

TAMPEREEN YLIOPISTO
Oikeustieteiden laitos

Jenni Aaltonen

KUNTIEN KILPAILUTTAMISVELVOLLISUUS SOSIAALI- JA
TERVEYDENHUOLLON OSTOPALVELUISSA

Pro gradu -tutkielma
Julkisoikeus
Tampere 2008

Tampereen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

AALTONEN, JENNI: Kuntien kilpailuttamisvelvollisuus sosiaali- ja terveydenhuollon ostopalveluissa

Pro -gradu tutkielma, vii + 86 s.

Julkisoikeus

Kevät 2008

Julkisia hankintoja tehdään Suomessa vuosittain noin 22,5 miljardilla eurolla. Hankinnat muodostavat kunnissa taloudellisesti merkittävän kokonaisuuden. Viime vuosina julkisten hankintojen määrä on lisääntynyt erityisesti sosiaali- ja terveydenhuoltoalalla. Julkisten hankintojen lainsäädäntö uudistui kokonaisuudessaan 1. kesäkuuta 2007. Lakia sovelletaan, kun kunta päättää ostaa palveluja kunnan organisaatioon kuulumattomilta palveluntuottajilta.

Tutkimuksen tavoitteena on selvittää millainen on hankintaprosessi kunnan sosiaali- ja terveydenhuollon ostopalveluissa uuden hankintalain mukaan. Tutkimuksessa selvitetään hankintamenettelyn eri vaiheet hankinnan ilmoittamisesta tarjouksen valintaan asti. Tutkimuksessa kiinnitetään erityisesti huomiota siihen, miten hankinta tulisi toteuttaa, jotta hankintalain periaatteet kilpailuttamisvelvollisuudesta, yhdenvertaisuudesta ja avoimuudesta toteutuisivat hankintalain edellyttämällä tavalla. Tutkimus on oikeusdogmaattinen tutkimus, joten tarkastelun kohteena ovat lainsäädäntö ja sitä tukeva oikeuskirjallisuus. Myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten ratkaisuilla on merkittävä asema tutkimusaineistossa.

Julkinen hankinta on toteutettava noudattamalla jotakin lain mukaisista määrämuotoisista menettelyistä. Hankinnoissa on pääsääntöisesti käytettävä avointa tai rajoitettua menettelyä. Lain edellytysten täyttyessä hankinta voidaan toteuttaa myös neuvottelumenettelyllä tai suoraan hankinnalla. Sosiaali- ja terveystaloudellisuudessa kyseeseen tulevat useimmiten rajoitettu menettely ja neuvottelumenettely. Suoraan hankinta on mahdollinen yksittäisissä ja poikkeuksellisissa tilanteissa. Yhdenvertaisuus- ja avoimuusperiaatteet eivät toteudu suoraan hankinnassa, minkä vuoksi sen käyttö on hyvin rajoitettua. Hankintayksikön on ilmoitettava julkisesti avoimella ja rajoitetulla menettelyllä sekä neuvottelumenettelyllä toteutettavasta sosiaali- ja terveystaloudellisten hankinnasta kansallisessa laajuudessa. Ilmoittamisella varmistetaan avoimuusperiaatteen toteutuminen tarjouskilpailussa. Hankinnan oikeudellinen ydin perustuu huolellisesti laadittuun tarjouspyyntöön. Tarjouspyyntö on laadittava siten, että se tuottaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tuloksia. Hankintamenettelyn kannalta merkittävien vaihe on tarjoajien ja tarjouksen valinta. Tarjouksista on valittava se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Sosiaali- ja terveydenhuollon hankinnoissa valintaperusteena tulee käyttää kokonaistaloudellista edullisuutta, jolloin laatuvaatimukset voidaan ottaa paremmin huomioon. Sosiaali- ja terveystaloudelliset palvelut ovat siitä poikkeuksellisia hankintoja, että tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä voidaan käyttää tarjouksen vertailuperusteena. Palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden ammattitaidolla ja pätevyydellä on sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa erityinen merkitys. Hankintayksikön on asetettava vertailuperusteet ja kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerit niin selvästi, etteivät ne vaaranna syrjimättömyysperiaatteen toteutumista.

Asiasanat: Julkiset hankinnat, ulkoistaminen, sosiaali- ja terveystaloudellisten hankinnat, kilpailuttaminen, hankintaprosessi

Sisällysluettelo

LÄHTEET	III
1. JOHDANTO	1
1.1. TUTKIMUKSEN TAUSTAA	1
1.2. TUTKIMUSTEHTÄVÄ JA SEN RAJAUS	4
1.3. TUTKIMUSMETODI JA LÄHDEAINEISTO	6
1.4. TUTKIMUKSEN RAKENNE.....	8
2. KUNNAN SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUIDEN ULKOISTAMISTA KOSKEVAT KÄSITTEET JA OIKEUSNORMISTO	9
2.1. KÄSITTEIDEN MÄÄRITTELY	9
2.2. KUNNAN JÄRJESTÄMISVASTUU.....	11
2.3. ULKOISTAMISEN MAHDOLLISTAVAT SÄÄNNÖKSET	14
2.4. ULKOISTAMISEN OIKEUDELLISET RAJAT.....	15
2.4.1. Perustuslain 124 §:stä johtuvat rajoitukset.....	15
2.4.2. Yhdenvertaisuus ja laatu palvelujen ulkoistamista rajoittavina kriteereinä	17
3. HANKINTALAIN TAVOITTEET JA SOVELTAMISALA	19
3.1. HANKINTASÄÄNTELYN TAVOITTEET	19
3.1.1. Hankintalain tarkoituussäännös	19
3.1.2. Keskeiset muutokset	20
3.2. HANKINTALAIN SOVELTAMISALA.....	21
3.2.1. Soveltamisala yleisesti	21
3.2.2. Lain soveltamisala palveluhankinnoissa.....	23
3.2.3. Kansallisen kynnysarvon alle jäävät hankinnat.....	27
3.3. HANKINNAT HANKINTAYKSIKÖN SIDOSYKSIKÖLTÄ ELI KUNTAKONSERNIIN KUULUVALTA YKSIKÖLTÄ.....	28
3.4. HANKINNAT YHTEISHANKINTAYKSIKÖLTÄ	32
3.5. JULKISISSA HANKINNOISSA NOUDATETTAVAT PERIAATTEET.....	34
3.5.1. Yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys.....	34
3.5.2. Avoimuusperiaate	37
3.5.3. Suhteellisuusperiaate	38
3.5.4. Taloudellisuusperiaate.....	39
3.6. EUROOPAN YHTEISÖN JA KANSALLISEN OIKEUDEN SUHDETTA MÄÄRITTÄVÄT PERIAATTEET	42
4. HANKINTAMENETTELYT JA HANKINNASTA ILMOITTAMINEN	44
4.1. HANKINTAMENETTELYN VALINTA	44
4.1.1. Yleisiä näkökohtia menettelyn valinnasta	44
4.1.2. Avoin menettely.....	46
4.1.3. Rajoitettu menettely	46
4.1.4. Neuvottelumenettely.....	48
4.1.5. Kilpailullinen neuvottelumenettely	53
4.1.6. Puitejärjestely	54
4.1.7. Suorahankinta.....	55
4.2. HANKINNASTA ILMOITTAMINEN	58
4.2.1. Ilmoittamisvelvollisuus	58
4.2.2. Ilmoittamisvelvollisuus kansallisissa hankinnoissa	60
4.2.3. Jälki-ilmoitus	63
5. TARJOUSTEN PYYTÄMINEN, TARJOAJAN JA TARJOUKSEN VALINTA	64
5.1. TARJOUSPYYNNÖN SISÄLTÖVAATIMUKSET	64
5.2. TARJOAJAN VALINTA.....	67
5.3. TARJOAJAN SULKEMINEN POIS TARJOUSKILPAILUSTA	69
5.4. TARJOUKSEN VALINTA	70
5.4.1. Tarjouksen valintaperusteet.....	70
5.4.2. Tarjouksen vertailuperusteet	72
5.4.3. Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ja hankintayksikön antaman tuen huomioiminen	76

5.5.	TARJOUSPYYNTÖÄ VASTAAMATTOMAN TARJOUKSEN HYLKÄÄMINEN	77
5.6.	HANKINTAPÄÄTÖS	79
6.	JOHTOPÄÄTÖKSET	81
6.1.	MITKÄ MENETTELYT TULEVAT KYSEESEEN.....	81
6.2.	ILMOITTAMINEN AVOIMUUDEN TOTEUTTAJANA JA TARJOUSPYYNNÖN MERKITYS	83
6.3.	KOKONAISTALOUDELLINEN EDULLISUUS TARJOUKSEN VALINTAPERUSTEENA.....	84
6.4.	JATKOTUTKIMUKSEN TARVE	85

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.

Bovis, Christopher: Public Procurement in the European Union. Chippenham and Eastbourne 2005.

Eskola, Saira - Ruohoniemi, Erkki: Julkiset hankinnat. Juva 2007.

Fredriksson, Sami - Martikainen, Tuomo: Kilpailuttaminen ja kvasimarkkinat: käsitteelliset lähtökohdat. s. 9- 18. Teoksessa Fredriksson Sami- Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Vammala 2006.

Fredriksson, Sami - Lith, Pekka - Martikainen, Tuomo: Kuntien sosiaali- ja terveystalvelujen markkinat ja ostopalvelut Suomessa. s. 19- 38. Teoksessa Fredriksson Sami- Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Vammala 2006.

Harjula, Heikki - Prättälä, Kari: Kuntalaki. Tausta ja tulkinnat. Jyväskylä 2007.

Hyvönen, Olli - Kess, Kaija - Piisi, Tero - Tuomela, Heikki - Uotila, Jaakko: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Helsinki 2007.

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2007.

Kalima, Kai: Julkisyhteisöjen hankintatoimi. Tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja - käytännöstä. Saarijärvi 2001.

Kalima, Kai - Häll, Maija - Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Jyväskylä 2007.

Kallio, Olavi - Martikainen, Juha-Pekka - Meklin, Pentti - Rajala, Tuija - Tammi, Jari: Kaupungit tilaajina ja tuottajina. Kokemuksia ja näkemyksiä Jyväskylän, Tampereen ja Turun toimintamallien uudistushankkeista. Tampere 2006.

Koivusalo, Meri: Terveyspalvelut ja kilpailuttamisen kansainväliset ulottuvuudet. s. 22 – 34. Teoksessa Ollila, Eeva - Ilva, Minna - Koivusalo, Meri (toim.): Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta, Stakes, Raportteja 276. Helsinki 2003.

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. Vantaa 2006.

Kuusniemi-Laine, Anna - Takala, Pilvi: Julkisten hankintojen käsikirja. Helsinki 2007.

Laakso, Seppo - Suviranta, Outi - Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. Jyväskylä 2006.

Lindfors, Teemu: EY- tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen sääntelyn tulkinnessa. Lakimies 1/2005. s. 23–48

Lukkarinen, Sami: Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa. Helsinki 2007.

Mielityinen, Sampo: Vahingonkorvausoikeuden periaatteet. Helsinki 2006.

Narikka, Jouko (toim.): Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä. Tallinna 2006.

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Helsinki 2006.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. Jyväskylä 2007.

Raitio, Juha: Eurooppaoikeuden periaatteet ja kilpailuoikeus. Lakimies 3/1999. s. 398–408

Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Jyväskylä 1997.

Romppainen, Esko: Sosiaali- ja terveysjärjestön oikeudellinen asema hyvinvointipalvelujen järjestämisessä. Tutkimus julkista avustusta saavan yhdistyksen asemasta hankintasääntöjen näkökulmasta. Vammala 2007.

Sallinen, Sini: Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. Tampere 2007.

Sutela, Marja: Sosiaali- ja terveystalvelujen ulkoistaminen. Oikeudelliset reunaehdot. Helsinki 2003.

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. Vantaa 2003.

Tuori, Kaarlo: Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä. Oikeustiede- Jurisprudentia XXXI. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Helsinki 1998.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.

Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus. Porvoo 2004.

VIRALLISLÄHTEET

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeusäännösten muuttamisesta.

HE 192/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.

HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

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

HaVM 18/1994 vp. Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä Eduskunnalle kuntalaiksi.

HaVL 25/2006 vp. Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

TaVM 26/2006 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Euroopan unionin virallinen lehti. C 179/02, 1.8.2006.

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan yhteisön tuomioistuin

Asia 6/1964, *Costa v. ENEL*, Kok. 1964 s. 1141

Asia C-76/1997, *Walter Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, Kok. 1998, s. I-5357.

Asia C-21/1988, *Du Pont de Nemours Italiana v. USL di Carrara*, Kok.1990, I-889

Asia C-107/1998, *Teckal Srl v. Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Kok. 1999, I-8121

Asia C-324/1998, *Telaustria VerlagsGmbH ja Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, Kok. 2000, I-10745

Asia C-315/2001, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs- Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG (ÖSAG)*, Kok. 2003, I-6351

Asia C-231/2003, *Consorzio Aziende Metano v. Comunde di Cingia de'Botti, ("Coname")*, Kok. 2005, I-7287

Korkein hallinto-oikeus

KHO 30.10.2003, T 2643 (2003:74)

KHO 30.11.2004, T 3048 (2004:102)

KHO 30.8.2006, T 2207 (2006:61)

Markkinaoikeus

MAO 37/04, 215/03/JH, 26.2.2004

MAO 149/05, Dnro 5/05/JH, 14.6.2005

MAO 30/06, Dnro 69/04/JH, 3.2.2006

MAO 68/2006, Dnro 208/05/JH, 28.3.2006

MAO 95/06, Dnro 12/06/JH, 12.5.2006

MAO 234/06, Dnro 563/05/JH, 27.10.2006

MAO 19/06, Dnro 29/07/JH, 15.1.2008

SÄHKÖISET LÄHTEET

http://www.kunnat.net/k_etusivu.asp?path=1;161;120419. Luettu 15.1.2008.

http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;55264;55275;117031;117102. Luettu 15.1.2008.

<http://www.tampere.fi/tiedostot/53bW3Bj3X/toimintakertomus2005.pdf>. Luettu 21.12.2006.

<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/ilmoitusmenettely>. Luettu 2.2.2008.

1. Johdanto

1.1. Tutkimuksen taustaa

Samaan aikaan, kun kunnat ja kuntayhtymät ovat alueesta riippuen kärsineet henkilöstövajeesta, sosiaali- ja terveystalouden kysyntä on ollut jatkuvassa kasvussa. Kuntien lakisääteiset tehtävät ovat lisääntyneet ja palvelutarpeet kasvaneet muun muassa väestörakenteen vuoksi. Tarve esimerkiksi erilaisille terveystaloudellisille vanhusten asumis- ja hoivapalveluille on kasvanut ja kasvaa entisestään suurten ikäluokkien jäädessä eläkkeelle. Kuntien on kyettävä tyydyttämään ikääntyvän väestön kasvavat palvelutarpeet, samalla kun kuntien oma henkilökunta ikääntyy ja siirtyy eläkkeelle. Tämä kehitys pakottaa pohtimaan palvelujen järjestämistä uudelleen, samalla se kuitenkin tarjoaa tilaa muutosmahdollisuuksille. Ulkoistamalla sosiaali- ja terveydenhuollon palveluita voidaan pyrkiä alentamaan kunnan tai kuntayhtymän palvelukustannuksia sekä tehostamaan palvelutuotantoa keskittymällä organisaation ydintoimintoihin. Pieni kunta on käytännössä voinut ulkoistaa suuria laiteinvestointeja tai henkilöstöresursseja vaativat toiminnot sairaanhoitopiirille tai yksityiselle palvelujen tuottajalle. Kunta on voinut keskittyä pitämään ydinlääkäriresurssinsa kunnan palveluksessa ja juuri niissä palvelutoiminnoissa, joista kuntalaisille on katsottu olevan eniten hyötyä hankkimalla päivystyspalvelut oman organisaationsa ulkopuolelta. Kunnan oman sosiaali- ja terveystalousorganisaation toimintaa ja rakennetta voidaan myös pyrkiä joustavoittamaan ostopalvelujen avulla. Käytännössä tämä on saattanut tarkoittaa esimerkiksi leikkausjonojen purkamista.¹

Julkisia hankintoja tehdään Suomessa vuosittain noin 22,5 miljardilla eurolla². Tavara- ja palveluhankintojen sekä rakennusurakoiden arvo on kasvanut vuosittain. Suurin kasvu on nähty palveluhankintojen määrässä. Perinteisesti palveluhankintoja on tehty paljon alueilla, jotka eivät ole liittyneet välittömästi hankintayksikön, kuten kunnan tai valtion viraston, ydintehtäviin. Viime vuosina julkisten hankintojen määrä on kuitenkin lisääntynyt myös perinteisesti kuntien toimialana pidetyllä sosiaali- ja terveydenhuoltoalalla. Hankinnat muodostavat kunnissa ja kuntayhtymissä taloudellisesti merkittävän kokonaisuuden. Kunnallistalouden toimivuuden ja veronmaksajien sietokyvyn kannalta on keskeistä, miten tavarahankinnat, palveluiden tuottaminen ja rakentaminen toteutetaan markkinoita hyödynnettäessä. Tämän vuoksi hankintatoimen tarkoituksenmukainen järjestäminen, riittävän yhtenäinen hankintamenettely ja oikein toteutettu kilpailuttaminen ovat kunnallisten palvelujen toteuttamisen ja järkevän kunnallistalouden tärkeitä elementtejä. Hankintojen merkittävyydestä huo-

¹ Lukkarinen 2007 s. 52, Kallio ym. 2006 s. 9.

² http://www.kunnat.net/k_etusivu.asp?path=1;161;120419

limatta vain harvoissa kunnissa ja kuntayhtymissä on ollut hankintatoimintaan erikoistunutta ja siitä pääasiallisesti vastaavaa henkilökuntaa, joten hankintojen edellyttämät toimenpiteet on tehty muiden tehtävien rinnalla. Vastaisuudessa hankintaosaamiseen on kiinnitettävä entistä enemmän huomiota erityisesti palveluhankintojen lisääntymisen myötä.³ Ostopalveluiden ja kilpailuttamisen mielekäs toteuttaminen vaatii taitoa, kapasiteettia, koulutusta, tiedonkeruuta ja hallintaa⁴.

Yritysten näkökulmasta kilpailuttamisen lisääntymisessä on kysymys julkisten markkinoiden avautumisesta yksityiselle palveluntarjonnalle.⁵ Julkisen sektorin kannalta taas on tärkeää, että yksityisten palvelujen tarjonnassa hinta määräytyy tehokkaan ja terveen kilpailun kautta. Jos yksittäinen tarjoaja hallitsee yksin tilaajan kannalta olennaisia ja välttämättömiä resursseja alueella, muodostuu hinta väistämättä korkeammaksi kuin kilpaillummilla markkinoilla. Kansainvälisesti kilpailuttamisella on pyritty terveydenhuollossa etenkin tehokkuuden ja asiakaslähtöisyyden lisäämiseen.⁶

Merkittävä osa eli noin 20 % sosiaali- ja terveystalvveluista tuotetaan julkisen sektorin ulkopuolella. Erilaisten yhdistysten, järjestöjen ja yritysten tuottamat palvelut ovat tyypillisesti erityispalveluja, jotka täydentävät kunnallista palvelujärjestelmää. Sosiaalipalveluja tuottavat erityisesti yhdistykset ja muut yleishyödylliset yhteisöt, mutta viime vuosina myös pienten yksityisten sosiaalialan yritysten määrä on lisääntynyt voimakkaasti. Ostopalvelusopimusten käyttö on yleistä esimerkiksi lasten päivähoitossa sekä asumisen ja laitoshuollon palveluissa. Yksityisiä terveystalvveluja tuottavat sen sijaan useimmiten yritykset ja yksityiset ammatinharjoittajat. Terveydenhuollossa ostopalvelusopimukset koskevat usein sairaankuljetusta, erilaisia tutkimus- ja tukipalveluja sekä rajattuja terveystalvveluja, kuten hammaslääkäripalveluja. Yksittäiset kunnat ovat viime vuosina tehneet myös merkittäviä ostopalvelusopimuksia muidenkin varsinaisten terveystalvvelujen, esimerkiksi silmä- ja kaihileikkausten tai jopa koko perusterveydenhuollon palvelujen ostamiseksi yksityisiltä tuottajilta tai toisilta kunnilta.⁷

Yksityinen sektori tuotti Suomessa runsaan neljänneksen sosiaalipalveluista ja vajaan neljänneksen terveystalvveluista vuonna 2005. Pääosa yksityisistä sosiaalipalveluista on kuntien ostopalveluja. Vuonna 2005 Tampereen kaupungissa ostopalvelulääkäriasemilla käyntejä oli noin 3,0 % kaikista lääkäriasemilla käynneistä. Ostopalvelulääkäriasemilla käynnit ovat kolminkertaistuneet vuodesta

³ Kalima 2007 s. 284.

⁴ Koivusalo 2003 s. 24.

⁵ Kuusniemi-Laine - Takala 2007 s. 22.

⁶ Koivusalo 2003 s. 22.

⁷ Narikka 2006 s. 119.

2004 vuoteen 2005. Tampereella vuonna 2005 yksityisiltä palvelujen tuottajilta ostettavista palveluista kilpailutettiin Hatanpään päivystysaseman yöaikaiset lääkäripalvelut, terveystalvelujen neuvonnan yöaikaiset palvelut, kotihoidon tukipalvelut ja kotihoidon monituottajamallin pilotoija Kalevan alueella. Hatanpään päivystysasemalla kävi Tampereen kaupungin sosiaali- ja terveystoimen terveyskeskuslääkäreiden lisäksi päivystämässä ostopalvelusopimuksen mukaisesti ulkopuolisia keikkapäivystäjiä. Heinäkuusta 2005 alkaen yöpäivystyksen on hoitanut ulkopuolinen palveluntuottaja. Myös hammaslääkäripalveluita hankitaan paljon yksityisiltä palveluntuottajilta. Vuonna 2005 hammashuollon ostopalvelukäyntejä oli 15 % kaikista hammashuollon käynneistä.⁸

Terveystenhuollossa kuntien ostopalvelujen merkitys on vielä pientä. Sosiaalipalveluissa yksityisen toiminnan kasvu on ollut nopeampaa kuin terveystalveluissa⁹. Arvioiden mukaan terveystenhuollon ostopalvelut lisääntyvät merkittävästi nykyiseltä tasolta lähivuosina. Myös lainsäädännössä tapahtuneet muutokset, kuten vuonna 2005 voimaan tullut hoitotakuu, voivat lisätä välillisesti yksityisten palvelujen kysyntää, jos julkinen sektori ei pysty omin voimin vastaamaan kaikkiin velvoitteisiinsa.¹⁰

Euroopan yhteisön perustamissopimukseen sisältyvät syrjinnän kieltö, tavaroiden ja työvoiman vapaan liikkuvuuden periaatteet, yritysten ja ammatinharjoittajien vapaa sijoittumisoikeus ja vapaus tarjota palveluja yhteisön alueella sekä valtion välittämän ja välillisen tuen kieltäminen muodostavat julkisten hankintojen oikeudellisen perustan ja siten julkisia hankintoja koskevien EU:n direktiivien ja niiden kansallisen implementoinnin perustan ja tulkintataustan.¹¹ Nykymuodossaan toistakymmentä vuotta voimassa ollut kansallinen julkisten hankintojen lainsäädäntö uudistui kokonaisuudessaan julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007, myöhemmin hankintalaki) tullessa voimaan 1. kesäkuuta 2007. Uudella kansallisella hankintalainsäädännöllä saatettiin voimaan huhtikuussa 2004 voimaan tulleet EU:n hankintadirektiivit, joita ovat direktiivi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (2004/18/EY, myöhemmin hankintadirektiivi) sekä vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen alan hankintoja koskevien tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu direktiivi (2004/17/EY). Uusi hankintalainsäädäntö korvaa aikaisemman lain julkisista hankinnoista (1505/1992) sekä sen nojalla annetut neljä asetusta. Samalla kumottiin myös asetukset hankinnoista, joihin ei sovelleta lakia julkisista hankinnoista. Uusien hankintadirektiivien voimaansaattamisen lisäksi uudessa hankinta-

⁸ <http://www.tampere.fi/tiedostot/53bW3Bj3X/toimintakertomus2005.pdf>

⁹ Fredriksson ym. 2006 s. 19.

¹⁰ Fredriksson ym. 2006 s. 36.

¹¹ Kalima ym. s. 16.

laissa on erityisesti otettu huomioon sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen että kansallisten tuomioistuinten tarpeet yksinkertaistaa hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen kilpailuttamista.¹² Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkintoja on myös siltä osin kuin ne katsotaan oikeusperiaatteiksi ja velvoitteiksi otettu suoraan uuteen hankintalainsäädäntöön. Vahvasta EU- taustasta aiheutuu se, että hankintalainsäädäntö on yksityiskohtainen, paikoitellen vaikeaselkoinen ja uudenlainen verrattuna suomalaiseen lainsäädäntöperinteeseen. Kansallista liikumavaraa on lähinnä kansallisten kynnysarvojen rajojen asettamisessa.¹³

Kansallisilla hankinnoilla tarkoitetaan EU-kynnysarvon alittavia, mutta kansallisen kynnysarvon ylittäviä tavarahankintoja, ensisijaisia palveluhankintoja (lain A-liite), rakennusurakoita, käyttöoikeusurakoita ja suunnittelukilpailuita. Kansallisia hankintoja ovat *niiden arvosta ja EU-kynnysarvoista riippumatta myös toissijaiset palveluhankinnat* (lain B-liite) ja palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset sekä eräät kehitysyhteistyösopimuksiin perustuvat ulkoasiainhallinnon hankinnat.¹⁴ *Tässä tutkimuksessa kansallisilla hankinnoilla tarkoitetaan hankintalain liitteen B, ryhmä 25, mukaisia toissijaisia, sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankintoja.*

1.2. Tutkimustehtävä ja sen rajaus

Tutkimuksen tavoitteena on selvittää, millainen on hankintaprosessi kunnan sosiaali- ja terveydenhuollon ostopalveluissa uuden hankintalain mukaan. Aluksi tutkimuksessa selvitetään, mikä on hankintalain soveltamisala kansallisissa hankinnoissa. Tutkimuksessa selvitetään hankintamenettelyn eri vaiheet hankinnan ilmoittamisesta tarjouksen valintaan asti. Tutkimuksessa selvitetään, mitkä ovat ne hankintamenettelyt, jotka tulevat kyseeseen sosiaali- ja terveydenhuollon ostopalveluissa ja miten nämä menettelyt turvaavat hankintalain periaatteiden toteutumisen. Tutkimuksessa selvitetään myös miten hankinnasta tulisi ilmoittaa ja miten tarjouspyyntö tulisi laatia, jotta lain velvoitteet täyttyisivät. Lisäksi kiinnitetään huomioita tarjoajan ja tarjouksen valintaan, valinta- ja vertailuperusteisiin sekä niihin liittyviin ongelmiin. Tarjouspyyntö on tarjoajan näkökulmasta tärkein dokumentti ja yleisenä ongelmana ovat juuri olleet tarjouspyynnön puutteet. Tutkimuksessa selvitetään, *miten hankinta tulisi kokonaisuudessaan toteuttaa, jotta hankintalain periaatteet kilpailuttamisvelvollisuudesta, yhdenvertaisuudesta ja avoimuudesta toteutuisivat hankintalain edellyttämällä tavalla.* Asian tutkimiselle on tarvetta, koska hankintalain periaatteiden rikkominen on yleensä ollut syy

¹² Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 17.

¹³ Hyvönen ym. 2007 s. 26–27.

¹⁴ Kuusniemi-Takala - Laine 2007 s. 6.

muutoksenhakuun markkinaoikeudessa. Kunnissa ei myöskään aina osata toteuttaa kilpailuttamista lain edellyttämällä tavalla.

Tutkimuksesta on jätetty pois muutoksenhaku hankintamenettelyyn. On kuitenkin hyvin tärkeää huomata, että vaikka kyse on kunnallisesta päätöksenteosta, markkinaoikeus on aina ensimmäinen muutoksenhakuinstanssi sekä EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa että kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa¹⁵. Markkinaoikeuden päätöksiin voidaan hakea muutosta korkeimmalta hallinto-oikeudelta. Hankintalain oikeusturvaa koskevat säännökset sisältyvät hankintalain 76–84 §:iin. Kuntien ja kuntayhtymien hankinnoissa on kuitenkin käytettävissä myös kuntalain (365/1995) mukainen oikaisuvaatimusmenettely ja kunnallisvalitus. Hankintalain 82 § sisältää kuitenkin *valituskieltosäännöksen*, jonka mukaan kuntalain eikä myöskään hallintolainkäyttölain nojalla saa valittaa sillä perusteella, että päätös olisi hankintalain vastainen. Toisaalta taas hankintalain perusteella tehtävässä hakemuksessa ei voida tehokkaasti esittää esimerkiksi esteellisyyttä tai muita asian käsittelyjärjestystä koskevia väitteitä, koska niiden tutkiminen ei kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan. Niinpä ne on erillisessä ja mahdollisesti rinnakkaisessa oikeudenkäynnissä käsiteltävä hallintolainkäytön menettelyssä alueellisessa hallinto-oikeudessa ja viime kädessä korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Hankintalain uudistaminen toi muutoksia julkisia hankintoja koskevaan oikeussuojajärjestelmään ja nykyjärjestelmä voi edellä esitetyn perusteella johtaa rinnakkaisiin oikeudenkäynteihin samassa asiassa.¹⁶ Aiheen laajuuden vuoksi se on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Tutkimuksessa ei myöskään käsitellä hankinta-asiakirjojen julkisuutta eikä hankintasopimusta. Hankinta-asiakirjoihin sovelletaan hankintalain 75 §:n mukaisesti viranomaisen toiminnan julkisuudesta annettua lakia (621/1999). Vaikka asiakirjajulkisuus ei mahtunut tämän tutkimuksen puitteissa käsiteltäviin asioihin, on kuitenkin tärkeää huomata, että asiakirjojen julkisuus toimii yhdenvertaisuus- ja avoimuusperiaatteiden toteutumisen jälkikontrollina. Hankintasopimuksen hyvin laajasta sopimusoikeudellisesta ulottuvuudesta johtuen oli tarkoituksenmukaista rajata myös hankintasopimus myös tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Sosiaali- ja terveystalvohankintoihin ei sovelleta hankintadirektiiviä. Tämän vuoksi tutkimuksessa ei käsitellä EU:sta johtuvaa sääntelyä kovinkaan laajasti. Liitteen B mukaiset hankinnat ovat useimmiten paikallisia ja kansallisia hankintoja, kuten juuri sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnat. On kuitenkin hyvä muistaa se, että EU:n sääntely vaikuttaa vahvasti taustalla. Hankinta-

¹⁵ Kalima ym. 2007 s. 236.

¹⁶ Kalima ym. 2007 s. 237.

laki perustuu EU:n hankintadirektiiviin ja hankintadirektiivin perusta taas on Euroopan yhteisön perustamissopimuksessa, erityisesti perustamissopimuksen vapaan liikkuvuuden esteiden poistamiseen tähtäävissä 28, 39 ja 43 ja artikloissa ja 12 artiklan syrjäntäkielossa.

1.3. Tutkimusmetodi ja lähdeaineisto

Tutkimus on julkisoikeudellinen ja hallinto-oikeudellinen tutkimus. Hankintasääntely asettaa hankintayksikölle julkisten varojen käyttöön liittyviä velvollisuuksia. Hankintasääntely perustaa oikeuksia palvelujen toimittajille. Tutkimus liikkuu siten myös finanssihallinto-oikeuden, eurooppaoikeuden ja kilpailuoikeuden puolella. Tutkimus on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Tutkimuksen tarkoituksena on siis voimassa olevan lainsäädännön tulkitseminen ja systematisointi.¹⁷ Oikeusdogmaattisen lähestymistavan avulla pyritään selvittämään, miten hankinta tulee toteuttaa voimassa olevan lainsäädännön avulla. Tutkimuksen tärkein lähde on laki julkisista hankinnoista sekä lainesityöt, erityisesti hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista¹⁸. Hallituksen esitys on hyvin pitkä ja seikkaperäinen, jonka vuoksi se on yksi tutkimuksen tärkeimmistä lähteistä. Hankintalainsäädännön yhteisöoikeudellisen taustan vuoksi tutkimuksessa on otettu huomioon myös yhteisön lainsäädännöstä johtuvat periaatteet ja erityisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisut.

Laintulkinnan apuna on erityisesti kansallinen oikeuskäytäntö, sekä korkeimman hallinto-oikeuden että markkinaoikeuden tapaukset. Julkisten hankintojen hankintamenettelyihin liittyy lukuisia, erityisesti markkinaoikeuden ratkaisuja. Nämä ratkaisut ovat tärkeässä asemassa, kun selvitetään sitä, miten hankintamenettelyt tulisi toteuttaa hankintalain velvoitteiden mukaisesti. Markkinaoikeuden ratkaisut myös avaavat ja konkretisoivat hankinnoissa noudatettavien periaatteiden sisältöä. Uuden hankintalain aikaista oikeuskäytäntöä ei ole ollut tutkimuksen teon aikana saatavilla. Sen vuoksi tutkimuksessa on tukeuduttu vanhan lain aikaisiin oikeustapauksiin. Vaikka lähteenä onkin vanhan lain aikainen oikeuskäytäntö, soveltuu se pääasiallisesti myös uuden lain aikana. Samat hankinnoissa noudatettavat periaatteet ovat velvoittaneet hankintayksiköitä jo aiemman lain aikana.

¹⁷ Lainopin tehtävästä ks. Aarnio 1989 s. 304.

¹⁸ HE 50/2006 vp.

Lainsäädännön apuna tutkimuksessa ovat oikeudelliset periaatteet. Hankintalain mukaan hankinnan jokaisessa vaiheessa tulee noudattaa hankintalain 2 §:ssä mainittuja periaatteita. Nämä periaatteet ovat tässä tutkimuksessa hyvin tärkeässä asemassa. Hankintalain periaatteet toimivat ikään kuin linssinä, jonka läpi tarkastellaan hankintayksikön hankintamenettelyn eri vaiheita. Periaatteilla on myös suuri merkitys tuomioistuinten ratkaisukäytännössä. Suurimman ryhmän markkinaoikeuden ratkaisuista muodostavat juuri tapaukset, joissa hankintayksiköt rikkovat hankintalain periaatteita hankintamenettelyissään. Oikeusperiaatteiden merkityksestä on monenlaisia tulkintoja. Oikeusperiaatteet ovat osa oikeudellista ajattelua. Niitä voidaan pitää oikeuslähteinä, oikeusnormeina tai oikeuslähteiden tulkintaohjeina¹⁹. Joka tapauksessa periaatteet tiivistävät oikeudenalan tärkeän arvon tai tavoitteet. Ne luovat ikään kuin arvoihin sidotun tiivistetyn näkökulman tarkastella oikeudenalan yksityiskohtaisia säännöksiä²⁰. Periaatteet voivat toimia yhtäältä ratkaisuperiaatteina ja toisaalta tulkintaperiaatteina²¹.

