

01.02.2023

Dnro 316/03.04.04.00.04/2022

Valittaja Bus Travel Oy Reissu Ruoti
Vastapuoli Lahden kaupunki
Kuultava Lehtimäen Liikenne Oy
Asia Erityisalojen hankinta-asia

Päätös, josta valitetaan

Lahden kaupungin menettely liittyen Lahden kaupungin kaupungininsinöörin 4.6.2021 hankintapäätöksen 27/2021 perusteella tehdyn hankinnan kohdetta 4 koskevan hankintasopimuksen väitettyyn muuttamiseen sopimuskaudella

Asian tausta

Lahden kaupunki (jäljempänä myös hankintayksikkö) on ilmoittanut 16.4.2021 julkaistulla ja 3.5.2022 sekä 14.5.2021 korjatulla EU-hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta bruttoliikennemallilla toteutettujen liikennepalvelujen hankinnasta julkisen liikenteen liikenneverkolla ajalle 1.7.2022–2.6.2030 ja kahden vuoden optiokaudelle. Hankinta on jaettu kahteen kohteesta 2 ja 4 koostuvaan osa-alueeseen.

Lahden kaupungin kaupungininsinööri on 4.6.2021 tekemällään hankintapäätöksellä 27/2021 muun ohella valinnut Lehtimäen Liikenne Oy:n tarjouksen hankinnan kohteessa 4.

Hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo on hankintayksikön ilmoituksen mukaan ollut noin 24.000.000 euroa.

Hankintasopimus on allekirjoitettu hankinnan kohteen 4 osalta 14.9.2021. Hankinnan kohteen 4 liikennöinti on aloitettu 1.7.2022.

Asian käsittely markkinaoikeudessa

Valitus ja sen täydennykset

Vaatimukset

Bus Travel Oy Reissu Ruoti on vaatinut, että markkinaoikeus määrää hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen, määrää hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun, lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua ja määrää hankintayksikön maksamaan sille hyvitysmaksuna 1.980.090,96 euroa tai samassa suhteessa vastaavan määrän lyhennetyn sopimuskauden ajalta. Lisäksi valittaja on vaatinut, että markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön korvaamaan sen arvonnlisäverottomat oikeudenkäyntikulut 3.900 eurolla lisättynä oikeudenkäyntimaksua vastaavalla määrällä viivästyskorkeineen.

Perustelut

Hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti, kun se ei ole irtisanonut tai purkanut hankinnan kohteen 4 osalta voittaneen tarjoajan kanssa tehtyä hankintasopimusta, vaikka voittaneella tarjoajalla ei ole ollut hankintasopimuksen alkaessa tarjouksen mukaista kalustoa käytössään. Salliessaan hankinnan toteuttamisen tarjouksen vastaisesti hankintayksikkö ei ole kohdellut tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi, ja kyse on ollut laittomasta suorahankinnasta. Hankintayksikkö on menettelyllään syrjinyt tarjouskilpailussa toiseksi sijoittunutta valittajaa, joka olisi kykenevä toteuttamaan hankinnan vaatimusten mukaisesti.

Vastine ja sen täydennys

Vaatimukset

Lahden kaupunki on vaatinut, että markkinaoikeus ensisijaisesti jättää valituksen tutkimatta ja toissijaisesti hylkää valituksen. Lisäksi hankintayksikkö on vaatinut, että markkinaoikeus velvoittaa valittajan korvaamaan sen arvonnlisäverottomat oikeudenkäyntikulut 4.000 eurolla viivästyskorkeineen.

Perustelut

Valitus on jätettävä tutkimatta myöhässä saapuneena. Hankintapäätöksestä ei ole valitettu määräajassa, eikä hankintapäätös valitusosoituksineen ole ollut puutteellinen, joten hankintapäätös on lainvoimainen. Hankintasopimusta ei ole muutettu olennaisesti eikä kyse ole näin ollen myöskään suorahankinnasta, joten asiassa ei tule sovellettavaksi kuuden kuukauden valitusaika. Sen lisäksi, että valitus on saatettu vireille myöhässä, markkinaoikeuden toimivaltaan ei kuulu hankintasopimusten toimeenpanoon liittyvien häiriöiden oikeudellinen

arviointi. Sopimuksen toimeenpanon suoritushäiriötä koskevassa asiassa valittaja ei myöskään ole asianosainen.

Jos asia kuitenkin otetaan tutkittavaksi, valitus tulee hylätä, sillä asiassa ei ole ollut kyse sopimusmuutoksesta. Hankintasopimusta ei ole muutettu miltään osin, eikä hankintayksikkö ole hiljaisesti hyväksynyt mitään sopimusmuutosta.

Hankintasopimus on pantu täytäntöön 1.7.2022. Voittanut tarjoaja on tilannut tarjouksessaan esittämän mukaiset linja-autot, mutta ne eivät ole saapuneet ajoissa, joten hankinnan kohteen 4 liikennöinti on aloitettu kalustolla, joka ei ole ollut annetun tarjouksen eikä hankintasopimuksen mukainen. Hankintayksikkö on reklamoinut voittanutta tarjoajaa, mutta asiassa ei ollut perustetta sopimuksen päättämiseksi. Lisäksi hankintasopimuksessa on ollut kalustopoikkeamia koskevat ehdot, jotka ovat tulleet asiassa sovellettaviksi. Hankintayksikkö on noudattanut kaikkia niitä velvoitteitaan, jotka sillä hankintasopimusten ja lainsäädännön nojalla on.

Vaikka hankintayksikkö olisikin päättänyt hankintasopimuksen, uutta hankintasopimusta ei olisi ollut mahdollista tehdä valittajan kanssa ilman uutta kilpailutusta, sillä hankintamenettely on päättynyt ja saadut tarjoukset eivät ole enää olleet voimassa.

Hankinnan toteuttamisessa ilmenneet häiriöt eivät ole tehneet hankintamenettelystä virheellistä, eikä asiassa ole muodostunut tilannetta, jossa valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Valittajan hyvitysmaksuvaatimus on siten perusteeton.

Kuultavan lausunto

Lehtimäen Liikenne Oy on vaatinut, että markkinaoikeus ensisijaisesti jättää valituksen tutkimatta ja toissijaisesti hylkää valituksen. Lisäksi kuultava on vaatinut, että markkinaoikeus velvoittaa valittajan korvaamaan sen arvonlisäverottomat oikeudenkäyntikulut 10.195 eurolla viivästyskorkoineen.

Markkinaoikeuden toimivaltaan ei kuulu arvioida hankintasopimuksen täytäntöönpanossa mahdollisesti tapahtuvia häiriöitä, joten valitus tulee jättää tutkimatta. Valittaja ei ole asianosainen hankintasopimuksen sopimussuhteessa. Hankintamenettelystä ei myöskään ole valitettu 14 päivän kuluessa siitä, kun valittaja on saanut tiedon hankintapäätöksestä.

Jos valitus kuitenkin otetaan tutkittavaksi, se tulee hylätä. Hankintasopimusta ei ole muutettu miltään osin ja se vastaa tarjouspyyntöasiakirjoissa ollutta hankintasopimusluonnosta. Vaikka asiassa on riidatonta, että hankinnan kohteen 4 liikennöinti on aloitettu diesel-linja-autoilla, kalustopoikkeamat ovat olleet hankintasopimuksessa olevien kalustopoikkeamia koskevien ehtojen mukaiset, ja kuultava on toimittanut hankintayksikölle kalustotoimittajan viivästystodistuksen. Asiassa on siten toimittu hankintasopimuksen mukaisesti.

