

MARKKINAOIKEUDELLE

VALITUS

JULKINEN HANKINTA

Hankintayksikkö

Mikkelin kaupunki (0165116-3), Mikkelä, osoite: PL 33 (Maaherrankatu 9 – 11), 50101 Mikkelä (jälj. myös ”Kaupunki” ja ”Hankintayksikkö”)

Valittaja

Tilausliikenne Linjakas Oy (1779988-3), Mikkelä (jälj. ”Valittaja” ja ”Tilausliikenne Linjakas”)

Asiamies/prosessiosoite

Varatuomari, luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja [redacted], osoite: Asianajotoimisto Reinikainen & Vainio Oy, Porrassalmenkatu 17 B 3, 50100 Mikkelä, puh. 040 522 8324, (015) 57 870, sähköposti: j [redacted]@reinikainenvainio.fi

Hankintapäätös

Mikkelin kaupungin kaupunkikehityslautakunnan 30.08.2022 tekemä päätös (§ 99, MliDno-2021-4480) Mikkelin kaupungin asiointi-, työmatka- ja koululaisvuorojen joukkoliikennepalvelun hankinnasta ajalle 1.11.2022 – 31.10.2026 sekä optiona ajalle 1.11.2026 – 31.10.2027. Tarjouspyyntö julkisten hankintojen sähköinen ilmoituskanava (HILMA) nro 406760.

Tarjousasiakirjojen mukaan hankinnassa on kysymys EU -kynnysarvon ylittävästä julkisista hankinnoista annetussa laissa (”hankintalaki”) tarkoitetusta hankinnasta.

Hankinta on jaettu osiin (hankintapäätös kohteet 1 – 8, tarjouspyyntö kohteet 3.1 – 3.8):

- Kohde 1: Mikkelä – Rahula -Kuvaala-Särkimäki – Hännilä – Kokkoselahti – Parkkila – Mikkelä
- Kohde 2: Haukivuoren alueen päivä
- Kohde 3: Mikkelä -Haukivuori -Mikkelä
- Kohde 4: Mikkelä -Rämälä -Vehmaskylä -Hirola -Mikkelä
- Kohde 5: Mikkelä -Mäntyniemi -Ihastjärvi – Pulliala
- Kohde 6: Mikkelä -Kovala -Harjuma -Vanhamäki – Otava
- Kohde 7: Ristiina -Suomenniemi – Ristiina

Kohde 8: Mikkeli -Parkkila -Anttola – Mikkeli

Tämä valitus koskee hankintapäätöstä kohteiden 1 – 8 osalta.

Vaatimuksen liikesalaisuudet

Tämä vaatimuskirjelmä ei sisällä Tilausliikenne Linjakkaan liikesalaisuuksiksi luokiteltavia tietoja.

Hankintapäätöksen tiedoksianto

Päätös liikennöitsijöiden valinnasta ja hankintalain 147 §:ssä tarkoitettu oikeus- ja valitusosoitus on lähetty tiedoksi sähköisesti ja ne ovat olleet Puikkosen käytettävissä 31.08.2022. Määräaika valituksen tekemiselle päättyy siten aikaisintaan 14.08.2022.

VAATIMUKSET MARKKINAOIKEUDESSA

- 1) Tilausliikenne Linjakas vaatii, että Mikkelin kaupungin 30.08.2022 tekemä joukkoliikenteen hankintapäätös kohteiden 1 – 8 (tarjouspyyntö kohdat 3.1. – 3.8.) osalta kumotaan kokonaisuudessaan.
- 2) Tilausliikenne Linjakas vaatii lisäksi, että markkinaoikeus julkisista hankinnoista annetun lain 151 §:n nojalla kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi.
- 3) Siinä tapauksessa, ettei hankintapäätöksen täytäntöönpanoa kielletä ja päätöstä ei kumota hankintalain 151 §:n 2 momentissa tarkoitettua syytä, Tilausliikenne Linjakas vaatii, että Mikkelin kaupunki veloitetaan suorittamaan sille hyvitysmaksua. Mikäli asia käsitellään hyvitysmaksuasiana, Puikkonen varaa tilaisuuden esittää selvitystä hyvitysmaksuvaatimuksestaan.
- 4) Vielä Tilausliikenne Linjakas vaatii, että hankintayksikkö veloitetaan korvaamaan yhtiön oikeudenkäyntikulut asiassa lisättynä korkolain (633/1982) 4 §:n mukaisilla viivästyskoroilla siitä lukien, kun on kulunut kuukausi ratkaisun antamisesta.

