

MAO:102/21 24.3.2021

Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä - COVID-19 PCR -näytteiden analysointipalvelut - julkinen hankinta - suora hankinta

Antopäivä: 24.3.2021

Diaarinumero: 2020/384

Asian tausta

Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä (jäljempänä myös hankintayksikkö) on hankintailmoitusta julkaisematta neuvotellut SYNLAB Suomi Oy:n kanssa COVID-19 PCR -näytteiden kuljetusta, analysointia ja analyysien tulosten ilmoittamista koskevan hankintasopimuksen ehtoista.

Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän Talous- ja konsernijaosto on 13.5.2020 tekemällään suora hankintapäätöksellä § 28 valinnut SYNLAB Suomi Oy:n tarjouksen ajalle 1.6.2020 – 31.12.2020.

Hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo on suora hankintapäätöksen mukaan ollut 9.737.000 euroa.

Hankintasopimus on allekirjoitettu 15.5.2020.

Asian käsittely markkinaoikeudessa

Valitus

Vaatimukset

Vita Laboratoriot Oy on vaatinut, että markkinaoikeus määrää hankintayksikön maksamaan sille hyvitysmaksuna 900.000 euroa. Lisäksi valittaja on vaatinut, että markkinaoikeus määrää hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen tai toissijaisesti lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua. Edelleen valittaja on vaatinut, että markkinaoikeus määrää hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun. Vielä valittaja on vaatinut, että markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön korvaamaan sen arvonlisäverottomat oikeudenkäyntikulut 7.800 eurolla viivästyskorkeineen.

Perustelut

Tehdyn kaltaiselle yli puolen vuoden suora hankintasopimukselle ei ole ollut hankintasäännöksissä tarkoitettua kiirettä ja välttämättömyyttä. Covid-19-epidemiasta aiheutunut kiire ei ole ollut enää toukokuussa 2020 ennalta arvaamaton hankintayksikön kaltaiselle toimijalle. Hankintayksikkö olisi ehtinyt kilpailuttaa analyysien hankinnan hankintasäännösten mukaisesti tarvittaessa nopeutettuja menettelyjä noudattaen. Hankintayksiköllä voitaisiin katsoa olleen oikeus korkeintaan lyhyeen, reilun kuukauden pituiseen suora hankintajaksoon, jonka aikana hankinta olisi voitu kilpailuttaa hankintasäännösten mukaisin menettelyin vuoden 2020 jälkimmäisen puoliskon kattavalle ajanjaksolle. Missään tapauksessa suora hankintasopimuksen tekemiseen oikeuttavan kiireen ja välttämättömyyden ei voida katsoa ulottuneen 1.7.2020 jälkeiseen aikaan.

Valituksenalaisessa päätöksessä ei ole edes väitetty, että valittu tarjoaja olisi ainoa palveluntuottaja hankittavalle palvelulle. Päätöksessä valitusta tarjoajasta mainituissa seikoissa ei ole mitään sellaista, mikä ei toteutuisi myös valittajan kohdalla. Hankintayksikkö hankkii jatkuvasti keskuslaboratorioanalyysijä eri laboratorioista, minkä vuoksi myös valittajalla on ollut tarvittavat logistiset ja tietotekniset valmiudet.

Valittaja on tuottanut asiakkailleen covid-19-analytiikkaa huhtikuusta 2020 alkaen. Kevään 2020 aikana valittaja on nostanut tuotantokapasiteettiaan voimakkaasti, kuten myös kaikki julkiset keskuslaboratoriot. Valituksenalaisen päätöksen mukainen analyysimäärä ei ole erityisen suuri, ja myös valittaja olisi ongelmitta pystynyt tuottamaan suorahankintapäätöksen mukaiset analyysit. Itse tutkimus on normaali covid-19 PCR -analyysi, jonka toteuttaminen ei poikkea mitenkään muiden vastaavien keskuslaboratorioanalyysien tekemisestä.

Suorahankintapäätökseen kirjattujen numeraalisten tietojen perusteella hankintayksikkö on maksanut yhdestä covid-19-analyysistä valitulle tarjoajalle hieman yli 90 euroa. Suorahankintapäätöksen tekoaikaan valittajan ulosmyyntihinta covid-19-analyysille on ollut 90 euroa. Nämä hintatiedot ja hankintayksikön hankinnan volyyymi huomioon ottaen on perusteltua olettaa, että valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa hankintayksikön covid-19-analyysijä koskeva tarjouskilpailu. Maksettavaksi vaaditun hyvitysmaksun määrä perustuu kymmenen prosentin osuuteen valituksenalaisessa päätöksessä ilmoitetusta hankinnan enimmäisarvosta.

Vastine

Vaatimukset

Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä on vaatinut, että markkinaoikeus hylkää valituksen ja velvoittaa valittajan korvaamaan sen arvonlisäverolliset oikeudenkäyntikulut 12.597,94 eurolla viivästyskorkeineen.

Perustelut

Poikkeusolot ovat jo itsessään olleet osoitus suorahankinnan kohteena olevien, koronavirusepidemiaan vastaamisessa välttämättömien palvelujen hankinnan äärimmäisestä kiireellisyydestä. Euroopan komissio on 1.4.2020 julkaisemassaan tiedonannossa (2020/C 108 I/01, jäljempänä myös komission covid-tiedonanto) todennut, että koronavirusepidemia on terveyskriisi, vakava hätätilanne sekä äärimmäisen kiireellinen ja ennalta arvaamaton tapaus. Tiedonannon mukaan mikään hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida kriisin tapahtumia eikä varsinkaan niiden erityislaatuista kehitystä. Kiireeseen perustuvaa suorahankintaperustetta ei ole ajallisesti sidottu kriisin alkamiseen vaan kriisistä johtuva kiireellisyys voi yhtä lailla tulla ajankohtaiseksi kriisin aikana kuin sen syvetessä.

Se, että epidemia on ollut hankintayksikön ja muiden julkisen terveydenhuollon toimijoiden tiedossa jo viimeistään maaliskuusta 2020 alkaen, ei itsessään ole poissulkenut kiireperusteisen suorahankinnan mahdollisuutta terveyskriisin ollessa toukokuussa edelleen käynnissä. Hankintayksikön toiminta suorahankinnassa on ollut johdannaista maan hallituksen 22.4.2020 julkistamalle hybridistrategialle, jossa on painotettu voimakkaasti koronatestauksen merkitystä epidemian hallinnassa. Terveyskriisissä on ennalta arvaamatonta itse kriisin puhkeamisen lisäksi sen erityislaatuinen kehitys. Koronaviruskriisistä ja sen ennalta arvaamattomasta kehityksestä johtuva kiireellisyys ei ole poistunut suorahankintapäätöksen tekoajankohtana, mitä voimassa olevat poikkeusolot ovat osaltaan todistaneet.

Suorahankintapäätöksen tekemisen ajankohtana epidemiatilanne on ollut Uudellamaalla paljon muuta maata huonompi. Valmiuslain mukaiset poikkeusolot ovat olleet niin ikään voimassa.

Terveysturvallisuuden covid-19 -testauskapasiteetin nostamiselle on ollut poikkeusoloissa kiireellinen tarve, koska hankinnan kohteena olevat palvelut ovat olennainen osa koronavirusepidemiaan vastaamista maan hallituksen huhtikuussa julkistaman testaa, jäljitä, eristä ja hoida -strategian mukaisesti (niin sanottu hybridistrategia). Hankintapäätöksessä todetun mukaisesti hankintayksikön oma analyysikapasiteetti on ollut päätöksen tekohetkellä noin 2.500 näytettä vuorokaudessa, ja hankintayksikön tavoitteena on ollut nostaa analyysikapasiteettiaan 4.000 näytteeseen vuorokaudessa, vastaten epidemiatilannetta sekä HYKS-erityisvastuualueen väestöosuutta sosiaali- ja terveystieteiden asettamasta valtakunnallisesta 10.000 testin testaustavoitteesta. Koska hankintayksikön oma analyysikapasiteetti on ollut kiireellisesti tehtyjen laitehankintojen kautta mahdollista nostaa kesäkuuhun 2020 mennessä vain 3.000 – 3.500 näytteeseen vuorokaudessa, nyt kyseessä oleva suora hankinta on ollut välttämätön kapasiteettivajeen kattamiseksi ja valtioneuvoston neljä viikkoa aikaisemmin asettamien testaustavoitteiden toteuttamiseksi.

