

JHNY

Case-keskiviikko: Ryhmittymät ja voimavarayksiköt

15.5.2024 klo 14.00-15.30

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö
Eeva-Riitta Högnäs, johtava juristi

Sisältö

- Tervetuloa seuraamaan Case-keskiviikkoa!
- Aiheeseen liittyvät säädökset
- Oikeuskäytäntöä ryhmittymänä osallistumisesta – Matias Nikkari
- Oikeuskäytäntöä ryhmittymän soveltuvuusvaatimuksista – Nelly Karhunen
- Oikeuskäytäntöä muiden yksiköiden voimavaroihin vetoamisesta – Niina Ruuskanen

JHNY:n case-keskiviikko

- Puolivuosittainen katsaus hankintoihin liittyvästä oikeuskäytännöstä
- Kotimaista oikeuskäytäntöä, Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja KKV:n valvontakäytäntöä
- Teemakohtainen läpikäynti oikeustapauksista
 - Käsiteltävän tapauskokonaisuuden lopussa analyysiä ja keskustelua aiheesta ja tapauksista

Keskeiset käsitteet

Ryhmittymä

- Kaksi tai useampi tarjoajaa jättävät tarjouksen yhdessä

Alihankkija

- Yksikkö, joka tekee työtä tarjoajan lukuun
- Ei soveltuvuusvaatimusten täyttämiseksi

Voimavara-alihankkija (= voimavarayksikkö)

- Yksikkö, jonka voimavaroihin tarjoaja vetoaa soveltuvuusvaatimusten täyttämiseksi

Ryhmittymänä tarjoaminen 1/2

- Hankintalaki 92 §
 - EU-hankinnat ja käyttöoikeussopimukset
 - Toimittajat **saavat** tehdä tarjouksia ryhmittymänä
 - Ryhmittymän jäsen rinnastetaan tarjoajaan
- Pääsääntö: Hankintayksikkö ei saa edellyttää ryhmittymältä tiettyä oikeudellista muotoa
 - Poikkeus: sopimusaikana hankinnan edellyttäessä

Ryhmittymänä tarjoaminen 2/2

- Hankintayksikkö voi asettaa tiettyjä lisäehtoja ryhmittymän osalta soveltuvuusvaatimusten täyttymiselle
 - HE: Perusteltuja ja oikeasuhteisia
- Hankintalain 77 § 4 mom
 - Hankintayksikkö voi rakennusurakka- ja palveluhankinnoissa sekä tavarahankintaan liittyvissä kokoamis- ja asennustöissä vaatia, että tarjoaja tai ryhmittymän jäsen **itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät**



**Jäsenen vapaamatkustus?
Kilpailunrajoitus?
Sopimuksen allekirjoittaminen?
DPS?**

Voimavara-alihankinta (92 § 2 mom)

- Tarjoaja (myös ryhmittymät) voi vedota muiden yksiköiden voimavaroihin
 - HE: Tarjoajan **näyttövelvollisuus**, että sillä on voimavarat käytössä
 - Hankintayksikkö arvioi näytön riittävyyden
- 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
 - HE: Henkilöstöä koskevien vaatimusten voimavara-alihankkijan **tosiasiallisesti toteutettava** hankinnan sisältämät työt

Voimavara-alihankkijan korvaamisen vaatiminen (3 mom)

- HY:llä **velvollisuus** pyytää korvaamaan voimavara-alihankkija, jos sitä rasittaa 80 §:n pakollinen poissulkemisperuste tai ei täytä 83 §:n soveltuvuusvaatimuksia
- HY **voi** vaatia tarjoajaa korvaamaan, mikäli voimavara-alihankkijaa koskee harkinnanvarainen poissulkemisperuste

Yhteisvastuu taloudellisista soveltuvuusvaatimuksista (4 mom)

- Jos tarjoaja käyttää hyväkseen muiden yksiköiden voimavaroja taloudellista ja rahoituksellista tilannetta koskevien vaatimusten täyttämiseksi, hankintayksikkö voi edellyttää, että tarjoaja ja kyseiset muut yksiköt ovat **yhdessä vastuussa** hankintasopimuksen toteuttamisesta

