

## Suunterveydenhuollon- ja ruokapalveluiden rakennushanke / Hankintaoikaisu

Kunnanhallitus 25.10.2021 § 227  
207/10.03.02.00/2021

Asian valmistelija(t): kunnanjohtaja Harri Nissinen, tekninen johtaja Juha-Matti Näykki

Joutsan kunnan kunnanvaltuusto on päätöksellään 13.9.2021 § 53 valinnut Suunterveydenhuollon- ja ruokapalveluiden rakennushankkeen toteuttajaksi tarjouskilpailussa halvimman tarjouksen tehneen Rakennus Auvinen Oy:n.

Tarjouskilpailussa toiseksi sijoittunut Insinööriyö Hentinen Oy on tehnyt hankintapäätöksestä hankintaoikaisuvaatimuksen sekä samansisältöisen valituksen markkinaoikeuteen.

Oikaisuvaatimuksessa Insinööriyö Hentinen Oy on vaatinut, että Joutsan kunta kumoaa ja poistaa hankintapäätöksen kokonaisuudessaan, hylkää Rakennus Auvinen Oy:n tarjouksen ja ratkaisee asian uudelleen ja valitsee Insinööriyö Hentinen Oy:n rakennushankkeen toteuttajaksi.

Insinööriyö Hentinen Oy on perustellut vaatimuksiaan sillä, että sen ja voittaneen tarjoajan Rakennustyö Auvinen Oy:n tarjoukset ovat käytännössä samanlaiset. Insinööriyö Hentinen Oy viittaa tältä osin erityisesti tuotantokeittiön keittiösuunnitelmaan, jonka se on laatinut yhteistyössä Metos Oy Ab:n kanssa. Insinööriyö Hentinen Oy esittää, että Rakennustyö Auvinen Oy olisi hyödyntänyt hankintamenettelyssä sen suunnitelmia ja näin toimimalla menetellyt vilpillisesti tai hyvän tavan vastaisesti, jolloin Rakennustyö Auvinen Oy:n tarjous voitaisiin tarjouspyynnön liitteenä olleen urakkaohjelman kohdan 18.2 mukaisesti hylätä.

### Oikaisuvaatimuksen käsittely

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

Hankintalain 105 §:n 2 momentin mukaan kansallisessa hankinnassa voidaan ehdokkaiden ja tarjoajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle ja soveltuvuutta koskevien vaatimusten asettamisessa voidaan noudattaa, mitä hankintalain 80–86 §:ssä säädetään.

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, joka on ammattitoiminnassaan syyllistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen.

Hankintalain esitöiden (HE 108/2016 vp, s. 183–184) mukaan hankintayksiköllä olisi voimassa olevan hankintalain 54 §:n mukaisesti edelleen harkintavalta poissulkemisperusteen käyttämisessä. Hankintayksikön olisi pykälässä säädettyjä poissulkemisperusteita soveltaessaan kiinnitettävä erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen. Ehdokas tai tarjoaja olisi vain poikkeuksellisesti suljettava menettelyn ulkopuolelle vähäisten rikkomusten perusteella. Hankintayksikkö voisi huomioida harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden näyttönä myös muuta aineistoa kuin lainvoimaisia päätöksiä tai tuomioita. Hankintayksikkö vastaisi kuitenkin siitä itsestään johtuvan virheellisen poissulkemispäätöksen seurauksista.

Edelleen esitöiden mukaan kyseisen 3 kohdan mukaan ammattitoiminnan vakava virhe voisi olla esimerkiksi kilpailulainsäädännön, liiketoimintakiellon tai teollis- tai tekijänoikeuksien rikkominen. Unionin tuomioistuimen ratkaisussa asiassa C-465/11 Forposta [EU:C:2012:801], katsottiin, että käsite ”virhe ammattitoiminnassa” kattaa kaikenlaisen virheellisen menettelyn, joka vaikuttaa kyseisen toimijan ammatilliseen luotettavuuteen ja että hankintayksiköt voivat todeta virheen ammattitoiminnassa millä tahansa perusteltavissa olevalla keinolla. Perusteen käyttö ei edellytä ratkaisun mukaan myöskään lainvoimaista tuomiota.

