

TURUN KAUPUNGILLE

Asia

Oikaisuvaatimus julkista hankintaa koskevassa asiassa: Topinojankaaren ja Topinojankierron rakentaminen

Hakija

Oteran Oy

Asiamiehet ja prosessiosoite

Julius Parikka
Partner

Vestra Advisors Oy
Aleksanterinkatu 15B
00100 Helsinki
puh. 020-123 1021
julius.parikka@vestra.fi

Teemu Yli-Savola
OTM

Vestra Advisors Oy
Aleksanterinkatu 15B
00100 Helsinki
puh. 020-123 1020
teemu.yli-savola@vestra.fi

Hankintayksikkö

Turun kaupunki
Puolalankatu 5
20100 TURKU

niina.oksanen@turku.fi

Salassapito

Tämä oikaisuvaatimus ei sisällä Hakijan liikesalaisuuksia.

1 Vaatimukset

Oteran Oy (jäljempänä "Hakija") pyytää kunnioittavasti, että Turun kaupungin kaupunkiympäristölautakunta (jäljempänä "Hankintayksikkö") kumoaa 26.9.2023 päivätyn hankintapäätöksen sekä korjaa virheellisen menettelynsä.

2 Perustelut

2.1 Taustaa

Hankintayksikkö on pyytänyt 9.8.2023 päivätyllä tarjouspyynnöllä tarjouksia Turun kaupungin Metsämäen kaupunginosan alueella toteutettavan Topinojankaaren ja Topinojankieron rakentamista koskevasta rakennusurakasta. Hankintamenettelynä on käytetty avointa menettelyä ja hankinta on ollut EU-kynnysarvon alittava rakennusurakka. Hankintaperusteena on ollut halvin hinta.

Hankintayksikkö on määräaikaan 13.9.2023 mennessä vastaanottanut 10 tarjousta. Hankintayksikkö on 26.9.2023 päivätyllä hankintapäätöksellä valinnut urakoitsijaksi Tehan Oy:n (jäljempänä "Tehan").

Hakija on saanut Hankintayksiköltä päätökset tiedoksi sähköisesti 27.9.2023. Määräaika oikaisuvaatimuksen tekemiselle päättyy näin ollen aikaisintaan 10.10.2023 ja oikaisuvaatimus on tehty lakisääteisessä 14 päivän määräajassa.

2.2 Sovellettavista hankintasäännöksistä

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

Hankintalain 74 §:n 1 momentin mukaan tarjoajan tulee tarjouksessaan osoittaa tarjoamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan olevan tarjouspyynnössä ja muissa hankinta-asiakirjoissa esitettyjen vaatimusten mukainen. Hankintayksikön on suljettava tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset tarjouskilpailusta.

Hankintalain 85 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia, joilla varmistetaan, että ehdokkailla ja tarjoajilla on hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat. Tätä varten hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia vähimmäisliikevaihdosta tai varojen ja velkojen välisestä suhteesta. Hankintayksikkö voi myös vaatia riittävää vastuuvakuutusta.

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

2.3 Hankintamenettelyn virheellisyydestä

2.3.1 Voimavara-alihankkijat

Tarjouspyynnön sivulla 8 on todettu seuraavaa:

”Tarjoaja tai ryhmittymä voi käyttää soveltuvuusvaatimusten täyttämiseen muiden yksiköiden (ns. voimavara-alihankkija) voimavaroja riippumatta niiden välisten suhteiden oikeudellisesta luonteesta. Muiden yksiköiden voimavarojen on oltava tosiasiallisesti tarjoajan tai ryhmittymän käytössä hankintaa toteutettaessa.

Muiden yksiköiden voimavaroja voivat olla esimerkiksi 1) tarjoajan kanssa samaan konserniin kuuluvan tai jonkin muun yrityksen kokemus hankinnan kohteena olevien palveluiden toimittamisesta, 2) toisen yrityksen palveluksessa olevan henkilöstön ammatillinen pätevyys, 3) taloudelliseen tilanteeseen ja rahoitusasemaan liittyvät voimavarat ja 4) tekniseen suorituskykyyn liittyvät voimavarat.

Tarjouksesta on käytävä selkeästi ilmi, mikäli tarjoaja tai ryhmittymä käyttää voimavara-alihankkijoita.”