Alihankinta (hankintalaki 77 §)

- Hankintayksikkö voi vaatia ilmoittamaan minkä osan sopimuksesta tarjoaja antaa alihankkijan hoidettavaksi ja ilmoittamaan alihankkijat
 - Huom! Tarjoajalla säilyy kuitenkin päävastuu
- HE: Hankintayksikkö **ei voi kieltää alihankintaa** ilman erityistä syytä
 - Kriittiset tehtävät itse, ei alihankintana
- Hankintayksikön **velvollisuus** pyytää alihankkijoiden tiedot rakennusurakoissa ja tilaajan valvonnan alaisissa tiloissa suoritettavissa palveluissa

Alihankkijan poissulkeminen (hankintalaki 78 §)

- Hankintayksikkö voi tarkastaa alihankkijoiden osalta poissulkemisperusteet
 - Hankintayksiköllä harkintavalta
 - Jos tarkastetaan ja havaitaan pakollinen poissulkemisperuste, tulee alihankkija korvata toisella

Muutama nosto oikeuskäytännöstä

C-642/20

Hankintadirektiivin
vastaista on
edellyttää
lainsäädännössä,
että ryhmittymän
edustajan on
pääosin täytettävä
edellytykset ja
toteutettava
suoritukset


MAO:356/18

Alihankkijan
ilmoittaminen
jälkikäteen
kiellettyä
täydentämistä

KHO:2015:64

Voimavaroihin
vetoamista voi
rajoittaa vain
poikkeus-
tapauksissa.

Ristiriitaisuuden
takia tarjoaja olisi
kuitenkin tullut
sulkea
tarjouskilpailusta



Hankintayksikkö ei voi pääsääntöisesti kieltää ryhmittymänä osallistumista, alihankkijoita tai muiden yksiköiden voimavaroihin vetoamista

Henkilöstön pätevyyteen ja kokemukseen kohdistuvassa voimavara-alihankinnassa alihankkijan on tosiasiallisesti osallistuttava toteuttamiseen

Poissulkemisperusteet tarkastettava voimavara-alihankkijoiden ja ryhmittymän jäsenten osalta, mutta harkintavalta alihankkijoiden osalta

Osallistuminen ryhmittymänä

KHO:2019:144 ja MAO:45/18

Juristi Matias Nikkari
Julkisten hankintojen neuvontayksikkö

Ryhmittymänä tarjoamisessa on kyse toimittajien yhteistyöstä hankintasopimuksen saamiseksi



KHO:2019:144



Asian tausta, KHO:2019:144

- Laaja sosiaali- ja terveystalvveluja koskeva hankinta
- A Oy oli tehnyt osallistumishakemuksen yhdessä kolmen muun yrityksen kanssa ryhmittymänä, mutta A Oy:n osuudeksi hankinnassa oli ilmoitettu 100 %
- A Oy:n hakemuksessaan ilmoittamat referenssit muiden kuin yhden lisäreferenssin osalta olivat kolmen muun ryhmittymään kuuluneen yrityksen referenssejä
- Hankintayksikkö oli sulkenut A Oy:n tarjouskilpailusta puuttuvan soveltuvuuden vuoksi

Ratkaistava kysymys, KHO:2019:144

- Oliko hankintayksikkö voinut katsoa osallistumishakemuksessa ilmoitettujen tietojen perusteella, etteivät kolme muuta yritystä osallistuneet hankinnan kohteena olevien palvelujen tuottamiseen?
- Oliko hankintayksikkö voinut tällä perusteella jättää huomioon ottamatta hakemuksessa ilmoitetut kolmen muun yrityksen referenssit ja näin ollen sulkea A Oy:n tarjouskilpailusta puuttuvan soveltuvuuden vuoksi?