Valittajan oikeudenkäyntikulut ovat tähän mennessä 2.300,00 euroa lisättynä oikeudenkäyntimaksulla. Oikeudenkäyntimaksu ei sisällä arvonlisäveroa.

PERUSTELUT

Taustatiedot

Mikkelin kaupunki on julkaissut asiointi-, työmatka- ja koululaisvuorojen joukkoliikennepalvelun hankinnasta tarjouspyynnön (nro 406760) julkisten hankintojen sähköisellä ilmoituskanavalla (HILMA) 23.06.2022.

Hankintamenettely on toteutettu avoimessa menettelyssä.

Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan hankinta on jaettu osiin, joista on tarjouspyynnössä käytetty nimitystä 3.1 – 3.8 (hankintapäätöksessä kohteet 1 – 8). Tarjouksentekijät ovat voineet jättää kaikista osista erillisen tarjouksen. Tilausliikenne Linjakas on jättänyt tarjouksen kohdista

Kohde 2 (tarjouspyyntö 3.2) Haukivuoren alue

Kohde 3 (tarjouspyyntö 3.3) Mikkeli-Haukivuori-Mikkeli

Kohde 4 (tarjouspyyntö 3.4) Mikkeli-Rämälä-Vehmaskylä-Hirola-Mikkeli

Tarjouspyynnön mukaan hankintasopimus on kunkin kohteen osalta voimassa ajalla 01.11.2022 – 31.10.2026. Hankintasopimukseen sisältyy optio jatkaa sopimusta yhdellä vuodella ajalla 01.11.2026 – 31.10.2027.

Hankinnan ennakoitua arvonlisäverotonta kokonaisarvoa ei ole tarjousasiakirjoissa ilmoitettu. Hankinnan arvonlisäveroton kokonaisarvo on noin 6 miljoonaa euroa.

Tarjousasiakirjojen mukaan hankinnassa on ollut kysymys EU -kynnysarvon ylittävästä julkisista hankinnoista annetussa laissa (397/2016, ”hankintalaki”) tarkoitettusta hankinnasta.

28.06.2022 julkaistussa ilmoituksessa TED-verkkosivustolla (<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:347247-2022:TEXT:FI:HTML>) hankinnan oikeusperustaksi on ilmoitettu direktiivi 2014/24/EU.

Hankintamenettelyyn sovellettavat säännökset

Muutoksenhaun kohteena on kysymys siitä, onko hankinnan kohteena olevia liikennepalveluja koskevassa sopimuksessa ollut kysymys (i) palveluja koskevasta hankintasopimuksesta vai käyttöoikeussopimuksesta ja (ii) sovelletaanko kyseiseen hankintaan Hankintayksikön soveltamaa hankintalakia, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettua lakia (1398/2016, ”erityisalojen hankintalaki”) vai lakia liikenteen palveluista (320/2017, ”palveluliikennelaki”).

Hankintalain 10 §:n mukaan mainittua lakia ei sovelleta Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetussa laissa (1398/2016, ”erityisalojen hankintalaki”) tarkoitettua toimintaa varten tehtäviin hankintoihin ja käyttöoikeussopimuksiin.

Erityisalojen hankintalaki 1 §:n 1 momentin mukaan vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien valtion ja kuntien viranomais- ten sekä muiden 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin mainitussa laissa säädetään.

Erityisalojen hankintalain 4 §:n 1 kohdan mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Saman pykälän 7 kohdan mukaan palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan taloudellista vastiketta vastaan tehtyä kirjallista sopimusta, jolla yksi tai usea hankintayksikkö siirtää muiden kuin käyttöoikeusurakkaa koskevien palvelujen tarjoamisen ja hallinnoimisen sekä siihen liittyvän toiminnallisen riskin yhdelle tai usealle toimittajalle ja jossa siirtämisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelujen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

Erityisalojen hankintalain 4 §:n esitöiden (HE 108/2016 vp s. 249) mukaan se vastaa hankintalain 4 §:ää. Hankintalain 4 §:n esitöiden (HE 108/2016 vp s. 76 ja 77) mukaan käyttöoikeuden ohella käyttöoikeussopimuksissa siirtyy joko rakennusurakan toteuttamiseen tai palvelujen tarjoamiseen ja hallinnoimiseen liittyvä toiminnallinen riski. Toiminnallisen riskin käsite on määritelty käyttöoikeussopimusten tekemisestä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/23/EU 5 artiklan 1 kohdassa. Käyttöoikeuden siirrossa sen saajalle siirtyy myös toimintaan liittyvä taloudellinen riski siitä, ettei kaikkia urakoiden tai palvelujen toteuttamiseksi tehtyjä investointeja ja niistä aiheutuneita kustannuksia saada takaisin tavanomaisissa käyttöolosuhteissa, vaikka osa riskeistä jäisikin hankintayksikölle. Mikäli hankintayksikkö vapauttaa sopimus-kumppanin mahdollisista tappioista takaamalla tälle vähimmäistulon, joka on yhtä suuri tai suurempi kuin tehdyt investoinnit, ei järjestelyssä siirry lainkaan toiminnallista riskiä, eikä kyseessä ole julkinen käyttöoikeussopimus. Tällöin kyseessä saattaa olla Erityisalojen hankintalain 4 §:n 1 kohdassa tarkoitettu hankintasopimus. Hankintayksikön yksinomaan korvaama järjestely on kuitenkin katsottava käyttöoikeussopimukseksi, jos sopimus-kumppanin urakan toteuttamiseksi tai palvelun tarjoamiseksi tekemien investointien ja urakasta tai palvelusta aiheutuneiden kustannusten takaisin saaminen riippuu palvelun tai kohteen tosiasiallisesta kysynnästä tai tarjoamisesta.

Hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp s. 77) mukaan riskin absoluuttisella määrällä ei ole vaikutusta käyttöoikeussopimuksen määrittelyssä. Sopimus on voitava määritellä käyttöoikeussopimukseksi, vaikka riski olisi alun perin pieni. Näin voi olla esimerkiksi hintasäännellyillä aloilla tai aloilla, joilla toiminnallista riskiä rajoitetaan sopimalla osittaisesta korvauksesta tai korvauksesta käyttöoikeussopimuksen päättyessä ennenaikaisesti hankintayksiköstä johtuvista syistä tai ylivoimaisen esteen vuoksi.

Hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp s. 77) mukaan on edelleen todettu, että toiminnallisen riskin on johduttava tekijöistä, joihin sopimuspuolet eivät voi vaikuttaa. Esimerkiksi hallinnon ongelmiin, toimittajan puutteisiin sopimuksen toteuttamisessa tai ylivoimaisen esteen tilanteisiin liittyvät riskit eivät ole ratkaisevia käyttöoikeussopimukseksi luokittelun kannalta, koska niitä sisältyy kaikkiin sopimuksiin. Toiminnallinen riski on ymmärrettävä riskiksi markkinoiden epävarmuustekijöille altistumisesta. Riski voi liittyä joko kysyntään, tarjontaan tai molempiin. Kysyntäriski tarkoittaa sopimuksen kohteena olevien

urakoiden tai palvelujen kysyntään liittyvää riskiä kuten riskiä asiakkaiden määrästä. Tarjontariski tarkoittaa puolestaan sopimuksen kohteena olevien urakoiden toteuttamiseen tai palvelujen tarjoamiseen liittyvää riskiä kuten erityisesti riskiä siitä, että palvelujen tarjoaminen ei vastaa kysyntää. Arvioitaessa toiminnallista riskiä sopimuskumppanin kaikkien investointien, kustannusten ja tulojen nettohyötyarvo on otettava huomioon johdonmukaisella ja yhdenmukaisella tavalla.

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee (tuomio 10.3.2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, 29 kohta ja tuomio 10.11.2011, *Norma-A ja Dekom*, C 348/10, EU:C:2011:721, 45 kohta), että vaikka riski voi jo alun alkaen olla hyvin vähäinen, palvelukonsession olemassaolon toteamiseksi on tarpeen, että hankintaviranomainen siirtää tähän toimintaan liittyvän oman riskinsä täysimääräisesti tai ainakin pääosin konsessionsajalle.

Erityisalojen hankintalain 5 §:n 1 momentin mukaan mainitussa laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat yhtä tai useaa lain 6–9 §:ssä tarkoitettua toimintaa harjoittavat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, valtion liikelaitokset, julkisoikeudelliset laitokset sekä edellä mainittujen tahojen muodostamat yhteenliittymät.

Hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp s. 249 ja 250) mukaan soveltamisalakysymysten selkeyttämisessä arvioinnin etenemisellä on olennainen merkitys. Arvioinnissa tulee ensin selvittää, mitä toimintaa hankkiva yksikkö harjoittaa ja liittyykö tehtävä hankinta kyseisen toiminnan harjoittamiseen. Lain soveltaminen riippuu ensisijaisesti yksikön toiminnan luonteesta, ei hankinnan kohteesta. Mikäli tehtävä hankinta liittyy erityisalatoiminnan harjoittamiseen, tarkastellaan seuraavaksi, onko hankkija erityisalojen hankintalain mukainen hankintayksikkö. Mikäli hankinta liittyy hankintalain mukaisen toiminnan harjoittamiseen, tarkastellaan hankintayksikköasemaa puolestaan hankintalain hankintayksikkösäännösten mukaisesti. Sovellettavilla hankintayksikkösäännöksillä on merkitystä, sillä erityisalojen hankintayksikkösäännökset eroavat osin hankintalain vastaavista. Relevantin hankintalain ja hankintayksikköaseman selvittämisen jälkeen selvitettäväksi tulee vielä kynnysarvon ylittyminen sekä erityisalojen hankintalain soveltamisalapoikkeusten mahdollinen soveltuminen hankintaan.

Erityisalojen hankintalain 8 §:n 1 momentin mukaan mainittua lakia sovelletaan sellaisten verkkojen rakentamiseen, huoltoon, ylläpitoon sekä tarjoamiseen, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluja muun ohella linja-autoilla. Mainittua lakia sovelletaan myös kuljetuspalvelujen tarjoamiseen kuljetuspalvelujen verkossa. Kuljetuspalvelujen verkolla tarkoitetaan palvelua, jota tarjotaan viranomaisen toiminnalle asettamien ehtojen mukaisesti. Ehdot voivat koskea liikennöitäviä reittejä, käytettävissä olevaa kuljetuskapasiteettia tai vuorotiheyttä.

Palveluliikennelain 181 §:n 1 momentin mukaan palvelusopimusasetuksessa tarkoitettuja tieliikenteen toimivaltaisia viranomaisia ovat toimivaltaiset elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskukset sekä 2 momentissa mainitut kunnalliset viranomaiset ja 3 momentissa mainitut seudulliset viranomaiset. 2 momentissa on mainittu Mikkeli toimivaltaisena viranomaisena.

Erityisalojen hankintalain 20 §:n 2 momentin mukaan mainitun lain soveltamisesta palveluliikennelaissa tarkoitettuihin palveluhankintoihin säädetään palveluliikennelain 162 §:n 2 momentissa.

Erityisalojen hankintalain 20 §:n esitöissä (HE 202/2020, s. 73) on viitattu soveltamisen osalta lain aikaisempaan sanamuotoon, jolla oli viitattu kumottuun joukkoliikennelain 36 §:n 1 momenttiin. Pykälän alkuperäisen sanamuodon esitöissä (HE 108/2016 vp s. 257) on todettu, että liikennepalvelujen osalta on otettava huomioon myös lain 20 §:n 2 momentin soveltamisalapoikeus, jonka mukaan lakia sovelletaan joukkoliikennelain 36 §:n 1 momentissa tarkoitettuihin hankintasopimuksiin vain siltä osin kuin mainitussa laissa säädetään. Silloin kun järjestely toteutetaan käyttöoikeussopimuksena, jonka kohteena ovat linja-autojen tai raitiovaunujen joukkoliikennepalvelut, sovelletaan hankintalakien sijasta joukkoliikennelain kilpailuttamissäännöksiä. Hankintalakien ja joukkoliikennelain menettelysääntöjen soveltaminen ratkaistaan hankinnan kohteen ja sopimustyyppin mukaan, kun taas valinta hankintalakien välillä tehdään lähtökohtaisesti hankintayksikön toiminnan luonteen perusteella.

Palveluliikennelain 162 § 1 momentin mukaan mainitun luvun mukaisia hankintamenettelyjä käytetään tehtäessä maantieliikennettä ja muuta raideliikennettä kuin rautatieliikennettä koskevia käyttöoikeussopimuksia. Mainitun luvun mukaisia hankintamenettelyjä käytetään tehtäessä rautatieliikennettä koskevia sopimuksia riippumatta siitä, ovatko ne käyttöoikeussopimuksia vai muita rautateiden ja maanteiden julkisista henkilöliikennepalveluista sekä neuvoston asetusten (ETY) N:o 1191/69 ja (ETY) N:o 1107/70 kumoamisesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksessa (EY) N:o 1370/2007, jäljempänä palvelusopimusasetus, tarkoitettuja julkisia palveluhankintoja koskevia sopimuksia. Sopimuksen tekemisestä ilman tarjouskilpailua säädetään palvelusopimusasetuksen 4, 5, 5 a ja 6–8 artiklassa.

Palveluliikennelain 162 § 2 momentin mukaan muihin kuin 1 momentissa tarkoitettuihin julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin sovelletaan hankintalain tai vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain mukaisia hankintamenettelyjä. Näihin sopimuksiin sovelletaan palvelusopimusasetusta lukuun ottamatta sen 5 artiklan 2–6 kohdan ja 8 artiklan 2–4 kohdan säännöksiä.

Palveluliikennelain esitöiden yleisperustelujen nykytilaa koskevassa osassa 2 (HE 161/2016 vp s. 28) on todettu muun ohella, että joukkoliikennepalvelut voidaan kilpailuttaa joukkoliikennelain ja palvelusopimusasetuksen mukaisesti käyttöoikeussopimuksella tai hankintalain mukaisesti niin sanotulla bruttomallilla.

Valituksen kohteena olevaa hankintaa koskevan hankintailmoituksen kohdassa II.1.4 "Lyhyt kuvaus" on todettu muun ohella seuraavaa:

"Mikkelin kaupunki joukkoliikenteen toimivaltaisena viranomaisena (jäljempänä tilaaja) järjestää avoimen tarjouskilpailun kaupungin alueen joukkoliikennepalvelun hoitamisesta bruttokorvaukseen perustuvan sopimuksen mukaisesti. Sopimuksen ehdot on kuvattu tarkemmin liitteessä "Ostoliikenteen ehdot".

Pyydämme tarjoustanne jäljempänä määritellyn PS-A-liikenteen hoitamisesta alla mainittujen kohtien mukaisesti.

Tässä kilpailutuksessa on käytössä viranomaisen lippu- ja maksujärjestelmä W'altti."

Tarjouspyynnön kohdassa "Hankinnan taustaa" on todettu muun ohella seuraavaa:

"Bruttoliikennesopimuksella tarkoitetaan tässä tarjouspyynnössä palvelusopimusasetuksen (1370/2007) ja joukkoliikennelain (869/2009) mukaista bruttoliiikennesopimusta, joka laaditaan tilaajan suunnitteleminen reittimäisten joukkoliikennepalvelujen hoitamiseksi. Bruttoliikenteet on määritelty liitteenä olevassa asiakirjassa "Ostoliikenteen ehdot"."

Tarjouspyynnön kohdassa "Sopimusmenettely" on todettu muun ohella seuraavaa:

"Hankintapäätöksellä valitun palveluntuottajan kanssa tehdään kirjallinen hankintasopimus, kun hankintapäätös on saanut lainvoiman."

Tarjouspyynnön liitteenä olleen asiakirjan " Tarjouspyynnön liite 1" kohdassa "Liikennöitsijän asema, 1.1 Yleistä" on todettu seuraavaa:

"Tarjoaja on velvollinen hoitamaan tarjouspyynnössä ja sen liitteissä kuvatus bruttoliiikenteen. Liikennöitsijän tarjouksessaan antama palvelun hinta kattaa kaikki liikennöintikustannukset. Liikenteessä käytettävien linja-autojen tulee täyttää sovitut vaatimukset ja liikennepalvelun tulee täyttää tilaajan asettamat laatuvaatimukset ja noudattaa voimassa olevaa lainsäädäntöä. Liikennöinnistä on esitetty alustavat reitti- ja aikataulusuunnitelmat liitteenä olevassa kohdekuvausdokumentissa, mitä liikennöitsijä sitoutuu noudattamaan. Bruttoliikenteessä asiakkaiden liikennöitsijälle maksamat lipputulot vähennetään tilaajan maksamasta kuukausikorvauksesta. Tilaaja päättää joukkoliikenteen asiakasmaksuista."

Tarjouspyynnön liitteenä olleen asiakirjan " Tarjouspyynnön liite 1" kohdassa 3.2 " Tilaajan vastuu ja liikennöintikorvauksen maksaminen, maksut bruttoliiikenteen mukaan Liikennöintisopimus" on todettu seuraavaa:

"Tilaaja (Mikkeli) on velvollinen maksamaan liikennöitsijälle kultakin sopimuksen ja siihen liittyvien asiakirjojen mukaisesti liikennöidyltä kuukaudelta sopimuksen mukaisen korvauksen. Bruttoliikenteessä asiakkaiden maksamat lipputulot vähennetään tilaajan maksamasta kuukausikorvauksesta. Liikennöitsijä erittelee arvonlisäveron osuuden laskussa. Korvauksesta vähennetään ensin liikenteenharjoittajan matkustajilta käteismaksuina keräämät lipputulot sekä lippuotteiden lisälatauksesta saadut myyntitulot tilaajan tarjouspyynnössä määrittelemistä ja hinnoittamista lippuotteista. Liikenteenharjoittaja veloittaa asiakaskailta lipunmyyntipalkkion (4,00 €) ajoneuvossa tapahtuneen matkakortin latauksen yhteydessä.

Lipunmyyntipalkkio sisältää voimassa olevan arvonlisäveron (sopimuksen alkaessa 24 %). Liikenteen tarjoaja saa pitää lipunmyyntipalkkiot. Kertalipun myynnistä ei peritä asiakkaalta lipunmyyntipalkkiota. Kelan koulumatkatukilipun myynnistä ei peritä myyntipalkkiota.”

Tarjouspyynnön liite 2 ”Kohdekuvaukset” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Liikenteen suunnittelusta vastaa tilaaja. Tilaajalla on sopimusehtojen mukaisesti oikeus muuttaa bruttoliihenkohteiden reitti- ja aikataulusuunnitelmia. Ennen sopimusten allekirjoittamista tilaaja ja liikennöitsijä pitävät sopimusneuvottelun, jossa käydään läpi mm. sopimuksen kohteena olevan liikenteen reitit ja aikataulut.”

Ostotarjouksen liitteen 1 ”Ostoliikenteen ehdot” kohdassa 3.5 ”Liikennöintikorvauksen vähentäminen, pidättäminen ja kuittaus” muun ohella seuraavaa:

”Tilaaja voi vähentää liikennöintikorvausta, mikäli liikenteessä on käytetty poikkeavaa autokalustoa tai, jos kaluston kunto on ollut sopimuksen vastaista teknisten tai esteettisten vaatimusten osalta. Jos liikennöitsijä ajaa sopimuksen vastaisella kalustolla ilmoittamatta tästä tilaajalle, voidaan liikennöintikorvaus vähentää kokonaisuudessaan sopimusrikkomusten kestoajalta.

Liikennöintikorvauksen vähentämistä tai pidättämistä koskevissa kohdissa reitillä tarkoitetaan kohdekuvausten aikatauluissa esitettyä yhden suuntaisen reitin liikennöintiä reitin lähtöajankohdasta reitin päätymsajan kohtaan.

Kohteen reitin jäädessä ajamatta, tilaaja voi vähentää kuukausittaisesta sopimusmaksusta seuraavat summat:

- 200 €/ ajamatta jäänyt reitti, mikäli liikennöitsijä ilmoittaa ajamatta jäävästä lähdöstä matkustajille (esimerkiksi nettisivuillaan tai muiden sähköisten matkustajapalveluiden kautta) vähintään 60 minuuttia ennen lähdön aikataulun mukaista lähtöaikaa sekä tilaajalle ajamattomasta liikenteestä sovitun raportointikäytännön mukaisesti.*
- 300 €/ ajamatta jäänyt reitti, mikäli liikennöitsijä ilmoittaa ajamatta jääneen lähdön tilaajalle ajamattomasta liikenteestä sovitun raportointikäytännön mukaisesti.*
- 500 €/ ajamatta jäänyt reitti, mikäli liikennöitsijä jättää ilmoittamatta ajamatta jääneen lähdön tilaajalle ajamattomasta liikenteestä sovitun raportointikäytännön mukaisesti.*

Reitti katsotaan ajamattomaksi myös, jos ajon aloitus myöhästyy vähintään kaksikymmentä (20) minuuttia kohdekuvauksissa esitetystä reitin aloitusajankohdasta.

Tilaaja voi vähentää liikennöintikorvausta myös lippu- ja maksujärjestelmän, informaation tarjoamisen ja jakamisen tai olennaisten tietojen rajapintojen puutteiden vuoksi seuraavasti: Enimmillään liikennöintikorvaus kokonaisuudessaan sellaisilta kokonaisilta kuukausilta, joina puutteellisuudet ovat ilmenneet”.

Ostotarjouksen liitteen 1 kohdan 3.4 ”Liikennöintikorvauksen muuttaminen” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Tilaajan liikennöitsijälle maksamaa korvausta voidaan muuttaa, jos kohteen liikennöinti tai siihen kohdistuvat vaatimukset muuttuvat olennaisesti. Muutos voi merkitä maksettavan korvauksen lisäämistä tai vähentämistä.”

Tarjouspyynnön liitteenä olleessa vuoromerkintätaulukossa on esitetty eri reitien vuotuisia ajopäiviä. Taulukosta ilmenee, että ajopäiviä on kertyy 37 loppuvuonna 2022 sekä vuosina 2023, 2024 ja 2025 ja 2026 noin 186 ajopäivää vuodessa. Tarjouspyynnön liitteenä olleista kohdetiedoista ilmenee lisäksi, että kohteissa 1 - 8 ajokilometrejä kertyy 2 359 – 2 600 kilometriä päivässä.

Edellä mainitun perusteella Mikkelin kaupunkia on alueellaan liikennepalveluissa ja palvelusopimusasetuksessa tarkoitettu tieliikenteen toimivaltainen viranomainen, joka on nyt käsillä olevaa hankintamenettelyä koskevalla EU-hankintailmoituksella ilmoittanut kaupungin alueen joukkoliikennepalvelun hankinnasta. Hankinta on liittynyt Mikkelin kaupungin erityisalatoimintaan eli liikennepalvelujen järjestämiseen tieliikenteen toimivaltaisena viranomaisena. Mikkelin kaupunki on siten pidettävä erityisalojen hankintalain 5 §:n 1 momentissa tarkoitettuna viranomaishankintayksikkönä. Hankinnan ennakoitu arvo on myös ylittänyt erityisalojen hankintalain 13 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettua kynnysarvon palveluja koskevissa hankinnoissa.

Hankinta-asiakirjojen mukaan liikenteen tilaaja saa hankinnan matkalipputulot. Lisäksi hankintayksikkö on sitoutunut maksamaan liikenteenharjoittajalle ajopäiviin tai sopimuskauden palveluihin perustuvan korvauksen, minkä johdosta liikenteenharjoittajan ei matkalipputulojen osalta voida katsoa altistuneen markkinoiden epävarmuustekijöille kuten kysyntäriskille, eikä sopimukseen voida katsoa tältä osin sisältyneen hankintayksiköltä sopimuskumppanille siirtyvää toiminnallista riskiä. Vaikka hankinta-asiakirjoissa on määritelty palvelutason määrän muutoksista ja niiden vaikutuksesta korvaukseen sekä palveluntarjoajalle maksettavan korvauksen vähentämisestä ajamatta jääneen liikenteen johdosta, näitä on pidettävä normaaleina hankintasopimukseen liittyvinä ehtoina, eikä niiden voida katsoa osoittavan käyttöoikeussopimukseen sisältyvää toiminnallista riskiä. Myös ajoneuvoissa tapahtuvan matkakortin latauksen yhteydessä liikenteenharjoittajan keräämän lipunmyyntipalkkion osuus on otettu huomioon ennakkomaksuna hankintayksikön maksamassa korvauksessa.

Hankinta-asiakirjoissa on edelleen todettu, että hankinnasta tehdään hankintasopimus, minkä lisäksi hankinta on todettu useassa kohden toteutettavan bruttokorvaukseen perustuvana sopimuksena tai bruttoliiikennesopimuksena.

Vaikka hankinta-asiakirjoissa on todettu, että liikenteenharjoittaja saa pitää rahdin kuljettamisesta syntyneet tulot sekä mainos- ja myyntitulot, yksin näiden tulojen ei voida katsoa osoittavan sitä, että kysymyksessä olevan kuljetuspalvelun käyttöoikeus ja palveluun liittyvä liiketaloudellinen riski siirtyisi hankintayksiköltä liikenteenharjoittajalle sillä tavalla täysimääräisesti tai pääosin, että hankittavaa palvelua voitaisiin pitää erityisalojen hankintalaissa tarkoitettuna palveluja koskevana käyttöoikeussopimuksena ja siten palveluliikennelaissa tarkoitettuna käyttöoikeussopimuksena.

Edellä todetun perusteella Tilausliikenne Linjakas katsoo, että hankinnan kohteena on ollut tieliikenteen joukkoliikennepalvelujen toteuttaminen hankintasopimuksella eikä käyttöoikeussopimuksella ja hankintamenettelyyn on tullut soveltaa erityisalojen hankintalain menettelysäännöksiä.

Hankinnasta ilmoittaminen

Erityisalojen hankintalain 62 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on toimitettava julkaistavaksi muun ohella erityisalojen hankintailmoitus kynnysarvot ylittävästä tavara- ja palveluhankinnasta sekä rakennusurakasta.

