

KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN VÄLIPÄÄTÖS

Antopäivä 1 (14)
 15.4.2019
 Taltionumero
 1515
 Diaarinumero
 981/3/17
 Vuosikirja

| | |
|---------------------------------|--|
| Kirjattu unionin tuomioistuimen | |
| rekisteriin numerolla | 1113358 |
| Luxemburgissa, | 24. 04. 2019 Kirjaaja, määrättyä |
| Faksi/sähköposti: | - |
| vastaanotettu: | 19.4.19 Cecilia Strömholm hallintovirkamies |

Asia Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 267 artiklan mukainen ennakkoratkaisupyyntö unionin tuomioistuimelle

Valittaja Nobina Finland Oy

Muut asianosaiset/osapuolet

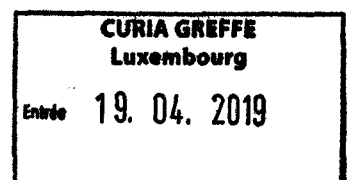
Helsingin seudun liikenne -kuntayhtymä
 Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Päätös, jota valitus koskee

Markkinaoikeus 27.1.2017 nro 34/17

Oikeudenkäynnin kohde ja kysymyksenasettelu

1. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa vireillä olevassa asiassa Helsingin seudun liikenne -kuntayhtymä (HSL) on ilmoittanut Euroopan unionin virallisessa lehdessä 25.8.2015 julkaistulla erityisalojen hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta bussiliikenteen tarjouskilpailusta.
2. HSL on vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY (vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi) soveltamisalaan kuuluva hankintayksikkö.



3. Kysymyksessä oleva bussiliikennettä koskeva hankinta kuuluu vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin liitteen XVII A ryhmään 2 ”Maakuljetuspalvelut, myös panssariautopalvelut ja kuriiripalvelut, paitsi postinkuljetus”. Hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo on noin 60 miljoonaa euroa, ja se ylittää vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin 16 artiklan mukaisen kynnyksisarvon.
4. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa vireillä olevassa asiassa on kysymys siitä, onko hankintayksikkö voinut tarjouspyyntöön ottamansa ehdon mukaisesti rajoittaa niiden hankinnan osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa (*rajoitusehto*).
5. Rajoitusehdon käyttö kyseessä olevassa tarjouskilpailussa on johtanut siihen, että tarjouskilpailun kohteen 210, jota korkeimmassa hallinto-oikeudessa vireillä oleva Nobina Finland Oy:n (*Nobina*) valitus koskee, on voittanut kyseisestä kohteesta toiseksi parhaan tarjouksen tehnyt Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (*Pohjolan Kaupunkiliikenne*) eikä parhaan tarjouksen tehnyt Nobina.

Merkitykselliset tosiseikat

6. Tarjouspyynnön perusteella kysymys on palveluja koskevasta hankintasopimuksesta. Kilpailuttamistapana on suoritekustannuskilpailu, jossa liikennöitsijä jättää tarjouksen kilpailukohteen mukaisten linjojen liikennöimisestä tilaajan antaman aikataulun ja aikataulukaaavion mukaisesti.
7. Tarjouspyyntöön on sisältynyt 12 kilpailukohdetta, joista kolmessa on ollut vaihtoehtoiset kilpailukohteet. Kohteet ovat muodostuneet yhdestä tai useammasta bussilinjasta pääkaupunkiseudulla. Tarjouspyynnön mukaan kilpailutetun liikenteen laajuus on noin 13,6–14,7 miljoonaa linjakilometriä vuodessa ja liikenteeseen tarvittava bussimäärä arkipäivisin 198–206. Kilpailutetun liikenteen osuus on noin 15 prosenttia HSL:n tilaaman bussiliikenteen linjakilometreistä ja noin 16 prosenttia automäärästä. Tarjouspyynnössä ilmoitettujen yksittäisten kohteiden autopäivien lukumäärä eli liikenteeseen tarvittava automäärä arkipäivisin on ollut 5–39 autoa.
8. Tarjouspyynnön mukaan kohteista tehtävien hankintasopimusten sopimuskausi on seitsemän vuotta. Lisäksi hankintasopimukseen sisältyy optioehto, jonka mukaan sopimuksia voidaan jatkaa enintään kolmella vuodella.