Tarjouspyynnön sivulla 12 on asetettu tarjoajan rahoitukselliseen asemaan liittyviä vähimmäisvaatimuksia seuraavasti:

” - Tarjoajalla tulee olla hankinnan kokoon ja laatuun nähden taloudelliset edellytykset hankinnan suorittamiseen. Tätä ominaisuutta arvioidaan tarjoajan luottokelpoisuudesta saatujen tietojen perusteella. Tarjoajan Suomen Asiakastieto Oy:n Rating Alfa -suosituksen mukaisen luottokelpoisuuden tulee olla vähintään hyvä (AA). Muun vastaavan luottotietolaitoksen (ei pankin) luottokelpoisuusluokitus tulee olla vähintään tätä vastaava.

- Tarjoajan vuosittaisen kokonaisliikevaihdon tulee olla vähintään 3.000.000,00 (kolmemiljoonaa) euroa kahdella viimeisellä kahdentoista kuukauden pituisella tilikaudella. Liikevaihtovaatimuksen tulee täytyä molemmilla tilikausilla.”

Tarjouskilpailun voittanut Tehan ei täytä Hankintayksikön asettamaa luottoluokitusvaatimusta. Tehanin luottoluokitus on A+. Tehan on ilmoittanut voimavara-alihankkijaksi LM Infra Oy:n, jonka luottoluokitus on AA. Hankintayksikkö on hyväksynyt voimavara-alihankkijan luottoluokituksen osoituksena Tehanin luottokelpoisuudesta.

Hankintalain 92 §:ää koskevien esitöiden (HE 108/2016 vp) mukaan:

”Ehdokas tai tarjoaja voisi käyttää myös muiden yksiköiden voimavaroja hankinnan toteuttamiseksi. Samaten ryhmittymä voisi käyttää ryhmittymään kuuluvien tahojen taikka sen ulkopuolella olevien tahojen voimavaroja hankinnan toteuttamiseen. (...) Pykälässä tarkoitettuja muiden yksiköiden voimavaroja voivat olla esimerkiksi tarjouskilpailuun osallistuvan yrityksen omistajayritysten, samaan konserniin kuuluvien yritysten taikka yrityksen kumppanuusyriyten taloudelliset tai tekniset voimavarat. Tarjoajan oikeutta vedota emoyhtiön tai tytäryhtiön voimavaroihin ja mahdollisuuteen esittää tämän sitoumus siitä, että voimavarat ovat tarjoajan käytössä, on arvioitu muun muassa unionin tuomioistuimen ratkaisussa asiassa C-218/11, Mávépcell (EU:C:2012:643) sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 27.4.2015 taltio 1078.

Näyttövelvollisuus hankintayksikön esittämien taloudelliseen ja rahoitukselliseen tilanteeseen, tekniseen ja ammatilliseen pätevytyteen sekä muiden vaatimusten täyttämisestä on siihen vetoavalla ehdokkaalla, tarjoajalla tai niiden ryhmittymällä. Näyttönä voidaan käyttää

esimerkiksi yritysten välisiä sopimuksia tai muita sitoumuksia, joilla osoitetaan, että vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat ehdokkaiden tai tarjoajien taikka ryhmittymän käytettävissä. Hankintayksikön tulisi arvioida näytön riittävyys vaatimusten täytymisestä. Unionin tuomioistuin on käsitellyt muiden yksiköiden voimavaroihin vetoamista asiassa C-176/98, Holst Italia (EU:C:1999:593). Tapauksessa tarjouskilpailuun osallistunut yritys osoitti vuosiliikevaihtoa koskevan vaatimuksen täyttymisen osaomistajansa liikevaihtoa koskevalla näytöllä. Tuomioistuin katsoi sallituksi sen, että sellainen palvelujen suorittaja, joka ei täytä tarjouskilpailuun osallistumisen vähimmäisedellytyksiä, voi vedota kolmannen suorituskykyyn, johon se voi turvautua hankinnan toteuttamisessa. Tarjouskilpailuun osallistuvan yrityksen on osoitettava näyttö resurssien käytettävyydestä. Hankintayksikön on vastaavasti tarkastettava takeet siitä, että resurssit ovat käytettävissä koko sen ajan, jonka sopimus kattaa.”

