

Arvo Ritola

JAKAMISTA VAI PILKKOMISTA – JULKISTEN HANKINTOJEN JAKAMINEN OSIIN

Johtamisen ja talouden tiedekunta
Pro gradu -tutkielma
Syyskuu 2022

TIIVISTELMÄ

Arvo Ritola: Jakamista vai pilkkomista – julkisten hankintojen jakaminen osiin
Pro gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Hallintotieteiden tutkinto-ohjelma, julkisoikeus
Syyskuu 2022

Julkisten hankintojen osuus kansantaloudesta on suuri. Hankintojen suuren taloudellisen roolin lisäksi niiden avulla pyritään kehittämään myös muita yhteiskunnan osa-alueita. Pk-yritysten asemaa pyritään parantamaan kehittämällä niiden mahdollisuuksia osallistua julkisiin tarjouskilpailuihin. Näistä kehittämisen keinoista yksi on hankinnan jakaminen pienempiin osiin. Tutkimuksen kohteena on hankintojen jakamisen oikeusympäristön tarkastelu lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä hyödyntäen. Keskeisimpänä tutkimuskysymyksenäni onkin selvittää miten hankintalainsäädäntö vaikuttaa hankintojen jakamiseen ja miten tämä välittyy oikeuskäytäntöön. Lisäksi tarkastelen eroja kielletyn pilkkomisen ja sallitun jakamisen välillä sekä hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteiden vaikutusta hankintojen jakamiseen ja pilkkomiseen. Tutkimuksen metodina toimii lainoppi, jonka avulla pyritään muodostamaan tulkintasuosituksia hankintojen jakamiseen ja pilkkomiskieltoon liittyen. Tutkimuksessa keskeisenä lähteenä on hankintalainsäädäntö sekä siihen liittyvä oikeuskäytäntö. Lisäksi tärkeässä roolissa ovat hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteet, jotka ovat perustana hankintalain säännösten takana, mutta myös itsenäisiä hankintayksiköiden harkintavaltaa rajoittavia normeja.

Pilkkomiskiellon tosiasiallinen itsenäinen tulkintavaikutus on varsin toissijainen muihin relevantteihin hankintasäännöksiin nähden. Vaikka pilkkomiskielto kieltää itsessään hankinnan keinotekoisesta pilkkomisesta, sen soveltumisen arvioimiseksi on tarkasteltava hankintamenettelyn tai hankintailmoitusten sisältöä. Pilkkomiskiellon soveltamisesta löytyi myös eroja EU:n tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä. EU-tasolla pilkkomiskieltoa on sovellettu suoraan, kun kansallisessa oikeuskäytännössä etusijalla on ollut hankinnan ilmoittamiseen liittyvät vaatimukset. Hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteita on sovellettu suoraan EUT:n tapauksissa, joissa hankinnan pilkkomisen on todettu olevan syrjimättömyyden periaatteen vastaista. Kansallisella tasolla, jossa keskiössä on ollut hankinnasta ilmoittaminen, avoimuuden periaate on ollut keskeisimmässä roolissa, vaikka sitä sovelletaan lähinnä hankintalain säännösten kautta.

Hankintayksiköiden on hankintalain 75 §:n mukaan jaettava hankinta osiin tai esitettävä perustelu jakamatta jättämisestä. Markkinaoikeuden mukaan valituksen tekeminen jakamatta jättämisestä voi olla mahdollista, jos valitus liittyy jakamatta jättämisen syrjivyyteen. Hankintalakiuudistuksen jälkeisellä ajanjaksolla tuomioistuimet eivät ole nähneet hankinnan jakamatta jättämistä hankintalain vastaisena, mutta aikaisemman hankintalain soveltamisaikana jakamatta jättäminen on nähty tietyissä tilanteissa hankintasäännösten vastaisena. Näissä tapauksissa sovellettiin suoraan silloisen hankintalain 2 §:n periaatteita, joskin kyseinen kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaate ei enää nykyisessä lainsäädännössä kuulu hankintalain 3 §:ään sisältyviin periaatteisiin. Hankintojen jakamatta jättämisen oikeudelliset seuraukset jäivät nykyisen lainsäädännön osalta avoimeksi. On kuitenkin tulkittavissa, että hankinnan jakamatta jättäminen voi myös nykyisen hankintalain aikana olla hankintasäännösten vastaista.

Hankinnan jakamatta jättäminen ei ole ainoa hankintojen jakamiseen liittyvä oikeudellinen ongelma, mutta muut ongelmat ovat suurilta osin samoja, joita ilmenee myös kokonaisuuksina toteutettujen hankintojen kanssa. Osiin jaetuissa hankinnoissa korostuu kuitenkin erityisesti osatarjousten vertailu ja se, miten hankintojen jakamista on tarjouspyyntöasiakirjoissa kuvattu. Pääosin ongelmat liittyvät kuitenkin siihen, että hankintayksikkö ei ole noudattanut tarjouspyyntöasiakirjoissa asettamia vaatimuksia. Hankintojen jakamiseen liittyvissä oikeudellisissa ongelmissa hankintalain 3 §:n periaatteet ovat vahvasti läsnä. Jakamatta jättämisestä on arvioitava siitä näkökulmasta, syrjiikö se muita tarjoajia, kun taas muissa tapauksissa avoimuuden periaate pakottaa hankintayksiköitä noudattamaan tarjouspyynnöissä itse asettamia vaatimuksia.

Avainsanat: julkiset hankinnat, hankintalaki, hankintamenettely, pilkkomiskielto, hankintojen jakaminen, oikeusperiaatteet

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla.

SISÄLLYS

1 JOHDANTO	1
1.1 Julkisista hankinnoista	1
1.2 Tutkimustehtävä	3
1.3 Oikeudellinen viitekehys	4
1.4 Tutkimusmenetelmä	6
1.5 Tutkimuksen rakenne	8
2 JULKISISSA HANKINNOISSA NOUDATETTAVAT OIKEUSPERIAATTEET ..	10
2.1 Yleistä	10
2.2 Syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaate	16
2.3 Avoimuuden periaate	25
2.4 Suhteellisuusperiaate	28
2.5 Hallintolain 6 §:n oikeusperiaatteet julkisissa hankinnoissa	30
3 HANKINTOJEN JAKAMINEN OSIIN PK-YRITYSTEN OSALLISTUMISEN KEHITTÄJÄNÄ	32
3.1 Pk-yritysten osallistuminen julkisissa hankinnoissa EU-lähtöisenä tavoitteena	32
3.2 Hankintojen jakamisen ja pk-yritysten osallistumisen kehitys käytännössä EU-tasolla	34
4 HANKINTOJEN PILKKOMISKIELTO	42
4.1 Pilkkomiskielto hankintalain ja hankintadirektiivin näkökulmasta	42
4.2 Pilkkomiskielto oikeuskäytännössä	47
4.3 Pilkkomiskielto julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden näkökulmasta	56
5 HANKINTOJEN JAKAMINEN OSIIN	63
5.1 Hankintojen jakaminen osiin hankintalain näkökulmasta	63
5.2 Hankintojen jakaminen hankintadirektiiveissä	64
5.3 Hankintojen jakamisen oikeudelliset ongelmat	66
5.4 Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet hankintojen jakamisessa	79
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	82

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit:

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. [Vol. 1]. 3. painos. Lontoo. Sweet & Maxwell. 2014.

de Brux, Julie; Desrieux, Claudine: To Allot or Not to Allot Public Services? An Incomplete Contract Approach. *European journal of law and economics* 37.3. s. 455–476. 2012.

Eskola, Saira; Kiviniemi, Eeva; Krakau, Tarja, Ruohoniemi, Erkki: *Julkiset hankinnat*. 3. painos. Helsinki: Alma Talent. 2017.

Flynn, Anthony; Davis, Paul: The rhetoric and reality of SME-friendly procurement. *Public Money and Management* 35(2). 2015. s. 111–118.

Flynn, Anthony; Davis, Paul: The policy–practice divide and SME-friendly public procurement. *Environment and Planning C: Government and Policy*. Volume 34, Issue 3. 2016. s. 559 – 578.

Glas, Andreas Herbert; Eßig, Michael: Factors That Influence the Success of Small and Medium-Sized Suppliers in Public Procurement: Evidence from a Centralized Agency in Germany. *Supply chain management* 23.1. 2018. s. 65–78.

Hirvonen, Ari: *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsingin yliopisto. 2011.

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö: Hankintojen jakaminen osiin. Jakamisen keinot ja hyviä käytäntöjä. Helsinki. Suomen Kuntaliitto. 2022.

Halonen, Kirsi-Maria: Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuudesta. *Lakimies* 7-8/2021. s. 1113-1135.

Kontio, Annamari; Kronström, Sanna; Kumlin, Aarne; Mäki, Laura: *Julkiset hankinnat: käsikirja*. Helsinki. Edita. 2017.

Loader, Kim: The Challenge of Competitive Procurement: Value for Money Versus Small Business Support. *Public Money & Management*, vol. 27, no. 5. Taylor & Francis Group. 2007. s. 307–314

Marechal, Francois; Morand, Pierre-Henri: Small business participation procurement policy: Subcontracting vs allotment. *Louvain Economic Review*, vol. 78 (2). 2012. s. 5-23.

Merisalo, Maria; Naumanen, Mika; Huovari, Janne; Eskola, Salla; Toivanen, Mia; Keskinen, Peetu; Hajinkhani, Arash; Oksanen, Juha; Rausmaa, Salla: Julkiset hankinnat. Kokonaisvolyymi ja datan hyödyntäminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2021:46.

Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Helsinki. Alma Talent. 2011.

Määttä, Kalle; Voutilainen, Tomi: Julkisten hankintojen sääntely. Helsinki. Kauppakamari. 2017.

Neimala, Antti; Saariketo, Jorma: Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 54/2014.

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

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

Nenonen, Anne: Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Oikeustiede – Jurisprudentia XLIV:2011 s. 331–405.

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Helsinki. Edita. 2016.

Pekkala, Elise; Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tallinna. Tietosanoma Oy. 2015.

Pekkala, Elise; Pohjonen, Mika; Huikko, Katariina; Ukkola, Markus: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tietosanoma Oy. Tallinna 2019.

Rainiala, Miikka: Kilpailuolosuhteiden huomioiminen julkisen hankinnan sisältöä ja vaatimuksia määriteltäessä. Lakimies 1/2017 s. 51-70.

Schwarze, Jürgen; Laakso, Seppo; Kuuttiniemi, Kirsi: Eurooppalaisen hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet. Helsinki. Valtiovarainministeriö. 1999.

Suojanen, Sanna-Mari: Hankintaprosessien virheet markkinaoikeudessa 2017–2019. Helsinki. Suomen kuntaliitto. 2020.

Vincze, Mate: Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU. Final report submitted by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1. 2014.

Virallislähteet:

Euroopan komissio: Vihreä kirja. Julkiset hankinnat Euroopan Unionissa: Tulevaisuuden kysymyksiä. Tiedonanto. 27.11.1996.

Euroopan komissio: Considerations on COM (2000)275 - Coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts

Euroopan komissio. Single market scoreboard. Policy areas. Public procurement. https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en (viitattu 14.2.2022.)

Euroopan komissio, sisämarkkinoiden, teollisuuden, yrittäjyyden ja pk-yritystoiminnan pääosasto; de Bas, Patrick; Hausemer, Pierre; Kruger, Thomas; Rabuel, Lison; Maarten de Vet, Jan; Vincze, Maté: Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it: final report. Bryssel. 2019.

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

Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi. HE 108/2016 vp.

Kilpailu- ja kuluttajavirasto: Esitys markkinaoikeudelle. Dnro KKV/330/14.00.60/2022.

Kirjallinen kysymys julkisista hankinnoista ja hankintalaista. KK 97/2020 vp.

Kirjallinen kysymys Hansel Oy:n kilpailutuksista. KK 98/2020 vp.

Pääministeri Sanna Marinin hallituksen ohjelma 10.12.2019: Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Valtioneuvoston julkaisuja 2019:31

Talousvaliokunnan mietintö 31/2016 vp – HE 108/2016 vp. TaVM 31/2016 vp.

Valtiovarainministeriö. Kansallinen julkisten hankintojen strategia 2020.

Valtiovarainministeriö. Suomen julkisten hankintojen tilannekuva. 2020. Valtiovarainministeriön julkaisuja – 2020:25

Vastaus kirjalliseen kysymykseen julkisista hankinnoista ja hankintalaista. KKV 97/2020 vp.

Vastaus kirjalliseen kysymykseen Hansel Oy:n kilpailutuksista. KKV 98/2020 vp.

Verkkolähteet:

eurostat.eu: Small and medium-sized enterprises: an overview.
<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20200514-1> (viitattu 31.7.2022)

Tilastokeskus. Suomi lukuina. Kansantalous.
https://www.tilastokeskus.fi/tup/suoluk/suoluk_kansantalous.html (viitattu 15.10.2021.)

Oikeustapaukset:

Euroopan unionin tuomioistuin:

Asia C-11/74, Union des minotiers de la Champagne v. Ranska, tuomio 11.7.1974.

Asia C-245/81, Edeka, tuomio 15.7.1982.

Asia C-21/88 Du Pont de Nemours, tuomio 20.3.1990.

Asia C-243/89, komissio v. Tanska, tuomio 22.6.1993.

Asia C-87/94, komissio v. Belgia, tuomio 22.4.1994.

Asia C-321–324/94, Pistre, tuomio 7.5.1997.

Asia C-16/98 komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000.

Asia C-108/98, RISAN, tuomio 9.9.1999.

Asia C-324/98, Telaustria ja telefonadress, tuomio 7.12.2000.

Asia C-59/00 Vestergaard, tuomio 3.12.2001.

Asia C-147/06 ja C-148/06, SECAP ja Santorso, tuomio 15.5.2008.

Asia C-376/08, Serrantoni ja Consorzio stabile edili, tuomio 23.12.2009.

Asia C-368/10 komissio v. Alankomaat, tuomio 10.5.2012.

Asia C-429/13 P, tuomio 22.10.2014.

Markkinaoikeus:

MAO 126/12

MAO 670/15

MAO 47/16

MAO 211/16

MAO 844/17

MAO 344/18

MAO 385/19

MAO 283/20

MAO 557/20

MAO 8/21

MAO 13/21

MAO 196/21

MAO 218/21

Korkein hallinto-oikeus:

KHO 2022:75

KHO 2016:182

KHO 2019:53

1 JOHDANTO

1.1 Julkisista hankinnoista

Pääministeri Sanna Marinin hallitusohjelmassa ”Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta” esiin nousee julkisten hankintojen merkitys sekä taloudellisesta näkökulmasta, että muiden yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden potentiaalisena toteuttajana. Hallitusohjelmassa asetetaan julkisille hankinnoille erikseen omia tavoitteita. Nämä tavoitteet liittyvät muun muassa ympäristöön liittyvien laatuvaatimusten sekä hiili- ja ympäristöjalanjäljen erityiseen huomioimiseen ympäristön kannalta merkittävässä hankinnoissa.¹ Muut julkisille hankinnoille asetetut tavoitteet liittyvät ympäristöpolitiikan lisäksi hankintojen tehostamiseen, hankintaosaamisen lisäämiseen, innovatiivisiin hankintoihin, ruokajärjestelmän kestävyys, teknologiseen kehitykseen, elinkaartiloudellisuuteen, sosiaalisiin tavoitteisiin, parhaiden käytäntöjen levittämiseen, kaksikielisyyteen, kotimaisen ruuan sekä etenkin kalan käytön lisäämiseen sekä sosiaaliseen työllistämiseen.² Muihin yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin pyrkiminen julkisten hankintojen kautta ei ole ihme, kun ottaa huomioon hankintojen suuren volyymin. Kaikkien julkisten hankintojen kokonaisarvo vuonna 2018 olikin jo 47 miljardia euroa.³ Samana vuonna Suomen bruttokansantuote oli 233,7 miljardia euroa, joten julkisten hankintojen osuus bkt:stä oli yli 20 prosenttia.⁴

Yksi keskeinen teema, joka jää Marinin hallitusohjelmassa taka-alalle on pk-yritysten, eli pienten ja keskisuurten yritysten asema julkisissa hankinnoissa. Esimerkiksi EU:n hankintapolitiikassa pk-yritysten osallistumista on korostettu huomattavasti 2000-luvun aikana. Viimeisimpien vaalikausien aikana Suomessa ei kyseistä teemaa ole erityisesti korostettu hallitusohjelmissa. Vuonna 2016 Suomessa toteutettiin hankintalakiuudistus, jolla implementoitiin uusi hankintadirektiivi. Hankintadirektiivissä korostetaan erityisesti pk-yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin ja tämän osallistumisen kehittämistä. Yhtenä uutena pk-yritysten osallistumista mahdollistavana tekijänä olikin direktiivin 46 artikla, jolla säädettiin hankintojen jakamista osiin. Hankinnan jakaminen osiin pienentää yksittäisten hankintasopimuksen arvoa, mikä madaltaa pk-yritysten kynnystä osallistua tarjouskilpailuun.

¹ Pääministeri Marinin hallitusohjelma s. 44.

² Pääministeri Marinin hallitusohjelma s. 16, 44–45, 107, 109–110, 124, 126, 133.

³ Merisalo ym. 2021, s. 67.

⁴ tilastokeskus.fi

Kansallisellakin tasolla on todettu, että hankintojen liian suuri koko on ollut yksi ongelma pk-yritysten osallistumisessa julkisiin hankintoihin.⁵

Vuonna 2019 EU:n komission toimeksiannosta tehdyn tutkimuksen mukaan hankintojen jakaminen osiin oli ainoa pk-yritysten osallistumisen parantamiseen tähtäävä toimenpide, jolla oli konkreettisia positiivisia vaikutuksia. Esimerkiksi ryhmittymänä tarjoamisella tai puitejärjestelyillä ei ollut samanlaista vaikutusta pk-yritysten osallistumiseen.⁶ Pk-yritysten osuus EU-alueen yrityksistä on 98,9 % ja liikearvoltaan ne muodostavat 56 %.⁷ Vuosina 2011-2017 pk-yritysten osuus hankintasopimuksista sopimusten arvon perusteella oli 33 %.⁸ Tämä kuvaakin hyvin sitä, että pk-yritykset ovat julkisissa hankinnoissa aliedustettuja lukumääräänsä nähden.

Hankintojen jakaminen osiin ei ole ollut missään vaiheessa kiellettyä, paitsi tilanteissa, joissa kyseessä on hankintojen keinotekoinen pilkkominen hankintalainsäädännön soveltamisen välttämiseksi. Vuoden 2016 hankintalakiuudistuksessa hankintayksiköille asetettiin uusia velvoitteita edistää hankintojen jakamista osiin. Lainsäädännön tasolla tämä toteutettiin lisäämällä lakiin julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, jäljempänä hankintalaki) 75 §, jonka mukaan hankintayksikön on kirjallisesti ilmoitettava syy, jos se päättää olla jakamatta hankintaa osiin. Tätä kautta hankintojen jakaminen olisi nähtävissä tulevaisuudessa enemmänkin normina, kuin poikkeuksena. Yleisellä tasolla hankintalakiuudistuksen tarkoitus oli joustavoittaa sääntelyä, mikä osaltaan helpottaa kaikkien tarjoajien, mutta etenkin pk-yritysten osallistumista tarjouskilpailuihin. Hankintalakiuudistus myös mahdollisti hankintayksiköille Marinin hallitusohjelmassakin mainittujen yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden tarkemman huomioon otamisen julkisissa hankinnoissa.⁹

Lakimuutokset eivät ole ainoa keino vaikuttaa yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin julkisten hankintojen välityksellä. Aina lakimuutokset eivät myöskään ole ensisijainen keino tähän. Hankintalakiin tehtävien muutoksien tulee olla linjassa hankintadirektiivien, sekä muidenkin EU-oikeuden normien kanssa. Uusimman hankintalakiuudistuksen tavoitteena oli keventää hankintamenettelyä hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolella, mikä korostuu kansallisella tasolla etenkin kansalliset kynnysarvot ylittävissä, mutta EU-kynnysarvot

⁵ Neimala & Saariketo 2014, s. 56.

⁶ Euroopan komissio, de Bas, Hausemer, Kruger, Rabuel, Maarten de Vet & Vincze. 2019, s. 21.

⁷ eurostat.eu

⁸ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 37.

⁹ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2019, s. 27.

alittavissa hankinnoissa.¹⁰ Pk-yritysten asemaa hankintadirektiivissä pyrittiin edistämään hankintojen jakamisen lisäksi myös esimerkiksi rajoittamalla soveltuvuuden varmistamiseen liittyviä vaatimuksia.¹¹ Tämä vaatimusten keventäminen kuitenkin hyödyttää kaikkia tarjoajia, siinä missä hankintojen jakamisesta hyötyä on eniten juuri pk-yrityksille. Varsinaista pk-yritysten erityistä huomiointia ei ollut juurikaan havaittavissa hankintalakiesityksessä, mutta talousvaliokunnan mietinnössä valiokunta nosti lausumassaan esille pk-yritysten tasapuolisen aseman mahdollistamisen julkisissa hankinnoissa.¹²

Kuntaministeri Sirpa Paatero asetti vuoden 2019 syyskuussa Vaikuttavat julkiset hankinnat -toimenpideohjelman yhdessä Kuntaliiton kanssa toteuttamaan hallitusohjelman hankintoihin liittyviä tavoitteita.¹³ Osana toimenpideohjelmasta muodostettiin kansallinen julkisten hankintojen strategia, jonka kautta hallitusohjelman tavoitteita pyrittiin tuomaan käytäntöön. Strategian yhtenä toissijaisena tavoitteena sekä toimenpiteenä oli, että hankintojen jakamista osiin pyritään edistämään. Hankintojen jakamisen edistämisen keinoina esitettiin erilaisia ohjeita ja malleja, joiden avulla hankintayksiköitä informoidaan ja ohjataan. Ohjeiden toteuttamisesta vastaavat työ- ja elinkeinoministeriön sekä Kuntaliiton ylläpitämä Julkisten hankintojen neuvontayksikkö sekä Suomen Yrittäjät.¹⁴ Opas hankintojen jakamisesta osiin sekä hyvistä käytännöistä julkaistiin 9.3.2022, eli kesken tämän tutkielman kirjoitusprosessin. Opas tarkastelee tämän tutkimuksen tavoin hankintojen jakamista osiin hankintalain näkökulmasta. Oppaassa hyödynnetään tarkastelun apuna myös konkreettisia esimerkkejä hankinnoista, jotka on toteutettu menestyksekkäästi osiin jaettuna. Hankintastrategiassa oli hankintojen jakamisen lisäksi myös muita pk-yritysten osallistumista helpottavia toimenpiteitä, vaikka ne asetettiin toimivien hankintojen otsikon alle. Otsikon alle oli asetettu toimenpiteitä pienhankintojen julkaisemisesta sekä vastuullisuuden ja pk-yritysten huomioimisesta yhteishankinnoissa.¹⁵

1.2 Tutkimustehtävä

Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää hankintojen jakamiseen ja pilkkomiseen liittyvää säännöstöä. Tarkastelen myös julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden suhdetta hankintojen jakamiseen ja pilkkomiseen. Varsinainen päätutkimuskysymyksenäni on:

¹⁰ Eskola, Kiviniemi, Krakau & Ruohoniemi 2017, s. 20

¹¹ Eskola et. al. 2017, s. 32.

¹² TaVM 31/2016 vp. s. 208.

¹³ Valtiovarainministeriö 2020, s. 3.

¹⁴ Kansallinen hankintastrategia, liite 1 2020, s. 9

¹⁵ Kansallinen hankintastrategia, liite 1 2020, s. 8–10.

- Miten hankintalainsäädäntö rajoittaa ja mahdollistaa hankintojen jakamista osiin ja ilmentääkö oikeuskäytäntö lainsäädännön asettamaa linjaa hankintojen jakamisen tarkastelulle? Lisäksi avustavat tutkimuskysymyksiäni ovat:
- Milloin kyseessä on hyväksyttävän hankintojen jakamisen sijaan hankinnan kielletty pilkkominen?
- Miten julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ilmenevät hankintojen jakamisen ja pilkkomiskiellon kohdalla? Mikä näiden periaatteiden merkitys on julkisissa hankinnoissa ja onko niiden tulkinnassa eroja hankintoja jaettaessa? Vaikuttavatko julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet hankintojen jakamiseen tai pilkkomiskieltoon itsenäisinä normeina?

Tutkimuksen tavoitteena on tarkentaa rajanvetoa hankintojen jakamisen kohdalla, ja luoda selkeämpi kuva siitä, mitä mahdollisuuksia hankintayksiköillä on erilaisissa tilanteissa. Tavoitteena on myös seurata hankintojen jakamisen ja jakamatta jättämisen vaikutuksia pk-yrityksiin. Pilkkomiskieltoa ja hankintojen jakamista tarkastellaan julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden kautta, koska ne laajentavat hankintojen jakamisen ja pilkkomiskiellon varsin kapeaa näkökulmaa. Hankintalain 3 §:n periaatteita on myös sovellettava sellaisissakin tilanteissa, joissa hankintojen jakamista säätelevä 75 § ei sovellu. Alustavana arviona onkin, että hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteiden merkitys pilkkomiskiellon ja hankintalain kohdalla on lainsäädännön rinnalla suuri. Tämän arvion perusteena on se, että pilkkomiskiellon kohdalla ne korostuvat jo lainsäädännön sisällössä ja hankintojen jakamisessa periaatteet olivat pitkään ainoita hankintojen jakamista säänteleviä normeja. Tutkimuskysymyksiä tarkastellaan lainsäädännön, oikeuskirjallisuuden sekä oikeuskäytännön kautta. Tutkimuksessa ei tehdä erityistä rajausta hankintalain ja erityisalojen hankintalain välillä, koska hankinnan ennakoitun arvon laskemisessa, pilkkomiskiellossa ja hankintojen jakamisessa ei ole juurikaan eroavaisuuksia lakien välillä.

1.3 Oikeudellinen viitekehys

Julkisten hankintojen sääntely sijoittuu julkisoikeuden ja yksityisoikeuden välimaastoon. Hankintamenettelyä koskeva sääntely yhdistää julkiset hankinnat julkisoikeudelliseen oikeusympäristöön. Julkisten hankintojen sääntelyyn liittyy myös kilpailuoikeudellinen ja sopimusoikeudellinen ulottuvuus.¹⁶ Määtän ja Voutilaisen mukaan julkisten hankintojen

¹⁶ Määttä & Voutilainen 2017, s. 43-44.

toteuttamisen voidaan katsoa olevan julkisen vallan käyttöä, koska hankintoja koskevat päätökset ovat yksilöön kohdistuvia lainsäädäntöön perustuvia päätöksiä. He tosin tuovat esiin, että julkisen vallan käyttämisen yhteydestä julkisiin hankintoihin on ollut myös eriäviä mielipiteitä. Kuitenkin jo sen perusteella, että hankintaan liittyvät päätökset tehdään viranomaistoiminnassa hallintopäätöksinä, ne ovat myös julkisen vallan käyttöä. Julkisoikeudellisuus kuitenkin rajoittuu nimenomaan hankintaan liittyviin päätöksiin, ja hankintasopimukset puolestaan painottuvat sopimusoikeuteen.¹⁷

Julkiset hankinnat on yksi keskeisimpiä EU-oikeuden sääntelemiä ilmiöitä, ja EU:n hankintadirektiivit ovatkin tutkimuksessani hyvin keskeisiä lähteitä. Hyödynnän voimassa olevan sääntelyn lisäksi myös aikaisempia hankintadirektiivejä, ulottuen Suomen EU-jäsenyyttä edeltävään aikaan. Tämän tarkoituksena on tarkastella hankintojen jakamisen ja pilkkomiskiellon uuteen hankintadirektiiviin päättynyttä kehitystä. Direktiivien lisäksi hyödynnän tutkimuksessani pilkkomiskiellon sekä julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden osalta EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ovat myös tärkeässä roolissa tutkimuksen kannalta, ja niitä avataan sekä oikeuskirjallisuuden, että oikeuskäytännön avulla. Periaatteet eivät pelkästään ohjaa hankintalainsäädännön tulkintaa EU-tasolla ja kansallisesti, vaan ovat siihen sisältyvien yksittäisten pykälien perustana. Periaatteiden merkitys on suuri sekä EU-tasolla, että kansallisesti ja ne kattavatkin koko julkisten hankintojen toimintakentän. Tämän vuoksi tutkimuksessani pilkkomiskiellon sekä hankintojen jakamisen tarkasteluun sisältyy myös periaatelähtöinen näkökulma.

Kansallisella tasolla keskeisimmät oikeuslähteet, joita hyödynnän tutkimuksessani ovat hankintalaki sekä hankintojen jakamista ja pilkkomiskielloa koskeva oikeuskäytäntö. Oikeuskäytännön avulla pyrin luomaan kattavan kuvan tämänhetkisestä oikeustilasta. Tarkastelen tutkimuksessani myös aikaisempaa hankintalakia sekä lakien esitöitä pilkkomiskiellon ja hankintojen jakamisen kehityksen seuraamiseksi. Lisäksi hankintojen jakamisen, pilkkomiskiellon sekä julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden osalta hyödynnän peruskuvan luomisessa sekä kansallista, että kansainvälistä oikeuskirjallisuutta.

Julkisiin hankintoihin liittyen on julkaistu paljon tutkimuksia ja kirjallisuutta, mikä on seurausta aihealueen suuresta merkityksestä julkisille talouksille. Monet teokset ovat käsikirjanomaisia

¹⁷ Määttä & Voutilainen 2017, s. 49-51.

ja tarjoavat kattavan kuvan joko yksittäisistä aihealueista tai julkisista hankinnoista yleisesti. Viime vuosina julkiset toimijat ovat julkaisseet runsaasti hankintojen yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin liittyviä tutkimuksia ja erilaisia ohjeita näiden tavoitteiden saavuttamiseen käytännön hankintatyössä.¹⁸

Vaikka pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia osallistua julkisiin hankintoihin on jollain tasolla tarkasteltu itsenäisesti sekä muiden tutkimusten osana, hankintojen jakaminen on jäänyt vähälle huomiolle. Hankintojen jakamisen ollessa aiheena jokseenkin marginaalinen, sitä on kuitenkin tutkittu esimerkiksi taloustieteellisestä, mutta myös oikeudellisesta näkökulmasta.¹⁹ Tutkimusta ei ole hankintojen jakamisen oikeudellisista edellytyksistä tai sen sääntelyn merkityksestä. Julkisten hankintojen neuvontayksikön tuore opas hankintojen jakamisesta ottaa kuitenkin kantaa hankintojen jakamisen oikeudelliseen ympäristöön, mutta sekin on varsinaisen akateemisen tutkimuksen sijasta käytännönläheinen ja rinnastuu esimerkiksi muihin hankinnoista kirjoitettuihin käsikirjanomaisiin teoksiin.

1.4 Tutkimusmenetelmä

Tutkimusmenetelmänäni käytän lainopin metodia. Lainopin avulla pyritään tulkitsemaan ja systematisoimaan oikeusnormien sisältöä. Pyrin tarkasteluni perusteella muodostamaan tulkintakannanottoja liittyen hankintojen jakamiseen osiin. Hirvosen mukaan lainopin kautta tutkitaan voimassa olevaa oikeutta sekä lakien ja muiden oikeuslähteiden vaikutusta siihen.²⁰ Hankintojen jakaminen on lainsäädännön tasolla varsin kapea aihe, joten kansallisten tuomioistuinten sekä EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännön merkitys on suuri tulkintojen muodostamisessa. Aiheen jakautuessa kansallisen ja EU-tason oikeuslähteisiin, systematisointi on tärkeässä roolissa.

Tarkastelen työssäni hankintojen jakamista ja pilkkomista käyttäen apuna julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita. Tuon myös esiin pk-yritysten osallistumisen kehittämisen näkökulmasta sen, miksi hankintojen jakamista pyritään ylipäättään edistämään. Hankintojen jakaminen osiin on työkalu, jolla pyritään helpottamaan pienten ja keskisuurten yritysten pääsyä hankintamarkkinoille. Pk-yritysten aseman parantaminen sekä yleisesti EU:n sisämarkkinoilla, että julkisten hankintojen kentällä on ollut tavoite, jota EU on pyrkinyt

¹⁸ Työ- ja elinkeinoministeriö 2017, Kalimo et. al. 2021.

¹⁹ de Brux & Desrieux 2012, Glas & Eßig 2018.

²⁰ Hirvonen 2011, s. 22–23.

edistämään jo 90-luvulta alkaen. Tämän vuoksi periaatelähtöisen tarkastelun lisäksi hankintojen jakamisessa on huomioitava myös pk-yritysten osallistumiseen liittyvä näkökulma.

Hankintojen jakamiseen osiin ja julkisiin hankintoihin ylipäätään liittyy keskeisellä tavalla tietyt EU:n oikeusperiaatteet. Erityisesti syrjimättömän kohtelun periaatteella on suuri merkitys hankintojen jakamisessa, koska jakamisella pyritään tarjoamaan tasapuolisia mahdollisuuksia pienemmillekin yrityksille. Syrjimättömyyden periaatteella on merkitystä myös tilanteissa, joissa hankintaa pyritään pilkkomaan keinotekoisesti hankintalain soveltamisen välttämiseksi. Ennen uutta hankintadirektiiviä ja hankintalakia, hankintojen jakamista ei myöskään erikseen säädelty, joten periaatteiden tulkintavaikutus oli jakamisen tarkastelussa suuri. Varsinaisen sääntelyn puuttuessa periaatteet ovatkin niitä rajoittavia tekijöitä, joiden kautta esimerkiksi juuri syrjimättömä kohtelua toteutetaan sekä hankintoja jakaessa, että muissa hankinnoissa.

Hirvosen mukaan lainoppiin sisältyy myös oikeusperiaatteiden punninta ja yhteensovittaminen, koska oikeusperiaatteet sisältyvät oikeusnormien ajatussisältöön. Lainopin edellyttämän systematisoinnin kannalta keskeistä on tutkia ja jäsentää käsitteitä, oikeusperiaatteita sekä teoreettisia rakennelmia.²¹ Oman tutkielmani kohdalla merkitystä on erityisesti oikeusperiaatteilla, mutta pyrin selventämään jakoa esimerkiksi sallitun hankintojen jakamisen ja kielletyn hankinnan pilkkomisen käsitteiden välillä. Tutkielmani painottuu enemmän käytännölliseen, kuin teoreettiseen lainoppiin, sillä painopiste on oikeusnormien tulkinnassa, vaikka pyrin myös sisällyttämään työhön systematisoivaa otetta.²² Vaikka tarkastelenkin työssä pilkkomiskielion, hankintojen jakamisen sekä julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden tulkinnan kehittymistä ajan saatossa, varsinaista erillistä oikeushistoriallista osuutta työhön ei sisälly.