Vastaselitys

Valittaja on esittänyt, että valituksen kohteena on hankintayksikön tekemä hankintasopimuksen olennainen, hankintasäännösten vastainen ja valittajaa syrjivä muuttaminen sopimuskaudella joukkoliikenteen palvelujen kohteessa 4. Hankintayksikkö ja voittanut tarjoaja eivät ole noudattaneet tarjouksen ja sen perusteella tehdyn hankintasopimuksen vaatimuksia liikennöinnin alkaessa ja sen jälkeen. Hankintayksikkö on sallinut hankintasopimuksen vastaisesti ja perusteettomasti voittaneen tarjoajan liikennöidä hankintasopimuksen vastaisella kalustolla.

Markkinaoikeudella on toimivalta käsitellä nyt kyseessä oleva hankinta-asia, koska asiassa on ydinkysymyksenä hankintayksikön hankintasäännösten noudattaminen sopimuskaudella. Valittaja on asianosainen asiassa, koska valittaja on osallistunut valituksen kohteena olevan sopimuksen tekemiseen johtaneeseen tarjouskilpailuun. Valittajalla on oikeudellinen intressi saada muutos hankintayksikön tekemään virheelliseen sopimusmuutokseen, koska ilman lainvastaista sopimusmuutosta valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Hankintasopimusta on muutettu sopimuskaudella joko hyväksymällä 1.7.2022 alkanut liikennöinti hankintasopimuksen vastaisella kalustolla tai hyväksymällä 11.8.2022 tehdyllä päätöksellä hankintasopimuksen vastainen sähkölinja-autokaluston ja sen latausinfraan viivästys. Koska hankintayksikkö ei ole julkaissut ilmoitusta sopimusmuutoksesta, valitus on tehtävä kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun 1.7.2022 voimaan tulleen hankintasopimuksen muutos on tehty. Näin ollen valitus ei ole saapunut markkinaoikeuteen myöhässä. Valituksessa ei ole kysymys kalustoa koskevasta suoritushäiriöstä.

Sähkölinja-autokaluston toimituksen viivästymisen on katsottava johtuvan voittaneesta tarjoajasta, sillä se ei ole esittänyt kalustotoimittajan viivästystodistusta hankintasopimuksessa edellytetyn mukaisesti ennen liikennöinnin aloitusta. Voittaneella tarjoajalla on ollut riittävästi aikaa toteuttaa tarjoamansa sähkölinja-autokaluston hankinnat, koska hankintasopimus on tehty 14.9.2021 ja liikennöinnin aloitusajankohta on ollut 1.7.2022. Valittaja on tehnyt tarjoamansa kaluston tarvittavat tilaukset jo elokuussa 2021. Voittaneella tarjoajalla ei ole ollut tilattuna tarjouksen tekohetkellä alalla tyypillistä myöhemmin vahvistettavaa tarjousta sähkölinja-autojen valmistajalta tai maahantuojalta. Hankintayksikkö on ollut jo 15.3.2022 pidetyn liikennöitsijäkokouksen perusteella vakuuttunut siitä, että voittanut tarjoaja ei ole tilannut hankintasopimuksen mukaista kalustoa ja latausinfraa. Hankintayksikön ei olisi pitänyt vaarantaa tarjoajien tasapuolista kohtelua jatkamalla hankintasopimusta, vaan sen olisi tullut irtisanoa hankintasopimus päättämään kalustopoikkeamien vuoksi välittömästi.

Esillä olevissa sopimusmuutoksissa ei ole kyse hankintasopimuksen sallimista liikenteenharjoittajasta riippumattomista kalustopoikkeamista sopimuskaudella. Sopimusmuutokset voidaan katsoa tehdyn kirjallisesti, koska ne käyvät ilmi hankintayksikön laatimista hankinnan kohdetta 4 koskevista pöytäkirjoista ja sähköposteista. Hankintayksikkö on myös hiljaisesti

toiminnallaan hyväksynyt sopimuksen muuttamisen sallimalla sopimuksen vastaisen kaluston käytön.

Hankintayksikkö olisi halutessaan voinut varautua sopimusmuutoksiin laatimalla tarjouspyyntöön joukkoliikennealalla tyypillisen ehdon, jossa tarjoajille annetaan mahdollisuus tiettyyn siirtymäaikaan sopimuskaudella uusien sähkölinja-autojen ja biodiesel-linja-autojen hankintaa varten ja edellyttämällä, että tarjoukset olisivat olleet voimassa liikennöinnin aloittamiseen asti.

Jos mainitut sopimusmuutokset olisivat alun perin sisältyneet tarjouspyyntöön, ne olisivat tuoneet tarjouskilpailuun lisää osallistujia. Potentiaaliset tarjoajat olisivat tienneet, että liikennöintiä ei tarvitse aloittaa uudella sähkölinja-autokalustolla ja latausinfraalla sekä uudella biodieselkalustolla. Hankintasopimuksesta on sopimusmuutosten kautta tullut voittaneelle tarjoajalle edullisempi tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa ei ole määritetty. Voittanut tarjoaja on nimittäin saanut aloittaa liikennöinnin hankintasopimuksen vastaisella ja tarjoamiansa uusia sähkölinja-autoja sekä biodiesel-linja-autoja halvemmalla käytetyllä diesel-linja-autokalustolla, josta ei olisi saanut yhtään laukupistettä tarjousvertailussa. Voittaneen tarjoajan taloudellinen etu uusien sähkölinja-autojen ja uuden biodiesel-linja-auton hankinnan viivästyksessä on merkittävä.

Jos muut tarjoajat olisivat etukäteen tienneet, että runsaasti laukupisteisiin oikeuttavan tarjotun sähkölinja-autokaluston käyttöönottoa olisi voinut viivästyttää useilla kuukausilla liikennöinnin aloitusajankohdasta laskien, muut tarjoajat olisivat voineet voittaa hankinnan kohteen 4 tarjouskilpailun.

Koska hankintasopimuksen ehtoja on muutettu olennaisesti, eivätkä sopimusmuutokset ole sallittuja, hankintayksikkö voi korjata virheensä vain kilpailuttamalla hankinnan uudelleen.

Jos markkinaoikeus vastoin valittajan käsitystä katsoisi, ettei asiassa ole kyse olennaisesta ja hankintasäännösten vastaisesta hankintasopimuksen muuttamisesta, asiassa on kysymys myös alkuperäiseen tarjouskilpailuun osallistuneiden ja muiden potentiaalisten tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden ja avoimuusperiaatteen loukkaamisesta. Hankintayksikkö on syrjinyt muita tarjoajia antamalla tarjousten laatuvertailussa pisteitä voittaneen tarjoukselle sellaisesta kalustosta, jota voittanut tarjoaja ei ole ottanut käyttöön liikenteessä 1.7.2022 lukien. Hankintayksikkö on antanut voittaneelle tarjoajalle korkeat laukupisteet, joille ei ole ollut perustetta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen sopimuskaudella, koska laukupisteytetyllä kalustolla ei ajeta hankinnan kohteessa. Hankintayksikkö on tullut tietoiseksi jo reilusti ennen liikennöinnin aloittamista, ettei voittanut tarjoaja tule liikennöimään tarjoamalla kalustollaan, josta se on saanut tarjousvertailussa korkeimmat laukupisteet. Sopimusmuutosten pysyvyys tai väliaikaisuus tai se, onko voittaneen tarjoajan kalusto vaatimusten vastainen koko sopimuskauden ajan tai onko hankintayksikkö käyttänyt sopimuksen sakkoehtoja, eivät voi olla perusteena hyväksyä asiantilaa hankintasäännösten ja sopimuksen mukaisena.

Valittaja vaatii hyvitysmaksua, koska hankintayksikkö on tehnyt hankintaa koskevan hankintasopimuksen ja hankinta on toteutettu. Hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe, kun hankintasopimusta on muutettu sopimuskaudella hankintasäännösten vastaisesti. Ilman tätä virhettä valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toimittajaksi. Hyvitysmaksuvaatimuksen suuruus perustuu 10 prosentin osuuteen hankintasopimuksen arvosta sopimuskauden ja optiokauden ajalta.