Hakija katsoo, että Hankintayksikkö on toiminut virheellisesti, kun se ei ole sulkenut Tehania pois tarjouskilpailusta. Tehan ei itse ole täyttänyt luottoluokitusvaatimusta, vaan LM Infra Oy on. Tavanomaisia soveltuvuusvaatimuksia, joissa voimavara-alihankkijoihin useimmiten vedotaan, ovat liikevaihto- ja referenssivaatimukset. Sen sijaan Hakija katsoo, että luottoluokitusvaatimus on luonteeltaan sellainen, että tarjoajan itse tulee se täyttää. Olisi kestävämpää sallia huonon luottoluokituksen omaavan tarjoajan vedota toisen yrityksen luottoluokitukseen (nk. ”voimavaroihin”) kiertääkseen rahoitukselliselle ja taloudelliselle tilanteelle asetettua vähimmäisvaatimusta. Tämä kasvattaisi suunnattomasti hankintayksiköiden riskejä sopimuskomppaniensa suoriutumisesta.

Muistutettakoon tässä yhteydessä, että hankintalain 85 §:n mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia, joilla varmistetaan, että ehdokkailla ja tarjoajilla on hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittavat taloudelliset ja rahoitusta koskevat voimavarat. Kyseinen lainkohta perustuu hankintadirektiivin (2014/24/EU) 58 artiklan 3 kohtaan, jossa viitataan yhtä lailla hankintasopimuksen toteuttamiseen tarvittaviin taloudellisiin ja rahoitusta koskeviin voimavaroihin. *Olennaista on siis varmistaa, että tarjoajalla on edellytykset suoritua hankintasopimuksen mukaisista velvoitteistaan.* Tämä on kiistatta myös nyt käsillä olevassa tapauksessa ollut Hankintayksikön asettaman tarjoajan taloudellista tilaa koskevan vaatimuksen perinpohjainen tarkoitus. Nyt käsillä olevassa tilanteessa Hankintayksiköllä ei ole mitään todellista mahdollisuutta varmistua siitä, että Tehanilla on edellytykset suoriutua sopimusvelvoitteistaan, koska Tehanin luottoluokitus ei ole vastannut tarjouspyynnön vaatimuksia.

Tämän lisäksi Hakijalla on perusteltu syy epäillä, että Tehan ei ole riittävällä tavalla osoittanut Hankintayksikölle, että tämän nimeämä voimavara-alihankkija tosiasiallisesti osallistuu hankinnan toteuttamiseen. Tehanin olisi tullut esittää esimerkiksi sopimuksia tai muita sitoumuksia, joilla osoitetaan, että vaaditut edellytykset täyttävät voimavarat ovat Tehanin käytettävissä. Tässä yhteydessä on syytä huomioida, että Tehan ja LM Infra Oy eivät kuulu samaan konserniin, vaan ovat täysin itsenäisiä erillisiä yrityksiä. LM Infra Oy:n tosiasiallista osallistumista hankinnan toteuttamiseen ei siten voida pitää millään tavoin itsestään selvyytenä. Oikeuskäytännön mukaan muiden yksiköiden voimavarojen käytettävyyttä koskevan näyttövelvollisuuden täyttämiseksi riittävänä ei voida pitää pelkästään tarjoajan omaa ilmoitusta kyseisten voimavarojen käytettävissä olosta.¹ Näyttövelvollisuuden täyttäminen edellyttää voimavara-alihankkijan itsensä antamaa vakuutusta tai muuta sitoumusta sen voimavarojen käytettävissä olosta hankinnan toteuttamisessa. Nyt käsiteltävässä asiassa

¹ Ks. esim. MAO:104/13

voittaneen tarjoajan selvitys voimavara-alihankkijan voimavarojen käytettävissä olosta ei Hakijan parhaan käsityksen mukaan ole ollut kyseisen LM Infra Oy:n itsensä antama vakuutus vaan Tehanin oma ilmoitus. Voittaneen tarjoajan tarjoukseen ei siten ole sisällynyt riittävää selvitystä voimavara-alihankkijan voimavarojen käytettävissä olosta. Samasta syystä Hakijalla on syytä epäillä, että Hankintayksikkö ei puolestaan ole arvioinut näytön riittävyttä vaatimusten täyttymisestä.