Mikkelin kaupunki hankintayksikkönä ei ole kuitenkaan julkaissut erityisalojen EU-hankintailmoitusta vaan hankintalain mukaisen EU-hankintailmoituksen. Edellä todetun perusteella hankintayksikön olisi tullut toimittaa hankinnasta julkaistavaksi erityisalojen EU-hankintailmoitus. 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.

Edellä todetuista perusteista Tilausliikenne Linjakas katsoo, että hankintayksikkö on hankinnasta ilmoittaessaan menettelyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

Asiassa on vielä huomioitava, onko nyt käsillä olevassa erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvassa hankintamenettelyssä otettava huomioon muitakin joukkoliikennelain ja palvelusopimusasetuksen velvoitteita kuin niitä, jotka jäävät soveltamatta palveluliikennelain 162 §:n nojalla.

Palveluliikennelain 163 §:n 1 momentin mukaan sen lisäksi, mitä palvelusopimusasetuksen 7 artiklassa säädetään, toimivaltaisen viranomaisen on ilmoitettava julkisesti 163 §:n 3 momentin mukaisilla menettelyillä toteutettavista käyttöoikeussopimuksista.

Palvelusopimusasetuksen 7 artiklan 2 kohdan mukaan toimivaltaisen viranomaisen on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että viimeistään vuosi ennen tarjouskilpailumenettelyn aloittamista tai vuosi ennen sopimuksen tekemistä ilman tarjouskilpailua Euroopan unionin virallisessa lehdessä julkaistaan vähintään seuraavat tiedot: toimivaltaisen viranomaisen nimi ja yhteystiedot (a alakohta), suunniteltu sopimuksentekomenettely (b alakohta) sekä palvelut ja alueet, joita sopimus mahdollisesti koskee (c alakohta). Saman kohdan mukaan toimivaltaiset viranomaiset voivat päättää olla julkaisematta näitä tietoja, jos julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus koskee alle 50.000 kilometrin henkilöliikennepalvelujen tarjoamista vuodessa.

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä (tuomio 20.9.2018, C 518/17, Rüdiger, EU:C:2018:757, 53 kohta; ks. myös tuomio 27.10.2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, 47 kohta) on katsottu, että palvelusopimusasetuksen 7 artiklan 2 kohdan ennakoilmoitusvelvollisuutta sovelletaan myös linja-autojen julkisia henkilöliikennepalveluja koskeviin hankintasopimuksiin, joiden sopimuspuolet lähtökohtaisesti valitaan julkisista hankinnoista ja direk-

tiivin 2004/18/EY kumoamisesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/24/EU tai vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/25/EU säädettyjen menettelyjen mukaisesti. Viimeksi mainittu direktiivi on saatettu Suomessa voimaan erityisalojen hankintalailla.

Mikkelin kaupunki hankintayksikkö ei ole julkaissut Euroopan unionin virallisessa lehdessä palvelusopimusasetuksen 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja tietoja tai on ilmoittanut tietoja virheellisenä ilmoittamalla hankinnan oikeusperusteeksi direktiivin 2014/24/EU, joka viittaa hankintalakiin. Kun lisäksi otetaan huomioon edellä kuvattujen ajopäivien määrä vuotta kohden ja hankinnan eri osien kilometrimäärät päivää kohden, kysymyksessä ei voida katsoa olleen alle 50.000 kilometrin henkilöliikennepalvelujen tarjoaminen, minkä johdosta toimivaltainen viranomaisena olisi voinut olla julkaisematta mainittuja tietoja. Hankintayksikkö on siten toiminut virheellisesti, kun se ei ole julkaissut palvelusopimusasetuksen 7 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja tietoja.

JOHTOPÄÄTÖS

Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikkö on menetellyt hankinnassaan julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti ja hankintapäätös voidaan siten kumota.

Markkinaoikeus on antanut vastaavanlaisessa asiassa ratkaisun MAO:260/19. Annettu ratkaisu tukee Valittajan esittämää vaatimusta.

MUUT ILMOITUKSET

Ilmoitus oikaisuvaatimuksen tekemisestä

Tilausliikenne Linjakas ilmoittaa, että se on tänään jättänyt hankintayksikölle hankintalain 132 §:ssä tarkoitettun vaatimuksen hankintaoikaisuun tekemisestä.

Ilmoitus hankintayksikölle

Valituksen tekemisestä markkinaoikeudelle on ilmoitettu hankintayksikölle.