Muut kirjelmät

Hankintayksikkö on esittänyt, että se ei ole lopullisesti luopunut linja-autoille asetetuista vaatimuksista tai hyväksynyt sitä, että voittaneen tarjoajan kalusto voisi olla tarjouksessa esitetyn vastainen koko sopimuskauden ajan. Hankintayksikkö on toiminut aktiivisesti voittaneen tarjoajan kaluston saattamiseksi vastaamaan sopimuksenmukaisia vaatimuksia. Hankintayksikkö ei ole tehnyt sopimusmuutosta, jonka olennaisuus voisi tulla arvioitavaksi. Hankintayksikkö on soveltanut kalustopoikkeamiin hankintasopimuksen mukaisia sanktioita.

Valittajan vaatimille tehottomuusseuraamukselle, seurausmaksulle tai sopimuskauden lyhentämiselle ei ole hankintasäännöksissä edellytetyjä perusteita. Valittajan vaatima hyvitysmaksu on perusteeton ja määrältään ylimitoitettu. Valittajan tulee lisäksi pitää oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan.

Kuultava on esittänyt, että tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan sähkölinja-autojen sijasta voidaan liikennöidä dieselkalustolla, jos kaluston toimittajalla on haasteita toimittaa kalusto määräpäivään mennessä ja kaluston viivästymisestä esitetään kaluston toimittajan todistus. Kuultava on toimittanut hankintayksikölle viivästystodistuksen. Hankintayksikkö ei ole luopunut linja-autoille asetetuista kalustovaatimuksista tai hyväksynyt sitä, että kuultavan kalusto olisi saanut olla tarjouksessa esitetyn vastainen koko sopimuskauden ajan. Kuultavan kalustopoikkeamiin sovelletaan sopimuksessa määriteltyjä sanktioita.

Hankintayksikkö ei ole tehnyt hankintasäännöksissä kiellettyä sopimusmuutosta tai muutoin toiminut hankintasäännösten vastaisesti. Hankintayksikön menettelyssä ei ole myöskään ollut kysymys kielletystä suoramankinnasta. Näin ollen valittajan esittämille vaatimuksille ei ole perusteita.

Valittaja on esittänyt, että nyt kyseessä oleva hankinta on tullut kilpailuttaa vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain mukaan. Voittaneen tarjoajan markkinaoikeudelle toimittama valmistajan myöhästymisilmoitus ei ole ollut hankintayksikön käytössä tarjouspyynnön ja hankintasopimuksen mukaisesti ennen liikennöinnin aloittamista 1.7.2022. Valittaja on lisäksi paljoksunut kuultavan korvattaviksi vaatimien oikeudenkäyntikulujen määrää 3.000 euron ylittävin osin.

Markkinaoikeuden ratkaisu

Valituksen tutkiminen

Sovellettavat säännökset

Asiassa on ensin arvioitava, minkä lain perusteella valitusta ja sen tutkimista koskevia väitteitä on tarkasteltava. Markkinaoikeus toteaa, että hankintasopimuksen muuttamista sen sopimuskauden aikana koskevaa valitusta ja sen tutkimista koskevia kysymyksiä on arvioitava lähtökohtaisesti sen hankintamenettelyä ja hankintasopimuksen muuttamista koskevan lain säännösten mukaisesti, jonka soveltamisalaan kyseiseen sopimukseen johtanut hankintamenettely on kuulunut.

Hankintailmoituksen mukaan hankintayksikkönä toimiva Lahden kaupunki järjestää joukkoliikenteen toimivaltaisena viranomaisena tarjouskilpailun alueensa maanteitse tapahtuvan joukkoliikennepalvelun hoitamisesta bruttokorvaukseen perustuvan sopimuksen mukaisesti. Kun otetaan huomioon hankintayksikön toiminnan luonne, nyt kyseessä olevan hankinnan kohteena oleva hankintasopimus, sen ennakoitu arvo ja sen liittyminen mainittuun toimintaan sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (erityisalojen hankintalaki) 5, 8 ja 13 §:ssä säädetty, markkinaoikeus katsoo, että asiassa on sovellettava erityisalojen hankintalain säännöksiä.

Markkinaoikeuden toimivallasta ja valittajan asianosaisuudesta

Hankintayksikkö ja kuultava ovat esittäneet, että valitus tulee jättää tutkimatta sen perusteella, että markkinaoikeuden toimivaltaan ei kuulu hankintasopimusten toimeenpanoon liittyvien häiriöiden oikeudellinen arviointi. Lisäksi hankintayksikkö ja kuultava ovat esittäneet, että valittaja ei ole hankintasopimuksen sopimussuhteen osapuoli.

Valittaja on esittänyt, että markkinaoikeudella on toimivalta tutkia hankintasopimuksen olennaista sopimusmuutosta koskeva valitus. Valittajan mukaan se on myös asianosainen asiassa, koska valittaja on osallistunut valituksen kohteena olevan sopimuksen tekemiseen johtaneeseen tarjouskilpailuun.

Erityisalojen hankintalain 124 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimusta tai puitejärjestelyä ei saa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman mainitun lain mukaista uutta hankintamenettelyä. Pykälän 2 momentin mukaan sen estämättä, mitä 1 momentissa säädetään, hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä momentissa tarkoitetuissa tilanteissa.

Erityisalojen hankintalain 128 §:n mukaan muutoksenhakuun mainitussa laissa tarkoitetuista ratkaisuksista sekä lainvastaisen menettelyn johdosta määrättäviin seuraamuksiin sovelletaan, mitä julkisista hankinnoista ja

käyttöoikeussopimuksista annetun lain (hankintalaki) 16 luvussa (145–169 §) säädetään.

Hankintalain 145 §:n 1 momentin mukaan se, jota asia koskee, voi saattaa hankintaa koskevan asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi tekemällä valituksen.

Hankintalain 145 §:ää koskevien esitöiden (HE 108/2016 vp s. 237) mukaan pykälä vastaa tuolloin voimassa olleen julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007; vanha hankintalaki) 85 §:ssä säädettyä. Vanhan hankintalain 85 §:n 1 momentin esitöiden (HE 190/2009 vp s. 58) mukaan säännös vastaa asianosaisen puhevallan osalta tuolloin voimassa olleen lain 78 §:n 1 momenttia, jota koskevissa esitöissä (HE 50/2006 vp s. 121) asianosaisella on todettu tarkoitettavan henkilöä, jolla on oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Vanhan hankintalain esitöissä ja vakiintuneessa oikeuskäytännössä asianosaisena on pidetty lähinnä alalla toimivaa yrittäjää, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Alalla toimiminen on riittänyt asianosaisaseman edellyttämän oikeudellisen intressin perusteeksi erityisesti niissä tapauksissa, joissa oikeussuojajapyyntö perustuu hankinnan kilpailuttamisen laiminlyömiseen.

Hankintalain 154 §:n 1 momentin mukaan, jos hankinnassa on menetelty mainitun lain, Euroopan unionin lainsäädännön taikka Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesti, markkinaoikeus voi määrätä momentissa säädetyn seuraamuksen.

Markkinaoikeus toteaa, että valittajan markkinaoikeudessa esittämän perusteella asiassa on kysymys siitä, onko hankintayksikkö muuttanut hankintasopimusta sen sopimuskauden aikana olennaisesti ilman erityisalojen hankintalain mukaista uutta hankintamenettelyä. Kun otetaan huomioon markkinaoikeuden toimivallasta hankintalain 154 §:n 1 momentissa ja sopimuksen muuttamisesta sopimuskaudella erityisalojen hankintalain 124 §:ssä säädetty, markkinaoikeus katsoo, että se on toimivaltainen käsittelemään valituksen nyt kyseessä olevassa asiassa. Edellä todettuun nähden ja kun lisäksi otetaan huomioon, että valittajan mukaan hankintayksikkö on menettellyt hankintasäännösten vastaisesti, kun se ei ole järjestänyt hankintasopimuksen väitetyn muuttamisen perusteella uutta hankintamenettelyä, markkinaoikeus katsoo, että valittajalla on oikeudellinen intressi saattaa sopimuksen muuttamista koskeva kysymys markkinaoikeuden arvioitavaksi.

