

TAMPEREEN YLIOPISTO
Johtamiskorkeakoulu

Mauno Ranto

KUNNALLISEN HANKINTAKILPAILUN HYVÄKSYTTÄVYYS

Pro Gradu -tutkielma
Julkisoikeus
Tampere 2013

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

RANTO, MAUNO: Kunnallisen hankintakilpailun hyväksyttävyyden

Pro gradu -tutkielma, xiii + 80 s.

Julkisoikeus

Huhtikuu 2013

Kunnalliset hankinnat muodostavat merkittävän osan maamme bruttokansantuotteesta. Hankintamenettelyjä ja kilpailuttamista sääntelevät hankintalainsäädäntö ja kansainväliset sopimukset. Kunnallisia hankintayksiköitä ovat kunnat, kuntayhtymät ja mm. kunnalliset yhtiöt. Kunnallisten hankintakilpailujen suuresta määrästä johtuen myös virheitä tapahtuu runsaasti. Suurin osa markkinaoikeuden vuosittain käsittelemistä julkisiin hankintoihin kohdistuvista valituksista koskee kunnallisia hankintoja.

Tässä tutkimuksessa selvitetään etenkin oikeuskäytännön kautta kunnallisen hankintamenettelyn virheellisyyttä. Pääpaino on markkinaoikeuden toteaman virheellisen menettelyn perusteiden ja oikeuden määrittämien seuraamusten tutkimisessa. Erikseen tutkimuksessa vielä tarkastellaan kunnallisen hankintakilpailun tarjoajan ja tarjouksen kelpoisuudelle asetettavia vaatimuksia. Tutkimuksella halutaan myös selvittää uusien, vuonna 2010 hankintalakiin tulleiden seuraamusten merkitystä.

Tutkimuksessa analysoidaan markkinaoikeuden kunnallista hankintaa koskevat ratkaisut yhden vuoden ajalta jaksolla 7/2011 – 6/2012. Lähes 40 % valituksenalaisista hankintakilpailuista on sisältänyt yhden tai useamman hankintalainsäädännön vastaisen menettelyn. Näiden virheellisten hankintamenettelyjen kokonaisarvo on ainakin 1 miljardi euroa. Useimmiten virheet koskevat tarjouspyynnön sisällön täsmällisyyttä ja ennen kaikkea tarjousten vertailuperusteiden selkeyttä. Virheitä esiintyy niin kuntien, kuntayhtymien kuin kunnallisten yhtiöidenkin hankintamenettelyissä.

Tyypillisimpänä seuraamuksena markkinaoikeus kumoaa virheellisen hankintapäätöksen ja kieltää sen täytäntöönpanon. Ongelmallisia ovat ne tapaukset, joissa hankintasopimus on tehty ennen asian ratkaisua markkinaoikeudessa. Näissä potentiaalisissa hyvitysmaksutilanteissa hankintalain seuraamusjärjestelmään kohdistuu muutospaineita. Uusimmat hankintalain mukaiset seuraamukset ovat toistaiseksi realisoituneet markkinaoikeuden oikeuskäytännössä äärimmäisen harvoin.

Asiasanat: julkinen hankinta, kunta, markkinaoikeus, seuraamus, tarjouskilpailu

Sisällysluettelo:

| | |
|---|------|
| LÄHTEET | vi |
| LYHENTEET | xiii |
| 1. JOHDANTO | 1 |
| 1.1. Kuntien julkiset hankinnat | 1 |
| 1.2. Tutkimuskysymykset ja tutkimusmenetelmät | 3 |
| 1.3. Tutkimusmateriaali ja rajaukset | 5 |
| 2. JULKISIA HANKINTOJA KOSKEVA OIKEUDELLINEN SÄÄNTELY | 11 |
| 2.1. Kilpailuttamisen kansainvälinen tausta | 11 |
| 2.1.1. Taloudelliset tavoitteet | 11 |
| 2.1.2. Kansainväliset sopimukset ja EU-oikeus | 12 |
| 2.2. Hankintalainsäädännön kehitys Suomessa | 14 |
| 2.3. Hankintamenettelyn oikeusperiaatteet ja keskeiset käsitteet | 15 |
| 3. HANKINTAMENETTELYN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ | 19 |
| 3.1. Järjestelmän perusteet | 19 |
| 3.2. Muutoksenhaku | 20 |
| 3.2.1. Hankintaoikaisu | 20 |
| 3.2.2. Valitus markkinaoikeuteen | 21 |
| 3.2.3. Valitus korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja muut oikeussuojakeinot | 22 |
| 3.3. Hankintalain mukaiset seuraamukset | 24 |
| 3.3.1. Yleistä | 24 |
| 3.3.2. Reaalikeinot | 25 |
| 3.3.3. Hyvitysmaksun määrääminen | 27 |
| 3.3.4. Tehottomuusseuraamuksen määrääminen | 29 |
| 3.3.5. Seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen | 31 |
| 3.3.6. Seuraamusten yhteisvaikutus ja uhkasakko | 32 |
| 3.4. Oikeudenkäyntikulut ja vahingonkorvaus | 33 |
| 4. TARJOAJAN JA TARJOUKSEN HYVÄKSYTTÄVYYS | 36 |
| 4.1. Hankintaprosessin aloittaminen ja tarjouspyyntö | 36 |
| 4.1.1. Kunnallisen hankinnan valmistelu | 36 |
| 4.1.2. Tarjouspyyntöä koskevat vaatimukset | 38 |
| 4.2. Tarjoajan kelpoisuus | 39 |

| | |
|--|----|
| 4.2.1. Yleistä | 39 |
| 4.2.2. Pakolliset poissulkemisperusteet | 41 |
| 4.2.3. Harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet | 42 |
| 4.2.4. Hankintayksikön vaatimukset | 44 |
| 4.2.5. Tilaajavastuulain edellyttämät selvitykset | 46 |
| 4.3. Tarjouksen kelpoisuus | 47 |
| 4.3.1. Tarjouspyynnön vastaisuus | 47 |
| 4.3.2. Poikkeuksellisen alhainen tai korkea tarjous | 48 |
| 4.4. Poissulkemisen perusteleminen | 50 |
| 5. MARKKINAOIKEUDEN RATKAISUT 7/2011 – 6/2012 | 51 |
| 5.1. Tutkimuksen perustiedot | 51 |
| 5.1.1. Taustaa | 51 |
| 5.1.2. Hankintojen arvo | 54 |
| 5.1.3. Tutkimatta jätetyt valitukset | 55 |
| 5.1.4. Erimielinen ratkaisu | 56 |
| 5.2. Virheellinen hankintamenettely | 57 |
| 5.2.1. Yleistä | 57 |
| 5.2.2. Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö | 59 |
| 5.2.3. Tarjoajan poissulkeminen | 61 |
| 5.2.4. Tarjouksen poissulkeminen | 62 |
| 5.2.5. Tarjousten vertailu ja hankintapäätös | 63 |
| 5.3. Markkinaoikeuden määräämät seuraamukset | 65 |
| 5.3.1. Reaalikeinot ja uhkasakko | 65 |
| 5.3.2. Hyvitysmaksu, tehottomuusseuraamus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen | 66 |
| 5.3.3. Oikeudenkäyntikulut | 67 |
| 5.4. Hankintapäätöksen täytäntöönpano valituksesta huolimatta | 69 |
| 6. JOHTOPÄÄTÖKSET | 71 |
| 6.1. Kunnallisen hankintakilpailun haasteet | 71 |
| 6.2. Hankintadirektiivien uudistaminen | 76 |
| 6.3. Aiheita jatkotutkimukselle | 77 |
| LIITTEET | 79 |

Taulukot, kuviot ja liitteet

Taulukko 1: Kunnallisten hankinta-asioiden ratkaisut 7/2011 – 6/2012

s. 53

Taulukko 2: Tutkimatta jätetyt asiat

s. 56

Taulukko 3: Uhkasakot

s. 65

Taulukko 4: Oikeudenkäyntikulujen jakautuminen korvattavaksi

s. 67

Taulukko 5: Oikeudenkäyntikulujen kokonaismäärät

s. 68

Kuvio 1: Hankintojen yhteenlaskettu kokonaisarvo

s. 55

Kuvio 2: Virheellisen menettelyn jakautuminen

s. 58

Liite 1: Lomake tietojen keräämistä varten

s. 79

Lähdeluettelo

Kirjallisuus

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

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2. uud. p. Helsinki 2009.

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

Eskola, Saila – Ruohoniemi, Erkko: Julkiset hankinnat. Helsinki 2011.

Harjula, Heikki – Prättälä, Kari: Kuntalaki - tausta ja tulkinnat. Liettua 2012.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Helsinki 2008.

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

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2007.

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

Karinkanta, Pauliina – Kontio, Annamari, - Krakau, Tarja – Lahtinen, Tapio, With, Susan: Yrityksen hankintaopas. Julkiset hankinnat yrityksen näkökulmasta. Hämeenlinna 2012.

Kiviniemi, Eeva: Hankintaprosessin virheet markkinaoikeuskäytännössä 07/2010 – 06/2011. Helsinki 2011.

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. Helsinki 2012.

Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi: Julkiset hankinnat : käsikirja. Edita 2008

Lundström, Ilona: Kuntien palveluhankintojen murros. Tutkimus kuntien palveluhankintojen kilpailuttamisessa esiintyvistä ongelmista ja niiden syistä. Helsinki 2011.

Mäenpää, Kalle: Julkisten hankintojen tarjouskilpailuun liittyvä vahingonkorvausvastuu – KKO:2011:54 (ään.) Sisältyy julkaisuun Lakimies 2/2012 s. 340 – 350.

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

Oikeusministeriö 2009:9: Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta. Työryhmän välimietintö.

Oikeusministeriö 6/2010: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Työryhmän loppumietintö.

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

Oksanen, Antero: Kuntien yleiset hankintaohjeet. 3. uud. p. Helsinki 2010.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. 2007.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Helsinki 2010

Pohjonen, Mika: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus julkisissa hankinnoissa. Edilex 2010. Artikkel, versio 1.0. Julkaistu 17.11.2010.

Pöykkylä, Panu: Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa. Edilex 2010/34. Artikkel, versio 1.0. Julkaistu 28.10.2010.

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

Valkama, Pekka – Kallio, Olavi – Haatainen, Jaana – Laurila, Hannu – Siitonen, Pentti: Kuntapalvelujen kilpailuttamisen taloudelliset vaikutukset. Osa I. Vammala 2008.

Valkama, Pekka – Kallio, Olavi – Kankaanpää, Jari: Kuntapalvelujen kilpailuttamisen taloudelliset vaikutukset. Osa II. Vammala 2008.

Virtanen, Pertti: Suomen hankintalainsäädäntö. Teoksessa: Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Parikka, Julius – Petäjaniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Tallinna 2008.

Virallislähteet

Arvonlisäverolaki (1501/1993)

Ennakkoperintäasetus (1124/1996)

Ennakkoperintälaki (1118/1996)

Euroopan komission asetus 1251/2011 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY, 2004/18/EY ja 2009/81/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta.

Euroopan komission ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisista hankinnoista 20.12.2011

Euroopan komission ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 20.12.2011

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto EUVL N:o C 83, 30.3.2010.

Hallintolainkäyttölaki (586/1996)

HE 217/1995 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi

HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta

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

HE 114/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä

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

Kuntalaki (365/1995)

Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007)

Laki julkisista hankinnoista (1505/1992)

Laki julkisista hankinnoista (348/2007)

Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (1247/1997)

Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (321/2010)

Laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (1233/2006)

Laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta (621/1999)

Maailman kauppajärjestön perustamissopimus (SopS 5/1995)

Markkinaoikeuslaki (1527/2001)

Rikoslaki (39/1889)

Suomen perustuslaki (731/1999)

Uhkasakkolaki (1113/1990)

Vahingonkorvauslaki (412/1974)

Valtioneuvoston kirjelmä Maailman kauppajärjestön WTO:n julkisia hankintoja koskevan sopimuksen muuttamisesta (GPA-sopimuksen muutokset) (U 31/2011 vp)

Internet -lähteet

<http://m.hs.fi/inf/infomo?site=hs&view=mainchild&feed:a=hs.fi&feed:c=news&feed:i=1305603279039>. Viitattu 09.10.2012.

http://www.yrittajat.fi/fi-FI/kuntaelpo/tausta_aineisto/kuntien_hankinnat_elinkeinopolitiikka/. Viitattu 09.10.2012.

<http://www.attendo.com/fi/fi/Attendo-medone/> Viitattu 01.11.2012

<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/notice/view/2012-052489/> Viitattu 01.11.2012

http://www.kho.fi/uploads/7kzdz83b4gc_1.pdf Viitattu 06.11.2012 ja 19.02.2013.

<http://helios.uta.fi:2242/teema/hankinnat/> . Viitattu 06.11.2012.

<http://www.eurooppatiedotus.fi/Public/default.aspx?contentid=262426&nodeid=37760&culture=fi-FI> Viitattu 11.11.2012.

<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/kynnysarvot/> Viitattu 17.01.2013.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:160:0001:0005:FI:PDF> Viitattu 23.01.2013.

<http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=31929&contentlan=1&culture=fi-FI#Useammankeskiset%20sopimukset> Viitattu 23.01.2013.

<http://www.kauppapolitiikka.fi/public/default.aspx?contentid=268231&nodeid=41394&culture=fi-FI> Viitattu 23.01.2013.

<http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=31927&contentlan=1&culture=fi-FI>
Viitattu 23.01.2013.

http://yle.fi/uutiset/kuntapaattaja_vuokrasi_tilat_kilpailutuksen_voittajalle/6464160 Viitattu 23.01.2013.

<http://www.finlex.fi/data/sdliite/liite/5606.pdf> Viitattu 29.01.2013.

<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/notice/view/2013-002635/> Viitattu 05.02.2013.

<http://www.kunnat.net/fi/palvelualueet/jarjestaminen/kilpailupolitiikka/kilpailupoliittiset-linjaukset/Sivut/default.aspx> Viitattu 18.02.2013.

http://www.kho.fi/uploads/7kzdz83b4gc_1.pdf Viitattu 19.02.2013.

http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot_2012 Viitattu 10.04.2013.

<http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/60830.htm> Viitattu 17.04.2013.

Oikeustapaukset

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin/Euroopan unionin tuomioistuin:

Asia C-31/87

Asia C-243/89

Asia C-513/99

Asia C-448/01

Korkein hallinto-oikeus:

KHO 27.11.2000/3113

KHO:2010:14

KHO:2011:268

KHO 28.11.2001/2973

KHO:2010:19

KHO 8.6.2012/1521

KHO:2003:41

KHO:2010:67

KHO 19.12.2012/3601

KHO:2006:49

KHO:2010:69

KHO:2013:10

KHO:2007:83

KHO:2011:29

KHO:2009:102

KHO:2011:72

Markkinaoikeus:

MAO:285/05

MAO:539-

MAO:167/10

MAO:330/11

MAO:315/08

540/09

MAO:536/10

MAO:333-

MAO:369/08

MAO:82/10

MAO:594/10

334/11

MAO:98/10

MAO:328/11

MAO:338/11

| | | | |
|------------|------------|------------|------------|
| MAO:339/11 | MAO:416/11 | MAO:506/11 | MAO:577/11 |
| MAO:340/11 | MAO:422/11 | MAO:508/11 | MAO:578/11 |
| MAO:351/11 | MAO:423/11 | MAO:513/11 | MAO:579/11 |
| MAO:353/11 | MAO:424/11 | MAO:516/11 | MAO:580/11 |
| MAO:355/11 | MAO:429/11 | MAO:517/11 | MAO:582/11 |
| MAO:357/11 | MAO:431/11 | MAO:521/11 | MAO:583/11 |
| MAO:358/11 | MAO:432/11 | MAO:523- | MAO:584/11 |
| MAO:362/11 | MAO:436/11 | 524/11 | MAO:585/11 |
| MAO:363/11 | MAO:437/11 | MAO:525- | MAO:586/11 |
| MAO:364/11 | MAO:444/11 | 526/11 | MAO:587/11 |
| MAO:366/11 | MAO:455/11 | MAO:529/11 | MAO:588/11 |
| MAO:367/11 | MAO:456/11 | MAO:531/11 | MAO:589/11 |
| MAO:369/11 | MAO:457/11 | MAO:532/11 | MAO:592/11 |
| MAO:370/11 | MAO:458/11 | MAO:533/11 | MAO:599/11 |
| MAO:371/11 | MAO:459/11 | MAO:541/11 | MAO:600/11 |
| MAO:372/11 | MAO:460/11 | MAO:542/11 | MAO:601/11 |
| MAO:373/11 | MAO:462/11 | MAO:543/11 | MAO:603/11 |
| MAO:376/11 | MAO:467/11 | MAO:545- | MAO:604/11 |
| MAO:377/11 | MAO:469/11 | 547/11 | MAO:606/11 |
| MAO:378/11 | MAO:472/11 | MAO:550/11 | MAO:607/11 |
| MAO:380/11 | MAO:473/11 | MAO:551/11 | MAO:608/11 |
| MAO:381/11 | MAO:475/11 | MAO:552/11 | MAO:609/11 |
| MAO:394/11 | MAO:476/11 | MAO:555/11 | MAO:612/11 |
| MAO:395/11 | MAO:477/11 | MAO:556/11 | MAO:3/12 |
| MAO:398/11 | MAO:478/11 | MAO:557- | MAO:5/12 |
| MAO:399/11 | MAO:482/11 | 560/11 | MAO:7/12 |
| MAO:400/11 | MAO:483- | MAO:566/11 | MAO:10/12 |
| MAO:401- | 484/11 | MAO:567/11 | MAO:14/12 |
| 402/11 | MAO:485/11 | MAO:568/11 | MAO:16/12 |
| MAO:411/11 | MAO:494/11 | MAO:569/11 | MAO:27/12 |
| MAO:412/11 | MAO:496/11 | MAO:573/11 | MAO:29/12 |
| MAO:413/11 | MAO:500/11 | MAO:574/11 | MAO:33/12 |
| MAO:414/11 | MAO:502/11 | MAO:575/11 | MAO:35/12 |
| MAO:415/11 | MAO:503/11 | MAO:576/11 | MAO:36/12 |

| | | | |
|--------------|------------|------------|------------|
| MAO:38/12 | MAO:92/12 | MAO:154/12 | MAO:216/12 |
| MAO:39/12 | MAO:94/12 | MAO:157/12 | MAO:217/12 |
| MAO:40/12 | MAO:100/12 | MAO:164/12 | MAO:218/12 |
| MAO:43/12 | MAO:102/12 | MAO:165/12 | MAO:219/12 |
| MAO:44/12 | MAO:105/12 | MAO:170/12 | MAO:220/12 |
| MAO:45-46/12 | MAO:111/12 | MAO:171/12 | MAO:221/12 |
| MAO:47/12 | MAO:112/12 | MAO:173/12 | MAO:226/12 |
| MAO:49/12 | MAO:113/12 | MAO:174/12 | MAO:228/12 |
| MAO:50/12 | MAO:114/12 | MAO:175/12 | MAO:230/12 |
| MAO:56/12 | MAO:115/12 | MAO:177/12 | MAO:234/12 |
| MAO:61/12 | MAO:122/12 | MAO:178/12 | MAO:235/12 |
| MAO:63/12 | MAO:123/12 | MAO:179/12 | MAO:236/12 |
| MAO:64/12 | MAO:124/12 | MAO:180/12 | MAO:237/12 |
| MAO:65/12 | MAO:126/12 | MAO:182/12 | MAO:238- |
| MAO:72/12 | MAO:127/12 | MAO:183/12 | 239/12 |
| MAO:73/12 | MAO:128/12 | MAO:184/12 | MAO:242/12 |
| MAO:75/12 | MAO:129- | MAO:185/12 | MAO:244- |
| MAO:76-77/12 | 132/12 | MAO:191/12 | 246/12 |
| MAO:78/12 | MAO:136/12 | MAO:192/12 | MAO:254/12 |
| MAO:79/12 | MAO:139/12 | MAO:193/12 | MAO:403/12 |
| MAO:80/12 | MAO:140/12 | MAO:194/12 | MAO:425/12 |
| MAO:83-84/12 | MAO:141/12 | MAO:198/12 | MAO:510/12 |
| MAO:85/12 | MAO:142/12 | MAO:203/12 | MAO:518/12 |
| MAO:87/12 | MAO:143/12 | MAO:204/12 | MAO:17/13 |
| MAO:88/12 | MAO:145/12 | MAO:207/12 | |
| MAO:90/12 | MAO:151/12 | MAO:208/12 | |

Korkein oikeus:

KKO:2011:54

Kouvolan hovioikeus:

KouHO:2010:8

Lyhenteet

| | |
|-------|--|
| ETA | Euroopan talousalue |
| ETY | Euroopan talousyhteisö |
| EU | Euroopan unioni |
| EY | Euroopan yhteisö |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| GPA | Government Procurement Agreement |
| HE | Hallituksen esitys |
| HILMA | Hankintailmoitusten ilmoituskanava |
| KHO | Korkein hallinto-oikeus |
| KKO | Korkein oikeus |
| KouHO | Kouvolan hovioikeus |
| MAO | Markkinaoikeus |
| SEU | Sopimus Euroopan unionista |
| SEUT | Sopimus Euroopan unionin toiminnasta |
| SopS | Sopimussarja |
| TEM | Työ- ja elinkeinoministeriö |
| vp | Valtiopäivät |
| WTO | World Trade Organization |

1. JOHDANTO

1.1. Kuntien julkiset hankinnat

Julkisten hankintojen osuus maamme talouselämässä on merkittävä. Suomen yrittäjien arvion mukaan julkisiin hankintoihin käytettiin vuonna 2011 yli 27 miljardia euroa. Samaisen arvion mukaan julkiset hankinnat muodostivat bruttokansantuotteesta yli 15 prosenttia.¹ Työ- ja elinkeinoministeriön (TEM) tilaston mukaan vuonna 2012 HILMA -hankintailmoituskanavassa julkaistiin kansallisia hankintoja koskevia ilmoituksia yhteensä noin 11 400 kappaletta. EU-hankintailmoituksia julkaistiin noin 3 400 ja erityisalojen EU-hankintailmoituksia lähes 340 sekä suoramarkkinailmoituksia 232 kappaletta. Kuntien, kuntayhtymien ja muiden aluetason viranomaisten ilmoittamat hankinnat olivat lähes 11 miljardia euroa.² Laki julkisista hankinnoista (348/2007, myöh. hankintalaki) velvoittaa 35 §:ssä ilmoittamaan ko. kanavassa kaikki julkiset hankinnat, jotka ylittävät laissa säädetyt *kyynnysarvot*, joten ns. pienhankinnat eivät ole mukana em. tilastossa.

Julkisella hankinnalla tarkoitetaan julkisilla varoilla tehtyä tavaroiden tai palvelujen ostamista, vuokraamista ja siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Hankinta voi olla myös esimerkiksi yhdistettyä tavaran ja palvelun hankintaa.³ Käsite sisältää myös osamaksukaupat, leasingkaupat, palvelujen optiosopimukset, käyttöoikeusurakat ja -sopimukset⁴. Lähtökohtaisesti julkiset hankinnat on *kilpailutettava*, mutta hankinnan tekeminen ilman kilpailutusta on mahdollista erityisestä syystä⁵.

Hankintojen kilpailuttaminen liittyy erityisesti EU:n sisämarkkinapolitiikkaan ja maailmankaupan vapauden edistämiseen julkisissa hankinnoissa. Vapaalla kilpailulla pyritään lisäämään kilpailua ja parantamaan yritysten kilpailukykyä, mutta samalla myös halutaan kohdella yrityksiä *tasapuolisesti ja syrjimättömästi*. EU:n sisämarkkinat voidaan määritellä tavaroiden, palvelujen, pääoman ja henkilöiden vapaaseen liikkumi-

¹ http://www.yrittajat.fi/fi-FI/kuntaelpo/tausta_aineisto/kuntien_hankinnat_elinkeinopolitiikka/ Viitattu 09.10.2012.

² http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot_2012 Viitattu 10.04.2013.

³ Virtanen 2008, s. 565 – 567.

⁴ Valkama ym. 2008(I), s. 62. Myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 21.

⁵ Valkama ym. 2008(I), s. 63.

seen perustuviksi yhtenäismarkkinoiksi, joilla yritykset voivat vapaasti harjoittaa liiketoimintaa.⁶

Hankintalain tavoitteena on varmistaa julkisten hankintojen toimivuus, ja toisaalta hyödyntää vapaan kilpailun tuomia taloudellisia etuja. Kansallisesta näkökulmasta hankintalainsäädännöllä pyritään lisäksi verovarojen mahdollisimman tehokkaaseen käyttöön sekä julkisten hankintojen avoimuuteen⁷. Hankintalainsäädännön päämäärät voidaan toisaalta jakaa kahteen ryhmään, kilpailullisiin ja menettelyn tasapuolisuuteen liittyviin päämääriin⁸. Tasavertainen ja syrjimätön kilpailumahdollisuus estää myös ns. harmaata taloutta ja korruptiota⁹. Hankintalainsäädännöllä ei lähtökohtaisesti puututa hankinnan kohteeseen tai sisältöön, ellei hankinnan sisällöllisellä määrittelyllä perusteettomasti syrjitä tai suosita ketään¹⁰.

Jo mainitun hankintalain lisäksi julkisia hankintoja teknisten peruspalvelujen osalta koskee laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007, myöh. erityisalojen hankintalaki). Molemmat hankintalait perustuvat Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiveihin 2004/18/EY (myöh. hankintadirektiivi) ja 2004/17/EY (myöh. erityisalojen hankintadirektiivi) sekä Maailman kauppajärjestön (WTO) perustamissopimuksen (SopS 5/1995) liitteenä 4 olevaan julkisia hankintoja koskevaan sopimukseen, jota kutsutaan myös GPA -sopimukseksi¹¹.

Kunnallisia hankintoja ja kilpailuttamista koskeva keskustelu on hyvin ajankohtaista, koska molempia em. hankintadirektiivejä ollaan uudistamassa, ja uudet direktiivit ovat tämän hetkisen tiedon mukaan Euroopan parlamentin täysistuntokäsittelyssä keväällä 2013¹². Lisäksi aiheen ajankohtaisuutta Suomessa lisää kunnallisten palvelujen lisääntynyt ulkoistaminen¹³. Useitten suurten monikansallisten yritysten pyrkimyksenä on kil-

⁶ Alkio, Wik 2009, s. 1085 – 1087. Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 21 – 22.

⁷ HE 50/2006 vp. s. 6: ”Julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä siten, että käytettävissä olevilla rajallisilla resursseilla pystytään hankkimaan laadultaan parhaita tuotteita ja palveluja.”

⁸ Virtanen 2008, s. 531.

⁹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 22.

¹⁰ Ukkola 2011, s. 320.

¹¹ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 26.

¹² <http://www.euroopatie-dotus.fi/Public/default.aspx?contentid=262426&nodeid=37760&culture=fi-FI> Viitattu 11.01.2013.

¹³ Valkama ym 2008(I), s. 27. Huom. myös poliittinen ulottuvuus:

<http://m.hs.fi/inf/infomo?site=hs&view=mainchild&feed:a=hs.fi&feed:c=news&feed:i=1305603279039> Viitattu 09.10.2012.

pailuttamisen kautta tulla merkittäviksi toimijoiksi etenkin kuntien sosiaali- ja terveystalvelujen tuottajina. Esimerkiksi Attendo MedOne toteaa Internet-sivuillaan olevansa Pohjoismaiden suurimpia hoivapalvelujen tuottajia ja ”Suomen johtava sosiaali- ja terveystalvelualan yritys”¹⁴.

Lisääntynyt kilpailuttaminen asettaa haasteita kunnalliselle päätöksentekojärjestelmälle. Kansainvälisten suuryritysten toimintakulttuuri ja suomalainen hallintokulttuuri eivät välttämättä aina kohtaa ja toimi yhdenmukaisilla säännöillä¹⁵. Kunnallisten hankintojen avautuminen kilpailulle on myös vaikuttanut hankintoja koskevaan oikeussuojajärjestelmään, jonka osalta ajankohtaiseksi hankintojen tutkimisen tekee myös hankintoja koskevan seuraamusjärjestelmän muuttuminen 1.6.2010. Uutena keinona ennen varsinaista muutoksenhakua hankintamenettelyssä tapahtunut virhe voidaan oikaista *hankintaoikaisulla*. Varsinainen valitusviranomaisen hankinta-asioissa on markkinaoikeus ja edelleen korkein hallinto-oikeus. Julkisia hankintoja koskevien valitusten määrä oli nykyisen hankintalain alkuvuosina voimakkaassa kasvussa. Vuonna 2007 markkinaoikeuteen saapui 386 hankinta-asiaa ja vuonna 2010 jo 612 asiaa. Viime vuosina valitusten määrä on puolestaan hieman laskenut, ja vuonna 2012 hankinta-asioita koskevia valituksia markkinaoikeuteen saapui 449.¹⁶

1.2. Tutkimuskysymykset ja tutkimusmenetelmät

Tutkielmassa selvitetään, *millaisia seurauksia ja vaikutuksia hankintakilpailun juridisista ongelmakohdista kunnille ja kuntayhtymille syntyy*. Tarkastelu kohdennetaan kunnallisessa hankintatoimessa tai hankintapäätöksissä ilmeneviin ongelmiin tai ristiriitaisuuksiin. Tavoitteena on muodostaa kokonaiskuva markkinaoikeuden langettavista tuomiosta ja kunnallisille hankintayksiköille määräytyistä seuraamuksista virheellisen hankintamenettelyn johdosta.

Toisaalta tutkimuksen kohteena ovat *kunnallisen hankintakilpailun tarjoajaan ja tarjoukseen kohdistuvat oikeudelliset vaatimukset*. Tutkielmassa käsitellään niitä edellytyksiä,

¹⁴ <http://www.attendo.com/fi/fi/Attendo-medone/> Viitattu 01.11.2012.

¹⁵ http://yle.fi/uutiset/kuntapaattaja_vuokrasi_tilat_kilpailutuksen_voittajalle/6464160 :Keravan kaupunginhallitus päätti viime kesäkuussa kilpailutuksen perusteella ostaa kaupungin työntekijöiden työterveyspalvelut yksityiseltä terveysalan yritykseltä Attendolta. Kilpailutuksen jälkeen Attendo vuokrasi vastaanottotilat, jotka omistaa kaupunginhallituksen puheenjohtaja. Viitattu 23.01.2013.

¹⁶ <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/60830.htm> Viitattu 17.04.2013.

jotka tarjoajan¹⁷ ja tarjouksen tulee täyttää, ja myös niitä perusteita, joilla kunnallista hankintaa koskeva tarjoaja tai tarjous voidaan sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle.

Tutkimuksen tuloksista syntyy kokonaiskuva kunnallisten hankintojen tilasta. Tutkimuksessa selviää, kuinka paljon valituksia kunnallisista hankinnoista tehdään, mikä on näiden hankintojen yhteenlaskettu arvo, ja millaisia virheitä hankintamenettelyssä ilmenee. Myös markkinaoikeuden määrittämistä seuraamuksista ja niiden taloudellisesta merkityksestä saadaan kokonaiskäsitys. Tutkimustuloksista tehdään tilastollinen yhteenveto. Lisäksi tutkielmassa perehdytään lyhyesti vireillä olevaan hankintadirektiivien uudistamiseen ja pyritään pohtimaan lainsäädännön muutosten vaikutuksia sekä mahdollisia jatkotutkimuksen aiheita. Vaikka tutkielman näkökulma on pääosin kunnallisen hankintayksikön järjestämän hankintakilpailun tarkastelussa, käsitellään hankintoja osin myös tarjoajayrityksen kannalta, etenkin oikeusturvakysymysten kohdalla.