Hankintayksikön olisi edellä esitetyistä syistä tullut sulkea Tehan pois tarjouskilpailusta.

2.4 Voittaneen tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus

Tarjouspyynnön sivulla 12 on edellytetty seuraavaa:

”Tarjoajalta edellytetään Rakentamisen Laatu RALA ry:n myöntämä RALA-PÄTEVYYSTODISTUS (”sininen todistus”) tähän urakkaan soveltuvasta toimialapätevyydestä

- 7.1: Väylärakentamisen pääurakointi; tiet, kadut ja kunnallistekniikka

- 11: Putkilinjojen ja johtoverkkojen pääurakointi tai muu riittävä näyttö tähän urakkaan soveltuvasta pätevyydestä; RALA ry:n myöntämän pätevyytodistuksen voi muuna riittävänä näyttönä korvata toimialapätevyysin eriteltynä referenssiluettelona viimeiseltä kolmelta (3) vuodelta. Referenssiluettelosta on käytävä ilmi urakan nimi, tilaajan yhteyshenkilö yhteystietoineen, urakan laajuus, urakkahinta sekä urakan valmistumisen ajankohta”

Tämän lisäksi Hankintayksikkö on edellyttänyt tarjouspyynnön samalla sivulla, että:

”Tarjoajalla **ja ilmoitetuilla alihankkijoilla** tulee olla Rakentamisen Laatu RALA ry:n myöntämä, tähän urakkaan soveltuva, yritystason RALA-TOIMINTATAPOJEN HYVÄKSYNTÄTODISTUS tai muu vastaava näyttö ulkopuolisesti todennetusta laadunvarmistuksesta, esimerkiksi tähän urakkaan soveltuva SFS-EN ISO 9001 laatusertifikaatti. Mikäli hakuprosessi on todistettavasti käynnissä, mutta ei vielä valmis, on tilaajalla oikeus hyväksyä yritys tarjoajaksi.” (korostus tässä)

Tarjouspyynnössä on siten edellytetty kahta eri asiaa: RALA-pätevyytodistusta ja RALA-toimintatapojen hyväksyntätodistusta.

Tehanilla ei ole vaadittuja toimialapätevyyksiä 7.1 ”Väylärakentamisen pääurakointi; tiet, kadut ja kunnallistekniikka” tai 11 ”Putkilinjojen ja johtoverkkojen pääurakointi”. Tehan on näiden osalta vedonnut jälleen LM Infra Oy:n voimavaroihin. Hakija esittää saman huomion, kuin yllä oikaisuvaatimuksen kohdassa 2.3.1. Tarjoajan olisi pitänyt todistaa oma toimialapätevyytensä, ei vedota konsernin ulkopuolisen yrityksen pätevyyteen etenkin tilanteessa, jossa LM Infra Oy:n osallistumisesta hankinnan toteuttamiseen ei Hakijan epäilysten mukaan ole riittävää näyttöä.

Mitä tulee RALA-toimintatapojen hyväksyntätodistukseen, Tehanilla on kyseinen todistus toimialasta 7.1 ”Väylärakentamisen pääurakointi; tiet, kadut ja kunnallistekniikka”, mutta ei toimialasta 11 ”Putkilinjojen ja johtoverkkojen pääurakointi”. LM Infra Oy:llä sen sijaan ei ole lainkaan sertifikaattia. Olettaen Hakijan epäilysten vastaisesti, että LM Infra Oy osallistuu tosiasiallisesti hankinnan toteuttamiseen, tulisi LM Infra Oy:llä myös olla vaadittu todistus tarjouspyynnön edellyttämällä tavalla. Laadunvarmistuksen on luonnollisesti koskettava kaikkia yrityksiä, jotka osallistuvat urakkaan. Hankintayksikkö on siten toiminut virheellisesti, kun se ei ole hylännyt Tehanin tarjousta tarjouspyyntöä vastaamattomana.

Hankintayksikkö on toiminut virheellisesti, kun se on hyväksynyt Tehanin tarjouksen siitä huolimatta, että tämä ei ole täyttänyt tarjouspyynnössä asetettuja vähimmäisvaatimuksia. Hankintalain mukaan hankintayksikön tulee hylätä sellaiset tarjoukset, jotka eivät vastaa hankinta-asiakirjoissa esitettyjä vaatimuksia.

