

**ASIA**

Etusijajärjestyksen noudattamatta jättäminen puitejärjestelyssä

KANTELU

Kantelija arvostelee oikeuskanslerille 16.7.2015 osoittamassaan kirjoituksessa kaupungin rakentamispalvelun rakennustekniikan menettelyä työmaan johtopalveluiden puitesopimuksien tilauksissa alkaen 1.4.2013. Kantelun mukaan kantelijan yritykseltä, joka on tarjouskilpailussa sijoittunut tarjousten vertailuhinnan perusteella asetetussa edullisuusjärjestyksessä sijalle kaksi, ei ole päättyneillä sopimuskausilla ja kuluneella optiokaudella tilattu yhtään työmaan johtopalvelua. Kantelija katsoo, että yhtiötä on kohdeltu syrjivästi, ettei kaupungin rakentamispalvelu ole toiminut tilauksia tehdessään tasapuolisesti eikä se ole noudattanut tarjouskilpailun tuloksen mukaista etusijajärjestystä. Kantelija on valittanut kaupungin rakentamispalvelun menettelystä 16.4.2015 teknisen palvelun lautakunnalle osoitetulla kirjeellä, johon hän on saanut rakennustekniikan yksikönjohtajan 14.7.2015 päivätyn vastauksen. Vastauksessa yksikönjohtaja esittää kantelijan mukaan menettelylle ”omia” perusteitaan, joita ei ole esitetty sopimuskauden aikana.

SELVITYS

Kaupungin teknisen palvelun lautakunta on antanut kantelun johdosta 10.12.2015 § 193 käsitellyn selvityksen.

VASTINE

Kantelija on antanut 1.3.2016 päivätyn vastineen.

RATKAISU

Puitejärjestelystä ja etusijajärjestyksen noudattamisesta

Kaupungin rakentamispalvelu on asiassa saadun selvityksen mukaan tehnyt työmaan johtopalveluiden puitesopimukset ajalla 1.4.2013 – 31.3.2014 ja 1.4.2014 – 31.3.2015 sekä ottanut käyttöön yhden vuoden optiokauden ajalla 1.4.2015 – 31.3.2016 tarjouskilpailussa parhaiten sijoittuneen viiden yrityksen kanssa. Kantelijan yritys sijoittui molemmissa tarjouskilpailuissa sijalle 2.

Käytettävissäni ei ole ollut kantelussa tarkoitettuja puitesopimuksia kokonaisuudessaan, vaan ainoastaan otteita. Kun kantelija sen paremmin kuin kaupunkikaan eivät ole muuta esittäneet, oletan sopimusten olevan merkityksellisiltä osin sisällöllisesti toisiaan vastaavat ja perustan arvioni tälle oletukselle.

Puitesopimuksen kohdan 4 ”Tilausten määräytyminen sopimuskauden aikana” mukaan ”*sopimuskauden aikana työtilaukset tehdään pääsääntöisesti kilpailutuksessa määräytyvän etusijajärjestyksen mukaisesti nimikekohtaisesti yksikköhinnoiltaan parhaan tarjouksen antaneelta. Mikäli parhaan tarjouksen tehneen yrityksen kapasiteetti tai urakoitsijan suorituskyky ei riitä, käytetään seuraavaksi edullisinta jne.*”

Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007, hankintalaki) 31 §:ssä säädetään, että puitejärjestelyn ehtoihin ei saa tehdä huomattavia muutoksia sen voimassaoloaikana. Puitejärjestelyä ei saa käyttää kilpailua vääristävällä, rajoittavalla tai estävällä tavalla.

Hankintalain 32 §:n mukaan jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn usean toimittajan kanssa, puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat on tehtävä joko puitejärjestelyssä vahvistettujen ehtojen mukaisesti ilman kilpailuttamista tai, jos kaikkia ehtoja ei ole järjestelyssä vahvistettu, kilpailuttamalla puitejärjestelyyn otetut toimittajat puitejärjestelyn ja tarvittaessa tarjouspyynnön ehtojen mukaisesti. Tarpeen vaatiessa puitejärjestelyn ehtoja voidaan täsmentää tai selkeyttää.

