

**Tampereen yliopisto**

**Johtamiskorkeakoulu**

---

Ville Hänninen

**YHDENVERTAISEN KOHTELUN JA SYRJINNÄN KIELLON  
PERIAATTEET JULKISISSA HANKINNOISSA**

---

Pro gradu -tutkielma

Julkisoikeus

Tampere, kevät 2013

## Tiivistelmä

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

Hänninen, Ville: Yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteet julkisissa hankinnoissa

Pro gradu -tutkielma, ix + 74 sivua

Julkisoikeus

Toukokuu 2013

---

Julkisia hankintoja koskevat oikeustapaukset muodostavat valtaosan markkinaoikeudessa käsiteltävistä asioista. Merkittävä osa hankintaviranomaisen menettelyvirheistä liittyy tarjoajien ja ehdokkaiden yhdenvertaisen kohtelun laiminlyöntiin tai syrjivään kohteluun. Tämän tutkielman tarkoituksena on selvittää yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden hankintayksiköille asettamat keskeiset vaatimukset hankintamenettelyssä.

Tutkimusongelmaa lähestytään tutkielmassa kolmen eri metodin keinoin. Oikeusteoreettisen tarkastelun avulla pyritään lähestymään kriittisesti oikeusperiaate-käsitettä Euroopan unionin oikeudessa nykyisten oikeusteorioiden näkökulmasta. Oikeushistoriallisen metodin avulla selvitetään julkisten hankintojen kehitystä suhteessa yleisen sisämarkkinaoikeuden kehitykseen, erityisesti EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä analysoimalla. Tämän jälkeen selvitetään oikeusdogmaattisesti yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden hankintayksiköille asettamat vaatimukset voimassa olevan oikeuden perusteella.

Tutkielmassa kiinnitetään erityistä huomiota hankintayksikön mahdollisuuksiin korostaa ympäristönsuojeluun ja sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen liittyviä perusteita tavaroita ja palveluja hankittaessa. Näiden perusteiden asettamisessa korostuu Euroopan unionin tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat määräykset sekä EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö. Tutkielmassa pyritään osoittamaan, että hankintayksikön harkintavalta ympäristöllisten ja sosiaalisten perusteiden asettamisessa on julkisten hankintojen alueella kapeampi kuin yleisesti sisämarkkinaoikeudessa.

## Sisällysluettelo

<b>Lähteet</b> .....	<b>iv</b>
<b>1 Johdanto</b> .....	<b>1</b>
1.1 Tutkimusongelman esittely.....	1
1.2 Tutkimuksen tavoitteet ja tutkimuskysymykset .....	3
1.3 Tutkimusmetodi ja rajaukset .....	6
1.4 Keskeiset käsitteet .....	8
<b>2 Oikeusperiaatteiden asema ja jaottelu EU-oikeudessa</b> .....	<b>10</b>
2.1 Eurooppalainen haaste oikeusteorialle .....	10
2.1.1 Oikeusperiaatteen voimassaolo ja pätevyys.....	10
2.2.2 Periaatteet EU-oikeuden oikeuslähteinä.....	13
2.2.3 Käsitteellinen divergenssi .....	15
2.2 Yleisen oikeusperiaatteen jaottelu EU:n oikeusjärjestelmässä.....	16
2.3 Oikeusperiaatteet EU-tuomioistuimen teleologisessa laintulkinnassa .....	19
<b>3 Sisämarkkinaoikeus ja julkiset hankinnat</b> .....	<b>21</b>
3.1 Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjinnän kiellon periaate EU:n perustamissopimuksissa .....	21
3.2 Yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden suhde sisämarkkinavapauksiin julkisissa hankinnoissa .....	23
3.3 Sisämarkkinavapauksien rajoitusperusteet julkisten hankintojen kehityksessä .....	25
3.3.1 EU:n integraatiokehitys ja julkiset hankinnat.....	25
3.3.2 Tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteet julkisia hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä .....	27
3.3.3 Julkiset hankinnat ja sisämarkkinoiden taloudelliset tavoitteet.....	31
<b>4 Julkisten hankintojen oikeuslähteet ja niiden soveltamisala</b> .....	<b>33</b>
4.1 Kansainvälinen oikeus .....	33
4.2 Hankintasäännösten soveltamisala .....	34
4.3 Hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuoliset hankinnat .....	37
4.4 Hankintamenettelyn keskeiset käsitteet.....	38

<b>5 Yhdenvertainen kohtelu ja syrjinnän kieltö hankintalain soveltamisalalla .....</b>	<b>40</b>
5.1 Hankintailmoitus ja tarjouspyynnön laatiminen .....	40
5.2 Sosiaalisten ja ympäristöllisten näkökohtien huomiointi tarjouspyynnössä .....	43
5.2.1 Hankintojen varaaminen työkeskuksille .....	43
5.2.2 Hankintasopimuksen erityisehdot .....	43
5.2.3 Ympäristönäkökohdat .....	45
5.2.4 Edellytykset ympäristömerkkien ja sertifikaattien käytölle .....	46
5.3 Soveltuvien tarjoajien valinta .....	48
5.3.1 Soveltuvuuden arvioinnin suhde tarjousvertailuun .....	48
5.3.2 Poissulkemisperusteet .....	50
5.3.3 Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus .....	52
5.4 Tarjousvertailu ja hankintapäätöksen tekeminen .....	54
5.4.1 Tarjousvertailu .....	54
5.4.2 Päätöksen perustelevminen .....	56
5.4.3 Päätöksentekijän esteellisyys julkisissa hankinnoissa .....	57
5.5 Periaatteiden asettamat erityiset vaatimukset neuvottelumenettelyissä .....	59
<b>6 Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjinnän kieltö hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuolella .....</b>	<b>62</b>
6.1 Yleistä .....	62
6.2 Syrjinnän kiellon ja sisämarkkinavapauksien suhde .....	63
6.3 Avoimuusvelvoite ja rajat ylittävä intressi .....	65
6.3.1 Rajat ylittävä intressi .....	65
6.3.2 Avoimuusvelvoite .....	66
6.3.3 Asianmukainen tiedottaminen sääntelemättömissä hankinnoissa .....	67
<b>7 Päätelmät .....</b>	<b>70</b>
7.1 EU-oikeusteoria ja periaatteet .....	70
7.2 Halvin hinta vai yleinen etu? .....	71
7.3 Pohdintaa de lege ferenda .....	73

## Lähteet

### Kirjallisuus

*Aarnio Aulis*: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Helsinki 2006.

*Alexy, Robert*: A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, Oxford 2002

*Arrowsmith, Sue*: The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code. Public Contract Law Journal, vol. 35/3 2006, s. 337–384.

*Bovis, Christopher*: Public Procurement in the European Union. Palgrave Macmillan, Hampshire 2005.

*Collins, Hugh*: Does ‘Fragmented Europeanisation’ Require a European Civil Code? Juridiska Föreningens Tidskrift 3–4/2009, s. 213–224.

*Craig, Paul*: EU Administrative Law. Oxford University Press, Oxford 2006.

*Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. Harvard University Press, Cambridge 1977.

*Eskola, Saila – Ruohiniemi Erkki*: Julkiset hankinnat. Helsinki 2011.

*Jääskinen, Niilo*: Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsinki 2008.

*Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero*: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Helsinki 2007.

*Kanninen, Heikki*: Euroopan yhteisön oikeuden normihierarkia ja kansallinen lainsoveltaja. Teoksessa: Puhuri käy – Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme, s. 175–244. Toim. Heikki Kanninen, Hannu Koskinen, Allan Rosas, Maija Sakslin ja Kaarlo Tuori. Helsinki 2009.

*Kiikeri, Markku*: Eurooppaoikeuden positivistinen oikeusteoria. Defensor Legis 4/2012, s. 544–561.

*Kunnas, Matti*: Ronald Dworkinin haaste asianajajille. Defensor Legis 6/2008 s. 961–973.

*Kuoppamäki, Petri*: Uusi kilpailuoikeus. Vantaa 2006.

*Letto-Vanamo, Pia*: Pohjoinen oikeusalue Unionin Euroopassa. Lakimies 6–7/1998 s. 937–947.

*McCrudden, Christopher*: The Rüffert Case and Public Procurement. Teoksessa: Market Integration and Public Services in the European Union, s. 117–148. Toim. Marise Cremona. Oxford University Press, Oxford/New York 2011.

*Mäenpää, Olli*: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Helsinki 2008.

*Mäenpää, Olli*: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Helsinki 2011.

*Nenonen, Anne*: Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Lakimies 2009/1, s. 83–111. (Nenonen LM 2009a).

*Nenonen, Anne*: Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. Lakimies 2009/6, s. 956–982. (Nenonen LM 2009b).

*Neuvonen, Päivi*: Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö EU-oikeudessa. Oikeustiede – Jurisprudentia XLI 2008, s. 267–361.

*Nielsen, Ruth*: EU Public Procurement Law and Nordic Labour Law – Recent Developments and Future Challenges. Scandinavian Studies in Law vol. 50, 2007 s. 186–219.

*Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Uudistettu laitos. Helsinki 2010.

*Paso, Mirjami*: Perustelemisesta yhteisöoikeudessa. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXIV 2001, s. 419–473.

*Pekkala, Elise*: Hankintojen kilpailuttaminen. Jyväskylä 2007.

*Pohjonen, Mika*: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus julkisissa hankinnoissa. Edilex 17.11.2010. (www.edilex.fi/lakikirjasto/7427, 10.5.2012)

*Pöykkylä, Panu*: Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa. Edilex 28.10.2010. (www.edilex.fi/lakikirjasto/7370, 10.5.2012)

*Raitio, Juha*: EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus. Helsinki 2004.

*Raitio, Juha*: Teleologia eurooppaoikeudessa. Oikeus 2005/3, s. 276–297.

*Raitio, Juha*: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Toinen uudistettu painos. Helsinki 2010.

*Rasilainen, Aki*: Onko perusoikeussäännösten soveltaminen lainsäädännössä ja lainkäytössä oikeudellinen ratkaisu? Lakimies 5/2008, s. 723–746.

*Schwarze, Jürgen*: European administrative law. Ensimmäinen tarkastettu laitos. Sweet and Maxwell, Lontoo 2006.

*Syrjänen, Jussi*: Arvioita Siltalan oikeuslähdeopista. Teoksessa: Oikeus ja kritiikki I s. 219–245. Toim. Esa Kolehmainen. Helsinki 2009.

*Tridimas, Takis*: The General Principles of EU Law. Toinen painos. Oxford University Press, New York 2006.

*Tuori, Kaarlo*: Oikeustiede 2000. Lakimies 6–7/1998, s. 1002–1013.

*Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.

*Tähti, Aarre*: Oikeudellisilla periaatteilla argumentoimisen erityispiirteistä. Lakimies 1999/4 s. 1–12.

*Ukkola, Markus*: Hankintamenettelyn kriteerit. Lakimies 2/2011, s. 320–340.

*Virolainen, Jyrki*: Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa. Lakimies 1/2012, s. 3–32.

*Wilhelmsson Thomas*: Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta. Oikeustiede – Jurisprudencia XXX 1997, s. 357–374.

## **Virallislähteet**

*HE 190/2009*: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

*HE 50/2006*: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

*KOM(2011) 896 lopullinen*: Komission ehdotus direktiiviksi julkisista hankinnoista. Bryssel, 20.12.2011.

*KOM(2011) 896 lopullinen*: Komission vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta – Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita. Bryssel, 27.1.2011.

*KOM(2010) 608 lopullinen*: Komission tiedonanto – Sisämarkkinoiden toimenpidepaketti – kohti kilpailukykyistä sosiaalista markkinataloutta. Bryssel, 27.10.2010.

*KOM (2001) 566 lopullinen*: Komission tulkitseva tiedonanto julkisiin hankintoihin sovellettavasta yhteisön lainsäädännöstä ja mahdollisuuksista ottaa sosiaaliset näkökohdat huomioon julkisissa hankinnoissa. Bryssel, 15.10.2001.

*KOM (96) 583 lopullinen*: Komission vihreä kirja – Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä. Bryssel, 27.11.1996.

*KOM (85) 310 lopullinen*: Komission valkoinen kirja sisämarkkinoiden toteuttamiseksi (Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council). Bryssel, 14.6.1985.

## **EU-tuomioistuimen ratkaisut**

Asia C-465/11, *Forposta SA ja ABC Direct Contact sp. z o.o. vastaan Poczta Polska SA*; ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-615/10, *Insinööri-toimisto InsTiimi Oy*; ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. ym. vastaan Úrad pre verejné obstarávanie*; ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-386/10, *Euroopan komissio vastaan Alankomaiden kuningaskunta*; ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-376/08, *Serrantoni Srl ja Consorzio stabile edili Scrl vastaan Comune di Milano*; Kok. 2009, I-12169.

Asia C-199/07, *komissio vastaan Helleenien tasavalta*; Kok. 2009, s. I-10669.

Asia C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*; Kok. 2008, s. I-00251.

Asia C-346/06, *Dirk Rüffert vastaan Land Niedersachsen*; Kok. 2008, s. I-01989.

Yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06 *ECAP SpA (C-147/06) ja Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) vastaan Comune di Torino*; Kok. 2008, s. I-03565.

Asia C-195/04, *Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Suomen tasavalta*; Kok. 2007, s. I-03351.

Asia C-458/03, *Parking Brixen GmbH vastaan Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG*; Kok. 2005, s. Kok. 2005, s. I-08585.

Asia C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) vastaan Comune di Cingia de' Botti*; Kok. 2005, s. I-07287.

Asia 210/03, *The Queen (Swedish Match AB:n ja Swedish Match UK Ltd:n hakemuksesta) vastaan Secretary of State for Health*; Kok. 2004, s. I-11893.

Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA vastaan Belgian valtio*; Kok. 2005, s. I-1559.

Asia 59/00, *Bent Moustén Vestergaard vastaan Spøttrup Boligselskab*; Kok. 2001, s. I-09505.



Asia C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*; Kok. 2002, s. I-07213.

Asia C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vastaan Telekom Austria AG*; Kok. 2000, s. I-10745.

Asia C-176/96, *Jyri Lehtonen ja Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL vastaan Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*; Kok. 2000, s. I-02681.

Asia C-237/94, *John O'Flynn vastaan Adjudication Officer*; Kok. 1996, s. I-02617.

Asia C-324/93, *The Queen vastaan Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd*; Kok. 1995, s. I-00563.

Asia 243/89, *komissio vastaan Tanska*; Kok. 1993, s. I-3353.

Asia 45/87, *komissio vastaan Irlanti*; Kok. 1988, s. 04929.

Asia 31/87, *Gebroeders Beentjes BV vastaan State of the Netherlands*; Kok. 1988, s. 04635.

Asia 302/86, *Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Tanskan kuningaskunta*; Kok. 1988, s. 04607.

Asia 810/79, *Peter Überschär vastaan Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*; Kok. 1980, s. 02747.

Asia 43/75, *Gabrielle Defrenne vastaan Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*; Kok. 1976 s. 00455.

Asia 8/74, *Procureur du Roi vastaan Benoît ja Gustave Dassonville*; Kok. 1974, s. 00837.

### **Kansallisten tuomioistuinten ratkaisut**

KHO:2011:72            KHO:2011:59            KHO:2011:29

KHO:2010:69            KHO:2003:89

MAO 410–411/12        MAO:165/12            MAO: 555/11

MAO:473/11            MAO:329/11            MAO:183/11

MAO:154/11            MAO:107–108/11        MAO:622–623/10

MAO:232/09            MAO:5/I/02

## **Internet-lähteet**

Kuntien yleiset hankintaohjeet 2010

<http://www.kuhaoy.fi/> > Yleisiä ohjeita > Kuntien yleiset hankintaohjeet 2010 (25.5.2012).

Lainlaatijan EU-opas 2012

<http://www.om.fi/> > Julkaisut > Selvityksiä ja ohjeita > 11/2012 Lainlaatijan EU-opas. Kansallisten säädösten valmistelua koskevat ohjeet (25.5.2012).

Ari Hirvonen: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan

<http://www.helsinki.fi/oikeustiede/> > Oppiaineet > Oikeusteoria > Luentomateriaaleja > Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan, 2011 (13.5.2013).

Oikeusturvan todellisuus – Pyramiditutkimus hallintolainkäytön vaikuttavuudesta, KHO:n tutkimusjulkaisuja 1/2009

<http://www.kho.fi> > Ajankohtaista > Oikeusturvan todellisuus - Pyramiditutkimus hallintolainkäytön vaikuttavuudesta (21.8.2012).

Valtion hankintakäsikirja 2010

<http://www.vm.fi/> > Julkaisut ja asiakirjat > Julkaisut > Muut julkaisut > 2011 > Valtion hankintakäsikirja 2010, 48/2010 (25.5.2012)

# 1 Johdanto

## 1.1 Tutkimusongelman esittely

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan viranomaisen tai julkisen vallan pääosin rahoittaman toimijan tekemiä tavara-, palvelu- sekä rakennusurakkahankintoja. Vuonna 2011 työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämällä HILMA-verkkosivuilla julkaistiin 18 860 hankintailmoitusta, joiden kokonaisarvo nousi yli 19 miljardiin euroon. Kuntien, kuntayhtymien ja muiden alueellisten viranomaisten osuus hankinnoista oli yli 55 prosenttia, hankintojen kokonaisarvon ollessa noin yhdeksän miljardia euroa.<sup>1</sup> Euroopan unionin tasolla julkisyhteisöjen ostamien tavaroiden ja palvelujen osuus unionin bruttokansantuotteesta on lähes 17 prosenttia<sup>2</sup>. Julkisten hankintojen taloudellista merkitystä kuvaa hyvin se, että jo muutaman prosentin kustannussäästöt hankintojen kokonaisarvosta tarkoittaisivat satojen miljoonien eurojen säästöä julkiselle taloudelle. Valtion tai kunnallisen hankintatoimen organisoiminen siten, että taataan laadukkaat ja edulliset hankinnat oikeuskäsitteilyltä välttyen, edellyttää hankintayksiköiltä muun muassa laaja-alaista oikeudellista asiantuntemusta.

Oikeudellisesti julkiset hankinnat aiheuttavat päänvaivaa hankintamenettelyn osapuolien lisäksi markkinaoikeudelle. Markkinaoikeudelle vuonna 2011 saapuneista 610 asiasta peräti 569 oli hankinta-asioita.<sup>3</sup> Hankintasääntelyn keskeisinä tavoitteina on tuoda julkiset hankinnat kilpailun piiriin ja luoda näin pitkällä aikavälillä kustannussäästöjä hankintayksiköille. Kilpailuttamisen tuomat kustannussäästöt saattavat jäädä haaveksi, jos hankintamenettelyssä toimitaan virheellisesti. Markkinaoikeuden käsittelyajat hankinta-asioissa olivat vuonna 2012 keskimäärin 6,2 kuukautta, joten hankinnan toteuttamisen viivästymisen tai väliaikaisen järjestämisen aiheuttamat kustannukset ovat todennäköisesti itse hankinnan arvoon nähden merkittäviä. Tämän lisäksi vir-

---

<sup>1</sup>< [http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot\\_2011](http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot_2011)>. 02.11.12

<sup>2</sup> Komission sisämarkkinoiden toimenpidepaketti, KOM(2010) 608, s. 15.

<sup>3</sup>< <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/57475.htm>>. 02.11.12

heellisesti menetelleen hankintayksikön kuluriskeinä ovat mahdollisten oikeudenkäyntikulujen, hyvitysmaksujen sekä vahingonkorvausten aiheuttamat kustannukset.

Mistä hankintoja koskevien oikeuskäsittelyjen runsaslukuisuus johtuu? Markkinaoikeuden ratkaisukäytännöstä on havaittavissa, että merkittävä osa hankintaviranomaisen menettelyvirheistä liittyy tarjoajien ja ehdokkaiden yhdenvertaisen kohtelun laiminlyöntiin tai syrjivään kohteluun<sup>4</sup>. Korkeimman hallinto-oikeuden vuonna 2009 laatimasta selvityksestä käy ilmi, hankintayksiköt ovat kokeneet hankintalainsäädännön vaikeaselkoisena. Hankintayksiköille tehdyssä kyselyssä nostetaan esille myös markkinaoikeuskäytännön ailahtelevuus. Selvityksen mukaan hankintasioihin liittyvissä valituskirjelmissä ja päätöksissä viitataan harvakseltaan EU-oikeuteen, johon hankintasääntely perustuu.<sup>5</sup>

Julkisten hankintojen keskeinen oikeudellinen sääntely perustuu Euroopan parlamentin ja neuvoston antamiin direktiiveihin 2004/18/EY<sup>6</sup> (jäljempänä hankintadirektiivi) ja 2004/17/EY<sup>7</sup> (erityisalojen hankintadirektiivi). Direktiivit on implementoitu kansalliseen lainsäädäntöömme lailla julkisista hankinnoista (348/2007, hankintalaki) sekä lailla vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007, erityisalojen hankintalaki). Hankintalain 2 §:n 1 momentissa määritellään julkisia hankintoja koskevat periaatteet. Säännöksen mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Minkälaisia vaatimuksia yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteet asettavat hankintayksiköille ja minkä vuoksi vaatimusten noudattaminen on osoittautunut vaikeaksi julkisissa hankinnoissa? Hankintalain esitöissä viitataan yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden osalta EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön. Hallituksen esityksessä todetaan, että EU-tuomioistuimen (1.12.2009 asti EY-tuomioistuin) ratkaisukäytännössä yhdenvertaisen kohtelu

---

<sup>4</sup> Ks. esim. Kuoppamäki 2006, s. 333 ja Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 10–11.

<sup>5</sup> KHO:n tutkimusjulkaisu 1/2009, s. 49–61.

<sup>6</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 30.4.2004, s. 114–240.

<sup>7</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 30.4.2004, s. 1–113.

periaatteen on katsottu edellyttävän, ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua. Esitöiden mukaan syrjimättömyyden periaatteen on taas katsottu edellyttävän, että ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Esitöiden mukaan tällaisia tekijöitä ovat erityisesti ehdokkaiden tai tarjoajien kansallisuus taikka sijoittautuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle.<sup>8</sup> Lain soveltajalle esityöt antavat niukasti apua periaatteiden tulkinnalle yksittäisessä tapauksessa.

Hankintalainsäädännöstä tai hankintadirektiiveistä periaatteiden aineellinen sisältö ei siis kattavasti aukea. Periaatteiden asettamat vaatimukset perustuvat EU-oikeuteen ja erityisesti EU-tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön, joten kansallisen lain tulkitsijalle tai soveltajalle on tärkeää tuntea kansallisen säädösmateriaalin lisäksi EU-tuomioistuinten vakiintunut ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen alueella, mutta myös tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden osalta, sillä ne muodostavat hankintadirektiivien oikeusperustan.<sup>9</sup> Euroopan unionin oikeusperiaatteisiin lukeutuvilla yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon periaatteella on voimakas merkitys myös muilla oikeudenalilla, kuten työ- ja sosiaaioikeudessa. Tämän tutkielman lähtökohtana on tarkastella periaatteiden aineellista sisältöä julkisten hankintojen alalla.

## **1.2 Tutkimuksen tavoitteet ja tutkimuskysymykset**

Tutkielman keskeinen tutkimusongelma liittyy yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden asettamien vaatimusten määrittelyyn nimenomaan hankintasääntelyn kontekstissa. Tavoitteeni on periaatteiden oikeudellisen perustan selvittäminen julkisten hankintojen alalla sekä

---

<sup>8</sup> HE 50/2006 vp, s. 46–47.

<sup>9</sup> Hankintadirektiivin johdanto-osan 2 kohta: Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.

osoittaa periaatteen asettamat vaatimukset hankintayksikön menettelylle. Esityksen rakenteen on tarkoituksena palvella tutkimuskysymysten johdonmukaista käsittelyä.

Ensimmäisessä luvussa käsitellään oikeusperiaatteen käsitettä EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden näkökulmasta. Aluksi on hahmotettava oikeusperiaatteen käsite. Mitä oikeastaan tarkoitamme, kun puhumme oikeusperiaatteista? Onko esimerkiksi *Ronald Dworkinin* teoria oikeusperiaatteista punnintanormeina selitysvoimainen EU-oikeuden alueella? Oikeusperiaatteen käsitettä tarkastellaan oikeusteoreettisena, oikeuslähdeopillisena sekä kielellisenä käsitteenä. Tämän jälkeen luodaan katsaus yleisten oikeusperiaatteiden jaotteluun EU-oikeudessa. Viimeiseksi tarkastellaan oikeusperiaatteiden merkitystä EU-oikeuden teleologisessa tulkintametodissa.

Tämän jälkeen tutkitaan hankintasäätelyä osana sisämarkkinavapauksien kokonaisuutta oikeushistoriallisesta näkökulmasta muun muassa oikeuskäytäntöä analysoimalla. Oikeushistoriallisen katsauksen tarkoituksena on aiheen taustoittamisen lisäksi syventää ymmärrystä julkisiin hankintoihin liittyvistä tavoitteista ja politiikoista. Tämä on keskeistä, sillä EU-tuomioistuimen teleologisen argumentaation ja ylipäänsä EU-oikeuden ennakoiminen edellyttää sääntelyn taustalla vaikuttavien tavoitteiden ja politiikkojen tuntemusta. Kuten *Juha Raitio* on vastauksena *Thomas Wilhelmssonin* vieteriukkoteorialle<sup>10</sup> todennut:

[E]urooppaoikeuden tekeminen ennakoitavammaksi ja ymmärrettävämmäksi jäsenvaltioissa edellyttää yhtäältä parempaa EU-lainopin hallintaa, toisaalta ymmärtämystä ja tietoa integraatiokehityksen eri vaiheista sekä kolmanneksi käsitystä erilaista argumentaatio- ja justifikaatiomalleista.<sup>11</sup>

Tutkielman kolmannessa luvussa tarkastellaan unionin politiikkojen ja sisämarkkinoihin liittyvien tavoitteiden vaikutusta EU-tuomioistuimen julkisia hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä. Kolmannen luvun tarkoituksena on tarkastella EU:n politiikkojen ja oikeudellisen kehityksen välistä tasapainoa. Yleisesti EU-sisämarkkinaoikeuden ja erityisesti julkisten hankintojen alueella EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ovat historiallisesti painottuneet sisämarkkinakehitykseen liittyvät taloudelliset ja kilpailulliset argumentit.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Wilhelmsson 1997, s. 357–374.

