

Syyt miksi infrarakennusurakan ajautuvat markkinaoikeuteen

Juha-Matti Junnonen

Esityksen tausta

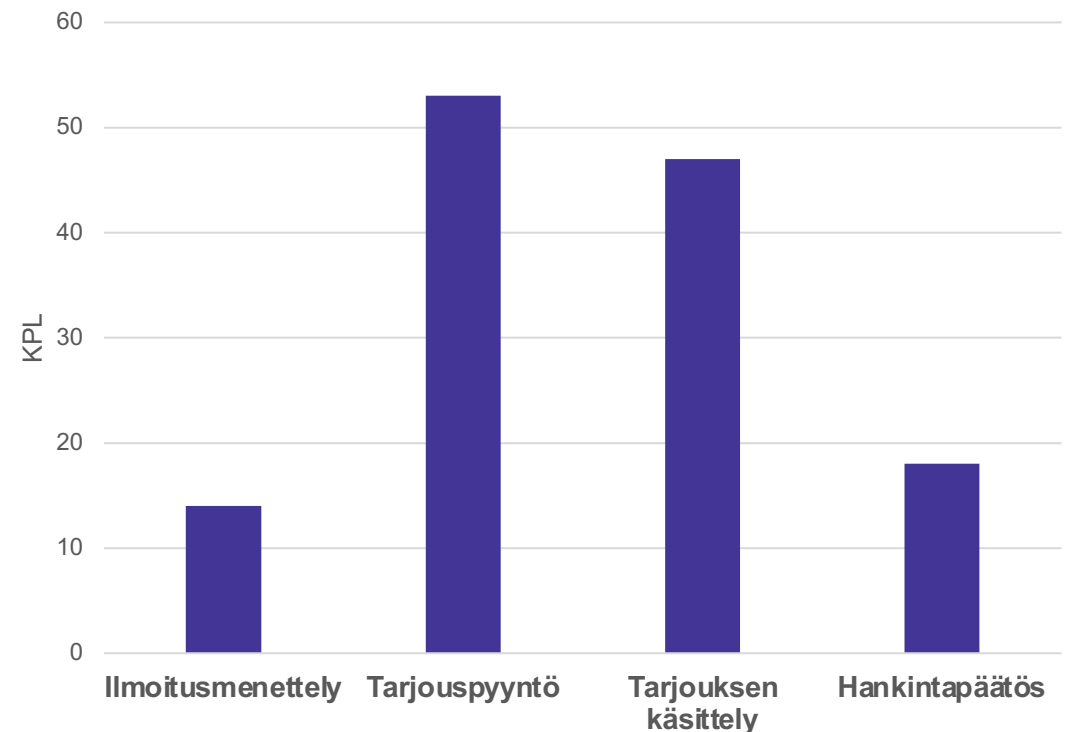
- Osana ProDigial –tutkimusohjelmaa selvitettiin mitkä ovat keskeiset syyt, että infra-alan hankinnasta tehdään valitus markkinaoikeuteen
 - Selvityksen motiivina oli tuoda esiin infrahankintoihin liittyviä markkinaoikeuden käsittelemiä tapauksia, jotta hankintayksiköt pystyisivät jo etukäteen poistamaan hankintoihin liittyviä potentiaalisia vaaranpaikkoja.
 - Tavoitteena oli myös johtaa markkinaoikeuden päätöksistä ”opetuksia” ja ohjeita hankintaan liittyen
 - Mikäli hankintaprosessissa on epäselvyyksiä, aiheutuu siitä väistämättä hidasteita sekä tehottomuutta hankkeeseen
- Selvityksessä analysoitiin kaikkiaan 104 hankinta-asioita vuosina 2011-2023 markkinaoikeuteen tehtyä valitusta, jotka koskevat infra-alan urakoitsijoiden kilpailuttamista
- Aineisto on kerätty markkinaoikeuden sivustolta olleista tapauksista
- Selvitys julkaistaan ProDigial-tutkimusohjelman sivustolla