Hankintasäännöksissä ei edellytetä, että markkinoilla tulee olla vain yksi toimittaja tai palveluntuottaja, joka kykenee vastaamaan hankintayksikön äärimmäisen kiireellisiin tarpeisiin. Hankintayksiköllä ei näin ollen ole näyttövelvollisuutta siitä, että vain valittu tarjoaja on pystynyt toteuttamaan hankinnan. Kiireperusteen käsillä ollessa hankintayksikkö on voinut tehdä suora hankinnan valitsemaltaan palveluntuottajalta, vaikka lähdetäisiinkin siitä olettamasta, että hankintayksikön tarpeita vastaavia potentiaalisia palveluntuottajia olisi ollut tarjolla useampia kuin yksi.

Joka tapauksessa hankintapäätöksessä todetun mukaisesti SYNLAB Suomi Oy on valittu suora hankinnan toimittajaksi, koska yhtiö on pystynyt tarjoamaan PCR-analyysijä hankintayksikön tarvitseman määrän ilman monimutkaisia logistisia tai tietoteknisiä järjestelyjä. Valittajan valitseminen suora hankinnan toteuttajaksi olisi edellyttänyt PCR-näyteliikenteen ohjaamista Jyväskylään, mikä olisi ollut logistisesti ja analyysiprosessin kokonaisuajankäytön kannalta selvästi epätarkoituksenmukaisempi ratkaisu, kun otetaan huomioon hankintayksikön Meilahden toimipisteen ja valitun tarjoajan Kivihaan keskuslaboratorion läheisyys. Asiassa on siten perusteita katsoa, että valittu tarjoaja on tosiasiallisesti ollut ainoa toimija, joka on kyennyt suoriutumaan hankinnan toteuttamisesta hankintayksikön perustelluja tarpeita vastaavasti.

Suora hankinnan taustalla olleesta koronavirusepidemiasta johtuvat poikkeusolot ovat olleet kiistatta edelleen käynnissä hankintasopimuksen tekohetkellä. Lisäksi suora hankinnan kohteena on ollut hankintayksikön oman testauskapasiteetin sekä sosiaali- ja terveystieteiden tavoitteiden mukaisen testauskapasiteetin erotuksesta johtuvan vajeen kattamiseksi välttämätön kapasiteetti. Suora hankintaa ei siten ole tehty hankinnan kohteen osalta laajempaan kuin on ollut perustellusti tarpeen. Edelleen kiireperusteella solmitun hankintasopimuksen voimassaoloajan arvioinnin relevanttina mittapuuna on nyt käsiteltävässä asiassa pidettävä suora hankintaperusteiden eli koronavirusepidemian kestoja sekä sitä, miten hankintayksikkö on hankintasopimuksen tekohetkellä kyennyt epidemian kestoja arvioimaan. Ottaen huomioon, että koronavirusepidemian kestoja on hankintasopimuksen tekohetkellä ollut ja on edelleen mahdotonta arvioida luotettavasti, ei nyt kyseessä olevaa suora hankintaa voida katsoa hankintasopimuksen voimassaoloajan osalta jatkettuna pidemmälle kuin mitä suora hankinnan peruste on ajallisesti edellyttänyt.

Toteutumatta jääneen tarjouskilpailun lopputuloksen jälkikäteiseen arviointiin liittyy lukuisia epävarmuustekijöitä, kuten mitkä yritykset olisivat jättäneet tarjouksensa, millaisia tarjoukset olisivat olleet, millaisia tarjoajien soveltuvuuden arviointiperusteita ja tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteita hankinnassa olisi sovellettu, ja miten tarjousten vertailu olisi suoritettu. Näissä olosuhteissa ei ole mahdollista jälkikäteen riittävässä varmuudessa osoittaa, että valittajalla olisi ollut hankintalain tarkoittama todellinen mahdollisuus tarjouskilpailun voittamiseen, mikäli hankintayksikkö olisi tällaisen järjestänyt.

Voidaan lisäksi pitää varsin todennäköisenä, että valittajan tarjous olisi joka tapauksessa sijoittunut hypoteettisessa tarjouskilpailussa valitun tarjoajan tarjoukseen nähden heikommin. Tälläkään perusteella valittajalla ei olisi ollut todellista mahdollisuutta hypoteettisen tarjouskilpailun

voittamiseen. Edelleen valittajan arvio hankintayksikön yksittäisestä covid-19-analyysistä maksamasta korvauksesta on virheellinen eikä sellaisenaan puolla hyvitysmaksun määräämistä. Valittaja on vielä perustanut hyvitysmaksuvaatimuksensa määrän nimenomaan hankinnan ennakoitua arvoa kuvaavan vaihteluvälin enimmäismäärään. Hankintasäännösten mukaan hyvitysmaksun määrä tulee suhteuttaa nimenomaan hankintasopimuksen arvoon.

Vastaselitys

Valittaja on esittänyt, että hankintayksikkö ei ole vastineessaan millään tavoin perustellut tai edes konkreettisesti väittänyt, että säädettyjen määräaikojen noudattaminen ei olisi ollut mahdollista nyt kysymyksessä olevassa hankinnassa.

Covid-19-testien hankinnassa on kysymys sosiaali- ja terveystalvelujen hankinnasta, joiden osalta hankintasäännöksissä ei ole säädetty vähimmäismääräajoista. Tarjoajan näkökulmasta yksittäisen keskuslaboratorioanalyysin tarjoaminen on hyvin yksinkertaista, ja tarjous on kaikkine oheiskustannusten laskemisineen annettavissa käytännössä muutamassa päivässä. Nyt käsiteltävässä tapauksessa riittävänä tarjousaikana voidaan pitää kahta viikkoa, ellei jopa lyhyempää aikaa.

Hankintayksikön ja valitun tarjoajan välisessä sopimuksessa on kirjattu sopimuksen voimassaoloa koskevaan kohtaan sopimuskauden alkamispäiväksi 27.4.2020, vaikka sopimus on lopulta allekirjoitettu 15.5.2020 ja suorahankintapäätöksen mukaan sopimuskausi on alkanut 1.6.2020. Osapuolten välistä sopimusta on siten tiedetty valmistella hyvissä ajoin huhtikuussa 2020. Hankintayksikön toiminta ja sen aikataulu osoittavat, että hankintayksikkö ei ole toiminut hankintasäännöksissä tarkoitetun äärimmäisen kiireen ohjaamana. Hankintayksikkö olisi halutessaan pystynyt toteuttamaan covid-19-analyysien kilpailutuksen säädettyjä määräaikoja noudattaen. Analytiikkahankinnan tarpeen valjettua noin huhtikuun puolivälissä 2020 tarjouskilpailu olisi pystytty viemään läpi siten, että hankintapäätös olisi pystytty tekemään ennen toukokuun puoliväliä 2020. Edelleen hankintasopimus olisi voitu tehdä siten, että hankintakausi olisi voinut alkaa 1.6.2020.

Yksittäisen tutkimuksen tuottajatahon vaihtaminen on yksinkertaista. Keskuslaboratoriotutkimuksia kilpailutetaan jatkuvasti niin sanotusti tutkimusriveittäin, jolloin hankintayksiköllä on useita samoja palveluntuottajia eri hankintakausilla, mutta kunkin palveluntuottajan tutkimusvalikoima elää ja vaihtelee kilpailutusten lopputuloksena. Hankintayksikkö hankkii jatkuvasti suuria määriä tutkimuksia muun ohella valittajalta ja valitulta tarjoajalta. Kummallakin edellä mainituista on kattavat ja jatkuvasti päivittäin toimivat tietotekniset ja logistiset yhteydet hankintayksikköön. Covid-19-analyysijä koskevan yksittäisen tutkimuksen lisääminen tutkimusvalikkoon ei edellytä mitään merkittäviä uusia toiminnallisia järjestelyjä miltään hankintayksikölle jo analytiikkaa tuottavalta laboratoriolta. Myöskään hankintayksikön ja valitun tarjoajan sopimuksessa ei ole sellaisia palvelun sisältöä koskevia vaatimuksia, jotka poikkeaisivat tavanomaisesta alihankintatutkimuksen tuottamisesta. Tuottajan vaihtamiselle ei myöskään ole ollut teknisiä tai investointeihin liittyviä rajoitteita.

Jyväskylässä sijaitsevan alihankkijan käyttäminen ei olisi ollut valittajan osalta ongelma, kun otetaan huomioon hankintayksikön edellyttämät vastausajat. Näytteet olisi lisäksi voitu analysoida valittajan omassa laboratoriossa Helsingissä. Keskuslaboratoriotutkimusten kilpailutuksissa ei ole koskaan asetettu edellytyksiä laboratorion sijainnille, vaikka erilaisia kiireellisiä tutkimuksia on paljon.