Markkinaoikeus on päätöksessään 21.6.2012 (MAO:228/12) todennut muun ohessa, että puitesopimus on luonteeltaan lopullinen hankintasopimus, jossa ei ole jätetty avoimeksi muuta kuin palvelun tilaamiseen ja toimittamiseen liittyvät käytännön seikat. Kaikki tarjouksen valintaan liittyvät perusteet, kuten hinnan määräytyminen ja laatu, on ratkaistu sitovasti jo kilpailutusvaiheessa. Kun hankintayksikkö tekee tilauksia puitesopimuksessa mukana olevilta palveluntuottajilta, sen on noudatettava tarjouskilpailun tuloksena asettamaansa paremmuusjärjestystä tai muuta mallia, jonka perusteella tilaukset tehdään. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, ettei hankintayksikkö voi puitejärjestelyssä vapaasti valita kulloinkin haluamaansa toimittajaa sopimuksessa mukana olevista, vaan sen on noudatettava asettamaansa paremmuusjärjestystä tai muuta tarjouskilpailun tuloksena syntyntä mallia, jonka perusteella tilaukset tehdään. Mikäli järjestelyssä on mukana useita toimittajia, on tarpeen määritellä esimerkiksi jokin etusijajärjestys, jonka mukaan tuote tilataan kultakin toimittajalta. Hinnan ja määrän lisäksi tilausjärjestykseen voivat vaikuttaa muutkin seikat, esimerkiksi asiakkaan yksilölliset tarpeet (Pekkala – Pohjonen: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot, 2010, s. 229 ja 235; saman teoksen uudemmassa painoksessa 2014 s. 270 ja 276).

Arviointi

Kantelussa esitetään, että kaupungin rakentamispalvelu on tilannut useita kertoja työmaan johtopalveluita yritykseltä, joka sijoittui tarjouskilpailussa sijalle 5 eli huonommin kuin kantelijajayritys (sijoitus 2). Kantelijayrityksen toimihenkilöt ovat korkeammin koulutettuja, ja kantelija katsoo saaneensa reklamaationsa johdosta kaupungin rakentamispalvelulta keksittyjä perusteita, joita ei ole esitetty sopimuskauden aikana.

Kaupungin teknisen palvelun lautakunnan selvityksessä katsotaan, ettei kaupungin rakentamispalvelu ole syrjinyt kantelijaa, koska työmaan johtopalveluiden tuottajaksi valitaan toimijoista hankekohtaisesti se, jolla on parhaat edellytykset hankkeen toteuttamiseen ja on hinnaltaan halvin. Työmaan johtopalvelun tuottajat on selvityksen mukaan valittu objektiivisesti puiteso-

pimussyritysten ilmoittamien referenssien mukaan vertaamalla kunkin puitesopimussyrityksen suorituskykyä kunkin hankkeen suuruuteen ja vaativuuteen. Selvityksessä todetaan, että lähtökohtaisesti kaupungin rakentamispalvelu käyttää työmaan johtopalveluiden tilaamisessa hankintasopimuksessa olevaa määrätymisperustetta ”puitesopimussyrityksen kapasiteetti”. Näin ollen suurissa ja vaativissa hankkeissa painotetaan puitesopimussyrityksen valinnassa sen suorituskykyä, millä käytännössä tarkoitetaan työmaan johtopalveluja tarjoavan puitesopimussyrityksen palveluksessa olevan toimihenkilön työkokemusta ja ammattitaitoa rakennushankkeen kustannustasoon ja vaativuuteen nähden. Selvityksen mukaan erityisesti kustannuksiltaan laajojen rakennushankkeiden menestymisen kannalta pidetään työnjohtotehtäviin nimetyille toimihenkilölle soveltuvana koulutuksena rakennusmestarin tutkintoa yhdistettynä monitasoiseen ammattikokemukseen. Lisäksi selvityksessä viitataan joidenkin kohteiden edellyttävän erityisen hyviä sosiaalisia taitoja ja kykyä toimia yhteistyössä kaupungin rakentamispalvelun omien työntekijöiden kanssa.

Vastineessaan kantelija korostaa, että kaupungin rakentamispalvelu on tehnyt useita työtilauksia mielivaltaisesti suoraan tarjouskilpailussa sijoille 4 ja 5 sijoittuneilta yrityksiltä ilman, että se olisi kartoittanut muiden puitesopimuskumppaneiden suorituskykyä, referenssiä, sosiaalisia taitoja tai suomenkielen taitoa.

Edellä mainitun hankintalain 32 §:n mukaan puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat voidaan tehdä ilman kilpailuttamista, jos kaikki järjestelyn ehdot on vahvistettu etukäteen. Jos kaikkia ehtoja ei ole järjestelyssä vahvistettu ja puitejärjestelyn ehdot ja valittujen toimittajien etusijajärjestys ovat jääneet avoimiksi, on tehtävä ns. kevennetty tai minikilpailutus puitejärjestelyyn otettujen toimittajien kesken puitejärjestelyn ja tarvittaessa tarjouspyynnön ehtojen mukaisesti.