Lähtökohdat

- Periaatteessa valitusten syyt johtuvat, että ehdokas tai tarjoaja on sitä mieltä, että tarvitsee oikeussuojaa ja hankintalain keskeisiä periaatteita ja hankintalain oikeusohjeita ei ole noudatettu ja siten hänen oikeuksia on loukattu
 - Siten valitusten syyt ovat satunnaisia mutta joitain yhteneväisyyksiä voidaan havaita
- Julkisia hankintoja ohjaavia periaatteita ovat
 - ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu
 - avoimuus- ja suhteellisuusperiaate
 - kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen
- Hankintalain pykäläkohtaiset määräykset ovat pitkälti periaatteiden kodifikaatiota
- Markkinaoikeus päätöksissään usein peilaa tapahtumia näihin periaatteisiin ja niiden toteutumiseen

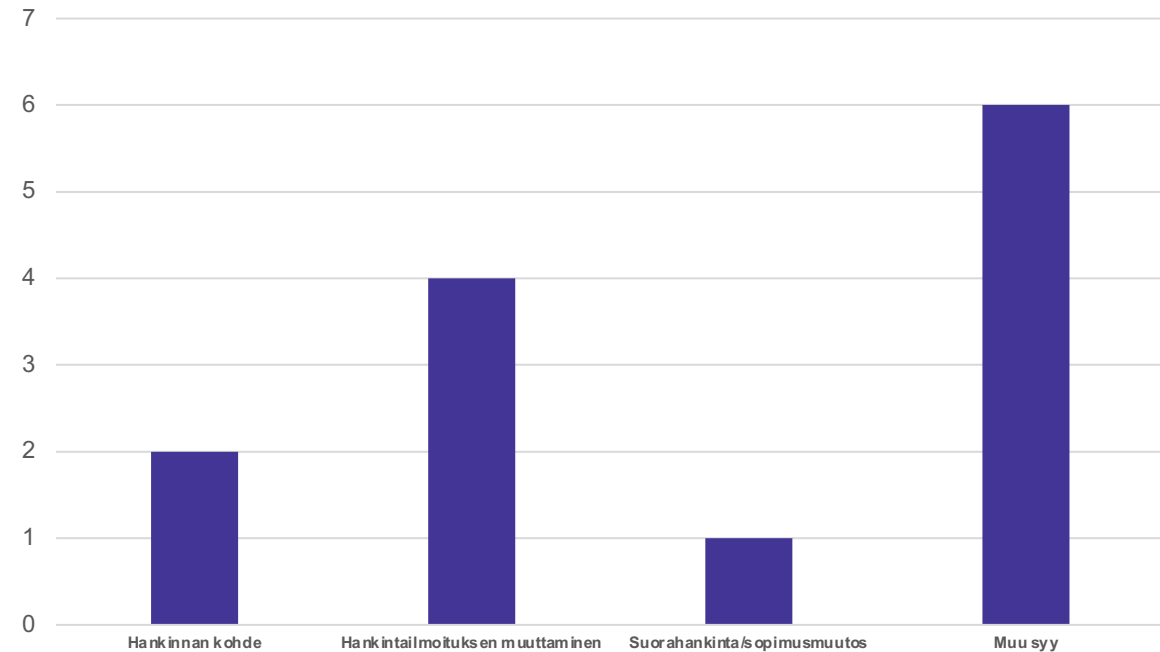
Valitusten jakaantuminen

- Selvityksessä valitukset jaoteltiin hankinnan vaiheiden mukaisesti: ilmoitusmenettelyyn, tarjouspyyntövaiheeseen, tarjousten käsittelyvaiheeseen ja hankintapäätösvaiheeseen
 - Tämän jälkeen kuhunkin vaiheeseen sijoittuvia virheitä jaoteltiin tarkemmin kategorioiden sisällä, ja tarkasteltiin hankintaprosessin eri vaiheissa ilmenevien virheiden yleisyyttä
- Lukumäärällisesti eniten tarkasteltavissa valituksista liittyi tarjouspyynnön laatimiseen sekä tarjousten käsittelyyn
 - Tyypillisin valituksen aihe tarjouspyynnön laatimisessa oli tarjoajan soveltuvuusvaatimusten asettamisessa ja niiden määrittelyssä
 - Tarjousten käsittelyvaiheessa eniten valituksia aiheutui siitä, etteivät hankintayksiköt sulkeneet tarjouspyynnön vastaista tarjousta (yleensä voittanutta tarjousta) tarjouskilpailun ulkopuolelle tai hankintayksiköt olivat sulkeneet vaatimukset täyttäviä tarjouksia tarjouskilpailun ulkopuolelle.



