on edellytetty, että tarjoajien on, tarjouskilpailun päätyttyä, pyydettäessä toimitettava soveltuvuusvaatimusten osalta selvitykset Nurmijärven kunnalle.

Vaaditut todistukset, lausunnot ja selvitykset eivät saaneet olla kolmea (3) kuukautta vanhempia ja rikosrekisteriotteet eivät saaneet olla kahtatoista (12) kuukautta vanhempia tarjouksen viimeisestä jättöpäivästä laskettuna. Soveltuvuusvaatimusten tulee täytyä myös tarjoajan mahdollisten alihankkijoiden osalta. Mikäli tarjous tehdään ryhmittymänä, koskevat vaatimukset kaikkia ryhmittymän jäseniä.

Tarjouspyynnössä todetaan edelleen, että Tilaaja pyytää ainakin siltä/niiltä tarjoajilta, jotka vaikuttavat jo alustavan tarjousvertailun perusteella tulevan valituksi toimittajaksi, mainitut todistukset ja selvitykset, ellei selvityksiä ole saatavissa Vastuu Groupin (Tilaajavastuu) sähköisestä palvelusta, josta tilaaja voi tarkistaa vaadittujen tilaajavastuutietojen täyttymisen. Tilaaja voi myös milloin tahansa menettelyn aikana pyytää tarjoajia ja ehdokkaita toimittamaan yhden tai useamman vaadituista todistuksista tai asiakirjoista, jos tämä on tarpeen menettelyn asianmukaisen kulun varmistamiseksi.

Vastaavat tiedot, todistukset ja selvitykset oli toimitettava pyydettyäessä myös mahdollisten alihankkijoiden osalta.

Hankintalain 79 §:n 2 momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s.179) mukaan lain yhteistä eurooppalaista hankinta-asiakirjaa koskevat säännökset vaikuttavat hankintamenettelyyn siten, että soveltuvuuden arviointi tulee tarjouskilpailun aikana pääsääntöisesti olemaan aiempaa nopeampi ja vaivattomampi toimenpide.

Tarkoituksena on, että hankintayksikkö lähinnä tarkistaa tarjoajien vakuutuksen siitä, ettei poissulkemisperusteita ole ja että soveltuvuusvaatimukset täyttyvät. Laissa asetetaan näin vaatimus varmistaa edellytysten täyttymisen tarkistamisen puolueettomuus ja avoimuus siten, että hankintasopimusta ei tehtäisi soveltumattoman tarjoajan kanssa.

Hankintalain 87 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on vaadittava käytettäväksi yhteistä eurooppalaista hankinta-asiakirjaa **alustavana näyttönä** siitä, että ehdokas tai tarjoaja täyttää vaatimukset siitä, että mikään mainitun lain 80 ja 81 §:ssä tarkoitetuista poissulkemisperusteista ei koske ehdokasta tai tarjoajaa (1 kohta) ja että ehdokas tai tarjoaja täyttää hankintayksikön asettamat mainitun lain 83 §:ssä tarkoitettut soveltuvuusvaatimukset (2 kohta). Pykälän 3 momentin mukaan yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja on laadittava sähköisesti käyttäen yhteisen eurooppalaisen hankinta asiakirjan vakiolomakkeen vahvistamisesta annetussa komission täytäntöönpanoasetuksessa (EU) 2016/7 vahvistettua vakiolomaketta.

Hankintalain 87 §:n 1 momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s. 193) mukaan lähtökohtaisesti hankintayksikön tulee luottaa toimittajan yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa antamiin tietoihin ja vakuutuksiin. Tarjoaja vastaa kuitenkin antamiensa tietojen vaatimustenmukaisuudesta. Tarjoaja tai tarjous voidaan sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle lain 74 §:n mukaisesti, mikäli ne eivät vastaa hankinta-asiakirjoissa asetettuja vaatimuksia.

Hankintalain 88 §:n 1 momentin mukaan ennen hankintasopimuksen tekemistä hankintayksikön on vaadittava valittua tarjoajaa toimittamaan ajantasaiset todistukset ja selvitykset sen tutkimiseksi, koskeeko sitä 80 §:ssä tarkoitettu pakollinen poissulkemisperuste ja täyttyvätkö hankintayksikön asettamat 83 §:ssä tarkoitettut soveltuvuusvaatimukset.