Insinööriyö Hentinen Oy:n viittaaman urakkaohjelmaan sisältyneen hylkäämisperusteen osalta on todettu, että tarjoajan tarjous ”voidaan” hylätä. Lisäksi, vaikka urakkaohjelmassa on käytetty ilmaisua tarjouksen hylkääminen, on kyseessä tosiasiallisesti tarjoajan poissulkeminen hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen perusteella. Asiaa tulee siten arvioida ammattitoiminnan vakavaa virhettä koskevan harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen perusteella.

Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltaminen on yksinomaan hankintayksikön eli nyt esillä olevassa tapauksessa Joutsan kunnan harkintavallassa, eikä harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamatta jättäminen ole julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaista Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisen harkinnanvaraisuuden markkinaoikeus on vahvistanut vakiintuneessa oikeuskäytännössään.

Joutsan kunta on oikaisuvaatimuksen yhteydessä luotettavasti ja asianmukaisesti selvittänyt Insinööriyö Hentinen Oy:n väitteet muun muassa pyytämällä asiasta selvitystä Rakennustyö Auvinen Oy:ltä.

Insinööriyö Hentinen Oy on oikaisuvaatimuksessaan esittänyt yksilöimättömiä väitteitä muun muassa siitä, että rakennusten samanlainen sijoitettu tontilla, rakennusten muoto tai tilojen suunnittelu rakennuksen sisällä osoittaisivat Rakennustyö Auvinen Oy:n hyödyntäneen sen arkkitehti- ym. suunnitelmia.

Tarjouspyynnön liitteenä on ollut muun muassa alustava tilaohjelma (”0055-02 Suunterveyden huolto – tilaohjelma ALUSTAVA”) sekä alustava rakennustapaseloste (”0055-02 Suunterveyden huolto alustava rakennustapaseloste tarjouspyyntöön”). Esimerkiksi rakennustapaselosteessa on suunterveydenhuollon huoneiden osalta edellytetty, että asettelu on leveänmallinen ja kaikki huoneet ovat samanlaisia ja symmetrisiä. Vastaavasti ruokapalvelu ja keittiötilojen osalta on edellytetty, että se sisältää ruokailutilan 15 henkilölle sekä sosiaalityilat, jotka on sijoitettu työskentelytilojen läheisyyteen. Ottaen huomioon pelkästään nämä vaatimukset, on selvää, että rakennus on täytynyt suunnitella enemmän tai vähemmän suorakaiteen muotoiseksi siten, että sosiaalityilat sijaitsevat tilanjakajana rakennuksen keskivaiheilla eristäen samalla suunterveydenhuollon tilat keittiötiloista. Muunlainen suunnittelu tai rakennuksen sijoittelu ei annetulla rakennuspaikalla olisi ollut yksinkertaisesti mahdollista huomioiden raskaan jakeluliikenteen keittiötiloihin sekä suunterveydenhuollon asiakaspaikoituksen.

Kyseisissä asiakirjoissa tiloille ja rakentamistavalle asetetut vaatimukset ovat jo suurella todennäköisyydellä johtaneet siihen, että tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien alustavat suunnitelmat ovat lähtökohtaisesti samankaltaisia. Kuitenkin Insinööriyö Hentinen Oy:n ja Rakennustyö Auvinen Oy:n tarjouksissa on havaittavissa muun muassa tilaohjelman kannalta selviä eroavaisuuksia esimerkiksi suunterveydenhuollon ja sosiaalitylojen suunnittelussa sekä ylipäättänsä rakennusten bruttoalassa.

Insinööriyö Hentinen Oy:n ja Rakennustyö Auvinen Oy:n suunnitelmat ovat tältä osin molemmat ansioituneita ja yksilöllisiä suunnitelmia, eikä Joutsan kunta perustellusti katso, että Rakennustyö Auvinen Oy olisi Insinööriyö Hentinen Oy:n esittämällä tavalla hyödyntänyt sen arkkitehti- ym. suunnitelmia tarjouksensa laatimisessa.