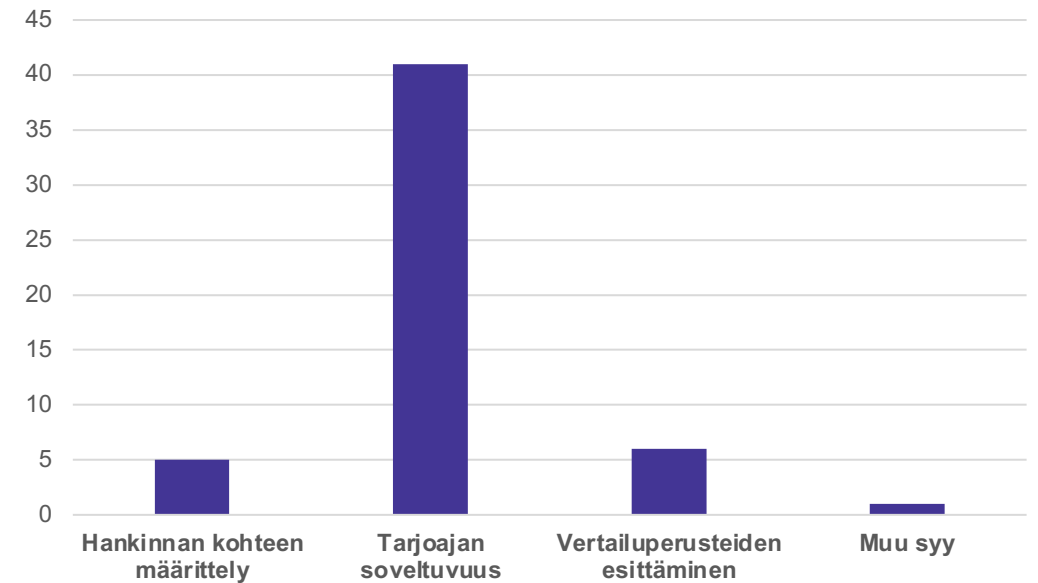
Ilmoitusmenettely

- Ilmoitusmenettelyä koskevia valituksia oli lukumääräisesti hyvin vähän (13) ja valitusten aiheet olivat hyvin moninaisia
- Esimerkiksi:
 - Epäselvyys siitä oliko kyseessä julkinen hankinta ja siten myös hankintalainsäädännön alainen hankinta
 - Oliko hankinta keinotekoisesti jaettu siten, että hankinnan arvo jäi alle kynnyksarvon
 - Tarjoajille ei väitetysti ollut varattu riittävän pitkää määräaikaa reagoida tarjouksissaan hankintayksikön tekemiin muutoksiin
 - Hankintayksikkö oli väitetysti muuttanut kesken hankintamenettelyä ehdokkaan soveltuvuusvaatimuksia siten, että valittaja ei olisi voinut osallistua tarjouskilpailuun
 - Hankintayksikkö oli muuttanut soveltuvuusvaatimuksia helpommin täytettäviksi mutta muutoksista ei kuitenkaan julkaistu hankinnan korjausilmoitusta
 - Valittaja oli jättänyt osallistumishakemuksensa vain sähköisesti, vaikka hankintailmoituksessa oli maininta, että osallistumishakemus tulee jättää kirjallisena eikä sähköpostilla toimitettua hakemusta hyväksytä



Tarjouspyynnön laatiminen

- Lukumäärällisesti valituksia kohdistui eniten tarjouspyyntövaiheen menettelyihin (53 kpl)
- Näistä valituksista useimmat liittyvät tarjoajan soveltuvuuden määrittämiseen
 - Joko niin, että hankintayksikkö oli usein väitetyksi asettanut suhteettoman suuren vähimmäisliikevaihtovaatimuksen tai tarjoajan referenssivaatimus oli asetettu epäselvästi
- Joissain tapauksissa valittajat olivat muodostaneet yhteenliittymän (ryhmittymän), joka oli suljettu pois tarjouskilpailusta, koska:
 - kaikki yhteenliittymän yritykset eivät täyttäneet asetettuja soveltuvuusvaatimuksia
 - yhteenliittymä ei ole esittänyt tarjouksessaan tarjouspyynnössä vaaditun mukaisesti selvitystä urakkaosuuksien vastuunjaosta, kuten sopimusta, siitä, mitkä osat tai vastuualueet rakennusurakasta kuuluvat kullekin yhteenliittymän jäsenelle