Julkisista hankinnoista on kirjoitettu useita teoksia eri näkökulmista. Osa hankintoihin liittyvästä kirjallisuudesta on selkeitä lain kommentaariateoksia, osa taas tarkastelee julkisia hankintoja esimerkiksi taloudellisen tehokkuuden tai politiikan näkökulmasta. Julkisia hankintoja koskevaa aikaisempaa tutkimusta on siis tehty melko laaja – alaisesti. Uuden hankintalain tultua voimaan 1. kesäkuuta 2007, on uusia hankintoja koskevia teoksia ilmestynyt lyhyellä ajalla melko runsaasti. Tutkimuksen lähteenä oleva oikeuskirjallisuus on siis hyvin ajankohtaista. Suurin osa näistä teoksista on lain kommentaariateoksia, jotka pohjautuvat huomattavin osin hallituksen esitykseen. Uusi laki on ollut vasta niin vähän aikaa voimassa, ettei kirjallisuutta lain toimivuudesta tai sen kritiikistä ei luonnollisestikaan ole juuri vielä olemassa. Myöskään uuden lain aikaisia oikeustapauksia ei ole vielä ehtinyt ilmestyä. Vanhan lain aikaista kirjallisuutta ei saa kuitenkaan väheksyä, sillä niistä saa arvokasta informaatiota vanhan lain toimivuudesta ja sen soveltamisen ongelmista hankintayksiköissä. Tämä tieto on relevanttia myös uuden lain aikana.

¹⁹ Mielityinen 2006 s. 63.

²⁰ Tolonen 2003 s. 40.

²¹ Tuori 2000 s. 198.

1.4. Tutkimuksen rakenne

Tutkimuksen alussa, ennen varsinaista tutkimusta kilpailuttamisvelvollisuudesta, selvitetään ensin hieman taustaa kunnan järjestämisvastuusta sekä ulkoistamisen oikeudelliset rajat eli mitä tehtäviä ylipäänsä voidaan lain rajoissa ulkoistaa. Tutkimuksen kolmas luku on tutkimuksen oikeudellinen kehys. Siinä selvitetään hankintalainsäädännön tavoitteita ja hankintalain soveltamisalaa yleisesti ja palveluhankinnoissa. Uusi hankintalaki eroaa systematiikaltaan muista kansallisista laeista ja erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankintoihin sovelletaan vain osaa laista. Tämän vuoksi lain systematiikkaa ja soveltamisalaa on selvitetty melko yksityiskohtaisesti. Kolmannen luvun lopussa selvitetään julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet. Tutkimuksen neljäs ja viides luku ovat keskeisimmät luvut. Näissä luvuissa vastataan tutkimuskysymyksiin.

2. Kunnan sosiaali- ja terveystalveluiden ulkoistamista koskevat käsitteet ja oikeusnormisto

2.1. Käsitteiden määrittely

Tuotannon alistamisessa kilpailulle pääasialliset toimintatavat ovat yksityistäminen ja ulkoistaminen. Ulkoistamisen ja yksityistämisen termejä käytetään mediassa erilaisissa asiayhteyksissä melko sattumanvaraisesti, joskus jopa toistensa synonyymeinä. Niitä ei ole tarkemmin määritelty lainsäädännössä. Toimintojen *ulkoistamisesta* on kysymys erityisesti silloin, kun julkinen organisaatio luovuttaa palvelujen tuotantovastuun kokonaan tai osittain toiselle organisaatiolle. Kunnat tai kuntayhtymät eivät voi luovuttaa lakisääteisten palvelujen järjestämisvastuutaan. Palvelujen järjestäminen on siten pidettävä erillään palvelujen tuottamisen käsitteestä. Ulkoistamisessa kunta voi esimerkiksi säilyttää itsellään järjestämisvastuun, mutta tehdä sopimuksen palveluiden tuottamisesta yksityisen yrittäjän kanssa²². Ulkoistamisessa tuotantovastuu voidaan siirtää julkishallinnon organisaatiolle, esimerkiksi kunnalle tai kuntayhtymälle tai yksityiselle yhteisölle. Mainitun kaltainen tilanne voi syntyä esimerkiksi silloin, kun kunta tai kuntayhtymä luovuttaa yksittäisen terveysaseman toiminnan kokonaan yksityiselle palveluntuottajalle, hankkii kirurgisia palveluja hoitojonon lyhentämiseksi tai ostaa vanhusten asumispalveluja yksityiseltä sosiaalipalvelujen tuottajalta.²³

Termiä *yksityistäminen* on käytetty erityisesti silloin, kun kunta, valtio tai muu julkisyhteisö siirtää tietyn osatoiminnon osakeyhtiölle, jonka määräysvalta tai osakekanta on kokonaan tai osittain julkisyhteisöllä itsellään. Toisaalta yksityistämisestä puhutaan myös silloin, kun julkinen organisaatio luopuu kokonaan tai osittain palvelujen järjestämisvastuusta. Laajimmin toiminta yksityistetään silloin, kun kunta luopuu toiminnasta kokonaan ja jättää sen yksityisen sektorin hoidettavaksi. Yksityistämisen yhteydessä voivat esimerkiksi aiemmin julkisen toimijan kaikki toiminnot ja omaisuus siirtyä myynnissä yksityiseen omistukseen. Merkittävä ero ulkoistamisen ja yksityistämisen välillä onkin omistajuus. Ulkoistettava toiminta siirtyy ulkopuoliseen ohjaukseen usein määräaikaisten sopimuksen mukaan, kun taas yksityistämisessä toiminnan muutos julkisesta yksityiseksi on pysyvä.²⁴ Tämä voi tapahtua kuitenkin vain niissä tehtävissä, joista kunta ei ole lain mukaan velvollinen huolehtimaan. Yksityistämisenä pidetään siis lähinnä tilanteita, joissa joko lainsäädäntöteitse tai viranomaisen päätöksellä julkisen yksikön velvollisuus järjestää palveluja siirretään yksityiselle palvelujen järjestäjälle tai tuottajalle. Sosiaali- ja terveydenhuollossa toimintoja ei ole viime vuosina yksi-

²² Harjula - Prättälä 2007 s. 140.

²³ Lukkarinen 2007 s. 40.

²⁴ Fredriksson - Martikainen 2006 s. 13.

tyistetty vaan kysymys on ollut tuotantovastuun ulkoistamisesta.²⁵ Tässä tutkimuksessa kyse on siten lähinnä ulkoistamisesta.

Ostopalvelu- termiä käytetään terveydenhuollossa erityisesti silloin, kun kunta tai kuntayhtymä hankkii palveluja sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (73371992) 4 §:n 1 momentin kohdassa tarkoitetulla tavalla yksityiseltä tai muulta palvelujentuottajalta. Kaikki julkisyhteisöjen palveluhankinnat ovat terminologisesti ostopalveluja. Ostopalveluja käytetään terveydenhuollossa, kun kunta ei tuota palvelua oman henkilökunnan voimin kokonaan tai lainkaan. Ostopalveluna voidaan järjestää lähes mikä tahansa kunnan tarjoama palvelu erilaisista toimistopalveluista erikoissairaanhoidon palveluihin.²⁶ Ostopalveluja koskevat hankinnat toteutetaan noudattaen hankintalakia, joka edellyttää palveluyritysten kilpailuttamista. Ostopalvelusopimuksilla tarkoitetaan menettelyä, jossa viranomainen huolehtii julkisen palvelun tuottamisesta osaksi tai kokonaan sopimus pohjaisiin menettelyin. Kunta voi esimerkiksi järjestää lakisääteiset palvelut ostamalla ne yksityiseltä yhteisöltä.²⁷

Ostopalveluihin kuuluvat myös kolmannelta sektorilta ostettavat palvelut. Erityisesti sosiaalipalveluissa kolmannen sektorin järjestöillä on merkittävä asema ostopalvelujen tuottajina²⁸. Hankintayksikön kilpailuttaessa tarjousten tekijöinä tai tarjoajaehdokkaana voivat toimia siis kaupallisten yritysten lisäksi myös muut toimijat. Esimerkiksi kuntien sosiaalitoimeen kuuluvien vanhusten tai lasten hoitoon liittyvissä palveluhankinnoissa tarjousten tekijöinä voivat toimia kolmannen sektorin toimijat, kuten erilaiset järjestöt, joilla on palvelutoimintaa. Moni näistä järjestöistä saa julkista tukea esimerkiksi raha-automaattiyhdistyksen avustuksen, mikä seikka on otettava huomioon kilpailuneutraalisuuden varmistamiseksi.

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan tavaroiden ja palvelujen ostamista sekä rakennusurakoiden teettämistä julkisilla varoilla. Hankinnalla tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan sellaisen kirjallisen hankintasopimuksen tekemistä, jossa ostajana on hankintayksikkö ja myyjänä yritys tai muu toimittaja ja jossa sovitaan tavaroiden hankinnasta, palvelun suorittamisesta tai urakan teettämisestä taloudellista vastiketta vastaan. Hankintayksikkönä eli tilaajana on valtion tai kunnan viranomainen tai muu julkisyhteisö. Hankintasäännösten soveltamisalaan kuuluvat myös

²⁵ Harjula - Prättälä 2007 s. 140, Lukkarinen 2007 s. 42.

²⁶ Lukkarinen 2007 s. 42–43.

²⁷ Sutela 2003 s. 15.

²⁸ Lukkarinen 2007 s. 42–43.

julkisyhteisöjen määräysvallassa olevien yhteisöjen hankinnat. Julkisia hankkijoita ovat esimerkiksi julkisen sektorin alaiset hankintayksiköt, kuten valtio ja kunnat, ja niiden alaiset organisaatiot, peruspalveluiden tuottajat kuten vesi- ja energialaitokset, julkinen liikenne ja valtion liikelaitokset.²⁹ Julkiseksi hankinnaksi katsotaan niin sanotun kansallisen kynnyksarvon ylittävä hankinta, joka on terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa 50 000 euroa. Hankinnaksi katsotaan palvelun ostaminen kunnan ulkopuolelta. Hankintojen kilpailuttamisella tarkoitetaan menettelyä, jossa hankintayksikkö ilmoittaa hankintalain edellyttämällä tavalla julkisesti tulevasta tavarasta, palvelusta tai urakan hankinnasta. Ilmoituksessa ja sitä tarkentavassa tarjouspyynnössä kerrotaan, mitä hankitaan ja millä perusteella tarjous valitaan.³⁰

2.2. Kunnan järjestämisvastuu

Julkisten palvelutoimintojen järjestämisessä lähtökohtana on julkiselle vallalle perustuslaissa määriteltävy vastuu kansalaisten tiettyjen peruspalvelujen turvaamisesta. Perustuslaissa säädetään erikseen oikeudesta maksuttomaan perusopetukseen (PL 16 §) ja oikeudesta riittäviin sosiaali- ja terveystalveluihin (PL 19 §). Kunnat vastaavat kansalaisten kannalta tärkeimpien peruspalvelujen järjestämisestä. Kunnilla on päätösvalta palvelujen tuottamisesta ja samalla vastuu palvelujen saatavuudesta ja laadun turvaamisesta. Suomen perustuslaissa on turvattu jokaiselle kansalaiselle taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset eli TSS- oikeudet. Perus- ja ihmisoikeuksien turvaaminen on säädetty perustuslain 22 §:ssä julkisen vallan tehtäväksi. Julkinen valta tarkoittaa tässä yhteydessä siis valtion lisäksi myös kuntia ja kuntayhtymiä sekä näiden virkamiehiä, viranhaltijoita, työntekijöitä ja päätöksentekijöitä. TSS- oikeuksien järjestämisvastuu on valtiolla ja toteuttamisvastuu kunnilla.³¹

Subjektiiivisella oikeudella tarkoitetaan yleensä etuutta, jonka jokainen säädetty edellytykset täyttävä on oikeutettu samaan. Subjektiiivisina oikeuksina on perustuslain tasolla taattu vain oikeus maksuttomaan perusopetukseen (PL 16.1 §) ja oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon sille, joka ei kykene hankkimaan ihmisarvoisen elämän edellyttämää turvaa (PL 19.1 §). Perustuslain 19.3 §:ssä turvataan sen mukaan kun lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvelut. Perustuslain 19.3 § ei kuitenkaan velvoita julkista valtaa turvaamaan sosiaali- ja terveystalveluita perustoimentulon kaltaisena subjektiiivisena oikeutena. Säännös ei myöskään edellytä julkisen vallan itse huolehtivan kaikkien sosiaali- ja terveystalvelujen tuottamisesta. Säännös

²⁹ Kuoppamäki 2006 s. 291.

³⁰ Pekkala 2007 s. 23.

³¹ Sutela 2003 s.33–34.

velvoittaa kuitenkin julkista valtaa huolehtimaan lainsäädännöllä riittävien palvelujen turvaamisesta.³²

Kunnille on turvattu perustuslain 121 §:ssä itsehallinto, jonka mukaan Suomi jakaantuu kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon. Pääasiassa kunnat järjestävät ne julkiset palvelut, joilla turvataan kansalaisten perusoikeuksien toteutuminen. Säännöksen toisen momentin mukaan kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla. Sosiaali- ja terveydenhuolto on nykyisin laajasti kuntien lakisääteisenä tehtävänä³³. Kuntalain (365/1995) 2 §:n 1 momentin nojalla kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät. Eri laeilla tarkemmin säänneltyyn kunnan erityistoimialaan kuuluu useita merkittäviä tehtäväryhmiä. Kansainvälisessä vertailussa Suomelle on tyypillistä, että hyvinvointipalvelujen järjestämisvastuu on hajautettu erittäin laajasti paikalliselle eri peruskuntien tasolle. Sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävien osuus kuntien nettomenoista on noin puolet, joten sosiaali- ja terveystalvelujen järjestäminen on tärkeimpiä kunnan erityistoimialaan kuuluvista tehtävistä.³⁴

Kunnat vastaavat julkisesta sosiaali- ja terveydenhuollosta. Yksityinen sosiaali- ja terveydenhuolto täydentää julkisia palveluja. Terveydenhuolto jakaantuu kansanterveyslain (66/1972) mukaiseen perusterveydenhuoltoon ja erikoissairaanhoidon lain (1062/1989) mukaiseen erikoissairaanhoidon sekä mielenterveyslain (1116/1990) säätelemään mielenterveyshoitoon. Kansanterveyslain 14 §:n mukaisesti kunnan tulee kansanterveystyöhön kuuluvina tehtävinä ylläpitää terveysneuvontaa, järjestää kunnan asukkaiden sairaanhoito, huolehtia sairaanhoitokuljetuksen järjestämisestä, ylläpitää hammashuoltoa, ylläpitää kouluterveydenhuoltoa, opiskelijaterveydenhuoltoa, tuottaa työterveyshuolto työntekijöilleen ja järjestää kiireellinen avosairaanhoito potilaan asuinpaikasta riippumatta. Sosiaalihuoltoa ja sosiaalipalveluja koskeva yleislaki on sosiaalihuoltolaki (710/1982). Lain 1 §:n mukaan sosiaalihuollolla tarkoitetaan sosiaalipalveluja, toimeentulotukea ja sosiaaliavustuksia. Kunnan sosiaalihuoltoon kuuluvia tehtäviä ovat muun muassa sosiaalipalvelujen järjestäminen kunnan asukkaille. Sosiaalipalveluista säädetään tarkemmin lain 17 §:ssä, jonka 1 momentin nojalla kunnan on huolehdittava sosiaalityön, kasvatus- ja perheneuvonnan, kotipalvelujen, asumispalvelujen, laitoshuollon, perhehoidon sekä omaishoidontuen järjestämisestä.

³² HE 309/1993 vp s. 70–71.

³³ Sutela 2003 s.35.

³⁴ Narikka 2006 s. 94.

Yleisimpänä kunnan tehtävien hoidon järjestelynä on, että kunta hoitaa tehtävät itse omalla organisaatiolla. Tämä koskee sekä lakisääteisiä että vapaaehtoisia tehtäviä. Toisena kunnan tehtävien hoitomuotona on kuntien julkisoikeudellinen yhteistoiminta, esimerkiksi kuntayhtymä.³⁵ Kun perusterveydenhuollon ja siihen läheisesti liittyvien sosiaalitoimen palveluiden järjestämistä vastuu annetaan yhteistoiminta-alueen muodostavalle kuntayhtymälle, toimii kuntayhtymä palveluiden järjestäjänä jäsenkuntien puolesta. Kuntayhtymät perustetaan kuntien keskinäisellä perussopimuksella. Kuntayhtymiä on 228, joista merkittävimpiä ovat 19 sairaanhoitopiiriä, 19 maakuntien liittoa ja 65 kansanterveystyön kuntayhtymää. Kuntayhtymien menoista kolme neljäsosaa aiheutuu terveydenhuollon palvelujen järjestämisestä.³⁶ Kolmantena tehtävien hoitomuotona on, että tehtävät uskotaan ulkopuoliselle, joko julkis- tai yksityisoikeudelliselle organisaatiolle. Kun tehtävä annetaan ulkopuoliselle, siitä sovitaan aina erillisellä sopimuksella.³⁷

Palvelujen tuottaminen voi tapahtua myös tilaaja-tuottaja-mallin avulla, jolloin palvelujen ostajana toimii julkinen virasto ja myyjinä voivat toimia viraston omat palveluntuottajat, julkisoikeudelliset kuntien yhteenliittymät tai ulkopuoliset yksityisoikeudelliset yhteisöt. Palvelujen tilaamisesta ja ostamisesta sovitaan tällöin ostopalvelusopimuksella.³⁸ Tilaaja-tuottajamalli on eräs tapa organisoida kunnan omaa toimintaa. Tilaaja-tuottajamallissa myös kunnan epäitsenäinen yksikkö voi siis tuottaa palvelut toiselle yksikölle. Tilaaja-tuottajamalli tarkoittaa julkisen sektorin viraston pilkkomista tilaajiin ja tuottajiin eli ostajiin ja myyjiin. Vastuu palvelujen järjestämisestä on viranomaisilla, mutta käytännön palvelu tulee ostopalveluna joko julkisen sektorin omilta organisaatioilta tai yksityisiltä markkinoilta.³⁹

Julkiset palvelut voidaan tuottaa myös palvelusetelijärjestelmän avulla. Sosiaali- ja terveydenhuollon lainsäädäntöön on lisätty säännökset kuntien mahdollisuudesta täyttää lakisääteinen järjestämisevelvollisuutensa palvelusetelien avulla. Aikaisemmin palvelusetelijärjestelmää on oikeudellisesti arvioitu sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelu ja valtiosuuslain (733/1992) 4.1 §:n 4 kohdan mukaisia ostopalveluja koskevien säännösten nojalla.⁴⁰ Lainmuutoksella (1309/2003) 4.1 §:ään lisättiin erillinen palvelusetelitä tarkoittava 5 kohta, jonka mukaan kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät myös antamalla palvelunkäyttäjälle palvelusetelin. Säännöksen mukaan palvelusetelillä kunta sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä

³⁵ Sutela 2003 s. 55–59.

³⁶ http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;55264;55275;117031;117102

³⁷ Sutela 2003 s. 55–59.

³⁸ Sutela 2003 s.16.

³⁹ Sutela 2003 s. 65.

⁴⁰ Tuori 2004 s. 53.

yksityiseltä palvelun tuottajalta hankkimat palvelut kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon saakka. Palveluseteleitä voidaan luonnehtia julkisen sektorin antamaksi määrätyn summan suuruiseksi shekiksi, jonka vain tietty henkilö voi käyttää tietyn tyyppisen palvelun saamiseen. Palveluseteli on siis julkisen vallan rahoittamaa käyttövoimaltaan sidottua ostovoimaa, joka kohdistetaan palvelun tarvitsijalle palvelun ostoa varten⁴¹. Palvelusetelijärjestelmässä on kolme tahoja, setelin antajana julkinen virasto, asiakas sekä seteliä vastaan palveluja myyvä palvelun tuottaja. Palvelu maksetaan palvelusetelillä. Palvelun toimittaja ottaa vastaan palvelusetelin ja laskuttaa setelin arvon julkiselta hallinnolta.⁴²

2.3. Ulkoistamisen mahdollistavat säännökset

Merkittävin ulkoistamisen salliva normi on sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (myöhemmin STVOL) 4.1 §:n 4 kohta, jonka mukaan kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät hankkimalla palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta tai yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Yksityistämisen yleissäännös on kuntalain (465/1995) 2.3 §, jonka mukaan kunta voi hankkia lakisääteisten tehtäviensä hoidon edellyttämiä palveluja muiltakin palvelujen tuottajilta, joko julkisyhteisöltä tai yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Lähtökohtana on, että kunta voi itse ratkaista, millä tavoin sen järjestettävänä olevat palvelut tuotetaan. Vaihtoehtoina ovat, että kunta voi 1) tuottaa palvelun itse 2) tuottaa palvelu yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa 3) hankkia palvelu ostopalveluna toiselta kunnalta tai kuntayhtymältä 4) perustaa palveluja tuottava osakeyhtiö tai muu yksityisoikeudellinen yhteisö tai olla siinä osakkaana 5) hankkia palvelu valtiolta tai muulta julkisyhteisöltä tai 6) hankkia palvelu yksityiseltä palvelujen tuottajalta.⁴³ STVOL 4.1 §:n ja kuntalain 2.3.§:n säännöksiä voidaan pitää yksityistämisen yleissäännöksinä. Ne eivät kuitenkaan mahdollista tehtävien järjestämisen ulkoistamista, vaan kohdistuvat nimenomaan *palvelujen tuottamisen* ulkoistamiseen.⁴⁴

⁴¹ Fredriksson - Martikainen 2006 s. 14.

⁴² Sutela 2003 s. 68–69.

⁴³ Harjula - Prättälä 2001 s.108.

⁴⁴ Rasinmäki 1997 s. 26.

2.4. Ulkoistamisen oikeudelliset rajat

2.4.1. Perustuslain 124 §:stä johtuvat rajoitukset

Julkisia palvelutehtäviä yksityistettäessä on ollut myös tarpeen pohtia missä kulkevat yksityistämisen rajat. Suomen perustuslain (731/1999) 124 §:ssä säädetään edellytyksistä, joita on noudatettava, kun hallintotehtäviä luovutetaan muille kuin viranomaisille. Säännöksen mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin hallintoviranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle. Säännös kieltää sellaisten tehtävien siirtämisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle, jotka sisältävät merkittävää julkisen vallan käyttöä. Merkittävänä julkisen vallan käyttämisenä, joka perustuslain 124 §:n mukaan estäisi julkisen hallintotehtävän uskomisen muulle kuin viranomaiselle, olisi pidettävänä esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin.⁴⁵

Julkisella hallintotehtävällä säännöksessä viitataan laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon, yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon sekä julkisten palvelujen tuottamiseen liittyviä tehtäviä. Lisäksi hallintolain esitöissä todetaan, että julkinen hallintotehtävä viittaa toimintaan, johon liittyy yleisen edun toteuttamista tai muutoin julkisten palvelujen järjestämiseksi luonteenomaisia piirteitä. Tällaisten tehtävien antaminen muille kuin viranomaisille edellyttää aina lakia ja säännöksessä mainittujen ehtojen täyttymistä.⁴⁶

Sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävien organisoimisessa on erotettava palvelujen järjestäminen ja palvelujen tuottaminen. Lakisääteisessä sosiaali- ja terveydenhuollossa palvelujen järjestämisvastuu kuuluu kunnille. Kunnat voivat toteuttaa järjestämisvastuutaan myös hankkimalla palveluita yksityisiltä palvelujen tuottajilta. Palvelujen hankkimisen yksityisiltä palvelujen tuottajilta mahdollistaa kuntalain 2.3 §:n yleissäännös ja STVOL 4.1.§:n 4 kohdan erityissäännös. Molemmat säännökset koskevat kunnan lakisääteisiä tehtäviä. Ne perustuvat tehtävien ja palvelujen käsitteelliselle erotte- lulle. Kunta ei voi siirtää yksityiselle velvollisuuttaan hoitaa tai järjestää lakisääteisiä tehtäviä. Lainvalmistelutöistä ei kuitenkaan käy ilmi, mitä kuuluu kunnalle tai kuntien yhteistoimintamuodoille jäävään tehtävän hoitamis- tai järjestämisvelvollisuuteen ja mitä puolestaan kuuluu palvelui-

⁴⁵ Tuori 1998 s. 315.

⁴⁶ HE 1/1998 vp. s.179, Laakso - Suviranta - Tarukannel 2006 s. 59.

hin, jotka sopimusperusteisesti voidaan uskoa yksityisille palvelujen tuottajille. On kuitenkin ilmeistä, että keskeinen rajankäynnissä käytettävä kriteeri koskee julkisen vallan käyttämistä. Näin ollen sosiaali- ja terveydenhuollossa päätöksentekoa esimerkiksi pakkohoidosta ei voida uskoa yksityiselle palvelujen tuottajalle, koska se sisältää julkisen vallan käyttöä ja kuuluu näin ollen kunnalliselle elimelle. Kuntalain kokonaisuudesta on puolestaan pääteltävissä, että niihin lakisääteisten tehtävien hoitamisen edellyttämiin palveluihin, joita kunta voi lain 2.3 §:n mukaan hankkia yksityiseltä palvelun tuottajalta, ei voi kuulua sen paremmin määrämuotoisessa päätöksentekomenettelyssä käytettävää kuin tosiasiallista julkista valtaa. Päätelmää tukee myös kuntalain 44 §:n säännös siitä, että kunnalliset virat perustetaan kunnan viranomaistehtäviä varten.⁴⁷ Samoin, jos kunnalle on laissa säädetty toimivalta päättää esimerkiksi asiakasmaksuista tai kunnan asukkaille annettavista avustuksista, kunnan on itse käytettävä tätä toimivaltaa, vaikka palvelu hoidettaisiinkin ostopalveluna⁴⁸.

Kuntalain 2.3 § on palvelujen hankintaa koskeva yleissäännös, joten erityislaililla tai sen nojalla annetulla asetuksella voidaan edelleen rajoittaa kunnan oikeutta palvelujen hankkimiseen ulkopuolisilta. Esimerkiksi, kun laissa edellytetään, että kunnan peruskoulussa opetusta antaa kuntaan palvelusuhteessa oleva henkilö, tehtävää ei voida antaa ulkopuoliselle siinäkin tapauksessa, että kysymys ei ole julkisen vallan käytöstä.⁴⁹

Myös kuntalain esitöiden nimenomaiset 2.3 §:ää koskevat maininnat tukevat käsitystä, jonka mukaan kunnan lakisääteisten tehtävien edellyttämien palvelujen hankkimista yksityisiltä rajoittavat ennen kaikkea julkisen vallan käyttämistä koskevat näkökohdat. Hallituksen esityksen mukaan kunta ei voi antaa lakisääteisten tehtävien hoitamista yksityiselle ilman lain antamaa valtuutusta, vaan 2.3 § ensimmäinen lause edellyttää, että päätöksenteon tällaisissa asioissa pitää pysyä kunnassa tai kuntayhtymässä tai muussa kuntalain yhteistoimintasäännöksen mahdollistamassa järjestyksessä, jossa julkisuus-, salassapito-, vastuu-, ja oikeusturvanäkökohdat voidaan ottaa asianmukaisesti huomioon.⁵⁰ Myös hallintovaliokunta puolestaan tähdensi julkisuus-, salassapito-, vastuu-, ja oikeusturvanäkökohtia, jotka sen mukaan rajoittavat palveluiden tuottamisen järjestämistä ulkopuolisen toimesta.⁵¹

⁴⁷ Tuori 1998 s.330–331.

⁴⁸ Harjula - Prättälä 2007 s. 143.

⁴⁹ Harjula - Prättälä 2007 s. 143.

⁵⁰ HE 192/1994 vp. s.75.

⁵¹ HaVM 18/1994 vp. s.4.

Johtopäätöksenä onkin, että kunta voi uskoa yksityisille sellaisia lakisääteisiä toimintoja, joihin liittyy julkisen vallan käyttämistä, ainoastaan tähän nimenomaisesti valtuuttavan lain tasoisen säännöksen nojalla. Kuntalain 2.3 § tai sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelu- ja valtiosuuslain 4.1 §:n 4 kohta eivät vaadittavaksi valtuutusperustaksi vielä riitä.⁵²

2.4.2. Yhdenvertaisuus ja laatu palvelujen ulkoistamista rajoittavina kriteereinä

Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtiosuudesta annetun lain 3 §:n mukaan kuntien on osoitettava voimavaroja valtiosuuden perusteena olevaan sosiaali- ja terveydenhuoltoon. Perustuslain yhdenvertaisuussäännös (PL 6 §) rajoittaa valtiosuusjärjestelmän mahdollistamaa erilaisuutta kuntien palveluvalikoimassa ja palvelujen järjestämistavoissa. Terveyspalveluja on annettava siten, että ihmisiä ei ilman lääketieteellisesti perusteltua syytä tule asettaa eri asemaan heidän ikänsä, terveydentilansa tai vammaisuutensa perusteella.⁵³

Hyvinvointipalvelujen järjestämis- ja saatavuusveloitteen julkinen valta voi täyttää järjestämällä palvelut itse, tukemalla yksityistä toimintaa tai ostamalla palveluja yksityisiltä palvelujen tuottajilta. Yksityistäminen on mahdollistettu sosiaali- ja terveydenhuollon peruspalvelujen osalta ja palvelujen saatavuuden, sekä väestön terveyden ja hyvinvoinnin että opetuksen tuotannon osalta. Yksityistämässä on otettava huomioon TSS- oikeuksien vaatimukset laadusta ja tasapuolisuudesta. Yhdenvertaisuus lain edessä tarkoittaa, että henkilön varallisuusasema, asuinpaikka, palvelun laatu, hinta tai muu seikka ei saa estää palvelujen tasa-arvoista saamista käytännössä. Vaatimukset aiheuttavat kunnille oikeastaan periaatteessa samat kustannukset riippumatta siitä, järjestävätkö kunnat itse peruspalvelut omana toimintana vai hankkiiko kunta palvelut yksityiseltä palvelujen tuottajalta.⁵⁴

Sosiaali- ja terveyspalvelujen yksityistämisen mahdollistavat kuntalaki että STVOL jättävät kunnille paljon itsenäistä harkintavaltaa yksityistämisen toteuttamistapojen suhteen. Rajoituksena on STVOL 4.3 §, jonka nojalla kunnan ja kuntayhtymän on varmistuttava siitä, että hankittavat palvelut vastaavat sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Säännöksen mukaan hankittaessa palveluja 4 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettua yksityiseltä palvelujen tuottajalta kunnan ja kuntayhtymän on varmistuttava siitä, että hankittavat palvelut vastaavat sitä tasoa, jota

⁵² Tuori 1998 s. 331–332.

⁵³ HE 309/1993 vp. s.71.

⁵⁴ Rasinmäki 1997 s. 75.

edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Säännös on kunnan viranomaiselle annettu toimintavelvoite. Säännöstä on rajattu siten, että palvelujen laatu tulee varmistaa ennen palvelutuotannon aloittamista hankittaessa palveluja eli tehtäessä hallintopäätöstä ja hankintasopimusta.⁵⁵ Yksityisten palvelujen käytön lähtökohtana on korostetusti se, ettei palvelujen laadusta voida tinkiä⁵⁶. Yksityisten palvelujen käyttö ei saa myöskään johtaa taloudelliseen eriarvoisuuteen. Toisena rajoituksena on sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain (734/1992) 12 §, jonka nojalla kunta tai kuntayhtymä voi periä palvelun käyttäjältä vain samat maksut ja korvaukset kuin kunnan tai kuntayhtymän itse järjestämistä palveluista. Näiden kahden erityissäännöksen ohella on otettava huomioon erityisesti tietosuojaa koskevat ja muut hallinnolliset säännökset, jotka edellyttävät asiakkaan aseman turvaamista myös siinä tapauksessa, että palvelu tai hoito on yksityistä⁵⁷.

Ongelman ostopalveluissa voi muodostaa se miten palvelujen laatu toteutetaan ulkoistaessa palveluita. Myös laadun määrittely voi olla hankalaa. Laatuksymys tulisikin ottaa huomioon sopimuksessa yksityisen palveluntarjoajan ja kunnan välillä. Myöskään sosiaali- ja terveydenhuollon erityislainsäädäntö ei yleensä sääntele yksityiskohtaisesti toiminnan laajuutta, sisältöä ja järjestämistapaa. Kun kunta siis ostaa palvelut yksityiseltä on sen varmistuttava siitä, että palvelun taso vastaa kunnallisesti tuotettua palvelua.⁵⁸ Riittävä informaatio palveluiden hinnasta ja laadusta niin palvelun tuottajalle kuin asiakkaallekin on eräs hankinnan onnistumisen ehdoista. Informaation saatavuus liittyy osaltaan myös palvelujen tilaajalle varmistettavaan mahdollisuuteen valvoa palvelujen laatua⁵⁹. Hankintojen hyötyihin ja haittoihin vaikuttavat aina kunkin yksittäistapauksen olosuhteet, osapuolten asiantuntemus ja hankinnan sisältö⁶⁰. Erityisesti terveystalouden kannalta jatkuvuus, yhteistyön sujuvuus ja luottamus voivat olla suoraa hintakilpailua merkittävämpiä laadullisia tekijöitä, mutta vaikeampia mitata⁶¹.

⁵⁵ Rasinmäki 1997 s.59.

⁵⁶ Narikka 2006 s. 119.

⁵⁷ Narikka 2006 s. 119.

⁵⁸ Sutela 2003 s. 167.

⁵⁹ Fredriksson - Martikainen 2006 s. 16.

⁶⁰ Lukkarinen 2007 s. 58.

⁶¹ Koivusalo 2003.s 29.