Muutoksenhaun kohteesta ja valituksen saapumisesta määräaikana

Valittaja on esittänyt, että muutoksenhaun kohteena on hankintayksikön tekemä hankintasopimuksen syrjivä ja olennainen muuttaminen eli hankintayksikön menettely, jossa hankintayksikkö ja voittanut tarjoaja eivät ole noudattaneet tarjouksen ja sen perusteella tehdyn hankintasopimuksen vaatimuksia liikennöinnin kaluston osalta. Valittaja on lisäksi esittänyt, että valitus on saapunut määräajassa markkinaoikeuteen, koska valitus on tullut tehdä kuuden

kuukauden kuluessa siitä, kun 1.7.2022 voimaan tulleen hankintasopimuksen muutos on tehty.

Hankintayksikkö on puolestaan esittänyt, että hankintasopimusta ei ole muutettu, koska se ei ole lopullisesti luopunut linja-autoille asetetuista vaatimuksista tai hyväksynyt sitä, että voittaneen tarjoajan kalusto voisi olla tarjouksessa esitetyn vastainen koko sopimuskauden ajan. Hankintayksikkö ja kuultava ovat lisäksi esittäneet, että valitus tulee jättää tutkimatta myös sen perusteella, että se on saapunut myöhässä markkinaoikeuteen.

Hankintalain 146 §:n 1 momentin mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella voidaan saattaa mainitussa laissa tarkoitettu hankintayksikön päätös tai hankintayksikön muu hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan.

Hankintalain 146 §:n 1 momentin esitöissä (HE 108/2016 vp s. 237) on viitattu korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätökseen KHO 2014:129, jossa on todettu, että muutoksenhakuoikeuden olemassaoloa on arvioitava lähtökohtaisesti sen tilanteen perusteella, jolloin muutoksenhaku tulee vireille. Tällöin on otettava muun ohella huomioon, että julkista hankintaa koskevassa asiassa muutoksenhaun kohteena voi olla myös muu kuin hankintamenettelyn lopullinen ratkaisu.

Hankintalain 147 §:n 1 momentin mukaan valitus on tehtävä kirjallisesti 14 päivän kuluessa siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on saanut tiedon hankintaa koskevasta päätöksestä valitusosoituksineen, jollei jäljempänä toisin säädetä. Pykälän 4 momentin mukaan, jos hankintayksikkö on toimittanut julkaistavaksi mainitun lain 131 §:ssä tarkoitetun suorahankintaa tai lain 58 §:n 1 momentin 9 kohdassa tarkoitetun sopimusmuutosta koskevan ilmoituksen Euroopan unionin virallisessa lehdessä, valitus on tehtävä 14 päivän kuluessa ilmoituksen julkaisemisesta. Pykälän 5 momentin mukaan, jollei 4 momentissa tarkoitettua ilmoitusta ole julkaistu, suorahankintaa koskeva valitus on tehtävä 30 päivän kuluessa siitä, kun suorahankinnasta on julkaistu jälki-ilmoitus Euroopan unionin virallisessa lehdessä (1 kohta); tai kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun hankintasopimus on tehty (2 kohta).

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä (tuomio 11.7.2013, komissio v. Alankomaat, C-576/10, EU:C:2013:510, 52–54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ilmenee, että hankinta-asiassa sovellettavat säännökset ovat lähtökohtaisesti ne, jotka ovat voimassa sillä hetkellä, jolloin hankintaviranomainen valitsee noudatettavan menettelytyypin ja päättää lopullisesti siitä, onko se velvollinen järjestämään kilpailun ennen julkisen hankintasopimuksen antamista. Kuitenkin kun hankintapäätöksen jälkeen aloitetut neuvottelut poikkeavat tuntuvasti jo käydyistä neuvotteluista ja kun ne näin ollen ovat omiaan ilmentämään osapuolten tahtoa neuvotella keskeiset sopimusehdot uudelleen, voi olla perusteltua soveltaa sellaisen direktiivin säännöksiä, jonka täytäntöönpanoa varten varattu määräaika on päättynyt mainitun päätöksen tekoajan jälkeen.

Hankintayksikkö on tehnyt Lehtimäen Liikenne Oy:n kanssa sopimuksen hankinnan kohteen 4 osalta 14.9.2021. Hankintayksikkö on

markkinaoikeudessa esittänyt, että hankintasopimus on pantu täytäntöön 1.7.2022 ja että tarjouskilpailun voittanut liikennöitsijä on aloittanut hankinnan kohteen 4 liikennöinnin kalustolla, joka ei vastaa voittaneessa tarjouksessa tarjottua. Myös kuultava on esittänyt olevan riidatonta, että hankinnan kohteen 4 liikennöinti on aloitettu voittaneessa tarjouksessa kuvatusta poikkeavalla kalustolla.

Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hankintayksikkö ja Lehtimäen Liikenne Oy eivät ole muuttaneet alkuperäistä hankintasopimusta kirjallisesti eikä hankintayksikkö ole tehnyt sopimuksen muuttamisesta päätöstä. Näin ollen markkinaoikeuden todettavissa ei ole nimenomaista ajankohtaa, jona mahdollisella sopimuksen muuttamisella voitaisiin katsoa syntyneen uudelleenkilpailuttamisvelvoite ja tämän perusteella uusi hankintasopimus. Unionin tuomioistuimen edellä mainitusta ratkaisusta asiassa C-576/10 ilmenevistä sovellettavan säädöksen arvioinnin perusteista voidaan kuitenkin ottaa johtoa myös muutoksenhaun kohteen yksilöimisessä. Jos sovellettavan hankintasäädöksen yksilöimisessä merkityksellisenä on pidettävä sopimuskaudella toteutettuja sellaisia sopimuspuolten neuvotteluja, jotka ovat olleet omiaan ilmentämään osapuolten tahtoa neuvotella keskeiset sopimusehdot uudelleen, voidaan tällaisia neuvotteluja pitää merkityksellisinä myös muutoksenhaun kohdetta yksilöitäessä.

Hankintayksikkö on toimittanut markkinaoikeudelle 11.8.2022 päivätyn Lahden seudun joukkoliikennelautakunnan päätöksen § 35, josta ilmenee, että hankintayksikkö on pitänyt voittaneen tarjoajan kanssa ensimmäisen liikennöitsijäpalaverin 31.1.2022, jossa se on halunnut selvittää voittaneen tarjoajan valmistautumista hankinnan kohteen 4 liikennöintiin. Mainitusta pöytäkirjasta käy lisäksi ilmi, että hankintayksikkö on muun ohella ensimmäisen kerran reklamoinut ennakkollisesti 29.4.2022 sopimusrikkomuksen riskistä voittaneelle tarjoajalle ja pyytänyt voittanutta tarjoajaa toimittamaan ennen liikenteen aloitusta selvityksen hankinnan kohteessa 4 käytettävästä kalustosta ja selvityksen mahdollisesta kaluston viivästymisestä. Hankintayksikkö on sittemmin lähettänyt liikennöinnin alkamisen jälkeen voittaneelle tarjoajalle reklamaation kalustopoikkeamista 11.7.2022, johon on saatu vastaus 26.7.2022. Edelleen hankintayksikkö on toimittanut markkinaoikeudelle 16.8.2022 ja 5.9.2022 päivätyt voittaneelle tarjoajalle osoitetut kirjeet, joista käy muun ohella ilmi, että hankintayksikkö ei mainittuina ajankohtina pura sopimusrikkomuksen johdosta sopimusta, vaan soveltaa sopimuksen mukaisia sanktioehtoja ja pitää voimassa sopimuksen purkamisen uhan.