Tarjoajan ja tarjouksen kelpoisuutta tutkittaessa saadaan tietoa siitä, millaiset tarjouspyynnöt ja tarjoajien sekä tarjousten soveltuvuuden arvioinnit ovat oikeudellisesti kestäviä. Hankintalaissa on tarjoajan osalta sekä *pakollisia* että *harkinnanvaraisia* poissulkemisperusteita. Lisäksi kunnallinen hankintayksikkö voi tarjouspyynnössä asettaa vaatimuksia ja edellytyksiä tarjoajayrityksille. Näistä vaatimuksista ja vaadittavista selvityksistä on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Tarjouksen osalta hylkäysperusteena voidaan käyttää mm. tarjouspyynnön vastaisuutta sekä poikkeuksellisen alhaista tai korkeaa tarjousta. Myös myöhästyneet tarjoukset on pääsääntöisesti suljettava tarjouskilpailusta. Sen sijaan vähäinen virhe tai puute tarjouksessa ei yleensä oikeuta tarjouksen hylkäämiseen.

Tarjoajan tai tarjouksen sulkeminen tarjouskilpailun ulkopuolelle on erittäin voimakas toimenpide. Usein ei ole kysymys pelkästään tarjoajan tai tarjouksen soveltuvuuden arvioinnista. Rajanveto tarjoajan kelpoisuuden ja tarjouksen muunlaisen tarjouspyynnön vastaisuuden välillä ei ole selkeä. Markkinaoikeus on usein joutunut käsittelemään tätä problematiikkaa¹⁸. Kuitenkin tarjoajan kelpoisuuden arviointi ja toisaalta tarjouksen

¹⁷ Ks. Virtanen 2008, s. 708 – 725. Kirjoittaja käyttää *tarjoajan* kelpoisuutta käsitellessään myös termiä *toimittaja*, mikä on täysin hyväksyttävä ratkaisu. Tässä tutkielmassa käytetään kuitenkin termiä *tarjoaja*. Kursivointi tekijän.

¹⁸ Esim. MAO:285/05.

arviointi on erotettava toisistaan¹⁹. Tarjoajan kelpoisuus on siis aina arvioitava ennen tarjousten vertailua²⁰.

Tämä tutkielma on menetelmältään pääasiassa *lainopillinen* eli oikeusdogmaattinen. Lainopin keskeisimpänä tutkimusongelmana on selvittää, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö käsiteltävänä olevassa oikeusongelmassa. Keskeisintä lainopillisessa tutkimuksessa on oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tutkiminen ja erityisesti niiden sisällön selvittäminen eli tulkitseminen. Lainopin tehtävänä on myös oikeusjärjestyksen systematisointi.²¹ Myös *oikeushistoriallista* metodologiaa käytetään julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kehitystä käsiteltäessä. Oikeushistoria tutkii oikeudellisten normien tai oikeudellisen ajattelun kehitystä²².

Hankintamenettelyn oikeusongelmia koskevan kysymyksen osalta tutkimus on empiirinen siten, että tutkielmassa analysoidaan 12 kuukauden ajanjaksolta sellaiset markkinaoikeuden tuomiot, joissa kunta, kuntayhtymä tai muu kunnallinen hankintayksikkö on määrätty virheellisen menettelyn johdosta johonkin hankintalaissa mainittuun seuraamukseen tai muuhun taloudelliseen ”menetykseen”, kuten oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen.

Tutkimustulosten tarkastelu on pääosin määrällistä eli kvantitatiivista ja siinä sovelletaan osin myös oikeustaloustieteellistä lainopin näkökulmaa, jonka puitteissa arvioidaan markkinaoikeuden langettavien päätösten vaikutuksia kunnallistalouteen. Oikeustaloustieteellinen suuntaus on muodostunut oikeus- ja taloustieteiden vuorovaikutuksesta²³. Laadullisesti eli kvalitatiivisesti tutkittua analyysiaineistoa käsitellään vain markkinaoikeuden ratkaisujen perustelujen kannalta johtopäätösluvun pohdinnoissa.

1.3. Tutkimusmateriaali ja rajaukset

Markkinaoikeuden ratkaisuja koskevan tutkimuskysymyksen kohdalla tarkasteluajan kohdaksi tarkennetaan yhden vuoden pituinen ajanjakso heinäkuusta 2011 kesäkuu-

¹⁹ Oksanen 2010, s. 52. Myös Pökkyä 2010, s. 22 – 23.

²⁰ Oksanen 2010, s. 58. Ks. myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 180 – 181.

²¹ Husa, Mutanen, Pohjolainen 2008, s. 20. Lainopista tarkemmin mm. Aarnio 2006, s. 237 – 245: Aarnio jakaa lainopin käytännölliseen ja teoreettiseen, jotka kuitenkin ovat vuorovaikutussuhteessa toisiinsa.

²² Husa, Mutanen, Pohjolainen 2008, s. 21.

²³ Husa, Mutanen, Pohjolainen 2008, s. 24.

hun 2012. Kyseinen ajankohta on valittu siksi, että hankintalakiin lisättiin Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2007/66/EY (myöh. oikeussuojadirektiivi) mukaiset seuraamusmaksua, tehottomuusseuraamusta ja sopimuskauden lyhentämistä koskevat säännökset vuonna 2010. Lainmuutos (321/2010) tuli voimaan jo 1.6.2010, mutta markkinaoikeuden valitukseen käyttämä käsittelyaika huomioon ottaen ajallisesti aikaisempaan otantaan tulisi runsaasti tapauksia vielä aiemman säännöksen voimassaoloajalta.

Tutkimusmateriaalina markkinaoikeuden langettavien tuomioiden osalta käytetään markkinaoikeuden Internet-sivujen ”päätökset hankinta-asioissa” -osiota. Tulosten tarkastelun apuna käytetään liitteenä 1 olevaa kysymyslomaketta. Käsiteltävistä tapauksista tehdään myös tiivistelmä muistiinpanomuotoisena helpottamaan tulosten analysointia. Samat markkinaoikeuden ratkaisut löytyvät myös Finlex- ja Edilex-palveluista.

Osin ongelmallista on tietenkin se, etteivät kaikki tutkimuksen oikeustapaukset ole välttämättä mahdollisen jatkovalituksen vuoksi vielä lainvoimaisia. Korkeimpaan hallinto-oikeuteen markkinaoikeuden kaikista tapauksista päätyy kuitenkin vain hieman yli 10 %, joten markkinaoikeuden ratkaisuja tutkimalla voidaan saada riittävän kattava kokonaiskuva tilanteesta²⁴. Markkinaoikeus ratkaisi vuonna 2012 yhteensä 531 asiaa, joista hankinta-asioita oli 425 tapausta. Hankinta-asioissa markkinaoikeuden keskimääräinen käsittelyaika samana vuonna oli 6,2 kuukautta.²⁵ Korkein hallinto-oikeus puolestaan ratkaisi vuonna 2011 yhteensä 57 julkista hankintaa koskevaa asiaa, joista muutoksenhaun alaista päätöstä muutettiin vain yhdeksässä tapauksessa. Käsittelyaika korkeimmassa hallinto-oikeudessa vuonna 2011 julkisia hankintoja koskevissa asioissa oli 19,8 kuukautta.²⁶

Asioittain laskettuna tutkimuksen em. tarkasteluajankohtana markkinaoikeus ratkaisi noin 250 kunnallista hankintaa koskevaa asiaa. Markkinaoikeuden ratkaisujen vaikutuksista tässä tutkimuksessa käsitellään vain suoranaisia sanktioita ja seuraamuksia oikeudenkäyntikulut mukaan luettuna. Muut kunnille aiheutuneet taloudelliset vaikutukset, kuten valitusprosessin hallinnolliset kustannukset sekä mahdolliset hankinnan vii-

²⁴ http://www.kho.fi/uploads/7kzdz83b4gc_1.pdf KHO:n vuosikertomus vuodelta 2011: Markkinaoikeudesta saapuneita asioita oli yhteensä 64 kpl. Viitattu 06.11.2012.

²⁵ <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/60830.htm> Viitattu 17.04.2013.

²⁶ http://www.kho.fi/uploads/7kzdz83b4gc_1.pdf Viitattu 19.02.2013.

västymisestä aiheutuneet kustannukset rajataan tutkimuksen ulkopuolelle. Näiden huomioiminen ei ole tämän tutkimuksen puitteissa mahdollista, vaan se vaatisi esimerkiksi kunnille suunnattua kyselytutkimusta.

Muilta osin tutkimusaineisto koostuu säädöksistä, lainvalmisteluaineistosta, oikeuskäytännöstä ja oikeuskirjallisuudesta. Säädösten osalta keskitytään hankintalainsäädäntöön, minkä lisäksi pieneltä osin käsitellään myös tilaajavastuulakia. Erityisesti lainvalmisteluaineiston merkitys korostuu siitä syystä, että markkinaoikeus hyvin usein perustelee ratkaisuaan hankintalain esitöillä.

Tarjoajan ja tarjouksen kelpoisuutta koskevan tutkimuskysymyksen osalta tutkielmassa käytetään sekä korkeimman hallinto-oikeuden että markkinaoikeuden julkisia hankintoja koskevia oikeustapauksia. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja voimassaolevan hankintalain ajalta on varsin vähän. Oikeuskäytännön tutkimisessa on syytä huomioida se, että käytäntö muuttuu ja kehittyy kuitenkin koko ajan, joten vastikään tehty markkinaoikeuden ratkaisu saattaa myöhemmin mennä kumoon KHO:ssa tai EU-tuomioistuin voi antaa käytäntöjä laajemmin muuttavan ratkaisun. Tapauksista ei siten voi tehdä liiallisia yleistyksiä ja kattavia johtopäätöksiä vaan asia on aina arvioitava tapauskohtaisesti kunkin hankintamenettelyn erityispiirteitten mukaisesti.

Oikeuskirjallisuuden osalta käytetään myös vanhempaa, aiemman hankintalain ajalta olevaa tutkimusta, koska voimassaolevan hankintalain ajalta kirjallisuutta on niukasti. Lisäksi käytetään muuta oikeustieteellistä kirjallisuutta ja artikkeleita. Erityisesti Internet-lähteistä esille voi nostaa Edilexin julkisia hankintoja koskevat teemasivut, jotka sisältävät alan eri asiantuntijoiden kirjoittamia artikkeleita ja linkkejä muualta saataviin lisätietoihin²⁷.

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän merkittävää lainmuutosta (321/2010) valmisteltaessa hallituksen esitystä varten tehtiin tarkempi selvitys kaikista markkinaoikeuden vuonna 2008 ratkaisemista hankinta-asioista. Selvitys koski yhteensä 409 ratkaisua, joihin markkinaoikeus oli antanut asiasisältöisen ratkaisun. Selvityksen ulkopuolelle jätettiin ne ratkaisut, joissa lausunto hakemuksesta oli rauennut hakemuksen

²⁷ <http://helios.uta.fi:2242/teema/hankinnat/> Viitattu 06.11.2012.

peruuttamisen tai muun vastaavan syyn vuoksi. Hankintayksikkö oli toiminut virheellisesti kaikkiaan noin 40 prosentissa tapauksista. Ns. *reaalikeinoja* markkinaoikeus käytti 19 prosentissa ja hyvitysmaksua määrättiin 7 prosentissa tapauksista.²⁸

Samantyyppinen tutkimus on *Eeva Kiviniemen* Suomen Kuntaliiton julkisten hankintojen neuvontayksikössä tekemä selvitys markkinaoikeuden oikeuskäytännöstä ajalta 1.7.2010 – 30.6.2011. Tarkastelussa oli 406 hankinta-asiaa koskevaa päätöstä, ja tutkimuksen tavoitteena oli saada tietoa sellaisista hankintaprosessien menettelyistä, jotka markkinaoikeus on päätöksissään todennut hankintalainsäädännön vastaisiksi. Tällaisia virheellisen menettelyn sisältäneitä hankintaprosesseja oli 39 %.²⁹ Tutkimuksen otannan ajankohta huomioiden oikeussuojajärjestelmän muutos (321/2010) ei koske suurinta osaa siinä tarkastelussa olleita tapauksia. Lainmuutoksen jälkeen vastaavaa tutkimusta ei ole tehty, joten uusien seuraamusten vaikutuksista ei ole tietoa.

Muuta aiempaa tutkimusta julkisista hankinnoista edustaa *Kai Kaliman* teos ”*Julkisyhteisöjen hankintatoimi: tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja -käytännöistä*” (2001). Kalima on päivittänyt myöhemmin tutkimustaan yhdessä *Maija Hällin* ja *Antero Oksasen* kanssa teoksessa ”*Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*” (2007). *Pertti Virtanen* on paitsi toiminut markkinaoikeustuomarina, niin myös tutkinut Suomen hankintalainsäädäntöä. Julkisia hankintoja koskevaa oikeuskäytäntöä on tutkinut *Elise Pekkala* ja erityisesti tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta mm. *Mika Pohjonen*. Antero Oksanen on laatinut kuntia varten hankintalain soveltamisoppaan ”*Kuntien yleiset hankintaohjeet*” (2010). Samantyyppinen hankintamenettelyn käsikirja on *Olli Hyvösen* ym. teos ”*Julkiset hankinnat hankintayksikössä*” (2007).

Kilpailuttamisen kunnille aiheuttamia taloudellisia vaikutuksia on tutkittu jonkin verran myös aiemman hankintalain (laki julkisista hankinnoista 1505/1992, myöh. vanha hankintalaki) voimassaoloaikana. Kansainvälisiä tutkimustuloksia on enemmän, mutta Suomessa keskeisimmäksi nousee Kunnallisalan kehittämissäätiön tutkimuskokonaisuus ”*Kunnat ja kilpailu*” vuosilta 2006 – 2009. Tutkimuskokonaisuuden tavoitteena oli tuottaa seikkaperäinen arvio siitä, miten laajalti uusi kilpailua sisältävä toimintatapa on kunnissa omaksuttu ja mitä taloudellisia vaikutuksia sillä on ollut kuntatalouteen. Kilpai-

²⁸ HE 190/2009 vp. s. 10 – 11. Ks. myös Oikeusministeriö 2009:9: Työryhmän välimietintö, s. 24 – 25.

²⁹ Kiviniemi 2011, s. 1.

luttamisen taloudellisen merkityksen osalta laajin osatutkimus oli ”*Kuntapalvelujen kilpailuttamisen taloudelliset vaikutukset*” (osat I ja II 2008). Nimenomaan osassa II Pekka Valkama ja Olavi Kallio tutkivat kuntien palveluhankinnoista aiheutuneiden oikeusprosessien taloudellisia vaikutuksia. Tutkimuksen perusteella vaikuttaisi siltä, että oikeusprosessin välittömät transaktiokustannukset eivät olleet kovin merkittäviä.³⁰ Tutkimus on vanhan hankintalain ajalta, ja se tehtiin otostutkimuksena siten, että analyysin kohteena oli kuntien eri hallinnonaloja koskevia markkinaoikeuden ratkaisuja. Sanktioiden ja seuraamusten kunnille aiheuttamia taloudellisia vaikutuksia ei tutkimuksessa eritelty, vaan kustannuksia tarkasteltiin nimenomaan kokonaisuutena.

Uudehko kunnallisiin hankintoihin liittyvä tutkimus on Ilona Lundströmin kunnallispolitiikan väitöskirja ”*Kuntien palveluhankintojen murros. Tutkimus kuntien palveluhankintojen kilpailuttamisessa esiintyvistä ongelmista ja niiden syistä*” vuodelta 2011. Lundströmin mukaan suurin osa kuntien palveluhankinnoissa esiintyvistä ongelmista olisi vältettävissä hankintojen huolellisella valmistelulla³¹. Tutkimuksen materiaalina oli Suomen Kuntaliiton julkisten hankintojen neuvontayksikköön vuosina 2004–2006 lähetetyt julkisia hankintoja koskevat kysymykset. Tämäkin materiaali on vanhan hankintalain ajalta.

Vahingonkorvausta tässä tutkielmassa käsitellään lyhyesti seuraamusten yhteydessä sekä erikseen vielä niiden tapausten kohdalla, joissa kunnallinen hankintayksikkö oli pannut hankintapäätöksen täytäntöön ennen markkinaoikeuden ratkaisua, ja joissa markkinaoikeus kuitenkin totesi hankintayksikön menetelleen virheellisesti, mutta ei määrännyt hyvitysmaksua. Sinällään edes hyvitysmaksun määrääminen ei estä hakemasta myös vahingonkorvausta, mikäli todellisen vahingon määrä ylittää hyvitysmaksun³². Muilta osin vahingonkorvausoikeudenkäynnit rajataan tutkimuksen ulkopuolelle. Myös uhkasakon realisoituminen kunnan maksettavaksi rajataan tutkimuksen ulkopuolelle, sillä tutkielman puitteissa ei ole mahdollista selvittää, kuinka usein uhkasakko analyysin kohteina olevissa tapauksissa on toteutunut. Tosin lähtökohtaisesti voisi olettaa, että kunnallinen hankintayksikkö on pyrkinyt noudattamaan markkinaoikeuden ratkaisuja, jolloin uhkasakko on jäänyt vain ”pelotteeksi”. Oikeuskäytännössä markkinaoi-

³⁰ Valkama, Kallio, Kankaanpää 2008(II), s. 123 – 125.

³¹ Lundström 2011, s. 196 – 198.

³² Pekkala, Pohjonen 2010, s. 566 – 567.

keus on määrännyt uhkasakon maksettavaksi silloin, kun hankintayksikkö ei ole noudattanut markkinaoikeuden päätöstä³³.

Molempien tutkimuskysymysten osalta EU- ja kansalliset kynnysarvot alittavia *pienhankintoja* käsitellään vain yleisemmällä tasolla. Hankintalaki ei koske pienhankintoja, vaikka niitäkin koskee tasapuolisuus- ja syrjimättömyysvaatimus. Pienhankintojen osalta muutoksenhaku ei tapahdu valituksella markkinaoikeuteen. Hankintamenettelyn vallinnan kohdalla tyydytään myös pääpiirteiseen tarkasteluun. Myöskään hankintayksikön omana työnä tekemiään tai sidosyksiköltään hankkimia hankintoja ja niihin liittyvää problematiikkaa ei tutkielmassa käsitellä.

Varsinaista tarjousten vertailua ja tarjouksen valintaa sekä hankintapäätöksen tekemistä ja täytäntöönpanoa ei tutkielmassa tarkemmin käsitellä, eikä myöskään hankintasopimuksen tekemistä. Näitä aiheita kuitenkin sivutaan analysoitavien tapausten tarkastelussa. Sinällään sopimustoiminnastakin voi ristiriitatilanteissa aiheutua kunnalle merkittäviä taloudellisia vaikutuksia.

Tutkielman otsikon sanavalinta ”hankintakilpailu” hankintalainsäädännössä käytetyn termin ”tarjouskilpailu” sijaan perustuu siihen seikkaan, että kunnissa käydään runsaasti myös muita kuin hankintalakien mukaisia tarjouskilpailuja. Esimerkiksi kunnan kiinteistöjen ja muun omaisuuden myynti tapahtuu usein tarjouskilpailulla. Tästä syystä sanan ”tarjouskilpailu” käyttäminen otsikossa saattaisi aiheuttaa sekaannuksia.

Muutoin tutkielma rakentuu siten, että ensimmäinen varsinainen pääluke käsittelee julkisia hankintoja koskevaa oikeusnormiympäristöä ja oikeusperiaatteita sekä hankintalainsäädännön kehitystä. Toisessa pääluvussa tarkastellaan hankintamenettelyn oikeussuojajärjestelmää. Seuraavassa pääluvussa tarkastelu kohdistetaan vielä erikseen kunnallisen tarjouskilpailun tarjoajaan ja tarjoukseen kohdistuvia oikeudellisia vaatimuksia. Omassa pääluvussa käsitellään analysoinnin kohteena olleita markkinaoikeuden oikeustapauksia, jonka jälkeen loppuluvussa esitetään johtopäätöksiä ja joitakin näkemyksiä jatkotutkimuksen aiheiksi.

³³ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 574. Oikeuskäytäntöä uhkasakon tuomitsemisesta hankintayksikön maksettavaksi esim. MAO:536/10 ja MAO 539-540/09.

2. JULKISIA HANKINTOJA KOSKEVA OIKEUDELLINEN SÄÄNTELY

2.1. Kilpailuttamisen kansainvälinen tausta

2.1.1. Taloudelliset tavoitteet

Ennen maailmankaupan vapautumista ja laajempaa kilpailuttamisen vaatimusten hyväksymistä kansallisvaltiot noudattivat hankinnoissaan *merkantilistista* talouspolitiikkaa. Ajatuksena oli saavuttaa valtion tasolla optimaalinen taloudellinen tulos maksimoimalla vienti ja vastaavasti minimoimalla tuonti. Merkantilistisen ideologian mukaan maailman kokonaisuusvarallisuus oli vakio, jolloin mahdollisimman suuren viennin kautta yksittäinen valtio sai tuosta varallisuudesta entistä suuremman osan.³⁴

Merkantilismiin liittyy olennaisesti myös *protektionismi*, mikä taloudellisessa mielessä tarkoittaa valtion toimimista siten, että ulkomaisten hyödykkeiden tuontia pyritään rajoittamaan ja jopa kieltämään. Protektionismia on perusteltu esimerkiksi työllisyyden turvaamisella tai maksutaseen tasapainottamisella³⁵. Erityisesti tuontitavaroiden tullia koskevat säännökset edustavat tyypillisesti protektionismia. Merkantilismi sinällään on ehkä jo jäänyt talouspolitiikan historiaan, mutta protektionismia esiintyy edelleen. Esimerkiksi Japanin on katsottu suojaavan kotimarkkinoitaan protektionistisin menetelmin. Toisaalta voidaan todeta, että myös EU harjoittaa protektionismia unionin ulkopuolisiin valtioihin nähden.³⁶

Merkantilismin ja protektionismin tietynlainen vastakohta on puolestaan taloudellinen *liberalismi*, joka korostaa taloudellisen tehokkuuden merkitystä. Nykyisin vallalla oleva käsitys vapaasta markkinataloudesta perustuu nimenomaan ajatukseen tehokkaista, kilpailuista markkinoista, joilla tavarat ja palvelut pyritään tuottamaan mahdollisimman hyvällä panos – tuotos-suhteella.³⁷ Kilpailullisessa tilanteessa yritykset pyrkivät jatku-

³⁴ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 15 – 16. Ks. merkantilismista sekä kilpailuttamisen historiasta myös Kuoppamäki 2012, s. 19 – 22.

³⁵ Kuoppamäki 2012, s. 346.

³⁶ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 15 – 16.

³⁷ Alkio, Wik 2009, s. 45 – 46.

vasti tehostamaan toimintaansa sekä etsimään uusia hyödykkeitä ja tuotantomenetelmiä³⁸.

2.1.2. Kansainväliset sopimukset ja EU-oikeus

Nykyisessä muodossaan maailmankauppajärjestö WTO aloitti toimintansa 1.1.1995, jolloin myös sen perustamissopimus tuli voimaan. Järjestöä edelsi monenkeskinen sopimusjärjestelmä GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). Kauppasääntöjen ja tullimyönnytysten ensimmäiset sopimukset tulivat voimaan tammikuussa 1948. WTO:n toiminta-alue on GATT -sopimusta laajempi. GATT sisälsi säännöksiä vain tavara-kaupasta teollisuustuotteiden osalta, WTO puolestaan tavaroiden (teollisuus- ja maataloustuotteet) lisäksi myös palveluista sekä teollis- ja tekijänoikeuksista. Järjestön ensisijaisena tavoitteena on kaupan vapauttaminen tiettyjen sääntöjen rajoissa. Osaksi tämä tarkoittaa kaupan esteiden poistamista.³⁹ Sopimus julkisista hankinnoista laajentaa kilpailusäännöt koskemaan myös valtavaa määrää julkishallinnon hankintoja useissa maissa.

Kaiken kaikkiaan WTO:ssa on tällä hetkellä 159 jäsentä, kun uusimpana valtiona Tadžikistan hyväksyttiin järjestön jäseneksi⁴⁰. Sopimus julkisista hankinnoista koskee sen sijaan lähinnä kehittyneitä maita, ja siinä on tällä hetkellä 15 osapuolta Euroopan unionin ja sen jäsenmaiden lisäksi.⁴¹

Euroopasta oli yritetty luoda jo Euroopan talousyhteisön ETY:n perustamissopimuksen voimaantulosta vuonna 1958 alkaen sisämarkkina-alueetta, jossa tavaroita ja palveluja tuotettaisiin siellä, missä se olisi avoimen kilpailun periaatteiden mukaan edullisinta. Tähän liittyen yritykset kilpailisivat myös julkisissa hankinnoissa hinta-laatu-suhteella vapaasti sisämarkkina-alueella. Ensimmäiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit ovat kuitenkin vasta 1970-luvulta, jolloin varsinkin rakennusmarkkinat olivat muutamissa silloisissa jäsenmaissa järjestäytyneen rikollisuuden kontrolloimia ja korruptio julkisella

³⁸ Kuoppamäki 2012, s. 2.

³⁹ <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=31927&contentlan=1&culture=fi-FI> Viitattu 23.01.2013.

⁴⁰ <http://www.kauppapolitiikka.fi/public/default.aspx?contentid=268231&nodeid=41394&culture=fi-FI> Viitattu 23.01.2013.

⁴¹ <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=31929&contentlan=1&culture=fi-FI#Useammankeskiset%20sopimukset> Viitattu 23.01.2013.

sektorilla oli yleistä. Julkiset hankinnat olivat selkeästi protektionistisia, niitä ei kilpailutettu avoimesti ja ulkomaalaisia yrityksiä syrjittiin näkyvästi.⁴²

EU:n hankintadirektiivit ovat alun perin pohjautuneet erittäin hierarkkiseen ja menettelytavoiltaan muodolliseen ranskalaiseen hallinto- ja kilpailuttamistraditioon. Direktiivit ovat sittemmin muodostuneet EU:n jäsenmaiden hankintakulttuurin ja -menettelyiden kompromisseiksi. Direktiivit ovat myös hyvin yksityiskohtaisia, millä pyritään estämään kaikki sellaiset keinot, joilla hankintojen kilpailuttaminen vältettäisiin tai säännöksiä ”kierrettäisiin”.⁴³

Nykyiset hankintadirektiivit ovat WTO:n GPA -sopimuksen mukaisia⁴⁴. GPA -sopimuksen soveltamisala eroaa hieman hankintadirektiivien soveltamisalasta mm. palveluhankintojen kohdalla. GPA -sopimus on hieman hankintadirektiivien soveltamisalaa suppeampi. GPA -sopimuksen soveltaminen tarkoittaa julkisten hankintojen osalta sitä, että sopimuksen soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa on muista sopijavaltioista tuleviin tarjoihin ja tarjouksiin sovellettava samoja ehtoja kuin EU:n jäsenvaltioihin tuleviin tarjoihin ja tarjouksiin.⁴⁵

Euroopan unionin yleisten oikeusperiaatteiden mukaisesti ristiriitatilanteissa unionioikeus syrjäyttää jäsenmaan kansallisen oikeusohjeen. Asetukset ja direktiivit ovat unionioikeuden tärkeimmät välineet. Asetukset ovat Suomessa välittömästi sovellettavia suoraan maamme oikeusjärjestyksen osana. Sen sijaan direktiivi velvoittaa jäsenvaltiota ensisijaisesti saavutettavaan tulokseen nähden.⁴⁶ Useimmiten direktiivi sisältää määräajan tuon tavoitteen saavuttamiseksi. Julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä on pyritty nopeaan soveltamisaikatauluun⁴⁷.

⁴² Pekkala, Pohjonen 2010, s. 27.

⁴³ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 29 – 30. Ks myös HE 50/2006 vp, s. 8: ”Hankintadirektiivien tarkoituksena on lain-säädännön lähentäminen ja jäsenvaltiot voivat saattaa direktiivit voimaan haluamallaan menettelytavalla. Direktiivit eivät kuitenkaan salli suurta liikkumavaraa.”

⁴⁴ HE 50/2006 vp, s. 7.

⁴⁵ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 25 – 26.

⁴⁶ Ojanen 2010, s. 41 – 42. Ks. myös Mäenpää 2011, s. 44 – 45. Direktiivien vaikutuksesta ks. Kaarresalo 2007, s. 14 – 18. Huom. myös SEUT artikla 288: sisällöltään vastaa aiempaa Euroopan yhteisön perustamissopimuksen artiklaa 249.

⁴⁷ Kalima, Häll, Oksanen 2001, s. 24. Direktiivin implementoinnista ja määräajasta myös Ojanen 2010, s. 42 – 44 sekä Bovis 2005, s. 26 – 27.

2.2. Hankintalainsäädännön kehitys Suomessa

Vielä 1970- ja 1980-luvuilla kunnat tarkoituksellisesti suosivat kotimaisia ja paikallisia yrityksiä hankinnoissaan, eikä maassamme ollut kansallista hankintalakia olemassa-kaan. Kuntien hankintaohjeissa veloitettiin hankkimaan paikallisia ja kotimaisia hyödykkeitä. Todelliseen kilpailuun ja kilpailuttamiseen siirryttiin 1990-luvulla Suomen liityttyä ensin Euroopan talousalueen (ETA) ja myöhemmin Euroopan Unionin (EU) jäseneksi. Unionijäsenyyttä edelsi jo vapaakauppasopimus Suomen ja EU:n välillä.⁴⁸

Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevissa sopimuksissa Suomi on ollut mukana alusta lähtien. Ensimmäinen sopimus allekirjoitettiin vuonna 1979, ja nykyinen sopimus pääpiirteissään on vuodelta 1994.⁴⁹ Suomi ratifioi nykyisen sopimuksen seuraavana vuonna eli 1995. Tätä GPA -sopimusta on täydennetty viimeksi joulukuussa 2011, jolloin osapuolten keskinäistä markkinoille pääsyä parannettiin⁵⁰. Viimeisintä sopimusmuutosta ei Suomessa varsinaisesti tuotu eduskunnan päätettäväksi, koska sopimus sisälsi EU:n yksinomaiseen toimivaltaan kuuluvia määräyksiä, joten se tehtiin tästä syystä unionisopimuksena.

Ensimmäinen julkisista hankinnoista annettu laki (1505/1992, myöh. vanha hankintalaki) oli luonteeltaan puitelaki, jossa säädettiin lain soveltamisalasta ja tarkoituksesta, hankintamenettelyn pääperiaatteista, ehdokkaan ja tarjoajan valintaperusteista sekä tarjouksen valinnasta. Laissa oli myös säädetty yksityiskohtaisesti oikeusturvakeinoista sekä eräistä tilastotiedoista.⁵¹ Laki tuli voimaan 1.1.1994, ja sillä saatettiin voimaan tuolloin voimassa olleet Euroopan yhteisön rakennusurakoiden sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien kilpailuttamismenettelyjen keskeiset laintasoiset määräykset sekä oikeusturvamenettelyjä koskevat kaksi ns. valvontadirektiiviä.