3. Hankintalain tavoitteet ja soveltamisala

3.1. Hankintasäätelyn tavoitteet

3.1.1. Hankintalain tarkoitussäännös

Perussäännös kilpailuttamisvelvollisuudesta sisältyy hankintalain 1.1 §:ään. Hankintalain 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten kuin hankintalaissa säädetään. Lain keskeisin velvoite on 1 momentissa mainituille viranomaisille ja muille siinä mainituille yksiköille määrätty hankintojen kilpailuttaminen⁶². Julkisista hankinnoista annetun lain 1 § 2 momentti sisältää säännökset lain tarkoituksesta. Lain keskeisin tavoite on kilpailun aikaansaaminen hankinnoissa sekä tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Hankintalain 1 §:n 2 momentin mukaan lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.

Säännökseen sisältyvät julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön keskeiset tavoitteet, jotka muodostavat tärkeän osan säännösten tulkintataustasta. Toisin kuin Euroopan yhteisöjen julkisia hankintoja koskevissa säädöksissä, hankintalain 1 §:ään on nimenomaisesti kirjattu julkisten hankintojen merkitys julkisten varainkäytön tehostamiselle. Laadukkaiden hankintojen tekemisellä viitataan puolestaan hankintojen taloudelliseen tarkoituksenmukaisuuteen. Lain tarkoituksena on edistää hinta-laatusuhteiltaan parhaiten hankintayksikön tarpeita vastaavan hankinnan toteutumista. Kustannusten lisäksi hinta-laatusuhteen arvioinnissa on otettava huomioon laatuun liittyvät tekijät erityisesti palveluhankinnoissa.⁶³

Julkisten hankintojen säätelyn tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä siten, että käytettävissä olevilla rajallisilla voimavaroilla pystytään hankkimaan laadultaan parhaita tuotteita ja palveluja. Samalla avataan julkisten hankintojen markkinat koko yhteisön alueella muista jäsenvaltioista tulevalle kilpailulle. Tavoitteena on lisäksi tehostaa julkisia palveluita ja parantaa niiden laatua sekä edistää talouden kasvua, kilpailukykyä ja työllisyyttä.⁶⁴ Tavoitteena on siten turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia

⁶² Romppainen 2007 s. 137.

⁶³ Kalima 2007 s. 32.

⁶⁴ HE 50/ 2006 vp. s. 6.

julkisten hankintojen tarjouskilpailussa. Julkisten hankintojen kilpailuttamisvelvoitteella pyritään parantamaan yritysten kilpailukykyä avaamalla yrityksille mahdollisuuksia tarjota tuotteitaan ja palvelujaan julkiselle sektorille avoimen ja tasapuolisen kilpailuttamisen kautta. Hankintalainsäädännön tarkoituksena on siten velvoittaa julkiset viranomaiset ja muut hankintayksiköt kilpailuttamaan hankintansa. Hankintalainsäädännön päätarkoituksena on ensinnäkin taata avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden noudattaminen julkisissa hankinnoissa. Toinen päätarkoitus on lisätä kilpailua ja parantaa yritysten kilpailukykyä markkinoilla. Samalla on säädetty hankintojen kilpailuttamisessa noudatettavista periaatteista.⁶⁵

Julkisten varojen käytön tehostamisesta koskevan tavoitteen voitaisiin toisaalta katsoa kuuluvan pikemminkin kuntaa yleisesti koskevan lainsäädännön tehtäväksi. Kun hankintalaki nostaa varojen käytön tehokkuusvaatimuksen ensisijaiseksi tavoitteeksi, muodostaa se myös lähtökohdan hankintayksikölle sen määritellessä hankinnan toteutusta. Kunnan itsenäisen päätöksenteon kannalta hankintalain 1 §:ssä määritellyt tavoitteita varojen tehokkaasta käytöstä ja laadukkaiden hankintojen tekemisestä ei tule kuitenkaan lukea erillisinä, vaan yhdessä, toisiinsa vaikuttavina tavoitteina. Hankintayksikkönä kunnan tehtäväksi jää määrittellä, millaisen painoarvon se asettaa hankinnassa asiakkaiden yksilöllisten tarpeiden mukaiselle laadulle ja millaisen hankinnasta aiheutuville taloudellisille seurauksille.⁶⁶

3.1.2. Keskeiset muutokset

Uusien hankintalakien sisältö vastaa pääosin aikaisempaa hankintalainsäädäntöä. Uusista hankintadirektiiveistä johtuvat keskeisimmät muutokset koskevat yhteishankintayksikön asemaa, uusia kilpailuttamismenettelyjä, joita ovat puitejärjestely, kilpailullinen neuvottelumenettely ja sähköiset menettelyt, tarjousten vertailuperusteiden painotusten pakollista ilmoittamista sekä ilmoitusvelvoitteen laajentuminen koskemaan kaikkia kansallisia hankintoja. Muita tärkeitä muutoksia ovat kansallisen kynnsarvon asettaminen, säätäminen sidosyksiköltä tehtävistä niin sanotuista In house -hankinnoista sekä säännös tarjouspyynnön keskeisestä sisällöstä.⁶⁷

Yhtenä tärkeimpänä muutoksena voidaan pitää kansallisia kynnsarvoja, jotka asiallisesti merkitsevät rajausta lain soveltamisalaan. Terveystenhoito- ja sosiaalipalveluissa uudet kansalliset kynnsar-

⁶⁵ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 21.

⁶⁶ Romppainen 2007 s. 138.

⁶⁷ HE 50/2006 vp.s.1.

vot ovat 50 000 euroa. Hankintalain 15 §:n mukaan hankintalakia ei sovelleta liitteen B mukaisiin terveydenhoito- ja sosiaalipalveluihin, jos hankinnan arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 50 000 euroa. Kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa noudatetaan samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävissäkin hankinnoissa, joskin EU-kynnysarvojen ylittyessä säännöt ovat yksityiskohtaisempia.

Sosiaali- ja terveystalushankinnoille asetettua, muista hankinnoista poikkeavaa 50 000 euron kansallista kynnysarvoa perustellaan sillä, että kyseisten palvelujen erityispiirteet tulisivat riittävän hyvin huomioon otetuiksi. Nämä palveluhankinnat ovat usein runsaasti valmistelua vaativia toimenpiteitä, minkä vuoksi näiden palvelujen kohdalla riski hankintamenettelyjen kustannusten nousemisesta kohtuuttomiksi verrattuna laissa säädettyjen menettelyjen noudattamisesta koituviin hyötyihin on muita hankintoja suurempi.⁶⁸ Sosiaali- ja terveystalushankintojen muita korkeammat kansalliset kynnysarvot korostavat niiden erityispiirteitä ja kilpailuttamisen vaikeutta⁶⁹.

3.2. Hankintalain soveltamisala

3.2.1. Soveltamisala yleisesti

Hankintalainsäädännön soveltamisala kilpailuttamisvaiheen sääntelynä säilyi ennallaan uudessa hankintalainsäädännössä. Hankintalainsäädännöllä ei edelleenkään säädetty hankintayksiköiden vastuulla olevien toimintojen ulkoistamisesta. Hankintayksiköt päättävät jatkossa itse omista tarpeistaan ja siitä, tuottavatko ne palvelut itse, yhteistyössä muiden hankintayksiköiden kanssa, käyttävätkö ne yhteishankintayksiköiden palveluja vai ostavatko ne palvelut oman organisaationsa ulkopuolisilta toimijoilta. Lakia sovelletaan, kun kunta päättää ostaa palveluja kunnan organisaatioon kuulumattomilta palveluntuottajilta. Hankintalainsäädännössä säännellään niistä kilpailuttamismenettelyistä, joita lain soveltamisalaan kuuluvat hankintayksiköt ovat velvollisia noudattamaan hankintoja tehdessään.⁷⁰

Hankintalain 1 §:n mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten kuin hankintalaissa säädetään. Hankintayksikön käsite on laaja, ja lähtökohtaisesti kaikki verovarilla tehtävät hankinnat tulevat hankintayksikön käsitteen kautta

⁶⁸ HE 50/2006 vp. s. 35.

⁶⁹ Romppainen 2007 s. 185.

⁷⁰ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 27.

hankintalainsäädännön mukaisen kilpailuttamisveloitteen piiriin.⁷¹ Hankintalain 6 §:n mukaan hankintayksiköitä ovat 1) valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset; 2) evankelisluterilainen kirkko, ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset; 3) valtion liikelaitoksista annetun lain (1185/2002) mukaiset liikelaitokset; 4) julkisoikeudelliset laitokset; julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja a) jota rahoittaa pääasiallisesti 1 – 4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö; b) jonka johto on 1 – 4 kohdassa tarkoitettun hankintayksikön valvonnan alainen; taikka c) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä 1 – 4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö nimeää yli puolet; sekä 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1 – 4 kohdassa tarkoitettulta hankintayksiköltä. Julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen ensimmäisen osan edellytysten on täytyttävä samanaikaisesti. Yksikön tulee olla oikeushenkilö, sen tulee olla perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ja näiden tarpeiden on oltava luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia. Sen sijaan käsitteen muut edellytykset ovat vaihtoehtoisia.

Hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan lain soveltamisalaan kuuluu siis lisäksi mikä tahansa taho silloin, kun se saa kyseenomaisen hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta joltakin muulta pykälässä tarkoitettulta hankintayksiköltä. Säännös perustuu hankintadirektiivin 8 artiklaan, mutta on soveltamisalaltaan sitä laajempi, sillä 8 artikla rajoittuu eräiden rakennusurakoiden toteuttamiseen. Hankintalaissa omaksuttua sääntelytapaa on perusteltu sääntelyn kiertämisen estämisellä. Hankintadirektiivin mukaan julkista tukea myöntävien hankintayksiköiden tulee huolehtia direktiivin noudattamisesta myöntäessään julkista tukea. Näin ollen julkista tukea saava pitää saattaa tietoiseksi hankintalain mukaisesta kilpailuttamisvelvollisuudesta, sillä yksityisen saattaa olla hyvin vaikea päätellä, aiheuttaako tietyn tuen vastaanottaminen sen, että yksityistä kohdellaan hankintayksikkönä.⁷²

Kuntien viranomaisia ovat kunnanvaltuustot, kunnanhallitukset, lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat. Lain tarkoittamia hankintayksiköitä ovat myös kuntayhtymät, kuten sairaanhoitopiirit. Laisa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat myös kuntayhtymien mahdollisesti muodostamat toimieliimet. Kuntien organisaatioon kuuluvat myös kuntien liikelaitokset, jotka ovat myös lain tarkoittamia hankintayksiköitä.⁷³

⁷¹ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 28.

⁷² Kalima 2007 s. 52.

⁷³ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 28.

Hankintalain 7 §:ssä on säädetty hankintalainsäädännön soveltamisen yleisistä poikkeuksista. Poikkeuksia lain soveltamisalasta on tulkittava suppeasti. Lain soveltamisalaan vetoavalla hankintayksiköllä on aina näyttötaakka siitä, että kyseinen hankinta todella täyttää poikkeukseen oikeuttavat olosuhteet.⁷⁴ Hankintalakia sovelletaan laissa tarkoitettujen hankintayksiköiden tekemiin julkisiin hankintoihin, jotka ylittävät lain soveltamiselle asetetut kynnyksarvot. Hankintalain 7 §:n mukaan lakia ei sovelleta hankintoihin, jotka ovat salassa pidettäviä tai joiden toteuttaminen edellyttää lakiin perustuvia erityisiä turvatoimenpiteitä taikka jos valtion keskeiset turvallisuusedut sitä vaativat. Hankintalakia ei myöskään sovelleta hankintoihin, joiden kohde soveltuu pääasiallisesti sotilaalliseen käyttöön. Lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät myös hankinnat, joita koskevat omat menettelysäännöt ja jotka tehdään Suomen valtion solmiman kansainvälisen sopimuksen nojalla, kansainvälisen järjestön erityisen menettelyn nojalla tai joukkojen sijoittamiseen liittyvän kansainvälisen sopimuksen nojalla. Lain 7 §:n 1 momentin mukaiset salassapitoon liittyviä poikkeuksia, jotka jäävät hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle, voivat olla esimerkiksi hankinnat, joiden kilpailuttaminen vaarantaisi lastensuojelulain mukaisen lapsen olinpaikkaa koskevan tiedon salassapidon. Myös viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999) tarkoittamien henkilökohtaisen tietojen paljastuminen hankintamenettelyssä voisi erityisissä tapauksissa olla lainkohdan tarkoittama salassapitoperuste. Koska sosiaali- ja terveystalushankinnat kilpailutetaan yleensä suuremmissa kokonaisuuksissa kuin yksittäisen henkilön palvelua koskevana hankintana, tulevat salassapitosäännökset harvoin käytännössä sovellettaviksi.⁷⁵

3.2.2. Lain soveltamisala palveluhankinnoissa

Hankinnan käsite löytyy hankintasopimuksen määritelmästä eli hankintalain 5 §:n 1 kohdasta. Lain mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on hankintalain tarkoittaman rakennusurakan toteuttaminen, tavarankäytön hankinta tai *palvelun suorittaminen* taloudellista vastiketta vastaan. Euroopan yhteisöjen hankintadirektiivin 1 artiklassa on erikseen määritelty julkiset tavarahankinta-, palveluidenhankinta ja rakennus- sekä käyttöoikeusurakkasopimukset sopimuksiksi, joissa hankintayksikkö ostaa hyödykkeitä rahaa tai muuta vastiketta vastaan. Hankintalainsäädä-

⁷⁴ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 51

⁷⁵ Lukkarinen 2007 s. 135

dännössä julkisen hankinnan ala on määritelty laajasti. Olennaista kuitenkin on se, että hankinnan kohteen määrittely kuuluu hankintayksikölle.⁷⁶

Hankinnan määrittäminen hankintasopimuksen käsitteen avulla johtuu siitä, että hankintadirektiivit koskevat hankintasopimusten tekomenettelyjä. Suomessa hankintasopimusten tekemisen on katsottu tarkoittavan viimeistä hankintamenettelyn varsinaisesti päättävää vaihetta. Hankintasopimusta edeltävästä kilpailuttamismenettelystä on käytetty vakiintuneesti termiä hankinta.⁷⁷

Palveluhankinnan kohteena on puolestaan palvelujen suorittaminen. Palveluhankintaan voi sisältyä myös tavarahankintoja tai rakennustöitä. Palveluhankintoja ovat hankintalain liitteessä A luetellut ensisijaiset palvelut sekä liitteessä B luetellut toissijaiset palvelut, joihin sosiaali- ja terveystalvet kuuluvat. Ensisijaisten ja toissijaisten palvelujen hankintamenettelyt ovat erilaiset, mutta molempia koskee kilpailuttamisvelvoite. Palvelujen jaolla ensisijaisiin ja toissijaisiin palveluihin on merkitystä palveluiden hankintaan sovellettavien säännösten kannalta. Palvelujen hankinta on myös hankintatoimen vaikeimpia hankintoja ennen muuta sen johdosta, että palvelujen laatua on vaikea mitata ja tarjouksia verrata laadullisesti keskenään.⁷⁸ Eniten ongelmia on ilmennyt juuri palveluhankintojen kilpailuttamisessa. Tämä saattaa johtua siitä, että hankintayksiköt ovat vasta nyt siirtymässä omasta tuotannosta palvelujen ostamiseen ulkopuolisilta, eikä kokemusta kilpailuttamisesta ole tämän vuoksi.⁷⁹

Hankintalain 21 §:n 2 momentissa säädetään hankintadirektiivin välittömän soveltamisalan ulkopuolella oleviin hankintoihin sovellettavista säännöksistä. Hankintalain 21 §:n tarkoituksena on selkeyttää kynnysarvojen moninaisuudesta johtuvaa, varsin monisäikeistä järjestelmää. Mikäli kansallisessa hankinnassa on kyse *B- palveluhankinnasta*, käyttöoikeussopimuksesta, kehitysyhteistyöhankinnasta tai *EU-kynnysarvot alittavasta* tavara- tai palveluhankinnasta, on niihin sovellettava hankintalain 9 lukua, jonka lisäksi sovellettavaksi tulevat hankintalain I, III ja IV osan säännökset. Lisäksi näihin hankintoihin on sovellettava hankintalain 60, 61, 63 ja 64 §:ää. Sovellettaviksi tulevat siten yleiset säännökset periaatteista ja soveltamisalasta (I osa), kansalliset menettelyt (III osa), yhteiset säännökset hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen tekemisestä, oikeusturvakeinoista sekä erinäiset säännökset (IV osa), ehdokkaan ja tarjoajan oikeudellinen muoto (60§), tarjouskilpailuun osallistuminen ryhmittymänä (61§), poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset (63§) ja hankintayksi-

⁷⁶ Kalima 2007 s. 65.

⁷⁷ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 43.

⁷⁸ Kalima 2007 s. 76.

⁷⁹ Eskola - Ruohoniemi 2007 s.45.

kön antaman tuen huomioon ottaminen tarjousten vertailussa (64§). Nämä säännökset ovat luonteeltaan yleisiä ja menettelyä selkeyttäviä, joten niitä tulee soveltaa kaikissa hankinnoissa. Hankintalain liitteessä B luetellut palvelut eli niin kutsutut toissijaiset palvelut ovat vain osittain hankintadirektiivistä johtuvan sääntelyn soveltamisalassa.⁸⁰ Siten toissijaisten palvelujen kilpailuttamisen menettelytavat määräytyvät pääsääntöisesti hankintalain 9 luvun mukaisesti.⁸¹ Hankintalain 21 §:n 3 momentin mukaan EU-kynnysarvon *ylittäviin* liitteen B palveluhankintoihin sovelletaan lisäksi, mitä hankintalain 35 §:n jälki-ilmoitusvelvollisuudesta, sekä teknisistä eritelmistä, ympäristöominaisuuksia koskevista teknisistä eritelmistä ja tarjoajan esittämästä näytöstä 44 – 46 §:ssä säädetään. EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, liitteen A ensisijaisiin palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin sovelletaan siis hankintalakia kokonaisuudessaan, lukuun ottamatta lain 9 luvun säännöksiä.

Hankintalain 21 §:n 1 momentin mukaan hankittaessa liitteessä B lueteltuja toissijaisia palveluja yhdessä liitteessä A tarkoitettujen ensisijaisten palvelujen kanssa, esimerkiksi maaliikenteen palvelujen kanssa, on hankintalakia sovellettava kokonaisuudessaan lukuun ottamatta 9 luvussa säädettyä, jos liitteen A ensisijaisten palveluiden arvo on suurempi kuin liitteen B toissijaisten palveluiden arvo ja jos hankinta kokonaisuudessaan *ylittää* hankintalain 16 §:ssä tarkoitetun EY- kynnysarvon. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on todennut sairaankuljetuspalveluja koskevassa tuomiossaan *Walter Tögel*, että hankinnan kohteena oleva palvelu saattoi kuulua samalla kertaa sekä ensisijaisia palveluja koskevaan pääluokkaan että toissijaisia palveluja koskevaan pääluokkaan.⁸² Jos siis EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnassa ensisijaisten palveluiden arvo on suurempi kuin toissijaisten palvelujen arvo, tulee koko hankinnassa noudattaa ensisijaisiin palveluihin soveltuvia säännöksiä. Jos taas toissijaisten palvelujen arvo on suurempi, ei hankintadirektiivi tule sovellettavaksi.

Hankintalain 16 §:ssä säädetään EU-kynnysarvoista⁸³. 1.1.2008 voimaan astuvan komission asetuksen (1422/2007) myötä muuttuivat julkisia hankintoja koskevat EU- kynnysarvot vuoden 2008 alusta lähtien. Uudet EU- kynnysarvot ovat 133 000 euroa valtion keskushallintoviranomaisten tavara-hankinnoissa ja palveluhankinnoissa, 206 000 euroa muiden kuin 1 kohdassa tarkoitettujen hankin-

⁸⁰ Hankintalain liitteessä B luetellut toissijaiset hankinnat vastaavat hankintadirektiivin liitteessä B lueteltuja hankintoja, jotka on jätetty kokonaan tai osittain hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. myös Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaa. Virallinen lehti N:ro C 179/2 1.8.2006.

⁸¹ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 83, HE 50/2006 vp. s. 72.

⁸² Asia C-76/97, *Walter Tögel*, kohta 40.

⁸³ Hankintalain 16 §:ssä luetellut EU- kynnysarvot perustuvat komission asetukseen (EY) N:o 2083/2005. 4.12.2007 annettiin komission asetukset (EY) N:o 1422/2007, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta.

tayksiköiden tavarahankinnoissa ja palveluhankinnoissa eli esimerkiksi kuntien palveluhankinnoissa, sekä 5 150 000 euroa rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa. Hankintalain 16 §:n 2 momentin mukaan Euroopan yhteisöjen komissio tarkistaa kynnysarvot asetuksella kahden vuoden välein.

EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen hankintamenettely poikkeaa EU-kynnysarvon alittavien hankintojen menettelytavoista. EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovelletaan hankintadirektiivin mukaisia yksityiskohtaisia kilpailuttamismenettelyjä. Liitteen B mukaisiin toissijaisiin palveluhankintoihin eli esimerkiksi sosiaali- ja terveystalouteen sovelletaan kuitenkin aina, hankinnan arvon ylittäessä EU-kynnysarvonkin, vain hankintalain omia suppeampia kansallisia menettelytapasäännöksiä.⁸⁴ Toissijaiset palvelut ovat luonteeltaan sellaisia, että niitä ei ole tarkoituksenmukaista kilpailuttaa EU:n laajuisesti, sillä yleensä tämän tyyppisissä palveluissa vain kansalliset toimijat voivat tulla kyseeseen. Kuitenkin palveluiden vapaan liikkuvuuden periaate koskee myös sosiaali- ja terveystaloutta. Tämä tarkoittaa sitä, että palveluntuottajat voivat tarjota palveluja muissa jäsenmaissa ilman syrjintää verrattuna kansallisiin palveluntuottajiin. Tämä merkitsee sitä, että ulkomaiset palveluntuottajat ovat oikeutettuja samoihin etuihin kansallisiin palveluntuottajiin verrattuna. Palveluita kilpailutettaessa ei siten välttämättä ole mahdotonta ajatella, että jokin eurooppalainen ketju kiinnostuisi tarjouksesta paikallisessa palveluntuotannosta myös Suomessa.⁸⁵

Hankintalain 8 §:n 1 momentissa on säädetty palveluhankintoja koskevista soveltamisalan rajoituksista. Sosiaali- ja terveydenhuollon hankintayksiköiden kannalta merkittävimmät rajoitukset ovat 8 §:n 1 momentin 1, 5 ja 6 kohdissa.⁸⁶ Hankintalain 8 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan hankintalainia ei sovelleta palveluhankintasopimuksiin, jotka koskevat maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla. Hankintalain 8 §:n 5 kohdan mukaan soveltamisalan ulkopuolelle jäävät myös työsopimukset. Hankintalain 8 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät myös tutkimus- ja kehittämisspalvelut, paitsi jos niistä saatava hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritettua palvelua kokonaan. Siten esimerkiksi julkisesti rahoitetut tutkimusohjelmat laajan tiedeyhteisön käyttöön sekä kuntien ja yksityisten yhteistutkimukset jäävät lain soveltamisalan ulkopuolelle. Lakia voidaan lähinnä soveltaa alihankintatyypiseen

⁸⁴ Lukkarinen 2007 s. 112.

⁸⁵ Koivusalo 2003 s. 29.

⁸⁶ Lukkarinen 2007 s. 92.

tutkimukseen, kuten vain hankintayksikön hyväksi koituviin laboratoriomittaus- tai testauspalveluihin ja tavanomaisiin konsultaatiopalveluihin.⁸⁷

3.2.3. Kansallisen kynnsarvon alle jäävät hankinnat

Vanhan hankintalain aikana hankintalaki koski kaikkia hankintoja, mutta uutta hankintalakia ei enää sovelleta kansalliset kynnsarvot alittaviin hankintoihin. Näihin hankintoihin hankintayksiköt voivat soveltaa omia ohjeitaan. Näiden ohjeiden on kuitenkin täytettävä EY:n perustamissopimuksen vaatimukset avoimuudesta ja syrjimättömyydestä. Yritysten kannalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimien näkee tarpeelliseksi, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa. Tällöin hankinnat avautuvat kilpailulle ja useammilla yrityksillä on mahdollisuudet osallistua siihen. Periaatteet on otettava huomioon siis kaikissa hankinnoissa, mutta epäselvyyttä vallitsee, missä laajuudessa.⁸⁸ Hankintalain kynnsarvoja koskevat rajaukset eivät estä hankintayksikön toiminnan arviointia muun lainsäädännön nojalla. Hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jääviin hankintoihin tulevat sovellettaviksi siten esimerkiksi hallintolain (434/2003) ja kuntalain (365/1995) tasapuolisuus- ja avoimuusvelvoitteet sekä menettelytapavelvoitteet.⁸⁹ Kuntien hankintapäätöksiä kynnsarvot alittavissa hankinnoissa rajaavat myös harkintavallan rajoitusperiaatteet, joista hankintapäätöksiin soveltuvat erityisesti syrjimättömyysperiaate ja tasa-arvoisen kohtelun periaate. Julkisen hallinnon yleiset periaatteet edellyttävät myös sitä, että julkiset hankinnat toteutetaan taloudellisesti ja tarkoituksenmukaisesti.⁹⁰

Perusteena muutokselle on se, että aivan pienten hankintojen kilpailuttamisen on katsottu sitovan kohtuuttomasti voimavaroja. Lukumääräisesti suurin osa hankintapäätöksistä jää hankintalainsäädännön ulkopuolelle, jolloin kilpailuttamiskustannuksissa säästetään. Uuden hankintalain mukaan hankintayksiköillä on mahdollisuus kilpailuttaa vapaamuotoisemmin kansallisten kynnsarvojen alle jääviä hankintoja, mikä osaltaan keventää sekä ostajien että myyjienkin raskaina pitämiä kilpailutusmenettelyjä.⁹¹ Kynnsarvosäätely merkitsee kuitenkin myös sitä, että yrityksillä ei ole enää mahdollisuutta valittaa hankintalain mukaisesti markkinaoikeusmenettelyssä kansallisten kynnsarvojen alle jäävistä hankinnoista. Kansalliset kynnsarvot alittavissa hankinnoissa käytettävissä ovat hallinto-oikeudelliset ja kunnalliset muutoksenhakukeinot. Hallintovalitustie ja vahingonkorvaus-

⁸⁷ HE 50/2006 vp s. 59.

⁸⁸ Sallinen 2007 s. 263.

⁸⁹ Lukkarinen 2007 s. 111.

⁹⁰ Kuoppamäki 2006 s. 294, HaVL 25/2006 vp s. 3.

⁹¹ Kuoppamäki 2006 s. 294.

kanteen nostaminen yleisessä alioikeudessa ovat siten mahdollisia keinoja myös kansalliset kyn-
nysarvot alittavien hankintojen kohdalla. Hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot voivat poikke-
uksellisesti olla käytössä myös niissä tapauksissa, joissa hankinnan arvo on saatu kansallisen kyn-
nysarvon alle hankintalaissa kielletyn menettelyn seurauksena.⁹²

3.3. Hankinnat hankintayksikön sidosyksiköltä eli kuntakonserniin kuuluvalta yksiköltä

Yksi hankintalain keskeisimmistä uudistuksista on säännös in house- eli sidosyksiköiltä tehtävistä hankinnoista. Kuntakonsernin sisäiset sidosyksikköhankinnat on erotettava kunnallishallinnon organisatorisesta tilaaja- tuottajamallista. Direktiivissä ei ole tähän liittyviä sääntöjä vaan sääntely perustuu EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan hankintoja saadaan tehdä kilpailut-
tamatta vain sellaiselta hankintayksikön määräysvallassa olevalta yksiköltä, joka tuottaa palveluja pääosin vain omistajilleen. Näihin hankintoihin liittyy hankalia rajanvetokysymyksiä siitä, onko tarjouskilpailun järjestämistä koskeva velvoite olemassa vai ei. In house- hankinnoissa on kyse siten siitä, voiko hankintayksikkö poikkeuksellisesti vapautua yhteisön oikeuteen perustuvista velvoit-
teista ja hankintojen kilpailuttamisesta, kun palveluja suorittaa sen määräysvallassa oleva toimija. In house -hankintojen osalta EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännöstä keskeisin on tuomio *Teckal*. Teckal- tuomion mukaan hankintadirektiivien soveltamisalaan kuuluvat rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset, joiden kohteena on hankinta, jonka alueellinen tai paikallinen viran-
omainen aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kans-
sa riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen. Tuomion mukaan toisin on ai-
noastaan sellaisissa tilanteissa, joissa viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samoin kuin se
valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa pääasiallista toimintaa sen
omistavien viranomaisten kanssa.⁹³

Hankintalain 10 §:ssä säädetään hankinnoista hankintayksikön sidosyksiköltä. Säännöksen mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankin-
taysiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos

⁹² HaVL 25/2006 vp s. 4.

⁹³ C-107/98 *Teckal* kohta 50 ja 51. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa Teckal oli kyse toiminnan järjestelystä, jossa kuntien yhtymä valtuutettiin käyttämään kunnan puolesta valtaa sille tehdyn toimivallan siirron pe-
rusteella.

yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. In house -hankintoja koskevan oikeuskäytännön pohjalta ratkaisevaa hankintayksikön ja in house - eli sidosyksikön suhteen arvioinnissa on yksiköiden oikeudellisen erillisyyden ja päätöksenteon itsenäisyyden arvioiminen. Jos hankinnat tehdään muodollisesti erilliseltä yksiköltä, tulee erikseen arvioitavaksi hankintayksikön määräys- ja valvontavallan laajuus sekä sidosyksikön toiminta. Hankintalainsäädännön soveltuminen arvioidaan aina tapauskohtaisesti.⁹⁴

Hankintalain 10 § koskee tilanteita, joissa esimerkiksi kunta hankkii palveluja yksiköltä, joka on siitä muodollisesti erillinen ja päätösvalaltaan itsenäinen, mutta joka on sidossuhteessa kuntaan. Hallintovaliokunnan näkemyksen mukaan tällaiseen tilanteeseen tulisi voida rinnastaa myös päinvastainen tilanne, jossa sidosyksikkö suorittaa kuntakonsernin sisällä hankinnan kunnalta. Käytännössä konsernin kannalta ei ole merkitystä, onko kyse kunnan hankinnasta sidosyksiköltä vai sidosyksikön hankinnasta kunnalta.⁹⁵

Hankintalainsäädännön soveltamisen kannalta on olennaista se, että se koskee vain kahden tai useamman erillisen yksikön välisiä ostoja ja sopimuksia. Hankintalainsäädäntö ja kilpailuttamisvelvoitte eivät koske niitä palveluja, jotka hankintayksikkö tekee itse omana työnään. Hankintalainsäädännön tavoitteena on ulottaa kilpailu hankintamenettelyihin, eikä se siten koske tilanteita, joissa julkinen sektori tuottaa esimerkiksi palvelut itse eli tekee ne niin sanottuna omana työnään oman organisaation sisällä. Mikäli hankintayksikkö kuitenkin ostaa tavaroita tai palveluja ulkopuolisilta yrityksiltä on hankinnat pääsääntöisesti aina kilpailutettava.⁹⁶

Hankintalainsäädännön soveltamisalan kannalta keskeistä on se, katsotaanko kyseessä olevan kahden tai useamman erillisen yksikön välinen hankintasopimus vai hankintayksikön sisäinen työnjako. Hankintalain 5 §:n 1 kohdan mukaan kilpailuttamisvelvoitteen piirissä olevien sopimusten osapuolina ovat taloudelliset toimijat ja hankintayksiköt. Pääsääntöisesti voidaan siis todeta, että hankintalainsäädäntöä on sovellettava, kun hankinnasta tehdään sopimus hankintayksikön ja siitä erillisen toimittajan välillä. Pelkästään sopimuksen olemassaolon perusteella ei kuitenkaan voida ratkaista hankintalainsäädännön soveltumista. Tunnusomaista omana työnä tekemiselle on hankintayksikön valta vaikuttaa hankinnan toteuttajan toimintaan siltä puuttuvan itsenäisyyden vuoksi. Lisäksi oma-

⁹⁴ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 59.

⁹⁵ HaVL 25/2006 vp. s. 5.

⁹⁶ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 57.

na työnä tekemiselle on ominaista osapuolten väliseen sopimukseen liittyvät piirteet, joiden vuoksi sopimus eroaa aidosta erillisestä oikeushenkilöiden välillä tehdyistä hankintasopimuksista.⁹⁷

Kuntalain 76 §:n mukaan kunnat voivat sopia, että tehtävä annetaan toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta taikka että tehtävän hoitaa kuntayhtymä. Koska hankintalainsäädäntö säätelee vain hankintasopimusten tekemistä, ei hankintalakia sovelleta sellaiseen kuntien väliseen yhteistyöhön, josta ei sovita hankintasopimuksella. Kuntalain 10 luvussa mainitut yhteistoiminnan muodot jäävät siten hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle. Kunnat voivat hankintalain kilpailuttamisvelvoitteen ulkopuolella perustaa kuntayhtymiä tai yhteisiä toimielimiä lakisääteistä palvelutuotantoa varten.⁹⁸ Sen sijaan, jos kunta suorittaa hankinnan markkinoilta, tulee hankinta kilpailuttaa. Kilpailuun voi osallistua myös kunnan oma yksikkö, jolloin kunnan tulee kohdella sitä kuten muitakin tarjoajia, tasapuolisesti ja syrjimättä.⁹⁹

Kuntien toimeksiannot niiden organisaatioon kuuluvilta osastoilta, liikelaitoksilta tai muilta yksiköiltä eivät ole yleensä lain tarkoittamia hankintasopimuksia eivätkä ne siten kuulu kilpailuttamisvelvoitteen piiriin.¹⁰⁰ Kunnallisia liikelaitoksia on Suomessa useita. Liikelaitokset ovat kooltaan sekä toiminnalliselta että organisatoriselta rakenteeltaan melko erilaisia. Liikelaitos on osa kunnan omaa organisaatiota. Se ei siis ole kunnasta erillinen oikeushenkilö. Yksittäisen liikelaitoksen sitoumuksista, vastuista ja velvoitteista vastaa kunta.¹⁰¹ Kokonaan tai pääosin kunnallisesti omistettu ja terveydenhuoltoalalla toimivia yhtiöitä ei tällä hetkellä ole. Esimerkiksi tekonivelsairaala Coxa Oy:n osakkeenomistajina ovat Pirkanmaan sairaanhoitopiirin, Tampereen kaupungin, Vaasan, Etelä-Pohjanmaan, Kanta-Hämeen ja Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirien sekä Valkeakosken, Vammalan ja Mäntän kaupunkien lisäksi Terveysrahasto Oy ja Invalidisäätiö. Hankintayksiköt eivät itse ole pitäneet Coxa Oy:ltä tehtyjä hankintoja sidosyksikköhankintoina, eivätkä hankintalain edellytykset valvonnasta ja määräysvallasta lähtökohtaisesti toteudu sen kohdalla.¹⁰²

Kuntien yhtiöt ovat muodollisesti erillisiä omistajistaan. Se, pidettäisiinkö tällaisia terveystalvija tuottavaa yhtiötä kunnan sidosyksikkönä, on arvioitava tapauskohtaisesti valvontavaltaa ja toiminnan kohdistumista koskevien edellytysten perusteella. Kunta ja esimerkiksi sairaanhoitopiiri, jonka jäsen kunta on, ovat eri oikeushenkilöitä. Vaikka kunnalla on yleensä omat edustajansa sairaan-

⁹⁷ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 57

⁹⁸ HE 50/2006 vp s. 28. Toisin KHO 30.11.2004, T 3048. Ks. s. 31.