Osallistumishakemuksessa ilmoitettu palveluntuottaja, KHO:2019:144

- Osallistumishakemuslomake sinänsä mahdollisti sen, että ryhmittymässä on jäseniä, jotka eivät osallistu palvelujen tuottamiseen
- Osallistumishakemuksessa ei ollut kuitenkaan ilmoitettu muiden yritysten osallistumisesta hankintaan
- Osallistumishakemukseen tehtyjen merkintöjen perusteella hankintayksikkö oli voinut päätellä, että palvelujen tuottamiseen osallistuu ainoastaan ehdokkaaksi ilmoitettu A Oy

Huomioon otettavat referenssit, KHO:2019:144 1/2

- Vähimmäisvaatimusten täyttämiseksi ilmoitetut referenssit olivat kuuluneet ryhmittymään kuuluneelle muulle yritykselle kuin A Oy:lle
- Kysymyksessä olevassa laajassa sosiaali- ja terveystalveluja koskevassa hankinnassa toimittajan aikaisemmalle kokemukselle ja osaamiselle oli ollut perusteltua antaa erityistä merkitystä
- Käsillä olevassa hankinnassa palvelujen laatu oli hankintalain 108 §:n 2 momentissa säädetyn mukaisesti sellainen erityispiirre, joka oli otettava huomioon

Huomioon otettavat referenssit, KHO:2019:144 2/2

- Referenssien tarkoituksena on osoittaa tarjoajan kokemus ja osaaminen hankinnan kohteena olevien palvelujen tuottamisessa
- Sellaisen yhtiön referensseihin, joka ei osallistu hankinnan toteuttamiseen palveluja tuottamalla, ei voida viitata osoituksena palveluja tuottavan toimittajan kokemuksesta ja osaamisesta
- On myös tasapuolisen kohtelun vastaista, että referenssejä koskevat vähimmäisvaatimukset täytetään sellaisen yhtiön avulla, joka ei osallistu palvelujen tuottamiseen

Lopputulema, KHO:2019:144

- Koska ilmoitetut referenssit eivät kuuluneet A Oy:lle, joka osallistumishakemuksen mukaan tuotti hankinnan kohteena olevat palvelut, ehdokkaan kokemusta hankinnan kohteena olevien palvelujen tuottamisesta koskeva soveltuvuusvaatimus ei ollut täyttynyt
- Hankintayksikkö oli voinut sulkea A Oy:n tarjouskilpailusta

→ Vaikka ryhmittymänä tarjoaminen mahdollistaakin toimijoiden voimavarojen ja osaamisen yhdistämisen, tulee soveltuvuutta koskeva vaatimus koskien kokemusta hankinnan kohteena olevien palveluiden tuottamisesta täyttyä kuitenkin palveluita tuottavan toimijan osalta

MAO:45/18



Asian tausta, MAO:45/18

- Kansallinen rakennusurakkahankinta
- Ryhmittymänä jätetty tarjous oli sisältänyt ristiriitaista tietoa sen jäsenistä; yhden jäsenen toiminta oli lakannut konkurssin jälkeen
- Tarjouksesta ei ollut käynyt ilmi, kuinka ryhmittymän jäsenet jakavat urakkaosuudet
- Hankintayksikkö oli sulkenut ryhmittymän tarjouksen tarjouskilpailusta muun muassa puuttuvan soveltuvuuden vuoksi

Ratkaistava kysymys, MAO:45/18

- Oliko hankintayksikkö voinut sulkea ryhmittymän tarjouskilpailusta sillä perusteella, että C Oy:n toiminta oli lakannut eikä sen osalta oltu toimitettu vaadittuja tietoja, ja myös sillä perusteella, että ryhmittymän tarjouksesta ei ollut käynyt ilmi, kuinka ryhmittymän jäsenet jakavat urakkaosuudet?
- Lisäksi asiassa oli kysymys myös siitä, oliko tarjouspyyntö ollut syrjivä tarjoajille asetettujen soveltuvuusvaatimusten osalta