<sup>11</sup> Raitio, 2010 s. 183.

<sup>12</sup> Ks. esim. Neuvonen 2008, s. 322–328.

Tutkielman neljännessä ja viidennessä luvussa selvitetään yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden hankintayksikölle asettamia vaatimuksia hankintamenettelyssä vaihe vaiheelta hankintalain rakenteen mukaisesti:

- 1) hankintailmoitusta ja tarjouspyyntöä laadittaessa,
- 2) tarjoajien soveltuvuutta arvioidessa sekä
- 3) tarjousta valittaessa.

Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen merkitys julkisissa hankinnoissa ilmenee kahdella tavalla. Yhtäältä hankintasääntelyn tavoitteena on ollut luoda perusta yhdenvertaiselle ja avoimelle hankintamenettelylle, joka on pyritty saattamaan voimaan hankintadirektiivin ja siitä johdetun hankintalain nimenomaisilla ja kirjoitetuilla säännöillä. Toisaalta yhdenvertaisen kohtelun periaate toimii hankintasääntelyn aukkotilanteissa tulkintaperiaatteena.

Hankintasääntelyn soveltamisalan lisäksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteella ja erityisesti sen sisältämällä kansalaisuuteen perustuvalla syrjinnän kielloilla on EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä katsottu olevan vaikutuksia myös hankintasääntelyn ulkopuolella. EU-tuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut, että EU:n perustamissopimuksen perustavanlaatuiset oikeussäännöt on otettava huomioon myös hankintasäännöstön soveltamisalan ulkopuolella.<sup>13</sup> Käytännössä hankintalain soveltamisalan ulkopuolisissa hankinnoissa hankintaperiaatteiden noudattamista pyritään ohjaamaan viranomaisten, kuten kuntien ja valtion, omilla hankintaohjeilla. Hankintasääntelyn soveltamisalan ulkopuolella yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden lisäksi tarkastelun kohteena on syrjinnän kiellosta johtuva avoimuusvelvoite. Tutkielman tarkoituksena on selvittää ensinnäkin mistä mainittu velvoite on johdettu ja millaisissa tilanteissa se on otettava huomioon.

Tutkielmasta on rajattu ulkopuolelle hankintaperiaatteiden soveltaminen puolustus- ja turvallisuusalojen hankintalain alalla. Hankintaperiaatteiden soveltaminen - tai oikeammin poikkeukset

---

<sup>13</sup> Asia C-59/00, Vestergaard. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että vaikka kynnysarvojen alapuolelle jäävissä hankinnoissa ei sovelleta hankintadirektiivejä, on hankintayksikön näissäkkin hankinnoissa noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä.

niiden soveltamiseen - kyseisillä erityisaloilla jää tutkimuksessa maininnan varaan. Muun hallinnollisen sääntelyn, kuten hallintolain tai julkisuuslain, vaikutukset hankintamenettelyyn on rajattu esteellisyyksymystä lukuun ottamatta tutkimuksen ulkopuolelle. Työssä ei ole erotettu EU-hankintoja ja kansallisia hankintoja erillisiksi osuuksiksi. Kyseinen erottelu on perusteltua hankintoja käsittelevissä käsikirjamaisissa oikeudellisissa teoksissa, mutta ei nähdäkseni hankintaperiaatteisiin liittyvässä tutkimuksessa. Kansallisissa ja EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on menettelyllisiä eroja, mutta hankintaperiaatteiden soveltaminen on yhteneväää hankinnan arvosta riippumatta.

### 1.3 Tutkimusmetodi

Tämä tutkimus perustuu kolmeen eri metodologiseen näkökulmaan. Euroopan unionin oikeuden rakennetta ja oikeusperiaatteiden normatiivista asemaa EU-oikeusjärjestyksen sisällä analysoitaessa korostuu oikeusteoreettinen näkökulma. Oikeusperiaatteen nykyisin yleistä määritelmää punnintanormina tai optimointikäskynä tarkastellaan kriittisesti EU-oikeus huomioon ottaen. Ensinnä on tärkeä hahmottaa oikeusperiaatteiden asema oikeusjärjestyksessä tai -järjestelmässä eri oikeusteorioiden näkökulmasta. Toiseksi on pyrittävä luomaan kuva oikeusperiaatteista EU-oikeudessa. Vasta tämän jälkeen on mahdollista arvioida yksittäisen oikeusperiaatteen paikkaa ja painoarvoa tietyllä oikeudenalalla.

Oikeudenalajaottelun näkökulmasta tämä tutkimus sijoittuu EU:n sisämarkkinaoikeuteen. *Raitio* ja *Kuoppamäki* ovat määritelleet sisämarkkinaoikeuden muodostuvan EU:n kilpailuoikeutta koskevista säännöistä, tavaroiden, palvelujen, pääomien ja henkiöiden vapaata liikkumista koskevista säännöistä sekä julkisista hankinnoista koskevista säännöistä.<sup>14</sup> Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa julkisia hankintoja on usein käsitelty itsenäisissä teoksissa tai kilpailuoikeuteen liittyvien teoksien yhteydessä. Koska julkiset hankinnat ovat oikeudellisena ilmiönä verrattain nuori, on ymmärrettävää, että se vielä hakee paikkaansa oikeudenalakehikossa.

---

<sup>14</sup> Raitio 2004, s. 1 ja Kuoppamäki 2006.



Julkisten hankintojen ja sisämarkkinoiden kehityksen arvioinnissa hyödynnetään oikeushistoriallista tutkimusmenetelmää. Tutkimuksen pääkysymykseen pyritään vastaamaan perinteisin lainopillisin metodein, kirjoitettua oikeutta ja oikeuskäytäntöä analysoimalla. Oikeuslähdeopillisesti EU-oikeus ei ole sisäiseltä hierarkialtaan yhtä selkeää kuin puhtaasti kansallinen oikeus.<sup>15</sup> Julkissa hankinnoissa lähtökohtana on kansallinen lainsäädäntö, joka perustuu hankintadirektiiviin. Kansallista hankintalakia tulee tulkita direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti. Hankintadirektiivin yksityiskohtaisuuden ja täsmällisyyden vuoksi välittömän oikeusvaikutuksen mahdollisuus on häviävän pieni. EU-oikeuden tulkinnallinen vaikutus julkisissa hankinnoissa liittyy korostuneesti hankinnoissa noudatettaviin periaatteisiin. Näin ollen tässä tutkimuksessa EU-oikeuden vaikutusta kansallisten hankintayksiköiden menettelyyn arvioidaan keskeisten hankintaperiaatteiden näkökulmasta.

Tutkimuksessa analysoidaan EU-tuomioistuimen keskeisiä oikeustapauksia yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden osalta sekä niiden hankintayksikölle asettamien vaatimusten näkökulmasta. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuilla on merkitystä tutkimuksen kannalta erityisesti niissä tapauksissa, kun EU-tuomioistuin ei ole ottanut kantaa kyseessä olevaan oikeudelliseen ongelmaan. Oikeuskäytännöllä on myös tärkeä tehtävä periaatteiden merkityksen havainnollistamisessa lukijalle. Jäsenvaltioiden välisellä oikeusvertailvalla näkökulmalla ei harmonisoidun EU-oikeuden alueella ole nähdäkseni yhtä suurta merkitystä kuin puhtaasti kansallisen oikeuden alueilla.

Kaarlo Tuorin kriittistä oikeuspositivismia mukaillen tutkimuksen tarkoituksena on oikeuden pintatason kuvaamisen lisäksi tarkoituksena löytää kiinnekohtia myös oikeuskulttuurin tasolta. Julkisten hankintojen kohdalla relevantti, ehkä oikeuskulttuurillinen ymmärrys, on löydettävissä yhtäältä sisämarkkinoiden integraatiokehityksen taustalla vaikuttavista politiikoista ja tavoitteista. Toisaalta yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaate eivät ole vain hankinnoissa sovellettavia periaatteita, vaan periaatteiden merkitys on keskeinen useilla EU-oikeuden aloilla. Tutkimuksessa arvioidaan periaatteiden sisältöä ja merkitystä EU-oikeuden yleisinä periaatteina siinä

---

<sup>15</sup> Ks. esim. Raitio 2004, s. 16.

tarkoituksessa, että niiden soveltamiskäytännöstä sisämarkkinaoikeuden alueella olisi mahdollista löytää tulkinnallista selkänööriä myös julkisissa hankinnoissa.

#### 1.4 Keskeiset käsitteet

EU-oikeuden käsitteellä tarkoitetaan tässä tutkimuksessa Euroopan unionin oikeusjärjestyksen muodostamaa oikeusnormien kokonaisuutta. Eurooppaoikeuden käsitteeseen katsotaan EU-oikeuden lisäksi kuuluvan myös Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen perustuva oikeus. Eesityksen selkeyden vuoksi Euroopan unionin tuomioistuimesta ja sitä edeltäneestä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimesta käytetään ainoastaan termiä EU-tuomioistuin, ellei suorista lainauksista toisin johdu.

Tutkimuksen kohteena oleviin periaatteisiin liittyvä terminologia on suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa varsin hajanaista. Vaikka suomalaista kirjallisuutta julkisten hankintojen alalta on löydettävissä runsaastikin, hankintoihin sovellettavien periaatteiden terminologiasta ei ole yhdenmukaista näkemystä oikeuskirjallisuudessa<sup>16</sup>. EU-oikeuden hankintasäännöstössä käytetään termejä yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjimättömyyden periaate<sup>17</sup>. Hankintalain 2 §:n mukaan hankintamenettelyn osapuolia on kohdeltava tasapuolisesti ja syrjimättä, vaikka lain esitöissä on käytetty EU-oikeuden mukaista käsitettä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaate<sup>18</sup>. Olen tässä tutkimuksessa päätenyt käyttämään periaatteista hankintalain terminologian sijaan termejä yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjimättömyyden periaate. Valinta vaatinee perusteluja. Nähdäkseni oikeudellisen terminologian ja käsitteistön tarkoituksena on kuvata abstraktia oikeusjärjestystä. Toisin sanoen oikeus muuttuu havaittavissa olevaksi, positiiviseksi järjestelmäksi kielitekojen avulla.

Kuten edellä on todettu, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen on katsottu EU-tuomioistuimen vaikiintuneessa käytännössä sisältävän eriperusteiset syrjinnän kiellot erityisinä ilmauksinaan. Syr-

---

<sup>16</sup> Ks. esim. Kalima – Häll – Oksanen 2007, ss. 37; Kuoppamäki 2006, s. 298 sekä Raitio 2010, s. 252.

<sup>17</sup> Ks. esim. 2004/18/EY, perusteluosan 2 kohta sekä direktiivin 2 artikla.

<sup>18</sup> HE 50/2006 vp, s. 47.

jintäkieltojen muodostama epäasiallisen syrjinnän oikeudellisten sääntöjen kokonaisuus on taas oikeustieteessä usein kuvattu yleisenä syrjimättömyysperiaatteena. Näin ollen on mielestäni perusteltua EU-oikeuden alalla ymmärtää yhdenvertaisen kohtelun periaate yläkäsitteenä, joka pitää sisällään sekä kvalifioitua syrjintäkiellot että positiivisluonteiset velvoitteet edistää yhdenvertaisuuden toteutumista. Tämän lisäksi tekemäni valinta palvelee EU-oikeuden näkökulmasta pyrkimystä neutraaliin ja mahdollisuuksien mukaan jäsenvaltioiden oikeuskieliin nähden itsenäiseen käsitteistöön.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä terminologisesta ja käsitteellisestä divergenssistä ks. tarkemmin Jääskinen 2008, ss. 187.

## 2 Oikeusperiaatteiden asema ja jaottelu EU-oikeudessa

### 2.1 Eurooppalainen haaste oikeusteorialle

#### 2.1.1 Oikeusperiaatteen voimassaolo ja pätevyys

Viimeaikaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa oikeusperiaatteen käsite ja niiden merkitys oikeudelliseen ratkaisutoimintaan vaikuttavana tekijänä on ollut vilkkaan keskustelun kohteena. Oikeusperiaatteiden merkityksen lisääntymiselle voidaan esittää useita syitä, mutta keskeisimmät lienevät perus- ja ihmisoikeuksien kehittyminen sekä oikeuden eurooppalaistuminen Euroopan ihmisoikeussopimuksen sekä Euroopan unionin integraation myötä. Oikeustieteessä oikeusperiaatteiden asema oikeusjärjestelmässä ja oikeuslähdeopissa riippuu kulloisenkin tutkijan tieteen-  
teoreettisista sitoumuksista. Kaksi voimakkaimmin ”vastahankaan” asettunutta suuntausta oikeusperiaatteiden osalta ovat oikeuspositivistiset teoriat sekä hiljattain edesmenneen yhdysvaltalaisen oikeustieteilijän *Ronald Dworkinin* ”kolmas teoria oikeudesta”.

Ronald Dworkinin oikeusfilosofiassa oikeus muodostuu säännöistä ja periaatteista. Dworkin on kuvannut sääntöjen ja periaatteiden eroavaisuuksia siten, että säännöt ovat luonteeltaan ehdottomia. Sääntö esimerkiksi ilmaisee seuraamuksen jonkin oikeustositseikaston olemassaolosta ja seuraamus joko toteutuu tai ei toteudu. Dworkinin mukaan oikeusperiaatteet ovat korostetusti moraali- ja oikeudenmukaisuusperiaatteita. Poliitiikan ja moraalin välille Dworkin tekee selvän rajanvedon ei-oikeudelliseen ja oikeudelliseen. Oikeusperiaatteiden vaikutus oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa perustuu niiden painoarvoon ja luonteeseen punnintanormeina. Oikeusperiaatteiden painoarvoa punnintatilanteessa ei voida määrittellä etukäteen, vaan se määräytyy kulloisenkin tapauksen tosiseikkojen ja muiden punninnassa huomioon otettavien periaatteiden painoarvosta. Oikeusperiaatteiden välisessä punninnassa periaatteet eivät sulje toistensa vaikutusta täysin, vaan painoarvoltaan vahvempi periaate antaa suunnan oikeudelliselle ratkaisulle.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Dworkin 1977, s. 24–26.

Dworkinin teoria perustuu oikeuspositivistisen teorian, erityisesti H.L.A. Hartin, kritiikkiin. Hartin oikeuspositivismi pyrki ”jatkojalostamaan” Hans Kelsenin perusnormiin perustuvaa oikeuden pätevyyden teoriaa. Hartin mukaan oikeusjärjestelmä pitää sisällään ihmisten käyttäytymistä ohjaavia primaarinormeja sekä primaarinormien asettamista määrittäviä sekundaarinormeja. Jokaisen normin pätevyysketju voidaan johtaa alemman asteisesta ylempään, aina tunnistamissääntöön asti, joka on kelseniläisen perusnormin tapaan abstrakti edellytys oikeuden viimekätiselle pätevyydelle. Näissä oikeuspositivistisissa teorioissa moraalili- tai tavoiteperiaatteita ei lasketa oikeusnormien joukkoon, koska ne eivät ole pätevästi asetettuja.<sup>21</sup>

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa oikeusperiaatteiden on katsottu ilmentävän yhtäältä moraalisten arvojen juridisia konkretisointeja. Toisaalta oikeusperiaatteiden on katsottu heijastavan myös oikeudellisen sääntelyn tavoitteita. *Aarre Tähti* on listannut luonnehdintoja ja yrityksiä kuvata oikeusperiaatteiden luonnetta havainnollistaakseen, että oikeustieteen ponnistelut oikeusperiaatteiden määrittelemiseksi ovat tuottaneet vastakkaisia ja keskenään ristiriitaisiakin kriteereitä. Tähdän mukaan tämä johtuu osin siitä, että oikeusperiaatteita pyritään käsittelemään yhtenäisenä ryhmänä.<sup>22</sup>

Analyttisen oikeustieteen suuntausta edustava *Aulis Aarnio* on nostanut esiin sen, että suomalaisessa oikeusteoriassa viitataan usein angloamerikkalaiseen oikeustieteeseen, huomioimatta kuitenkaan riittävästi common law -järjestelmien ja säädännäiseen oikeuteen perustuvien järjestelmien oikeuskulttuurillisia eroja. Oikeussääntöjen voimassaolo tai positiivisuus on helpommin havaittavaa kuin oikeusperiaatteiden. Aarnio on esittänyt oikeusperiaatteiden yleisen hyväksyttävyyden keskeiseksi voimassaolon kriteeriksi. Hyväksyttävyyden Aarnio määrittelee positiivisen oikeuden järjestelmässä, kuten Suomessa, ensinnäkin oikeusperiaatteen säädännäisyytenä, eli periaate sisältyy kirjoitettuun lainsäädäntöön. Toiseksi, kirjoittamattoman periaatteen hyväksyttävyys voi Aarnion mukaan ilmetä prejudikaatissa vahvistettuna institutionaalisenä tukena tai osana koherenttia perustelutaustaa, joka nojaa ainakin joihinkin velvoittaviin oikeuslähteisiin. Common law -järjestelmissä periaatteet muodostavat itsenäisen oikeuslähdeluokan, joilla on voimakas merkitys tuomioistuinten oikeutta luovassa roolissa. Tällöin periaatteen yhteisöllinen

---

<sup>21</sup> Tuori 2000, s. 26–29.

<sup>22</sup> Tähti LM 1999, s. 1–3.

hyväksyntä, kuten Aarnio on todennut, on toisaalta välttämätön, mutta myös riittävä edellytys sille, että esimerkiksi moraaliargumentilla voi olla itsenäisen oikeuslähteen asema.<sup>23</sup> Aarnion oikeudellisessa ajattelussa oikeusperiaatteen käsite on hyvin lähellä *Robert Alexyn* ajatusta oikeusperiaatteista optimointikäskyinä, joita tulisi oikeudellisessa ratkaisussa ottaa huomioon parhaalla mahdollisella tavalla tilanteesta riippuen.<sup>24</sup>

*Kaarlo Tuorin* kehittämä kriittinen oikeuspositivismi perustuu edellä esitettyjen Hartin ja Kelsenin traditionaalisen oikeuspositivismin kyvyttömyyteen ratkaista yhteiskunnallisten tosiasioiden ja positiivisen oikeuden välistä ”sekoittumisen” ongelmaa. Kriittisen oikeuspositivismin käsitys kypsästä ja modernista oikeudesta lähtee oikeuden positiivisuudesta, mutta tämä positiivisuuden sisällä antaa tilaa myös moraalille arvostuksille. Näin Tuori on määritellyt oikeusperiaatteet oikeusnormeiksi vain, jos niille on löydettävissä institutionaalista tukea oikeuslähteopin osoittamista velvoittavista oikeuslähteistä, kuten lainsäädännöstä tai oikeuskäytännöstä.<sup>25</sup>

Eurooppaoikeuden oikeusteoriaa väitöskirjassaan pohtinut *Niilo Jääskinen* on teoksessaan torjunut ajatuksen oikeusperiaatteista positiivisina punnintanormeina. Jääskinen noudattelee analyttisen oikeustieteen ja tuorilaisen kriittisen oikeuspositivismin lähestymistapoja konstruoidessaan kuvaustaan oikeudesta. Pelkistettynä Jääskisen kuvauksessa oikeuden nelikenttä koostuu momenttaarisesta oikeusjärjestyksestä, oikeusjärjestystä abstraktisti kuvaavasta oikeusjärjestelmästä, oikeudellisista käytännöistä (juridiikasta) sekä hiljaisen praksiksen sisältävästä oikeuskulttuurista. Jääskisen oikeuden nelikentässä oikeusjärjestelmätason käsitteet, politiikat ja oikeusperiaatteet kuuluvat lähtökohtaisesti oikeusjärjestelmätasolle, eli juridiikan ja oikeuskulttuurin alueelle. Oikeusperiaatteet Jääskinen laskee kuitenkin auktoritatiivisten oikeuslähteiden joukkoon siinä tapauksessa, että ne nauttivat institutionaalista tukea. Jääskinen jakaa oikeuslähteet privilegioituihin sekä auktoritatiivisiin. Privilegioitu oikeuslähde on oikeusnormin suoraan ilmaiseva kielellinen representaatio, kun taas auktoritatiivisella oikeuslähteellä Jääskinen tarkoittaa oikeusnormeja välillisesti ilmaisevia representaatioita.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Aarnio 2006, s. 132–148.

<sup>24</sup> Alexy 2002, s. 45–47.

<sup>25</sup> Tuori 2000, s. 197.

<sup>26</sup> Jääskinen 2008, s. 115.

Jääskisen oikeusteoreettiset kannanotot oikeuden systematisoinniksi vaikuttavat kattavasti argumentoiduilta ja EU-oikeuden alueella kiinnostavilta. Perustelen tätä sillä, että Jääskisen nelikenttämalli kuvaa oikeutta modernilla tavalla, joka on yhtäältä johdonmukainen positiivisen oikeusteorian näkökulmasta, mutta ei kuitenkaan menetä selitysvoimaansa eurooppaoikeuden kehikossa. Kuten Jääskinenkin on todennut, Dworkinin sääntö–periaate -distinktion perustuvan teorian heikkous piilee sen tiukassa rajanvedossa politiikka- ja moraaliperiaatteiden kesken. Perusoikeuksien alueella Dworkinin konstruktio oikeudesta ja periaatteista punnintanormeina on erityisen toimiva, mutta esimerkiksi EU-oikeuden tavoiteperiaatteiden sovittaminen Dworkinin teoriaan oikeudesta on vaikeaa, johtuen juuri politiikkaperiaatteiden (tai tavoiteperiaatteiden) ja moraaliperiaatteiden tiukasta erottelusta ei-oikeuteen ja oikeuteen.<sup>27</sup>

Jääskinen peräänkuuluttaa oikeustieteen tutkijoita tarkastelemaan oikeusperiaatteita kriittisellä tavalla. Jääskinen painottaa väitöskirjassaan oikeusjärjestelmätason ideologiakriittistä tarkastelua. Esimerkkinä Jääskinen mainitsee suhteellisuusperiaatteen, jonka hän perustellusti katsoo pitävän sisällään julkisen vallan interventioita minimoimaan pyrkivän poliittisen arvolatauksen. Jääskinen korostaa, että erityisesti akateemisessa oikeudellisessa tutkimuksessa tulisi enemmän kyseenalaistaa oikeusperiaatteiden ja -käsitteiden perusteltavuus ideologiakriittisestä näkökulmasta ja tunnistaa oikeusperiaatteiden takana vaikuttavat poliittiset kannanotot.<sup>28</sup> Jääskisen kannanottoon on mielestäni helppo yhtyä. Erityisesti EU-oikeuden alueella oikeusperiaatteiden ja politiikkojen välinen rajanveto saattaa olla häilyvää. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa tulisi tunnistaa oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavat policy-valinnat ja tarkastella kriittisesti oikeusperiaatteiden sisältämien yhteiskunnallisten arvostusten vaikutusta oikeuden välineellistymisen ja lainsäädäntövallan näkökulmasta.<sup>29</sup>

### **2.2.2 Periaatteet EU-oikeuden oikeuslähteinä**

---

<sup>27</sup> Ibid., s. 173–174 ja s. 182–183. Ks. samoin Raitio 2010, s. 197.

<sup>28</sup> Ibid., s. 112–113 sekä s. 200–202.

<sup>29</sup> Vrt. samoin Syrjänen 2009 s. 228–230. Vrt. Rasilainen LM 2008, s. 741–743.

Oikeusperiaatteen käsite on monella tapaa ongelmallinen. Oikeusperiaate-käsitteen sateenvarjon alle on kerääntynyt joukko oikeudellisissa ratkaisuissa ja normeissa esiintyviä tulkintaohjeita, sääntöjä ja testejä. EU-oikeudessa oikeusperiaatteet voivat olla luonteeltaan oikeudelliselle ratkaisulle suunnan antavia tai sääntötyyppisiä joko–tai ratkaisun generoivia tavoitteellissisällöllisiä käsitteitä. Oikeusperiaatteet voivat olla toisaalta myös oikeusjärjestyksen tai oikeuksien ja velvoitteiden hierarkkisia suhteita muotoavia, kuten *lex superior* -periaate tai suhteellisuusperiaate.<sup>30</sup>

Jos tarkastellaan EU-oikeuden periaatteita oikeuslähdeopin näkökulmasta, voidaan todeta, että periaatteiden normatiivinen asema EU-oikeuslähdeopissa sijoittuu primaarioikeuden alueelle. Periaatteiden suhde muuhun primaarioikeuteen on ratkaistava tapauskohtaisesti. Lähtökohtaisesti oikeusperiaatteiden on oltava sopusoinnussa perussopimusten määräysten kanssa ja unionin lainsäätäjän on noudatettava yleisiä oikeusperiaatteita lainsäädäntötoimissaan. On silti huomattava, että vaikka yleiset oikeusperiaatteet ovat hierarkkisesti alemmanasteisia kuin perussopimusten määräykset, EU-tuomioistuin tulkitsee perussopimuksen säännöksiä yleisten oikeusperiaatteiden mukaisesti.<sup>31</sup>

Kansallisen lainsoveltajan näkökulmasta EU-oikeuden sisäinen hierarkia on pelkistetyksi todeten merkityksetöntä, sillä EU-oikeus saa kollisiotilanteessa etusijan riippumatta kansallisen normin hierarkkisesta asemasta. EU-oikeuden vaikutus on kuitenkin riippuvainen esimerkiksi siitä, onko normi riittävän yksityiskohtainen, jotta sitä voitaisiin yksittäisessä tapauksessa soveltaa. Näin ollen EU-normien keskinäisen suhteen ymmärtäminen on myös kansallisen lainsoveltajan näkökulmasta merkittävää.<sup>32</sup>

Oikeusperiaatteen asema EU-oikeuslähdeopissa ei liene tyhjentävästi määriteltävissä. On kuitenkin huomioitava, että se miten ymmärrämme oikeusperiaatteen kansallisen oikeusjärjestelmän tasolla, ei ole EU-oikeuden näkökulmasta relevanttia. EU-oikeuden yleiset periaatteet muodosta-

---

<sup>30</sup> Kiikeri DL 2012, s. 550.