9. Tarjouspyynnön mukaan hankinnan kohde 210, joka on rajoitusehdon soveltumisen vuoksi siirtynyt Nobinalta Pohjolan Kaupunkiliikenteelle, sisältää kolme linjaa ja liikenteeseen tarvitaan arkipäivisin 26 autoa, joilla ajetaan noin 1,87 miljoonaa kilometriä vuodessa.
10. Tarjouspyynnössä on ilmoitettu, että tarjoukset voi jättää yhdestä tai useammasta kohteesta. Tarjous tulee laatia aina kustakin kokonaisesta kohteesta eikä kohteiden jakaminen osiin ole sallittua. Hankintasopimuksen tekoperusteeksi on ilmoitettu kokonaistaloudellinen edullisuus, jota arvioitaessa otetaan huomioon liikenteen hoidon kokonais-hinta ja laatutekijöinä linja-autokaluston ominaisuudet.
11. Kyseessä olevalla tarjouskilpailukierroksella käyttöön otettu rajoitus-ehdo on sisältänyt rajoituksen liikenteen enimmäismäärälle, jonka yksi tarjoava yritys tai samaan konserniin tai tarjousyhteenliittymään kuuluvat yritykset voivat voittaa tarjouskilpailukierrokselta. Rajoitusehdon sisältö on ollut seuraava:

”Yhden tarjoajan hyväksi voidaan tällä kilpailukierroksella ratkaista sopimuskohteita enintään 110 linja-auton liikenteen verran. Mikäli kaikkien kilpailukierroksen kohteiden tarjousvertailun perusteella yksi tarjoaja voittaisi sopimuskohteet, joiden kohdemäärityksessä ilmoitettu autopäivien lukumäärä yhteensä on suurempi kuin 110, näille kohteille lasketaan erotusluku. Erotusluku on tarjousten vertailupisteytyksessä parhaan ja toiseksi parhaan tarjouksen välisen pisteron ja kohteen automäärän tulo. Kohteet asetetaan järjestykseen erotusluvun perusteella. Kohteita, joiden erotusluku on pienin, ratkaistaan toiseksi parhaan tarjouksen hyväksi erotusluvun mukaisessa järjestyksessä siihen asti, kunnes yhden tarjoajan voittamien kohteiden yhteenlaskettu automäärä on enintään 110. Näin rajoitusta sovelletaan siten, että muutettujen ratkaisujen yhteisvaikutus tilaajalle on hankintojen kokonaistaloudellisen edullisuuden kannalta mahdollisimman pieni.”

12. HSL on perustellut rajoitusehtoa sillä, että kyseessä olevalla tarjouskilpailukierroksella hankittavan liikenteen kokonaismäärä on poikkeuksellisen suuri. Rajoituksen tavoitteena on turvata kilpailutilanteen säilymistä pääkaupunkiseudun bussiliikennemarkkinoilla sekä alentaa suuren liikennemäärän haltuunotosta ja muuttuneiden reittien liikenteen aloituksesta aiheutuvaa tuotannollista riskiä liikenteenhoidon laadulle. Hankintayksikkö on pitänyt rajoitusta vuoden 2014 hankintadirektiivin tavoitteiden ja menettelytapojen mukaisena.
13. Hankintapäätösasiakirjojen mukaan Nobina on tehnyt parhaan tarjouksen kuudesta kohteesta. Kyseisten kohteiden automäärä on ollut 120, mikä ylittää rajoitusehdon mukaisen 110 linja-auton liikenteen

määrän. Pohjolan Kaupunkiliikenteen voittamien kahden kohteen linja-automäärä on ollut 72. Kilpailutuksessa noudatetun 110 linja-auton liikenteen määrää koskevan rajoitusehdon mukaisesti kohde 210 on pienimmän erotusluvun perusteella siirretty siitä parhaan tarjouksen tehneeltä Nobinalta toiseksi parhaan tarjouksen tehneelle Pohjolan Kaupunkiliikenteelle. Rajoitusehdon soveltamisen jälkeen Nobinan linja-automäärä on 94 ja Pohjolan Kaupunkiliikenteen 98.