Tarjoaja kantaa vastuun siitä, että sen tarjous on tarjouspyynnön sisällöltään selvänä pidettävien vaatimusten mukainen. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että sisällöltään tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen sulkeminen tarjouskilpailusta ei ole ainoastaan hankintayksikön oikeus, vaan hankintayksikkö on tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi velvollinen sulkemaan tarjouskilpailusta tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen silloin, kun tarjouksen puutteellisuus tai tarjouspyynnön vastaisuus vaarantaa tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun KHO 19.3.2010 taltio 568 mukaan tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen hyväksyminen merkitsee syrjivää kohtelua paitsi muiden tarjouskilpailuun osallistuneiden tarjoajien osalta myös niiden mahdollisten tarjoajien osalta, jotka luottaen siihen, että hankintayksikkö noudattaa tarjouspyynnön ehtoja, ovat jättäytyneet tarjouskilpailun ulkopuolelle.

Hankintayksikkö on yllä esitetyllä tavalla toiminut julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti ja virheellä on ollut olennainen vaikutus hankintamenettelyn kulkuun ja lopputulokseen.

3 Valitus markkinaoikeuteen

Hankintalain 148 §:n mukaisesti Hakija ilmoittaa Hankintayksikölle, että Hakija on samanaikaisesti tämän oikaisuvaatimuksen toimittamisen kanssa saattanut asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Hakija toivoo kuitenkin ensisijaisesti asian ratkeavan hankinta-oikaisumenettelyssä, jolloin markkinaoikeusprosessia ei tarvitsisi käydä kokonaisuudessaan läpi.

4 Päiväys ja allekirjoitus

Helsingissä, 10. päivänä lokakuuta 2023

Oteran Oy:n puolesta,



Laati

Julius Parikka
Partner,
Luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja
Vestra Advisors Oy

Teemu Yli-Savola
Legal Counsel
Oikeustieteen maisteri
Vestra Advisors Oy

TURUN KAUPUNGILLE

Asia

Täydennys oikaisuvaatimukseen julkista hankintaa koskevassa asiassa: Topinojankaaren ja Topinojankierron rakentaminen

Hakija

Oteran Oy

Asiamiehet ja prosessiosoite

Julius Parikka
Partner

Vestra Advisors Oy
Aleksanterinkatu 15B
00100 Helsinki
puh. 020-123 1021
julius.parikka@vestra.fi

Teemu Yli-Savola
OTM

Vestra Advisors Oy
Aleksanterinkatu 15B
00100 Helsinki
puh. 020-123 1020
teemu.yli-savola@vestra.fi

Hankintayksikkö

Turun kaupunki
Puolalankatu 5
20100 TURKU

niina.oksanen@turku.fi

Salassapito

Tämä täydennys ei sisällä Hakijan liikesalaisuuksia.

1 Taustaa

Hakija on toimittanut Hankintayksikön 26.9.2023 päivättyä hankintapäätöstä koskevan oikaisuvaatimuksen Hankintayksikölle 10.10.2023. Hakija on samanaikaisesti toimittanut Hankintayksikölle 10.10.2023 päivätyn asiakirjapyyntö, jolla Hakija on pyytänyt saada tarjouskilpailun voittaneen Tehan Oy:n (jäljempänä "Tehan") tarjouksen nähtäväkseen.

Hankintayksikkö on toimittanut Hakijan asiakirjapyyntö mukaiset tiedot Hakijalle sähköpostitse 12.10.2023. Asiakirjapyyntö johdosta saamien tietojen perusteella Hakija on katsonut tarpeelliseksi täydentää oikaisuvaatimustaan tässä kirjelmässä kuvatulla tavalla.

2 Täydennys

Hakija täydentää 10.10.2023 päivättyä oikaisuvaatimustaan seuraavasti.