Vanhaa hankintalakia muutettiin sen voimaantulon jälkeen seitsemän kertaa. Merkittävin oli 1.3.1998 voimaan tullut lainmuutos (1247/1997), jolloin hankintalain piiriin lisättiin omana työnä ja valtion tuella toteutettavia rakennushankkeita koskeva kilpailuttamisvelvollisuus. Hankintayksiköt veloitettiin järjestämään tarjouskilpailu sellaisten raken-

⁴⁸ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 1.

⁴⁹ Hyvönen ym. 2007, s. 27.

⁵⁰ U 31/2011 vp, s. 3.

⁵¹ HE 50/2006 vp, s. 6.

nusurakoiden toteuttamisessa, joissa rakentamishankkeen ennakoitu arvonlisäverollinen kokonaisarvo oli vähintään 5.000.000 markkaa, ja joihin valtion viranomaisen myönsi hankekohtaista valtionapua.⁵²

Vanha hankintalaki kumottiin 1.7.2007 voimaan tulleella nykyisellä hankintalailla, jota on muutettu voimaantulon jälkeen kahdeksan kertaa. Tärkein muutos on uuden oikeus-suojadirektiivin (2007/66/EY) voimaantulo. Lainmuutos (321/2010) sisälsi mm. jo aiemminkin mainitut tehottomuusseuraamusta ja seuraamusmaksua koskevat säännökset sekä uutena muutoksenhakukeinona hankintaoikaisun.⁵³

2.3. Hankintamenettelyn oikeusperiaatteet ja keskeiset käsitteet

Hankintamenettelyn oikeusperiaatteista on säädetty hankintalain 2 §:ssä. *Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden* periaate tarkoittaa julkisissa hankinnoissa lainvalmisteluaineiston mukaan sitä, että hankintapäätös perustuu ennalta asetettuihin objektiivisiin valinta- ja arviointikriteereihin, joita sovelletaan samalla tavoin kaikkiin tarjoajiin, ketään suosimatta tai syrjimättä⁵⁴. Syrjimätön kohtelu edellyttää erityisesti sitä, ettei ehdokkaita tai tarjoajia missään hankintamenettelyn vaiheessa kohdella epätasapuolisesti esimerkiksi kansallisuuden tai sijoittumismaan perusteella. Kunnallisissa hankinnoissa olennaista on, että oman alueen yrittäjiä kohdellaan juuri samalla tavalla kuin muualta tulevia ehdokkaita.

Oikeuskäytännössä syrjimättömyysperiaatteen on tulkittu myös tarkoittavan sitä, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saa olla paikallisia tai tiettyä aluetta tai yritystä suosivia⁵⁵. Tasapuolisuus tai *yhdenvertaisuus* oikeusperiaatteena tarkoittaa ennen kaikkea sitä, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdellaan samalla tavalla. Erilainen kohtelu on pystyttävä perustelemaan puolueettomasti. Vastaavasti erilaisia tapauksia ei saa ilman perusteltua syytä kohdella samalla tavalla.⁵⁶ Hankintamenettelyn tasapuoli-

⁵² HE 69/1997 vp, s. 10.

⁵³ HE 190/2009 vp, s. 28 – 30.

⁵⁴ HE 50/2006 vp, s. 6. Ks. myös Virtanen 2008 s. 536 – 539.

⁵⁵ Kuoppamäki 2012, s. 353.

⁵⁶ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 35. Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 37. Oikeuskäytäntöä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta mm. C-31/87 (*Gebroeders Beentjes BV vs Alankomaat*) sekä C-243/89 (*EY komissio vs Tanska*).

suuden ja syrjimättömyyden on oltava myös todennettavissa mm. hankintapäätöksestä ja sen perusteluista⁵⁷.

Muita julkisiin hankintoihin sovellettavia oikeusperiaatteita tasapuolisuuden ja yhdenvertaisuuden sekä syrjimättömyyden lisäksi ovat *avoimuus* ja *suhteellisuus*. Avoimuusperiaate sisältyy jo osittain syrjimättömyysperiaatteeseen, mutta erityisesti sillä tarkoitetaan kattavaa ja riittävän laajaa hankinnasta ilmoittamista. Laajalla ja julkisella ilmoittamisella katsotaan automaattisesti olevan vaikutusta kilpailun lisääntymiseen ja siten myös hintojen alenemiseen⁵⁸. Avoimuus koskee kaikkia hankintamenettelyn vaiheita, mutta periaate on osin ongelmallinen suhteessa viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999, myöh. julkisuuslaki) salassapitoa koskeviin säännöksiin⁵⁹. Julkisuuslain 24 §:n 1 momentin kohdan 20 mukaan salassa pidettäviä ovat mm. asiakirjat, jotka sisältävät tietoja yksityisestä liike- tai ammattisalaisuudesta. Useimmiten liikesalaisuuden suojaaminen liittyy suojaan yrityksen kilpailijoita kohtaan. Lähtökohtaisesti kaikki hankintaa koskevat asiakirjat ovat kuitenkin julkisia, ja liikesalaisuus pitää perustellusti osoittaa.⁶⁰ Lainsäädännössä liike- tai ammattisalaisuutta ei ole tarkasti määritelty.

Suhteellisuusperiaatteella tarkoitetaan etenkin kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista⁶¹. Hankintamenettelyssä suhteellisuusperiaate edellyttää mm. sitä, että tarjoajarytysten kelpoisuusehtojen asettamisessa tulee huomioida hankinnan luonne ja arvo⁶². Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti tarjouskilpailusta aiheutuvia kustannuksia tulisi verrata tarjouskilpailulla aikaan saatuun säästöön⁶³. Periaatteeseen liittyy osaltaan myös tarkoitussidonnaisuuden periaate, mikä hankintamenettelyssä tarkoittaa sitä, että

⁵⁷ Virtanen 2008, s. 539.

⁵⁸ Bovis 2005, s. 128.

⁵⁹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 36: ”Avoimuusperiaate edellyttää esimerkiksi, että hankintamenettelyä koskevia tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja että hankintaa koskevat asiakirjat ovat julkisia.” Avoimuusperiaatteesta myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 39 sekä Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 24.

⁶⁰ Hyvönen ym. 2007, s. 290 – 291. Myös KHO:2007:83: Tarjousasiakirjojen sisältämiä yksikköhintoja pidettiin tarjouksen tehneen elinkeinonharjoittajan liikesalaisuuksina.

⁶¹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 38.

⁶² Kuoppamäki 2012, s. 355.

⁶³ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 25: ”Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaatteen on katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista.” Ks. myös HE 50/2006 vp, s. 97.

esimerkiksi hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä tarjoajille ja tarjouksille asetettujen vaatimusten tulee vastata hankinnalle asetettuja tavoitteita⁶⁴.

Hankintalain 2 §:n 2 momentissa puolestaan on suosituksenluontoisia periaatteita. Hankinnat tulisi järjestää mm. ympäristönäkökohdat huomioiden sekä mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti. Lainkohdassa nostetaan esiin myös hankintayksiköiden yhteistyön tuomat mahdollisuudet.⁶⁵

Kilpailuttamisvelvoitetta voidaan pitää myös hankintalain keskeisenä periaatteena⁶⁶. Kuntien kannalta kilpailuttamisella haetaan taloudellista tuottavuutta ja tehokkuutta. *Tuottavuuden ja tehokkuuden* nimissä kilpailuttaminen palvelee kuntien talousarvioiden tasapainovaatimusta tilanteessa, jossa yhdistyvät kohoavat palvelutarpeet ja kuntatalouden kaventuvat resurssit. Kilpailuttaminen on määritelty myös hallintotekniseksi ja juridiseksi osaksi osto-operaatiota.⁶⁷ Hankintalain mukaan tarjouksista on valittava *konaistaloudellisesti* edullisin tai halvin.

Hankintalakia sovelletaan vain lain 6 §:ssä lueteltuihin viranomaisiin ja julkisoikeudellisiin laitoksiin, joita kutsutaan *hankintayksiköiksi*. Kunnallisessa hankinnassa hankintayksikkö on hankinnan suorittava organisaatio, jota edustaa esimerkiksi kunnan tai kuntayhtymän toimitus tai viranhaltija.⁶⁸ Velvollisuus hankintalain noudattamiseen ei suoraan vaikuta hallintokoneiston organisointiin⁶⁹. Myös julkista tukea saava toimija katsotaan hankintayksiköksi, mikäli viranomainen on myöntänyt sille tukea yli puolet hankinnan arvosta. Näissä tapauksissa hankintayksiköksi voidaan katsoa jopa yksityishenkilö, esimerkiksi maatalousyrittäjä⁷⁰.

Tarjoaja on hankintalain 5 §:n mukaan tarjouksen jättänyt toimittaja, joka puolestaan on määritelty mm. luonnolliseksi henkilöksi tai oikeushenkilöksi, joka tarjoaa markkinoilla

⁶⁴ Virtanen 2008, s. 542. Myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 178 – 179.

⁶⁵ HE 50/2006 vp, s. 48.

⁶⁶ Alkio, Wik 2009, s. 1108.

⁶⁷ Valkama ym 2008(I), s. 22 – 26. Ks. myös Pekkala, Pohjonen 2010, s.21: ”Hankintojen kilpailuttamisella tarkoitetaan menettelyä, jossa hankintayksikkö ilmoittaa hankintalain edellyttämällä tavalla julkisesti tulevasta tavarantoimituksen tai urakan hankinnasta.”

⁶⁸ Kunnallisorganisaation hankintayksiköistä tarkemmin Kaarresalo 2007, s. 38 – 47. Ks. myös Oksanen 2010, s. 22 ja Virtanen 2008, s. 547.

⁶⁹ Mäenpää 2011, s. 384.

⁷⁰ Hyvönen ym. 2007, s. 46. Huom. myös oikeuskäytäntö KHO:2009:102: saamansa julkisen tuen perusteella hankintayksiköksi on katsottu mm. kaupallisin perustein toimiva säätiö.

tavaroita tai palveluita. Tarjouskilpailun voittanutta tarjoajaa voidaan kutsua myös *tuottajaksi*.

Hankintailmoitusta koskevat säännökset ovat hankintalain 35 §:ssä. Hankintailmoitus on ilmoitus, jolla annetaan mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun tai tehdä osallistumishakemus⁷¹. Käytännössä hankintailmoitus sisältää itse ilmoituksen lisäksi yksityiskohtaisen tarjouspyynnön. Mikäli hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön sisällön välillä on ristiriitaa, hankintailmoituksen sisältö ratkaisee⁷².

Kynnysarvolla tarkoitetaan hankintalain 15 ja 16 §:stä ilmenevää euromääräistä hankinnan arvonlisäverotonta vähimmäisarvoa. Kynnysarvo voi olla kansallinen kynnysarvo tai EU-kynnysarvo. Hankinnan ennakoitua arvoa koskevat määräykset ovat hankintalain 17 – 20 §:ssä. Kynnysarvot on laskettava mahdollisimman huolellisesti.⁷³ EU-kynnysarvojen määrät tarkistetaan kahden vuoden välein Euroopan Unionin komission asetuksella. Viimeksi kynnysarvot on vahvistettu komission asetuksella 1251/2011, ja ne ovat voimassa 1.1.2012 – 31.12.2013. Kunnallisten hankintayksiköiden osalta kynnysarvot ovat tällä hetkellä hankintailmoituskanava HILMA:n mukaan seuraavat⁷⁴:

EU-kynnysarvot:

- tavara- ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailuissa 200.000 euroa
- rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa 5.000.000 euroa

Kansalliset kynnysarvot:

- 30.000 euroa tavara- ja palveluhankinnoissa ja käyttöoikeussopimuksissa sekä suunnittelukilpailuissa
- 100.000 euroa terveydenhoito- ja sosiaalipalvelujen hankinnoissa
- 150.000 euroa rakennusurakoissa.

⁷¹ Oksanen 2010, s. 26.

⁷² Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 150.

⁷³ Virtanen 2008, s. 593.

⁷⁴ <http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/kynnysarvot/> Viitattu 17.01.2013.

3. HANKINTAMENETTELYN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ

3.1. Järjestelmän perusteet

Hankintalain mukaisten julkisten hankintojen oikeussuojakeinoista säädetään erillisessä oikeussuojaa koskevassa direktiivissä, joka sisältää kansalliselle muutoksenhakujärjestelmälle asetetut vähimmäisvaatimukset. Lisäksi tämän direktiivin tulkintaan vaikuttaa Euroopan unionin tuomioistuimen (aiemmin EY-tuomioistuin) julkisia hankintoja koskeva ratkaisukäytäntö⁷⁵. Korkein hallinto-oikeus voi myös pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen artiklan 267 nojalla.⁷⁶

Hankintalain oikeusturvaa, eli ts. muutoksenhakua ja seuraamuksia koskevat säännökset sisältyvät lain 11 lukuun, jota sovelletaan myös erityisalojen hankintalain osalta (erityisalojen hankintalaki 67 §). Muutoksenhakua koskevia säännöksiä sovelletaan sekä EU-kynnysarvot että kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, mutta seuraamusten osalta soveltaminen vaihtelee kynnysarvon mukaan. Seuraamuksia käsitellään tarkemmin jäljempänä alaluvussa 3.3.

Ennen lainmuutosta (321/2010) kunnallisissa hankinnoissa oli erikseen käytössä myös kuntalain (365/1995) mukainen oikaisuvaatimusmenettely ja kunnallisvalitus⁷⁷. Edelleenkin esimerkiksi hankinta-asian käsittelyjärjestystä tai esteellisyyttä koskevien väitteiden osalta kuntalain muutoksenhakukeinot ovat käytettävissä. Kuitenkin markkinaoikeus voi esikysymyksenä ottaa kantaa myös muihin väitettyihin lainvastaisuuksiin, vaikka ei voikaan määrätä seuraamuksia muista kuin hankintalainsäädännön vastaisista teoista. Toisaalta hankintalain 102 § sisältää nimenomaisesti muutoksenhakukiellon, jonka mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvissa asioissa ei saa hakea muutosta kuntalain eikä hallintolainkäyttölain nojalla.⁷⁸

⁷⁵ Ks. Ojanen 2010, s. 46 – 47: EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön merkityksestä oikeuslähteenä.

⁷⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:L60:0001:0005:FI:PDF> Viitattu 23.01.2013.

⁷⁷ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 236.

⁷⁸ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 403 – 406. Ks. myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 243.

3.2. Muutoksenhaku

3.2.1. Hankintaoikaisu

Oikeussuojakeinojen käytön selkiinnyttämiseksi markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvissa hankinta-asioissa kiellettiin aiempi muutoksenhakumenettely kunnallis- tai hallintovalituksena. Oikaisuvaatimusmenettelyn sijaan hankintayksiköiden päätöksiin voidaan nykyisin kohdistaa kevyempi hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen korjaamistapa, eli hankintaoikaisu. Hankintaoikaisu on kaikkien hankintayksiköiden käytössä oleva korjauskeino, jota hankintayksikkö voi käyttää myös omasta aloitteestaan. Hankintaoikaisua voidaan käyttää myös markkinaoikeuden toimivallan ulkopuolelle jäävissä ns. pienhankinnoissa.⁷⁹ Pienhankinnoissa voidaan yhä käyttää muutoksenhakuun hankintaoikaisun lisäksi myös kuntalain mukaista oikaisuvaatimusta ja edelleen sen johdosta annettuun päätökseen kunnallisvalitusta⁸⁰.

Hankintaoikaisun käyttämisen edellytyksenä on, että hankintapäätös tai muu hankintayksikön toimenpide perustuu virheelliseen lain soveltamiseen⁸¹. Hankintalain 81 §:n mukaan hankintaoikaisu tulee vireille hankintayksikön omasta aloitteesta tai asianosaisen vaatimuksesta. Jälkimmäisessä tapauksessa asianosaisen on esitettävä oikaisuvaatimus 14 päivän kuluessa saatuaan tiedon hankintapäätöksestä tai muusta hankintamenettelyn ratkaisusta. Hankintayksiköllä itsellään on puolestaan 60 päivää aikaa oma-aloitteiseen hankintaoikaisuun. Hankintaoikaisun käyttö päätöksen korjaamiseen ei edellytä asianosaisen suostumusta. Hankintaoikaisulla ei kuitenkaan voida korjata päätöstä tai ratkaisua silloin, kun hankintasopimus on jo tehty.⁸²

Käytännössä hankintaoikaisua voidaan kuvata eräänlaiseksi itseoikaisuksi silloin, kun hankintayksikkö havaitsee menetelleensä hankintalain vastaisesti. Hankintaoikaisun hyväksymisen myötä virheellinen hankintapäätös poistetaan. Hankintaoikaisun rinnalla yhtäaikaaisesti on mahdollisuus valittaa erikseen hankintapäätöksestä myös markkinaoikeuteen. Hankintaoikaisun vireille tulo ja käsittely eivät vaikuta myöskään siihen määräaikaan, jonka kuluessa asianosaisella oikeus hakea muutosta valittamalla markkina-

⁷⁹ HE 190/2009 vp, s. 1.

⁸⁰ Oksanen 2010, s. 19.

⁸¹ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 397.

⁸² HE 190/2009 vp, s. 54 – 56.

oikeuteen.⁸³ Hankintaoikaisuun annetusta päätöksestä ei ole valitusmahdollisuutta hallinto-oikeuteen, sen sijaan pienhankinnoissa kuntalain mukaiseen oikaisuvaatimukseen annetusta päätöksestä voi valittaa eteenpäin hallinto-oikeuteen.

3.2.2. Valitus markkinaoikeuteen

Varsinainen muutoksenhaku hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa tapahtuu valituksella markkinaoikeuteen. Ennen lainmuutosta (321/2010) muutoksenhaku tapahtui *hakemuksella* markkinaoikeuteen. Muutoksenhakuun oikeutettuja hankintalain 85 §:n mukaan ovat asianosaisten lisäksi *työ- ja elinkeinoministeriö*⁸⁴ unionin valvontamenettelyä koskevassa asiassa sekä hankintalain 13 §:ssä tarkoitettussa asiassa myös sellainen valtion tai kunnan viranomaisen taikka muu taho, joka on myöntänyt hankekohtaista tukea rakennushankkeen toteuttamiseen.

Asianosainen on lainvalmisteluaineistossa määritelty henkilöksi, jolla on *oikeudellinen intressi* saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan valittajana voi käytännössä olla lähinnä alalla toimiva yrittäjä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Alalla toimiminen on riittänyt asianosaisaseman edellyttämän oikeudellisen intressin perusteeksi erityisesti niissä tapauksissa, joissa oikeussuojapyyntö perustuu hankinnan kilpailuttamisen laiminlyömiseen⁸⁵. Tilanteissa, joissa hankintayksikkö on kilpailuttanut hankinnan hankintasäännösten edellyttämällä tavalla, alalla toimiva yrittäjä on oikeuskäytännössä katsottu asianosaiseksi lähtökohtaisesti vain silloin, jos yrittäjä on antanut tarjouskilpailussa tarjouksen tai jos yrittäjä on ainakin voinut osoittaa pyrkineensä osallistumaan tarjouskilpailuun⁸⁶.

Markkinaoikeuden toimivaltaa hankinta-asioissa voidaan tarkastella perinteisen tuomioistuimen toimivaltaa jäsentävän kolmijaon kautta. *Alueellisesti* markkinaoikeus on toimivaltainen suomalaisen hankintayksikön Suomessa tekemässä hankinnassa. *Asiallisesti* markkinaoikeus on erityistuomioistuin, eli toimivaltainen ainoastaan markkinaoikeuslaissa (1527/2001) määritellyllä, rajatulla alueella. *Asteellisesti* tarkasteltuna markkina-

⁸³ Oksanen 2010, s. 19.

⁸⁴ Peckala 2007, s. 410: Aiemmin mahdollisuus kanteen nostamiseen oli kauppa- ja teollisuusministeriöllä.

⁸⁵ HE 190/2009 vp, s. 59 ja HE 50/2006 vp, s. 121.

⁸⁶ HE 50/2006 vp s. 120 – 121 ja HE 190/2009 vp s 58 – 59. Oikeuskäytäntöä asianosaisesta mm. MAO:38/12.

oikeus on hankinta-asioissa ensimmäinen oikeusaste, jonka ratkaisusta voidaan valittaa edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen.

Hankinta-asioiden lisäksi markkinaoikeus käsittelee kilpailuasioita ja muita markkinaoikeudellisia asioita. Sen sijaan markkinaoikeus ei voi muutoin kuin esikysymyksenä käsitellä sellaisia laillisuuskysymyksiä, jotka eivät koske hankintasäännösten soveltamista. *Esteellisyyttä* koskevia väitteitä ei yleensä tutkita markkinaoikeudessa, vaan yleisessä hallinto-oikeudessa. Hankintalain valmisteluaineiston mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvassa hankinta-asiassa on *mahdollista* vedota hankintamenettelyssä tapahtuneisiin muihin kuin hankintalakiin perustuviin päätöksenteon virheellisyyksiin. Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluu hankinta-asiassakin esikysymyksenä ottaa kantaa väitteisiin siitä, että hankinta-asiassa tehty päätös on jollakin muulla perusteella lainvastainen. Hankintayksikön menettelyä on esteellisyyttä koskevan väitteen osalta arvioitava tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen pohjalta.⁸⁷

Markkinaoikeudella ei ole toimivaltaa käsitellä sellaisia hankkeita, joissa kilpailutus on vapaaehtoisesti tehty hankintalain säännösten mukaan, mutta ovat kuitenkin hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolella⁸⁸. Markkinaoikeuden toimivaltaan ei myöskään kuulu käsitellä vahingonkorvausvaatimuksia⁸⁹.

3.2.3. Valitus korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja muut oikeussuojakeinot

Markkinaoikeuden ratkaisusta voidaan hallintolainkäyttölain (586/1996) mukaisesti valittaa edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen lukuun ottamatta hankintalain 91 §:n 1 momentissa tarkoitettua väli aikaista päätöstä. Lisäksi hankintalain 32 §:ssä tarkoitettua puitejärjestelyä koskevassa asiassa jatkovalitus on mahdollista vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan.

Eräänlainen oikeussuojakeino on myös Euroopan unionin *komission* oikaisumenettely, josta on säännökset oikeusturvadirektiivin 3 artiklassa. Kansallisen muutoksenhakumenettelyn lisäksi komissio voi puuttua hankintadirektiivien vastaiseen yksittäiseen

⁸⁷ HE 190/2009 vp, s. 76. Ks kuitenkin Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 242 – 243.

⁸⁸ KHO 27.11.2000/3113.

⁸⁹ HE 50/2006 vp, s. 19.

hankintamenettelyyn käyttämällä oikaisumenettelyä. Oikaisumenettelyssä komissio ilmoittaa jäsenvaltiolle ensin perusteet, joiden nojalla se katsoo, että hankintadirektiivin säännöksiä on rikottu. Tämän jälkeen jäsenvaltion on 21 päivän kuluessa annettava vastaus komissiolle. Siinä on todettava, miten virheellinen menettely on oikaistu tai perusteltava oikaisun tekemättä jättäminen.⁹⁰

Ennakkoratkaisumenettely perustuu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) artiklaan 267, jonka mukaan unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisuja yhteisöoikeuden sisällöstä, kuten mm. direktiivien säännösten tulkinnasta ja pätevydestä.⁹¹ Ennakkoratkaisumenettelyn käytölle on useita perusteita. Menettely yhdenmukaistaa EU-oikeuden tulkintaa ja soveltamista jäsenvaltioissa. Ennakkoratkaisumenettelyn tarkoitus on myös EU:n toimielin- ja päätöksentekojärjestelmän toiminnan laillisuuden valvonta. Lisäksi menettelyn avulla valvotaan kansallisen oikeuden yhteensopivuutta EU-oikeuden kanssa.⁹²

Ennakkoratkaisun pyytämiseen velvollisia tuomioistuimia Suomessa ovat käytännössä korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus. Velvollisuus koskee sellaista kansallista tuomioistuinta, jonka päätöksiin ei kansallisesti voi hakea muutosta. Alemmillakin tuomioistuimilla on artiklan mukaan mahdollisuus saattaa asia unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi. Ennakkoratkaisupyynnö lykkää kansallista tuomioistuinkäsittelyä siihen saakka, kun unionin tuomioistuin on antanut ratkaisunsa. Ennakkoratkaisu sitoo sitä pyytänyttä tuomioistuinta.⁹³

Epävirallinen, mutta yrityksen kannalta mahdollinen valitusmenettely on *kantelu* EU:n komissioon, joka voi nostaa kanteita SEUT artiklan 258 nojalla jäsenmaita vastaan myös omasta aloitteestaan⁹⁴. Myös jäsenvaltio voi saattaa toisen jäsenvaltion hankintasian komission käsiteltäväksi. Jos komissio katsoo, että kanteluun on aihetta, jäsenvaltiota kuullaan ensiksi, ja samalla selvitetään myös se seikka, onko ensisijaisia kansallisia oikeuskeinoja vielä käytettävissä.⁹⁵

⁹⁰ HE 190/2009 vp, s. 21.

⁹¹ SEUT artikla 267 vastaa sisällöltään aiempaa EY:n perustamissopimuksen artiklaa 234.

⁹² Mäenpää 2011, s. 418–421. Myös Ojanen 2010, s. 156–157.

⁹³ Ojanen 2010, s. 164–171. Myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 265–266.

⁹⁴ Mäenpää 2011, s. 215–216. Ks. myös KHO:2003:41, lisäksi myös asia C-513/99 *Concordia Bus Finland*.

⁹⁵ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 264–265.

3.3. Hankintalain mukaiset seuraamukset

3.3.1. Yleistä

Hankintalain 94 §:ssä on määritelty markkinaoikeuden määräämät seuraamukset hankintalain, EU:n lainsäädännön tai WTO:n julkisia hankintoja koskevan sopimuksen rikkomisesta. Markkinaoikeus voi:

- 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan;
- 2) kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa virheellistä kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä;
- 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä;
- 4) määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksun asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä;
- 5) määrätä hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen;
- 6) määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun;
- 7) lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua.

Kohdissa 1 – 3 tarkoitettuja keinoja pidetään ensisijaisina, ja niitä kutsutaan reaalikeinoin. Sen sijaan kohdat 4 – 7 on tarkoitettu tilanteisiin, joissa hankintasopimus on jo tehty tai markkinaoikeus katsoo *olosuhteiden* perusteella hankintasopimuksen syntyneeksi⁹⁶. Tehottomuusseuraamus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen voidaan määrätä vain hankintalain 16 §:ssä tarkoitettussa EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa. Tehottomuusseuraamusta ei kuitenkaan voida määrätä hankintalain liitteen B mukaisessa palveluhankinnassa. Hankintalain seuraamusjärjestelmää sovelletaan myös erityisalojen hankintalain mukaisiin hankintamenettelyihin.

Hankintalain 91 §:n 1 momentin mukaan markkinaoikeus voi mm. keskeyttää hankinnan täytäntöönpanon oikeuskäsittelyn ajaksi. Markkinaoikeus voi myös hankintalain 100 §:n nojalla määrätä edellä lueteltujen kieltojen ja velvoitteiden tehostamiseksi uhkasakon, josta on tarkemmat säännökset uhkasakkolaissa (1113/1990). Tämän lisäksi hankintayksikkö voidaan velvoittaa maksamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut, joista

⁹⁶ HE 190/2009 vp, s. 68.

on säännökset hallintolainkäyttölaissa (586/1996). Mahdollinen vahingonkorvauslain (412/1974) mukainen vahingonkorvauskin tulee kysymykseen, mutta sitä ei kuitenkaan käsitellä markkinaoikeudessa, vaan erillisessä prosessissa yleisessä alioikeudessa⁹⁷.

3.3.2. Reaalikeinot

Markkinaoikeus voi käyttää hankintalain 94 §:n 1 momentin kohtien 1 – 3 mukaisia reaalikeinoja silloin, kun hankintayksikkö on tehnyt norminvastaisen hankintapäätöksen tai hankintamenettelyssä on muutoin menetelty hankintalakien, Euroopan unionin lain säädännön tai GPA -sopimuksen vastaisesti. Reaalikeinot ovat ensisijainen keino puuttua virheelliseen hankintamenettelyyn niissä tapauksissa, joissa hankintapäätöstä ei ole vielä pantu täytäntöön.⁹⁸

Jos reaalikeinoja ei enää voida käyttää, tulevat toissijaisesti kysymykseen em. säännöksen kohtien 4 – 7 mukaiset seuraamukset. Mikäli hankintayksikkö itse päättää keskeyttää virheellisen hankintamenettelyn, voi se välttyä seuraamukselta. Markkinaoikeus tutkii tällaisissa keskeytetyissä tapauksissa tarvittaessa kuitenkin sitä, onko hankintayksiköllä ollut menettelyn keskeyttämiseen oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkintakäytännön mukaiset perusteet. Toisaalta hankintayksikkö voi välttyä seuraamuksilta myös silloin, kun hankintamenettelyn virhe on ollut päätöksen puutteellisessa perustelmissa, mutta perustelut on sittemmin esitetty menettelyn kuluessa.⁹⁹

Käytännössä markkinaoikeus soveltaa reaalikeinoja yhdessä siten, että samalla kun oikeus kokonaan tai osittain kumoaa hankintapäätöksen, se myös velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä. Markkinaoikeus voi siis kumota ja estää virheellisen menettelyn tai hankintapäätöksen voimaantulon. Kiellon tai veloitteen tehostamiseksi markkinaoikeus käytännössä lähes aina määrää hankintalain 100 §:n mukaisen uhkasakon. Tässä tutkielmassa analysoiduissa oikeustapauksissa markkinaoikeus käytti uhkasakkoa joka kerta silloin, kun hankinnassa oli menetelty virheellisesti,

⁹⁷ HE 50/2006 vp, s. 19.

⁹⁸ HE 50/2006 vp, s. 119 sekä HE 190/2009 vp, s. 68. Ks. myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 249 ja Pekkala 2007, s. 480: ”Reaalikeinoilla tarkoitetaan sitä, että hankintapäätös kumotaan, määrätään tehtäväksi uusi tarjousvertailu tai uusi kilpailutus...”.

⁹⁹ HE 190/2009 vp, s. 69.

eikä hankintapäätöstä ollut vielä tehty. Uhkasakon määräämisestä on tarkempaa tietoa jäljempänä omassa alaluvussa.

Sen sijaan markkinaoikeus ei voi määrätä hankintayksikköä valitsemaan jotain tiettyä tarjousta tai tarjoajaa.¹⁰⁰ Oikeuskäytännöstä hyvänä esimerkkinä seuraava tapaus:

MAO:82/10:Tapauksessa markkinaoikeus totesi olevansa toimivaltainen tutki-
maan vain hakemuksen kohteena olevan hankintamenettelyn lainmukaisuuden ja
voivansa tarvittaessa velvoittaa korjaamaan kyseiseen hankintamenettelyyn liitty-
vät virheellisuudet. Sen sijaan markkinaoikeudella ei ollut toimivaltaa asettaa han-
kintalain 76 §:n 1 momentissa tarkoitettuja velvoitteita mahdollisten tulevien han-
kintojen osalta. Näin ollen hakijan vaatimus siitä, että hankintayksikkö tulee vel-
voittaa korjaamaan virheellinen menettelynsä tulevissa tarjousvertailuissa, oli jä-
tettävä markkinaoikeuden toimivaltaan kuulumattomana tutkimatta.