<sup>31</sup> Tridimas 2006, s. 51–54.

<sup>32</sup> Kanninen 2009, s. 213–214.



vat perussopimusten määräyksiin rinnastettavissa olevan normijoukon, jotka toimivat myös EU-oikeusjärjestyksen tulkinnan apuvälineenä sekä itsenäisenä kanneperusteena.<sup>33</sup>

### 2.2.3 Käsitteellinen divergenssi

Lainlaatijan EU-oppaassa korostetaan, että direktiivien uudelleenkirjoittamisessa *käytetään mahdollisuuksien mukaan sitä terminologiaa ja niitä ilmaisuja, joita samoista asioista muutenkin käytetään kansallisissa säädöksissä*. Lisäksi oppaassa todetaan, että direktiivin sanamuodon noudattaminen ei ole hyvä ratkaisu varsinkaan sellaisissa tilanteissa, joissa sen sanamuoto on epäselvä tai kansalliselle oikeusjärjestykselle vieras.<sup>34</sup> Onko EU-oikeuden periaate-käsite merkitykseltään kansallisen oikeusjärjestelmämme vastinpari?

Käsitteellisellä divergenssillä tarkoitetaan oikeustieteessä tilannetta, jossa oikeusjärjestelmätason käsitteellä on samanaikaisesti kaksi toisistaan eriävää merkitystä. On tärkeää tehdä tässä kohtaa ero terminologisen ja käsitteellisen divergenssin välille. Terminologisella divergenssillä viitataan lingvistisen tason eroihin, jotka saattavat johtua termien kääntämisestä kielestä toiseen. Tällöin kahdella eri termillä viitataan samaan oikeudelliseen käsitteeseen. EU-oikeuden alueella terminologista divergenssiä esiintyy usein esimerkiksi tuomioiden käänösversioissa.<sup>35</sup>

Oikeusperiaate on oikeuskäsite, jolla on oikeuskulttuurillinen sitoumuksensa suomalaisessa oikeusjärjestelmässä. Oikeuslähdeopissamme oikeusperiaatteet on perinteisesti luettu sallittujen oikeuslähteiden luokkaan, joita voidaan käyttää oikeudellisen argumentaation tukena, mutta ei suoraan ratkaisun perustana. EU-oikeudessa oikeusperiaatteen merkitystä alleviivaa Defrenne-ratkaisun määritelmä:

Välittömän oikeusvaikutuksen kiistämisen tueksi ei ensinnäkään voida vedota ilmauksen "periaate" käyttämiseen kyseisessä artiklassa, sillä perustamissopimuksen kielenkäytössä tätä ilmaisua käytetään nimenomaan osoittamaan sitä, että tietyt määräykset ovat luonteeltaan perustavanlaatuisia. – – Jos tätä

---

<sup>33</sup> Paso 2001, s. 428–429.

<sup>34</sup> Lainlaatijan EU-opas 2012, s. 30.

<sup>35</sup> Jääskinen 2008, s. 187–190.

ilmaisua heikennetään siten, että sen katsotaan tarkoittavan vain epämääräistä ohjetta, puututaan välillisesti yhteisön perustaan ja sen ulkosuhteiden johdonmukaisuuteen.<sup>36</sup>

Abstraktia oikeusjärjestystä kuvataan kielellisillä representaatioilla. Oikeusperiaatteen käsitteellä viitataan tällä hetkellä kahden itsenäisen oikeusjärjestyksen sisältämiin palasiin, joilla on toisiinsa nähden erilainen oikeuskulttuurillinen merkityssisältö. Mitä täsmällisemmin ja tarkemmin pyrimme määrittelemään oikeusperiaatteen käsitteen, sitä paremmin onnistumme kuvaamaan voimassa olevan oikeuden sisältöä sekä EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden alueella. Jääskinen on todennut, että mitä vähemmän EU-oikeuden käsitteitä rasittavat niihin kansallisella tasolla liittyvät kulttuurilliset sitoumukset ja konnotaatiot, sitä helpompaa on EU-oikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten välinen yhteenkietoutuminen toimivammaksi järjestelmäksi.<sup>37</sup>

## **2.2 Yleisen oikeusperiaatteen jaottelu EU:n oikeusjärjestelmässä**

Oikeuden kansainvälistyminen sekä erityisesti Euroopan integraatiokehitys ovat luoneet kansallisen oikeuden kanssa kilpailevia normikokonaisuuksia, joiden asema kansalliseen oikeuteen nähden ei ole aina vaivatta selvitettävissä. Euroopan unionin oikeusjärjestys muodostaa muuhun kansainväliseen sääntelyyn verrattuna erityisen normatiivisen kokonaisuuden, jolla on oma sisäinen, vaikeasti hahmotettava, hierarkiansa.<sup>38</sup> Oikeuslähteiden aseman ja keskinäisen hierarkian systematisointi on oikeustieteen keskeisiä tehtäviä. EU-oikeusjärjestelmän hierarkiassa erityisesti oikeusperiaatteiden aseman hahmottaminen sekä luokittelu ovat osoittautuneet haasteelliseksi. Tämä selittyy osin sillä, että oikeusperiaatteilla voi olla useita erilaisia funktioita ja lisäksi sillä, että niiden nauttima institutionaalinen tuki vaihtelee merkittävästi.<sup>39</sup> Euroopan unionin oikeusperiaatteilla on perinteisesti ollut voimakas asema oikeudellisessa argumentaatiossa. Valtiosäännöksikin kutsutun EU-oikeuden ytimen muodostavat perussopimusten lisäksi EU-tuomioistuimen oikeus-

---

<sup>36</sup> Asia C-43/75, Defrenne, kohdat 28–29.

<sup>37</sup> Jääskinen 2008, s. 192–193.

<sup>38</sup> Kanninen 2009, s. 175–179.

<sup>39</sup> Raitio 2010, s. 248.

käytännössä muodostuneet EU:n ja jäsenvaltioiden välisiä suhteita sekä EU:n toimivaltaa määrittävät oikeusperiaatteet.

Yhdenvertaisen kohtelun periaate luetaan EU:n yleiseksi oikeusperiaatteeksi. EU-oikeuden yleisiä periaatteita on pyritty oikeuskirjallisuudessa systematisoimaan ja jaottelemaan monin eri tavoin. Raitio on jaotellut periaatteet EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä syntyneisiin sisämarkkinaperiaatteisiin sekä jäsenvaltioiden ja EU:n suhdetta määrittäviin periaatteisiin. Jäsenvaltioiden suhteita koskeviin periaatteisiin Raitio lukee muun muassa lojaliteetti- ja toissijaisuusperiaatteet. Sisämarkkinaperiaatteista keskeisimmäksi Raitio nostaa syrjimättömyysperiaatteen.<sup>40</sup>

*Mäenpää* on jaotellut EU-oikeuden periaatteet neljään ryhmään: materiaalisiin, prosessuaalisiin, toimivallan jakoa koskeviin sekä tulkintaperiaatteisiin. Materiaalisiin oikeusperiaatteisiin luetaan muun muassa yhdenvertaisuusperiaate, hyvän hallinnon periaatteet sekä suhteellisuusperiaate. Mäenpään mukaan materiaaliset oikeusperiaatteet ovat luonteeltaan joustavimpia ja sisällöltään vakiintumattomampia kuin kansalliset vastinparinsa. Materiaalisten oikeusperiaatteiden sisältö saattaa vaihdella soveltamisalasta ja soveltajasta riippuen. Esimerkkinä mainitaan suhteellisuusperiaatteen merkityksen riippuvaisuus siitä, onko arvioitavana EU:n norminantovallan laajuus, komission toimeenpanopäätösten sisältö vai jäsenvaltion viranomaisen käyttämän täytäntöönpanokeinon ankaruus. Prosessuaalisiin periaatteisiin luetaan puolustautumisoikeuksia sekä oikeusturvan saatavuutta, tehokkuutta ja tasapuolista toteutumista koskevat periaatteet. Tämän lisäksi prosessuaalisiin periaatteisiin lukeutuvat myös oikeudenkäynnin menettelyä ohjaavat prosessiperiaatteet. Prosessuaalisilla periaatteilla on merkitystä niin oikeudenkäynnissä kuin hallintomenettelyssäkkin. Prosessuaaliset ja materiaaliset periaatteet sijoittuvat pääosin yleishallinto-oikeuden tasolle.<sup>41</sup>

Tulkinta- ja toimivaltaperiaatteisiin kuuluvat Mäenpään mukaan sellaiset yleiset periaatteet, jotka määrittelevät EU-oikeuden keskeisimpiä ominaispiirteitä, kuten EU-oikeuden etusija ja välittömät oikeusvaikutukset. Toimivallan jakoa koskevat periaatteet ovat keskeisiltä osin määritelty perussopimuksissa. Toimivaltaperiaatteista keskeisimmiksi Mäenpää nimeää toissijaisuusperiaat-

---

<sup>40</sup> Raitio 2010, s. 207–256.

<sup>41</sup> Mäenpää 2011, s. 247–248.

teen, annetun toimivallan periaatteen sekä vilpittömän yhteistyön periaatteen. Nämä periaatteet kuuluvat EU-oikeuden valtiosääntötasolle.<sup>42</sup> Asiallisesti vilpittömän yhteistyön periaate vastaa EY 10 artiklaan perustunutta lojaliteettiperiaatetta.<sup>43</sup>

Oikeusperiaatteiden systematisointia voidaan lähestyä myös toisesta näkökulmasta. Erityisesti analyyttisen oikeustieteen osa-alueena pidetty käsitelainoppi pyrkii muun muassa selventämään epämääräisiä käsitteitä ja erittelemään niitä täsmällisempiin ja hallittavampiin kokonaisuuksiin.<sup>44</sup> EU-oikeudessa yleisen oikeusperiaatteen käsitettä voidaan pitää jossain määrin epämääräisenä ja epäselvänä käsitteenä. Käsitettä ei ole täsmällisesti määritelty EU-oikeuden alalla, huolimatta siitä, että EU-tuomioistuimien on ratkaisukäytännössään nimennyt useita yleisiä oikeusperiaatteita.<sup>45</sup> Voidaan myös kysyä, mitä eroa on yleisellä oikeusperiaatteella ja tavallisella oikeusperiaatteella? Oikeusperiaatteen yleisyydellä on tavattu painottaa muun muassa periaatteen painoarvoa ja soveltamisalan laajuutta. Lisäksi erityisesti EU-oikeudessa yleisyydellä viitataan periaatteen universaalisuuteen.<sup>46</sup>

Yleiselle oikeusperiaatteelle ominaisina piirteitä voidaan pitää kirjoittamattomuutta, perustavanlaatuisuutta ja yleisalaisuutta. Kirjoittamattomuudella tarkoitetaan tässä sitä, että vaikka useat yleiset oikeusperiaatteet saavat nykyään institutionaalista tukea, ovat ne alkujaan muotoutuneet oikeuskäytännössä. Yleiset oikeusperiaatteet pohjautuvat yleensä jäsenvaltioiden yhteiselle valtiosääntöperinteelle.<sup>47</sup> Se, että oikeusperiaate sisältyy kaikkien, tai edes useimpien jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin, ei ole kuitenkaan edellytys oikeusperiaatteiden omaksumiselle unionin oikeuteen. Unionin tuomioistuimen oikeusvertailevan metodin tarkoituksena on löytää yksittäisessä tapauksessa ensisijaisesti ratkaisu, joka parhaiten edistää unionin perussopimuksien tavoitteiden toteutumista eikä niinkään ”yhteistä nimittäjää” jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten välillä.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Ibid., s. 248–250.

<sup>43</sup> Raitio 2010, s. 207.

<sup>44</sup> Hirvonen 2011, s. 46.

<sup>45</sup> Raitio 2010, s. 248–251.

<sup>46</sup> Tähti LM 1999, s. 4–5.

<sup>47</sup> Tridimas 2006, s. 1–7.

<sup>48</sup> Ibid., s. 20–21.

### 2.3 Oikeusperiaatteet EU-tuomioistuimen teleologisessa laintulkinnassa

Euroopan unionin tuomioistuimen toimivaltaa ja laintulkintaa koskeva keskeinen perustamissopimusten säännös on SEU 19 artikla. Artiklan 1 kohdan mukaan Euroopan unionin tuomioistuin huolehtii siitä, että perussopimusten tulkinnassa ja soveltamisessa noudatetaan lakia. Ilmaisulla tarkoitetaan kirjoitetun EU-oikeuden lisäksi myös kansainvälisiä sopimuksia, yleistä kansainvälistä oikeutta sekä yleisiä oikeusperiaatteita.<sup>49</sup> Tarkempia säännöksiä tuomioistuimen menettelylle asetetaan SEU:n kolmannessa pöytäkirjassa, jossa säädetään tuomioistuimen perussäännöstä. Laintulkintaa koskevia säännöksiä pöytäkirjassa ei kuitenkaan ole.

Vaihtoehtoisia laintulkintaperiaatteita tai laintulkintametoodeita on useita ja niiden keskeiset erot liittyvät laintulkinnassa huomioon otettavien argumenttien painottamiseen. Historiallinen laintulkintametodi pyrkii ottamaan lain säännösten tulkinnassa huomioon lainsäätäjän tahdon käsitteen abstraktissa merkityksessä. Tällöin laintulkinnassa korostuvat lain esityöt ja valmisteluasiakirjat. Lingvistisellä laintulkintametodilla pyritään ensisijaisesti toteuttamaan ”lain kirjain”, eli säännöksen sanamuodon ja kirjaimellisen merkityksen parhaiten toteuttava tulkinta. Systemaattinen laintulkintametodi perustuu säännöksen tulkintaan osana oikeusjärjestyksen systeemistä kokonaisuutta.

Euroopan unionin tuomioistuin hyödyntää ratkaisuihissaan useita eri laintulkintametoodeita. Tulkintametoodeista keskeisimmiksi ovat nousseet teleologinen, systemaattinen sekä dynaamis-evolutiivinen tulkinta. EU-oikeuden tehokkuusperiaatteella on ollut keskeinen vaikutus teleologisen ja dynaamis-evolutiivisen tulkintametodin painottamisessa muihin tulkintavaihtoehtoihin nähden. Kansallisesti merkittävien lingvistisen ja historiallisen tulkintametodin vähäisemmät hyödyntämismahdollisuudet EU-oikeuden tulkinnassa selittyvät pääosin jäsenvaltioiden välisillä kielellisillä ja kulttuurillisilla eroavaisuuksilla sekä julkisen valmisteluaineiston vähäisellä määrällä.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Kanninen 2009, s. 181.

<sup>50</sup> Ojanen 2010, s. 48–50.

Teleologiselle laintulkinnalle ominaista on huomioida yksittäiseen ratkaisuun välittömästi vaikuttavien oikeusnormien lisäksi myös sääntelyn perimmäiset tavoitteet ja periaatteet. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tässä suhteessa ovat korostuneet lojaliteetti- ja tehokkuusperiaatteet sekä EU:n tavoite sisämarkkinoiden luomisesta. Yleisimmät esimerkit tuomioistuimen teleologisesta tulkinnasta ovat ns. klassikotapaukset, *Van Gend et Loos* sekä *Cassis de Dijon*, joissa tuomioistuin loi välittömän vaikutuksen ja vastavuoroisuuden periaatteet.<sup>51</sup> EU-tuomioistuimen teleologista laintulkintaa on kritisoitu erityisesti sen aiheuttamasta oikeudellisesta epävarmuudesta ja ennakoimattomuudesta.<sup>52</sup>

Teleologisella tulkintametodilla pyritään tuottamaan ratkaisu, joka toteuttaa parhaiten asiaan vaikuttavan normiympäristön taustalla vaikuttavat tavoitteet ja periaatteet. Teleologinen tulkinta ei vaadi välttämättä tuekseen normien kielellistä tulkintaa, jos uhattuna on unionin keskeinen tavoite, kuten sisämarkkinoiden toimivuus. Tällöin EU:n politiikkojen, eli tavoiteperiaatteiden, ja yleisten oikeusperiaatteiden merkitys korostuu. Raitio on jopa kuvannut EU:n primaarinormiston kokonaisuudesta kumpuavia tavoiteperiaatteita eräänlaisiksi proto-normeiksi.<sup>53</sup>

Suomessa ja pohjoismaissa vallitsevasta oikeuspositivistisesta näkökulmasta periaatteiden ja muun meikäläisittäin ei-oikeudellisen aineksen korostuminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa saattaa olla yksi osasy syy EU-oikeuden ennakoitavuuteen liittyvään kritiikkiin. EU-oikeus protonormeineen ja tavoiteperiaatteineen ”uhkaa” perinteisen oikeuspositivistisen teorian kuvaa yhtenäisestä sekä arvo- ja politiikkaneutraalista oikeudesta tuomalla suomalaiselle järjestelmälle aikaisemmin vieraita aineksia oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.<sup>54</sup> Lisäksi on huomattava, että yksittäisessä oikeustapauksessa EU-tuomioistuimen huomio kiinnittyy sekä oikeudenmukaisen ratkaisun antamiseen että EU:n perussopimuksien päämäärien turvaamiseen, jossa jälkimmäisen painoarvo ristiriitatilanteissa on usein suurempi.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Raitio 2005, s. 278.

<sup>52</sup> Wilhelmsson 1997, s. 357–359 sekä Tuori 2000, s. 224–229. Vrt. toisin Jääskinen 2008, s. 193–201.

<sup>53</sup> Raitio 2010, s. 187.

<sup>54</sup> Tuori LM 1998, s. 1008–1010. Ks. myös Letto-Vanamo LM 1998, s. 944–947.

<sup>55</sup> Neuvonen 2008, s. 298. Ks. myös Jääskinen 2008, s. 203.

### 3 Sisämarkkinaoikeus ja julkiset hankinnat

#### 3.1 Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjinnän kiellon periaate perustamissopimuksissa

Yhdenvertaisen kohtelun periaate on eräs keskeisimmistä oikeudellisista periaatteista, jonka voidaan katsoa sisältyvän tavalla tai toisella jokaisen länsimaisen demokratiakäsityksen omaavan valtion valtiosääntöön. Euroopan unionin perussopimukset eivät sisällä kirjoitettua yleistä yhdenvertaisuusperiaatetta tai syrjimättömyysperiaatetta. Perussopimukseen sisältyy toki säännöksiä, joissa syrjintä ja epäyhdenvertainen kohtelu kielletään erilaisin kvalifioiduin perustein.<sup>56</sup> Esimerkiksi SEU 8 artiklassa asetetaan Euroopan unionin toimielimille velvollisuus kohdella unionin kansalaisia yhdenvertaisesti. Yhdenvertaisen kohtelun periaatetta voidaan kuvata eräänlaisena yläkäsitteenä, joka sisältää sekä positiivisen velvoitteen edistää yhdenvertaisuutta että negatiivisen velvoitteen, joka kieltää epäasiallisen syrjinnän.

EU-tuomioistuimen vakiintuneen ratkaisukäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavoin, eikä erilaisia tilanteita samalla tavoin, ellei kohtelu ole objektiivisesti perusteltua<sup>57</sup>. Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja syrjinnän kiellon välisen suhteen EU-tuomioistuin on eksplikoanut muun muassa Parking Brixen -ratkaisussaan<sup>58</sup> seuraavasti:

[J]ulkisten viranomaisten on yleisesti noudatettava EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, muun muassa EY 43 ja EY 49 [tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus] artiklaa ja erityisesti EY 12 artiklassa ilmaistua kansalaisuuteen perustuvan syrjintäkiellon periaatetta, jotka ovat yhdenvertaista kohtelua koskevan yleisen oikeusperiaatteen erityisiä ilmauksia.

Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon merkitys tavaroiden, palvelujen, henkilöiden ja pääoman vapaan liikkuvuuden tosiasiallisessa toteutumisessa on keskeinen. Oikeushenkilöiden

---

<sup>56</sup> Schwarze 2006, s. 545–547.

<sup>57</sup> Ks. esim. asia C-210/03, Swedish Match sekä asia 810/79, Überschär.

<sup>58</sup> Asia C-458/03, Parking Brixen.

osalla periaate tulee usein sovellettavaksi sisämarkkina- ja kilpailuoikeuden alalla.<sup>59</sup> Euroopan unionin primaarioikeudessa syrjinnän kieltä esitetään SEUT 18 artiklassa, jossa kielletään kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä perussopimusten soveltamisalalla. Vastaava maininta löytyy myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 21(2) artiklasta, jossa kielletään kaikenlainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä perussopimusten alalla. Syrjinnän kieltä koskeva velvoite kohdistuu ensisijassa jäsenvaltioihin, mutta myös EU:n toimielimiin, laitoksiin, luonnollisiin henkilöihin ja oikeushenkilöihin. SEUT 18 artiklalla on välitön oikeusvaikutus vertikaalisissa ja ainakin eräissä horisontaalisissa oikeussuhteissa.<sup>60</sup> Lisäksi SEUT 19 artiklassa annetaan neuvostolle toimivalta toteuttaa tarvittavat toimenpiteet sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän torjumiseksi. SEUT 19 mukaiset lainsäädäntötoimenpiteet edellyttävät neuvoston yksimielisyyttä ja parlamentin hyväksyntää.

Syrjintäkiellon periaate sisältää niin sanotun kansallisen kohtelun velvoitteen, joka edellyttää oman maan ja EU:n jäsenvaltioiden luonnollisten ja juridisten henkilöiden yhdenvertaista kohtelua. Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen eroavaisuuksista johtuva eriävä kohtelu ei ole lähtökohtaisesti kiellettyä.<sup>61</sup> Tilanteisiin, joihin liittyy kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, sovelletaan usein perussopimuksen erityisiä määräyksiä esimerkiksi työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta (SEUT 45 artikla). SEUT 18 artikla toimii eräänlaisena perälautana syrjintätilanteissa, joihin ei ole sovellettavissa perussopimuksen erityisiä määräyksiä, mutta jotka kuitenkin kuuluvat perussopimusten soveltamisalaan. EU-tuomioistuin on ratkaisukäytännössään todennut, että SEUT 18 artikla, joka sisältää yleisen kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen, sovelletaan itsenäisesti ainoastaan sellaisissa yhteisön oikeudessa säännellyissä tilanteissa, joita varten perustamissopimuksessa ei ole erityisiä syrjinnän kieltäviä sääntöjä<sup>62</sup>.

EU-tuomioistuin on ratkaisukäytännössään tulkinnut syrjinnän kieltä ja sen soveltamisalaa laajasti. SEUT 18 artiklaa on sovellettu ratkaisuisissa, jotka ovat liittyneet muun muassa immateriaalioikeuksiin, oikeusturvan saatavuuteen ja unionin kansalaisuudesta johtuviin sosiaalisiin oikeuk-

---

<sup>59</sup> Raitio 2010, s. 252.

<sup>60</sup> Tridimas 2006, s. 119.

<sup>61</sup> Raitio 2006, s. 215.

<sup>62</sup> Asia 176/96, Lehtonen.



siin.<sup>63</sup> Tämän lisäksi syrjinnän vastaisilla direktiiveillä on pyritty turvaamaan yhtäläiset mahdollisuudet muun muassa työelämässä ja koulutuksessa.

Syrjintä voidaan jakaa välittömään ja välilliseen syrjintään. Välittömänä syrjintänä pidetään toimia, jotka suoraan rikkovat kvalifioitua syrjintäkieltoa. Pelkistettynä tällä tarkoitetaan luonnollisten tai oikeushenkilöiden erilaista kohtelua samankaltaisissa tilanteissa, joka perustuu kiellettyyn syrjintäperusteeseen, kuten kansallisuuteen tai sukupuoleen. Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tilannetta, jossa muodollisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö johtaa syrjivään lopputulokseen ja vaikuttaa siten rajoittavasti sisämarkkinavapauksiin. Tuomioistuimen tulkintalinja on ollut tiukka erityisesti välillisen syrjinnän osalta. Esimerkiksi siirtotyöläisten kohtelua kansallisen etuuden myöntämisessä koskevassa ratkaisussa tuomioistuin ei edellyttänyt kantajalta näyttöä siitä, että po. säännös käytännössä johtaa siirtotyöläisiä syrjivään lopputulokseen, vaan tuomioistuimen mukaan riittää, jos säännös ominaislaatuksensa vuoksi on omiaan vaikuttamaan kyseisellä tavalla.<sup>64</sup> Tulkinta on analoginen klassisessa Dassonville-ratkaisussa lausutun oikeusohjeen kanssa:

Määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaavina toimenpiteinä pidetään kaikkia kauppaa koskevia jäsenvaltioiden säännöksiä, jotka voivat rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti taikka tosiasiallisesti tai *mahdollisesti*.<sup>65</sup>

### **3.2 Yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden suhde sisämarkkinavapauksiin julkisissa hankinnoissa**

Julkisissa hankinnoissa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa tulkitaan EU-tuomioistuimen mukaan sellaisena kuin se ilmenee perustamissopimuksen sijoittautumisoikeutta (SEUT 49 art.) ja palvelujen tarjoamisen vapautta (SEUT 56 art.) koskevista määräyksistä.<sup>66</sup> Lisäksi tuonnin ja viennin määrälliset rajoitukset ja kaikki vaikutuksiltaan

---

<sup>63</sup> Tridimas 2006, s. 123–124.

<sup>64</sup> Asia C-237/94, O’Flynn.

<sup>65</sup> Asia 8/74, Dassonville, kohta 5. Kursivointi tässä.