Hankintayksikkö ei ole perustellut väitettään siitä, että valituksessa esitetty arvio hankintasopimuksen mukaisten analyysien hinnasta olisi virheellinen. Lisäksi valittajan tietojen mukaan hankintayksikkö on tosiasiallisesti ostanut valitulta tarjoajalta tutkimuksia merkittävästi yli sopimuksen vuorokausittaisen enimmäismäärän. Hankintayksikön edustajan tiedotustilaisuudesta ilmenevät analyysimäärät huomioon ottaen valittajan vaatiman hyvitysmaksun määrää voidaan pitää perusteltuna.

Muut kirjelmät

Hankintayksikkö on esittänyt, että valittajan esittämää vähimmäisaikaa hypoteettisen kilpailutuksen toteuttamiselle ei voida pitää koronaviruskriisistä johtuvien poikkeusolojen olosuhteissa realistisena mahdollisuutena. Valittaja on markkinaoikeuden asiassa 2020/373 esillä olleen koronavirusanalytiikan kapasiteetin kasvattamiseen liittyvän suorahankinnan osalta esittänyt, että kilpailutus ehdittäisiin kaikissa olosuhteissa suorittaa vähintään kahdessa kuukaudessa. Se, että valittajan omatkin näkemykset keskuslaboratorioanalytiikan kilpailuttamisen tavanomaisesti edellyttämästä vähimmäisaikajänteestä poikkeavat huomattavasti ja tarkoitushakuisesti toisistaan, osoittaa, ettei valittaja tosiasiansa itsekään pidä yhtä kuukautta ja varsinkaan tätä lyhyempää aikajännettä realistisena mahdollisuutena vallitsevissa olosuhteissa.

Tapauskohtaisessa arvioinnissa kiireperusteisen suorahankinnan sopimuskautta tulee verrata erityisesti siihen, miten pitkiä sopimuskausia laboratoriopalveluista normaalioloissa tehdään. Laboratoriopalveluja hankitaan normaalioloissa huomattavasti pidemmällä, useamman vuoden sopimuskausilla. Nyt käsiteltävässä asiassa hankintasopimuskausi on sen sijaan ollut vain seitsemän kuukautta ja on siten ollut normaalioloihin verrattuna poikkeuksellisen lyhyt sopimuskausi ja sellaisena tarkoitettu hankintapäätöksessä todetun mukaisesti nimenomaan väliaikaisratkaisuksi.

Hernesaaressa sijaitsevasta laboratoriosta huolimatta valittajan koronavirusanalytiikka on kokonaisuutena pitkälti tukeutunut Jyväskylässä sijaitsevan alihankkijan laboratoriokapasiteettiin, joten hankintayksikön PCR-näyteliikennettä olisi todennäköisesti ollut välttämätöntä ohjata osaltaan myös Jyväskylään. Näyteliikenteen jakamisesta olisi puolestaan aiheutunut hankintapäätöksessä mainittua logististen järjestelyjen monimutkaisuutta, jota valitun tarjoajan kohdalla ei ollut.

Sen enempää hankintasopimuksessa kuin hankintapäätöksessäkään ei ole asetettu sopimuskaudella hankittaville analyysimäärille mitään vuorokausikohtaista kattoa. Näin ollen valittajan väite sopimuksen vuorokausittaisen enimmäismäärän ylittämisestä on lähtökohdiltaan ilmeisen virheellinen eikä sellaisena tue valittajan ylimitoitettua hyvitysmaksuvaatimusta.

Markkinaoikeuden ratkaisu

Perustelut

Kysymyksenasettelu ja sovellettavat kansalliset oikeusohjeet

Asiassa on valituksen johdosta kyse siitä, onko hankintayksikkö menetellyt julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti, kun se on suorahankintapäätöksellään 13.5.2020 § 28 päättänyt hankkia COVID-19 PCR -näytteiden kuljetusta, analysointia ja analyysien tulosten ilmoittamista koskevat palvelut suorahankintana SYNLAB Suomi Oy:ltä ajalla 1.6.2020 – 31.12.2020.

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (hankintalaki) 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden lain 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin mainitussa laissa säädetään. Pykälän 2 momentin 1 kohdan mukaan mainitulla lailla pannaan täytäntöön julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU (hankintadirektiivi).

Hankintalain 2 §:n 1 momentin mukaan lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita

julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa. Pykälän 2 momentin mukaan hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyväksi käyttäen ja ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat huomioon ottaen.

Hankintalain 3 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Hankintalain 40 §:n 1 momentin mukaan suorahankinnassa hankintayksikkö neuvottelee valitsemiensa toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista julkaisematta etukäteen hankintailmoitusta.

Hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi.

Hankintalain 40 §:n esitöiden (HE 108/2016 vp s. 133) mukaan pykälä perustuu hankintadirektiivin 32 artiklaan. Hankintalain 40 §:n 1 momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s. 133) mukaan laissa esitetyt suorahankinnan edellytykset ovat tyhjentyviä. Koska suorahankinta on poikkeus yleiseen ja avoimeen kilpailuttamisvelvollisuuteen, sen käyttöedellytyksiä on tulkittava suppeasti.

Hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdan esitöiden (HE 108/2016 vp s. 135) mukaan kiireen tulee ensinnäkin johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä, joten hankintayksiköstä johtuva syy ei voi olla peruste suorahankinnan tekemiseen. Perusteen on lisäksi oltava äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennakoita. Säännöksen tarkoittamaksi kiireeksi ei siten voida katsoa hankintayksikön viivyttelyä hankinnan toteuttamisessa. Edellytyksenä suorahankinnan tekemiselle on lisäksi, että hankinnan tekeminen on ehdottoman välttämätöntä. Säännöksen vetoavan hankintayksikön on kyettävä näyttämään toteen poikkeamisperusteen soveltumisen edellytysten täyttyminen.

Hankintalain 57 §:n 1 momentin mukaan lain 56 §:n 2 momentissa säädettyjä avoimen ja rajoitetun menettelyn sekä neuvottelumenettelyn määräaikoja voidaan lyhentää, jos määräaikojen noudattaminen on näissä menettelyissä hankintayksikön asianmukaisesti perusteleman kiireen vuoksi käytännössä mahdotonta. Tarjousajan on oltava kuitenkin avoimessa menettelyssä vähintään 15 päivää. Rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyssä osallistumishakemuksen jättämiselle on varattava vähintään 15 päivää. Tarjousajan on oltava rajoitetussa ja neuvottelumenettelyssä vähintään 10 päivää.

Unionin lainsäädäntö

Hankintadirektiivin 32 artiklassa säädetään neuvottelumenettelystä, josta ei julkaista ilmoitusta. Artiklan 2 kohdan c alakohdan mukaan neuvottelumenettelyä, josta ei julkaista ilmoitusta, voidaan käyttää rakennusurakka-, tavarahankinta- ja palveluhankintasopimusten tekemisessä sikäli kuin se on ehdottoman tarpeellista, kun avoimille tai rajoitetuille menettelyille taikka tarjousperusteisille neuvottelumenettelyille asetettuja määräaikoja ei voida hankintaviranomaisten kannalta ennalta arvaamattomista tapahtumista aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi noudattaa. Seikat, jotka esitetään äärimmäisen kiireen perusteiksi, eivät missään tapauksessa saa johtua hankintaviranomaisista.

Euroopan komission tiedonannon ”Euroopan komission ohjeet julkisten hankintojen järjestelmän käytöstä covid-19-kriisiin liittyvässä hätätilanteessa” (2020/C 108 I/01) 1 kohdassa on todettu, että covid-19 on terveyskriisi, joka vaatii nopeita ja älykkäitä ratkaisuja, jotta samankaltaisten tavaroiden ja palvelujen kysynnän valtava kasvu voidaan tyydyttää, vaikka tietyissä toimitusketjuissa esiintyy häiriöitä. Tällaisten tavaroiden ja palvelujen hankinnoista vastaavat jäsenvaltioissa etupäässä julkiset

ostajat. Niiden on mm. varmistettava, että saatavilla on henkilönsuojaimia, kuten hengityssuojaimia ja suojakäsineitä, lääkinnällisiä laitteita (varsinkin hengityskoneita) ja muita lääkintätarvikkeita ja että sairaala- ja tietotekniikkainfrastruktuurit ovat toimintakuntoisia. Jotta komission antama apu voitaisiin räätälöidä tähän hätätilanteeseen soveltuvaksi, komissio on selittänyt mainituissa ohjeissa, mitä vaihtoehtoja ja joustomahdollisuuksia EU:n julkisten hankintojen järjestelmässä on käytettävissä kriisin ratkaisemiseksi tarvittavien tavaroiden, palvelujen ja urakoiden hankkimiseksi.