Edellä todetun perusteella muutoksenhaun kohteena asiassa voidaan pitää hankintayksikön ratkaisuna pidettävää menettelyä niissä voittaneen tarjoajan kanssa käydyissä neuvotteluissa ja kirjeenvaihdossa, joiden seurauksena voittanut tarjoaja on aloittanut liikennöinnin ja jatkanut sitä hankinnan kohteessa 4 hankintasopimuksen vastaisella kalustolla.

Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hankintayksikkö ei ole julkaissut hankintailmoitusta sopimuksen muuttamisesta tai sen johdosta mahdollisesti syntyneestä uudesta hankintamenettelystä. Näin ollen siinä tilanteessa, että sopimusta katsottaisiin muutetun erityisalojen hankintalain 124 §:n vastaisesti

olennaisesti ilman uutta erityisalojen hankintalain mukaista hankintamenettelyä, on näin syntynyt suorahankintaa ja hankintasopimusta koskien muutoksenhakuajaksi katsottava kuusi kuukautta kyseisen hankintasopimuksen tekemisestä.

Asiassa esitetyn selvityksen mukaan liikennöinti hankintasopimuksen vastaisella kalustolla on tosiasiallisesti alkanut 1.7.2022. Tätä ajankohtaa aiempia hankintayksikön ja voittaneen tarjoajan neuvotteluja ei vielä voida pitää sellaisina, että ne olisivat muodostaneet valituskelpoisen ratkaisun sopimuksen muuttamisesta sopimuskauden aikana ja siten mahdollisen uuden hankintasopimuksen tekemisen. Kun otetaan huomioon edellä hankintayksikön ja voittaneen tarjoajan välillä käytyjen kalustopoikkeamia, niihin puuttumista ja sopimuksesta irtaantumista koskevien sopimuskauden aikaisten neuvottelujen ja kirjeenvaihdon ajankohdasta todettu, markkinaoikeuteen 26.7.2022 saapuneen valituksen on katsottava saapuneen määräajassa markkinaoikeuteen siltä osin, kuin valituksessa on esitetty hankintayksikön muuttaneen olennaisesti hankintasopimusta sen sopimuskauden aikana. Tältä osin valitus on näin ollen otettava tutkittavaksi.

Muut kuin sopimuksen muuttamista sen sopimuskaudella koskevat väitteet

Valittaja on markkinaoikeudessa esittänyt sopimuksen muuttamista koskevien väitteiden ohella, että hankintayksikkö on syrjinyt muita tarjoajia antamalla tarjousten laatuvertailussa pisteitä voittaneen tarjoajan tarjoukselle kalustosta, jota voittanut tarjoaja ei ole ottanut käyttöön liikenteessä 1.7.2022 lukien. Valittaja on edelleen esittänyt, että hankintayksikkö on tullut tietoiseksi jo ennen liikennöinnin aloittamista, ettei voittanut tarjoaja tule liikennöimään tarjoamallaan kalustolla.

Markkinaoikeus toteaa, että siltä osin, kuin valittaja on esittänyt väitteitä nyt kyseessä olevaan hankintasopimukseen johtaneen hankintamenettelyn hankintasäännösten mukaisuudesta, valituksenalaisena ratkaisuna on pidettävä hankintapäätöstä 4.6.2021 27/2021. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella kyseinen hankintapäätös on lähetetty valitusosoituksineen valittajalle tiedoksi 4.6.2021 sähköpostitse. Kun otetaan huomioon hankintalain 147 §:n 1 momentissa säädetty määräaika, valituksen 26.7.2022 on tältä osin katsottava saapuneen markkinaoikeuteen myöhässä. Valitus on siten jätettävä tutkimatta siltä osin, kuin valittaja on esittänyt väitteitä nyt kyseessä olevaan hankintasopimuksen tekemiseen johtaneen hankintamenettelyn hankintasäännösten mukaisuudesta.

Pääasiaratkaisun perustelut

Kysymyksenasettelu ja sovellettavat oikeusohjeet

Asiassa on valituksen tutkittavaksi otettavilta osin arvioitava, onko hankintayksikkö muuttanut hankintasopimusta olennaisesti sopimuskauden aikana ilman erityisalojen hankintalain mukaista uutta hankintamenettelyä.

Erityisalojen 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.

Erityisalojen hankintalain 124 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimusta tai puitejärjestelyä ei saa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman tämän lain mukaista uutta hankintamenettelyä. Olennaisena pidetään ainakin muutosta, jos:

- 1) muutoksella otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia;
- 2) hankintasopimuksesta tai puitejärjestelystä tulee muutoksen jälkeen taloudellisesti edullisempi sopimuskumppanille sellaisella tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa tai puitejärjestelyssä ei ollut määritetty;
- 3) muutos laajentaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn soveltamisalaa huomattavasti;
- 4) sopimuskumppani, jonka kanssa hankintayksikkö on alun perin tehnyt hankintasopimuksen, korvataan uudella sopimuskumppanilla.

Erityisalojen hankintalain 124 §:n 2 momentin mukaan sen estämättä, mitä pykälän 1 momentissa säädetään, hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä muun ohella, jos se perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallisesta arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset, eivätkä ne muuta hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta (1 kohta).

Asiaan vaikuttava tosiseikasto

Hankinnan kohteena on ollut bruttoliikennemallilla toteutettu liikennepalvelu julkisen liikenteen liikenneverkossa tilaajan toimialueen reitillä. Tarjouspyynnön kohdan ”Muut tiedot, Hankinnan taustaa” alakohdassa ”Linja-autokalusto” on todettu, että kaluston ominaisuudet ilmoitetaan omalla kalustoliitteellään.

Tarjouspyynnön liitteen 2 ”Linja-autokalustoa koskevat vaatimukset” kohdassa 1 ”Yleistä” on todettu muun ohella, että vaatimusten mukainen kalusto on asetettava liikenteeseen 1.7.2022 lukien. Kohdan mukaan, mikäli liikenteeseen on tarjottu uutta kalustoa ja kaluston toimittajalla on haasteita toimittaa kalusto määräpäivään mennessä, voidaan sähkölinja-autojen sijasta liikennöidä dieselkalustolla. Kohdan mukaan vaatimusten ja tarjouksen mukaisen kaluston viivästyisestä on esitettävä kaluston toimittajan todistus.

Tarjouspyynnön mukaan tarjoajien on tullut täyttää tarjouspyynnön liitteenä ollut hankinnan kohdetta 4 koskenut kalustolomake täytettynä. Mainitun Excel-asiakirjan perusteella tarjoajat ovat voineet saada pisteitä liikennepalvelun

suorittamiseen tarjottavien linja-autojen päästöluokasta siten, että eniten pisteitä on voinut saada sähkökäyttöisistä linja-autoista.

Voittaneen tarjoajan tarjouksen yhteydessä jätetyssä kalustoliitteessä on hankinnan kohteen 4 osalta ilmoitettu viisi varikkoladattavaa sähkölinja-autoa, joiden osalta lomakkeen kohdassa ”vuosimalli / käyttöönottopäivä” on todettu ”uusi auto”. Samalla lomakkeella voittanut tarjoaja on ilmoittanut viisi biodiesel-linja-autoa, joista neljän osalta kohdassa ”vuosimalli / käyttöönottopäivä” on ilmoitettu ”30.6.2014” ja yhden osalta ”hankitaan tarjouspyynnön mukainen kalusto”.

Nyt kyseessä oleva liikennepalveluja koskeva hankintasopimus on tehty hankinnan kohteen 4 osalta 14.9.2021. Sopimuksen mukainen liikennöinti on alkanut 1.7.2022.

Hankintayksikön ja voittaneen tarjoajan välillä tehdyn hankintasopimuksen kohdassa 9.2 ”Käytettävät linja-autot” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Sopimuksen mukaisessa liikenteessä käytettävien linja-autojen on oltava hyväkuntoisia, siistejä sekä tyypiltään ja iältään ja muilta ominaisuuksiltaan vähintään tarjouspyyntöasiakirjoissa ja tarjouksessa määritellyn mukaisia koko sopimuskauden ajan.