Ryhmittymän jäseniksi katsottavat toimijat, MAO:45/18

- Tarjouslomakkeella ryhmittymän päävastuulliseksi osapuoleksi oli ilmoitettu A Oy ja muuksi osapuoleksi B Oy
- Tarjouksen liitteessä oli kuitenkin ilmoitettu ryhmittymän jäseneksi myös C Oy, jonka toiminta oli lakannut konkurssin jälkeen
- Samaisessa liitteessä oli ilmoitettu, että vastuut jaetaan jäsenten välisin sopimuksin, ja että ryhmittymän oikeudellinen muoto ja tehtävänjako tarkentuvat hankintapäätöksen jälkeen
- Edellä esitetyn perusteella hankintayksiköllä katsottiin olleen oikeus olettaa, että myös C Oy on ryhmittymän jäsen, ja että sille on kuulunut joko osa urakasta, tai että se osallistuu kaikkeen toimintaan urakassa

Soveltuvuusvaatimusten täyttymättä jääminen, MAO:45/18

- Hankintayksiköllä katsottiin olleen oikeus asettaa kaikkia ryhmittymän jäseniä koskevan vaatimuksen siitä, että yhteiskunnalliset ja tilaajavastuulain edellyttämät velvoitteet täyttyvät
- Ryhmittymä ei ollut toimittanut C Oy:n osalta tarjouspyynnössä vaadittuja tietoja ja todistuksia yhteiskunnallisten ja tilaajavastuulain velvoitteiden täyttymisestä
- Hankintayksikkö oli voinut jo tällä perusteella sulkea ryhmittymän tarjouksen tarjouskilpailusta

Harkinnanvarainen poissulkemisperuste, MAO:45/18

- C Oy:n toiminta oli lakannut jo vuosia ennen nyt käsillä olevan kilpailutuksen käynnistymistä
- C Oy ei ollut voinut tosiasiallisesti ottaa vastuuta tai toteuttaa mitään osaa hankinnasta
- Hankintayksiköllä oli ollut myös hankintalain 81 § 1 mom. 1 kohdan mukainen oikeus sulkea ryhmittymä tarjouskilpailusta

Vastuunjakoa koskevan selvityksen puuttuminen, MAO:45/18

- Ryhmittymä ei ollut esittänyt tarjouksessaan tarjouspyynnössä vaaditun mukaisesti selvitystä urakkaosuuksien vastuunjaosta, kuten sopimusta siitä, mitkä osat tai vastuualueet urakasta kuuluvat kullekin ryhmittymän jäsenelle
- Hankintayksiköllä oli myös tällä perusteella ollut oikeus sulkea ryhmittymän tarjous tarjouskilpailusta

Lopputulema, MAO:45/18

- Hankintayksikön ei katsottu menetelleen hankintasäännösten vastaisesti sulkiessaan ryhmittymän tarjouskilpailusta

→ Ratkaisu korostaa ryhmittymän perusluonnetta toimijoiden eräänlaisena yhteenliittymänä; tarjoamisessa tulee huomioida paitsi koko ryhmittymälle myös sen yksittäisille jäsenille asetetut vaatimukset

JÄNNY

Oikeuskäytäntöä soveltuvuusvaatimuksista ja ryhmittymistä

MAO:66/2023, MAO:577/2023

Nelly Karhunen, Erityisasiantuntija

MAO:66/2023



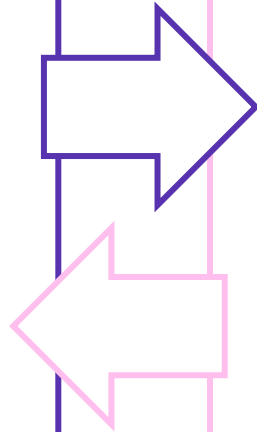
Asian tausta, MAO:66/2023

- EU-hankinta
- Palveluhankinta jätteenkäsittelykeskukseen vastaanotetun aineksen käsittelystä
- Tarjoaja ilmoittanut ettei se käytä muiden yksiköiden voimavaroja
- Rating-luokitus A
- HY sulkenut valittajien (A Oy ja B Oy) muodostaman ryhmittymän tarjouskilpailusta

MAO:66/2023

Valittajan perustelut:

- Kumpikin jäsen täyttänyt ESPD:n
- Tarjouspyynnössä ei vaadittu, että ryhmittymän kaikkien jäsenten olisi tullut täyttää tarjouspyynnön soveltuvuusvaatimukset
- Tarjouspyynnön vaatimusten mukaan on ollut riittävä, että yksi ryhmittymän jäsenistä on täyttänyt rating-luokitukseen asetetun vaatimuksen
 - B Oy täyttänyt vaatimuksen = valittajien muodostama ryhmittymä on täyttänyt tarjouspyynnön rating-luokitusta koskevan vähimmäisvaatimuksen



HY:n perustelut:

- Tarjouspyynnössä todettu, että ryhmittymän kunkin jäsenen on täytettävä ESPD-lomake
 - Asetetut vaatimukset ovat koskeneet ryhmittymän kaikkia jäseniä
- Valittaja ei ole ilmoittanut ESPD-lomakkeella vetoavansa muiden yksiköiden tai muiden ryhmittymän jäsenten voimavaroihin
 - HY:n tullut sulkea valittajien muodostama ryhmittymä kyseessä olevasta tarjouskilpailusta



MAO:66/2023

Onko HY voinut sulkea ryhmittymän tarjouskilpailusta siitä syystä, että A Oy (ryhmittymän jäsen) ei ole täyttänyt luottoluokituksen osalta asetettua vähimmäisvaatimusta?

Markkinaoikeuden perustelut ja ratkaisu, MAO:66/2023 1/2

- HY velvollinen sulkemaan tarjouskilpailusta tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset
- Molemmat jäsenet toimittaneet ESPD-lomakkeet
- A Oy:n lomakkeella ilmoitettu rating-luokituksen osalta ”B Oy rating alfa A”
 - Ei ilmoitettu A Oy:n luokitusta
- Tarjouspyynnön perusteella ryhmittymän jokainen jäsen on ollut velvollinen täyttämään ESPD-lomakkeen omalta osaltaan ja ilmoittamaan siinä oman rating-luokituksensa

Markkinaoikeuden perustelut ja ratkaisu, MAO:66/2023 2/2

- Vaikka tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole nimenomaisesti ilmoitettu, että ESPD-lomakkeen täyttämiseen velvoitetun ryhmittymän jäsenen on tullut täyttää ESPD-lomakkeella asetettu rating-luokitusvaatimus, tarjoajien tullut ymmärtää, että ESPD-lomakkeella asetetut vaatimukset ovat kohdistuneet lähtökohtaisesti samalla tavalla jokaiseen ESPD-lomakkeen täyttämiseen velvoitettuun ryhmittymän jäseneseen
- Valittajien tarjous ei ole ollut tarjouspyynnön vaatimusten mukainen siltä osin kuin siinä ei ole ilmoitettu A Oy:n rating-luokitusta
- Ei ole esitetty, että A Oy olisi täyttänyt soveltuvuusvaatimuksen
- HY ei menetellyt virheellisesti



MAO:66/2023
**Soveltuvuusvaatimus (luottoluokitus) koskee
jokaista ryhmittymän jäsentä**

MAO:577/2023



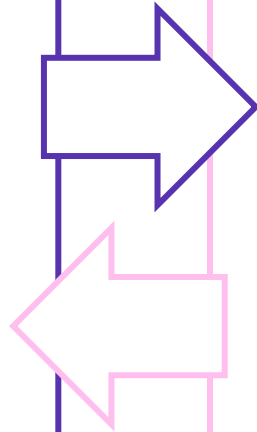
Asian tausta, MAO:577/2023

- Kansallinen rakennusurakka (julkisivu- ja parvekekorjaus)
- Soveltuvuusvaatimuksena liikevaihdon keskiarvo viimeiseltä 3 vuodelta yli miljoona euroa (ja yli 100 omana työnä tehtyä vastaavaa korjausta)
- Voittanut tarjoaja tarjonnut ryhmittymänä (A Oy ja B Oy)

MAO:577/2023

Valittajan perustelut:

- Voittajan tarjouksesta ei ilmennyt, että on tarjous tehty yhteenliittymänä tai ryhmittymänä
- A Oy ei yksin täyttänyt liikevaihtovaatimusta
- A Oy ei pääurakoitsija referensseissä -> vaatimuksena ”omana työnä”