2.1 Tarjouspyynnön mukaiset kelpoisuusvaatimukset

Tarjouspyynnön sivulla 12 on edellytetty, että sekä tarjoajalla että ilmoitetuilla alihankkijoilla on Rakentamisen Laatu RALA ry:n myöntämä, urakkaan soveltuva, yritystason RALA-TOIMINTATAPOJEN HYVÄKSYNTÄTODISTUS tai muu vastaava näyttö ulkopuolisesti todennetusta laadunvarmistuksesta, esimerkiksi urakkaan soveltuva SFS-EN ISO 9001 laatusertifikaatti. Tarjouspyynnön mukaan riittävää on myös ollut, mikäli edellä mainittu sertifiointihakuprosessi on todistettavasti käynnissä.

Tehan on toimittanut tarjouksensa liitteenä ilmoittamansa voimavara-alihankkijan LM Infra Oy:n 13.9.2023 päivätyn Luotettava Kumppani -raportin. Raportista ilmenee, ettei kyseisellä voimavara-alihankkijalla ole tarjouspyynnössä edellytettyä laatusertifikaattia.

Hankintayksikkö on 5.10.2023 päivätyllä selvityspyynnöllä pyytänyt Tehanilta selvitystä koskien LM Infra Oy:n pätevyysä. Tehan on 5.10.2023 päivätyllä sähköpostiviestillä vastannut selvityspyyntöön seuraavasti:

Terve!

LM Infra Oy on Tehan Oy:n 100% omistama tytäryhtiö. Laatujärjestelmien yhdenmukaistaminen on käynnissä ja koko konsernimme noudattaa Tehan Oy:n laatu- ja ympäristöjärjestelmiä, jotka on auditoitu sekä RALAn toimesta, että ISO9001 ja ISO 14001 Bureau Veritasin toimesta.

Onhan tämä riittävä selvitys tällä varoitusajalla?

Lisäksi Hankintayksikkö on toimittanut Hakijalle Hankintayksikön ja Tehanin välistä sähköpostinvaihtoa, jossa Tehan on pyytänyt Bureau Veritakselta vahvistusta siitä, että "LM Infra:n ISO9001 auditointiprosessi on käynnissä". Bureau Veritas on vastauksessaan vahvistanut, että auditointiajankohta on varattu. Edelleen Hankintayksikkö on toimittanut Hakijalle Tehanin ja Bureau Veritaksen välisen 9.10.2023 päivätyn sopimuksen uudelleensertifiointista, joka koskee sekä Tehanin että LM Infra Oy:n sertifiointeja.

Tarjouspyynnön sivulla 11 on todettu tarjousten tekijöiden kelpoisuusvaatimusten täyttymisen osalta seuraavaa:

Tarjousten tekijöille asetetaan seuraavat kelpoisuusvaatimukset, joiden on täyttyvä, jotta tarjous otetaan mukaan tarjousvertailuun:

Viitatus tarjouspyynnön kohdan perusteella on selvää, että tarjouspyynnön mukaisten kelpoisuusvaatimusten on täyttyvä, jotta tarjous otetaan mukaan tarjousvertailuun. Kelpoisuusvaatimusten on tullut täytyä siten *viimeistään tarjousten jättöhetkellä 13.9.2023*, ja Hankintayksikön olisi tullut hylätä sellaiset tarjoajat tarjousvertailusta, jotka eivät ole edellä mainitulla hetkellä täyttäneet kelpoisuusvaatimuksia. Turun kaupungin Kaupunkiympäristön palvelukokonaisuuden 14.9.2023 päivätyn pöytäkirjan mukaan tarjoukset on avattu ja tarjousvertailu suoritettu 14.9.2023. Huomionarvoista on myös se, että Hankintayksikkö on toimittanut kelpoisuusvaatimuksia koskevan selvityspyynnön Tehanille vasta 5.10.2023 eli sekä tarjousvertailun suorittamisen että muutoksenhaunkohteena olevan hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti, kun se on hyväksynyt Tehanin tarjouksen tarjousvertailuun, vaikka tämän ilmoittama voimavara-alihankkija ei ole täyttänyt tarjouspyynnössä edellytetyjä kelpoisuusvaatimuksia.