Käytän tutkimuksessani tulkintakeinoina sanamuodon mukaista, historiallista, teleologista sekä arvoperusteista tulkintametodia. Sanamuodon mukaisessa tulkinnassa tarkastellaan lakitekstiä luonnollisen kielen mukaisessa merkityksessä. Tämä näkyy tutkimuksessani pilkkomiskieltoa sekä hankintojen jakamista koskevien pykälien yhteydessä. Historiallisessa tulkinnassa tarkastellaan lainsäätäjän tahtoa, joka tutkielmassani näkyy sekä hankintalainsäädännön sekä hankintadirektiivien esitöiden kautta. Teleologinen laintulkinta tarkastelee normeja sääntelylle asetettujen tavoitteiden kautta. Teleologisen tulkinnan perinne on Hirvosen mukaan ollutkin EU-oikeudessa vahva ja hankintadirektiivi korostuukin käytännössä menettelysääntöinä

²¹ Hirvonen 2011, s. 24-25

²² Hirvonen 2011, s. 25

hankintoja koskevien tavoitteiden toteuttamiseksi. Arvoperustainen tulkinta nojaa oikeusjärjestelmän perustavanlaatuisiin arvoihin ja periaatteisiin, jotka ovat julkisissa hankinnoissa hyvin keskeisiä.²³ Hankintalain kohdalla tärkeimmät oikeusperiaatteet on sisällytetty lakiin itsessään, vaikka hankintoihin tulee soveltaa niiden lisäksi muitakin EU-oikeuden periaatteita. Työssäni teleologinen ja arvoperusteinen tulkinta ovat toisiinsa vahvasti sidoksissa, koska hankintalainsäädännön yhtenä tavoitteena on nimenomaisesti mahdollistaa tiettyjen arvojen (julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden) toteutuminen julkisissa hankinnoissa.

1.5 Tutkimuksen rakenne

Aloitin tarkasteluni julkisissa hankinnoissa noudatettavista oikeusperiaatteista niiden ollessa koko hankintalainsäädännön oikeudellinen perusta. Tarkastelen oikeusperiaatteita ensin EU-hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta, koska samat oikeusperiaatteet kattavat julkisten hankintojen lisäksi myös koko EU-oikeuden soveltamisalan. Tämän jälkeen tarkastelen erikseen näiden periaatteiden soveltamista julkisissa hankinnoissa. Hankintalainsäädännön sisältämien periaatteiden ymmärtäminen on muutenkin työn kannalta tärkeää, koska ne ovat olleet perustana hankintojen jakamisen lisäksi hankintojen sääntelyn yleiselle kehitykselle.

Toisessa sisältöluvussa tarkastelen kysymystä, miksi hankintoja ylipäätään jaetaan osiin. Tutkin luvussa hankintojen jakamista ja pk-yrityksiin liittyviä poliittisia tavoitteita hankintojen jakamisen taustalla. Pk-yritysten osallistumiseen liittyvien tavoitteiden tarkastelu antaa tutkimukselle tärkeän näkökulman, joka esittelee syitä hankintojen jakamista koskevan sääntelyn takana. EU:n pk-yritysten osallistumisen kehittymistä ajanut tavoite on johtanut hankintojen jakamisen sääntelyyn direktiivien ja lain tasolla. Suositusten muuttuminen normeiksi on tapahtunut jatkuvan kehityksen seurauksena, ja tämä kuvastaa hyvin yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden kasvavaa merkitystä julkisissa hankinnoissa.

Ensimmäisten lukujen rakentaessa työlle perustan, kolmannessa luvussa tarkastelen direktiivien sekä hankintalain sisältämää hankintojen pilkkomiskieltoa sekä EU:n tasolla, että kansallisella tasolla lainsäädännön ja oikeuskäytännön kautta. Periaatteet ja tavoitteet ovat tausta, jota vasten hankintojen jakamista on tarkasteltava. Ennen kuin tarkastellaan hankintojen jakamisen erilaisia muotoja ja siihen liittyviä oikeuskysymyksiä, on tärkeä selvittää, milloin kyseessä on jakamisen sijasta kielletty hankinnan pilkkominen. Neljännessä sisältöluvussa pyrin

²³ Hirvonen 2011, s. 39–40.

selvittämään vallitsevaa linjaa hankintojen jakamisessa osiin hyödyntäen kansallista oikeuskäytäntöä. Tuon luvussa esiin, miten hankintojen jakamista säätelevää pykälää sovelletaan käytännössä, ja miten se tuo hankintadirektiivin sisällön kansalliselle tasolle. Lopuksi vedän yhteen käsittelyni tulokset ja arvioin, miten hankintojen jakamiseen liittyvä oikeudellinen ympäristö todellisuudessa jäsentyy.

2 JULKISISSA HANKINNOISSA NOUDATETTAVAT OIKEUSPERIAATTEET

2.1 Yleistä

2.1.1 EU:n hallinto-oikeuden oikeusperiaatteista yleisesti

EU-oikeudessa oikeusperiaatteilla on suuri merkitys, koska materiaallinen normisto ilman periaatteiden tulkinta-apua on varsin teknistä. Normien sisällön soveltamista ohjaavat periaatteet ovat joustavampia kuin tarkkarajaiset normit.²⁴ Tämä oikeusperiaatteiden huomiointi toteutuu julkisten hankintojen lisäksi myös EU-oikeuden piirissä yleisesti. EU:n oikeusperiaatteiden perusta löytyy kirjoitettujen normien sijaan EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Osa periaatteista on tosin johdettavissa EU:n perustamissopimuksista.²⁵ Yhteisöoikeudessa yleisten periaatteiden tehtävänä on täyttää aukkoja ja auttaa tulkinnassa.²⁶

Mäenpää jakaa julkishallinnon eurooppalaiset oikeuslähteet kolmelle eri tasolle; konstitutionaaliselle, yleisen hallinto-oikeuden tasolle sekä materiaalisen hallinto-oikeuden tasolle.²⁷ Näiden kaikkien tasojen oikeuslähteillä on merkitystä myös julkisten hankintojen kohdalla. Pohjimmainen oikeuslähteiden taso on konstitutionaalinen eli valtiosääntöinen taso, jonka perustana ovat EU:n perustamissopimukset sekä perusoikeuskirja. EU:n konstitutionaalisen tason oikeuslähteet määrittelevät yleisen ja materiaalisen hallinto-oikeuden soveltamista.²⁸ Julkisten hankintojen kannalta merkitystä konstitutionaalisella tasolla on perustamissopimuksissa määritellyillä tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä syrjimättömyyden periaatteilla. Nämä periaatteet toimivat EU:n sisämarkkinoiden käytännön toteuttajana ja luovat perustan julkisten hankintojen sääntelylle.

Konstitutionaalisesta tasosta seuraava on yleisen hallinto-oikeuden taso, joka määrittelee hallintotoiminnan oikeudelliset puitteet, menettelyn ja päätöksenteon sääntöjä, hyvän hallinnon kriteerejä sekä hallinto-organisaation järjestämistä. Yleisen hallinto-oikeuden tasolla tarkastelun kohteita ovat muun muassa materiaalisen normiston toimeenpanon menettely, oikeusturva sekä harkintavallan käyttö materiaalisen oikeuden soveltamisessa. EU-tasolla yleistä hallinto-oikeudellista normatiivista sääntelyä ei ole, vaan keskeisin oikeuslähde on ollut EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö.²⁹ Julkisissa hankinnoissa syrjimättömän ja tasapuolisen

²⁴ Mäenpää 2011, s. 243

²⁵ Ojanen 2016, s. 67–68.

²⁶ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 33.

²⁷ Mäenpää 2011, s. 37.

²⁸ Mäenpää 2011, s. 39.

²⁹ Mäenpää 2011, s. 38–39.

kohtelun ja avoimuuden periaatteet sekä suhteellisuusperiaate ovat vastaavasti keskeisin yleisen hallinto-oikeuden tason oikeuslähde.

EU:n oikeuslähteiden kolmas taso on materiaalisien EU-oikeudellisten sääntelyjen taso. Materiaalisella tasolla määritellään kansallisen tason konkreettisten toimijoiden hallintotoiminnan ja päätösten sisältöä ja puitteita. EU-oikeudellinen materiaallinen normisto on harmonisoinut hallinto-oikeutta jäsenvaltioissa EU:n kannalta keskeisillä toimialoilla, kuten juuri julkisissa hankinnoissa. Yleisen hallinto-oikeuden lisäksi EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on merkitystä myös materiaalisien oikeuden tulkinnan täsmentämisessä ja täydentämisessä.³⁰ Hankintadirektiivi ja hankintalaki materiaalisena harmonisointina EU-oikeutena ovatkin julkisten hankintojen merkittävin oikeuslähde. Myös yleisen hallinto-oikeuden ja konstitutionaalisen tason oikeuslähteillä, etenkin perustamissopimusten periaatteilla ja niistä oikeuskäytännössä johdettujen julkisissa hankinnoissa noudatettavilla oikeusperiaatteilla on suuri merkitys hankintojen sääntelyssä ja siten myös hankintojen jakamisessa osiin. Mäenpään mukaan EUT:n oikeuskäytännön merkitys säädösten soveltamisessa on huomattava ja voi jopa muovata sovellettavaa säädöksen tulkintasisältöä. Näin ollen pelkästään kirjoitetun normin tunteminen ei välttämättä riitä normien soveltamiseen.³¹

2.1.2 Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet

Hankintadirektiivien keskeisenä tavoitteena on tehostaa jäsenvaltioiden rajat ylittävää julkisten hankintojen kauppaa ja varmistaa, että kansallisia ja paikallisia yrityksiä ei suosita julkisissa hankinnoissa.³² Oikeusperiaatteiden tehtävä EU-oikeudessa onkin rajoittaa viranomaisten harkintavaltaa.³³ Julkisten hankintojen kontekstissa tämä rajoitus kohdistuu hankintayksiköiden harkintavaltaan niiden toteuttaessaan hankintojaan. Julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita ovat hankintalain 3 §:n mukaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun ja avoimuuden periaatteet sekä suhteellisuusperiaate. Nämä lakiin sisällytetyt periaatteet seuraavat hankintadirektiivin 18 artiklan 1 kohdassa määriteltyjä hankintaperiaatteita. Nykyisessä muodossa julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet lisättiin osaksi kirjallista sääntelyä vuoden 2004 hankintadirektiivissä.³⁴ Hankintadirektiivin johdanto-osassa todetaan, että hankintasopimuksia tehtäessä on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta

³⁰ Mäenpää 2011, s. 37–38.

³¹ Mäenpää 2011, s. 54.

³² Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola, 2019, s. 40.

³³ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 113.

³⁴ Arrowsmith 2014, s. 191.

tehdyn sopimuksen periaatteita. Erikseen näistä korostuvat tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden periaatteet. Nämä kuitenkin toteutuvat jo sellaisenaan hankintalakiin ja hankintadirektiiviin sisällytettyjen periaatteiden välityksellä.

Tämän tutkimuksen kannalta julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ovat tärkeä elementti, koska ne olivat tuoreimpaan hankintadirektiiviin asti keskeisin keino tarkastella hankintojen jakamisen hyväksyttävyyttä. Nykyäänkin julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ovat kuitenkin merkittäviä tulkinnan apukeinoja, kun hankintojen jakamista osiin tarkastellaan tuomioistuimissa. Nämä oikeusperiaatteet ylettyvät vastaavasti pilkkomiskiellon soveltamiseen, sillä pilkkomiskiellon rikkominen on sekä hankintadirektiivin vastaista, mutta rikkoo myös syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita. Pekkalan et. al. mukaan suurin osa, ellei jopa kaikki hankintalainsäädäntöön kuuluvista yksittäisistä säännöksistä kuvastavat syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita sekä suhteellisuusperiaatetta.³⁵

Se mitä EU-oikeuden teknisyydestä tuotiin esiin yleisesti ylempänä, on johdettavissa myös julkisten hankintojen sääntelyyn. Periaatteiden merkitys korostuu, kun eteen tulee monimutkaisia tapauksia, joissa vastauksia ei ole suoraan löydettävissä hankintalainsäädännöstä. Keskeistä on myös, että hankintojen sääntelyn tarkoituksena on mahdollistaa julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden toteutuminen. Periaatteilla on itsenäistä tulkintavaikutusta hankintalainsäädännön soveltamisessa ja niitä voidaan käyttää varsinaisten oikeusohjeiden puuttuessa punnintavälineinä.³⁶ Periaatteiden merkitys on myös vaihdellut kansallisella tasolla, kun lain soveltamisala on hankintalain muutosten seurauksena vaihdellut. Vuoden 2016 hankintalakiuudistuksen keventäessä hankintojen sääntelyä, periaatteiden merkitys korostui entisestään.³⁷ Uudistuksessa kevennystä toteutettiin muun muassa kansallisten kynnysarvojen laskemisella sekä hankintamenettelyn keventämisellä EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa. Julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita on kuitenkin sovellettava kaikissa hankinnoissa kynnysarvoista ja hankintamenettelyn tavasta riippumatta.³⁸

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet sisältävät sekä positiivisia, että negatiivisia velvoitteita. Syrjimättömän kohtelun edellytyksenä oli pitkään lähinnä negatiivinen

³⁵ Pekkala et. al. 2019, s. 42.

³⁶ Pekkala et. al. 2019, s. 42.

³⁷ Eskola et. al 2017, s. 34

³⁸ Eskola et. al 2017, s. 33

velvoite olla syrjimättä ja rajoittamatta jäsenvaltioiden välistä kauppaa.³⁹ Avoimuuden velvollisuus toisaalta edellyttää positiivisia toimia, kuten riittävää hankinnoista ilmoittamista. Positiivisia toimintavelvoitteita ovat synnyttäneet myös hankintadirektiivit, jotka ovat täydentäneet syrjimättömän kohtelun sekä avoimuuden velvoitteen toteutumista menettelysäännösten kautta.⁴⁰ Hankintojen jakamisen sekä pilkkomiskiellon kannalta keskeiset niihin kohdistuvat velvoitteet ovat pääosin positiivisia riippumatta onko niiden lähteenä julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet, hankintadirektiivit tai hankintalaki.

Negatiiviset velvoitteet kohdistuvat lähinnä pilkkomiskieltoon. Hankintalain pilkkomiskieltoa koskeva 31 § kieltää hankinnan keinotekoisien pilkkomisen ja hankintojen yhdistelyn hankintalain soveltamisen välttämiseksi, mikä on erittäin suoraan muotoiltu ja ehdoton negatiivinen velvoite. Pilkkomiskieltoon sisältyy kuitenkin myös positiivisia velvoitteita, jotka liittyvätkin vahvasti avoimuuden periaatteeseen. Velvollisuus koskee hankinnasta ilmoittamista, ja onkin vahvasti kytköksissä hankintojen jakamiseen. Hankinnasta on pääsääntöisesti ilmoitettava hankintakokonaisuuden arvon mukaisesti, vaikka yksittäisten osien kohdalla jätettäisiin kynnysarvojen alle.

Hankintojen jakaminen osiin on selkeämmin positiivinen velvoite, koska kansallisellekin tasolle tuotuna hankintalain 75 §:n sisältö on muotoa *comply or explain*. Jos hankintayksikkö ei jaa hankintaa osiin, sen on ilmaistava hankinta-asiakirjoissa syy hankinnan jakamatta jättämiselle. Positiivinen velvoite syntyy direktiivin tasolla, ja se perustuu enemmän unionin yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin, kuin suoraan syrjimättömyyden periaatteeseen. Syrjimättömyyden periaate korostuuikin enemmän tavoissa, joilla hankinnat jaetaan osiin, ja siinä miten direktiivin ja hankintalain hankinnan jakamista osiin koskevia säännöksiä todellisuudessa sovelletaan. Julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden näkökulmasta hankintojen jakamisessa keskitytään jakamattomien hankintojen tapaan hankintamenettelyn eri vaiheisiin. Syrjimättömyyden periaatetta on kuitenkin oikeuskäytännössä käytetty sellaisenaan valitusperusteena tilanteissa, joissa hankinta on jätetty jakamatta osiin.

Hankintalainsäädännön soveltaminen, periaatteet mukaan lukien, on ensisijainen tapa ratkaista hankintoja koskevat oikeuskysymykset. Hankintalain 99 §:n mukaan EU-kynnysarvot alittavissa, mutta kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa sovelletaan hankintalain 3

³⁹ Nenonen 2009a, s. 6.

⁴⁰ Nenonen 2009a, s. 7.

§:n sisältöä. Näissä kynnsarvot alittavissa hankinnoissa direktiivi ei siis suoraan sovellu, mutta kansallisten kynnsarvojen ylittyessä periaatteita sovelletaan siitä huolimatta. Hankintadirektiivin 18 artiklassa ilmaistuja oikeusperiaatteita sovelletaan EU:ssa siis kaikkiin EU:n kynnsarvot ylittäviin hankintadirektiivin alaisiin hankintoihin, mutta samoja periaatteita sovelletaan Suomessa kaikkiin hankintoihin, joihin hankintalaki soveltuu.

Hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa korostuvat SEUT:n syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteet EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti. SEUT:n periaatteiden soveltamisen edellytyksenä on, että hankintaan liittyy selvä rajat ylittävää intressi.⁴¹ Jos hankintadirektiivin ulkopuolinen hankinta on toteutettu muihin jäsenvaltioihin sijoittuneita tarjoajia syrjivästi, SEUT:n periaatteita voidaan soveltaa suoraan.⁴² Hankinnan pitää olla tietyiltä ominaisuuksiltaan sillä tavalla merkittävä, että voidaan katsoa rajat ylittävän intressin syntyvän. Tällaisia ominaisuuksia voivat olla esimerkiksi hankinnan arvo, sen tekninen merkittävyys tai sen keskeinen sijainti.⁴³ Vaikka tapauksen seikat liittyisivät tietyn valtion rajojen sisäpuolelle, on huomioitava myös muihin jäsenvaltioihin sijoittuneet potentiaaliset tarjoajat, jotka ovat saattaneet jäädä tarjouskilpailun ulkopuolelle avoimuusvelvoitteen rikkomisen vuoksi.⁴⁴ Se, että rajat ylittävän intressin olemassaolo tietyissä tilanteissa voi laajentaa julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden alaa, se ei tarkoita, että ne soveltuisivat aina automaattisesti.⁴⁵

Kansallisella tasolla hankintoihin voidaan soveltaa hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa myös hallintolain oikeusperiaatteita. Hankintalain 163 §:n mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan asiaan ei kuitenkaan saa hakea muutosta kuntalain tai hallintolainkäyttölain (nyk. laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa) nojalla. Hallintolain periaatteet ulottuvat sekä hankintamenettelyyn, hankintapäätökseen ja päätökseen perustuvaan harkintaan, vaikka ne eivät valitusperusteena sellaisenaan käykään. Määttä ja Voutilaisen mukaan hallintolain 6 §:n hallinnon oikeusperiaatteet edellyttävät tavalla tai toisella hankintojen kilpailuttamisvelvoitteen toteutumista hankintalain soveltamisalan ulkopuolellekin jäävissä hankinnoissa.⁴⁶

2.1.3 Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet hankintaprosessissa

⁴¹ Nenonen 2009b, s. 7.

⁴² Nenonen 2009b, s. 3.

⁴³ C-147/06 ja C-148/06, SECAP ja Santorso, kohta 24.

⁴⁴ Asia C-321–324/94, Pistre, kohdat 43–45.

⁴⁵ Nenonen 2009b, s. 3–4.

⁴⁶ Määttä & Voutilainen 2017, s. 113.

Kansallisella tasolla julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita sovelletaan pääosin hankintalain säännösten välityksellä. Säännökset konkretisoivat periaatteiden sisältöä läpi koko hankintaprosessin. Tässä tutkimuksessa jaottelen hankintaprosessin menettelyvaiheisiin, ja tarkastelen periaatteiden toteutumista näiden vaiheiden kautta. Tuon ensin esiin periaatteiden ilmenemisen hankintaprosessissa yleisellä tasolla. Käytän samoja vaiheita myös sen kuvaamiseen, miten periaatteet ilmenevät pilkkomiskiellon ja hankintojen jakamisen yhteydessä. Jaottelen hankintaprosessin vaiheet hankinnan valmisteluun, hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön laatimiseen, hankintamenettelyyn, tarjoajien soveltuvuuden ja tarjouspyynnön mukaisuuden arviointiin, tarjousten vertailuun sekä hankintapäätöksen tekemiseen. Hankintapäätöksen jälkeisiä vaiheita, kuten sopimusten hallintaa en käsittele erikseen. Sopimusten hallintaan liittyvät ongelmat eivät ole sellaisenaan hankintalakiin liittyviä, vaan niissä korostuu julkisen hankintojen sopimusoikeudellinen ulottuvuus.

Hankintojen valmistelussa periaatteet on säännösten välityksellä huomioitava hankinnan suunnittelussa, sekä hankintailmoitusten ja tarjouspyyntöjen laatimisessa. Hankintailmoitusten julkaisemista seuraa itse hankintamenettely, jossa EU-kynnysarvot ylittävissä tapauksissa periaatteiden toteutuminen konkretisoituu yksityiskohtaisten menettelytapoja koskevien säännösten välityksellä. Kansalliset kynnysarvot ylittävissä, mutta EU-kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa, sekä sosiaali- ja terveystalouden hankinnoissa ja käyttöoikeussopimuksissa periaatteiden merkitys korostuu sääntelyn ollessa joustavampaa. Näiden hankintojen menettelyä kuvaavissa 100 §, 109 §, sekä 118 §:ssä todetaankin, että hankinnan kilpailuttamisessa on käytettävä 3 §:n 1 momentissa kuvattujen periaatteiden mukaista menettelyä.

Seuraavassa hankintaprosessin vaiheessa eli tarjousten tarkastelussa periaatteet on huomioitava tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden, pakollisten ja harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden sekä mahdollisten hankintayksikön asettamien soveltuvuusvaatimusten näkökulmasta. Tarjousten varsinaisen vertailu suoritetaan vasta tarjoajien soveltuvuuden ja tarjouspyynnön mukaisuuden tarkastelun jälkeen.⁴⁷ Sekä tarjousten vertailuun, että hankintapäätöksen tekemiseen periaatteita sovelletaan sekä niitä koskevien yksityiskohtaisten säännösten sekä myös julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden koko hankintalain läpäisevän soveltumisen kautta. Julkisissa hankinnoissa

⁴⁷ Eskola et. al. 2017, s. 470.

noudatettavat oikeusperiaatteiden soveltaminen ei luonnollisesti rajoitu ainoastaan näihin yllä mainittuihin hankintaprosessin vaiheisiin, vaan hankintojen menettelysäännökset mahdollistavat periaatteiden toteutumista lain koko soveltamisalueella. Ylempänä kuvatut hankintaprosessin vaiheet ovat lähinnä jaettu esimerkinomaisesti, ja hankintalain kappalejako mukailten, jotta periaatteiden hankintalain läpäisevä vaikutus saadaan konkretisoitua.

2.2 Syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaate

2.2.1 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertainen kohtelu EU-hallinto-oikeudessa

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä SEUT) 18 artiklan mukaan: ”Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla –” Kuten syrjintään liittyvissä säännöksissä usein, säännöksen kieltö kattaa sekä välittömän, että välillisen syrjinnän. Näin merkitystä on sillä, millaista EU-kansalaisten tosiasiallinen kohtelu on, pelkän muodollisen kohtelun sijasta. Yleisessä EU-hallinto-oikeudessa syrjinnän piiriin on oikeuskäytännössä todettu sisältyvän kilpailun vääristäminen, virheeseen myötävaikuttaminen sekä toimenpiteisiin ryhtymättä jättäminen, joka liittyy vahvasti Nenosen esiin tuomiin syrjimättömyyden periaatteesta seuraaviin positiivisiin velvoitteisiin.⁴⁸ Syrjinnän käsitteen edellytyksenä ei ole myöskään ollut suoranaisten vahingon aiheuttamista. ”Luonnollisista eroista”, kuten luonnonilmiöistä aiheutuva erilainen kohtelu ei myöskään ole syrjintää, koska syrjinnän edellytyksenä on nähty ihmisten toiminnasta aiheutuvat eroavaisuudet.⁴⁹ EU:n perustamissopimukseen tai perusoikeuskirjaan perustuvan syrjinnän kiellon periaate tulee huomioida kuitenkin vain EU-oikeuden soveltamisalueella.⁵⁰ Näin ollen EU-oikeuteen perustuva yleinen syrjinnän kieltö kohdistuu vain EU-kansalaisten syrjintään eikä kata vielä itsessään kolmansia maita taikka yksinomaan kansallisia tilanteita.

Siinä missä syrjimättömyyden periaate on sisällytetty unionin perustamissopimukseen, ei sopimuksissa ilmene suoraan yleistä yhdenvertaisuusperiaatetta. Syrjimättömyyden periaate liittyy yhteisön alkuperäiseen tavoitteeseen mahdollistaa työntekijöiden, yritysten ja hyödykkeiden samanlainen kohtelu yhteismarkkinoilla kaikissa jäsenvaltioissa. Muiden jäsenvaltioiden subjekteja tulee EU-oikeuden soveltamisalueella kohdella samalla tavalla, kuin omia kansalaisia tai yrityksiä.⁵¹ SEUT:ssa yhdenvertaisuuden periaatteen tavoin myöskään syrjimättömyyden periaate ei ole yleinen, koska 18 artikla kieltää vain kansalaisuuteen

⁴⁸ Nenonen 2009a, s. 6

⁴⁹ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 130–132.

⁵⁰ Ojanen 2016, s. 188.

⁵¹ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 119–120.

perustuvan syrjinnän. Schwarzen, Laakson ja Kuuttiniemen mukaan sen eteen, että yhdenvertaisuus olisi sitova oikeudellinen periaate, se olisi tunnustettava asianomaisessa oikeusjärjestyksessä.⁵²

EU-hallinto-oikeudessa yleisesti on vuodesta 1977 alkaen unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuen viitattu syrjintäkieltoihin. Syrjinnän näkökulmasta ensimmäistä kertaa toisiinsa verrattavissa olevien kohteiden suhdetta pyrittiin määrittelemään jo Siderurgiques-tapauksessa vuonna 1956.⁵³ Tällöin merkittävä rooli oli yhteisön perustamissopimuksen silloisella 40 artiklalla, jonka mukaan maatalouden alalla yhteisön tuottajia tai kuluttajia ei saisi syrjiä yhteisön sisäisiä yhteisiä järjestelyjä toteutettaessa. Ensimmäinen artiklaa koskeva tuomioistuinratkaisu oli kuitenkin miltei 20 vuotta myöhemmin tapauksessa C-11/74, Union des minotiers de la Champagne v. Ranska. Tuomioistuin totesi, että kun erilainen kohtelu ei perustu objektiivisiin perusteisiin, vaan on mielivaltaista, on kyse syrjinnästä.⁵⁴ Kyseisessä tapauksessa hintaerot kuitenkin perustuivat objektiivisiin kriteereihin.⁵⁵ Saman perustamissopimuksen artiklan asettaman syrjintäkiellon katsottiinkin oikeuskäytännössä ilmentävän yleistä yhdenvertaisuuden periaatetta. Yhdenvertaisuuden vaatimus on yleisen EU:n hallinto-oikeuden tasolla laaja, eikä rajoitu vain niiden perustamissopimuksen artiklojen soveltamisalueille, joissa erikseen ilmaistaan syrjintäkieltoja.⁵⁶

2.3.2 Syrjimättömyyden ja tasapuolinen kohtelun periaate julkisissa hankinnoissa

Syrjinnän kieltä on keskeisin julkisissa hankinnoissa noudatettava oikeusperiaate ja muut hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteet on johdettu siitä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden perustana ovat syrjintäkiellon lisäksi myös SEUT:ssa määritellyt tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden periaatteet. EU:n yllä mainitut perusvapaudet mahdollistavat toimivat unionin sisämarkkinat, ja ovat jo itsessään välittömästi sovellettavia.⁵⁷ Toimivat sisämarkkinat ja vapaa liikkuvuus ovat edellytys syrjimättömien julkisten hankintojen markkinoille. Tasapuolisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet sekä suhteellisuusperiaate ovat oikeuskäytännössä kehittyneet tarkentamaan ja täydentämään aikaisempia oikeusperiaatteita.

⁵² Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 124–125.

⁵³ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 125–126.

⁵⁴ Asia C-11/74, Union des minotiers de la Champagne v. Ranska, kohta 22.

⁵⁵ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 130.

⁵⁶ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 136.

⁵⁷ Eskola et. al. 2017, s. 36, Mäenpää 2011, s. 135.

Periaatteilla myös täydennetään tiettyjen hankintadirektiiveihin sisällytettyjä sääntöjä soveltamaan sellaisille alueille, joihin niitä ei ole alun perin osoitettu. Yhdenvertaisuuden periaatteesta on johdettu esimerkiksi kieltö hyväksyä tarjouspyynnön vastaisia tarjouksia ja sopimusten muuttamisen kieltö ilman uutta tarjousmenettelyä.⁵⁸ Syrjimättömyyden periaate korostuu muiden julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden edellä siinä, että hankintalainsäädännössä pelkän julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita käsittelevän artiklan ja pykälän lisäksi myös yksittäisissä artikloissa ja pykälissä vaaditaan erikseen syrjimättömyyden toteutumista.

Hankintadirektiivin 18 artiklassa ilmaistaan omana periaatteenaan myös yhdenvertaisen kohtelun periaate. Kansallisessa hankintalaissa käytetään hankintadirektiivin sanamuodosta poiketen yhdenvertaisen kohtelun sijasta termiä tasapuolinen kohtelu. Tässä tutkimuksessa alaotsikkotasolla käytetään kansallisen hankintasäännösten mukaista tasapuolisen kohtelun käsitettä. Yhdenvertaisen kohtelun käsite esiintyy kuitenkin tutkimuksessa EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja sen tarkastelussa. Hankintadirektiivin soveltamisalueen ulkopuolisessa oikeuskäytännössä on nostettu esiin yhdenvertaisen kohtelun periaate, joka soveltuisi tilanteissa, joissa ei ilmene kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää.⁵⁹ SEUT ei sellaisenaan sisällä yleistä yhdenvertaisuusperiaatetta määrittävää pykälää, mutta oikeuskäytännössä on syntynyt tulkinta periaatteen yleisestä soveltamisesta.⁶⁰ Julkisten hankintojen kohdalla oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita tulkittaessa tiettyä ristiriitaisuutta juuri yhdenvertaisen kohtelun vaatimukseen liittyen. Ristiriitoja on syntynyt sen osalta, syntykö SEUT:n 49 artiklan ja 56 artiklan perusteella yleinen yhdenvertaisuuden kohtelun velvoite vai pelkästään kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö.⁶¹

Yleisesti EU-hallinto-oikeudessa yhdenvertaisuuden periaate Schwarzen, Laakson ja Kuuttiniemen mukaan edellyttää, että samanlaisia tapauksia ei pitäisi käsitellä eri tavoin, ellei tälle ole objektiivisia ja hyväksyttäviä perusteita.⁶² Yhteisön tuomioistuin kuvasi tapauksessa C-245/81, Edeka, syrjimättömyyden periaatetta samalla määritelmällä.⁶³ Schwarze, Laakso ja Kuuttiniemi nostavat yleisen hallinto-oikeuden tasolla syrjimättömyyden periaatteesta esiin

⁵⁸ Arrowsmith 2014, s. 619.

⁵⁹ Nenonen 2009a, s. 1.

⁶⁰ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 136.

⁶¹ Nenonen 2009a, s. 16.

⁶² Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 125–126.

⁶³ Asia C-245/81, Edeka. kohta 11.

sen, että erilaisia tapauksia ei saisi vastaavasti kohdella samalla tavalla.⁶⁴ Muutenkin oikeuskäytännössä sekä oikeuskirjallisuudessa syrjimättömyyden ja yhdenvertaisuuden periaatteet ovat asiasisällöltään kuvattu käytännössä toisiaan vastaavina. Määttä ja Voutilaisen mukaan kansallisessakin oikeuskäytännössä syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaatteiden asiasisältö on toisiinsa nivoutunut.⁶⁵

Eri lähteissä esitettyjen määritelmien samankaltaisuudesta voidaankin vetää johtopäätös, että sisällöltään yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteilla ei ole varsinaista eroa. Eroavaisuudet löytyvät lähinnä periaatteiden soveltamisen alueilta. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 18 artiklassa kyse on kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellosta, kun yhdenvertaisuuden perustamissopimukseen kirjoittamaton periaate on sellaisenaan yleisesti hyödynnettävä oikeusperiaate. Julkisten hankintojen sääntelyssä käsiteerot onkin pyritty tekemään direktiivien ja lakien soveltamisalueella merkityksettömiksi sisällyttämällä lakitekstiin sekä yhdenvertaisen (tasapuolisen) että syrjimättömän kohtelun vaatimukset. Syrjimätöntä kohtelua vaaditaan kansallisella tasolla kansainvälisten tarjoajien lisäksi kohdistuvan kaikkiin muihinkin tarjoajiin, ilman esimerkiksi lähialueiden yritysten asettamista etusijalle. Näin ollen sijainnin perusteella ei ole mahdollista suosia tiettyjä tarjoajia kansallisellakaan tasolla.⁶⁶

Arrowsmith tulkitsee syrjimättömyyden periaatteen maininnan hankintadirektiivin 18 artiklassa toissijaiseksi kattavamman ja yleisemmän yhdenvertaisuuden periaatteen rinnalla. Tämän vuoksi hän ei käsittele julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden kohdalla syrjimättömyyden periaatetta, vaan käsittelee sen asiasisällön pelkästään yhdenvertaisuuden periaatteen kautta. Syrjimättömyyden periaatteen sisällyttämisen hankintadirektiivin 18 artiklaan hän kuvaa lähinnä yhdenvertaisuuden periaatteen erillisenä ominaisuutena, jonka tehtävänä on lähinnä muistuttaa siitä, että kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä. Lisäksi hän arvioi, että syrjimättömyyden periaatteen mainitseminen voi liittyä myös sen korostamiseen, että kansalaisuuteen perustuvaan syrjintään reagoidaan samalla tavoin kuin yleensäkin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen syrjintäkiellon soveltamisalueella.⁶⁷ SEUT:n oikeusperiaatteet, joissa yhdenvertaisuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden eroavaisuus lähinnä näkyy, eivät kuitenkaan sovellu suoraan, kuin

⁶⁴ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 126.

⁶⁵ Määttä & Voutilainen 2017, s. 128.

⁶⁶ Eskola et. al. 2017, s. 36.