Ominaisuuksiltaan ja tyypiltään muunlaisia linja-autoja saadaan käyttää ainoastaan poikkeuksellisesti ja silloin, kun määritellyn mukaisia linja-autoja ei välttämättömien huolto- ja korjaustöiden tai varaosien saantivaikkeuksien vuoksi taikka jostain muusta liikenteenharjoittajasta riippumattomasta syystä ole käytettävissä. Tällöinkin käytettävän linja-auton on täytettävä tarjouskohteeseen määritellyt kalustovaatimukset (kokonaispaikkavaatimus, päästötasorajoitus, mahdollinen matalalattiavaatimus sekä muu kohdekohtainen vaatimus).

[--]

Poikkeuksellista kalustoa saa käyttää enintään viiden (5) peräkkäisen liikennöintipäivän ajan. Perustellusta syystä liikenteenharjoittaja voi anoa tilaajalta poikkeuskaluston käytölle pidempää aikaa.”

Hankintasopimuksen kohdassa 10.8.3 ”Kalustopoikkeamat” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Jos liikenteessä käytettävät linja-autot eivät iältään tai muilta ominaisuuksiltaan ole sopimuksen mukaisia, vähennetään kuukausittain maksettavaa korvausta näiden lähtöjen sopimuksen vastaisilla linja-autoilla ajettujen autopäivien määrällä kerrottuna sopimuksen mukaisen autopäivän hinnalla.

Jos liikenteessä käytetään toistuvasti linja-autoja, jotka eivät ole ominaisuuksiltaan sopimuksen mukaisia, vähennetään liikenteenharjoittajan koko kohteen kuukauden yhteenlasketusta autopäiväkorvauksesta 20 %.

Vähennystä ei tehdä välttämättömien huolto- ja korjaustöiden ajalta. Mikäli poikkeuskalustoa käytetään liikenteenharjoittajan anomuksesta perustellusta syystä yli viiden (5) päivän ajan, tilaajalla on mahdollisuus harkita vähennyksistä luopumista.”

Hankintasopimuksen kohdassa 10.9 ”Korvausten pidättäminen ja kuittaus” on todettu, että tilaajalla on oikeus liikenteenharjoittajaa enempää kuulematta pidättää liikenteenharjoittajalle maksamatta oleva korvaus ja käyttää sitä vakuutena taikka sopimusrikkomuksesta johtuvien vahingonkorvaus- ja muiden saataviensa kuittamiseen kuten mainitussa sopimuksessa ja erityisesti sen kohdassa 18 on todettu.

Hankintasopimuksen kohdassa 18 on muun ohella todettu, että liikenteenharjoittajan tulee asettaa sopimusvelvoitteidensa kaikinpuolisen täyttämisen vakuudeksi tilaajan hyväksymä erillinen vakuus, jonka määrä on ilmoitettu tarjouspyynnössä. Kohdassa on lisäksi todettu, että vakuuden tai muun saatavat turvaavan järjestelyn tarkoituksena on korvata tilaajalle mahdollisesti aiheutuva vahinko, jos liikennettä ei aloiteta ja hoideta sopimuksen ja tarjouspyyntöasiakirjojen mukaisesti tai sopimus purkautuu ennen sopimuskauden päättymistä.

Samankaltaisen hankintasopimuksen kohdan 19 ”Sopimuksen purkaminen ja irtisanominen” alakohdassa 2 on todettu muun ohella, että jos toinen sopijapuoli oleellisesti rikkoo keskeisiä sopimuksen ehtoja, kuten laiminlyö toistuvasti liikennöintivelvoitteen, käyttää sopimuksen vastaista ajokalustoa, laiminlyö maksu- tai informaatiojärjestelmässä olevan virheen tai toimintahäiriön korjaamisen taikka laiminlyö maksuvelvollisuutensa, on toisella sopijapuolella oikeus purkaa sopimus, ellei ensin mainittu sopijapuoli ole oikaissut menettelyään sopimuksen mukaiseksi asetetun kohtuullisen, vähintään kahden (2) viikon määräajan kuluessa saatuaan toiselta sopijapuolelta tätä tarkoittavan kirjallisen huomautuksen, joka sisältää esitetyn rikkomuksen yksilöinnin.

Hankintayksikön ja voittaneen tarjoajan kanssa 14.9.2021 tehty hankintasopimus vastaa edellä mainittujen sopimusehtojen osalta tarjouspyynnön liitteenä ollutta tarjouspyyntöluonnosta.

Asiassa saadun selvityksen mukaan voittanut tarjoaja ei ole aloittanut hankintasopimuksen alkaessa 1.7.2022 liikennöintiä tarjoamallaan sähkölinja-autokalustolla, vaan tarjotut sähkölinja-autot on korvattu diesel-linja-autoilla.

Hankintayksikön markkinaoikeudelle toimittamasta Lahden seudun joukkoliikennelautakunnan 11.8.2022 tekemästä päätöksestä § 35 käy muun ohella ilmi, että voittaneen tarjoajan toimituksesta on viivästynyt viisi sähkölinja-autoa, jotka on korvattu diesel-linja-autoilla. Päätöksen mukaan voittanut tarjoaja ei ollut myöskään asentanut sähkölinja-autojen edellyttämää

latausinfraa varikolleen. Päätöksestä käy myös muun ohella ilmi, että hankintayksikkö on tehnyt hankinnan kohteen 4 osalta selvityspyynnöjä voittaneelle tarjoajalle liikenteeseen valmistautumisesta 4.2.2022 ja 24.2.2022. Hankintayksikkö on lisäksi reklamoinut 29.4.2022 ennakkollisesti sopimusrikkomuksen riskistä voittaneelle tarjoajalle ja saanut vastauksen reklamaatioon 6.5.2022. Edelleen hankintayksikkö on keskustellut tilanteesta voittaneen tarjoajan kanssa kokouksissa 6.7.2022–7.7.2022 ja lähettänyt reklamaation 11.7.2022. Vastaus reklamaatioon ja kalustotoimittajan viivästymistodistus on toimitettu hankintayksikölle 26.7.2022. Hankintayksikkö on lähettänyt 1.8.2022 ja 5.8.2022 voittaneelle tarjoajalle lisäselvityspyynnön, joihin on saatu vastaukset 4.8.2022 ja 8.8.2022.

Hankintayksikkö on markkinaoikeudessa esittänyt, että sille on 26.7.2022 esitetty kalustotoimittajalta saatu ilmoitus, jonka mukaan sähkölinja-autot ovat käytettävissä liikennöintiin viimeistään joulukuussa 2022. Mainitusta 30.6.2022 päivätyistä kalustotoimittajan myöhästymisilmoituksesta käy ilmi, että kalustotoimittaja on sopinut viiden sähköisen linja-auton toimittamisesta voittaneelle tarjoajalle ja että viimeksi mainittu on pyytänyt sitä toimittamaan linja-autot 1.7.2022 alkavaan liikenteeseen. Ilmoituksessa on lisäksi todettu, että kalustotoimittaja ei pysty toimittamaan autoja 1.7.2022 alkavaan liikenteeseen pyydetyn aikataulun mukaisesti, vaan vuoden 2022 loppuun mennessä eli joulukuussa 2022. Ilmoituksen mukaan perusteena myöhästymiselle on globaali komponentti- ja rahtikapasiteettipula, jotka vaikuttavat kalustotoimittajan toimitusaikoihin odottamattomasti ja merkittävästi.