HY:n perustelut:

- Tarjouksen liitteestä ilmennyt, että tarjous tehty ryhmittymänä
- B Oy on jo yksinään täyttänyt liikevaihtovaatimuksen
- Referenssivaatimuksessa ei edellytetty pääurakoitsijan asemaa (vaatimus olisi supistanut kilpailua)

MAO:577/2023

Onko HY menetelty virheellisesti, kun se on katsonut (ja sallinut) A Oy:n ja B Oy:n antaneen tarjouksensa ryhmittymänä, ja että ryhmittymä on täyttänyt liikevaihtoa ja referenssejä koskevat soveltuvuusvaatimukset?



Markkinaoikeuden perustelut ja ratkaisu, MAO:577/2023 1/2

- Tarjouksessa:
 - Vastattu ”Kyllä” vaatimusten täyttymiselle
 - ”Tarjouksen lähettäjä” kohtaan merkitty A Oy
 - Tarjous tehty ryhmittymänä, johon kuuluu A Oy ja B Oy
 - A Oy ei täytä liikevaihtovaatimusta, mutta B Oy täyttää
 - Toteuttavat hankinnan yhteisvastuullisesti
- Kansallinen hankinta, jonka hankintamenettelyä säännelty EU-hankintoja kevyemmin ja joustavammin
- Kansallisissa hankinnoissa ei säädelty ryhmittymänä tarjoamisesta tai muiden voimavaroihin vetoamisesta
- HY voi harkintavaltansa puitteissa päättää ryhmittymän osallistumisesta hankintamenettelyyn

Markkinaoikeuden perustelut ja ratkaisu, MAO:577/2023 2/2

- Hankinta-asiakirjat eivät sisältäneet ryhmittymänä tarjoamista koskevia ehtoja
- HY ei menetellyt virheellisesti, kun sallinut tarjouksen jättämisen ryhmittymänä ja ottanut liikevaihtovaatimuksen arvioinnissa huomioon ryhmittymän toisen osapuolen liikevaihdon
- Referenssivaatimuksessa ei edellytetty että urakoissa toiminut tietyssä asemassa -> HY ei ole ylittänyt harkintavaltaansa ja menetellyt virheellisesti, kun se on katsonut A Oy:n ja siten myös ryhmittymän täyttäneen referenssejä koskevat vaatimukset.



MAO:577/2023

**(Kansallisessa hankinnassa)
liikevaihtovaatimuksen
täytyttävä ryhmittymän
osalta ”yhteisesti”**

**Sallittu sallia ryhmittymänä
tarjoaminen (vaikka
hankinta-asiakirjoissa ei tätä
koskevia ehtoja)**

Tapausten vertailu

MAO:66/2023

- EU-hankinta
- Luottoluokitusvaatimus
- Tarjouspyynnössä todettu, että ryhmittymän kunkin jäsenen on täytettävä ESPD-lomake
- Molemmat jäsenet eivät täyttäneet luottoluokitusvaatimusta
- HY ei menetellyt virheellisesti kun se on katsonut ettei tarjoaja täytä soveltuvuusvaatimusta ja sulkenut valittajien muodostaman ryhmittymän tarjouskilpailusta

MAO:577/2023

- Kansallinen hankinta
- Liikevaihtovaatimus
- Hankinta-asiakirjat eivät ole sisältäneet ryhmittymänä tarjoamista koskevia ehtoja
- Vain toinen jäsenistä täytti luottoluokitusvaatimuksen
- HY ei menetellyt virheellisesti kun se oli ottanut liikevaihtoa koskevan soveltuvuusvaatimuksen arvioinnissa huomioon ryhmittymän toisen osapuolen liikevaihdon

