

Korkeimmalle hallinto-oikeudelle

Valituslupahakemus ja valitus julkista  
hankintaa koskevassa asiassa

**1. Asia** Markkinaoikeuden päätöksen johdosta tehtävä valituslupahakemus ja valitus.

**2. Markkinaoikeuden päätös ja valitusaika**

Valitusasia koskee markkinaoikeuden 24.3.2020 antamaa päätöstä nro 126/20. Diaarinumero 2019/78. Myöhemmin myös "*markkinaoikeuden päätös*". Markkinaoikeuden päätös on liitteenä 1.

Markkinaoikeuden päätös on annettu valittajalle tiedoksi kirjattuna kirjeenä 8.4.2020, joten valitusaikaa on valituspäivänä 4.5.2020 vielä jäljellä. Saantitodistus on liitteenä 2.

**3. Hankintapäätös, josta asiassa on kyse**

Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätös 26.2.2019 § 37. Myöhemmin myös "*hankintapäätös*". Hankintapäätös on liitteenä 3

Hankintapäätöksellä Salon kaupunki on hankkinut ostoliikennettä koskevia palveluja vuosille 2019-2024 mukaan lukien mahdollinen kahden vuoden optiokausi. Hankinta on jaettu neljään (4) eri reittikohteeseen, joista valittajana toimiva Turun Linja-autoilijain Osakeyhtiö (TLO) on voittanut kaksi (2) kohdetta.

**4. Hankintayksikkö**

Salon kaupunki (myöhemmin myös "*hankintayksikkö*")  
PL 77  
24101 Salo

**5. Valittaja** Turun Linja-autoilijain Osakeyhtiö (myöhemmin myös "TLO" tai "valittaja")  
Aninkaistenkatu 20  
20100 Turku

## 6. TLO:n asiamies ja prosessiosoite

Eero Kokkonen OTK, LLM  
Lakitoimisto Eero Kokkonen Oy  
Maariankatu 12, 20100 Turku  
Puh. 044 790 4909  
laki@eerokokkonen.fi

Asiamiehen valtakirja on liitteenä 4.

## 7. Liikesalaisuudet

Valituksessa ei ole TLO:n liikesalaisuuksia. TLO on liittänyt oheen TLO:n ja LS-Kiinteistöt Oy:n investointilaskelmat (*liitteinä 5*), jotka asiakirjat ja siinä olevat tiedot, lukuun ottamatta investointien kokonaissummaa, se nimeää liikesalaisuudeksi. Jos Salon kaupunki haluaa asianosaisena nähdä laskelmat pyytää TLO kääntymään sen puoleen asian harkitsemiseksi. Muissa liitteissä ei ole TLO:n liikesalaisuuksia.

## 8. Valittajan vaatimukset korkeimmassa hallinto-oikeudessa

TLO vaatii, että korkein hallinto-oikeus:

1. Kieltää markkinaoikeuden päätöksen 24.3.2020 nro 126/20 täytäntöönpanon.
2. Sallii Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen 26.2.2019 § 37 täytäntöönpanoon.
3. Velvoittaa Salon kaupungin jatkamaan sen ja TLO:n välille 30.4.2019 solmittua väliaikaista hankintasopimusta, kunnes korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen johdosta hankintasopimus voidaan varsinaisesti allekirjoittaa tai kunnes päätöksen johdosta kokonaan uuden hankinnan mukainen toteutus alkaa.
4. Sallii Salon kaupungin ja TLO:n välille 30.4.2019 solmitun väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamisen, kunnes korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen johdosta hankintasopimus voidaan varsinaisesti allekirjoittaa tai kunnes päätöksen johdosta kokonaan uuden hankinnan mukainen toteutus alkaa.

5. Myöntää valitukselle valitusluvan ja tutkii valituksen.
6. Kumooa markkinaoikeuden päätöksen.
7. Velvoittaa valtion tai/ja Salon kaupungin korvaamaan TLO:n oikeudenkäyntikulut laillisine viivekorkeineen sekä asian käsittelystä korkeimmassa hallinto-oikeudessa perittävän oikeudenkäyntimaksun.

## 9. TLO:n valitusoikeus markkinaoikeuden päätöksestä

(1) Hankintalain 165 §:ssä säädetään, että muutoksenhakuun sovelletaan oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annettua lakia. Oikeudenkäyntiä hallintoasioissa koskevan lain (5.7.2019/808) 109 §:n 1 momentin perusteella hallintotuomioistuimen päätökseen saa hakea muutosta valittamalla se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa, ja se, jonka valitusoikeudesta laissa erikseen säädetään.

(2) Markkinaoikeuden päätös 23.4.2020 nro. 126/20 koskee välittömästi TLO:n oikeutta ja etua siten, että sillä on päätöksestä valitusoikeus korkeimpaan hallinto-oikeuteen. TLO on voittanut Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen johdosta kaksi hankinnan osakokonaisuutta. Lisäksi TLO:n ja Salon kaupungin välisen väliaikaisen hankintasopimuksen perusteella TLO on järjestänyt ja toteuttaa kyseessä olevia liikennöintipalveluita. Markkinaoikeuden kumotessa hankintapäätöksen markkinaoikeuden päätös koskee välittömästi TLO:n oikeutta ja etua, jolloin sillä on valitusoikeus.

## 10. Asian tapahtumat aikajärjestyksessä

(3) TLO esittää aluksi asian tapahtumavaiheet aikajärjestyksessä koska asiassa on useita tapahtumia, joilla yksittäin ja/tai kokonaisuutena on TLO:n kannan mukaan merkitystä sen täytäntöönpanoa koskevien vaatimusten, valituslupahakemuksen ja valituksen hyväksymiseksi:

14.1.2019                      Salon kaupunki julkaisee hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön koskien Salon kaupungin tarvitsemaa joukkoliikennettä vuosille 2019 - 2024 sekä optiokausi 2 vuotta (*liitteenä 6*).

- 26.2.2019 §37 Salo kaupungin kaupunkikehityslautakunta tekee hankintapäätöksen (*liitteenä 3*). TLO:n tarjous voittaa hankintaosakokonaisuuksia 1 ja 2 koskevat tarjouskilpailut.
- 11.3.2019 Salo kaupunki saa ilmoituksen tarjouskilpailusta poissuljetun Miodex Oy:n valituksesta markkinaoikeuteen.
- 15.3.2019 Markkinaoikeus varaa Salo kaupungille mahdollisuuden vastineen antamiseen sekä pyytää lausumaan sovellettavasta laista (*liitteenä 12*).
- 26.3.2019 §60 Salo kaupungin kaupunkikehityslautakunta antaa vastineen Miodex Oy:n valituksesta ja päättää väliaikaisen hankintasopimuksen solmimisesta (*liitteenä 7*).
- 30.4.2019 Miodex Oy:n valituksen seurauksena Salo kaupunki tilaa TLO:lta väliaikaisella hankintasopimuksella (*liitteenä 8*) osakokonaisuuksien 1 ja 2 liikennöinnin, jonka järjestämiseen liikenteenharjoittaja on tarjouksen tehdessään sitoutunut kyseisen hankinnan tarjouspyynnössä ja sen liitteissä määriteltyjen ehtojen mukaisesti.
- Salo kaupungin tilauksen johdosta TLO ja LS-Kiinteistöt Oy investoivat 1.671.036 euroa järjestääkseen hankintakohteiden 1 ja 2 mukaisen joukkoliikenteen ja TLO aloittaa liikennöinnin täysimääräisesti (*investointilaskelmat on liitteinä 5*).**
- 13.6.2019 Markkinaoikeus varaa TLO:lle mahdollisuuden lausua Miodex Oy:n valituksesta (*liitteenä 11*).
- 24.3.2020 Markkinaoikeus antaa päätöksen nro. 126/20 ja muun ohella kumoaa hankintapäätöksen.
- 14.4.2020 § 48 Salo kaupungin kaupunkikehityslautakunta päättää tyytyä markkinaoikeuden päätökseen ja päättää, että ostoliikenteen uusien väliaikaisjärjestelyjen sekä varsinaisen ostoliikenteen hankinnan valmistelut aloitetaan välittömästi (*päätös liitteenä 9*).
- 21.4.2020 Salo kaupunki lähettää usealle liikennöitsijöille ilmoituksen liikennepalveluiden väliaikaisesta hankkimisesta ja pyytää sitovia ilmoittautumisia (*ilmoitus liitteenä 10*).