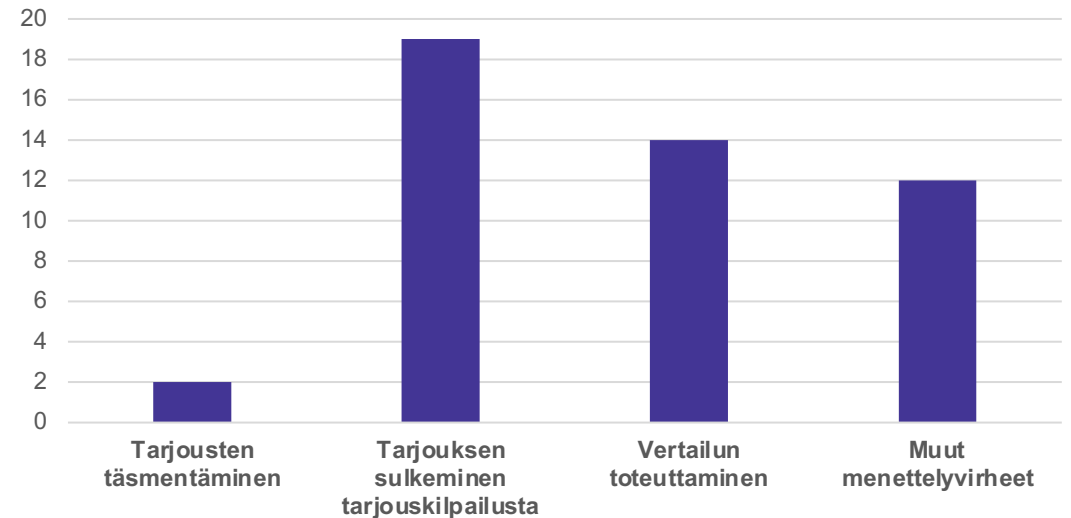


- Jotain valituksia oli kohdistunut tarjoajan liikevaihtoa koskeviin soveltuvuusvaatimuksiin
 - Hankintalain 85 § :n 2 mom. mukaan vaadittava vuotuinen vähimmäisliikevaihto saa olla enintään kaksi kertaa hankintasopimuksen ennakoitun arvon suuruinen
 - MAO 466/20: Tarjouspyynnön liikevaihtovaatimuksen suuruusluokka ei ole ollut hankinnan kohteen kannalta perusteltu vaan taloudellinen suorituskyky olisi tullut arvioida muun aineiston perusteella. Muutoin liikevaihtovaatimus on rajoittanut liikaa kilpailua. Tarjouspyynnön neljän miljoonan liikevaihtovaatimus on syrjinyt pieniä yrityksiä ja estänyt niiden osallistumisen tarjouskilpailuun.
 - MAO 44/21 tapauksessa vähimmäisliikevaihtoa koskevan valituksen perusteena on ollut mm. valittajalla sen nuoren iän takia ei ole ollut esittää näyttöä hankinta-asiakirjojen mukaisen liikevaihtovaatimuksen täyttymisestä.
- Valitusten perusteella ongelmia ilmeni erityisesti referenssivaatimusten asettamisesta, ja valittajan mukaan vaatimus oli asetettu tavalla tai toisella syrjivästi tai suhteellisuusperiaatteen vastaisesti
 - Tarjouspyynnössä pitää olla selkeästi määritelty minkälaiset referenssihankkeet kelpaavat (esim. tarjoaja on viimeisen kolmen vuoden aikana toiminut pääurakoitsijana vähintään kahdessa sellaisessa vesistönkunnostus- tai vesirakennushankkeessa, joka on sisältänyt betonitöitä ja jonka urakkasumma on ollut vähintään 300.000 euroa.)
 - Vältettävä epäselviä vaatimuksia (kuten yrityksellä on ”kohdetta vastaavista töistä”, ”tulisi/pitäisi” -ilmaisuja tms)
 - MAO 522/19, jossa tarjouspyynnössä oli edellytetty referenssikohteiden olevan tarjoajan suorittamia, eikä siinä ollut mahdollistettu henkilöreferenssien esittämistä. Valittajan ilmoittamista referenssikohteista kaksi oli ollut sen omia kohteita, ja kolmas referenssikohde oli ollut erään toisen yrityksen referenssi mutta valittaja vetosi siihen, että kohteen vastuuhenkilöt ovat nyttemmin valittajan palveluksessa. Markkinaoikeus päätöksessään totesi, että ehdokkaan ja tarjoajan referenssejä koskevilla vaatimuksilla pyritään varmistumaan ehdokkaalle ja tarjoajalle kertyneestä riittävästä kokemuksesta, joiden toteuttamiseen on voinut osallistua useita eri henkilöitä eri aikoina. Organisaatiolle kertynyt kokemus voi osoittaa ehdokkaan ja tarjoajan soveltuvuudesta merkityksellistä tietoa, vaikka aiempiin urakoihin osallistuneet henkilöt olisivat sittemmin siirtyneet toisen työnantajan palvelukseen.