Kansallinen lainsäädäntö

Erityisalojen hankintalaki

14. Vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi on pantu Suomessa täytäntöön vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetulla lailla 349/2007 (*erityisalojen hankintalaki*).¹
15. Erityisalojen hankintalain 2 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Pykälän 2 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen.
16. Erityisalojen hankintalain 54 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin.

Unionin oikeuden merkitykselliset säännökset

Vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi

17. Vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin 10 artiklan mukaan hankintayksiköiden on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.

¹ <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/kumotut/2007/20070349>. Erityisalojen hankintalaki 349/2007 on kumottu lailla vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1398/2016, joka on tullut voimaan 1.1.2017.

18. Direktiivin 55 artiklan 1 kohdan mukaan rajoittamatta tietyistä palveluista suoritettavia korvauksia koskevien kansallisten lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten soveltamista hankintayksiköiden on käytettävä seuraavia hankintasopimuksen tekoperusteita:

a) jos hankintasopimus tehdään hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, kyseisen hankintasopimuksen kohteeseen liittyviä eri perusteita: esimerkiksi toimitus- tai toteutusaikaa, käyttökustannuksia, taloudellisuutta, laatua, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristönäkökohtia, teknisiä ansioita, huoltoa ja teknistä tukea, sitoutumista varaosien toimitamiseen, toimitusvarmuutta ja hintaa; tai b) yksinomaan alinta hintaa.

19. Direktiivin 17 artiklan 6 kohdan a alakohdan mukaan, jos suunniteltu rakennusurakka tai palveluhankinta voi johtaa siihen, että hankintasopimuksia tehdään samanaikaisesti erillisinä osina, on otettava huomioon kaikkien näiden osien ennakoitu yhteisarvo.

20. Hankintailmoitukseen sisällytettäviä tietoja koskevan direktiivin liitteen XIII tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskevan 5 kohdan b alakohta kuuluu seuraavasti: ”Tieto siitä, voivatko toimittajat tehdä tarjouksia osasta tavarahankintaa ja/tai koko tavarahankinnasta. Jos rakennusurakkaa koskevan hankintasopimuksen kohteena oleva urakka tai hankinta on jaettu osiin, eri osien suuruusluokka ja tieto, onko mahdollisuus tehdä tarjous yhdestä vai useammasta osasta vai niistä kaikista”.

21. Vastaavasti julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (vuoden 2004 hankintadirektiivi) hankintailmoitukseen sisällytettäviä tietoja koskevan liitteen VII A 7 kohta kuuluu: ”Jos hankintasopimus on jaettu osiin, maininta siitä, voivatko taloudelliset toimijat antaa tarjouksen yhdestä, useammasta tai kaikista osista.”

Vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivi

22. Vesi- ja energihuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/25/EU (vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivi) asetettu määräaika direktiivin saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä päättyi 18.4.2016. Direktiiviä ei ollut Suomessa vielä pantu täytäntöön siinä vaiheessa, kun HSL aloitti hankintamenettelyn 25.8.2015. Hankintapäätös asiassa tehtiin 8.12.2015.

23. Vaikka vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivi ei tule sovellettavaksi *ratione temporis* nyt kysymyksessä olevaan hankintaan, korkein hallinto-oikeus pitää hyödyllisenä viitata kyseisen direktiivin säännöksiin.
24. Vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivin hankintasopimusten jakamista osiin koskevan 65 artiklan 1 kohdan mukaan hankintayksiköt voivat päättää tehdä hankintasopimuksen erillisinä osina ja määrillä kyseisten osien koon ja kohteen. Hankintayksiköiden on ilmoitettava hankintailmoituksessa, kiinnostuksen vahvistamispyynnössä tai, jos tarjouskilpailuun kutsutaan ilmoituksella kelpuuttamisjärjestelmästä, tarjouspyynnössä tai neuvottelukutsussa, voiko tarjouksia jättää yhdestä, useammasta vai kaikista osista.
25. Edellä mainitun artiklan 2 kohdan mukaan hankintayksiköt voivat silloinkin, kun tarjouksia voi jättää useammasta tai kaikista osista, rajoittaa niiden osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa, edellyttäen että osien enimmäismäärä rajoittaa kohden ilmoitetaan hankintailmoituksessa, kiinnostuksen vahvistamispyynnössä, tarjouspyynnössä tai neuvottelukutsussa. Hankintayksiköiden on ilmoitettava hankinta-asiakirjoissa puolueettomat ja syrjimättömät perusteet tai säännöt, joita ne aikovat soveltaa sen määrittämisessä, mistä osista hankintasopimus tehdään, jos hankintasopimuksen tekoperusteiden soveltaminen johtaisi siihen, että yhden tarjoajan kanssa tehdään hankintasopimus enimmäismäärää useammista osista.
26. Vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivin johdanto-osan 88 perustelukappaleessa todetaan muun ohella, että jos hankintasopimukset jaetaan osiin, hankintayksiköiden olisi esimerkiksi kilpailun säilyttämiseksi tai toimitusten luotettavuuden turvaamiseksi voitava rajoittaa niiden osien määrää, joista talouden toimija voi tehdä tarjouksen, ja myös niiden osien määrää, jotka voidaan myöntää yhdelle tarjoajalle.