<sup>66</sup> Asia C-513/99, Concordia Bus, kohta 63.

vastaavat toimenpiteet ovat SEUT 34 ja 35 artikloiden perusteella kiellettyjä. Kiellot ja rajoitukset voidaan katsoa tietyin edellytyksin perustelluiksi, jos ne kuuluvat SEUT 36 artiklan oikeuttamisperusteiden soveltamisalaan, eivätkä johda mielivaltaiseen syrjintään tai jäsenvaltioiden välisen kaupan peiteltyyn rajoittamiseen. Oikeuttamisperusteiden luettelo on tarkoitettu tyhjentäväksi ja perusteita tulee tulkita suppeasti.<sup>67</sup>

SEUT 36 art.: Mitä 34 ja 35 artiklassa määrätään, ei estä sellaisia tuontia, vientiä tai kauttakuljetusta koskevia kieltoja tai rajoituksia, jotka ovat perusteltuja julkisen moraalien, yleisen järjestyksen tai turvallisuuden kannalta, ihmisten, eläinten tai kasvien terveyden ja elämän suojelemiseksi, taiteellisten, historiallisten tai arkeologisten kansallisaarteiden suojelemiseksi taikka teollisen ja kaupallisen omaisuuden suojelemiseksi.

Syrjivään lopputulokseen johtavan, ja näin ollen vapaata liikkuvuutta rajoittavan, säännöksen tai toimenpiteen hyväksyttävyyttä on tuomioistuimen vakiintuneessa ratkaisukäytännössä arvioitu rajoitustestillä. Jotta rajoitus voidaan katsoa hyväksyttäväksi, sen tulee olla päämäärältään hyväksytty, objektiivisesti perusteltu, oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään, eikä se saa johtaa mielivaltaiseen syrjintään tai jäsenvaltioiden välisen kaupan peiteltyyn rajoittamiseen.<sup>68</sup>

Tuomioistuin on siis ratkaisukäytännössään todennut, että yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteita sovelletaan julkisissa hankinnoissa vastaavalla tavalla kuin perustamissopimuksen liikkumisvapauksia sääntelevistä artikloista ja niitä koskevasta oikeuskäytännöstä ilmenee. Julkisia hankintoja koskevan oikeuskäytännön perusteella voidaan kuitenkin todeta, että tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisen oikeuttamisperusteiden arviointi ei ole johdonmukaisesti tuomioistuimen ratkaisukäytännössä noussut esille. Erityisesti komission kannat muiden kuin taloudellista hyötyä toteuttavien näkökohtien huomioimisen suhteen ovat olleet tiukempia kuin esimerkiksi julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksissa. Julkisasiamies Lenz on tuonut ongelman ytimen selväsanaisesti esille asiassa C-324/93 antamassaan ratkaisuehdotuksessa:

---

<sup>67</sup> Raitio 2010, s. 393–394.

<sup>68</sup> Craig 2006, s. 687–694.

[Hankinta]direktiiviä on vältettävä tulkitsemasta siten, että tulkinnassa kielletään sellaista, mikä on 36 artiklan nojalla sallittua.<sup>69</sup>

Tuomioistuimen ja erityisesti komission omaksuman tiukemman tulkintalinjan syihin ei tässä tutkielmassa ole mahdollista tarkemmin perehtyä. Jos kuitenkin tarkastellaan yleisellä tasolla hankintasääntelyn kehitystä EU:n integraatiokehitystä vasten, voidaan havaita, että komission tavoitteet hankintasääntelyn harmonisoinnissa ja yleisesti sisämarkkinaoikeuden alueella ovat olleet erityisesti talouteen ja kilpailuun liittyviä. Tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden lisäksi myös henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on korostunut sisämarkkinavapauksien edistäminen<sup>70</sup>. Komission pelkona on ehkä ollut, että sallimalla muiden kuin suoraan tai välillisesti taloudellisten näkökohtien painottaminen hankintojen kilpailuttamisessa, mahdollistettaisiin myös peitelty syrjintä näihin näkökohtiin vedoten, jolloin ”syvälle juurtuneiden mutta tehottomien hankintakäytäntöjen” kitkeminen vaikeutuisi<sup>71</sup>.

### **3.3 Sisämarkkinavapauksien rajoitusperusteet julkisten hankintojen kehityksessä**

#### **3.3.1 EU:n integraatiokehitys ja julkiset hankinnat**

Julkisten hankintojen sääntelyn kehittämisellä oli keskeinen osa Euroopan komission 1980-luvulla käynnistämässä sisämarkkinaohjelmassa, jonka tavoitteena oli toteuttaa tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääoman vapaa liikkuvuus Euroopan talousyhteisössä poistamalla kaupan fyysiset, tekniset ja fiskaaliset esteet.<sup>72</sup> Ennen sisämarkkinoiden toteuttamista valtioiden oli mahdollisuus toteuttaa julkisilla hankinnoilla alueellista kehityspolitiikkaa takaamalla esimerkiksi tietty osuus julkisista tavarahankinnoista tai urakoista paikallisille toimijoille, ja näin turvata pai-

---

<sup>69</sup> Julkisasiameiehen ratkaisuehdotus 4.10.1994 asiassa C-324/93, kohta 78.

<sup>70</sup> Neuvonen 2008, s. 306.

<sup>71</sup> Komission vihreä kirja, KOM(96) 583, s. 1.

<sup>72</sup> Komission valkoinen kirja, KOM (85) 310, s. 6.

kallisen elinkeinon mahdollisuudet.<sup>73</sup> Ensimmäinen julkisia hankintoja koskeva neuvoston direktiivi annettiin vuonna 1971 julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (71/305/ETY). Tavarahankinnat tulivat sääntelyn piiriin julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetussa direktiivissä (77/62/ETY).

Vuonna 1985 aloittaneen komission puheenjohtaja Jacques Delors toimi voimakkaasti markkinoiden avaamisen puolestapuhujana. Delors teki esityksiä muun muassa talousyhteisön päätöksenteon tehostamisesta sekä sisämarkkinoiden edistämisestä. Alkusysäyksen sisämarkkinaohjelmalle antoi komission vuoden 1985 Valkoinen kirja, joka sisälsi noin 300 lainsäädäntöehdotusta sisämarkkinoiden toteuttamiseksi. Erityisenä uhkana sisämarkkinahankkeen toteutumisen kannalta pidettiin julkisten hankintamarkkinoiden sulkeutuneisuutta.<sup>74</sup> Keskeisenä ongelmana julkisilla markkinoilla oli resurssien heikkoon allokaatioon liittyvä tehottomuus ja kansallisten hankintamarkkinoiden favoritismi. Valkoisen kirjan ehdotukset hyväksyttiin jäsenmaiden toimesta Milanon huippukokouksessa kesällä 1985. Euroopan yhteisöjen komissio teki 26.5.1987 päätöksen julkisten hankintojen avaamista käsittelevän neuvon-antavan komitean perustamisesta<sup>75</sup>.

Sisämarkkinaohjelman vaatimat muutokset ETY:n perustamissopimukseen toteutettiin Euroopan yhtenäisasiakirjalla, joka astui voimaan 1.7.1987. Yhtenäisasiakirja velvoitti jäsenvaltiot toteuttamaan sisämarkkinaohjelman vuoteen 1992 loppuun mennessä.<sup>76</sup> Julkisten hankintojen sääntelyn uudistaminen toteutettiin neuvoston direktiivillä julkisia tavaranhankintasopimuksia koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (93/36/ETY)<sup>77</sup>, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (93/37/ETY)<sup>78</sup> sekä direktiivillä

---

<sup>73</sup> Bovis 2005, s. 76.

<sup>74</sup> Ibid., s. 24–25.

<sup>75</sup> EYVL L 152, 12.6.1987, s. 32.

<sup>76</sup> Raitio 2006, s. 59.

<sup>77</sup> Neuvoston direktiivi 93/36/ETY, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 199, 9.8.1993, s. 1–53.

<sup>78</sup> Neuvoston direktiivi 93/37/ETY, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 199, 9.8.1993, s. 54–83.

vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (93/38/ETY)<sup>79</sup>.

Julkisten hankintamarkkinoiden avaaminen ei kuitenkaan sujunut ongelmitta. Hankintojen vapauttamisella tavoitellut taloudelliset vaikutukset eivät olleet komission odotusten mukaisia. Komission vuonna 1996 julkaisemassa vihreässä kirjassa syiksi odotettua vaatimattomammalle kehitykselle nostettiin esiin muun muassa jäsenvaltioiden puutteellinen hankintadirektiivien implementointi sekä hankintasääntöjen virheellinen soveltaminen.<sup>80</sup> Komissio myönsi ainakin tiettyjen ongelmien johtuvan hankintasääntelyn monimutkaisuudesta. Vihreän kirjan johtopäätökset julkisten hankintamarkkinoiden kehittämiseksi liittyivät hankintasääntelyn soveltamiseen liittyvän ohjeistuksen lisäämiseen sekä tietotekniikan hyödyntämisen edistämiseen julkisten hankintojen alalla.<sup>81</sup> Hankintasääntelyn kehittämiseksi komissio asetti 1. huhtikuuta 2000 julkisten hankintojen avaamista käsittelevän neuvoa-antavan komitean. Valmistelun pohjalta komissio julkaisi ehdotuksensa uusiksi hankintadirektiiveiksi 11. heinäkuuta 2000<sup>82</sup>. Jatkovalmistelun ja komission ehdotuksien pohjalta Euroopan parlamentti ja neuvosto antoivat nykyisin voimassa olevat direktiivit, hankintadirektiivin sekä erityisalojen hankintadirektiivin.

### ***3.3.2 Tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden rajoitusperusteet julkisia hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä***

Euroopan integraatiokehityksen keskeisenä tavoitteena on ollut EY:n synnystä lähtien vakaiden sisämarkkinoiden luominen. Sisämarkkinoiden käsite, kuten yhteisön luonnekin, on matkan varrella muuttunut ja laajentunut alkujaan taloudellis-poliittisesta tavoitteesta. Euroopan yhteisöjen sekä sittemmin Euroopan unionin toimivaltaa on laajennettu muun muassa työ-, ympäristö- sekä veropolitiikan aloille. Toimivallan laajenemisen taustalla ovat integraatiokehityksen alusta aina

---

<sup>79</sup> Neuvoston direktiivi 93/38/ETY, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 199, 9.8.1993, s. 84–138.

<sup>80</sup> Komission vihreä kirja, KOM(96) 583, s. I–III sekä s. 4–7.

<sup>81</sup> Komission vihreä kirja, KOM(96) 583, s. 10–16 sekä s. 27–30.

<sup>82</sup> EUVL L 134, 30.4.2004, s. 114–240.

1990-luvulle asti olleet pääasiassa tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaan liikkuvuuden esteiden poistamiseen liittyvät taloudelliset tavoitteet.

Julkisia hankintoja koskevasta EU-oikeuskäytännöstä on havaittavissa, että komission argumentaatiossa taloudellisille tavoitteille annetaan vahvempi painoarvo kuin muille unionin politiikoille. EU-tuomioistuin ja erityisesti julkisasiamiehet ovat taasen olleet avoimempia painottamaan myös muita kuin taloudellisia tavoitteita. Tuomioistuimen ja komission välistä painotuseroa kuvastaa hyvin ratkaisu, jossa tuomioistuin hyväksyi Tanskan pullonpalautusjärjestelmän välttämättömänä ympäristönsuojelun kannalta, kun taas komissio vaati kanteessaan tuomioistuinta toteamaan, että vaatimus järjestelmän käyttöönotosta rajoittaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta.<sup>83</sup> Komissio siis piti jäsenvaltioiden toisistaan poikkeavia ympäristönormeja esteenä vapaalle kaupalle, eikä niinkään itse ympäristöongelmien ratkaisemiselle. Julkisissa hankinnoissa komission ja tuomioistuimen näkemuserot tulevat esiin vastaavalla tavalla yleiseen etuun liittyvien sopimusehtojen arvioinnissa.

Nykyisten hankintadirektiivien lähtökohdat ja tavoitteet ovat keskeisiltä sisämarkkinoiden avaamiseen ja kilpailun tehostamiseen liittyviä. Sosiaalisten ja ympäristöllisten näkökohtien huomiointi julkisissa hankinnoissa olivat komission vuoden 1996 vihreässä kirjassa arvioinnin kohteena, mutta komissio korosti kuitenkin, että nämä näkökohdat eivät voi toimia suoraan sopimuksen tekemisen perusteina.<sup>84</sup> Komission keskeiset tavoitteet julkisiin hankintoihin liittyen olivat vielä korostuneesti taloudellisia ja aikaisemmasta käytännöstä, jossa julkiset hankinnat nähtiin yhtenä politiikan toteuttamisen välineenä, haluttiin eroon. Julkiset hankinnat nähtiin tavallaan omana saarekkeenaan, irrallaan jäsenvaltioiden ja unionin muista tavoitteista ja politiikoista.<sup>85</sup>

Sosiaalisten näkökohtien huomioiminen julkisissa hankinnoissa tuli kuitenkin ajankohtaiseksi EU-tuomioistuimen ratkaisun myötä. Vuonna 1988 annetussa Beentjes-ratkaisussa katsottiin pitkäaikaistyöttömien työllistämistä koskevan tarjoajan poissulkemisperusteen olevan yhteensopiva silloisen hankintadirektiivin kanssa. Ratkaisussa tuomioistuin edellytti kuitenkin, että ehto ei saa johtaa suoraan tai välillisesti syrjivään lopputulokseen, eikä antaa hankintaviranomaiselle rajoit-

---

<sup>83</sup> Asia C-302/86, komissio vastaan Tanska.

<sup>84</sup> Komission vihreä kirja, KOM(96) 583, s. 42–45.

<sup>85</sup> Nielsen SL 2007, s. 197–199. Ks. myös julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-386/10, kohta 36.

tamatonta harkintavaltaa tarjouksen valinnassa.<sup>86</sup> Tuomioistuimen rajoitustesti oli analoginen yleisten sisämarkkinavapauksien rajoituksiin sovelletun oikeuttamisperusteiden testiin nähden. Unionin sosiaalipoliittisten tavoitteiden voimistumisen ja tuomioistuimen oikeuskäytännön johdosta komissio julkaisi vuonna 2001 tulkitsevan tiedonannon, jossa todettiin, että sosiaalisten näkökohtien huomiointi julkisissa hankinnoissa on mahdollista, mutta korosti kuitenkin hankintasääntelyn taloudellisia ja sisämarkkinoihin liittyviä tavoitteita.<sup>87</sup>

Myös ympäristönsuojellustien tavoitteiden ja näkökulmien huomiointi noudatti vastaavanlaista kehitystä julkisten hankintojen sääntelyssä. Edellä mainitussa tulkitsevassa tiedoksiannossa komissio totesi, että ympäristönäkökohtien huomiointi julkisissa hankinnoissa edellyttäisi direktiivien muuttamista. Ympäristöystävällisyyttä koskevat sopimuksentekoperusteet mainittiinkin nimenomaisesti jo komission ensimmäisessä ehdotuksessa uudeksi hankintadirektiiviksi.<sup>88</sup> EU-tuomioistuin hyväksyi kuitenkin ilman direktiivimuutostakin ympäristönäkökohtien huomioimisen Concordia Bus -ratkaisussaan. Edellytykset ympäristöön liittyvien tarjouspyynnön ehtojen hyväksyttävyydelle olivat vastaavat kuin sosiaalisten näkökohtien osalta. Hankintaan liittyvien ympäristöperusteiden tulee olla asetettu yhdenvertaisesti ja syrjimättömästi ja niiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen.<sup>89</sup>

Komissio esitti omassa huomautuksessaan tuomioistuimen omaksumaa tulkintaa tiukemman kannan. Komission mukaan ympäristönäkökohtien tulisi olla objektiivisia, kaikkiin tarjouksiin soveltuvia, tiukasti hankinnan kohteeseen liittyviä sekä hankintayksikköä välittömästi taloudellisesti hyödyttäviä.<sup>90</sup> Julkisasiamies vetosi ratkaisussaan nimenomaisesti siihen, että tuomioistuimen käytännöstä voidaan ratkaisujen Beentjes sekä Evans Medical ja Macfarlan Smith (jäljempänä Evans & Macfarlan) perusteella todeta, että yleisen edun huomioiminen valintaperusteena on hyväksyttävää. Rajoitukset valintaperusteen hyväksyttävyydelle olivat julkisasiamiehen kannan mukaan vastaavat kuin Beentjes-ratkaisussa.<sup>91</sup> Julkisasiamies torjui ratkaisuehdotuksessaan

---

<sup>86</sup> Asia 31/87, Beentjes, kohdat 28–37.

<sup>87</sup> Komission tulkitseva tiedonanto, KOM(2001) 566, s. 4.

<sup>88</sup> EUVL L 029 E, 30.1.2001, s.11–111.

<sup>89</sup> Asia C-513/99, Concordia Bus.

<sup>90</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 13.12.2001 asiassa C-513/99, kohta 73.

<sup>91</sup> Ibid., kohdat 91–97.

komission tiukemman kannan, jonka mukaan ympäristönsuojelullisen valintaperusteen tulisi liittyä hankinnan kohteeseen, vastoin tuomioistuimen lopullista ratkaisua.<sup>92</sup>

Julkisten hankintojen suhdetta sisämarkkinavapauksien rajoittamiseen valtionturvallisuuden ja kansanterveyden perusteella käsiteltiin tuomioistuimen vuonna 1995 antamassa Evans & Macfarlan -ennakkoratkaisussa. Tapauksessa oli arvioitavana lääketieteelliseen käyttöön tarkoitettujen huumausaineiden hankintaan kohdistuneet jäsenvaltion rajoitukset ja niiden yhteensopivuus sisämarkkinavapauksien kanssa. Asiassa väliintulijan asemassa olleelta isobritannialaiselta yritykseltä oli evätty oopiumjohdannaisen diamorfiinin tuontilupa kansalliseen lainsäädäntöön vedoten. Kyseisen huumausaineen tuonti ja jalostus lääkeaineeksi perustui Isossa-Britanniassa vastaajayhtiöiden yksinoikeuteen. Tuomioistuin totesi vastauksessaan ennakkoratkaisupyyntöön, että huumausaineen tuonnin rajoitus

- 1) kuuluu tavaroiden vapaata liikkuvuutta sääntelevien perustamissopimuksen artikloiden soveltamisalaan,
- 2) mutta on myös perusteltavissa välttämättömyydellä varmistaa luotettava toimitus tärkeisiin lääketieteellisiin tarkoituksiin maassa, siltä osin kuin tämä tavoite sisältyy ihmisten terveyden ja elämän suojelemiseen,
- 3) sillä edellytyksellä, että päämäärää ei voida saavuttaa yhteisön sisäistä kauppaa vähemmän rajoittavilla, yhtä tehokkailla toimenpiteillä.

Lopuksi tuomioistuin totesi, että silloiset hankintasäännöt tarjosivat jäsenvaltioiden kauppaa vähemmän rajoittavan mahdollisuuden puuttua huumausaineiden hankintaan liittyviin turvallisuusuhkiin. Tuomioistuimen mukaan diamorfiiniin kauppaan ei liittynyt sellaisia teknisiä erikoisuuksia, jotka olisivat tehneet hankintamenettelyn mahdottomaksi. Päinvastoin, tarjoajan kyky toteuttaa tarpeelliset turvatoimet oli tuomioistuimen mahdollista ottaa huomioon sopimusten tekemistä koskevana perusteena.<sup>93</sup>

Tässäkin tapauksessa julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa jäsenvaltiolle olisi myönnetty hankintavaltaa yleisen edun ja turvallisuuden alueella. Julkisasiamies katsoi ratkaisuehdotuksessaan,

---

<sup>92</sup> Ibid., kohdat 110–112.

<sup>93</sup> Asia C-324/93, Evans & Macfarlan.



että huumausaineiden tavarahankinnat edellyttävät erityisiä turvallisuustoimenpiteitä ja katsoi, että julkisia tavarahankintoja koskevat menettelysäännökset eivät tulisi tapauksessa sovellettavaksi. Julkisasiamies perusteli kantaansa silloisen hankintadirektiivin säännöksellä, jonka mukaan menettelysäännökset eivät tulleet sovellettavaksi, jos valtionturvallisuuden tärkeän edun suojaaminen tätä vaatii.<sup>94</sup>

### ***3.3.3 Julkiset hankinnat ja sisämarkkinoiden taloudelliset tavoitteet***

Sisämarkkinoiden toimivuutta ja esteiden poistamista koskevien tavoitteiden painottaminen hankintasääntöjen tulkinnassa on johtanut siihen, että muita kuin julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön liittyviä argumentteja tulkitaan suppeina poikkeuksina pääsääntöön, joka on kilpailun luominen julkisten palvelujen ja hyödykkeiden markkinoille. Julkisissa hankinnoissa tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevia sääntöjä on tulkittu tavanomaista tiukemmin. Tätä voidaan perustella sillä, että tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevaa rajoitustestiä ei julkisissa hankinnoissa ole sovellettu. Hankintayksiköt ovat kuitenkin pääsääntöisesti poliittisia toimijoita, joiden tavoitteet eivät ole vain taloudellisia. Muiden poliittisten tavoitteiden siuuttaminen hankinnoissa saattaa heikentää hankintayksiköiden legitimitettä poliittisina toimijoina.

Ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat muodostavat tällä hetkellä poikkeusalueen, jossa jäsenvaltion hankintayksikkö voi sovittaa yhteen myös muita kuin taloudellisia päämääriään hankintojen toteuttamisessa, joskin EU-oikeuskäytännön asettamin tiukoin reunaehdoin. Lisäksi puolustus- ja turvallisuusalan hankinnat muodostavat säännellyn poikkeusalueen, jossa ei sovelleta hankintamenettelyä tietyin edellytyksin. Tämä asetelma on kuitenkin hieman nurinkurinen hankintadirektiivien tavoitteiden näkökulmasta ja yleisesti, ottaen huomioon Euroopan unionin kehityksen taloudellisesta yhteisöstä sosiaalisen markkinatalouden unioniksi.<sup>95</sup> Toisaalta, Euroopan unionin

---

<sup>94</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 4.10.1994, erityisesti kohdat 72–78.

<sup>95</sup> Ks. McCrudden 2011, s. 140–142 ja s. 147–148.

oikeutta on kritisoitu myös yleisesti sisämarkkinoihin liittyvien taloudellisten tavoitteiden ja sosiaalisen oikeudenmukaisuuden epätasapainosta.<sup>96</sup>

EU-oikeuden ennakoitavuuden kannalta on ongelmallista, että julkisissa hankinnoissa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteita – sellaisina kuin ne johtuvat sisämarkkinavapauksista – tulkitaan tiukemmin, kuin muutoin sisämarkkinaoikeuden alalla. Niin yksityisiin kuin julkisiin oikeushenkilöihin kohdistuvan kilpailusääntelyn oikeusperustana ovat EU:n perussopimuksien tavaroiden, palveluiden, pääoman ja henkilöiden vapaata liikkuvuutta koskeviin artikloihin. EU-oikeuden koherenssin kannalta on ongelmallista, jos näiden artikloiden tulkinnassa poiketaan yhdellä sääntelyn alalla siitä, mikä on toisella sallittua. Toisaalta EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö ei aina vaikuta johdonmukaiselta edes yhden oikeudenalan tai sääntelyalueen sisällä, kuten julkisten hankintojen alalla.<sup>97</sup> Lisäksi EU-tuomioistuin on asettanut hankintasääntöjen soveltamisalan ulkopuolella yksityiskohtaisia vaatimuksia yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteisiin vedoten. Tuomioistuimen on katsottu jopa astuneen lainsäätäjän alueelle, aiheuttaen oikeudellista epävarmuutta.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Collins JFT 2009, s. 219.

<sup>97</sup> Ks. jäljempänä alaluvussa 5.2.2 käsiteltävä Rüffert-ratkaisu.

<sup>98</sup> Nenonen LM 2009a, s. 106–110.

## **4 Julkisten hankintojen oikeuslähteet ja niiden soveltamisala**

### **4.1 Kansainvälinen oikeus**

Julkisissa hankinnoissa noudatettavista säännöistä ja menettelytavoista on sovittu kansainvälisesti Maailman Kauppajärjestön (WTO) Government Procurement Agreement -sopimuksella (GPA-sopimus). Sopimuksen tavoitteena on kansainvälisen kaupan vapauttaminen ja kasvun voimistaminen. Sopimus allekirjoitettiin vuonna 1979 GATT-sopimusjärjestelmän (General Agreement on Tariffs and Trade) vielä ollessa voimassa. Suomi on ollut mukana sopimuksessa sen allekirjoittamisesta lähtien. WTO:n perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten hyväksymisestä on säädetty lailla (SopS 4/1995). GPA-sopimus kuuluu WTO:n perustamissopimuksen liitesopimuksiin, jotka on implementoitu asetuksella (SopS 5/1995). Sopimus velvoittaa sopimusosapuolia saattamaan oikeustilansa julkisten hankintojen osalta sopimuksen mukaiseksi. Sopimukseen on liittynyt 12.4.2011 mennessä 43 valtiota, mukaan lukien kaikki 27 Euroopan unionin jäsenvaltiota.

GPA-sopimuksen 3 artiklassa määritetään kansallista kohtelua ja syrjimättömyyttä koskevat periaatteet. Artiklan 1 kohta edellyttää tavaroiden, palveluiden sekä niiden tarjoajien yhdenvertaista kohtelua suhteessa kotimaisiin ja muihin tavaroihin, palveluihin ja tarjoajiin. Artiklan 2 kohdassa hankintayksiköiltä kielletään maassa olevan tavaran tai palvelun tarjoajan epäedullinen kohtelu ja syrjintä tuontimaan, ulkomaisten yhteysien tai omistuksen vuoksi. 1 ja 2 kohtien määräyksiä ei sovelleta tullimaksuihin, tullimenettelyihin eikä muihin tulli- tai tuontisäännöksiin.