Hankintayksikkö on 16.8.2022 toimittanut voittaneelle tarjoajalle kirjeen, josta ilmenee hankintayksikön katsovan, että voittaneen tarjoajan tarjoama sähkölinja-autokalusto on myöhästynyt voittaneesta tarjoajasta johtuvista syistä. Kirjeen mukaan hankintayksikkö on katsonut kirjeen laatimisvaiheessa, ettei se sopimusrikkomuksen johdosta pura sopimusta, vaan soveltaa sopimuksen mukaisia sanktioehtoja sopimuskauden alusta 1.7.2022 alkaen. Kirjeessä on todettu, että hankintayksikkö pitää sopimuksen purku-uhan voimassa katsoen, että esimerkiksi lisäviivästys autokaluston toimittamisessa voi myöhemmin oikeuttaa hankintayksikön purkamaan sopimuksen. Kirjeen mukaan hankintayksikkö vähentää voittaneelle tarjoajalle maksettavaa liikennöintikorvausta 1.7.2022 alkaen.

Hankintayksikkö ja voittanut tarjoaja ovat käyneet vielä kirjeenvaihtoa väitetystä sopimusrikkomuksesta ja sen sopimussanktioista 26.8.2022 ja 5.9.2022. Viimeksi mainittuna ajankohtana päivätyssä kirjeessään voittaneelle tarjoajalle hankintayksikkö on muun ohella täsmentänyt näkemystään sopimuksen sanktioehtojen soveltamisesta sopimusrikkomuksen perusteella. Kirjeen mukaan hankintayksikkö pitää sopimuksen purku-uhan voimassa.

Asian arviointi

Valittaja on esittänyt, että hankintayksikkö on muuttanut hankintasopimusta olennaisesti, hankintasäännösten vastaisesti ja valittajaa syrjivästi sopimuskaudella hankinnan kohteen 4 osalta. Valittajan mukaan voittaneen

tarjoajan sähkölinja-autokaluston toimituksen viivästymisen on katsottava johtuvan voittaneesta tarjoajasta, ja hankintayksikön olisi tullut irtisanoa hankintasopimus päättymään kalustopoikkeamien vuoksi välittömästi. Valittaja on lisäksi esittänyt, että nyt esillä olevissa sopimusmuutoksissa ei ole kyse hankintasopimuksen sallimista liikenteenharjoittajasta riippumattomista kalustopoikkeamista sopimuskaudella. Valittaja on edelleen esittänyt, että jos mainitut sopimusmuutokset olisivat alun perin kuuluneet tarjouspyyntöön, ne olisivat tuoneet tarjouskilpailuun lisää osallistujia, koska potentiaaliset tarjoajat olisivat tienneet, että liikennöintiä ei tarvitse aloittaa uudella kalustolla. Valittajan mukaan hankintasopimuksesta on sopimusmuutosten kautta tullut voittaneelle tarjoajalle edullisempi tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa ei ole määritelty.

Hankintayksikkö on esittänyt, että hankintasopimusta ei ole muutettu, eikä hankintayksikkö ole hiljaisesti hyväksynyt mitään sopimusmuutosta. Vaikka hankinnan kohteen 4 liikennöinti on aloitettu kalustolla, joka ei ole ollut annetun tarjouksen eikä hankintasopimuksen mukainen, hankintasopimuksessa on ollut kalustopoikkeamia koskevat ehdot, minkä lisäksi hankintayksikkö on reklamoinut voittanutta tarjoajaa asiasta. Hankintayksikkö on muutoinkin noudattanut kaikkia niitä velvoitteitaan, jotka sillä hankintasopimuksen ja lainsäädännön nojalla on.

Markkinaoikeus toteaa, että erityisalojen hankintalain 124 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimusta ei saa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman kyseisen lain mukaista uutta hankintamenettelyä. Hankintasopimukseen sen voimassaoloaikana tehtyä muutosta voidaan pitää olennaisena muutoksena, jos hankintasopimus on sen seurauksena luonteeltaan huomattavasti erilainen alun perin tehtyyn sopimukseen verrattuna (ks. esim. HE 108/2016 vp. s. 277 ja 226).

Markkinaoikeus toteaa, että asiassa esitetyn selvityksen mukaan hankintayksikkö ei ole lopullisesti luopunut hankintasopimuksessa linja-autoille asetetuista vaatimuksista tai hyväksynyt sitä, että voittaneen tarjoajan kalusto voisi olla hankintasopimuksen vastainen koko sopimuskauden ajan. Esitetyn selvityksen mukaan hankintayksikkö on päinvastoin pyrkinyt noudattamaan hankintasopimuksen ehtoja ja asiassa on jo ennen hankintasopimuksen toteuttamista ryhdytty toimenpiteisiin voittaneen tarjoajan kaluston saattamiseksi vastaamaan sen tarjouksessa esitettyä. Hankintayksikkö on lukuisia kertoja saattanut kalustopoikkeamaa koskevat näkemyksensä voittaneen tarjoajan tietoon, reklamoinut puutteista useita kertoja ja myöhemmin soveltanut hankintasopimuksessa ja myös tarjouspyynnön liitteenä olleessa tarjouspyyntöluonnoksessa olleita sopimussanktioita. Hankintayksikkö on lisäksi ilmoittanut voittaneelle tarjoajalle sopimuksen purku-uhasta.

Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hankintayksikkö on myös saanut voittaneelta tarjoajalta sopimuskauden aikana selvitystä kalustopoikkeaman syistä ja kaluston valmistajan laatiman ilmoituksen viivästymisestä. Vaikka edellä mainittu ilmoitus ja selvitys eivät ole kaikin osin tyydyttäneet hankintayksikköä, ei asiassa ole perusteita katsoa, että voittaneen tarjoajan ilmeisenä tarkoituksena olisi sopimuksen toteuttamisen alusta alkaen ollut tarjoamastaan kalustosta poikkeaminen.

Asiassa on edelleen otettava huomioon, että hankintasopimukseen on kirjattu useita erilaisia virheisiin ja viivästyksiin puuttumisen keinoja, joista sopimuksesta irtautumista koskevat ehdot ovat muodostaneet vain osan. Lisäksi voittaneen tarjoajan kalustotoimittajan myöhästymisilmoituksen mukaan sähkölinja-autokalusto toimitetaan vuoden 2022 loppuun mennessä. Näin ollen asiassa ei myöskään voida katsoa, että hankintayksikkö olisi tosiasiallisesti luopunut hankintasopimuksessa asetetuista kalustovaatimuksista siitä syystä, että hankintayksikkö ei ole purkanut hankintasopimusta liikennöinnin aloittamisen ja vuoden 2022 päättymisen välisenä ajanjaksona.

Edellä esitetyn perusteella markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö ei ole muuttanut hankintasopimusta olennaisesti sopimuskauden aikana eikä hankintayksikön menettelyssä ole myöskään muutoin ollut kysymys lainvastaisesta suora-hankinnasta. Hankintayksikön ei voida myöskään katsoa menetelleen valittajan esittämällä tavalla tarjoajia kohtaan syrjivästi tai tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisesti.

Johtopäätös

Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikkö ei ole menetellyt hankinnassaan valittajan esittämien tavoin hankintasäännösten vastaisesti. Valitus on näin ollen hylättävä pääasian osalta.

Oikeudenkäyntikulujen korvaaminen

Hankintalain 149 §:n 2 momentin mukaan hankinta-asiassa oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen sovelletaan muutoin, mitä oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 95–101 §:ssä säädetään, ei kuitenkaan 95 §:n 3 momenttia.

Oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 95 §:n 1 momentin mukaan oikeudenkäynnin osapuoli on velvollinen korvaamaan toisen osapuolen oikeudenkäyntikulut kokonaan tai osaksi, jos erityisesti asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen on kohtuutonta, että tämä joutuu itse vastaamaan oikeudenkäyntikuluistaan. Pykälän 2 momentin mukaan korvausvelvollisuuden kohtuullisuutta arvioitaessa voidaan lisäksi ottaa huomioon asian oikeudellinen epäselvyys, osapuolten toiminta ja asian merkitys asianosaiselle.

Asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen olisi kohtuutonta, jos hankintayksikkö joutuisi itse vastaamaan oikeudenkäyntikuluistaan. Valittaja on näin ollen velvoitettava korvaamaan hankintayksikön määrältään kohtuulliset oikeudenkäyntikulut.

Asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen olisi kohtuutonta, jos kuultava joutuisi itse vastaamaan kokonaan oikeudenkäyntikuluistaan. Valittaja on näin ollen velvoitettava korvaamaan kuultavan oikeudenkäyntikulut markkinaoikeuden kohtuulliseksi harkitsemalla määrällä.

Asian näin päättyessä valittaja saa itse vastata oikeudenkäyntikuluistaan.

Lopputulos

Markkinaoikeus jättää valituksen tutkimatta siltä osin kuin valittaja on esittänyt väitteitä nyt kyseessä olevaan hankintasopimukseen johtaneen hankintamenettelyn hankintasäännösten mukaisuudesta.

Muilta osin markkinaoikeus hylkää valituksen.

Markkinaoikeus velvoittaa Bus Travel Oy Reissu Ruotin korvaamaan Lahden kaupungin oikeudenkäyntikulut 4.000 eurolla ja Lehtimäen Liikenne Oy:n oikeudenkäyntikulut 6.000 eurolla, molemmat viivästyskorkoineen. Viivästyskorkoa on maksettava korkolain 4 §:n 1 momentissa tarkoitetun korkokannan mukaisesti siitä lukien, kun kuukausi on kulunut tämän päätöksen antamisesta.

Muutoksenhaku

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 128 §:n nojalla sovellettavan julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 165 §:n mukaan tähän päätökseen saa hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan.

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 128 §:n nojalla sovellettavan julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 168 §:n 1 momentin nojalla markkinaoikeuden päätöstä on valituksesta huolimatta noudatettava, jollei korkein hallinto-oikeus toisin määrää.

Valitusosoitus on liitteenä.

Puheenjohtaja Pertti Virtanen

Asian ovat yksimielisesti ratkaisseet markkinaoikeustuomarit Pertti Virtanen, Markus Ukkola ja Mika Kuuppo.

Tämä asiakirja on sähköisesti varmennettu tuomioistuimen asianhallintajärjestelmässä.

Jakelu

Bus Travel Oy Reissu Ruoti; oikeudenkäyntimaksu 6.350 euroa
Lahden kaupunki; maksutta
Lehtimäen Liikenne Oy; maksutta

VALITUSOSOITUS (hankinta-asiat)

Markkinaoikeuden päätökseen saa hakea muutosta valittamalla **korkeimpaan hallinto-oikeuteen** kirjallisella valituksella vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan.

Kuitenkin päätökseen, jolla markkinaoikeus on määrännyt hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun, saa hakea muutosta valituslupaa pyytämättä valittamalla **korkeimpaan hallinto-oikeuteen**.

Valitusluvan myöntämisperusteet

Oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 111 §:n 1 momentin mukaan valituslupa on myönnettävä, jos:

- 1) lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saattaa asia korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi;
- 2) asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi; tai
- 3) valitusluvan myöntämiseen on muu painava syy.

Valituslupa voidaan myöntää myös siten, että se koskee vain osaa muutoksenhaun kohteena olevasta markkinaoikeuden päätöksestä.

Valitusaika

Valitus on tehtävä **30 päivän kuluessa** markkinaoikeuden päätöksen tiedoksisaantipäivästä, sitä päivää lukuun ottamatta.

Tiedoksisaantipäivän osoittaa vastaanotto- tai saantitodistus. Jos kysymyksessä on sijaistiedoksianto, tiedoksisaannin katsotaan tapahtuneen kolmantena päivänä sijaistiedoksiantotodistuksen osoittamasta päivästä.

Jos kysymyksessä on asianosaisen suostumuksen perusteella tapahtuva sähköinen tiedoksianto, tiedoksiannon katsotaan tapahtuneen sinä päivänä, jolloin asiaa koskeva viesti on viestin vastaanottajan vastaanottolaitteessa siten, että viestiä voidaan käsitellä. Tällaisena ajankohtana pidetään viestin lähettämispäivää, jollei asiassa esitetä luotettavaa selvitystä tietoliikenneyhteyksien toimimattomuudesta tai vastaavasta muusta seikasta, jonka johdosta sähköinen viesti on saapunut vastaanottajalle myöhemmin.

Jos päätös on toimitettu todisteellisena sähköisenä tiedoksiantona hallinto- ja erityistuomioistuinten asiointipalvelussa, tiedoksisaantipäivä on päivä, jolloin asiakirja on noudettu sähköisestä asiointipalvelusta.

Valituksen toimittaminen

Valitus on toimitettava valitusajassa **korkeimmalle hallinto-oikeudelle**. Valituksen tulee olla perillä myös sähköpostia tai sähköistä asiointipalvelua käytettäessä valitusajan viimeisenä päivänä ennen tuomioistuimen aukioloajan päättymistä. Aukiolo päättyy kello 16.15.

Korkeimman hallinto-oikeuden osoite:

Postiosoite:	Käyntiosoite:	Käyntiosoite 1.2.2021 alkaen:
PL 180	Fabianinkatu 15	Paasivuorenkatu 3
00131 Helsinki	00130 Helsinki	00530 Helsinki

Faksi: 029 564 0382

Sähköposti: korkein.hallinto-oikeus@oikeus.fi

Hallinto- ja erityistuomioistuinten asiointipalvelu:

<https://asiointi2.oikeus.fi/hallintotuomioistuimet>

Valituksen sisältö

Valituksessa, joka on osoitettava korkeimmalle hallinto-oikeudelle, on ilmoitettava:

- valittajan nimi ja yhteystiedot;
- postiosoite ja mahdollinen muu osoite, johon oikeudenkäyntiin liittyvät asiakirjat voidaan lähettää (*prosessiosoite*);
- päätös, johon haetaan muutosta (*valituksen kohteena oleva päätös*);
- kun valittamiseen vaaditaan valituslupa, peruste, jolla valituslupaa pyydetään, sekä syyt, joiden vuoksi valittaja katsoo, että valitusluvan myöntämiseen on edellä tarkoitettu peruste;
- miltä kohdin päätökseen haetaan muutosta ja mitä muutoksia siihen vaaditaan tehtäväksi (*vaatimukset*);
- vaatimusten perustelut;
- mihin valitusoikeus perustuu, jos valituksen kohteena oleva päätös ei kohdistu valittajaan.

Jos puhevaltaa käyttää valittajan laillinen edustaja tai asiamies, myös tämän yhteystiedot on ilmoitettava.

Yhteystietojen muutoksesta on valituksen vireillä ollessa ilmoitettava viipymättä korkeimmalle hallinto-oikeudelle.

Valituksen liitteet

Valitukseen on liitettävä:

- markkinaoikeuden päätös valitusosoituksineen;
- selvitys siitä, milloin valittaja on saanut päätöksen tiedoksi, tai muu selvitys valitusajan alkamisen ajankohdasta (esimerkiksi vastaanotto- tai saantitodistus);
- asiakirjat, joihin valittaja vetoaa vaatimustensa tueksi, jollei niitä ole jo aikaisemmin toimitettu viranomaiselle tai markkinaoikeudelle.

Asiamiehen, jollei hän ole asianajaja, julkinen oikeusavustaja tai luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja, on liitettävä valitukseen valtakirja. Valtakirjaa ei kuitenkaan tarvitse esittää, jos asiamies on toiminut asiamiehenä asian aikaisemmassa käsittelyvaiheessa hallintomenettelyssä tai tuomioistuimessa.

Valituksen käsittelystä perittävät maksut

Valituksen käsittelystä korkeimmassa hallinto-oikeudessa peritään oikeudenkäyntimaksu sen mukaan kuin tuomioistuinmaksulaissa tarkemmin säädetään.