Tehan ei ole toimittanut mitään sellaista näyttöä kelpoisuusvaatimuksiin liittyen, joista ilmenee, että LM Infra Oy:llä olisi ollut RALA-toimintatapojen hyväksyntätodistus tai muu vastaava laadunvarmistussertifikaatti, tai että tällaisen sertifiointin hakuprosessi olisi edes ollut käynnissä tarjouspyynnön mukaisesti *tarjousten jättöhetkellä*. Sen sijaan kaiken Tehanin toimittaman näytön perusteella on havaittavissa, että hakuprosessi on todistettavasti käynnistynyt vasta lokakuussa 2023 eli hankintapäätöksen tekemisen jälkeen.

Hakija toteaa lisäksi, että Tehanin toimittamaa 22.8.2023 päivättyä hallituksen kokouspöytäkirjaa, jossa Tehanin hallitus yhtiön sisäisesti päättää liittää tytäryhtiönsä johtamis- ja ympäristöjärjestelmänsä piiriin ja selvittää tytäryhtiönsä sertifiointiasioita, ei voida pitää tarjouspyynnön edellyttämällä tavalla todistettavana näyttönä sertifiointihakuprosessin vireilläolosta. Hakuprosessin voidaan objektiivisesti katsoa käynnistyvän aikaisintaan vasta, kun sertifiointin hakija toimittaa hakemuksen sertifioidjalle, tai kun hakijan ja sertifioidijan välille syntyy sopimus sertifiointista. Tarjouspyynnössä on nimenomaisesti edellytetty, että tarjoajalla ja ilmoitetuilla alihankkijoilla tulee olla vaaditut sertifikaatit tai näitä koskeva hakuprosessi todistettavasti käynnissä. Tehan tarjoajana ja LM Infra Oy ilmoitettuna voimavara-alihankkijana ovat erillisiä oikeushenkilöitä, ja niiden on molempien itsenäisesti ja erikseen täytettävä edellä mainittu tarjouspyynnön kelpoisuusvaatimus.

2.2 Voittaneen tarjoajan luottoluokitus

Hakija uudistaa oikaisuvaatimuksessaan esittämänsä perustelut koskien Tehanin luottoluokitusta sekä siitä, ettei Tehan ole riittäväällä tavalla osoittanut, että tämän nimeämä voimavara-alihankkija tosiasiallisesti osallistuu hankinnan toteuttamiseen. Luottoluokituksen osalta Hakija täsmentää, että luottoluokitus on luonteeltaan niin korostuneen tarjoajakohdainen soveltuvuusvaatimus, ettei sen osalta voi Hakijan näkemyksen mukaan olla mahdollista vedota voimavara-alihankkijan resursseihin.

Luottoluokitus määritellään tavanomaisesti *arvioksi* velallisen kyvystä selviytyä taloudellisista velvoitteistaan sekä velallisen suhteellisesta todennäköisyydestä joutua maksukyvyttömyysmenettelyyn. Luottoluokittajasta riippuen yrityksen luottoluokituksen määräytymisen keskeisimpiä muuttujia ovat muun muassa yrityksen talous-, toiminta-, tausta- (mukaan lukien yrityksen vastuuhenkilöiden henkilöluottotiedot) ja maksutapatiedot. Talouden osalta luottoluokitukseen vaikuttaa esimerkiksi yrityksen tilinpäätöstiedot sekä tietyt tilinpäätöksen tunnusluvut. Yrityksen toiminnan osalta vaikuttavia tekijöitä ovat muun muassa yrityksen toimiala, ikä ja yrityksen omaisuuteen kohdistuvat yritysriisnit. Maksukäyt-

täytymisen osalta luottoluokitukseen vaikuttaa muun muassa julkiset maksuhäiriöt ja -viiveet, ja vastuuhenkilöiden osalta näiden kytkökset häiriöllisiin yrityksiin sekä henkilökohdalliset maksuhäiriöt. Luottoluokitus ei siten ole minkäänlainen konkreettinen voimavara tai resurssi, jonka LM Infra Oy voisi luovuttaa Tehanin käyttöön tai jota Tehan voisi tosiasiallisesti käyttää.