⁹⁹ HaVL 25/2006 vp. s. 6

¹⁰⁰ HE 50/2006 vp s. 61

¹⁰¹ Lukkarinen 2007 s. 95

¹⁰² Lukkarinen 2007 s. 95.

topiirin hallinnossa, ei voida katsoa, että kunnat valvoisivat sairaanhoitopiirin toimintaa hankintalaissa tarkoitettulla tavalla.¹⁰³

Erikoissairaanhoidon järjestämisestä on säädetty erikoissairaanhoidolaissa (1062/1989). Lain 10 §:n mukaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymä vastaa alueellaan tässä laissa säädetyn erikoissairaanhoidon järjestämisestä yhtenäisin lääketieteellisin ja hammaslääketieteellisin perustein. Yksittäiset kunnat eivät siten hanki erikoissairaanhoidolaissa tarkoitettuja erikoissairaanhoidon palveluja sairaanhoitopiireiltä. Hankintalakia ei siis sovelleta tilanteissa, joissa kysymys on erikoissairaanhoidolaissa tarkoitettujen lakisääteisten palvelujen tuottamisesta kunnan ja sairaanhoitopiirien keskinäisten toimeksiannon perusteella.¹⁰⁴ Kuntayhtymän perustaminen on nimittäin katsottu yhteisön oikeudessa hallinnolliseksi uudelleenjärjestelyksi, jossa kuntayhtymä valtuutetaan käyttämään kunnan puolesta valtaa sille tehdyn toimivallan siirron perusteella. Euroopan yhteisöjen komission tulkinnan mukaan ainakaan kuntayhtymien lakisääteisten tehtävien osalta kysymys ei ole kunnan toimintojen siirtämisestä kunnan ulkopuolelle. Sen sijaan tilanne on tulkinnanvaraisempi sellaisten toimintojen harjoittamisen osalta, jotka ovat kuntayhtymälle tehdyn vallansiirron ulkopuolella.¹⁰⁵ Jos taas erikoissairaanhoidosta järjestämisvastuussa oleva sairaanhoitopiiri hankkii palveluja oman organisaationsa ulkopuolelta, on hankintalakia lähtökohtaisesti sovellettava hankintaan.¹⁰⁶

Sidosyksikköhankintoja koskeva säännös liittyy myös kuntien yhteistoiminnan edellytyksiin. Kuntien väliset yhteistoimintasopimukset palveluiden tuottamiseksi ovat mahdollisia, mutta niiden toteuttamismalleja suunniteltaessa tulee ottaa huomioon hankintalain in house- määräykset. Tulkinnanvaraiseksi muodostuu kuitenkin edelleen se, milloin kuntien välinen yhteistoiminta on kuntalain sallimaa perinteistä yhteistoimintaa ja milloin toiminta täyttää hankintalain mukaisen kaupallisen hankinnan tunnusmerkit, jolloin hankinta on kilpailutettava. Kuntien ja kunnallishallintoa koskevien lukuisten erityislakien, kuten sosiaali- ja terveydenhuollon valtiosuuslain mukaan aiemmin sallittuna pidetty erilainen kuntien yhteistoiminta on eräissä tapauksissa tulkittu direktiivien ja hankintalain perusteella hankinnaksi.

Sidoshankintoja on käsitelty korkeimman hallinto-oikeuden Hangon sairaankuljetuspalveluja koskevassa ratkaisussa 2004:102. Tapauksessa Hangon kaupunki ja Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos olivat solmineet kuntalain 76 §:n mukaisen yhteistyösopi-

¹⁰³ Lukkarinen 2007 s.95.

¹⁰⁴ Lukkarinen 2007 s. 96.

¹⁰⁵ HE 50/2006 vp s. 63.

¹⁰⁶ Lukkarinen 2007 s. 96.

muksen¹⁰⁷. Sopimuksen perusteella Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos vastasi sairaankuljetuksen ja ensihoidon järjestämisestä Hangon kaupungissa ja Hangon kaupunki luovutti kaluston Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen käyttöön ja suoritti korvauksena Länsi-Uudenmaan pelastuslaitokselle 190 000 euroa vuodessa. Huolimatta sopimuksen eräistä erityispiirteistä pelastuslaitos oli sairaankuljetustoiminnan osalta palvelun hankkineesta kunnasta *muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen* yksikkö, jolta kunta osti rahallista vastiketta vastaan sairaankuljetuspalveluja. Näin olleen kunnan ja pelastuslaitoksen välisessä yhteistyösopimuksessa oli kysymys hankintalaissa tarkoitetusta hankinnasta. Sairaankuljetus kyseisessä tapauksessa toteutetulla yhteistoimintakonseptilla olisi korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen mukaan edellyttänyt hankintalain mukaista kilpailuttamista. Päätöksensä korkein hallinto-oikeus perusti hankintadirektiiveihin, hankintalakiin ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön muun muassa tapauksessa *Teckal*.¹⁰⁸ Myöhemmässä korkeimman oikeuden ratkaisussa 2006:61, Porvoon kaupungin ja Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen välillä tehtyä sairaankuljetuksia koskevaa sopimusta pidettiin taas mainittuja kriteereitä soveltaen Porvoon kaupungin oman organisaation sisällä toteutettuna palveluna, kun otettiin huomioon pelastuslaitoksen asema kaupungin alaisuudessa ja valvonnassa.¹⁰⁹

Hankintayksiköiden välisiin yhteistyömuotoihin liittyy yhteisöoikeuden soveltamiseen liittyviä kysymyksiä. Erityisesti kuntien välisten erilaisten yhteistyösopimusten sallittavuuden osalta hankintalainsäädännön on katsottu olevan tulkinnanvarainen. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu hankintaviranomaisten välisten hankintojen kuuluvan julkisten hankintojen sääntelyn soveltamisalaan.¹¹⁰

3.4. Hankinnat yhteishankintayksiköltä

Hankinnoista yhteishankintayksiköltä säädetään hankintalain 11 §:ssä. Hankintalain mukaan hankintayksikön, joka hankkii tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita käyttäen yhteishankintayksiköä, katsotaan noudattaneen hankintalakia, jos yhteishankintayksikkö on noudattanut sitä. Yhteis-

¹⁰⁷ Kuntalain 76 §:n mukaan kunnat voivat sopimuksen nojalla hoitaa tehtäviään yhdessä. Kunnat voivat sopia, että tehtävä annetaan toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta taikka että tehtävän hoitaa kuntayhtymä.

¹⁰⁸ KHO 30.11.2004, T 3048.

¹⁰⁹ KHO 30.8.2006, T 2207.

¹¹⁰ HE 50/2006 vp s. 16.

hankintayksiköiden käyttämisellä pyritään välttämään kaksinkertaista kilpailuttamista, ja ideana on se, että yhteishankintayksikkö kilpailuttaa kaikki hankinnat sen palveluja käyttävien hankintayksiköiden puolesta. Hankintalain 11 §:ssä on säädetty mahdollisuudesta hankkia tavara- ja palveluhankintoja sekä rakennusurakoita suoraan ilman kilpailutusta yhteishankintayksiköltä. Yhteishankintayksikön on tällöin täytynyt kilpailuttaa hankintayksikön puolesta siltä tehtävät tavara- ja palveluhankinnat sekä rakennusurakat. Vastuu asianmukaisesta kilpailuttamisesta on yhteishankintayksiköllä.¹¹¹

Hankintalaissa on uutta myös yhteishankintayksikön määritelmä. Hankintalain 11 §:n 2 momentin mukaan yhteishankintayksiköllä tarkoitetaan sellaista hankintayksikköä, joka hankkii sen suoraan tai välillisesti omistaville hankintayksiköille tavaroita tai palveluja taikka tekee näille tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä. Mikäli hankintoja halutaan ostaa yhteishankintayksiköltä suoraan ilman kilpailuttamista, tulee yhteishankintayksikön itsensä olla hankintayksikkö. Toisena edellytyksenä on se, että yhteishankintayksikkö toimii edellä mainittujen tehtävien hoitamiseksi ja että se on nimenomaisesti perustettu hoitamaan näitä tehtäviä, taikka näiden tehtävien hoitaminen on säädetty tai määrätty yhteishankintayksikön toimialaksi. Yhteishankintayksikön tulee siis itsensä olla hankintayksikkö. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yhteishankintayksikkö voi olla joko kunnan tai valtion viranomainen, liikelaitos tai hankintalain 6 §:n 4 kohdan määritelmän täyttävä julkisoikeudellinen laitos. Siten se esimerkiksi terveydenhuollossa voi olla lähinnä kunnallinen viranomainen. Kaupallisen edun tavoittelun tarkoituksessa toimivat yksiköt, jotka eivät ole hankintayksiköitä, eivät siten voi toimia yhteishankintayksikköinä.

Yhteishankintayksikön pääasiallinen tehtävä on toimia muiden hankintayksiköiden puolesta hankintojen toteuttamisessa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yhteishankintayksikkö toimii lähinnä kilpailuttajan ja tilaajan asemassa.¹¹² Toisin sanoen yhteishankintayksikkö voi muiden hankintayksiköiden puolesta kilpailuttaa sellaisia hankintoja, jotka ovat tarpeellisia useille hankintayksiköille. Näin voidaan keskittää kilpailuttamisosaamista ja saada kokoon suuria hankintamääriä. Yhteishankintojen toteuttamisen tarve korostuu erityisesti selkeissä suurissa volyymejä sisältävissä tavarahankinnoissa ja erityistä osaamista koskevissa palveluhankinnoissa, joissa eri hankintayksiköillä on samankaltaiset tarpeet. Hankintalain mahdollistama kunnallisen yhteishankintayksikön toimivalta ja rooli muistuttaisi valtion yhteishankintayksikön Hansel Oy:n nykyistä tehtävää ja toimivaltaa valti-

¹¹¹ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 68.

¹¹² Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 69.

on hankinnoissa. Hansel Oy:llä ei ole nykyisin oikeutta toteuttaa yhteishankintoja kuntien hyväksi, joten paineet valtakunnallisen yhteishankintayksikön perustamiseksi ovat suuret.¹¹³

3.5. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet

3.5.1. Yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys

Hankintalainsäädännön kannalta keskeisin periaate on Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 12 artiklan syrjintäkielto. Periaatteen mukaan samanlaisia tilanteita ei saa kohdella eri tavoin, ellei erilaista kohtelua voida perustella puolueettomin syin. Yhteisön oikeuskäytännössä syrjintäkiellosta, tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta sekä sijoittumisvapauden periaatteista on johdettu myös muita periaatteita, kuten tasapuolinen kohtelu, avoimuus sekä suhteellisuus. Julkisten hankintojen sääntely perustuu mainituille periaatteille.¹¹⁴ Nämä periaatteet on mainittu hankintalain 2 §:n 2 momentissa, jonka mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Mainitut periaatteet vastaavat myös hankintadirektiivin 2 artiklassa mainittuja periaatteita. Hankintadirektiivin mukainen hankintasääntöjen kansallinen implementointi yhdistää yhteisön oikeuden periaatteet kansalliseen lainkäyttöön.

Hankintasäännösten taustalla olevat keskeiset periaatteet voidaan siis tiivistää viiteen kohtaan, joihin tiivistyy hankintasäännösten yksittäisissä pykälissä asetettujen toimintavelvoitteiden ydinsisältö. Nämä periaatteet ovat syrjimättömyysperiaate, avoimuusperiaate, kilpailuperiaate, suhteellisuusperiaate ja taloudellisuusperiaate.¹¹⁵ Periaatteiden tausta on siis perustamissopimuksessa ja yhteisöjen tuomioistuimen muodostamissa oikeusperiaateissa. Hankintalain tavoitteena on säännellä sosiaali- ja -terveyspalveluhankintoja koskevista menettelytavoista siten, että laissa on vahvistettu periaatteina yhteisön oikeuden syrjimättömyys-, suhteellisuus-, ja avoimuusperiaatteet. Palveluhankintoja koskevat menettelytavat on määritelty ottaen huomioon näiden periaatteiden vaikutukset.¹¹⁶

Uudessa hankintalaissa hankintamenettelyä säädellään aikaisempaa yksityiskohtaisemmin. Aineellisten muutosten ohella aikaisempiin hankinta-asetuksiin sisältyneet yksityiskohtaiset säännökset nostettiin lain tasolle. Perustuslaillisesta näkökulmasta on katsottu, että hankintayksiköiden ja tarjo-

¹¹³ Kalima 2007 s. 299.

¹¹⁴ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 22.

¹¹⁵ Kuoppamäki 2006 s. 298.

¹¹⁶ Romppainen 2007 s. 141.

ajien oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat normit tulee antaa laintasoisin säännöksin. Hankintamennettelyssä esille tulevia yksittäisiä tulkintatilanteita ei voida pitkässäkin laissa tyhjentävästi säännellä, ja siksi näissä tilanteissa tehtävien ratkaisujen tulee perustua syrjimättömyys-, avoimuus-, suhteellisuus- ja kilpailuperiaatteiden soveltamiseen sekä valintapäätöksen osalta annettujen kriteerien perusteella edullisimman tarjoajan valintaan. Nämä periaatteet ovat hyvin tärkeässä asemassa, kun tulkitaan hankintalain ja direktiivien säännöksiä. Suunnistaminen näiden osin komplisoitujen säännösten läpi on helpompaa, kun on omaksunut nämä keskeiset periaatteet.¹¹⁷

Ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate perustuu siis EY:n perustamissopimuksen periaatteisiin ja hankintadirektiivin 2 artiklaan. Yhdenvertainen ja syrjimättömän kohtelu edellyttää sitä, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Yhdenvertaisen kohtelun periaate merkitsee, että samanlaisia tapauksia ei pitäisi käsitellä eri tavoin, ellei erilaiselle kohtelulle ole objektiivisia perusteita. Perustamissopimuksen eri artikloista ilmenevä syrjinnän kielto ei koske vain kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, vaan edellä esitetyt periaatteet ovat ilmaisuja yleisestä yhdenvertaisuusperiaatteesta, joka edellyttää toisiinsa rinnastettavissa tilanteissa meneteltäväksi samalla tavalla ja erilaisissa tilanteissa eri tavalla.¹¹⁸ Syrjimättömyys ja tasa-
puolinen kohtelu ei tarkoita vain ulkomaisten tarjoajien asettamista samaan asemaan kotimaisten tarjoajien kanssa, vaan kiellettyä on myös oman kunnan alueelta olevien yritysten asettaminen etusijalle muualta maasta oleviin tarjoajiin nähden. Toimittaja on valittava objektiivisin perustein kiinnittämättä huomiota tarjoajan kotipaikkaan. Syrjimättömyys tarkoittaa siten kaikkea syrjintää, ei vain kansallisuuteen perustuvaa syrjintää.¹¹⁹ Syrjimättömyysperiaatteen on katsottu tarkoittavan sitä, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta suosivia tai syrjiviä¹²⁰. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on todennut tämän EY-oikeuden osalta *Du Pont de Nemours* - tapauksessa, jossa se sovelsi hankintadirektiivin sijasta suoraan Rooman sopimuksen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaa 28 artiklaa, vaikka valituksen tekijä olikin samasta jäsenvaltiosta.¹²¹

Velvollisuus noudattaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta vastaa julkisia hankintoja koskevien direktiivien perusajatusta, koska näiden direktiivien tarkoituksena on erityisesti varmistaa toimiva

¹¹⁷ Kuoppamäki 2006 s. 299.

¹¹⁸ Romppainen 2007 s. 141.

¹¹⁹ Sallinen 2007 s. 261.

¹²⁰ HE 50/2006 vp s. 47.

¹²¹ C-21/88 *Du Pont de Nemours*, Kuoppamäki 2006 s. 299.

kilpailu kunkin asianomaisen direktiivin soveltamisalalla ja niissä ilmaistaan sopimuksen tekope-
rusteet, joilla tällainen kilpailu pyritään varmistamaan. Syrjinnän kiellon periaatetta ei voida tulkita
suppeasti.¹²²

Myös hankintalaki kieltää tarjoajien asettamisen eri asemaan kotipaikan perusteella. Vaikka oman
kunnan yrityksen asettamista etusijalle voitaisiin kunnallisen päätöksentekijän näkökulmasta perus-
tella verotulojen säilymisellä oman kunnan alueella, peruste ei ole sen enempää rationaalinen kuin
hyväksyttäväkään valtakunnan tasolla tarkasteltuna. Kyse on tällöin selkeästi laissa kielletystä syr-
jinnästä. Hankintasäännökset aiheuttavat näin ollen rajoituksen kunnan elinkeinopoliittisiin keinoi-
hin. Hankintasääntöjen vuoksi kunta ei voi ohjata hankintojaan suoraan paikallisille yrityksille ja
siten edistää alueensa elinkeinotoimintaa.¹²³ Myös hankintayksikön omistamaa yhteisöä tai laitosta
ehdokkaana tai tarjouksen tekijänä on kohdeltava samoin kuin muitakin ehdokkaita tai tarjoajia.
Syrjimättömyydellä turvataan myös vapaata markkinoille pääsyä. Valintakriteerejä ei saa laatia niin,
että ne kohtuuttomasti suosisivat käytössä olevaa toimittajaa muiden saman alan yritysten kustan-
nuksella.¹²⁴

Hankintalain 3 §:n 3 momentissa säädetään tarjoajien yhdenvertaisesta kohtelusta hankintayksikön
omistaman yhteisön, laitoksen tai toisen hankintayksikön osallistuessa ensiksi mainitun hankintayk-
sikön järjestämään tarjouskilpailuun. Tämä lainkohta ei estä viranomaisten tai muiden hankintayk-
siköiden osallistumista toisten hankintayksiköiden järjestämiin tarjouskilpailuihin. Tällaista yksik-
köä tulisi kuitenkin kohdella samalla tavoin kuin muitakin tarjouskilpailuun osallistuvia. Siten esi-
merkiksi kunnan liikelaitoksen tarjousta tulee kohdella tarjouskilpailussa samoin kuin kunnan ulko-
puolelta tulevien toimittajien tarjouksia.¹²⁵ Säännöksellä ei mitenkään puututa hankintayksiköiden
mahdollisuuksiin toteuttaa hankinnat omana työnään, vaan sillä mahdollistetaan nimenomaisesti
hankintayksiköiden omistamien yksiköiden osallistuminen tarjouskilpailuun.¹²⁶

Hankintalaissa ei myöskään säännellä sitä, miten hankintayksikön tulee järjestää sen vastuulla ole-
vien palvelujen tuottaminen. Hankintalaki ei siten aseta esteitä kilpailuttaa sellaisia hankkeita, jotka
on aikaisemmin tuotettu omana työnä. Mikäli kilpailu järjestetään ja tavoitteena on hankintasopi-
muksen tekeminen, on tarjousten valinnassa noudatettava hankintalainsäädäntöä. Oman yksikön

¹²² Romppainen 2007 s. 142.

¹²³ Sallinen 2007 s. 262.

¹²⁴ Kuoppamäki 2006 s. 299.

¹²⁵ HE 50/2006 vp s. 48.

¹²⁶ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 23.

tulee tällöin myös tehdä tarjous ja yksikköä on kohdeltava tarjouskilpailussa samoin kuin muitakin tarjoajia.¹²⁷

3.5.2. Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaate perustuu yhteisöjen perustamissopimusta koskevaan oikeuskäytäntöön ja yleisimmin hallinnon lainalaisuutta koskeviin vaatimuksiin, joista on kansallisesti säädetty hallintolaisissa (434/2003) ja laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999). Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu, että avoimuusperiaate sisältyy syrjimättömyysperiaatteeseen ja avoimuusperiaatteen loukkaaminen merkitsee välillistä syrjintää¹²⁸. Avoimuusperiaatetta on lähtökohtaisesti noudatettava myös hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Avoimuusperiaate edellyttää hankintamenettelyä koskevaa tietojen julkisuutta, hankinnoista ilmoittamista julkisesti, tiedottamista tarjouskilpailun ratkaisemisesta ja hankintaa koskevien asiakirjojen julkisuutta.¹²⁹ Avoimuuden tarkoituksena on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansioista palveluhankinnat avautuvat kilpailulle. Avoimuusperiaatteen mukaan ei yksinomaan riitä se, että hankinnan lopputulos on oikea. Avoimuusperiaate edellyttää hankintamenettelyn järjestämistä siten, että hankintapäätöksen syrjimättömyys voidaan todentaa. Tarjoajille tulee antaa riittävät ja yhdenmukaiset tiedot hankinnasta ja ratkaisuperusteista. Hankintayksikön menettelyn tulee muutoinkin olla avointa ja tarjoajien ennakoitavissa olevaa. Hankinnasta on myös ilmoitettava riittävän laajasti, jotta potentiaaliset tarjoajat voivat halutessaan osallistua kilpailuun. Milloin tarjouskilpailun ratkaisuperusteena käytetään kokonaistaloudellisuutta, hankintayksikön tulee niin kynnysarvojen yläpuolella kuin niiden alapuolellakin ennakolta ilmoittaa ratkaisuperusteet, joilla paras tarjous valitaan. Lopullinen hankintapäätös pitää tehdä samoin perustein kuin tarjouspyynnössä on ilmoitettu. Hankintapäätös on myös perusteltava soveltaen ennakolta ilmoitettuja ratkaisuperusteita. Mikäli nämä ratkaisuperusteet poikkeavat ennakolta ilmoitetusta, hankintalakia on rikottu.¹³⁰

Avoimuusperiaatetta on tulkittu myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa C-324/98 *Telaustria*. Tuomiossa avoimuusperiaatteen on katsottu velvoittavan noudattamaan asianmukaista julkisuutta myös hankintadirektiivien ulkopuolella olevien hankintojen tekemisessä, jotta palvelu-

¹²⁷ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 24.

¹²⁸ C- 23/03 *Coname*, kohdat 17–19.

¹²⁹ HE 50/2006 vp s. 47.

¹³⁰ Kuoppamäki 2006 s. 300.

hankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimusten tekomenettelyä voidaan valvoa.¹³¹ Avoimuusperiaate tulee ilmi ennen kaikkea juuri tapauksissa, joissa kilpailutus on laiminlyöty kokonaan eikä kyseenomainen hankinta kuulu direktiivin alaan. Tuomioistuin on tällöin todennut, että jos kyseinen sopimus saattaisi kiinnostaa myös muussa jäsenvaltiossa sijaitsevaa yritystä, kuin siinä, jossa hankintayksikkö sijaitsee, loukataan sillä, että tämä sopimus tehdään täysin vailla avoimuutta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen kanssa, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen vahingoksi¹³². Julkisten hankintojen avoimuudella ja hankintailmoituksen riittävän laajalla ilmoittamisella katsotaan myös olevan automaattinen kilpailua lisäävä ja hintoja alentava vaikutus¹³³.

Avoimuusperiaatteen toteutumista rajoittavat kuitenkin eräät salassapitotarpeet, jotka on yksilöity viranomaistoiminnan julkisuutta koskevassa lainsäädännössä. Avoimuus ei siis saa johtaa siihen, että hankintaviranomaiset paljastaisivat hankintamenettelyyn osallistuneiden yritysten liikesalaisuuksia tai kaupallisia liikesalaisuuksia esimerkiksi tarjouslaskentaan liittyvää tietotaitoa. Avoimuudella tavoitellaan sitä, että yritykset tietävät etukäteen, millaisia tarjouksia niiltä edellytetään ja että ratkaisuperusteiden noudattaminen on todennettavissa tarjouskilpailun ratkettua. Avoimuus ei kuitenkaan saa mennä niin pitkälle, että tarjouskilpailuun osallistuneen yrityksen liikesalaisuuksien oikeussuoja vaarantuisi. Hankintayksikön on tarkoituksenmukaista kiinnittää huomioita siihen, ettei se huonosti hoidetulla tiedottamisella luo edellytyksiä torikaupan syntymiselle, jossa tarjouskilpailujen julistuksen aikaansaaman liiallisen läpinäkyvyyden takia yritysten hinnoittelu yhdenmukaistuu ja hintataso nousee ylikorkeaksi. Tehokas tapa välttää tämä riski on muun muassa se, että hankintayksikkö kutsuu tarjouskilpailuun muitakin kuin lähialueen yrityksiä ja pitää huolen siitä, että tehokkaan kilpailun edellytykset säilyvät tarjouskilpailussa sen aikana ja sen jälkeen.¹³⁴

3.5.3. Suhteellisuusperiaate

Suhteellisuusperiaatteen mukaan hankintamenettelylle asetettavat vaatimukset tulee asettaa siten, että ne ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Siten esimerkiksi tarjoajien kelpoisuusehtojen asettamisessa tulisi ottaa huomioon hankinnan luonne ja arvo. Myös tarjouspyynnön sisältöön tai tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa hankin-

¹³¹ C-324/98 *Telaustria*, kohta 60–62.

¹³² C-231/03 *Coname*, kohta 17.

¹³³ Bovis 2005 s. 128.

¹³⁴ Kuoppamäki 2006 s. 301, HE 50/2006 vp s. 47.

nan laatuun nähden. Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaatteen on katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista eli sitä, ettei ehdokkaille tai tarjoajille aseteta kohtuuttomia vaatimuksia.¹³⁵ Suhteellisuusperiaatteeseen liittyy myös tarkoitussidonnaisuuden periaate, jonka mukaan hankintatoimessa asetettujen vaatimusten tulee olla hankinnalle asetettua tarkoitusta vastaavia eli ne eivät saa olla keinotekoisia. Suhteellisuusperiaatetta sovelletaan myös arvioitaessa sitä, onko perusteita sulkea tietty ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle.¹³⁶ Suhteellisuusperiaatetta voidaan soveltaa myös silloin kun arvioidaan kilpailuttamisvelvoitetta ja kansallisia kynnsarvoja.¹³⁷

Hankintalain 2 §:n 2 momentin mukaan hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimensa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Hankinta on hankintalain mukaan tehtävä siis mahdollisimman edullisesti. Hankintalain 72 §:n mukaan tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Hankintayksikkö ei voi siis vapaasti valita mitä tahansa tarjoajista, vaan laissa on asetettu velvollisuus valita edullisin vaihtoehto. Edullisin ei välttämättä tarkoita hinnaltaan halvinta tarjousta vaan tarjousta, joka ennalta asetettujen kriteerien perusteella on paras hinta- laatu-suhteeltaan.¹³⁸ Erityisesti palveluhankinnoissa välittömien ja välillisten kustannusten lisäksi tavoitteena tulisi olla myös laatuun liittyvien tekijöiden huomioon ottaminen¹³⁹. Hankintatoimen käytännön järjestäminen jää hankintayksikön vastuulle. Säädöksen tarkoitus on kiinnittää huomiota hankintojen toteuttamisen julkiselle taloudelle aiheuttamiin transaktiokustannuksiin. Hankintayksikkö kuitenkin itse päättää, miten hankinta toteutetaan ottaen huomioon myös muualta kuin hankintalainsäädännöstä tulevat velvoitteet.¹⁴⁰

3.5.4. Taloudellisuusperiaate

Taloudellisuusperiaatteella pyritään siihen, että julkisia varoja käytetään mahdollisimman tehokkaasti. Taloudellisuuden vaatimus edellyttäisi muun ohella kilpailuolosuhteiden hyödyntämistä, jolloin hankintayksikkö hyötyisi tarjoajien välisestä laatuun ja hintaan liittyvästä kilpailusta. Talou-

¹³⁵ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 24, Kuoppamäki 2006 s. 301.

¹³⁶ Kuoppamäki 2006 s. 301.

¹³⁷ HE 50/2006 vp s. 47.

¹³⁸ Kuoppamäki 2006 s. 302.

¹³⁹ HE 50/2006 vp s.46.

¹⁴⁰ Hyvönen ym. 2007 s. 25.

dellisuuden vaatimukset tulisi ottaa huomioon myös hankintamenettelyyn liittyvissä ratkaisuisa, kuten soveltuvan hankintamenettelyn valinnassa sekä hinta-laatu-suhteeseen liittyvien näkökohtien huomioimisessa tarjouspyynnön laatimisessa.¹⁴¹ Välittömien ja välillisten kustannusten lisäksi tavoitteena tulee olla myös laatuun liittyvien tekijöiden huomioon ottaminen erityisesti palveluhankinnoissa. Se, mitä hankitaan ja millaisia kriteereitä on tarkoituksenmukaista asettaa, jää lähtökohteisesti oikeudellisen tarkastelun ulkopuolelle edellyttäen kuitenkin sitä, että valintakriteerit ovat syrjimättömiä. Samalla velvollisuus edullisimman valitsemisesta muodostaa ehkä tärkeimmän taakkeen syrjimättömyysperiaatteen toteutumiseksi. Tarjouskilpailuun osallistuvan kannalta on keskeistä, ettei pelkästään hankintamenettely, vaan myös nimenomaan lopputulos on tasapuolinen. Hankintasäännöt rajoittavat hankintayksikön sopimusvapautta, sillä valinnan tulee kohdistua siihen tarjoajaan, jonka tarjous muodostuu objektiivisesti edullisimmaksi, kun noudatetaan hankintayksikön etukäteen ilmoittamia ratkaisuperusteita.¹⁴²

Hankintojen toteuttaminen mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina edellyttää muun ohella sitä, ettei hankintoja tulisi pilkkoa toteutettaviksi pieninä osina, vaan ne tulisi toteuttaa hankinnan kohteen edellyttäminä kokonaisuuksina huomioiden markkinoilla olevat kilpailuolosuhteet. Siten esimerkiksi yksittäisen pienten palveluhankintojen kilpailuttamisen sijasta olisi tarkoituksenmukaista suosia puitejärjestelyjä parhaimpien hinta- ja muiden ehtojen saavuttamiseksi sekä kilpailuttamiskustannusten vähentämiseksi. Suunnitelmallisten hankintojen tekeminen edellyttäisi myös hankintasopimusten toteutumisen valvontaa erityisesti kustannusten ja laatuun liittyvien näkökohtien huomioimiseksi. Hankintasopimusten toteutumiseen liittyvien kokemusten tulisi heijastua hankintojen tulevaan suunnitteluun.¹⁴³

Julkisen sektorin yksiköt ovat velvollisia käyttämään hankinnoissaan hyväksi olemassa olevat kilpailumahdollisuudet. Heidän on hyödynnettävä markkinoilla jo olevaa kilpailua ja pyrittävä kilpailulla löytämään hankintatarpeisiinsa parhaiten soveltuva ratkaisu. Pää tarkoitus tarjouskilpailun järjestämisessä on se, että sillä pyritään varmistamaan kilpailun syntyminen hankintoja tehtäessä. Hankintalainsäädännön pääperiaatteena on kaikkien hankintojen tehokas ja avoin kilpailuttaminen sekä tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Tämä edellyttää sitä, että ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa samalla tavalla.¹⁴⁴ Hankintatoimelle asetettu taloudellisuusvaatimus edellyttää myös kilpailuolosuhteiden hyödyntämistä, jolloin hankintayksikkö

¹⁴¹ HE 50/2006 vp s. 48.

¹⁴² Kuoppamäki 2006 s. 302.

¹⁴³ HE 50/2006 s. 48.

¹⁴⁴ Kuoppamäki 2006 s. 299.

hyötyy tarjoajien välisestä laatuun ja hintaan liittyvästä kilpailusta. Lisäksi taloudellisuuden vaatimukset tulee ottaa huomioon myös hankintamenettelyn valinnassa sekä hinta-laatusuhteeseen liittyvien näkökohtien arvioimisessa laadittaessa tarjouspyyntöä. Hankinnasta on joko ilmoitettava tai tarjouksia on muutoin pyydettyä hankinnan kokoon ja laatuun nähden riittävä määrä. Pääsääntöisesti tulee järjestää tarjouskilpailu. Hankinta voidaan tehdä ilman tarjouskilpailua erityisistä syistä. Tällaisina syinä tulevat kyseeseen lähinnä yllättävästä tapahtumasta johtuva poikkeuksellinen kiire sekä tekniset ja taloudelliset syyt, jotka tekevät tarjouskilpailun järjestämisen käytännössä mahdottomaksi tai taloudellisesti kannattamattomaksi. Näitä poikkeuksia tulkitaan suppeasti.¹⁴⁵

Hankintoja koskevia periaatteita tulee noudattaa kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa. Siten esimerkiksi tarjouspyyntöä ei saa laatia siten, että hankinnan kohteen määrittely asettaa tarjoajat epätaasa-arvoiseen asemaan. Tarjouspyyntö on saatettava avoimesti kaikkien halukkaiden saataville tai niille, jotka esimerkiksi rajoitetussa menettelyssä on valittu tarjousmenettelyyn. Tarjoajien ja tarjousten arvioinnissa tasapuolisuusvaatimus edellyttää sitä, että asetetut vaatimukset koskevat samalla tavalla kaikkia tarjoajia. Tarjouskilpailun ratkaisuperiaatteet on kerrottava etukäteen riittävällä yksityiskohtaisuudella. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti näiden vaatimusten on oltava järkevässä suhteessa hankinnan kohteeseen. Syrjimättömyys-, yhdenvertaisuus-, avoimuus ja suhteellisuusperiaatteilla on myös keskeinen merkitys yksityiskohtaisten menettelysääntöjen tulkinnassa. Yksittäisten ongelmatapausten ratkaisemisessa julkisia hankintoja koskevat oikeusperiaatteet ovat myös keskeisessä asemassa. Niiden avulla ratkeavat usein yksittäiset tulkintatilanteet.¹⁴⁶

Hankintalainsäädäntö antaa yksittäiselle hankintayksikölle laajan hankintavallan ja vastuun kulloistakin hankintaa koskien. Lisäksi kansalliset kynnysarvot alittavissa hankinnoissa hankintayksiköllä on valta menetellä oman ohjeistuksensa mukaan. Ohjeistuksen tulee kuitenkin olla hankintalainsäädännön oikeusperiaatteiden mukaista. Mikään ei estä hankintayksikköä soveltamasta hankintalain menettelysäännöksiä myös kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin.