- Tarjousten vertailuperusteiden esittämiseen liittyvät valitukset kohdistuivat mm:
 - Tarjouspyynnössä edellytetty vaatimus kuvata ”tuotannon suunnittelu, riskien hallinta, poikkeamamenettely, urakan laadunvarmistus ja luovutus tilaajalle” oli ollut yleisluonteinen (MAO 326/12)
 - Tarjouspyyntö ei ollut selvä referenssejä koskevan vertailuperusteen osalta ja vertailuperusteena oli käytetty pelkästään referenssien lukumäärää (MAO 203/12)
 - Tarjouspyynnössä ei ollut yksilöity millään tavalla tarjousten vertailuperusteita (MAO 790/15)
 - Tarjouspyynnössä toimintakuvauksessa arvioitaviksi ilmoitetut seikat eivät olleet sellaisia, joita voitaisiin käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina, sillä toimintakuvauksessa esitetyillä seikoilla ei ollut vaikutusta kustannuksiin, hankinnan sisältöön, käytettävyyteen tai lopputulokseen (MAO 357-358/12)
 - Vaadittua työvaihesuunnitelmaa ja urakoitsijan kokemusta vastaavista töistä koskevia vertailuperusteita ei ollut yksilöity eikä ilmoitettu, miten mainittuja vertailuperusteita tullaan arvioimaan, ja pisteytystapa on kuvattu epämääräisesti (MAO 344/14)

Tarjousten käsittely

- Aineiston perusteella toiseksi eniten virheitä ilmeni tarjousten käsittelyssä (47 kpl).
 - Valitukset kohdistuivat erityisesti tarjouksen sulkemisessa kilpailusta.
 - Toiseksi suurin valituksen syy oli tarjousvertailun toteutukseen liittyvät epäselvyydet.
- Tarjouksen täsmentämistä koskevat valitukset kohdistuivat siihen, että
 - voittanut tarjoajan oli täydentänyt tarjoustaan alihankkijoiden osalta vaikka tarjouspyynnössä oli edellytetty, että alihankkijat olisi pitänyt nimetä jo tarjouksessa
 - voittanut tarjoaja oli täydentänyt tarjoustaan soveltuvuusvaatimusten osalta hankintayksikön pyynnöstä