Edellä selostetulla tavalla hankintayksikön on hankintalain 79 §:n 1 momentin mukaan tarkistettava ennen tarjousten valintaa yhteisellä eurooppalaisella hankinta-asiakirjalla, että tarjouksen on antanut tarjoaja, jota ei ole suljettu menettelyn ulkopuolelle mainitun lain 80 tai 81 §:n nojalla ja joka täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset.

Hankintalain 88 §:n 1 momentin nojalla on kuitenkin riittävää, että hankintayksikkö tarkistaa poissulkemisperusteiden olemassaolon ja soveltuvuusvaatimusten täyttymisen varsinaisin soveltuvuus selvityksin vasta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen voittaneilta tarjoajilta.

Tässä hankintamenettelyssä ESPD:tä on käytetty pakollisten poissulkuperusteiden osalta. ESPD:lle ei siis ole kirjattu mitään harkinnanvaraisia vähimmäisvaatimuksia koskien lupia, referenssejä, taloudellista tilannetta tai muuta.

Muut tarjoajan soveltuvuutta koskevat vaatimukset on esitetty tarjouspyynnöllä. Näihin on pyydetty vakuutukset tarjoajalta ("kyllä" ja ilmoitettu että todistukset pyydetään ennen sopimusten allekirjoittamista.)

Hankintayksikkö katsoo, että tämä menettely ei ole asettanut tarjoajia eriarvoiseen asemaan tai estänyt heitä antamasta yhteismitallisia vertailukelpoisia tarjouksia. Toisaalta hankintayksikkö on laissa tarkoitettuihin tavoin voinut riittävästi varmistua siitä, että tarjouskilpailuun voidaan hyväksyä ne, joilla ei ole pakollisia poissulkemisperusteita ja hankintayksikkö on voinut tähän lain nojalla luottaa.

3. Väite epäselvästä referenssivaatimuksesta

Vaatimusten tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja ne on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen. Vaatimuksilla tulee voida asianmukaisesti varmistaa, että ehdokkaalla tai tarjoajalla on oikeus harjoittaa ammattitoimintaa ja että sillä on riittävät taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat sekä tekniset ja ammatilliset valmiudet toteuttaa kyseessä oleva hankintasopimus. Ehdokkaat tai tarjoajat, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia, on suljettava tarjouskilpailusta.

Hankintayksikkö on esittänyt tarjouspyynnössä referenssivaatimuksen, jonka mukaan tarjoajalla tulee olla hankinnan kohde, laajuus ja laatu huomioon ottaen riittävä kokemus vastaavan tyyppisistä ja kokoisista hankinnoista viimeksi kuluneelta kolmelta (3) vuodelta. Referenssikohteita on oltava vähintään yksi (1) ja sen on oltava laajuudeltaan ja laadultaan vähintään tarjottua osuutta vastaava.

Valittaja katsoo, että Hankintayksikön referenssivaatimusta ei ole ilmoitettu riittävällä tarkkuudella. Referenssivaatimuksesta ei käy yksiselitteisesti ilmi, mitä tarjottavaa osuutta ja miltä osin referenssitoimituksen olisi oltava hankinnan kohdetta vastaava. Edelleen referenssivaatimuksessa ei ole esitetty täsmällisesti referenssisopimuksen ajallista kestoa koskevaa vaatimusta. Tästä johtuen tarjoajille on jäänyt epäselväksi, millainen referenssi todellisuudessa katsottaisiin soveltuvaksi. Samoin epätarkka referenssivaatimus on jättänyt Hankintayksikölle rajoittamattoman

valinnanvapauden sen suhteen, millaisen referenssitoimituksen se tarjoajalta hyväksyy. Tämä menettely on ollut omiaan vaarantamaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

3.1. Hankintayksikön vastaus referenssivaatimuksen epäselvyyttä koskevien väitteiden osalta

Vastaajan väite referenssivaatimuksen epäselvyydestä on virheellinen.

Tarjoajien soveltuvuutta koskevilla vaatimuksilla hankintayksikkö pyrkii varmistumaan toimittajan kyvystä toteuttaa hankinta. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa soveltuvuusvaatimusten asettamisessa.

