

VANTAAN KAUPUNGILLE

Asia Oikaisuvaatimus koskien Vantaan kaupungin ("Vantaan kaupunki") suorittamaa suurten päällystystöiden tekemistä koskevaa hankintaa, Vantaan kaupungin hankintapäätös 15.3.2016

Oikaisuvaatimuksen esittäjä

NCC Roads Oy ("NCC")
PL 13, 00281 Helsinki

Oikaisuvaatimuksen esittäjän asiamies ja prosessiosoite

Asianajaja Ilkka Aalto-Setälä ja OTM Hanne Savonlahti
Asianajotoimisto Borenius Oy
Eteläesplanadi 2, 00130 Helsinki
Puhelin 020 713 33
Faksi 020 713 3499
Sähköposti ilkka.aalto-setala@borenius.com
hanne.savonlahti@borenius.com

Hankintayksikkö

Vantaan kaupunki
Asematie 7
01300 Vantaa

Tarjouskilpailun voittanut tarjoaja

AC Päällysteet Oy ("AC Päällysteet")
Peltomäenkatu 11
04250 Kerava

1 HANKINTAOIKAISUVAATIMUS

1. NCC esittää kunnioittavasti, että Vantaan kaupunki:
 - kumoaa 15.3.2016 tekemänsä hankintapäätöksen koskien suurten päällystystöiden hankintaa;
2. Hankintalain (348/2007) 80 §:n mukaan hankintayksikkö voi itse poistaa virheellisen päätöksensä tai peruuttaa muun hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun, jolla on oikeudellisia vaikutuksia ehdokkaiden tai tarjoajien asemaan, ja ratkaista asian uudelleen (hankintaoikaisu), jos päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Hankintalain 81 §:n mukaan hankintayksikkö voi ottaa hankintaoikaisun käsiteltäväkseen omasta aloitteestaan tai asianosaisen vaatimuksesta.
3. Vantaan kaupunki on julkaissut tammikuussa 2016 hankintailmoituksen suurten päällystystöiden tekemisestä. Kansallisen kynnysarvon ylittävä hankinta on toteutettu avoimella menettelyllä. Vantaan kaupungin tekninen lautakunta on 15.3.2016 tehnyt hankintapäätöksen, jonka mukaan AC Päällysteiden tarjous on ollut vertailuhinnaltaan halvin tarjous. Asfaltticenter Oy ("Asfaltticenter") on sijoittunut toiseksi tarjousten vertailussa ja jäänyt vertailussa toiseksi ainoastaan 0,189 pisteen erolla. NCC on sijoittunut tarjousvertailussa kolmanneksi, jääden voittaneesta tarjoajasta 14,551 pistettä.
4. Vantaan kaupungin olisi tullut sulkea AC Päällysteiden sekä Asfaltticenterin tarjoukset tarjouspyynnön vastaisina tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tämän lisäksi Vantaan kaupungin tulisi tehdä Kilpailu- ja kuluttajavirastolle tutkintapyyntö ko. yhtiöiden mahdollisesta kilpailulain vastaisesta yhteistyöstä ja kilpailun rajoittamisesta. NCC vaatii kunnioittavasti, että Vantaan kaupunki käsittelee tämän oikaisuvaatimuksen asianmukaisesti ja korjaa virheellisen menettelynsä. NCC pyytää Vantaan kaupunkia ottamaan harkinnassaan huomioon seuraavat perustelut.

2 NCC:N OIKAISUVAATIMUKSEN PERUSTELUT

2.1 Tarjoajat eivät täyttäneet tarjouspyynnössä esitettyjä vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimuksia

5. Vantaan kaupungin 29.1.2016 päivätyssä tarjouspyynnössä Vantaan kaupunki on pyytänyt tarjoajia lataamaan tarjouksiinsa tarjouspyyntöön liitetyn taulukon osoittaakseen täyttävänsä tarjouspyynnön vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimukset. Yksi tarjouspyynnössä esitetty vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimus oli taulukon kohdan 2. Muut vaatimukset ja vakuutukset, jossa vaadittiin seuraavaa:

"Tarjoaja vakuuttaa, että tarjouksen hintatasoon on päädytty ilman kilpailua rajoittavaa tarkoitusta, tai ilman mitään kommunikointia, konsultointia tai sopimusta muiden tarjoajien kanssa, tarjoaja ei ole ilmaissut tarjoushintaansa muille mahdollisille tarjoajille tai kilpailijoille, eikä tarjoaja ole pyrkinyt estämään kilpailijoitaan antamasta tarjousta. Mikäli Vantaan kaupunki epäilee, että tarjousyhteistyöhön tai alihankintajärjestelyin voi liittyä kilpailunrajoituslain vastaista yhteistyötä ja kilpailunrajoittamista, kaupunki saattaa asian kilpailuviraston."