23.4.2020	TLO vaatii Salon kaupunkia muun ohella peruuttamaan 21.4.2020 aloittamansa menettely. TLO katsoo kyseessä olevan laiton suorahankinta.
24.4.2020	Salon kaupunki ilmoittaa, että sen ilmoituksessa 21.4.2020 kyse on markkinakartoituksesta.
27.4.2020	TLO jättää markkinaoikeuteen valituksen Salon kaupungin ilmoituksen 21.4.2020 johdosta koska katsoo kyseessä olevan laiton suorahankinta. TLO ilmoittaa valituksessa, että se tulee pyytämään korkeimmalta hallinto-oikeudelta lupaa väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamiseksi.
5.5.2020	TLO jättää valituslupahakemuksen ja valituksen korkeimmalle hallinto-oikeudelle.

## **11. Täytäntöönpanoon ja väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamiseen liittyvät perustelut**

(4) TLO toteaa, että edellä olevan tapahtumakuvauksen perusteella valitusasia liittyy kahteen toisiinsa kytkeytyviin ja rinnakkaisiin tapahtumavaiheisiin.

(5) Ensimmäisessä tapahtumavaiheessa markkinaoikeus on 24.3.2020, valituksenalaisella päätöksellään nro. 126/20) kumonnut Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen 26.2.2019 § 37 koska Salon kaupunki oli soveltanut väärää lakia hankinnassaan. Tarjouskilpailussa TLO voitti Salon kaupungin hankinnan 2 osakokonaisuutta. Tarjouskilpailun voittajan asemansa johdosta ja markkinaoikeuden yllätyksellisen päätöksen johdosta TLO on katsonut tarvitsevansa oikeussuojaa ja se on kääntynyt korkeimman hallinto-oikeuden puoleen.

(6) Toisessa tapahtumavaiheessa on kyse siitä, että TLO on Salon kaupungin tilauksesta 30.4.2019, väliaikaisen hankintasopimuksen solmiminen, järjestänyt ja aloittanut huolehtimaan hankintakokonaisuuksiin 1 ja 2 sisältyvän julkisen liikenteen liikennöinnistä täysimääräisesti. Parhailaankin TLO:n bussit kuljettavat salolaisia. Palvelu toimii hyvin ja salolaiset ovat olleet tyytyväisiä saamiinsa palveluihin. TLO:n käsityksen mukaan myös Salon kaupunki on ollut tyytyväinen TLO:n järjestämiseen ja toteutukseen.

(7) Markkinaoikeuden päätöksen jälkeen TLO on esittänyt Salon kaupungille, että Salon kaupungin tulee järjestää salolaisten tarvitsemat julkisen liikenteen palvelut jo solmimansa väliaikaisen hankintasopimuksen perusteella kunnes korkein hallinto-oikeus on käsitellyt valituksen ja kunnes sen päätöksen edellyttämät toimenpiteet on tehty (hankintasopimuksen varsinainen allekirjoittaminen tai uusi kilpailutus). TLO on ilmoittanut, että se tulee hakemaan korkeimmalta hallinto-oikeudelta lupaa jatkaa väliaikaisen hankintasopimuksen mukaista toteutusta.

(8) TLO:n kannasta sekä Salon kaupungin tiedossa olevista TLO:n ja LS-Kiinteistöt Oy:n palvelun järjestämiseen liittyvistä investoinneista huolimatta Salon kaupunki ei kuitenkaan ole suostunut jatkamaan TLO:n kanssa jo solmimaansa väliaikaista sopimusta. TLO:n käsityksen mukaan asiassa on epäselvyyttä väliaikaisen sopimuksen jatkamisesta tilanteessa, jossa tarjouskilpailun voittaja valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen. TLO on vaatinut Salon kaupungin velvoittamista jatkamaan väliaikaista sopimusta liitteistä 5 ilmenevien investointien johdosta sekä salon kaupunkilaisten tarvitsemien palveluiden katkeamattomaksi järjestymiseksi.

(9) Väliaikaisen hankintasopimuksen sijaan Salon kaupunki on aloittanut TLO:n järjestämien liikennepalveluiden väliaikaisen kilpailutuksen 21.4.2020 antamansa ilmoituksen mukaisesti. TLO:n kannan mukaan kyse on kuitenkin laittomasta suorahankinnasta ja se jätti laittomaksi katsomaansa suorahankintaa koskevan valituksen markkinaoikeudelle 27.4.2020.

(10) Tilanne on siis tällä hetkellä epäselvä ja TLO:n näkemyksen mukaan kaikkien asianosaisten kannalta huono. Siksi korkeimman hallinto-oikeuden tulee välipäätöksellään pikaisesti suostua harkintansa mukaan TLO:n täytäntöönpanoa koskeviin vaatimuksiin tilanteen selkeyttämiseksi.

(11) Kuten jo aiemmin viitattiin se, ettei Salon kaupunki jatkaisi väliaikaista hankintasopimusta TLO:n kanssa, tarkoittaa käytännössä sitä, että TLO:lle ja sen yhteistyökumppanille aiheutuu tästä huomattavia taloudellisia tappioita, jopa liiketoiminnan elinkelpoisuuden menetys. Oheen on liitetty järjestämiseen liittyviä investointeja koskeva laskelma. Puhumattakaan siitä, että hankintapäätöksen kumoutumisen myötä se menettäisi tarjouskilpailussa parhaalla tarjouksellaan voittamansa koko liiketoiminnan. Myös kahden muun Salon kaupungin tarjouskilpailussa voittaneen liikennöitsijän kanssa on solmittu vastaavat väliaikaiset hankintasopimukset, koskien hankinnan muita osakokonaisuuksia, joten taloudellisten menetysten uhka ei koske yksin TLO:ta.

(12) TLO katsoo, että Salon kaupungin ja TLO:n välille jo solmitun väliaikaisen hankintasopimuksen väliaikainen jatkaminen on tässä tapauksessa mahdollista julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden perusteella. Korkein hallinto-oikeus on vastaaventyypiseen tilanteeseen liittyvässä välipäätöksessään KHO 16.2.2015 taltio 410 todennut muun ohella seuraavaa.

(13) "Hankintalain 93 §:ssä on säädetty hankinnan väliaikaisesta järjestämisestä markkinaoikeuden käsittelyn ajaksi. Hankintalain 106 §:n 1 momentti huomioon ottaen hankinnan väliaikaisen järjestämisen jatkaminen korkeimman hallinto-oikeuden käsittelyn ajaksi ilman, että hankintayksikkö samalla ryhtyy markkinaoikeuden päätöksestä johtuviin toimenpiteisiin, edellyttää korkeimman hallinto-oikeuden tämän sallivaa täytäntöönpanomääräystä".