Tiivistelmä asian aiemmasta käsittelystä ja asianosaisten keskeisistä perusteluista

Markkinaoikeus

27. Asiaa ensimmäisenä oikeusasteena käsitellyt *markkinaoikeus* on katsonut, ettei kysymyksessä olevaa rajoitusehtoa ole pidettävä syrjivänä, epätasapuolisena tai muutoinkaan hankintasäännösten vastaisena. Markkinaoikeus on hylännyt Nobinan valituksen rajoitusehtoa koskevan valitusperusteen osalta.

28. Markkinaoikeus on katsonut, ettei HSL:n asettamalleen rajoitusehdolle ilmoittamien tavoitteiden voida katsoa olevan hankintasäännösten vastaisia. Vastaavien tavoitteiden perusteella tarjoajan osallistumista on voitu rajoittaa hankinnan osien suhteen vuoden 2014 hankintadirektiivejä koskevasta valmisteluaineistosta ilmenevällä tavalla.
29. Markkinaoikeus on edellä mainitulla valmisteluaineistolla viitannut Euroopan unionin neuvoston 21.2.2012 päivättyyn esitykseen hankintadirektiiviksi 18966/11 MAP 10 MI 686 koskien ryhmää 5 pienten ja keskisuurten yritysten osallistumisesta julkisiin hankintoihin. Markkinaoikeuden mukaan esityksestä käy ilmi, että hankintayksiköt ovat voineet rajoittaa tarjoajan osallistumista hankinnan osiin jo ennen vuoden 2014 hankintadirektiivin voimaantuloa. Markkinaoikeus on lausunut, että esityksen mukaan hankintayksiköillä on voinut olla perusteltu syy välttää yhden tarjoajan valintaa hankinnan kaikkiin osiin. Perusteltu syy on voinut liittyä laajemman toimittajapohjan varmistamiseen yhden toimittajan määräävän aseman välttämiseksi, määräävässä asemassa olevan toimijan aseman vahvistumisen ehkäisemiseksi tai toimitusvarmuutta koskeviin seikkoihin.
30. Markkinaoikeus on lausunut päätöksessään, että rajoitusehto on ilmoitettu tarjouspyynnössä ja se on kohdistunut kaikkiin tarjoajiin. Rajoitusehdon ei voida katsoa eroavan kokonaistaloudellisen edullisuuden vaatimuksen osalta siitä sallittuna pidetystä tilanteesta, jossa hankinta on jaettu osiin ja yhden tarjoajan osallistumista hankintaan on osien osalta rajoitettu.

Käsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa

31. Korkeimmalta hallinto-oikeudelta muutosta hakenut *Nobina* on valituksessaan katsonut, että rajoitusehdon soveltaminen ei ole johtanut kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan.
32. *Nobina* on lausunut, että vuoden 2004 hankintadirektiivien perusteella sallittua on vain hankinnan etukäteinen osiin jakaminen. HSL ei ole etukäteen rajoittanut niiden osien määrää, joihin tarjoaja on voinut jättää tarjouksen, vaan rajoitus on perustunut jälkikäteiseen leikkuriin. Etukäteinen rajoittaminen ja jälkikäteinen rajoitusehto eivät ole keskenään verrattavissa olevia menettelyjä kokonaistaloudellisen edullisuuden näkökulmasta.
33. *Nobinan* mukaan rajoitusehto on joka tapauksessa ristiriidassa unionin oikeuteen perustuvien hankintaoikeudellisten periaatteiden kanssa. Ehto on suhteellisuuden, avoimuuden, tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden vastainen ja omiaan vääristämään kilpailua.

34. Nobina on katsonut, että voitettujen kohteiden jälkikäteinen rajoittaminen johtaa tehottomasti optimoituihin tarjouksiin ja julkisten varojen käyttämiseen toiseksi parhaaseen tarjoukseen. Ehto ei ole välttämättömän kilpailutilanteen säilyttämiseksi eikä tuotannollisten riskien alentamiseksi. Ehto ei edistä pidemmän aikavälin kilpailutilannetta, vaan voi hillitä kilpailua ja nostaa hintatasoa.
35. Nobinan mukaan hankintayksikkö puuttuu rajoitusehdolla markkinoiden kilpailuolosuhteisiin. Ehto voi tulla sovellettavaksi ennalta-arvaamattomasti ja sattumanvaraisesti ja vaikuttaa siten suhteettomasti tarjoajan lopulliseen sijoittumiseen tarjouskilpailussa. Muille toimijoille kuin Nobinalle markkinaosuuden kasvattaminen pääkaupunkiseudun liikenteessä on ollut rajoitusehdosta huolimatta mahdollista.
36. *HSL* on lausunut, että hankinnan osiin on tullut valituiksi kokonaistaloudellisesti edullisimmat tarjoukset rajoitusehto huomioon ottaen, eikä hankintayksikkö ole menetellyt hankintasäännösten vastaisesti.
37. *HSL* on todennut, että vuoden 2014 direktiiveihin on sisällytetty rajoitusehdon käytön sallivat säännökset. Ne liittyvät aiemman hankintalainsäädännön mukaiseen periaatteeseen kilpailun ylläpitämisestä. Vaikka aiemmasta lainsäädännöstä ovat puuttuneet hankintojen osittamista koskevat säännökset, aiempienkin säännösten aikana hankintojen jakaminen on ollut hankintayksikön harkintavallassa.
38. Vuoden 2004 hankintadirektiivin liitteen VII A, markkinaoikeuden päätöksessä mainitun valmisteluaineiston ja komission yksiköiden valmisteluasiakirjan 25.6.2008 SEC(2008) 2193 perusteella voidaan päätellä, että kyseessä olevan rajoitusehdon käyttäminen on ollut mahdollista vuoden 2004 direktiivienkin perusteella.
39. *HSL*:n käyttämän rajoitusehdon mukaan tarjoaja on voinut tarjota kaikkia hankinnan osia ja tulla valituksi useaan hankinnan osaan. Rajoitusehto on tarjoajan kannalta lievempi vaihtoehto verrattuna siihen, että tarjottavien hankinnan osien määrää olisi rajoitettu.
40. Vaikka vuoden 2014 hankintadirektiivejä ei ollut saatettu kansallisesti voimaan hankintamenettelyä aloitettaessa, *HSL*:llä on ollut oikeus soveltaa lievempää rajoitusehtoa, koska sen käyttäminen ei ole ollut ristiriidassa kansallisen lainsäädännön kanssa.
41. *HSL* on lausunut, että rajoitusehdolla saavutettavina hyväksyttävänä tavoitteina voidaan pitää kilpailumahdollisuuksien hyödyntämistä myös tulevilla kilpailutuksissa ja sitä, että hankintayksikkö ei ole

liian riippuvainen yhden toimittajan toimitusvarmuudesta. Rajoitusehtoa ei ole sovellettu hankintaperiaatteiden vastaisesti.

42. *Pohjolan Kaupunkiliikenne* on esittänyt, ettei rajoitusehto ole ollut hankintasäännösten vastainen.

Ennakkoratkaisupyynnön tarve

43. Korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan kysymyksessä oleva hankinta kuuluu vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin soveltamisalaan. Hankintaan sovelletaan siten erityisalojen hankintalakia 349/2007, eikä julkisista hankinnoista annettua lakia 348/2007, kuten markkinaoikeus on katsonut.
44. Kysymys rajoitusehdon sallittavuudesta ratkaistaan siten vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin säännösten nojalla. Asiaa oikeudellisesti arvioitaessa ei ole kuitenkaan merkitystä sillä, sovelletaanko vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiiviä vai vuoden 2004 hankintadirektiiviä, koska tarkasteltavan kysymyksen kannalta sääntely on mainituissa direktiiveissä samankaltainen.
45. Korkein hallinto-oikeus pitää ennakkoratkaisupyynnön esittämistä asian ratkaisemisen kannalta välttämättömänä. Korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan on tulkinnanvaraista, onko vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi esteenä sille, että tilanteessa, jossa tarjouspyynnön mukaisesti tarjoaja voi jättää tarjouksen useista tai kaikista hankinnan osista, hankintayksikkö voi samoin tarjouspyynnön mukaisesti hankintapäätöksellään rajoittaa niiden osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa.
46. Tulkinnanvaraista on edelleen, mikä merkitys rajoitusehdon sallittavuuden arvioinnissa on sillä, että vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi ei sisällä nimenomaisia säännöksiä hankintasopimusten jakamisesta osiin, ja sillä, että kyseisen direktiivin mukaan sopimuksen tekoperusteen tulee olla kokonaistaloudellinen edullisuus tai halvin hinta.
47. Lisäksi tulkinnanvaraista on, voidaanko rajoitusehdon sallittavuutta arvioitaessa ottaa huomioon se konkreettinen lopputulos, johon ehdon soveltaminen tarjouskilpailussa johtaisi.
48. Korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei löydy tapauksia, joissa olisi ollut kysymys siitä, voidaanko vuoden 2004 direktiivejä sovellettaessa rajoittaa niiden osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa.

49. Myöskään vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivin 65 artiklan 2 kohdasta tai vastaavasta hankintadirektiivin kohdasta ei korkeimman hallinto-oikeuden käsityksen mukaan ole esitetty unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyyntöjä.
50. Vuoden 2004 direktiiveihin ei sisälly nimenomaisia säännöksiä siitä, voiko hankintayksikkö jakaa hankinnan osiin rajoittamalla sitä, kuinka moneen osaan tarjouksen voi jättää. Kun otetaan huomioon vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin 17 artiklan 6 kohdan a alakohta ja liitteen XIII 5 kohdan b alakohta sekä niitä vastaavat vuoden 2004 hankintadirektiivin kohdat, korkein hallinto-oikeus pitää selvänä, että tällainen hankinnan jakaminen on mahdollista.
51. Sen rajoittaminen, kuinka moneen hankinnan osaan tarjoaja voi tehdä tarjouksen, ja sen rajoittaminen, kuinka monesta osasta hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa, eivät ole täysin verrannollisia vaihtoehtoja. Ensiksi mainitussa vaihtoehdossa tarjoajan tulee jo tarjousta tehdessään valita, mihin hankinnan osaan tarjous jätetään, ja valituksi tulee kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin tarjous. Jälkimmäisessä vaihtoehdossa tarjoaja voi halutessaan tehdä tarjouksen kaikista hankinnan osista, mutta rajoitusehdon soveltamisen vuoksi yksittäisen hankinnan osan osalta valituksi saattaa tulla kokonaistaloudellisesti toiseksi edullisin tai toiseksi halvin tarjous.
52. Toisaalta vasta tarjousten jättämisen jälkeen sovellettava rajoitusehto saattaa olla tarjoajalle edullisempi menettelytapa kuin tarjoamisen etukäteinen rajoittaminen, koska tarjoaja pääsee halutessaan jättämään tarjouksen useisiin tai kaikkiin hankinnan osiin eikä rajoitusehto tule välttämättä edes sovellettavaksi.
53. Rajoitusehdosta on ilmoitettu hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä. Rajoitusehdon tarkoituksena on ilmoitettu kilpailutilanteen säilymisen turvaaminen pääkaupunkiseudun bussiliikennemarkkinoilla sekä suuren liikennemäärän haltuunotosta ja muuttuneiden reitien liikenteen aloituksesta liikenteenhoidon laadulle aiheutuvan tuotannollisen riskin alentaminen.
54. Tarjoajat tai hankintayksikkö eivät etukäteen tiedä, mihin tarjouskilpailun kohteeseen eli hankinnan osaan rajoitusehto mahdollisesti tulee sovellettavaksi. Käytännössä tilanne ei sinänsä eroa tarjouskilpailusta, johon ehtoa ei sisälly, koska tarjoaja ei silloinkaan tiedä etukäteen, menestyykö sen tarjous.