Reaalikeinojen kohteena voi olla mikä tahansa hankintamenettelyyn sisältynyt virheelli-
nen ratkaisu, vaikka kyseessä ei olisikaan varsinainen hallintopäätös¹⁰¹. Riippumatta
siitä, millainen virhe on kyseessä, ei reaali-keinojen käyttö kuitenkaan ole enää mahdol-
lista silloin, kun hankintasopimus on tehty tai sopimussuhde on muutoin syntynyt¹⁰².
Vaikka kirjallista sopimusta ei olisikaan, joudutaan mahdollisen sopimuksen syntymistä
arvioimaan olosuhteiden perusteella. Lainvalmisteluaineiston mukaan arvioinnissa tulisi
erityisesti kiinnittää huomiota siihen, onko hankintayksikkö hankintapäätöksen jälkeen
antanut hankinnan toteuttamiselle nimenomaisen suostumuksen tai onko tarjoaja ryh-
tynyt hankinnan toteuttamiseen hankintayksikölle siten, ettei kyse ole enää tavanomai-
sista, hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä.¹⁰³

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu, että kansallisen tuomioistui-
men kumottua virheellisen hankintapäätöksen, on hankintayksikön yleensä peruutetta-
va tarjouskilpailu ja aloitettava uusi hankintamenettely, jos virhe on olennainen eikä sitä
voida muutoin korjata¹⁰⁴. Jos virhe on tapahtunut vasta tarjousten vertailussa tai han-

¹⁰⁰ Ks. kuitenkin Pekkala, Pohjonen 2010, s. 555: ”Markkinaoikeus määrää päätöksessään sen, kuinka hankintayk-
sikön tulee korjata virheellinen menettelynsä. Useissa tapauksissa tästä on jo ennakoitavissa, kuka tarjoaja tulee
voittamaan tarjouskilpailun virheen korjaamisen jälkeen.” Myös HE 50/2006 vp, s. 119 sekä Kalima, Häll, Oksanen
2007, s. 250: ”...tuomioistuimen ensisijaisena tarkoituksena on saada virheellinen ja lainvastainen päätös tai me-
nettely oikaistuksi.”

¹⁰¹ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 250.

¹⁰² Pekkala 2007, s. 480.

¹⁰³ HE 190/2009 vp, s. 68.

¹⁰⁴ Ks. esim asia C-488/01 (*Wienstrom*).

kintapäätöksen perusteluissa, voi kansallinen tuomioistuin määrätä esimerkiksi suorittamaan uuden tarjousvertailun tai tekemään uuden, perustellun hankintapäätöksen¹⁰⁵.

3.3.3. Hyvitysmaksun määrääminen

Lainvalmisteluaineistossa todetaan hyvitysmaksun määräämisen edellytyksenä olevan, että hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe ja että ilman tätä virhettä hakijalla olisi ollut *todellinen mahdollisuus* päästä hankinnan toimittajaksi. Hyvitysmaksu voidaan määrätä vain molempien edellytysten täytyessä. Valittajan on pystyttävä osoittamaan tämä todellinen mahdollisuus.¹⁰⁶ Valittajan pitää myös valituksessaan ilmoittaa vaatimansa hyvitysmaksun määrä. Hyvitysmaksun voidaan katsoa olevan tietyllä tapaa rangaistuksen luonteinen¹⁰⁷. Hyvitysmaksulla pyritään myös siihen, ettei valittajan tarvitsisi käynnistää erillistä prosessia vahingonkorvausasiassa¹⁰⁸.

Hyvitysmaksusta on tarkemmat määräykset hankintalain 95 §:ssä, jonka mukaan hyvitysmaksua voidaan määrätä myös silloin, kun reaalikeynojen käyttäminen saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden tahojen oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin mitä reaalikeynon käyttämisen edut olisivat.¹⁰⁹ Tällainen intressivertailu on kuitenkin harvinaista, koska hankintayksikölle tai kolmannelle osapuolelle reaalikeynojen käyttämisestä aiheutuva haitta on vaikeasti osoitettavissa¹¹⁰. Reaalikeynot ja hyvitysmaksu ovat poikkeustilanteita lukuun ottamatta toisensa poissulkevia¹¹¹.

Hyvitysmaksun määrä ei saa hankintalain 95 §:n 2 momentin mukaan ilman erityisiä syytä ylittää 10 % hankinnan arvosta. Lainvalmisteluaineistossa tällaiseksi erityiseksi syyksi on määritelty esimerkiksi hankintayksikön laiminlyönnin tai virheen valittajalle aiheuttama vahinko, kuten valittajan menettämän liikevoiton määrä, sekä hankintayksi-

¹⁰⁵ Tästä uusimpia oikeustapauksia MAO:408/12 ja MAO:357-358/12. Ks. myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 420.

¹⁰⁶ HE 190/2009 vp, s. 69 – 70 ja HE 50/2006 vp, s. 119. Huom. Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 423: ”Todellista voittomahdollisuutta virheettömässä tarjouskilpailussa koskeva edellytys asettaa korkean kynnyksen hyvitysmaksun määräämiselle. Käytännössä tilanteen tulee sekä virheen vaikutusten että tarjousten oikean vertailun osalta olla lähes yksiselitteisen selkeä.”

¹⁰⁷ Valkama, Kallio, Kankaanpää 2008(II), s. 100.

¹⁰⁸ HE 50/2006 vp, s. 120.

¹⁰⁹ HE 190/2009 vp, s. 69.

¹¹⁰ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 252.

¹¹¹ Ks. Virtanen 2008, s. 805.

kön virheen laatu ja menettelyn erityinen moitittavuus. Valittajalla on velvollisuus näyttää toteen virheellisestä menettelystä aiheutuneen vahingon määrä.¹¹²

Hyvitysmaksun määräämisen kannalta käytännössä varsinkin toteutumatta jääneiden tarjouskilpailujen lopputuloksen jälkikäteiseen arviointiin liittyy monenlaisia epävarmuustekijöitä¹¹³. Jälkikäteen on ongelmallista esimerkiksi selvittää, miltä yritykseltä tarjouksia olisi pyydetty, mitkä yritykset olisivat jättäneet tarjouksensa, millaiset tarjoukset olisivat olleet ja millaisia kelpoisuusperusteita ja tarjousten valintaperusteita olisi sovellettu. Ennen lainmuutosta (321/2010) hyvitysmaksun määrääminen tällaisessa kilpailutuksen laiminlyöntitilanteessa ei tosiasiallisesti edes ollut mahdollista.¹¹⁴ Tästä on kuvaavana esimerkkinä seuraava oikeustapaus:

KHO:2006:49: Rakennuksen päällystysurakkaa koskevassa asiassa ei ollut jälkikäteisiin tarjouslaskelmiin ja muun asiassa esitetyn näytön perusteella mahdollista riittävällä varmuudella selvittää, olisiko hakijoilla, jotka eivät voineet tehdä omia tarjouksiaan, mutta jotka olivat tehdessään hakemuksen markkinaoikeudelle tienneet urakkahinnat, ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Lainmuutoksen (321/2010) jälkeiseltä ajalta ei vielä ole olemassa hyvitysmaksua koskevia korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja.

Hyvitysmaksun sijasta lainvalmisteluaineiston hieman vaikeaselkoisen määrittelyn mukaan silloin, jos hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen *EU-kynnysarvon ylittävässä* hankinnassa noudattamatta odotusaikaa tai muutoksenhaun hankintasopimuksen lykkäävästä vaikutuksesta huolimatta tai hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen kilpailuttamatta olisivat tehottomuus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen ensisijaisia oikeuskeinoja¹¹⁵.

Hankintalain 106 §:n 1 momentin nojalla markkinaoikeuden päätöstä on valituksesta huolimatta noudatettava, jollei korkein hallinto-oikeus toisin määrää. Kuitenkin markki-

¹¹² HE 190/2009 vp, s. 70. Ks Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 256: ”Hyvänä lähtökohtana hyvitysmaksua määrättäessä on tapauskohtainen harkinta siten, että johtavana periaatteena olisi täyden korvauksen periaate, jonka mukaan korvattavaksi tulisivat sekä hankinnasta aiheutuneet kustannukset että saamatta jäänyt voitto, jonka tuomitsemisessa otettaisiin huomioon yrityksen sen hetkinen tilauskanta ja toimintakapasiteetti.”

¹¹³ Virtanen 2008, s. 810.

¹¹⁴ HE 190/2009 vp, s. 70. Myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 254 – 255.

¹¹⁵ HE 190/2009 vp, s. 69.

naoikeuden päätös hyvitysmaksun, tehottomuusseuraamuksen, seuraamusmaksun ja sopimuskauden lyhentämisen määräämisestä voidaan panna täytäntöön vain lainvoimaisen päätöksen nojalla.

3.3.4. Tehottomuusseuraamuksen määrääminen

Uusi, lainmuutoksella (321/2010) voimaansaattettu tehottomuusseuraamusta koskeva säännös on hankintalain 96 §:ssä, joka vastaa oikeussuojadirektiivin artiklaa 2 d. Tehottomuusseuraamuksen markkinaoikeus voi määrätä ainoastaan EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa, mutta ei kuitenkaan hankintalain liitteen B mukaisessa palveluhankinnassa. Liitteen B mukaisia ns. toissijaisia palveluhankintoja ovat esimerkiksi koulutuspalvelut ja sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut¹¹⁶. Lisäksi tehottomuusseuraamus voidaan hankintalain 97 §:n mukaan jättää määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Pelkät taloudelliset syyt voivat olla vain poikkeuksellisissa olosuhteissa em. pakottavia syitä¹¹⁷. Lainvalmisteluaineistossa todetaan, että määrätessä tehottomuusseuraamuksen markkinaoikeuden on samalla määrättävä hankintalain 98 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö maksamaan valtiolle 94 §:n 1 momentin kohdassa 6 tarkoitettu seuraamusmaksu¹¹⁸.

Markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi ensinnäkin silloin, jos hankintayksikkö on tehnyt *ilman laillista perustetta* suoraan hankinnan, eikä siinä ole menetelty hankintalain 79 §:ssä tarkoittamalla tavalla. Samoin hankintasopimus voidaan todeta tehottomaksi, jos hankinnassa ei ole noudatettu hankintalain 77 §:ssä määrättyä odotusaikaa tai jos hankintayksikkö on tehnyt hankintalain 90 §:n vastaisesti hankintasopimuksen, vaikka hankinta-asia on saatettu markkinaoikeuden ratkaistavaksi. Jälkimmäisissä tilanteissa tehottomuusseuraamuksen edellytyksenä on lisäksi, että hankintayksikkö on tehnyt muun hankintalain vastaisen virheen, joka on vaikuttanut valittajan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus.

¹¹⁶ <http://www.finlex.fi/data/sdliite/liite/5606.pdf> Viitattu 29.01.2013.

¹¹⁷ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 428. Ks. myös HE 190/2009 vp, s. 72: ”Tehottomuudesta mahdollisesti seuraavien vaikutusten tietyistä samankaltaisuudesta huolimatta ei ehdotetulla säännöksellä pyritä muuttamaan vakiintuneita sopimusoikeudellisia oppeja sopimuksen pätemättömyydestä, eikä kyseessä siten ole uusi sopimusoikeudellinen pätemättömyysperuste. Tehottomuus olisi oikeudelliselta luonteeltaan hallinnollinen seuraamus, joka kohdistuisi hankintalainsäädännön mukaisen velvoitteensa laiminlyöneeseen hankintayksikköön ja tämän sopimuskumppaniin.”

¹¹⁸ HE 190/2009 vp, s. 72. Ks. myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 570.

Mikäli hankintayksikkö on tehnyt lain 90 §:n vastaisesti hankintasopimuksen, mutta ei ole tehnyt muuta hankintalain vastaista virhettä, seuraamuksena on tehottomuusseuraamuksen sijasta lain 98 §:n mukainen seuraamusmaksu.¹¹⁹ Edelleen tehottomuusseuraamus voidaan määrätä tietyissä puitejärjestelyyn ja dynaamiseen hankintamenettelyyn liittyvissä tapauksissa. Tehottomuusseuraamus voi hankintalain 96 §:n 4 momentin mukaan koskea vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita. Markkinaoikeuden on selkeästi määriteltävä nämä velvoitteet, koska tehottomuusseuraamuksella puututaan vakiintuneisiin sopimusoikeuden periaatteisiin.¹²⁰

Lisäksi hankintalain 96 §:n kohdalla lainvalmisteluaineistossa todetaan, että jos hankintasopimus todetaan tehottomaksi, sopimusta koskeva hankintapäätös muuttuu käytännössä vaikutuksettomaksi. Tämän vuoksi markkinaoikeus voi tehottomuusseuraamusta määrätessään samalla käyttää lain 94 §:n 1 momentin 1–3 kohdassa säädettyjä reaali-keinoja, kuten kumota hankintaa koskevan hankintapäätöksen kokonaan tai osittain.¹²¹ Tähän mennessä markkinaoikeus on määrännyt tehottomuusseuraamuksen ainoastaan yhdessä tapauksessa.

MAO:510/12: Tapauksessa hankintayksikkö pyysi avointa menettelyä koskevalla EU-hankintailmoituksella tarjouksia tietojärjestelmäpalvelusta neljän vuoden sopimuskaudelle. Hankintayksikkö sai yhden tarjouksen, jonka hankintayksikkö sulki tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena, keskeytti hankintamenettelyn ja ilmoitti siirtymisestä suoraan hankintaan.

Hankintayksikkö julkaisi hankinnan keskeytyksestä EU-jälki-ilmoituksen, jossa mm. ilmoitettiin, että hankintamenettelyssä ei ole saatu yhtään tarjouspyynnön vaatimukset täyttävää tarjousta ja että hankintayksikkö siirtyy käyttämään hankinnassa suoraan hankintaa muuttamatta alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoja miltään oleelliselta osaltaan. Hankintayksikkö lähetti tarjouspyynnön kolmelle valitsemalleen toimittajalle, joiden joukossa aiemmin tarjouksen jättänyt ei ollut. Kaikki kolme tarjoajaa antoivat tarjouksen, joista hankintapäätöksellä valittiin yksi toimittaja, jonka kanssa tehtiin hankintasopimus. Alun perin tarjouskilpailusta suljettu valittaja teki valituksen tästä suoraan hankinnan hankintapäätöksestä.

Markkinaoikeus katsoi, että vaikka valittajan tarjous olisi sisältänyt hankintayksikön päätöksessään tarjouspyynnön vastaisiksi katsomia kokonaisuuksia, ei hankintayksikkö esittänyt riittävää selvitystä siitä, että se olisi perustellusti voinut katsoa valittajan tarjouksen täysin tarjouspyyntöä vastaamattomaksi. Siten hankintayksiköllä ei ollut pelkästään tämän perusteella edellytyksiä siirtyä hankintalain 27 §:n 1 kohdan mukaisesti suoraan hankintaan. Tällä perusteella hankintayksikkö menetteli hankinnassaan julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

¹¹⁹ HE 190/2009 vp, s. 71.

¹²⁰ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 427. Myös HE 190/2009 vp, s. 71.

¹²¹ HE 190/2009 vp, s. 71. Myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 570.

Markkinaoikeus määräsi hankintasopimuksen tehottomaksi pääsopimuksen liitteenä olevan palvelusopimuksen osalta ja kumosi hankintayksikön tekemän tietojärjestelmäpalvelun hankintaa koskevan hankintapäätöksen vastaavilta osin. Markkinaoikeus hylkäsi valittajan seuraamusvaatimukset muilta osin. Markkinaoikeus velvoitti hankintayksikön korvaamaan valittajan oikeudenkäyntikulut 6.000 eurolla viivästyskorkoineen.

Tässä markkinaoikeuden ratkaisussa kysymyksiä herättää se, ettei tapauksessa samalla määrätty kuitenkaan seuraamusmaksua, kuten lainvalmisteluaineistossa on todettu (ks. tämän alaluvun ensimmäinen kappale).

3.3.5. Seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen

Samalla lainmuutoksella (321/2010) tehottomuusseuraamuksen lisäksi hankintalain mahdollistamiin seuraamuksiin lisättiin määräykset seuraamusmaksusta ja sopimuskauden lyhentämisestä, joista on säännökset hankintalain 98 §:ssä. Seuraamusmaksu tulee maksettavaksi valtiolle, ja se voidaan määrätä silloin, kun tehottomuusseuraamus on määrätty¹²². Ei ole kuitenkaan täysin selvää, tuleeko markkinaoikeuden määrätä seuraamusmaksu aina tehottomuusseuraamuksen lisäksi. Hankintalaki on tältä osin epäselvä sanamuodoltaan ja ehkä ristiriidassa lainvalmisteluaineiston kanssa.¹²³

Seuraamusmaksu voidaan määrätä myös silloin, kun hankinnassa ei ole noudatettu hankintalain 77 §:ssä määrättyä odotusaikaa tai jos hankintayksikkö on tehnyt hankintalain 90 §:n vastaisesti hankintasopimuksen, vaikka hankinta-asia on saatettu markkinaoikeuden ratkaistavaksi¹²⁴. Seuraamusmaksua ja sopimuskauden lyhentämistä voidaan myös käyttää yhdessä tai toistensa sijasta silloin, kun markkinaoikeus ei yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä hankintalain 97 §:n mukaisesti määrännyt hankintasopimuksen tehottomuusseuraamusta.¹²⁵

Hankintalain 98 §:n 3 momentin mukaan seuraamusmaksu tai vaihtoehtoisesti sopimuskauden lyhentäminen voidaan määrätä hankintalain liitteen B mukaisessa EU-

¹²² HE 190/2009 vp, s. 72: ”Tilanteessa, jossa sopimusvelvoitteet on seuraamusta määrättäessä jo täytetty osittain tai kokonaisuudessaan, voisivat pelkän tehottomuusseuraamuksen vaikutukset jäädä merkityksettömiksi. Tämän vuoksi laissa säädettäisiin tehottomuuden lisäseuraamuksena valtiolle maksettavasta seuraamusmaksusta.”

¹²³ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 571. Ks myös MAO:510/12.

¹²⁴ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 429.

¹²⁵ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 572.

kynnysarvon ylittävässä palveluhankinnassa pääosin samoilla kriteereillä, kuin edellisessä alaluvussa on selostettu tehottomuusseuraamuksen määräämistä¹²⁶. Sekä seuraamusmaksun että sopimuskauden lyhentämisen määräämisessä markkinaoikeuden on otettava huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu sekä hankinnan arvo¹²⁷. Seuraamusmaksu ei saa ylittää 10 % hankinnan arvosta (vrt. hyvitysmaksu!). Toistaiseksi markkinaoikeus on määrännyt seuraamusmaksun yhdessä tapauksessa.

MAO:403/12: Tapauksessa hankintayksikkö julkaisi avointa menettelyä koskevan EU-hankintailmoituksen kameravalvontajärjestelmän hankinnasta 60 kuukauden mittaiselle sopimuskaudelle. Hankintayksikkö teki valitsemansa tarjoajan kanssa sopimuksen.

Tarjouskilpailussa mukana ollut valittaja valitti asiassa markkinaoikeuteen, joka totesi sekä voittaneen tarjouksen että valittajan tarjouksen olleen sillä tavoin tarjouspyynnön vastainen, että hankintayksikön olisi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta johtuen pitänyt sulkea ne tarjouspyynnön vastaisena tarjouskilpailusta.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli tehnyt hankintalain 90 §:n 1 momentin vastaisesti hankintasopimuksen, vaikka asia oli saatettu markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Markkinaoikeus määräsi hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksuna 50.000 euroa sekä velvoitti hankintayksikön korvaamaan valittajan oikeudenkäyntikulut 5.000 eurolla viivästyskorkeineen. Muut valittajan vaatimukset hylättiin.

Sopimuskauden lyhentämistä ei ole toistaiseksi määrätty yhdessäkään tapauksessa lainmuutoksen (321/2010) voimaan tulon jälkeen.

3.3.6. Seuraamusten yhteisvaikutus ja uhkasakko

Hankintalain 99 §:n 2 momentin mukaan markkinaoikeuden on seuraamuksia määrätessään otettava niiden yhteisvaikutus huomioon siten, etteivät seuraamukset muodostu hankintayksikölle tai sopimusosapuolelle kohtuuttomaksi. Lainvalmisteluaineistossa kohtuuttomuutta ei tarkemmin määritellä, mutta lähinnä on kyse seuraamusten taloudellisten vaikutusten merkityksestä hankintayksikön taloudellisen kantokyvyn ja toimintaedellytysten kannalta. Yhteisvaikutusten kohtuullisuusarviointiin ei oteta mukaan mahdollisia oikeudenkäyntikuluja tai uhkasakkoa.¹²⁸

¹²⁶ HE 190/2009 vp, s. 73. Ks. Pekkala, Pohjonen 2010, s. 572: Seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen tulevat näissä palveluhankinnoissa sovellettavaksi tehottomuusseuraamuksen sijaan.

¹²⁷ HE 190/2009 vp, s. 73.

¹²⁸ HE 190/2009 vp, s. 74.

Sakon uhkaa markkinaoikeus voi hankintalain 100 §:n nojalla käyttää kaikissa niissä tilanteissa, joissa se määrää hankintalain mukaisen kiellon tai velvoitteen. Käytännössä tämä tarkoittaa sellaisia tilanteita, joissa markkinaoikeus kieltää tai keskeyttää hankintapäätöksen täytäntöönpanon tai määrää jonkin reaalikeynön käytöstä. Uhtasakkoa voidaan käyttää sekä väliaikaisten että lopullisten velvoitteiden tehosteena.¹²⁹ Pääsääntöisesti markkinaoikeus määrää uhtasakon päätöksensä tehosteeksi myös silloin, kun se väliaikaisella päätöksellään kieltää hankintasopimuksen tekemisen tai hankintapäätöksen muun laisen täytäntöönpanon oikeuskäsittelyn ajaksi¹³⁰. Uhtasakon suuruuteen vaikuttaa oikeuskäytännön perusteella muun muassa hankinnan kokonaisarvo¹³¹. Uhtasakkoa koskien noudatetaan muutoin uhtasakkolain määräyksiä.

Seuraamukset ja uhtasakko kohdistetaan hankinnasta vastanneeseen hankintayksikköön, kun se on vastannut hankinnasta useamman hankintayksikön puolesta. Mikäli tämä hankintayksikkö ei itse ole viranomainen tai oikeushenkilö, voidaan seuraamukset ja uhtasakko kohdistaa ko. hankintayksikön toimintaan osallistuvaan viranomaiseen tai oikeushenkilöön. Säännökset on tarkoitettu selkiyttämään vastuukysymyksiä etenkin hankintarenkaitten hankintoihin sekä sellaisiin tilanteisiin, jossa hankintayksikkönä toimii julkista tukea saanut taho, joka ei ole viranomainen tai oikeushenkilö.¹³²

3.4. Oikeudenkäyntikulut ja vahingonkorvaus

Hankintalain 89 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikköä pidetään valituksen tehneen asianosaisen tai viranomaisen *vastapuolena*. Oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen hankinta-asioissa sovelletaan hallintolainkäyttölain 74 §:n 1 ja 2 momenttia. Hallintolainkäyttölain mukaan asianosainen on velvollinen korvaamaan toisen asianosaisen oikeudenkäyntikulut kokonaan tai osaksi, jos erityisesti asiassa annettu ratkaisu huomioon ottaen on kohtuutonta, että tämä joutuu pitämään oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan. Silloin kun harkitaan julkisen asianosaisen korvausvelvollisuutta vastapuolen

¹²⁹ HE 190/2009 vp, s. 74. Ks myös HE 50/2006 vp, s. 122.

¹³⁰ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 574.

¹³¹ Esim. MAO:230/12: Hankinnan arvo 18 miljoonaa euroa, uhtasakoksi määrättiin 500.000 € ja MAO:185/12: Hankinnan arvo 45.000 € uhtasakoksi määrättiin 5.000 €

¹³² HE 190/2009 vp, s. 73 – 75: ” Käytännössä esimerkiksi hankintarenkaiden toiminnassa on usein kysymys tilanteesta, jossa hankintarenkas on perustettu eräiden hankintayksiköiden keskinäisellä sopimuksella, mutta hankintarenkaan toimintaan on myöhemmin muulla tavoin käytännössä tullut mukaan uusia hankintayksiköitä. Hankintarenkaiden toiminnassa ei myöskään aina ole selvää hankintailmoituksen perusteella, mitkä hankintayksiköt käytännössä ovat mukana kilpailutetussa hankinnassa.” Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 430.

oikeudenkäyntikuluista, on otettava erityisesti huomioon, onko oikeudenkäynti aiheutunut viranomaisen virheestä.¹³³

Hankinta-asioissa ei sen sijaan sovelleta enää hallintolainkäyttölain 74 §:n 3 momenttia, jonka mukaan yksityistä asianosaista ei saa velvoittaa korvaamaan julkisen asianosaisten oikeudenkäyntikuluja, ellei yksityinen asianosainen ole esittänyt ilmeisen perusteetonta vaatimusta. Vanhassa hankintalaissa tätä rajausta ei ollut, koska haluttiin turvata asianosaisten muutoksenhakumahdollisuus tulkinnanvaraisessa asiassa¹³⁴. Käytännössä tämä johti siihen, ettei yksityistä asianosaista määrätty maksamaan hankintayksikön oikeudenkäyntikuluja¹³⁵. Tämä muutos oikeudenkäyntikulujen korvausvastuussa on saattanut johtaa siihen, että valitusten määrä markkinaoikeudessa on vähentynyt jonkin verran.

Oikeuskäytännössä on katsottu, että hankintayksikkö on velvollinen korvaamaan vastapuolen oikeudenkäyntikuluja silloin, kun se on korjannut virheellistä hankintamenettelyään sen jälkeen, kun asia on tullut markkinaoikeudessa vireille. Hankintayksikkö tai valittaja voi joutua korvaamaan myös markkinaoikeudessa lausunnon antajan asemassa olleen oikeudenkäyntikuluja.¹³⁶ Markkinaoikeus voi myös hallintolainkäyttölain mukaisesti kohtuullistaa maksettavaksi määrättäviä oikeudenkäyntikuluja¹³⁷.

Vahingonkorvausvastuusta säädetään hankintalain 107 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan se, joka hankintalain tai sen nojalla annettujen säännösten, EU:n lainsäädännön taikka WTO:n julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisella menettelyllä aiheuttaa ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle vahinkoa, on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon. Kyseeseen tulevat hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneiden kustannusten lisäksi kaikentyypiset menetykset, kuten saamatta jäänyt liike-

¹³³ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 431.

¹³⁴ HE 217/1995 vp, s. 88.

¹³⁵ HE 50/2006 vp, s. 121 – 122: ”Koska hankintoja koskevassa oikeudenkäynnissä voi olla hakijana myös mm. suuria yrityksiä, ei rajausta voi pitää tarkoituksenmukaisena. Säännös mahdollistaisi markkinaoikeudelle enemmän liikkumavaraa huomioida eri osapuolien vastuu oikeudenkäyntikuluista.” Ks. myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 432.

¹³⁶ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 577.

¹³⁷ Oikeuskäytännössä mm. MAO:594/10: ”Hankintayksikön maksettavaksi tulevien oikeudenkäyntikulujen määrän kohtuullisuutta arvioitaessa on otettu huomioon, että asian käsittely markkinaoikeudessa ei ole vaatinut erityisen laajaa kirjelmointiä, ja että valittajan esittämien väitteiden osalta oikeustila on ollut selkeä.”

voitto¹³⁸. Jos kyse on vain tarjouksen tekemisestä aiheutuneista kuluista, korvauksen tuomitsemiseksi riittää lainkohdan 2 momentin mukaan se, että ehdokas tai tarjoaja näyttää toteen virheellisen menettelyn sekä sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu¹³⁹. Tässä mielessä vahingonkorvausvastuun edellytykset ovat vastaavat kuin aiemmin kuvatulla hyvitysmaksulla.

Hankintalain mukaisia vahingonkorvausvaatimuksia käsitellään yleisessä alioikeudessa. Usein valittaja virheellisesti vaatii vahingonkorvausta markkinaoikeudessa, jolla ei kuitenkaan ole vaatimuksen käsittelyyn toimivaltaa¹⁴⁰. Käytännössä vahingonkorvauskanteita on nostettu alioikeuksissa vain harvoin¹⁴¹. Oikeuskäytännössä hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta kuvaa seuraava tapaus:

KKO:2011:54 Tapauksessa oli kyse moottoritien rakentamisurakan tarjouskilpailusta. Urakoitsijan valintaa koskeva hankintapäätös kuitenkin kumottiin markkinaoikeuden päätöksellä. Urakoitsijaksi valittu valitti päätöksestä ja muutoksenhaku oli vielä vireillä, kun hankintayksikkö aloitti samasta urakasta uuden tarjouskilpailun ja antoi urakan tuon tarjouskilpailun voittaneen yhtiön suoritettavaksi. Vasta tämän jälkeen korkein hallinto-oikeus antoi päätöksen, jonka mukaan ensimmäisessä hankintamenettelyssä ei ollutkaan ollut markkinaoikeuden päätöksessä todettuja virheitä.

Hankintayksiköllä oli vallinneissa olosuhteissa ollut hyväksyttävä syy keskeyttää ensimmäinen hankintamenettely. Samaa hankintaa koskenut valittajan muutoksenhaku ei myöskään estänyt hankinnasta luopumista ja uuden aloittamista. Hankintayksikön ei katsottu aiheuttaneen korvattavaa vahinkoa vain sillä, että se oli hankintasäännösten vastaisesti jättänyt ilmoittamatta tarjoajille hankinnan keskeyttämisestä ja sen perusteista.

Korkein oikeus ei muuttanut Helsingin hovioikeuden päätöstä, jonka mukaan vahingonkorvausvelvollisuutta ei ollut syntynyt.¹⁴²

Kokonaiskuvaa kunnallisiin hankintoihin liittyvien vahingonkorvausoikeudenkäyntien määrästä ja lopputuloksista ei tämän tutkielman puitteissa pystytäkään muodostamaan. Potentiaalisten hyvitysmaksutapausten kohdalla valittajat eivät lähteneet hakemaan vahingonkorvausta.

¹³⁸ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 581. Oikeuskäytännöstä esim. KouHO:2010:8: Tapauksessa määrättiin vahingonkorvausta saamatta jääneestä voitosta 100.000 € Vastuun katsottiin määräytyvän vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita koskevan *ankaran vastuun* mukaisesti.

¹³⁹ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 435.

¹⁴⁰ Karinkanta ym. 2012, s. 170.

¹⁴¹ Virtanen 2008, s. 812 ja Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 437.

¹⁴² Huom. tapauksista on tarkemmin analysoinut Mäenpää 2012, s. 340 – 350.

4. TARJOAJAN JA TARJOUKSEN HYVÄKSYTTÄVYYS

4.1. Hankintaprosessin aloittaminen ja tarjouspyyntö

4.1.1. Kunnallisen hankinnan valmistelu

Hankintayksikön toiminnasta ennen varsinaisen hankintamenettelyn aloittamista on suositustenluontoisia määräyksiä kummankin hankintalain 2 §:n 2 momentissa, jossa kiinnitetään erityisesti huomiota hankintojen suunnitteluun¹⁴³. Kunnallisella hankintayksiköllä voi olla hankintasuunnitelma, hankintaohje tai johtosääntö, jossa on etukäteen päätetty hankintamenettelyn periaatteista¹⁴⁴. Mikäli tällaista erillistä ohjetta ei ole, voidaan kunnan hankintamenettelystä määrätä kuntalain 50 §:n mukaisella hallintosäännöllä, joka on ainut pakollinen kunnallinen johtosääntö¹⁴⁵. Mikäli hallintosäännöissä ei ole määräyksiä hankintamenettelystä, siitä päättävät valtuusto ja erityisesti kunnanhallitus, jonka tehtäviin kuuluu vastata kunnan hallinnosta ja taloudenhoidosta.