GPA-sopimuksella on kansallisten hankintayksikköjen näkökulmasta käytännössä vähäinen, ellei olematon merkitys julkisia hankintoja toteutettaessa. Hankintalain 4 §:n mukaan sopimuksen soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa sovelletaan tarjoajiin ja tarjouksiin samoja ehtoja kuin Suomesta ja Euroopan unionista peräisin oleviin tarjouksiin ja tarjoajiin. Käytännössä EU-kynnysarvot ylittävä hankinta kuuluu aina myös GPA-sopimuksen soveltamisalaan. Suomalaisten

yri­tysten kannalta GPA-sopimus takaa mahdollisuuden osallistua sopimuksen jäsen­maiden tar­jouskilpailuihin.<sup>99</sup>

## 4.2 Hankintasäännö­stön soveltamisala

Julkisia hankintoja koskevista oikeuslähteistä merkittävim­mät ovat hankintadirektiivit sekä EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Lisäksi perustamissopimuksen perustavanlaatuisilla säännöillä ja yleisillä oikeusperiaatteilla on ollut merkittäviä vaikutuksia hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Erityisesti tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevat SEUT 36 ja 56 artiklat sekä niihin liittyvä EU-oikeuskäytäntö ovat merkittäviä oikeuslähteitä sääntelemättömissä hankinnoissa.

EU-oikeuden säännöksillä on etusija kansalliseen sääntelyyn nähden EU-oikeutta sovellettaessa. Etusija tulee voimaan tilanteissa, joissa kansallinen oikeus on ristiriidassa EU-oikeusperiaatteen kanssa. Kansallisen lainsäädännön soveltaminen ei saa EU-oikeuden tehokkuusperiaatteen vastaisesti heikentää unionin oikeuden tavoitteiden toteutumista. Julkisissa hankinnoissa direktiivien ja hankintalainsäädännön välisten mahdollisten ristiriitatilanteiden on kuitenkin katsottu Suomessa olevan epätodennäköisiä, sillä nykyiset hankintadirektiivit sääntelevät hankintamenettelyä varsin tarkkarajaisesti jättäen jäsenvaltion lainsäätäjälle niukalti harkinnanvaraa.<sup>100</sup>

Hankintalakia sovelletaan hankintayksikön toteuttamiin tavaroiden, palvelujen, suunnittelukilpailujen, käyttöoikeus- ja rakennusurakoiden hankintaan, jotka ylittävät laissa määritellyt kynnysarvot. Vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden on kilpailutettava hankintansa erityisalojen hankintalain mukaisesti. Tämän lisäksi puolustusalan hankintoja sääntelee laki puolustus- ja turvallisuushankinnoista (1531/2011). Hankintoja koskevissa erityislaeissa kynnysarvot ovat hankintalakia korkeammat.

---

<sup>99</sup> Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 26.

<sup>100</sup> Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 22–24.

Hankintalain soveltamisalalla EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovelletaan hankintalain II osan säännöksiä ja kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin III osan sääntöjä. Kansallisissa hankinnoissa voidaan noudattaa soveltuvin osin II osan säännöksiä, esimerkiksi tarjoajan pois-sulkemista tarjouskilpailusta koskevia pykälä (hankintalaki 71 § 2 mom.).

Hankintayksikkö määritellään hankintalain 6 §:ssä. Laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat:

- 1) valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset;
- 2) evankelilais-luterinen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset;
- 3) valtion liikelaitokset;
- 4) julkisoikeudelliset laitokset, joilla tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja:
  - a) jota rahoittaa pääasiallisesti 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö;
  - b) jonka johto on 1–4 kohdassa tarkoitetun hankintayksikön valvonnan alainen; taikka
  - c) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö nimeää yli puolet; sekä
- 5) mikä tahansa hankinnan tekijä, joka on saanut hankintaa varten tukea vähintään puolet hankinnan arvosta kohdissa 1-4 tarkoitetuilta hankintayksiköiltä.

Suomessa hankintadirektiivejä implementoitaessa on päädytty laajentamaan hankintalain soveltamisalaa direktiiveistä siten, että myös EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa sovelletaan hankintamenettelyä koskevia säännöksiä tietyin poikkeuksin kansallisiin kynnysrajoihin asti. Hankintalain soveltamisala kattaa pääosin myös konsessio- eli käyttöoikeussopimukset. Suomessa hankinnat voidaan mainitun perusteella jakaa kolmeen eri ryhmään:

- 1) hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvat hankinnat (EU-hankinnat),

- 2) EU-kynnysarvojen alle jäävät hankinnat, joihin sovelletaan hankintalakia (kansalliset hankinnat), sekä
- 3) kansallisten kynnysarvojen alle jäävät hankinnat (pienhankinnat).

Julkisissa hankinnoissa sovellettavat kynnysarvot (hankintalaki 15 ja 16 §):

Hankinnan kohde	Tavarat ja palvelut	Suunnittelukilpailut	Rakennus- ja käyttöoikeusurakat
<b>EU-kynnysarvot</b>	130 000/200 000	130 000/200 000	5 000 000
<b>Kansalliset kynnysarvot</b>	30 000	100 000	150 000

EU-kynnysarvon ylittävät valtion keskusviranomaisten yli 130 000 euron tavara- ja palveluhankinnat, mutta muilla hankintayksiköillä tavara- ja palveluhankinnoissa EU-kynnysarvon ylittävät yli 200 000 euron arvoiset hankinnat. Kansallisten kynnysarvojen alle jääviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia. Lisäksi terveydenhoito- ja sosiaalipalveluihin, sekä liitteen B mukaisiin koulutuspalveluihin, joita hankitaan julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain (1295/2002) 6 luvun 3 §:n mukaisesti yhteishankintana työnantajan kanssa, ei sovelleta hankintalakia jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 100 000 euroa (hankintalaki 15 §).

Hankintalajeihin liittyvät erityiset soveltamissäännökset on sijoitettu hankintalain 4 lukuun. Suunnittelukilpailuiden osalta hankintalakia sovelletaan vain palveluhankintasopimukseen johtavaan suunnittelukilpailuun sekä suunnittelukilpailuun, jossa osallistujille maksetaan osallistumispalkkioita tai osallistumismaksuja (hankintalaki 22 §). Käyttöoikeusurakoiden osalta lakia sovelletaan rajoitetusti riippuen siitä, onko kyseessä EU- vai kansalliset kynnysrajat ylittävä urakka. Kansallisiin käyttöoikeusurakoihin sovelletaan lain I osan säännöksiä julkisten hankintojen periaatteista ja soveltamisalasta sekä IV osan säännöksiä hankintapäätöksen tekemisestä, hankintasopimuksesta ja muutoksenhakumenettelystä. EU-käyttöoikeusurakoihin sovelletaan I ja IV osan säännösten lisäksi 5 luvun hankintamenettelyä koskevia säännöksiä sekä eräitä hankintailmoitusta, määräaikoja ja alihankintaa koskevia säännöksiä (hankintalaki 23 § 1–2 mom.).

### 4.3 Hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuoliset hankinnat

Hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolisiin hankintoihin sovelletaan lähtökohtaisesti kansallista lainsäädäntöä. EU-tuomioistuin on kuitenkin ratkaisukäytännössään asettanut ratkaisukäytännössään tietyt EU:n perussopimuksen periaatteista ja säännöistä johtuvia vaatimuksia hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella. Hankintasääntelyn ulkopuolisia hankintoja koskevat keskeiset periaatteet ovat SEU 18 artiklan kansalaisuuden perustuvan syrjinnän kieltö sekä liikkumisvapaudet. Edellä mainituista periaatteista johtuu lisäksi avoimuusvelvoite, joka on muovautunut EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä.

Perussopimuksen periaatteiden soveltaminen edellyttää hankinnalta rajat ylittävää intressiä. EU:n perussopimuksen perustavanlaatuisten sääntöjen noudattaminen koskee siis kaikkia hankintoja. Erityistä huomiota niihin tulee kuitenkin kiinnittää kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa ja yleisesti hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella. Tulevan hankintadirektiivien uudistuksen yhteydessä on pidettävä mielessä, että nykyinen syrjinnän kiellon periaatteelle ja siitä johtuvalle avoimuusvelvoitteelle perustuva sääntelemättömien hankintojen tulkintalinja tulee direktiivimuutoksen jälkeen koskemaan esim. sosiaali- ja terveystalvija, kun niitä koskevia kynnysrajoja nostetaan.

Hallintolain 6 §:n mukaiset hyvän hallinnon periaatteet soveltuvat kansallisten kynnysarvojen alle jääviin pienhankintoihin. Hankintalakia ei sovelleta pienhankintoihin. Julkisia hankintoja ohjataan lisäksi ohjein ja suosituksin. Kunnille on laadittu yleiset hankintaohjeet Suomen kunta-liiton toimesta. Ohjeiden keskeisenä tarkoituksena on hankintakäytäntöjen yhtenäistäminen varsinkin kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa ja varmistaa yhdenvertainen kohtelu ja syrjimättömyys myös pienhankinnoissa.<sup>101</sup> Valtiovarainministeriö on julkaissut valtionhallinnon hankintayksiköille suunnatun hankintakäsikirjan.<sup>102</sup> Lisäksi valtionvarainministeriö on laatinut tavara- ja palveluhankintojen aloille yleiset sopimusehdot (JYSE 2009). Ehdot ovat oikeudel-

---

<sup>101</sup> Kuntien yleiset hankintaohjeet 2010, s. 3.

<sup>102</sup> Valtion hankintakäsikirja, VVM 2010.

liselta sitovuudeltaan suositusluonteisia, mutta ohjeissa suositellaan viranomaisia ottamaan ehdot osaksi hankintasopimusta.<sup>103</sup>

#### 4.4 Hankintamenettelyn keskeiset käsitteet

*Hankintasopimus* on hankintalain 5 §:n 1 kohdan mukaan hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välinen sopimus, jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun toteuttaminen vastiketta vastaan. Hankintasopimus on laadittava 5 §:n 1 kohdan mukaan kirjallisena. Hankintalain 5 §:n 2–4 kohdassa hankintasopimukset on jaoteltu ja määritelty sopimuksen kohteen perusteella rakennusurakkasopimuksiin, tavarahankintasopimuksiin sekä palveluhankintasopimuksiin.

Hankintamenettelyn osalliset jaetaan *hankintayksikköön*, *tarjoajiin* ja *ehdokkaisiin*. Tarjoajalla tarkoitetaan avoimeen tai rajoitettuun hankintamenettelyyn osallistuvaa toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen hankinnan kohteesta. Ehdokkaalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on ilmaissut halunsa osallistua rajoitettuun menettelyyn.

*Hankintailmoituksella* tarkoitetaan HILMA-verkkosivulla julkaistavaa lomaketta, johon hankintayksikkö täyttää hankinnan keskeiset tiedot. *Tarjouspyyntö* on hankintailmoitusta täydentävä asiakirja, jossa hankintayksikkö voi tarkentaa hankintailmoituksen tietoja.

*Avoim ja rajoitettu menettely* ovat ensisijaisia menettelytapoja julkisia hankintoja kilpailutettaessa hankintalain 65 §:n mukaan. Menettelyt määritellään lyhyesti lain 5 §:n kohdissa 10 ja 11. Avoimessa menettelyssä tarjouspyyntö on usein liitetty hankintailmoitukseen. Kaikki halukkaat toimittajat voivat vastata tarjouspyyntöön ja hankintayksikkö voi ilmoituksen julkaisemisen jälkeen lähettää tarjouspyynnön haluamilleen toimittajille. Tarjousasiakirjat on lisäksi lähetettävä kaikille niitä pyytävälle toimijoille. Tämän jälkeen valitaan soveltuvuusvaatimukset täyttävien tarjoajien joukko, joista tarjousvertailun jälkeen valitaan tarjouskilpailun voittaja. Rajoitetussa menettelyssä hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen halukkaat toimittajat jättävät hankintayksikölle osal-

---

<sup>103</sup> Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palvelu- ja tavarahankinnoissa, VVM 2010.



listumishakemuksen, joiden joukosta hankintayksikkö valitsee soveltuvuusvaatimustensa perusteella ehdokkaat tarjouskilpailuun.

*Neuvottelumenettely ja kilpailullinen neuvontamenettely* määritellään hankintalain 5 §:n kohdissa 11 ja 14. Neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Ainoastaan hankintayksikön valitsemat ehdokkaat voivat tehdä tarjouksen. Kilpailullinen neuvottelumenettely eroaa tavallisesta neuvottelumenettelystä siten, että hankintayksikön valitsemat osallistumishakemuksen jättäneet toimittajat neuvottelevat hankintayksikön kanssa löytääkseen yhden tai usean ratkaisun hankinnan toteuttamiseksi, joka vastaa sen tarpeita ja jonka perusteella valittuja ehdokkaita pyydetään tekemään tarjouksensa.

## 5 Yhdenvertainen kohtelu ja syrjinnän kieltö hankintalain soveltamisalalla

### 5.1 Hankintailmoitus ja tarjouspyynnön laatiminen

Hankintalain 68 §:n mukaan hankintailoituksen sisällöstä annetaan tarkemmat ohjeet asetuksella. Valtioneuvoston asetuksessa julkisista hankinnoista (614/2007) edellytetään, että kansallisissa hankinnoissa hankintailoituksessa tulee esittää muun muassa hankinnan sisältö, käytettävä hankintamenettely, ehdokkaille asetettavat soveltuvuusehdot, tarjouksen valintaperuste sekä määräaika tarjousten lähettämiseksi. Soveltuvuusehtojen ja valintaperusteiden osalta voidaan viitata varsinaiseen tarjouspyyntöön, mutta tällöin hankintailoituksesta tulee käydä ilmi mistä tarjousasiakirjat löytyvät. Hankintailmoitus täytetään vakiolomakkeelle, johon tilanpuutteen vuoksi ei ole usein mahdollista sisällyttää kuin pakolliset ja olennaiset tiedot. Tarjouspyyntö toimii hankintailmoitusta täydentävänä asiakirjana. Mikäli hankintailmoitus ja tarjouspyyntö ovat ristiriidassa, noudatetaan hankintailmoitusta.<sup>104</sup>

Hankintalain 40 ja 69 §:n mukaan tarjouspyyntö tulee muotoilla niin yksityiskohtaisesti, että tuottaa vertailtavia ja yhteismitallisia tarjouksia. Tarjousten vertailtavuus on keskeinen edellytys tarjoajien ja ehdokkaiden tasapuoliselle kohtelulle. Hankintalain 70 § edellyttää, että tarjouspyyntö on neuvottelu- ja suorahankintamenettelyn poikkeuksia lukuun ottamatta aina kirjallinen. Tarjouspyyntö on toimitettava kaikille ehdokkaille samanaikaisesti ja heille on varattava kohtuullinen aika tarjouksen tekemiseen. Tarjouspyynnön laatimisessa on otettava huomioon, että julkaistu tarjouspyyntö on lopullinen. Epäselväksi jääneeseen tarjouspyyntöön ei usein ole mahdollista tehdä suuria muutoksia ilman lisäkustannuksia tai vaarantamatta tarjoajien yhdenvertaista kohtelua<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 164.

<sup>105</sup> Pekkala 2007, s. 340.

MAO 473/11: Tarjouspyyntöasiakirjojen ohjeet hinnan erittelystä olivat olleet siinä määrin epäselviä, että vastaanotetut tarjoukset eivät olleet yhteismitallisia ja vertailukelpoisia. Markkinaoikeus määräsi hankintayksikön järjestämään uuden tarjouskilpailun.

Tarjouspyynnössä tai soveltuvin osin hankintailmoituksessa on hankintalain 69 §:n mukaan mainittava hankinnan kohde, soveltuvuusvaatimukset, valintaperusteet, määräaika tarjouksen tekemiselle, osoite johon tarjous on lähetettävä sekä tarjousten voimassaoloaika. Lisäksi tarjouspyynnössä on ilmoitettava muut hankintamenettelyyn ja tarjouksen tekemiseen liittyvät olennaiset tiedot.

Tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen vaatimukset, jotka kohdistuvat joko hankinnan kohteen tai tarjoajan alkuperään, ovat kiellettyjä. Mikäli kohteen määrittelemisessä käytetään viittausta tavaramerkkiin, valmistajaan, patenttiin, tyyppiin tai alkuperään, on se sallittua vain, jos kohteen ilmaiseminen riittävän täsmällisesti sitä vaatii<sup>106</sup>. Esimerkiksi suomalaisille tutussa Ison-Beltin tapauksessa tarjouspyynnön vaatimus mm. tanskalaisen työvoiman ja materiaalin käytöstä tulkittiin välittömäksi syrjinnäksi<sup>107</sup>. Sopimusasiakirjojen yleisissä ehdoissa todettiin muun muassa että, urakoitsijan on mahdollisimman mittavassa määrin käytettävä tanskalaisia rakennusaineita ja kulutustarvikkeita, tanskalaista työvoimaa ja tanskalaisia laitteita.

Hankinnan kohteen määrittelemisen tapahtuu yksinkertaisimmillaan tavarahankinnoissa, joissa yksilöidään haluttu tuote ja kappalemäärä. Laajemmissa hankinnoissa, kuten palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa kohteen määrittelemisessä käytetään hankinnan kohteen ominaisuuksiin liittyviä teknisiä eritelmiä tai standardeja. Eritelmiä tai standardeja käytettäessä on suositeltavaa käyttää eurooppalaisella tai kansainvälisellä tasolla yhdenmukaistettuja standardeja, jottei tekninen eritelmä muodostu syrjiväksi. EY-tuomioistuin on katsonut Dundalk-asiassa syrjiväksi tarjouspyynnön vaatimuksen irlantilaisen standardin käytöstä, joka edellytti vesijohtoputkien rakentamisessa erilaista raaka-ainetta kuin muut yleisesti käytössä olleet eurooppalaiset standardit.<sup>108</sup> Tämän lisäksi hankintayksikkö ei voi edellyttää sopimusta täytäntöönpannaessa tietyn tuotemer-

---

<sup>106</sup> Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 156–157.

<sup>107</sup> Asia C-243/89, komissio vastaan Tanska.

<sup>108</sup> Asia C-45/87, komissio vastaan Irlanti.

kin käyttämistä, vaan sen on hyväksyttävä myös vastaavat tuotteet<sup>109</sup>. On huomattava lisäksi, että hankintalain soveltamisalaan lähtökohtaisesti kuulumattomat puolustushankinnat voivat tulla arvioitavaksi hankintalain säännösten mukaan, mikäli hankittavalla tuotteella on myös siviilialan käyttömahdollisuuksia.<sup>110</sup>

Nykyinen hankintalaki kieltää hankintojen keinotekoisien jakamisen ja osittamisen lain soveltamisen välttämiseksi (hankintalaki 20 §). Hankintojen jakaminen kynnyksrajat alittaviksi kokonaisuuksiksi saattaa johtaa siihen, että pilkotut hankinnat toteutetaan ns. vanhaan malliin, eli suosiolla paikallisia yrittäjiä julkisten varojen tehokkaan käytön kustannuksella. Uusi hankintadirektiivi on tuomassa hankintojen jakamiskieltoon merkittävän uudistuksen. Uudessa direktiivissä pikemminkin edellytetään hankintojen jakamista pienempiin osiin Pk-yritysten mahdollisuuksien parantamiseksi hankintamarkkinoilla.<sup>111</sup>

Tarjouspyynnössä on ilmoitettava selkeästi vertaillaanko tarjouksia hinnan vai kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteella. Tarjousten vertailu suoritetaan lähtökohtaisesti hinnan perusteella, ellei tarjouspyynnössä ole selkeästi ilmoitettu muita vertailuperusteita.

MAO:5/I/02: Kunnan laatimassa tarjouspyynnössä ei ollut mainintaa tarjouskilpailun ratkaisuperusteesta. Koska ratkaisuperustetta ei etukäteen ilmoitettu, tarjoajat olivat tarjouksia tehdessään voineet lähteä siitä, että tarjouspyynnössä asetetut vaatimukset täyttävistä tarjouksista valitaan hinnaltaan halvin.

Jos valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, tulee vertailuperusteiden hankintalain 72 §:n mukaan liittyä hankinnan kohteeseen ja mahdollistaa tarjousten puolueeton arviointi. Arviointiperusteina voidaan käyttää esimerkiksi käyttökustannuksia tai myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea. Lisäksi rakennus- ja palveluhankinnoissa, joissa edellytetään erityistä asiantuntemusta, ammattitaitoa tai pätevyyttä, voidaan tarjoajien vähimmäisedellytykset ylittävää soveltuvuutta käyttää arviointiperusteena. Valintaperusteet tulee ilmoittaa kansallisissa hankinnoissa tärkeysjärjestyksessä, mutta valintaperusteiden pisteyttäminen tai painottaminen on suosi-

---

<sup>109</sup> Asia C-59/00, Vestergaard.

<sup>110</sup> Asia C-615/10, InsTiimi.

<sup>111</sup> Komission ehdotus direktiiviksi julkisista hankinnoista, KOM(2011) 896, s. 12.

teltavaa.<sup>112</sup> Hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitettujen valintaperusteiden sekä niihin liittyviä pisteytys- tai painotusperusteita ei voida myöhemmissä hankintamenettelyn vaiheissa muuttaa.<sup>113</sup>

## **5.2 Sosiaalisten ja ympäristöllisten näkökohtien huomiointi tarjouspyynnössä**

### **5.2.1 Hankintojen varaaminen työkeskuksille**

Hankintalain 14 §:n mukaan hankintayksikkö voi rajoittaa tarjouskilpailuun osallistumisen työkeskuksille tai vastaaville yksiköille taikka varata hankinnan toteuttamisen tapahtuvaksi työohjelmien yhteydessä. Lain esitöiden perusteella työkeskuksilla tarkoitetaan yksiköitä, joiden enemmistö on vammaisia, jotka eivät voi vammojensa luonteen vuoksi harjoittaa ammattitoimintaa tavanomaisissa olosuhteissa. Samaten työohjelmien kohteena tulisi olla toiminta, joka on suunnattu pääasiassa vammaisille henkilöille. Lain esitöissä viitataan esimerkkinä sosiaalihuoltolain 27 d §:ssä tarkoitettuun vammaisten henkilöiden työllistymistä edistävään toimintaan.<sup>114</sup>

Hankintalain 14 §:n sanamuoto ”työkeskuksille tai vastaaville yksiköille” viittaisi siihen, että hankintojen varaaminen olisi mahdollista myös sellaisille sosiaalisille yrityksille, joiden palveluksessa olevien henkilöiden enemmistö on vajaakuntoisia. Sosiaalisista yrityksistä annetun lain (1351/2003) 4 §:n mukaan sosiaalisten yritysten rekisteriin voidaan rekisteröidä elinkeinon harjoittaja, jonka palveluksessa olevista työntekijöistä on vähintään 30 prosenttia. Markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä hankintalain 14 §:n soveltamisesta ei ole vielä kertynyt.

### **5.2.2 Hankintasopimuksen erityisehdot**

---

<sup>112</sup> Pekkala 2007, s. 449.

<sup>113</sup> Asia C-532/06, Lianakis.

<sup>114</sup> HE 50/2006 vp, s. 66.

Hankintalain 49 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi asettaa hankintasopimuksen toteuttamiselle sosiaalisia näkökohtia koskevia ehtoja mm. työoloihin ja työehtoihin liittyen. EU-oikeuskäytännössä sosiaalisia näkökohtia koskevat ehdot ovat pääsääntöisesti liittyneet työttömyyden torjuntaan, kuten alaluvussa 3.3.2 käsitellyssä Beentjes-ratkaisussa. Ratkaisussa hyväksyttiin sosiaalisten ehtojen asettaminen tarjouspyynnössä sillä edellytyksellä, että ne eivät osoitaudu suoraan tai välillisesti syrjiväksi. Sen sijaan työehtoja koskeva EU-tuomioistuimen Rüffert-ratkaisussa on jossain määrin ristiriitainen Beentjes-ratkaisun oikeusohjeen kanssa.

Ennakkoratkaisussa oli kysymys Saksassa sijaitsevan Ala-Saksin osavaltion lainsäädännön yhteensopivuudesta palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kanssa. Kyseisen osavaltion hankintalainsäädännössä edellytettiin, että rakennusurakoita voidaan antaa vain tarjoajille, jotka sitoutuivat paikallisen työehtosopimuksen noudattamiseen mm. palkan osalta. Tapauksessa kantajayhtiön kanssa solmittu hankintasopimus oli irtisanottu tähän säännökseen vedoten, koska yhtiön Puolaan sijoittunut aliurakoitsija ei ollut maksanut työntekijöilleen paikallisen työehtosopimuksen mukaista palkkaa. EU-tuomioistuin katsoi, että kyseinen tapaus ei kuulu hankintadirektiivien soveltamisalaan ja ratkaisi asian lähetettyjä työntekijöitä koskevan direktiivin (96/71/EY)<sup>115</sup> perusteella. Tuomioistuimen totesi, että koska po. työehtosopimusta sovellettiin vain julkisiin urakoihin ja sitä ei ollut julistettu yleisesti sovellettavaksi direktiivissä edellytetyllä tavalla, aliurakoitsijoilta ei voitu edellyttää sopimuksen mukaisen palkan suorittamista työntekijöilleen. EU-tuomioistuin totesi lisäksi, että Ala-Saksin lainsäädäntö muodosti SEUT 56 artiklassa tarkoitetun rajoituksen palvelujen vapaalle liikkuvuudelle, eikä ollut perusteltavissa työntekijöiden suojelulla.<sup>116</sup> Lisäksi tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että työehtosopimukseen velvoittaminen saattaisi aiheuttaa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle yritykselle taloudelliseen rasitteen, joka saattaa rajoittaa palveluiden vapaata liikkuvuutta.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessaan esittämä kanta on päinvastainen tuomioistuimen ratkaisun kanssa. Julkisasiamiehen mukaan työehtosopimukseen sitoutumista koskeva ehto kuuluu hankintadirektiivin sosiaalisia ja ympäristönäkökohtia sääntelevän 26 artiklan soveltamisalaan.

---

<sup>115</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 96/71/EY, palvelujen tarjoamisen yhteydessä tapahtuvasta työntekijöiden lähettämisestä työhön toiseen jäsenvaltioon. EYVL L 18, 21.1.1997, s. 1–6.

<sup>116</sup> Asia C-346/06, Rüffert, kohdat 24–30.