Erityisesti keittiösuunnitelman osalta Joutsan kunta on pyytänyt Rakennustyö Auvinen Oy:ltä selvitystä sen toimittamasta suunnitelmasta. Rakennustyö Auvinen Oy:n selvityksen sekä tarjoajien tarjousten perusteella on selvää, että Rakennustyö Auvinen Oy sekä Insinööriyö Hentinen Oy ovat molemmat hyödyntäneet keittiösuunnittelussa alihankkijana Halton Oy:tä. Rakennustyö Auvinen Oy:n selvityksen mukaan se on saanut Halton Oy:n toimittaman tarjouksen liitteenä luonnospiirroksen keittiön tilaratkaisuista. Edelleen Rakennustyö Auvinen Oy on todennut, että se on olettanut suunnitelman olleen laadittu Halton Oy:n toimesta viitepiirustukseksi, jota se on voinut hyödyntää osana hankkeen suunnittelua. Kuten Rakennustyö Auvinen Oy on esittänyt, Joutsan kunta katsoo, ettei Rakennustyö Auvinen Oy:n ole ollut tarkoitus kopioida tai käyttää luvatta kolmannen suunnitelmia.

Insinööriyö Hentinen Oy:n oikaisuvaatimuksen liitteenä 2 olevan sähköpostikirjeenvaihdon mukaisesti Metos Oy Ab on luovuttanut laatimansa keittiösuunnitelman Insinööriyö Hentinen Oy:n pyynnöstä Halton Oy:n käyttöön. Tältä osin jää epäselväksi, millainen käyttöoikeus Halton Oy:lle on keittiösuunnitelmaan luovutettu. Joutsan kunta pitää tältä osin mahdollisena, että Halton Oy:lle luovutettu käyttöoikeus on sisältänyt oikeuden hyödyntää suunnitelmaa sen toiminnassa sekä tarvittaessa luovuttaa suunnitelmaa kolmannelle, kuten Rakennustyö Auvinen Oy:lle. On myös mahdollista, ettei suunnitelmien luovutuksen yhteydessä ole yksilöity luovutettavan käyttöoikeuden laajuutta.

Insinööriyö Hentinen Oy:n ja Rakennustyö Auvinen Oy:n selvityksen ja edellä kuvatun epäselvyyden perusteella Joutsan kunta perustellusti katsoo, että Rakennustyö Auvinen Oy on voinut luottaa siihen, että sillä on ollut oikeus hyödyntää Halton Oy:ltä saamiensa keittiösuunnitelmia. Rakennustyö Auvinen Oy:n menettelyn mahdollinen moitittavuus on edellä mainitut tosiseikat huomioon ottaen ollut joka tapauksessa vähäistä. Lisäksi on myös huomattava, että Halton Oy:n mahdollinen moitittava menettely koskee yhtä lailla sekä Rakennustyö Auvinen Oy:tä että Insinööriyö Hentinen Oy:tä, koska Halton Oy toimii näiden molempien alihankkijana kyseisessä hankinnassa.

Joutsan kunta katsoo lisäksi, että, vaikka hankintalain 81 §:n 4 momentti viittaa tapahtumaan, joka voi hankintalain esitöiden (s. 184) mukaisesti olla myös muu tapahtuma kuin lainvoimainen tuomio, harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen mukaiselta tapahtumalta edellytetään jo suhteellisuusperiaatteenkin perusteella tiettyä vakavuusastetta ja varmuutta.

Unionin tuomioistuin on asiassa C-124/17 Vossloh [EU:C:2018:855] ottanut kantaa siihen, mitä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskevalla tapahtumalla tarkoitetaan. Unionin tuomioistuin katsoi, että harkinnanvaraista poissulkemista koskevalla tapahtumalla tarkoitetaan sitä päivää, jona toimivaltainen viranomais on todennut käyttäytymisellä syyllistytyn lainsäädännön rikkomiseen. Unionin tuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että moitittava menettely voidaan katsoa toteennäytetyksi vasta tällaisen toimivaltaisen viranomaisen päätöksen jälkeen. Tulkinta on johdonmukainen pakollisten poissulkemisperusteiden soveltamisen kanssa.

Markkinaoikeus on esimerkiksi tapauksessa MAO:158/18 todennut, että vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa liittyvää harkinnanvaraista

poissulkemisperustetta sovellettaessa, merkitystä on sillä, onko hankintayksikkö voinut perustellusti menettää luottamuksen tarjoajan kykyyn toimia tarjoajana ja onko poissulkeminen suhteellisuusperiaatteen mukaista.