Euroopan komissio julkaisi 23.6.2006 selventävän tiedonannon¹⁴⁷, jossa se linjaa direktiivien alaan kuulumattomien hankintojen kilpailuttamisen periaatteita. Tällä tarkoitetaan direktiivin liitteen B-palveluja eli esimerkiksi terveydenhuoltopalveluja niiden arvosta riippumatta. Tiedonannot eivät

¹⁴⁵ Kuoppamäki 2006 s. 301.

¹⁴⁶ HE 50/2006 vp s. 47.

¹⁴⁷ Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä silta osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Virallinen lehti N:ro C 179/2 1.8.2006.

sellaisenaan ole jäsenmaita sitovia, mutta käytännössä niillä on suuri merkitys säännösten tulkinnassa. Komission tiedonannon mukaan myös direktiivin alaan kuulumattomien hankintojen menettelyissä on huomioitava keskeiset syrjimättömyyden takaavat periaatteet. Komissio suosittelee myös direktiivin periaatteiden mukaisia hankintamenettelyjä myös EU- kynnysarvot alittavissa hankinnoissa.¹⁴⁸

3.6. Euroopan yhteisön ja kansallisen oikeuden suhdetta määrittävät periaatteet

Julkisia hankintoja koskeva kotimainen sääntely perustuu EY:n perustamissopimukseen ja sen määräyksistä johtuviin yleisiin periaatteisiin sekä perustamissopimuksen nojalla annettuihin yksityiskohtaisiin hankintadirektiiveihin. Tämän vuoksi yhteisöoikeudella on olennainen merkitys tutkittaessa julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä. Yhteisöoikeuden tulkintavaikutuksen perustana on jäsenvaltioille perustamissopimuksessa asetettu lojaliteettivelvollisuus sekä yhteisön oikeuden tehokkaan toteutumisen turvaaminen. EY:n perustamissopimuksen 5 artiklan lojaliteettiperiaate edellyttää jäsenvaltioilta toimia EY:n päämäärien toteuttamiseksi sekä velvoittaa jäsenvaltiot pidättäytymään toimista, jotka vaarantavat EY:n tavoitteiden saavuttamista.¹⁴⁹ Direktiivin sääntelyn implementoinutta kansallista säädöstä on tulkittava direktiivin sanamuodon ja päämäärän valossa, ja sen vaihtoehtoisista tulkintatavoista on valittava direktiivin päämäärää parhaiten vastaava tulkinta.¹⁵⁰ Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 249 artiklan 3 kohdan mukaan direktiivi velvoittaa valtioita ainoastaan siinä asetettuun tavoitteeseen nähden. Jäsenvaltiolle annetaan siis vapaa mahdollisuus päättää siitä, miten direktiivin sisältämät tavoitteet oikeudellisesti toteutetaan. Koska direktiiveillä on ainoastaan lainsäädäntöä lähentävä vaikutus, on niiden esitetty olevan parhain tapa säännellä julkisia hankintoja, koska on tärkeää jättää tilaa jäsenvaltioiden omille poliittisille ja lainsäädännöllisille ratkaisuille.¹⁵¹ Toisaalta kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta kansallista liikkumavaraa ei direktiivin toimeenpanemisessa juurikaan ole¹⁵². Yhteisösääntely edellyttää myös, että EU-kynnysarvot alittavien hankintojen hankintamenettelyt noudattavat perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuden perustuvan syrjinnän kieltoa¹⁵³.

¹⁴⁸ Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä silta osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Virallinen lehti N:ro C 179/2 1.8.2006.

¹⁴⁹ Raitio 1999 s. 403

¹⁵⁰ Kaarresalo 2007 s. 17.

¹⁵¹ Bovis 2005 s. 26–27.

¹⁵² HE 50/2006 vp. s. 8.

¹⁵³ TaVM 26/2006 vp. s.4.

Suomen julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisala on osittain laajempi kuin hankintadirektiivit edellyttäisivät. Hankintalakia sovelletaan esimerkiksi hankintoihin, jotka jäävät hankintadirektiivien mukaisten kynnysarvojen alapuolelle, ja kilpailuttamisvelvollisuus julkisesti rahoituksissa hankintasopimuksissa on ulotettu jossain määrin direktiivisäätelyä laajemmalle. Sääntelyn tulkitseminen eri tavoin hankintadirektiivin kattamissa tilanteissa ja hankintadirektiivien edellyttämän tason ylittävissä tilanteissa vaikuttaisi kuitenkin keinotekoiselta. Kun otetaan huomioon kotimaisen hankintasäätelyn vahva liityntä yhteisöoikeuteen sekä yleinen oikeusvarmuuden periaate, on katsottava, että hankintasäännöksiä on tulkittava samalla tavalla riippumatta siitä, minkälainen hankinta kulloinkin on kyseessä. Erityisesti kilpailuttamisvelvollisuuden henkilöllistä ulottuvuutta määrittävä hankintayksikön käsite näyttäisi tarkoituksenmukaiselta ymmärtää samalla tavalla kaikissa tilanteissa riippumatta siitä, onko kyseessä hankintadirektiivin kattama hankinta vai ei.¹⁵⁴

Eurooppaoikeuden periaatteilla on myös vaikutusta sen suhteen, kuinka EY:n kilpailuoikeutta ja kansallista kilpailuoikeutta tulee soveltaa rinnakkain jäsenvaltioissa. Eurooppaoikeuden ensisijaisuudella tarkoitetaan eurooppaoikeudellisen normiston normihierarkkista ylemmänasteisuutta verrattuna kansalliseen lainsäädäntöön. Ensisijaisuudesta seuraa se, että kansallisten tuomioistuimien ja kilpailuviranomaisten tulee syrjäyttää kansalliset kilpailunormit niiden ollessa ristiriidassa EY:n välittömästi vaikuttavien kilpailunormien kanssa. Tuomioistuimen ja kilpailuviranomaisten tulee viran puolesta kiinnittää huomiota kansallisten normien ja eurooppaoikeuden yhteensopivuuteen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Kaarresalo 2007 s. 18.

¹⁵⁵ Raitio 1999 s. 398. EU- oikeuden etusija kansalliseen oikeuteen nähden ristiriitatilanteissa ei ilmene voimassa olevista perustamissopimuksista vaan kansallisten tuomioistuinten velvollisuus antaa EU- oikeudelle etusija suhteessa ristiriitaiseen kansallisen oikeuden säännökseen sai muotonsa EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä tapauksesta *Costa v. ENEL*, Asia 6/64 *Costa v. ENEL*. Ojanen 2006 s. 72.

4. Hankintamenettelyt ja hankinnasta ilmoittaminen

4.1. Hankintamenettelyn valinta

4.1.1. Yleisiä näkökohtia menettelyn valinnasta

Julkinen hankinta on toteutettava noudattamalla jotakin lain mukaisista määrämuotoisista menettelyistä. Hankinnoissa on pääsääntöisesti käytettävä niin sanottua avointa tai rajoitettua menettelyä, joiden välillä hankintayksiköt voivat vapaasti valita. Tämä pätee sekä EU-hankintoihin että kansallisiin hankintoihin. Joskus hankinnan kohteen tai hankintasopimuksen ehtojen määrittely voi olla vaikeaa, jolloin on tarpeen turvautua poikkeuksellisiin menettelyihin eli neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn tai suoraan hankintaan. Hankinta voidaan toteuttaa neuvottelumenettelyllä, kilpailullisella neuvottelumenettelyllä tai suoraan hankintana vain, jos laissa erikseen säädetty edellytykset täyttyvät.¹⁵⁶ Kaikista hankinnoista on hankintamenettelyn valinnan lisäksi tehtävä hankintapäätös sekä päätös tarjoajien ja ehdokkaiden hylkäämisestä. Tarjouskilpailun hävinneille tarjoajille ja menettelyn aiemmassa vaiheessa hylätyille ehdokkaille ja tarjoajille on annettava päätös tiedoksi ja siihen on liitettävä hakemusosoitus.¹⁵⁷

Tärkeimpiä kriteereitä, jotka vaikuttavat hankintamenettelyn valintaan, ovat hankinnan laatu ja sen taloudellinen laajuus. EU-kynnysarvot ylittävään hankintaan sovelletaan hankintadirektiivin mukaista yksityiskohtaista kilpailuttamista koskevaa säännöstöä, johon verrattuna kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevassa lainsäädännössä on mahdollistettu joltain osin joustavampia säännöksiä koskien käytettävää hankintamenettelyä. Kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin ei sovelleta lainkaan hankintalakia, mutta näissäkin on noudatettava Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen edellyttämää syrjimättömyysvaatimusta ja siitä johtuvaa avoimuusveloitetta sekä viranomaisen hyväksymiä sisäisiä hankintaohjeita tai sääntöjä, joita voidaan harvoin sivuuttaa.¹⁵⁸

Hankintalain III osa koskee kansallisia hankintamenettelyjä. Lain 9 luvussa on säädetty tarjousmenettelystä *EU-kynnysarvon alittavissa* hankinnoissa ja liitteen B mukaisissa *toissijaisissa* hankinnoissa, joihin sosiaali- ja terveystaloudelliset palvelut kuuluvat. EU-hankintojen säännökset hankintamenettelyistä perustuvat direktiivien yksityiskohtaisiin menettelysäännöksiin. Uuden hankintalain myötä kan-

¹⁵⁶ Kuusniemi-Laine - Takala 2007 s. 85.

¹⁵⁷ Pekkala 2007 s.167.

¹⁵⁸ Kalima 2007 s. 125.

sallisissa hankinnoissa käytettävät menettelyt vastaavat pitkälti EU-kynnysarvon ylittävissä tavara-hankinnoissa ja ensisijaisissa palveluhankinnoissa sekä rakennusurakoissa käytettäviä hankintamenettelyjä. Tämä johtuu siitä, että uuden hankintalain tultua voimaan kaikista kansallisista hankinnoista on pääsääntöisesti julkaistava ilmoitus. Kansallisissa hankinnoissa noudatettavat menettelysäännökset ovat kuitenkin joustavampia kuin EU-hankinnoissa noudatettavat menettelyt. Hankinnoissa käytettävät menettelyt on määritelty hankintalain 5 §:n 1 momentin 10–18 kohdissa. Sosiaali- ja terveystalouden osalta menettelytapoja koskeviin säännöksiin on pyritty tuomaan joustavuutta ja väljyyttä esimerkiksi tarjoajien ja tarjousten valinnassa noudatettavien periaatteiden, määräaikaisten sekä hankintailmoitusten julkaisutavan ja sisällön osalta¹⁵⁹. Kansallisissa hankinnoissa hankintamenettelyt eivät esimerkiksi sisällä erityisiä määräaikoja. Hankintayksikkö voi myös joustavammin valita tarjoajien valinnassa ja tarjousten vertailussa käytettävät perusteet. Erot eivät käytännössä ole kuitenkaan kovin merkittäviä. Hankintayksikkö voi myös halutessaan noudattaa kansallisissa hankinnoissa EU-hankintoja koskevia säännöksiä hankintamenettelyjen osalta.¹⁶⁰

Hankintalain 65 §:n mukaan hankinnassa lähtökohtana on avoimen tai rajoitetun menettelyn käyttö. Hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä 25 §:n 1 momentissa ja 66 §:ssä säädetyin edellytyksin sekä tehdä suorahankinnan 67 §:ssä säädetyin edellytyksin. Kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn ja puitejärjestelyn käyttöön sovelletaan, mitä lain 29 – 32 §:ssä säädetään. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja puitejärjestelyn käyttöedellytykset ja menettelyt ovat kansallisissa hankinnoissa samoja kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Neuvottelumenettelyä ja suorahankintaa saa kuitenkin käyttää kansallisissa hankinnoissa laajemmin kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa.¹⁶¹ Jos kansallinen kynnysarvo, joka on sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa 50 000 euroa, ei ylity, ovat hankintamenettelyn valinta ja kilpailuttamismenettelyn kulku hankintayksiköiden omassa harkinnassa. Näihinkin hankintoihin on kuitenkin sovellettava EY:n perustamissopimuksen mukaisia julkisen hallinnon yleisiä periaatteita eli avoimuutta, tasapuolisuutta, syrjimättömyyttä ja suhteellisuutta.¹⁶²

¹⁵⁹ HE 50/2006 vp. s. 110.

¹⁶⁰ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 125.

¹⁶¹ Pekkala 2007 s. 364.

¹⁶² Lukkarinen 2007 s. 134.

4.1.2. Avoin menettely

Avoin ja rajoitettu menettely ovat käytettävissä kaikissa hankinnoissa. Nämä ovat ensisijaisia hankintamenettelyjä kansalliset kynnsarvot ylittävissä hankinnoissa. Avoimelle ja rajoitetulle menettelylle ei ole kansallisen kynnsarvon ylittävien hankintojen osalta säädetty menettelysäännöksiä.¹⁶³ Avoimella menettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 10 kohdan määritelmän mukaan sellaista hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja jossa pääsääntöisesti kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen. Avoimessa menettelyssä tarjouspyynnöstä on julkaistava hankintailmoitus ja hankintapäätös on tehtävä neuvotteluitta tarjousten perusteella. Avoimessa menettelyssä hankintailmoituksen ohella hankintayksikkö voi lähettää myös suoraan tarjouspyyntöjä soveliaaksi katsomilleen toimittajille varsinkin silloin, kun on pelättävissä, ettei riittävää määrää tasokkaita tarjouksia muuten saada. Tarjouspyyntöjen suora ja valikoitu lähettäminen ei kuitenkaan ole mahdollista ennen hankintailmoituksen julkaisemista. Avointa menettelyä käyttäessään hankintayksikkö ei voi ennalta rajata niiden toimittajien määrää, joille tarjouspyyntö lähetetään. Tarjoajien soveltuvuuden arviointi tehdään vasta menettelyn myöhemmässä vaiheessa.¹⁶⁴

Avoimessa menettelyssä tarjouspyyntöasiakirjat on lähetettävä kaikille halukkaille tai niiden on oltava kaikkien hankinnasta kiinnostuneiden ehdokkaiden saatavilla. Avoimessa menettelyssä hankintamenettely on samanlainen sekä kansallisissa että EU-hankinnoissa. Kansallisten hankintojen osalta ei ole säädetty erityisiä määräaikoja. Hankintayksikön on siten varattava avoimessa menettelyssä kohtuullinen aika tarjousten tekemiseen. Tarjousten viimeinen jättöpäivä on ilmoitettava hankintailmoituksessa.¹⁶⁵

4.1.3. Rajoitettu menettely

Rajoitetulla menettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 11 kohdan mukaista hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Rajoitettu menettely on kaksivaiheinen hankintamenettely, jossa hankintayksikkö valitsee hankintailmoituksen perusteella osallistumishakemuksen jättä-

¹⁶³ Hyvönen ym .2007 s. 114.

¹⁶⁴ Kalima 2007 s. 126.

¹⁶⁵ Eskola - Ruohoniemi 2007s. 130.

neistä yrityksistä ne yritykset, joille tarjouspyynnöt lähetetään. Niiden tarjoajien valinta, joilta tarjouspyyntö pyydetään, tulee tapahtua objektiivisin ja yhdenmukaisin perustein¹⁶⁶. Rajoitettua menettelyä voidaan käyttää kaikissa sosiaali- ja terveydenhuollon hankinnoissa¹⁶⁷. Koska rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö voi rajoittaa osallistuvien tarjoajien määrää, on rajoitettu menettely erittäin käyttökelpoinen sellaisissa hankinnoissa, joissa avoin menettely saattaisi johtaa erittäin suureen tarjousten määrään ja siten korkeisiin hallinnollisiin kustannuksiin tarjousvertailussa. Rajoitetussa menettelyssä hankintailmoituksella haetaan ensi vaiheessa kiinnostuneita ehdokkaita ja pyydetään näitä ilmoittamaan halukkuutensa osallistua tarjouskilpailuun. Hankintayksikkö voi myös lähettää valitsemilleen yrityksille kehotuksia osallistumishakemuksen jättämiseen. Tällaista kehotusta ei kuitenkaan voida lähettää ennen kuin osallistumishakemuksen jättämislle asetettu määräaika on alkanut juosta. Saatuaan osallistumishakemukset hankintayksikkö valitsee osallistumishakemusten jättäneiden joukosta ne toimittajat, joille tarjouspyyntö lähetetään ja jotka voivat tehdä tarjouksen. Kaikilla halukkailla ei siten ole oikeutta saada tarjouspyyntöä tai tehdä tarjousta.¹⁶⁸

Hankintalain 24 §:n 3 momentin mukaan EU-kynnysarvot ylittävissä tavarahankinnoissa ja liitteen A mukaisissa palveluhankinnoissa tarjouskilpailuun on kutsuttava rajoitetussa menettelyssä viisi ehdokasta, paitsi jos soveltuvia ehdokkaita on vähemmän. Kansallisissa hankinnoissa rajoitetun menettelyn osalta laissa ei erikseen mainita nimenomaan tarjousten vähimmäis- ja enimmäismäärää. Koska hankintalaissa ei kansallisten hankintojen osalta nimenomaisesti edellytetä viiden toimittajan ottamista mukaan, voi hankintayksikkö käyttää harkintavaltaa sen suhteen, mitä se pitää riittävänä määränä. Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että riittävän kilpailun aikaansaamiseksi myös EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa menettelyyn tulee hyväksyä vähintään viisi tarjoajaa, ellei tätä pienempään määrään ole erityistä syytä. Tarjoajia on valittava hankinnan laadun ja laajuuden huomioon ottaen riittävästi. Mitä taloudellisesti merkittävämmästä hankinnasta on kysymys, sitä laajempi tarjouskilpailu on syytä pyrkiä käymään¹⁶⁹.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 234/06, markkinaoikeus katsoi, ettei hankintayksikkö ollut kysymyksessä olevan hankinnan kokoon ja laatuun nähden riittävässä määrin käyttänyt hyväkseen olemassa olevia kilpailumahdollisuuksia, kun se oli pyytänyt tarjouksia vain kolmelta toimittajalta. Tarjouspyyntöjen lukumäärästä päätettäessä tulisi kiinnittää huomiota muun muassa hankinnan arvoon ja sen kiireellisyyteen. Ky-

¹⁶⁶ Kalima 2007 s. 127.

¹⁶⁷ Lukkarinen 2007 s. 136.

¹⁶⁸ Kuusniemi-Laine - Takala 2007 s. 89.

¹⁶⁹ Kalima 2007 s. 129.

symyksessä oleva hankinta oli koskenut viikonloppupäivävystyksen järjestämistä Nilsiänsä terveyskeskuksessa vuonna 2006, jota koskevan tarjouskilpailun Nilsiänsä kaupunki oli toteuttanut pyytämällä tarjouksia suoraan kolmelta lääkäripalveluita tuottavalta yritykseltä. Asiassa esitetyn mukaan kysymyksessä olevan alan toimijoita, jotka olisivat olleet kykeneviä tarjoamaan palveluita Nilsiänsä kaupungille, olisi ollut useampia kuin viisi. Asiassa ei myöskään ollut esitetty, että hankinnan toteuttamiseen olisi liittynyt erityistä hankintayksiköstä riippumatonta kiirettä.¹⁷⁰

Rajoitetun menettelyn osalta ei kansallisissa hankinnoissa osallistumishakemusten ja tarjousten jättämiseksi aseteta laissa määräaika. Hankintalain 70 §:n 3 momentin mukaan tarjoajille on kuitenkin annettava kohtuullinen aika osallistumishakemusten tekemiseen ja tarjousten jättämiseen. Kohtuullisen ajan pituus riippuu erityisesti hankinnan kohteen ominaisuuksista.

Rajoitettu menettely on nykyisin tavallisin kynnysarvot alittavissa hankinnoissa käytetty menettely. Sen käyttämistä on arvosteltu muun ohella sen vuoksi, että tarjousten pyytämistä voidaan alueellisesti tai muutoin ohjailta siten, ettei se aikaansaa todellista taloudellista kilpailua hankinnasta. Tämän vuoksi rajoitetun menettelyn käyttämisessä on kiinnitettävä erityistä huomiota tarjoajien valintaan, jonka on tapahduttava myös alueellisesti objektiivisesti ja tasapuolisesti siten, ettei esimerkiksi omasta kunnasta olevaa tarjoajaa suosita muiden tarjoajien kustannuksella. Myös kansalliset kynnysarvot alittavassa rajoitetussa menettelyssä voidaan lähtökohtana pitää sitä, että tarjous pyydetty vähintään viideltä toimituskykyiseltä ja muut kelpoisuusehdot täyttävältä tarjoajalta. Lisäksi on noudatettava hankintayksikön itselleen hyväksymiä hankintaohjeita tai -sääntöjä.¹⁷¹

4.1.3. Neuvottelumenettely

Neuvottelumenettelyn käyttöedellytysten selkeyttäminen on hankintalainsäädännön uudistuksen yksi keskeinen muutos. Ennen hankintalain uudistusta hankintalaissa ei ollut nimenomaisia sääntöksiä neuvottelumenettelyn kulusta, minkä vuoksi neuvottelumenettelyn käyttöedellytyksistä EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa on vallinnut epäselvyyttä.¹⁷² Neuvottelumenettelyn käyttöala on laajempi kansallisissa hankinnoissa kuin EU-hankinnoissa. Neuvottelumenettely on hankintayksikön kannalta kaikkein joustavin ja muodoltaan vähiten säännelty menettely, jossa hankintayksikkö

¹⁷⁰ MAO 234/06, Dnro 563/05/JH, 27.10.2006.

¹⁷¹ Kalima 2007 s. 129 – 130.

¹⁷² Hyvönen ym. 2007s. 114.

saa määritellä hankinnan lopullisen sisällön ja valintaehdot tarjoajien kanssa käytävissä neuvotte-
luissa. Tarjoajien kannalta menettely taas on vähiten avoin, koska menettelyyn otetaan mukaan vain
pieni määrä tarjoajia eikä kaikista hankinnan ehdoista ilmoiteta ennakolta. Tästä syystä menettelyn
käyttö on rajattu tiukasti vain poikkeuksellisen vaativiin hankintoihin ja erityistilanteisiin.¹⁷³

Neuvottelumenettelyn määritelmä on sama sekä kansallisissa että EU-hankinnoissa. Neuvottelume-
nettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 12 kohdan mukaan menettelyä, jossa hankin-
tayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää
saada osallistua, jonka jälkeen hankintayksikkö neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista valitse-
miensa toimittajien kanssa. Uusi hankintalaki mahdollistaa neuvottelumenettelyn käytön laajemmin
kansallisissa hankinnoissa kuin vanhan lain aikana. Neuvottelumenettelyn käyttötilanteiksi on uu-
teen lakiin otettu tilanteita, joiden osalta on jo käytännössä havaittu avoimen ja rajoitetun menette-
lyn soveltuvan huonosti kyseisen hankinnan kilpailuttamiseen.¹⁷⁴ EU-kynnysarvot alittavien han-
kintojen osalta neuvottelumenettelystä säännellään hankintalain 66 §:ssä.

Käyttäessään neuvottelumenettelyä hankintayksikön ei tarvitse laatia tarjouspyyntöä ennen hankin-
tamenettelyn käynnistämistä. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää, kun hankintaa ei luonteensa
puolesta ole tarkoituksenmukaista määritellä etukäteen, markkinoilla on vaihtoehtoisia tapoja to-
teuttaa hankinta tai hankinta edellyttää palveluntarjoamisesta vastaavan henkilön ominaisuuksien
arviointia ja huomioimista hankintasopimuksen sisällössä. Vaikka neuvottelumenettelyn käyttö-
mahdollisuudet laajenivat huomattavasti uuden hankintalain myötä, ei neuvottelumenettely kuiten-
kaan ole aina paras ratkaisu. Erityisesti, kun on kyse hankinnasta, johon sen arvon vähäisyyden
vuoksi voisi käyttää neuvottelumenettelyä, saattaa avoimen tai rajoitetun menettelyn käyttäminen
olla hankintayksikölle ja yrityksille edullisempi ratkaisu. Mikäli hankinnan tekeminen ei varsinais-
esti edellytä neuvottelujen käymistä, kannattaa hankinta kilpailuttaa avointa tai rajoitettua menette-
lyä käyttäen. Neuvottelujen käyminen useiden toimittajien kanssa saattaa tulla kalliiksi sekä hankin-
tayksikölle että yrityksille.¹⁷⁵ Toisaalta tarjoajilla voi olla hankintayksikköä parempaa tietoa han-
kinnan kohteena olevista tavaroista tai palveluista. Tämän vuoksi hankintalainsäädännössä on sää-
detty neuvottelumenettely ratkaisuksi tähän käytännön tilanteeseen. Se tarjoaa mahdollisuuden yh-

¹⁷³ Pekkala 2007 s. 176.

¹⁷⁴ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 149.

¹⁷⁵ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 150.

dessä valittujen tarjoajien kanssa suunnitella ja kehittää hankinnan kohdetta, eikä neuvottelumenettelyn katsota syrjivän niitä, joita ei ole valittu neuvottelumenettelyn osapuoliksi.¹⁷⁶

Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää sosiaali- ja terveystalouden palveluja koskevissa hankinnoissa hankintalain 66 §:n edellytysten täytyessä. Kun neuvottelumenettely valitaan hankintamenettelyksi, koskee näitä toissijaisia hankintoja hankintalain 68 §:n erityissäännös ennalta ilmoittamisesta. Hankintalain 65 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikkö voi käyttää toissijaisissa hankinnoissa avoimen ja rajoitetun menettelyn lisäksi neuvottelumenettelyä myös hankintalain 25 §:n 1 momentissa säädettyin edellytyksin.

Hankintalain 66 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä kansalliset kynnsarvot ylittävissä sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnoissa, joiden ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa. Erityisiä perusteita neuvottelumenettelyn käytölle ei tässä tilanteessa tarvita. Alle 50 000 euron hankinnoissa neuvottelumenettelyä käyttämällä voidaan keventää tarjousmenettelyä aiheutuva työmäärä ja kustannuksia hankinnoissa, jotka eivät ole taloudelliselta merkitykseltään huomattavia. Tämän säätämistavan perusteena on siten suhteellisuusperiaatteen mukainen arviointi, jossa tavoiteltavissa olevat taloudelliset ja sisällölliset hyödyt alle 50 000 euron hankinnoissa eivät nouse menettelyä aiheuttavista kustannuksista suuremmiksi¹⁷⁷.

Hankintalain 66 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan neuvottelumenettelyä voidaan myös käyttää, jos hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyyntöä ei voida tai sitä ei ole tarkoituksenmukaista laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen. Kansalliset kynnsarvot ylittävissä hankinnoissa käyttötilanteita voivat olla esimerkiksi palveluhankinnat, joissa palvelujen tulee joustaa palvelujen käyttäjien tarpeiden mukaan. Tällaisia palveluja voivat olla esimerkiksi erityisryhmien palveluasumiseen liittyvät palvelut sekä palveluhankinnat, joiden palvelujärjestelmä on vasta kehittymässä ja joissa palvelua ei voida tämän vuoksi etukäteen määrittellä riittävän tarkasti tai muuten tarkoituksenmukaisella tavalla.¹⁷⁸ Tällaiset palvelut ovat yleensä toissijaisia palveluja, jolloin sääntöä voidaan soveltaa myös EU-kynnsarvot ylittävissä toissijaisissa palveluissa¹⁷⁹. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää myös hankinnassa, jonka luonne tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua (2 kohta).

¹⁷⁶ Hyvönen ym. 2007 s. 22.

¹⁷⁷ HE 50/2006 vp. s. 110.

¹⁷⁸ HE 50/2006 vp. s. 111.

¹⁷⁹ Pekkala 2007s. 431.

Neuvottelumenettelyä voidaan 66 §:n 2 momentin mukaan käyttää myös tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnassa, joka edellyttää tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arviointia (3 kohta); julkisen ja yksityisen sektorin yksittäistä hanketta koskevaan yhteistyöjärjestelyyn liittyvässä hankinnassa tai pysyvää kumppanuussopimusta koskevassa hankinnassa sekä pitkäkestoisessa hankinnassa (4 kohta); valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävässä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnassa (5 kohta); moniammatillista erityisosaamista edellyttävässä hankinnassa erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon alalla (6 kohta); poikkeuksellisen kiireellisessä hankinnassa, johon hankintayksikkö ei ole voinut kohtuudella varautua (7 kohta); palvelua koskevassa käyttöoikeussopimuksessa ja käyttöoikeusurakan saajan valinnassa (8 kohta); sekä kun hankinta tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- tai kehittämiskulujen korvaamiseksi (9 kohta).

Hankintalain valmistelussa erityisesti sosiaali- ja terveyspalvelut nousivat keskeiseen asemaan ja niihin haluttiin mahdollisimman kevyet menettelyt. Lainkohtaan sisältyvän 5 kohdan mukaan neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävissä sosiaali- ja terveyspalveluissa. Esimerkkeinä 5 kohdan mukaisesta hankinnasta hallituksen esityksessä mainitaan veripalvelun välityspalvelu, harvinaisten vamma- tai sairausryhmien ostopalvelut sekä hankinnat, joihin liittyy erityislaatuista kysymyksiä, joita tapausten harvalukuisuuden vuoksi on tarkoituksenmukaista koota erityiseen asiantuntijayksikköön.¹⁸⁰ Usein myös resursseiltaan riittäviä tarjoajia ja hoitolaitoksia on vain muutamia ja toiminta vaatii osaamisen keskittämistä taikka yksilöllisiä järjestelyjä. Neuvottelumenettely on joustava ja hallinnollisesti helppo tapa toteuttaa tällaiset hankinnat. Sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta on huomattava, että hankintayksiköllä on laajat mahdollisuudet huomioida potilaiden ja muiden palvelun kohteena olevien ryhmien erityistarpeet osana tarjouspyyntöä myös muissa kuin neuvottelumenettelyllä toteutettavissa hankinnoissa. Vanhusten palveluasumisessa voidaan esimerkiksi edellyttää, että vanhus sijoitetaan kohtuullisen matkan päähän aikaisemmasta elinympäristöstään ja omaisistaan. Alan ammattihenkilöstön haasteena on osata tuottaa palvelut niin, että ostaja saa hinta- laatusuhteeltaan mahdollisimman hyviä tarjouksia.¹⁸¹ Hankintalain 66 §:n 2 momentin 6 kohdan mukaisia moniammatillista erityisosaamista edellyttäviä hankintoja voivat olla esimerkiksi monivammaisten henkilöiden kuntouttamiseen liittyvät sosiaali- ja terveydenhoidon palveluhankinnat, vaikeisiin sosiaalisiin ongelmiin tarkoitettut sosiaalihuollon palveluhankinnat sekä erityisresursseja edellyttävät erityisen vaativille asiakkaille tarkoitettut palve-

¹⁸⁰ HE 50/2006 vp. s. 112.

¹⁸¹ Pekkala 2007 s.434.

luhankinnat.¹⁸² Hankintalain 66 §:n 2 momentin 7 kohdan mukaan neuvottelumenettely on mahdollista tilanteissa, joissa on kyse poikkeuksellisen kiireellisistä hankinnoista. Kiireen tulisi kuitenkin johtua poikkeuksellisista syistä. Menettelyn käyttötilanteina voisivat olla esimerkiksi laitteen rikkoutumisesta aiheutuva korjaustarve tai sosiaali- ja terveystalouden järjestäminen kriisitilanteessa. Tavanomaisten hankintojen järjestämisessä neuvottelumenettelyä olisi pidettävä poikkeuksellisenä hankintamenettelynä.¹⁸³

Kuten edellä mainittujen kohtien muotoilusta saatetaan havaita, säännökset on laadittu varsin tulkinnanvaraisiksi. Esimerkiksi ei ole aivan yksinkertaista hahmottaa, mitkä ostot voisivat olla moniammatillista erityisosaamista edellyttäviä hankintoja, jotka eivät kohdistu sosiaalitoimen ja terveydenhuollon aloille, ja mikä merkitys ilmaisulle ”erityisesti” olisi säännöksen tulkinnassa annettava. Neuvottelumenettelyä voitaneen käyttää kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa silloinkin, kun avoimella ja rajoitetulla menettelyllä ei ole saatu lainkaan tarjouksia tai yhtään hyväksymiskelpoista tarjousta. Tätä mahdollisuutta ei tosin mainita 66 §:n edellytysluettelossa.¹⁸⁴

Hankintalain 65 § asettaa avoimen ja rajoitetun menettelyn ensisijaisiksi menettelyiksi myös toissijaisissa hankinnoissa, mutta sallii neuvottelumenettelyn käytön laissa erikseen mainituissa tilanteissa. Eli myös hankintalain soveltamisessa neuvottelumenettely on poikkeus yleisestä kilpailuttamisen periaatteesta. Kansallisen oikeuden soveltamisessa on tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella huomattava se, että poikkeuksia tulee tulkita ankaran tulkinnan mukaan ja näyttövelvollisuus poikkeusperiaatteiden olemassaolosta on ostajalla, tässä tapauksessa kunnalla.¹⁸⁵

Hankintalain 66 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikön on ennen hankintamenettelyn aloittamista laadittava kuvaus hankinnan tavoitteista ja pääasiallisesta sisällöstä. Tarkoituksena on kuvata hankintaa yleisellä tasolla, jotta tarjoajat saavat riittävän tiedon hankinnan kohteesta ja voivat sen perusteella harkita kiinnostustaan osallistua tarjouskilpailuun¹⁸⁶. Lain mukaan neuvottelumenettely voidaan toteuttaa vaiheittain vähentämällä ehdokkaiden tai tarjoajien määrää. Menettelyn vaiheittaisuudesta ja ehdokkaiden tai tarjoajien vähentämisen perusteista on ilmoitettava hankintailmoituksessa, hankinnan kuvauksessa tai tarjouspyynnössä. Hankintayksikkö voi asettaa tarjoajille taloudelliseen tai tekniseen suorituskykyyn tai muihin ominaisuuksiin liittyviä vaatimuksia tai käyttää täl-

¹⁸² HE 50/2006 vp s.112.