Julkisasiamies katsoi, että vähimmäispalkkaa koskeva ehto oli syrjinnän kiellon ja avoimuusperiaatteen mukainen.<sup>117</sup> Ruffert-ratkaisu on herättänyt kriittistä keskustelua, sillä sen on katsottu aiheuttavan ongelmia työntekijöiden ja elinkeinonharjoittajien yhdenvertaiselle kohtelulle saman jäsenvaltion sisällä. Käytännössä ratkaisun oikeusohje voi johtaa tilanteisiin, joissa samalla työmaalla samaa työtä tekeville työntekijöille maksetaan erisuuruista palkkaa. Ratkaisussa sivuutettiin myös täysin Suomenkin ratifioima ILO:n yleissopimus numero 94 (SopS 30/1951), joka koskee työehtoja julkissektorin alihankintatilanteissa.<sup>118</sup>

### 5.2.3 *Ympäristönäkökohdat*

Kuten edellä alaluvussa 3.3.2 käsitellyssä Concordia Bus -ratkaisussa on todettu, hankintaan liittyvien ympäristöperusteiden tulee olla asetettu yhdenvertaisesti ja syrjimättömästi ja niiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen. Ympäristönäkökohtiin liittyvät vertailuperusteet on nimenomaisesti mainittava tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa. Markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä ympäristönäkökohtien hyväksyttävyyttä on arvioitu ratkaisussa MAO:232/09, jossa Nurmijärven kunnan pesulapalveluja koskeneessa tarjouspyynnössä eräänä arviointiperusteena olivat kuljetuksiin liittyvät ympäristötekijät. Tämä arviointiperuste pisteytettiin kuljetusmatkojen pituudella pesulan sijainnista kunnan maantieteelliseen keskipisteeseen. Kuljetusmatkat pisteytettiin siten, että lyhyin kuljetusmatka sai viisi pistettä ja muut saivat pisteitä kuljetusmatkan suhteessa lyhyimpään kuljetusmatkaan.

Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että hankintayksikkö saa ottaa huomioon ympäristönäkökohtia. Näkökohtien tulee kuitenkin liittyä hankinnan kohteeseen eivätkä ne saa antaa hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnan vapautta. Lisäksi ne tulee nimenomaisesti mainita tarjouseritelmässä tai hankintailmoituksessa. Ympäristönäkökohtiin liittyvien perusteiden tulee olla myös sopusoinnussa EU-oikeuden periaatteiden, erityisesti syrjintäkiellon periaatteen, kanssa. Markkinaoikeus viittasi edellä mainittujen edellytysten osalta EU-oikeuskäytäntöön ja Concordia

---

<sup>117</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 20.7.2007 asiassa C-346/06, kohdat 129–135.

<sup>118</sup> McCrudden 2011, s. 142–149. Ks. myös Nielsen SL 2007, s. 214–215.

Bus -ratkaisun oikeusohjeeseen. Markkinaoikeuden mukaan kuljetusmatkojen pituuteen perustunut vertailuperuste asettaa tarjoajat epätasa-arvoiseen asemaan sijoittautumispaikkansa perusteella.

Kuriositeettina voidaan todeta, että ympäristöperusteen suhteen markkinaoikeus viittasi ratkaisussaan Euroopan komission julkaisemaan käsikirjaan ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa. Käsikirjassa on nimenomaisesti todettu, että pelkästään kuljetusmatkan pituus hankinnan toteuttamisen ehtona on syrjivä. Vaikka markkinaoikeus olisi varmasti päätenyt samaan ratkaisuun ilman käsikirjaakin, halusin nostaa siihen viittaamisen esille hyvänä esimerkkinä perustelujen avoimuudesta. Varsinkin ylimpien tuomioistuinten tuomioiden perusteluja on kritisoitu siitä, että ne jättävät usein viittaamatta esimerkiksi oikeuskirjallisuuteen, johon ne kuitenkin ratkaisuisaan usein tukeutuvat.<sup>119</sup> Tässä tapauksessa voidaan toki pohtia sitä, voidaanko komission julkaisemaa käsikirjaa lukea sallittujen oikeuslähteiden joukkoon, mutta jos kyseinen teos on ratkaisuun faktisesti vaikuttanut, on siihen mielestäni perusteluissa viitattava. Ilman perustelujen avoimuutta on mahdotonta edes aloittaa keskustelua sallittujen oikeuslähteiden, esimerkiksi EU-toimielinten julkaisemien teosten, hyväksyttävyydestä ratkaisuun vaikuttavina argumentteina.

#### ***5.2.4 Edellytykset ympäristömerkkien ja sertifikaattien käytölle***

Asiassa C-368/10 oli kysymys hankintayksikön käyttämien ympäristömerkkien hyväksyttävyydestä kahviautomaattien ja niissä tarjottavien tuotteiden hankinnassa. Alankomaalainen hankintaviranomainen oli käyttänyt tuotteisiin liittyvissä teknisissä eritelmissä kahta laatumerkkiä, jotka liittyivät tuotteiden luonnonmukaiseen valmistamiseen (EKO) sekä reilun kaupan edistämiseen (MAX HAVELAAR). Molemmat laatumerkit ovat rekisteröity tavaramerkkeinä myös sisämarkkinoiden harmonisointivirastossa, joka toimii Euroopan komission valvonnassa. Lisäksi hankin-

---

<sup>119</sup> Ks. esim. Virolainen LM 2012, s. 26–32.



tayksikkö edellytti tarjoajia noudattamaan kestäviä hankintoja ja yhteiskunnallisesti vastuullisia yrityksiä koskevia perusteita.

EU-tuomioistuin totesi, että tarjouspyynnön vaatimus laatumerkkien osalta oli syrjivä, sillä siinä edellytettiin nimenomaisesti mainituilla laatumerkeillä varustettuja tuotteita. Hankintadirektiivin teknisiä eritelmiä koskevassa 23 artiklan 6 kohdassa säädetään ympäristömerkkien käytöstä seuraavasti:

Vahvistaessaan 3 kohdan b alakohdassa tarkoitettuja suorituskykyyn liittyviä tai toiminnallisia vaatimuksia koskevia ympäristöominaisuuksia hankintaviranomaiset voivat käyttää eurooppalaisissa, (moni)kansallisissa tai muissa ympäristömerkeissä määriteltyjä yksityiskohtaisia eritelmiä tai tarvittaessa niiden osia.

Tuomioistuin tulkitsi direktiiviä siten, että pelkkään ympäristömerkkiin viittaaminen teknisessä eritelmässä ei ole riittävää, vaan hankintaviranomaisten on hyväksyttävä myös muut todistuskeinot, kuten valmistajan tekniset asiakirjat tai jonkin tunnustetun laitoksen laatima testausselostus. Tuomioistuimen mukaan hankintaviranomainen voi käyttää jonkin ympäristömerkin yksityiskohtaisia eritelmiä tai niiden osia, muttei ympäristömerkkiä sellaisenaan. Ympäristömerkki tosin voi toimia riittävänä todisteena siitä, että tarjoajan tuote täyttää vaaditun teknisen eritelmän.<sup>120</sup> Reilun kaupan edistämiseen liittyvän MAX HAVELAAR -laatumerkin osalta on lisäksi todettava, että tarjouspyynnön vaatimus siitä, että tuotteen on oltava peräisin reilusta kaupasta, on tuotteen sosiaalisia ominaisuuksia koskeva vertailuperuste, eikä sinänsä ole EU-oikeuden vastainen.<sup>121</sup>

Hankintalain 44–45 §:ssä on säädetty teknisistä eritelmistä vastaavalla tavalla ja teknisiä eritelmiä koskevaa 44 §:ää on noudatettava myös kansallisissa hankinnoissa (hankintalaki 69 §). Kansallisessa oikeuskäytännössä teknisten eritelmien määrittelyä on tulkittu vastaavalla tavalla kuin edellä mainitussa EU-tuomioistuimen ratkaisussa:

MAO: 410–411/12: Kilpailutuksen kohteena olevan tuotteen yksi vertailuperuste oli ympäristömyönteisyys. Ympäristömyönteisyydelle annettiin kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnissa 20 prosentin painoarvo. Tarjouspyynnön liitteessä tarjoajia pyydettiin ilmoittamaan täyttääkö heidän tuot-

---

<sup>120</sup> Asia C-368/10, komissio vastaan Alankomaat, kohdat 62–70 sekä 93–97.

<sup>121</sup> Ibid., kohdat 89–91.

teensa Joutsenmerkin tai muun ETA-alueella käytössä olevan ympäristömerkin kriteeristön. Markkinaoikeus totesi, että tarjouspyyntöasiakirjoissa ei kuitenkaan tarkemmin eritelty siinä mainitun Joutsenmerkin tai muiden hyväksyttävien ympäristömerkkien kriteereitä eikä kerrottu, minkä laatuista ympäristökriteereitä hankintayksikkö oli tosiasiallisesti asiassa pisteytettäviltä tuotteilta edellyttänyt. Hankintayksikkö oli siten asettanut käyttämänsä ympäristömyönteisyyden vertailuperusteen virheellisesti.

## 5.3 Soveltuvien tarjoajien valinta

### 5.3.1 *Soveltuvuuden arvioinnin suhde tarjousvertailuun*

Soveltuvien tarjoajien valinta suoritetaan lähtökohtaisesti ennen tarjousvertailua. EU-tuomioistuimien on todennut, että tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen ja tarjousvertailu voivat tapahtua samanaikaisesti, mutta ne ovat kuitenkin erillisiä toimenpiteitä, joihin sovelletaan eri oikeussääntöjä<sup>122</sup>. Soveltuvuuden arviointi kohdistuu tarjoajan ominaisuuksien arviointiin, jolla pyritään varmistamaan, että tarjouskilpailuun hyväksyttävillä toimijoilla on hankinnan kohteeseen liittyvät riittävät valmiudet. Arvioinnissa tarkastellaan tarjoajan soveltuvuutta tarjouspyynnössä ilmoitetuin kriteerein, jotka voivat liittyä esimerkiksi yhtiön taloudelliseen tilanteeseen, ammatilliseen ja tekniseen suorituskyykyyn. Arvioinnissa palataan tarjouspyynnössä asetettuihin soveltuvuuden ehtoihin. Mikäli tarjoaja tai tarjous ei vastaa tarjouspyynnössä asetettuja ehtoja, on hankintayksikkö velvollinen sulkemaan sen pois tarjouskilpailusta.

Kansallisissa hankinnoissa käytettävät poissulkemisperusteet ovat harkinnanvaraisia ja niiden käyttämiseen vaikuttavat mm. hankinnan laajuus ja laatu. Harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita ovat hankintalain 71 §:n 1 momentin mukaan ehdokkaiden taloudellinen ja rahoituksellinen tilanne, tekninen suorituskyyky ja ammatillinen pätevyys. Hankintayksikkö voi myös 71 §:n 2 momentin mukaan noudattaa soveltuvien osin lain 52–59 §:n EU-hankintoja koskevia poissulkemisperusteita ja pyytää niitä koskevia selvityksiä. Hankintalain säännökset vastaavat hankintadirektiivin 45 artiklan 2 kohdassa lueteltuja poissulkemisperusteita.

---

<sup>122</sup> Asia C-199/07, komissio vastaan Kreikka.

Hankintayksikkö on sidottu valitsemiinsa soveltuvuusvaatimuksiin siten, että se on velvollinen sulkemaan pois tarjouskilpailusta ehdokkaan, joka ei täytä asetettuja vähimmäisvaatimuksia. Tarjoajien kelpoisuutta ja soveltuvuutta koskevat vaatimukset tulee esittää hankintailmoituksessa ja niiden tulee olla objektiivisia ja syrjimättömiä. Soveltuvuusvaatimukset eivät saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta harkintavaltaa siten, että niillä rajataan soveltuvien tarjoajien joukko liian pieneksi.

MAO 183/11: Tapauksessa hankintayksikön henkilöstölle asetetut soveltuvuusvaatimukset olivat markkinaoikeuden mukaan hankinnan luonne huomioon ottaen liian yksityiskohtaisia. Hankintayksikkö oli saanut ainoastaan kaksi tarjousta. Asiassa ei käynyt ilmi seikkoja, joiden perusteella soveltuvuusvaatimuksia voitaisiin pitää hankintayksikön kannalta välttämättömänä. Markkinaoikeus katsoi hankintayksikön soveltuvuusvaatimusten vaarantaneen sekä tehokkaan kilpailun toteutumisen että potentiaalisten tarjoajien syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun.

Edellä mainitussa tapauksessa kantajan hakemuksessa väitettiin, että tarjouspyyntö olisi räätälöity siten, että vain tietyt hankintayksikön ennalta tuntemat yritykset voisivat soveltuvuusvaatimuksen täyttää. Soveltuvuusarvioinnissa ja tarjousvertailussa käytettävien kriteerien välillä on oltava riittävä ero tarjoajan ominaisuuksien ja hankinnan kohteen välillä<sup>123</sup>. Erityisesti palvelun yksilöiminen siten, että markkinoilla olisi vain yksi etukäteen tunnettu tuottaja, on huomattavasti vaikeampaa kuin tarjoajaan kohdistuvien soveltuvuusvaatimusten räätälöinti tiettyyn tuottajaan sopiviksi.

Molempien vertailuperusteiden tulee kuitenkin liittyä hankinnan kohteeseen. Mikäli samojen perusteiden käyttö olisi sallittavaa sekä soveltuvuuden arvioinnissa että tarjousvertailussa, siirtyisi tarjousvertailun painopiste itse hankinnan laatuominaisuuksien arvioinnista tarjoajien ominaisuuksien väliseen vertailuun, millä ei välttämättä hankinnan kohteena olevan tuotteen, palvelun tai urakan kannalta ole välttämättä lainkaan merkitystä. Lisäksi tämä saattaisi johtaa syrjivään kohteluun esimerkiksi tarjoajan taloudellisen aseman perusteella. Toisaalta konsultti- tai asiantuntijapalveluja hankittaessa tarjoajan soveltuvuus liittyy olennaisesti myös hankittavan palvelun laatuun ja lopullista tuotetta voi olla hankala määritellä<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> HE 50/2006 vp, s. 116.

<sup>124</sup> Pöykkö 2010, s. 16.

KHO 2003:89: korkein hallinto-oikeus katsoi hankintayksikön menettelyn virheelliseksi, koska sen käyttämät perusteet kelpoisuuden tutkimisessa ja tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailussa olivat monilta kohdin lähes samat.

### **5.3.2 Poissulkemisperusteet**

Tarjoajan taloudelliseen ja rahoituskelliseen asemaan liittyviä soveltuvuusehtoja säännellään hankintalain 53–54 §:ssä, joita lain 71 §:n mukaan voidaan soveltaa myös kansallisissa hankinnoissa. 53 §:n poissulkemisehdot liittyvät tarjoajan talousrikoksista saamiin lainvoimaisiin tuomioihin. 54 §:n ehdot liittyvät tarjoajan poissulkemiseen konkurssin, ammatin harjoittamisessa tehdyn lainvastaisen teon tai vakavan virheen vuoksi. 54 §:ssä säännellään myös tarjoajan poissulkemisesta sosiaaliturvamaksujen tai verojen laiminlyömisestä vuoksi.

Laissa säädettyjen ehtojen soveltaminen on harkinnanvaraista ja niiden lisäksi hankintayksikkö voi asettaa muitakin taloudellisia soveltuvuusehtoja, kuten esimerkiksi liikevaihtorajan. Yrityksen taloudellisiin tunnuslukuihin liittyvät vaatimukset on perusteltava objektiivisesti ja ne eivät saa olla syrjiviä esim. liikevaihdoltaan pienempiä yrityksiä kohtaan, jos sille ei ole hankinnan kohteeseen liittyvää perustetta. Taloudellisia soveltuvuusehtoja asetettaessa hankintayksikön on otettava huomioon tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden lisäksi suhteellisuusperiaate. Se edellyttää, että vaikka tarjoajan poissulkeminen hankintalain 53–54 §:n perusteella on mahdollista, on hankintayksikön otettava huomioon rikkomuksen tai laiminlyönnin relevanssi hankinnan kohteeseen nähden.

KHO 2011:29: Tapauksessa oli kyse tarjoajan maksamattomista arvonalisäveroista. KHO katsoi, että hankintayksikön oli mahdollista sulkea kyseinen tarjoaja tarjouskilpailusta, ottaen huomioon, että maksamatta jääneen verovelan määrä ei ollut vähäinen. KHO totesi myös, että koska tarjoajan sulkeminen tarjouskilpailusta on ankara toimenpide, tulisi poissulkemisesta koskevassa harkinnassa ottaa huomioon esimerkiksi rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, laatu ja laajuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika, mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset sekä rikkomukseen tai laiminlyöntiin syyllistyneen mahdolliset korjaavat teot. Tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteet edellyttävät, että poissulkemisperusteita sovelletaan samalla tavalla kaikkiin ehdokkaisiin ja tarjoajiin.

Hankintayksikön asettaessa vaatimuksia tarjoajan taloudellisen tilanteen, teknisen suorituskyvyn tai ammatillisen pätevyyden suhteen, on sillä oikeus pyytää tarjoajalta selvityksiä vaatimusten täytymisestä. Myös hankintalain 53–54 §:n poissulkemisperusteita käytettäessä hankintayksikkö voi edellyttää tarjoajan toimittamaan niihin liittyviä rekisteritietoja. Tarjoajan ammatillisen pätevyyden selvittämisessä hankintayksikkö voi pyytää esimerkiksi tutkintotodistuksia tai ansioluetteluita hankinnan kohteesta vastaavilta henkilöiltä. Taloudellisen tilanteen selvittämiseksi hankintayksikkö voi pyytää tarjoajilta mm. tilinpäätöstietoja. Hankintalain 56 §:n mukaan selvitysvaatimusten on oltava suhteessa kyseessä olevan hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen nähden. On kuitenkin huomattava, että jos hankintayksikkö edellyttää ammatilliseen pätevyyteen liittyvien lupien tai tekniseen suorituskykyyn liittyvien olosuhteiden esittämistä jo tarjouspyynnön yhteydessä, voi vaatimus osoittautua syrjiväksi.

MAO 107–108/11: Tapauksessa hankintamenettelyn osapuolet vaativat X Oy:n sulkemista pois tarjouskilpailusta sillä perusteella, ettei se ollut esittänyt tarjouksessaan tarjouspyynnössä vaadittua toimilupaa. Markkinaoikeus totesi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tarjoajalta ei voida edellyttää, että sillä täytyisi jo tarjouksen tekohetkellä olla käytettävissään esimerkiksi palvelun harjoittamista varten tarpeelliset luvat tai toimitilat. Riittävää on, että tarjoaja osoittaa luotettavalla todennäköisyydellä, että sillä on sopimuksen täyttämisen alkaessa siihen edellytykset.

EU-tuomioistuimien on katsonut ratkaisukäytännössään, että jos hankintaviranomainen on tarjoajan vastuulle kuuluvasta syystä purkanut tai irtisanonut tämän kanssa tekemänsä aikaisemman hankintasopimuksen, voidaan tällainen katsoa hankintalain 54 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaiseksi virheeksi ammattitoiminnassa. Lain 54 §:n poissulkemisperuste edellyttää kuitenkin, että aikaisemman sopimuksen purkamiseen johtanut virhe on katsottava vakavaksi. EU-tuomioistuimen mukaan virheen vakavuuden arviointi edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Kyseessä olevassa tapauksessa Puolan hankintalainsäädäntöön sisältyi säännös, jonka mukaan tarjoaja oli suljettava automaattisesti ulos tarjouskilpailusta aikaisempien laiminlyöntien vuoksi. EU-tuomioistuin katsoi, että kyseinen säännös ei ollut yhteensopiva hankintadirektiivin kanssa, koska se ei jättänyt hankintaviranomaiselle harkintavaltaa tarjoajan virheen vakavuuden arvioinnin suhteen.<sup>125</sup> Jos tapauksia verrataan yllä esitettyyn korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuun, voidaan todeta, että

---

<sup>125</sup> Asia C-465/11, Forposta ja ABC Direct Contact.

kansallinen tulkinta poissulkemisperusteiden soveltamisesta vastaa EU-oikeuden käytäntöä. Tarjoajan sulkeminen ei saa olla automaattinen toimenpide, vaan poissulkeminen edellyttää aina tapauskohtaista harkintaa muun muassa virheen laajuuden ja vakavuuden arvioinnissa.

Tarjoajan aikaisempi kokemus hankinnan kohteesta esimerkiksi suunnittelun tai kehitys- ja tutkimustyön myötä voi asettaa hakijan lähtökohtaisesti parempaan asemaan muihin tarjoajiin nähden. EU-tuomioistuin on katsonut, että lainsäädäntö, joka estää hankinnan kohteen suunnitteluun osallistuneen henkilön osallistumisen tarjouskilpailuun on vastoin yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. EU-tuomioistuimen mukaan tällaisissa tapauksissa tarjoajalle tulee antaa mahdollisuus selvittää, ettei hänen kokemuksensa hankinnan kohteesta vääristä kilpailua.<sup>126</sup>

### **5.3.3 Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus**

Tarjousten on oltava tarjouspyynnön mukaisia. Hankintayksikkö on velvollinen hylkäämään tarjoukset, joissa on tarjousten vertailuun vaikuttava puute tai virhe. Tarjouksia ei lähettämisen jälkeen ole mahdollista saattaa tarjouspyynnön mukaisiksi. Jos tarjouksen virhe johtuu tarjouspyynnön tulkinnanvaraisuudesta tai muusta vastaavasta puutteesta, on hankintayksikön toimitettava puutteen korjaamista koskevat lisätiedot yhdenmukaisesti kaikille tarjoajille.<sup>127</sup> Merkityksettömät puutteet, kuten tarjouksen kaksoiskappaleen tai allekirjoituksen puuttuminen, eivät velvoita tai edes oikeuta tarjouksen hylkäämiseen<sup>128</sup>.

KHO 2011:72: Tapauksessa oli kyse muutos- ja lisätöiden yksikköhintojen ilmoittamisesta tarjouksessa. Hankintayksikkö sai sulkea yhtiön pois tarjouskilpailusta sillä perusteella että se oli jättänyt yksikköhinnat tarjouksessaan mainitsematta. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että mikäli tarjouspyynnön vaatimus ei ole hankintalain vastainen, on hankintayksiköllä oikeus sulkea tarjouskilpailusta yhtiö, joka ei täytä näitä vaatimuksia.

---

<sup>126</sup> Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, Fabricom.

<sup>127</sup> Kuoppamäki 2006, s. 338–339.

<sup>128</sup> Pohjonen 2010, s. 12.

Hankintayksiköllä on mahdollisuus pyytää tarjoajaa täsmentämään tarjoustaan, ottaen kuitenkin huomioon tarjoajien tasapuolisen kohtelun. Tarjouksen täsmentäminen ei saa johtaa tarjouksen parantamiseen esimerkiksi hinnan osalta. Tarjouksen täsmentämistä ei voida käyttää tarjouspyynnön vastaisen tarjouksen saattamiseksi tarjouspyynnön mukaiseksi. Tarjouksessa olevat epäselvyydet tulkitaan lähes poikkeuksetta tarjoajan haitaksi. Käytännössä tarjouksen täydentäminen ja tarkentaminen on mahdollista vain teknisluontoisien täydennyksien ja kirjoitusvirheiden osalta.<sup>129</sup>

Hankintalain 63 § mukaan tarjouksen poikkeuksellisen alhainen hinta voi tulla kyseeseen pois-sulkemisperusteena. 63 § tulee sovellettavaksi EU-hankinnoissa ja kansallisissa hankinnoissa (hankintalain 21§ 2 mom.). Hankintayksikkö ei saa sulkea automaattisesti pois hinnaltaan alhaisia tarjouksia, vaan sen on annettava tarjoajalle mahdollisuus selvittää tarjouksen hinnan perusteet. Jos hankintayksikkö selvityksen jälkeen katsoo, että tarjouksen hinta ei voi kattaa hankinnan kohdetta, on hankintayksiköllä oikeus sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta.<sup>130</sup>

On kuitenkin tärkeää huomata, hankintayksikön toimet poikkeuksellisen alhaisen hinnan perusteiden selvittämiseksi saattavat vaarantaa tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun. EU-tuomioistuimien ratkaisukäytännössään katsonut, että hankintayksikkö voi esimerkiksi tarjouksen poikkeuksellisen hinnan vuoksi pyytää tarjoajalta täsmennyksiä tietyin edellytyksin. Hankintayksikkö ei saa pyytää tai hyväksyä muutoksia tarjoukseen täsmennyksien johdosta, eikä täsmennyspyyntö saa aiheuttaa edes *vaikutelmaa* siitä, että täsmennyspyynnön kohteena olevaa tarjoajaa olisi suosittu tai syrjitty. Lisäksi kyseinen pyyntö on osoitettava samalla tavalla kaikille samanlaisessa tilanteessa oleville tarjoajille ja pyynnön on koskettava tarjouksen kaikkia kohtia, jotka ovat epätarkkoja tai eivät ole tarjouspyyntöasiakirjojen teknisten eritelmien mukaisia.<sup>131</sup>

On jossain määrin ristiriitaista, miten edellä mainitussa täsmennysmenettelyssä toteutuu tarjoajan ankara vastuu tarjouksen epäselvyyksistä. Nähdäkseni EU-tuomioistuimen ratkaisua SAG ELV -asiassa on tulkittava siten, että lähtökohtaisesti tarjoajalla on vastuu tarjousasiakirjojen virheistä ja epäselvyyksistä, mutta hankintadirektiivi ei toisaalta aseta estettä kansalliselle lainsäädännölle

---

<sup>129</sup> Pekkala 2007, s. 382–383.

<sup>130</sup> HE 50/2006 vp, s. 107–108.