Hankintayksikön on kuitenkin otettava huomioon vaatimus tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta. Asetettavien vaatimusten tulee olla hankinnan kannalta perusteltuja, eivätkä mainitut vaatimukset saa perusteettomasti rajoittaa kilpailua.

Suhteellisuusperiaatteesta johtuu, että vaatimusten on oltava oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään. Markkinaoikeuden oikeuskäytännössä on katsottu, että referenssivaatimus on liittynyt sen määrittämiseen, onko tarjoajalla riittävät edellytykset hankinnan toteuttamiseen.

Vaaditut referenssit on pyydetty ilmoittamaan tarjouspyynnön liitteenä olevalla lomakkeella, jossa vaadittua referenssiä on yksilöity vielä tarkemmin:

”Tarjoajan tulee esittää vähintään yksi (1) referenssi viimeisen kolmen vuoden ajalta vastaavasta tai vastaavatyypisistä hankinnasta. Referenssin on oltava tilausajokuljetussopimus erityisryhmille (esim. lapset, vammaiset, vanhukset) ja sen on oltava laajuudeltaan/arvoltaan vähintään tarjottua osuutta vastaava.”

Hankintayksikön oletus on, että tarjoajat ovat lukeneet myös tarjouspyynnön liitteet ennen vastaamista tarjouspyyntöön.

Hankintayksikkö on asettanut tarjouspyynnölle mahdollisuuden esittää lisätietopyyntöjä ja tarkentavia kysymyksiä koskien tarjouspyyntöä, että mahdolliset epäselvyydet saataisiin tarkennettua tarjousaikana. Kukaan tarjoajista ei esittänyt referensseihin liittyvää kysymystä tarjousaikana. Tämä tukee hankintayksikön käsitystä siitä, että referenssivaatimus on asetettu riittävän yksiselitteisesti. Tarjouksista päätellen referenssien vastaavuuden tai laajuuden arviointi ei myöskään ole ollut ongelmallista tarjonneille yrittäjille.

Referenssivaatimuksen tarkoituksena on varmistaa, että valituiksi tulevilla palveluntuottajilla on riittävää kokemusta tarjouspyynnön sisältöön rinnastettavista kuljetuksista ja kyse on soveltuvuuden arvioimisesta.

Valittaja vetoaa siihen, että referenssivaatimusten epäselvällä ilmoittamisella ei ole voitu saada yhteismitallisia vertailukelpoisia tarjouksia. Tarjoajayritysten kokemuksta ei ole vertailtu, vaan kysymys on ollut kokemuksen ja osaamisen riittävydestä annettavasta selvityksestä, jotta voidaan varmistua, että tarjous voidaan hyväksyä tarjousvertailuun. Hankintayksikkö toteaa selvyuden vuoksi, että referenssejä ei ole käytetty vertailukriteereinä.

Koska kyse ei ole vertailukriteeristä, on sallittua jättää hankintayksikölle kohtuullista harkinnanvaraa referenssivaatimusten osalta. Liian yksilöityjen ja tarkkarajaisten referenssien vaatiminen päinvastoin saattaa saada tarjoajat eriarvoiseen asemaan ja rajoittaa kilpailua hankintalain vastaisesti.

Tarjoajat ovat toimittaneet vaaditut referenssitiedot tarjouspyynnössä edellytetyn mukaisesti tarjouslomakkeella numero 3. Lomakkeista selviää, että tarjoajat ovat esittäneet volyymejä koskevat referenssit vaaditusti viimeisten kolmen vuoden ajalta ja että tarjouspyynnön mukaiset minimivaatimukset täyttyvät. Hankintayksikkö on voinut luottaa tarjouksissa ilmoitettujen referenssitietojen paikkansapitävyyteen.

Referenssejä koskevat vaatimus ei siten ole mitenkään vaarantanut yhteismitallisten ja vertailukelpoisten tarjousten antamista.