¹⁸³ HE 50/2006 vp.s.112.

¹⁸⁴ Kalima 2007 s. 133.

¹⁸⁵ Romppainen 2007 s. 192.

¹⁸⁶ HE 50/2006 vp.s. 112.

laisia tekijöitä tarjoajien määrän vähentämisessä¹⁸⁷. Hankintalain 66 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikön on neuvoteltava vähintään kolmen ehdokkaan kanssa, jos sopivia ehdokkaita on riittävästi. Ehdokkaiden lukumäärä voi luonnollisesti olla suurempi kuin kolme. Säännös vastaa hankintalain 24 §:n 3 momenttia, jossa säädetään EU-hankinnoissa noudatettavasta neuvottelumenettelystä. Tarjoajien määrän arvioinnissa tulisi myös huomioida kilpailuolosuhteiden hyödyntäminen sekä hankinnan laatu ja laajuus¹⁸⁸.

Hankintayksikön ja tarjoajien väliset neuvottelut voivat koskea kaikkia hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyviä näkökohtia. Ehdokkaita ja tarjoajia tulee neuvottelussa kohdella tasapuolisesti ja syrjimättä antamalla muun muassa samanlaiset tiedot hankinnan kohteesta ja sen toteuttamisesta sekä huomioimalla yhdenvertaisen kohtelun ja objektiivisuuden vaatimukset myös neuvottelutilanteissa. Tarjoajien kanssa käytävien neuvottelujen tulisi tapahtua ennen tarjouspyynnön ja tarjouksen tekemistä. Hinnan tinkimiseen liittyvät neuvottelut on vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsottu kielletyksi ja hankintayksikön tulisi pidättäytyä tällaisista neuvotteluista tarjousten saamisen jälkeen, jotta palvelun tarjoajan oikeudet tulisi mahdollisimman hyvin turvatuksi myös neuvottelumenettelyssä, joka poikkeaa avoimuuden periaatteesta. Hankintayksiköllä on perusteluvelvollisuus neuvottelumenettelyn käytön edellytysten täyttymisestä.¹⁸⁹

4.1.4. Kilpailullinen neuvottelumenettely

Kilpailullinen neuvottelumenettely on eräs hankintasäännösten keskeisiä uudistuksia. Se otettiin uutena hankintamenettelynä vuoden 2004 hankintadirektiiveihin osana tavoitetta nopeuttaa ja yksinkertaistaa vaikeiden hankintojen tekemistä. Kilpailullisella neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 14 kohdan mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon kaikki toimittajat voivat pyytää osallistua. Ehdokkaat valittuaan hankintayksikkö neuvottelee menettelyyn hyväksytyjen ehdokkaiden kanssa löytääkseen yhden tai usean ratkaisun, joka vastaa sen tarpeita ja jonka perusteella valittuja ehdokkaita pyydetään tekemään tarjouksensa. Kilpailullinen neuvottelumenettely on tarkoitettu käytettäväksi erityisen monimutkaisissa hankinnoissa. Käyttöedellytykset ovat samat sekä EU-kynnysarvot ylittävissä että kansallisissa hankinnoissa.¹⁹⁰ Hankintalain 65 §:n mukaan kansallisissa hankinnoissa

¹⁸⁷ HE 50/2006 vp. s. 112.

¹⁸⁸ HE 50/2006 vp.s. 113.

¹⁸⁹ HE 50/2006 vp. s. 113.

¹⁹⁰ Kalima 2007 s. 134.

kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja puitejärjestelyn käyttöön sovelletaan, mitä 29–32 §:ssä säädetään. Hankintalain 29 §:n mukaan hankintayksikkö voi käyttää kilpailullista neuvottelumenettelyä erityisen monimutkaisessa hankinnassa, jossa: 1) hankintayksikkö ei pysty objektiivisesti ennakolta määrittelemään hankinnan oikeudellisia tai taloudellisia ehtoja taikka teknisiä keinoja tarpeidensa tai tavoitteidensa toteuttamiseksi 44 §:n 2 momentin 2–4 kohdan mukaisesti; sekä 2) tarjouksen valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus. Hankintalain mukaan hankintayksikön on kohdeltava ehdokkaita ja tarjoajia menettelyssä tasapuolisesti. Hankintayksikkö ei saa antaa tietoja tavalla, joka vaarantaa tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolisen kohtelun. Hankintayksikkö ei saa myöskään paljastaa tarjouskilpailun aikana muille tarjoajille toisen tarjoajan ehdottamia ratkaisuja tai neuvotteluissa annettuja luottamuksellisia tietoja ilman ehdokkaan tai tarjoajan suostumusta. Hankintayksikkö voi maksaa kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn osallistuville raha- tai muita palkkioita taikka antaa palkintoja. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttökohteita voivat olla esimerkiksi suuret liikenneinfrastruktuurihankkeet, korkean teknologian hankkeet ja hankinnat, joissa innovatiivisten ratkaisujen huomioiminen voi olla erityisen tarkoituksenmukaista sekä hankkeet, joissa parhaan rahoituskeinon tai riskinjakomallin valintaa ei ole tarkoituksenmukaista tehdä ennakolta¹⁹¹.

4.1.5. Puitejärjestely

Puitejärjestelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välistä sopimusta, jossa vahvistetaan tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot esimerkiksi hintojen ja mahdollisesti myös suunniteltujen määrien osalta. Hankintalain 31 §:n mukaan hankintayksikön on valittava toimittajat puitejärjestelyyn avoimella tai rajoitetulla menettelyllä, mikä muodostaa menettelyn ensimmäisen vaiheen. Hankintayksikkö voi valita osallistujat puitejärjestelyyn myös neuvottelumenettelyllä tai suorahankinnalla edellytysten täytyessä. Usean toimittajan kanssa tehtävään puitejärjestelyyn on valittava vähintään kolme toimittajaa, jollei kelpoisuusehdot täyttäviä tarjoajia ja hyväksyttäviä tarjouksia ole vähemmän. Toimittajien vähimmäismäärää koskevalla edellytyksellä pyritään edistämään riittävää kilpailua puitejärjestelyssä¹⁹². Hankintalain 32 §:n 1 momentin mukaan, jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn yhden toimittajan kanssa, puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat on tehtävä puitejärjestelypäätöksessä vahvistettujen ehtojen mukaisesti. Varsin usein puite-

¹⁹¹ HE 50/2006 vp. s. 79.

¹⁹² HE 50/2006 vp. s. 81.

järjestely tehdään useamman toimittajan kanssa¹⁹³. Tällöin puitejärjestelyyn perustuvat hankinnat on hankintalain 32 §:n 2 momentin mukaan tehtävä kokonaisuudessaan puitejärjestelyssä vahvistettujen ehtojen mukaisesti tai jos niitä kaikkia ei ole järjestelyssä vahvistettu, kilpailuttamalla puitejärjestelyyn otetut toimittajat avoimeksi jääneen ehdon osalta vielä uudelleen. Tällaista täydennyskilpailutusta nimitetään hankintaoikeudessa ”minikilpailuksi”, jota ei enää tarvitse erikseen ilmoittaa¹⁹⁴. Puitejärjestely soveltuu erityisesti sellaisten hankintojen toteuttamiseen, joissa tuotteet ja hinnat kehittyvät nopeasti eikä hankintayksikön kannalta ole tarkoituksenmukaista sitoutua kiinteisiin hintoihin ja ehtoihin. Käyttöalana ovat esimerkiksi palveluhankinnat, joissa palvelun määrää ei ole tarkoituksenmukaista etukäteen vahvistaa. Toisaalta menettelyn käyttö mahdollistaa kestoaltaan melko pitkien sopimusten käytön.¹⁹⁵ Hankintayksiköllä ei ole välttämättä etukäteen tietoa, kuinka pitkäksi aikaa tiettyä palveluhankintaa on tarkoituksenmukaista tilata. Hankintayksikön voi tällöin olla tarkoituksenmukaista sopia hankintojen toteuttamisesta puitejärjestelynä. Puitejärjestely soveltuu usein yhteishankintayksiköiden hankinnoissa käytettäväksi. Puitejärjestelyn avulla hankintayksiköllä on mahdollisuus tehdä hankintoja puitejärjestelyn kuluessa sen hetkisen tarpeensa mukaisesti.¹⁹⁶

4.1.6. Suorahankinta

Suorahankinnalla tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 13 kohdan mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai usean toimittajan, jonka kanssa hankintayksikkö neuvottelee sopimuksen ehdoista. Menettelystä ei julkaista ilmoitusta. Jos menettelyyn otetaan useampi osallistuja, niitä on kohdeltava tasapuolisesti hankintalain 2 §:n mukaisesti. Hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan hankintalain 27 ja 28 §:ssä säädetyin edellytyksin. Suorahankinta voitaisiin siten tehdä muun muassa tapauksissa, joissa aiemmalla menettelyllä ei ole saatu lainkaan tarjouksia tai tarjouspyyntöä vastaavia tarjouksia sekä äärimmäisissä kiiretapauksissa¹⁹⁷. Sosiaali- ja terveyspalveluiden osalta kyseeseen tulee lähinnä hankintalain 67 §. Pykälän mukaan suorahankintaa voidaan käyttää yksittäisissä tapauksissa sosiaali-, terveys- tai koulutuspalvelujen hankinnoissa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi. Kaikkien

¹⁹³ Kalima ym. 2007 s.148.

¹⁹⁴ Kalima 2007 s. 148.

¹⁹⁵ HE 50/2006 vp. s. 81.

¹⁹⁶ Hyvönen ym. s. 109.

¹⁹⁷ HE 50/2006 vp.s. 113.

edellytysten on täyttyvä samanaikaisesti. Suorahankinnan käyttötilanteet on tarkoitettu rajoitettavaksi erityisiin ja poikkeuksellisiin sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintoja koskeviin tilanteisiin. Suorahankinta olisi mahdollista vain yksittäistapauksissa, joten jokaisen potilaan tai asiakkaan osalta menettelyn käyttöedellytys tulee harkita ja perustella erikseen. Suorahankinta voi koskea samanaikaisesti useita kriteerit täyttäviä henkilöitä¹⁹⁸. Asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamisella tarkoitetaan esimerkiksi pitkäaikaisen asiakassuhteen jatkamista tilanteessa, jossa aiempi sopimuskausi päättyy ja palvelut kilpailutetaan uudestaan. Tällöin olisi mahdollista uudistaa yksittäinen asiakas- tai hoitosuhde, jolla olisi asiakkaana olevan henkilön elämäntilanteessa tai muista henkilökohtaisista syistä erityinen merkitys. Esimerkiksi vanhuksen, vaikeasti sairaan tai kehitysvammaisen henkilön asumispalvelut voisivat jatkua ennallaan. Näissä tilanteissa sopimus voitaisiin tehdä yksittäisen potilaan osalta saman palveluntarjoajan kanssa kilpailuttamatta sopimusta¹⁹⁹. Edellä mainituilla perusteilla suorahankinta olisi mahdollinen myös esimerkiksi lastensuojellisiin perusteisiin lapsen sijoituspaikkaa tai iäkkään vanhuksen palveluasumista koskevassa palveluhankinnassa²⁰⁰. Tällaisissa tapauksissa potilaalle tai asiakkaalle voi olla tärkeä se, ettei hänen sijoituspaikkansa muutu. Vanhus voitaisiin myös sijoittaa esimerkiksi lähelle omaisiaan tai samaan hoitolaitokseen puolisonsa kanssa.²⁰¹

Suorahankinta ei ole mahdollinen silloin, kun potilaat tai esimerkiksi palvelutalon asukkaat eivät itse muuta minnekään, mutta hankintayksikön omistaman tai ylläpitämän laitoksen hoitamisesta vastaava yhteisö tai yritys kilpailutetaan sopimuskauden päättyessä. Näissä tilanteissa koko henkilökunta saattaa vaihtua. Suorahankinta olisi mahdollinen vain, jos jokaisen potilaan osalta voitaisiin osoittaa, että häntä koskee edellä mainittu henkilökohtainen suorahankintaperuste. Käytännössä perustetta ei kuitenkaan voida osoittaa koko henkilökunnan osalta, joten suorahankintaankaan ei käytännössä ole näissä tilanteissa mahdollisuutta.²⁰²

Hankintalain 67 §:n ilmaisemien suorahankinnan käyttöedellytysten voidaan katsoa olevan ristiriitaisessa suhteessa hankintalain 1 §:n tavoitteisiin ja 2 §:n ilmaisemiin periaatteisiin nähden. Ristiriita syntyy siitä, että myös suorahankintaa koskevat lain ilmaisemat tavoitteet julkisten varojen säästöstä, laadukkaiden hankintojen tekemisen edistämisestä sekä yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisen mahdollisuuden turvaamisesta tarjota lainkohdassa mainittuja hyödykkeitä. Suorahankin-

¹⁹⁸ Pekkala 2007 s. 437.

¹⁹⁹ TaVM 26/2006 vp. s. 9.

²⁰⁰ HE 50/2006 vp. s. 113.

²⁰¹ Pekkala 2007 s. 437.

²⁰² Pekkala 2007 s. 437.

taan sovelletaan periaatteessa hankintalain 2 §:n 1 momentin periaatteita, joita ovat olemassa olevien kilpailuolosuhteiden hyväksi käyttäminen ja hankintamenettelyyn osallistuvien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Hankintalain 2 §:n sisältämän avoimuusperiaatteen tarkoituksena on auttaa yrityksiä ja muita yhteisöjä saamaan tietoa julkisyhteisöjen hankinnoista, ja toisaalta auttaa hankintaviranomaisia varmistamaan etteivät ne syyllistyisi tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen rikkomiseen. Suorahankinnassa ei lain sisältämä avoimuusperiaate toteudu.²⁰³ Hankintalain 67 § liittyy välittömästi palveluihin liittyvien sosiaalisten perusoikeuksien toteutumiseen. Lainkohta korostaa sosiaali- ja terveysterveyspalvelua koskevana erityissääntönä yksilön edun huomioon ottamista ja hänen yksilöllisen arvonsa riittävää kunnioitusta. Hankintalaissa asetettu tavoite nostaa asiakkaan yksilölliseen kunnioittamiseen liittyvät tekijät hankintalain 1 §:n 2 momentissa todettujen tavoitteiden edelle.²⁰⁴ Sosiaali- ja terveysterveyspalveluihin liittyy erityiskysymyksiä, jotka ovat välttämättömiä sosiaali- ja terveydenhuollon korkeatasoisuuden varmistamiseksi. Näitä ovat esimerkiksi hoitotehtävien inhimilliset näkökohdat, palveluketjujen pirstomisen välttäminen, hoitosuhteen jatkuvuuteen ja palvelujen laatuun liittyvät tekijät.²⁰⁵ Sekä 66 §:n mukainen neuvottelumenettely että 67 §:n mukainen suorahankinta mahdollistavat näiden sosiaali- ja terveysterveyspalveluille ominaisten erityiskysymysten huomioon ottamisen.

Yhtäkään hankintalain 2 §:n periaatteista ei voida katsoa rikutun jos, suorahankinta tehdään sen jälkeen, kun havaitaan, että avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu osallistumishakemuksia, tarjouksia tai sopivia tarjouksia. Hankintayksikön ei tarvitse erikseen näyttää toteen suorahankinnan edellytysten olemassaoloa, koska hankinnasta ilmoittaminen ja tarjouksen saamatta jääminen toimivat tästä näyttönä.²⁰⁶ Muussa tapauksessa näyttövelvollisuus siitä, että suorahankinnan edellytykset ovat olleet olemassa, on sillä joka vetoaa niiden olemassaoloon. Näyttövelvollisuus on siis hankintayksiköllä. Myöskään suorahankinnan käytön edellytyksiä ei saa tulkita laajentavasti. Tämä tulkintaperiaate ja näyttövelvollisuuden määräytyminen ovat samat kuin mitä niiden todettiin olevan edellä neuvottelumenettelyssä. Esimerkiksi äärimmäisen kiireen käyttäminen perusteluna suorahankinnalle tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on osoitettava kilpailun järjestämisen aiheuttavan hankinnalle kohtuutonta viivästystä ja lisäkustannuksia, eikä nopeutettu menettely ole riittävä keino asian hoitamiseksi.²⁰⁷

²⁰³ Romppainen 2007 s. 196.

²⁰⁴ Romppainen 2007 s.196.

²⁰⁵ TaVM 26/2006 vp. s. 9.

²⁰⁶ Kalima 2001 s. 114.

²⁰⁷ Romppainen 2007 s. 196.

Suorahankinta on poikkeus kilpailuttamisvelvollisuudesta, joten sen käyttämisen tulee olla poikkeuksellista ja käyttöedellytyksiä koskevan tulkinnan ankaraa. Koska ilmoitusvelvoitteet eivät ainkaan toistaiseksi koske suorahankintaa, menettely ei ole avointa ja läpinäkyvää. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan *Telaustria* katsonut, että perustamissopimuksesta johdetut avoimuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteet soveltuvat myös hankintadirektiivien ulkopuolella oleviin hankintoihin.²⁰⁸ Kansallisessa lainsäädännössä ei siten tulisi säätää yhteisöoikeudessa ehdotettua laajemmin avoimuusperiaatteesta ja kilpailuttamisvelvoitteesta poikkeamisesta²⁰⁹. Euroopan komissio on myös todennut, että lähtökohtaisesti kaikkiin suorahankintoja lisääviin kansallisiin säännöksiin on suhtauduttu EU:n oikeuskäytännössä tiukasti, eikä laajennuksia ole juuri sallittu. Asiakasnäkökulma voi kuitenkin olla tällainen suorahankintaan oikeuttava peruste, jos sillä ei tosiasiallisesti pyritä suosimaan aiempaa palvelujentarjoajaa.²¹⁰ Hankintalain 67 § rajaa suorahankinnan käyttömahdollisuuden vain yksittäisiin tapauksiin. Suorahankinta on perusteltu hankintatapa vain yksilöllisissä ja erityisen poikkeuksellisissa tilanteissa. Myös poikkeuksellisissa sosiaali- ja terveystalvelujen hankintatilanteissa on ensisijaisesti käytettävä hankintalaissa ensisijaisiksi määriteltyjä hankintamenettelyjä.²¹¹ EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä suorahankinnan soveltamisedellytyksiä on tulkittu tiukasti. Lähtökohtana voidaan siten pitää, että suorahankinta on mahdollinen vain selvästi lain sanamuodon täyttävissä tilanteissa.²¹²

4.2. Hankinnasta ilmoittaminen

4.2.1. Ilmoittamisvelvollisuus

Kansallisten hankintojen ilmoittamisvelvoite on laajentunut lain muutoksen myötä merkittävästi. Kaikki hankintalain soveltamisalan piirissä olevat hankinnat eli kansalliset kynnysarvot ylittävät hankinnat tulee ilmoittaa valtakunnallisesti. Sosiaali- ja terveystalvelujen osalta, jos 50 000 euron kansallinen kynnysarvo ylittyy, on aina tehtävä hankintailmoitus. Hankintadirektiiveissä ei ole direktiivin soveltamisalan ulkopuolella olevia hankintoja koskevia ilmoittamisvelvoitteita. Hankintadirektiivin vaatimus yhteisön laajuudesta ennalta ilmoittamisesta on nimenomaisesti rajattu pois siten, ettei se koske toissijaisia hankintoja. Tätä on pidettävä suhteellisuusperiaatteen perusteella oikeana rajauksena.²¹³ Myös komission selittävän tiedonannon mukaan hankintadirektiivin sovelta-

²⁰⁸ Asia C- 324/98 *Telaustria*, kohta 60.

²⁰⁹ HE 50/2006 vp.s.114.

²¹⁰ Pekkala 2007 s.438.

²¹¹ Romppainen 2007 s.197.

²¹² Hyvönen ym. 2007 s. 118.

²¹³ Romppainen 2007 s. 184.

misalasta pois jätetyissä hankinnoissa, kuten juuri sosiaali- ja terveyspalveluissa, kansallinen Internet-pohjainen ilmoittaminen toteuttaa hankinnan riittävää avoimuutta²¹⁴. Hankintadirektiivien hankintamenettelyä koskevat velvoitteet tulevat siis sellaisenaan sovellettaviksi vain direktiivien soveltamisalalla. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin katsonut, että myös hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolella olevissa hankinnoissa on noudatettava yhteisön perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä sekä erityisesti avoimuusperiaatetta. Avoimuusveloitteen sisältönä on tuomioistuimen mukaan taata hankinnasta ilmoittaminen asianmukaisessa laajuudessa hankintasopimusten tekomenettelyjen puolueettomuuden valvomiseksi sekä hankintojen avaamiseksi kilpailulle. Tuomioistuimen mukaan avoimuuden riittävän huomioonottamisen tarkoituksena on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan riittävässä laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyjen puolueettomuutta voidaan valvoa.²¹⁵ Tuomioistuimen mukaan, sikäli kun tietty sopimus saattaisi kiinnostaa myös muussa jäsenvaltiossa kuin hankintayksikön sijaintimaassa sijaitsevaa yritystä, loukataan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen vahingoksi sillä, että sopimus tehdään täysin vailla avoimuutta hankintayksikön jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen kanssa. Tapauksessa *Coname* tuomioistuin totesi, että hankinnassa on noudatettava sellaisia avoimuuden asettamia vaatimuksia, jotka erityisesti mahdollistavat sen, että jonkin muun kuin sen jäsenvaltion alueella, jossa kyseinen hankintayksikkö sijaitsee, sijaitseva yritys voi saada kyseistä hankintaa koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että tämä yritys on halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa hankintasopimuksen tekemiseen.²¹⁶ Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on taloudelliselta arvoltaan suurissa sosiaali- ja terveysalan palveluhankinnoissa perusteltua vaatia oman maan ulkopuolelle ulottuvaa ilmoittelua. Näin on erityisesti niissä tilanteissa, joissa on käytännössä mahdollista tai on jopa tiedossa, että tarjous olisi saatavissa myös toisesta jäsenmaasta. Laaja ilmoittaminen tulisi kyseeseen kokoluokaltaan suurissa hankinnoissa, esimerkiksi koko kunnan terveyspalvelujen ulkoistamistilanteessa, joissa myös ulkomaisten yritysten voidaan arvioida olevan kiinnostuneita sijoittautumaan kuntaan.²¹⁷ Jotta Suomen hankintalainsäädäntö vastaisi yhteisöoikeuden avoimuusperiaatetta koskevia tulkintoja, tulisi ilmoitusvelvoite koskea myös hankintadirektiivien ulkopuolella olevia hankintoja. Ilmoittelu on ollut kokonaisuudessaan myös kansallisella tasolla erityisesti toissijaisissa palveluhankinnois-

²¹⁴ Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä silta osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Virallinen lehti N:ro C 179/2 1.8.2006.

²¹⁵ Asia C- 324/98 *Telaustria* kohta 62. Tapaus koski hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle olevia hankintoja.

²¹⁶ Asia C- 231/03 *Coname* kohta 21. Tapaus koski hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle olevia hankintoja.

²¹⁷ Romppainen 2007 s. 134–135.

sa melko vähäistä ja ilmoittamatta jää myös arvokkaita hankintoja. Tämän on koettu kansallisesti vähentävän hallinnon avoimuutta sekä julkisten hankintojen tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.²¹⁸

Toisaalta hankintayksikön kannalta hankintamenettelyn ensisijaisena tarkoituksena on saada hankintayksikön tarve toteutetuksi eli hankinta suoritetuksi kohtuullisessa aikataulussa, eikä hankintamenettelyn kustannusten tulisi nousta odotettavissa olevia hyötyjä suuremmiksi. Mikäli sosiaali- ja terveystalushankinnoissa vaadittaisiin aina Euroopan yhteisön laajuista ilmoittamista, jouduttaisiin kuntien hankintatoimessa käytännössä kestävämpään tilanteeseen. Hankintamenettely ja siihen kuuluva ilmoittelu eivät kumpikaan enää olisi hankintayksikön tehtävien toteuttamisen kannalta tarkoituksenmukaisia keinoja hankinnan kohteena olevan hyödykkeen hankkimiseksi. Hankintamenettely aiheuttaisi kohtuuttomia kustannuksia ja olisi siten hyötyihin nähden suhteeton ja ylimitoitettu toimenpide.²¹⁹

4.2.2. Ilmoittamisvelvollisuus kansallisissa hankinnoissa

Hankintalain toissijaisten hankintojen ilmoittamista koskevan erityissäännöksen 68 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on ilmoitettava julkisesti avoimella ja rajoitetulla menettelyllä sekä neuvottelumenettelyllä toteutettavassa sosiaali- ja terveystalushankinnasta kansallisessa laajuudessa. Ilmoitusvelvollisuudesta huolimatta hankintayksiköllä on oikeus lähettää avoimessa menettelyssä tarjouspyyntö ja muissa hankinnoissa tieto hankinnasta suoraan soveliaiksi katsomilleen toimittajille. Ilmoittamisen käytännön toteuttamistavasta, käytettävistä viestintävälineistä, ilmoitusten sisällöstä ja julkaisemisesta säädetään erikseen valtioneuvoston asetuksessa julkisista hankinnoista (614/2007). Kuten lain sanamuodosta käy ilmi, ilmoitusvelvollisuus ei koske suoraan hankintaa. Sosiaali- ja terveystalushankintojen ilmoittamisessa periaatteellisena rajauksena ovat EU-kynnsyarvot. Nämä ylittävistä hankinnoista hankintalain 21 §:n 3 momentti edellyttää tehtäväksi yhteisön laajuudessa lain 35 §:ssä säädetyn jälki-ilmoituksen. Mikään ei toisaalta estä sitä, että myös sosiaali- ja terveystalushankinnoissa tehdään yhteisön tasoinen ilmoitus, mikäli hankintayksikkö haluaa näin menetellä.²²⁰

Ilmoittamisella varmistetaan avoimuusperiaatteen toteutuminen tarjouskilpailussa. Hankinnoista ilmoittaminen mahdollistaa myös nopean ja tasapuolisen tiedottamisen meneillään olevista tarjouk-

²¹⁸ HE 50/2006 vp. s. 29.

²¹⁹ Romppainen 2007 s. 134.

²²⁰ Romppainen 2007 s. 183.

sista. Julkisissa hankinnoissa kilpailun toteutumiseksi on tärkeää, että yritykset saavat riittävästi ja tasapuolisesti tietoja meneillään olevista tarjouskilpailuista. Näin taataan aito kilpailu ja mahdollisuus tehdä hankinnat taloudellisesti. Hankintayksiköllä itsellään ei aina ole tietoa kaikista mahdollisista tarjoajista.²²¹ Hankintailmoituksella tarkoitetaan varsinaista ilmoitusta tarjouskilpailusta. Ilmoituksen tarkoituksena on tiedottaa tarjoajille meneillään olevasta tarjouskilpailusta. Hankintailmoitus käynnistää hankintamenettelyn ja siinä julkaistaan hankintaa koskevat olennaiset tiedot. Ilmoituksen muoto vaihtelee valitun hankintamenettelyn mukaan.²²²

Hankinta-asetuksen 4 §:ssä säädetään ilmoitusvelvollisuudesta kansallisen kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa, toissijaisissa palveluhankinnoissa ja eräissä muissa hankinnoissa. Säännöksen mukaan hankintalain 68 §:n 1 momentissa edellytetyt ilmoitukset on toimitettava julkaistaviksi Internet-osoitteessa www.hankintailmoitukset.fi. Ilmoituskanavan nimi on HILMA. HILMA ilmoituskanava on työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämä maksuton ja sähköinen ilmoituskanava, jossa hankintayksiköt ilmoittavat julkisista hankinnoistaan. Yritykset saavat HILMAsta reaaliaikaista tietoa käynnissä olevista hankintamenettelyistä ja ennakkotietoa tulevista hankinnoista. Hankintalain voimaantulon jälkeen HILMAssa on julkaistu myös kaikki kansallisen kynnsarvon ylittävät liitteen B palveluhankinnat eli myös sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja koskevat hankinnat. Hankinta-asetuksen 6 §:n mukaan hankintayksikkö voi julkaista hankintailmoituksen myös muussa tarkoituksenmukaisessa tiedotusvälineessä, kuten sanoma- tai ammattilehdissä tai omilla Internet-sivuillaan. Ilmoitusta ei säännöksen mukaan kuitenkaan saa julkaista muualla ennen kuin se on julkaistu Internet-osoitteessa www.hankintailmoitukset.fi. Kansallisten kynnsarvojen alle jäävissä hankinnoissa hankintayksikkö voi itse päättää ilmoittaako hankinnasta HILMAssa tai ylipäätään.

Hankinta-asetuksen 5 §:ssä on säädetty kansallisen hankintailmoituksen sisällöstä. Kansallisessa hankintailmoituksessa on asetuksen 5 §:n 1 momentin mukaan oltava vähintään seuraavat tiedot: 1) hankintayksikön virallinen nimi ja yhteystiedot; 2) hankintayksikön luonne; 3) hankintayksikön hankinnalle antama nimi; 4) hintahaarukka tai ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa taikka tieto siitä, ylittääkö arvo hankintalain 15 §:n mukaisen kansallisen kynnsarvon; 5) hankintalaji; 6) hankintamenettely; 7) tarjouksen valintaperuste, joka voi olla: a) halvin hinta; tai b) kokonaistaloudellinen edullisuus, jolloin on ilmoitettava vertailuperusteet tärkeysjärjestyksessä tai vertailuperusteiden painotus; jos vertailuperusteet esitetään tarjouspyyntöasiakirjoissa, tulee tästä ilmoittaa hankintail-

²²¹<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/ilmoitusmenettely>, Eskola- Ruohoniemi 2007 s. 200.

²²² Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 201.

moituksessa; sekä 8) hankinnan kokoon ja laatuun nähden kohtuullinen määräaika, johon mennessä tarjoukset tai osallistumishakemukset on viimeistään toimitettava hankintayksikölle. Edellä mainittujen tietojen lisäksi hankintailmoituksessa on hankinta-asetuksen 5 §:n 3 momentin mukaan ilmoitettava, hyväksytäänkö osatarjoukset tai vaihtoehtoiset tarjoukset taikka varataanko hankinta työkeskuksille tai toteutettavaksi työohjelmien yhteydessä. 5 §:n 5 momentin mukaan hankintailmoituksessa on myös ilmoitettava, tullaanko ehdokkaiden määrää rajoittamaan. Hankintailmoituksessa mainittuja tietoja voidaan täydentää muualta saatavissa olevilla tiedoilla, mistä on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Rajaamisen perusteet on myös ilmoitettava²²³.

Kun käytetään rajoitettua menettelyä tai neuvottelumenettelyä, ilmoitetaan hankintailmoituksella hankintamenettelyn käynnistämisestä ja pyydetään ehdokkaita ilmoittautumaan tarjouskilpailuun. Hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen hankintayksikkö voi lähettää tiedon hankintailmoituksesta haluamilleen toimittajille. Osallistumishakemusten perusteella hankintayksikkö valitsee ehdokkaat, jotka hyväksytään tarjoajiksi kilpailuun ja joille lähetetään varsinaiset tarjouspyyntöasiakirjat. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö voi hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen lähettää tarjouspyynnön haluamilleen toimittajille. Hankinta-asetuksen 5 §:n 4 momentin mukaan, jos hankintayksikkö käyttää rajoitettua menettelyä, neuvottelumenettelyä tai kilpailullista neuvottelumenettelyä ja asettaa tarjoajien tai ehdokkaiden arvioimiseksi soveltuvuusvaatimuksia, hankintayksikön tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa vaatimusten asettamisesta sekä siitä, mistä tarkemmat tiedot mahdollisista vaatimuksista ja niiden todentamiseksi vaadittavista asiakirjoista ovat saatavilla.

Hankintailmoituksessa kannattaa myös ilmoittaa, että kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet on kuvattu tarjouspyynnössä. Hankintailmoitus on nimittäin ensisijainen, mikäli hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön välillä on ristiriitaa. Tarjouspyynnön on myös oltava valmiina hankintailmoitusta julkaistaessa, jos käytetään avointa menettelyä. Mikäli käytetään jotain muuta kuin avointa hankintamenettelyä, on tarjouspyynnön oltava valmis niiden kohtien osalta, joista ilmoitetaan hankintailmoituksessa. Näin pystytään välttämään ristiriitojen syntyminen hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön välille.²²⁴

Hankintalain 2 §:n 1 momentissa oleva vaatimus siitä, että hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, koskee yleisesti kaikkia hankintoja, siten myös toissijaisina

²²³ Lukkarinen 2007 s. 156.

²²⁴ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 206.

hankintoina sosiaali- ja terveystalushankintoja. Ilmoittaminen luo yleiset edellytykset sille, että hankintalain 1 §:n sisältämät tavoitteet voisivat toteutua. Ilmoitusvelvollisuus liittyy myös kansallisten kilpailu- ja elinkeinopoliittisten tavoitteiden toteuttamiseen, sillä hankinnoista ilmoittaminen mahdollistaa yritysten pääsyn sosiaali- ja terveystalujen markkinoille. Sosiaali- ja terveystaluhankinnalle asetetun kansallisen kynnsarvon alle jäävissä hankinnoissa voidaan soveltaa hankintayksikön omia menettelytapoja. Siltä osin kuin hankintayksikkö kuuluu julkiseen hallintoon²²⁵, on myös näissä tapauksissa sovellettava yleistä hallinnon avoimuusperiaatetta, joka toteuttaa periaatetta kansalaisten tasapuolisesta kohtelusta. Arvoltaan pienissä hankinnoissa on kuitenkin suhteellisuusperiaate huomioon ottaen hankintojen ennalta ilmoittaminen käytännössä tarpeetonta, sillä avoimuusvaatimus toimii käytännössä myös jälkikontrollimahdollisuuden kautta.²²⁶

4.2.3. Jälki-ilmoitus

Hankintalain 21 §:n 3 momentin mukaan EU-kynnsarvon ylittäviin liitteen B palveluhankintoihin sovelletaan lain 35 §:ää jälki-ilmoituksesta, vaikka näihin hankintoihin muutoin sovelletaankin EU-kynnsarvon alittavia hankintoja koskevia kansallisia määräyksiä. Jos siis esimerkiksi sosiaali- ja terveystaluhankinnan arvo ylittää EU-kynnsarvon 211 000 euroa, on hankintayksikön julkaisettava jälki-ilmoitus niin kuin 35 §:ssä säädetään. Hankinta-asetuksen 11 §:n 1 momentin mukaan jälki-ilmoitus tulee tehdä 48 päivän kuluessa siitä, kun hankintaa koskeva sopimus on tehty. Pykälän 4 momentin mukaan ilmoitus ei saa sisältää tietoja, joiden julkaiseminen olisi yleisen edun vastaista tai vaarantaisi voittaneeseen tarjoukseen tai hävinneiden tarjoajien tarjouksiin sisältyvät luotamukselliset tiedot tai liikesalaisuudet. Ilmoittamatta on jätettävä myös muut mahdolliset kilpailua vääristävät seikat. Hankintayksikön on hankintalain liitteen B mukaisia toissijaisia palveluhankintoja koskevassa jälki-ilmoituksessa myös mainittava, saako ilmoituksen julkaista.