6. Tarjouspyynnön mukaan "Kyllä" vastaus tarkoittaa, että tarjoaja vakuuttaa, ettei ole harjoittanut ko. toimintaa. Vantaan kaupungin suorittaman tarjousvertailun vertailutaulukosta käy ilmi, että sekä AC Päälysteet että Asfaltticenter ovat merkinneet "Kyllä" vertailutaulukon kohtaan, jossa tarjoajat vakuuttavat, että ilmoitettuun hintatasoon on päädytty ilman kilpailua rajoittavaa tarkoitusta tai muuta tarjouspyynnössä eriteltyä yhteistyötä.
7. Kun kuitenkin tarkastellaan tarjoajien toimittamia tarjouksia, voidaan havaita, että ko. yritykset ovat ilmoittaneet tarjouksissaan suurimpaan osaan vertailtavista yksikköhinnoista tismalleen samat hinnat, jonka lisäksi heidän toimittamansa laatu- ja ympäristösuunnitelmat sekä kalustoluettelot ovat lähes identtisiä keskenään. Tarjouspyynnön mukaisesti vertailtavia yksikköhintoja oli yhteensä 52 kappaletta, joista ainoastaan viidessä oli ko. tarjoajilla pientä eroa, näin ollen loput 47 yksikköhintaa oli ilmoitettu täsmälleen samoiksi. Poikkeamana laatu- ja ympäristösuunnitelmassa on mm., että AC Päälysteiden ko. dokumentti on päivätty 2.2.2016, kun taas Asfaltticenterin vastaava on päivätty 3.2.2016.
8. Edellä esitetystä johtuen voidaan perustellusti väittää, että AC Päälysteet ja Asfaltticenter ovat kommunikoineet sekä vaihtaneet tietoja tavalla, joka ei täytä tarjouspyynnön vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimusten kohdan 2 mukaista vakuutusta.
9. OECD on antanut ohjeistuksen julkisiin hankintoihin liittyvien tarjouskartellien torjumisesta, jonka Kilpailu- ja kuluttajavirasto on suomentanut.¹ Ohjeissa ohjeistetaan hankintayksiköjä vertailemaan asiakirjoja, jolloin saatetaan löytää vihjeitä siitä, että tarjoukset on laatinut sama henkilö tai että asiakirjat on laadittu yhdessä. Huomiota tulisi kiinnittää mm. siihen, että kilpailijat jättävät samanlaiset tarjoukset tai ilmoitetut hinnat perustuvat samaan kaavaan. Lisäksi hinnoittelun osalta todetaan, että identtisestä hinnoittelusta tulee huolestua. Myös oikeuskirjallisuudessa on todettu, että kyseessä voidaan katsoa olevan tarjouskartelli, kun tarjouskartellissa mukana olevat suullisesti tai muutoin yhteisymmärryksessä sopivat muun muassa siitä, että tarjoushinta perustuu tarjoajien yhteistoimintaan tarjouskilpailussa.²
10. Yllä oleva OECD:n ohjeistus ja relevantti oikeuskirjallisuus huomioiden AC Päälysteiden ja Asfaltticenterin tarjoukset on laadittu selvästi yhdessä. Laatu- ja ympäristösuunnitelman on laatinut nähtävästi sama henkilö: Juha Tenhunen. Tenhunen toimii myös molemmissa yhtiöissä toimitusjohtajana sekä istuu molempien yhtiöiden hallituksessa varsinaisena jäsenenä. Tämän lisäksi Tommi Laaksonen -niminen henkilö toimii molempien yhtiöiden hallituksen puheenjohtajana. Tarjousasiakirjoista käy kiistattomasti ilmi, että Juha Tenhunen on osallistunut molempien tarjousten laadintaan. Näin ollen tarjousasiakirjojen samankaltaisuuden vuoksi on ilmeistä, että ko. yhtiöiden tarjoukset on pääosin laatinut yksi ja sama henkilö, sillä asiakirjat ja hinnoittelu ovat lähes identtisiä. Tämän vuoksi ko. tarjoajien välisestä yhteistyöstä ja tietojenvaihdosta ei NCC:n näkemyksen mukaan ole epäilystä. Kun vielä otetaan huomioon, että molemmissa yhtiöissä toimii samat henkilöt johtotehtävissä, niin tämä ja tarjousten samankaltaisuus viittaavat siihen, että toiminnassa on kyse rakenteellisesta kartellista.

¹ OECD: *Ohje tarjouskartellien torjumiseksi julkisissa hankinnoissa. Miten tehostaa julkisten varojen käyttöä?* (Käännös: Kilpailuvirasto 2009), s.14. Saatavilla osoitteessa: <http://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/muut/oecd-tarjouskartelliohje-2009.pdf>.

² Ks. esim. Defensor Legis N:0 4/2008, Mentula: Kartelliriskien minimoinnista, s. 569.