Oikeuskäytäntöä muiden yksiköiden voimavaroihin vetoamisesta

KHO:2021:71

MAO:H266/2022

MAO:502/2023

Niina Ruuskanen, erityisasiantuntija

KHO:2021:71



Asian tausta, KHO:2021:71

- Kansallinen tekojääräadan rakennusurakkahankinta
- Tarjouskilpailun aikana HY ilmoittanut, että tarjoajat voivat vedota voimavara-alihankkijan referensseihin ja niistä on esitettävä selvitys
 - Tarjouspyynnössä oli edellytetty selvitystä ryhmittymästä, mutta ei voimavara-alihankkijasta
- Kyse siitä, olisiko voittanut tarjoaja tullut sulkea menettelystä puuttuvien referenssien vuoksi
 - Voittaja oli vedonnut alihankkijansa referensseihin
 - Tarjouksesta ei käynyt ilmi alihankkijan voimavarojen käytössä olo
- Hankintayksikkö oli pyytänyt voittajalta suullisesti selvitystä voittajan ja alihankkijan välisestä yhteistyötä
- MAO katsoi, että tuli huomioida hankintalain 92 §:n 2 momentti
- MAO katsoi, että ei olisi saanut pyytää täsmennystä, ja joka tapauksessa suullisesti pyydetty täsmennys olisi pitänyt dokumentoida

KHO:n ratkaisu, KHO:2021:71

- KHO katsoi, että hankintalain 92 § ei tule sovellettavaksi kansallisessa hankinnassa
- KHO totesi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta johtuvan, että alihankkijan, jonka referensseihin hankinnassa nojaututaan, on myös tosiasiallisesti osallistuttava hankinnan toteuttamiseen
- Hankinta-asiakirjoissa ei ollut edellytetty, että alihankkijan osallistuminen hankinnan toteuttamiseen olisi osoitettava alihankkijan allekirjoittamalla selvityksellä tai sitoumuksella
- KHO piti riittävänä, että tarjoaja oli ilmoittanut alihankkijan nimen tarjouksessa, toimittanut soveltuvuutta koskevat selvitykset ja alihankkijan osallistuminen hankinnan toteuttamiseen oli varmistettu hankintapäätöksen jälkeisessä urakkaneuvottelussa

➤ KHO kumosi markkinaoikeuden päätöksen



KHO:2021:71:

Myös kansallisessa hankinnassa alihankkijan, jonka referensseihin tarjoaja vetoaa, on tosiasiallisesti osallistuttava hankinnan toteuttamiseen.

MAO:H266/2022



Asian tausta, MAO:H266/2022

- Vesistösuunnittelun palveluhankinnan puitejärjestely, EU-hankinta
- Valittajan tarjous oli hylätty, koska tarjoukseen ei ollut liitetty ESPD:tä tai muita tietoja yksiköstä, jonka voimavaroihin tarjoaja vetosi
 - Tarjoaja oli ilmoittanut käyttämänsä voimavara-alihankkijan ESPD:n alihankkijoita koskevassa kohdassa (D), ei muiden yksiköiden voimavarojen käyttöä koskevassa kohdassa (C)
- Valittajan näkemyksen mukaan
 - tarjouspyyntö oli ESPD:n osalta epäselvä
 - hankintayksikön olisi tullut pyytää tarjoajaa täydentämään tarjous puuttuvan ESPD:n osalta

Tarjouspyynnön epäselvyys, MAO:H266/2022

- Tarjouspyynnössä oli ilmoitettu mm., että tarjoukseen on liitettävä ESPD-lomake
- Tarjouspyynnössä erikseen todettu, että tarjoajan tulee esittää toimeksiannon suorittamiseen ja soveltuvuusvaatimusten täyttämiseksi tarvitsemansa alihankkijat ja että myös nimetyistä alihankkijoista on toimitettava selvitykset
- Tarjoajille oli riittävän selvästi ilmoitettu, että niiden on toimitettava soveltuvuutta koskevat selvitykset ja ESPD-lomake on täytettävä myös alihankkijoista
- Vaikka ESPD:n voimavarojen hyväksi käyttämistä koskevassa kohdassa ei ollut mainittu sanaa ”alihankkija”, niin oli kuitenkin selvää, että kohdassa oli ilmoitettava ne muut toimijat kuin tarjoaja, joiden voimavaroihin tarjoaja vetoaa täyttääkseen soveltuvuusvaatimukset
- Tarjouspyyntö ei ollut (kovin) epäselvä