Valtuusto on kunnan ylin toimielin, jonka tehtäviin kuntalain 13 §:n mukaan kuuluu mm. päättää kunnan ja kuntakonsernin toiminnan ja talouden keskeisistä tavoitteista sekä konserniohjauksen periaatteista. Kunnan hallintosäännön sisällöstä päättää valtuusto, samoin kuin mahdollisen kunnan strategiaan sisältyvän tai erillisen hankintasäännön sisällöstä.¹⁴⁶ Olennaista kuitenkin on, että yleiset hankintaperiaatteet on määritelty.

Kunnat voivat kuntalain 76 ja 77 §:n mukaisesti tehdä yhteistyötä toisten kuntien kanssa. Tämä yhteistyömahdollisuus koskee myös kunnallisia hankintoja. Yhteistyömuotoja on useita, joista tarkimmin säännelty on kuntayhtymän muodossa tapahtuva yhteistointi. Muita yhteistyömalleja ovat esimerkiksi sopimusyhteistyö, jossa yksi kuntaa hoitaa tehtävän useamman kunnan puolesta¹⁴⁷.

¹⁴³ HE 50/2006 vp, s. 48. Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 123 – 124. Ks. myös Suomen Kuntaliiton hallituksen 04.02.2010 hyväksymät kilpailupoliittiset linjaukset:

<http://www.kunnat.net/fi/palvelualueet/jarjestaminen/kilpailupolitiikka/kilpailupoliittiset-linjaukset/Sivut/default.aspx> Viitattu 18.02.2013.

¹⁴⁴ Kuusniemi-Laine, Takala 2008, s. 55.

¹⁴⁵ Harjula, Prättälä 2012, s. 440.

¹⁴⁶ Harjula, Prättälä 2012, s. 204 – 211. Ks. kunnallisesta hankintapolitiikasta ja -strategiasta myös Oksanen 2010, s. 10 – 11.

¹⁴⁷ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 127.

Yksittäisen hankinnan kohdalla suunnittelu alkaa tarpeen kartoittamisella, johon kuuluu myös markkinoiden tarjonnan kartoittaminen¹⁴⁸. Suunnittelussa voidaan käyttää myös toimittajille suunnattua tarkentavaa markkinakartoitusta eli *tietopyyntöä*, josta sinällään ei ole säännöksiä hankintalaissa. Kuitenkin tietopyyntöön voi soveltuvin osin käyttää HILMA -hankintailmoituskanavaa.¹⁴⁹ Hankinnan suunnittelua ja valmistelua ei ole muutenkaan tarkemmin säännelty hankintalaissa, mutta jo tässä vaiheessa tulee noudattaa julkisten hankintojen oikeusperiaatteita. Tietynlainen tarkennus tähän on *tekninen vuoropuhelu*, jota lainvalmisteluaineistossa käsitellään 44 §:n perusteluissa¹⁵⁰.

Hankintamenettelyn valintaan hankintalain säännökset vaikuttavat siten, että ensisijaisesti on käytettävä avointa tai rajoitettua menettelyä. Avoimella menettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 10 kohdan mukaan menettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja jossa kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen. Hankintailmoituksen ohella hankintayksikkö voi lähettää tarjouspyyntöjä soveliaiksi katsomilleen toimittajille¹⁵¹. Avoimesta menettelystä on tarjousaikaa koskien tarkemmat säännökset EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta hankintalain 36 §:n 2 momentissa, jonka mukaan ajan on oltava vähintään 52 päivää. Tätä aikaa voidaan lyhentää 38 §:n 1 momentin mukaisella ennakkoilmoituksella.¹⁵²

Vastaavasti rajoitettu hankintamenettely on hankintalain 5 §:n 1 momentin 11 kohdan mukaan sellainen, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Näistä ainoastaan hankintayksikön valitsevat ehdokkaat voivat tehdä tarjouksen¹⁵³. Rajoitetun menettelyn käyttäminen on perusteltua silloin, kun avoin menettely voisi johtaa liian suureen tai han-

¹⁴⁸ Karinkanta ym. 2012, s. 42 – 44. Myös Kuusniemi-Laine, Takala 2008, s. 58.

¹⁴⁹ Esimerkki Vantaan kaupungin 30.1.2013 julkaistun tietopyynnön sisällöstä: ”Tietopyynnön tavoitteena on saada kattavasti tietoa palveluntuottajien valmiudesta toteuttaa kyseinen palveluhankinta ja saada erilaista tietoa toiminnan kehittämiseksi ja tehostamiseksi, jotta mahdollinen tarjouskilpailu voidaan toteuttaa mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla.” <http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/notice/view/2013-002635/> Viitattu 05.02.2013.

Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 140 – 141.

¹⁵⁰ HE 50/2006 vp, s. 89 – 90: ”Teknisten eritelmien laatimista varten hankintayksikkö voi käydä teknisiä vuoropuheluja esimerkiksi potentiaalisten tarjoajien ja teknisten asiantuntijatahojen kanssa. Tällainen vuoropuhelu tulisi ensisijaisesti tapahtua kirjallisesti, esimerkiksi lausuntomenettelyllä, jolloin tulisi selkeästi ilmoittaa, ettei kysymys ole hankintapäätökseen johtavasta tarjouskilpailusta. Tekninen vuoropuhelu ei saa johtaa kilpailun estymiseen tai vaarantaa tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.” Ks myös Karinkanta ym. 2012, s. 41 – 42.

¹⁵¹ HE 50/2005 vp, s. 52.

¹⁵² Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 151 – 153. Ks. myös Virtanen 2008, s. 661 – 662.

¹⁵³ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 198: ”Tarjouspyyntö voi olla saatavilla myös hankintayksikön verkkosivuilla, mutta tämä ei tarkoita sitä, että muilla kuin jatkoon valituilla tarjoajilla olisi oikeus tarjota.”

kinnan kannalta vääränlaiseen tarjoajaryhmään¹⁵⁴. Muista hankintamenettelyistä on määritelmät hankintalain 5 §:n 1 momentin kohdissa 12 – 16 ja niiden tarkemmat kuvaukset hankintamenettelyitä koskevassa hankintalain 5 luvussa.

4.1.2. Tarjouspyyntöä koskevat vaatimukset

Hankinnan kohteen ja sisällön määrittelyssä hankintayksiköllä on laaja vapaus ja liikkumavara. Hankintalaki ei esimerkiksi erikseen edellytä hankittavalta tuotteelta korkeaa laatua, eikä myöskään sitä, että hankittava palvelu tulisi sitä käyttäville asiakkaille edulliseksi. Hankintalaki säätelee sen sijaan hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön teknistä sisältöä.¹⁵⁵ Tarjouspyynnöstä ja sen sisällöstä säädetään hankintalain 40 ja 41 §:ssä sekä lähes vastaavasti erityisalojen hankintalain 35 ja 36 §:ssä. Tarjouspyynnön on oltava kirjallinen ja niin selvä, että tarjoajien sen perusteella antamat tarjoukset ovat vertailukelpoisia. Oikeuskäytännössä on tarjouspyynnön puutteellisuudesta johtuva tarjousten vertailukelvottomuus yksittäisenä ongelmana merkittävä ja se aiheuttaa runsaasti valituksia.¹⁵⁶

Käytännössä tarjouspyyntö täydentää hankintailmoitusta, jossa ei voida esimerkiksi tilarajoitteiden vuoksi kuvailla hankintaa kovin täsmällisesti. Mikäli tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen sisällöt ovat keskenään ristiriitaisia, on kuitenkin hankintalain 40 §:n 2 momentin mukaan hankintailmoituksen sisältö ratkaiseva.¹⁵⁷ Tarjouspyynnön tulisi myös olla niin lopullinen, ettei sen muuttaminen tai täydentäminen ole tarpeellista. Mikäli hankintayksikkö havaitsee tarjouspyynnössä merkittäviä puutteita, voi olla tarpeen keskeyttää hankinta ja tehdä uusi tarjouspyyntö.¹⁵⁸

Hankintalain 41 §:n 1 momentin edellyttämät tarjouspyynnön vähimmäisvaatimukset ovat:

¹⁵⁴ Virtanen 2008, s. 662.

¹⁵⁵ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 379.

¹⁵⁶ HE 50/2006 vp, s. 86. Myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 378. Uudehkoa oikeuskäytäntöä tarjouspyynnön epäselvyydestä mm. MAO:17/13 ja MAO:425/12. Vanhan hankintalain ajalta KHO:2010/14: Monivaiheista rakennusurakkaa koskevassa tapauksessa hankintayksikkö oli itse havainnut tarjouspyyntönsä epäselvyyden ja sen jälkeen ryhtynyt täsmennysmenettelyyn, jossa oli ilmoitettu urakka-alueista tehtävän erilliset päätökset. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että hankintayksikön olisi tullut ilmoituksensa mukaan tehdä urakka-alueista erilliset päätökset, joiden olisi tullut perustua erillisiin tarjousvertailuihin. Hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti, kun se teki urakka-alueita II ja III koskevan päätöksen ilman tarjousvertailua.

¹⁵⁷ HE 50/2006 vp, s. 86.

¹⁵⁸ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 152. Myös Virtanen 2008, s. 674.

- 1) hankinnan kohteen määrittely noudattaen, mitä teknisten eritelmien ja vaatimusten esittämisestä 44 ja 45 §:ssä säädetään, sekä hankinnan kohteeseen liittyvät muut laatuvaatimukset;
- 2) viittaus julkaistuun hankintailmoitukseen;
- 3) määräaika tarjousten tekemiselle;
- 4) osoite, johon tarjoukset on toimitettava;
- 5) kieli tai kielet, joilla tarjoukset on laadittava;
- 6) ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä kelpoisuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat ja muut vaatimukset sekä luettelot asiakirjoista, joita ehdokkaan tai tarjoajan on tätä varten toimitettava;
- 7) tarjouksen valintaperuste sekä käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta tarjouksen vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus tai kohtuullinen vaihteluväli taikka poikkeuksellisissa tapauksissa vertailuperusteiden tärkeysjärjestys; sekä
- 8) tarjousten voimassaoloaika.

Erityisalojen hankintalain 36 §:n vaatimukset ovat kohtia 6 ja 8 lukuun ottamatta vastaavat. Erityisalojen tarjouspyyntö mm. edellyttää tietoa toimittajarekisterin voimassaolosta. Näiden vähimmäisvaatimusten lisäksi tarjouspyynnön tulee sisältää kaikki sellaiset olennaiset tiedot, joilla on merkitystä hankintamenettelyssä ja tarjousten tekemisessä.¹⁵⁹ Tällaisia tietoja ovat esimerkiksi sovellettavat sopimusehdot, kuten julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot (JYSE 2009)¹⁶⁰.

4.2. Tarjoajan kelpoisuus

4.2.1. Yleistä

Vanhassa hankintalaissa ei hankintayksikköä suoranaisesti veloitettu arvioimaan tarjoajan kelpoisuutta¹⁶¹. Hankintayksiköllä oli vanhan hankintalain 6 §:n 1 momentin mukaan mahdollisuus sulkea tarjouskilpailusta pois sellainen ehdokas tai tarjoaja, jolla ei

¹⁵⁹ HE 50/2006 vp, s. 87 – 88.

¹⁶⁰ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 382.

¹⁶¹ Virtanen 2008, s. 711.

voitu katsoa olevan teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä hankinnan toteuttamiseksi tai joka oli laiminlyönyt verojen tai lakisääteisten sosiaalimaksujen suorittamisen.

Voimassaolevassa hankintalaissa on tarjoajan kelpoisuuden arvioinnin osalta hankintayksikköä velvoittavat määräykset EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta. Hankintalain 52 §:n mukaan ehdokkaan ja tarjoajan soveltuvuus *on arvioitava*. Poissulkemisperusteet jakautuvat pakollisiin, harkinnanvaraisiin sekä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia koskeviin. Sekä pakollisten että harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta hankintalaissa luetellut tilanteet ovat sillä tavalla tyhjentäviä, ettei hankintayksikön tarvitse erikseen viitata niihin hankintailmoituksessa. Harkinnanvaraisten perusteiden osalta hankintailmoituksessa on kuitenkin syytä mainita, jos jotain hankintalain 54 §:n perustetta ei aiota soveltaa.¹⁶²

Kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa *voidaan* soveltuvin osin noudattaa samoja säännöksiä kuin EU-hankinnoissa¹⁶³. Hankintayksikköä velvoittava tarjoajan poissulkemisperuste kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on hankintalain 71 §:n 2 momentin määräys, jonka mukaan tarjouskilpailusta *tulee* sulkea pois ehdokas tai tarjoaja, jolla ei ole teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä hankinnan toteuttamiseksi.¹⁶⁴ Tarjoajan kelpoisuutta arvioidaan yleensä tarjouksen tekohetkellä, ja tarjoajan on tarjouksessaan esitettävä vaaditut selvitykset¹⁶⁵.

Kaikissa poissulkemisperusteiden käyttämistilanteissa on kuitenkin syytä varmistua, että perusteita sovelletaan kaikkiin tarjoajiin samalla tavalla. Hankintayksikön on myös perusteltava poissulkeminen sekä varauduttava siihen, että poissulkemisperuste pystytään tarvittaessa näyttämään toteen markkinaoikeudessa¹⁶⁶. Olennaista on, että tarjoajien kelpoisuus arvioidaan omassa prosessissaan, joka voi ajallisesti tapahtua samassa tilaisuudessa kuin tarjousten vertailu¹⁶⁷. Rajoitetussa menettelyssä tällainen järjestys

¹⁶² Pekkala, Pohjonen 2010, s. 328.

¹⁶³ Huom. Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 200: ”Laista ei ilmene, onko hankintayksikkö suoranaisesti velvollinen kansallisessa hankinnassa sulkemaan pois tarjoajan, jota rasittaa 53 §:n mukainen poissulkemisperuste,...Tarjoajien tasa-arvoinen kohtelu puoltaisi kuitenkin poissulkemisvelvollisuutta.” Ks. myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 330.

¹⁶⁴ HE 50/2006 vp, 115 – 116: ”Ehdokkaiden ja tarjoajien poissulkeminen tarjouskilpailusta olisi mahdollista samoin perustein kuin 53 ja 54 §:ssä on EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta on säädetty.” Ks. myös Virtanen 2008, s. 711.

¹⁶⁵ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 314.

¹⁶⁶ Kuoppamäki 2012, s. 389.

¹⁶⁷ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 179 – 181. Ks. myös Virtanen 2008, s. 709.

syntyy luonnollisesti, kun hankintayksikkö valitsee osallistumishakemusten perusteella tarjoajat. Ehdokkaan tai tarjoajan poissulkeminen tarjouskilpailusta voidaan poikkeuksellisesti tehdä myöhemminkin, jos hankintayksikkö saa tiedon poissulkemisen perusteesta vasta tarjousvertailun ollessa jo käynnissä¹⁶⁸.

4.2.2. Pakolliset poissulkemisperusteet

Hankintalain 53 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on *suljettava* tiettyihin rikoksiin syyllistynyt ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailusta. Erityisalojen hankintalain 50 § on samansisältöinen. Edellytyksenä on, että hankintayksikkö on tietoinen tästä rikoksesta, ja että siitä annettu lainvoimainen tuomio ilmenee rikosrekisteristä¹⁶⁹. Ehdokkaan ja tarjoajan lisäksi kyseeseen tulevat rikokseen syyllistyneet sellaiset henkilöt, jotka toimivat ko. toimijan johtohenkilöinä tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävänä¹⁷⁰. Tällaisia vastuullisia henkilöitä voi olla tarjoajayrityksessä runsaasti, ja olennaista onkin, että henkilön vallankäytön tulee olla sidoksissa kyseessä olevaan hankintaan¹⁷¹. Todellisuudessa vakaviin rikoksiin syyllistyneitä henkilöitä, jotka ovat saaneet jo tuomion, ei yleensä sen jälkeen pidetä yrityksen palkkalistoilla¹⁷².

Pakollisen poissulkemisen aiheuttavat rikokset ovat lähinnä järjestäytyneeseen rikollisuuteen liittyviä tai erilaisia talous- ja verorikoksia. Rikosten määrittelyn pohjalla on hankintadirektiivin artikla 45, jossa luetellaan ne yhteisön säädökset, jotka koskevat kyseeseen tulevia rikoksia. Suomessa säädöksiä vastaavat seuraavat rikoslain (39/1889) kohdat:

- 1) 17:1a §: osallistuminen järjestäytyneen rikollisjärjestön toimintaan;
- 2) 16:13 §: lahjuksen antaminen, 16:14 §: törkeä lahjuksen antaminen tai 30:7 §: lahjominen elinkeinotoiminnassa;
- 3) 29:1 §: veropetos tai 29:2 §: törkeä veropetos, 29:5 §: avustuspetos, 29:6 §: törkeä avustuspetos, 29:7 §: avustuksen väärinkäyttö;
- 4) 32:6 §: rahanpesu tai 32:7 §: törkeä rahanpesu;

¹⁶⁸ HE 50/2006 vp, s. 95.

¹⁶⁹ HE 50/2006 vp, s. 96. Merkintävaatimus tarkoittaa sitä, että rikosrekisteristä poistetut tuomiot sekä lievemmistä rikoksista annetut sakkotuomiot eivät ole pakollisia poissulkemisperusteita.

¹⁷⁰ HE 50/2006 vp, s. 96 – 97. Tällaisiksi henkilöiksi on määritelty mm. tarjoajan toimitusjohtaja, varatoimitusjohtaja, hallituksen puheenjohtaja tai vastaavassa asemassa oleva sekä muu edustus-, päätös-, tai valvontavaltaa käyttävä henkilö.

¹⁷¹ Virtanen 2008, s. 715.

¹⁷² Pekkala, Pohjonen 2010, s. 323.

5) 47:3a §: kiskonnantapainen työsyRJintä.

Tarjouskilpailusta on suljettava myös luettelossa mainitun rikoksen johdosta rikoslain 9 luvussa tarkoitettuun yhteisösakkoon tuomittu ehdokas tai tarjoaja. Poissulkemisvelvollisuus koskee myös muissa valtioissa tehtyjä rikoksia, mutta tähän saattaa liittyä tiedonsaantiongelmia EU:n ja ETA-alueen ulkopuolella tapahtuneista teoista¹⁷³. Osin ongelmallisena voidaan pitää sitä seikkaa, ettei hankintayksikölle kuitenkaan ole asetettu ehdotonta velvollisuutta tarkastaa tarjoajien taustaa esimerkiksi vaatimalla rikosrekisteriote. Lisäksi ulkomaisten yritysten kohdalla rikosrekisteritiedot eivät välttämättä ole yhtä kattavia kuin Suomessa.¹⁷⁴

Hankintayksiköllä on velvollisuus poissulkemiseen heti, kun hankintayksikkö on saanut tiedon rikoksesta. Poissulkeminen voidaan siis tehdä missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa.¹⁷⁵ Poissulkemisesta pakollisten perusteiden vuoksi voidaan poiketa vain yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä. Lainvalmisteluaineistossa tällaiseksi syyksi mainitaan esimerkiksi kiireellinen hankinta, jossa tarjouksen on jättänyt vain yksi tarjoaja, jota poissulkemisperuste rasittaa, ja hankkeen toteutumisen vaarantuminen aiheuttaisi vakavaa haittaa.¹⁷⁶

4.2.3. Harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet

Harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita voidaan yleisellä tasolla luonnehtia tarjoajan yritystoiminnan häiriötilanteiksi¹⁷⁷. Harkinnanvaraiset perusteet koskevat mm. tarjoajayrityksen laiminlyöntejä esimerkiksi verojen tai sosiaaliturvamaksujen maksamisessa. Perusteet liittyvät ennen kaikkea tarjoajan heikkoon taloudelliseen tilanteeseen, mutta myös muihin hankinnan toteuttamiseen liittyviin riskeihin, kuten harmaaseen talouteen tai ympäristövaikutuksiin¹⁷⁸. Hankintalain 54 §:n mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailusta ehdokkaan tai tarjoajan, joka on:

¹⁷³ Virtanen 2008, s. 716. Myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 327.

¹⁷⁴ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 326 – 327.

¹⁷⁵ Eskola, Ruuhoniemi 2011, s. 316.

¹⁷⁶ HE 50/2006 vp, s. 97.

¹⁷⁷ Virtanen 2008, s. 718.

¹⁷⁸ HE 50/2006 vp, s. 97 – 98. Ks. myös Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 183 – 184 sekä Eskola, Ruuhoniemi 2011, s. 317.

- 1) konkurssissa tai purettavana tai keskeyttänyt liiketoimintansa taikka jonka velkoja on vahvistetulla akordilla, saneerausohjelmalla tai muussa vastaavassa lainsäädäntöön perustuvassa menettelyssä järjestelty;
- 2) jonka konkurssiin asettaminen tai purkaminen taikka muu 1 kohdassa tarkoitettu menettely on vireillä;
- 3) saanut ammattinsa harjoittamiseen liittyvästä lainvastaisesta teosta lainvoimaisen tuomion;
- 4) ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen, jonka hankintaviranomainen voi näyttää toteen;
- 5) laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa Suomen tai sijoittautumismaansa veroja tai sosiaaliturvamaksuja; taikka
- 6) syyllistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle 8 luvun soveltamista koskevia tietoja tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen.

Kohdan 5 mukaista poissulkemisperustetta ei voida käyttää silloin, jos yritykselle on vahvistettu maksuohjelma maksamattomien verojen johdosta¹⁷⁹. Oikeuskäytännöstä seuraava asiaa hyvin kuvaava esimerkki:

KHO:2011:29: Tapauksessa tarjoaja oli liittänyt tarjoukseensa tarjouspyynnössä vaaditun verovelkatodistuksen sekä lisäksi luettelon verovelkoista. Näistä asiakirjoista ilmeni, että tarjoajalla oli maksamatta eräänntyneitä arvonlisäveroja ja niihin liittyneitä viivästysseuraamuksia. Verovelkoja koskeneessa luettelossa oli maininta ”maksujärjestely” ja päivämäärä. Tarjoukseen liitettyistä asiakirjoista ei sitä vastoin ilmennyt tarjoajan myöhemmin markkinaoikeudessa esittämiä maksujärjestelyn yksityiskohtia ja maksujärjestelyn toteutumista koskeneita seikkoja. Tarjoukseen liitetty asiakirjat osoittivat, että tarjoaja oli laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa arvonlisävero. Hankintayksikkö oli voinut perustaa päätöksensä valittajan sulkemisesta tarjouskilpailun ulkopuolelle näihin tarjoukseen liitettyistä asiakirjoista saatuihin tietoihin. Hankintalain 54 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle tarjoajan, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa veroja. Kun otettiin huomioon, että kysymys oli maksamatta jätetystä arvonlisäverosta, jonka määrä ei ollut vähäinen, sekä se seikka, että tarjoaja oli esittänyt tarkempaa selvitystä maksujärjestelyn yksityiskohdista ja maksujärjestelyn toteuttamisesta vasta markkinaoikeudessa, hankintayksikön päätös ei ollut suhteellisuusperiaatteen vastainen.

¹⁷⁹ HE 50/2006 vp, s.98.

Käytännössä hankintayksikön kannattaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä vaatia ja yksilöidä esimerkiksi tarjoajan taloudellista tilannetta kuvaavat selvitykset, kuten todistukset verojen ja sosiaaliturvamaksujen maksamisesta¹⁸⁰. Jälkikäteen, vasta oikeuskäsittelyn aikana annetuilla selvityksillä ei oikeuskäytännön perusteella näyttäisi olevan vaikutusta asian ratkaisuun.

4.2.4. Hankintayksikön vaatimukset

Pakollisten ja harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden yhteisenä piirteenä on se, että niillä pyritään ennen kaikkea estämään harmaata taloutta. Molemmat perusteet ovat myös sellaisia, jotka kohdistuvat tarjoajan yleiseen luotettavuuteen, mutta eivät suoranaisesti riipu yksittäisen hankintakilpailun ominaisuuksista.¹⁸¹ Yksittäisen hankinnan ehdokkaan ja tarjoajan kelpoisuutta muutoin kuin em. perusteiden kannalta on mahdollista arvioida myös hankintayksikön asettamien vaatimusten perusteella. Näistä vaatimuksista säädetään hankintalain 56 – 60 §:ssä. Hankintayksikkö voi mm. pyytää erilaisia selvityksiä, asiakirjoja ja rekisteritietoja.

Hankintayksikön tarjoajan kelpoisuudelle asettamat vaatimukset voidaan jaotella kahden luokkaan. Ensinnäkin hankintailmoituksessa tai sen liitteenä olevassa tarjouspyynnössä voidaan asettaa vähimmäisvaatimuksia tai ehdottomia edellytyksiä, jotka tarjoajan on täytettävä. Mikäli nämä vaatimukset ja ehdot eivät täyty, on tarjoaja silloin suljettava pois tarjouskilpailusta. Näiden suhteen hankintayksiköllä ei ole harkintavaltaa poissulkemisen osalta.

Toisaalta tarjouspyynnössä voidaan asettaa tarjoajien soveltuvuudelle myös muita, vertailtavia perusteita.¹⁸² Nämä perusteet eivät kuitenkaan oikeuta sulkemaan tarjoajaa pois tarjouskilpailusta, vaan vaikuttavat ainoastaan tarjousten vertailussa. Tässä johtuen raja tarjoajan ja tarjouksen soveltuvuuden arvioinnissa saattaa hämärtyä ja aiheuttaa myös oikeusongelmia. Olennaista on, määritelläänkö peruste kelpoisuusvaatimukseksi vai vertailuperusteeksi.¹⁸³

¹⁸⁰ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 321 – 322.

¹⁸¹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 321.

¹⁸² Pekkala, Pohjonen 2010, s. 343 – 347.. Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 321 – 322.

¹⁸³ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 181 – 182. Myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 349: ” Tarjoajien soveltuvuutta on siis arvioitava erikseen, eikä soveltuvuuskriteereitä saa ottaa enää huomioon varsinaisessa tarjousvertailussa.”

Hankintalain 56 §:n 1 momentissa säädetään, että hankintayksikkö voi esittää ehdokaiden tai tarjoajien rahoituksellista ja taloudellista tilannetta, teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevia vaatimuksia. Lisäksi hankintayksikkö voi esittää laatua koskevia vaatimuksia sekä vaatia ehdokkaita ja tarjoajia esittämään niihin liittyviä selvityksiä. Nämä vaatimukset ja pyydettävät selvitykset tulee suhteuttaa hankinnan laajuuteen, käyttötarkoitukseen ja luonteeseen. Tällaisella menettelyllä hankintayksikkö voi varmistua tarjoajan kyvystä toteuttaa hankinta¹⁸⁴. Hankintalain 57 §:n mukaan tarjoajalta voidaan pyytää mm. erilaisia toimilupa- ja rekisteritietoja. Esimerkiksi ulkomaalaisen tarjoajan kohdalla tämä tarkoittaa rekisteröitymistä omassa sijoittumismaassaan¹⁸⁵.

Hankintayksikön asettamien vaatimusten ja vaadittavien selvitysten tulee noudattaa hankintamenettelyn oikeusperiaatteita, eivätkä ne saa esimerkiksi olla kohtuuttomia hankinnan luonteeseen ja laajuuteen nähden. Vaatimuksissa ja selvityksissä on otettava huomioon myös tarjoajille koituva työmäärä ja kustannukset. Lainvalmisteluaineistossa todetaan, että ehdokaiden tai tarjoajien rahoitukselliseen ja taloudelliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskykyyn ja ammatilliseen pätevyyteen liittyvien vaatimusten ja tarjoajien valinnassa käytettävien perusteiden olisi oltava suhteellisia, puolueettomia ja perusteltavissa hankinnan kohteen kannalta.¹⁸⁶

Yrityselämän kannalta keskeistä on tiedostaa se seikka, että tarjouspyynnössä vaadittuihin selvityksiin tulee suhtautua tarkkuudella. Vaikka hankintalain 56 §:n 5 momentin mukaan hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa täydentämään tai täsmentämään selvityksiä ja muita asiakirjoja, sillä ei ole velvollisuutta näin tehdä¹⁸⁷. Jos selvityksiä pyydetään, tulisi siinäkin toimia tasapuolisesti ja syrjimättömästi, eli ts. tarjouksen täydentäminen ei voi olla mikään ”tinkimiskierros”, jonka avulla tarjouksen sisältö muuttuu¹⁸⁸.

¹⁸⁴ HE 50/2006 vp, s. 100. Ks. myös Pohjonen 2010, s. 3.

¹⁸⁵ HE 50/2006 vp, s. 101.

¹⁸⁶ HE 50/2006 vp, s. 100. Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 322.

¹⁸⁷ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 170 – 171.

¹⁸⁸ Tinkimiskiellosta ks. Virtanen 2008, s. 743 – 749 sekä Kuoppamäki 2012, s. 391 – 392.

4.2.5. Tilaajavastuulain edellyttämät selvitykset

Sekä harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin että hankintayksikön asettamiin vaatimuksiin ja pyydettyihin selvityksiin liittyy olennaisesti myös laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (1233/2006, myöh. tilaajavastuulaki), jolla pyritään torjumaan harmaata taloutta ja edistämään yritysten välistä tasapuolista kilpailua¹⁸⁹. Soveltamisalaa koskevan tilaajavastuulain 2 §:n mukaan lakia sovelletaan tilaajaan, joka käyttää vuokrattua työntekijää tai jonka tiloissa tai työkohteessa työskentelee tilaajan alihankkijan työntekijä. Rakentamista ja rakennuttamista varten on vielä erikseen oma määritelmä soveltamisalasta. Lain 3 §:n määritelmän mukaisesti tilaajalla tarkoitetaan mm. kuntaa ja kuntayhtymää. Tilaajavastuulain edellyttämän selvitysvelvollisuuden laiminlyönnistä saattaa tilaajalle seurata lain 9 §:n mukainen laiminlyöntimaksu, jonka suuruus on vähintään 1 600 ja enintään 16 000 euroa.

Tilaajavastuulain 5 §:n selvitysvelvollisuutta koskevan säännöksen mukaan tilaajan on pyydettyä toiselta sopimuspuolelta mm. selvitys siitä, onko tämä ns. tarjoajayritys merkitty ennakkoperintälain (1118/1996) mukaiseen ennakkoperintärekisteriin ja työnantajarekisteriin sekä arvonlisäverolain (1501/1993) mukaiseen arvonlisäverovelvollisten rekisteriin. Tilaajan on pyydettyä sopijakumppanilta myös kaupparekisteriote, todistus verojen maksamisesta sekä todistukset eläkevakuutuksen ottamisesta ja eläkevakuutusmaksujen suorittamisesta.

Varsinaisesti tiedot on pyydettyä vasta ennen sopimuksen nimenomaista tekemistä, mutta koska selvitysvelvoitteet limittyvät selkeästi hankintalain 54 §:n mukaisiin harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin, tarjouspyynnössäkkin olisi syytä vedota tilaajavastuulain velvoitteisiin¹⁹⁰. Kuitenkin hankintayksikön vaatimuksissa on huomioitava, ettei esimerkiksi ennakkoperintärekisteriin tai työnantajarekisteriin kuuluminen ole kaikille pienille yrityksille pakollista.