Komission covid-tiedonannon 1 kohdassa on lisäksi todettu, että julkisilla ostajilla on useita vaihtoehtoja tarvittavien tavaroiden, palvelujen ja urakoiden hankkimiseksi: ne voivat kiireellisissä tapauksissa käyttää hyväkseen mahdollisuutta lyhentää määräaikoja huomattavasti avointen tai rajoitettujen menettelyjen nopeuttamiseksi. Jos nämä joustomahdollisuudet eivät riitä, voidaan harkita neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista hankintailmoitusta. Mahdollisesti voidaan sallia myös sopimuksen tekeminen suoraan etukäteen valitun talouden toimijan kanssa, jos tämä on ainoa, joka pystyy toimittamaan tarvittavat tavarat äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa teknisissä ja ajallisissa rajoitteissa.

Komission covid-tiedonannon 1 kohdan mukaan tiedonannon ohjeissa keskitytään erityisesti äärimmäisen kiireellisissä tapauksissa tehtäviin hankintoihin. Tällaisissa tilanteissa julkiset ostajat voivat suorittaa hankinnan tarvittaessa muutamassa päivässä tai jopa muutamassa tunnissa. Covid-19-kriisi on juuri tällainen äärimmäisen kiireellinen ja ennalta arvaamaton tapaus, joihin ei EU:n direktiiveissä ole kohdistettu menettelyllisiä rajoituksia. Käytännössä neuvottelumenettely, jossa ei julkaista hankintailmoitusta, mahdollistaa sen, että julkiset ostajat voivat hankkia tavaroita ja palveluja mahdollisimman nopeasti. Tässä hankintadirektiivin 32 artiklassa säädettyssä menettelyssä julkiset ostajat voivat neuvotella suoraan mahdollisten urakoitsijoiden kanssa ilman julkaisuvaatimuksia, määräaikoja, konsultoitavien ehdokkaiden vähimmäismäärää tai muita menettelyllisiä vaatimuksia. Menettelyvaiheita ei säännellä EU:n tasolla. Käytännössä tämä tarkoittaa, että viranomaiset voivat toimia niin nopeasti kuin on teknisesti/fyysisesti mahdollista. Menettely voi siis käytännössä olla suoraan tehtävä tosiasiallinen sopimus, johon liittyvät fyysiset/tekniset rajoitukset ovat riippuvaisia vain tosiasiallisesta saatavuudesta ja toimituksen nopeudesta.

Komission covid-tiedonannon 2.3 kohdan mukaan unionin lainsäädännön mukainen ”neuvottelumenettely, jossa ei julkaista ilmoitusta” on lisäväline, jolla sopimuksia voidaan tehdä nopeammin covid-19-pandemiaan liittyvien tarpeiden täyttämiseksi. Koska hankintaviranomaiset poikkeavat tällaisessa tapauksessa avoimuutta koskevista perussopimuksen peruseriaatteesta, unionin tuomioistuin vaatii, että tätä menettelyä noudatetaan vain poikkeuksellisesti (ks. esimerkiksi tuomio 15.10.2009, komissio v. Saksa, C-275/08, EU:C:2009:632, ja tuomio 20.6.2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, EU:C:2013:416). Kaikkien edellytysten on täyttyttävä kumulatiivisesti ja ne on tulkittava rajoittavasti. Kun noudatetaan neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista hankintailmoitusta, hankintaviranomaiset voivat neuvotella suoraan mahdollisten urakoitsijoiden kanssa. Sopimuksen tekeminen suoraan etukäteen valitun talouden toimijan kanssa on poikkeus, jota sovelletaan, jos vain yksi yritys pystyy tyydyttämään tarpeen äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa teknisissä ja ajallisissa rajoitteissa.

Mainituissa kohdassa on lisäksi todettu, että kunkin hankintaviranomaisen on arvioitava, täytyvätkö edellytykset tällaisen neuvottelumenettelyn käyttämiselle, jossa ei julkaista ilmoitusta. Sen on perusteltava valintansa erillisessä kertomuksessa. Kohdan mukaan kaikkien tiedonannon 2.3.1 – 2.3.4 kohdissa mainittujen arviointiperusteiden on täyttyttävä kutakin tapausta koskevassa erillisessä arvioinnissa.

Komission covid-tiedonannon 2.3.1 kohdassa ”Hankintaviranomaisen kannalta ennalta arvaamattomat tapahtumat” on todettu, että lääketieteellistä hoitoa tarvitsevien covid-19-potilaiden määrä kasvaa päivittäin. Useimmissa jäsenvaltioissa sen odotetaan kasvavan edelleen, kunnes huippu saavutetaan. Mikään hankintaviranomainen ei voinut ennakoita näitä tapahtumia eikä varsinkaan niiden erityislaatuista kehitystä. Ei ollut mahdollista ennakoita eikä suunnitella

etukäteen, millaisia erityistarpeita sairaaloilla ja muilla terveydenhoidon yksiköillä tulisi olemaan hoidon, henkilönsuojainten, hengityskoneiden, ylimääräisten vuodepaikkojen, tehohoidon ja sairaalainfrastruktuurin (myös kaikkien teknisten laitteiden) tarjoamiseksi, minkä vuoksi ne muodostavat hankintaviranomaisten kannalta ennalta arvaamattoman tapahtuman.

Saman tiedonannon 2.3.2 kohdassa ”Yleisiä määräaikoja ei voida noudattaa tapauksen äärimmäisen kiireellisyyden vuoksi” on todettu, että sairaaloiden ja terveydenhoidon yksiköiden välittömät tarpeet (tavarahankinnat, palvelut ja julkiset työt) on ehdottomasti tyydytettävä mahdollisimman nopeasti. Sitä, onko tämän vuoksi mahdotonta noudattaa nopeutetun avoimen tai rajoitetun menettelyn erittäin lyhyitä määräaikoja (tarjousten jättämisen nopeutettu määräaika on 15 päivää avoimissa menettelyissä ja 10 päivää rajoitetuissa menettelyissä), on arvioitava tapauskohtaisesti, mutta infektiökäyrän noustessa se on useimmissa tapauksissa todennäköistä ainakin huomattavasti kasvaneiden lyhytaikaisten tarpeiden osalta. Kuten tuomioistuimen oikeuskäytännössä todetaan, äärimmäisen kiireellisissä tapauksissa hankinnat on suoritettava viipymättä. Poikkeusta ei voida soveltaa sellaisten sopimusten tekemiseksi, joiden tekeminen vie kauemmin kuin mitä olisi tapahtunut tavanomaisessa avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä, nopeutetut (avoimet tai rajoitetut) menettelyt mukaan lukien.

Saman tiedonannon 2.3.3 kohdassa ”Ennalta arvaamattoman tapauksen ja äärimmäisen kiireellisyyden välinen syy-yhteys” on todettu, että sairaaloiden ja terveydenhoidon yksiköiden välittömien tarpeiden tyydyttämiseksi hyvin lyhyessä ajassa syy-yhteyttä covid-19-pandemiaan ei voida kohtuudella epäillä.

Saman tiedonannon 2.3.4 kohdassa ”Käytetään vain vajeen kattamiseksi, kunnes löydetään vakaampia ratkaisuja” on todettu, että neuvottelumenettely, jossa ei julkaista hakuilmoitusta, voi olla paras tapa tyydyttää välittömät tarpeet. Se on väliaikainen ratkaisu siihen saakka, että vakaampi vaihtoehto voidaan löytää. Tällaisia vakaampia ratkaisuja ovat esimerkiksi tavanomaisilla menettelyillä (nopeutetut menettelyt mukaan lukien) tehtävät tavarahankintoja ja palveluja koskevat puitesopimukset.

Keskeinen tapahtumainkulku

Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön 9.4.2020 päivätyn kansallisen covid-19 testausstrategian kohdassa ”Näytteenottokapasiteetin volyymin kasvattaminen” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Kliinisen mikrobiologian laboratorioiden testauskapasiteettia Suomessa on nostettu maaliskuun puolenvälin 1700 näytteestä/vrk huhtikuun alkupäivien yli 3000 näytteeseen/vrk. THL on erityisesti viikkojen 13 – 14 aikana selvittänyt mahdollisuuksia nostaa testauskapasiteettia entisestään sekä kotimaassa että ulkomaista kapasiteettia hyödyntäen. Kapasiteetin kasvattamisen suunnitelmaa on tehty yhteistyössä sekä STM:n että palvelujärjestelmän toimiluvallisten kliinisen mikrobiologian laboratorioiden kanssa.