²²⁵ Julkisuuslain (621/1999) 4 §:ssä säädetään julkisuuslain piiriin kuuluvista viranomaisista. Ks. myös Kalima 2001 s. 295.

²²⁶ Romppainen 2007 s. 184.

5. Tarjousten pyytäminen, tarjoajan ja tarjouksen valinta

5.1. Tarjouspyynnön sisältövaatimukset

Hankinnan oikeudellinen ydin perustuu huolellisesti laadittuun tarjouspyyntöön. Tarjouspyynnön vähimmäissisältö, joka on määritelty hankintalaissa, riippuu kulloinkin käytettävästä hankintamenettelystä ja hankinnan laadusta. Mitä yksityiskohtaisempi tarjouspyyntö on, sitä suuremmalla todennäköisyydellä tarjoukset ovat yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia, mihin tarjouspyynnöllä tulee aina pyrkiä.²²⁷ Tarjouspyyntö täydentää hankintailmoitusta. Kansallisten hankintojen osalta tarjouspyynnön sisällöstä säädetään 9 luvun 69 §:ssä ja tarjouspyynnön tekemisestä ja toimitamisesta toimittajille 70 §:ssä. Tarjouspyynnössä ostaja määrittelee haluamansa tuotteen, palvelun tai urakan sisällön ja siihen liittyvät kaikki vaatimukset ja ehdot, joilla on merkitystä tarjouksen tekemisessä ja hinnoittelussa. Tarjouspyynnössä olevien tietojen pohjalta yritykset tekevät tarjoukset. Hankinnan kohteen määrittelyssä on siten kyse hankintayksikön kohteelle asettamista vähimmäisedellytyksistä, ei tarjousten arviointiperusteista. Kohteen määrittelyn tulee vastata sitä todellista suoritusta, johon kaikki tarjoajat objektiivisesti arvioiden tarjouksissaan mieltävät sitoutuvansa. Hankintakohteen ja sen tarjouspyynnössä esiintyvän kuvauksen tulee olla sellainen, ettei se hankintasäännösten vastaisesti syrji jotain potentiaalista tarjoajaa. Tarjoukset käsitellään tarjouspyynnössä esitettyjen vaatimusten ja ehtojen mukaisesti ja vertaillaan tarjouspyynnössä ilmoitettujen perusteiden mukaan. Hankintalain 69 §:n 1 momentin mukaan tarjouspyyntö on laadittava riittävän selkeästi ja siten, että se tuottaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tuloksia. Tämä on edellytyksenä sille, että hankintaprosessi pystytään viemään loppuun hankintalainsäädännön edellyttämällä tavalla. Tarjouspyyntöön liittyvät epäselvyydet, virheellisyydet ja puutteet johtavat yleensä siihen, ettei hankintaprosessia pystytä viemään loppuun hankintalainsäädännön edellyttämällä tavalla.²²⁸

Tarjouspyynnön tarkoituksena on hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen kuvaaminen siten, että sen perusteella saadaan lopullisia, yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia, joiden perusteella tarjouksia voidaan verrata tasapuolisesti.²²⁹ Oikeuskäytännössä on yhtenä merkittävimpänä ongelmana pidetty tarjouspyynnön puutteellisesta, virheellisestä tai epäselvästä sisällöstä aiheutuvaa tarjousten vertailukelvottomuutta. Mikäli tarjoukset eivät ole yhteismitallisia, eivät tarjoukset yleensä ole myöskään vertailukelpoisia. Tarjousten vertailukelvottomuus on puolestaan ollut yksi keskeisimmistä hankintamenettelyn virheellisyyteen johtavista seikoista. Hankin-

²²⁷ Kalima 2007 s. 151.

²²⁸ Kalima 2007 s. 155.

²²⁹ HE 50/2006 vp. s. 86.

tayksiköt ovat tällaisissa tilanteissa yrittäneet saada tarjouksia yhteismitallisiksi ja vertailukelpoisiksi täsmennyksiä pyytämällä. Täsmennysten pyytäminen saattaa kuitenkin vaarantaa tarjousten tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun, jos yritykset voivat jälkikäteen parantaa aikaisemmin antamiinsa tarjouksiaan.²³⁰ Markkinaoikeuden ratkaisun 37/04 mukaan hankinnassa noudatettua menettelyä tuli arvioida ottaen huomioon hankintalain tarkoitus, joka on tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaaminen. Hankintalain tavoitteena on turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailussa. Hankintalain 2 §:n 1 momentin mukaan hankintamenettelyn osallistujia on kohdeltava tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Hankintalain pääperiaatteena on hankintojen kilpailuttaminen sekä tarjouksen tekijöiden syrjimätön ja tasapuolinen kohtelu. Kilpailuttamisen päämuotona on tarjousmenettely, jossa tarjouksen tekijät toisistaan tietämättä esittävät tarjouksensa, joiden perusteella hankintayksikkö tekee ratkaisun. Menettelyn perustana on se, että sekä tarjouksen tekijät että hankintayksikkö pitävät lähtökohtana tarjousten lopullisuutta. Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, ettei kenellekään tarjoajalle anneta mahdollisuutta parantaa tarjoustaan.²³¹

Jos hankintayksikkö pyytää täydennystä tarjouksiin, sen on huolehdittava, että tarjoajien yhdenvertaisuus ja syrjimätön kohtelu eivät vaarannu. Toisaalta hankintayksiköllä on velvollisuus saattaa saamansa tarjoukset vertailukelpoisiksi. Yhdellekään tarjoajalle ei kuitenkaan tule tarjota mahdollisuutta parantaa tarjoustaan.²³² Tarjouspyynnön lopullisuudella tarkoitetaan sitä, että tarjouspyynnössä esitetyistä edellytyksistä ei yleensä voida myöhemmin poiketa. Tarjouspyynnön pohjalta yritykset antavat lopulliset tarjoukset. Mikäli hankintayksikkö kuitenkin joutuu täydentämään tarjouspyyntöään joltain osin saattaakseen tarjoukset yhteismitallisiksi, koska tarjouspyyntö on ollut puutteellinen, virheellinen tai epäselvä, on hankintayksikön erityisesti huolehdittava siitä, ettei tarjoajien keskinäinen tasa-arvo vaarannu. Lisätiedot on täten annettava kaikille tarjoajille samansisältöisinä ja samanaikaisesti. Mikäli jotain tarjouspyynnön kohtaa joudutaan täsmentämään, on jokaiselle tarjoajalle varattava yhtäläinen tilaisuus täsmentää vastaavasti tarjouksiaan.²³³

²³⁰ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 211.

²³¹ MAO 37/04, 215/03/JH, 26.2.2004. Tapauksessa Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus (Stakes) oli pyytänyt tarjouksia kokonaisvaltaisen työterveyshuollon palvelujen tuottamisesta. Suomen Terveystalo Oyj oli jättänyt tarjouksensa tarjousten jättämiseksi asetetun määräajan puitteissa. Suomen Terveystalo Oyj oli kuitenkin muuttanut tarjousten jättämiseksi asetetun määräajan umpeutumisen jälkeen alkuperäisen tarjouksensa ehtoja ilman, että vastaavaa tarkistamismahdollisuutta olisi annettu muille tarjouskilpailuun osallistuneille yrityksille.

²³² Lukkarinen 2007 s. 145.

²³³ Kalima 2007 s. 170.

Aikaisemmassa hankintalaissa ei ollut säädetty tarkemmin tarjouspyynnön sisällöstä. Tarjouspyynnössä ja soveltuvin osin myös hankintailmoituksessa on ilmoitettava lain 69 §:n 2 momentin mukaan seuraavat asiat: 1) hankinnan kohde noudattaen soveltuvin osin, mitä teknisistä eritelmistä 44 ja 45 §:ssä säädetään; 2) ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä kelpoisuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat ja muut vaatimukset sekä luettelo asiakirjoista, joita ehdokkaan tai tarjoajan on tätä varten toimitettava; 3) tarjouksen valintaperuste sekä käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteet ja niiden tärkeysjärjestys; 4) määräaika tarjousten tekemiselle; 5) osoite, johon tarjoukset on toimitettava; sekä 6) tarjousten voimassaoloaika. Hankinnan onnistuminen edellyttää, että tarjoajilla on mahdollisimman tarkka käsitys hankinnan kohteesta. Potentiaalisille tarjoajille annettava riittävä tieto valintaperusteita turvaa tarjoajien yhdenvertaisuutta. Hankintalain 69 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikön on siten ilmoitettava tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa myös kaikki muut tiedot, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyssä tai tarjouksen tekemisessä. Hankintayksikön on harkittava tarjouspyynnön tarkempaa sisältöä hankinnan luonteen ja laajuuden perusteella. Hankintalain 69 §:n 4 momentin mukaan, jos tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen sisällöt poikkeavat toisistaan, on noudatettava mitä hankintailmoituksessa on ilmoitettu.

Hankintalain 69 §:n 3 momentin mukaan tarjouspyynnön laatimisessa voidaan myös noudattaa soveltuvin osin, mitä 7 luvussa säädetään. Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden arvioimiseksi vaadittavien selvitysten osalta voidaan noudattaa soveltuvin osin, mitä 55–59 §:ssä säädetään, vaikka hankintalain 7 luku ja kyseiset muun muassa tarjouspyynnön lähettämistä, neuvottelukutsua, teknisiä määrittelyjä, ympäristöominaisuuksia, alihankintaa ja viestintää koskevia säännöksiä on sovellettava lähtökohtaisesti EU-kynnysarvon ylittävissä muissa kuin liitteen B-hankinnoissa eli muissa kuin esimerkiksi sosiaali- ja terveystalouden hankinnoissa. Hankintayksikkö voi siis edellyttää tarjoajilta myös lain 55 – 59 §:ssä tarkoitettuja selvityksiä. Siten tarjouspyynnössä voidaan pyytää tarjoajien taloudellisen aseman toteamiseksi esimerkiksi pankin tai luottolaitoksen lausunto, tilinpäätösasiakirjoja ja liikevaihtoja koskevia tietoja. Teknistä suorituskykyä ja tarjoajien ja henkilöstön ammatillista pätevyyttä voidaan selvittää esimerkiksi asiakirjoilla ja selvityksillä tarjoajien johtohenkilöiden koulutuksesta ja ammatillisesta pätevyydestä, laadunvarmistuksessa käytetyistä välineistä, palvelun tuotannossa käytetyistä työvälineistä, kalustosta ja teknisistä laitteista ja alihankkijoiden käytöstä. Esimerkiksi yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain (152/1990) 4 §:n mukaan palvelujen tuottajalla on oltava lääninhallituksen lupa terveydenhuollon palvelujen antamiseen.

Hankintalain 70 §:n mukaan tarjouspyyntö ja siihen perustuvat tarjoukset on tehtävä kirjallisesti. Menettelyn kirjallinen muoto on lähtökohta, josta voidaan poiketa vain poikkeuksellisesti suora-hankinnassa ja neuvottelumenettelyssä, kuten erityisen kiireellisessä hankinnassa, jos kirjallinen hankinta ei ole perustellusta syystä tarkoituksenmukainen. Säännöksen mukaan jos kirjallinen tarjouspyyntö- ja tarjousmenettely ei perustellusta syystä ole tarkoituksenmukainen, hankintayksikön on kuitenkin pidettävä pöytäkirjaa tarjoajien kanssa käytävistä neuvotteluista, josta ilmenevät menettelyn kulkuun ja tarjoajien asemaan vaikuttavat tiedot. Koska kirjallisen tarjouspyynnön puuttuminen vähentää tarjousmenettelyn läpinäkyvyyttä ja tarjoajien tasapuolista kohtelua, tulisi suulliset tarjouspyynnöt rajoittua ainoastaan poikkeuksellisiin tilanteisiin.²³⁴ Hankintalain esitöissä ei oteta kantaa siihen, tarkoitetaanko kiireellisellä hankinnalla suora-hankintaan oikeuttavaa kiirettä ja varsinaisesti suora-hankinnan tekemistä. Ilmeisesti suullinen tarjouspyyntö olisi hankintalain mukaan mahdollinen myös muissa kiireellisissä hankinnoissa, sillä esitöissä todetaan erikseen suullisen tarjouspyynnön olevan lisäksi mahdollinen neuvottelumenettelyssä ja suora-hankinnan perusteluissa tapauksissa. Erityisesti ei ole otettu kantaa siihen, mitä nämä perustellut tapaukset käytännössä ovat.²³⁵

Hankintalain 70 §:n 2 momentin mukaan tarjouspyyntö on avoimessa menettelyssä toimitettava viipymättä sitä pyytäneille toimittajille tai saatettava toimittajien saataville sähköisiä menettelytapoja käyttäen. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö ei näin ollen voi kieltäytyä tarjouspyyntöä koskevien asiakirjojen toimittamisesta esimerkiksi sillä perusteella, että sillä saattaisi olla myöhemmin mahdollisuus sulkea tarjoaja pois tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö ei siten vielä tässä menettelyn vaiheessa voi arvioida toimittajan soveltuvuutta tai edellytyksiä hankinnan toteuttamiseen. Muissa hankintamenettelyissä tarjouspyyntö on toimitettava menettelyyn valituille ehdokkaille. Tarjouspyyntö on toimitettava samanaikaisesti kaikille ehdokkaille, jotta ehdokkaiden yhdenvertainen kohtelu pystytään turvaamaan. Hankintalain 70 §:n 3 momentin mukaan ehdokkaille on myös varattava hankinnan laajuus ja laatu huomioon ottaen kohtuullinen aika tarjousten tekemiseen.

5.2. Tarjoajan valinta

Hankintamenettelyn kannalta merkittävin vaihe on tarjoajien ja tarjouksen valinta. Tätä vaihetta koskevat hankintalain 71 – 72 §. Valinta on hankintalain 71 ja 72 §:n mukaan kaksivaiheinen prosessi, missä ensimmäisessä vaiheessa tulee ratkaista tarjoajan kelpoisuusehdot tarjoajana ja vasta

²³⁴ HE 50/2006 vp. s. 115.

²³⁵ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 209.

sen jälkeen tulee ratkaista tarjouksen kohteeseen liittyvien tekijöiden perusteella se, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin. Tarjoajien ja tarjousten vertailuun liittyvät seikat ovat olleet yleisin hankintalainsäädännön oikeussuojakeinojen käytön syy. Hankintalain 71 §:ssä säädetään tarjoajien valinnasta. Pykälän 1 momentin mukaan tarjoajat on rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä valittava sekä ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus arvioitava kaikissa hankintamenettelyissä ennalta ilmoitettuja, tarjoajien taloudelliseen ja rahoitukselliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskykyyn tai ammatilliseen pätevyyteen liittyviä taikka muita objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita noudattaen. Ehdokkaiden ja tarjoajien valinnassa noudatetaan täten samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Ehdokkaiden ja tarjoajien valinta ja soveltuvuuden arviointi on kuitenkin kansallisen kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa joustavampaa kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Näin ollen esimerkiksi rajoitetussa menettelyssä tarjouskilpailuun voidaan kutsua vähemmän kuin viisi ehdokasta, jos tällainen on objektiivisesti ja syrjimättömästi perusteltua.²³⁶

Tarjoajan soveltuvuutta koskevat perusteet voivat liittyä toimittajien taloudelliseen ja rahoitukselliseen asemaan eli luottokelpoisuuteen sekä ammatilliseen sekä tekniseen pätevyyteen tai muihin hankintayksikön asettamiin perusteisiin. Hankintalain eduskuntakäsittelyssä pidettiin puutteellisena sitä, että kansallisten kynnysarvojen osalta ei itse pykälässä lueteltu esimerkkejä yhtä yksityiskohdaisesti kuin EU- kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta. Erityisesti oltiin huolestuneita siitä, että sosiaali- ja terveystalouden laadun takaamiseksi hankintalaissa pitäisi olla velvoite edellyttää korkeatasoisia palveluntarjoajia. Laadulle tulisi asettaa nykyistä suurempi painoarvo ja asiakkaiden näkökulma tulisi ottaa huomioon jo sopimusehdoissa. Hankintalakiehdotuksen 72 §:ssä on tuotu esille niitä kriteerejä, jotka tulee ottaa huomioon vertaillessa tarjouksia ja harkittaessa mikä niistä olisi kokonaistaloudellisesti edullisin. Ostajan tehtävänä on määrittellä hankinnan ehdot sekä hinnan ja laadun painoarvot. Hankintalaki ei rajoita kriteerien määrittämistä muutoin kuin siten, että niillä ei saa pyrkiä suosimaan tai syrjimään ketään tarjoajaa. Hankintayksiköiden tulisi jo osana hankintaperiaatteitaan asettaa hankinnoille vähimmäiskriteerit tai laatukriteerit, joita ne noudattavat esimerkiksi juuri palveluhankinnoissa. Hankintalaissa säädetään kuitenkin vain hankintojen kilpailuttamismenettelyistä eikä hankintojen sisällöstä.²³⁷

²³⁶ HE 50/2006 vp. s.115.

²³⁷ Pekkala 2007 s. 445, TaVM 26/2006 vp s. 5.

5.3. Tarjoajan sulkeminen pois tarjouskilpailusta

Hankintalain 71 §:n 2 momentin mukaan tarjouskilpailusta tulee sulkea pois ehdokas tai tarjoaja, jolla ei ole teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä hankinnan toteuttamiseksi. Tarjouskilpailusta on suljettava pois sellainen ehdokas tai tarjoaja, jolla ei ole hankintayksikön etukäteen määrittelmiä vähimmäisedellytyksiä hankinnan toteuttamiseen. Hankintayksikkö voi vapaasti määritellä haluamansa vähimmäisedellytykset. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon hankinnan laatu ja laajuus sekä hankinnan toteuttamiseen liittyvät taloudelliset ja muut riskit samalla tavalla kuin EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Valintaperusteiden on oltava syrjimättömiä ja riittävän yksilöityjä, jotta ne eivät anna hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Ehdokkaan tai tarjoajan sulkeminen pois tarjouskilpailusta ja soveltuvuuden arviointi tulee tehdä tarjousmenettelyn erillisenä vaiheena ennen tarjousten vertailua. Soveltuvuuteen liittyviä kriteereitä voidaan kuitenkin poikkeuksellisesti käyttää eräissä palveluhankinnoissa ja urakoissa vielä tarjousvertailussakin.²³⁸ Päätös sulkea ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailusta tulee antaa asianosaiselle tiedoksi hankintalain 73 §:ssä määritellyllä tavalla.

Ehdokkaiden ja tarjoajien poissulkeminen tarjouskilpailusta on säännöksen mukaan mahdollista myös samoin perustein kuin mitä 53 ja 54 §:ssä on EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta säädetty. 53 § koskee vakavia rikoksia ja on pakollinen poissulkemisperuste. 54 § koskee hankinnanvaraisia rikkeitä ja laiminlyöntejä. Lähtökohtaisesti direktiiveistä johtuva pakollinen poissulkemisperuste vakavien rikosten vuoksi koskee vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja, mutta selvää on, ettei tällaisiin rikoksiin syyllistyneitä tule ottaa mukaan tarjouskilpailuun pienemmissäkään hankinnoissa. Poissulkemiseen oikeuttaa myös esimerkiksi eräitä rikoksia koskeva lainvoimainen tuomio, ammatinharjoittamiseen liittyvä lainvastainen teko tai vakava virhe sekä verojen ja sosiaalimaksujen laiminlyöminen. Laki ei kuitenkaan velvoita sulkemaan tällaisiin rikoksiin syyllistynyttä tarjoajaa pois hankintamenettelystä. Mikäli poissulkemisperusteita halutaan soveltaa, on niitä sovellettava samalla tavalla kaikkiin tarjoajiin. Verojen ja sosiaaliturvamaksujen maksamisen laiminlyönyt tarjoaja voitiin sulkea tarjouskilpailusta jo aiemman hankintalain mukaan. Nykyisin tästä säädetään hankintalain 54 §:ssä, johon lain 71 §:n 2 momentissa viitataan. EU-kynnysarvot alittavista hankinnoista ei ole nimenomaan säädetty, että hankintayksikkö saisi käyttää vain lain 54 §:ssä nimenomaisesti lueteltuja poissulkemisperusteita, kuten konkurssia ja sosiaaliturvamaksujen laiminlyöntiä tai ammattiin liittyvästä vakavasta virheestä johtuvaa perustetta, vaikka EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnassa näin onkin. Periaatteessa mitä tahansa merkitykseltään vastaavaa perustetta

²³⁸ Pekkala 2007 s. 445.

Markkinaoikeus on aiemman lainsäädännön aikana käsitellyt useassa ratkaisussaan tarjousten valintaperusteena olevien hinnan ja kokonaistaloudellisen edullisuuden välistä rajanvetoa. Jos hinnan lisäksi valintaperusteena on ilmoitettu muita tekijöitä, kuten laatu, perusteena on pidetty kokonaistaloudellista edullisuutta. Aiemmin hankintayksikkö ei ollut velvollinen ilmoittamaan kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnissa käytettäviä perusteita. Nykyisen lain mukaan perusteet on ilmoitettava tarjousmenettelyn alussa. Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 95/06, arvioitavia asioita olivat palvelun hinta, henkilöstön koulutustaso, hoitohenkilökunnan määrä suhteessa asukasmäärään, toimiva palvelukonsepti, palvelun laatu, laadunhallintajärjestelmä ja toiminnan jatkuvuus. Porin kaupungin vanhusten tehostettua palveluasumista koskevassa tarjouspyynnössä oli valintaperusteiden osalta ilmoitettu, että palvelun kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidaan tarjousten ja arviointikäyntien perusteella ja arvioitavia asioita ovat edellä luetellut asiat. Tarjoajat ovat siten voineet lähteä siitä, että tarjousten valintaperusteena tullaan käyttämään kokonaistaloudellista edullisuutta ja että edellä luetellut seikat muodostavat kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet. Kyseissä tapauksessa hankinnan toteutus katsottiin hankintalain vastaiseksi, koska hankintayksikkö ei ollut perustellut kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailua eikä myöskään ollut soveltanut ilmoittamiaan kriteereitä. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus edellyttää, että hankintayksikön tulee soveltaa etukäteen ilmoittamiaan arviointiperusteita kaikkiin tarjouksiin tasapuolisesti ja syrjimättä. Hankintapäätöksen tulee perustua kaikkiin ennalta ilmoitettuihin arviointiperusteisiin ja hankintapäätöksessä tulee perustella se, miten arviointiperusteita on sovellettu.²⁴³

Markkinaoikeuden useat ratkaisut ilmentävät tuomioiden lähtökohtia. Markkinaoikeus on esimerkiksi tapauksessa MAO 30/06 katsonut, että koska ennalta ilmoitetut arviointiperusteet eivät olleet omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia, tarjoajien tasapuolinen ja syrjimättömän kohtelu ei ollut tarjousvertailussa turvattu. Arviointiperusteiden tulee lisäksi liittyä hankinnan kohteeseen ja olla luonteeltaan syrjimättömiä. Lisäperusteena syrjimättömän kohtelun vaarantumiselle markkinaoikeus on maininnut hankintayksikön rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa. Kyseisessä tapauksessa tarjouspyynnössä ei ollut yksilöity, mitä arviointiperusteilla, kuten laatu ja käyttökustannukset oli tarkoitettu ja miten mainittuja arviointiperusteita tullaan arvioimaan, Markkinaoikeus katsoi, että kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet olivat hankinnan kohde huomioon ottaen siinä määrin yksilöimättömiä, etteivät tarjoajat ole voineet tietää, millä seikoilla tulee arviointiperusteiden osalta olemaan vaikutusta kokonaistaloudellisesti

²⁴³ MAO 95/06, Dnro 12/06/JH, 12.5.2006.

edullisimman tarjouksen selvittämisessä. Täten arviointiperusteet eivät olleet omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia eivätkä turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimättömää kohtelua tarjousvertailussa. Yksilöimättömät arviointiperusteet olivat olleen myös omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa.²⁴⁴

Markkinaoikeuden ratkaisujen mukaan silloin kun hankintayksikkö on tarjouspyynnössä ilmoittanut kokonaistaloudelliselle edullisuudelle kriteereitä, on näitä kriteereitä myös sovellettava. Soveltaminen on käytävä ilmi hankintapäätöksen perusteluista. Jos ennalta ilmoitettuja kriteerejä on sovellettu perusteetta vain osittain, saattaa hankintapäätös johtaa tarjoajien syrjivään kohteluun ja päätöksen kumoamiseen.

5.4.2. Tarjouksen vertailuperusteet

Normaalisti ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä ei tule käyttää tarjousten arvioinnissa. Laadunhallintajärjestelmät, ammatillinen pätevyys ja referenssit ovat sellaisia tekijöitä, jotka liittyvät ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuteen eikä niitä hankintadirektiivin mukaisissa hankinnoissa tule käyttää tarjouksen valinnassa. Hankintalaki sallii kuitenkin kansallisissa hankinnoissa ja erityisesti liitteen B mukaisissa palveluissa joustavamman vertailuperusteiden käytön palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa. Tämä poikkeaa EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sovellettavasta käytännöstä. Hankintalain 72 §:ssä on säädetty hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella olevien kansallisten hankintojen osalta hankintadirektiiveistä poikkeavista menettelytavoista. Perusteena poikkeavalle sääntelylle on se, että EU-kynnysarvoja koskevan säännöksen, joka perustuu hankintadirektiivin 44 artiklaan sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, on koettu rajoittavan kohtuuttomasti tarjouksen valintaa erityisesti toissijaisissa hankinnoissa²⁴⁵. Vastaavaa joustovaraa ei ole tavarahankinnoissa.²⁴⁶ Lähestymistapa vastaa kansallisissa hankinnoissa omaksuttua joustavampaa sääntelyä. Hankintalain 72 §:n mukaan palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa. Erityistä asiantuntemusta, ammattitaitoa ja henkilökohtaista palvelusuoritusta tai rakennustyötä edellyttävissä hankinnoissa

²⁴⁴ MAO 30/06, Dnro 69/04/JH, 3.2.2006. Tapaus koski Kymenlaakson sairaanhoitopiirin kuntayhtymän laboratoriotutkimuspalvelujen hankintoja.

²⁴⁵ Hyvönen ym. s. 246.

²⁴⁶ Pekkala 2007 s. 447.

voidaan siis vielä tarjousten valintavaiheessakin huomioida hankinnan toteuttamiseen liittyvä, palvelun tarjoamisesta tai rakennustyön suorittamisesta vastaavan henkilöstön kelpoisuuden vähimmäisvaatimuksen ylittävä laadunhallintajärjestelmä, pätevyys, kokemus ja ammattitaito. Näin ollen hankintayksiköllä on mahdollisuus antaa tarjousten arvioinnissa lisäpisteitä vähimmäisvaatimukset ylittävästä ammattitaidosta, kuten lisätutkinnosta, jolla on merkitystä palvelun suorittamiselle. Vähimmäisvaatimukset ylittävän kelpoisuuden huomioimista voi käyttää esimerkiksi tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävistä suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutushankinnoissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa.²⁴⁷ Sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnassa palvelujentarjoajien ammattitaidolla on usein olennainen merkitys palvelun toteuttamisen kannalta.

Hankintayksikkö voi käytännössä asettaa vähimmäisvaatimukset tasolle, jolla se uskoo saavansa riittävän määrän tarjouksia. Liian tiukat vaatimukset voivat rajoittaa tarjousten määrää. Vaarana on, että saaduista tarjouksista vain yksi täyttää vähimmäisvaatimukset tai että niitä ei täyty yksikään. Lisäpisteitä antamalla voidaan kuitenkin saavuttaa riittävä laatutaso, koska hyvät ja laadukkaat tarjoajat voivat saada laadustaan etua varsinaisessa tarjousvertailussa.²⁴⁸ Hyvän laatutason saavuttaminen onkin erityisen tärkeää juuri sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa. Kilpailuttamisella voidaan hankkia erittäin laadukkaita palveluja, jos vain laatua arviointikriteerinä painotetaan²⁴⁹.

Käyttäessä laatua vertailuperusteena, tulee hankintayksikön yksilöidysti aina luetella ne kriteerit, joista laatu muodostuu. Oikeuskäytännöstä löytyy edelleen liian usein ratkaisuja, joissa vertailuperusteena on käytetty pelkästään sanoja ”laatu”, ”laadunäkökohdat”, ”arvostamme laadukasta työtä” tai muita sellaisia perusteita hankintayksikön yksilöimättä lainkaan, mistä laatu koostuu eli mitkä seikat ovat merkityksellisiä laadun arvioinnissa.²⁵⁰

Kokemus hankintayksikön aikaisemmista hankinnoista on myös ongelmallinen arviointiperuste. Äärimmilleen vietyinä sen käyttäminen estäisi uusien yrittäjien markkinoille pääsyn. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, ettei aikaisempien myönteisten kokemusten käyttäminen ole omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tilanteissa, joissa hankintayksiköllä ei ole kokemusta kaikista tarjoajista. Sitä seikkaa, että toimittajan vaihtumisesta saattaa aiheutua hankintayksikölle ylimääräisiä kustannuksia, ei saada ottaa huomioon uusia yrittäjiä syrjivänä teki-

²⁴⁷ HE 50/2006 vp. s. 116.

²⁴⁸ Pekkala 2007 s. 449.

²⁴⁹ Kalima ym. s. 18.

²⁵⁰ Hyvönen ym. 2007 s.188. Ks. myös MAO 68/2006, Dnro 208/05/JH, 28.3.2006. Tapaus koski Porvoon kaupungin sosiaali- ja terveyskeskuksen vanhusten tehostetun palveluasumisen hankintoja.

jänä.²⁵¹ Palveluja hankittaessa kysymys aikaisemman kokemuksen omaamisesta alalta on arviointikriteerinä ongelmallinen, koska se saattaa kohtuuttomasti estää tai vaikeuttaa uusien toimittajien alalle pääsyä ja siten ehkäistä kilpailua. Mahdollisten referenssien huomioonottaminen liittyyne sitä paitsi usein luonnollisemmin tarjoajan kelpoisuuteen,²⁵² vaikka niiden olemassaoloa sinänsä voitaneen pitää laatuun liittyvänä seikkana.²⁵³

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 19/08 oli kyse aikaisempien huonojen kokemusten huomioonottamisesta arviointiperusteena. Hankintayksikkö oli hankintapäätöksen mukaan arvioinut tarjoajia oman aikaisemman kokemuksensa perusteella. Hankintayksikkö oli esittänyt, että aikaisempaan toimittajana toimineen hakijan toiminnan laadussa oli ollut ongelmia, sekä laboratoriotoiminnan lääketieteelliseen työhön että yhteistyöhön liittyvissä kysymyksissä. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, ettei tarjousvertailussa ole sinänsä kiellettyä ottaa huomioon hankintayksiköllä itsellään olevia kokemuksia tarjoajien aikaisempien toimistusten huonosta laadusta, kunhan mainitut kokemukset ovat perusteltuja ja objektiivisesti hyväksyttäviä.²⁵⁴

Aiemman hankintalain mukaan hankintayksiköllä ei ollut velvollisuutta ilmoittaa vertailuperusteiden tärkeysjärjestystä. Voimassa olevaan lakiin velvollisuus kuitenkin otettiin, koska se lisää läpinäkyvyyttä, tarjoajien tasapuolista kohtelua ja parantaa tarjoajien mahdollisuuksia käyttää oikeus- suojakeinoja.²⁵⁵ Hankintalain 72 §:n 2 momentin mukaan, jos valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, arvioinnissa käytettävät vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä tai molemmissa ja tätä järjestystä tulee käyttää myös tarjouksia vertaillessa. Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa ei edellytetä, että hankintailmoituksessa ilmoitettaisiin vertailuperusteiden suhteelliset painoarvot. Tarjousten arviointiperusteita ei tarvitse myöskään välttämättä pisteyttää²⁵⁶. Hankintayksikkö voi kuitenkin aina halutessaan ilmoittaa myös perusteiden painotukset. Säännöksen mukaan vertailuperusteiden asettamisessa voidaan noudattaa myös soveltuvin osin, mitä hankintalain 62 §:ssä säädetään. Siten kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää esimerkiksi laa-

²⁵¹ Kalima 2007 s. 209.

²⁵² Asia C-315/01 *Geschellshaft für Abfallentsorgungs- Technik (GAT)*, Referenssien lukumäärää voitiin tuomioistuimen mielestä käyttää perusteena, jonka mukaan varmistetaan tarjoajan soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen, mutta ei sopimuksen tekemisen perusteena, kohta 67.

²⁵³ Kalima 2007 s. 210, Lindfors 2005 s. 40.

²⁵⁴ MAO 19/06, Dnro 29/07/JH, 15.1.2008. Tapaus koski Pirkanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän koeputkihedelmöityshoidon toimenpide- ja laboratoriopalvelujen hankintoja.

²⁵⁵ HE 50/2006 vp. s. 116.

²⁵⁶ Kalima 2007 s. 205.

tua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huoltopalveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia. Lisäksi hankintayksikkö voi kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidessaan ottaa huomioon muun muassa asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyvät taloudelliset ja laadulliset mitattavissa olevat kriteerit sekä hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestöosan tarpeisiin liittyvät perusteet. Hankintayksikkö on lähtökohtaisesti sidottu tarjouspyynnössä esitettyihin perusteisiin. Tarjouksen valintaperusteet on valittava ja niitä on sovellettava tarjoajien yhdenvertaisuutta vaarantamatta.

Vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen ilmoittaminen jo hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä lisää hankintamenettelyn avoimuutta ja parantaa tarjoajien mahdollisuuksia laatia keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Kun vertailuperusteet ovat tarjoajien tiedossa jo tarjouksia laadittaessa, osaavat tarjoajat arvioida paremmin hankintayksikön tarpeita ja laatia tarjouksensa niitä vastaaviksi. Kuten vertailuperusteiden asettamisessakin, hankintayksiköllä on myös laaja harkintavalta vertailuperusteiden keskinäisen tärkeysjärjestyksen asettamisessa. Hankintayksikkö voi määrittää valitsemiansa vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen vapaasti ottaen kuitenkin huomioon tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimukset.²⁵⁷

Valtaosa julkisiin hankintoihin liittyvistä viime vuosien markkinaoikeuden ratkaisuista on koskenut tarjousten vertailua. Vaikka ratkaisut koskevat aiempaa hankintalainsäädäntöä ja vaikka tarjousten vertailu on lähes aina tapauskohtaista, ratkaisuista on tiivistettävissä tuomioiden peruslähtökohdat, jotka ovat relevantteja jatkossakin. Nämä ovat ensinnäkin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaaminen kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa, ennalta ilmoitettujen vertailuperusteiden noudattaminen sekä vaatimus perustella vertailuperusteiden soveltaminen. Nämä oikeuskäytännöstä johdetut periaatteet kytkeytyvät kiinteästi toisiinsa. Jos ennalta ilmoitettuja vertailuperusteita ei ole noudatettu tai vertailuperusteiden soveltamista ei ole perusteltu, on hankinnassa saatettu kohdella tarjoajia syrjivästi. Syrjiväksi on saatettu näiden lisäksi yksittäistapauksessa katsoa myös sellainen vertailuperusteiden soveltaminen, jossa hankintayksikkö ei ole osoittanut tulkinneensa tarjouksen ja vertailuperusteiden suhdetta yhdenvertaisesti tai jos vertailuperusteet on laadittu yksittäistä tarjoajaa silmälläpitäen.²⁵⁸

²⁵⁷ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 309.

²⁵⁸ Lukkarinen 2007 s. 174–175.

5.4.3. Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ja hankintayksikön antaman tuen huomioiminen

Sosiaali- ja terveydenhuollon hankintoihin sovelletaan hankintalain 21 §:n 2 momentin mukaan myös lain 63 §:ää, jossa säädetään poikkeuksellisen alhaisista tarjouksista. Pykälän mukaan hankintayksikkö voi hylätä hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen. Hankintayksikön on kirjallisesti pyydettävä tarjoajalta kirjallista selvitystä tarjouksen perusteista ennen tarjouksen hylkäämistä. Ilman selvityspyyntöä tarjousta ei voida hylätä. Selvityspyyntö voi 63 §:n 2 momentin mukaan koskea erityisesti tavaroiden valmistusmenetelmän, palvelun suorittamisen tai rakennusmenetelmän taloudellisia ja teknisiä ratkaisuja, poikkeuksellisen edullisia hankinnan toteuttamista koskevia ehtoja, ehdotetun ratkaisun omintakeisuutta, hankinnan toteuttamispaikan työsuojelua ja työoloja koskevien velvoitteiden noudattamista tai tarjoajan saamaa valtiontukea. Hankintalain 63 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikkö voi myös hylätä tarjouksen, joka on hinnaltaan poikkeuksellisen alhainen tarjoajan saaman lainvastaisen valtiontuen vuoksi. Ennen hylkäämispäätöstä tarjoajalle on varattava kohtuullinen aika sen osoittamiseksi, että valtiontuki on myönnetty laillisesti.

Hankintalain 64 §:n mukaan hankintayksikön antama tuki on huomioitava tarjousten vertailussa. Säännös on sijoitettu EU-hankintoja koskevaan lain II osaan, mutta lain 21 §:n viittaussäännöksen mukaan oikeusohjetta tulee soveltaa myös kansallisissa hankinnoissa. 64 §:n mukaan jos tarjoajana on hankintayksikön omaan organisaatioon kuuluva yksikkö taikka, jos tarjoaja on saanut tai on saamassa hankintayksiköltä tarjoushintaan vaikuttavaa taloudellista tukea, hankintayksikön tulee tarjousten vertailussa ottaa huomioon sille aiheutuvat todelliset tarjoushintaan vaikuttavat seikat, kuten 63 §:ssä mainittu taloudellinen tuki. Säännös koskee siis myös tilanteita, joissa hankintayksikkö antaa tarjoushintaan vaikuttavaa taloudellista tukea muulle tarjouksen tekijälle kuin hankintayksikön omistamalle yhteisölle tai laitokselle. Säännös konkretisoi hankintalain 2 §:n 3 momentin tasa-arvoisen kohtelun periaatetta.²⁵⁹

Hankintayksikön omistaman yhteisön tai laitoksen osallistuminen hankintayksikön tai muiden hankintayksiköiden järjestämiin tarjouskilpailuihin on sallittua. Tällöin on kuitenkin varmistuttava siitä, että näitä julkisen sektorin yksiköitä ei syrjitä tai suosita hankintamenettelyssä. Erityisesti niissä tapauksissa, joissa tarjouskilpailuun osallistuva yksikkö kuuluu hankintayksikön omaan organisaatioon, on huolehdittava sen tekemän tarjouksen vertailukelpoisuudesta. Oikeuskäytännössä tämän

²⁵⁹ HE 50/2006 vp. s. 109.

on katsottu edellyttävän kaikkien asiaankuuluvien kustannusten huomioon ottamista tarjousvertailussa. Muussa tapauksessa hankintayksikön tarjoajalle antama tuki voi merkitä sitä, ettei tarjoushinta kuvaa hankintayksikölle aiheutuvaa tosiasiallista kustannusta. Tuen vaikutus on selvitettävä jokaisessa tapauksessa sen varmistamiseksi, että hankinta tehdään mahdollisimman edullisesti.²⁶⁰ Hankintayksikön omaan organisaatioon kuuluvan yksikön tarjous ei ole välttämättä hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisin mahdollisesta halvasta tarjoushinnastaan huolimatta, jos hankintayksikön maksettavaksi lankeaa samalla muita hankintaan liittyviä oman yksikön kustannuksia ja tarjouksen mukainen toimitus edellyttää tilaajayhteisön taloudellista tukea. Tällainen tarjous on vertailukelpoinen muiden tarjousten kanssa vain silloin, kun tilaajayhteisön subvention vaikutus on lisätty tarjoushintaan.²⁶¹

Jos hankintayksikkö tukee muuta kuin omaan organisaatioonsa kuuluvaa tarjouksen tekijää, edellyttää tasapuolisen kohtelun vaatimus sitä, että tällainen tuki tulisi ottaa huomioon tarjousvertailussa samojen periaatteiden mukaisesti kuin silloin, kun hankintayksikkö tukee omaan organisaatioonsa kuuluvaa yksikköä tai laitosta.²⁶² Täten taloudellinen tuki, jolla on vaikutusta tarjoushintaan, tulee tämän tuen määrä lisätä kyseisen tarjoajan tarjoushintaan tarjouksia vertailtaessa.²⁶³

5.5. Tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen hylkääminen

Hankintayksiköllä on paitsi oikeus myös velvollisuus hylätä tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous. Tällä pyritään turvaamaan tarjoajien yhdenvertainen kohtelu. Tarjouksen on vastattava muun muassa sopimus- tai hankintakauden, palvelun sisällön ja esimerkiksi lukumäärätietojen osalta tarjouspyyntöä. Tarjousten tarjouspyynnön mukaisuutta on arvioitu lukuisissa markkinaoikeuden ratkaisuissa. Tarjoaja kantaa vastuun siitä, että sen tarjous on tarjouspyynnön mukainen. Toisaalta hankintayksikkö voi tarjouspyynnön sisältöä määritellesään vaikuttaa ratkaisevasti siihen, että tarjoukset ovat yksiselitteisiä ja keskenään vertailukelpoisia. Liian yleiset tarjouksen valintakriteerit vaikeuttavat tarjousten vertailua. Markkinaoikeus onkin tarjousten tarjouspyynnön mukaisuutta arvioiessaan kiinnittänyt huomiota hyvin yksityiskohtaisiin yksityiskohtiin, jos tällaiset kriteerit on mainittu tarjouspyynnössä. Vähäisiltäkin tuntuvat puutteet yksityiskohdissa ovat saattaneet johtaa tarjouksen hylkäämiseen.²⁶⁴

²⁶⁰ HE 50/2006 vp. s. 109.

²⁶¹ HE 50/2006 vp. s. 109.

²⁶² HE 50/2006 vp. s. 109.

²⁶³ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 311.

²⁶⁴ Lukkarinen 2007 s. 200.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 149/05, markkinaoikeus vahvisti, että hankintayksikön edellyttämät tiedot oli kaikilta osin tullut sisällyttää tarjouksiin. Tämän luonnollisen lähtökohdan lisäksi markkinaoikeus katsoi, että tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää, että tarjouksia arvioidaan lähtökohtaisesti sellaisina kuin ne on toimitettu hankintayksikölle tarjousten jättämiselle asetettuun määräaikaan mennessä. Tässä tapauksessa hankintayksikkö oli hankkinut puuttuvat tiedot muualta, mikä ei estänyt tarjouksen hylkäämistä hankintalain vastaisena.

Tapauksessa MAO 149/05, tarjouksen valintaperusteena oli tarjouspyynnön mukaan kokonaistaloudellinen edullisuus. Hankintayksikkö (Loimaan seudun kansanterveys-työn kuntayhtymä) oli ilmoittanut kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteiksi palvelujen hinnan, hammaslääkärin kokemuksen ja ammattitaidon, vastaanoton toimintavarmuuden ja palvelujen saatavuuden sekä vastaanoton sijainnin. Palvelujen hinnan painoarvoksi oli ilmoitettu 50 prosenttia ja muiden painoarvoksi yhteensä 50 prosenttia. Tarjouspyynnön mukaan tarjousten on tullut sisältää muun ohella tiedot tarjoajan kapasiteetista (kliinistä työtuntia/kk) tunnin tarkkuudella lomakausia lukuun ottamatta. Tarjouksen on tullut edelleen sisältää vastaanoton tarkat yhteystiedot. Hammasklinikka Dentorin tarjouksessa on ilmoitettu kaikki edellä mainitut tiedot. X:n antamasta tarjouksesta ei sitä vastoin ilmene tarjoajan kapasiteettia eli sitä, kuinka monta tuntia kuukaudessa X voi palvella hankintayksikön asiakkaita. X:n tarjouksessa ei liioin ole ilmoitettu vastaanoton tarkkaa yhteystietoa. X:n tarjous on siten tarjouspyynnön vastainen. Hankintayksikön olisi näin ollen tullut virheettömässä hankintamenettelyssä hylätä X:n tarjous tarjouspyyntöä vastaamattomana. X:n tarjous oli edellä sanotusta huolimatta otettu mukaan tarjousten vertailuun, ja hankintayksikön laatimaan tarjousten vertailutaulukkoon oli merkitty tiedot X:n edellä tarkoitetusta kapasiteetista ja vastaanoton sijainnista. Asiakirjoista ei ilmene miten hankintayksikkö on saanut nämä tiedot. Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää, että tarjouksia arvioidaan lähtökohtaisesti sellaisina kuin ne on toimitettu hankintayksikölle tarjousten jättämiselle asetettuun määräaikaan mennessä. Tässä tapauksessa tarjousten vertailu ja perusteella tehty hankintapäätös ovat perustuneet kahden tarjouskilpailun ratkaisemisen kannalta merkittävän seikan osalta tietoihin, jotka eivät olleet saatavissa hankintayksikölle annetuista tarjouksista. Hankintayksikkö on näin ollen menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti, kun se on ottanut tarjousvertailuun X:n tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen ja käyttänyt

tarjouksia vertaillaessaan tarjouksista ilmenemättömiä ja tarjouskilpailun ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä tietoja.

Markkinaoikeus totesi päätöksessään myös sen, että oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että sisällöltään tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen hylkääminen ei ole ainoastaan hankintayksikön oikeus, vaan hankintayksikkö on tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi velvollinen hylkäämään tarjouspyynnön vastaisen tarjouksen.²⁶⁵ Tarjoajan on myös vastattava kaikkiin tarjouspyynnössä edellytettyihin kriteereihin. Tämä periaate koskee kaikkia tarjouspyynnön yksityiskohtia. Tietojen puutteellisuus tai virheellisyys voi johtaa tarjouksen hylkäämiseen tarjouspyyntöä vastaamattomana.²⁶⁶ Hankintayksikön velvollisuutena on myös hylätä tarjoukset, jotka ovat saapuneet tarjouskilpailussa asetetun määräajan jälkeen.²⁶⁷

5.6. Hankintapäätös

Hankintalain 10 luvussa säädetään hankintaa koskevista päätöksistä ja hankintasopimuksesta. Hankintalain IV osa sisältää yhteiset säännökset hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen tekemisestä sekä oikeusturvakeinoista. Näitä säännöksiä sovelletaan yhtäläisesti sekä EU- kynnysarvot ylittäviin että EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin. Hankintalain 73 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuksista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava. Päätöksen tulisi sisältää olennaiset tiedot tarjouskilpailun ratkaisemisesta sekä siihen vaikuttaneista keskeisistä seikoista, joiden perusteella menettelyyn osallistuneilla on mahdollisuus arvioida menettelyn tasapuolisuutta. Tällaisia seikkoja ovat voittaneen tarjoajan nimi, ehdokkaan, tarjoajan ja tarjouksen valintaperusteet sekä niiden soveltamistapa. Päätöksestä tulisi niin ikään käydä ilmi myös perusteet neuvottelumenettelyn, puitejärjestelyn tai suora hankinnan käytölle. Myös tarjoajien ja ehdokkaiden asemaan vaikuttavista muista ratkaisuksista tulisi tehdä kirjalliset päätökset. Jos esimerkiksi yksi tai useampi tarjoajista on suljettu tarjouskilpailun ulkopuolelle, hankintapäätöksessä on mainittava perusteet ratkaisulle. Myös mahdollisten jatkoneuvottelujen tarjoajia koskevat valinnat on perusteltava päätöksessä. Hankintayksikön harkinnassa olisi kuitenkin päättää, missä vaiheessa se ilmoittaa tarjousten käsittelyn aikana tekemistään ratkaisuksista. Hankintayksikön olisi kuitenkin ilmoitettava asianosaisille tekemis-

²⁶⁵ MAO 149/05, Dnro 5/05/JH, 14.6.2005.

²⁶⁶ Lukkarinen 2007 s. 206.

²⁶⁷ Hyvönen 2007 s. 252.

tään ratkaisusta mahdollisimman nopeasti hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti ja erityisesti yhdenvertaisen kohtelun lähtökohdat huomioiden.²⁶⁸

Hankintalain 73 §:n 1 momentin mukaan hankintapäätökseen tulee liittää kirjallinen ohje eli hakemusosoitus asian saattamisesta markkinaoikeuteen. Päätös perusteluineen sekä hakemusosoitus on annettava tiedoksi kirjallisesti niille, joita asia koskee. Muutoksenhauille säädetty määräaika lähtisi kulumaan siitä, kun hakija on saanut tai kun tämän katsotaan saaneen perustellun päätöksen muutoksenhakuohjeineen tiedoksi. Hankintalain 73 §:n 1 momentin mukaan ehdokkaan ja tarjoajan katsotaan saaneen päätöksen ja hakemusosoituksen tiedoksi, jollei muuta näytetä, seitsemän päivän kuluttua niiden lähettämisestä. Päätöksen tiedoksiantotapaa ei ole hankintalaissa kirjallisen muodon vaatimusta lukuun ottamatta tarkemmin määritelty. Hankintapäätös voidaan antaa tiedoksi tavallisena kirjelähetyksenä tai todisteellisesti. Hankintalain 73 §:n 2 momentin mukaan hakemusosoitusta koskee soveltuvin osin, mitä hallintolainkäyttölain (586/1996) 3 luvussa valitusosoituksesta säädetään. Valitusosoituksessa on siis mainittava valitusviranomainen, viranomainen, jolle valituskirjelmä on toimitettava sekä valitusaika ja mistä se lasketaan. Hankintalain mukaisissa asioissa markkinaoikeus on sekä hakemuksen käsittelevä ja ratkaiseva viranomainen että viranomainen, jolle hakemus on toimitettava. Valitusosoituksessa on myös mainittava valitusaika ja mistä se lasketaan. Hankintalain mukaisissa asioissa määräaika hakemuksen tekemiselle markkinaoikeuteen on 14 päivää ja se lasketaan siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on saanut kirjallisesti tiedon hankintaa koskevasta päätöksestä sekä hakemusosoituksen.

²⁶⁸ HE 50/2006 vp. s.117.

6. Johtopäätökset

6.1. Mitkä menettelyt tulevat kyseeseen

Hankintatoiminnassa on keskeistä se, mikä hankintamenettely valitaan. Asialla on merkitystä sekä tilaajan että tarjousten tekijöiden kannalta. Hankintamenettely vaikuttaa keskeisesti kilpailuttamistapahtumaan. Aina sallittuina hankintamenettelyinä ovat avoin- ja rajoitettu menettely. Avoin menettely tulee kyseeseen erityisesti sellaisissa palveluhankinnoissa, joissa tarjoajia on paljon ja joissa palvelutehtävän määrittely on helppoa. Näin ollen avoin menettely soveltuu melko huonosti sosiaali- terveyspalvelujen hankintoihin. Kokonaistaloudellinen valintaperuste ja laadun huomioon ottaminen on sinänsä mahdollista myös avoimessa menettelyssä, mutta runsaan tarjoajamäärän kohdalla vertailu erilaisten tarjousten tekijöiden kohdalla voi olla vaikeaa, mikä lisää myös mahdollisten valittajien määrää.

Palveluhankinnoissa käytettäväksi tulee ensisijassa rajoitettu hankintamenettely tai neuvottelumenettely, jonka käyttömahdollisuuksia on kansallisissa hankinnoissa uudessa hankintalaissa olennaisesti laajennettu. Rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö valitsee kilpailuun mukaan otettavat yritykset kilpailuprosessin yksinkertaistamiseksi ja transaktiokustannusten vähentämiseksi. Menettely on myös yritysten kannalta tarkoituksenmukaista, koska niiden ei tarvitse tehdä turhia tarjouksia tilanteissa, joissa niiden menestymismahdollisuudet ovat rajalliset. Rajoitetun menettelyn käyttö tulee todennäköisesti yleistymään, sillä se mahdollistaa tarjoajien rajaamisen jo alkuvaiheessa. Samalla pystytään rajaamaan käsiteltäviksi tulevien tarjousten määrää. Hankintayksikön on rajoitetussa menettelyssä kiinnitettävä erityistä huomiota tarjoajien valintaan, jonka on tapahduttava myös alueellisesti puolueettomin ja tasapuolisin perustein siten, ettei oman kunnan tarjoajaa suosita muiden tarjoajien kustannuksella.

Neuvottelumenettely soveltuu hyvin sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintaan. Neuvottelumenettelyssä korostuu hankittavan palvelun sisällön avoimuus, jota pyritään neuvotteluissa tarkentamaan. Neuvottelumenettely on sallittu ilman erityisiä edellytyksiä, mikäli hankinnan kokonaisarvo on alle 50 000 euroa. Uuden lain mukaan neuvottelumenettely on lisäksi sallittu edellä mainitusta raja-arvosta riippumatta lain 66 §:stä tarkemmin ilmenevin erityisin perustein. Lain asettamat neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset ovat tulkinnanvaraisia ja neuvottelumenettely poikkeaa myös lain asettamasta avoimuuden periaatteesta. Koska neuvottelumenettely poikkeaa avoimuudeltaan ensisijaisesti käytävissä olevista hankintamenettelyistä eli avoimesta ja rajoitetusta menettelystä, saattaa

neuvottelumenettelyn käyttö vaarantaa syrjimättömyyden toteutumisen. Tämän vuoksi hankintayksikön on aina huolellisesti varmistettava, että neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset ovat olemassa. Hankintayksiköllä on myös perusteluvelvollisuus neuvottelumenettelyn käytön edellytysten täyttymisestä. Erityisesti neuvottelumenettelyssä olisi oltava luottamuksellisuuden ja syrjimättömyyden takaavat menettelyt.

Suorahankinta on sallittu vain laissa erikseen säädetyissä tilanteissa. Uudessa hankintalaissa suorahankinnan käyttöalaa on kuitenkin laajennettu sallimalla se yksittäisissä sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnoissa. Suorahankinta poikkeaa hankintalainsäädännön kilpailuttamisen tavoitteesta. Suorahankintana toteutettavaa hankintaa ei tarvitse edes ilmoittaa. Suorahankinnassa hankintalain tavoitteet kilpailuttamisesta sekä tarjoajien syrjimättömästä kohtelusta ovat vastakkain yksilön edun kanssa. Suorahankinnassa yksilön etu menee lain tavoitteiden edelle. Sääntely suorahankinnasta kuvastaa hyvin sosiaali- ja terveystalouden palvelujen erityislaatuisuutta sekä näiden palvelujen hankintojen monimutkaisuutta verrattuna esimerkiksi tavaroiden hankintaan. Sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnoissa tulee ottaa huomioon erityiskysymyksiä, jotka eivät liity muihin hankintoihin. Näitä erityiskysymyksiä ovat hoitotehtävien inhimilliset näkökohdat ja erityisesti palvelujen laadun turvaaminen. Hankintayksiköiden on oltava huolellisia, että suorahankinnan kaikki edellytykset täyttyvät samanaikaisesti ja ettei suorahankinnan käytöllä pyritä suosimaan aiempaa palveluntarjoajaa. Hankintayksiköt eivät voi esimerkiksi perustella suorahankinnan tekemistä sillä, että niiden tiedossa oleva yritys on paras, minkä vuoksi kilpailun järjestäminen olisi turhaa ja kallista. Hankintayksiköt eivät myöskään voi vedota siihen, että markkinoilla ei ole kuin yksi toimija, joka hankkeen voisi toteuttaa. Tällaiset perusteet eivät täytä laissa lueteltuja suorahankinnan edellytyksiä. Kyseessä on oltava erityinen ja poikkeava tilanne, jolloin esimerkiksi neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoitosuhteen turvaamiseksi. Suorahankinnan käyttöedellytykset ovat näin ollen hyvin tiukat, joten suorahankinta tulee vain harvoin kyseeseen.

Osa hankintalain menettelyistä turvaa hankintalain periaatteet. Osa niistä menettelyistä, jotka tulevat kyseeseen sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnoissa, kuten neuvottelumenettely ja suorahankinta eivät toteuta avoimuutta eivätkä aina yhdenvertaisuuttakaan. Menettelyjen käyttö on kuitenkin usein perusteltua juuri sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnoissa. Rajoitettu menettely soveltuu sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankintoihin. Rajoitettu menettely turvaa periaatteiden toteutumisen ja on siten ensisijainen menettely sosiaali- terveystalouden palvelujen hankinnoissa. Yritykset saattavat helposti

riitauttaa kilpailuttamisprosessin oikeellisuuden. Hankintayksikön tulisikin hallita hankintamenettelyjen käyttö hyvin, jolloin välttyttäisiin muutoksenhauilta.

6.2. Ilmoittaminen avoimuuden toteuttajana ja tarjouspyynnön merkitys

Ilmoittamisella varmistetaan avoimuusperiaatteen toteutuminen tarjouskilpailussa. Julkisissa hankinnoissa on tärkeää, että yritykset saavat riittävästi tietoja meneillään olevista tarjouskilpailuista. Hankinnoista ja tarjouspyynnöstä tiedottaminen mahdollistaa myös pienten ja keskisuurten yritysten pääsyn julkisten hankintojen markkinoille. Tällä varmistetaan aito kilpailu ja myös mahdollisuus tehdä hankinnat taloudellisesti. Uuden hankintalain mukaan kaikista kansallisista hankinnoista on tehtävä ilmoitus. Sosiaali- ja terveystalouden osalta, jos 50 000 euron kansallinen kynnyksiarvo ylittyy, on aina tehtävä hankintailmoitus. Näitä palveluja ei koske hankintadirektiivin vaatimus yhteisön laajuisesta ilmoittamisesta. Tämä on kuitenkin yhteisöoikeuden avoimuusperiaatteen vastaista. Kansallinen ilmoittaminen syrjii myös toisesta jäsenvaltiosta tulevaa tarjoajaa. Tulisiko toissijaiset palvelut siis ilmoittaa myös yhteisön laajuisesti, jolloin myös toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva yritys voisi osallistua tarjouskilpailuun? Toisaalta ottaen huomioon sosiaali- ja terveystalouden erityislaatuisuus, yhteisön laajuinen ilmoittelu voisi olla suhteellisuusperiaatteen vastaista ja epätarkoituksenmukaista. Laki ei myöskään velvoita ilmoittamaan näistä palveluista yhteisön laajuisesti, joten se jää hankintayksikön omaan harkintaan. Kansallisen ilmoittelu tapahtuu Internetissä suomenkielisillä sivuilla. Mikään ei siis toisaalta estä toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevaa yritystä osallistumasta tarjouskilpailuun, jos siellä vain osataan suomen kieltä ja näin ollen pystytään selvittämään tarjouspyynnön sisältö. Tällöin hankintayksikön on otettava toisesta jäsenvaltiosta tullut tarjous yhdenvertaisesti huomioon, eikä sitä saa syrjiä suhteessa kansallisiin yrityksiin.

Tarjouspyyntö on tärkein hankintadokumentti. Tämän vuoksi tarjouspyyntö on laadittava hankintayksiköissä niin selkeästi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Tarjouspyyntö on hankintaprosessin tärkein asiakirja, joten sen laatimiseen on varattava riittävästi aikaa. Tarjouspyyntö on lähtökohtaisesti lopullinen eikä sitä tule kilpailun edetessä muuttaa. Tarjouspyynnön laatimisessa alan asiantuntemus on tärkeää. Tällöin tarjouspyyntöön osataan laittaa hankinnan kohteen kannalta olennaiset kriteerit, kuten esimerkiksi palvelujen laatu ja mitä sillä tarkalleen ottaen tarkoitetaan kyseessä olevassa hankinnassa. Ehdokkaille ja tarjoajille tarjouspyynnössä asetetut vaatimukset tulisivat olla yhteydessä hankintaan tai sen toteuttamiseen. Liian tiukat soveltuvuusvaatimukset voivat olla muutoksenhaun perusteena. Muutoksenhaun perus-

teena voi olla myös se, jos soveltuvuusvaatimukset eivät ole yhteydessä hankintaan. Yleisenä ongelmana ovat olleet tarjouspyynnön puutteet. Tarjouspyynnöissä on voinut olla epäselviä muotoiluja tai termejä sekä vertailukelvottomia arvostelukriteereitä. Myös tarjoajan näkökulmasta tarjouspyyntö on tärkein dokumentti. Tarjouksen on aina sisällytettävä kaikki pyydetty seikat. Tarjousten vertailussa voidaan ottaa huomioon vain tarjouksessa esitetyt tiedot. Jos tarjous ei vastaa tarjouspyyntöä, hankintayksiköllä on, ei vain oikeus, mutta myös velvollisuus hylätä tarjous. Tämä velvoite toteuttaa osaltaan yhdenvertaisuuden toteutumista. Myöhästynyttä tarjousta ei myöskään saa hyväksyä, vaan se on suljettava pois tarjouskilpailusta.

6.3. Kokonaistaloudellinen edullisuus tarjouksen valintaperusteena

Hankintamenettelyn kannalta merkittävin vaihe on tarjoajien ja tarjouksen valinta. Hankintalain mukaan tarjouksista on valittava se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Sosiaali- ja terveystaloudellisuuden kohdalla laatu on yksi tärkeimmistä valintakriteereistä. Jos hinnan lisäksi valintaperusteena on ilmoitettu muita tekijöitä, kuten juuri laatu, valintaperusteena pidetään kokonaistaloudellista edullisuutta. Sosiaali- ja terveystaloudellisuudessa valintaperusteena tulee siis käyttää kokonaistaloudellista edullisuutta. Pelkästään hinnan käyttäminen valintaperusteena ei johda hyvään lopputulokseen.

Sosiaali- ja terveystaloudelliset palvelut ovat siitä poikkeuksellisia hankintoja, että myös tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä voidaan käyttää vertailuperusteina ja laadun mittarina. Palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden ammattitaidolla ja pätevyydellä on sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa erityinen merkitys. Hankintayksiköllä on siis mahdollisuus antaa lisäpisteitä esimerkiksi ammattitaidosta, jolla on merkitystä palvelun suorittamiselle. Hankintayksikön on tarkasti määriteltävä ne kriteerit, joista laatu koostuu. Hankintayksikön tulee varoa liian ylimalkaisia, rajoittamattoman harkintavallan hankintayksikölle antavien vertailuperusteiden, kuten ”laatu” käyttöä. Liian epäselvät vertailuperusteiden ja kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerit eivät tuota yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia ja näin ollen saattavat vaarantaa syrjimättömyyden toteutumisen, mikä taas voi olla valitusperusteena yritykselle.

Hankintayksikön tulee asettaa vertailuperusteet myös tärkeysjärjestykseen. Tällä lisätään hankintamenettelyn avoimuutta ja parannetaan yritysten mahdollisuuksia laatia keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Hankintayksikkö voi vähentää yritysten tarvetta muutoksenhakuun, kun se asettaa selke-

ät ja yksityiskohtaiset vertailuperusteet sekä ilmoittaa niiden tärkeysjärjestyksen lain velvoitteiden mukaisesti. Kaikkien vertailuperusteiden tulee ilmetä tarjouspyynnössä. Tarjouksia on verrattava jokaista vertailuperustetta käyttäen. Hankintapäätöksestä on selvittävä perusteiden soveltaminen. Hankintayksiköiden on oltava hyvin huolellisia siinä, etteivät ne laatuvaatimusten ja vertailuperusteiden asettamisella ohjaa tarjouspyyntöä tiettyä tarjoajaa kohden, suosien esimerkiksi omasta kunnasta tulevaa tarjoajaa.

Hankintayksikön tulee hankintaprosessissa ottaa paljon asioita huomioon. Sosiaali- ja terveystaloushankintojen osalta laadun määrittely on tarjouspyynnössä keskeistä, jotta turvataan palvelun tarvitsijan oikeudet. Laatu ja muut tarjousten vertailuperusteet tulee kuitenkin laatia myös niin, että palvelun tarjoajan oikeudet turvataan. Hankintaprosessi on näin ollen hyvin monimutkainen prosessi ja vaatii kunnilta paljon sekä tietotaitoa että resursseja. Hankintalaki koskee vain hankintamenettelyjä. Hankintayksiköillä on näin ollen valta päättää hankinnan sisällöstä. Käyttämällä huolellisesti laadittuja kriteereitä hankintayksiköt voivat saavuttaa laadukkaita palveluja ja samalla välttää yritysten tarpeen muutoksenhakuun.

6.4. Jatkotutkimuksen tarve

Hankintalaki on osittain puutteellinen. Hankintalaissa ei ole muun muassa säännöksiä osatarjousten osalta. Lähtökohtana voidaan kuitenkin pitää, että osatarjoukset ovat kiellettyjä. Osatarjousten hyväksyminen voitaisiin mahdollisesti hyväksyä, jos siitä mainitaan tarjouspyynnössä. Tällöin on varmistuttava myös siitä, että osatarjoukset voidaan vertailla suhteessa kokonaistarjouksiin. Laki vaikenee myös siitä, mitä tarkoitetaan kirjallisella toimitustavalla. Tarjouspyynnössä tulee mainita tarjouksen toimitustapa, joka on useimmiten kirjallinen. Sähköisten toimitustapojen osalta laki vaikenee. Vielä ei ole olemassa yhtenäistä tulkintakäytäntöä siitä, katsotaanko sähköisesti toimitettu tarjous kirjalliseksi. Hankintayksikkö voi tietysti välttää ongelman aina määrittelemällä tarjouspyynnössä, hyväksytäänkö sähköinen toimitustapa. Tulkinnanvaraista on edelleen myös se, milloin kuntien erilainen yhteistoiminta on tulkittava direktiivien ja hankintalain perusteella hankinnaksi ja milloin kuntien välinen yhteistoiminta on kuntalain sallimaa perinteistä yhteistoimintaa.

Aiheena julkiset hankinnat jättää paljon avoimia kysymyksiä, joissa on tutkimisen tarvetta. Onko hankintamenettely loppujen lopuksi kustannustehokasta, ja jos ei ole, niin missä kohden talouden edut menee kilpailuttamisvelvoitteen ja yhdenvertaisuusperiaatteen edelle? Johtaako kilpailuttami-

nen aina parhaaseen laatuun ja tehokkuuteen? Mitä mahdollisuuksia hankintayksiöllä on, jos tarjouskilpailun voittanut tarjoaja ei täytäkään tarjouksessa antamiaan lupauksiaan esimerkiksi juuri laadun kohdalla? Tähän problematiikkaan liittyy läheisesti myös hankintasopimus. Miten hankintasopimus tulee laatia ja mikä sääntely tulee sopimusehtojen sovittelussa kyseeseen?

Tässä tutkimuksessa on selvitetty uuden hankintalain ja vanhan lain aikaisen oikeuskäytännön perusteella, sitä miten hankinta tulisi toteuttaa. Uuden lain aikaista oikeuskäytäntöä ei ole vielä olemassa. Mielenkiintoista onkin nähdä miten tuomioistuimet soveltavat uutta lakia ratkaisuisaan ja mihin suuntaan laintulkinta kehittyy oikeuskäytännön perusteella. Tuleeko yhteisöoikeuden ja sen periaatteiden merkitys kasvamaan hankintalain tulkinnassa ja soveltamiskäytännössä? Vanhan lain aikana kansallisen kynnsarvon ylittävistä hankinnoista ei tarvinnut tehdä lainkaan ilmoitusta. Uusi laki velvoittaa siihen kansallisessa laajuudessa. Voisiko seuraava kehitysaskel olla se, että kaikista hankinnoista tehdään yhteisön laajuinen ilmoitus? Toisaalta suhteellisuusperiaate saattaa tässä kohdin tulla vastaan. Hankintalaki on joka tapauksessa laaja ja osin vaikeaselkoinen ja täten myös välillä hyvinkin tulkinnanvarainen laki. Tuomioistuinten tulevalla ratkaisukäytännöllä tulee olemaan paljon merkitystä lain tulkinnan kannalta.