MAO:369/08: Hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti sulkiessaan tarjouskilpailun ulkopuolelle tarjoajan, joka ei kuulunut ennakkoperintälain mukaiseen ennakkoperintä- ja työnantajarekisteriin.

¹⁸⁹ HE 114/2006 vp, s. 3. Ks. myös Oksanen 2010, s. 55: ”..lailla pyritään torjumaan ns. harmaita markkinoita”.

¹⁹⁰ Oksanen 2010, s. 55.

4.3. Tarjouksen kelpoisuus

4.3.1. Tarjouspyynnön vastaisuus

Ennen tarjouksen kelpoisuuden arviointia ja vertailua on hankintalain 52 §:n mukaan arvioitava ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuus edellä kuvattujen periaatteiden mukaisesti¹⁹¹. Tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arviointi on puolestaan niin ikään itsenäinen hankintamenettelyn vaihe, joka suoritetaan ennen tarjousten vertailua¹⁹². Tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset tulee lähtökohtaisesti hylätä, koska tarjousvertailun tasapuolisuus ja syrjimättömyys voisi vaarantua. Myös tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet edellyttävät tällaisten tarjousten hylkäämistä.¹⁹³

Hankintalain 46 §:ssä säädetään tarjouksen sisällöstä. Sanamuodoltaan täysin vastaava on erityisalojen hankintalain 42 §. Tarjoajan on tarjouksessaan osoitettava, että tarjottu tavara, palvelu tai rakennusurakka on tarjouspyynnön vaatimusten mukainen. Jos tarjous ei vastaa tarjouspyynnön tai tarjousmenettelyn ehtoja, on se suljettava tarjouskilpailusta. Tarjous on hylättävä myös silloin, jos se on myöhästynyt tai muuten puutteellinen.¹⁹⁴ Puutteellisuuden osalta tulee kuitenkin arvioida, onko sillä vaikutusta tarjousten vertailukelpoisuuteen¹⁹⁵. Merkityksettömiksi puutteiksi on oikeuskäytännössä katsottu mm. allekirjoituksen puuttuminen tarjouksesta¹⁹⁶ sekä tarjouksen voimassaoloajan ero tarjouspyynnössä edellytettyyn voimassaoloaikaan nähden¹⁹⁷.

Tarjouspyynnön vastaiseksi tarjous on katsottu oikeuskäytännössä mm. silloin, kun tarjoaja on esittänyt tarjouksessa omia ehtoja ja varauksia¹⁹⁸. Myös poikkeaminen hankintailmoituksen sopimusehdoista tai maksuehdoista on katsottu sillä tavalla tarjouspyynnön

¹⁹¹ HE 50/2006 vp, s. 95: ”Tarjoajien ominaisuuksien ja kelpoisuuden arvioinnin erottaminen hankinnan kohteeseen liittyvien tekijöiden eli tarjousten sisällön arvioinnista lisää hankintamenettelyn puolueettomuutta, läpinäkyvyyttä ja avoimuutta sekä parantaa tarjoajien oikeusturvaa.” Ks. myös Pöykkö, 2010, s. 3.

¹⁹² Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 333. Ks. myös Virtanen 2008, s. 709.

¹⁹³ HE 50/2006 vp, s. 91: ”Tarjouksen hylkäämistä tulisi arvioida nimenomaan tarjoajien tasapuolisen kohtelun näkökulmasta. Tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset tulisi pääsääntöisesti hylätä.” Myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 333.

¹⁹⁴ HE 50/2006 vp, s. 91. Ks. oikeuskäytäntöä myöhästyneestä tarjouksesta KHO:2010:67 (ään. 4 – 1) sekä tarjouksen puutteellisuudesta KHO:2011:72.

¹⁹⁵ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 438, samoin Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 333 – 334.

¹⁹⁶ MAO:315/08. Ks. myös Pohjonen 2010, s. 12.

¹⁹⁷ MAO:167/10.

¹⁹⁸ MAO:98/10.

nön vastaiseksi, että hankintayksikön on tullut sulkea tarjous tarjouskilpailusta¹⁹⁹. Sen sijaan epäselvästä tarjouspyynnöstä johtuvat erilaisuudet tarjouksissa eivät automaattisesti oikeuta poissulkemiseen²⁰⁰.

Oman erikoiskysymyksensä tarjouksen kelpoisuuden kohdalla muodostaa tarjoajan tekemä vaihtoehtoinen tarjous tai osatarjous. Näiden molempien kohdalla tarjouksen kelpoisuuden ratkaisee se, onko hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä sallittu vaihtoehtoisen tai osatarjouksen tekeminen.²⁰¹ Sinällään tällainen menettely voi olla hankintayksikön kannalta hyödyllistä, jos esimerkiksi vaihtoehtoisen tarjouksen sallimisen avulla tarjoaja ehdottaa hankintayksikölle pyydettyä kehittyneempää ratkaisua²⁰².

4.3.2. Poikkeuksellisen alhainen tai korkea tarjous

Hankintalain 63 §:n 1 momentin ja sitä vastaavan erityisalojen hankintalain 55 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi hylätä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen. Ennen hylkäämistä tarjoajalta on kuitenkin pyydettävä kirjallista selvitystä tarjouksen perusteista. Em. pykälien 3 momentissa puolestaan todetaan, että hankintayksikkö voi myös hylätä sellaisen poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen, joka on alhainen tarjoajan saaman lainvastaisen valtiontuen perusteella. Näissä tilanteissa tarjoajalle on varattava mahdollisuus osoittaa, että valtiontuki on myönnetty laillisesti.

Mahdollistamalla poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hylkääminen halutaan turvata hankinnan toteutuminen silloin, kun jokin tarjous on niin alhainen, ettei hanketta pystytä toteuttamaan tarjouspyynnön mukaisesti. Kuitenkin tietyn tason alittavien tarjousten hylkääminen automaattisesti tai matemaattisin perustein ei ole sallittua. Tarjoajalle on annettava mahdollisuus antaa selvitys alhaisen hinnan perusteista.²⁰³

Hankintayksikön on saamiensa selvitysten perusteella arvioitava hankintaan liittyvät riskit alhaisen hinnan johdosta. Pelkästään muiden tarjoajien väitteet alihintaisuudesta eivät riitä hylkäämisen perusteeksi. Sallittua sinänsä on myös alhainen ja jopa tappioli-

¹⁹⁹ MAO:518/12.

²⁰⁰ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 338 – 339.

²⁰¹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 419 – 421.

²⁰² HE 50/2006 vp, s. 91 – 92. Ks myös Pekkala, Pohjonen 2010, s. 437.

²⁰³ HE 50/2006 vp, s. 107 - 108. Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 25. Ks. myös Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 343 – 344.

nen tarjoushinta esimerkiksi silloin, kun tarjoaja pyrkii valtaamaan uusia markkinoita, kunhan tarjoaja osoittaa pystyvänsä hankinnan toteuttamiseen.²⁰⁴

Hankintalain valmisteluaineiston mukaan poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkäämisellä mahdollistetaan hankintayksikölle hankinnasta aiheutuvien riskien kuten tarjoushinnan riittämättömyydestä todennäköisesti aiheutuvien taloudellisten riskien huomioiminen. Hankintayksiköllä on oikeus hylätä hankinnan edellyttämään suoritukseen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset. Hylkäämisen tulee perustua nimenomaan siihen, ettei tarjoajan tarjoamalla hinnalla tai muulla ehdolla ole mahdollista toteuttaa hankintaa tarjouspyynnössä edellytetyllä tavalla. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa sen suhteen, arvioiko se tarjouksen muita tarjouksia alhaisemman hinnan merkitsevän mahdollista perustetta tarjouksen hylkäämiselle. Hankintayksikön on kuitenkin meneteltävä asiassa syrjimättömästi ja tasapuolisesti.²⁰⁵ Hylkäämissäännöksiä sovelletaan sekä EU-kynnysarvot että kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin hankintalain 21 §:n 2 momentin perusteella.

Oikeuskäytännössä poikkeuksellisen alhaisena tarjouksena on voitu hylätä mm. sellainen rakennus- ja maalaustöitä koskeva tarjous, jossa hankintayksikkö epäili tarjoajan tuntiveloitushintojen alittavan työntekijälle työstä maksettavat lakisääteiset korvaukset sosiaalikuluihin²⁰⁶. Sen sijaan poikkeuksellisen alhaisena tarjouksena ei voitu hylätä tarjousta, joka oli yli 40 % halvempi kuin toiseksi edullisin tarjous, kun tarjoaja pystyi luotettavasti osoittamaan mahdollisuutensa hankinnan toteuttamiseen sekä tarjouksensa olevan tarjouspyynnössä edellytetyn mukainen²⁰⁷. Hankintayksiköllä on oikeuskäytännön perusteella joissakin tilanteissa myös harkintavaltaa olla pyytämättä alhaisen tarjouksen tehneeltä selvityksiä²⁰⁸.

Poikkeuksellisen korkeasta tarjouksesta ei hankintalaissa ole säännöksiä. Sen sijaan oikeuskäytännössä on katsottu, että hankinnan keskeyttäminen on mahdollista tilanteissa, jolloin saadut tarjoukset olivat hankintayksikölle hinnaltaan liian kalliita²⁰⁹. Tar-

²⁰⁴ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 470 – 4171.

²⁰⁵ HE 50/2006 vp, s. 107.

²⁰⁶ MAO:216/12.

²⁰⁷ KHO:2013:10 (äänestys 3 – 2).

²⁰⁸ MAO:183/12.

²⁰⁹ KHO 28.11.2001/2973 ja MAO:353/11

jouspyynnössä olisi kuitenkin syytä etukäteen todeta, että kaikki tarjoukset voidaan hylätä, jos niiden hintataso on liian korkea.

4.4. Poissulkemisen perusteleminen

Tarjoajan tai tarjouksen poissulkemisen perusteleminen säädetään hankintalain 73 §:n 1 momentissa, jonka mukaan hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuksista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava. 73 §:n 2 momentin mukaan päätöksestä tai siihen liittyvistä asiakirjoista on käytävä ilmi ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat, joita ovat ainakin ehdokkaan, tarjoajan tai tarjouksen hylkäämisen perusteet sekä ne perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty.²¹⁰

MAO:254/12: Kyseessä oli kuljetuspalveluihin liittyvä hankinta, jossa hankintayksikkö tekemällään hankintapäätöksellä oli valinnut voittaneen tarjouksen ja sulkenut valittajan tarjouksen tarjouskilpailusta mm. sillä perusteella, että valittajalla on ollut tarkoituksena toteuttaa kuljetustoiminta tosiasiallisesti kokonaisuudessaan alihankintana. Perusteluna käytettiin myös valittajan maksuhäiriöitä ja ulosottoasioita. Hankintapäätöksen mukaan kenenkään tarjoajan kohdalla ei ollut hankintalain 53 ja 54 §:n mukaista poissulkemisperustetta.

Markkinaoikeus katsoi, ettei asiassa ilmennyt, että valittaja ei olisi täyttänyt tarjoajille tarjouspyynnössä asetettuja soveltuvuusvaatimuksia. Valittajan tarjouksen ei voitu katsoa olleen hankintayksikön hankintapäätöksessä esittämällä perusteilla myöskään tarjouspyynnön vastainen. Hankintayksikkö on siten menetellyt hankintasäännösten vastaisesti sulkiessaan hankintapäätöksessä mainitulla perusteella valittajan tarjouksen tarjouskilpailusta.

Markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja kielsi sen täytäntöönpanon 7.000 euron sakon uhalla.

Jos tarjoajan poissulkemisperuste tulee tietoon vasta hankintakilpailun ja sopimuksen teon jälkeen, ei markkinaoikeus voi enää tutkia asiaa hankintalain perusteella. Hankintayksiköllä voi mahdollisesti olla sopimus oikeudellinen syy silti purkaa hankintasopimuksen yrityksen kanssa.²¹¹

²¹⁰ HE 190/2009 vp, s.47: ”Ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavia ratkaisuja voidaan myös tehdä hankintamenettelyn aikana vaiheittain esimerkiksi ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuudesta, tarjousten tarjouspyynnön mukaisuudesta tai vaiheittain etenevässä neuvottelumenettelyssä neuvotteluissa mukana olevista tarjouksista. Myös näistä ratkaisuksista hankintayksikön tulisi tehdä perusteltu kirjallinen päätös.”

²¹¹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 342 – 343.

5. MARKKINAOIKEUDEN RATKAISUT 7/2011 – 6/2012

5.1. Tutkimuksen perustiedot

5.1.1. Taustaa

Tämän tutkimuksen tarkasteluajankohtana 1.7.2011 – 30.6.2012 markkinaoikeus ratkaisi yhteensä 367 erillisellä diaarinumerolla kirjattua asiaa, joista muihin kuin kunnallisten hankintayksiköiden hankintoihin kohdistuvia oli 100. Tapauksittain tarkasteltuna määrä on jonkin verran pienempi, koska joissakin ratkaisuissa markkinaoikeus on samalla kertaa käsitellyt useampaa, samaa hankintamenettelyä koskevaa valitusta. Kunnallisia hankintoja koskevia valituksia oli yhteensä 267, ja tapauksia 247, joista 30 koski sellaista hankintaa, jossa menettely oli käynnistetty ennen uutta oikeussuojamenettelyä koskevaa lainmuutosta (321/2010). Nämä 30 markkinaoikeuden ratkaisua on rajattu analyysin ulkopuolelle.

Uutta oikeussuojamenettelyä sovelletaan sellaisiin hankintamenettelyihin, jotka ovat alkaneet lain voimaan tulon jälkeen²¹². Lainmuutoksen (321/2010) voimaantuloa koskevan säännöksen mukaan hankintaan sovelletaan aiemmin voimassa olleita säännöksiä silloin, kun hankintamenettely on aloitettu ennen kyseisen lain voimaantuloa. Hankintamenettely katsotaan aloitetuksi hankintailmoituksen julkaisemisen hetkellä. Hankinnassa, jossa ei edellytetä hankintailmoituksen julkaisemista, hankinta katsotaan aloitetuksi sillä hetkellä, jona tarjouspyyntö tai neuvottelukutsu on lähetetty taikka neuvottelut toimittajien kanssa aloitettu.²¹³

Tutkimustuloksia verrataan soveltuvilta osiltaan aiempiin oikeusministeriön sekä Suomen Kuntaliiton julkisia hankintoja koskeviin selvityksiin. Oikeusministeriön selvityksessä vuoden 2008 markkinaoikeuden ratkaisuja analysoitiin 409 kappaletta. Luvussa eivät ole mukana tutkimatta jätetyt tai muutoin rauenneet tapaukset.²¹⁴ Vastaavasti Suomen Kuntaliiton selvityksessä tutkimuksen kohteena oli 406 markkinaoikeuden ratkaisua, joista tarkempaan analysointiin otettiin vain ne 158 tapausta, joissa hankintayksik-

²¹² HE 190/2009 vp, s. 89.

²¹³ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 582.

²¹⁴ Oikeusministeriö2009:9, s. 24 – 25.

kö oli menetelty virheellisesti²¹⁵. Kummassakin vertailtavana olevassa selvityksessä käsiteltiin julkisia hankintoja kokonaisuutena, eikä kunnallisia hankintoja analysoitu erikseen. Oikeusministeriön selvityksessä kuitenkin todetaan, että aineiston tapauksista 66 % koskee kuntien hankintayksiköiden tekemiä hankintapäätöksiä.

Tässä tutkimuksessa analysoitavaan aineistoon otettiin 217 kunnallista hankintaa koskevaa tapausta, joissa valituksen alainen hankintaprosessi oli aloitettu myöhemmin kuin 1.6.2010. Analysoinnin kohteena olevat tapaukset jakautuvat puolivuositain siten, että vuoden 2011 ratkaisuja on 113 kappaletta ja vuoden 2012 ratkaisuja 104. Hankintayksiköiden mukaan jaoteltuna kunnalliset hankintamenettelyt jakautuivat siten, että 144 koski kuntien tai kaupunkien hankintoja, 36 kuntayhtymien hankintoja ja 37 muiden kunnallisten hankintayksiköiden hankintoja.

Korkeimmasta hallinto-oikeudesta saadun tiedon mukaan analyysin kohteena olevasta aineistosta yhteensä 32 markkinaoikeuden päätöksestä on tehty valitus KHO:een. Näistä viisi on jo ratkaistu, ja niistä yhdenkään kohdalla markkinaoikeuden ratkaisua ei ole muutettu. Jatkovalitusten määrä analysoitavasta aineistosta on 14,7 %, mikä on hieman enemmän kuin tämän hetkinen keskimääräinen valitusten osuus markkinaoikeuden julkisia hankintoja koskevista ratkaisuksista²¹⁶. Oikeusministeriön selvityksen mukaan vuonna 2008 jatkovalituksia markkinaoikeuden ratkaisuksista tehtiin 88 kpl, ja samana vuonna KHO muutti markkinaoikeuden päätöstä 5,7 % tapauksista²¹⁷. Suomen Kuntaliiton selvityksessä jatkovalituksen määriä ei tarkasteltu. Kummassakaan aiemmassa tutkimuksessa ei erikseen selvitetty analysoinnin kohteena olleiden markkinaoikeuden ratkaisujen lainvoimaisuutta.

Varsinainen tässä tutkimuksessa analysoitavien valitusten määrä on hieman tapausten määrää suurempi, kuten aiemmin todettiin, sillä joissakin ratkaisuissa on käsitelty samanaikaisesti useampia valituksia. Valitusten määrinä tarkasteltuna 217 ratkaisua sisältää yhteensä 235 valitusta, joista kuitenkin yhdessä tapauksessa on sama asia käy-

²¹⁵ Kiviniemi 2011, s. 1.

²¹⁶ http://www.kho.fi/uploads/7kzdz83b4gc_1.pdf Vuonna 2011 KHO:een saapui 68 julkista hankintaa koskevaa asiaa. Viitattu 19.02.2013.

²¹⁷ Oikeusministeriö 2009:9, s. 26.

tännössä kirjattu kahdella eri diaarinumerolla²¹⁸. Todellinen erillisten valitusten määrä on siten yhteensä 234 kappaletta. Valitusten ratkaisut pääasian osalta on kuvattu puolivuositain seuraavassa taulukossa.

Taulukko 1: Kunnallisten hankinta-asioiden ratkaisut 7/2011 – 6/2012

| | 2011 | 2012 | yhteensä |
|---|------|------|----------|
| Valitus jätetty tutkimatta tai asia muuten rauennut | 25 | 14 | 39 |
| Hankintayksikön menettely oikeusohjeiden vastaista | 33 | 57 | 90 |
| Valitus hylätty pääasian osalta | 64 | 41 | 105 |
| yhteensä | 122 | 112 | 234 |

Viidessä ratkaisussa markkinaoikeus ei ollut yksimielinen, vaan ratkaisu sisälsi eri mieltä olevan markkinaoikeuden jäsenen lausunnon. Eriävät mielipiteet liittyivät yhtä lukuun ottamatta kaikki sellaisiin ratkaisuihin, joissa markkinaoikeus oli todennut hankintayksikön menetelleen virheellisesti. Näitä viittä tapausta käsitellään lyhyesti jäljempänä omassa alaluvussa. Markkinaoikeus katsoi yhteensä 90 asiassa hankintayksikön menetelleen virheellisesti, eli julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti. Mikäli tutkimatta jätetyt valitukset jätetään huomioimatta, oli virheellisen menettelyn sisältäneiden asioiden osuus 46,2 %. Tutkimatta jätetty valituksia oli 39, joita käsitellään tarkemmin alaluvussa 5.1.3.

Oikeamman kuvan virheellisen menettelyn osuudesta saa kuitenkin vertaamalla em. 90 asiaa kaikkiin tutkimuksessa mukana olleisiin 234 asiaan, koska tutkimatta jätetyissä asioissakin markkinaoikeus on joissakin tapauksissa lausunut muutakin kuin pelkän tutkimatta jättämisen pääasian osalta. Lisäksi näissäkin tapauksissa asian ratkaisu voi muuttua, jos markkinaoikeuden päätöksestä valitetaan korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Samoin näissä tutkimatta jätetyissä tapauksissa on useimmiten käsitelty oikeudenkäyntikulujen korvaamista. Virheellisen menettelyn sisältäneiden osuus oli siten 38,5 % kaikista asioista. Vertailuun käytettävissä kummassakin aiemmassa tutkimuksessa virheellisten tapausten määrä on hyvin samankaltainen²¹⁹.

²¹⁸ Tapauksessa MAO:45-46/12 sama valittaja oli 16.11.2011, eli asian 324/11/JH vireille tulon jälkeen, toimittanut markkinaoikeudelle diaarinumerolle 359/11/JH kirjatun kirjelmän, jossa valittaja saattoi markkinaoikeuden tietoon hankintayksikön 2.11.2011 tekemän valittajan hankinta-oikeusvaatimuksen hylkäämistä koskevan päätöksen ja ilmoitti pitävänsä 25.10.2011 tekemänsä valituksen ennallaan. Markkinaoikeus katsoi, että valittajan 16.11.2011 markkinaoikeudelle toimittama kirjelmä liittyi asian 324/11/JH käsittelyyn siten, että kyseiset asiat tuli käsitellä yhdessä antamatta niistä erillisiä päätöksiä.

²¹⁹ Oikeusministeriö 2009:9, s. 25 ja Kiviniemi 2011, s. 1.

5.1.2. Hankintojen arvo

Tarkasteltavien, valituksen kohteena olevien hankintojen kokonaisarvo oli vähintäänkin n. 1,5 miljardia euroa. Kovin tarkkaa kokonaisarvoa ei voida laskea, koska useissa hankinnoissa kokonaisarvo oli määritelty hyvin väljästi, ja hankinnan arvioitu enimmäisarvo saattoi olla kaksinkertainen vähimmäisarvoon nähden. Lisäksi joistakin markkinaoikeuden ratkaisuselosteista hankinnan arvo puuttui.

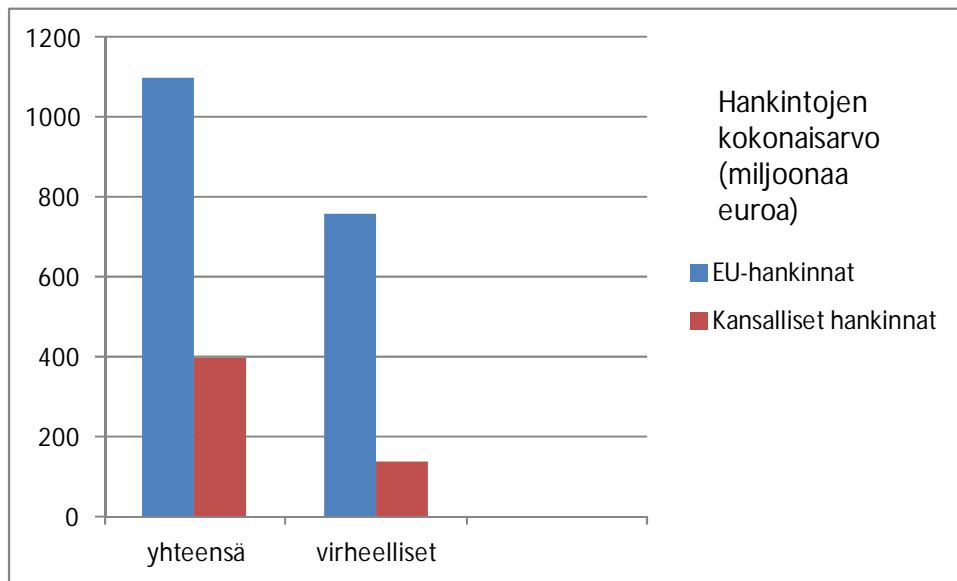
Puolivuositain tarkasteltuna hankintojen kokonaisarvo jakautui suurin piirtein tasan. Virheellisen menettelyn sisältäneiden hankintojen arvo oli lähes 900 miljoonaa euroa, joista vuoden 2011 puolella n. 320 miljoonaa ja 2012 n. 570 miljoonaa. Tutkimuksen kohteena olevien hankintojen kokonaisarvosta virheellisen menettelyn sisältäneiden hankintojen osuus on 60 %.

Tapauksissa oli EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja hankintailmoitusten mukaan 81, mutta markkinaoikeus totesi ratkaisuisissaan lisäksi kahdeksan hankinnan ylittäneen kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvon, joten kokonaisuudessaan EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen määrä tutkittavasta aineistosta on 89 tapaus, joka on 41 % aineistosta. EU-hankintojen rahallinen arvo kaikista tapauksista on vähintään 1,1 miljardia euroa, eli yli 73 % yhteenlasketusta kokonaisarvosta.

EU-hankinnoista virheellisen menettelyn sisältäneiden tapausten yhteenlaskettu kokonaisarvo on n. 760 miljoonaa euroa, joskin summa antaa hieman vääristyneen kuvan siitä syystä, että koko analysoitavan aineiston selkeästi suurin yksittäinen hankinta on luvussa mukana²²⁰. Oheisessa kuviossa on kuvattuna hankintojen kokonaisarvot yhteensä jaoteltuna EU- ja kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin sekä virheellisen menettelyn sisältäneiden hankintojen kokonaisarvot.

²²⁰ Ks MAO:142/12: Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin lääkevalmisteita ja niihin rinnastettavia tuotteita koskeva hankinta oli arvioitu kokonaisarvoltaan 460 miljoonaksi euroksi.

Kuvio 1: Hankintojen yhteenlaskettu kokonaisarvo



Vastaavasti oikeusministeriön selvityksessä hankintojen kokonaisarvoa ei laskettu yhteen, mutta 55 % tapauksista oli kansalliset kynnyksarvot ylittäviä²²¹. Suomen Kuntaliiton selvityksessä hankintojen kokonaisarvoa ei tarkemmin käsitellä, mutta tuloksissa sekä kansalliset kynnyksarvot ylittävät että EU-kynnyksarvot ylittävät hankinnat on lukumääräisesti eroteltu.

5.1.3. Tutkimatta jätetyt valitukset

Yhteensä 39 valitusta jätettiin markkinaoikeudessa tutkimatta, tai asia raukesi muutoin. Tutkimatta jätettyjen valitusten osuus koko aineistosta on 16,7 %. Lainvoimaisuutta tutkimatta jättämisellä ei jatkovalituksen vuoksi ole kolmessa tapauksessa.²²² Tutkimatta jätetyistä 17 valitusta koski EU-kynnyksarvot ylittävää hankintaa. Oikeusministeriön selvityksen mukaan vuoden 2008 tapauksista jätettiin tutkimatta yhteensä 13 %²²³. Suomen Kuntaliiton selvityksessä ei erikseen huomioitu tutkimatta jätettyjä valituksia.

Merkittävimmät syyt asian tutkimatta jättämiselle olivat hankinnan keskeyttäminen tai kumoaminen sekä se, ettei valittaja ollut asiassa asianosainen. Myös myöhästyneitä

²²¹ Oikeusministeriö2009:9, s. 24 – 25.

²²² MAO:545-547/11, MAO:47/12 ja MAO:50/12.

²²³ Oikeusministeriö 2009:9, s. 25.

valituksia tai markkinaoikeuden toimivaltaan kuulumattomia asioita oli useita. Merkillepantavaa on myös hankintayksiköiden vastineissa hyvin usein toistuva näkemys, että valitus tulisi jättää tutkimatta. Näitä vaatimuksia ei kuitenkaan analysoida ja tilastoida tutkimuksessa tarkemmin.

Jatkossa tutkimatta jätettyjä valituksia käsitellään lähinnä oikeudenkäyntikuluja koskevassa alaluvussa. Oheisessa taulukossa on luokiteltu tutkimatta jätetyt asiat puolivuosittain tutkimatta jättämisen syyn perusteella.

Taulukko 2: Tutkimatta jätetyt asiat

| | 2011 | 2012 | yhteensä | |
|--|----------|------|----------|----|
| Valittaja ei asianosainen/ei asiavaltuutusta | 8 | 2 | 10 | |
| Hankinta keskeytetty tai kumottu | 6 | 6 | 12 | |
| Valitus myöhästynyt | 3 | 2 | 5 | |
| Asia ei kuulunut markkinaoikeuden toimivaltaan | 6 | 1 | 7 | |
| Hankintayksikkö ei ollut hankintalain alainen | 1 | | 1 | |
| Valitus oli enneaikainen | 1 | | 1 | |
| Lausunnon antaminen raukesi muusta syystä | | 3 | 3 | |
| | yhteensä | 25 | 14 | 39 |

5.1.4. Erimielinen ratkaisu

Markkinaoikeuden ratkaisuista viisi on tehty äänestämällä, ja niihin sisältyy eri mieltä olleen markkinaoikeuden jäsenen lausunto²²⁴. Yhdessä tapauksessa markkinaoikeus hylkäsi valituksen, ja valituksen hylkäämisestä eri mieltä ollut jäsen totesi lausunnossaan hankintayksikön menetelleen virheellisesti sulkiessaan valittajan tarjouksen tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena²²⁵.

Muut neljä tapausta ovat sellaisia, joissa markkinaoikeus totesi hankintayksikön menetelleen virheellisesti. Näistä kahdessa tapauksessa eri mieltä ollut jäsen katsoi, ettei hankintayksikkö ollut menetellyt virheellisesti²²⁶. Toisesta on valitettu edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen²²⁷. Yhdessä tapauksessa eri mieltä oleva jäsen oli enemmistön kanssa samaa mieltä hankintamenettelyn virheellisyydestä, mutta eri mieltä virheellisen

²²⁴ MAO:556/11, MAO:567/11, MAO:44/12, MAO:78/12 ja MAO:151/12.

²²⁵ MAO:567/11

²²⁶ MAO:44/12 ja MAO:78/12.

²²⁷ MAO:44/12

menettelyn perusteista²²⁸. Lisäksi yksi tapaus oli sellainen, että eri mieltä ollut jäsen oli enemmistön kannalla siinä, että hankintayksikkö oli menetelty virheellisesti, mutta seuraamuksen osalta hän ei olisi määrännyt hyvitysmaksua²²⁹. Vertailututkimuksissa ei selvitetty sitä, kuinka moni markkinaoikeuden ratkaisu oli syntynyt äänestyspäätöksellä.

5.2. Virheellinen hankintamenettely

5.2.1. Yleistä

Markkinaoikeus totesi kaikkiaan 90 valituksen kohdalla hankintayksikön menetelleen julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti. Tapauksittain laskettuna virheellisiä hankintamenettelyjä oli 87 kappaletta. Tapaukset jakautuivat siten, että vuoden 2011 ratkaisuja oli 32 ja vuoden 2012 ratkaisuja 55 kappaletta. EU-hankintoja tapauksista oli 37 ja kansallisia 50. Jakautuma vastaa hyvinkin tarkkaan koko aineiston jakautumista kansallisen kynnysarvon ja EU-kynnysarvon ylittäviin. Hankinnan arvolla ei siis näyttäisi olevan merkitystä siihen, kuinka tarkoin hankintalainsäädäntöä hankintamenettelyssä noudatetaan.