[— —]

Alla olevassa taulukossa on laboratorioista saatujen tietojen perusteella tehty tavoitteellinen suunnitelma kapasiteetin nostoon 10.000 näytteeseen / vrk:

Aikataulutus Testikapasiteetti näytteitä / vrk
Nykytilanne noin 3000 näytettä
Lähiviikkojen aikana yli 5000 näytettä
Materiaalitoimitusten jälkeen noin 7000 näytettä
Lisäysmahdollisuudet myöhemmin noin 3000 näytettä
(yksityinen, ulkomainen kapasiteetti)

Yksityisten toimijoiden kanssa on rakennettu yhteistyötä yksityisen tuotannon ja julkisten palveluiden järjestäjien välille. Kapasiteetin noston yhteydessä on selvitetty koronatestauksen toimiluvan omaavien yksityisten laboratorioiden kapasiteettimääriä. Alustavien arvioiden mukaan yksityisen ja ulkomaisen laboratoriokapasiteetin hyödyntämisellä voidaan tarpeen mukaan nostaa kapasiteettia 2000 – 3000 näytteellä / vrk kohtalaisen nopealla aikataululla.

Yhteensä julkisen ja yksityisen kapasiteetin käyttö mahdollistaa testimäärän nostamisen 10 000 testiin vuorokaudessa.”

Valituksenalaisen hankintapäätöksen kohdassa ”Taustaa” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Koronavirusdiagnostiikka on keskeinen osa koronaepidemian hallintaa. Valtioneuvoston ns. hybridistrategia perustuu ’testaa – jäljitä – eristä – hoida’ toimintaketjuun. Valtioneuvoston tavoitteena on ollut nostaa SARS-CoV-2 – viruksen osoittamiseksi tehtävien PCR-testien määrä tasolle 10 000 / vrk. STM:n virkamieslähteiden mukaan tähän tavoitteeseen pyritään kesäkuuhun 2020 mennessä, kun muita koronaepidemian johdosta asetettuja rajoitustoimia puretaan.

[— —]

Tällä hetkellä analyysikapasiteetti on n. 2500 /vrk. Tavoitteena on kesän 2020 aikana nostaa tutkimuskapasiteettia edelleen 4 000 näytteeseen vuorokaudessa vastaten Hyks-ervan väestöosuutta valtakunnallisesta testaustavoitteesta. Oma kapasiteetti pystytään nostamaan tasolle 3500 /vrk, mutta myös alihankinta on perusteltua tarvittavan kokonaiskapasiteetin aikaan saamiseksi. Yksityislaboratoriotoiminta on Suomessa viime vuosina keskittynyt. Synlab Oy pystyy tarjoamaan PCR-analyysejä HUS Diagnostiikkakeskuksen tarvitseman määrän ilman monimutkaisia logistisia tai tietoteknisiä järjestelyjä.

Kapasiteetin nostamiseksi esitetään näytteiden analysointipalveluiden hankkimista ulkoiselta palveluntuottajalta.

Testimäärät on arvioitu 7 kuukauden tarvetta varten tämänhetkisen ennusteen perusteella. Testien tarve saattaa nousta arvioitua korkeammaksi epidemian edetessä.”

Hankintapäätöksen kohdassa ”Hankinnan kohde” on todettu seuraavaa:

”Hankinta sisältää COVID-19 PCR-näytteiden kuljetuksen Meilahden toimipisteestä Palveluntarjoajan keskuslaboratorioon, näytteiden analysoinnin ja analyysien tulosten ilmoittamisen erikseen sovittavalla tavalla. HUS Diagnostiikkakeskus sitoutuu maksamaan toteutuneiden näyteanalysointien määrästä riippumatta vähintään 200 päivittäisestä näyteanalyysistä per kuukausi. Maksimissaan Palveluntuottajalla on mahdollisuus tuottaa 500 päivittäistä testiä.”

Hankintapäätöksen kohdassa ”Suorahankinnan perusteet” on todettu muun ohella seuraavaa:

”Sopimuksen tekeminen nyt kyseessä olevassa hankinnassa on välttämätöntä, koska tuotteita tarvitaan hankintayksikön järjestämisvastuulla olevien terveydenhuollon palveluiden tuottamiseen. Ennalta arvaamaton kiire on aiheutunut meneillään olevasta koronavirusepidemiasta. Epidemian aiheuttamat rajoitukset toimintaympäristössä ovat tehneet kilpailuttamisen vaaditussa aikataulussa käytännössä mahdottomaksi. Suorahankinta tehdään väliaikaisena järjestelyinä kuuden kuukauden ajaksi. EU komission linjaus 18.3.2020.”

SYNLAB Suomi Oy on valituksenalaisella suorahankintapäätöksellä valittu kyseessä olevan hankinnan palveluntuottajaksi ajalle 1.6.2020 – 31.12.2020.

Asian arviointi

Valittaja on esittänyt, että nyt kyseessä olevalle suorahankinnalle ei ole ollut hankintasäännösten mukaista kiireeseen perustuvaa suorahankintaperustetta.

Hankintayksikkö on esittänyt, että suorahankinta on ollut hankintasäännösten mukainen.

Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikön on pääsääntöisesti kilpailutettava julkiset hankintansa. Hankintalain esitöissä ja komission covid-tiedonannossa on edellä todetulla tavalla todettu, että kilpailuttamisveloitteesta poikkeuksen muodostavan suorahankinnan käyttöedellytyksiä on tulkittava suppeasti. Suorahankinnan suorittaneen hankintayksikön on esitettävä selvitystä käyttöedellytysten täyttymisestä.

Hankintayksikkö on hankintapäätöksessään ja markkinaoikeudelle esittämässään selvityksessä yksilöinyt tekemänsä suorahankinnan perusteeksi hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdassa tarkoitetun syyn eli sen, että sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi. Hankintapäätöksen mukaan ennalta arvaamaton syy koskee covid-19-pandemiaa. Näin ollen asiassa on otettava huomioon, mitä komission covid-tiedonannossa on mainitun suorahankintaperusteen tulkinnasta ja täyttymisestä esitetty.

Ennalta arvaamaton ja hankintayksiköstä riippumaton syy ja sen vaikutukset suorahankinnan tekemiseen

Valittaja on esittänyt, että covid-19-epidemiasta aiheutunut kiire ei ole ollut enää toukokuussa 2020 ennalta arvaamaton hankintayksikön kaltaiselle toimijalle.

Hankintayksikkö on esittänyt, että hankinta on johtunut ennalta arvaamattomasta syytä. Hankintayksikön mukaan se, että epidemia on ollut hankintayksikön ja muiden julkisen terveydenhuollon toimijoiden tiedossa jo viimeistään maaliskuusta 2020 alkaen, ei itsessään ole poissulkenut kiireperusteisen suorahankinnan mahdollisuutta terveystilanteen ollessa toukokuussa edelleen käynnissä. Hankintayksikkö on lisäksi esittänyt, että hankintayksikön toiminta suorahankinnassa on ollut johdannaista maan hallituksen 22.4.2020 julkistamalle hybridistrategialle, jossa on painotettu voimakkaasti koronatestauksen merkitystä epidemian

hallinnassa. Hankintayksikön mukaan sen oma kapasiteetti ei ole riittänyt lisääntyneeseen testaustarpeeseen vastaamiseen. Hankintayksikkö on edelleen esittänyt, että terveystieteissä on ennalta arvaamatonta itse kriisin puhkeamisen lisäksi sen erityislaatuinen kehitys. Hankintayksikön mukaan koronaviruskriisistä ja sen ennalta arvaamattomasta kehityksestä johtuva kiireellisyys ei ollut poistunut suorahankintapäätöksen tekoajankohtana, mitä voimassa olevat poikkeusolot ovat osaltaan todistaneet.

Korkein hallinto-oikeus on vuosikirjapäätöksessään KHO 2011:59 todennut, että suorahankinnan tarkoittaessa sopimuksen tekemistä suorahankinnan perusteen on oltava edelleen olemassa sillä hetkellä, kun suorahankintaa koskeva sopimus tehdään.

Hankintapäätöksessä ennalta arvaamattomana ja hankintayksiköstä riippumattomana syynä nyt kyseessä olevalle suorahankinnalle on esitetty meneillään oleva koronavirusepidemia. Hankintapäätöksessä on lisäksi viitattu valtioneuvoston hybridistrategiaan ja valtioneuvoston tavoitteisiin koronatestien toteuttamisen määristä.

Sosiaali- ja terveysministeriön suorahankintapäätöstä edeltäneessä ja 9.4.2020 päivätyssä kansallisessa covid-19 testausstrategiassa on edellä kuvatulla tavalla asetettu tavoite 10.000 päivittäisen testin toteuttamisesta verraten nopealla aikataululla. Vaikka koronaepidemian puhkeaminen on ollut yleisessä tiedossa jo maaliskuussa 2020 ja vaikka hankintayksikkö on ollut tuolloin tietoinen omasta keskeisestä roolistaan testauksen toteuttamisessa, markkinaoikeus katsoo asiassa saadun selvityksen perusteella, että hankintayksikkö ei ole voinut tietää ennen sosiaali- ja terveysministeriön edellä mainittujen linjausten tekemistä, missä määrin koronatestausten tarve lisääntyy hankintayksikön hankintatarpeeseen vaikuttavalla tavalla.