55. HSL:n tarjouspyynnön mukaan tarjoukset on tullut antaa tarjouskilpailun yksittäisistä kohteista. Rajoitusehdon soveltamisen aikaansaaavana rajana ei kuitenkaan ole käytetty tarjoajan voittamien kohteiden määrää, vaan tarjoajan voittamaa linja-autopäivien määrää. Korkein hallinto-oikeus olettaa, että enimmäismääräksi on ehdossa asetettu voitettu autopäivien määrä sen vuoksi, että tarjouskilpailun yksittäiset kohteet ovat liikennemääriltään erisuuruisia.
56. Rajoitusehdon soveltuessa tarjouskilpailun kohde tai kohteita siirtyy toiseksi parhaalle tarjoajalle kokonaisuudessaan eikä vain asetetun rajoituksen ylittävien autopäivien osalta. Toiseksi parhaan tarjouksen tehneelle tarjoajalle siirtyy se kohde tai kohteet, joissa parhaan ja toiseksi parhaan tarjouksen välinen piste-ero kohteen automäärällä kerrottuna on pienin. HSL:n mukaan ehto on laadittu niin, että sen soveltamisen vaikutus hankintojen kokonaistaloudelliseen edullisuuteen olisi mahdollisimman pieni.
57. Tarjouskilpailun lopputulos on esillä olevassa asiassa muodostunut rajoitusehdon soveltamisen vuoksi kuitenkin sellaiseksi, että Nobinan linja-autopäivien kokonaisautomäärä on vähentynyt 120 autosta 94 autoon ja siten pienemmäksi kuin Pohjolan Kaupunkiliikenteen linja-autopäivien kokonaismäärä, joka on lisääntynyt 72 autosta 98 autoon. Kohteen siirtyminen siitä parhaan tarjouksen tehneeltä tarjoajalta toiseksi parhaan tarjouksen tehneelle tarjoajalle on merkinnyt, että ensiksi mainittu on saanut tarjouskilpailun perusteella kokonaisuudessaan hoidettavakseen vähäisemmän linja-autopäivien määrän kuin viimeksi mainittu. Rajoitusehdon soveltamisesta huolimatta Nobina on voittanut kohteita enemmän kuin Pohjolan Kaupunkiliikenne.
58. Kyseessä olevan kaltaisen rajoitusehdon soveltaminen saattaisi johtaa tähän asiaan verrattuna vielä suurempiinkin muutoksiin tarjouskilpailun lopputuloksessa, ja ehdon vuoksi tarjoajan olisi joissakin tilanteissa kannattavampaa sijoittua tarjousvertailussa toiseksi. Jos tarjoajan voittamien autopäivien määrä olisi esimerkiksi 111 ja pienin erotusluku automäärällä mitattuna olisi suurimmassa eli 39 auton kohteessa, merkitsisi asetetun rajan ylittäminen yhdellä autopäivällä koko 39 auton kohteen menetystä. Kun toiseksi parhaalle tarjoajalle siirtyvän kohteen määräytymiseen vaikuttaa tarjousten välisen piste-eron lisäksi kohteen automäärä, todennäköisempää kuitenkin on, että voitaneelta tarjoajalta siirtyy pois muu kuin automäärältään suurin kohde.
59. Edellä todettu huomioon ottaen korkein hallinto-oikeus on pohtinut lisäksi, arvioidaanko rajoitusehdon sallittavuutta abstraktisti niin, että vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin perusteella ehdon käyttäminen hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä joko on tai ei ole

sallittua, vai voidaanko rajoitusehdon sallittavuuden arvioinnissa ottaa huomioon se, millaiseen lopputulokseen rajoitusehdon soveltaminen tarjouskilpailussa konkreettisesti johtaisi. Korkein hallinto-oikeus pitää lähtökohtaisesti oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden kannalta ongelmallisena sitä, että tarjouspyyntöön sisältyvän ja näin ollen tarjoajien tiedossa olevan rajoitusehdon oikeudellista hyväksyttävyyttä arvioitaisiin yksittäistapauksellisesti tarjouskilpailun lopputuloksen perusteella.