<sup>131</sup> Asia C-599/10, SAG ELV, kohdat 35–44.

tai käytännölle, jonka mukaan hankintayksikkö voi esittää täsmennyspyynnön tarjouksissa ilmevien asiavirheiden täsmentämiseen ja korjaamiseen edellä mainituin edellytyksin.<sup>132</sup>

## **5.4 Tarjousvertailu ja hankintapäätöksen tekeminen**

### **5.4.1 Tarjousvertailu**

Tarjousvertailu on tarjoajien tasapuolisen kohtelun kannalta keskeinen vaihe hankintamenettelyssä. Tarjousvertailussa hankintayksikön on sovellettava tarjouspyyntöön kirjattuja valintaperusteita objektiivisesti. Ensisijainen valintaperuste on hinta, mutta hankintayksikkö voi asettaa muitakin vaatimuksia esimerkiksi hankinnan laadullisille ominaisuuksille. Valintaperusteiden tulee ensisijaisesti perustua hankinnan kohteen ominaisuuksiin, ei tarjoajan ominaisuuksiin. Kuitenkin, tarjoajille asetettujen vähimmäisvaatimusten ylittävälle osaamiselle on mahdollista antaa painoarvoa hankintalain 71 §:n 1 momentissa mainituissa palveluhankinnoissa ja urakoissa, joissa ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys.

MAO:622–623/10: Markkinaoikeus piti hyväksyttävänä toimitusvarmuuden ja ammattitaidon käyttämistä vertailuperusteina ensihoidon ja sairaankuljetuksen järjestämistä koskevassa hankinnassa. Markkinaoikeus kuitenkin katsoi, että toimitusvarmuuden ja ammattitaidon vertaileminen sen perusteella, kuinka kauan yrittäjä tai omistaja on toiminut alalla, saattaa syrjiä alalle tulleita tai sille pyrkiviä uusia yrittäjiä.

Hankintalain 2 §:n 1 ja 2 momentin mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet ja hankinnat tulee toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti. Tarjouksen valintaperusteiden ei tarvitse kuitenkaan tuottaa välitöntä taloudellista hyötyä hankintayksikölle, vaan perusteilla voidaan tavoitella esimerkiksi sosiaalista hyötyä tai

---

<sup>132</sup> Ibid., kohdat 36–37. Ks. myös KHO:2013:10.



ympäristöpäästöjen vähentämistä, jos perusteet ovat hankintaan liittyviä ja sopusoinnussa EU-oikeuden peruseriaatteiden kanssa<sup>133</sup>.

Vertailuperusteiksi on ongelmallista asettaa laajasti tulkittavissa olevia käsitteitä kuten ”laatu” tai ”yhteistyökyky”, koska se saattaa vaarantaa saatavien tarjousten vertailtavuuden ja siten myös tarjoajien ja ehdokkaiden tasapuolisen kohtelun. Tarjousvertailussa käytettävät valintaperusteet tulisi määritellä riittävän tarkasti tarjouspyynnössä.<sup>134</sup>

MAO 154/11: Hankintayksikkö oli asettanut tarjouksen vertailuperusteiksi ”projektisuunnitelman selkeyden” ja ”projektisuunnitelmassa on otettu huomioon selvitystyön tavoitteet ja toimittaja on mitoit-  
tanut resurssinsa realistisesti”. Markkinaoikeus totesi, että vaikka hankintayksiköllä on vertailuperusteiden asettamisessa harkintavaltaa, niin mainitut valintaperusteet ovat siinä määrin tulkinnanvaraisia, ettei tarjoajien yksinomaan arviointiperusteista käytettyjen ilmausten perusteella ole ollut mahdollista tietää, mitä seikkoja hankintayksikkö tulee mainittujen arviointikriteerien osalta vertailemaan.

Hankintayksiköllä on laaja harkintavalta vertailuperusteiden asettamisessa. Tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaamiseksi hankintayksikön tulisi kuitenkin välttää mainitun kaltaisia avoimia ja laajasti tulkittavia käsitteitä sekä asettaa vertailuperusteille suhteelliset painoarvot. EU-hankinnoissa on hankintalain 41 §:n ja 62 §:n mukaan käytettävä vertailuperusteiden suhteellista painotusta, joka tulee ilmoittaa tarjouspyynnössä. Kansallisissa hankinnoissa riittää, että tarjousten vertailuperusteet asetetaan tärkeysjärjestykseen (hankintalaki 72 §). Painoarvojen tai pisteytyksen käyttäminen on kuitenkin suositeltavaa myös kansallisissa hankinnoissa avoimuuden turvaamiseksi<sup>135</sup>. Vaikka valintaperusteet eivät olisikaan syrjiviä, saattaa puuttuva avoimuus joko tarjouspyynnössä tai hankintapäätöksessä johtaa siihen, että menettely katsotaan yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaiseksi. Avoimuudella pyritään varmistamaan hankintamenettelyn objektiivisuuden ja syrjimättömyyden jälkikäteinen todentaminen. Puutteita valintaperusteiden asettamisessa tai soveltamisessa tulkitaan ankarasti hankintayksikön haitaksi.

KHO 2010:69: Koska hankintayksikön laatimissa tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ilmoitettu tarjousvertailussa merkityksellisiä seikkoja, kuten tarjousvertailussa käytettyä laskentakaavaa ja tarjousvertailussa

---

<sup>133</sup> Asia C-513/99, Concordia Bus.

<sup>134</sup> Pökkylä 2010, s. 16–17.

<sup>135</sup> Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 363–364.

sovellettuja painoarvoja, tarjoajat eivät olleet tietoisia niiden merkityksestä tarjouksen valinnassa eivätkä siten voineet ottaa sanottuja seikkoja huomioon tarjoustaan laatimissaan. Hankintayksikön menettely tarjouspyynnön laatimisessa ja tarjouksia vertailtaessa ei näin ollen ollut omiaan turvaamaan hankintalain 1 §:n 1 momentissa ja 6 §:n 3 momentissa edellytetyllä tavalla tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.

#### **5.4.2 Päätöksen perusteleminen**

Hankintalain 73 §:n mukaan hankintapäätöksen on oltava kirjallinen ja se on perusteltava. Lain esitöiden mukaan päätöksen tulisi sisältää olennaiset tiedot tarjouskilpailun ratkaisemisesta sekä siihen vaikuttaneista keskeisistä seikoista, kuten voittaneen tarjoajan nimi, tarjoajan ja tarjouksen valintaperusteet ja niiden soveltamistapa. Hankintapäätöksen lisäksi hankintayksikön on tehtävä kirjallinen päätös tarjoajan poissulkemisesta tarjouskilpailusta.<sup>136</sup> Perustelut ovat ainoa tapa selvittää jälkikäteen, onko menettely ollut objektiivista, yhdenvertaista ja syrjimätöntä. Hankintapäätöksen perusteluvollisuutta tukee myös hallintolain 45 §:ssä säädetty yleinen perusteluvollisuus. Myös EU:n perusoikeuskirjan 41 artiklan hyvän hallinnon periaatteet asettavat hallintoelimille velvollisuuden perustella päätöksensä.

MAO 329/11: Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että hankintapäätökseen liittyvästä tarjousten vertailusta ilmenee kaikkien vertailuperusteiden osalta, mihin konkreettisiin seikkoihin tarjousten vertailu ja annetut pisteet ovat perustuneet. Täysien tai samojen pisteiden antaminen tarjoajille ei poista hankintayksiköltä tarjousvertailun perusteluvollisuutta. Tarjousten laatuvertailussa on ollut useita pisteytyskohtia, joissa on annettu molemmille tarjouksille täydet pisteet esittämättä tarjousten vertailulle käytännössä muuta perustelua kuin sen, että tarjouksissa ei ole arvioitu olevan eroa.

Markkinaoikeus on viimeaikaisessa ratkaisukäytännössään kiinnittänyt erityistä huomiota hankintapäätöksen perusteleamiseen. Markkinaoikeus on korostanut, että pelkän pistevertailun perus-

---

<sup>136</sup> HE 50/2006 vp, s. 117.

teella tarjoajien on mahdotonta arvioida, mihin konkreettisiin seikkoihin tarjousten vertailu- ja piste-erot perustuvat.<sup>137</sup>

### **5.4.3 Päätöksentekijän esteellisyys julkisissa hankinnoissa**

Hankintalainsäädäntö ei sisällä hankintapäätöksen tekijää koskevia esteellisyysäännöksiä. Hankintalakia muutettiin erityisesti oikeussuojakeinojen osalta 1.6.2010 (L julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 321/2010). Kynnysarvot ylittävissä kansallisissa hankinnoissa oikeussuojauudistus merkitsee sitä, että kunnallis- ja hallintovalitukset hankintalain soveltamisalalla eivät ole enää mahdollisia. Myös kunnan jäsenen mahdollisuus valittaa hankintapäätöksestä on poistettu. Esteellisyysväitteet voidaan tutkia lain esitöiden mukaan nykyisin pääasiallisen esikysymyksenä soveltaen suoraan asianomaisia esteellisyysäännöksiä tai kysymyksenä hankintamenettelyn syrjimättömydestä ja tasapuolisuudesta.<sup>138</sup> Oikeuskäytännöstä onkin huomattavissa, että markkinaoikeus on ottanut kantaa esteellisyysväitteisiin pukemalla ne yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden kaapuun ja muodollisesti ratkaissut esteellisyysväitteen hankintalain perusteella<sup>139</sup>.

MAO 555/11: Markkinaoikeus totesi aluksi, että sen toimivaltaan kuuluu hankintalain 94 §:n 1 momentin nojalla ratkaista, onko hankinnassa menetelty hankintalain tai muiden säännöksessä mainittujen julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti. Markkinaoikeus jatkoi, että markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvassa hankinta-asiassa on mahdollista vedota hankintamenettelyssä tapahtuneisiin muihin kuin hankintalakiin perustuviin päätöksenteon virheellisyyksiin ja että markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluu hankinta-asiassakin esikysymyksenä ottaa kantaa väitteisiin siitä, että hankinta-asiassa tehty päätös on muullakin perusteella lainvastainen. Hankintayksikön menettelyä oli esteellisyttä koskevan väitteen osalta arvioitava tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen pohjalta.

---

<sup>137</sup> Ks. esim. MAO:165/12, MAO:181/12 sekä MAO:185/12.

<sup>138</sup> HE 90/2009 vp, s. 75–76.

<sup>139</sup> Ks. esim. MAO:19/11 sekä MAO/532:11.

Oikeussuojauudistuksen esitöissä huomionarvoisena seikkana on pidettävä sitä, että esteellisyysväitteiden lisäksi markkinaoikeus voi esitöiden mukaan käsitellä esikysymyksenä myös muita kunnalliseen päätöksentekoon liittyviä menettelyllisiä asioita, joita voidaan arvioida viimesijaisesti hankintamenettelyn tasapuolisuutta ja syrjimättömyyttä koskevien näkökohtien perusteella.<sup>140</sup> Näin ollen hallituksen esitöiden perusteella vaikuttaisi siltä, että hankintalaissa sääntelemättömät viranomaisen menettelyyn liittyvät kysymykset, kuten esteellisyys, voidaan ratkaista markkinaoikeudessa. Päätöksentekomenettelyn arvioiminen esikysymyksenä tarkoittaa sitä, että mikäli hankintayksikön päätöstä rasittaa esimerkiksi esteellisyys, päätös kumotaan ja palautetaan hankintayksikölle uudelleen käsiteltäväksi. Tämä tarkoittanee käytännössä uuden tarjouskilpailun järjestämistä, ellei hankintaa ole pantu jo täytäntöön.<sup>141</sup>

Myös hankintadirektiivien uudistuksessa on kiinnitetty huomiota esteellisyysseikkoihin hankintamenettelyn avoimuuden ja syrjimättömyyden näkökulmasta. Komission direktiiviehdotuksessa hankintayksikön henkilöstön tai päätöksentekijöiden ja tarjoajan välillä ilmenevissä eturistiriitalanteissa tulisi molempien osapuolten ensinnäkin ilmoittaa mahdollisesta eturistiriidasta. Eturistiriidan poistaminen tapahtuisi direktiiviehdotuksen mukaan ensisijaisesti hankintaviranomaisen toimesta, vapauttamalla henkilöstöön tai päätöksentekoelimeen kuuluva henkilö kyseisestä hankinnasta. Jos eturistiriitaa ei kuitenkaan pystyttäisi tehokkaasti poistamaan hankintayksikön sisäisellä menettelyllä, tulisi ehdokas tai tarjoaja sulkea pois hankintamenettelystä.<sup>142</sup> Jos direktiiviehdotusta arvioidaan kansallisten esteellisyyssäännösten valossa, voitaneen todeta, että eturistiriitasääntely ei aiheuta merkittäviä uudistuksia hankintalainsäädäntöön. Direktiiviehdotus saattaa päinvastoin selkeyttää julkisten hankintojen ja esteellisyyden oikeustilaa. Ehdotetun direktiivin edellyttämä sääntely voitaisiin toteuttaa yksinkertaisimmillaan viittaussäännöksillä. Lisäksi epäselvyyss markkinaoikeuden toimivallasta ainakin esteellisyyden osalta poistuisi.

---

<sup>140</sup> HE 90/2009 vp, s. 91–92.

<sup>141</sup> Ks. esim. MAO:11/11.

<sup>142</sup> Komission ehdotus direktiiviksi julkisista hankinnoista, KOM(2011) 896, s. 55–56.

## 5.5 Periaatteiden asettamat erityiset vaatimukset neuvottelumenettelyissä

Neuvottelumenettelyyn ja kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn sovelletaan tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteita vastaavalla tavalla kuin edellä on esitetty. Hankintailmoituksen laatimisen, tarjoajien soveltuvuuden arvioinnin tai tarjousvertailun osalta menettelyt eivät eroa avoimesta tai rajoitetusta menettelystä. Näiden menettelyiden kohdalla on kuitenkin syytä tarkentaa niiden erityisluonteesta johtuvia lisävaatimuksia tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden osalta.

Hankintayksikön mahdollisuuksia valita hankinnan toteuttamisessa neuvottelumenettely on rajattu EU-hankintojen osalta hankintalain 25 §:ssä ja kansallisten hankintojen osalta lain 66 §:ssä. EU-hankinnoissa neuvottelumenettely on lähtökohtaisesti toissijainen menettely. Neuvottelumenettelyyn voidaan siirtyä, jos muilla menettelyillä ei ole saatu lainkaan tarjouksia. Edelleen, neuvottelumenettely on mahdollinen, jos saadut tarjoukset eivät ole vastanneet tarjouspyynnön ehtoja tai niitä ei voida hankintalain mukaan hyväksyä. Kansallisten hankintojen osalta neuvottelumenettely on lain 66 § 1 momentin mahdollinen kaikissa tavara- ja palveluhankinnoissa, joissa ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa sekä rakennushankinnoissa, joissa ennakoitu kokonaisarvo on alle 500 000 euroa. Kansallisissa hankinnoissa neuvottelumenettely on mahdollinen myös hankintalain 66 §:n 2 momentin erityisten edellytysten täytyessä. Kuten rajoitetussa menettelyssä, myös neuvottelumenettelyssä on kutsuttava tarjouskilpailun kokoon ja laatuun nähden riittävä määrä ehdokkaita todellisen kilpailun varmistamiseksi. Ehdokkaiden vähimmäismäärä on neuvottelumenettelyssä rajoitetusta menettelystä poiketen kolme. Tarjoajiksi hyväksyttävät ehdokkaat on valittava hankintailmoituksessa esitetyin objektiivisin ja syrjimättömin perustein.

Kilpailullinen neuvottelumenettely voidaan valita hankintalain 29 §:n mukaisessa erityisen monimutkaisessa hankinnassa, jossa hankintayksikkö ei pysty objektiivisesti ennalta määrittämään hankinnan taloudellisia tai oikeudellisia ehtoja taikka teknisiä keinoja hankinnan toteuttamiseen. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn tarkoituksena on hankintayksikön kannalta ensivaiheessa teknisen, taloudellisen tai oikeudellisen ratkaisun löytäminen hankinnan toteuttamiseksi ja varsinaisessa tarjouskilpailuvaiheessa toimittajan valitseminen valitulle ratkaisuvaihtoehdolle. Kilpai-

lullisessa neuvottelumenettelyssä tarjouksen valintaperusteena tulee olla kokonaistaloudellinen edullisuus.

Molemmissa neuvottelumenettelyissä syrjimättömyysperiaatteen kannalta ongelmalliseksi muodostuvat neuvottelumenettelyyn siirtyminen ja neuvotteluvapauden väärinkäyttäminen menettelyn tasapuolisuuden vaarantavalla tavalla. Hankintayksikön on kohdeltava tarjoajia neuvotteluissa tasapuolisesti, eikä se saa antaa tietoja tavalla, joka vaarantaa tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolisen kohtelun (hankintalain 25 ja 29 §). Hankintayksikölle asetettu tarjoajien tasapuolisen kohtelun velvoite lienee neuvottelumenettelyiden osalta korostettu, koska se on erityisesti mainittu menettelyjä koskevissa säännöksissä. Mitä tämä korostettu vaatimus pitää neuvottelujen osalta sisällään?

Ensinnäkin, on huomioitava neuvottelumenettelyn osalta hankintalain 25 §:n 1 momentissa asetettu edellytys, että tarjouspyynnön ehtoja ei saa olennaisesti muuttaa neuvottelumenettelyyn siirryttäessä. Vähimmäisedellytyksenä ehtojen muuttamiselle on, että hankinta ei saa poiketa siitä, mitä alun perin on kilpailutettu. Muutoin hankinnasta on julkaistava uusi hankintailmoitus. Toiseksi, neuvottelumenettelyä ei voida käyttää tarjousten perusteettomaan parantamiseen tai tinkimiseen. Hankintayksikön tulisi jättää tarjouksien perusteettomat parannukset huomioitta. Toisaalta, kun hinnat ovat tulleet tarjoajien tietoon, hankintayksikön voi olla vaikea arvioida, onko kyse tinkimisestä vai todellisesta muutoksesta tarjoukseen.<sup>143</sup> Kolmanneksi, tarjoajien mahdollisuus ylipäätään täsmentää tarjouksiaan on ongelmallista hankintayksikön jo vastaanotettua ne, tai kun kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous on jo valittu. Erityisesti kilpailullisen neuvottelumenettelyn sääntelyä on kritisoitu viimeksi mainitusta ongelmasta.<sup>144</sup>

Vuonna 2011 voimaan tullut laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (698/2011) tarjoaa hankintayksiköille uuden tavan neuvotella hankinnan kohteesta ja säästää hankintamenettelyn hallinnollisissa kustannuksissa.<sup>145</sup> Dynaamisella hankintajärjestelmällä tarkoitetaan täysin sähköistä hankintamenettelyä tavanomaisille ja markkinoilla yleisesti saatavil-

---

<sup>143</sup> Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 167–169.

<sup>144</sup> Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 137.

<sup>145</sup> <<http://www.hankinnat.fi/fi/malleja-ja-lainsaadantoa/hankintauutisia/kolumnit/sahkoinen-huutokauppa/Sivut/default.aspx>>. 18.5.2013.

la oleville hankinnoille. Dynaamisessa järjestelmässä hankintamenettely on rajoitetun keston ajan avoin kaikille kelpoisuusehdot täyttävillä tarjoajille, jotka ovat esittäneet tarjouspyynnön mukaisen alustavan tarjouksen. Sähköisellä huutokaupalla tarkoitetaan menettelyä, jossa tietyn ajanjakson sisällä tarjoajat voivat kilpailla hankinnasta hintaa alentamalla tai muita tarjouksensa ominaisuuksia parantamalla. Sähköinen huutokauppa järjestetään tarjousvertailun jälkeen (L sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä 2 §).

Sähköisissä hankintamenettelyissä hankintayksikön on varmistuttava siitä, että sen käytössä olevat viestintä- ja tiedonvaihtotavat tarjoavat tasapuoliset mahdollisuudet osallistumiseen kaikille tarjoajille ja ehdokkaille. Lisäksi järjestelmissä sovellettavan tekniikan tulee olla mahdollisimman pitkälle yhteensopivia muissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa käytössä olevan tekniikan kanssa. Sähköinen hankintajärjestelmä ei saa muodostaa esteitä, rajoituksia tai vääristymiä kilpailulle (L sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä, 4 §). Lain esitöiden mukaan sähköisissä hankintamenetelmissä tulee noudattaa avoimuuden, syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden periaatteita muun hankintasäätelyn mukaisesti.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> HE 182/2011 vp, s. 13.

## 6 Yhdenvertaisen kohtelun periaate ja syrjinnän kieltö hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuolella

### 6.1 Yleistä

Kuten on jo aiemmin todettu, perussopimusten palveluiden ja tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevat säännökset sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö asettavat rajoja hankintayksikön toiminnalle myös hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuolella. Näiden perustamisopimuksen perustavanlaatuisten oikeussääntöjen soveltaminen sääntelemättömissä hankinnoissa on tullut EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä esille erityisesti palvelukäyttöoikeussopimukseen (jäljempänä palvelukonsessio) liittyvissä tapauksissa<sup>147</sup>. Rakennusurakoihin liittyviin käyttöoikeussopimukseen hankintadirektiiviä sovelletaan rajoitetusti. Palvelukonsessiot eivät kuulu nykyisten hankintadirektiivien soveltamisalaan, mutta direktiiviudistuksen yhteydessä on tarkoitus säätää erityinen konsessiodirektiivi, jolla harmonisoidaan hankintamenettely myös käyttöoikeussopimusten alueella.<sup>148</sup> Suomessa käyttöoikeussopimukset kuuluvat palvelukonsessioita lukuun ottamatta hankintalain soveltamisalaan ja kynnysarvot hankintalain soveltamiselle käyttöoikeussopimukseen perustuvissa hankinnoissa ovat muita vastaavat. Hankintalain 65 §:n 1 momentin mukaan palvelukonsessioihin sovelletaan kynnysarvosta riippumatta kansallisia menettelyjä koskevia säädöksiä.

Palvelukonsessio eroaa tavanomaisesta palvelun hankinnasta siten, että hankintaviranomainen ei maksa palveluntarjoajalle vastiketta suoraan, vaan vastikkeena toimii oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja hankintaviranomaisen maksu yhdessä (hankintalaki 5 § 1 mom.). Palvelukonsessiossa palveluntarjoajan vastike kertyy siis palvelun hyödyntämisestä kertyvistä maksuista, jolloin palveluntarjoaja kantaa myös liikeloudellisen riskin toiminnan kannattavuudesta. Mikäli toimintaan ei liity liikeloudellista riskiä, ei kyseessä ole palvelukonsessio.<sup>149</sup> Käyttöoikeusurakalla tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin mukaan samanlaista sopimusta kuin rakennus-

---

<sup>147</sup> Nenonen LM 2009a, s. 100.

<sup>148</sup> Euroopan komission lehdistötiedote 20.12.2011, IP/11/1580.

<sup>149</sup> Ks. esim. asia C-458/03, Parking Brixen, kohta 40.



urakkasopimus, mutta rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä, kuten palvelukonsessiosakin.

Hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolinen oikeuskäytäntö on merkityksellistä kansallisesta näkökulmasta palvelukonsessioissa, joihin sovelletaan kynnysarvosta riippumatta kansallisia menettelyjä koskevia säännöksiä. Vaikka käyttöoikeussopimuksia koskevan EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön ei voida nykytilanteessa katsoa olevan kansallisesti ongelmallinen, niin hankintasäännösten soveltamisalan ulkopuolisiin hankintamenettelyihin kohdistuvat vaatimukset tulisi tiedostaa tulevaisuudessa tehtäviä muutoksia arvioitaessa. Mikäli hankintalainsäädännöllä pyritään lisäämään joustavuutta esimerkiksi kynnysrajoja nostamalla, on EU-oikeuskäytäntö sääntelemättömien hankintojen alueella tunnistettava lainvalmisteluvaiheessa ja toisaalta myös hankintayksiköissä. Lisäksi on huomioitava, että sääntelemättömät hankinnat eivät muodosta de minimis -tyyppistä poikkeusta, vaan perussopimusten sovellettavuus edellyttää tapauskohtaista harkintaa hankinnan arvosta riippumatta.<sup>150</sup> EU-tuomioistuin on todennut ratkaisukäytännössään, että ainoa ero sellaisiin hankintoihin, joiden arvo ylittää hankintadirektiivin säännöksissä vahvistetun kynnysarvon, on se, että ainoastaan näihin viimeksi mainittuihin hankintoihin sovelletaan direktiiveissä säädettyjä erityisiä ja tiukkoja menettelyitä.<sup>151</sup>

## 6.2 Syrjinnän kiellon ja sisämarkkinavapauksien suhde

Yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneessa ratkaisukäytännössään katsonut, että vaikka kynnysarvojen alapuolelle jäävissä hankinnoissa ei sovelleta hankintadirektiivejä, on hankintayksikön näissäkin hankinnoissa noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä. Perustavanlaatuisilla säännöillä tarkoitetaan sisämarkkinavapauksiin liittyviä perussopimuksen määräyksiä sekä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteita.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Nenonen LM 2009b, s. 967–974 sekä s. 979–980.

<sup>151</sup> Asia C-376/08, Serrantoni, kohdat 20–25.

<sup>152</sup> Ks. esim. C-324/98, Telaustria-ratkaisun kohta 60 sekä C-231/03, Coname-ratkaisun kohdat 18–21.

Tanskalaisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntöön annetussa Vestergaard-ratkaisussa<sup>153</sup> oli kysymys julkisen asuntoyhtiön toteuttamasta rakennusurakasta. Tarjouksen sopimusehdoissa oli määritelty ikkunoiden ja ulko-ovien toimittajaksi tanskalainen yritys. Puusepäntöiden osalta tarjouskilpailussa tuli valituksi kantaja Vestergaard, joka oli kuitenkin poikennut tarjouspyynnön vaatimuksista ikkunoiden suhteen. Vestergaard oli laskenut tarjouksen halvempien saksalaisvalmisteisten ikkunoiden mukaisena, mutta asuntoyhtiö ei hyväksynyt Vestergaardin tekemää poikkeusta ja rakennusurakka toteutettiin sopimusehtojen mukaisena. Vestergaard kuitenkin vaati urakan suorittamisen jälkeen asuntoyhtiöltä saksalaisvalmisteisten ja sopimuksessa määriteltyjen ikkunoiden hintojen erotusta vedoten siihen, että sopimusehto oli EY-sopimuksen vastainen. Tanskalainen tuomioistuin esitti asiassa ennakkoratkaisupyyntönsä EU-tuomioistuimelle, joka korosti ratkaisussaan erityisesti sitä, että mainitunlainen sopimusehto on SEUT 34 artiklassa (aiempi EY 30 artikla) säädetyn tavaroiden vapaan liikkuvuuden vastainen, jos ehtoon ei liitetä mainintaa ”tai vastaava”.<sup>154</sup>

Vestergaard-tapauksessa sovellettavaksi olisi voinut tulla myös SEUT 18 artiklan kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö. Mutta kuten aiemmin luvussa 3.1 on todettu, tilanteisiin, joihin liittyy kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, sovelletaan usein perussopimuksen sisämarkkinavapauksia koskevia erityisiä määräyksiä. Myös sääntelemättömien hankintojen alueella EU-tuomioistuin on perustanut ratkaisunsa tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskeviin perussopimuksen säännöksiin. On kuitenkin pidettävä mielessä, että perussopimuksen liikkumisvapauksia koskevat säännöt, yhdenvertaisen kohtelun periaate sekä syrjinnän kiellon periaate yhdessä muodostavat sisämarkkinoiden ja integraatiokehityksen perustan, jota tuomioistuin arvioi kokonaisuutena.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Kyseessä oli itse asiassa ennakkoratkaisupyyntönsä johdosta annettu määräys, jonka sisällöstä säädetään EU-tuomioistuimen työjärjestyksen 89 artiklassa.