Markkinaoikeus toteaa, että asiassa on lisäksi otettava huomioon hankintapäätöksessäkin viitatus koronaepidemian luonne ja tämän vaikutukset koronatestausten tarpeisiin. Edellä kuvatusta sosiaali- ja terveysministeriön strategiasta käy ilmi, että koronatestien tarpeet ovat epidemian luonteesta johtuen jatkuvassa muutostilassa ja että koronatestausta koskevan hankintatarpeen ennakoiminen on ollut hyvin vaikeaa etenkin yksittäisen hankintayksikön näkökulmasta, sillä tämän hankintayksikön tulee ennakoida epidemian ja sen vaikutusten muutosten lisäksi keskeisten valtion toimijoiden reaktiot epidemiassa tapahtuviin muutoksiin.

Myös komission covid-tiedonannon 1 kohdassa on edellä kuvatulla tavalla todettu, että covid-19-kriisi on äärimmäisen kiireellinen ja ennalta arvaamaton tapaus, joihin ei EU:n direktiiveissä ole kohdistettu menettelyllisiä rajoituksia. Tiedonannon 2.3.1 kohdassa on lisäksi todettu, että mikään hankintaviranomainen ei voinut ennakoida lääketieteellistä hoitoa tarvitsevien covid-19-potilaiden määrän kasvua. Tiedonannon mukaan ei ole ollut mahdollista ennakoida eikä suunnitella etukäteen, millaisia erityistarpeita sairaaloilla ja muilla terveydenhoidon yksiköillä tulisi olemaan hoidon, henkilönsuojainten, hengityskoneiden, ylimääräisten vuodepaikkojen, tehohoidon ja sairaalainfrastruktuurin (myös kaikkien teknisten laitteiden) tarjoamiseksi, minkä vuoksi ne muodostavat hankintaviranomaisten kannalta ennalta arvaamattoman tapahtuman. Komission covid-tiedonannossa ei ole otettu kantaa nimenomaisesti covid-näytteiden tarpeen ennakoitavuuteen. Markkinaoikeus katsoo kuitenkin, että covid-19-kriisin vaikutukset myös covid-näytteiden tarpeelle ja sen kasvulle voivat olla samalla tavalla ennakoimattomia kuin kriisin vaikutukset lääketieteellistä hoitoa tarvitsevien potilaiden määrän kasvulle.

Sosiaali- ja terveysministeriön strategian tavoitteiden ja koronaepidemian sekä nyt kyseessä olevan hankinnan kiireellisenä tekemisen välillä on myös katsottava olevan riittävä syy-yhteys.

Asiassa saadun selvityksen perusteella ei ole myöskään käynyt ilmi, että hankintayksikkö olisi itse vaikuttanut sosiaali- ja terveysministeriön testausavoitteiden tasoon tai muulla tavoin sen omiin kasvaneisiin hankintatarpeisiinsa taikka että edellä mainitut ennalta arvaamattomat syyt hankinnan kiireellisenä tekemiselle olisivat muutoin johtuneet hankintayksiköstä.

Edellä esitetyillä perusteilla markkinaoikeus katsoo, että nyt kyseessä olevan hankinnan tekemiselle kiireellisenä on ollut ennalta arvaamaton ja hankintayksiköstä riippumaton syy.

Säädettyjen määräaikojen noudattaminen, hankinnan tekemisen välttämättömyys ja suorahankinnan käyttäminen vain vajeen kattamiseksi

Valittaja on esittänyt, että nyt kyseessä olevalle suorahankintasopimukselle ei ole ollut hankintasäännöksissä tarkoitettua kiirettä ja välttämättömyyttä. Valittajan mukaan hankintayksikkö olisi ehtinyt kilpailuttaa analyysien hankinnan hankintasäännösten mukaisesti tarvittaessa nopeutettuja menettelyjä noudattaen. Valittaja on lisäksi esittänyt, että tarjoajan näkökulmasta yksittäisen keskuslaboratorioanalyysin tarjoaminen on hyvin yksinkertaista, ja tarjous on kaikkine oheiskustannusten laskemisineen annettavissa käytännössä muutamassa päivässä, minkä lisäksi myös yksittäisen tutkimuksen tuottajatahon vaihtaminen on yksinkertaista. Valittajan mukaan hankintayksiköllä voitaisiin katsoa olleen oikeus korkeintaan lyhyeen, reilun kuukauden pituiseen suorahankintajaksoon, jonka aikana hankinta olisi voitu kilpailuttaa hankintasäännösten mukaisin menettelyin vuoden 2020 jälkimmäisen puoliskon kattavalle ajanjaksolle. Valittaja on edelleen esittänyt, että missään tapauksessa suorahankintasopimuksen tekemiseen oikeuttavan kiireen ja välttämättömyyden ei voida katsoa ulottuneen 1.7.2020 jälkeiseen aikaan.

Valittaja on vielä esittänyt, että osapuolten välistä sopimusta on valmisteltu huhtikuussa 2020, mutta sopimus on lopulta allekirjoitettu 15.5.2020 ja sopimuskausi alkanut 1.6.2020. Valittajan mukaan hankintayksikön toiminta ja sen aikataulu osoittavat, että hankintayksikkö ei ole toiminut hankintasäännöksissä tarkoitettua äärimmäisen kiireen ohjaamana.

Hankintayksikkö on esittänyt, että suorahankintaa ei ole tehty hankinnan kohteen osalta laajempaan kuin on ollut perustellusti tarpeen. Hankintayksikön mukaan suorahankinnan kohteena on ollut hankintayksikön oman testauskapasiteetin sekä sosiaali- ja terveysministeriön tavoitteiden mukaisen testauskapasiteetin erotuksesta johtuvan vajeen kattamiseksi välttämätön kapasiteetti. Hankintayksikkö on lisäksi esittänyt, että nyt kyseessä olevaa suorahankintaa ei voida katsoa hankintasopimuksen voimassaoloajan osalta jatkettuna pidemmälle kuin mitä suorahankinnan peruste on ajallisesti edellyttänyt. Hankintayksikön mukaan kiireperusteella solmitun hankintasopimuksen voimassaoloajan arvioinnin relevanttina mittapuuna on nyt käsiteltävässä asiassa pidettävä suorahankintaperusteen eli koronavirusepidemian kestoa sekä sitä, miten hankintayksikkö on hankintasopimuksen tekohetkellä kyennyt epidemian kestoa arvioimaan.

Hankintayksikkö on edelleen esittänyt, että valittajan esittämää vähimmäisaikaa hypoteettisen kilpailutuksen toteuttamiselle ei voida pitää koronaviruskriisistä johtuvien poikkeusolojen olosuhteissa realistisena mahdollisuutena. Hankintayksikön mukaan kiireperusteisen suorahankinnan sopimuskautta tulee tapauskohtaisessa arvioinnissa verrata erityisesti siihen, miten pitkiä sopimuskausia laboratoriopalveluista normaalioloissa tehdään.

Komission covid-tiedonannon 2.3.2 kohdassa on edellä kuvatulla tavalla esitetty, että sairaaloiden ja terveydenhoidon yksiköiden välittömät tarpeet on ehdottomasti tyydytettävä mahdollisimman nopeasti. Sitä, onko sairaaloiden ja terveydenhoidon yksiköiden välittömien tarpeiden mahdollisimman nopean tyydyttämisen vuoksi mahdotonta noudattaa nopeutetun avoimen tai rajoitetun menettelyn erittäin lyhyitä määräaikoja, on arvioitava tapauskohtaisesti niin ikään covid-tiedonannon 2.3.2 kohdasta ilmenevällä tavalla. Komission tiedonannon mukaan poikkeusta kilpailuttamisvelvollisuudesta ei kuitenkaan voida soveltaa sellaisten sopimusten tekemiseksi, joiden tekeminen vie kauemmin kuin mitä olisi tapahtunut tavanomaisessa avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä, nopeutetut menettelyt mukaan lukien.