2.2 Vantaan kaupungin olisi pitänyt sulkea tarjoajat tarjouskilpailun ulkopuolelle

11. Kuten yllä olevasta kappaleesta käy ilmi, AC Päälysteet ja Asfaltticenter eivät ole täyttäneet tarjouspyynnön vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimuksia, jonka vuoksi Vantaan kaupungin olisi tullut sulkea ko. tarjoukset tarjouskilpailun ulkopuolelle. Hankintalain 54 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, joka on syyllistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle ehdokkaiden ja tarjoajien valintaa sekä tarjouksen valintaa koskevan 8 luvun soveltamista koskevia tietoja tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen.
12. Lisäksi oikeuskäytännössä on katsottu, että hankintahankintayksiköllä on lähtökohtaisesti oikeus luottaa tarjoajan tarjouksen sisältöön, ellei sillä ole perusteltua syytä muuta epäillä.³ Näin ollen, mikäli hankintayksikkö olisi vertaillut tarjouspyyntöjen hintatasoja, olisi se varmuudella havainnut, että ko. tarjoajien kohdalla vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimusten kohdan kaksi vaatimus ei täyty, ja tarjoajien esittämät vakuutukset ovat olennaisesti väärät. Mikäli Vantaan kaupunki olisi vertaillut tarjousten sekä hinnoittelun samankaltaisuutta keskenään, olisi se väistämättä synnyttänyt perustellun syyn epäillä tarjouksen sisältöä.
13. Samankaltaisuuden vertailemisen lisäksi Vantaan kaupungin olisi tullut huomioda, että yhtiöillä on samat johtohenkilöt, ja että molempien yhtiöiden toimitusjohtaja on osallistunut tarjousten laadintaan. Tämä huomio olisi tuonut Vantaan kaupungille vahvan oletettaman tarjouskartellista, jonka voidaan katsoa tässä tapauksessa olevan rakenteellista. Mikäli tämä seikka olisi huomioitu tarjousten arviointivaiheessa, olisi tämä vahvistanut Vantaan kaupungin perusteltua syytä epäillä tarjousten sisällön oikeellisuutta, jonka vuoksi tarjoajat olisi pitänyt sulkea pois tarjouskilpailusta.

2.3 Toimittajan vahvistus ja sopimussakko

14. Kun Vantaan kaupunki tekee hankintasopimuksen valitun tarjoajan kanssa, on suositeltavaa, että yhdeksi sopimusehdoksi kirjataan seuraavanlainen ehto:

Toimittaja vahvistaa tämän sopimuksen allekirjoituksella, ettei se ole tähän sopimukseen liittyessä toiminut eikä se tämän sopimuksen voimassa ollessa toimi sellaisessa yhteistyössä tai yhteisymmärryksessä muiden tarjouskilpailun tarjoajien kanssa, jonka tarkoituksena on tarjouskilpailun hinnoitteluun, maksuihin tai niiden laskentaperusteisiin vaikuttaminen, markkinoiden tai hankintalähteiden jakaminen tai muu kilpailun rajoittaminen.

Mikäli Toimittajan todetaan rikkoneen edellä mainittua ilmoitusta, tulee Toimittajan suorittaa Tilaaajalle sopimussakkona [...] % Toimittajan kokonaistoimituksen arvosta, sekä korvata sopimussakon ylittävä tilaajalle syntynyt vahinko, kustannus tai muu vastuu mukaan lukien oikeudenkäyntikulut ja asian selvittämisestä johtuneet kustannukset.

15. Tällä ehdolla varmistetaan, ettei myöhemmin mahdollisesti todettavalla kilpailurikkomuksella ole hankintayksikölle negatiivisia vaikutuksia, vaan syntyneet vahingot tulevat toimittajan korvattavaksi.

³ MAO:469/13

3 LOPUKSI

16. NCC arvostaa Vantaan kaupungin asiakkuutta ja pyytää hankintapäätöksen kumoamista. NCC suhtautuu tinkimättömästi kilpailulainsäädännön noudattamiseen kaikessa toiminnassaan ja valvoo etujaan myös tilanteissa, joissa kilpailijoiden käyttäytyminen vaikuttaa kilpailulainsäädännön vastaiselta. Oletamme, että kaikki sidosryhmämme, mukaan lukien asiakkaamme toimivat siten, että kilpailulainsäädännön noudattamisesta tarjouskilpailussa ei jää mitään epäselvyyttä. Ei voi olla Vantaan kaupungin kokonaisedun mukaista tehdä sopimusta AC Päälysteiden kanssa tilanteessa, jossa on syntynyt perusteltu epäily kilpailulainsäädännön rikkomisesta, kyseenalaistamatta tilannetta millään tavalla. NCC on esittänyt Vantaan kaupungille, että AC Päälysteiden ja Asfaltticenterin tarjoukset eivät ole täyttäneet tarjouspyynnössä esitettyjä vähimmäis- ja kelpoisuusvaatimuksia, jonka vuoksi Vantaan kaupungin olisi tullut sulkea molemmat tarjoajat pois tarjouskilpailusta. NCC katsoo, että hankintamenetelyssä ilmenneet virheet ovat merkittäviä, ja ne todennäköisesti johtaisivat hankinnan kumoamiseen markkinaoikeudessa. Osapuolten resurssien säästämiseksi sekä hankinnan virheettömän toteuttamisen mahdollistamiseksi Vantaan kaupungin tulisi kumota hankintapäätöksensä ja tehdä uusi korjattu hankintapäätös.

Helsingissä 31. päivänä maaliskuuta 2016

NCC ROADS OY

LAATIVAT



Ilkka Aalto-Setälä

Asianajaja



Hanne Savonlahti

OTM