(14) Tässä asiassa Salon kaupunki on jo ryhtynyt markkinaoikeuden päätöksestä johtuviin toimenpiteisiin koska Salon kaupunkikehityslautakunta 14.4.2020 (*liite 10*) päätti markkinaoikeuden ratkaisun johdosta ryhtyä toimenpiteisiin. Kysymys on myös siitä voiko Salon kaupunki jatkaa TLO:n valituksen johdosta jo solmimiaan väliaikaisia hankintasopimuksia ja kuinka pitkäksi aikaa. TLO katsoo, että väliaikaista hankintasopimusta tulee jatkaa korkeimman hallinto-oikeuden päätökseen saakka ja kunnes korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen johdosta hankintasopimus voidaan allekirjoittaa tai kunnes päätöksen johdosta kokonaan uuden hankinnan mukainen toteutus alkaa. Hankintalain 153 § 1 momentin perusteella väliaikainen hankintasopimus voidaan solmia tarjouskilpailussa voittaneen TLO:n kanssa. Verrattuna korkeimman hallinto-oikeuden välipäätökseen 16.2.2015 taltio 410, jossa korkein hallinto-oikeus ei sallinut väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamista, tämä asia on tosiseikastoiltaan erilainen;

(15) Ensinnäkin tässä asiassa valituksen korkeimpaan hallinto-oikeuteen tekee tarjouskilpailussa voittanut tarjoaja eli TLO, jonka oikeusasema muuttui merkittävästi markkinaoikeuden päätöksen johdosta. Väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamatta jättäminen heikentäisi entisestään TLO:n asemaa erityisesti huomioiden sen palvelun järjestämiseen liittyvät investoinnit.

(16) Korkeimman hallinto-oikeuden välipäätökseen liittyvissä tapahtumissa valituksen teki sen sijaan hankintayksikkö, jolloin väliaikainen järjestäminen olisi voinut heikentää markkinaoikeudessa voittaneen (tarjouskilpailussa hävinneen) tarjoajan oikeusasemaa. Tällöin korkeimman hallinto-oikeuden oikeusohje tarkoittaisi väliaikaisen hankintasopimuksen väliaikaisen jatkamisen sallimista koska jatkamatta jättäminen heikentää TLO:n oikeusasemaa.

(17) Toiseksi Salon kaupungin hankintaan sisältyy lakisääteisten kuljetuspalveluiden järjestämistä sekä kaupungille muutoin tärkeää julkisen linja-autoliikenteen järjestämistä. Ihmisten kuljettamista ei voida jättää tekemättä. KHO:n välipäätöksessä oli kyse sähkölukkojen asentamisesta, joka ei ainakaan ensituntumalta vaikuta olevan yhtä välttämätöntä kuin salon kaupunkilaisten tarvitsemien kuljetuspalveluiden järjestäminen. Edellä esittämänsä perusteella TLO katsoo, että väliaikaisen hankintasopimuksen väliaikaiselle järjestämiselle on olemassa perustellut ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeusohjeisiin perustuvat syyt.

(18) Lisäksi esittämillään tosiseikoilla hankintalain kaikkien tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu sekä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset myös edellyttävät väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamista TLO:n kanssa.

(19) Oikeudellinen tilanne ei TLO:n kannan mukaan myöskään voi olla sellainen, että TLO:n yllätyksellinen oikeussuojan tarve ja tästä johtuva muutoksenhaku korkeimpaan hallinto-oikeuteen, markkinaoikeuden päätöksen johdosta, aiheuttaisi tälle huomattavia taloudellisia menetyksiä. Ikään kuin oikeussuojan hakemisesta rangaistaisiin tarjouskilpailun voittanutta ja vilpittömässä mielessä ollutta tarjoajaa.

(20) Edellä esittämänsä perusteella TLO katsoo, että väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamiseen tulee suostua.

(21) TLO katsoo lisäksi, että väliaikaisen hankintasopimuksen jatkamiseen liittyvät seikat ovat oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi myös peruste valitusluvan myöntämiseksi.

## **12. Valitusluvan myöntäminen:**

(22) TLO katsoo, että korkeimman hallinto-oikeuden tulee tutkia jatkovalitus seuraavin perustein:

1. lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saattaa asia korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi,
2. asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi, tai
3. valitusluvan myöntämiseen on muu painava syy.

TLO esittää perusteluinaan seuraavaa:

### *12.1. TLO katsoo hankintasopimuksen syntyneen konkludenttisesti*

(23) TLO katsoo valituksessaan, että sen ja Salon kaupungin välillä on olemassa osakokonaisuuksia 1 ja 2 koskeva konkludenttinen hankintasopimus huomattavan täytäntöönpanon johdosta. Tällöin markkinaoikeus ei olisi voinut käyttää ensisijaisia seuraamuksia vaan sen olisi hankintalain 154 §:n 3 momentin perusteella tullut katsoa hankintasopimus syntyneeksi olosuhteiden perusteella hankintapäätöksen huomattavan täytäntöönpanon johdosta. Tällöin markkinaoikeus on soveltanut lakia väärin ja käyttänyt myös harkintavaltaansa väärin, jolloin valitus tulee hyväksyä virheiden johdosta.

(24) TLO esittää konkludenttisen sopimuksen syntymiseen liittyvät tarkemmat perustelut valituksessaan mutta toteaa tässä valitusluvan myöntämisen tueksi, että Salon kaupunki on TLO:n kanssa 30.4.2019 solmimallaan väliaikaisella hankintasopimuksella (*liitteenä 9*) tilannut TLO:lta ostoliikenteen liikennöinnin, jonka järjestämiseen liikenteenharjoittaja on tarjouksen tehdessään sitoutunut kyseisen hankinnan tarjouspyynnössä ja sen liitteissä määriteltyjen ehtojen mukaisesti. Salon kaupungin tilaus on siis käsittänyt sekä liikennöinnin järjestämisen että liikennöinnistä huolehtimisen. Salon kaupunki on myös tiennyt, että liikennepalveluiden järjestäminen tarjouspyyntö asiakirjojen mukaiseksi edellyttää TLO:lta huomattavia investointeja. TLO on omien investointiensä lisäksi turvautunut tarvittavaa bussivarikkoa koskevassa järjestämisessä sen intressiyhtiön LS-Kiinteistöt Oy:n resursseihin.

(25) TLO katsoo, että edellisten seikkojen perusteella kyse on tosiasiallisesti hankintapäätöksen huomattavasta täytäntöönpanosta, jota ei voida enää pitää tavallisena valmistelutoimena, jolloin konkludenttinen hankintasopimus on syntynyt. Salon kaupungin olisi tullut ymmärtää väliaikaiseen hankintasopimukseen ryhtyessään, että sopiminen tosiasiallisesti tarkoittaa hankintapäätöksen täytäntöönpanoa ja julkista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden mukaisesti hankintasopimuksen syntymistä olosuhteiden perusteella.

(26) Salon kaupunki oli ilmoittanut tarjouspyynnössään 14.2.2019, että hankintasopimus syntyy kun kirjallinen hankintasopimus on allekirjoitettu mutta hankintailmoitukseen ei ollut liitetty varsinaista hankintasopimusluonnosta, johon potentiaaliset tarjoajat olisivat voineet etukäteen perehtyä.

(27) Salon kaupungin hankintapäätöksessä 26.2.2019 § 37 ei sen sijaan ilmoiteta, että kirjallinen hankintasopimus syntyy kun kirjallinen hankintasopimus on allekirjoitettu eikä hankintapäätöksessä ilmoiteta miten hankintasopimus osapuolten kesken on tarkoitus myöhemmin tehdä. Kuten jo todettiin tämän jälkeen hankintayksikkö ryhtyi TLO:n kannan mukaan hankintapäätöksen huomattavaan täytäntöönpanoon.

(28) Hankintalain 128 §:ään liittyvässä hallituksen esityksessä (HE 190/2009 koskien hankintalain 30.3.2007/348 pykälää 76) on todettu, että hankintapäätöksen yhteydessä hankintayksikkö ilmoittaisi, miten hankintasopimus osapuolten kesken on tarkoitus myöhemmin tehdä.

(29) Vaikka pääsääntö on, että hankintasopimus syntyy kirjallisen hankintasopimuksen allekirjoittamisella, TLO katsoo että tässä tapauksessa, ottaen huomioon edellisessä kappaleessa kuvatut heikkoudet ja virheellisyydet hankintasopimuksesta tiedottamisen suhteen, hankintasopimus oli syntynyt konkludenttisesti hankintapäätöksen merkittävästä täytäntöönpanosta johtuen.

(30) Asiassa on myös huomioitava kirjallisen väliaikaisen hankintasopimuksen solmimiseen liittyvä TLO:n harkinta. TLO:lla oli väliaikaisen hankintasopimuksen johdosta perustellusti syy luottaa hankintasopimuksen syntyyn täytäntöönpanon perusteella.