⁶⁷ Arrowsmith 2014, s. 621.

pienhankintoihin ja hankintalain ulkopuolisiin hankintoihin. Hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteita kuitenkin sovelletaan myös pienhankintoihin.⁶⁸

Nenosen mukaan hankintadirektiivien ulkopuolisissa hankinnoissa oikeuskäytäntö on ollut yhdenvertaisuuden periaatteen kohdalla ristiriitaista. Aikaisemmissa tapauksissa oli tulkittu, että tarjoajien yleistä yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sovellettaisiin myös, vaikka kyse ei ole kansainvälisestä syrjinnästä. Myöhemmässä tapauksessaan C-412/04, komissio v. Italia, tuomioistuin kuitenkin totesi, että SEUT:n syrjinnän kieltoa koskevat artiklat eivät määrää yleisestä yhdenvertaisuuden periaatteesta, vaan koskevat ainoastaan kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. Näin ollen yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ei voi soveltaa hankintadirektiivien ulkopuolisissa hankinnoissa.⁶⁹

Voidaankin nähdä varsin epäjohdonmukaisena sekä poiketa julkisten hankintojen alalla vallinneesta tulkintalinjasta, mutta myös yleisen oikeusperiaatteen tulkinnasta. Myöhemmässä tapauksessa C-95/10, Strong Seguranca SA v Municipio de Sintra, tuomioistuin piti yllä komissio v. Italia -tapauksessa syntynyttä tulkintalinjaa. Arrowsmithin mukaan SEUT:n vapaan liikkuvuuden periaatteet eivät itsessään kiellä kaikkea oikeuttamatonta erottelua, vaan kansalaisuuteen perustuvan erilaisen kohtelun. Vaikka tuomioistuin on tunnistanut yleisen yhdenvertaisuuden periaatteen tärkeäksi EU-oikeudelliseksi periaatteeksi, se ei ole todennut, että siitä seuraa yhdenvertaisen kohtelun vaatimus kaikissa tilanteissa. Sen sijaan tilanteissa, joissa yhdenvertaisuuden periaatteesta säädetään erikseen, kuten hankintadirektiiveissä, sitä luonnollisesti sovelletaan laajemmin.⁷⁰ Hankintadirektiivissä yhdenvertaisuuden periaate on ollut jo vuodesta 2004 alkaen. Tuolloin 2 artiklassa turvattiin taloudellisten toimijoiden yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu sekä avoin toiminta.

Hallituksen esityksessä vanhaksi hankintalainaksi todettiin syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden periaatteiden kohdalla, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saisi syrjiä tai suosia tiettyjä alueita.⁷¹ Varsinaisen hankintapäätöksen kohdalla syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaate edellyttää, että päätös perustuu ennalta asetettuihin objektiivisiin kriteereihin, joita sovelletaan kaikkiin tarjoajiin ja ehdokkaisiin samalla tavalla.⁷² EUT on osaltaan todennut yhdenvertaisen kohtelun periaatteen edellyttävän, että tarjousten objektiivisen vertailun aikaan saamiseksi kaikkien tarjousten kuuluu olla sopimusasiakirjojen (tarjouspyynnöt ja

⁶⁸ Eskola et. al. 2017, s. 33.

⁶⁹ Nenonen 2009a, s. 16.

⁷⁰ Arrowsmith 2014, s. 263.

⁷¹ HE 50/2006 vp. s. 47.

⁷² HE 50/2006 vp. s. 6.

hankintailmoitukset) vaatimusten mukaisia.⁷³ Tuomioistuin on todennut myös, että hankintayksikön ottaessa huomioon yhden tarjoajan tarjoukseensa tekemät muutokset, antaa kyseiselle tarjoajalle etulyöntiaseman suhteessa muihin tarjoajiin, mikä on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaista.⁷⁴

Syrjimättömyyden periaatetta sovellettiin julkisissa hankinnoissa jo tapauksessa C-21/88 Du Pont de Nemours. Unionin tuomioistuin totesi, että tietyn prosenttiosuuden julkisista tavarahankinnoista varaaminen valtion alueen tiettyihin osiin, oli menettelynä syrjivää ja siten perustamissopimusten tuonnin rajoittamista kieltävän artiklan vastaista. Vaikka tuomioistuin perusteli päätöstä muiden jäsenvaltioiden yritysten syrjinnän kautta, julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden merkitys korostui myös tilanteessa, jossa tosiseikat sijoittuvat yhden valtion alueelle.⁷⁵ Syrjimättömyyden periaatteesta johdettiin jo 90-luvulla oikeuskäytännössä yhdenvertaisen kohtelun periaate myös julkisten hankintojen kohdalla. Tapauksessa C-243/89, komissio v. Tanska, tuomioistuin totesi, että ” *vaikka direktiivissä ei nimenomaisesti mainita urakkatarjouksen tekijöiden yhdenvertaista kohtelua, vastaa velvoite kunnioittaa kyseistä periaatetta kuitenkin kyseisen direktiivin perusajatusta, koska direktiivin tarkoituksena on sen johdanto-osan yhdeksännen perustelukappaleen mukaan erityisesti varmistaa tehokas kilpailu julkisissa rakennusurakoissa* ”⁷⁶. Tehokkaan kilpailun edellytyksenä siis nähtiin se, että tarjoajia kohdellaan yhdenvertaisesti. Tapauksessa C-87/94, komissio v. Belgia, tuomioistuin totesi, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta olisi noudatettava kaikissa tarjousten vertailumenettelyn vaiheissa, jotta kaikilla tarjoajilla olisi samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimiseksi.⁷⁷

Kuten aikaisemmassa luvussa todettiin, syrjimättömyyden periaatteesta seuraa sekä positiivisia, että negatiivisia velvoitteita. Negatiivista velvoitetta kuvaa esimerkiksi tapaus C-59/00 Vestergaard, jossa hankintayksikkö edellytti rakennusurakassa käytettävän tanskalaisen valmistajan ulko-ovia ja ikkunoita, ilman, että vastaavaa muussa jäsenvaltiossa tuotettua tuotetta olisi hyväksytty. Tuomioistuin katsoi, että tämänkaltaisen syrjivän ehdon käyttäminen ei ollut sallittavissa, vaikka kyseessä oleva hankinta alitti EU:n kynnysarvon, joten SEUT:n sisältämää syrjinnän kieltoa sovellettiin suoraan.⁷⁸ Syrjimättömyyden periaate olisikin tässä

⁷³ Asia C-243/89, komissio v. Tanska, kohta 37.

⁷⁴ Asia C-87/94, komissio v. Belgia, kohta 56.

⁷⁵ Asia C-21/88 Du Pont de Nemours, kohta 11–12.

⁷⁶ Asia C-243/89, komissio v. Tanska, kohta 33.

⁷⁷ Asia C-87/94, komissio v. Belgia, kohta 54.

⁷⁸ Asia C-59/00 Vestergaard, kohdat 5–6, 20–24.

tapauksessa toteutuakseen vaatinut sen, että hankintayksikkö pidättäytyy syrjivistä vaatimuksista.

2.3.3 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertainen kohtelu hankintaprosessissa

Hankintaprosessissa syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteilla on merkitystä jo hankinnan valmisteluvaiheesta alkaen. Tiettyjen vaativampien hankintojen kohdalla voi syntyä tarve kartoittaa markkinatilannetta teknisten keskustelujen tai tietopyyntöjen kautta. Tällainen tarve syntyy esimerkiksi uusien innovatiivisten tuotteiden tai palveluratkaisujen kohdalla.⁷⁹ Tilanteessa, jossa potentiaalisilla tarjoajilla on mahdollisuus osallistua hankinnan valmisteluun, on tärkeää, että osallistuminen ei anna valmisteluun osallistuneille etulyöntiasemaa ja vääristä kilpailua. Valmisteluun osallistumisen kohdalla etulyöntiaseman syntyminen on aina arvioitava tapauskohtaisesti.⁸⁰

Tarjouspyynnön laatiminen on hankintaprosessin vaiheista ongelmallisimman. Siihen liittyvät tapaukset kattoivat vuosina 2017-2019 42 % markkinaoikeuden ratkaisuksista, joissa hankintayksikkö oli toiminut hankintasäännösten vastaisesti.⁸¹ Hankintaprosessin muissa vaiheissa oikeusperiaatteisiin liittyvät riskit tulevat esiin jo tarjouspyynnössä, koska prosessin myöhemmissä vaiheissa on noudatettava tarjouspyynnössä asetettuja sääntöjä. Tarjouspyynnön sisältöä ei enää sen julkaisun jälkeen voi olennaisesti muuttaa, eli esimerkiksi tarjoukset on vertailtava ennalta annettujen vertailuperusteiden mukaisesti, vaikka ne todellisuudessa eivät olisi tarkoituksenmukaisimpia.⁸² Tarjouspyynnöissä suurimpina ongelmina on ollut soveltuvuusvaatimusten ja tarjousten vertailuperusteiden asettamisen epäselvyys.⁸³

Tarjouspyynnössä periaatteiden vastaiset vaatimukset voivat liittyä hankinnan kohteeseen, tarjoajaan, tai tarjouksen sisältöön. Hankinnan kohteen määrittelyssä tapahtuva tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vastainen toiminta voi liittyä esimerkiksi teknisiin eritelmiin tai merkkeihin liittyviin vaatimuksiin. Syrjivät tekniset eritelmat voivat liittyä esimerkiksi siihen, että hankintayksikkö vaatii tietyn merkin, mallin tai kansallisen standardin käyttämistä tai velvoittaa käyttämään toiminnassa paikallista työvoimaa.⁸⁴ Hankinnan kohteen suorituskyvylle ja ominaisuuksille asetettavien vaatimusten on oltava myös riittävän täsmällisiä, jotta voidaan

⁷⁹ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 340–341.

⁸⁰ Eskola et. al. 2017, s. 323.

⁸¹ Suojanen 2020, s. 15.

⁸² Pekkala & Pohjonen 2015, s. 454.

⁸³ Suojanen 2020, s. 19–24.

⁸⁴ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 346–347.

varmistaa tarjousten vertailtavuus ja syrjimättömyyden periaatteen toteutuminen.⁸⁵ Hankintalain 71 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan kansallisiin standardeihin viitattaessa on kuitenkin lisättävä ilmaisu "tai vastaava". Tämä osoittaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen merkitystä hankintalain sisällössä.

Tarjoajille asetettavat syrjivät vaatimukset voivat liittyä esimerkiksi tarjoajan taloudelliseen tilanteeseen, pätevyyteen sekä niihin liittyviin referensseihin, yhtiömuotoon sekä esimerkiksi alihankintana toteutettavan osuuden rajoittamiseen. Ylipäätään sekä tarjoajille, että tarjouksille asetettavien vaatimusten on oltava julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden mukaisia ja niiden on liityttävä hankinnan kohteeseen.⁸⁶ Ehdot eivät saa väljyydellään antaa hankintayksikölle rajoittamatonta harkintavaltaa valita mitä tahansa mieleistään tarjoajaa. Hankintalaissa ei ole erillisiä rajoituksia sille, mitä ominaisuuksia tarjoajilta voidaan vaatia, vaan hankintayksiköllä on sen suhteen harkintavaltaa.⁸⁷ Kansallisen oikeuskäytännön mukaan hankintayksikön harkintavaltaan on katsottu mahdolliseksi puuttua vain, jos asetetut valintaperusteet ja tarjousten vertailuperusteet ovat olleet syrjiviä.⁸⁸ Tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten kohdalla merkityksellistä on myös tarkastella, voiko hankintayksikön päätös jättää hankinta jakamatta joissain tapauksissa olla syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaista.

Tarjoajille asetettujen ehtojen tavoin myöskään tarjousten vertailuperusteet eivät saa jättää hankintayksikölle rajatonta harkintavaltaa vertailun toteuttamisessa.⁸⁹ Hankintalain 93.4§:n mukaan hinta-laatusuhteen määrittävät vertailuperusteet on ilmaistava tarjouspyynnössä. Vertailuperusteet eivät saa suosia tiettyä tarjoajaa, edellyttää aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikköön tai suosia paikallisia toimittajia. Joissain tilanteissa hankinnan toteuttaminen voi edellyttää paikallistuntemusta tai huollon nopeaa saatavuutta. Näille vertailuperusteille ei kuitenkaan saisi antaa liian suurta painoarvoa, jotta ei rajoitettaisi muille alueille sijoittuneita tarjoajia tai annettaisi etulyöntiasemaa paikallisille tarjoajille.⁹⁰ Vertailuperusteet on myös ilmaistava siten, että tarjoajat voivat ymmärtää ne samalla tavalla tavanomaisen osaamisen avulla ja, että asetetut vertailuperusteet ovat jotenkin mitattavissa.⁹¹

⁸⁵ HE 108/2016 vp. s. 168.

⁸⁶ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 411, 456.

⁸⁷ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 388, 411–412.

⁸⁸ HE 50/2006 vp. s. 105.

⁸⁹ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 456.

⁹⁰ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 479.

⁹¹ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 482–483.

Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimus korostuu hankintamenettelyissä, joissa harkintavaltaa on enemmän, kuten neuvottelumenettelyssä tai innovaatiokumppanuuksissa. Avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä tarjoajilta pyydetään tarjouspyyntöön sopivia tarjouksia, mutta esimerkiksi neuvottelumenettelyssä hankinnan sisältö ei ole prosessin alussa vielä lopullinen. Tämän vuoksi menettelyyn osallistuvien tarjoajien tasapuolinen kohtelu edellyttääkin esimerkiksi, että kaikille annetaan samat tiedot hankkeesta ja kaikille annetaan samat mahdollisuudet selvitysten antamiseen ja neuvottelujen käymiseen.⁹²

Tarjoajien soveltuvuutta arvioitaessa keskeistä on se, että noudatetaan tarjouspyynnössä asetettuja vaatimuksia. Tämä voi olla hankalaa, jos tarjouspyynnössä tarjoajan kelpoisuuden ja tarjouksen vaatimukset sekoittuvat. Jos tarjoaja ei täytä tarjouspyynnössä asetettuja kelpoisuusvaatimuksia, sen tarjousta ei kuuluisi ottaa huomioon tarjousten vertailussa. Tarjoajaan liittyviä tekijöitä ei myöskään saa käyttää varsinaisena tarjousten vertailuperusteena, vaan ne liittyvät tarjoajan kelpoisuuden arviointiin.⁹³ Hankintayksikön harkintavalta soveltuvuusvaatimusten osalta rajoittuu tarjouspyynnön sisältöön, eikä sitä varsinaisen poissulkemisen kohdalla voida käyttää.⁹⁴ Syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen kannalta on tärkeää, että samoja kelpoisuusvaatimuksia noudatettaisiin samalla tavalla kaikkiin tarjoajiin. Käytännössä, jos tiettyä harkinnanvaraista poissulkemisperustetta käytetään, tulee pois sulkea kaikki soveltumattomat tarjoajat, eikä vain yhtä tiettyä.⁹⁵

Hallituksen esityksessä vanhaksi hankintalaiksi tarjouspyyntöä vastaamattomien tarjousten hylkääminen nähtiin oleelliseksi juuri tasapuolisen kohtelun periaatteen kannalta.⁹⁶ Tarjouspyynnön vastaisen tarjouksen huomiointi vertailussa voi vaarantaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun toteutumisen ja näin estää tarjousten objektiivisen vertailun. Jos tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous hyväksyttäisiin, se tarkoittaisi syrjivää kohtelua sekä muille tarjouskilpailuun osallistuneille tarjoajille, että niille, jotka ovat jättäytyneet tarjouspyynnön sisällön perusteella tarjouskilpailun ulkopuolelle luottaen siihen, että hankintayksikkö noudattaa tarjouspyynnön ehtoja.⁹⁷

Sama tarjouspyynnön sisällön seuraamisen vaatimus jatkuu tarjoajien soveltuvuuden ja tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden arvioinnin lisäksi myös varsinaisten tarjousten

⁹² Pekkala & Pohjonen 2015, s. 251.

⁹³ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 420, 423.

⁹⁴ Eskola et. al. 2017, s. 430.

⁹⁵ Eskola et. al. 2017, s. 416.

⁹⁶ HE 50/2006 vp. s. 91.

⁹⁷ HE 108/2016 vp. s. 172.

vertailussa. Hankintayksikkö on sidottu tarjouspyynnössä asettamiinsa vertailuperusteisiin. Tämä merkitsee esimerkiksi sitä, että kun vertailuperusteeksi on valittu yksinomaan halvin hinta, ei muita mahdollisia perusteita saa ottaa vertailussa huomioon.⁹⁸ Tarjousten vertailusta on tultava ilmi vertailun tulokset kaikkien tarjousten osalta.⁹⁹ Hankintapäätös liittyy hankintaprosessissa keskeisimmin tarjousten vertailuun, koska päätös tehdään kyseisen vertailun perusteella ja hankintapäätös onkin tarjousten vertailun lopputulos. Näin ollen syrjimättömän hankintapäätöksen edellytyksenä on syrjimättömästi ja tasapuolisesti toteutettu tarjousten vertailu. Hankintapäätöksessä tulee myös ilmetä se, millä perusteilla voittavaan tarjoajaan on päädytty.¹⁰⁰

2.3 Avoimuuden periaate

2.3.1 Avoimuuden periaate julkisissa hankinnoissa

EUT:n oikeuskäytännöstä seuraten hankintayksiköillä on avoimuusvelvollisuus, joka merkitsee velvollisuutta ilmoittaa hankinnoista asianmukaisessa laajuudessa.¹⁰¹ 1990-luvun alussa hankinnoissa sovellettiin ensisijaisesti vain syrjimättömyyden periaatetta.¹⁰² Avoimuuden periaate johdettiin oikeuskäytännössä syrjimättömyyden periaatteesta.¹⁰³ Tapauksessa C-324/98, *Telaustria ja telefonadress*, EUT totesi, että kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaate edellytti avoimuusvelvollisuutta hankintayksiköille, jotta syrjinnän kiellon periaatteen noudattamista pystyttäisiin seuraamaan.¹⁰⁴

Avoimuuden periaate julkisissa hankinnoissa sisältää neljä erillistä vaikkakin toisiinsa liittyvää ominaisuutta. Ensimmäinen ominaisuus on tarjoajien tiedonsaanti mahdollisista hankinnoista, minkä edellytyksenä on hankinnoista ilmoittaminen kiinnostuneille potentiaalisille tarjoajille. Toinen ominaisuus on yksittäistä hankintamenettelyä koskevien sääntöjen avoimuus, joka tarkoittaa käytännössä tarjoajille asetettujen vaatimusten ja tarjousten vertailuperusteiden avoimuutta.¹⁰⁵ Tämän avoimuuden tulee kohdistua myös muihin hankintamenettelyä koskeviin tietoihin ja hankintoja koskeviin asiakirjoihin.¹⁰⁶ Kolmas avoimuuden periaatteen ominaisuus on sääntöihin perustuva päätöksenteko, jonka edellytyksenä on, että hankintayksiköiden

⁹⁸ Eskola et. al. 2017, s. 471.

⁹⁹ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 545.

¹⁰⁰ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 542.

¹⁰¹ Nenonen 2009a, s. 1–2.

¹⁰² Pekkala & Pohjonen 2015, s. 36.

¹⁰³ Nenonen 2009a, s. 2.

¹⁰⁴ Asia C-324/98, *Telaustria ja telefonadress*, kohta 60–62.

¹⁰⁵ Arrowsmith 2014, s. 165–166.

¹⁰⁶ Eskola et. al. 2017, s. 34.

harkintavaltaa rajoittaa niiden tarjouspyynnössä asettamat säännöt. Neljäs avoimuuden periaatteen ominaisuus liittyy sopimuksen täytäntöönpanon varmistamiseen ja valvontaan. Tämän ominaisuuden merkitys korostuu hankintaan liittyvien päätösten ja niiden perustelujen asianmukaisessa julkaisemisessa.¹⁰⁷

Samoihin aikoihin Telaustria-tapauksen kanssa, asian C-108/98, RISAN, kohdalla EUT korosti menettelyjen avoimuuden merkitystä muiden jäsenvaltioiden elinkeinonharjoittajien kannalta.¹⁰⁸ Tämänkin oikeustapauksen perusteella nykyään edellytetään avoimuuden periaatetta tukevia toimenpiteitä, jotka parantavat kaikkien yritysten osallistumismahdollisuuksia lisäämällä tietoa nykyisistä, tulevista ja menneistä hankintaprosesseista. EU-tasolla avoimuuden periaatteen perustana on kuitenkin ollut se, että suojellaan potentiaalisten kansainvälisten tarjoajien mahdollisuutta tehdä rajat ylittäviä tarjouksia.

Riittävän laajan ilmoittamisen määrittäminen riippuu hankinnan suuruudesta. Hankintalain soveltamisalueella avoimuuden toteutuminen ei edellytä hankinnan ilmoittamiselta samaa laajuutta kuin EU-kynnysarvot ylittävillä hankinnoilla. Nenosen mukaan Telaustria-tapauksesta seurasi, että hankinnasta ilmoittamisen asianmukaisesta laajuudesta ratkaisun tekee tarvittaessa kansallinen tuomioistuin.¹⁰⁹ SEUT:een perustuva avoimuusvelvollisuus on Nenosen mukaan rajoitetumpi, kuin hankintadirektiivistä seuraava avoimuusvelvollisuus. Hankintadirektiiveissä avoimuusvelvollisuus korostuu hankinnan ilmoittamisvelvollisuuden lisäksi siinä, että avoin ja rajoitettu menettely ovat ensisijaisia suhteessa neuvottelumenettelyn muotoihin. Lisäksi päätösten perustelemisen velvollisuus perustuu hankintadirektiiveihin. Samanlaisia menettelyllisiä sääntöjä ei kuitenkaan ole johdettavissa suoraan SEUT:sta.¹¹⁰

Avoimuuden periaate toteutuu myös hankintalain pykälien välityksellä läpi koko hankintaprosessin. Hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön merkitys on kuitenkin erityisen suuri. Hankintailmoitusta ja tarjouspyyntöä voisikin sanoa tärkeimmiksi yksittäisiksi tekijöiksi avoimuuden periaatteen toteutumisessa julkisissa hankinnoissa. Tapauksessa C-368/10, komissio v. Alankomaat, EUT totesi, että:

Avoimuuden periaate edellyttää, että kaikki hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt on muotoiltu selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai

¹⁰⁷ Arrowsmith 2014, s. 165–166.

¹⁰⁸ Asia C-108/98, RISAN, kohta 20.

¹⁰⁹ Nenonen 2009a, s. 10.

¹¹⁰ Nenonen 2009a, s. 13.

tarjouspyyntöasiakirjassa siten, että mahdollistetaan yhtäältä se, että kaikki kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelliset tarjoajat ymmärtävät niiden täsmällisen ulottuvuuden ja tulkitsevat niitä samalla tavalla, ja toisaalta se, että hankintaviranomaiset voivat tosiasiallisesti tarkistaa, vastaavatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevaa hankintaa säänteleviä arviointiperusteita.¹¹¹

2.4.2 Avoimuuden periaate hankintaprosessissa

Avoimuuden periaate soveltuu hankintoihin jo ennen varsinaisen hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön olemassaoloa. Sen merkitys korostuu, kun valmisteluun osallistuu ehdokkaita tai tarjoajia. Hankintadirektiivin 41 artiklan mukaan, hankintayksiköt voivat ehkäistä kilpailun vääristymistä toimittamalla muille ehdokkaille tai tarjoajille tietoja, jotka on saatu tai annettu ehdokkaan tai tarjoajan osallistuessa hankinnan valmisteluun.

Tarjouspyyntöjen ja hankintailmoituksen kohdalla avoimuuden periaate edellyttää, että sen lisäksi, että kyseiset asiakirjat julkaistaan, niiden sisältämät tiedot ovat asiallisesti oikeita. Lisäksi hankintailmoituksen on selkeästi ilmaistava hankinnan laajuus ja siihen osallistuvat hankintayksiköt.¹¹² Tarjouspyynnössä on myös ilmaistava tarjousten vertailuperusteet, jotta tarjoajat ovat tasavertaisessa asemassa tarjouksia tehdessään.¹¹³ Myöhemmissä hankintaprosessin vaiheessa, kuten itse tarjoajien soveltuvuuden arvioinnin tai tarjousten vertailun kohdalla avoimuuden periaatteen merkitys lähtee hankinta-asiakirjojen sisällöstä. Esimerkiksi hankintalain 83 §:n mukaan ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuutta koskevat ammatilliseen pätevyyteen ja taloudelliseen tilanteeseen liittyvät vaatimukset on ilmaistava hankintailmoituksessa.

Hankintamenettelyssä, tarjoajien soveltuvuusperusteiden arvioinnissa ja tarjousten vertailussa avoimuuden periaate ei nouse esiin erityisellä tavalla. Näissäkin vaiheissa avoimuuden periaate soveltuu pääosin tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen sisällön kautta. Silloin kuin hankintaprosessin näissä vaiheissa tehdään jo itsessään jokin ratkaisu tai päätös, kuten esimerkiksi päätös tarjoajan poissulkemisesta sen on perustuttava hankinta-asiakirjoihin. Avoimuuden periaatteen merkitys hankintaprosessissa liittyykin erityisesti niihin vaiheisiin, joissa julkaistaan hankinta-asiakirjoja. Tarjouspyynnön lisäksi näitä vaiheita ovat hankintaprosessin myöhäisemmässä vaiheessa hankintapäätös sekä hankintakertomus.

¹¹¹ Asia C-368/10 komissio v. Alankomaat, kohta 109.

¹¹² Määttä & Voutilainen 2017, s. 120.

¹¹³ HE 50/2006 vp. s. 32.

Hankintaan liittyvän päätöksen perusteleva liittyä vahvasti Arrowsmithin avoimuuden periaatteen neljänteen näkökulmaan ja on tärkeää asianosaisten oikeussuojan kannalta. Tarjoajien pitää pystyä arvioimaan päätöksen perusteella, onko päätöksestä aihetta tehdä valitus. Eskolan et. al. mukaan hankintamenettelyyn osallistuneen tarjoajan tai ehdokkaan oikeussuojan toteutuminen edellyttää, että ne saavat riittävät tiedot asemaansa vaikuttaneista hankintapäätöksistä.¹¹⁴ Hankintaprosessissa avoimuuden periaate on vahvasti kytköksissä kirjallisiin hankinta-asiakirjoihin, ja tilanteisiin, joissa sellaisia olisi julkaistava. Hankintailmoitusten ja tarjouspyyntöasiakirjojen lisäksi myös hankintamenettelyssä sekä tarjoajien ja tarjousten arvioinnissa ja vertailussa itsessään avoimuuden periaatteen merkitys nousee esiin, kun julkaistaan tai olisi julkaistava kirjallinen päätös hankintalain 123 §:n mukaisesti. Reaalisen päätöksenteon kohdalla enemmän merkitystä onkin syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteella.

2.4 Suhteellisuusperiaate

2.4.1 Suhteellisuusperiaate EU-hallinto-oikeudessa

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (2012/C 326/01) 5 artiklan 4 kohdan mukaan ”unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi”. Tapauksessa C-376/08 Serrantoni ja Consorzio stabile edili EUT totesi, että SEUT:n vapaan liikkuvuuden periaatteiden rajoittaminen voi olla perusteltua kansallisen toimenpiteen seurauksena siltä osin, kun ”sillä pyritään yleisen edun mukaiseen hyväksyttävään tavoitteeseen ja toimenpiteellä voidaan taata tämän tavoitteen toteutuminen eikä sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi”¹¹⁵. Vaikka kyseisessä tapauksessa vapaan liikkuvuuden rajoittaminen ei ollut hyväksyttävää, lainaus kuvaa hyvin suhteellisuusperiaatteen merkitystä EU-oikeudellisesta näkökulmasta.

Suhteellisuusperiaate on EU-oikeudessa yleisellä tasolla vakiintunut jo 1960-luvulla. Suhteellisuusperiaate täytti oikeuskäytännössä puuttuvien perusoikeuksien aukon turvaamalla yksityisten asemaa kohtuuttomia velvoitteita vastaan. Suhteellisuusperiaatteella olikin oma osansa myös yhteisön oikeuden perusoikeusdoktriinin muodostumisessa.¹¹⁶ Suhteellisuusperiaate tuli osaksi unionin primäärioikeutta Maastrichtin sopimuksessa, jota ennen se oli yhdenvertaisuuden periaatteen tavoin osa kirjoittamattomia yleisiä unionin

¹¹⁴ Eskola et. al. 2017, s. 546.

¹¹⁵ Asia C-376/08, Serrantoni ja Consorzio stabile edili, kohta 44.

¹¹⁶ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 34–35.

oikeusperiaatteita.¹¹⁷ Suhteellisuusperiaatteen tehtävänä on toteuttaa oikeudellista kontrollia hallinnollisessa vallankäytössä. Unionin yleisenä oikeusperiaatteena suhteellisuusperiaate toimii kahdella tasolla. Sitä sovelletaan sekä yksittäisten tapausten arvioinnissa, mutta sen kautta myös rajoitetaan EU:n toimielinten norminantovaltaa.¹¹⁸

Yksittäistapauksia koskevissa suhteellisuusperiaatteen soveltamistilanteissa periaatteella on myös erilaisia olomuotoja. Käytettyjen keinojen oikeasuhtaisuus tavoiteltaviin päämääriin nähden on suhteellisuuden suppea määritelmä ja samalla suhteellisuusperiaatteen keskeisin vaatimus. Keinojen ja päämäärien oikeasuhtaisuus ilmenevät julkisten intressien ja yksilön oikeusaseman asettuessa vastakkain. Sellaisia päätöksiä tehdessä, joissa julkiseen intressiin perustuen rajoitetaan yksilön oikeusasemaa tai velvoitetaan tätä johonkin, on eri näkökulmat tasapainotettava.¹¹⁹ Suhteellisuusperiaatteen toinen elementti on, että toimen on oltava asianmukainen ja soveltuva asetettuihin tavoitteisiin nähden. Tämä tarkoittaa, että valittujen keinojen on oltava välttämättömiä ja niiden avulla on voitava saavuttaa tavoitteet. Tässä edellytyksenä on, että keinojen valinnassa on olemassa vaihtoehtoja. Mahdollisuuksien mukaan on myös valittava vähiten rajoittava keino. Tietty toimenpide on sovelias, jos käytettävissä ei ole lievempiä keinoja tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi.¹²⁰

2.4.2 Suhteellisuusperiaate julkisissa hankinnoissa

Hankintalain vuonna 2016 voimaan tullessa uudistuksessa avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden merkitys kasvoi etenkin kansallisten hankintojen sekä sosiaali- ja terveystalushankintojen kohdalla. Suhteellisuusperiaatteen välityksellä pyrittiin samalla keventämään syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden edellyttämien sääntöjen aiheuttamaa taakkaa vähäisemmissä hankinnoissa. Tavoitteena oli siis, että avoimuutta ja syrjimättömyyttä turvaavat säännöt eivät olisi osapuolille suhteettoman raskaita hankinnan luonne ja arvo huomioiden.¹²¹

Vuoden 2004 hankintadirektiivi ei vielä sisältänyt suhteellisuusperiaatetta, vaikka johdanto-osan 2 kohdassa se mainitaankin perustamissopimuksen keskeisten hankintoja koskevien periaatteiden rinnalla. Kansallisella tasolla suhteellisuusperiaate oli kuitenkin sisällytetty periaatteita määrittäneeseen 2 pykälään. Direktiivitasolla suhteellisuusperiaate sisällytettiin

¹¹⁷ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 145.

¹¹⁸ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 163.

¹¹⁹ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 161–162.

¹²⁰ Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 159–160.

¹²¹ HE 108/2016 vp, s. 74.

julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita koskevaan artiklaan vuoden 2014 direktiivissä. Suhteellisuusperiaatteen ajatussisältö on julkisissa hankinnoissa sama, kuin EU-oikeudessa yleisesti. Eskolan et. al. mukaan suhteellisuusperiaatteen oikeasuhtaisuuden vaatimus merkitsee muun muassa, että tarjoajien soveltuvuusehtojen, kuten referenssien lukumäärän asettamisessa tulee huomioida hankinnan arvo ja sen luonne.¹²²

2.4.3 Suhteellisuusperiaate hankintaprosessissa

Muiden periaatteiden tapaan myös suhteellisuusperiaatteen vaikutus yltää läpi koko hankintaprosessin. Sen merkitys ei kuitenkaan yllä aivan samalle tasolle. Myös suhteellisuusperiaatteella on merkitystä hankinnan valmistelussa. Hankintalain 66 §:n mukaan ehdokkaan, tarjoajan tai tarjoajaan liittyvän yrityksen osallistuessa hankinnan valmisteluun hankintayksikön on varmistettava, että tämä ei vääristä kilpailua. Tähän äärimmäisin keino on, että hankintalain 81 §:n 1 momentin 8 kohdan mukaisesti hankintayksikkö voi sulkea kyseisen ehdokkaan tarjouskilpailun ulkopuolelle. Sen tarkastelussa, tuleeko ehdokas sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle valmistelun perusteella, tulee ottaa huomioon suhteellisuusperiaate.¹²³

Myös tarjouspyynnön sisällön vaatimusten on oltava suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Vaadittujen referenssien lisäksi tämä ulottuu myös soveltuvuusehtojen asettamiseen sekä hankintojen jakamiseen. Soveltuvuusehdot ja tarjouspyynnön vaatimukset liittyvät vahvasti tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden ja tarjoajien soveltuvuuden arviointiin sekä tarjousten vertailuun. Hankintayksikön asettamien omien soveltuvuusvaatimusten ja tarjouspyynnön vaatimusten kohdalla suhteellisuusperiaate korostuu jo tarjouspyyntöä valmistellessa, jossa nämä vaatimukset asetetaan. Sama koskee myös tarjousten vertailuperusteita, jotka asetetaan tarjouspyynnössä. Myös hankintamenettelyn on oltava suhteutettu hankinnan arvoon ja erityispiirteisiin etenkin kansallisissa hankinnoissa, sosiaali- ja terveystalushankinnoissa sekä erityisissä palveluhankinnoissa, joissa menettely keveni uuden hankintalain voimaan tullessa.¹²⁴

2.5 Hallintolain 6 §:n oikeusperiaatteet julkisissa hankinnoissa

Hankintalain soveltamisalueen ulkopuolella SEUT ja sen oikeusperiaatteet eivät ole ainoa merkittävä oikeuslähde, vaan normiperustaa löytyy myös hallintolain 6 §:n hallinnon

¹²² Eskola et. al. s. 34.

¹²³ Eskola et. al. s. 325.

¹²⁴ Eskola et. al. s. 35.

oikeusperiaatteista. Vaikka Eskolan et. al. mukaan hankintalain 3 §:n periaatteita sovelletaan myös hankintalain ulkopuolisissa hankinnoissa, KHO on oikeuskäytännössään nojannut hankintalain ulkopuolisissa hankinnoissa myös hallintolain 6 §:n oikeusperiaatteisiin.¹²⁵ Tapauksessa KHO 2022:75, tuomioistuin sovelsi pienhankintaan hallintolain 6 §:n suhteellisuusperiaatetta, koska hankintalaki ei soveltunut tapaukseen. Se kuitenkin totesi, että hankintalain 3 §:n periaatteista on johdettava tulkinta-apua myös hallintolain periaatteita sovellettaessa.¹²⁶

Nenosen mukaan hallintolain 6 §:n yhdenvertaisuuden periaatteesta ei voida johtaa avoimuusvelvollisuutta, joka velvoittaisi hankintayksiköitä ilmoittamaan hankintalain soveltamisalan ulkopuolisista hankinnoistaan. Hankintalain ulkopuolella ei myöskään Nenosen mukaan ole löydettävissä normipohjaa kilpailuttamisvelvoitteen muodostamiselle.¹²⁷ Voutilainen ja Määttä korostavat kuitenkin hallinnon oikeusperiaatteiden edellyttämää tasapuolisen kohtelun periaatetta viranomaistoiminnassa, ja toteavat, että kilpailuttamisvelvollisuutta on noudatettava *lähtökohtaisesti* myös hankintalain soveltamisalueen ulkopuolella.¹²⁸ Määttä ja Voutilainenkin toteavat velvoitteen varauksen kanssa, mikä korostaa sitä, että velvoitteen toteutumisessa on omat epäselvyytensä.