Koronaepidemia on alkanut Suomessa alkukevällä 2020. Sosiaali- ja terveysministeriön kansallinen covid-19 testausstrategia, jossa on asetettu testausmääriä koskevat tavoitteet, on päivätty 9.4.2020. Valituksenalainen hankintapäätös on tehty 13.5.2020 ja hankintasopimus solmittu 15.5.2020. Sosiaali- ja terveysministeriön testausstrategiasta käy edellä kuvatulla tavalla ilmi, että tavoitteen mukaisiin testausmääriin on pyritty osin jo lähiviikkojen kuluessa. Lisäksi valituksenalaisesta

hankintapäätöksestä käy ilmi, että hankintayksikkö on virkamieslähteistä saanut tietää, että 10.000 päivittäisen testauksen tavoitteeseen on pyritty kesäkuuhun 2020 mennessä. Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksiköllä on 9.4.2020 jälkeen ollut koronapandemian luonteesta sekä sosiaali- ja terveysministeriön testausstrategian tavoitteiden aikataulusta johtuva perusteltu ja äärimmäiseksi katsottava kiire toteuttaa hankinnat, joilla sosiaali- ja terveysministeriön testausmääriä koskevien tavoitteiden mukaiset hankintatarpeet on voitu täyttää hankintayksikön osalta. Kyse on ollut kiireestä hankintayksikön huomattavasti kasvaneiden lyhytaikaisten tarpeiden täyttämiseksi hankinnalla.

Hankintalain 57 §:n 1 momentissa edellä mainitulla tavalla edellytetysti tarjousajan on oltava myös nopeutetussa menettelyssä avoimen menettelyn osalta vähintään 15 päivää ja rajoitetussa menettelyssä sekä neuvottelumenettelyssä vähintään 10 päivää. Lisäksi rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyssä osallistumishakemuksen jättämiselle on varattava vähintään 15 päivää.

Vaikka hankintayksiköllä katsottaisiin olleen mahdollisuus toteuttaa nyt kyseessä oleva hankinta nopeutettuna menettelynä, on tarjousten ja osallistumishakemusten jättämiselle varattujen lyhennettyjen vähimmäismääräaikojen lisäksi otettava huomioon nopeutetun hankinnan valmisteluun ja saapuneiden tarjousten käsittelyyn, vertailemiseen sekä hankintapäätöksen valmisteluun kuluva aika. Osapuolet ovat esittäneet toisistaan poikkeavia näkemyksiä siitä, miten kauan nyt kyseessä olevan hankinnan hankintamenettelyyn olisi kulunut aikaa, mikäli se olisi toteutettu kilpailuttamalla komission tiedonannossa kuvatun kaltaisena tavanomaisena avoimena tai rajoitettuna ja mahdollisesti nopeutettuna menettelynä. Markkinaoikeus toteaa tältä osin, että hankinnan riittävä valmistelu ja saapuneiden tarjousten asianmukainen käsittely ovat keskeisessä asemassa sen varmistamiseksi, että tarjouskilpailu toteutetaan avoimesti ja syrjimättömästi sekä muutoin hankintasäännösten mukaisella tavalla myös tavanomaisissa menettelyissä. Nopeutettukaan menettely ei saa johtaa hankintasäännösten vastaiseen hankintamenettelyyn.

Edellä esitetyn perusteella markkinaoikeus katsoo, että nyt kyseessä olevaa hankintaa ei olisi voitu toteuttaa edes nopeutettuna menettelynä siten, että hankintasopimus ja sen mukainen testausten hankkiminen olisi voitu varmuudella aloittaa hankinnan tarpeen mukaisessa tavoiteajassa eli kesäkuun alkuun mennessä 2020. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, että hankintasäännöksissä säädettyjä määräaikoja ei ole voitu noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi.

Asiassa on vielä arvioitava, onko suorahankintasopimus ollut välttämätöntä tehdä nyt tehdyssä laajuudessa ja onko suorahankintaa käytetty komission covid-tiedonannon mukaisesti vain vajeen kattamiseksi.

Komission covid-tiedonannon 2.3.4 kohdassa on todettu edellä kuvatulla tavalla, että neuvottelumenettely, jossa ei julkaista hakuilmoitusta, voi olla paras tapa tyydyttää välittömät tarpeet, mutta se on väliaikainen ratkaisu siihen saakka, että vakaampi vaihtoehto voidaan löytää. Tällaisia vakaampia ratkaisuja ovat tiedonannon mukaan esimerkiksi tavanomaisilla menettelyillä (nopeutetut menettelyt mukaan lukien) tehtävät tavarahankintoja ja palveluja koskevat puitesopimukset.

Korkeimman hallinto-oikeuden edellä mainitusta vuosikirjapäätöksestä KHO 2011:59 käy ilmi, että koska suorahankinta on poikkeus kilpailuttamisvelvollisuudesta, hankinta on kuitenkin tehtävä sen voimassaoloajan ja kohteen osalta vain siinä laajuudessa kuin sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä.

Nyt kyseessä oleva suorahankintasopimus on tehty 15.5.2020 siten, että sen voimassaolo on päättynyt 31.12.2020. Osapuolet ovat esittäneet toisistaan eriäviä näkemyksiä siitä, mikä on ollut nyt kyseessä olevan suorahankintana toteutetun hankintasopimuksen välttämätön laajuus sen voimassaoloajan osalta.

Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikkö on voinut ryhtyä valmistelemaan uuden ja komission covid-tiedonannon 2.3.4 kohdassa tarkoitetun vakaamman vaihtoehdon eli tavanomaisten

hankintamenettelyjen toteuttamista täysipainoisesti sen jälkeen, kun nyt kyseessä oleva suora hankintamenettely on saatu päätökseen ja sopimus on tehty 15.5.2020. Asiassa on edellä todetun mukaisesti otettava huomioon, että myös tavanomaisen avoimella tai rajoitetulla menettelyllä kilpailutetun hankinnan tai puitejärjestelyn valmisteluun, tarjousten käsittelyyn ja hankintapäätöksen valmisteluun on varattava riittävä aika, jotta menettelyn hankintasäännösten mukaisuus voidaan varmistaa.

Markkinaoikeus toteaa, että oma aikansa kuluu myös sopimuskauden toimitusten aloittamiseen, vaikkakin valittajan mukaan yksittäisen tutkimuksen tuottajatahon vaihtaminen on yksinkertaista. Markkinaoikeus toteaa lisäksi, että asiassa saadun selvityksen perusteella koronapandemian luonteen vuoksi valtakunnalliset ja hankintayksikön aluetta koskevat ja hankinnan kohteen määrittämiseen vaikuttavat testaustarpeet ovat olleet jatkuvassa muutoksessa epidemian syntymisestä alkaen ja että koronaepidemia sekä edellä mainitut muutokset ovat jatkuneet vuoden 2020 loppuun asti ja vielä vuonna 2021. Tarpeiden jatkuva muuttuminen on omiaan vaikuttamaan hankinnan valmisteluun kuluvaan aikaan.

Edellä esitetyn perusteella markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksikkö ole voinut olla varma valituksenalaista hankintapäätöstä tehdessään, että se kykenee täyttämään nyt kyseessä olevan hankinnan mukaiset välttämättömät koronatestausta koskevat hankintatarpeensa kilpailutettujen hankintamenettelyjen toteuttamisella ennen nyt kyseessä olevan hankintasopimuksen sopimuskauden päättymistä. Näin ollen suora hankintasopimusta ei voida katsoa tehdyn pidemmäksi kuin on ehdottoman välttämätöntä nyt kyseessä olevan hankinnan erityispiirteet huomioon ottaen.

Asiassa ei ole myöskään käynyt ilmi, että hankintasopimus olisi testausmäärien osalta määritelty valituksenalaisen hankintapäätöksen tekohetkellä hankintasäännösten vastaisella tavalla laajemmaksi, kuin mitä ennalta arvaamattomasta ja hankintayksiköstä riippumattoman syyn perusteella on ollut välttämätöntä hankkia.

Neuvottelemine vain valitun tarjoajan kanssa

Valittaja on esittänyt, että valittu tarjoaja ei ole ollut ainoa palveluntuottaja hankittavalle palvelulle. Valittajan mukaan valituksenalaisessa hankintapäätöksessä valitusta tarjoajasta mainituissa seikoissa ei ole mitään sellaista, mikä ei toteutuisi myös valittajan kohdalla, ja myös valittaja olisi pystynyt toteuttamaan nyt kyseessä olevan hankinnan. Valittaja on lisäksi esittänyt, että sen Jyväskylässä sijaitsevan alihankkijan käyttäminen ei olisi ollut ongelma, kun otetaan huomioon hankintayksikön edellyttämät vastausajat. Valittajan mukaan näytteet olisi lisäksi voitu analysoida valittajan omassa laboratorioissa Helsingissä. Valittaja on edelleen esittänyt, että keskuslaboratoriotutkimusten kilpailutuksissa ei ole koskaan asetettu edellytyksiä laboratorion sijainnille, vaikka erilaisia kiireellisiä tutkimuksia on paljon.