Nyt esillä olevassa tapauksessa on edellä kuvatun tapahtumaketjun perusteella epäselvää, onko Halton Oy:llä ja sittemmin Rakennustyö Auvinen Oy:llä, jolle Halton Oy on suunnitelman luovuttanut, ollut oikeus hyödyntää alun perin Metos Oy Ab:n laatimaa keittiösuunnitelmaa. Joutsan kunnan tiedossa ei ole, että toimivaltainen viranomaisena olisi todennut Rakennustyö Auvinen Oy:n tai Halton Oy:n syyllistyneen Insinööri Hentinen Oy:n väittämällä menettelyllä lainsäädännön rikkomiseen. Joutsan kunta perustellusti katsoo, että edellä kuvatun tapahtumaketjun ja luovutetun käyttöoikeuden epäselvyyden johdosta toimivaltaisen viranomaisen olisi ensin ratkaistava keittiösuunnitelmien hyödyntämiseen ja tekijänoikeuksiin liittyvä epäselvyys. Muussa tapauksessa Joutsan kunta menettelisi suhteellisuusperiaatteen ja julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti, mikäli se poissulkisi Rakennustyö Auvinen Oy:n muun kuin toimivaltaisen viranomaisen toteaman lainsäädännön rikkomisen perusteella. Tapahtumaketjun tosiseikat huomioon ottaen Joutsan kunta ei ole myöskään menettänyt luottamustaan Rakennustyö Auvinen Oy:n kykyyn toimia tarjoajana ja rakennushankkeen toteuttajana.

Asiassa on lisäksi otettava huomioon, että kyseisessä rakennusurakassa on kyse kokonaisvastuu-urakasta, jossa päätoteuttaja vastaa kokonaisuudessaan muun muassa rakennushankkeen suunnittelusta ja toteutuksesta. Tältä osin Rakennustyö Auvinen Oy:n tarjouksen liitteenä toimittamat suunnitelmat ovat vain alustavia suunnitelmia, joita Rakennustyö Auvinen Oy:llä on oikeus tarkentaa ja muokata rakennushankkeen suunnittelun edetessä. Rakennustyö Auvinen Oy voi esimerkiksi hankkeen edetessä suunnitella keittiötilat olennaisesti toisella tavalla kuin tarjousvaiheessa. Vasta urakkaohjelman mukaisesti Hankintayksikön ja rakennuslupaviranomaisen hyväksymät suunnitelmat ovat lopulliset.

Joutsan kunta toteaa, että se on selvittänyt asian ja todennut, ettei Rakennustyö Auvinen Oy:n tarjous ole tarjouspyynnön vastainen, eikä Rakennustyö Auvinen Oy ole syyllistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen. Joka tapauksessa kyseessä on ollut harkinnanvarainen poissulkemisperuste, jonka soveltaminen on yksinomaan Joutsan kunnan harkintavallassa, eikä Joutsan kunta katso, että asiassa olisi perusteita tai edellytyksiä soveltaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta.

Näin ollen Joutsan kunnalla ei ole nyt esillä olevassa tilanteessa oikeutta tai velvollisuutta poissulkea Rakennustyö Auvinen Oy:tä. Oikaisuvaatimus tulee hylätä kokonaisuudessaan perusteettomana.

Esityslistan liitteenä oikaisuvaatimus ja valitus liitteineen sekä Rakennustyö Auvinen Oy:n vastine.

Esittelijä

Kunnanjohtaja Harri Nissinen

Päätösehdotus

Kunnanhallitus esittää valtuustolle, että

1. Insinööri Hentinen Oy:n oikaisuvaatimus hylätään kokonaisuudessaan perusteettomana;
2. Markkinaoikeudelle annetaan oikaisuvaatimukseen tehtävää päätöstä vastaava vastine ja muut kirjelmät; sekä
3. Valtuusto valtuuttaa teknisen johtajan viipymättä allekirjoittamaan urakkasopimuksen hankkeen käynnistämiseksi.

Päätös

Kokouksessa asiaa esittelemässä olivat OTM, Lakimies Harri Laakso ja tekninen johtaja Juha-Matti Näykki.

Kunnanjohtajan ehdotus hyväksyttiin.