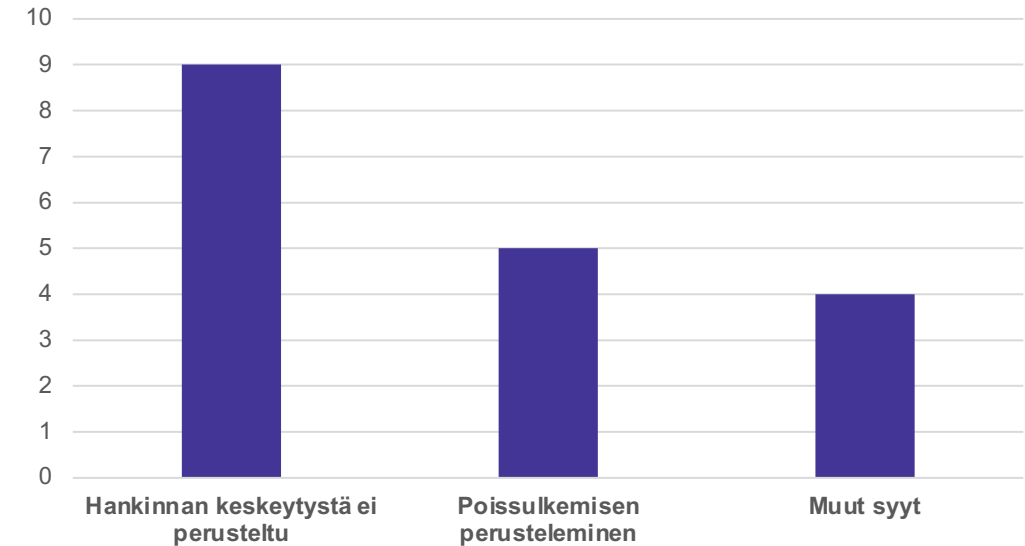


- Osa valituksista aiheutui siitä, ettei tarjouksessa ollut vaadittuja asiakirjoja, joiden perusteella hankintayksikkö hylkäsi tarjouksen. Tällöin usein valittaja vetosi siihen, että hankintayksikön olisi pitänyt pyytää puuttuvat asiakirjat tai selvitys tapahtuneesta.
 - MAO 165/11: Valittajan tarjous oli hylätty sen vuoksi, että tarjouksessa esitetty suunnitelmaratkaisu ei täyttänyt tarjouspyynnön ja muiden hankinta-asiakirjojen vaatimuksia. Valittajan mielestä hankintayksikön olisi ennen hylkäämistä, pitänyt pyytännyt suunnitelmien täydentämistä.
 - MAO: Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää, että tarjouksia arvioidaan lähtökohtaisesti sellaisina kuin ne on toimitettu hankintayksikölle tarjousten jättämiseksi asetettuun määräaikaan mennessä. Hankintayksikkö ei voi tarjousten jättämiseksi asetetun määräajan jälkeen sallia tarjoajan täsmentää tarjoustaan, ellei tarjouksen epäselvyys tai puutteellisuus ole johtunut tarjouspyynnön epäselvyydestä. Tällöinkään tarjouksen täsmentäminen ei saa johtaa tarjouksen sisällön muuttamiseen.
- Iso osa valituksista aiheutui siitä, että hankintayksikkö ei ollut sulkenut yleensä voittanutta tarjousta tarjouskilpailusta, vaikka voittanut tarjous ei valittajana näkemyksen mukaan täyttänyt tarjouspyynnön vähimmäisvaatimuksia tai ei ollut toimittanut tarjouksensa mukana vaadittua asiakirjaa
 - MAO 367/22: Valittajan mukaan tarjouskilpailun voittanut tarjoaja ei ole täyttänyt tarjouspyynnössä tarjoajan soveltuvuudelle asetettuja vaatimuksia sillä voittaneella tarjoajalla ei ole tarvittavaa kokemusta liikuntapaikkarakentamisesta. MAO päätöksessään totesi: Referenssivaatimus, jonka mukaan yrityksellä tulee olla kokemusta vähintään kolmen vastaavan suuruisten / tyyppisten (€) kohteiden rakentamisesta viimeisen 7 vuoden ajalta, on ollut sillä tavoin muotoiltu, ettei sitä ole perusteltua tulkita sen sanamuotoon nähden siten, että olisi edellytetty tarjoajalta nimenomaan kokemusta nimenomaisesti liikuntapaikkarakentamisesta.
 - MAO 208/22: Valittaja oli epäillyt voittaneen tarjoajan kykyä suoriutua urakasta, ja siten tämä olisi pitänyt poissulkea tarjouskilpailusta. Valittaja perusteli epäilyään sillä, että rakennusurakka ei tule toteutumaan aikataulussa, koska voittanut tarjoaja ei ollut saanut suoritettua aikaisemmin voittamaansa urakkaa loppuun aikataulussa. Voittaneella tarjoajalla oli myös muita kohteita, joissa aikataulu on tiukka. Lisäksi voittaneella tarjoajalla oli pula henkilöstöstä.