60. Mikäli rajoitusehdon käyttämisen katsottaisiin olevan ristiriidassa vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin 55 artiklan 1 kohdasta ilmenevän sopimuksen tekoperusteita koskevan sääntelyn kanssa, sisältyisi vastaava ristiriita myös vuoden 2014 direktiiviin, jossa on nimellisesti sallittu rajoittaa niiden osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa.
61. Rajoitusehdon käytölle hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä ilmoitetut perusteet vastaavat vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiivin johdanto-osan 88 perustelukappaleessa esiin tuotuja perusteita direktiiviin sisältyvälle sääntelylle, jonka mukaan hankintayksikkö voi rajoittaa yhdelle tarjoajalle myönnettävien hankinnan osien määrää. Rajoitusehdon soveltaminen turvaa kilpailun säilymistä. Toimivan kilpailun säilyminen markkinoilla tukee sitä, että hankintayksikön hankinnat pidemmällä aikavälillä kokonaisuutena arvioiden ovat kokonaistaloudellisesti edullisempia.

Ennakkoratkaisukysymykset

Korkein hallinto-oikeus on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle SEUT 267 artiklan nojalla seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

1. Onko vesi- ja energihuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY (vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi) esteenä tulkinnalle, jonka mukaan hankintayksikkö voi tilanteessa, jossa tarjouksen voi jättää useasta tai kaikista hankinnan osista, rajoittaa tarjouspyyntöön otetulla ehdolla niiden osien määrää, joista hankintasopimus voidaan tehdä yhden tarjoajan kanssa (rajoitusehto)?
2. Kysymyksessä olevassa bussiliikennettä koskevassa tarjouskilpailussa sovelletun rajoitusehdon mukaan tarjoajan voittamien kohteiden autopäivien lukumäärän ylittäessä ehdossa asetetun enimmäismäärän siirtyy se kohde, jossa parhaan ja toiseksi parhaan

tarjouksen piste-ero kerrottuna kohteen automäärällä on pienin, kohteesta toiseksi parhaan tarjouksen tehneelle tarjoajalle. Rajoitusehdon soveltaminen saattaa johtaa siihen, että kyseisestä kohteesta parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja saa tarjouskilpailun perusteella kokonaisuudessaan hoidettavakseen vähäisemmän auto-päivien määrän kuin kohteesta toiseksi parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja.

a) Voidaanko rajoitusehdon sallittavuutta arvioitaessa ottaa huomioon se, millaiseen konkreettiseen lopputulokseen rajoitusehdon soveltaminen tarjouskilpailussa saattaisi johtaa, vai arvioidaanko asiaa abstraktisti niin, että vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivin perusteella esillä olevassa asiassa tarkoitetun kaltaisen rajoitusehdon käyttäminen joko on tai ei ole sallittua?

b) Onko esillä olevassa asiassa tarkoitetun kaltaisen rajoitusehdon hyväksyttävyyttä arvioitaessa annettava merkitystä ehdon perusteeksi tarjouspyynnössä esitetyille seikoille, jotka liittyvät linja-autoliikenteen kilpailutilanteen säilymiseen pääkaupunkiseudulla sekä suuren liikennemäärän haltuunotosta ja muuttuneiden reitien liikenteen aloituksesta liikenteenhoidon laadulle aiheutuvan tuotannollisen riskin alentamiseen?

Saatuaan unionin tuomioistuimen ratkaisun korkein hallinto-oikeus antaa lopullisen päätöksen asiassa.

Korkein hallinto-oikeus:

Niilo Jääskinen
oikeusneuvos

Eija Siitari
oikeusneuvos

Alice Guimaraes-Purokoski
oikeusneuvos

Timo Rabinä
oikeusneuvos

Anne Nenonen
oikeusneuvos

Hannamaria Nurminen
Asian esittelijä, oikeussihteeri

Jakelu

Päätös

✓ Unionin tuomioistuin, maksutta
Nobina Finland Oy, maksutta

Jäljennös

Helsingin seudun liikenne -kuntayhtymä
Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab
Markkinaoikeus

Asiakirjan oikeaksi todistaa



Jaostosihteeri Leni Soikkonen