4. Lisähankintamahdollisuutta koskeva väite

Hankintayksikkö on osa-alueittain tarjouspyynnön kohdassa "II.2.11) Lisähankinta-mahdollisuudet" ilmoittanut "Kyllä" ja edelleen alakohdassa "Kuvaus mahdollisuuksista" todennut "Sopimusta voidaan laajentaa tilaamalla tarvittaessa lisäkalustoa valituilta puitesopimustoimittajilta etusijajärjestyksessä. Lisäkaluston tilaaminen voi koskea loppusopimuskautta tai tilaus voidaan tehdä määräajaksi." Tarjouspyynnön liitteenä olevan sopimusluonnoksen kohdassa 12.1 "Lisätilaukset sopimuskaudella" on puolestaan todettu, että "Tilaaaja voi sopimuskauden aikana hankkia tarvittaessa lisää kalustoa Palveluntuottajilta siinä tapauksessa, että kalustotarve muuttuu sopimuskauden aikana. Lisätarve voi johtua esim. uusista kuljetusoppilaista, asuinpaikkojen muutoksista, muutoksista oppilaskuljetusperusteissa tai säännöissä, mahdollisista palveluverkkomuutoksista, muutoksista julkisessa liikenteessä jne. Lisätarve voi olla tilapäistä (esim. tapaturman takia myönnetty väliaikaiset kuljetukset tai erityisoppilaiden kuljetuksiin liittyvät muutokset) tai pysyväisluonteista. Pysyvemmän lisätarpeen osalta tehdään aina kirjallinen lisäsopimus tai liite sopimukseen.

Mikäli Tilaaaja tarvitsee sopimuskauden aikana lisäkalustoa palvelun toteuttamiseen, tehdään lisätilaukset valituilta palveluntuottajilta etusijajärjestyksessä siten, että tarvittavan autokokoluokan ensisijaiseksi toimittajaksi valitulta Palveluntuottajalta kysytään

lisäkalustoa ensin, ellei tällä ole tarjota lisäkalustoa, kysytään seuraavaksi tulleelta jne. Mikäli yhdelläkään valituista palveluntuottajista ei ole tarjota tarvittavaa lisäkalustoa sopimuskaudella, pidättää Tilaaaja oikeuden hankkia tarvitsemansa kalusto tämän sopimuksen ulkopuolelta. Lisähankinta voi olla määräaikainen tai koskea koko loppusopimuskautta. Lisähankinta tehdään ensisijaisesti siitä autokokoluokasta (osa-alueesta), joka parhaiten vastaa kulloista tarvetta. Palveluntuottaja ei sitoudu resursoimaan kalustoa koko sopimuskauaksi mahdollisia lisätilauksia varten. Palveluntuottaja sitoutuu, mikäli tällä on tarjota sopivaa kalustoa, tarjoamaan lisäpalvelun alkuperäisen sopimuksen mukaisesti hinnoiteltuna.”

Kuvatussa hankintasopimuksen ehdossa on tarjouspyynnön mukaisesti ollut kysymys sopimuksen laajentamisesta. Laajentamista koskeva hankintasopimuksen ehto on kuitenkin jätetty niin avoimeksi, että tarjoaja ei pysty sen perusteella päättämään, missä määrin sopimuksen laajentaminen sopimuskaudella on mahdollista ja miten ehto voi vaikuttaa tarjoajan asemaan. HelpBus:n näkemyksen mukaan kyseinen hankintasopimuksen ehto ei ole riittävän täsmällinen kuvaus lisähankintamahdollisuuksista.

Lisäksi kyseinen ehto jättää Hankintayksikölle lähes rajoittamattoman valinnanvapauden sen suhteen, miten se menettelee lisätilausten kanssa sopimuskauden aikana. Sopimusehto mahdollistaa Hankintayksikölle lisätilausten tekemisen myös kokonaan puitesopimuksen ulkopuolelta. Lisähankintamahdollisuuksien epätasällinen kuvaus ei täytä tarjouspyynnön täsmällisyydelle hankintalaissa asetettuja vaatimuksia. Edellä mainituin perustein HelpBus katsoo, että tarjouspyyntö on ollut siten epäselvä ja hankintalain 67 §:n 1 momentin vastainen, että sen perusteella ei ole voitu saada keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.

4.1. Hankintayksikön vastaus

Kysymys on puitejärjestelynä toteutettavan hankinnan kilpailutuksesta.

Hankintalain 42 § toteaa puitejärjestystä seuraavaa.