<sup>154</sup> Asia C-59/00, Vestergaard.

<sup>155</sup> Vrt. julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 27.11.2007 asioissa C-147/06 ja C-148/06, kohta 26.

SEUT 18 artiklan kansalaisuuteen perustuvan syrjintäkiellon vastaiseksi voisi tulla sovellettavaksi suoran syrjinnän tilanteissa. Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa hankintaviranomainen kieltäytyy antamasta tarjousasiakirjoja toisesta jäsenvaltiosta lähtöisin olevalle tarjoajalle.<sup>156</sup>

## 6.3 Avoimuusvelvoite ja rajat ylittävä intressi

### 6.3.1 Rajat ylittävä intressi

EU-oikeuskäytännön perusteella perussopimuksen soveltaminen hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa edellyttää rajat ylittävää intressiä. On kuitenkin tulkinnanvaraista, miten rajat ylittävä intressi määritellään. EU-tuomioistuin on SECAP-ratkaisussaan edellyttänyt selvää rajat ylittävää intressiä.<sup>157</sup> SECAP-ratkaisua seuranneessa Serrantoni-ratkaisussa EU-tuomioistuin edellytti direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävältä hankinnalta varmaa rajat ylittävää intressiä.<sup>158</sup> Varmuuden ja selvyuden välinen käsite-ero liittyyneen käänöksessä tapahtuneeseen virheeseen, sillä molempien ratkaisuiden englanninkielisessä käänöksessä on käytetty ilmaisua ”certain cross-border interest”.<sup>159</sup>

Oikeuskäytännön perusteella voidaan kuitenkin esittää keskeiset edellytykset rajat ylittävän intressin olemassaololle. Ensinnäkin EU:n perussopimuksien sisämarkkinavapauksia koskevien sääntöjen soveltaminen hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella edellyttää, että tarkastelun kohteena oleva lainsäädäntö tai toimenpide rajoittaa tosiasiallisesti tai mahdollisesti jäsenvaltioiden välistä kauppaa. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä jäsenvaltioiden välisen liitynnän edellytyksenä on ollut toiminnan perustekijöiden keskittyminen yhden jäsenvaltion alueelle. Toisaalta EU-tuomioistuimen on oikeuskirjallisuudessa tulkittu olevan valmis löytämään perusteet

---

<sup>156</sup> Nenonen LM 2009b, s. 975.

<sup>157</sup> Yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP.

<sup>158</sup> Asia C-376/08, Serrantoni.

<sup>159</sup> Nenonen LM 2009b, s. 964–965.

rajat ylittävälle intressille myös yhden jäsenvaltion sisälle jäävissä toimenpiteissä, erityisesti palveluiden tarjoamisen alueella.<sup>160</sup>

Toinen keskeinen seikka rajat ylittävän intressin arvioinnissa on hankinnan arvon ja ominaispiirteiden perusteella ennakoitujen potentiaalisien tarjoajien. Arvioinnissa ei edellytetä näyttöä siitä, että potentiaalisia tarjoajia on todella ollut muissa jäsenvaltioissa, vaan rajat ylittävän intressin täytymiselle riittää olettaa siitä, että hankintasopimus voisi ominaispiirteidensä vuoksi kiinnostaa myös muiden jäsenvaltioiden toimijoita. Toisaalta myös tavanomaisen ja arvoltaan vähäisen hankintaan voi liittyä rajat ylittävä intressi, mikäli potentiaalisen tarjoajan sijoittautumispaikka sijaitsee lähellä hankinnan suorittamispaikkaa.<sup>161</sup>

### **6.3.2 Avoimuusvelvoite**

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö sekä liikkumisvapaudet edellyttävät hankintayksiköltä riittävää avoimuutta myös sääntelemättömissä hankinnoissa. EU-tuomioistuin on todennut muun muassa Coname-ratkaisussaan, jossa oli kyse hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävästä konsessiosopimuksesta, että liikkumisvapauksista, yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellosta on johdettavissa avoimuusvelvoite. Avoimuusvelvoite edellyttää, että muun jäsenvaltion alueelle sijoittautuneella yrityksellä on mahdollisuus saada riittävät tiedot hankinnasta ennen kuin sitä koskeva sopimus tehdään. Tuomioistuin tähdensi perusteluissaan, että yrityksen mahdollisuus riittävien tietojen saamiseen ei välttämättä edellytä tarjouskilpailun pitämistä. Hankinnan arvosta ja laadusta riippuen, avoimuusvelvoite on mahdollista toteuttaa asianmukaisella tiedottamisella.<sup>162</sup>

EU-tuomioistuimen mukaan avoimuusvelvollisuuden on tarkoitus tulla kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi. Hankintayksikkö on velvollinen Parking Brixen -ratkaisun oikeusohjeen nojalla

---

<sup>160</sup> Nenonen LM 2009b, s. 957–958.

<sup>161</sup> Yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP, kohta 24. Ks. myös julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 27.11.2007, kohdat 23–24.

<sup>162</sup> Asia C-231/03, Coname.

ilmoittamaan hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolisissa konsessiosopimuksissa niin laajasti, että kaikki potentiaaliset tarjoajat voivat saada sopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että potentiaalinen tarjoaja voi halutessaan ilmaista kiinnostuksensa sopimuksen tekemiseen. Käyttöoikeussopimukset saattavat usein olla arvoltaan merkittävämpiä kuin hankintadirektiivien soveltamisalaan kuuluvat, kynnysrajat ylittävät hankinnat, joten avoimuusvelvollisuuden laiminlyönti näissä hankinnoissa saattaa muodostaa vapaan liikkuvuuden rajoituksia vastaavan toimenpiteen jäsenvaltioiden väliselle palvelujen tarjoamiselle sekä vapaalle sijoittautumiselle.<sup>163</sup>

Parking Brixen -ratkaisussa sovellettavaksi tulivat perussopimuksen silloiset palvelun tarjoamisen ja sijoittautumisen vapautta koskevat EY 43 ja 49 artiklat (SEUT 49 ja 56 artiklat) sekä syrjinnän kieltoa koskeva EY 12 artikla (SEUT 18 artikla). Tuomioistuimen mukaan EY 43 ja 49 artikloja voidaan pitää yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ilmentäjinä. Syrjinnän kieltoa koskeva EY 12 artiklaa tuomioistuin luonnehti vakiintuneen käytäntönsä mukaan erityisenä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ilmauksena. Tuomioistuimen mukaan näistä perustamissopimuksen periaatteista ja säännöistä on johdettavissa avoimuusvelvollisuus, jonka sisältönä on taata se, että palveluita koskevasta käyttöoikeussopimuksesta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta sopimuksen tekeminen avautuu kilpailulle ja niitä koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.<sup>164</sup>

### **6.3.3 Asianmukainen tiedottaminen sääntelemättömissä hankinnoissa**

Asianmukaisen tiedottamisvelvollisuuden alaan hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolella saadaan johtoa julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotuksesta Senaatti-kiinteistöt -asiassa<sup>165</sup>. Komissio nosti kanteen Suomea vastaan jäsenyysvelvoitteiden rikkomisesta sillä perusteella, että komissio katsoi Senaatti-kiinteistöjen laiminlyöneen suurkeittiöhankinnassaan syrjintäkieltoa ja siitä johtuvaa avoimuusvelvoitetta. Hankinnan arvo alitti silloisen hankintadirektiivin mukaisen

---

<sup>163</sup> Asia C-458/03, Parking Brixen, kohdat 48–50.

<sup>164</sup> Asia C-458/03, Parking Brixen, kohta 72.

<sup>165</sup> Asia C-195/04, komissio vastaan Suomi.

kynnysarvon. Komission kanne hylättiin, koska se ei pystynyt esittämään riittävän täsmällisesti kanneperusteitaan, mutta julkisasiamiehen ratkaisuesityksessä on tarkasteltu yksityiskohtaisesti avoimuusvelvoitteen sisältöä hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa käsiteltiin erityisen laajasti ilmoittamisvelvoitteen laajuutta. Lisäksi julkisasiamies pohti avoimesti myös sitä, voidaanko yhteisön sääntelystä johtaa mainitunlaisia velvollisuuksia, vai tulisiko EU-direktiivien soveltamisalaan kuuluvat hankinnat jättää jäsenvaltioiden sääntelyn varaan.

Julkisasiamies toteaa ratkaisuehdotuksessaan, että sääntelemättömiä hankintoja ei tulisi käsitellä erottamattomana kokonaisuutena, vaan oikeudellisessa arvioinnissa tulisi erottaa kynnsarvot alittavat pienhankinnat ja kynnsarvon ylittävät hankinnat, jotka eivät oikeudellisen muotonsa vuoksi kuulu hankintasäännösten soveltamisalaan. Julkisasiamies korosti hankintojen taloudellisen arvon merkitystä rajat ylittävän intressin arvioinnissa. Pienhankintojen osalta ratkaisuehdotuksessa todetaan, että hankintadirektiivien kynnsarvot osoittavat sen alueen, jolla jäsenvaltiot ovat tahtoneet yhdenmukaistaa hankintasääntelyään. Julkisasiamies totesi, että kynnsarvon alittavissa hankinnoissa tarvitaan jonkin verran avoimuutta menettelyn puolueettomuuden takaamiseksi. Se, kuinka paljon, tulisi kuitenkin julkisasiamiehen mukaan jättää jäsenvaltioiden harkintaan. Tämän lisäksi julkisasiamies totesi, että hankintayksiköille asetetut yksityiskohtaiset velvollisuudet pienhankinnoissa, vaikka ne arvoltaan olisivatkin kynnsarvoja lähellä, ovat hyödyiltään pienempiä kuin niiden aiheuttama haitta.<sup>166</sup>

Vaikka julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksesta ei voida tehdä johtopäätöksiä voimassa olevan oikeuden tilasta, voidaan kuitenkin todeta, että perussopimuksen määräyksistä johdetut sääntelemättömiin pienhankintoihin kohdistuvat vaatimukset ovat ongelmallisia kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnä, kuten julkisasiamies Sharpton asian ilmaisi, tällaiset vaatimukset ovat oikeusvarmuuden antiteesi.<sup>167</sup> Hankintayksiköiden ja lainalaisuuden ja oikeusvarmuuden periaatteiden näkökulmasta myös arvoltaan merkittävässä sääntelemättömissä hankinnoissa on oikeudellisesti ongelmallista, että yksityiskohtaisiakin sääntöjä johdetaan EU:n perussopimusten artikloista. Toiseksi, mikä on ilmoittamisvelvollisuuden hyöty eritoten pienhankinnoissa? Arvoltaan merkittä-

---

<sup>166</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 18.1.2007 asiassa C-195/04, kohdat 85–98.

<sup>167</sup> Ibid., kohta 96.

vissä käyttöoikeussopimuksissa ilmoittamisvelvollisuus on perusteltua tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden näkökulmasta, mutta pienhankinnoissa ilmoittamisesta koituvat edut tuskin ylittävät hankintayksikölle koituvia kustannuksia, ainakaan pitkällä tähtäimellä.

## 7 Päätelmät

### 7.1 EU-oikeusteoria ja periaatteet

Tutkielman aluksi, luvussa 2 käsiteltiin lyhyesti oikeusperiaatteen käsitettä ja asemaa EU-oikeudessa. Oikeuden pluralisoituminen ja fragmentoituminen globalisaation ja eurooppalaistumisen myötä asettavat haasteita kansalliselle lainsoveltajalle ja erityisesti oikeustieteelle. Kansallisen oikeusjärjestyksen rinnalla sovelletaan kansainvälisen oikeuden ja eurooppaoikeuden kasvavaa normikokonaisuutta, jota ei voida vaikeuksitta sovittaa kansallisista lähtökohdista konstruoituihin oikeushierarkioihin ja -teorioihin. Tämä asetelma on aiheuttanut vilkasta, joskin jo hiipuvaa, keskustelua erityisesti eurooppaoikeuden ja kansallisen oikeuden suhteesta.

Yhdessä ääripäässä tätä keskustelua on Thomas Wilhelmssonin vieteriukkoteoria ja toisessa muun muassa Juha Raition esittämä näkemys, jonka mukaan EU-oikeuden ennakoitavuus edellyttää sääntelyn taustalla vaikuttavan integraatiokehityksen ja politiikoiden syvällisempää tuntemusta. Niilo Jääskinen on mielenkiintoisella tavalla verrannut EU-oikeuden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen suhdetta kansalliseen oikeuteemme ja todennut EU-oikeuden kitkaisemman suhteen johtuvan osin siitä, että unionin sisämarkkinaoikeuteen sisältyvät taloudelliset arvostukset ovat legitimitietiltään vähäisempiä, kuin ihmisoikeusperiaatteet.<sup>168</sup>

Jos näitä näkemyksiä tarkastellaan julkisten hankintojen yhteydessä, voidaan todeta hankinnoissa sovellettaviin periaatteisiin liittyvän oikeuskäytännön perusteella, että EU-tuomioistuin ja komissio ovat painottaneet julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön liittyviä taloudellisia tavoitteita unionin muihin tavoitteisiin verrattuna. Julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksissa on otettu huomioon laajemmin tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskeva oikeuskäytäntö. Näin ollen sisämarkkinoiden integraatioon liittyvät tavoitteet ovat saaneet EU-tuomioistuimen ratkaisuisissa esimerkiksi sosiaalisia ja ympäristöllisiä näkökohtia voimakkaamman painoarvon yleiseen sisämarkkinaoikeuteen verrattuna. Tämän lisäksi voitaneen todeta, että hankintadirektiivien sovelta-

---

<sup>168</sup> Jääskinen 2008, s. 198.



misalan ulkopuolella yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteista johdettu avoimuusvelvoite on varmasti jäsenvaltioiden näkökulmasta hypännyt yllättäen silmille kuin vieteriukko laatikostaan.

Maalitaulu, johon olen pyrkinyt oikeusteoreettisen ja oikeushistoriallisen jakson avulla osumaan, on sen osoittaminen, että oikeustieteen suhtautuminen oikeusperiaatteisiin on usein kritiikitön siinä suhteessa, että periaatteita kuvataan usein neutraaleina punnintanormeina sen sijaan, että tunnistettaisiin periaatteiden taustalla vaikuttavat yhteiskuntapoliittiset sitoumukset ja pilkottaisiin oikeuskäsitteet hallittavimpiin palasiin.<sup>169</sup> Tässä tavoitteessa tutkielmani ei varmasti osu napakymppiin, mutta mielestäni esimerkiksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteen käsite julkisissa hankinnoissa edellyttäisi tarkempaa määrittelyä, sillä tulkintaohje – samankaltaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisia eri tavalla – ei lainsoveltajan näkökulmasta ole riittävä, kuten julkisissa hankinnoissa noudatettaviin periaatteisiin liittyvästä runsaasta oikeuskäytännöstä on havaittavissa.

Tämän lisäksi olen pyrkinyt arvioimaan avoimesti oikeusperiaatteita käsitteellisellä tasolla. Oikeusperiaatteen käsitteeseen liittyvä problematiikka ei tyhjene pelkästään oikeusteoreettisessa voimassaolon ja pätevyyden argumentaatiossa. Huolimatta siitä, pidetäänkö oikeusperiaatteita voimassaolevan oikeusjärjestyksen normeina vai ei, periaatteet vaikuttavat oikeudelliseen ratkaisutoimintaan oikeuslähteinä. Kriittistä keskustelua tulee käydä myös siitä, kuinka voimakas painoarvo oikeusperiaatteille voidaan antaa argumentaation lähteenä.<sup>170</sup>

## **7.2 Halvin hinta vai yleinen etu?**

Hankintamenettelyssä ilmenevät ehdokkaiden ja tarjoajien kohteluun liittyvät ongelmat ovat useissa tapauksissa palautettavissa tarjousasiakirjojen laadintaan. Markkinaoikeuden hankintaasioiden rubriikeissa sanapari ”epäselvä tarjouspyyntö” on enemmän sääntö kuin poikkeus. Suppeat määritelmät ja epätarkkuus tarjouspyynnössä aiheuttavat ongelmia hankintayksikölle han-

---

<sup>169</sup> Vrt. Tähti LM 1999, s. 7–9.

<sup>170</sup> Vrt. Kunnas DL 2008, s. 965–966.

kintamenettelyn myöhemmissä vaiheissa, oli kyse sitten tarjoajien soveltuvuuden arvioinnista tai tarjousvertailusta.

Lisäksi epäselvä tarjouspyyntö tuottaa vaikeuksia myös tarjouksien laatijoille, ja edelleen nämä vaikeudet kumuloituvat hankintamenettelyn myöhemmissä vaiheissa. Pelkästään tarjouspyynnön huolellinen laatiminen ei itsessään riitä, hankintayksiköltä vaaditaan myös huolellisuutta ja objektiivisuutta tarjouspyynnön vaatimusten soveltamisessa. Tarjousasiakirjat asettavat vaatimukset sekä tarjoajille että hankintayksikölle itselleen. Hankintayksikön tulisi myös tunnistaa eri hankintamenettelyn vaiheissa sovellettavien vertailuperusteiden erot. Soveltuvuusvaatimuksilla asetetaan vähimmäisvaatimukset tarjoajalle itselleen, teknisillä eritelmillä taas hankittavalle tuotteelle, palvelulle tai urakalle. Hankinnan erityisehdoilla voidaan määritellä hankintaan liittyviä sosiaalisia tai ympäristöllisiä perusteita, kunhan nämä perusteet liittyvät itse hankinnan kohteeseen.<sup>171</sup>

Toisaalta, EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteita sekä tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevia määräyksiä on tulkittu painottaen kilpailun tehokkuutta ja sisämarkkinoiden taloudellisten esteiden poistamista. Jäsenvaltioiden ja niiden hankintayksiköiden mahdollisuuksia asettaa yleiseen etuun, kuten sosiaalisiin tai ympäristöllisiin seikkoihin, liittyviä tavoitteita julkisissa hankinnoissa on kaventunut EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön johdosta.<sup>172</sup> Tämän tulkinnan on katsottu johtaneen oikeudelliseen epävarmuuteen erityisesti sääntelemättömissä hankinnoissa, sillä EU:n perussopimusten määräyksistä ja oikeusperiaatteista on johdettu yksityiskohtaisiakin vaatimuksia, joita voidaan pitää ongelmallisina oikeusvarmuuden näkökulmasta.

Palaan vielä lyhyesti Jääskisen havaintoon sisämarkkinaoikeuden sisäänrakennetuista taloudellisista arvostuksista. Hankintalainsäädännön on korostettu olevan luonteeltaan menettelyllistä, eli sääntelyn tarkoituksena ei ole vaikuttaa hankinnan kohteeseen tai sisältöön. Toisaalta, hankintaviranomaiset eivät voi nykyisessä oikeustilassa sulkea esimerkiksi sosiaali- tai ympäristölainsäädäntöä rikkonutta yritystä tarjouskilpailun ulkopuolelle. Toisesta jäsenvaltiosta kotoisin olevalle urakoitsijalle ei voida asettaa vaatimusta kansallisen työehtolainsäädännön noudattamisesta RUF-

---

<sup>171</sup> Hankintamenettelyssä sovellettavien kriteerien funktioista ks. tarkemmin Ukkola LM 2011.

<sup>172</sup> Arrowsmith 2006, s. 353–359.

fert-ratkaisun perusteella. Tarjoajan tai ehdokkaan yhteiskuntavastuuseen liittyviä ehtoja ei ole mahdollista asettaa, sillä nämä ehdot eivät ole liittynässä itse hankinnan kohteeseen eivätkä tarjoajan edellytyksiin toteuttaa kyseinen hankinta. Tämän voidaan perustellusti katsoa heikentävän hankintaviranomaisten legitimizeettiä poliittisina toimijoina. Tilanne, jossa kansallisen työlainsäädännön noudattaminen näyttäytyy kansallisesta näkövinkkelistä itsestään selvänä vaatimuksena, mutta Euroopan unionin ja sisämarkkinaoikeuden näkökulmasta urakoitsijan kilpailuedun menetyksenä, ja siten sisämarkkinavapauksien rajoituksena, kuvaa EU:n sisämarkkinaoikeuden taloudellisia arvostuksia.

Tässä tutkielmassa tarkoitukseni ei ole ollut esittää kannanottoa siitä, onko EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisissa hankinnoissa noudatettavien yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden alueella positiivinen tai negatiivinen seikka hankintayksiköiden näkökulmasta. Tarkoitukseni on ollut osoittaa, että voimassa olevan oikeuden perusteella jäsenvaltioiden hankintaviranomaisilla on hankintatoiminnassaan kapeampi harkintamarginaali kuin julkisella vallalla sisämarkkinaoikeuden alueella yleisesti.

### **7.3 Pohdintaa de lege ferenda**

Julkisia hankintoja koskevien oikeusääntöjen kokonaisuus hakee vielä toistaiseksi paikkaansa oikeudenalakehikossa. Kuten tutkielman alussa on todettu, julkisia hankintoja käsitellään oikeuskirjallisuudessa usein joko osana kilpailuoikeuden kokonaisuutta tai itsenäisissä teoksissa. Omas ta mielestäni systematiikan kannalta harkitsemisen arvoinen ratkaisu olisi jakaa kilpailuoikeussäätely yksityiseen ja julkiseen kilpailuoikeuteen. Tämän jaon perusteena voisi olla esimerkiksi sääntelyn jakaminen oikeussubjektin perusteella, eli julkiselle vallalle velvoitteita asettava sääntely kuuluisi julkisen kilpailuoikeuden kokonaisuuteen ja yksityisiin oikeussubjekteihin kohdistuva sääntely yksityiseen kilpailuoikeuteen. Julkisen kilpailuoikeuden kokonaisuuden rungon muodostaisi näin ollen kiellettyjä valtion tukia ja julkisia hankintoja koskeva sääntely.

Nykyiset hankintadirektiivit oli tarkoitus kumota uudella direktiivipaketilla, joka jäsenvaltioiden olisi tullut implementoida 30.6.2014 mennessä. Tätä kirjoitettaessa (18.5.2013) näyttää siltä, että

aikataulu on uudistukselle liian tiukka. Direktiiviuudistuksen tavoitteina ovat edelleen hankintäsäännösten yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen sekä pienten ja keskisuurten yritysten markkinoille pääsyn mahdollisuuksien parantaminen. Pk-yritysten aseman parantamiseksi komissio on ehdottanut arvoltaan suurien hankintojen jakamista osiin, vastoin nykyistä sääntelyä. Nykyisin hankintojen keinotekoinen pilkkominen osiin on nimenomaisesti kiellettyä, mikä on sopuinnussa tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon periaatteiden kanssa.

Komission tavoitteena on lisäksi laajentaa hankintayksiköiden mahdollisuuksia käyttää julkisia hankintoja keinona yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Komission ehdotuksessa tällaisina tavoitteina mainitaan ympäristönsuojelu, resurssi- ja energiatehokkuuden lisääminen, ilmastomuutoksen torjunta, innovoinnin, työllisyyden ja sosiaalisen osallisuuden edistäminen sekä parhaiden mahdollisten edellytysten varmistaminen korkealuokkaisten sosiaalipalvelujen tarjoamiselle.<sup>173</sup> Komission ehdotuksen perusteella merkittävimmät uudistukset liittyisivätkin sosiaali- ja terveystalvelujen eriyttämiseen nykyisestä sääntelystä. Ehdotuksen mukaan direktiivin soveltamisen kynnyksarvo sosiaali- ja terveystalveluissa asetettaisiin 500 000 euroon. Kynnyksarvon ylittäviin hankintoihin sovellettaisiin vain tiettyjä hankintailmoituksia koskevia säännöksiä sekä yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita. Näin ollen sosiaali- ja terveystalveluita koskisi jatkossa EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön oikeusohjeet hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolisten hankintojen alueella.<sup>174</sup>

Toinen direktiiviehdotuksen merkittävä uudistus liittyy hankintayksikön mahdollisuuteen sulkea menettelystä pois tarjoaja tai ehdokas, jonka on todettu rikkoneen unionin lainsäädännön sosiaali-, työ- tai ympäristöoikeudellisia velvoitteita kansainvälisen työoikeuden säännöksiä. Lisäksi hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan poikkeuksellisen alhaisen hinnan perusteella, jos hinnan alhaisuus johtuu po. säännösten rikkomisesta. Näin ollen hankintayksiköiden mahdollisuus painottaa sosiaalisia tai ympäristöperusteita tarjoajan valinnassa parantuisivat direktiiviehdotuksen toteutuessa. Toisaalta komission ehdotuksessa nimenomaisesti poissuljetaan yrityksen yhteiskuntavastuuseen liittyvät yleiset ja koko toimintaa koskevat vaatimukset.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Komission ehdotus direktiiviksi julkisista hankinnoista, KOM(2011) 896, s. 2.

<sup>174</sup> Ibid., s. 102–103.

<sup>175</sup> Ibid., s. 9–10.