¹²⁵ Eskola et. al 2017, s. 33

¹²⁶ KHO 2022:75.

¹²⁷ Nenonen 2011, s. 64.

¹²⁸ Määttä & Voutilainen 2017, s. 113 ja alaviite 189.

3 HANKINTOJEN JAKAMINEN OSIIN PK-YRITYSTEN OSALLISTUMISEN KEHITTÄJÄNÄ

3.1 Pk-yritysten osallistuminen julkisissa hankinnoissa EU-lähtöisenä tavoitteena

Hankintadirektiivit eivät ennen vuoden 2004 direktiiviä sisältäneet samanlaisia yhteiskunnallisia tavoitteita, joita niistä tällä hetkellä löytyy. Yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden kehitys julkisissa hankinnoissa sai kuitenkin alkunsa jo 90-luvun aikana. Vuonna 1996 julkaistussa julkisia hankintoja koskevassa vihreässä kirjassa komissio nosti esiin unionin julkisten hankintojen politiikan suhteen muihin unionin politiikan lohkoihin, kuten pk-yritysten asemaan, ympäristösektorille sekä sosiaalipolitiikkaan. Kirjassa huomioitiin muun muassa, että pk-yritysten osallistumisessa oli ongelmia hankintamenettelyjen avautumisesta huolimatta. Lisäksi nähtiin kannattavana kehittää ohjeita pk-yrityksille liittyen muun muassa hankintojen jakamiseen osiin. Julkisten hankintojen roolia pk-yritysten aseman parantamisessa oli tarkasteltu komission toimesta jo ennen vihreän kirjan julkaisemista. Komissio oli muun muassa julkaissut 1990-luvun alussa lukuisia tiedonantoja liittyen pk-yritysten osallistumiseen ja asemaan julkisissa hankinnoissa.¹²⁹

Pk-yrityksen käsitteellä tarkoitetaan pieniä ja keskisuuria yrityksiä. Tässä tutkimuksessa sekä siinä käytetyissä Euroopan unionin lähdemateriaaleissa pk-yrityksen määritelmänä käytetään EU:n komission suosituksen mikroyritysten sekä pienten ja keskisuurten yritysten määritelmästä (2003/361/EY) antamaa linjausta. Linjauksen mukaan pk-yrityksen määritellään henkilöstön määrän ja liikevaihdon tai taseen suuruuden perusteella. Lukeutuakseen pk-yritykseksi, yrityksen henkilöstön kuuluu olla alle 250 henkilöä ja liikevaihto saa olla korkeintaan 50 miljoonaa euroa, tai tase saa olla korkeintaan 43 miljoonaa euroa. Useammasta yhtiöstä koostuvista konserneista lasketaan näissä tapauksissa koko konsernin arvo, eikä suuren yhtiön tytäryhtiötä voida esimerkiksi lukea pk-yritykseksi. Myöskään yrityksiä, joiden pääomasta tai päätösvallasta yli 25 % tulee julkisilta toimijoilta, ei lueta pk-yritykseksi.

Kirjoitetun lainsäädännön tasolle yhteiskuntapoliittiset tavoitteet pääsivät vasta vuoden 2004 hankintadirektiivissä. Hankintasopimuksen tekoperusteita määrittävässä 53 artiklassa lisättiin kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteiden listaan ympäristöystävällisyyden kriteeri, mikä osaltaan voidaan tulkita tiennäyttäjäksi sosiaalisten vaikutusten ja pk-yritysten osallistumisen sisällyttämiseksi direktiivitasolle. Kyseisessä direktiivissä pk-yritysten osallistuminen ylsi

¹²⁹ Euroopan komissio 1996, s.4, s. 32-35.

kuitenkin vasta johdanto-osaan. Yksi hankintadirektiivin tavoitteista on julkisten hankintojen markkinoiden avaaminen sekä markkinoille pääsyn turvaaminen.¹³⁰ Kansallisella tasolla myös pk-yritysten osallistumisen kehittäminen on päässyt ohjeiden ja suositusten lisäksi lainsäädännön tasolle yhdeksi hankintalain 2 §:ssä ilmaistuksi lain tavoitteeksi.

Hankintojen jakaminen on yksi pk-yritysten osallistumiseen tähtäävä keino, joka määritetään nykyään myös hankintalainsäädännössä. Hankinnan jakaminen pienentää sopimusten kokoa, jonka tarkoitus on helpottaa pk-yrityksen kynnystä osallistua tarjouskilpailuun. Pk-yrityksille esitetyn kyselyn mukaan yli kaksi kolmasosaa vastanneista pk-yrityksistä oli osallistunut ainoastaan alle 200 000 euron suuruisiin kilpailutuksiin.¹³¹ Marechal ja Morand totesivat omassa hankintojen jakamista ja alihankintoja vertailevassa tutkimuksessaan, että hankintojen jakaminen tuottaa sekä paremmin voittoa pk-yritykselle, että matalammat kustannukset hankintayksikölle, kuin tilanne, jossa pk-yritys toimisi alihankkijana.¹³² Sen lisäksi, että hankintojen jakaminen helpottaa pk-yritysten osallistumista, se voikin myös tehostaa julkisten varojen käyttöä.

Hankintojen jakamisen hyödyllisyydestä on tehty tutkimusta taloustieteellisestä näkökulmasta. De Brux ja Desrieux tarkastelivat palveluhankintojen jakamisen seurauksia sekä hinnan, että palvelun laadun näkökulmasta. Hinnan puolesta he toteavat, että hankinnan jakaminen lisää tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien määrää, joka puolestaan laskee hankintayksikön maksamaa hintaa. He kuitenkin näkevät, että hankinnan jakaminen osiin laskee palvelun laatua, koska innovaatioiden hyödyntäminen hankinnan kohteena olevan palvelun toteuttamisessa edellyttää kokonaisuutena tehdyn hankinnan suurempaa skaalaa. Näin ollen hankinnan jakaminen osiin pienentää tarjoajiin kohdistuvaa kannustinta parantaa palvelun laatua. De Brux ja Desrieux toteavat, että näiden seikkojen vuoksi hankintojen jakaminen sopisi keinona sellaisiin palvelusopimuksiin, jotka ovat helposti kuvattavissa ja, joissa ei ole juurikaan innovatiivisia keinoja kehittää palvelun laatua. Esimerkkinä jakamiseen soveltuvasta hankinnasta he käyttävät pysäköintipalvelua ja soveltumattomasta kouluruokailujen järjestämisestä.¹³³ Tutkimuksessa ei kuitenkaan erikseen huomioitua hankintojen jakamisen päällimmäistä tavoitetta, joka on pk-yritysten osallistumisen parantaminen.

¹³⁰ Nenonen 2009b, s. 7.

¹³¹ Neimala & Saariketo 2014, s. 37.

¹³² Marechal & Morand 2012, s. 15.

¹³³ de Brux & Desrieux 2012, s. 13, 18.

Flynn ja Davis toteavat, että pk-yritysten osallistumista edistäviä toimintaohjelmia on julkaistu ahkerasti osana laajempaa tavoitetta käyttää julkisia hankintoja pienten yritysten tukena. Näiden toimintaohjelmien täytäntöönpano on kuitenkin jäänyt vajaaksi. Tutkijat painottavatkin, että pk-yritysten osallistumista tukevat toimenpiteet valtiohallinnon tasolla eivät itsessään muuta julkisten hankintojen toimintaympäristöä.¹³⁴ Loaderin mukaan kyse ei ole siitä, että hankintayksiköt eivät haluaisi työllistää pk-yrityksiä, vaan siitä, että niiden päätavoite on tehokas hankintojen toteuttaminen value for money-ajattelun kautta.¹³⁵ Hankintojen jakaminen on ollut yksi pk-yritysten osallistumista korostavan poliittisen retoriikan pääkeinoista, mutta hankintayksiköiden toiminta ei ole vastannut näitä tavoitteita.¹³⁶

Finanssikriisin seurauksena pk-yritysten osallistumiseen julkisissa hankinnoissa on ryhdytty panostamaan enemmän EU-tasolla. Osasyynä tälle on, että pk-yritysten on havaittu kärsivän muita yrityksiä enemmän talouden kääntyessä laskuun.¹³⁷ Flynn ja Davis toteavat, että pk-yritysten osallistumisen kehittämiseen tähtäävä tavoite voi kuitenkin olla ristiriidassa muiden hankintayksiköihin kohdistuvien vaatimusten kanssa. He myös toteavat tutkimuksessaan, että pk-yritysten osallistumiseen tähtäävien toimintaohjelmien noudattaminen on ollut heikointa juuri tärkeimpien keinojen, kuten hankintojen jakamisen kohdalla. Flynn ja Davis arvioivat, että puutteet hankintojen jakamisessa johtuvat siitä aiheutuvista transaktiokustannuksista sekä puutteista hankinta- sekä sopimusoikeudellisessa osaamisessa.¹³⁸

Glas ja Eßig puolestaan tarkastelivat omassa tutkimuksessaan sitä, onko hankintojen jakaminen osiin ylipäättään hyödyllinen keino edistää pk-yritysten osallistumista julkisissa hankinnoissa. Siinä missä muissa hankintojen jakamista ja pk-yritysten osallistumista tarkastelleissa tutkimuksissa tämä oli ollut oletuksena, Glas ja Eßig tarkastelivat tätä suhdetta konkreettisesti. He tulivat tutkimuksessaan siihen lopputulokseen, että hankinnan osien määrän kasvaessa, pk-yritysten osuus ei kasva samaa tahtia. He toteavat kuitenkin, että hankinnan arvon kasvaessa, pk-yritysten todennäköisyys voittaa tarjouskilpailu laskee vastaavasti.¹³⁹

3.2 Hankintojen jakamisen ja pk-yritysten osallistumisen kehitys käytännössä EU-tasolla

3.2.1 Vuoden 2014 Tutkimus pk-yritysten pääsystä EU:n hankintamarkkinoille

¹³⁴ Flynn & Davis 2015, s. 1.

¹³⁵ Loader 2007, s. 7.

¹³⁶ Flynn & Davis 2015, s. 5.

¹³⁷ Flynn & Davis 2016, s. 3.

¹³⁸ Flynn & Davis 2016, s.4, 10.

¹³⁹ Glas & Eßig, 2018, s.5, 9–10.

EU:n toimeksiantona julkaistiin 2014 tutkimus pk-yritysten pääsystä julkisten hankintojen markkinoille. Tutkimus oli jatkoa vuonna 2004 tehdylle samankaltaiselle tutkimukselle. Tutkimus tarkasteli julkisia hankintoja vuosilta 2001–2005 ja koostui pääosin tilastoista ja niiden selityksistä. Hankintatilastojen lisäksi tutkimuksessa haastateltiin sekä hankintayksiköitä, että tarjoajia.

Vuosina 2002-2005 niistä hankinnoista, joissa riittävät tiedot olivat ilmaistu, määrällisesti 23,7 % oli jaettu osiin. Rahallisesti osiin jaettujen hankintojen osuus oli kuitenkin 39,8 %. Jakamattomien sopimusten keskiarvo oli 2,2 miljoonaa euroa, kun taas osiin jaettujen sopimusten keskiarvo oli 991 tuhatta euroa, mikä kuvaa hyvin hankintojen jakamisen merkitystä yrityksille, joiden rakenne ja volyymi ei sovellu suurempiin hankintoihin. Sama painotus näkyy myös tutkimuksen esittämästä tilastosta, jonka mukaan pk-yritysten osuus alle 100 000 € arvoisista hankinnoista oli 73 %, kun taas yli 2 miljoonan euron arvoisissa hankinnoissa enää 33 %.¹⁴⁰

Tutkimuksen mukaan vuonna 2005 pk-yritysten osuus hankintasopimuksista oli Suomessa vanhempien EU-maiden kärkipäätä ja pk-yritysten osuus sopimusten kokonaismäärästä oli 51 %. Pienemmissä maissa kuten Suomessa pk-yritysten osuus olikin yleiselläkin tasolla suurempi, johtuen kansallisesta talouden rakenteesta.¹⁴¹ Tutkimuksessa haastateltiin myös tarjoajayrityksiä ja esiteltiin heidän näkemyksiään pk-yritysten mahdollisuuksista. Vastanneista yrityksistä 11 % koki hankintasopimusten suuren koon haittaavan tarjousten tekemistä jatkuvasti tai usein, ja ylipäätään haasteita suurista sopimuskoista aiheutui 53 %:lle yrityksistä, vaikka ei kuitenkaan erityisen usein. Kuten voisi odottaakin, sopimusten suuri koko oli ongelma eniten pienimmille yrityksille.¹⁴² Tutkimuksessa haastatellut tarjoajat näkivät, että pk-yritysten aseman parantamisessa julkisissa hankinnoissa yksi keskeisistä keinoista olisi hankintojen jakaminen osiin.¹⁴³

3.2.2 EU:n sisämarkkinoiden tulostaulu

EU:n sisämarkkinan tulostaulu on Euroopan komission julkaisema työkalu, jonka avulla seurataan jäsenvaltioiden toimintaa sisämarkkinoiden kehittymisen kannalta. Yhtenä tulostaulun osa-alueena on julkiset hankinnat, joka jakaantuu vielä erikseen omiin osa-

¹⁴⁰ Vincze 2014, s. 45, 49.

¹⁴¹ Vincze 2014, s. 48.

¹⁴² Vincze 2014, s. 74-75.

¹⁴³ Vincze 2014, s. 21–22.

alueisiinsa.¹⁴⁴ Oma osa-alueensa on pk-yritysten osallistuminen hankinnoissa, joskin sen painoarvo tulostaulussa on vain yksi kolmasosa muihin osiin nähden. Pk-yritysten osallistumisen jakautuu tulostaulussa vielä erikseen pk-yritysten määrälliseen osuuteen hankintasopimuksista, pk-yritysten määrälliseen osuuteen tehdyistä tarjouksista sekä osiin jaettujen hankintojen osuuteen hankintojen kokonaismäärästä. Kokonaisuudessaan arvosanat jakautuvat käytännössä hyvään, tyydyttävään ja huonoon. Tämä koskee sekä kokonaisarvosanaa julkisten hankintojen kohdalla, että kutakin yksittäistä osa-aluetta.¹⁴⁵

Kokonaisuudessaan 12 osa-alueen yhteistuloksena Suomen arvosana on hyvä. Pk-yritysten osallistumisen kohdalla Suomi saa kuitenkin hyvän arvosanan ainoastaan pk-yritysten osuudesta hankintasopimuksista. Hankintojen jakamisessa osiin Suomi onkin tulostaulussa asetetun tavoitteen alapuolella. Suomen osalta on kuitenkin huomioitava, että osiin jaettujen hankintojen määrä on noussut tasaisesti viime vuosina nykyiseen 28 %:n osuuteen, joten kehitystä on kuitenkin havaittavissa.¹⁴⁶ Kaiken kaikkiaan Suomen edellä oli osiin jaettujen hankintojen kohdalla 16 maata 30:stä, joten Suomi oli EU-tasolla keskitasolla. Sen lisäksi, että Suomi jää hankintojen jakamisen osalta EU:n sisämarkkinoiden tulostaulun asettaman tavoitteen alle, se on myös EU-maiden mediaanin alapuolella. Siinä missä vuoden 2002–2005 aikana aiemman tutkimuksen mukaan keskimäärin 23,7 % hankinnoista oli jaettu osiin, tulostaulussa 27:stä EU-maasta 18 maan osuus oli 24 % tai enemmän. Tarjolla olevista luvuista ei voida laskea koko EU:n keskiarvoa, mutta EU-maiden mediaani jaettujen hankintojen osuuden kohdalla oli 33 % vuodelta 2020. Voidaankin havaita, että hankintayksiköiden taipumus jakaa hankintoja osiin on noussut vuosien aikana.¹⁴⁷

On huomionarvoista myös tarkastella julkisten hankintojen osiin jakamisen osuuden arviointia. Huonon arvosanan sai, jos osiin jaettujen hankintojen osuus oli alle 25 %. Hyvään arvosanaan tarvittiin 40 %:n osuus.¹⁴⁸ Tulostaulussa itsessään ei perustella sen tarkemmin, miten annetut prosenttiluvut määritellään. Niistä on kuitenkin havaittavissa, mitkä EU:n asettamat tavoitteet on osiin jaettujen hankintojen osuuden kohdalla. Vuosina 2002–2005 osiin jaettujen hankintojen osuus määrällisesti oli 23,7 % kaikista hankinnoista. Vuonna 2020 EU-valtiosta ainoastaan yhdeksän jäi tämän luvun alle. Vaikka koko unionin keskiarvolukemaa ei pysty tilastoista laskemaan, on selkeää, että osiin jaettujen hankintojen osuus on noussut. Jaettujen

¹⁴⁴ valtioneuvosto.fi

¹⁴⁵ Euroopan Komissio – Single market scoreboard.

¹⁴⁶ Euroopan Komissio – Single market scoreboard.

¹⁴⁷ Euroopan Komissio – Single market scoreboard.

¹⁴⁸ Euroopan Komissio – Single market scoreboard.

hankintojen osuuden kehityksessä onkin nähtävissä panostus, joka pk-yritysten osallistumisen kehitykseen on laitettu sekä ohjeiden ja suositusten, mutta myös lainsäädännön muodossa.

3.2.3 Vuoden 2019 analyysi pk-yritysten osallistumisesta julkisissa hankinnoissa

Vuonna 2019 julkaistiin Euroopan komission sisämarkkinoiden, teollisuuden, yrittäjyyden ja pk-yritysten pääosaston toimeksiannosta analyysi pk-yritysten osallistumisesta hankintamarkkinoille, sekä keinoista sen kehittämiseksi. Analyysi toteutettiin vuosien 2011–2017 hankintojen aineiston perusteella, eli vanhemmasta aineistosta, kuin tuorein sisämarkkinoiden tulostaulu. Analyysissa kuitenkin luodaan tarkempi kuva julkisista hankinnoista, sekä myös hankintojen jakamisesta osiin. Analyysi ei myöskään ole täysin verrattavissa sisämarkkinoiden tulostauluun, koska osa indikaattoreista laskettiin eri tavalla, sekä pk-yritysten määrittely toteutettiin hieman eri tavalla.¹⁴⁹

Ylipäättään tutkimusjaksolla pk-yritysten osallistuminen hankinnoissa kohosi 58 %:sta 65 %:iin. Sopimusten arvon osalta pk-yritysten osuus ajanjaksolla oli 33 %. Tutkimuksen mukaan hankintojen jakaminen osiin oli pk-yrityksystävälliseksi nähdystä käytännöistä ainoa, jolla oli selkeää konkreettista vaikutusta pk-yritysten suhteelliseen osallistumiseen. Ennakoilmoituksista, puitejärjestelyistä tai hinta-laatusuhteen käyttämisestä ei analyysissa havaittu olevan käytännön vaikutusta siihen, kuinka suuri osuus hankinnoista päätyi pk-yritysten toteutettavaksi.¹⁵⁰ On kuitenkin otettava huomioon myös se, että pk-yrityksen osallisuuteen hankinnoissa vaikuttavat myös monet muut hankintayksiköiden pk-yritysten etua ajavat toimet, jotka eivät ole samalla tavalla mitattavissa kuin yllä olevat muuttujat. Esimerkiksi koulutuksen lisääminen hankintoihin liittyen ei sellaisenaan näy tilastoissa, mutta voi tuottaa huomattavaa etua.

Suomessa pk-yritysten osuus hankinnoista tutkimuksen ajanjaksona oli jokseenkin unionin keskiluokkaa, sen ollessa sopimusten määrän kohdalla 62 %. Kun lukua verrataan vuosien 2002–2005 lukuihin (51 %) voidaan havaita yli kymmenen prosenttiyksikön nousu.¹⁵¹ Sisämarkkinoiden tulostaulun mukaan pk-yritysten osuus sopimusten määrästä on pysynyt samalla tasolla 62 %:ssa myös vuonna 2020, vaikka laskutavat eivät olekaan täysin vastaavia.¹⁵² Yleisenä huomiona voidaan kuitenkin havaita, että pk-yritysten osuus hankintasopimusten määrästä ei ole sidoksissa yksinomaan siihen, kuinka hyvin pk-yritysten asemaa edistetään

¹⁴⁹ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 31.

¹⁵⁰ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 19–21.

¹⁵¹ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 39.

¹⁵² Euroopan komissio – Single market scoreboard

yhteiskuntapoliittisilla tavoitteilla. Merkitystä on myös valtioiden koolla ja teollistumisasteilla. Esimerkiksi pienet ja uudet jäsenmaat kuten Liechtenstein ja Malta ovat pk-yritysten osallistumisasteissa analyysin kärkipäätä, kun taas suuret ja pitkälle teollistuneet jäsenvaltiot, kuten Ranska, Espanja ja Italia ovat häntäpäässä.¹⁵³

Tutkimuksen kannalta erittäin merkittävää on analyysissa esiin tuodut tiedot hankintojen jakamisesta osiin. Analyysissa tuodaan esiin hankintojen jakamisen todellinen vaikutus pk-yritysten osallistumiseen tilastotietoihin perustuen. Pk-yritysten kannalta eniten merkitystä on paikallisilla hankinnoilla. Alueellisten hankintayksiköiden, kuten esimerkiksi kuntien hankinnoissa pk-yritysten osuus hankintasopimusten määrästä oli suurin. Pk-yritysten osuus olikin suurin hankinnoissa, joissa voittaja sijaitti samalla alueella hankintayksikön kanssa. Osuus myös laski sekä sitä mukaa, kun etäisyys hankintayksikköön kasvoi.¹⁵⁴ Paikallisten pk-yritysten suuremman osuuden kohdalla on huomioitava se, että syrjimättömyyden periaatteen perusteella paikallisten yritysten suosiminen ei ole sallittua. Luonnollista kuitenkin on, että yritykset, ja etenkin pienet ja keskisuuret sellaiset keskittyvät toiminnassaan lähialueilleen.

Analyysista on selkeästi havaittavissa, että pk-yrityksillä on suurempi todennäköisyys voittaa arvoltaan pienempiä hankintoja. Kynnys, jonka jälkeen pk-yritysten osuus hankintasopimuksista alkaa laskea on 300 000 €. Parhaimmillaan pk-yritysten osuus yltää 65 prosenttiin hankinnan arvon ollessa 30 000 euron ja 300 000 euron välillä. Yli viiden miljoonan euron arvoisista hankintasopimuksista pk-yrityksille päätyy enää 44 %. Sopimusten arvon kohdalla osuuden pieneneminen korostuu etenkin kaikista pienimpien mikroyritysten kohdalla.¹⁵⁵

Hankintojen jakaminen on yksi tärkeimmistä keinoista helpottaa pk-yritysten osallistumista tarjouskilpailuihin julkisista hankinnoista. Pienemmät sopimukset helpottavat työtaakkaa ja tekevät prosessista pk-yrityksille hallittavampaa. Tutkimuksen ajanjaksolla tulikin voimaan uusi hankintadirektiivi, joka myös tutkimuksen loppuvaiheessa oli suuressa osassa jäsenvaltioita myös implementoitu kansalliselle tasolle. Hankintadirektiivissä hankintojen jakamisesta tehtiinkin uusi normi, josta poikkeaminen ei ole kiellettyä, mutta se on perusteltava. Tämän tarkoituksena on nimenomaan madaltaa pk-yritysten kynnystä osallistua julkisiin

¹⁵³ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 39.

¹⁵⁴ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 51–52.

¹⁵⁵ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 54.

hankintoihin.¹⁵⁶ Artiklan vaikutusta ei vielä tarkastelussa olevan analyysin pohjalta voi kuitenkaan havaita varmasti, koska Suomessakin uusi hankintalaki tuli voimaan vasta 2017.

Tutkimuksessa havaittiin, että pk-yritysten osuus on suurempi osiin jaetuissa hankinnoissa kuin niissä hankinnoissa, joita ei ole jaettu. Jakamattomissa hankinnoissa pk-yritysten osuus oli vuosien 2011–2017 aikana 62 %, ja osiin jaettuna parhaimmillaan 65 %. Ero ei ole järisyttävä, mutta silti selkeä verrattuna esimerkiksi puitejärjestelyjen, ennakoilmoitusten tai hintalaatusuhteen hyödyntämiseen, jossa edes ylemmän kaltaista kolmen prosentin muutosta ei ollut havaittavissa.¹⁵⁷ Selkeää on myös se, että pk-yritysten osallistumisen kehitys ei ole seurausta pelkästään hankintojen jakamiseen panostamisesta, vaan hankintayksiköiden enemmän pk-yrityksiä huomioivasta näkökulmasta.

Hankintojen jakamisen kohdalla keskeistä on myös se, kuinka moneen osaan hankinta jaetaan. Verrattuna hankintoihin, joissa osiin jakamista ei olla tehty, pk-yritysten osuus nousee tasaisesti siihen asti, kun osia on 10–19. Niissä tapauksissa, joissa hankinta jaetaan kahteenkymmeneen tai useampaan osaan, pk-yritysten osuus on merkittävästi pienempi. Hankinnan osien määrän kasvaessa tästä ylöspäin, pk-yritysten osuus hankinnoista pienenee vastaavasti. Näin ollen pk-yritysten näkökulmasta myös hankintojen jakamisella on rajansa. Pk-yritysten osuus voitetuista hankinnoista onkin parempi tilanteessa, jossa hankintaa ei jaeta, kuin sellaisessa, jossa hankinta on jaettu yli 20 osaan.¹⁵⁸

Hankinnan osien määrä ei ole aiemmin ollut varsinaisesti keskustelun kohteena. Aikaisemmissa EU:n asiakirjoissa sekä aikaisemmissa pk-yritysten osallistumista tarkastelleissa tutkimuksissa hankintojen jakamiseen on suhtauduttu vain yleisellä tasolla. Tulosten perusteella on kuitenkin selkeästi havaittavissa, että pelkkä hankintojen jakaminen itsessään ei lisää pk-yritysten osallistumista. Pk-yritysten osallistumisen väheneminen hankinnan osien määrän ollessa yli 20, on huomattavasti selkeämmin havaittavissa, kuin pk-yritysten osallistumisen kasvaminen muuten hankintojen jakamisessa osiin. Tätä selitetään sillä, että pk-yritykset pärjäävät paremmin rakennusurakoissa, joissa osia harvemmin on yli kahtakymmentä. Yli 20 osaan jaetut hankinnat koostuivat taas usein tavarahankinnoista, joissa pk-yritykset eivät ole yhtä keskeisessä roolissa.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Euroopan komissio et. al. 2019, s 58-59.

¹⁵⁷ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 59, s. 21.

¹⁵⁸ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 59.

¹⁵⁹ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 59–60

Sitä mukaa kuin hankintasopimuksen kokonaisarvo kasvaa, pk-yritysten osuus hankinnoista laskee siitä huolimatta, onko hankintaa jaettu osiin vai ei. Hankinnan kokonaisarvolla on kuitenkin merkitystä siihen, kuinka paljon hyötyä pk-yrityksille on hankinnan jakamisesta osiin. Hankinnan kokonaisarvon ollessa alle 300 000 €, ei osiin jakamisesta ole pk-yrityksille nähtävissä hyötyä, koska näin alhaisiin sopimuksiin pk-yrityksillä on mahdollisuus osallistua ilmankin hankinnan jakamista. Hankinnan arvon noustessa 300 000 eurosta ylöspäin hankintojen jakamisesta on kuitenkin havaittavissa selkeä etu pk-yrityksille, kunhan osia on alle 20.¹⁶⁰

Vuosien 2011–2017 aikana 22,5 % analyysissa tarkastelluista hankinnoista oli jaettu osiin. Tämä on alhaisempi, kuin vuosien 2002–2005 tutkimuksessa (23,5 %), mikä voi osittain selittyä eroilla laskutavoissa. Tulokset eivät ole siis täysin vertailtavissa. Suomen lukujen osalta löytyy eroavaisuuksia EU:n sisämarkkinoiden tulostaulussa esitettyihin lukuihin, vaikka lukujen välillä on myös ajallista eroa. Tutkimuksen mukaan Suomessa vuosina 2011–2017 vain 6,8 % hankinnoista jaettiin osiin, vaikka sisämarkkinoiden tulostaulun mukaan sama luku oli 28 %. On kuitenkin huomioitava, että komission vuoden 2019 tutkimuksen lähteenä valtiokohtaisten tietojen osalta oli hankintojen jälki-ilmoitukset ja sisämarkkinoiden tulostaulussa hankintojen jakamista tarkasteltiin tarjousten pohjalta.¹⁶¹ Vaikutusta tietojen tarkkuuteen voi myös olla sillä, että kaikissa yllä esiteltyissä analyyseissa kohteena on ollut vain EU-kynnysarvon ylittävät hankinnat.

Vuosien 2011 ja 2017 välillä osiin jaettujen hankintojen määrän kasvu on käytännössä ollut merkittävää Suomessakin (1,5 % → 20,4). Myös pk-yritysten osuus hankintojen määrästä Suomessa vuosien 2011–2014 ja 2014–2017 välillä nousi myös 59,2 %:sta 66,9 %:iin.¹⁶² Vaikka tutkimuksen esittämät tilastot eivät täysin ole verrattavissa EU:n sisämarkkinoiden tulostaulun vastaaviin lukuihin, molemmat osoittavat kasvua sekä EU:n tasolla, että myös Suomessa. Analyysi tarjoaa myös uutta tietoa siitä, missä tilanteissa hankintojen jakamisesta on hyötyä, koska se ei kaikissa tilanteissa välttämättä edistä pk-yritysten osallistumista halutulla tavalla. Kaikista pienimpiä (alle 30 000 €) hankintoja ei ole käytännöllistä tutkimuksen mukaan jakaa osiin, eikä myöskään suuri osien määrä (yli 20) nosta pk-yritysten osallistumisen tasoa, vaan pikemminkin laskee sitä.

¹⁶⁰ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 60.

¹⁶¹ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 61–62.

¹⁶² Euroopan komissio et. al. 2019, s. 150-151.

Analyysistä tuodaan esiin myös hankintojen jakamisen kehitystä hidastavana tekijänä sen vaatimat resurssit. Osiin jaetut hankinnat vaativat useamman projektin samanaikaista hallintaa, mikä edellyttää hankintayksiköiden henkilöstöltä enemmän hankintaosaamista. Analyysissä kuitenkin ilmaistaan vastapainona osana kyselyä vastanneen viranomaisen lausunto siitä, että hankintojen jakamisen aiheuttamat lisäkustannukset ovat hallittavissa, koska hankintayksikön on käsiteltävä samat tiedot riippumatta siitä, onko hankinta jaettu yhteen tai useampaan osaan.¹⁶³

¹⁶³ Euroopan komissio et. al. 2019, s. 156.

4 HANKINTOJEN PILKKOMISKIELTO

4.1 Pilkkomiskielto hankintalain ja hankintadirektiivin näkökulmasta

Hankintalain 31 §:n mukaan hankintaa ei saa jakaa eriin tai sen arvoa laskea poikkeuksellisin menetelmin hankintalain soveltamisen välttämiseksi. Tavara- ja palveluhankintoja ei myöskään saa liittää rakennusurakkaan tai muutoin keinotekoisesti yhdistellä hankintalain soveltamisen välttämiseksi. Keskeinen ero hankintojen keinotekoisesta pilkkomisesta ja sallitusta jakamisesta välillä onkin se, noudatetaanko hankinnan toteuttamisessa hankintalain säännöksiä. Osiin jakaminen ja hankintojen yhdistely onkin sallittua, jos siitä ei seuraa hankinnan jääminen hankintalain soveltamisalueen ulkopuolelle. Hankintalain 2.3 §:n mukaan hankinnat on toteutettava tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina. Hankintalain 31 §:n asettama pilkkomiskielto toteuttaa tätä tavoitetta.

Pilkkomiskiellon määrittävän hankintalain 31 §:n esitöissä todetaan, että luontevasti samanaikaisesti kilpailuttavien samantyyppisten hankintojen olisi katsottava kuuluvan samaan hankintakokonaisuuteen.¹⁶⁴ Samaan hankintakokonaisuuteen kuulumisesta seuraa, että hankintamenettelyssä tulee noudattaa hankinnan kokonaisarvon mukaisia menetelmiä, vaikka hankinta jaettaisiinkin osiin. Pilkkomiskieltoasäännös juontaa juurensa jo vuoden Euroopan neuvoston direktiiviin 77/62/EY julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta. Pilkkomiskiellon asiasisältö onkin pysynyt sama vuodelta 1977 direktiivistä asti. Oma pilkkomiskielto koskevaa artiklaa ei hankintadirektiiveistä löydy vaan se on käsitelty osana hankinnan ennakoitun arvon laskemista. Ennakoidun arvon laskeminen onkin käytännössä sidoksissa pilkkomiskieltoon ja pakollinen toimenpide ennen kuin pilkkomiskiellon soveltumista voidaan edes arvioida.

Pilkkomiskielto ei rajoitu pelkästään EU-kynnysarvojen ylittymistä arvioidessa, vaan sitä tulisi tarkastella myös kansallisten kynnysarvojen yhteydessä.¹⁶⁵ Oleellista kuitenkin on, että samaan hankintakokonaisuuteen kuulumisen ei tarkoita, että hankintaa ei saisi jakaa osiin. Merkitystä on sillä, että hankintakokonaisuuden arvon ylittäessä kansallisen kynnysarvon, on siinä noudatettava hankintalain menettelysääntöjä. Hankinnan jakaminen osiin on jo ensimmäisistä hankintadirektiiveistä alkaen ollut mahdollista, kunhan hankinnat osat kilpailutetaan lain menettelytapavaatimusten mukaan.

¹⁶⁴ HE 108/2016 vp. s. 121.

¹⁶⁵ HE 108/2016 vp. s. 114.