Luottoluokitus vaikuttaa muun muassa yritykselle annettavan lainan korkoon sekä luotonantajien halukkuuteen myöntää lainaa yritykselle. Mitä heikompi yrityksen luottoluokitus on, sitä todennäköisemmin luotonantaja edellyttää yritykseltä erilaisia erityisjärjestelyitä luottoa varten, esimerkiksi erilaisia vakuuksia. Mikäli esimerkiksi heikon luottoluokituksen omaava konsernin emoyhtiö hakisi luotonantajalta lainaa hyvän luottoluokituksen omaavan tytäryhtiön luottoluokitukseen vedoten, saattaisi luotonantaja edellyttää edellä mainitun kaltaisena erityisjärjestelynä tytäryhtiön osakkeiden asettamista myönnettävän luoton vakuudeksi.

Esimerkiksi Vantaan ja Keravan hyvinvointialueen järjestämässä, sosiaalipalveluiden hankkimista koskevassa tarjouskilpailussa (EU-hankintailmoitus julkaistu 13.4.2022, hankintapäätöstä koskeva muutoksenhaku käsitelty markkinaoikeudessa diaarinumerolla 238/2022¹) luottoluokitusta koskeva soveltuvuusvaatimus oli muotoiltu seuraavasti:

”ESPD-lomakkeen mukaisesti ehdokkaan luottoluokituksen on Suomen Asiakastieto Oy:n luottoluokituksessa tai vastaavassa ulkopuolisen tahon todentamassa luottoluokituksessa oltava vähintään tyydyttävä A. **Tämä vaatimus koskee sekä ryhmittymän jäseniä, että voimavara-alihankkijoita.** Ehdokas saa 5 lisäpistettä, jos sen Suomen Asiakastieto Oy:n (tai vastaavan luottoluokituksen) mukainen ratingluokitus on A+. Ehdokas saa 10 lisäpistettä, jos sen Suomen Asiakastieto Oy:n (tai vastaavan luottoluokituksen) mukainen ratingluokitus on AA. Ehdokas saa 15 lisäpistettä, jos sen Suomen Asiakastieto Oy:n (tai vastaavan luottoluokituksen) mukainen ratingluokitus on AA+ tai parempi. Luottoluokituksen vertailussa huomioidaan myös voimavara-alihankkijoiden ja ryhmittymän jäsenien luottoluokitus siten, että ryhmittymän/tarjoajan pisteet määräytyvät sen mukana tarjouksessa olevan yrityksen (tarjoaja/ryhmittymän jäsen/voimavara-alihankkija) luottoluokituksen mukaisesti, joka on heikoin.” (korostus tässä)

Hakija katsoo, että Hankintayksikön olisi tullut tarjouspyynnössään esittää soveltuvuusvaatimuksena, että tarjoajat ja niiden mahdolliset voimavara-alihankkijat täyttävät kaikki samanaikaisesti luottoluokitusvaatimuksen. Joka tapauksessa vähimmäisvaatimuksena on hankintalain tarkoitus huomioon ottaen oltava, että tarjoaja täyttää luottoluokitusvaatimuksen. Hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti, kun se on hyväksynyt Tehanin tarjouksen tarjousvertailuun, vaikka tämä ei ole täyttänyt luottoluokitusvaatimusta.

Hankintayksikkö on toiminut yllä edellä esitetyllä tavalla julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti.

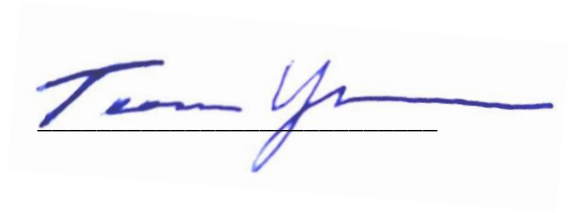
Tässä täydennyksessä ja Hakijan oikaisuvaatimuksessa esitetyin perustein Hakija toteaa, ettei voittaneen tarjoajan tarjous ole vastannut tarjouspyynnön vaatimuksia, ja tarjous olisi tullut hylätä.

¹ Kts. MAO:100/2023

3 Päiväys ja allekirjoitus

Helsingissä, 20. päivänä lokakuuta 2023.

Oteran Oy:n puolesta,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Julius Parikka", written over a horizontal line.A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Teemu Yli-Savola", written over a horizontal line.

Laati

Julius Parikka
Partner,
Luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja
Vestra Advisors Oy

Teemu Yli-Savola
Legal Counsel
Oikeustieteen maisteri
Vestra Advisors Oy