Tarjouksen täydentäminen, MAO:H266/2022

- Hankintamenettelyn lähtökohtana on tarjousten lopullisuus
 - Tarjoaja vastaa tarjouksensa sisällöstä
 - Tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous on suljettava menettelystä
 - Tarjouksen täydennyttäminen voi olla yksittäistapauksessa sallittua, mutta ei pakollista. Täydentäminen ei saa johtaa tarjouksen olennaiseen muuttamiseen
 - Voimavara-alihankkijoiden ESPD:n liittämistä koskeva vaatimus on ollut olennainen hankintamenettelyn ehtoja koskeva vaatimus, jonka täyttymättä jääminen on merkinnyt tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuutta. ESPD-lomakkeiden puuttuminen ei ole ollut ainoastaan vähäinen tekninen puute.
- Hankintayksikkö ei ollut menetellyt virheellisesti, kun ei ollut täydennyttänyt tarjousta, vaan sulkenut tarjouksen menettelystä

MAO:H266/2022

Kiinnitä huomiota termeihin
(ESPD/tarjouspyyntö).

Puuttuvaa ESPD:tä ei voi pyytää
toimittamaan jälkikäteen.

MAO:502/2023



Asian tausta, MAO:502/2023

- Sosiaalihuollon asiakastietojärjestelmän käyttöoikeuden ja siihen liittyvien palveluiden EU-hankinta, kilpailullinen neuvottelumenettely
- Hankintayksikkö oli hylännyt valittajan osallistumishakemuksen, koska tarjoaja ei ollut toimittanut riittävää selvitystä siitä, että yksikkö, jonka voimavaroihin tarjoaja on vedonnut soveltuvuusvaatimusten täyttämiseksi, osallistuisi tosiasiasa hankinnan toteuttamiseen
 - Tarjouksessa hyödynnetty alihankkijan referenssiä
 - Tarjoaja esittänyt näytöksi alihankkijan kanssa tehdyn aiesopimuksen
- Aiesopimus = Varsinaisen sopimuksen tekemiseen tähtäävä sopimus, johon kirjattu sopijapuolten sen hetkinen yhteinen näkemys ja mahdolliset tulevat toimenpiteet. Ei yleensä vielä juridisesti velvoita sopimuksen tekemiseen.

Markkinaoikeuden ratkaisu, MAO:502/2023

- Kyseessä kilpailullinen neuvottelumenettely, hankinnan kohteen vaatimuksia ei ollut vielä osallistumishakemusvaiheessa määritelty
 - Valittaja ei ole voinut varmuudella tietää, millaista järjestelmää se voi tarjota ja millainen rooli sen alihankkijalla sopimuskaudella tulisi olemaan
- Valittajalta ei ollut voinut edellyttää, että se olisi sopinut alihankkijansa kanssa osallistumishakemusvaiheessa aiesopimusta huomattavasti yksityiskohtaisemmin hankinnan toteuttamiseen ja sopimuskauden aikaiseen toimintaan liittyvistä seikoista
- Hankintayksikkö oli toiminut hankintasäännösten vastaisesti sulkiessaan tarjoajan menettelystä

MAO:502/2023:

Aiesopimuskin voi olla riittävä osoittamaan, että voimavara-alihankkijan resurssit ovat tarjoajan käytettävissä.



Huomioita

- Erityisesti kansallisessa hankinnassa tarjouspyynnön merkitys voimavara-alihankkijoiden ilmoittamisessa korostuu
 - Muiden yksiköiden voimavarojen käyttöä ei voine kuitenkaan kokonaan kieltää kansallisessa hankinnassa.
- Kaikki käsitellyt tapaukset koskivat pätevyyteen ja kokemukseen liittyviä soveltuvuusvaatimuksia ja voimavarayksikön referensseihin vetoamista niiden täyttämiseksi
 - Taloudellisiin voimavaroihin vetoaminen?
- Kaikissa myös arvioitiin sitä, ovatko voimavarat tosiasiaassa tarjoajien käytettävissä
 - Entä jos jokin referenssi ei täyttäisi vaatimuksia? Voimavara-alihankkijan korvaaminen?