Kenties tärkein tekijä luontevan hankintakokonaisuuden määrittämisessä liittyy siihen, millaisen lopputuloksen hankinnat muodostavat. Tapauksessa C-16/98 komissio v. Ranska, EU:n tuomioistuin totesi, että muodostaakseen luontevan hankintakokonaisuuden, erillisten osurakoiden lopputuloksen tulee muodostaa erottamaton kokonaisuus. Sähkönjakelu-urakan eri osien nähtiin täyttävän yhteisen teknisen ja taloudellisen tavoitteen, joka oli sähköenergian siirtäminen ja myynti tietylle alueelle.¹⁶⁶ Sen sijaan sähkönjakelu-urakan ja valaistusurakan ei nähty muodostavan yhtä kokonaisuutta, koska valaistusurakan tavoitteena oli valaista julkisia paikkoja hankintayksikön kattaessa itse kustannukset. Näin ollen urakoiden välillä oli erilaiset tekniset ja taloudelliset tarkoitukset.¹⁶⁷

Oikeuskäytännöstä on johdettavissa tiettyjä suuntaviivoja tukemaan luontevan hankintakokonaisuuden määrittelyä. Niiden merkitys ei yksinään ole ratkaiseva, mutta ne tukevat yhteisen teknisen ja taloudellisen tarkoituksen muodostumisen arviointia. Tapauksessa T-384/10, komissio v. Espanja, unionin tuomioistuin luetteli, että ”*riidanalaisten hankintojen teon aloittamisen samanaikaisuus, hankintailmoitusten samankaltaisuus, sen alueen maantieteellinen yhtenäisyys, jonka sisällä kyseisten hankintojen tekemiseen on ryhdytty, ja yhden ainoan hankintaviranomaisen olemassaolo ovat ylimääräisiä aiheodisteita sen näkemyksen tueksi, että erilliset rakennusurakat muodostavat tosiasiallisesti yhden ainoan urakan*”.¹⁶⁸ Jos luontevasti samantyyppisiä hankintoja kilpailutetaan erillisesti, mutta samanaikaisesti, niiden tulisi katsoa muodostavan yhden hankintakokonaisuuden. Hankintojen maantieteellistä yhteyttä arvioitaessa voi myös olla tärkeää huomioida hankinnan koko. Lisäksi luontevan hankintakokonaisuuden muodostumista tarkastellessa voidaan kiinnittää huomiota siihen, toteutetaanko hankinnat samasta budjetista, vai ovatko ne taloudellisesti itsenäisiä ja erillisiä.¹⁶⁹

Tiivistettynä luontevan hankintakokonaisuuden määrittämisessä voidaan hyödyntää hankintayksikköön, ajoitukseen, alueeseen, valmiiseen tuotteeseen ja rahoitukseen liittyviä seikkoja. Lisäksi samaan taloudelliseen ja tekniseen kokonaisuuteen kuulumista arvioitaessa tulee huomioida, tähdätäänkö hankinnan eri osilla saman tavoitteen ja tarkoituksen saavuttamiseen. Toinen merkityksellinen määrittävä tekijä on myös se, olisiko eri osia mahdollista toteuttaa siten, että kaikille osille löytyy yhteinen tarjoaja.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Asia C-16/98, komissio v. Ranska, kohta 64.

¹⁶⁷ Asia C-16/98, komissio v. Ranska, kohta 53-54.

¹⁶⁸ Asia T-384/10, komissio v. Espanja, kohta 69.

¹⁶⁹ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 9.

¹⁷⁰ Eskola et. al. 2017, s. 201.

Hankintojen jakaminen osiin on uuden hankintalain myötä pääsääntö, josta poikkeamisen syyt on ilmaistava hankinta-asiakirjoissa. Uuden hankintalain esitöissä pilkkomiskiellon kohdalla todetaan, että hankinnan jakamisen tulisi perustua todellisiin taloudellisiin ja teknisiin seikkoihin, jotka hankintayksikön tulisi tarvittaessa näyttää toteen.¹⁷¹ Tämä liittyy erityisesti sellaisiin hankintoihin, jotka kokonaisuutena toteutettuna ylittäisivät tietyn kynnyksarvon, mutta jätetään erillisinä hankintoina ilmoittamatta kyseisen kynnyksarvon vaatimalla tavalla. Pilkkomiskielto ei sovellu tilanteissa, joissa osiin jaettu hankinta kilpailutetaan sen kokonaisarvon edellyttämällä tavalla.

Hankintadirektiivin johdanto-osan 20 kohdassa todetaan, että hankinnan arvon arvioinnin tulisi perustua hankinnan jakamiseen vain silloin, kun se on objektiivisesti perusteltua. Tämän on katsottava tarkoittavan, että osiin jaetun hankinnan arvo on katsottava näiden osien summan kautta, ja tästä voidaan poiketa vain objektiivisista syistä. Pilkkomiskiellon kohdalla hankintalainlain esitöiden sanamuodosta voidaan havaita EU:n hankintadirektiiveistä eroava näkökulma hankintojen jakamiseen. Hankintadirektiivin johdanto-osan 78 kohdan mukaan pk-yritysten osallistumisen ja kilpailun edistämiseksi hankintaviranomaisia olisi erityisesti kannustettava jakamaan suuria hankintasopimuksia osiin. Hankintadirektiivistä ei myöskään löydy samanlaisia vaatimuksia hankinnan jakamisen tekniselle ja taloudelliselle perustelemiselle kuten hankintalain esitöistä. Hankintalain esitöissä hankintojen jakamista ei tarkastella erikseen pk-yritysten näkökulmasta. Hankintojen jakamiseen liittyvä pk-yritysnäkökulma tulee esiin lähinnä hankintadirektiivistä seuraavia muutoksia arvioidessa ja Euroopan komission Yrittäjyys 2020 -toimintasuunnitelman referoinnin kautta.¹⁷²

Hankintalain esitöistä välittyy pilkkomiskieltoa koskevan pykälän perusteluissa tietty varautuneisuus hankintojen jakamista kohtaan. Hankintadirektiivissä tai sen valmisteluaineistossa ei vaadita osoittamaan tarvittaessa perusteluja hankintojen jakamiselle osiin, toisin kuin hankintalainlain esitöissä. Pilkkomiskiellon esitöissä esitetty ”laajan hankinnan jakaminen *saattaa* olla perusteltua hankinnasta aiheutuvan taloudellisen ja teknisen riskin jakamisen ja kilpailuolosuhteiden huomioimisen kannalta”¹⁷³, ei myöskään vastaa hankintalain sisältämää velvollisuutta jakaa hankinnat osiin eikä hankintadirektiivissä ja EU:n muissa asiakirjoissa korostettua hankintojen jakamisen merkitystä pk-yritysten osallistumisen parantajana. Nämä kaksi lausetta onkin täysin samalla tavalla ilmaistu hallituksen esityksessä

¹⁷¹ HE 108/2016 vp. s. 121.

¹⁷² HE 108/2016 vp. s. 12, 47.

¹⁷³ HE 108/2016 vp. s. 121.

vanhaksi hankintalaiksi.¹⁷⁴ Pykälän yksityiskohtaiset perustelut ovat pilkkomiskieltoa koskevan 31 §:n osalta lähes täsmälleen samat kuin esityksessä vanhaksi hankintalaiksi. Vaikka kyseessä onkin pilkkomiskieltoon ja hankintalain soveltamiseen keinotekoiseen välttämiseen liittyvät linjaukset, jotka eivät ole muuttuneet myöskään direktiivitasolla, ne ovat kuitenkin jokseenkin ristiriidassa direktiivistä ja sitä kautta myös hankintalaista seuraavaan velvoitteeseen jakaa hankinnat osiin.

Hankintojen osiin jakamisen merkitys on muuttunut vanhan ja uuden hankintalain voimaantulon välillä merkittävästi. Pilkkomiskieltoa koskevan pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa jätetään vanhat perusteet toistamalla ristiriitainen kuva hankintojen jakamisen oikeudellisesta ympäristöstä. Myös EU-lähtöinen tavoite käyttää hankintojen jakamista työkaluna pk-yritysten osallistumisen kehittämisessä julkisissa hankinnoissa on pilkkomiskieltopykälän perustelujen kanssa ristiriidassa. Valtion tehtäviin kuuluu valita, miten direktiivit toteutetaan kansallisella tasolla.¹⁷⁵ Tämä direktiivien kansallinen implementointitavan vapaus koskee luonnollisesti myös lain esitöitä, eivätkä pilkkomiskieltoa käsittelevän pykälän yksityiskohtaiset perustelut ole direktiivin vastaisia. Ne kuitenkin mielestäni eivät vastaa sitä linjaa, joka direktiivissä pyritään hankintojen jakamisesta asettamaan.

Pekkalan ja Pohjosen mukaan tulkinnanvaraisuutta saattaa syntyä pilkkomiskielton kohdalla esimerkiksi tilanteissa, joissa toteutetaan useita hankintoja, jotka jäävät kansallisten ja EU:n kynnysarvojen väliin. Esimerkkinä he käyttävät tilannetta, jossa hankinnan kohteena olisi laaja-alainen siltojen peruseräohjelma, jossa yhtenä kokonaisuutena toteuttamisen etuna olisi kustannustehokkuus, kun taas osiin jakamisen etuna työkohteiden erilaisuus ja mahdollisuus saada useampia tarjouksia.¹⁷⁶ Julkisten hankintojen neuvontayksikön oppaassa pilkkomiskielton mahdollisesta soveltumisesta esimerkkinä annetaan tilanne, jossa ajotieurakkaan liittyvät maanrakennustyöt kilpailutetaan omana urakkanaan.¹⁷⁷ Hankintojen keinotekoisesta yhdistelystä Pekkala ja Pohjonen toteavat, että tällainen menettely voisi käytännössä tapahtua siten, että suuri monialainen projekti toteutettaisiin yhtenä kokonaisuutena ilman, että annettaisiin mahdollisuuksia tehdä osatarjouksia tai käyttää alihankkijoita. Käytännön esimerkkinä he käyttävät Helsinkiin rakennettua Kampin keskuksen kokonaisuutta, jossa matkustus- ja tavaraterminaaleista, liikekeskuksesta, asuinhuoneistoista,

¹⁷⁴ HE 50/2006 vp. s. 71.

¹⁷⁵ Mäenpää 2011, s. 137.

¹⁷⁶ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 125.

¹⁷⁷ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 8.

liikehuoneistoista sekä pysäköintitiloista koostunut hankintakokonaisuus kilpailutettiin yhtenä kokonaisuutena, vaikka projekti oli poikkeuksellisen suuri. Kyse ei ollut keinotekoisesta yhdistelystä, mutta tapaus on hyvä esimerkki tilanteesta, jossa keinotekoinen yhdistely voisi tulla tarkastelun kohteeksi.¹⁷⁸

Pilkkomiskieltoon liittyy erityisen vahvasti hankintalain 27 §:ssä kuvattava hankinnan ennakoidun arvon laskeminen. Hankinnan ja sen osien arvon määrittäminen on keskeistä, jotta pilkkomiskieltoa voidaan ylipäättään soveltaa. Hankinnan ennakoidun arvon laskemisessa tulee hankintalain 26 §:n 1 momentin mukaan käyttää perusteena suurinta maksettavaa kokonaiskorvausta ilman arvonlisäveroa. Pykälän 3 momentin mukaan osiin jaetuissa hankinnoissa hankinnan menettelysäännökset määrittyvät osien kokonaisarvon mukaan. Jos osien arvo yhteensä ylittää kynnyсарvot, on hankinnan jokaisessa osassa noudatettava kyseisen kynnyсарvon ylittäviä hankintoja koskevia säädöksiä. Pykälän 4 momentin mukaan tavara- ja palveluhankinnoissa ennakoidulta arvoltaan alle 80 000 € ja rakennusurakoissa alle 1 000 000 €:n suuruisiin osiin ei tarvitse soveltaa hankintalakia, jos näiden osien arvo yhteensä on enintään 20 % koko hankinnan ennakoidusta yhteisarvosta, eikä osan arvo ylitä itsessään kynnyсарvoja.

Käytännössä esimerkiksi rakennusurakan koostuessa sivu-urakasta ja pääurakasta, jossa sivu-urakan arvo on 30 000 € ja urakan kokonaisarvo on 200 000 €, pääurakkaan kuuluisi soveltaa hankintalain sisältöä, mutta sivu-urakassa ei. Pykälän 5 momentin mukaan hankintayksikön koostuessa erillisistä toiminnallisista yksiköistä, on hankinnan arvoa laskettaessa otettava huomioon kaikkien näiden yksiköiden hankintojen ennakoitu arvo, paitsi jos tämä erillinen toimintayksikkö vastaa hankinnoistaan itsenäisesti. Hankintadirektiivin johdanto-osan 20 kohdassa esimerkkinä itsenäisestä toiminnallisesta yksiköstä on käytetty koulua tai lastentarhaa. Luontevan hankintakokonaisuuden määrittämisessä erillisten toiminnallisten yksiköiden merkitys on suuri, koska epäitsenäisten toiminnallisten yksiköiden hankinnat voidaan katsoa niitä ohjaavan hankintayksikön yksittäisen hankinnan eri osiksi.

Hankinnan arvoa laskiessa lähtökohtana on hankintayksikön oma arvio. Sopimuksen arvo on arvioitava asianmukaisesti ja asiaa riittävän tarkasti selvittäen.¹⁷⁹ Ennakoidun arvon laskemiseen sovelletaan samoja periaatteita kynnyсарvoista riippumatta.¹⁸⁰ Hankintasopimukset voivat myös olla pidempiä tai toistaiseksi voimassa olevia, jolloin niiden arvon laskeminen on haastavampaa. Hankintalain 30 §:n 2 momentti liittyy vahvasti

¹⁷⁸ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 126.

¹⁷⁹ HE 108/2016 vp. s. 118.

¹⁸⁰ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 102.

pilkkomiskieltoon, koska siinä kyseessä on hankinnan jakaminen tietyin määräajoin, esimerkiksi vuosittain uudistettaviin sopimuksiin. Hankintasopimuksen tekeminen vuosittain, tai vastaavin määräajoin, on lain esitöiden mukaan perusteltua logistiikkaan, riskeihin, rahoitukseen tai muista vastaavista syistä. Rahoitukseen liittyvästä syystä esimerkkinä annettiin tilanne, jossa rahoitusta myönnetään vain vuosi kerrallaan. Tällaisissa tilanteissa hankinnan arvo lasketaan edellisen vuoden arvosta, huomioiden ennakoitua muutokset tulevalle sopimuskaudelle.¹⁸¹

Hankinnan ennakoitun arvon laskeminen on nimensä mukaisesti lähinnä laskennallinen toimenpide. Toimenpiteen yhtenä tarkoituksena on estää hankintalain säännösten kiertäminen hankinnan arvoa vääristämällä.¹⁸² Jos hankinnan arvo lasketaan selvästi väärin, ja hankinnan arvo ylittää ennakoitua arvosta poiketen EU-kynnysarvon, on hankinnasta tehtävä uusi EU-hankintailmoitus. Jos arvio hankinnan ennakoitua arvosta on väärä, hankintayksikön on osoitettava, että arvio on ollut hankintailmoituksen julkaisuhetkellä perusteltu ja objektiivisesti oikea. Muutoin seurauksena voi olla esimerkiksi uuden hankintailmoituksen tekeminen.¹⁸³ Samoin, jos ennakoitu arvo jää alle kansallisten kynnysarvojen, mutta todellinen arvo ylittää kynnysarvot selvästi, voi hankintayksiköllä olla vaikeaa todistaa, että se on arvioinut hankinnan arvon objektiivisesti.¹⁸⁴ Tämänkaltaisissa tapauksissa hankintalain 31 §:n pilkkomiskielto tulee tarkasteluun. Seuraavaksi tarkastellaan oikeuskäytännön kautta pilkkomiskielton soveltamistilanteita sekä EU-tasolla, että kansallisella tasolla.

4.2 Pilkkomiskielto oikeuskäytännössä

4.2.1 Pilkkomiskielto oikeustapauksissa

EU:n tuomioistuin tarkasteli luontevan hankintakokonaisuuden muodostumista rakennusurakkaa koskeneessa tapauksessa C-16/98, komissio v. Ranska. Kyseisessä tapauksessa sähköistyksen alalla toimivien kuntayhtymien yhteenliittymä julkaisi 37 urakkailmoituksen sarjan, joista vain 6 julkaistiin yhteisötasolla. Hankinnassa kyse oli sähköjakaiverkon ja julkisen valaistuksen verkon ylläpito- ja laajennustöistä. Toisena tapauksen pääkysymyksistä oli, onko kyseessä keinotekoisesti jaettu yksi suuri rakennusurakka. Tuomioistuin määrittikin tapauksessa ensi kertaa perusteita sen arvioimiseksi, milloin kyseessä

¹⁸¹ HE 108/2016 vp. s. 121.

¹⁸² Eskola et. al. 2017, s. 187.

¹⁸³ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 118.

¹⁸⁴ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 116–117.

on useiden urakoiden sijasta yksi urakka. Tapaus onkin merkittävimmissä roolissa luontevan hankintakokonaisuuden muodostumisen suuntaviivojen määrittäjänä.¹⁸⁵

Tuomioistuin katsoi, että muodostaakseen hankintakokonaisuuden erillisten osurakoiden tulee valmistuttuaan muodostaa erottamaton kokonaisuus. Yhden hankintakokonaisuuden muodostumisen piirteinä myös todettiin se, että sen osat toteuttaa sama hankintayksikkö ja, että yhteisössä toimiva yritys voisi toteuttaa kaikki urakkasopimuksissa tarkoitetut työt. Näiden osalta tuomioistuin kuitenkin katsoi, että ne eivät voi olla yksinään ratkaisevia perusteita, vaan johtopäätöstä tukevia seikkoja. Tapauksessa suurin merkitys oli kuitenkin sen teknisen ja taloudellisen tarkoituksen joka kyseisellä sähköjakeluverkolla ja julkisen valaistuksen verkolla täytetään. Tuomioistuin totesi, että sähköjakeluverkko ja julkisen valaistuksen verkko eivät toteuta samaa tarkoitusta, muun muassa sillä perusteella, että kuluttajat maksavat sähköstä sen toimittajille, mutta julkisesta valaistuksesta kertyvistä kuluista maksaa viranomainen. Näin ollen tuomioistuin katsoi, että sähköjakeluverkkoa ja julkisen valaistuksen verkkoa koskeneet urakat olivat toisistaan erillisiä.¹⁸⁶

Sen sijaan sähköjakeluverkon osalta erillisten osien nähtiin muodostavan yhden yhtenäisen urakan. Eri osien katsottiin täyttävän saman taloudellisen ja teknisen tarkoituksen. Sähköistysurakan osalta yhden urakkakokonaisuuden muodostumisen perusteena tuomioistuin käytti hankintojen teon aloittamisen samanaikaisuutta, urakkailmoitusten samankaltaisuutta, niiden alueiden maantieteellistä yhteneväisyyttä, jossa hankintojen tekeminen oli jo aloitettu sekä sitä, että urakoiden koordinoitua toteutti sama kuntayhtymien yhteenliittymä. Valaistusta koskevien osurakoiden kohdalla komission väite hylättiin puutteellisten selvitysten johdosta. Vaikka kolmesta komission esittämästä hankinnan pilkkomista koskevasta väitteestä vain yksi menestyi, tapaus loi merkittävän pohjan luonnollisen hankintakokonaisuuden muodostumisen arvioimiselle. Tuomioistuin myös korosti tapauksessa, että jokaista sopimuksen tekemistä on arvioitava kyseisen tapauksen olosuhteiden ja ominaispiirteiden kannalta. Tämä tarkoittaa, että tässäkään tapauksessa esitettyjä luonnollisen hankintakokonaisuuden muodostumisen perusteita ei voi soveltaa suoraan ottamatta huomioon kunkin yksittäistapauksen sisältöä.¹⁸⁷

Tapauksissa C-358/08 ja T-384/10 komissio v. Espanja, oli kyse EU:n koheesiorahaston tuella rahoitetuista vesihuoltohankkeista, joiden tukia komissio alensi käyttäen perustelunaan hankintasäännösten vastaista toimintaa. Vaikka tapaukset liittyvät samaan toimintaympäristöön

¹⁸⁵ Asia C-16/98 komissio v. Ranska.

¹⁸⁶ Asia C-16/98 komissio v. Ranska, kohdat 49-73.

¹⁸⁷ Asia C-16/98 komissio v. Ranska, kohdat 60-71.

ja käsitellään tässä tutkimuksessa yhdessä, ne ratkaistiin tuomioistuimessa eri aikoihin toisistaan erillään. Tapauksessa C-358/08 epäselvyyksiä oli vesihuoltohankkeen kahden eri toimintavaiheen sisältämissä hankinnoissa. Komission mukaan nämä neljään ja kahdeksaan osaan jaetut vaiheet muodostivat omat rakennusurakkakokonaisuutensa. Näistä osista ei tehty EU:n laajuista hankintailmoitusta, vaikka töiden kokonaisarvo olisi ylittänyt EU-kynnysarvon.¹⁸⁸

Komissio käytti yllä mainitusta C-16/98 komissio v. Ranska -tapauksessa esiin tuotuja töiden (käsillä olleessa tapauksessa vesihuoltohankkeiden) taloudellisia ja teknisiä perusteita osoittaakseen hankintojen kuuluvan yhteen kokonaisuuteen. Komissio katsoi, että töiden tuloksena olisi viemäriverkoston kokonaisvaltainen parantuminen loppukäyttäjien kannalta, ja niiden tekninen tarkoitus oli sama.¹⁸⁹ Tuomioistuin totesi komission arvion oikeaksi ja katsoi, että töiden sarja muodostaa samaan tulokseen tähtäävän teknisen kokonaisuuden.¹⁹⁰ Tuomioistuin ei myöskään nähnyt töiden välillä taloudellista erillisyyttä, vaan ne täyttivät yhden rakennusurakan kokonaisuuden myös taloudellisesta näkökulmasta.¹⁹¹ Espanjan kuningaskunta katsoi, että hankintojen yhtäläisyyttä tarkastellessa olisi tullut huomioda myös maantieteellisiä ja ajallisia syitä.¹⁹² Tuomioistuin kuitenkin totesi, että kokonaishankkeen koskiessa saman kunnan vesihuoltoverkoston ja hankintailmoitukset oli julkaistu ajallisesti lähekkäin, näillä väitteillä ei ollut riittäviä perusteita.¹⁹³ Tuomioistuin myös mainitsi, että maantieteellinen ja ajallinen näkökohta eivät ole itsenäisiä perusteita kokonaisuuden määrittämiselle, vaan yhden rakennusurakan olemassaolon varmistamista tukevia tekijöitä.¹⁹⁴ Espanjan kuningaskunta myös väitti, että silloisen peruspalveludirektiivin pilkkomiskieltoa koskeva 14 artiklan 13 kohta edellytti tahallisuutta hankintayksikön toimesta, ja että komissio ei ollut osoittanut hankintayksikön toimineen tahallisesti. Tuomioistuin kuitenkin totesi, että tahallisuus ei ole edellytys pilkkomiskielon soveltamiselle.¹⁹⁵

Tapauksessa T-384/10, komissio v. Espanja oli kyseessä yksi hanke (Andévalo-hanke) ja kaksi hankeryhmää (Guadalquivir sekä Granada ja Malaga), jotka toteuttivat koheesiorahaston tuella vesihuollon järjestämistä ja maanparannusta. Hanke ja hankeryhmät koostuivat useista

¹⁸⁸ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 38.

¹⁸⁹ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 19.

¹⁹⁰ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 69.

¹⁹¹ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 77.

¹⁹² Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 39.

¹⁹³ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 97, 107.

¹⁹⁴ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 53.

¹⁹⁵ Asia C-358/08, komissio v. Espanja, kohta 115.

sopimuksista, joista vain osasta oli tehty EU:n laajuinen hankintailmoitus. Komissio väitti, että osa näistä sopimuksista oli pilkottu osiin hankintasäännösten vastaisesti, koska hankkeisiin liittyvät sopimukset täyttivät saman teknisen ja taloudellisen tarkoituksen ja muodostivat yhden ainoan urakan. Perustelunsa tukena komissio käytti hankintailmoitusten ajallista läheisyyttä, samankaltaisuutta, ja yhden ainoan hankintaviranomaisen olemassaoloa.¹⁹⁶

Tuomioistuin katsoi, että tiettyjen sopimusten osalta kyseessä oli yhden kokonaisuuden muodostavat rakennustyöt, joista oli tehty erilliset sopimukset. Andévalo-hankkeessa sekä Granadan ja Malagan hankeryhmässä sopimusten yhteinen tekninen ja taloudellinen tarkoitus oli juomaveden jakelu tietylle alueelle ja Guadalquivir-hankeryhmässä jätevesien käsittely ja puhdistus samassa puhdistuslaitoksessa.¹⁹⁷ Näin ollen, hanke sekä hankeryhmät muodostivat omat hankintakokonaisuutensa, joiden osien kohdalla oli toimittu pilkkomiskiellon vastaisesti. Tuomioistuin totesi erikseen, että useamman sopimuksen kohteen pitäminen yhtenä rakennusurakkana ei edellytä sekä teknistä, että taloudellista samanlaisuutta. Riittää, että vain toinen näistä edellytyksistä täyttyy.¹⁹⁸ Näin ollen Espanjan valitus tukien alentamisesta hylättiin. Espanjan kuningaskunta valitti tästä EU:n yleisen tuomioistuimen päätöksestä eteenpäin samoilla argumenteilla. Unionin tuomioistuimen kuudes jaosto käsitteli valituksen ratkaisussaan C-429/13 P ja kumosi komission päätöksen alentaa koheesiorahaston tukia päätökseen liittyneen päätöksenteon määräaikoja koskeneen menettelyvirheen takia.¹⁹⁹ Kantaa ei kuitenkaan otettu lainkaan pilkkomiskiellon soveltamiseen.

Tapauksessa MAO 126/12 hankintayksikkö julkaisi saman päivän aikana neljä erillistä hankintailmoitusta, joilla se pyysi osallistumishakemuksia rakennusteknisten, sähkötekni-
LVI-tekni-
sestä maanrakennusteknisten tuntihintatöiden tarjouskilpailuihin. Näissä hankintailmoituksissa hankintayksikkö oli maininnut, että hankinta ei ylitä 150 000 euron kansallista rakennusurakoiden kynnysarvoa. Osien yhteenlaskettu kokonaisarvo oli kuitenkin 450 000 € ja ylitti kansallisen kynnysarvon. Kyseessä oli vanhan hankintalain 17 §:n 3 momentin mukaisesta hankinnan toteuttamisesta erillisissä osissa. Hankinnan ennakoidun kokonaisarvon ylittäessä kynnysarvon, sen jokaiseen osaan tuli soveltaa hankintalakia. Tapauksessa kyseessä olikin hankintayksikön tahattomuudesta tai tahallisuudesta riippumatta vanhan hankintalain 20 §:n pilkkomiskiellon vastainen toiminta hankintayksikön toimesta.²⁰⁰

¹⁹⁶ Asia T-384/10, komissio v. Espanja, kohta 70.

¹⁹⁷ Asia T-384/10, komissio v. Espanja, kohta 74,80 ja 85.

¹⁹⁸ Asia T-384/10, komissio v. Espanja, kohta 68.

¹⁹⁹ Asia C-429/13 P, kohta 36.

²⁰⁰ MAO 126/12.

Tapauksen pääasia ei kuitenkaan ollut se, oliko hankintayksikkö toiminut nimenomaisesti pilkkomiskiellon vastaisesti, vaan keskiössä olivat tarjouspyyntöön ja tarjousten vertailuun liittyvät epäselvyydet. Pilkkomiskiellon vastainen hankinnan toteuttaminen erillisinä osina olikin tapauksessa varsin selkeää. Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että tarjouspyyntöön liittyvien virheellisyyksien johdosta ei ollut tarpeen lausua valittajan muita hankintamenettelyn virheitä koskevista väitteistä.²⁰¹ Pilkkomiskiellon sisältävää vanhan hankintalain 20 §:ää ei siis sovellettu kyseisessä tapauksessa suoraan. Pilkkomiskiellon erillisen tarkastelun sijaan markkinaoikeus sovelsi suoraan säännöksiä, joita kynnysarvot ylittäviin hankintoihin olisi tullut soveltaa.

Pilkkomiskiellon sivuuttaminen voi liittyä esimerkiksi siihen, että valittaja oli pystynyt puutteellisesta hankintamenettelystä huolimatta tekemään tarjouksen, vaikka ei ollutkaan voittanut tarjouskilpailua. Pilkkomiskiello ei myöskään ollut valittajan näkökulmasta keskeisin oikeuskysymys, vaan keskeisimmät huomautukset liittyivät tarjousten vertailuun ja soveltuvuuden arviointiin. Voidaankin esittää oletus, että jos valittajalla ei olisi ollut mahdollisuutta hankinnan erillisinä osina toteuttamisen takia osallistua tarjouskilpailuun esimerkiksi puutteellisen ilmoittamisen takia, pilkkomiskiellon sekä hankinnan ennakoidun arvon laskemisen merkitys olisi korostunut. Ennakoidun arvon laskemisessa tapauksen kannalta oli merkitystä lähinnä siltä kannalta, että markkinaoikeus voi määrätä seurauksia vain, jos hankinnassa on menetelty hankintalain vastaisesti. Ennakoidun arvon laskemisella tässä tapauksessa selvitettiin, ylittyikö hankinnassa kansallinen kynnysarvo antaen markkinaoikeudelle toimivallan tutkia valitus. Markkinaoikeus on tuoreessakin oikeuskäytännössä todennut, että edellytyksenä markkinaoikeuden toimivallalle tutkia valitus on, että kyseinen hankinta on hankintalain soveltamisalalla.²⁰²

Hankinnan ennakoidun arvon laskeminen sekä pilkkomiskiello olivat suuremmissa roolissa tuoreessa tapauksessa MAO 13/21. Tapauksessa valittaja ei itse vedonnut hankinnan ennakoidun arvon virheelliseen laskemiseen, vaan puutteisiin vertailuperusteiden asettamisessa sekä tarjousten vertailussa. Markkinaoikeus ottikin korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuun KHO 2015:151 perustuen kantaa hankinnan ennakoidun arvon laskentaan ja hankinnasta ilmoittamiseen viran puolesta, vaikka valittaja ei ollutkaan näitä asioita valituksessaan maininnut. Hankintayksikkö oli pyytänyt tarjouksia tiettyjen alueiden talvikunnossapitoon siten, että palveluhankinta koostui neljästä erillisestä urakka-alueesta,

²⁰¹ MAO 126/12

²⁰² ks. esim. MAO 218/21.

mutta kaikki sisältyivät samaan hankintailmoitukseen. Hankinta koostui siis erillisistä osista, mutta muodosti yhden kokonaisuuden. Näin ollen hankintalain 27 §:n 3 momentin mukaisesti ennakoitua hankinnan kokonaisarvoa laskiessa tuli ottaa huomioon kaikkien osien ennakoidut arvot. Hankintayksikkö oli julkaissut hankinnoista kansallisen hankintailoituksen, mutta ei ollut sisällyttänyt siihen taikka tarjouspyyntöön hankinnan ennakoitua kokonaisarvoa.²⁰³

Markkinaoikeuden tiedusteltua asiaa hankintayksikkö ilmoitti kaikkien osien yhteiseksi kokonaisarvoksi noin 670 000 euroa, joista valituksenalaisten osien arvo oli 320 000 euroa. Palveluhankintojen EU-kynnysarvo oli hankintailoituksen julkaisuhetkellä 214 000 €. Näin ollen hankinnan kokonaisarvo ylitti EU-kynnysarvon ja siihen olisi tullut soveltaa hankintalain EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovellettavia pykäläitä, kuten 7 luvun hankinnan ilmoittamiseen liittyviä 58 §:ää ja 59 §:ää. Koska hankinnasta oli tehty vain kansallinen hankintailmoitus, eikä hankintalain 59 §:n mukaista EU:n laajuista hankintailmoitusta, markkinaoikeus katsoi hankintayksikön menetelleen julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.²⁰⁴

Vaikka hankinta oli jaettu osiin ilman, että hankintaan sovelletaan sen kokonaisarvon mukaisten säännöksiä, pilkkomiskiellon määrittävää 31 §:ää ei sovellettu suoraan. Pilkkomiskiellon määrittelevä pykälä avataan tapauksen kannalta relevanttien oikeusohjeiden kohdalla, mutta tosiseikkojen kohdalla tarkastelun keskipisteessä ovat ennakoidun arvon laskentaa koskeva 27 § sekä hankinnasta ilmoittamista koskevat 58 § ja 59 §. Pilkkomiskiellon määrittelevän pykälän esitöitä kuitenkin hyödynnetään markkinaoikeuden toimesta siinä, että niiden perusteella osoitetaan hankinnan osien muodostavan yhden kokonaisuuden. Luontaisen hankintakokonaisuuden määrittävistä suuntaviivoista hankinnan osiin soveltuukin esimerkiksi sama hankintayksikkö, ajallinen yhteys, maantieteellinen yhteys sekä rahoituksellinen yhteys. Kuitenkaan itse pykälän sisältämää varsinaista kieltoa pilkkoa hankinnat osiin ei itsessään sovellettu. Tapauksessa pilkkomiskiellon esityöt ovatkin käytännössä ensimmäinen askel matkalla ratkaisuun, kun niiden pohjalta todetaan, että hankinnat muodostavat yhden kokonaisuuden. Ennakoidun arvon laskemista koskevan 27 §:n perusteella todetaan, että hankintaan olisi kuulunut soveltaa EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevaa sääntelyä. Hankintalain 58 §:n perusteella tuomioistuin puolestaan totesi, että jättämällä EU:n laajuisen

²⁰³ MAO 13/21.

²⁰⁴ MAO 13/21.

hankintailmoituksen julkaisematta, sen menettely oli omiaan estämään potentiaalisia tarjoajia osallistumasta tarjouskilpailuun.²⁰⁵

Vaikka pilkkomiskielto ja hankinnan ennakoidun arvon laskeminen olivat tässä tapauksessa suuremmassa roolissa verrattuna yllä esiteltyihin tapauksiin, niiden perusteella ei yksinään osoitettu hankintamenettelyn virheellisyyttä, vaan tuomioistuimien tarkasteli niiden lisäksi asiaa hankinnan ilmoittamisen kautta. Pilkkomiskiellon rikkominen oli kuitenkin tapauksessa varsin selkeää, riippumatta siitä, mikä hankintayksikön tarkoitus oli. Voidaankin pohtia, onko hankintalain 31 §:n painoarvo ja merkitys samalla tasolla kuin muilla hankintalain säännöksillä, kuten hankinnan ilmoittamista koskevalla sääntelyllä. Pilkkomiskiellon varsin selkeän asettelu myötä olisi uskottavissa, että se yksinään olisi riittänyt osoittamaan hankintayksikön hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisen toiminnan. Hankinnan ennakoidun arvon osalta on käsitellyn oikeuskäytännön perusteella todettavissa, että sen merkityksenä on lähinnä tarkastella, voiko markkinaoikeus käsitellä kyseistä hankintamenettelyä koskevaa valitusta. Pilkkomiskiellon pakottavuuden osalta voidaan pohtia, onko sekin enemmän rinnastettavissa ennakoidun arvon laskemista koskevaan 27 §:ään. Näin sen merkitys liittyisi enemmän toissijaisena tekijänä hankintakokonaisuuden määrittelyyn sen sijasta, että sen nojalla voitaisiin suoraan todeta hankintamenettely virheelliseksi.