Hankintayksikkö on esittänyt, että sillä ei ole näyttövelvollisuutta siitä, että vain valittu tarjoaja on pystynyt toteuttamaan hankinnan. Hankintayksikön mukaan joka tapauksessa asiassa on perusteita katsoa, että valittu tarjoaja on tosiasiallisesti ollut ainoa toimija, joka on kyennyt suoriutumaan hankinnan toteuttamisesta hankintayksikön perusteltuja tarpeita vastaavasti. Hankintayksikkö on esittänyt, että valittu tarjoaja on pystynyt tarjoamaan PCR-analyysijä hankintayksikön tarvitseman määrän ilman monimutkaisia logistisia tai tietoteknisiä järjestelyjä. Hankintayksikön mukaan valittajan valitseminen suora hankinnan toteuttajaksi olisi edellyttänyt PCR-näyteliikenteen ohjaamista Jyväskylään, mikä olisi ollut logistisesti ja analyysiprosessin kokonaisaikajänteen kannalta selvästi epätarkoituksenmukaisempi ratkaisu, kun otetaan huomioon hankintayksikön Meilahden toimipisteen ja valitun tarjoajan Kivihaan keskuslaboratorion läheisyys.

Komission covid-tiedonannon 2.3 kohdassa on edellä kuvatulla tavalla todettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti, että kun noudatetaan neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista hankintailmoitusta, hankintaviranomaiset voivat neuvotella suoraan mahdollisten urakoitsijoiden kanssa. Kohdan mukaan sopimuksen tekeminen suoraan etukäteen valitun talouden toimijan kanssa on poikkeus, jota sovelletaan, jos vain yksi yritys pystyy tyydyttämään tarpeen

äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa teknisissä ja ajallisissa rajoitteissa. Tiedonannon 1 kohdassa on lisäksi todettu, että suorahankintaa koskevassa menettelyssä julkiset ostajat voivat neuvotella suoraan mahdollisten urakoitsijoiden kanssa ilman julkaisuvaatimuksia, määräaikoja, konsultoitavien ehdokkaiden vähimmäismäärää tai muita menettelyllisiä vaatimuksia. Tiedonannon mukaan se, että menettelyvaiheita ei säännellä EU:n tasolla, tarkoittaa käytännössä sitä, että viranomaiset voivat toimia niin nopeasti kuin on teknisesti/fyysisesti mahdollista. Menettely voi siis tiedonannon mukaan käytännössä olla suoraan tehtävä tosiasiallinen sopimus, johon liittyvät fyysiset/tekniset rajoitukset ovat riippuvaisia vain tosiasiallisesta saatavuudesta ja toimituksen nopeudesta.

Markkinaoikeus toteaa, että sitä, onko valittu tarjoaja ainoa, joka pystyy tyydyttämään hankintayksikön tarpeen, on arvioitava kiireperusteisen suorahankinnan kontekstissa, eli komission covid-tiedonannon 2.3 kohdassa todetun mukaisesti äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa teknisissä ja ajallisissa rajoitteissa.

Edellä todetulla tavalla koronaepidemia on alkanut Suomessa alkukevällä 2020 ja sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön kansallinen covid-19 testausstrategia, jossa on asetettu testausmääriä koskevat tavoitteet, on päivätty 9.4.2020. Hankintayksiköllä on ollut edellä todetulla tavalla perusteltu tarve saada hankinta toteutetuksi kesäkuun 2020 alkuun mennessä. Valituksenalainen hankintapäätös on tehty 13.5.2020 ja hankintasopimus solmittu 15.5.2020. Hankintayksiköllä on näin ollen ollut noin kuukausi aikaa toteuttaa nyt kyseessä oleva suorahankinta tai hankintadirektiivin terminologian mukaisesti neuvottelumenettely, josta ei julkaista hankintailmoitusta.

Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikön voidaan katsoa kyseisen ajanjakson aikana ehtineen sinänsä käydä neuvotteluja useamman kuin yhden tarjoajan kanssa, mitä hankintayksikkö ei asiassa saadun selvityksen perusteella ole tehnyt. Tällaisten neuvottelujen jälkikäteiseen arviointiin sisältyy kuitenkin useita epävarmuustekijöitä, kuten se, millä tavalla hankintayksikkö olisi kutsunut potentiaaliset tarjoajat neuvotteluihin, kuinka moni tarjoaja olisi osallistunut neuvotteluihin ja minkä sisältöisiä neuvotteluja hankintayksikkö olisi käynyt kunkin potentiaalisen tarjoajan kanssa varmistaakseen muun ohella tarjoajien kykenevyyden toteuttamaan nyt kyseessä oleva hankinta. Lisäksi hankintalain 3 §:n 1 momentin periaatteista seuraa, että hankintayksikön olisi useamman kuin yhden tarjoajan kanssa neuvotellessaan tullut varmistaa, että neuvotteluihin kutsuttuja tarjoajia kohdellaan syrjimättömästi, minkä ohella hankintayksikön olisi tällöin tullut tehdä perusteltu ja syrjimätön valinta neuvotteluun osallistuneiden tarjoajien kesken. Kaikkien näiden vaiheiden voidaan katsoa edellyttäneen oman aikansa niiden toteuttamiseen. Tähän nähden useamman tarjoajan kanssa käytyjen neuvottelujen toteuttamisen siten, että hankintasopimus on voitu solmia ja sopimuksen mukaiset toimitukset aloittaa äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa ajallisissa rajoitteissa, voidaan katsoa sisältäneen vaaran kyseisen välttämättömän ja kiireellisen hankinnan toteuttamisesta asianmukaisesti.

Edellä esitetyn perusteella markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksikkö ole menetellyt hankintasäännösten vastaisesti, kun se on neuvotellut vain valitun tarjoajan kanssa hankintasopimuksen ehdoista äärimmäisen kiireellisen tapauksen aiheuttamissa teknisissä ja ajallisissa rajoitteissa.

Johtopäätös

Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikkö ei ole menetellyt hankinnassaan valittajan esittämin tavoin hankintasäännösten vastaisesti. Valitus on näin ollen hylättävä.

Oikeudenkäyntikulujen korvaaminen

Hankintalain 149 §:n 2 momentin mukaan hankinta-asiassa oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen sovelletaan muutoin, mitä oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 95 – 101 §:ssä säädetään,

ei kuitenkaan viimeksi mainitun lain 95 §:n 3 momenttia.

Oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 95 §:n 1 momentin mukaan oikeudenkäynnin osapuoli on velvollinen korvaamaan toisen osapuolen oikeudenkäyntikulut kokonaan tai osaksi, jos erityisesti asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen on kohtuutonta, että tämä joutuu itse vastaamaan oikeudenkäyntikuluistaan. Pykälän 2 momentin mukaan korvausvelvollisuuden kohtuullisuutta arvioitaessa voidaan lisäksi ottaa huomioon asian oikeudellinen epäselvyys, osapuolten toiminta ja asian merkitys asianosaiselle.

Asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen olisi kohtuutonta, jos hankintayksikkö joutuisi itse vastaamaan oikeudenkäyntikuluistaan. Valittaja on näin ollen velvoitettava korvaamaan hankintayksikön määrältään kohtuulliset oikeudenkäyntikulut. Asian näin päättyessä valittaja saa itse vastata oikeudenkäyntikuluistaan.

Hankintayksiköllä ei arvonlisäverolain 36 ja 102 §:ssä säädetty huomioon ottaen ole oikeutta vähentää hankinnan kohteena koskevaan liiketoimintaan liittyvästä oikeudenkäynnistä aiheutuneisiin kuluihin sisältyvää arvonlisäveroa omassa verotuksessaan. Korvattavaksi vaadituista oikeudenkäyntikuluista ei siten ole vähennettävä niihin sisältyvää arvonlisäveroa.

Lopputulos

Markkinaoikeus hylkää valituksen.

Markkinaoikeus velvoittaa Vita Laboratoriot Oy:n korvaamaan Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän oikeudenkäyntikulut 12.597,94 eurolla viivästyskorkoineen. Viivästyskorkoa on maksettava korkolain 4 §:n 1 momentissa tarkoitetun korkokannan mukaisesti siitä lukien, kun kuukausi on kulunut tämän päätöksen antamisesta.

Muutoksenhaku

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 165 §:n mukaan tähän päätökseen saa hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan.

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 168 §:n 1 momentin nojalla markkinaoikeuden päätöstä on valituksesta huolimatta noudatettava, jollei korkein hallinto-oikeus toisin määrää.

Valitusosoitus on liitteenä.

Asian ovat yksimielisesti ratkaisseet markkinaoikeustuomarit Pertti Virtanen, Pasi Yli-Ikkela ja Markus Ukkola.

Huomaa

Päätöksen lainvoimaisuustiedot tulee tarkistaa korkeimmasta hallinto-oikeudesta.