Korkeimpaan hallinto-oikeuteen on näistä 87 tapauksesta tehty yhteensä 14 valitusta, joista kaksi on jo ratkaistu, eikä kummassakaan tapauksessa markkinaoikeuden päätöstä muutettu²³⁰. Hankintayksiköittäin jaoteltuna kuntien ja kaupunkien hankintoja koskevia tapauksia oli 54, kuntayhtymien hankintoja 15 ja muiden kunnallisten hankintayksiköiden hankintoja 18. Suhteellisesti eniten virheellisiä hankintamenettelyjä oli muiden kunnallisten hankintayksiköiden hankinnoissa, joista lähes 49 % oli virheellisiä. Kuntayhtymienkin hankinnoista virheellinen menettely sisältyi 42 %:iin tapauksista. Vähiten virheitä oli kuntien ja kaupunkien hankintamenettelyä koskevissa tapauksissa, yhteensä 37,5 %.

Seuraavissa alaluvuissa on käsitelty tarkemmin virheellisiä hankintamenettelyjä markkinaoikeuden päätösten perustelujen mukaan jaoteltuna. Monissa tapauksissa hankintayksikkö oli menetelty useammalla tavalla virheellisesti, joten virheellisiä menettelyjä

²²⁸ MAO:556/11.

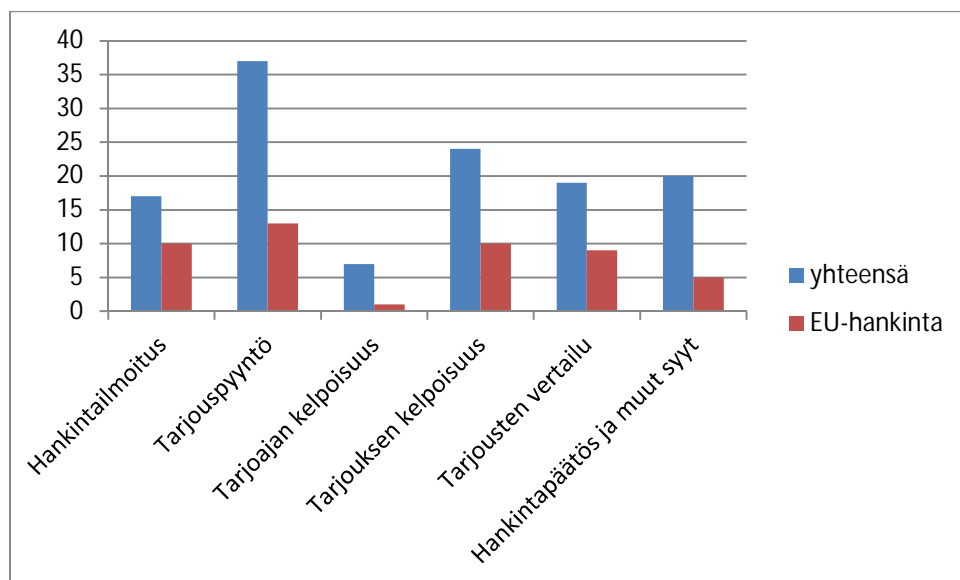
²²⁹ MAO:151/12.

²³⁰ MAO:94/12(KHO 8.6.2012/1521) ja MAO:244-246/12 (KHO 19.12.2012/3601).

on selkeästi enemmän kuin tapauksia. Tällainen tarkastelu antaa kuitenkin oikeamman kuvan virheitten laadusta. Useissa tapauksissa markkinaoikeus ei ottanut kantaa kaikkiin valituksessa esitettyihin väitteisiin hankintamenettelyn virheellisyydestä. Näin on tehty etenkin niissä tapauksissa, joissa varsinainen virhe on ollut senlaatuinen, ettei lausuminen muista väitetyistä virheistä ole ollut tarpeellista. Tyypillisesti tällaisia tapauksia ovat olleet mm. ne, joissa jo itse hankintailmoitus on ollut virheellinen. Lisäksi useissa tapauksissa oli vaadittu mm. tietoja kilpailijoiden tarjousten sisällöstä, ja markkinaoikeus on ottanut kantaa asiakirjojen julkisuuteen. Näitä tapauksia ei kuitenkaan käsitellä tässä osiossa tarkemmin, kuten ei niitäkään valituksia, joissa on vaadittu vahingonkorvausta markkinaoikeudessa.

Markkinaoikeuden 87 ratkaisun perusteella eriteltyjä virheellisiä menettelyjä on yhteensä 124 kappaletta. Virheet jakautuivat siten, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankintamenettelyissä oli 48 virhettä ja kansalliset kynnysarvot ylittävissä 76 virhettä. Sellaisia tapauksia, joissa markkinaoikeus katsoi olevan useita virheitä, oli yhteensä 31. Näistä kuudessa oli 3 virhettä ja lopuissa 2. Virheet jakautuivat seuraavan kuvion mukaisesti.

Kuvio 2: Virheellisen menettelyn jakautuminen



Aiemmistä tutkimuksista oikeusministeriön selvityksessä virheellisen menettelyn syitä ei analysoitu, sen sijaan Suomen Kuntaliiton tutkimuksessa virheet oli jaoteltu neljään kategoriaan: ilmoitusmenettelyyn, tarjouspyyntövaiheeseen, tarjousten käsittelyvaiheeseen ja hankintapäätösvaiheeseen. Kategorioissa oli eroteltu kansalliset ja EU-

kynnysarvot ylittävät hankinnat. Kuntaliiton tutkimuksen perusteella eniten virheitä syntyy tarjouspyynnössä ja tarjousten käsittelyssä. Erityisesti tarjousten vertailuperusteiden määrittely ja tarjousten vertailu aiheuttavat ongelmia.²³¹

Tämän tutkimuksen perusteella voidaan todeta, että tarjouspyyntöön, tarjousten kelpoisuuden arviointiin sekä tarjousten vertailuun liittyvät ongelmat muodostavat yhteensä 65 % kaikista markkinaoikeuden toteamista virheistä kunnallisessa hankintamenettelyssä. Hankintailmoituksen virheellisyys ja hankintapäätöksen puutteellinen perusteleminen kattaa lähestulkoon loput virheellisen menettelyn sisältäneistä tapauksista. Tarjoajan hyväksyttävyyteen liittyi sen sijaan vain vähän virheitä.

Tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun markkinaoikeus on viitannut perusteluisaan useimmiten. Nimenomaisesti markkinaoikeus on todennut hankintayksikön virheellisen menettelyn vaarantaneen tasapuolisuuden ja syrjimättömän kohtelun periaatteen mm. seuraavassa tapauksessa.

MAO:198/12. Asiassa oli kyse sairaalaan hankittavasta autoklaavista, ja hankintayksikkö edellytti vähimmäisvaatimuksena, että autoklaavi on liitettävissä sairaalan käyttämään tietojärjestelmään. Tarjouspyynnössä vaadittiin autoklaavin sopivuudesta ja liitäntä- ja testauskustannuksista lausunto tietojärjestelmän toimittaneelta yritykseltä, joka itsekin osallistui tarjouskilpailuun.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö voi sinänsä tarjouspyynnössä edellyttää, että autoklaavi on liitettävissä käytössä olevaan tietojärjestelmään. Tarjouspyynnön vaatimukset asettivat tarjouskilpailussa tarjouksen antaneen tietojärjestelmätoimittajan muita tarjoajia parempaan asemaan, kun otettiin huomioon, että hankintayksikön menettely antoi toimittajalle mahdollisuuden tutustua muihin tarjouksiin ja vaikuttaa tarjouskilpailuun. Menettely vaaransi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja kielsi sen täytäntöönpanon 10.000 euron sakon uhalla.

5.2.2. Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö

Hankintailmoituksen tai tarjouspyynnön virheellisyyttä aineistossa oli runsaasti. Nämä kaksi virhekategoriata muodostavat yhteensä 43,5 % kaikista virheistä. Hankintailmoituksen virheet olivat tyypillisimmillään sellaisia, että oli julkaistu ilmoitus kansallisen kynnysarvon ylittävästä hankinnasta, vaikka kyseessä olikin EU-kynnysarvon ylittävä

²³¹ Kiviniemi 2011, s. 5.

asia. Tällaisia virheitä oli seitsemässä tapauksessa. Toisen selkeän ryhmän muodostavat ne viisi tapausta, joissa hankintailmoitusta ei julkaistu lainkaan²³².

MAO:73/12: Tapauksessa hankintailmoitus oli kyllä asianmukaisesti lähetetty HILMA -järjestelmään, josta se oli palautettu puutteellisena. Hankintayksikkö ei ollut havainnut täydennyspyyntöä, jolloin ilmoitus jäi julkaisematta.

Markkinaoikeus totesi hankintayksikön menetelleen virheellisesti, kun se ei varmistanut, että hankintailmoitus on asianmukaisesti julkaistu. MAO kumosi hankintapäätöksen ja kielsi sen täytäntöönpanon 100.000 euron sakon uhalla.

Tarjouspyynnön virheellisyys johtui useimmiten epäselvästä tarjouspyynnöstä. Näissä tapauksissa tarjouspyyntö ei yleensä ollut hankintalain 40 §:n 1 momentin mukaisesti niin selvä, että sen perusteella annetut tarjoukset olisivat olleet yhteismitallisia ja vertailukelpoisia. Toinen merkittävä tarjouspyyntöjä koskenut virhe oli tarjouspyynnössä asetetut tarjouksia koskevat vertailuperusteet. Useissa tapauksissa hankintamenettelyssä oli virheellisen tai epäselvän tarjouspyynnön lisäksi jokin muukin virhe. Tutkimuksen perusteella voidaankin päätellä, että hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön laatimiseen liittyvät kunnallisten hankintayksiköiden vaikeudet muodostavat merkittävän oikeusongelman.

Omana erikoisuutenaan voi todeta seuraavan tapauksen, jossa tarjouspyyntöä oli muutettu tarjousten jättämiselle annetun määräajan päättymisen jälkeen.

MAO:494/11: Asiassa oli kyse oppilas- ja asiointiliikenteen kuljetuksista. Hankintayksikkö muutti tarjouspyyntöä tarjousten avaamisen jälkeen, ja pyysi kahdelta tarjoajalta uusia tarjouksia korjatun tarjouspyynnön mukaisesti. Tarjouspyynnössä hankintayksikkö oli varannut itselleen mahdollisuuden tarvittaessa muuttaa tai yhdistellä kuljetusreittejä.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei voinut enää tarjousten jättämiselle varatun määräajan päättymisen jälkeen muuttaa tarjouspyyntöä siten, että yhdistelmätarjouksen antaminen on tehty tiettyjen reittien osalta mahdolliseksi. Menettely, jossa hankintayksikkö ilmoitti reittien yhdistämismahdollisuudesta vain kahdelle tarjoajalle, ei ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjouskilpailussa.

Markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja kielsi sen täytäntöönpanon 10.000 euron sakon uhalla.

²³² MAO:542/11, MAO:43/12, MAO:73/12, MAO:113/12 ja MAO:194/12.

5.2.3. Tarjoajan poissulkeminen

Tarjoajan virheellinen poissulkeminen on markkinaoikeuden ratkaisujen mukaan tapahtunut seitsemässä²³³ hankinnassa, joista yksi²³⁴ oli EU-kynnysarvot ylittävä. Näistä seitsemästä tapauksesta on kolmen osalta tehty valitus KHO:een, joka ei ole yhtä lukuun ottamatta antanut niistä ratkaisuaan²³⁵. Kolmessa tapauksessa seitsemästä markkinaoikeus totesi hankintayksikön syyllistyneen tarjoajan virheellisen poissulkemisen lisäksi muutoinkin virheelliseen menettelyyn²³⁶. Kokonaisuutena tutkimusaineiston perusteella voi todeta, ettei tarjoajan kelpoisuuden arviointi useimmiten muodosta ongelmia hankintamenettelyssä.

Useammissa tapauksissa tarjoajan poissulkeminen oli tehty hankintayksikön tarjouspyynnössä esittämien, tarjoajan kelpoisuuteen kohdistuvien vaatimusten perusteella. Markkinaoikeus totesi mm. tarjoajan kokemusta koskevan vaatimuksen liian ankaraksi ja suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi.

MAO:609/11: Tapaus koski patologisia tutkimuksia ja joukkoseulontoja. Hankintayksikkö edellytti tarjouspyynnössä tarjoajalta vähintään kolmen vuoden kokemusta syövän seulontapalveluista, mitä markkinaoikeus sinällään piti oikeana. Sen sijaan vaatimus vähintään kolmen vuoden kokemuksesta nimenomaan kohdunkaulan syövän seulontatutkimuksista oli liian ankara ja suhteellisuusperiaatteen vastainen.

Valittajalla oli kolmea vuotta lyhyempi, mutta lukumääräisesti suuri kokemus kohdunkaulan syövän seulontatutkimuksista. Lisäksi hankintayksikkö oli vielä erikseen esittänyt tarjoajan lääketieteellisen asiantuntemuksen varmentamiseen liittyviä vaatimuksia.

Markkinaoikeus katsoi, että asetettu kolmen vuoden kokemusta koskeva vaatimus oli myös tosiasiallisesti johtanut valittajan kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen. Hankintapäätökset kumottiin ja täytäntöönpano kiellettiin 50.000 euron sakon uhalla.

Myös ulkomaalaisen yrityksen kohtelemisessa tarjoajalle asetettujen vaatimusten ja vaadittavien selvitysten osalta markkinaoikeuden ratkaisukäytäntö vahvistaa sitä periaatetta, että esimerkiksi kaupparekisteriotetta koskevan vaatimuksen täyttymiseksi riittää, että tarjoajayritys on rekisteröitynyt kotimaassaan Suomen kaupparekisteriä vas-

²³³ MAO:455/11, MAO:599/11, MAO:603/11, MAO:609/11, MAO:128/12, MAO:171/12 ja MAO:219/12.

²³⁴ MAO:171/12.

²³⁵ MAO:603/11, MAO:609/11, ratkaistu on MAO:171/12.

²³⁶ MAO:455/11, MAO:603/11 ja MAO:171/12.

taavaan järjestelmään. Vaatimus kuulumisesta Suomen kaupparekisteriin on ulkomalaisia tarjoajia syrjivä.²³⁷

5.2.4. Tarjouksen poissulkeminen

Tarjouksen hyväksyttävyyteen liittyviä virheitä tutkimusaineistossa on yhteensä 24, joista EU-hankintaa koskevia oli 10. Kaikista virheistä tarjouksen kelpoisuuden arviointia koskevat hankintayksikön virheelliset menettelyt muodostavat n. 20 %. Tämä virheryhmä muodostaa toiseksi suurimman osuuden kaikista virheistä.

Tarjouksen poissulkemista koskevat virheet jakoutuivat niihin, joissa oli virheellisesti suljettu tarjous tarjouskilpailusta, ja toisaalta niihin, joissa ei ollut suljettu jotakin tarjouta tarjouskilpailun ulkopuolelle, ja siten valittiin tarjouspyynnön vastainen tarjous. Jälkimmäinen virhe oli selkeästi yleisempi, tällaisia tapauksia oli yhteensä 17.

MAO:370/11: Asiassa oli kyse vanhusten tehostetusta palveluasumisesta. Tarjouspyynnössä edellytettiin, että palveluntuottajan tulee ilmoittaa tarjouksessaan asukkaalta perimänsä vuokran määrä. Tämä määrä ei saanut ylittää paikkakunnan keskimääräistä vuokratasoa ja sen tuli pysyä Kansaneläkelaitoksen kulloinkin voimassa olevan asumistuen normiston rajoissa. Valittaja vaati hankintapäätöksen kumoamista sillä perusteella, että voittanut tarjous oli tältä osin tarjouspyynnön vastainen.

Tarjouskilpailun luonteen osalta markkinaoikeus totesi, että vuokran enimmäismäärä oli edellä esitetyin tavoin ollut tarjouspyynnössä hankittavalle palvelulle asetettu vaatimus.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti, kun se ei sulkenut tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisina tarjouksia, joissa asiakkaalta perittävän vuokran määrä on ollut tarjouspyynnössä vuokran enimmäismäärälle asetetun ehdon vastainen, ja tarjouksia, joissa mainittua vuokran määrää ei oltu lainkaan ilmoitettu, varaten näille tarjoajille tilaisuuden täsmentää tarjouksiaan.

Markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja kielsi sen täytäntöönpanon 100.000 euron sakon uhalla.

Tutkimusaineiston perusteella tarjouksen kelpoisuuden arviointiin liittyi kunnallisessa hankintamenettelyssä selkeästi ongelmallisuutta. Virheellisellä tarjouksen kelpoisuuden arvioinnilla on myös yhteys virheelliseen tarjouspyyntöön tai tarjousvertailuun. Tapauksia, joissa tarjouksen kelpoisuuteen liittyvän virheen lisäksi oli muukin virhe, on yhteensä 11.

²³⁷ MAO:599/11.

5.2.5. Tarjousten vertailu ja hankintapäätös

Tutkimusaineiston perusteella hankintayksiköt epäonnistuvat myös tarjousten vertailussa kohtalaisen usein. Tällaisia tapauksia oli yhteensä 19. Virheitä oli mm. vertailuperusteiden hyväksyttävyydessä. Joissakin tapauksissa vertailuperusteena oli käytetty sellaista seikkaa, jota ei tarjouspyynnössä mainittu ollenkaan tai vertailuperustetta oli muutettu tai täsmennetty vasta tarjousten avaamisen jälkeen²³⁸. Tarjousten vertailuun liittyvät ongelmat olivat selkeästi yhteydessä tarjouspyynnön epäselvyyteen. Sellaisia tapauksia, joissa virheenä oli sekä epäselvä tarjouspyyntö että tarjousten vertailu, oli seitsemän.

Tarjouksen valintaa koskevan hankintalain 62 §:n mukaan tarjouksista on hyväksyttävä joko hinnaltaan halvin, tai hankintayksikön kannalta *kokonaistaloudellisesti edullisin* hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaisesti. Samassa pykälässä luetellaan esimerkkejä tällaisista vertailuperusteista. Lainvalmisteluaineistossa tähdenetään sitä, että vertailuperusteiden tulee olla objektiivisia ja syrjimättömiä, eivätkä ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta²³⁹. Vertailuperusteina ei saa käyttää sellaisia seikkoja, jotka liittyvät tarjoajien soveltuvuuteen²⁴⁰. Tarjouksen vertailua koskevissa virheissä markkinaoikeus perusteli ratkaisuaan useimmiten juuri näillä seikoilla. Virheitä oli myös vertailuperusteiden painotuksen riittävän selkeässä ilmoittamisessa.

MAO:237/12: Asiassa oli kyse kaavateiden ja kevyen liikenteen väylien kunnossapitoon liittyvästä kansallisesta hankinnasta. Hankintailmoituksen mukaan tarjouksen valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus. Tarjouspyynnössä ilmoitettiin tarjouksen vertailuperusteina seuraavasti: ”Kaluston valinnassa huomioidaan hinnan lisäksi myös kuljettajan kokemus kunnallisteknisissä töissä, yrityksen toiminta- ja laatusuunnitelma sekä kaluston ikä. Painotusarvona on: tarjoushinta 70 %, kuljettajan kokemus 20 %, kaluston ikä 10 %. Tarjoukseen tulee liittää erittely kokemuksesta kunnallisteknisistä töistä.” Tarjouspyynnön liitteenä oli yksityiskohtainen lomake kalusto- ja hintatietoja varten.

Markkinaoikeus totesi, ettei tarjouspyynnöstä käynyt ilmi, millä tavoin tarjouspyynnössä pyydetyt lukuisat hintatiedot oli tarkoitus ottaa huomioon hintavertailussa. Tarjoajat eivät siten voineet tarjouspyynnön perusteella tietää, mitkä tar-

²³⁸ Esim. tapaukset MAO:236/12 ja MAO:237/12.

²³⁹ HE 50/2006 vp, s. 105.

²⁴⁰ HE 50/2006 vp, s. 106.

jouslomakkeessa ilmoitettavaksi pyydetyt hintatiedot tulevat vaikuttamaan tarjoushinnan osalta tehtävään tarjousten vertailuun. Tarjouspyyntö ei ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Hankintayksikkö ei myöskään vertaillut tarjouksia toiminta- ja laatusuunnitelman osalta. Hankintayksikön menettely ei tältä osin ollut hankintasäännösten mukaista. Markkinaoikeus kumosi hankintapäätökset ja kielsi niiden täytäntöönpanon 7.000 euron sakon uhalla.

Hankintapäätöksen virheet olivat myös yhteydessä epäselviin tarjouspyyntöihin ja tarjousten vertailuihin. Virheellisiä hankintapäätöksiä oli yhteensä 17, joista 12 tapauksessa hankintamenettelyssä oli myös muu, tarjouspyyntöä tai tarjousten vertailua koskeva virhe. Hankintapäätöstä koskevat virheet liittyivät käytännössä kaikki hankintapäätöksen puutteelliseen perustelemiseen. Perusteluista ei esimerkiksi käynyt selvästi ilmi, mihin seikkoihin tarjousten vertailussa erot perustuivat. Osassa tapauksista hankintayksikkö oli kyllä markkinaoikeuskäsittelyssä esittänyt, mihin vertailussa syntyneet erot perustuivat²⁴¹. Tämä ei kuitenkaan täytä hankintalain vaatimusta päätöksen perustelemisesta.

Hankintalain 73 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuksista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava. Lisäksi 73 §:n 2 momentin mukaan päätöksestä tai siihen liittyvistä asiakirjoista on käytävä ilmi ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat, joita ovat ainakin ehdokkaan, tarjoajan tai tarjouksen hylkäämisen perusteet sekä ne perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty.

Lainvalmisteluaineiston mukaan hankintayksikön tulee joko hankintapäätöksessä tai siihen liittyvissä muissa asiakirjoissa kertoa ratkaisuun vaikuttaneet seikat sellaisella tarkkuudella, että ehdokas tai tarjoaja voi päätöksen ja sen perustelujen nojalla arvioida, onko hankintamenettelyssä noudatettu lain velvoitteita. Tarjousvertailun osalta perustelut tulee esittää sellaisella tarkkuudella, että tarjoajalle käy ilmi oman tarjouksen sijoittuminen tarjouskilpailussa suhteessa muihin tarjouksiin.²⁴²

²⁴¹ Esim. MAO:157/12.

²⁴² HE 190/2009 vp, s. 47.

5.3. Markkinaoikeuden määräämät seuraamukset

5.3.1. Reaalikeinot ja uhkasakko

Markkinaoikeus käytti reaalikeinoja (kumosi hankintapäätöksen osaksi tai kokonaan, kielsi noudattamasta virheellistä menettelyä tai velvoitti hankintayksikön korvaamaan virheellisen menettelyn) kaikissa niissä tapauksissa, joissa se katsoi hankintayksikön menettelleen hankintalain säännösten vastaisesti, mutta hankintapäätöstä ei ollut vielä pantu täytäntöön. Tällaisia ratkaisuja tutkimusaineistossa oli 70, ja virheellisen menettelyn sisältäneitä tapauksia, joissa hankinta oli valituksesta huolimatta pantu täytäntöön, oli yhteensä 17. Markkinaoikeuden ratkaisut 70 tapauksessa sisälsivät säännönmukaisesti hankintapäätöksen kumoamisen sekä kiellon tehdä hankintasopimusta tai panna hankintapäätöstä muullakaan tavalla täytäntöön. Reaalikeinojen käyttäminen oli siis kattavaa.

Markkinaoikeus asetti kaikissa em. 70 tapauksessa hankintayksikölle sakon uhan ratkaisunsa sisältäneen kiellon tehostamiseksi. Uhkasakon määrä vaihteli suuresti; pienimmillään se oli 2.000 euroa²⁴³ ja suurimmillaan 500.000 euroa neljässä eri tapauksessa²⁴⁴. Uhkasakon suuruuteen vaikutti selkeästi hankinnan arvioitu kokonaisarvo. Oheisessa taulukossa on kuvattu uhkasakkojen jakautuminen puolivuositain.

Taulukko 3: Uhkasakot

| | 2011 | 2012 | yhteensä |
|---------------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| Uhkasakkojen lukumäärä | 25 | 45 | 70 |
| Uhkasakkojen yhteenlaskettu euromäärä | 1 455 000 | 3 278 000 | 4 733 000 |

Oikeusministeriön selvityksen perusteella reaalikeinoja käytettiin vuoden 2008 ratkaisuissa 19 prosentissa tapauksista. Tässä tutkimuksessa reaalikeinoja käytettiin 32 prosentissa kaikista tapauksista, eli huomattavasti enemmän. Vastaavasti potentiaalisia hyvitysmaksutapauksia oli selvästi aiempaa vähemmän.

²⁴³ MAO:174/12.

²⁴⁴ Tapaukset MAO:244-246/12, MAO:230/12, MAO:171/12 ja MAO:516/11.

5.3.2. Hyvitysmaksu, tehottomuusseuraamus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen

Virheellisen menettelyn sisältäneistä 17 tapauksesta, joissa hankinta oli pantu täytäntöön ennen valituksen ratkaisua, markkinaoikeus määräsi viidessä tapauksessa hyvitysmaksua maksettavaksi valittajalle²⁴⁵. Hyvitysmaksun suuruus vaihteli siten, että suurimmillaan²⁴⁶ se oli 100.000 euroa ja pienimmillään²⁴⁷ 1.000 euroa. Näistä viidestä tapauksesta on kahden osalta tehty valitus KHO:een²⁴⁸.

Kaikissa 17 tapauksessa valittaja oli kyllä vaatinut myös hyvitysmaksua, mutta markkinaoikeus hylkäsi valitukset hyvitysmaksun osalta 12 tapauksessa. Markkinaoikeus perusteli hyvitysmaksua koskevien vaatimusten hylkäämistä useimmiten sillä, ettei tapauksissa voitu riittävällä varmuudella todeta, että valittajalla olisi ollut hankintalain 94 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettulla tavalla todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Näiden 12 tapauksen kohdalla yhdestä on valitettu edelleen KHO:een, jossa käsittely on vielä kesken²⁴⁹. Loppuja 11 tapausta käsitellään vahingonkorvauksen osalta lyhyesti luvussa 5.4.

Hyvitysmaksun määrääminen seuraamuksena on selkeästi vähentynyt. Vuonna 2008 oikeusministeriön selvityksen mukaan hyvitysmaksu määrättiin seitsemässä prosentissa. Vuoden 2008 tapausaineiston ratkaisuista viidesosa oli muutoin hyvitysmaksutapauksia siinä mielessä, että hankintamenettelyssä oli tapahtunut virhe, mutta virheen laadun vuoksi näissä asioissa ei ollut perusteita maksun määräämiselle²⁵⁰. Tämän tutkimuksen osalta samalla tavalla arvioituna hyvitysmaksutapauksia puolestaan oli yhteensäkin vain alle kymmenesosa kaikista ratkaisuista.

Tehottomuusseuraamusta, seuraamusmaksua tai sopimuskauden lyhentämistä markkinaoikeus ei määrännyt yhdessäkään tämän tutkimuksen tapauksessa. Näiden seuraamusten määräämisen edellytyksenä oleva EU-kynnysarvon ylittyminen täyttyi em.

²⁴⁵ MAO:363/11, MAO:603/11, MAO:151/12, MAO:208/12 ja MAO:219/12.

²⁴⁶ MAO:363/11.

²⁴⁷ MAO:208/12.

²⁴⁸ MAO:363/11 ja MAO:603/11.

²⁴⁹ MAO:508/11.

²⁵⁰ Oikeusministeriö2009:9: Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta. Työryhmän väli-mietintö, s. 25.

12 tapauksesta vain yhdessä. Lainmuutoksen (321/2010) mahdollistamien uusien seuraamusten vaikutuksista ei vielä pysty esittämään perusteltua arviota, mutta vaikuttaisi siltä, että seuraamusten käyttö tulee jäämään erittäin vähäiseksi.

5.3.3. Oikeudenkäyntikulut

Oikeudenkäyntikuluista aiheutui hankintayksiköille taloudellisia vaikutuksia yhteensä 166 ratkaisun kohdalla. Kumpikaan osapuoli ei vaatinut korvauksia oikeudenkäyntikuluista 30 asiassa. Hankintayksikkö ei omasta puolestaan vaatinut kuluja korvattavaksi lisäksi 26 asiassa. Lisäksi kaikissa tapauksissa oikeudenkäyntikuluista ei tehty päätöstä, koska varsinainen valitus jätettiin tutkimatta. Oikeudenkäyntikulujen korvausvelvoite jakaantui hyvin tasaisesti; valittajat joutuivat korvaamaan hankintayksiköiden kuluja 76 asiassa ja vastaavasti hankintayksiköt valittajien kuluja 75 asiassa. Lisäksi 15 tapauksessa joko molemmat osapuolet tai ainakin hankintayksikkö sai pitää oikeudenkäyntikulut vahinkonaan. Markkinaoikeus velvoitti osapuolia korvauksiin oikeudenkäyntikuluista puolivuositain tarkasteltuna seuraavasti:

Taulukko 4: Oikeudenkäyntikulujen jakautuminen korvattavaksi

| | 2011 | 2012 | yhteensä |
|---|------|------|----------|
| Valittaja joutui korvaamaan hankintayksikön kulut | 32 | 21 | 53 |
| Valittaja joutui korvaamaan kulut kohtuullistettuna | 16 | 7 | 23 |
| Osapuolet saivat pitää kulunsa vahinkonaan | 2 | 2 | 4 |
| Hankintayksikkö sai pitää kulunsa vahinkonaan | 3 | 8 | 11 |
| Hankintayksikkö joutui korvaamaan valittajan kulut | 15 | 22 | 37 |
| Hankintayksikkö joutui korvaamaan valittajan kulut ja sai pitää kulunsa vahinkonaan | 16 | 22 | 38 |
| yhteensä | 84 | 82 | 166 |

Oikeudenkäyntikulujen määrä vaihteli huomattavasti. Suurimmillaan valituksen tehnyt joutui korvaamaan hankintayksikön 4.650 euron oikeudenkäyntikulut. Kyseisessä tapauksessa valitus jätettiin ennenaikaisena tutkimatta.²⁵¹ Vastaavasti suurimmat hankintayksikön korvattavaksi tulleet oikeudenkäyntikulut olivat 7.000 euroa kahdessa eri ratkaisussa²⁵². Pienimmät valittajan korvattavaksi määrätyt oikeudenkäyntikulut olivat vain

²⁵¹ MAO:585/11.

²⁵² MAO:92/12 ja MAO:607/11.

50,62 euroa²⁵³. Hankintayksikön korvattavaksi määrätyt alhaisimmat oikeudenkäyntikulut olivat 219 euroa kahdessa tapauksessa²⁵⁴. Lisäksi hankintayksikkö joutui kahdessa asiassa korvaamaan markkinaoikeudessa kuullun kolmannen osapuolen tai lausunnonantajan oikeudenkäyntikulut²⁵⁵.

Oikeudenkäyntikulujen kokonaismäärät on kuvattu seuraavassa taulukossa siten, että puolivuositain on erikseen laskettu hankintayksikön ja valittajan maksettavaksi määrätyt oikeudenkäyntikulut. Lisäksi taulukossa on kuvattu ne hankintayksikön oikeudenkäyntikulut, jotka markkinaoikeuden ratkaisun mukaan hankintayksikkö joutui pitämään vahinkonaan. Viidessä asiassa näistä hankintayksikkö ei vastineessaan ollut määritellyt oikeudenkäyntikulujaan euromääräisesti, vaikka oli vaatinut oikeudenkäyntikuluja korvattavaksi. Taulukossa on myös erikseen huomioitu ne ratkaisut, joissa markkinaoikeus velvoitti valittajan korvaamaan hankintayksikön kulut kohtuullistettuna, eli toisin sanoen kyseisellä luvulla kuvataan hankintayksikön saamatta jäänyttä oikeudenkäyntikulua.