Lähtökohtaisesti voidaan pitää selvänä, että hankintayksikön tulee noudattaa puitesopimuksessa määriteltyä etusijajärjestystä. Tavanomaisen käytännön mukaan mikäli parhaaksi valittu tarjoaja ei pysty toimittamaan haluttua tavaraa tai palvelua, kysytään listalla seuraavana olevalta jne. Ennalta määriteltynä perusteena voivat olla myös esimerkiksi palvelua käyttävän asiakkaan yksilölliset tarpeet. Oleellista käsitykseni mukaan on kuitenkin, että nämä perusteet on määritelty nimenomaan etukäteen riittävän täsmällisesti. Edellä mainitussa teoksessa (Pekkala – Pohjonen 2014) todetaan myös, että mikäli järjestelyssä ei ole sovittu kaikista yksittäiseen hankintaan vaikuttavista seikoista eikä näin ollen ole selvää, missä järjestyksessä tai millä tavalla lopullinen tilaus tehdään, on puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat kilpailutettava järjestelyssä mukana olevien kesken. Jos puitejärjestely voidaan jo alun perin tehdä niin tarkaksi, ettei tarvetta toisen vaiheen minikilpailutukseen ole, säästyy luonnollisesti sekä ostajan että myyjän hallintotyötä (s. 276 – 277).

Nyt kyseessä olevat puitesopimukset ovat sanamuodoltaan varsin väljiä, kun niissä ei ole täsmällisempiä määritelmiä yrityksen kapasiteetin tai urakoitsijan suorituskyvyn riittävydestä ja siitä, minkälaisessa menettelyssä nämä seikat kulloinkin selvitetään. Vaikka etusijajärjestys sinänsä olisi määritelty selkeästi, epätasälliset ilmaiset sopimuksissa ja laaja tapauskohtainen harkintavalta tilausten suhteen voivat olla omiaan herättämään epäilyksiä viranomaisen toiminnan epätasapuolisuudesta ja joitakin puitesopimussyrityksiä suosivasta tai syrjivästä kohtelusta. Hankintayksikön tulee toiminnassaan noudattaa hankintalain keskeisiä periaatteita (tasapuolisuus, suhteellisuus, tehokkuus, avoimuus ja kilpailu) sekä yleisiä hallinto-oikeudellisia periaatteita, joihin kuuluvat niin ikään mm. tasapuolisen kohtelun, puolueettomuuden, suhteellisuuden ja myös luottamuksen suojan periaatteet. Mainitut periaatteet määrittävät hankintayksikön harkintavallan rajoja. Menettelyn avoimuus, tasapuolisuus ja ennakoitavuus paitsi luovat edellytyksiä tehokkaalle, lain- ja oikeudenmukaiselle hankinnalle, myös edistävät viranomaisen toiminnan yleistä luotettavuutta ja voivat hälventää epäilyksiä mielivaltaisesta päätöksenteosta.

Kantelijan suorituskyvystä kaupungin selvityksessä esitetään, että ”kantelijan ammatillinen luotettavuus on ilmeisen heikentynyt sen aikaisemmasta toiminnasta saatujen kielteisten kokemusten perusteella”. Tässä kohtaa viitataan elokuussa 2012 tehtyihin asbestipurkutöihin, joita tehtiin kaupungin rakentamispalvelun rakennustyömaalla kantelijayhtiön vastaavan työnjohtajan johdolla. Kantelija esittää vastineessaan oman näkemyksensä asiasta, kiistää väitetyn työturvallisuuden laiminlyönnin ja katsoo kertomuksen olevan vääristelty ja perätön.

Totean, että kanteluasiassa on kysymys 1.4.2013 ja 1.4.2014 alkaneiden sopimuskausien sekä 1.4.2015 alkaneen optiokauden aikaisista hankinnoista. Kaupungin perustelu sivuuttaa kantelijayritys ”ammatillisen luotettavuuden ilmeisen heikkenemisen” vuoksi vuoden 2012 kiistanalaisten tapahtumien johdosta voi perustellusti herättää kysymyksiä siitä, onko hankintayksikkö noudattanut toiminnassaan suhteellisuuden periaatetta, ja olisiko kysymys mahdollisesti seikoista, jotka olisi tullut huomioida jo puitejärjestelyn kilpailutusvaiheessa.

Johtopäätökset ja toimenpiteet

Selvityksen mukaan kaupungin rakentamispalvelun yksikönjohtaja on kantelijan tekemän rek-lamaation johdosta esittänyt kantelijalle, että puitesopimustilauksissa toimitaan etusijajärjestyksen mukaisesti, kun kaupungin rakentamispalvelu tilaa puitesopimusyrityksiltä työmaan johtopalveluja kuluvalle optiokaudella (kuluneella optiokaudella 1.4.2015 – 31.3.2016). Kantelussa tarkoitetut sopimuskaudet ja myös optiokausi ovat siten jo päättyneet.

Saatan edellä esittämäni näkökohdat etusijajärjestyksen noudattamisesta kaupungin teknisen palvelun lautakunnan tietoon. Muihin laillisuusvalvonnallisiin toimenpiteisiin kantelukirjoitus ei ole antanut aihetta.

Apulaisoikeuskanslerin sijainen

Kimmo Hakonen

Vanhempi oikeuskanslerinsihteeri

Anu Rätty

OIKEUSKANSLERINVIRASTO