Pilkkomiskiellon hankinnan ilmoittamiseen liittyvä yhteys korostuu etenkin tapauksissa, joissa hankintailmoitusta ei tehdä lainkaan. Yllä esiteltyissä markkinaoikeuden ratkaisuisissa hankintailmoitusten puutteena on ollut se, että EU-kynnysarvojen ylittyessä EU:n laajuiset hankintailmoitukset on jätetty tekemättä. Puutteellisempaa ilmoittaminen on niissä tilanteissa, kun kynnysarvon ylittävistä hankinnasta jätetään kokonaan ilmoittamatta, ja toteutetaan suoraanhankintana hankintalain 40 §:n suoraanhankintaperusteiden täyttymättä. Kilpailu- ja kuluttajaviraston tuoreessa esityksessä markkinaoikeudelle tarkasteltiin Hangon kaupungin osiin pilkkomaa suoraanhankintana toteuttamaa terveyskeskuksen vastaanottopalvelujen hankintaa.²⁰⁶

Markkinaoikeuden tapauksista poiketen KKV totesi hankintayksikön muiden virheiden lisäksi pyrkineen kiertämään hankintalain mukaiseen kilpailuttamisvelvoitteensa pilkkomalla hankinnan pienempiin osiin. Hankintayksikkö oli hankintailmoitusta tekemättä tehnyt päätöksen sopimuksen jatkamisesta aikaisemman palveluntarjoajan kanssa. Hankintayksikkö

²⁰⁵ MAO 13/21.

²⁰⁶ KKV 330/14.00.60/2022

kuitenkin korjasi päätöstä, lyhentämällä sopimuksen pituutta vuodesta viiteen kuukauteen, jotta sovellettava kynnysarvo ei ylittyisi. Tämän sopimuksen päättyessä, hankintayksikkö jatkoi sopimusta 8 kuukaudella eteenpäin. KKV totesi, että sopimukset olivat osa samaa luontevaa hankintakokonaisuutta, ja niiden kilpailutus olisi tullut toteuttaa hankintakokonaisuuden arvon perusteella. Markkinaoikeusesityksen oikeudellinen ydin oli kuitenkin sen toteaminen, ettei hankintayksikön toteuttamalle suorahankinnalle löytynyt hankintalain 40 §:n, 41 §:n tai 110 §:n mukaisia perusteita.²⁰⁷

4.2.2 Oikeustapausten yhteenveto

EU:n tuomioistuimen pilkkomiskieltoa koskeneita tapauksia ei juurikaan ole julkaistu, mutta niistä on saatavilla hyvät suuntaviivat sille, milloin hankinnan osat muodostavat luontevan hankintakokonaisuuden. EUT:n tapaukset eroavatkin siltä osin selvästi markkinaoikeudessa käsitellyistä tapauksista, joissa tarkastelun kohteena ovat keskeisemmin ollut hankinnan ennakoidun arvon laskeminen sekä hankinnasta ilmoittaminen. Myös tapauksessa C-16/98 komissio v. Ranska EUT totesi, että hankintayksikkö jätti noudattamatta kynnysarvoja koskevia velvoitteita sekä hankinnan ilmoittamiseen liittyviä velvoitteita.²⁰⁸ Käytännössä tapauksesta siis löytyi myös kansallisella tasolla esiin nostetut seikat.

Hankinnan ennakoidun arvon laskemiseen liittyvät seikat eivät kansallisessa oikeuskäytännössä ole yleensä oikeustapausten pääasiana, vaan sen kautta lähinnä tarkastellaan markkinaoikeuden toimivaltaa tutkia tapausta. Varsinaisena pääasiana yleensä onkin jokin muu hankintaan liittyvä seikka, kuten yllä esiteltyissä oikeustapauksissa tarjouspyynnön epäselvyys, tarjousten vertailun virheellisyys, tarjousten tarjouspyynnönmukaisuus, ilmoittamisveloitteen laiminlyönti tai hankinnan keskeyttämisen oikeellisuus. Myös 31 §:n pilkkomiskiellon soveltaminen on oikeuskäytännössä vähäistä, mikä nähdään edellä esiteltyistä tapauksista. Yksi syy pilkkomiskiellon vähäiseen soveltamiseen voi myös olla se, että Arrowsmithin mukaan hankinnan pilkkomista on hankala todistaa.²⁰⁹

Kansallisella tasolla pilkkomiskieltoon liittyvien oikeustapausten voidaankin katsoa olevan näkökulmaltaan EUT:n tapauksia kapeampia. Tapauksessa MAO 126/12 pilkkomiskieltoa ei esimerkiksi edes mainita sanallakaan, vaikka se olisi ollut sovellettavissa. Tuomioistuin vain totesi, että hankintalain kynnysarvojen edellyttämiä säännöksiä sovelletaan tapaukseen

²⁰⁷ KKV 330/14.00.60/2022

²⁰⁸ Asia C-16/98 komissio v. Ranska, kohdat 74-99.

²⁰⁹ Arrowsmith 2014, s. 463.

suoraan. Tapauksessa MAO 13/21 pilkkomiskieltoon puolestaan viitattiin tuomioistuimen toimesta. Sen lisäksi markkinaoikeus kuitenkin tarkasteli myös hankinnan ilmoittamiseen liittyviä puutteita. Kansallisissa tapauksissa riittäväksi onkin nähty riittäväksi hankintalain vastaisuuden tarkastelu yhdestä näkökulmasta, kun EUT:n laajemmissa tapauksissa on tarkasteltu sekä pilkkomiskiellon, hankintamenettelyn virheellisyyden, hankintailmoitusten virheellisyyden sekä syrjimättömyyden näkökulmasta. Kansallisella tasolla yksittäiseen rikkeeseen keskittyvään näkökulmaan ei ole kuitenkaan sisällytetty pilkkomiskiellon tarkastelua.

EUT:n oikeuskäytännössä on myös luotu taustaa niille taloudellisille ja teknisille perusteille, joiden takia hankinta jaetaan osiin, sekä luontevan hankintakokonaisuuden määrittämiselle. Kansallisella tasolla tällä on kuitenkin ollut suurempi rooli hankintojen jakamisen ja jakamatta jättämisen tarkastelussa. Tapauksessa MAO 13/21 markkinaoikeus kuitenkin totesi, että hankinnat muodostavat yhden luonnollisen kokonaisuuden ja hyödynsi myös EUT:n esiin tuomia kriteerejä. Tuomioistuimien käytti yhden hankintakokonaisuuden muodostumisen perusteena, että hankinnoista ilmoitettiin samassa hankintailmoituksessa ja osa tarjouspyyntöasiakirjoista oli sama eri hankinnoilla.²¹⁰ Kokonaisuuden muodostumisen tarkempaa tarkastelua ei ole kansallisella tasolla tehty. Kyseessä olleen markkinaoikeuden tapauksen kohdallakin perusteet oli varsin helposti havaittavissa.

Vaikka kyseessä ei ollutkaan varsinainen tuomioistuimen ratkaisu, Kilpailu- ja kuluttajaviraston markkinaoikeusesityksestä KKV/330/14.00.60/2022 on johdettavissa yhteys pilkkomiskiellon sekä laittomien suorahankintojen välille. Pilkkomiskieltoa koskevissa yllä käsitellyissä markkinaoikeuden tapauksissa virheellisyyden toteaminen on ollut helpompaa, kun hankinnoista on julkaistu hankintailmoitukset, vaikka ne eivät vastannetkaan hankintojen arvoa. Suorahankintojen kohdalla kyseisiä ilmoituksia ei julkaista, ellei hankintayksikkö päättää erikseen julkaista hankintalain 58 §:n mukaisesti suorahankintailmoitusta. Jos hankintayksikkö toteuttaa suorahankintana useamman samanlaisen hankinnan, kuten KKV:n esityksen kohdalla, luontevan hankintakokonaisuuden muodostumista on arvioitava. Esityksen kohteena olleissa hankintasopimuksessa ainoa erottava tekijä sopimusten välillä oli niiden ajankohta muiden kohtien pysyessä jokseenkin samana.²¹¹ Luontevan hankintakokonaisuuden määrittäminen olikin selkeää. Jos hankintalain kynnsarvon ylittävä hankintakokonaisuus on toteutettu osiin jaettuna suorahankintana ilman hankintalain 40 §:n ja 41 §:n mukaisia perusteita,

²¹⁰ MAO 13/21.

²¹¹ KKV/330/14.00.60/2022

hankintailmoitusten puuttuminen kokonaan on pilkkomiskiellon kannalta puutteellisiin hankintailmoituksiin verrattuna merkittävämpi virhe. Muiden potentiaalisten tarjoajien on mahdotonta osallistua tarjouskilpailuun, jota ei järjestetä. Niiden on myös hankala saada tietoa suoraankinnoista, joista ei julkaista hankintailmoituksia.

4.3 Pilkkomiskielto julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden näkökulmasta

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ovat pilkkomiskiellon kohdalla enemmänkin säännösten taustalla vaikuttavia perustavanlaatuisia arvoja, kuin suoraan sovellettavia normeja. Kaikki periaatteet eivät kuitenkaan ilmene samalla tavalla pilkkomiskieltoa tarkasteltaessa. Suhteellisuusperiaate ei nouse erityisesti esiin pilkkomiskiellon sisällössä tai soveltamisessa. Julkisissa hankinnoissa suhteellisuusperiaatteen päällimmäinen merkitys on se, että hankintamenettelyssä asetettujen vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa niillä tavoiteltaviin päämääriin nähden.²¹² Pilkkomiskieltoa ei ole oikeuskirjallisuudessa tarkasteltu periaatteenäkökulmasta eikä juuri muistakaan näkökulmista. Hankinnan pilkkomista ei suoraan voida suhteellisuusperiaatteen välityksellä tulkita hankintalain 3 §:n periaatteiden vastaiseksi. Voidaan kuitenkin pohtia mahdollisia näkökulmia, joita suhteellisuusperiaate aiheeseen tuo.

Yleisemmin suhteellisuusperiaate korostuu hankintayksiköiden toimenpiteissä, joissa rajoitetaan tarjoajien mahdollisuuksia osallistua tarjouskilpailuun. Tällaisia ovat muun muassa tilanteet, joissa hankinnan valmisteluun osallistunut yritys rajataan tarjouskilpailun ulkopuolelle, tai hankintayksikkö asettaa hankinnan kokoon nähden liian suuria vaatimuksia. Suhteellisuusperiaatteesta ei löydykään varsinaista yhteyttä pilkkomiskiellon soveltamiseen. Pilkkomiskieltoa soveltaessa hankintayksikön toiminta eroaa hyväksyttävästä hankintojen jakamisesta siten, että hankinta pilkotaan hankintalain soveltamisen välttämiseksi eikä hankinnoista ilmoiteta riittävällä laajuudella. Hankintojen jakamista koskevia julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita tarkastellaankin seuraavassa luvussa tarkemmin.

Pilkkomiskiellon kohdalla hankinta jaetaan osiin keinotekoisesti tai yhdistellään useampaa hankintalajia, jotta kynnsarvojen ylittyessä ei tarvitsisi noudattaa joko kansallisia tai EU-hankintoja koskevia menettelyvaatimuksia. Kuten yllä esitetyistä EUT:n tapauksista on käynyt ilmi, merkitystä ei ole sillä, toimiiko hankintayksikkö pilkkomiskieltoa rikkoessaan

²¹² Eskola et. al. 2017, s. 34.

tarkoituksellisesti. Julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteiden tarkastelua helpottaa keskittyminen hankintayksikön tiettyyn toimenpiteeseen, jossa sen harkintavalta käytännössä toteutuu. Pilkkomiskiellon kohdalla arvioinkin, että hankintayksikön varsinainen toimenpide (tai toimimatta jättäminen) on hankinnan ilmoittamatta jättäminen sekä muiden hankintalain menettelyvaatimusten laiminlyönti. Hankintojen jakamista arvioidessa kysymys taas onkin hankintayksikön valinnasta jakaa tai jättää hankinta jakamatta, sekä tavasta, jolla hankinta jaetaan osiin. Vaikka hankinnan pilkkomisessa on myös kyse hankinnan jakamisesta, ero näiden kahden toimenpiteen välillä onkin hankintamenettelyn toteuttamisessa ja hankinnasta ilmoittamisessa.

Pekkala, Pohjonen, Huikko ja Ukkola erottavat pilkkomiskiellon hankintojen jakamisesta siten, että pilkkomiskielto liittyy hankintamenettelyä edeltävään ennakoidun arvon laskemiseen ja hankinnan kynnyсарvojen arviointiin.²¹³ Mielestäni on kuitenkin korostettava, että varsinaisen eron hankintojen jakamisen ja pilkkomisen välillä luo hankintayksikön päätös jättää ilmoittamatta hankinnasta sellaisella laajuudella, jonka sen kokonaisarvo edellyttää. Tämä päätös onkin käytännössä päätös kohdella hankintaa tietyn kynnyсарvon alittavana ja soveltaa siihen menettelytapoja, joita kyseessä olevan kynnyсарvon alittaviin hankintoihin voidaan soveltaa. Tämä näkökulma korostui erityisesti tapauksessa MAO 13/21

Syrjimättömyyden ja tasapuolisen (yhdenvertaisen) kohtelun periaatteen mukaan samanlaisia tapauksia ei saa kohdella eri tavalla eikä erilaisia tapauksia samalla tavalla.²¹⁴ Tästä pääsäännöstä poikkeaminen edellyttää perusteltua objektiivista syytä.²¹⁵ Pilkkomiskieltoa sovellettaessa merkitystä on tilanteilla, joissa luonteva hankintakokonaisuus on arvoltaan kansallisen kynnyсарvon tai EU-kynnyсарvon ylittävä, mutta se jaetaan osiin, joiden arvo alittaa kyseisen kynnyсарvon. Pilkkomiskiellon soveltumisen tarkastelussa tehdään johtopäätös siitä, muodostavatko osat luontevan hankintakokonaisuuden. Jos kyseessä on luonteva hankintakokonaisuus, on hankinnan jakaminen osiin kynnyсарvot ylittävän hankinnan menettelyvelvollisuuksia huomioimatta rikkonut syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun sekä avoimuuden periaatteita.

EU:n tuomioistuin on myös pilkkomiskieltoa koskevissa tapauksissa C-358/08 komissio v. Espanja sekä C-16/98 komissio v. Ranska, nostanut esiin syrjimättömän kohtelun periaatteen merkityksen. Molemmissa tapauksissa sovellettiin vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja

²¹³ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2019, s. 149.

²¹⁴ HE 50/2006 vp. s. 47.

²¹⁵ Eskola et. al. 2017, s. 36.

teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettua neuvoston direktiiviä (93/38/EEC, jäljempänä vuoden 1993 peruspalveludirektiivi), jonka 4 artiklan 2 kohdassa ilmaistiin, että ” hankintayksiköiden on huolehdittava, ettei ketään tavarantoimittajaa, urakoitsijaa tai palvelujen suorittajaa syrjitä”. Molemmissa tapauksissa komissio katsoi hankintayksikön rikkoneen pilkkomiskiellon lisäksi myös kyseistä syrjinnän kiellon asettavaa kohtaa jakamalla luonteva hankintakokonaisuus osiin ilman, että se noudatti EU-kynnsarvot ylittäviä hankintoja koskevia menettelyjä. Kyseisissä tapauksissa syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteet olivat osaltaan myös sidoksissa toisiinsa, koska avoimuuden periaate ei kyseisellä hetkellä ollut sisällytetty hankintadirektiiveihin. Avoimuuden periaatetta tulkittiin tapauksissa osana syrjimättömyyden periaatetta

Tapauksessa C-16/98 komissio v. Ranska, komissio argumentoi, että kansallisella tasolla ja EU-tasolla julkaistujen hankintailmoitussarjojen pilkkominen mahdollisti muiden jäsenvaltioiden tarjoajien joutumisen epäedulliseen asemaan kansallisiin tarjoajiin nähden. Kaikki sähköistystä koskeneet urakat oli julkaistu kansallisella tasolla, mutta vain osa EU:n virallisessa lehdessä. Tuomioistuimen mukaan se, että hankintayksikkö voisi sopimuksentekomenettelyn järjestämistavalla saada muiden jäsenvaltioiden urakoitsijat luopumaan tarjouksen tekemisestä, olisi direktiivin päämäärän vastaista. Tuomioistuin totesikin, että kaikkinaisen tarjoajien syrjinnän kieltänyt 4 artiklan 2 kohta antoi suojaa myös niille potentiaalisille tarjoajille, jotka on saatu luopumaan tarjouksen tekemisestä, koska ne ovat joutuneet huonompaan asemaan hankintayksikön noudattamien menettelytapojen johdosta. Kun Ranskaan sijoittuneet urakoitsijat pystyivät saamaan tietoja kansallisista hankintailmoituksista, heillä oli tieto rakennusurakan todellisesta laajuudesta. Muihin jäsenvaltioihin sijoittuneilla urakoitsijoilla ei puutteellisen EU-tason ilmoittamisen johdosta ollut kaikkia päätöksen tekoon tarvittavia hyödyllisiä seikkoja tiedossaan. Näin ollen muihin jäsenvaltioihin sijoittuneet urakoitsijat oli asetettu eriävään asemaan kansallisiin toimijoihin verrattuna, ja tuomioistuin totesi hankintayksikön toimineen direktiivin syrjintäkiellon muodostavan 4 artiklan 2 kohdan vastaisesti.²¹⁶

Tapauksessa C-358/08 komissio v. Espanja, ei tuomioistuinkäsittelyssä ollut suoranaista väitettä syrjimättömyyden periaatteen rikkomisesta, jota tuomioistuin olisi käsitellyt omana kysymyksenään. Komissio oli kuitenkin kantelun kohteena olevan päätöksen perustelukappaleessa tuonut esiin saman peruspalveludirektiivin 4 artiklan 2 kohdan, jota

²¹⁶ Asia C-16/98 komissio v. Ranska, kohdat 100–112.

sovellettiin myös komissio v. Ranska -tapauksessa. Tapauksessa hankinnoista oli ilmoitettu samalla tavalla puutteellisesti EU-tasolla, joten Espanjaan sijoittuneilla urakoitsijoilla oli niiden saatavilla olevien hankintailmoitusten perusteella etulyöntiasema muihin jäsenvaltioihin sijoittuneisiin tarjoajiin nähden. Tuomioistuin toisti tapauksessa C-16/98 komissio v. Ranska, esitetyn perusteen siitä, että peruspalveludirektiivin 4 artiklan 2 kohta suojelee myös hankintayksikön menettelyn myötä huonompaan asemaan joutuneita potentiaalisia tarjoajia.²¹⁷

Tuomioistuin ei kuitenkaan erikseen soveltanut syrjimättömyyden periaatetta, vaan perusteli lopullisen ratkaisunsa pilkkomiskieltoa koskeneeseen 14 artiklaan nojaten.²¹⁸ Tuomioistuin ei kuitenkaan myöskään kiistänyt syrjimättömyyden periaatteen soveltumista tapaukseen, kun olosuhteetkin (hankinnan ilmoittamisen suhteen) olivat samankaltaiset kuin aiemmassa tapauksessa). Oma oletukseni onkin, että syrjimättömyyden periaatteeseen keskittymistä ei nähty tuomioistuimen toimesta tarpeellisena, koska pilkkomiskielton soveltuminen itsessään oli teemana keskeisempi. Syrjimättömyyden periaate myös konkretisoituu pilkkomiskieltoa koskevassa artiklassa, ja periaatteen yhteys pilkkomiskieltoon olikin komissio v. Ranska -tapauksessa ilmaistu varsin selkeästi. Kolmantena seikkana voi myös olla se, että tapauksen ollessa tuomioistuimen käsittelyssä, oli jo julkaistu uusi hankintadirektiivi (vuoden 2004 direktiivi), jossa julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden ilmaisutapa oli muuttunut avoimuuden periaatteen saavuttaessa myös oman kirjallisen muotonsa.

EU:n tuomioistuimen tapauksista välittyy varsin hyvin avoimuuden periaatteen sisältyminen syrjimättömän kohtelun periaatteeseen vuoden 2004 hankintadirektiiviä edeltäneellä ajanjaksolla. Jos samaa tapausta tarkasteltaisiin tuomioistuimen toimesta tuoreempien hankintadirektiivien näkökulmasta todennäköistä olisi, että avoimuuden periaatetta tulkittaisiin itsenäisesti, syrjimättömyyden periaatteesta erillään. Muilta osin unionin tuomioistuimen tulkintalinjaa on hankala arvioida, koska pilkkomiskielton osalta ei ole julkaistu juuri lainkaan oikeuskäytäntöä. Vuoden 2014 hankintadirektiivin soveltamisajalta ei ole yhtäkään pilkkomiskieltoon liittyvää tapausta ja vuoden 2004 hankintadirektiivin osalta vain yksi tapaus (Asia C-574/10, komissio v. Saksa), jonka vähäisempää merkitystä kuvaa se, että sitä ei julkaistu kuin kahdella kielellä. Oikeusperiaatteiden näkökulmaa ei kyseisessä tapauksessa tarkasteltu lainkaan.

²¹⁷ Asia C-358/08 komissio v. Espanja, kohta 112.

²¹⁸ Asia C-358/08 komissio v. Espanja, kohta 113.

Avoimuuden periaatteen eriydyttyä syrjimättömästä kohtelusta omaksi hankintadirektiiveihin sisällytetyksi periaatteeksi, voidaan näiden kahden oikeusperiaatteen välillä tehdä karkea jako. Avoimuuden periaate edellyttää hankintamenettelyä koskevien tietojen ja hankinta-asiakirjojen julkisuutta, hankinnoista ilmoittamista julkisesti sekä tarjouskilpailun ratkaisusta tiedottamista.²¹⁹ Syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaate puolestaan edellyttää, että kaikkia ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla läpi koko hankintamenettelyn.²²⁰ Avoimuuden periaate kattaa selkeästi rajatumman soveltamisalueen, koska se liittyy hankintamenettelyn vaiheisiin, joissa julkaistaan tai kuuluisi julkaista tietoja ehdokkaille ja tarjoajille. Syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaate puolestaan ei kiinnity samalla tavalla tiettyyn hankintamenettelyn vaiheeseen tai ominaisuuteen, vaan on periaatteena yleisempi.

Aikaisemmin tutkimuksessa esitelty tapaus MAO 13/21 on hyvä vertailukohde nykyisen lainsäädännön osalta kansallisella tasolla kahdelle edelliselle unionin tuomioistuimen ratkaisulle. Vaikka tapauksessa ei suoraan sovellettu pilkkomiskieltoa koskevaa 31 §:ää tai käytetty julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita suoraan päätöksen perusteluna, tapausten olosuhteet vastaavat toisiaan. Hankinnan ennakoidun arvon laskemista käytettiin tapauksessa keinona todeta, että hankintaan olisi kuulunut soveltaa EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovellettavia säännöksiä. Kun pilkkomiskieltoa ei sovellettu, ratkaisun perusteena käytettiin hankinnasta ilmoittamista koskevia pykäläiä 58 § ja 59 §. EU:n laajuisen hankintailmoituksen puuttuminen oli samalla sekä hankintalain säännösten, mutta myös avoimuuden periaatteen vastaista. Avoimuuden periaatetta tapauksessa ei kuitenkaan mainittu, vaan se soveltuikin asiaan hankintalain säännösten välityksellä. Sama avoimuuden periaatteen vastaisuus korostuu vielä enemmän tilanteissa, joissa hankintayksikkö toteuttaa samanlaisen hankintakokonaisuuden jakamisen suorahankintana, julkaisematta ollenkaan hankintailmoitusta. Suorahankintojen kohdalla pilkkomiskielton soveltumisen tarkastelu on kuitenkin hankalampaa, koska hankinnan tietoja voi olla vaikea selvittää ilman hankinta-asiakirjojen julkaisua. Suorahankintoihin liittyvissä tapauksissa muiden pilkkomiskieltoon liittyvien tapausten tavoin oikeudellisen tarkastelun keskiössä ei ole ollut pelkkä pilkkomiskielto. Suorahankintojen kohdalla onkin tarkastettu suorahankintaperusteiden täyttymistä, ja tehty ratkaisu sen perusteella.

²¹⁹ Eskola et. al. 2017, s. 34.

²²⁰ Eskola et. al. 2017, s. 36.

Vaikka EUT:n oikeuskäytännössä pilkkomiskieltoa koskevia oikeustapauksia ei ole juurikaan tarkasteltu oikeusperiaatteiden näkökulmasta, voidaan todeta, että avoimuuden periaatteen merkitys on erityisen keskeinen. Niissä tapauksissa, joissa julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita on hyödynnetty, on vedottu hankintadirektiivin syrjinnän kieltävään artiklaan. Näissä tapauksissa syrjinnän kiellon soveltamiseen johtaneet puutteellisuudet ovat kuitenkin liittyneet hankinnoista ilmoittamiseen, joka on avoimuuden periaatteen ydin julkisissa hankinnoissa. Tapauksessa C-358/08 komissio v. Espanja, syrjinnän kieltävän artiklan tarkastelu oli lähinnä sivuhuomautuksenomainen ja perustui tuomioistuimen komissio v. Ranska -tapauksessa esittämiin lausumiin.

Tilanteessa, jossa hankinnan todellinen kokonaisarvo ylittää EU-kynnysarvon, mutta hankintayksikkö soveltaa siihen vain kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin kohdistuvia menettelysäännöksiä, puutteellisuudet voivat liittyä hankinnasta ilmoittamisen lisäksi myös itse hankintamenettelyyn. Kun avoimuuden periaate korostuu hankinnoista ilmoittamisessa, hankinnan pilkkomisesta seuraavat hankintamenettelyssä muuten tapahtuvat virheellisyudet liittyvät syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteeseen. Tämä pohdinta on lähinnä hypoteettista, koska pilkkomiskieltoa koskeva oikeuskäytäntö on vähäistä sekä EU-tasolla, että kansallisesti. Syrjimättömyyden periaatetta ei ole tarkasteltu oikeuskäytännössä kuin ilmoittamisen näkökulmasta, joten menettelyyn liittyvä syrjimättömän kohtelun periaatteen toteutuminen ilmeneekin lähinnä potentiaalisten tapausten arvioinnissa.

Jos hankintayksikkö on pilkkonut osiin hankinnan, jonka kokonaisarvo ylittää EU-kynnysarvon ja se ei noudata hankinnassa hankintalain 5 luvun mukaista EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen hankintamenettelyä, syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen merkitys korostuu. Kansallisissa hankinnoissa hankintayksiköillä on laajemmat mahdollisuudet toteuttaa hankintoja joustavammin ja kevyemmin EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin nähden.²²¹ Kansallisen menettelyn soveltaminen voikin johtaa siihen, että hankintayksikkö ei käytä lainkaan EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa pakollisia (80 §) tai harkinnanvaraisia (81 §) poissulkemisperusteita. Kun hankintakokonaisuus ylittää EU-kynnysarvon, eikä pakollisia poissulkemisperusteita sovelleta, on hankintayksikön toiminta sekä hankintalain säännösten vastaista, mutta myös asettaa syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaisesti erilaiset tapaukset samaan asemaan toistensa kanssa.

²²¹ Pekkala et. al. 2019, s. 473.

Syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaate voikin siis soveltua myös avoimuuden periaatteesta irrallisena pilkkomiskieltoa tarkasteltaessa, vaikkakin varsinainen oikeudellinen punninta tapahtuisi hankintalainsäädännön kautta. Avoimuuden periaatteen näkökulma, eli hankinnan puutteellinen ilmoittaminen, on kuitenkin yleensä selkeämmin havaittavissa, pilkkomiskiellon soveltuessa. Tapauksen MAO 13/21 tavoin jo pelkkä ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti riittää hankintamenettelyn virheellisyyden toteamiseen, joten varsinaisen hankintamenettelyn tarkastelu ei ole aina tarpeen. Ilmoitusvelvollisuuden noudattamatta jättäminen on helpommin todettavissa, kuin muut pilkkomiskiellon rikkomisesta seuranneet syrjivät toimenpiteet, koska tarjouspyynnön tai hankinta-asiakirjojen sisällön tarkastelua ei varsinaisesti tarvita. Tarkasteltaessa pilkkomiskieltoa syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen näkökulmasta kyseessä on tilanne, jossa hankintayksikkö on käyttänyt harkintavaltaa, jota sillä hankinnan todellisesta arvosta johtuen ei ole. Tulkitsen siis, että on mahdollista sisällyttää pilkkomiskiellon tarkasteluun syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen näkökulma, koska hankintayksikön toimenpiteen johdosta samanlaisia tarjoajia voidaan kohdella eri tavalla ja erilaisia tarjoajia samalla tavalla.

Alkuperäinen arvioni siitä, että pilkkomiskiellon kohdalla periaatteiden merkitys lainsäädännön rinnalla korostuisi, toteutuu todellisuudessa varsin kaksijakoisesti. Kansallisella tasolla pilkkomiskieltoa itsessään ei varsinaisesti sovelleta yksinään. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet tulevat esiin silloin, kun tarkastelun kohteena on hankinnan puutteellinen ilmoittaminen tilanteessa, jossa myös pilkkomiskielto soveltuisi. EU-tasolla, missä pilkkomiskiellon soveltaminen on ollut vähäistä, periaatteenäkökulma on noussut enemmän esiin. Tällöinkin keskeistä on ollut se, että hankinnan pilkkominen on jättänyt tarjoajat pimentoon hankintojen puutteellisen ilmoittamisen takia. Vaikka tapausten tapahtumajaksoksi normiperustana on ollut syrjinnän kieltä, periaatteen sovellettu asiasisältö painottuu kansalliseen tapaan avoimuuden periaatteen toteutumiseen.

5 HANKINTOJEN JAKAMINEN OSIIN

5.1 Hankintojen jakaminen osiin hankintalain näkökulmasta

Hankintalain 75 § tuo kirjallisella tasolla hankintayksiköille tietyntyyppisen velvollisuuden jakaa hankinnat osiin. Hankintojen jakaminen oli ollut mahdollista jo aikaisemmin, sillä edellytyksellä, että hankintamenettely ei muuten ollut hankintasäännösten (kuten esimerkiksi pilkkomiskiellon) vastaista. Hankintalain 75 §:n 1 momentissa annetaan hankintayksikölle oikeus määrittellä hankinnan osien koko ja kohde. Momentti sisältää myös velvollisuuden esittää hankinta-asiakirjoissa, hankintapäätöksessä tai hankintakertomuksessa syy, jos hankintayksikkö jättää hankinnan jakamatta osiin. Hankintalain 75 § koskee vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja, joten samanlaista velvoitetta ei ole kansallisissa hankinnoissa eikä pienhankinnoissa. Pykälän 2 momentissa ilmaistavat hankinnan jakamiseen liittyvät menettelysäännökset tosin tulee huomioida, jos kansallisen kynnysarvon ylittävä hankinta jaetaan osiin. Vaikka pykälää ei suoraan sovelleta muihin kuin EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, menettelysäännösten huomioimatta jättäminen voi olla julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden vastaista.

Pykälän 2 momentin mukaan hankintailmoituksessa on ilmoitettava, voiko tarjouksia tehdä yhdestä vai useammasta osasta. Jos hankintayksikkö sallii tarjousten tekemisen useasta osasta, hankintayksikkö voi rajata niiden osien määrää, johon tarjoaja voi tulla valituksi. Näissä tilanteissa hankintailmoituksessa on myös ilmoitettava niiden osien enimmäismäärä, johon tarjoaja voi tulla valituksi. Hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä on myös ilmoitettava säännöt, joita hankintayksikkö soveltaa ratkaistessaan, mihin osaan tarjoajan tarjous tulee valituksi, jos tarjoajan tarjous tulisi valituksi hankintailmoituksessa ilmoitettua enimmäismäärää useampaan osaan.

Hankintojen jakamisen merkityksen noustessa hankintalain uudistuksen myötä lisättiin 146 §:n 2 momenttiin 2 kohta määrittelemään hankinnan jakamiseen liittyvää muutoksenhakua. Kohdan mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi ei voida saada sellaista päätöstä, joka koskee sitä, että hankintaa ei 75 §:n mukaisesti jaeta osiin. Lain esitöissä tätä perusteltiin sillä, että tämänkaltaiseen tarkoituksenmukaisuusharkintaan liittyvät päätökset koskevat viime kädessä hankinnan sisältöä eikä hankintamenettelyn syrjimättömyyttä ja avoimuutta. Näin ollen näiden päätösten oikeudellinen arviointi ei olisi sopinut lakiehdotuksen mukaiseen julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmään. Esityksessä tuotiin esiin myös hankintadirektiivin johdantokappaleeseen perustuen, että hankintayksikön olisi voitava tehdä itsenäisesti päätös

siitä, jakaako se hankinnan osiin vai ei, ilman, että tähän päätökseen kohdistettaisiin hallinnollista tai oikeudellista valvontaa.²²²

Julkisten hankintojen neuvontayksikön hankintojen jakamista koskevan oppaassa listattiin esimerkkejä asiallisista syistä jättää hankinta jakamatta osiin. Tällaisia syitä ovat muun muassa se, että hankinnan jakaminen rajoittaisi kilpailua tai olisi teknisesti haastavaa tai liian kallista. Muita perusteltuja syitä ovat se, että osiin jaetun sopimuksen koordinoiminen hankaloittaisi sopimuskokonaisuuden toimivuutta, osiin jaettu hankinta muodostuisi liian pieneksi herättääkseen kiinnostusta tai vastuukysymysten (tiedonjako useammalle tarjoajalle) huomioiminen tekisi jakamisesta epätarkoituksenmukaista.²²³ Muita syitä jakamatta jättämiselle ovat esimerkiksi bulkkitarvikkeiden tilaaminen, sopimushallinnalliset seikat, logistiset syyt, hallinnollinen taakka tai yhteensopivuusongelmat eri osien välillä.²²⁴

Hankintalain 2 §:n kolmannessa momentissa asetetaan yhdeksi lain tavoitteista hankintojen järjestäminen tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina. Tarkoituksenmukaisilla kokonaisuuksilla haetaan sitä, että pk-yritykset ja muut yhteisöt pääsevät tekemään tarjouksia tasapuolisesti. Pykälä on kuitenkin suosituksenluontoinen ja hankintojen toteuttamistavat ovat hankintayksiköiden harkinnan varassa.²²⁵ Vielä hallituksen esityksessä vanhaksi hankintalaiksi hankintojen jakamiseen osiin ei suhtauduttu nykyisen hankintalain kaltaisella kannustavalla tavalla, vaikka pk-yritysten aseman edistämistä julkisissa hankinnoissa korostettiin tuohon aikaan EU-tasolla. Esitöiden mukaan hankintojen toteuttaminen tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina edellyttäisi, että pienten hankintojen kilpailuttamisen sijasta hyödynnettäisiin puitejärjestelyjä, parhaiden hintojen ja pienempien kustannuksien saavuttamiseksi.²²⁶ Vaikka puitejärjestelyinkin tavoitteena on myös helpottaa pk-yritysten osallistumista, korostuu vanhan hankintalain esityksessä enemmän taloudellinen tehokkuus, kun otetaan huomioon, että pk-yritysten osallistuminen painottuu pienempiin hankintoihin.

5.2 Hankintojen jakaminen hankintadirektiiveissä

Arrowsmithin mukaan uudesta hankintadirektiivistä seurannut hankintojen jakamista koskeva artikla ei ainoastaan muistuta hankintayksiköitä siitä, että niillä on mahdollisuus jakaa hankinnat osiin jäsenvaltion sen salliessa, vaan jäsenvaltiot eivät saa kansallisella

²²² HE 108/2016 vp. s. 238.