Taulukko 5: Oikeudenkäyntikulujen kokonaismäärät

| | 2011 | 2012 | yhteensä |
|---|-----------|------------|------------|
| Hankintayksikkö velvoitettu korvaamaan valittajan kulut | 73 487,55 | 116 618,10 | 190 105,65 |
| Hankintayksikkö velvoitettu korvaamaan kuultavan kulut | 2 930 | | 2 930 |
| Hankintayksikkö joutui pitämään kulunsa vahinkonaan | 49 895,30 | 67 684,74 | 117 580,04 |
| Valittaja velvoitettu korvaamaan hankintayksikön kulut | 72 891,29 | 38 303,55 | 111 194,84 |
| Hankintayksikön vaatimusta kohtuullistettu | 35 511,81 | 17 031,52 | 52 543,33 |

Kokonaisuutena ajateltuna kunnallisille hankintayksiköille aiheutui tiedossa olevia kustannuksia oikeudenkäyntikuluista yhteensä 363.159,02 euroa. Kustannuksiin on laskettu mukaan markkinaoikeuden kohtuullistamien oikeudenkäyntikulujen aiheuttama menetys. Lähtökohtaisesti on syytä ajatella, että hankintayksiköiden vaatimat oikeudenkäyntikulut vastaavat todellisia, aiheutuneita kustannuksia. Toisaalta valittajat korvasivat hankintayksiköiden oikeudenkäyntikuluja yhteensä 111.194,84 eurolla, joten kunnallisten hankintayksiköiden yhteenlasketuksi nettomenetykseksi oikeudenkäyntikuluista muodostuu 251.964,18 euroa. Tätä summaa ei voida pitää hankintojen arvoon suhteutettuna mitenkään erityisen korkeana tai merkittävänä. Toki yksittäisissä tapauksissa

²⁵³ Tapauksessa MAO:129-132/12 oli kyse neljän eri kaupungin tai kunnan koulujen ja päiväkotien askartelutarvikkeista. Vihdin kunnan vaatimus oikeudenkäyntikuluista oli mainittu 50,62€

²⁵⁴ Tapaukset MAO:237/12 ja MAO:236/12.

²⁵⁵ Tapauksessa MAO:370/11 hankintayksikkö velvoitettiin korvaamaan lausunnonantajan 500 euron oikeudenkäyntikulut ja tapauksessa MAO:545-547/11 kuultavan 2.430 euron oikeudenkäyntikulut.

hankintayksikölle oikeudenkäyntikuluista on aiheutunut kohtuullisen suuriakin kustannuksia.

Oikeudenkäyntikulujen jakautuminen on selkeästi muuttunut verrattuna aiempaan tilanteeseen. Oikeusministeriön vuoden 2008 selvityksessä tarkastelluissa ratkaisuihin oikeudenkäyntikulut hyvitetiin hakijalle 34 prosentissa, hankintayksikölle kahdessa prosentissa, kuultavalle (voittanut tarjoaja) kuudessa prosentissa ja useammalle osapuolelle kahdessa prosentissa. Asianosaiset pitivät kulut omana vahinkonaan kolmasosassa tapauksista. Oikeudenkäyntikuluja vaadittiin 316 tapauksessa ja niitä kohtuullistettiin kolmasosassa tapauksista.²⁵⁶

5.4. Hankintapäätöksen täytäntöönpano valituksesta huolimatta

Tarkastelun kohteena olevista tapauksista 29 hankintapäätöstä oli pantu täytäntöön valituksesta huolimatta. Täytäntöön pantujen hankintojen osuus kaikista ratkaistuista tapauksista oli 12,4 %. Täytäntöönpano tarkoitti käytännössä hankintasopimuksen tekemistä. Näistä markkinaoikeus katsoi hankintayksikön menetelleen virheellisesti 17 tapauksessa. Hyvitysmaksu määrättiin kuitenkin vain 5 tapauksessa, ja 12 tapauksessa hankintapäätöksen täytäntöönpano virheellisestä hankintamenettelystä huolimatta ei johtanut käytännössä minkäänlaisiin seuraamuksiin markkinaoikeudessa. Näitten potentiaalisten hyvitysmaksutapausten kohdalla valittajat eivät ole hankintayksiköille tehdyn tiedustelun mukaan yhdessäkään tapauksessa vaatineet hankintayksiköltä vahingonkorvausta käräjäoikeudessa. Todellisuudessa virheellisellä hankintamenettelyllä ei ollut näissä tapauksissa hankintayksiköille oikeudenkäyntikuluja lukuun ottamatta mitään vaikutuksia tai seuraamuksia. Tätä voitaneen pitää ainakin yrityselämän näkökulmasta selkeästi oikeusongelmana.

Erityisen ongelmallista hankinnan täytäntöönpano on sellaisissa tilanteissa, joissa hankinnasta ei ole järjestetty kilpailua ollenkaan. Näissä tapauksissa hyvitysmaksun mää-

²⁵⁶ Oikeusministeriö2009:9: Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta. Työryhmän väli-mietintö, s. 25.

räämisen edellytysten täyttyminen on erittäin epätodennäköistä. Tutkimusaineistosta löytyi kaksi tällaista tapausta²⁵⁷.

MAO:542/11: Tapauksessa oli kyse palvelutalon kotihoitopalveluista. Alkuperäinen tarjouskilpailu on järjestetty v. 2002, jolloin kotihoito oli kilpailutettu vuoden 2007 loppuun. Tarjouspyynnössä oli varattu mahdollisuus optiona jatkaa sopimusta aina vuosi kerrallaan, ja hankintayksikkö oli käyttänyt tätä mahdollisuutta vuosina 2008 – 2010.

Vuonna 2011 palvelutaloon tehtiin toiminnallisia muutoksia, mutta hankintayksikkö päätti edelleen jatkaa sopimusta alkuperäisen tuottajan kanssa järjestämättä tarjouskilpailua.

Markkinaoikeus katsoi, että muutokset palvelukokonaisuudessa olivat olennaisia alkuperäiseen tarjouskilpailuun ja hankintapäätöksen nähden, ja kyse oli erillisestä hankinnasta. MAO totesi myös, etteivät suorahankinnan edellytykset asiassa täyttyneet, joten hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti jättäessään tarjouskilpailun järjestämättä.

Valittajan hyvitysmaksua koskeva vaatimus hylättiin. MAO:n ratkaisun mukaan ei voitu todeta, että valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hankintayksikkö joutui kuitenkin korvaamaan valittajan oikeudenkäyntikulut.

Hankintalaki ei sinällään kiellä panemasta hankintapäätöstä täytäntöön, vaikka asiassa on tehty valitus markkinaoikeuteen. Ennen hankintasopimuksen tekemistä EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa edeltää kuitenkin hankintalain 77 §:n mukaiset odotusajat sekä suorahankintaa koskien 79 §:ssä säädetty määräaika. Näissä tilanteissa hankintayksikkö ei saa hankintalain 90 §:n määräyksen mukaan tehdä hankintasopimusta, jos asia on saatettu markkinaoikeuden käsiteltäväksi.

Markkinaoikeus voi myös kansallisissa hankinnoissa valituksen tultua vireille väliaikaisesti kieltää, keskeyttää tai sallia hankintapäätöksen täytäntöönpanon oikeuskäsittelyn ajaksi hankintalain 91 §:n mukaisesti. Hankintamenettely voidaan keskeyttää myös väliaikaisesti. Mikäli hankintayksikkö itse päättää keskeyttää hankintamenettelyn, tulee se hankintalain 73 a §:n mukaan tehdä vain todellisesta ja perustellusta syystä.

²⁵⁷ MAO:542/11 ja MAO:113/12.

6. JOHTOPÄÄTÖKSET

6.1. Kunnallisen hankintakilpailun haasteet

Suomen perustuslain (731/1999) 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Lisäksi samassa lainkohdassa todetaan, että kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Kunnalliset hankintayksiköt ovat edellä määritellyn julkisen vallan käyttäjiä ja julkisen toiminnan harjoittajia järjestäessään hankintakilpailuja. Hankintalainsäädäntö ja maamme solmimat kansainväliset sopimukset velvoittavat ja ohjaavat kunnallista hankintamenettelyä. Perustuslain oikeusturvaa ja hyvää hallintoa koskeva 21 §:n 2 momentti asettaa myös veloitteita kuntien hankintakilpailuille.

Tämän tutkielman tarkoituksena on ollut selvittää, millaisia oikeudellisia ongelmia kunnallisessa hankintamenettelyssä ilmenee, ja millaisia seuraamuksia markkinaoikeus määrää hankintayksiköille niiden hankintalainsäädännön vastaisesta toiminnasta. Hankintakilpailun tarjoajaan ja tarjoukseen kohdistuvia kelpoisuusvaatimuksia on tarkasteltu vielä erikseen. Vaikka tutkielmassa ei erityisesti keskitytty markkinaoikeuden ratkaisujen perusteluihin, voi kokonaisuutena todeta, että hyvin usein markkinaoikeus tukeutuu päätöksessään etenkin lainvalmisteluaineistoon. Myös kotimaista oikeuskäytäntöä, eli korkeimman hallinto-oikeuden aiempia ratkaisuja käytetään oikeuslähteinä markkinaoikeuden perusteluissa. Sen sijaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön viitataan markkinaoikeuden ratkaisuissa selvästi harvemmin.

Tutkimustuloksia kokonaisuutena katsottuna voidaan todeta, että virheellinen menettely kunnallisessa hankintakilpailussa on edelleenkin yleistä. Markkinaoikeus totesi ratkaisuisaan lähes 40 %:ssa tapauksista hankintayksikön menetelleen lainvastaisesti. Virheellisten hankintamenettelyjen osuus on pysynyt hyvinkin tarkkaan samalla tasolla kuin aiemmissa tutkimuksissa. Vuosittain virheellisen menettelyn sisältäneiden hankintojen arvo on ainakin 1 miljardi euroa, jota voitaneen pitää taloudellisesti merkittävänä summana. Tämän tutkimuksen tarkasteluajana markkinaoikeuden ratkaisemien hankinta-asioiden kokonaismäärä sen sijaan on hieman pienempi kuin aiempina vuosina, mikä lukumääräisesti jonkin verran vähentää virheellisiä hankintakilpailuja.

Osaltaan valitusten määrään vähentävästi on pitkällä aikavälillä voinut vaikuttaa myös oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskeva muutos, jonka mukaan hankinta-asioissa ei sovelleta enää hallintolainkäyttölain 74 §:n 3 momenttia. Tämä vaikuttanee paitsi oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden jakautumiseen osallisten välillä, mutta myös yritysten intressiin ja halukkuuteen lähteä valitusteitse selvittämään hankintamenettelyn lainmukaisuutta. Voidaan myös pohtia yleensäkin sitä, kuinka paljon hankintalain vastaisia hankintamenettelyjä jää selvittämättä, jos kukaan asianosaisista ei valita hankinnasta markkinaoikeuteen tai hankintayksikkö itse ei oikaise virhettä hankintaoikaisella. Tähän problematiikkaan voisi hankintadirektiivi uudistuksessa esitetty kansallinen valvontaviranomainen tuoda ainakin osittaisen ratkaisun.

Vaikka analysoinnin kohteena olleita markkinaoikeuden ratkaisuja on tarkasteltu tässä tutkielmassa pääasiassa kvantitatiivisesti, on markkinaoikeuden lausumien perustelujen kautta myös kunnallisen hankintamenettelyn laadun osalta syytä todeta, että kunnallisen hankintakilpailun perusongelma vaikuttaa olevan hankintaosaaminen²⁵⁸. Erityisesti osaamisen puutteet näyttävät liittyvän hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön laatimiseen. Suurin osa markkinaoikeuden toteamasta virheellisestä menettelystä liittyy tavalla tai toisella hankintailmoituksen tai tarjouspyynnön sisältöön. Varsinkin tarjouspyynnön epäselvyys ja pyynnössä asetettujen vertailuperusteiden puutteellisuus nousee voimakkaasti markkinaoikeuden oikeuskäytännöstä esiin.

Vain harvoissa kunnissa ja kuntayhtymissä on erityisesti hankintoihin erikoistunutta henkilökuntaa²⁵⁹. Toisaalta näillä harvoilla hankintaosaajilla ei todennäköisesti ole useinkaan hankinnan kohteena olevan tavaran tai palvelun sisältöön kohdistuvaa osaamista. Esimerkiksi jonkin laitteen teknisten ominaisuuksien hallitseminen ja niiden asettaminen tarjouksen vertailuperusteeksi lienee vaikeaa, ellei tarjouspyynnön laatijalla ole kyseisen alan substanssiosaamista. Hankintaosaamisen puute korostuu myös tarjouspyynnön vertailuperusteiden soveltamisessa itse tarjousvertailussa. Laatuksien määritys palveluhankinnoissa edellyttää erityistä tarkkuutta tarjouspyyntöä laadittaessa. Useissa markkinaoikeuden ratkaisuissa hankintamenettelyn virheellisyys kulminoitui juuri tähän laadun määrittämisen ongelmaan.

²⁵⁸ Ks. myös Lundström 2011, s. 182.

²⁵⁹ Oksanen 2010, s. 8 – 9. Myös HE 50/2006 vp, s. 13.

Hankintayksiköittäin jaoteltuna kuntayhtymien ja kunnallisten yhtiöiden hankinnoissa oli tutkimusaineistossa suhteellisesti hieman enemmän virheitä kuin kuntien ja kaupunkien omissa hankinnoissa. Tätä voidaan pitää hieman yllättävänä, koska lähtökohtaisesti voisi olettaa, että hankintaosaaminen varsinkin isoissa kuntayhtymissä ja esimerkiksi osakeyhtiöissä olisi parempaa kuin kunnallisissa hankintayksiköissä keskimäärin. Onhan hankintakokemuksen määrä isossa hankintayksikössä merkittävästi suurempi kuin pienemmissä kunnissa. Toisaalta pienet kunnat vaikuttavat tekevän jonkin verran yhteishankintoja. Tällaisia tapauksia aineistossa oli muutamia.

Lainmukaiseen hankintamenettelyyn pääseminen edellyttää kunnallisilta hankintayksiköiltä pitkäjännitteistä toimintaa. Kaikki merkittävät hankinnat tulisi suunnitella hyvissä ajoin, ja hankinta-aikataulussa olisi syytä ottaa huomioon myös mahdollisen muutoksenhaun aiheuttama viivästyminen hankintapäätöksen täytäntöönpanossa. Tässä tutkimuksessa on noussut yhtenä oikeusongelmana esiin nimenomaan hankintapäätöksen täytäntöönpano silloinkin, kun tuo päätös on muutoksenhaun kohteena.

Myönteisenä kehityspiirteenä voidaan kuitenkin pitää sitä, että kunnalliset hankintayksiköt entistä harvemmin panevat hankintapäätöksen täytäntöön, jos asiasta on tehty valitus markkinaoikeuteen. Markkinaoikeuden määräämät seuraamukset virheellisestä menettelystä painottuvatkin selkeästi reaalikeytojen ja uhkasakon käyttöön. Potentiaalisten hyvitysmaksutapausten määrä on voimakkaasti vähentynyt esimerkiksi verrattuna vuoden 2008 tutkimustuloksiin. Kuitenkin yrityselämän kannalta voidaan pitää oikeusongelmana sitä, että hyvitysmaksun määrääminen harvinaista niissä tapauksissa, kun hankintayksikkö on valituksesta huolimatta pannut hankintapäätöksen täytäntöön ennen markkinaoikeuden ratkaisua.

Tässä tutkimuksessa em. tapaukset olivat yhtä lukuun ottamatta kansallisia hankintoja, joiden kohdalla uusia seuraamuksia ei voida käyttää, vaan ainoastaan hyvitysmaksu olisi tullut kysymykseen. Kannattaa pohtia, olisiko kansalliset kynnyksarvot ylittäviin hankintoihin kehitettävä joku muu, hyvitysmaksua lievempi seuraamus, jota voitaisiin tarpeen vaatiessa käyttää. Nykyinen tilanne johtaa äärimmilleen kärjistettynä siihen, että hankintayksikön jopa ”kannattaa” panna valituksenalainen hankintapäätös täytäntöön, koska mitään seuraamusta ei useimmiten tule, ja hankinta nopeutuu huomattavasti verrattuna siihen, että olisi odotettu markkinaoikeuden mahdollisesti langettavaa ratkai-

sua²⁶⁰. Vaikka täytäntöön pantujen hankintapäätösten määrä oli kaikkiaan vain reilu kymmenesosa, ja näistä virheellisten tapausten osuus vain alle 8 % koko aineistosta, on hankintamenettely näiltä osin ristiriidassa perustuslain julkisen vallan toiminnalle asettaman laillisuusvaatimuksen kanssa.

Hyvitysmaksun edellytyksiä voidaan valituksentekijän kannalta pitää kohtuullisen ”an-karina”, koska valittajan on pystyttävä osoittamaan, että sillä olisi ollut todellinen mah-dollisuus voittaa tarjouskilpailu. Vahingonkorvauksen saaminen erillisessä oikeuden-käynnissä edellyttäisi useimmiten juuri hyvitysmaksukriteereidenkin täyttymistä. Koska vahingonkorvausoikeudenkäynnit ovat näissä tapauksissa erittäin harvinaisia, ei oike-uskäytännöstä vahingonkorvausten osalta pysty tekemään pitäviä johtopäätöksiä. Oi-keussuojajärjestelmän muutoksesta huolimatta edelleen näyttäisi olevan olemassa tie-tyntyyppinen ”kaksijakoisuus” vahingonkorvauksen ja hyvitysmaksun osalta.

Hankintakilpailussa mukana olevan puutteellisen tarjouksen osalta on osin epäselvää, milloin puuttuvalla tiedolla on merkitystä tarjousvertailussa. Hankintayksikössä kannat-taa tarkoin harkita poissulkemisedellytysten täyttymistä, jos virhe on vähäinen.²⁶¹ Näin saatettaisiin välttyä oikeuskäsittelystä. Tarjoajayrityksen kannattaa puolestaan jo tarjo-uksessaan seikkaperäisesti selvittää, miksi tarjoukseen ei ole liitetty jotain tarjouspyyn-nössä vaadittua selvitystä. Parhaimmillaan tämä voisi johtaa siihen, että tarjoajan pois-sulkemiselta ja mahdolliselta prosessilta markkina-oikeudessa vältyttäisiin kokonaan. Yrityksen kannattaa myös huomioida jo pelkästä asian vireillepanosta markkinaoikeu-teen aiheutuva 226 euron suuruinen oikeudenkäyntimaksu²⁶².

Tarjouksen soveltuvuutta koskevan tutkimuskysymyksen osalta voidaan vielä todeta, että tutkimustulosten perusteella vaikuttaisi jopa siltä, että kunnalliset hankintayksiköt eivät sulje tarjousta kilpailun ulkopuolelle silloinkaan, kun se olisi perusteltua. Näissä tapauksissa joudutaan eräänlaiseen oikeushyvien punnintatilanteeseen, jossa vastak-kain ovat tarjoajayritysten tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, ja toisaalta suhteellisuus-periaate. Yksittäisen tarjouksen poissulkeminen on varsin voimakas toimenpide kyseis-tä tarjoajayritystä kohtaan. Tarjouksen hyväksyttävyyttä koskeva problematiikka kul-

²⁶⁰ Valkama, Kallio, Kankaanpää 2008(II), s. 101 – 102. Kirjoittajat jopa toteavat, että oikeudessa hävityt hankinta-prosessit voivat tulla kalliimmiksi kuin suorat hankinnat.

²⁶¹ Pekkala, Pohjonen 2010, s. 445.

²⁶² www.oikeus.fi/markkinaoikeus/15570.htm viitattu 2.10.2012.

minoituu sekin riittävään hankintaosaamiseen tarjouspyynnön sisältöä ja erityisesti tarjoukseen kohdistuvia vaatimuksia laadittaessa.

Tutkimustulosten perusteella tarjoajan kelpoisuuden arviointiin liittyvät virheet eivät sen sijaan vaikuttaisi olevan mitenkään merkittävä oikeusongelma kunnallisessa hankintamenettelyssä. Kuitenkin markkinaoikeus kiinnitti useissa ratkaisuisaan huomiota siihen, että tarjoajaan ja tarjoukseen kohdistuvat vaatimukset on erotettava toisistaan. Näissä tapauksissa oli yleensä kyse siitä, että tarjousten sisällön vertailussa käytettiin virheellisesti tarjoajasta johtuvaa perustetta.

Oikeusturvauudistuksen myötä tulleet uudet seuraamukset eivät vielä ole vakiintuneet oikeuskäytännössä. On kuitenkin vielä liian aikaista arvioida seuraamusjärjestelmän uudistuksen toimivuutta. Tehottomuusseuraamus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen eivät näkyneet ollenkaan tässä tutkimuksessa analyysin kohteena olleissa ratkaisuisa, mutta muutenkin oikeuskäytännössä näistä seuraamuksista on vain niukalti kokemusta.

Ristiriitaisuutta aiheuttavat myös esimerkiksi esteellisyyskysymykset, joiden ratkaisemiseen markkinaoikeus ei ole toimivaltainen, vaikka voikin käsitellä niitä hankinta-asian esikysymyksenä²⁶³. Edelleenkin kunnallista hankintaa koskevan esteellisyyskysymyksen käsittely tapahtuu valituksen perusteella hallinto-oikeudessa.

Kunnallisen hankintakilpailun lainmukaisuuteen kannattaa kiinnittää erityistä huomiota myös kokonaistaloudellisesta näkökulmasta. Hankintamenettelyn käsittely markkinaoikeudessa ja mahdollinen jatkokäsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa voi lisätä kunnallisen hankinnan kokonaiskustannuksia merkittävästi. Oikeudenkäynnillä voi olla useita haitallisia seurauksia, kuten palvelutuotannon häiriintyminen, väliaikaisratkaisut tai varsinaiset oikeudenkäynnin seuraukset.²⁶⁴ Myös koko kansantalouden kannalta oikeusprosessien väheneminen olisi hyödyllistä. Yhden asian markkinaoikeuskäsittelyn hinnaksi on vuonna 2006 arvioitu 4.000 euroa²⁶⁵. Tällä hetkellä hinta lienee selkeästi korkeampi.

²⁶³ Eskola, Ruohoniemi 2011, s. 405.

²⁶⁴ Valkama ym. 2008 (I) s. 90.

²⁶⁵ HE 50/2006 vp, s. 20.

6.2. Hankintadirektiivien uudistaminen

Euroopan unionin komissio julkaisi julkisia hankintoja koskevat direktiiviehdotukset 20.12.2011. Ehdotukset sisältävät ehdotuksen hankintadirektiiviksi, erityisalojen hankintadirektiiviksi sekä aivan uuden ehdotuksen käyttöoikeussopimusten tekemisestä. Komission keskeisenä tavoitteena on ollut yksinkertaistaa hankintasääntelyä. Lisäksi pyrkimyksenä on parantaa pk-yritysten ja uusien yritysten pääsyä markkinoille. Myös suurten hankintojen jakaminen osiin tulisi mahdolliseksi. Samoin tiettyjen yhteiskunnallisten tavoitteiden huomioiminen julkisissa hankinnoissa tulisi nykyistä helpommin mahdolliseksi.²⁶⁶

Konkreettisenä uudistuksena direktiiviehdotuksen 59 artikla sisältää mm. eurooppalaisen hankintapassin, jolla tarjoajat voisivat esittää soveltuvuutensa hankintamenettelyssä joustavasti eri jäsenvaltioissa. Tämä selkeyttäisi tässäkin tutkielmassa pohdittuja tarjoajan kelpoisuuteen liittyviä kysymyksiä. Ehdotuksen 84 artiklassa esitetään myös perustettavaksi kansallinen valvontaviranomainen julkisia hankintamenettelyjä valvomaan. Valvontaviranomaisen tarvetta perustellaan mm. sillä seikalla, etteivät kaikki EU:n jäsenvaltiot valvo riittävästi kansallisen hankintalainsäädännön täytäntöönpanoa ja toimivuutta. Kuinka Suomessa tämä vaatimus valvontaviranomaisesta ratkaistaan, on ilmeisesti vielä avoimena. Myös hankintamenettelyn eturistiriitilanteisiin on tulossa uuden 21 artiklan mukaista sääntelyä. On mielenkiintoista seurata, kuinka tämä direktiiviuudistuksen vaatimus kansallisen esteellisyysäännösten puitteissa toteutetaan. Tällä hetkellä esteellisyyskysymysten aiheuttama erillisen valitusprosessin ongelma on kuitenkin vielä konkreettisesti olemassa.

Ehdotuksen käsittely Euroopan unionin parlamentissa on kuitenkin viivästynyt, eikä parlamenttikäsittelyn tulos ole tätä tutkielmaa kirjoitettaessa tiedossa. Alun perin ehdotus oli tarkoitus hyväksyä parlamentissa vuoden 2012 loppuun mennessä. Voidaan perustellusti olettaa, ettei myöskään direktiivien kansallinen implementointi tapahdu ehdotuksen alkuperäisen aikataulun mukaisesti 30.6.2014 mennessä.

²⁶⁶ Euroopan komission ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisista hankinnoista 20.12.2011, s. 8 – 14.

Nykyisten hankintadirektiivien mukaisia hankintalakeja säädettäessä ei Suomessa suuremmin kiinnitetty huomiota sääntelyn merkitykseen kunnallisen itsehallinnon kannalta. Lähes tyystin sivuutettiin se seikka, voidaanko kunnan pakottaminen hankintamenettelyihin toteuttaa loukkaamatta kunnan itsehallintoa, ja toisaalta sopimusvapauden periaatteen vastaisesti määrätä, mitä menettelyä hankinnassa on noudatettava ja miten hankintapäätös on tehtävä.²⁶⁷ Onkin mielenkiintoista seurata, ottaako eduskunnan perustuslakivaliokunta tällä kertaa kantaa kunnalliseen itsehallintoon ja sopimusvapauteen.

6.3. Aiheita jatkotutkimukselle

Jatkotutkimuksella olisi mielenkiintoista selvittää vielä kattavammalla otannalla kaikki julkisia hankintoja koskevat markkinaoikeuden ratkaisut. Nyt käsillä olevassa tutkimuksessa tarkasteltiin vain kuntia koskevat ratkaisuja. Vaikka kunnalliset hankinnat muodostavat lukumääräisesti suurimman osan julkisista hankinnoista, on varsinkin valtion hankintayksiköiden tekemien hankintojen rahallinen kokonaisarvo vielä kunnallisia hankintojakin suurempi.

Uusien seuraamusten käytöstä ja vaikutuksesta ei näin lyhyen ajan perusteella voi vielä tehdä kattavia johtopäätöksiä, mutta vaikuttaa siltä, että niiden käyttö tulee jäämään vähäiseksi. Korkeimman hallinto-oikeuden ja markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä tulisi kuitenkin seurata systemaattisesti pitemmällä tarkastelujaksolla, jotta seuraamusten merkityksestä saataisiin lisätietoa. Myös hankintaoikaisun käyttämisen vaikutusta esimerkiksi markkinaoikeuteen tehtyjen valitusten määrään kannattaisi selvittää tutkimuksella.

Virheellisen hankintamenettelyn kokonaiskustannuksia kuntataloudelle voitaisiin selvittää jonkinlaisella kyselytutkimuksella kunnallisille hankintayksiköille. Kyselyn tulisi olla riittävän laaja, ja siinä pitäisi huomioida paitsi oikeudenkäynnistä aiheutuvat suorat ja välilliset kustannukset, niin myös hankinnan täytäntöönpanon viivästymisen aiheuttamat mahdolliset lisäkustannukset. Tässä tutkimuksessa tarkasteltiin sanktioiden lisäksi vain oikeudenkäyntikuluja, jotka sinällään eivät vaikuttaisi muodostavan merkit-

²⁶⁷ Kalima, Häll, Oksanen 2007, s. 44.

tävää taloudellista rasitetta kuntataloudelle. Kunnallistalouden kannalta olisi hyödyllistä tutkia myös kilpailuttamisen aiheuttamia transaktiokustannuksia. Näitä kustannuksia hankintakilpailun järjestämisestä väistämättä syntyy, vaikka hankintamenettely sinällään sujuisi virheettä ja oikeuskäsittelyltä vältyttäisiin.

Selvittää kannattaisi myös kuntien hankintaohjeistuksen toimivuutta ja ajantasaisuutta. Voisi olettaa, että ainakin osa hankintamenettelyjen virheistä pohjautuu kuntien ohjeistukseen. Saattaa olla, ettei hankintaprosessiin kokonaisuudessaan varata myöskään riittävästi aikaa, tai ainakaan ei varauduta siihen, että hankintapäätöksen täytäntöönpano voi viivästyä valitusten takia merkittävästi. Myös kunnallisten hankintayksiköiden osaamisen tasoa ja määrää tulisi uudella tutkimuksella selvittää, sillä hankintaosaamiseen koko tämän tutkimuksen sisältö tiivistyy.

Liite 1

Lomake tietojen keräämistä varten

Hankintayksikkö:

kunta kuntayhtymä muu kunnallinen hankintayksikkö

Kynnysarvo:

EU-kynnysarvo kansallinen kynnysarvo

Hankinnan arvioitu arvonlisäveroton kokonaisarvo _____ €

1. Valitus jätettiin tutkimatta tai asia poistettiin käsittelystä

- a) valittaja ei ollut asianosainen
- b) asia ei kuulunut markkinaoikeuden toimivaltaan
- c) hankintamenettely oli keskeytetty tai kumottu
- d) valitus oli myöhästynyt
- e) hankintayksikkö ei ollut hankintalain alainen
- f) valitus oli enneaikainen
- g) muu syy

2. Valituksen ratkaisu

- a) valitus hylättiin
- b) virheellinen menettely, hankintapäätös kumottiin ja täytäntöönpano kiellettiin sakon uhalla
- c) virheellinen menettely, määrättiin hyvitysmaksu
hyvitysmaksun suuruus _____ €
- d) virheellinen menettely, valitus hylättiin hyvitysmaksun osalta
- e) virheellinen menettely, määrättiin muu seuraamus

3. Virheellisen menettelyn peruste

- a) hankintailmoitus
- b) tarjouspyyntö
- c) tarjoajan kelpoisuus
- d) tarjouksen kelpoisuus
- e) tarjousten vertailu
- f) hankintapäätös
- g) muu syy

4. Hankinta oli pantu täytäntöön

- a) valitus hylättiin
- b) virheellinen menettely, määrättiin seuraamus
- c) virheellinen menettely, ei määrätty seuraamusta

5. Oikeudenkäyntikulut

a) hankintayksikkö korvasi valittajan/kuultavan kulut _____ €

b) hankintayksikkö korvasi valittajan kulut _____ €, ja sai pitää omat kulunsa vahinkonaan _____ €

c) osapuolet saivat pitää kulunsa vahinkonaan, hankintayksikön kulut _____ €

d) valittaja korvasi hankintayksikön vaatimat kulut _____ €

e) valittaja korvasi hankintayksikön kulut kohtuullistettuna _____ €

f) oikeudenkäyntikuluja ei vaadittu korvattavaksi

g) hankintayksikkö ei vaatinut kulujaan korvattavaksi