(31) Väliaikainen hankintasopimus on solmittu ainoastaan Miodex Oy:n valituksen perusteella. **Ainoastaan siinä tilanteessa varsinaista hankintasopimusta ei tehtäisi jos hankintapäätös kumoutuu Miodex Oy:n valituksessa esitettyjen seikkojen perusteella.** Ehdollisuus liittyi ja rajautui ainoastaan Miodex Oy:n valitukseen. TLO:llahan ei ollut tiedossakaan väliaikaisen hankintasopimuksen allekirjoittamisen hetkellä mitään muuta kuin Miodex Oy:n valitus ja se kykeni arvioimaan tilannetta ainoastaan Miodex Oy:n valituksen perusteella. Myöhemmin markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen pelkästään viran puolesta havaitsemansa Salon kaupungin virheen johdosta. Tällöin ehto, jonka perusteella varsinaista hankintasopimusta ei tehdä ei realisoitunut, TLO:n odotuksen mukaisesti (eihän se muuten olisi sitoutunut väliaikaiseen sopimukseen ja ryhtynyt investointeihin), jolloin väliaikaiseen hankintasopimukseen liitettyjen ehtojen perusteella konkludenttinen sopimus ei ole voinut jäädä syntymättä.

(32) Korkeimman hallinto-oikeuden on myönnettävä valituslupa koska hankintasopimuksen syntymisestä konkludenttisesti, erityisesti edellä TLO:n esittämin tapahtuma- ja tosiseikoin, on vähän ennakkotapauksia. Vastaavan tyyppistä ennakkotapausta ei liene lainkaan.

(33) Tällöin lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää, että korkein hallinto-oikeus tutkii valituksen. Lisäksi TLO:n asiaan liittyvän huomattavan taloudellisen intressin takia valitusluvan myöntämiseen on muu painava syy.

### *12.2. Markkinaoikeus ei kuullut TLO:ta*

(34) Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan oikeus tulla kuulluksi samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Hallintolain käyttölain 34 §:n mukaan asianosaiselle on ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus antaa selityksensä muiden tekemistä vaatimuksista ja sellaisista selvityksistä, jotka voivat vaikuttaa asian ratkaisuun.

(35) Markkinaoikeus lähetti TLO:lle lausuntopyynnön 13.6.2019 (*liite 12*). Lausuntopyyntö koski vain Miodex Oy:n valitusta. Markkinaoikeus oli kuitenkin jo ennen tätä 15.3.2019 pyytänyt Salon kaupungilta vastinetta (*liite 13*) sekä samalla lausumaan sovellettavasta laista. Salon kaupunki vastasi markkinaoikeudelle 26.3.2019. Markkinaoikeus kumosi 24.3.2020 Salon kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen koska tämä oli soveltanut väärää lakia.

(36) Markkinaoikeus ei kuullut TLO:ta lainkaan sovellettavasta laista eikä Salon kaupungin 24.3.2020 antamasta selvityksestä. Vaikka markkinaoikeuden tiedossa oli hankintapäätöksen kumoamisen tarkoittavan sitä, että TLO markkinaoikeuden päätöksellä menettäisi tarjouskilpailussa parhaalla tarjouksellaan voittamansa hankintasopimuksen.

(37) TLO katsoo, että asiassa tapahtuneen kuulemisvirheen vuoksi hallinto-oikeuden tulee myöntää valituslupa asiassa.

### *12.3. Kyse saattaa olla myös "Reformatio in peius" kiellosta*

(38) TLO:n käsityksen mukaan Salon kaupunki ei ole valittanut markkinaoikeuden päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen eikä myöskään hankintapäätöksestä markkinaoikeuteen valittanut Miodex Oy ole valittanut päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen.

(39) Tällöin *reformatio in peius* kiellon perusteella, TLO:n kannan mukaan, Salon kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöstä ja markkinaoikeuden päätöstä ei voida muuttaa valittajalle eli TLO:lle epäedullisempaan suuntaan. Tämä tarkoittaa TLO:n

kannan mukaan hankintapäätöksen sekä Salon kaupungin ja TLO:n välille syntyneen hankintasopimuksen säilyttämistä. Hankintapäätös ja -sopimus ovat TLO:n saavutettuja etuja "*Reformatio in peius*" doktriinissa. Jos TLO:n valitus hyväksytään suojataan samalla TLO:n edellisiin liittyvää huomattavaa taloudellista intressiä mutta myös Salon kaupungin intressiä tarvitsemiensa joukkoliikennepalveluiden, mukaan lukien lakisääteiset kuljetukset, katkeamattomaksi järjestymiseksi jo kertaalleen kilpailutetun hankintasopimuksen turvin.

(40) Olli Mäenpää toteaa kirjassaan "Hallintoprosessioikeus" (painos 2007, sivulla 502), ettei *Reformatio in peius* - kiellon soveltamisesta ole oikeuskäytäntöä hallintolainkäyttölain voimassaoloajalta. Mäenpää mainitsee ainoastaan 2 suhteellisen vanhaa tapausta. Koska oikeuskäytäntöä ei ilmeisesti juurikaan ole on tärkeää, että muita samanlaisia tapauksia tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi korkein hallinto-oikeus tutkii valituksen.

(41) TLO toteaa lisäksi, että voimassa olevaa konkludenttista hankintasopimusta koskevaa tehottomuuseuraamusta ei voitaisi määrätä "*Reformatio in peius*" kiellon lisäksi myöskään hankintalain 154 §:n 5 momentista johtuvista syistä, hankintalain 156 §:n edellytykset eivät täyty ja joka tapauksessa tehottomuuseuraamus tulee jättää määräämättä hankintalain 157 §:n johdosta koska tehottomuudesta aiheutuisi huomattavia taloudellisia menetyksiä TLO:lle ja sen intressiyhtiö LS-Kiinteistöt Oy:lle. Jopa elinkelpoisuuden menetys

#### *12.4. Markkinaoikeuden päätöksen peruste on virheellinen*

(42) Markkinaoikeus on katsonut päätöksessään, että väärän ilmoitustyyppin johdosta ne toimittajat, jotka ovat etsineet juuri erityisalojen kuten liikenteen alan toimijoiden hankintoja, eivät ole voineet löytää hankintailmoitusta. Vaikka hankintailmoitus on sinänsä ollut kaikkien mahdollisten tarjoajien luettavana hankintasäännöksissä tarkoitetuissa tietokannoissa ja ilmoituspaikoissa, ilmoitusten suuren lukumäärän vuoksi kaikkien hankintailmoitusten seuraaminen on kuitenkin työlästä eikä tällaista toimintatapaa voida pitää toimittajien kannalta vaikeuksitta mahdollisena tai edes kohtuullisena.

(43) TLO katsoo, että markkinaoikeus on perustanut päätöksensä virheelliseen käsitykseen vallitsevasta tilanteesta. Markkinaoikeus on antanut samaan tulkintaan perustuvia muitakin ratkaisuja kuten MAO 260/19. Tämän päätöksen sekä nyt käsillä olevan päätöksen MAO 126/20 perusteella myös Turun kaupunkiseudun joukkoliikennelautakunta teki 7.4.2020 § 64 saman hankintailmoittamista koskevan



seikan johdosta hankintaoikaisuun ja on aloittamassa vastaavaa joukkoliikenne palveluiden kilpailutusta uudelleen. Vastaavalla tavalla hankintalain perusteella EU-ilmoitettuja joukkoliikennehankintoja on lukuisia. TLO katsookin, että markkinaoikeuden kanta, potentiaalisten tarjoajien näkökulmasta, ettei hankintailmoituksia voi löytää sekä hankintailmoitusten seuraamisen työläydestä ja siitä, ettei toimintatapaa voida pitää toimittajien kannalta vaikeuksitta mahdollisena ja kohtuullisena on virheellinen.

(44) Kuten edellä esitetystä oikeustapauksista on tulkittavissa toimittajat ovat löytäneet hankintailmoitukset myös hankintalain mukaisesti ilmoitettuina. Kyse on ollut yleisesti tiedossa olleesta ilmoitustavasta. Hankintailmoituksiin on valittu myös lähes poikkeuksetta suomen kieli. Koska vallitseva ilmoittamistapa on ollut hankintalain mukainen ilmoittaminen kyse ole siitä, ettei ilmoituksia löydetä tai että potentiaalisille tarjoajille olisi millään lailla ollut työstä tai vaikeaa löytää itselleen sopivimmat tarjouspyynnöt. Markkinaoikeus perustaakin päätöksensä virheellisiin seikkoihin.

(45) Markkinaoikeuden olisi tullut perustella kantaansa, sillä miten se katsoo EU hankintailmoitusten ilmoittamisen erityisalojen hankintalain mukaisesti toteuttavan paremmin avoimuusperiaatetta suhteessa vallinneeseen ilmoittamiskäytäntöön, jolloin se on perustanut päätöksensä virheellisiin perusteisiin.

(46) Tällöin asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi ja valitusluvan myöntämiseen on myös muu painava syy

### *12.5. Markkinaoikeus käytti hankintavaltaansa väärin*

(47) Kumotun hankintalain 94 §:n 2 momentti koskevassa hallituksen esityksessä (HE 190/2009) todetaan, että markkinaoikeudella olisi lainsäädännön puitteissa hankintavaltaa seuraamusten määräämisessä. Markkinaoikeuden tulisi kuitenkin hankintalainsäädännön tavoitteet. Näin ollen virheelliseen hankintamenettelyyn tulisi ensisijaisesti puuttua pykälän 1 momentin 1-3 kohdassa luetelluilla ensisijaisilla seuraamuksilla eli reaali-keinoilla. Samoin seuraamusta määrätessään markkinaoikeuden olisi otettava huomioon, missä määrin menettelyvirhe on vaikuttanut asianosaisten tehokkaan oikeussuojan toteutumiseen. Hankintayksikön hankintamenettelyn lopputulokseen vaikuttamaton virhe ei siten voisi johtaa seuraamuksen määräämiseen (alleviivaus tässä). Edellä mainitut periaatteet ovat ohjanneet myös voimassa olevan hankintalainsäädännön soveltamista tuomioistuimissa.

(48) TLO:n edellisessä kohdassa 12.4. esittämien perusteluiden johdosta markkinaoikeuden olisi tullut huomioida seuraamuksia arvioidessaan, ettei erityisalojen hankintalain mukainen EU ilmoitus olisi tuonut Salon kaupungin hankintakilpailuun muita tarjoajia kuin nyt tarjouksen jättäneet toimittajat. Kaikki potentiaaliset tarjoajat ovat löytäneet kyseessä olleen hankintailmoituksen.

(49) Tällöin hankintalain mukaisella EU-ilmoittamisella ei ole ollut vaikutusta hankintayksikön hankintamenettelyn lopputulokseen. Samat 9 liikennöitsijää olisivat osallistuneet Salon kaupungin tarjouskilpailuun riippumatta siitä kumman lain perusteella EU hankintailmoitus olisi toteutettu. Tällöin markkinaoikeus olisi voinut todeta löytämänsä hankintailmoittamista koskevan virheen, ja se olisi näin toiminut oikeusohjeena, mutta jättää kumoamatta Salon kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen 26.2.2019 § 37.

(50) Väärin ilmoittamisella ei tällöin ole ollut vaikutusta myöskään avoimuusperiaatteen tai kaikkien toimittajien syrjimätöntä kohtelua koskevan periaatteen toteutumiseen.

(51) Valituslupa tulee myöntää markkinaoikeuden hankintavallan käyttämistä koskevan virheen takia.

## **13. Valituksen perustelut:**

### *13.1. Markkinaoikeus ei huomionnut syntyneitä hankintasopimusta*

(52) Markkinaoikeus on päätöksessään 24.3.2020 nro. 126/20 käyttänyt ensisijaisia hankintalain 154 §:n mukaisia keinoja korjatakseen virheelliseksi katsomansa hankintamenettelyn. Markkinaoikeus on kumonnut Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen 26.2.2019 § 37 ja kieltänyt tekemästä hankintasopimusta sanotun päätöksen perusteella tai panemasta sitä muutoin täytäntöön markkinaoikeuden asettaman 500.000 euron sakon uhalla. Markkinaoikeus on todennut, että markkinaoikeuden päätöstä on valituksesta huolimatta noudatettava, jollei korkein hallinto-oikeus toisin määrää.

(53) Valitus tulee hyväksyä koska markkinaoikeus ei olisi voinut käyttää hankintalain 154 §:n 2 momentin kohtien 1-3 mukaisia ensisijaisia seuraamuksia syntyneen hankintasopimuksen johdosta. Salon kaupungin ja TLO:n välillä on hankintakokonaisuuksia 1 ja 2 koskeva konkludenttinen hankintasopimus, jonka johdosta ensisijaisia seuraamuksia ei olisi voitu käyttää.

Markkinaoikeuden olisi tullut arvioida tilannetta sen tosiallisten olosuhteiden perusteella ja todeta syntynyt hankintasopimus hankintalain 154 §:n 3 momentin perusteella. Markkinaoikeus on soveltanut hankintalakia väärin suhteessa tosiallisiin olosuhteisiin.

(54) Hankintalain (1397/2016) 154 §:n 3 momentin perusteella markkinaoikeus voi 1 momentin 4–7 kohdassa tarkoitettuja seuraamuksia määrätessään katsoa hankintatähtä käyttöoikeussopimuksen syntyneeksi olosuhteiden perusteella, jos hankintayksikkö on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen.

(55) Edellä mainittua lainkohtaa koskevissa hallituksen perusteluissa (HE 108/2016) todetaan lainkohdan vastaavan pääosin kumotun hankintalain (30.3.2007/348) pykälässä 94 säädettyä. Kumottua 94 §:ää koskevissa hallituksen perusteluissa (HE 190/2009) todetaan muun ohella seuraavaa:

"Pykälän 2 momentin mukaan 1 momentin 4–7 kohdan seuraamus voitaisiin määrätä vain 95–98 §:ssä näistä seuraamuksista ehdotettujen edellytysten täytyessä. Edellä 4–7 kohdassa säädettyjen **seuraamusten määräämisessä on tärkeää selvittää, onko sopimussuhde syntynyt (korostus tässä)**. Jos kirjallista sopimusta ei ole tehty, **sopimuksen syntymistä tulisi arvioida olosuhteiden perusteella (korostus tässä)**.

Oikeussuojakeinojen tehokkaan käytön ja seuraamusten harkinnan kannalta **kirjalliseen sopimukseen tulisi rinnastaa tilanteet, joissa olosuhteista voidaan päätellä hankintayksikön ja tarjoajan nimenomaisesti ryhtyneen hankinnan toteuttamiseen (korostus tässä)**. Hiljaisen sopimuksen olemassaolon toteaminen olosuhteista ei ole täysin yksiselitteistä. Harkinnassa tulisi erityisesti kiinnittää huomiota siihen, onko **hankintayksikkö hankintapäätöksen jälkeen antanut hankinnan toteuttamiselle nimenomaisen suostumuksen tai onko tarjoaja ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen hankintayksikölle siinä määrin, että kyse ei ole enää tavanomaisista, kyseiseen hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä (korostus tässä)**. Hankintasopimuksen syntymistä koskeva olosuhtearviointi ei kuitenkaan saisi estää hankintayksikön ja hankintamenettelyn voittaneen tarjoajan yhteistyön aloittamista sopimusneuvotteluin ja tavanomaisin hankintaa valmistelevin toimenpitein."

(54) Hankintasopimuksen tekemisestä säädetään hankintalain 128 §:ssä, jonka mukaan hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintasopimus. Hankintasopimus syntyy erillisen kirjallisen sopimuksen tekemisellä. Vaikka siis lainkohdan mukaan hankintasopimus pääsääntöisesti syntyy erillisellä kirjallisella sopimuksella hankintalain 154 §:n 3 momentin perusteella hankintasopimus voi kuitenkin syntyä myös konkludenttisesti. Toki

siviilioikeudellisesti, lain varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228), hankintasopimus syntyy *tarjous - vastaus* systematiikan mukaisesti.

(55) Oikeuskirjallisuuden perusteella (Halonen Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus s. 70. Turku 2015) vaikka hankintalaissa on säädetty siitä milloin hankintasopimus syntyy riippuu sopimuksen syntyminen edelleen myös tapauskohtaisista olosuhteista.

(56) TLO toteaa, että tässä asiassa konkludenttinen sopimus on syntynyt olosuhteiden perusteella ja toteaa perusteluinaan seuraavaa:

**13.1.1. Hankintapäätöksessä ei mainittu kirjallista sopimusta eikä prosessia siitä, miten se on tarkoitus myöhemmin tehdä eikä hankintapäätöksen liitteenä ollut hankintasopimusluonnosta**

(57) Hankintalain 128 §:n mukaan pääsääntö on, että hankinnasta tulee laatia erillinen kirjallinen hankintasopimus mutta esimerkiksi oikeuskirjallisuuden (Halonen Kirsi Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus s. 74. Turku 2015) perusteella kirjallisen sopimuksen tekeminen esitöiden ja oikeuskäytännön perusteella ei vaikuta olevan hankintasopimuksen varsinainen muotomääräys, vaan sopimus voidaan katsoa syntyneeksi myös olosuhteiden perusteella.

(58) Hankintalain 128 §:n (erityisalojen hankintalain 119 §:n esitöissä on viittaus hankintalain 128 §:ään) liittyvässä hallituksen esityksessä (HE 190/2009 koskien hankintalain 30.3.2007/348 pykälää 76) todetaan muun ohella, että sopimuksen syntymistä koskevien tulkintatilanteiden välttämiseksi olisi suositeltavaa, että hankintayksikkö viimeistään hankintapäätöksen tiedoksiannossa ilmoittaisi, että hankintasopimus ei synny hankintapäätöksellä. Samalla hankintayksikkö ilmoittaisi, miten hankintasopimus osapuolten kesken on tarkoitus myöhemmin tehdä.

(59) Hankinnat.fi sivuston ohjeiden perusteella tulkintatilanteiden välttämiseksi on suositeltavaa, että hankintayksikkö viimeistään hankintapäätöksen tiedoksiannossa ilmoittaa, että hankintasopimus ei synny hankintapäätöksellä ja siihen liittyvällä tiedoksiannolla. Samalla hankintayksikön on syytä ilmoittaa, miten hankintasopimus osapuolten kesken on tarkoitus myöhemmin tehdä.

(60) TLO:n käsityksen mukaan suhteellisen yleinen käytäntö myös on, että hankintailmoituksen liitteeksi laitetaan hankintasopimusluonnos, johon tarjousasiakirjoissa viitataan.

Tarjousasiakirjoissa annettu viittaus siitä, että hankintasopimus syntyy, kun kirjallinen hankintasopimus on allekirjoitettu jää merkityksettömäksi, jos tarjousasiakirjoihin ei ole liitetty hankintasopimusta, johon nimenomaisesti viitataan. Viittaus ilman konkreettista asiakirjaa jättää liian laveaksi sen mistä tarkemmin ottaen tullaan sopimaan ja näin heikentää ennakoitavuutta. Luonnoksen hankintailmoitukseen liittämättä jättäminen ei myöskään suojaa kaikkien tarjoajien oikeutta syrjimättömään menettelyyn ja avoimuutta sekä yleistä etua koska tällöin hankinnan kohteen jälkikäteisen muuttamisen valvonta on vaikeampaa. Esimerkiksi joissain tapauksissa hankinnan kielletty jälkikäteinen muuttaminen on paljastunut sen ansiosta, että on voitu verrata hankintailmoitukseen liitettyä sopimusluonnosta siihen sopimukseen millaiseksi, se oli muodostunut jälkikäteisten neuvotteluiden johdosta.

(61) Jos kirjallista hankintasopimusluonnosta ei ole liitetty tarjousasiakirjoihin pitäisi hankintapäätöksessä olla selkeät ohjeet ja maininnat siitä miten kirjallinen hankintasopimus tullaan laatimaan ja allekirjoittamaan. Muussa tapauksessa jää perustellusti epäselväksi, miten hankintasopimus ja minkä sisältöisenä, tosiasiallisesti tehdään. Tämä jättää avoimeksi sitä voiko hankintasopimus syntyä muullakin tavalla kuin kirjallisella sopimuksella, jolloin kiistatta olosuhteet voivat täytäntöönpanon johdosta, tarkoittaen samalla hankintayksikön myötävaikutusta sopimuksen syntymiseen, johdosta johtaa konkludenttiseen hankintasopimukseen.

(62) TLO toteaa, että Salon kaupungin hankintailmoituksen liitteenä 14.3.2019 ei ollut hankintasopimusluonnosta. Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksessä 26.2.2019 § 37 ei myöskään kerrota hankintasopimuksen syntyvän kirjallisen hankintasopimuksen tekemisellä eikä päätöksessä kerrota miten hankintasopimus osapuolten kesken on tarkoitus myöhemmin tehdä. Salon kaupungin hankintailmoituksessa 14.3.2019 on sivulla 21 viitattu siihen, että hankintasopimus syntyy vasta kun kirjallinen hankintasopimus on allekirjoitettu.

(63) TLO katsoo, että huolimatta tarjouspyynnön viittauksesta hankintasopimuksen syntymiseen kirjallisen sopimuksen allekirjoituksin hankintailmoituksen puutteellisuuden, kun konkreettista hankintasopimusluonnosta ei liitetty ilmoitukseen sekä hankintapäätöksen puutteellisuuden takia, koska siinä ei mainittu hankintasopimuksen syntyvän kirjallisella sopimisella ja koska siinä ei annettu ohjeita miten kirjallinen sopimus tullaan laatimaan ja allekirjoittamaan, TLO:lle on perustellusti jäänyt käsitys hankintasopimuksen voivan syntyä muullakin tavalla kuin ainoastaan kirjallisen hankintasopimuksen allekirjoituksin.

Hankintayksikkö on tiedottanut hankintailmoituksessaan ja -päätöksessään olennaisen puutteellisesti hankintasopimuksesta ja sen tekemisestä.

### **13.1.2. Salon kaupunki salli täytäntöönpanoon ryhtymisen ja konkludenttinen hankintasopimus syntyi**

(64) Konkludenttisen sopimuksen syntymisen toteamiseksi on annettu tulkintaohjeita hallituksen esityksessä. Sen perusteella hiljaisen sopimuksen olemassaolon toteaminen olosuhteista ei ole täysin yksiselitteistä (HE 190/2009 hankintalain 30.3.2007/348 pykälän 94 osalta). Harkinnassa tulisi erityisesti kiinnittää huomiota siihen, onko hankintayksikkö hankintapäätöksen jälkeen antanut hankinnan toteuttamiselle nimenomaisen suostumuksen tai onko tarjoaja ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen hankintayksikölle siinä määrin, että kyse ei ole enää tavanomaisista, kyseiseen hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä

(65) Hankintalain 154 §:n 3 momentissa todetaan, että markkinaoikeus voi 1 momentin 4–7 kohdassa tarkoitettuja seuraamuksia määrätessään katsoa hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen syntyneeksi olosuhteiden perusteella, jos hankintayksikkö on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen.

(66) Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että jos hankinnan täytäntöönpano on todellisuudessa alkanut, voidaan hilainen sopimus katsoa syntyneeksi (Halonen Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus s. 74. Turku 2015).

(67) Erityisalojen hankintalain 119 §:n perusteella hankintasopimus syntyy erillisen kirjallisen sopimuksen tekemisellä. Lainkohdan tarkoitus on selventää sitä hankintalain ja yleisen sopimusoikeuden välistä ristiriitaa siitä, ettei hankintasopimus synny hankintapäätöksen tiedoksiannolla (tarjous - vastaus).

(68) Tässä tapauksessa on kuitenkin kyse siitä, että hankintayksikkö on tarjouksen hyväksymisen lisäksi suostunut ja edesauttanut hankintasopimuksen täytäntöönpanon. Salon kaupunki on tilannut TLO:lta 30.4.2019 tehdyllä väliaikaisella hankintasopimuksella liikennöinnin järjestämisen tarjouspyynnön ehtojen mukaiseksi sekä liikennöinnin toteutuksen. Nämä ovat tosiasiallisesti tarkoittaneet sitä, että hankintapäätös on osakokonaisuuksien 1 ja 2 osalta pantu merkittäville osiltaan täytäntöön, jolloin konkludenttinen hankintasopimus on syntynyt.

(69) Salon kaupungin ja TLO:n välille 30.3.2019 solmitussa väliaikaisessa hankintasopimuksessa sovitaan muun muassa seuraavaa:

**Otsikko "Väliaikainen hankintasopimus ostoliikenteestä".**

...Sopimus solmitaan tilaajan ja tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan kanssa...

### **Otsikko "Sopimuksen osapuolet".**

...Tilaaaja Salon kaupunki  
 ...Palveluntuottaja Turun Linja-autoilijan Oy (TLO)

### **Otsikko "Sopimuksen tarkoitus, sisältö ja kohde"**

Tällä väliaikaisella sopimuksella tilaaja hankkii tarjouskilpailussa valitulta liikenteen harjoittajalta ostoliikenteen liikennöinnin, jonka järjestämiseen (alleviivaus tässä) liikenteen harjoittaja on tarjouksen tehdessään sitoutunut kyseisen hankinnan tarjouspyynnössä ja sen liitteissä määriteltyjen ehtojen mukaisesti. Sopimus on voimassa 8.8.2019 alkaen siihen saakka kunnes markkinaoikeus on antanut ratkaisun kaupunkikehityslautakunnan päätöstä § 37 26.2.2019 koskevasta valituksesta.

Sopimus koskee kohdetta 1....sekä kohdetta 2...

### **Otsikko "Liikennöinti"**

Palveluntuottajan velvollisuutena on hoitaa kohteen liikennöinti tämän sopimuksen ja sen liiteasiakirjojen sekä tarjouskilpailuasiakirjojen mukaisesti"

### **Otsikko: "Sopimus ja asiakirjojen pätevyysjärjestys"**

Kyseessä on Salon kaupunkikehityslautakunnan päätöksen § 60 26.3.2019 mukainen väliaikainen sopimus. Tilaaajan ja liikenteenharjoittajan välisen sopimussuhteen sisältö määräytyy tämän asiakirjan sekä siihen liittyvien asiakirjojen perusteella.

1. Tämä sopimus liitteineen, 2. Hankintapäätös 37 § pvm 26.3.2019, 3. Tarjouspyyntö 216234 liitteineen 4. Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot, (JYSE 2014 Palvelut), 5. palveluntuottajan tarjous liitteineen, pvm. 14.2.2019.

Yllä mainitut sopimusasiakirjat täydentävät toisiaan. Mikäli asiakirjat ovat sisällöltään ristiriitaisia, niiden keskinäinen pätevyysjärjestys on yllä mainitun mukainen.

(70) TLO toteaa, että edellä mainitut sopimusmääräykset tarkoittavat ja ovat tosiasiallisesti myös johtaneet hankinnan täytäntöönpanoon sen merkittävimmiltä osiltaan. Salon kaupunki on tilannut TLO:lta ostoliikenteen liikennöinnin, jonka järjestämiseen liikenteen harjoittaja on tarjouksen tehdessään sitoutunut kyseisen hankinnan tarjouspyynnössä ja sen liitteissä määriteltyjen ehtojen mukaisesti.

(71) Hankintayksikön tilaama liikennöinnin järjestäminen on tarkoittanut sitä, että TLO ja sen intressiyhtiö (kumppanuusyhtiö) ovat investoineet 1.671.036 euroa liikennöinnin järjestämiseen tarjouspyynnön ehtojen mukaiseksi.

(72) Edellisen perusteella Salon kaupunki on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen tavalla, joka on tarkoittanut konkludenttisen hankintasopimuksen syntymistä. Kyse ei myöskään ole tavanomaisista kyseiseen hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä. Tällöin markkinaoikeus ei konkludenttisen hankintasopimuksen johdosta olisi voinut käyttää hankintalain 154 §:n mukaisia ensisijaisia keinoja päättäessään Salon kaupungin hankintamenettelyyn liittyvistä seuraamuksista. Asiassa on sovellettu hankintalakia väärin ja valitus tulee hyväksyä.

### **13.1.3. TLO:lla oli väliaikaisen hankintasopimuksen johdosta perustellusti syy luottaa hankintasopimuksen syntyyn täytäntöönpanon perusteella.**

(73) Asiassa on myös huomioitava kirjallisen väliaikaisen hankintasopimuksen solmimiseen liittyvä TLO:n harkinta. TLO:lla oli väliaikaisen hankintasopimuksen johdosta perustellusti syy luottaa hankintasopimuksen syntyyn täytäntöönpanon perusteella.

(74) Väliaikainen hankintasopimus on solmittu ainoastaan Miodex Oy:n valituksen perusteella. **Ainoastaan siinä tilanteessa varsinaista hankintasopimusta ei tehtäisi, jos hankintapäätös kumoutuu Miodex Oy:n valituksessa esitettyjen seikkojen johdosta.** Ehdollisuus liittyi ja rajautui ainoastaan Miodex Oy:n valitukseen. TLO:llahan ei ollut tiedossakaan väliaikaisen hankintasopimuksen allekirjoittamisen hetkellä mitään muuta kuin Miodex Oy:n valitus ja se kykeni arvioimaan tilannetta ainoastaan Miodex Oy:n valituksen perusteella. Myöhemmin markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen pelkästään viran puolesta havaitsemansa Salon kaupungin virheen johdosta. Tällöin ehto, jonka perusteella varsinaista hankintasopimusta ei tehdä ei realisoitunut, TLO:n odotuksen mukaisesti (eihän se muuten olisi sitoutunut väliaikaiseen sopimukseen ja ryhtynyt investointeihin eli täytäntöönpanoon), jolloin väliaikaiseen hankintasopimukseen liitettyjen ehtojen perusteella konkludenttinen sopimus ei ole voinut jäädä syntymättä.

### ***13.2. Markkinaoikeus ei kuullut TLO:ta (perustelu on samasisältöinen kuin valituslupaa koskevissa perusteluissa)***

(75) Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan oikeus tulla kuulluksi samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Hallintolain käyttölain 34 §:n mukaan asianosaiselle on ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus antaa selityksensä muiden tekemistä vaatimuksista ja sellaisista selvityksistä, jotka voivat vaikuttaa asian ratkaisuun.



(76) Markkinaoikeus lähetti TLO:lle lausuntopyynnön 13.6.2019 (*liite 12*). Lausuntopyyntö koski vain Miodex Oy:n valitusta. Markkinaoikeus oli kuitenkin jo ennen tätä 15.3.2019 pyytänyt Salon kaupungilta vastinetta (*liite 13*) sekä samalla lausumaan sovellettavasta laista. Salon kaupunki vastasi markkinaoikeudelle 26.3.2019. Markkinaoikeus kumosi 24.3.2020 Salon kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen koska tämä oli soveltanut väärää lakia.

(77) Markkinaoikeus ei kuullut TLO:ta lainkaan sovellettavasta laista eikä Salon kaupungin 24.3.2020 antamasta selvityksestä. Vaikka markkinaoikeuden tiedossa oli hankintapäätöksen kumoamisen tarkoittavan sitä, että TLO markkinaoikeuden päätöksellä menettäisi tarjouskilpailussa parhaalla tarjouksellaan voittamansa hankintasopimuksen.

(78) TLO katsoo, että asiassa tapahtuneen kuulemisvirheen vuoksi valitus tulee hyväksyä.

### *13.3. Markkinaoikeuden päätöksen peruste on virheellinen (perustelu on samasisältöinen kuin valituslupaa koskevissa perusteluissa)*

(79) Markkinaoikeus on katsonut päätöksessään, että väärän ilmoitustyyppin johdosta ne toimittajat, jotka ovat etsineet juuri erityisalojen kuten liikenteen alan toimijoiden hankintoja, eivät ole voineet löytää hankintailmoitusta. Vaikka hankintailmoitus on sinänsä ollut kaikkien mahdollisten tarjoajien luettavana hankintasäännöksissä tarkoitetuissa tietokannoissa ja ilmoituspaikoissa, ilmoitusten suuren lukumäärän vuoksi kaikkien hankintailmoitusten seuraaminen on kuitenkin työlästä eikä tällaista toimintatapaa voida pitää toimittajien kannalta vaikeuksitta mahdollisena tai edes kohtuullisena.

(80) TLO katsoo, että markkinaoikeus on perustanut päätöksensä virheelliseen käsitykseen vallitsevasta tilanteesta. Markkinaoikeus on antanut samaan tulkintaan perustuvia muitakin ratkaisuja kuten MAO 260/19. Tämän päätöksen sekä nyt käsillä olevan päätöksen MAO 126/20 perusteella myös Turun kaupunkiseudun joukkoliikennelautakunta teki 7.4.2020 § 64 saman hankintailmoittamista koskevan seikan johdosta hankintaoikaisun ja on aloittamassa vastaavaa joukkoliikenne palveluiden kilpailutusta uudelleen. Vastaavalla tavalla hankintalain perusteella EU-ilmoitettuja joukkoliikennehankintoja on lukuisia. TLO katsookin, että markkinaoikeuden kanta, potentiaalisten tarjoajien näkökulmasta, ettei hankintailmoituksia voi löytää sekä hankintailmoitusten seuraamisen työläydestä ja siitä, ettei toimintatapaa voida pitää toimittajien kannalta vaikeuksitta mahdollisena ja kohtuullisena on virheellinen.

(81) Kuten edellä esitetyistä oikeustapauksista on tulkittavissa toimittajat ovat löytäneet hankintailmoitukset myös hankintalain mukaisesti ilmoitettuina. Kyse on ollut yleisesti tiedossa olleesta ilmoitustavasta. Hankintailmoituksiin on valittu myös lähes poikkeuksetta suomen kieli. Koska vallitseva ilmoittamistapa on ollut hankintalain mukainen ilmoittaminen kyse ole siitä, ettei ilmoituksia löydettäisi tai että potentiaalisille tarjoajille olisi millään lailla ollut työlästä tai vaikeaa löytää itselleen sopivimmat tarjouspyynnöt. Markkinaoikeus perustaakin päätöksensä virheellisiin seikkoihin.

(82) Markkinaoikeuden olisi tullut perustella kantaansa, sillä miten se katsoo EU hankintailmoitusten ilmoittamisen erityisalojen hankintalain mukaisesti toteuttavan paremmin avoimuusperiaatetta suhteessa vallinneeseen ilmoittamiskäytäntöön, jolloin se on perustanut päätöksensä virheellisiin perusteisiin.

(83) Tällöin asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi ja valitusluvan myöntämiseen on myös muu painava syy

(84) Edellä esittämänsä perusteella TLO katsoo, että markkinaoikeuden päätös perustuu virheellisiin tosiseikkoihin ja valitus tulee sen johdosta hyväksyä.

#### *13.4. Markkinaoikeus käytti harkintavaltaansa väärin (perustelu on samasisältöinen kuin valituslupaa koskevissa perusteluissa)*

(85) Kumotun hankintalain 94 §:n 2 momentti koskevassa hallituksen esityksessä (HE 190/2009) todetaan, että markkinaoikeudella olisi lainsäädännön puitteissa harkintavaltaa seuraamusten määräämisessä. Markkinaoikeuden tulisi kuitenkin hankintalainsäädännön tavoitteet. Näin ollen virheelliseen hankintamenettelyyn tulisi ensisijaisesti puuttua pykälän 1 momentin 1-3 kohdassa luetelluilla ensisijaisilla seuraamuksilla eli reaalikeynoilla. Samoin seuraamusta määrätessään markkinaoikeuden olisi otettava huomioon, missä määrin menettelyvirhe on vaikuttanut asianosaisten tehokkaan oikeussuojan toteutumiseen. Hankintayksikön hankintamenettelyn lopputulokseen vaikuttamaton virhe ei siten voisi johtaa seuraamuksen määräämiseen (alleviivaus tässä). Edellä mainitut periaatteet ovat ohjanneet myös voimassa olevan hankintalainsäädännön soveltamista tuomioistuimissa.

(86) TLO:n edellisessä kohdassa 12.4. esittämien perusteluiden johdosta markkinaoikeuden olisi tullut huomioida seuraamuksia arvioidessaan, ettei

erityisalojen hankintalain mukainen EU ilmoitus olisi tuonut Salon kaupungin hankintakilpailuun muita tarjoajia kuin nyt tarjouksen jättäneet toimittajat. Kaikki potentiaaliset tarjoajat ovat löytäneet kyseessä olleen hankintailmoituksen.

(87) Tällöin hankintalain mukaisella EU-ilmoittamisella ei ole ollut vaikutusta hankintayksikön hankintamenettelyn lopputulokseen. Samat 9 liikennöitsijää olisivat osallistuneet Salon kaupungin tarjouskilpailuun riippumatta siitä kumman lain perusteella EU hankintailmoitus olisi toteutettu. Tällöin markkinaoikeus olisi voinut todeta löytämänsä hankintailmoittamista koskevan virheen, ja se olisi näin toiminut oikeusohjeena, mutta jättää kumoamatta Salon kaupunkikehityslautakunnan hankintapäätöksen 26.2.2019 § 37.

(88) Väärin ilmoittamisella ei tällöin ole ollut vaikutusta myöskään avoimuusperiaatteen tai kaikkien toimittajien syrjimätöntä kohtelua koskevan periaatteen toteutumiseen.

(89) Valitus tulee hyväksyä markkinaoikeuden hankintavallan käyttämistä koskevan virheen takia.

#### *14. Oikeudenkäyntikulujen korvaaminen*

(90) TLO vaatii, että valtio tai/ja Salon kaupunki velvoitetaan korvaamaan sen oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien oikeudenkäyntimaksu, laillisine viivekorkeineen. TLO:lle on korvattava edellä mainitut kulut koska oikeudenkäynnistä hallintoasioissa (808/2019) annetun lain 95 §:n 1 momentin perusteella olisi kohtuutonta, jos muutoksenhakija joutuisi itse vastaamaan hankintayksikön virheellisestä hankintamenettelystä johtuvista oikeudenkäyntikuluista ja oikeudenkäyntimaksust

Turussa 4.5.2020

Turun Linja-autoilijain osuuskunta (TLO)



puolesta, Eero Kokkonen, OTK, LLM

- Liitteet:
1. Markkinaoikeuden päätös 24.3.2020
  2. Saantitodistus
  3. Hankintapäätös 26.2.2019
  4. Asiamiehen valtakirja

5. TLO:n ja LS-Kiinteistöt Oy:n investoinnit
6. Hankintailmoitus 14.1.2019
7. Salon kaupungin vastaus valitukseen 26.3.2019
8. Väliaikainen hankintasopimus 30.4.2019
9. Salon kaupunkikehityslautakunnan päätös 14.4.2020
10. Salon kaupungin ilmoitus 21.4.2020
11. Markkinaoikeiden lausuntopyyntö TLO:lle 13.6.2019
12. Markkinaoikeuden vastine pyyntö Salon kaupungille 15.3.2019