²²³ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 18.

²²⁴ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 19.

²²⁵ Määttä & Voutilainen 2017, s. 77.

²²⁶ HE 50/2006 vp. s. 48.

lainsäädännöllä estää hankintayksikköä jakamasta hankintaa osiin, jos hankintayksikkö näin haluaa tehdä. Hänen mukaansa artiklan esittämä hankintojen jakamatta jättämisen perusteluvelvollisuus aiheuttaa kuitenkin hankintayksiköille suhteettoman suuren taakan. Hän ei myöskään pidä todennäköisenä, että vaatimus selityksen antamisesta tilanteissa, joissa hankintaa ei jaeta, aiheuttaisi muutoksia monen hankintayksiköiden käytäntöihin. Jos hankintojen jakaminen ei aikaisemmin ole kuulunut hankintayksikön toimintatapoihin, niille helpompaa on selityksen antaminen jakamatta jättämisestä kuin hankinnan jakaminen osiin.²²⁷

Hankintadirektiivin hankintojen jakamista sääntelevä 46 artikla on käytännössä sisällöltään hankintalain 75 §:ää vastaava, koska siinä ei juurikaan jätetty jäsenvaltioille liikkumavaraa. Artiklan 4 kohdassa annettiin jäsenvaltioille myös mahdollisuus tehdä hankintojen jakamisesta pakollista hankintayksiköille kansallisessa lainsäädännössä määritellyin ehdoin. Hankintalakiuudistuksen yhteydessä tätä jakamisvelvollisuuden laajentamista ei kuitenkaan kansallisella tasolla ehdotettu.²²⁸

Jo Euroopan unionin neuvoston direktiivissä 77/62/EY julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta oli huomioitu mahdollisuus jakaa hankinnat osiin. Direktiivin 13 artiklan mukaan avoimessa hankintamenettelyssä, joka vastaa nykyisen kansallisen määritelmän avointa menettelyä, oli hankintailmoituksessa ilmaistava, kuinka moneen osaan tarjoajat saivat tehdä tarjouksen. Käytännössä hankintayksikön oli tuotava esiin niissä tilanteissa, joissa hankinta oli jo hankintailmoituksessa valmiiksi jaettu osiin, saiko tarjoaja tehdä tarjouksen kaikista osista, vai ainoastaan rajatusta määrästä osia. Direktiivissä ei itsessään mainittu mahdollisuudesta tehdä tarjousta hankinnan osasta ilman, että hankintayksikkö on itse jakanut hankinnan osiin.

Vuoden 2004 hankintadirektiivin valmisteluaineistossa todettiin, että päätöksen hankintojen jakamisesta osiin tulisi olla hankintayksikön päätettävissä. Hankintojen jakamisen kohdalla todettiin, että direktiivin tarkoitus ei ole määrätä siitä, kuuluuko hankintoja tehdä osiin jaettuna vai kokonaisuuksina. Hankintojen jakamisesta tai jakamatta jättämisestä tehtäviltä päätöksiltä kuitenkin edellytettiin taloudellisia tai laadullisia perusteita, joten täyttä mielivaltaisuutta ei esitöissäkään haettu. Lisäksi jäsenvaltioille ehdotettiin mahdollisuuksia jäsentää taloudellisia ja laadullisia perusteita hankinnan jakamisen suhteen kansallisella tasolla.²²⁹

²²⁷ Arrowsmith 2014, s. 470.

²²⁸ HE 108/2016 vp. s. 35.

²²⁹ Euroopan komissio COM (2000) 275, kohta 9.

Hankintadirektiivit ovat käytännössä menettelysäännöksiä, joilla pyritään saattamaan parhaalla mahdollisella tavalla käytäntöön EU:n perustamissopimuksissa julkisiin hankintoihin kohdistuvat keskeiset periaatteet ja tavoitteet. Hankintadirektiivien perimmäinen tavoite onkin mahdollistaa rehellisen ja avoimen kilpailun edellytykset yrityksille osallistua yhteismarkkinoiden toimintaan.²³⁰ Hankinnoissa käytetyt menettelytavat ovat siis olleet käytettävissä, jos ne soveltuvat hankintadirektiiveissä määriteltyjen keskeisten periaatteiden piiriin. Tämän vuoksi hankintojen jakaminen osiin, on ollut koko ajan mahdollista, vaikka siitä ei omaa erityistä artiklaa aikaisemmin ollutkaan. Vuoden 1977 hankintadirektiivissä 13 artiklassa lähinnä varmistettiin avoimuuden, syrjimättömyyden sekä tasapuolisuuden periaatteiden toteutumista tilanteissa, joissa hankintayksikkö oli päättänyt jakaa hankinnan osiin.

5.3 Hankintojen jakamisen oikeudelliset ongelmat

5.3.1 Hankintojen jakamatta jättäminen

Vaikka hankintayksikön on erikseen hankintalain 75 §:n mukaan ilmaistava perustelut hankinnan jakamatta jättämiselle, tämä ei kuitenkaan tarkoita, että hankintojen jakamisesta olisi tullut valtavirtaa. Markkinaoikeuden tapauksissa on hankintalakiuudistuksen jälkeen käytetty joitakin kertoja yhtenä valitusperusteena sitä, että hankinta oli jätetty jakamatta osiin. Valittajat ovat nähneet hankinnan jakamatta jättämisen syrjivänä hankintamenettelynä. Myös valtion ja Kuntaliiton omistaman yhteishankintayksikön Hansel Oy:n toteuttamat suuret tarjouskilpailut, (68 ja 13 milj. €/vuosi) joita ei jaettu osiin, ovat saaneet kritiikkiä.²³¹ Kuntaministerille osoitetuissa kirjallisissa kysymyksissä korostettiin, että jaettavissa olleiden siivoustarvikkeita ja elintarvikkeita sekä non-food-tuotteita koskevien hankintojen jakamatta jättäminen oli hankintalain 2 §:n tavoitteiden vastaista eikä huomionut pk-yritysten osallistumismahdollisuuksia. Pk-yritysten osallistumismahdollisuuksien puuttumisen nähtiin heikentävän pidemmällä aikavälillä myös alan kilpailua.²³² Jakamattomuus ja osatarjousten kieltäminen tarkoitti, että tarjous oli tehtävä useasta eri tuoteryhmästä koostuvasta kokonaisuudesta. Tämä puolestaan teki tarjoamisen helpommaksi suuremmille tukkuyrityksille ja hankaloitti pienempien erikoistuneempien yritysten osallistumista.

²³⁰ Euroopan komissio 1996, s. 37

²³¹ KK 97/2020 vp, KK 98/2020 vp.

²³² KK 97/2020 vp, KK 98/2020 vp.

Halosen mukaan hankintojen keskittäminen osatarjouksia sallimatta on ongelmallista EU-sääntelyn ja kilpailun edistämisen periaatteen kannalta. Suurten sopimuskokonaisuuksien tuomat hintasäästöt siirtävät hallinnollisen taakan hankintayksiköiltä tarjoajille, kun pk-yritykset voivat joutua tarjoamaan konsortiona vastatakseen hankinnan kokoon.²³³ Tämä lisää pk-yritysten organisointikustannuksia sekä vaatii niiltä laajempaa hankintaosaamisen tasoa. Kuntaministeri Paatero totesi vastauksissaan yllä esiteltyihin kirjallisiin kysymyksiin, että Hansel Oy:n asiakkailla, eli kunnilla ja muilla hankintayksiköillä on mahdollisuus toteuttaa samat hankinnat itsenäisesti, jos katsovat sen tarkoituksenmukaiseksi.²³⁴ Tämän tarkoituksena onkin tuoda esiin sitä, että osa hankinnan vastuusta on yhteishankintayksikön lisäksi sen asiakkailla. Vastaus korostaa, että kyseisessä tapauksessa myös yhteishankintayksikön asiakkaat ovat välillisesti asettaneet taloudelliset säästöt pk-yritysten osallistumisen edelle. Kahdesta kysymyksissä esitellyistä tapauksista pienemmän kohdalla ministeri Paatero myös totesi, että kaikki kuusi kyseisen hankinnan kohdalla tarjouksen tehneistä yrityksistä oli kotimaisia pk-yrityksiä, joten hankinnan jakamatta jättäminen ei ollut vaikuttanut kysymyksessä esitetyllä tavalla.²³⁵

Kontio, Kronström, Kumlin ja Mäki, tarkastelevat teoksessaan hankinnan jakamisen tai jakamattomuuden vaikutuksia taloudellisesta sekä pk-yritysten näkökulmasta. Heidän mukaansa osatarjousten salliminen vaikeuttaa tarjousten arviointia, sekä vaikuttaa myös tarjousten hintoihin. Jos hankintayksikkö jakaa hankinnan osiin, tarjoukset saattavat olla suhteellisesti kalliimpia, koska pienemmissä hankinnoissa volyymietua ei ole suuren hankinnan tavoin saatavilla. Osatarjousten salliminen saattaa myös nostaa kokonaistarjousten hintoja, koska tarjoajat voivat varautua siihen, että ne voittavat tarjouskilpailussa vain osan hankinnasta. Kokonaishankinnan perusteella tehty tarjous saattaisikin olla yritykselle kannattamaton, jos sen tarjous voittaa vain yhden osan hankinnasta. Yritysten volyymialennuksen puute voi puolestaan johtaa hankintayksiköiden kärsimään hintojen nousuun.²³⁶

Osatarjousten kieltäminen voi omalta osaltaan kaventaa kilpailua, kun hankinnan suuren koon takia pk-yritykset jättävät tarjouksensa antamatta. Tämä kilpailun puute voi korottaa hankintakokonaisuuden hintaa, kun tarjoajia on vähemmän. Omat riskinsä on myös osista koostuvan sopimuskokonaisuuden hallinnoimisella. Eri osista koostuvan hankinnan osat eivät aina ole välttämättä ole keskenään yhteensopivia. Hankinnan jakaminen voi kuitenkin tuoda

²³³ Halonen 2021, s. 9.

²³⁴ KKV 97/2020 vp, KKV 98/2020 vp.

²³⁵ KKV 97/2020 vp.

²³⁶ Kontio, Kronström, Kumlin & Mäki 2017, s. 214–215.

sellaisia innovatiivisia ratkaisuja ja laadullisia etuja, joita kokonaistarjouksella ei pystytä saamaan.²³⁷

Markkinaoikeus on oikeustapauksissaan hankintojen jakamatta jättämistä koskevien oikeusohjeiden kohdalla toistanut sekä hankintojen jakamista koskevan 75 §:n, että 146 §:n 2 momentin 2 kohdan sisällön. Jälkimmäinen pykälä kieltää valituksen tekemisen pelkästään sen perusteella, että hankintayksikkö on jättänyt hankinnan jakamatta. Lisäksi markkinaoikeus on sisällyttänyt tapauksiin myös 146 §:n 2 momentin esityöt, joiden mukaan hankinnan jakamisesta tehtävät päätökset koskevat hankinnan sisältöä eikä hankintamenettelyn syrjimättömyyttä ja avoimuutta. Esitöissä todetaankin, että näiden ratkaisujen (siitä jaetaanko hankinta vai ei) oikeudellinen arviointi ei sopisi julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmään.²³⁸ Myös pilkkomiskiellon esitöitä on tarkasteltu hankintojen jakamatta jättämisen kannalta. Pilkkomiskiellon esitöitä on tarkasteltu siitä näkökulmasta, muodostuuko jakamattomista osista lain esitöissä tarkoitettu luonteva hankintakokonaisuus.²³⁹

Markkinaoikeus on kuitenkin todennut samoissa tapauksissa hankintalain 146 §:n 2 momentin valituskiellon osalta, että lainsäätäjän on nähtävä tarkoittaneen, että valituskielto ei ulottuisi tilanteisiin, joissa hankintayksikön ratkaisu koskisi viime kädessä hankintamenettelyn syrjimättömyyttä.²⁴⁰ Näin ollen yksinomaan hankinnan jakamatta jättämistä koskevasta päätöksestä olisi mahdollista valittaa, jos tämä päätös olisi jollain tapaa syrjivä. Tämä onkin yksi keskeisistä syistä oikeusperiaatteiden näkökulman soveltamiseen tässä tutkimuksessa. Valituskiellosta poikkeaminen oikeuskäytännössä toteuttaa itsessään myös suhteellisuusperiaatteen toteutumista. Jos hankinnan jakamisesta ei olisi mahdollista valittaa, vaikka tämä olisi toteutettu selkeästi syrjivästi, valituskielto ei olisi tavoitteeseensa nähden oikeasuhtainen toimenpide. Markkinaoikeus onkin tulkinnut hankintalakia sanamuodollisen tulkintanäkökulman sijasta lainsäätäjän tahtoa arvioiden, ottaen huomioon hankintalain 3 §:ssä kuvattujen periaatteiden painoarvon. Tämä onkin tärkeää, kun hankintojen jakamista koskeva lainsäädäntö on hyvin tuoretta ja sen asema oikeusjärjestyksessä vasta määrityksessä.

Markkinaoikeus on ottanut tavakseen hankintojen jakamista koskevissa tapauksissa sallia hankinnan jakamatta jättämiseen kohdistuvan valituksen kirjoitetusta lainsäädännöstä poiketen. Tästä voikin tehdä olettamuksen, että hankintalain 146 §:n 2 momentin 2 kohdan näennäisen

²³⁷ Kontio, Kronström, Kumlin & Mäki 2017, s. 214–215.

²³⁸ HE 108/2016 vp. s. 238.

²³⁹ MAO 8/21.

²⁴⁰ MAO 196/21, MAO 8/21, MAO 385/19

ehdoton valituskielto voi sellaisenaan olla ristiriidassa hankintalain periaatteita määrittelevän 3 §:n kanssa. Tällaisten ristiriitatilanteiden ilmetessä periaatteiden merkitys on korostunut yksittäisen lainkohdan edellä. Markkinaoikeus on kuitenkin nostanut esiin esimerkiksi tapauksessa MAO 208/21, että hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta sopeuttaa omaa hankintatarvettaan markkinoilla olevan tarjonnan perusteella.²⁴¹ Tämä korostaa sitä, että hankinnan jakamatta jättämisen on oltava hyvin selkeästi syrjivä toimenpide, jotta hankintayksikön harkintavaltaa voidaan siltä osin rajoittaa.

Nykyisen hankintalainsäädännön alaisissa oikeustapauksissa on huomioitava, että hankintojen jakamatta jättäminen ei ole ollut valittajien keskeisin valituksen kohde, vaan he ovat nähneet sen yhtenä useammasta syrjivästä toimenpiteestä. Se, että hankintayksikkö on jättänyt hankinnan jakamatta osiin ei ole ollut päälimmäisenä valituksen kohteena kertaakaan uuden lainsäädännön voimassaoloaikana. Tässä voidaan mahdollisesti havaita hankintalain 146 §:n 2 momentin valituskiellon tiedostaminen. Jos taas tarjouspyyntö tai hankintamenettely on ollut muuten valittajan mukaan julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden vastainen, on hankintojen jakamatta jättäminen saatettu nostaa esiin korostamaan esimerkiksi tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen laiminlyöntiä. Kun valittaja on nostanut jo muuten esiin väitteen hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteiden vastaisesta menettelystä, markkinaoikeus on tarkastellut myös hankinnan jakamatta jättämistä tästä näkökulmasta. Syynä tälle saattaa olla myös se, että markkinaoikeudella on pienempi kynnys tarkastella hankinnan jakamatta jättämistä muiden perusteiden ohessa, koska valitus on jo sen käsittelyssä.

Sellaisissa tapauksissa, joissa markkinaoikeus on nostanut esiin hankintalain 146 §:n 2 momentin 2 kohdan sisällön, se on joka kerta tuonut esiin, että valituskielto ei ylety hankintamenettelyn syrjimättömyyttä koskevaan ratkaisuun. Olemassa olevien tapausten puuttuessa voidaan pohtia, onko 146 §:n 2 momentin 2 kohdan valituskielto sivuutettavissa, jos hankinnan jakamatta jättäminen on ainoa valituksen kohde. Jos valituskiellon sivuuttaminen olisi mahdollista jo sen perusteella, että valittaja väittää hankinnan jakamatta jättämistä syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaiseksi, valituskiellolla ei käytännössä olisi lainsäädännössä tarkoitettu merkitystä.

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen mukaan samanlaisia tapauksia ei saisi kohdella eri tavalla, eikä erilaisia tapauksia samalla tavalla, ellei tämä ole objektiivisesti

²⁴¹ MAO 208/21.

perusteltavissa.²⁴² Hankinnan jakamatta jättäminen kohtelee näennäisesti kaikkia tarjoajia samalla tavalla, koska se ei kohdistu mihinkään tarjoajaan erityisesti. Aiemmissa luvuissa on esitetty, että hankinnan koko vaikuttaa pk-yritysten osallistumiseen. Hankinnan jakaminen pienentää yksittäisten hankintojen kokoa, mikä puolestaan madaltaa pk-yritysten kynnystä osallistua tarjouskilpailuun. Tämän perusteella voidaan todeta, että hankinnan koon ja sitä myötä myös hankinnan jakamatta jättämisen vaikutus on pk-yrityksillä erilainen kuin suuremmilla yrityksillä. Näin voidaan argumentoida, että hankinnan jakamatta jättäminen on toimenpide, joka kohtelee samanlaisia tapauksia (tarjoajia) eri tavalla. Ainakin jakamatta jättämisen seuraukset voivat olla pk-yrityksille erilaiset kuin muille tarjoajille.

Kysymykseksi jääkin tässä tilanteessa se, onko tämä erilainen kohtelu objektiivisesti perusteltavissa. Objektiivisia perusteluja hankinnan jakamatta jättämiselle on kuvattu tämän pääluvun alussa, ja niihin lukeutuvat muun muassa jakamisesta seuraavat taloudelliset kustannukset tai tekniset seikat.²⁴³ Nykyisen hankintalain aikana markkinaoikeus on ratkaisuisaan todennut hankinnan jakamatta jättämistä koskevissa ratkaisuisaan, että hankintayksikön harkintavaltaan kuuluu hankinnan kohteen määrittäminen.²⁴⁴ Tämä harkintavalta on laaja, eikä konkreettisia rajoitteita tälle ole vielä uuden hankintalain aikana ilmennyt. Hankintayksiköiden perusteluja hankinnan jakamatta jättämiselle ei ole tuomioistuinten toimesta kyseenalaistettu. Markkinaoikeus on kuitenkin tuoreemmissa tapauksissaan korostanut, että vaikka hankinnan jakaminen kuuluu lähtökohtaisesti hankintayksikön harkintavaltaan, sen tulee myös huolehtia tässä suhteessa riittävän kilpailun turvaamisesta.²⁴⁵

Vanhan hankintalain ollessa voimassa 2 § sisälsi nykyisten julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden lisäksi myös vaatimuksen käyttää hyväkseen voimassa olevat kilpailuolosuhteet. Tapauksessa MAO 670/15 hankintayksikkö oli tähystyslaitehankinnassa kieltänyt osatarjoukset. Valittajan mukaan tämä tarkoitti, että olemassa olevia kilpailumahdollisuuksia ei hyödynnetty ja tarjouspyyntö suosi yhtä tiettyä tarjoajaa. Suosimisväitteen kautta myös syrjimättömyyden periaate nousi esiin. Hankintayksikön mukaan se oli kieltänyt osatarjoukset, koska muiden laitevalmistajien tarvikkeet eivät olleet yhteensopivia kaikkien hankintayksikön käytössä olleiden Olympus-merkkisten laitteiden kanssa. Tarjouskilpailun voitti Olympus Finland Oy, joka oli ainoa

²⁴² Schwarze, Laakso & Kuuttiniemi 1999, s. 125–126.

²⁴³ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 18.

²⁴⁴ MAO 196/21, MAO 385/19.

²⁴⁵ MAO 196/21.

tarjouksen tehnyt yritys. Valittajan mukaan sen, sekä useimpien muidenkin toimittajien tarvikkeet olivat yhteensopivia Olympus-merkkisten laitteiden kanssa. Markkinaoikeus totesi, että osatarjousten kieltämisen seurauksena vain tarjouskilpailun voittanut toimittaja oli pystynyt tarjoamaan hankinnan kohteen mukaista kokonaisuutta. Tuomioistuimien katsoi, että osatarjousten kieltäminen oli estänyt olemassa olevien kilpailumahdollisuuksien hyödyntämisen.²⁴⁶ Uudessa hankintalaissa kilpailuolosuhteiden hyödyntäminen on siirretty periaatteita koskevasta pykälästä tavoitteet sisältävään 2 §:ään. Tapauksessa MAO 385/19 valittaja käytti yhtenä valitusperusteena, että olemassa olevia kilpailuolosuhteita ei hyödynnetty. Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että hankintalain 2 § on ainoastaan suosituksenluontoinen ja sen soveltaminen kuuluu hankintayksikön harkintavaltaan.²⁴⁷

Vanhan hankintalain aikaisessa tapauksessa MAO 670/15 mielenkiintoista on olemassa olevien kilpailuolosuhteiden hyödyntämättä jättämisen käyttäminen ratkaisun perusteena muiden hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteiden sijasta. Sama lopputulos olisi ollut perusteltavissa myös siten, että tarjouspyyntö oli voittanut tarjoajaa suosivana ollut syrjivä. Rainialan mukaan kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen velvoitteen asema itsenäisenä normina sekä hankintalain sääntelyssä, että oikeuskäytännössä oli vanhan hankintalain aikana jokseenkin epäselvä. Hankintalain uudistumisen myötä kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen velvollisuus siirrettiinkin tavoitesäädökseksi, jonka seurauksena oikeustila selkeni tältä osin.²⁴⁸ Kilpailuolosuhteiden hyödyntämättä jättäminen ei enää uuden hankintalain myötä ole riittävä valitusperuste, kuten tapauksessa MAO 385/19 todettiin. Jos sama oikeustapaus olisi nyt markkinaoikeuden käsittelyssä, olisi huomiota kiinnitettävä nimenomaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen toteutumiseen. Vaikka nykyisen hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteita ei sovellettuakaan tapauksessa, siitä on johdettavissa tiettyjä edellytyksiä sille, milloin hankinnan jakamatta jättäminen voi vaarantaa hankintamenettelyn syrjimättömyyden.

Kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaatetta sovellettiin myös tapauksessa KHO 2016:182, jossa kyse oli yhteishankintayksikön toteuttamasta terveydenhoitotarvikkeiden hankinnasta. Yhtenä valittajien perusteista oli, että osatarjousten kieltäminen suosi suuria tukkutoimittajia, syrji muita toimittajayrityksiä sekä rikkoi kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaatetta. Valittajien mukaan hankinnan laajuus (5000 tuotetta) olisi edellyttänyt yhteistyöjärjestelynä 10-12 yrityksen yhteistyötä, mikä hankinnan aikataulu huomioiden ei ollut mahdollista.

²⁴⁶ MAO 670/15.

²⁴⁷ MAO 385/19.

²⁴⁸ Rainiala 2017, s. 14.

Yhteishankintayksikkö perusteli osatarjousten kieltämistä prosessuaalisilla kustannuksilla, eli käytännössä suuren hankintakokonaisuuden tuomalla volyymiedulla. Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikkö toimi harkintavaltansa piirissä määrittäessään hankinnan kohteen. Korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi, että hankinta oli niin laaja, että toteutunut puitejärjestely ei ollut omiaan tarjoamaan tasapuolisia mahdollisuuksia osallistua kilpailuun. KHO:n mukaan tarjouskilpailu mahdollisti vain suurimpien tukkuyritysten osallistumisen ja sisälsi syrjiviä, suhteellisuusperiaatteen vastaisia sekä kilpailua rajoittavia piirteitä. Näin ollen hankinta oli toteutettu hankintasäännösten vastaisesti.²⁴⁹

Myös tässä tapauksessa vanhan hankintalain 2 §:n periaatteista keskeisimmässä roolissa oli kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaate. KHO toi kuitenkin esiin myös suhteellisuusperiaatteen merkityksen tilanteessa, jossa hankinnan toteuttaminen ylisuurena kokonaisuutena ei ole oikeasuhtainen toimenpide hankinnan tavoitteeseen nähden. Rainiala totesi tapauksen osalta, että korkein hallinto-oikeus tarkasteli asiaa tosiasiallisten kilpailuolosuhteiden sijasta hankintayksikön vaatimusten oikeasuhtaisuuden kannalta hankinnan kohteeseen nähden. Suuren hankintakokonaisuuden oikeasuhtaisuutta verrattiinkin hankinnan laatuun, luonteeseen ja arvoon.²⁵⁰ Näin ollen suhteellisuusperiaate korostui itsenäisen tulkintamerkityksensä lisäksi kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen tarkastelussa, koska alan todellisia kilpailuolosuhteita ei tuomioistuimen toimesta tarkasteltu.

Samat toimenpiteet, jotka vanhan hankintalain aikaisessa oikeuskäytännössä nähtiin kilpailuolosuhteiden hyödyntämättä jättämisenä, voidaan nähdä myös syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun vastaisina. Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessakin todettiin hankinnan kohteen määrittelyn sisältäneen syrjiviä piirteitä. Onkin mielenkiintoista, että oikeuskäytännössä painoarvoa on hankinnan jakamatta jättämisestä koskevilla ratkaisuisilla annettu perinteisten julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden sijasta kilpailuolosuhteiden hyödyntämiselle, vaikka tämä ei ole ollut sisällytetty edes hankintadirektiivien periaatteita sisältäviin artikloihin. Uuden lainsäädännön myötä kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaate onkin enää suosituksen tasolla. EU-tasolla koko hankintalainsäädännön alueella keskeisimmät periaatteet myös kyseisten oikeustapausten vireilläolon aikana ovat olleet syrjimättömyys, avoimuus sekä suhteellisuus.

²⁴⁹ KHO 2016:182.

²⁵⁰ Rainiala 2017, s. 14.

Voidaan pohtia, olisiko tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate merkittävämmässä roolissa markkinaoikeuden tuoreimmissa tapauksissa, jos se olisi aikaisemmissa tapauksissa ollut etusijalla tulkinnassa. Tämä voisi vaikuttaa siihen, miten periaatteeseen vedottaisiin oikeuskäsittelyssä sekä myös siihen, miten sitä sovelletaan käytännössä. Menestyneissä hankinnan jakamatta jättämisestä koskeneissa valituksissa yhteisenä tekijänä on ollut, että hankinnan kohteen määrittely on mahdollistanut vain yhden tai kahden tarjoajan todellisen mahdollisuuden tehdä tarjous. Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa kyseessä oli hankinta, jossa kilpailua rajoitti sen laajuus. Hankinnan laajuuden vuoksi pk-yritysten osallistuminen ei olisi ollut mahdollista edes yhdessä tarjoamisen kautta. Markkinaoikeuden tapauksessa ongelmana oli puolestaan se, että vain Olympus Finland Oy pystyi tekemään tarjouksen hankinnasta kokonaisuutena, joissa tiettyjen osien tuli olla yhteensopivia Olympus-merkkisten laitteiden kanssa. Markkinaoikeuden ratkaisua korosti se, että osatarjousten kieltämisen vuoksi Olympus Finland Oy oli ainoa osallistunut tarjoaja. Molemmissa tapauksissa kyseessä olleet hankintasäännösten vastaiset toimenpiteet voidaan myös nähdä syrjivinä.

Uuden hankintalain aikana ei ole ilmennyt tapauksia, joissa hankinnan jakamatta jättäminen olisi ollut hankintasäännösten vastaista. Hankinnan jakamatta jättäminen on ollut valituksissa enemmänkin sivuhuomiona, kuin pääargumenttina. Tapauksessa MAO 283/20 hankinnan kokonaisarvo oli 600 000 000 €, kun taas yllä esitellyssä tapauksessa KHO 2016:182 arvo oli 16 000 000 €. Markkinaoikeuden tapauksessa hankinnan jakamatta jättäminen oli kuitenkin kustannussyihin vedoten perusteltua.²⁵¹ Näin ollen hankinnan arvo ei sellaisenaan tuo hankinnalle sellaista laajuutta, että jakamatta jättäminen olisi suoraan syrjivää tai suhteellisuusperiaatteen vastaista.

Uuden hankintalain aikana hankinnan jakamatta jättäminen on ollut valituksen kohteena neljä kertaa markkinaoikeuden julkaisemissa tapauksissa. Näissä tapauksissa hankinnan kokonaisarvot ovat olleet 1 milj. €, 3,3 milj. €, 56 milj. € sekä 600 milj. €. ²⁵² Uuden hankintalain aikana hankinnan jakamatta jättämiseen esteenä ei ole ollut hankinnan arvo, vaikka se olikin vanhan hankintalain tapauksessa KHO 2016:182, osasyyp kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen ja syrjimättömyyden periaatteiden vastaisuuteen. Tapauksessa MaO 385/19, markkinaoikeus katsoi, että vain kahden tarjouksen saaminen ei tarkoittanut, että tarjouspyyntö olisi ollut

²⁵¹ MAO 283/20.

²⁵² MAO 196/21, MAO 8/21, MAO 283/20, MAO 385/19.

syrjivä, vaan muilla tarjoajilla olisi ollut mahdollisuus yhteistyöjärjestelyihin.²⁵³ Arvoltaan pienemmissä kahdessa tapauksessa (MAO 196/21 ja MAO 8/21) ei puolestaan ollut havaittavissa sellaisia hankintasäännösten vastaisuuteen vihjaavia seikkoja, kuten hankinnan laajuus tai tietyn tarjoajan suosiminen.

Tapauksessa MAO 196/21, yhtenä valituksen kohteena oli se, että osatarjousten kieltäminen laboratorionäytteiden analysointipalveluhankinnassa oli ollut hankintalainsäädännön vastaista. Valituksen pääosan muodostivat kuitenkin muut tarjouspyyntöön liittyneet epäselvyydet. Tuomioistuimien katsoi, että kyseisessä tapauksessa hankintojen jakamatta jättäminen ei johtanut epätasapuoliseen ja syrjivään kohteluun, vaan kuului hankintayksikön harkintavaltaan.²⁵⁴ Tapauksessa MAO 8/21 kodinkonehankinnassa valittaja koki muiden valitusperusteiden lisäksi hankinnan jakamatta jättämisen syrjiväksi. Hankintayksikkö perusteli jakamatta jättämisen sopimuksen toimivuudella ja käytettävyydellä. Markkinaoikeuden mukaan hankinnan jakamatta jättäminen kuului hankintayksikön harkintavallan piiriin.²⁵⁵

Tapauksessa MAO 283/20 hankinnan kohteena oli ICT-laitteiden, palveluiden ja ohjelmistojen verkkokauppa, joka toteutettiin yhteishankintana. Hankintayksikkö perusteli jakamatta jättämisen kokonaisuuden kustannustehokkuudella, eikä markkinaoikeus nähnyt tässä ongelmaa.²⁵⁶ Tapauksessa MAO 385/19 hankintayksikkö puolestaan perusteli jakamatta jättämistä sopimusten hallinnalla, sekä niihin liittyvillä teknisillä haasteilla ja erilaisilla vastuilla. Hankintayksikkö myös perusteli valintaansa volyymin saavuttamisella. Markkinaoikeus ei nähnyt hankinnan jakamatta jättämisen olleen syrjivää tai muutenkaan hankintasäännösten vastaista.²⁵⁷

Vaikuttaakin siltä, että hankintojen jakamisen merkityksen korostumisesta huolimatta, uuden hankintalain aikana kynnys todeta hankinnan jakamatta jättäminen hankintasäännösten vastaiseksi on enemmänkin noussut. Hankintalain 146 §:n 2 momentin 2 kohdan valituskielto ei sellaisenaan estä hankinnan jakamattomuutta koskevan päätöksen käsittelyä, kunhan päätös liittyy menettelyn syrjimättömyyteen ja avoimuuteen. Vaikka uuden hankintalain aikana käsitellyt oikeustapaukset eivät ole olleet yhtä selkeitä kuin jakamatta jättämisen osalta menestyneet valitukset, ei niissä ole kyseenalaistettu hankintayksiköiden perusteluja jakamatta jättämiselle. Markkinaoikeus ei ole myöskään antanut tapauksissaan esimerkkejä siitä, milloin

²⁵³ MAO 385/19.

²⁵⁴ MAO 196/21.

²⁵⁵ MAO 8/21.

²⁵⁶ MAO 283/20.

²⁵⁷ MAO 385/21.

hankinnan jakamatta jättäminen voisi olla syrjimättömyyden tai muiden hankintalain 3 §:ssa ilmaistujen periaatteiden vastaista. Yhteishankintayksiköiden toteuttamat suuremmat hankintakokonaisuudet ovat yleistymässä, eikä hankinnan suurempi koko voi sellaisenaan olla este hankinnan jakamatta jättämiselle.

Itse tulkitseen asian tuoreen oikeuskäytännön puuttuessa siten, että hankinnan jakamatta jättämisen tulisi syrjivyyden toteutumiseksi hankinnan suuruuden osalta suosia suurempia tarjoajayrityksiä siten, että muilla yrityksillä ei edes yhdessä tarjoamisen kautta olisi mahdollista osallistua tarjouskilpailuun. Muissa tapauksissa kuin hinnaltaan erityisen arvokkaissa hankinnoissa näen, että hankinnan jakamatta jättämisen täytyisi selkeästi ja objektiivisesti arvioiden tuoda perusteetonta etua jollekin tarjoajalle. Tilanne, jossa hankinnan jakamatta jättäminen toisi selkeää haittaa jollekin tietylle tarjoajalle, ei mielestäni aiheuttaisi samanlaista vaikutusta, jos jäljelle jäisi useampi tarjoaja. Hypoteettinen esimerkki potentiaalisesti syrjivästä hankinnan jakamatta jättämisestä olisi tilanne, jossa tietyn toimialan hankintakokonaisuuteen lisättäisiin tähän toimialaan yleisellä tasolla täysin kuulumaton hankinnan osa, mutta osatarjousten antaminen kiellettäisiin. Syrjimättömyyden periaatteen soveltuminen edellyttäisi, että toimialalla kuitenkin toimisi yksi tarjoaja, jonka toiminta kattaisi juuri näiden kahden näennäisesti epäyhtenäisten toimialojen yhdistelmän. Tällaisessa tilanteissa voitaisiin katsoa, että tarjouspyynnön tarkoitus on suosia kyseistä tarjoajaa. Huomionarvoista kuitenkin on, että tässäkin tilanteessa vasta-argumenttina voidaan käyttää sitä, että yhteistyö tarjoajien välillä tai alihankintojen hyödyntäminen on tarjoajille mahdollista. Oma tulkintani onkin, että hankintamenettelyn toteaminen hankintasäännösten vastaiseksi sillä perusteella, että hankinta on jätetty jakamatta, on hankintayksikön laajan harkintavallan vuoksi erittäin epätodennäköistä.