- Tarjousvertailun toteuttamiseen liittyvät valitukset kohdistuvat niin pelkästään hinnan perusteella tapahtuvaa hankintaan kuin myös kokonaistaloudellisuuden perusteella tapahtuvaan hankintaan.
 - MAO 629/18: Päälysteiden reikiänpaikkausrakassa tarjoaja olivat voineet itse valita paikkausmenetelmänsä. Tarjoukset eivät valituksen mukaan olleet hinnoitteluperusteiden osalta vertailukelpoisia, koska ne olivat todennäköisesti perustuneet keskenään vertailukelvottomien paikkausmenetelmien käyttöön ja niistä aiheutuvien kustannusten vertailuun
 - MAO 57/18: Hankintayksikkö oli kilpailuttanut kolme toisiaan vastaavaa alueurakkaa ajallisesti lähekkäin, ja tarjousten laadullisen arvioinnin kriteerit olivat jokaisessa alueurakassa samat. Valittaja oli saanut eri kilpailuttamisen kohteista erilaiset laatupisteet, ja valitus kohdistui siihen, että valittajan saamat laatupisteet olivat vähentyneet samoista vertailuperusteista huolimatta näiden mainittujen kolmen tarjouskilpailun yhteydessä
- Osa valituksista liittyi siihen, että voittanut tarjous olisi pitänyt sulkea pois koska tarjousprosessiin tai tarjousten käsittelyyn osallistunut henkilöllä tai yrityksellä oli eturistiriitoja
 - MAO 91/19: Voittanut tarjoaja oli laatinut hankinnan kohteena olevan pääurakkana toteutettavan kokonaisurakan suunnitelmat eli osallistunut olennaisesti hankkeen valmisteluun. Vaikka kyseistä asiakirjaa ei ollut kuitenkaan määritelty sitovaksi suunnittelua koskeneessa tarjouspyynnössä, niin markkinaoikeus katsoi, että voittaneella tarjoajalla oli ainakin jossain määrin vaikutusvaltaa siihen, mitä vaatimuksia skeittiparkille suunnitelma-asiakirjoissa asetetaan
- Useissa tapauksissa oli kyse joko kalustoon tai urakassa käytettävien materiaaliin liittyvistä epäselvyyksistä:
 - voittaneella tarjoajalla tarjoamassa maa-aineksessa oli kysymys tarjoajan yhteistyökumppanin omistamalta metsätilalta otettavasta maa-aineksesta, johon ei vielä ole ollut maa-aineksenottolupaa (MAO 631/14).
 - tarjoajalla tuli olla kalustona vähintään kivitöiden edellyttämä kaivinkone KKHp05 kuljettajineen, jota ei voittaneella tarjoajalla ollut vaan oli osallistumishakemuksessaan koneeksi traktorikaivurin KKT (MAO 555/11)
 - voittaneella tarjoajalla ei ollut käytössään tarjouksessa olevia kalustoa vaan työt toteutettiin alihankintoina. Valitus kohdistui osaksi siihen, että voittaneella tarjoajalla ja alihankkijalla ei ole mitään sitoumusta kyseisen kaluston käytössä eikä alihankkija ollut antanut mitään sitoumusta tai tarjousta sen käytettävyydestä (MAO 743/17).
 - MAO:n päätöksestä: ”Tarjoajalla lähtökohtaisesti tarvitse olla tarjouspyynnössä edellytetyt kalustoa vielä tarjouksen tekohetkellä. Tarjoaja vastaa tarjouksessaan ilmoittamiensa tietojen paikkansapitävyydestä, ja hankintayksiköllä on vastaavasti lähtökohtaisesti oikeus luottaa tarjoajan tarjouksessaan ilmoittamiin tietoihin”.

Hankintapäätös

- Hankintapäätösvaiheeseen liittyviä valituksia ilmeni vähiten
- Suurin osa hankintapäätöstä koskevista valituksista kohdistuivat hankinnan keskeyttämiseen ja sen perusteluihin
 - Hankintayksikkö oli keskeyttänyt hankinnan, koska
 - hankintayksikön määrärahat eivät riittäneet
 - hankintamenettelyssä oli sellainen virhe, jonka oikaisu ei olisi mahdollista
 - tarjouskilpailussa oli saatu vain yksi hyväksyttäväksi katsottava tarjous
- Hankintamenettely oli valittajien näkemysten mukaan aiheettomasti keskeytetty, ja hankintasopimus olisi pitänyt tehdä alkuperäisen tarjousmenettelyn perusteella
- Hankintapäätöksiä toiseksi yleisin valituksen aihe liittyi tarjousvertailun laadullisten vertailuperusteiden pisteytyksen puutteellisiin sanallisiin perusteluihin tai tarjouksen sulkemispäätöksen perusteluihin
 - Siten valittaja ei ole voinut asianmukaisesti arvioida hankintapäätöksen oikeellisuutta ja siten valitustarvettaan asiassa



Valitusten menestyminen

- Tarkasteltavissa 104 valituksesta markkinaoikeus oli 74 tapauksessa hylännyt valituksen tai jättänyt valituksen tutkimatta.
- Useimmat menestyneet valitukset kohdistuivat siihen, että voittanut tarjous olisi pitänyt hylätä tarjouspyynnön vastaisena tai tarjouksen vertailuperusteet olivat olleet epäselvät ja vertailu oli tehty virheellisesti.
- Joitain poimintoja opiksi:
 - Voittaneen tarjoajan tarjouksesta oli puuttunut tarjouspyynnössä edellytetty työaikataulu, jossa on tullut kuvata työvaiheiden keskinäiset riippuvuudet. Kyse oli sellaisen asiakirjan puuttumisesta, jota tarjouspyynnössä oli ehdottomasti vaadittu. **Tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaamiseksi tarjouspyynnössä ehdottomasti vaadittua asiakirjaa ei ole voinut esittää myöskään tarjousten jättämisen jälkeen käydyssä selonottoneuvottelussa.**
 - Tarjouspyynnössä oli edellytetty tarjoajilta ilmoitusta siitä, aikooko tarjoaja teettää osan hankintasopimuksesta kolmansilla osapuolilla, ja ne piti nimetä tarjouksessa. Voittanut tarjoaja oli tarjouksessaan ilmoittanut käyttävänsä mahdollisesti aliurakoitsijoita niitä kuitenkaan tarjouksessaan nimeämättä. Voittanut tarjoaja oli tarjousten jättämiselle varatun määräajan jälkeen hankintayksikön täsmennyskehotuksen johdosta ilmoittanut käyttävänsä hankinnan toteuttamisessa kahta yksilöimäänsä aliurakoitsijaa. Markkinaoikeus totesi, että aliurakoitsijoiden ilmoittamisella oli ollut merkitystä tarjoajien soveltuvuuden ja hankintalain poissulkemisperusteiden olemassaolon arvioinnissa. **Siten alihankkijoiden ilmoittamatta jättämistä ja siihen liittyvää tarjoajan alihankintamahdollisuudella spekulointia ei voitu pitää sellaisina epäolennaisina seikkoina, jotka olisi voitu korjata tarjousta täydentämällä tai täsmentämällä.**
 - Tarjouspyynnössä oli muun ohella ilmoitettu, että mikäli urakkaa tarjoaa työyhteisöliittymä, tulee kaikkien liittymän jäsenten osoittaa kelpoisuutensa sekä ilmoitettu, että tarjoavalla yrityksellä viimeisen kolmen vuoden liikevaihdon oli oltava vähintään 500.000 euroa vuodessa. Hankintamenettelyn aikana hankintayksikkö oli toimittanut tarjoajille lisäkirjeen, jossa se oli helpottanut liikevaihtovaatimuksen täyttämistä. **Kyseiset muutetut soveltuvuusvaatimukset olisivat siten voineet mahdollistaa tarjouskilpailuun osallistumisen joko yksin tai ryhmittymän osana myös sellaisille yrityksille, jotka eivät ole täyttäneet alun perin asetettuja korkeampia liikevaihtorajoja.** Siten hankintayksikön menettely ei ollut omiaan turvaamaan kaikkien hankinnasta kiinnostuneiden tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.
 - Hankintayksikkö oli tarjouspyynnössä asettanut tarjoajan toimialakohtaista pätevyyttä, laadunvarmistustoimenpiteitä ja tarjoajan aikaisempaa kokemusta koskevat soveltuvuusvaatimukset kuten tarjoajan pätevyys sekä laadunhallintaa koskevat sertifikaatit ovat ”tähän urakkaan” soveltuvia ja että aikaisempaa kokemusta osoittava referenssi ”vastaa hankintaa”. Tarjouspyynnössä ei ole kuitenkaan määritelty yksityiskohtaisemmin mitä hankintayksikkö on tarkoittava. **Asetetut soveltuvuusvaatimukset eivät olleet omiaan antamaan tarjoajille riittävän selvää kuvaa niiden sisällöstä,** ja niiden oli katsottava jättäneen hankintayksikölle tältä osin käytännössä lähes rajoittamattoman hankintavallan mainittujen vaatimusten soveltamisessa.