Puitejärjestelyllä tarkoitetaan yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat hinnat ja suunnitellut määrät sekä muut ehdot.

Hankintayksikön on valittava toimittajat puitejärjestelyyn tämän lain mukaisella hankintamenettelyllä noudattaen, mitä hankintamenettelyjen käyttöedellytyksistä ja kilpailutuksen menettelyvelvoitteista säädetään.

Hankintayksikön on valittava puitejärjestelyyn yksi tai useampi toimittaja. Toimittajien määrä on ilmoitettava ennalta hankintailmoituksessa, neuvottelukutsussa tai tarjouspyynnössä. Useamman toimittajan puitejärjestelyyn on valittava ilmoitettu määrä toimittajia, jollei soveltuvuusvaatimukset täyttäviä tarjoajia tai hyväksyttäviä tarjouksia ole vähemmän.

Puitejärjestelyyn perustuvat hankintasopimukset on tehtävä puitejärjestelyyn valittujen toimittajien ja sellaisten hankintayksiköiden kesken, jotka on selkeästi ilmaistu puitejärjestelyn kilpailutuksen hankinta-asiakirjoissa.

Puitejärjestely voi olla voimassa enintään neljä vuotta. Hankinnan kohteen sitä perustellusti edellyttäessä puitejärjestely voi poikkeuksellisesti olla kestoaltaan pidempi. Puitejärjestelyn ehtoihin ei saa tehdä olennaisia muutoksia sen voimassaoloaikana.

Hankintalain 43 § säättää puitejärjestelyyn perustuvista hankinnoista seuraavaa.

Jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn yhden toimittajan kanssa, puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat on tehtävä puitejärjestelyssä vahvistettujen ehtojen mukaisesti. Hankintayksikkö voi pyytää toimittajaa tarvittaessa kirjallisesti täsmentämään tai täydentämään tarjoustaan.

Jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn usean toimittajan kanssa ja puitejärjestelyn kaikki ehdot ja järjestelyyn perustuvien hankintojen tarjoajien valinnan määrittävät puolueettomat ehdot on vahvistettu tarjouspyynnössä, puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat on tehtävä ilman kilpailuttamista valitsemalla toimittaja noudattamalla puitejärjestelyn ehtoja ja puitejärjestelyn tarjouspyynnössä esitettyjä perusteita.”

Hankintayksikkö on vahvistanut tarjouspyyntöasiakirjassa hankinnan ehdot. Hankintayksikölle ei siis ole jäänyt rajoittamatonta harkintavaltaa. Puitejärjestelyn luonteeseen kuuluu, että hankintayksikkö ei sitoudu mihinkään tarkkoihin tilausvolyymeihin.

Lisähankintamahdollisuus on sisällytetty arvioituun hankinnan kokonaisarvoon. Tarjoajat ovat voineet laskea kokonaistarjouksensa annetuin tiedoin. Merkitys on sopimusoikeudellinen, se mahdollistaa hankintayksikön tarjouspyynnössä tarkoin määritellyn etusijajärjestyksen ehtojen mukaisesti tilaamaan lisäkalustoa vaikeasti ennakoitavan lisätarpeen mukaan. Jos kukaan tarjoajista ei pysty täyttämään tilausta, silloin hankintayksikkö on oikeutettu tilaamaan palvelua muualta hankintalainsäädännön mahdollistamin menetelmin, kuten se muussakin tapauksessa olisi oikeutettu tekemään. Kyse on sopimusteknisestä asiasta, jossa tarjoajilla ei myöskään ole yksinoikeutta sopimuksen palvelun tuottamiseen, jos se ei pysty etusijajärjestyksen mukaan tuottamaan palvelua.

Ainoa, mihin hankintayksikkö sopimuksellisesti sitoutuu, on viime kädessä takuukilometrit – muilta osin annetut arviot volyyymeistä ovat muutenkin vain suuntaa antavia.

Oppilaskuljetukset ovat luonteeltaan hankinta, joka sisältää paljon muuttujia. Tämän vuoksi sopimus on kilpailutettu puitejärjestelyinä. Nurmijärven kunta on alueena laaja ja jo yksittäisen oppilaan muutto paikkakunnalle tai eri puolelle kuntaa tai mahdollinen loukkaantuminen saattaa aiheuttaa lisäauton tarpeen nopealla aikataulla. Lisätarpeen aiheuttajasta riippuu, miten pitkäaikaisesta lisäsopimuksesta on kyse. Tämä on kuvattu tarjouspyynnössä ja sen liitteissä.

Oikeuskäytännössä on lukuisia kertoja todettu, että puitejärjestelyssä hankinnan laajuuteen ja hankinnan muihin ehtoihin voi lähtökohtaisesti puitejärjestelyjen luonteesta johtuen sisältyä epävarmuutta, joka osaltaan voi vaikuttaa tarjousten mitoittamiseen ja hinnoitteluun.

Puitejärjestelyä koskevat ehdot eivät kuitenkaan saa jäädä tarjouspyynnössä niin yleisluontoisiksi, että ne antavat hankintayksikölle rajoittamattoman harkintavallan valittaessa toimittajia puitejärjestelyyn tai että ne muuten vaarantavat hankintamenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun (Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot, Pekkala-Pohjonen, 2019)

Hankintadirektiivin johdanto-osassa todetaan, että hankintaviranomaisella olisi oltava mahdollisuus määrätä hankintasopimuskauden aikaisista muutoksista tarkistuslausekkeilla tai optioehdoilla itse hankintasopimuksessa, mutta nämä lausekkeet eivät saa antaa sille liikaa harkintavaltaa. Riittävän selvästi laadituilla lausekkeilla pitäisi voida tehdä hankintasopimukseen mukautuksia, jotka ovat tarpeen sopimuskauden aikana ilmenneiden tarpeiden vuoksi julkisen palvelun jatkumisen varmistamiseksi. Sopimusmuutos on hankintalain mukaan sallittu muutos, jos se perustuu kilpailutushetkellä tiedossa olleeseen sopimusehtoon (kuten nyt) tai kyseessä on option käyttö ja optio on ollut alkuperäisessä tarjouskilpailussa tiedossa. Muutoksen euromääräisellä arviolla ei ole muutoksen kannalta merkitystä.

Edellytyksenä tällaisten ennalta tiedossa olleiden sopimusehtojen käyttöön mainitaan se, että ne eivät saa koskea muutoksia tai optioita, jotka muuttaisivat hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta. Keskeistä on, että ehdot ovat tarjouskilpailuun osallistuvien tiedossa jo osallistumisvaiheessa ja että ne ovat riittävän yksilöityjä, täsmällisiä ja selkeitä. Ehdot eivät myöskään saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta harkintavaltaa. Tällainen ehto voisi ole kyseessä, jos ehdolla annettaisiin hankintayksikölle ja tarjoajalle mahdollisuus muuttaa sopimuksen keskeisiä ehtoja keskinäisin neuvotteluin (Pekkala-Pohjonen 2019).

Tässä tarjouspyynnössä on käynyt varsin yksiselitteisesti ilmi hankittavien palveluiden sisältö ja tarjoajat ovat voineet antaa yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Myös tarjoajien etusijajärjestys on ilmoitettu hankinta-asiakirjoissa, missä järjestyksessä tilauksia tehdään. Hankintayksikkö ei yleensäkaan puitejärjestelyssä sitoudu ostamaan sopimusaikana jotain tiettyä määrää palvelua, tässä ollaan ilmoitettu takuukilometrien määrä. Hankintayksikkö on riittävällä tarkkuudella ilmoittanut arvion hankinnan volyymitietojen osalta. Puitejärjestelyn kaikki ehdot on ilmoitettu hankinta-asiakirjoissa eikä etusijajärjestyksen käyttämisestä ole epäselvyyttä taikka se jätä hankintayksikölle rajoittamatonta hankintavaltaa puitejärjestelyssä tehtävien hankintojen ostamisen osalta. Toimintamalli on selkeä ja objektiivinen, ennalta määritellyn mekanismin perustuva. Valittajan väitteet ovat siis virheelliset.

YHTEENVETO

Hinnoitteluun liittyvä valitus on aiheeton, hankintayksikkö ei ole tehnyt tässä hankintamenettelyssä virhettä, hintojen muuttuminen kaksidesimaalisiksi pdf-muotoisissa dokumenteissa johtuu tarjousjärjestelmän (Cloudia) ominaisuudesta. Hintojen muuttuminen kaksidesimaalisiksi ei ole muuttanut tarjousten hinnoittelua, eikä siten vaikuttanut tarjoajien asemaan kilpailutuksessa. Hintavertailu on suoritettu tarjouspyynnössä kuvatulla tavalla.

ESPD-lomaketta on käytetty kilpailutuksessa pakollisten poissulkuperusteiden osalta. Muut tarjoajaa koskevat vaatimukset on esitetty tarjouspyynnöllä kohdassa muut ehdot. Vaatimusten esittäminen tarjouspyynnöllä ei ole estänyt tarjoajaa tarjoamasta eikä antamasta yhteismitallista vertailukelpoista tarjousta. Kaikkia tarjoajia on kohdeltu tasavertaisesti. ESPD:n käyttö hankintalain mahdollistamaa laajuutta suppeammin, hankintalain 88 § 1 mom. huomioon ottaen, ei ole vaikuttanut HelpBusin tai muiden tarjoajien asemaan tarjouskilpailussa.

Referenssimäärittelyn väitetty epäselvyys ei ole herättänyt kysymyksiä tarjouskilpailun aikana eikä ole estänyt tarjoajia antamasta yhteismitallisia vertailukelpoisia tarjouksia. Vaatimus ei ole antanut rajoittamatonta harkintavaltaa Hankintayksikölle. Referenssimäärittelyn väitetty epäselvyys ei ole vaikuttanut HelpBusin asemaan tarjouskilpailussa. Referenssejä ei ole käytetty vertailukriteereinä.

Lisähankintamahdollisuus ja mekanismi, jolla mahdollisia lisähankintoja voidaan tarvittaessa sopimuskaudella tehdä, on kuvattu tarjouspyyntöasiakirjoissa (päätoimintaperusteissa tarjouspyynnöllä sekä sopimusluonnoksella kohta 12.2). Lisähankintamahdollisuuden kuvaaminen tarjouspyynnöllä ei tarkoita sopimuksen mielivaltaista laajentamista. Tilanteet, joissa laajentaminen voi tulla kysymykseen, on kuvattu sopimusluonnoksella. Tilaaja ei pysty tässä vaiheessa ennakkoimaan tarkemmin mahdollista lisätarvetta kalustolle sopimuskauden aikana. Hankinnan luonteesta johtuen hankinta myös on toteutettu puitejärjestelyinä.

Hankintapäätöksestä on tullut esille ratkaisuun olennaisesti vaikuttavat seikat, kuten perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty. Hankintalaissa ei edellytetä, että tarjoajan hyväksymistä (toisin sanoen soveltuvuusvaatimusten täyttymistä) tulisi erikseen perustella, kun taas tarjoajan hylkäämistä koskevat perusteet on ilmoitettava hankintapäätöksessä, koska kyse on tarjoajan asemaan vaikuttavasta ratkaisusta.

Hyväksytyt tarjoukset ovat sisällöltään vastanneet tarjouspyyntöä. Tarjoajat ovat esittäneet tarjouspyynnössä pyydetty selvitykset ja osoittaneet kelpoisuutensa palvelun tuottamiseen. Tarjoajat ovat yksilöineet referenssit tarjouspyynnössä vaadituin tavoin.

Hankintayksikkö on oikeutettu käyttämään harkintavaltaansa tarjoajan soveltuvuusperusteiden asettamisessa. Nurmijärven kunta on voinut tarjoajien esittämällä perusteilla todeta, että niillä on riittävästi kokemusta ja kykyä toteuttaa hankinta.

Nurmijärven kunta katsoo menetelleensä asiassa hankintasäännösten mukaisesti. Kilpailutuksen lopputulosta ei ole syytä muuttaa.

Nurmijärvellä 13. päivänä toukokuuta 2020

NURMIJÄRVEN KUNTA

Sari Forsström
kunnanlakimies, varatuomari

Liitteet

Kunnanhallituksen päätös 11.5.2020

Alla olevat muistitikulla:

1. Hankintailmoitus
2. Tarjouspyyntö liitteineen
3. Tarjoukset liitteineen (**liikesalaisuuksia sisältävät liitteet merkitty ja erotettu**)
4. Hankintapäätös liitteineen