5.3.2 Hankintojen jakamisen toteuttaminen

Hankintojen jakamisen noustessa tuomioistuinkäsittelyssä keskeiseksi, ongelmana ei aina ole hankinnan jakamatta jättäminen. Useammin kyseessä onkin ollut juuri se, miten hankintayksikkö on toteuttanut hankinnan jakamisen. Hankintalain 75 §:n 2 ja 3 momenteissa asetetaan vaatimuksia hankintayksikön toiminnalle, kun se jakaa hankinnan tai hyväksyy osatarjouksia. Tarjouspyynnössä osatarjousten kohdalla asetetut vaatimukset voivat olla samalla tavalla julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden vastaisia, kuin missä tahansa muissakin hankinnoissa. Hankinnan jakaminen osiin myös tuo oman haasteensa tarjousten vertailuun, koska kaikki tarjoajat eivät välttämättä tarjoa samoista osista, mutta hankintayksikön tulisi toteuttaa tarjousvertailu yhdenvertaisesti ja johdonmukaisesti. Julkisten

hankintojen neuvontayksikön hankintojen jakamista koskevan ohjeen mukaan on olennaista, että hankintakokonaisuuden eri osat on määritelty riittävän selkeästi ja täsmällisesti, mikä mahdollistaa yhteismitallisten tarjousten saamisen.²⁵⁸

Pelkästään se, että osatarjoukset ovat hankinnassa sallittuja, ei anna tarjoajalle mahdollisuutta tarjota täysin mielensä mukaisesti. Tarjous voi olla tarjouspyynnön vastainen, jos se on kohdistettu osatarjouksena vain tiettyyn osaan hankinnassa, jossa osatarjoukset eivät ole sallittuja. Myös tilanteissa, joissa osatarjoukset on sallittu, mutta tarjoaja tekee osatarjouksen sille asetettujen vaatimusten vastaisesti tai pienempään osaan kuin tarjouspyynnössä on määritelty, se voidaan sulkea tarjousvertailun ulkopuolelle tarjouspyyntöä vastaamattomana.²⁵⁹ Tapauksessa MAO 557/20 oli nimenomaan kyse tällaisesta tilanteesta. Hankinta oli jaettu kahteen osaan, mutta näiden osien sisällä ei saanut tehdä tarjouksia sen pienemmistä osista. Valittaja oli tehnyt osatarjouksen hankinnan 1-osan sisällöstä, ja sen tarjous oli suljettu tarjouskilpailun ulkopuolelle tarjouspyynnön vastaisena.²⁶⁰

Hankintojen jakamiseen liittyvissä oikeustapauksissa keskeisessä roolissa on ollut Arrowsmithin esittämä avoimuuden periaatteen kolmas ominaisuus; hankintapäätösten perustuminen tarjouspyynnössä ilmaistuihin sääntöihin.²⁶¹ Se, että hankintayksikkö ei noudata tarjousten vertailussa linjaa, jonka se on tarjouspyynnössä määritellyt, ei ole yksinomaan hankintojen jakamiseen liittyvä ongelma. Hankintojen jakamisen kohdalla epäselvyydet liittyvät siihen, ovatko osatarjoukset ylipäätään sallittuja, mistä hankinnan osista osatarjouksia saa tehdä, miten tarjoajan voittamien osien määrää rajoitetaan sekä miten tarjoukset vertaillaan. On kuitenkin oletettavaa, että suurilta osin tarjousten käsittelyyn liittyvät ongelmat ilmenevät samalla tavalla hankinnan kohteen määrittelystä riippumatta. Oman arvioni mukaan erityisesti tarjousten vertailu on osatarjousten kohdalla monimutkaisempaa, koska hankintayksikön on huomioitava, että tarjoajat saattavat tarjota yhdestä osasta, useasta osasta tai hankinnan kaikista osista. Näiden erilaisten tarjousten vertaileminen keskenään vaatii lähtökohtaisesti enemmän hankintaosaamista kuin kokonaisuuksia koskevien tarjousten vertailu.

Oikeustapausten kohteena olleissa hankinnoissa epäselvyyksiä on ollut sen suhteen, mistä osista osatarjoukset saa tehdä, saako osatarjouksia tehdä ylipäätään sekä miten osatarjoukset vertaillaan. Tapauksissa MAO 47/16 ja MAO 211/16 hankintailmoituksissa ja

²⁵⁸ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2022, s. 28.

²⁵⁹ Eskola et. al. 2017, s. 460.

²⁶⁰ MAO 557/20.

²⁶¹ Arrowsmith 2014, s. 165–166.

tarjouspyynnöissä oli ilmaistu, että hankintaa ei ollut jaettu ja osatarjoukset olivat kiellettyjä. Hankintayksikkö päätyi kuitenkin molemmissa tapauksessa valitsemaan eri tarjoajat hankintojen eri osiin. Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikkö ei noudattanut asettamiaan vertailuperusteita ja näin ollen hankinnat oli toteutettu hankintasäännösten vastaisesti.²⁶² Tapauksen MAO 47/16 osalta markkinaoikeus totesi, että tarjouspyynnön tulkinnanvaraisuuden suhteen, onko hankinta jaettu osiin vai ei, vaaransi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousten vertailussa.²⁶³

Tapauksessa MAO 344/18 puolestaan hankintailmoituksessa ei sallittu osatarjouksia, mutta tarjouspyynnössä pyydettiin tarjouksia erikseen kohteittain. Tämän sekä muiden tarjouspyyntöön liittyvien epäselvyyksien perusteella markkinaoikeus totesi, että tarjouspyyntö ei ollut omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia eikä turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousten vertailussa.²⁶⁴ Tapauksessa MAO 844/17 tarjouspyynnössä mainittiin, että kohderyhmän sisällä sovelletaan volyymipainotteista hintapisteytystä. Tarjouspyynnössä ei kuitenkaan ilmaistu tämän hintapisteytyksen konkreettista laskutapaa, eikä miten yksittäisiä osatarjouksia vertailtaisiin keskenään. Voittanut tarjoaja teki tarjouksen 13 osasta reitistä tarjottavista olleista 15 reitistä. Hankintayksikkö ei ollut ilmaissut, miten puuttuvien reittien tarjoajat valitaan, vaan valitsi puuttuviin osiin yhden hävinneistä tarjoajista. Markkinaoikeus totesi, että tarjouspyyntö oli näiltä osin epäselvä ja hankintasäännösten vastainen.²⁶⁵

Jälkimmäisen tapauksen kaltaisilta epäselvyyksiltä olisi voitu välttyä, jos hankinta olisi toteutettu osiin jakamatta. Tämä onkin oletettavasti yksi syy sille, miksi hankintayksiköt saattavat jättää hankinnan jakamatta osiin, vaikka siihen muuten saattaisi olla mahdollisuus. Jos hankintayksikkö ei ole täysin varma, miten hankinta toteutetaan osiin jaettuna, se saattaa valita turvallisemman vaihtoehdon, ja toteuttaa hankinnan kokonaisuutena. Tällöinkin hankintayksikön on helppo perustella valintaansa esimerkiksi kustannussyillä, vaikka todellinen syy taustalla olisikin hankintayksikön kannalta yksinkertaisempi hankintaprosessi.

Hankintalakiuudistusta edeltäneessä tapauksessa KHO 2019:53 kyseessä oli tilanne, jossa osiin jaetussa hankinnassa oli rajoitettu osien määrää, jotka yksi tarjoaja voi voittaa. Vaikka tämä käytäntö kuuluu nykyisessä hankintalaissa hankintayksikön harkintavaltaan, aikaisemmassa

²⁶² MAO 47/16, MAO 211/16.

²⁶³ MAO 47/16.

²⁶⁴ MAO 344/18.

²⁶⁵ MAO 844/17.

hankintalainsäädännössä siitä ei ollut mainintaa. Hankintayksikkö perusteli rajoitusehdon käyttöä hankintakokonaisuuden suurella koolla ja kilpailutilanteen säilyttämisellä. Hankinnan kohteiden erilaisuuden vuoksi rajoitusehdon soveltamisesta seurasi, että toiseksi paras tarjoaja voitti enemmän kohteita, kuin paras tarjoaja. Markkinaoikeus asiaa käsitellessään totesi, että rajoitusehto eikä hankintayksikön sille asettamat tavoitteet olleet syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaisia. KHO omassa käsittelyssään näki rajoitusehdon siinä määrin tulkinnanvaraisena, että päätti ennen omaa ratkaisuaan pyytää EUT:lta ennakkoratkaisua. Ennakkoratkaisupyynnön kysymyksinä oli se, olivatko rajoitusehdot ylipäättään vanhan hankintalainsäädännön perusteella mahdollisia ja otetaanko rajoitusehdon sallittavuutta arvioidessa huomioon ehdon konkreettinen lopputulos.²⁶⁶ Ennakkoratkaisupyynnöksi kuitenkin peruttiin, eikä lopullista päätöstä ole asiasta julkaistu.²⁶⁷

5.3.3 Oikeustapausten yhteenveto

Uuden hankintalain aikana hankinnan jakamatta jättäminen ei ole ollut valitusperusteena kielletty, vaikka hankintalaki sitä koskevan valituskiellon sisältääkin. Valittajan argumentti siitä, että hankinnan jakamatta jättäminen syrjii muita tarjoajia, on ollut edellytys valituksen sen osuuden käsittelylle. Oikeustapausten lopputulosten kannalta tällä ei kuitenkaan ole ollut merkitystä, koska tuomioistuimet eivät ole nähneet hankinnan jakamatta jättämistä muita tarjoajia syrjivänä menettelynä. Vaikka hankintojen jakaminen on korostunut uuden hankintalain myötä, hankintayksikön harkintavalta hankinnan kohteen määrittämisen suhteen on säilynyt vahvana. Tuomioistuimet eivät ole uuden hankintalain aikana kyseenalaistaneet hankinnan jakamatta jättämisen perusteita, eikä myöskään jakamatta jättämisen syrjivyydestä ole annettu esimerkkejä. Keskeinen lopputulos hankinnan jakamatta jättämisen käsittelyssä onkin ollut se, että valitus on käsitelty, mutta ei ole johtanut seuraamuksiin jakamatta jättämisen osalta.

Keskeisinä perusteluina markkinaoikeus on käyttänyt sitä, että hankintayksiköllä on harkintavaltaa hankinnan kohteen määrittelyn suhteen.²⁶⁸ Markkinaoikeus on myös todennut, että hankintayksiköillä ei ole velvollisuutta sopeuttaa omaa hankintatarvettaan markkinoilla olevan tarjonnan perusteella.²⁶⁹ Tässä korostuu oikeudellinen näkökulma yhteiskuntapoliittisen näkökulman ylitse. Vaikka pk-yritysten huomiointi julkisissa hankinnoissa esimerkiksi

²⁶⁶ KHO 2019:53.

²⁶⁷ Asia C-329/19.

²⁶⁸ ks. esim. MAO 283/20.

²⁶⁹ MAO 208/21.

hankinnat jakamalla on suotavaa ja jopa kannatettavaa, hankintayksiköillä ei tähän ole velvollisuutta.

Vanhan hankintalain aikaisista oikeustapauksista on löydettävissä tulkinta-apua tilanteisiin, joissa hankinnan jakamatta jättäminen voi olla hankintalain säännösten vastaista. Koska tapauksissa MAO 670/15 ja KHO 2016:182 nykyisen hankintalain 3 §:n periaatteet eivät olleet pääosassa, niiden soveltaminen nykyisen hankintalain nojalla ei välttämättä toteudu aikaisempia tapauksia vastaavalla tavalla. Vanhan hankintalain aikaisesta oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin vetää johtopäätös, että hankinnan jakamatta jättäminen voi johtaa hankintalain säännösten vastaisuuteen. Nykyiseen hankintalakiin perustuvasta oikeuskäytännöstä voidaan puolestaan todeta, että hankinnan jakamatta jättämisestä on tietyissä tilanteissa mahdollista valittaa, kun asia liittyy menettelyn syrjimättömyyteen. Vaikka olosuhteet ovat lakitekstin osalta muuttuneet, oikeudellinen tarkastelu tuomioistuimissa on edelleen mahdollista.

Hankinnan jakamisen toteuttamiseen liittyvästä oikeuskäytännöstä päällimmäisenä esiin nousee huolimattomuus ja hankintaosaamisen puute hankinta-asiakirjojen laatimisessa. Se, että vertailuperusteet ilmaistaan puutteellisesti tai tarjouspyynnöissä ilmoitettuja sääntöjä ei noudateta, ei ole varsinainen hankintalain tulkintaan liittyvä ongelma. Tällaiset virheet on varsin helposti havaittavissa, eikä hankintalain 75 §:n 2 momentin tai 93 §:n 1 momentin sisältö ole erityisen tulkinnanvarainen näiltä osin. Keskeinen tema hankinnan jakamisen toteuttamiseen liittyvissä ongelmissa onkin ollut se, että hankintayksikkö ei noudata tarjouspyynnössä asettamia sääntöjä.²⁷⁰ Yksi ratkaisu tähän ongelmaan liittyy hankintatoimen suunnitelmallisuuteen. Todellisen päätöksen siitä, miten hankinta toteutetaan, kuuluisi olla tehty silloin, kun tarjouspyyntö julkaistaan. Hankinnan kohteen määrittely uudelleen tarjousten saavuttua on räikeästi hankintasäännösten vastaista eikä hankintayksikön näkökulmasta kestävä toimintatapa.

5.4 Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet hankintojen jakamisessa

Julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaate sekä suhteellisuusperiaate tulevat esiin jo hankintayksikön suunnitellessa hankinnan toteuttamista. Tässä hankinnan vaiheessa merkittävin päätös periaatenäkökulmasta hankintojen jakamisen suhteen on päätös siitä, toteutetaanko hankintakokonaisuus yhtenä kokonaisuutena

²⁷⁰ MAO 47/16, MAO 211/16, MAO 844/17.

vai osiin jaettuna. Syrjimättömyyden ja suhteellisuusperiaatteen merkitys korostuu silloin, kun hankintayksikkö päättää jättää hankinnan jakamatta ja kieltää osatarjousten tekemisen. Eri asia on kuitenkin se, rikkooko tällainen päätös edellä syrjimättömyyden periaatetta ja suhteellisuusperiaatteita. Tämä tukee alkuperäistä arviota periaatteiden merkityksestä hankintojen jakamisessa. Oikeuskäytännössä hankintalain 146 §:n 2 momentin 2 kohta on jätetty soveltamatta, kun valituksen kohteena on ollut hankinnan jakamatta jättämisen syrjivyyttä. Tämä nostaa periaatteiden merkityksen tietyissä hankintojen jakamiseen liittyvissä tilanteissa myös muun kirjoitetun lain ohi.

Hankinnan jakamatta jättäminen voi rikkoa syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatetta, jos se asettaa toiset tarjoajat erilaiseen asemaan ilman objektiivista syytä. Se, mikä on riittävän vakuuttava objektiivinen syy, riippuu hankinnan yksityiskohdista. Kynnys sille, mikä on riittävä objektiivinen peruste erilaiselle kohtelulle (tarjoajien erilainen kohtelu hankinnan jakamatta jättämällä), on kuitenkin jokseenkin matala. Riittävän objektiivisen perusteen puuttuminen on todettu tilanteessa, jossa hankinnan kohteen määrittely on suoraan suosinut tiettyä tarjoajaa. Tällöin muussa tilanteessa hyväksyttävä perustelu tuotteiden yhteensopivuudesta olemassa olevien laitteiden kanssa ei ole ollut hyväksyttävä.²⁷¹ Suhteellisuusperiaatteella on merkitystä enemmän tilanteessa, jossa hankinnan suuri koko ja sen jakamatta jättäminen syrjii pienempiä yrityksiä. Tällöin hankinnan kohteen määrittely (suuri koko jakamatta jättämättä) ei ole oikeassa suhteessa hankinnan tavoitteeseen (tarjouskilpailun toteuttaminen hankinnan kohteen saamiseksi) nähden. Toinen seikka on myös se, että EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa ”velvollisuus” jakaa hankinta puuttuu kokonaan, eikä jakamatta jättämistä vastaan näissä hankinnoissa voida juurikaan argumentoida.

Hankintojen jakamiseen liittyviä menettelyvaatimuksia on kuitenkin sovellettava myös kansallisissa hankinnoissa, kun hankinta päätetään jakaa. Hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön laatimisessa asetetaan lopulliseen muotoon hankinnan valmisteluvaiheessa muodostetut suunnitelmat. Tarjousasiakirjoissa ilmaistaan se, onko hankinta jaettu osiin tai onko osatarjoukset sallittu, minkälaisista osista hankinta koostuu tai mistä osista osatarjouksen saa tehdä, sekä se miten eri osista tehtyjä tarjouksia vertaillaan keskenään. Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden merkitys nousee esiin sekä sellaisissa tilanteissa, joissa hankintayksikön toiminta on suoraan syrjivää tai suosivaa, että niissä tilanteissa, joissa ongelmia aiheuttaa tarjouspyyntöasiakirjojen epäselvyys. Oikeuskäytännössä (niiltä osin kuin

²⁷¹ MAO 670/15.

valituksen kohteena ei ole ollut hankinnan jakamatta jättäminen) ongelmana on ollut lähinnä tarjouspyynnön epäselvyys sen suhteen, onko osatarjoukset sallittuja, mistä osista osatarjoukset koostuvat sekä miten osatarjouksia vertaillaan. Oikeuskäytännössä näiden epäselvyyksien on katsottu aiheuttavan sen, että tarjoajilla ei ole mahdollisuutta tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun tarjousten vertailussa, ja näin olleen kyseisten hankintalain 3 §:n periaatteiden vastaisia.

Hankintamenettelyn toteuttamisen, tarjoajien soveltuvuuden arvioinnin, tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arvioinnin tai tarjousten vertailun kohdalla ei ole varsinaisia hankintojen jakamiselle tunnusomaisia ominaisuuksia. Tarjouspyynnön mukaisuutta arvioidessa voidaan osatarjoukset sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle, jos ne tarjouspyyntöasiakirjoissa on kielletty. Tämä kuitenkin liittyy jo hankinnan valmisteluvaiheessa tehtyyn valintaan jättää hankinta jakamatta. Varsinainen potentiaalinen ongelma-kohta liittyykin avoimuuden periaatteen toteutumiseen, eli siihen, että tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja sääntöjä sovelletaan hankintaprosessin muissa vaiheissa. Myöskään hankintapäätökseen ei liity hankintojen jakamisen kannalta mitään yksinomaisia piirteitä, jotka hankintalain 3 §:n periaatteiden näkökulmasta eroaisivat muista hankinnoista. Tärkeää on lähinnä se, että, jos hankinta on jätetty jakamatta osiin ja osatarjoukset on kielletty, syy jakamatta jättämiselle on ilmaistava, jos tätä ei tarjouspyyntöasiakirjoissa ole ilmaistu. Periaatteiden merkitys hankintojen jakamisen toteuttamisessa ei mielestäni nouse hankintalain muiden säännösten ohi, koska jakamisen toteuttaminen liittyy vahvasti tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen sisältöön, josta säädellään hankintalaissa erikseen. Merkitys tulee kuitenkin esiin tuomioistuinten päätöslauselmissa joiden, mukaan tarjouspyynnön epäselvyys on vaarantanut tarjoajien syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun toteutumiseen.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkimukseni tavoitteena on selvittää hankintojen jakamiseen sekä pilkkomiskieltoon liittyvää säännöstöä ja tarkentaa niiden soveltamisen rajanvetoa. Tavoitteena on myös avata, millaisia mahdollisuuksia hankintayksiköillä on erilaisissa tilanteissa, joissa hankintojen jakaminen on teemana läsnä. Ensimmäinen tutkimuskysymykseni tarkasteli lainsäädännön ja oikeuskäytännön hankintojen jakamiselle asettamia rajoituksia ja mahdollisuuksia sekä niihin liittyviä oikeudellisia ongelmia. Toisen tutkimuskysymykseni tarkasteli, miten hankintojen sallittu jakaminen ja kielletty pilkkominen eroavat toisistaan. Kolmas tutkimuskysymykseni puolestaan selvitti julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden vaikutuksia, rajoituksia sekä soveltuvuutta hankintojen jakamiseen ja pilkkomiskieltoon.

Hankintojen jakamisen oikeudellisen näkökulman lisäksi toin tutkimuksessani esiin myös yhteiskuntapoliittisen motivaation hankintojen jakamisen taustalla. Hankintojen jakamisen oikeudellisen tarkastelun toteuttamiseksi onkin tärkeä selvittää, miksi hankintoja jaetaan. Hankintojen jakaminen osiin pienentää hankinnan arvoa, mikä parantaa pk-yritysten osallistumista.²⁷² Pk-yritysten osallistumisen kehittäminen on yksi hankintalakiinkin sisällytetyistä tavoitteista, jonka perusta on EU:n yhteiskuntapoliitikassa. Hankintojen jakaminen voi myös parantaa kilpailua, pienempien hankintakokonaisuuksien mahdollistaessa useamman tarjoajan osallistumisen kilpailuun. De Brux'n ja Bordeaux'n mukaan hankinnan laatu voi kuitenkin heiketä, kun hankinta jaetaan osiin. Heidän mukaansa laatua parantavien innovaatioiden hyödyntäminen edellyttää suuren volyymin tarjoamaa skaalaetua, joka antaa tarjoajalle kannustimen hankinnan laadun parantamiselle.²⁷³

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet käsiteltiin omana lukunaan, koska ne muodostavat tärkeän osan kolmannesta tutkimuskysymyksestäni. Periaatenäkökulman hyödyntämiseksi on tärkeä avata omassa luvussaan julkisten hankintojen oikeusperiaatteiden sisältö. Julkisissa hankinnoissa noudatettavista oikeusperiaatteista tärkein on syrjimättömyyden periaate, josta muut periaatteet on EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä johdettu. Avoimuuden periaate on noussut itsenäiseksi periaatteekseen määrittämään sääntöjä etenkin hankinnoista ilmoittamisen ja tarjouspyyntöjen ympärille. Suhteellisuusperiaate puolestaan jää selvästi muihin hankintalain 3 §:n periaatteisiin verrattuna taka-alalle.

²⁷² Euroopan komissio et. al. 2019, s. 54.

²⁷³ de Brux & Desrieux 2012, s. 13, 18.

Pilkkomiskieltoa koskeva luku tuo vastauksia kaikkiin kolmeen tutkimuskysymykseeni. Pilkkomiskielto jo itsessään on hankintojen jakamista rajoittava tekijä, joka pakottaa hankintayksiköt soveltamaan hankintalakia myös silloin, kuin se jakaa hankinnan kynnsarvot alittaviin osiin. Tutkimukseni myötä käy kuitenkin ilmi, että kansallisella tasolla pilkkomiskiellon rooli hankintojen jakamisen rajoittamisessa on muiden hankintalain normien kanssa jaettu. Vaikka pilkkomiskielto asettaakin lakitasolla rajoituksen hankinnan jakamiselle, oikeuskäytännössä suurempi merkitys on ollut hankintalain 7 luvun hankinnan ilmoittamista määrittävillä säännöksillä. Kun osiin jaetusta hankinnasta on jätetty ilmoittamatta hankinnan kokonaisarvon edellyttämällä tavalla, pilkkomiskiellon sijaan on sovellettu hankinnan ilmoittamisesta säänteleviä 58 §:ää sekä 59 §:ää.²⁷⁴ Myös suorahankintoina toteutetuissa hankinnoissa, joissa pilkkomiskielto olisi sovellettavissa, tarkastelun keskiössä on ollut hankinnasta ilmoittaminen sekä suorahankintaperusteiden täytyminen. Kansallisella tasolla pilkkomiskielto onkin hankinnan jakamisen rajoittamisessa enemmänkin sivuroolissa. EU-tasolla pilkkomiskieltoa on sovellettu sellaisenaan, vaikkakin oikeuskäytäntö on ollut vähäistä. Kansallisesta oikeuskäytännöstä poiketen EU:n tuomioistuimien on kuitenkin käyttänyt pilkkomiskieltoa tapauksissaan pääargumenttina hankintasäännösten rikkomisesta.²⁷⁵

Toisen tutkimuskysymykseni ratkaisu on puolestaan varsin yksinkertainen. Hankinnan sallitun jakamisen ja kielletyn pilkkomisen ero ei ole siinä, millaisiin osiin hankinta jaetaan. Merkitystä on lähinnä sillä, miten hankintayksikkö hankintaa jakaessaan menettelee. Jos hankinnan osien ennakoitu kokonaisarvo ylittää EU-kynnsarvon, merkitystä on sillä, ilmoittaako hankintayksikkö hankinnan osista niiden kokonaisarvon edellyttämällä tavalla EU:n laajuisesti. Sama koskee myös hankintamenettelyn valintaa. Jos hankintayksikkö ei käytä hankintalain 5 luvussa kuvattua hankintamenettelyä, se toimii hankintasäännösten vastaisesti. Selitys hankinnan jakamisen ja pilkkomisen erosta kuvaakin hyvin sitä, miksi pilkkomiskiellon määrittävä 31 § on käytännön tapauksissa sivuroolissa. Sen soveltuminen vaatii sen selvittämistä, miten hankintayksikkö on toteuttanut hankinnasta ilmoittamisen sekä hankintamenettelyn.

Pilkkomiskiellon osalta periaatenaikokulma korostuu lähinnä EU-tasolla. Kansallisella tasolla hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteita on sovellettu ainoastaan hankintalain muiden säännösten välityksellä. EU-tason oikeuskäytännössä on kuitenkin tullut ilmi pilkkomiskiellon yhteys syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteisiin. EU:n tuomioistuimien on todennut, että hankinnan

²⁷⁴ MAO 13/21.

²⁷⁵ Asia C-16/98 komissio v. Ranska.

pilkkomisen seurauksena tapahtuva puutteellinen hankinnasta ilmoittaminen syrjii muihin valtioihin sijoittautuneita potentiaalisia tarjoajia, koska ne eivät saa hankinnan todellisen arvon edellyttämiä tietoja hankinnasta.²⁷⁶ Kansallisellakin tasolla syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteet olisivat sovellettavissa suoraan, mutta tähän ei ole ollut tarvetta, kun kansallisissa oikeustapauksissa hankinnan ilmoittamista koskeva sääntely on ollut ratkaisujen perusteena. Pilkkomiskiellon osalta julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet ilmenevät lähinnä hankintalain säännösten taustalla, sekä tilanteissa, joissa näistä säännöksistä ei löydy suoraan ratkaisua.

Hankintalaki osaltaan myös kannustaa hankintojen jakamiseen. Hankintalain 75 § rajoittaa tietyissä määrin hankinnan jakamatta jättämistä. Tämä rajoittaminen tarkoittaa sitä, että hankinnan jakamatta jättämisen syy on perusteltava. Päätöksestä jättää hankinta jakamatta ei kuitenkaan saa 146 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan valittaa. Hankintalain 75 §:n 2 ja 3 momentti asettavat tietyjä menettelyvaatimuksia, joita hankintoja jakaessa on sovellettava. Nämä vaatimukset liittyvät lähinnä siihen, mitä tietoja hankintayksikön on hankintojen jakamiseen liittyen annettava hankintailmoituksessa.

Oikeuskäytännössä hankintojen jakamista ja jakamatta jättämistä on katsottu hieman erilaisesta näkökulmasta. Markkinaoikeus on katsonut, että hankinnan jakamatta jättämistä koskevasta päätöksestä voi valituskiellosta huolimatta valittaa, jos hankintayksikön ratkaisu koskee viime kädessä hankintamenettelyn syrjimättömyyttä.²⁷⁷ Jakamatta jättäminen ei kuitenkaan ole ollut tuoreen hankintalain aikana ainoana valituksen kohteena, vaan enemmänkin tukemassa muita valittajan väitteitä hankintamenettelyn mahdollisesta hankintasäännösten vastaisuudesta. Markkinaoikeus ei ole uuden hankintalain voimassaoloaikana todennut hankintayksikön toimineen hankintasäännösten vastaisesti jättäessään hankinnan jakamatta. Ennen hankintalakiuudistusta tuomioistuin oli kaksi kertaa todennut jakamatta jättämisen hankintasäännösten vastaiseksi, koska se katsottiin kilpailuolosuhteiden hyödyntämättä jättämiseksi. Toisessa tapauksessa hankinnan kohteen määrittelyn katsottiin suosivan suoraan tiettyä yritystä, kun hankinnan kohteena olleilta laitteilta, edellytettiin yhteensopivuutta kyseisen yrityksen laitteiden kanssa.²⁷⁸ Toisessa tapauksessa hankinnan suuri koko rajasi tarjoamisen mahdollisuuden vain suurimmille tukkutuottajille.²⁷⁹

²⁷⁶ C-16/98 komissio v. Ranska.

²⁷⁷ MAO 196/21, MAO 8/21, MAO 385/19

²⁷⁸ MAO 670/15.

²⁷⁹ KHO 2016:182.

Osiin jaettujen hankintojen toteuttamiseen liittyvät ongelmat ovat puolestaan johtuneet epäselvyyksistä hankintailmoitusten, tarjouspyyntöjen sekä toteutuneen hankinnan välillä. Tämä ei ole pelkästään osiin jaettuihin hankintoihin liittyvä ongelma, vaan hankinnan jakaminen itsessään näkyy lähinnä epäselvyyksissä ja vaikeuksissa, jotka liittyvät osatarjousten vertailuun. Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden merkitys korostuu hankintojen jakamiseen liittyvissä oikeustapauksissa. Osiin jaetun hankinnan hankintamenettelyssä ilmenevien epäselvyyksien kohdalla korostuu avoimuuden periaate, mutta se tapahtuu pääosin hankintalain säännösten välityksellä.

Hankinnan jakamatta jättämisen kohdalla etenkin syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaate voi soveltua suoraan. Vaikka vanhan hankintalain aikaisissa tapauksissa sovellettiin kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen periaatetta, myös syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatteen voidaan katsoa olleen sovellettavissa. Jakamatta jättämistä voidaan tarkastella tuomioistuimen toimesta, jos näkökulmana on menettelyn syrjimättömyys. Voidaankin siis katsoa, että tiettyjen olosuhteiden toteutuessa hankinnan jakamatta jättäminen voisi olla syrjimättömyyden periaatteen vastaista. Hankintalain 3 §:n oikeusperiaatteiden itsenäinen tulkintavaikutus on siis hankintojen jakamiseen liittyen havaittavissa. Hankintayksikön harkintavalta hankinnan kohteen määrittämisessä on kuitenkin laaja, mitä kuvaa hyvin se, että uuden hankintalain aikana hankinnan jakamatta jättämisen perusteluja ei ole tuomioistuinten toimesta kyseenalaistettu.

Tutkimukseni perusteella arvioin, että pilkkomiskiellon roolia kansallisella tasolla voitaisiin määritellä uudelleen. Pilkkomiskiellon käytännön soveltaminen rajoittuu oikeuskäytännössä sen esitöissä määritellyn luontevan hankintakokonaisuuden muodostumisen tarkasteluun. Pilkkomiskiellon soveltuminen edellyttää sen tarkastelua, miten hankinnasta on ilmoitettu tai miten hankintamenettely on toteutettu. Puutteellinen ilmoittaminen ja virheellinen menettely ovat kuitenkin hankintalain vastaisia pilkkomiskiellosta riippumatta. Tämä yhdessä sen kanssa, että pilkkomiskieltoa ei ole myöskään EU:n tuomioistuimen toimesta sovellettu yli vuosikymmeneen, puhuvat sen puolesta, että pilkkomiskielto ei tarvitsisi omaa pykäläänsä hankintalaissa. Jos hankintalain sisältöä haluttaisiin tiivistää, yksi keino olisikin pilkkomiskiellon sisällyttäminen hankinnan ennakoitua arvoa koskevaan 27 §:ään. Tämä muotoilu onkin käytössä hankintadirektiivissä.

Osiin jaettujen hankintojen kohdalla varsinaisiin hankintojen toteuttamiseen liittyvät ongelmat ovat varsin yksinkertaisesti ratkaistavissa, eivätkä vaadi hankintalakiin liittyviä muutoksia. Hankintailmoituksessa määriteltujen vaatimusten noudattaminen ja osatarjousten vertailu

vaativat hankintayksiköiltä lähinnä hankintatoimen suunnitelmallisuutta ja organisaation hankintaosaamisen kehittämistä. Hankinnan jakamatta jättämisen kohdalla koen, että hankintayksiköiden jakamatta jättämisen perusteluihin tulisi kiinnittää enemmän huomiota. Monimutkaisuutta siitä, että hankinnan jakamatta jättäminen on tietyissä tilanteissa valituskelpoinen päätös, täytyy mielestäni sietää. Mahdollisuuden käyttää jakamatta jättämistä ainoana valitusperusteena täytyy julkisissa hankinnoissa noudatettavien oikeusperiaatteiden toteutumiseksi olla olemassa, mutta kynnyksen tälle täytyy olla kohtalaisen suuri. Oma suositukseni onkin, että pk-yritysten osallistumiseen tähtäävän tavoitteen vuoksi, etenkin arvoltaan suuremmissa hankinnoissa yllä mainitun kynnyksen pitäisi täytyä helpommin. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että hankintayksiköiden perusteluja hankinnan jakamatta jättämiselle pitäisi samassa suhteessa kyseenalaistaa.

Hankintayksiköillä täytyy olla harkintavaltaa hankinnan kohteen määrittelyssä, eikä tämän vuoksi olisi myöskään järkevää sallia hankinnan jakamatta jättämisestä valittaminen kaikissa tilanteissa. Uuden hankintalain aikana tällaisia valituksia ei olekaan tullut tuomioistuinkäsittelyyn, vaan jakamatta jättäminen on ollut lähinnä tukemassa muita valittajan väitteitä hankintamenettelyn syrjivyydestä. Tällöin väite jakamatta jättämisen syrjivyydestä on tutkittu, mutta tähän mennessä sen ei ole nähty syrjivän tarjoajia. Oman arvioni mukaan yksinkertaista ratkaisua ei ole havaittavissa, vaan lainsäädäntöön nähden harmaalla vyöhykkeellä on edelleen toimittava. Väitteet syrjivyyden ilmenemisestä on edelleen käsiteltävä tuomioistuinten toimessa, mutta edellytykset jakamatta jättämisen syrjivyydelle ovat korkeat.

Tutkimustani rajoitti oikeuskäytännön rajallinen määrä uuden hankintalain soveltamisajalta. Tietynlaisten tapausten puuttuminen pakotti tarkastelemaan hankintojen jakamista hypoteettisella tasolla. Myös pilkkomiskieltoa koskevien oikeustapausten vähäisyys vaikutti työn sisältöön, mutta pilkkomiskielton pitkäaikaisempi tausta mahdollisti kattavan tarkastelun siitä huolimatta. Jatkotutkimuskysymyksiä ei hankintojen jakamiseen liittyen tullut erityisesti esiin, koska hankintojen jakaminen aiheena on varsin kapea. Suunta, johon tutkimusta olisi mahdollista kehittää, liittyykin enemmän yhteishankintayksiköiden toimintaan sekä pk-yritysten muihin osallistumismahdollisuuksiin suuremmissa hankintakokonaisuuksissa. Hankintojen jakamisen muita vaihtoehtoja, kuten alihankintoja, ryhmittymänä tarjoamista ja puitejärjestelyjä olisi myös mahdollista tarkastella pk-yritysten näkökulmasta hyödyntäen tämän tutkimuksen tapaan julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita.