

TARJOAJAN OMINAISUUKSIEN KÄYTTÄMINEN VER-
TAILUPERUSTEENA EU-KYNNYSARVOT YLITTÄVISSÄ
HANKINNOISSA. ONKO SE MAHDOLLISTA?

Lapin yliopisto
oikeustieteiden tiedekunta
kauppa-oikeus
Pro gradu- tutkielma 2012
Mikko Rantanen 12213

SISÄLLYS

LÄHDELUETTELO.....	III
LYHENNELUETTELO.....	VII
1. Johdanto	1
1.1. Taustaa	1
1.2. Tutkimusaihe.....	2
1.3. Metodi	3
2. Käsitteet.....	4
2.1. Julkinen hankinta.....	4
2.2. Hankintayksikkö.....	5
2.3. Soveltuvuusperusteet.....	6
2.4. Vertailuperusteet	7
2.5. Hankinnan kohde.....	8
2.6. Tarjoajan ominaisuudet	9
2.7. Rakennusurakka	11
2.8. Palveluhankinta	11
3. Oikeuslähteet.....	13
3.1. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet	13
3.1.1. Syrjimättömyysperiaate.....	14
3.1.2. Avoimuusperiaate.....	15
3.1.3. Suhteellisuusperiaate	16
3.2. Lainsäädäntö	17
3.2.1. Laki julkisista hankinnoista.....	18
3.2.2. Hankintadirektiivi ja hankintadirektiivin uudistus	24
3.3. Oikeuskäytäntö.....	32
3.3.1. Concordia bus Finland	32
3.3.2. Renco.....	35

II

3.3.3.	GAT.....	37
3.3.4.	Lianakis	39
3.3.5.	Johtopäätökset EU-tuomioistuinten oikeuskäytännöstä.....	43
3.4.	Kansallinen oikeuskäytäntö.....	44
3.5.	Oikeuskirjallisuus.....	49
4.	Hankintamenettely	50
4.1.	Tarjousvertailu ja vertailuperusteet.....	52
4.1.1.	Kielletyt vertailuperusteet	53
4.1.2.	Sallitut vertailuperusteet.....	56
4.2.	Laadun mittaaminen.....	57
5.	Lopuksi.....	59

LÄHDELUETTELO

Kirjallisuus

Aalto-Setälä, Ilkka- Aine, Antti- Lehto, Petri- Parikka, Julius- Petäjaniemi- Björklund, Anne- Stenborg, Markku - Virtanen, Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Tietosanoma Oy, 2008.

Alkio, Mikko- Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2. uud. painos. Talentum Media Oy, 2009.

Andersson, Helena Rosen: Selection and award criteria in swedish public procurement law. P.P.L.R. 2009/5.

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement. 2 uud. pianos. Sweet & Maxwell, 2005.

Ekroos, Ari- Nissinen, Ari: Voidaanko tuotantomenetelmää koskevia ympäristönsuojelullisia perusteita käyttää julkisten hankintojen vertailuperusteina? Edilex 2007/31.

Hyvärinen, Olli- Lith, Pekka: Kilpailuttamisen laajuus ja taustatekijät Suomen kunnissa. 2008.

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

Kiviniemi, Eeva: Hankintaprosessin virheet markkinaoikeuden käytännössä 07/2010-06/2010. Kuntaliiton Julkisten hankintojen neuvontayksikön julkaisu. Julkaisu luettavissa osoitteessa shop.kunnat.net/download.php?filename=uploads/mao...2011.pdf

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

Lee, Philip: Implications of the Lianakis decision, P.P.L.R 2010/2.

Lievonen, Kirsi-Marja: Kuntien hankinnat ja uudet palvelun tuottajat. Turku 1997.

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

Palmujoki, Antti: Ympäristönäkökohtien huomioiminen julkisissa hankinnoissa. Edilex 2007/15.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma, 2007.

Pekkala, Elise- Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tietosanoma, 2010.

Petersen, Zsofia:) Refining the rules on the distinction between selection and award criteria - Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission (T-589/08). P.P.L.R. 2011/6.

Pohjonen, Mika: Julkisten rakennushankintojen kilpailuttamisopas. Suomen rakennusmedia Oy, 2011.

Public Procurement Law Review (P.P.L.R), 2009/3.

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

Treumer, Steen: The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception? P.P.L.R. 2009/3

Ukkola, Markus: Buying Green! But at What price? -tutkimus ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa Euroopan yhteisössä. Pro gradu. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 15.2.2007.

Ukkola, Markus: Hankintamenettelyn kriteerit. Lakimies 2/2011.

Vedenkannas, Matti: Kumppanuus ja julkiset hankinnat. Lakimies 2/2008, s.212-229.

Virallislähteet

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

Euroopan komission EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta: Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita. Annettu Brysselissä 27.1.2011.

KOM(2011) 15 lopullinen

Euroopan komissio, Ympäristöä säästäviä hankintoja. Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa. 2005.

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/36/ETY julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/37/ETY julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Neuvoston direktiivi 71/305/ETY, annettu 26 päivänä heinäkuuta 1971, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (EYVL L 185, 16.8.1971, s.

Oikeuskäytäntö

Markkinaoikeus

MAO 85/05

MAO 210/05

MAO 17/06

MAO 68/06.

MAO 42/07

MAO 83/07

MAO 84/07

MAO 445/10

MAO 446/10

MAO 447:10

MAO 476/10

Korkein hallinto-oikeus

KHO:2003:89

KHO 22.3.2006, taltio 670

Euroopan unionin tuomioistuin (entinen Euroopan yhteisöjen tuomioistuin)

Asia C-331/04, ATI EAC Srl Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vastaan ACTV Venezia Spa, Provinzia di Venezia, Commune di Venezia ja ATI La Linea Spa CSSA, tuomio 24.11.2005, Kok. 2005 s. I-10109.

Asia C-31/1987, Beentjes, tuomio 20.9.1988. Kok. 1988, s.4635.

Asia C-513/99, Concordia Bus Finland, tuomio 17.9.2002. Kok. 2002, s. I-7213.

Asia C-324/1993, Evans Medical ja Macfarlan Smith, tuomio 27.5.1994. Kok. 1995, s. I-563.

Asia C-448/01, *EVN AG et Wienström GmbH v Itävalta*, tuomio 4.12.2003. Kok. 2003, s. I-14527.

Asia C-315/2001, GAT (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH), tuomio 19.6.2003. Kok. 2003, s. I-6351.

Asia C-532/06, Lianakis, tuomio 24.1.2008. Kok. 2008, s. I-251.

Asia C-19/2000, SIAC Construction, tuomio 18.10.2001. Kok. 2001, s. I-7725.

Asia C-243/1989, Storebaelt. Kok. 1993, s. I-3353.

Yhdistetyt asiat C-21/2003 ja C-34/2003, Fabricom SA vs. Belgian valtio, tuomio 3.3.2005.

Asia C-210/2003, Swedish Match Ab ja Swedish Match UK Ltd vs. Secretary of State for Health, tuomio 14.12.2004.

Asia C-324/98, Telaustria, tuomio 21.2.008. Kok. 2000, s. I-10745.

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin (entinen ensimmäisen asteen tuomioistuin)

Asia T-589/08, Evropaiki Dynamiki v Commission, tuomio 3.3.2011.

Asia T-4/01, Renco, tuomio 25.3.2003. Kok. 2003, II-171.

LYHENNELUETTELO

EU	Euroopan unioni
EU-hankinnat	Euroopan kynnysarvot ylittävät hankinnat
EUT	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin
EUTI	Euroopan unionin tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisöt
EYTI	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (nykyinen Euroopan unionin tuomioistuin)
GAT	Gesellschaft für Abfallentsorgungs- Technik
GPA	Government Procurement Agreement
HE	Hallituksen esitys
Hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista (348/2007)
Hankintadirektiivi	Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY
Kansalliset hankinnat	Kansallisen kynnysarvon ylittävät hankinnat
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAO	Markkinaoikeus
P.P.L.R.	Public Procurement law Review
WTO	World Trade Organization= maailman kauppajärjestö

1. Johdanto

1.1. Taustaa

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet pohjautuvat Euroopan yhteisöjen keskeisimpään periaatteeseen, tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen. Tavaroiden vapaa liikkuvuus on kirjattu Euroopan yhteisön perustamisasiakirjaan, Rooman sopimukseen vuodelta 1957. Ensimmäiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit ovat peräisin 1970-luvulta. Ennen kilpailuttamisvelvollisuuden säätämistä jäsenvaltiot suosivat oman alueensa yrittäjiä kanavoimalla näille julkisia tukia ja järjestelemällä näille urakoita. Kilpailuttamattomuus johti osaltaan siihen, että verovaroin tehdyt hankinnat kallistuivat ja julkisen sektorin korruptio lisääntyi.¹ Suomessa 1970-luvulla hankinta-asetuksen (1070/1979) 2 § velvoitti edistämään kotimaista tuotantoa ja kotimaisen työvoiman käyttöä. Lisäksi kotimaista tuotantoa tuettiin sekä kauppapoliittisista että aluekehitykseen ja työllisyyden parantamiseen liittyvistä syistä.²

Toinen merkittävä sysäys yhteisöjen hankintalainsäädännön kehittämiseksi oli 1980-luvulla tapahtunut Japanin ja USA:n voimakas talouskasvu, joka osoitti jäsenmaille, että vain kansalliset toimet eivät enää riitä ratkaisuksi kilpailukykyongelmiin. Ratkaisuna nähtiin hankintamarkkinoiden avaaminen ja Euroopan laajuisten sisämarkkinoiden toteuttaminen. Kehitystä vauhditti komission 1985 julkaisema valkoinen kirja, jossa todettiin, etteivät aiemmin toteutetut uudistukset olleet muuttaneet jäsenmaiden kilpailua vääristäviä käytäntöjä. Hankintojen direktiiviuudistus toteutettiin vuonna 1992. Vuonna 2004 hyväksyttiin uudet EY:n hankintadirektiivit, joihin otettiin myös tässä tutkielmassa myöhemmin selostettavat periaatteet.³

¹ Hyvärinen-Lith, 2008, s.18.

² Lievonen, 1997, s.13.

³ Hyvärinen-Lith, 2008, s.18-19.

Suomeen hankintojen kilpailuttamisvelvollisuus ja hankintalaki tulivat voimaan 1994 ETA-jäsenyyden takia. Säädösten taustalla ovat, kuten jäljempänä hankintalain käsitteilyn yhteydessä todetaan, EU:n julkisten hankintojen direktiivit sekä WTO:n GPA-sopimus.⁴

1.2. Tutkimusaihe

Tutkimukseni keskeisin kysymys on: Voidaanko tarjoajan ominaisuuksia käyttää vertailuperusteena EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ja jos voidaan niin millä edellytyksin? Toinen tutkimukseni kannalta relevantti kysymys, joka liittyy läheisesti edelliseen kysymykseen, on: Onko hankintadirektiiviä ja erityisesti sen sopimuksentekoperusteita koskevaa artiklaa tulkittava siten, että se estää tarjoajan ominaisuuksien käytön vertailuperusteena EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ja nimenomaan palvelu- ja rakennusurakkahankinnoissa? Tavarahankinnat rajautuvat ulos tarkemmasta tarkastelusta koska kansallisissakaan tavarahankinnoissa ei ole sallittu tarjoajan ominaisuuksien huomioimista. Myös niin sanottu erityisalojen hankintalaki rajautuu käsittelyn ulkopuolelle.

Edellä esitetyt kysymykset ovat herättäneet oikeustieteessä keskustelua, joka on saanut alkunsa muutamasta yhteisöoikeudellisesta oikeustapauksesta⁵ ja hankintalain esitöissä tapauksiin otetuista kannoista⁶. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on esitetty kritiikkiä hallituksen esityksessä omaksuttua kantaa kohtaan⁷. Hankintalain esitöissä todetaan, että hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa ei saa käyttää tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä kriteerejä⁸.

⁴ Hyvärinen-Lith, 2008, s.19.

⁵ Tältä osin viitataan edellä tässä tutkielmassa selostettuihin EYTI:n ja EUYT:n ratkaisuihin (Renco, Lianakis, GAT ja Concordia bus Finland). Kts. edellä kappale 3.3.1

⁶ Kts. GAT-ratkaisun osalta HE 50/2006, s- 116.

⁷ Kts. esim. Eskola-Ruohoniemi, 2007, s. 304.

⁸ Kts.Hankintalain 72 §:n perustelut HE 50/2006, s.116.

Aiheesta on kirjoitettu jonkin verran. Esimerkiksi Pökkylä on Lakimieheissä julkaistussa artikkelissaan⁹ pohtinut tarjoajan ominaisuuksien käyttämistä vertailuperusteena. Lisäksi aihetta ovat pohtineet ympäristönäkökohtien huomioon ottamiseen näkökulmasta ainakin Palmujoki¹⁰ artikkelissaan ja Ukkola¹¹ pro gradu tutkielmassaan.

1.3. Metodi

Tutkimusmetodini tässä Pro gradu-tutkielmassa on lainopillinen eli oikeusdogmaattinen. Metodini on lainopillinen koska tutkin voimassa olevaa oikeutta ja oikeusnormeja tavoitteenani selvittää voimassa olevaa oikeutta tulkinnallisilla menetelmin. Keskeiset oikeusnormit selostetaan tarkemmin alla.

Tarkastelen edellä selostettuja kysymyksiä kansallisen- ja yhteisöoikeuden näkökulmasta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että keskeisimmät oikeuslähteeni ovat: kansallisista oikeuslähteistä laki julkisista hankinnoista eli niin sanottu hankintalaki ja yhteisöoikeudellisista oikeuslähteistä hankintadirektiivi¹². Edellä mainitut säädökset saavat tulkinnallisen sisältönsä tuomioistuimissa. Siksi tarkastelen tutkielmassani sekä kansallista että yhteisöoikeuden oikeuskäytäntöä. Tutkielmassa ei tarkastella tarkemmin niin sanottuja erityisalojen hankintoja.

Kansallisista tuomioistuimista keskeisimmät ovat markkinaoikeus (MAO) ensimmäisen valitusinstanssina ja Korkein hallinto-oikeus viimesijaisena valitusinstanssina. Yhteisöoikeuden tasolla keskeisin tuomioistuin on Euroopan yhteisöjen tuomioistuin eli nykyinen Euroopan unionin tuomioistuin (EUTI) ja entinen Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin joka on nykyään Euroopan unionin yleinen tuomioistuin (EUYT).

⁹ Pökkylä, 2010.

¹⁰ Palmujoki, 2007.

¹¹ Ukkola, 2007.

¹² Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

2. Käsitteet

Tässä kappaleessa käsitellään tutkielmani kannalta olennaisimpia käsitteitä. Käsitteiden avaaminen on tutkielmani ymmärtämisen kannalta oleellista. Julkisten hankintojen käsitteet ja määritelmät perustuvat hankintadirektiiviin¹³. Ne on määritelty myös kansallisessa lainsäädännössä hankintalaissa sen 5 §:ssä. Kaikkia käsitteitä ei kuitenkaan ole määritelty hankintalaissa eikä hankintadirektiivissä. Tutkielmani kannalta keskeisimmät käsitteet ovat: julkinen hankinta, hankintayksikkö, soveltuvuusperusteet, vertailuperusteet, kokonaistaloudellinen edullisuus, hankinnan kohde, tarjoajan ominaisuudet, rakennusurakka ja palveluhankinta.

2.1. Julkinen hankinta

Julkiin hankintoihin sovelletaan hankintalakia. Siksi on tärkeää tietää mikä on julkinen hankinta ja miten se määritellään. Julkinen hankinta on hankinta jossa julkisilla varoilla ostetaan tavaroita ja palveluita tai teetetään rakennusurakka. Käsite kattaa siis kaikki tavat, joilla hankintayksikkö voi hankkia erilaista omaisuutta joko omistus- tai erilaisin käyttöoikeuksin.¹⁴ Julkisessa hankinnassa ostajana on hankintayksikkö ja myyjänä yritys tai muu toimittaja. Hankinta katsotaan julkiseksi hankinnaksi kun hankinnan arvo ylittää niin sanotun kansallisen kynnsarvon. Hankinnan ennakoitun arvon laskutavasta säädetään hankintalain 17 §:ssä:

”Hankinnan ennakoitua arvoa laskettaessa perusteena on käytettävä suurinta maksettavaa kokonaiskorvausta ilman arvonlisäveroa. Arvoa laskettaessa on otettava huomioon myös hankinnan mahdolliset vaihtoehtoiset toteuttamistavat ja hankintasopimukseen sisältyvät optio- ja pidennysehdot sekä ehdokkaille tai tarjoajille maksettavat palkkiot tai maksut. Laskettaessa 15 §:n 2 kohdassa tarkoitetun yhteishankinnan ennakoitua arvoa huomioon otetaan työvoimaviranomaisten rahoittama osuus hankinnasta.”

¹³ Pekkala-Pohjonen, 2010, s. 68.

¹⁴ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s. 567.

Kansalliset kynnsarvot ovat tavara- ja palveluhankinnoissa 30 000 euroa, rakennusurakoissa 150 000 euroa ja terveydenhuolto- ja sosiaalipalveluissa 100 000 euroa¹⁵. Jos hankinta ei ylitä kansallista kynnsarvoa, eli kyse on niin sanotusta vähäarvoisesta hankinnasta, ei hankintalaki tule sovellettavaksi. Raskaan ja aikaa vievän hankintaprosessin käynnistämistä taloudellisesti vähäarvoisen hankinnan takia ei ole pidetty tarkoituksenmukaisena.¹⁶

EU-kynnsarvot määrittelee komissio kahden vuoden välein antamallaan asetuksella hankintadirektiivin 78 artiklassa säädetyn menettelyn mukaisesti. Komission määrittelemät kynnsarvot julkaistaan unionin virallisessa lehdessä. 1.1.2012 alkaen EU-kynnsarvot muiden kuin valtionkeskushallintoviranomaisen tekemissä tavara- ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailuissa ovat 200 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoiden osalta 5 000 000 euroa. Muita kuin valtionkeskushallintoviranomainen ovat esimerkiksi kunnat. Valtion keskushallintoviranomaisen noudatettavat vastaavat kynnsarvot ovat: tavara- ja palveluhankintojen sekä suunnittelukilpailujen osalta 130 000 euroa ja rakennusurakoiden osalta 5 000 000 euroa. Kynnsarvoista säädelään hankintalain 16 §:ssä. Kynnsarvoista erityisalojen osalta säädetään erityisalojen hankintalain 12 §:ssä.

2.2. Hankintayksikkö

Suurimman osan hankinnoista ovat tehneet yleensä valtio ja kunnat omien organisaatioidensa kautta tai varta vasten tätä tarkoitusta varten perustettujen toimielinten tai yhteisöjen kautta. Hyvänä esimerkkinä tällaisista elimistä ovat kuntayhtymät. Valtion ja kuntien tehdessä hankintoja ei liene epäselvää, että ne määritellään hankintalain tarkoittamiksi hankintayksiköiksi. Hankintayksikön määrittely on sikäli olennaista, että mahdollisen hankintayksikön on hyvä tietää pitääkö sen hankinnoissa noudattaa hankintalakia. Toisaalta myös potentiaalien tarjoajiin olisi hyvä tietää onko kyseessä hankintayksikkö ja siten julkinen

¹⁵ Hankintalaki 15 §.

¹⁶ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s.590.

hankinta, jotta he tietävät voivatko hakea muutosta hankintapäätökseen hankintalain nojalla.¹⁷

Hankintayksiköt luetellaan hankintalain 6 §:ssä. Sen mukaan hankintayksiköitä ovat esimerkiksi: valtion ja kuntien viranomaiset, kuntayhtymät, kuntien liikelaitokset ja niin sanotut julkisoikeudelliset laitokset, joita ovat esimerkiksi kuntien omistamat osakeyhtiöt, joiden ensisijaisena tavoitteena ei ole liikevoiton tuottaminen omistajille. Lisäksi hankintayksiköitä ovat hankintalain mukaan sellaiset tahot, jotka saavat pääasiallisen rahoituksensa hankintayksiköiltä tai jonka johto on hankintayksikön valvonnan alaisena taikka jonka johdosta hankintayksikkö valitsee yli puolet. Hankintayksikkö on myös mikä tahansa hankinnan tekijä jos se on saanut hankinnan tekemistä varten yli puolet hankinnan arvosta hankintayksiköltä.

2.3. Soveltuvuusperusteet

Soveltuvuusperusteet ja kelpoisuusperusteet ovat keskenään synonyymeja ja niitä käytetään tässä tutkielmassa ilmaisemaan samaan asiaa. Kelpoisuusperusteet ovat hankintayksikön asettamia kriteerejä joiden avulla pyritään selvittämään keillä tarjoajista on tosiasialliset mahdollisuudet suoriutua hankinnan kohteesta. Näin ollen ne liittyvät soveltuvuusarviointiin toimimalla soveltuvuusarvioinnin kriteereinä. Soveltuvuusperusteet liittyvät tarjoajaan ja tarjoajan ominaisuuksiin. Soveltuvuusarviointi on tehtävä hankintalain 52 §:n mukaan ennen tarjousvertailua ja prosessit on erotettava toisistaan niin, että menettely on kaksivaiheinen. Soveltuvuusperusteista säädetään hankintalain 56 §:ssä. Sen mukaan hankintayksikkö voi esittää ehdokkaiden tai tarjoajien rahoituksellista ja taloudellista tilannetta, teknistä suorituskkyä ja ammatillista pätevyyttä sekä laatua koskevia vaatimuksia sekä vaatia ehdokkaita ja tarjoajia esittämään niihin liittyviä selvityksiä. Vaatimusten tulee pykälän mukaan liittyä tarjoajan edellytyksiin toteuttaa hankinta ja ne on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen. Suhteellisuusperiaate edellyttää, että kelpoisuusperusteiden tulee olla oikeassa

¹⁷ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s.545.

suhteessa hankinnan kohteeseen.¹⁸ Vaatimuksista on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Tarjoajat, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia vaatimuksia on suljettava tarjouskilpailusta. Hallituksen esityksen mukaan vaatimukset voivat liittyä esimerkiksi ”ehdokkaiden ja tarjoajien vakavaraisuuteen, ammattipätevyyteen tai kokemukseen”.¹⁹

Kelpoisuusperusteita asettaessaan hankintayksikön tulee ottaa huomioon miten asetut kriteerit vaikuttavat tarjoajien määrään. Ylimoitettujen vaatimusten asettaminen saattaa johtaa siihen, että hankintayksikkö ei saa riittävästi tarjouksia. Lisäksi ylimitoitettut kriteerit voivat sulkea tarjouskilpailusta pois muuten päteviä tarjoajia. Lyhyesti sanottuna kelpoisuusehdoilla pyritään varmistamaan, että sopimus toteutuu ja sopimuskumppani tulisi suoriutumaan hankinnan toteuttamisesta. Niillä ei arvioida miten hyvin tarjoaja sopimuksen täyttämistä suoriutuisi.²⁰ Sen arvioimiseen käytetään vertailuperusteita, joista tarkemmin seuraavassa kappaleessa.

2.4. Vertailuperusteet

Vertailu- eli sopimuskenteko perusteet ovat hankintayksikön asettamia kriteerejä joiden avulla pyritään valitsemaan soveltuvuusarvioinnista jatkoon päässeiden tarjoajien keskuudesta hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Vertailuperusteesta käytetään myös synonyymia arviointiperuste. Hankintadirektiivissä ja EUTI:n oikeuskäytännössä käytetään termiä sopimuskenteko peruste kun puhutaan vertailuperusteista. Tarjousvertailussa hankintayksikkö ei saa käyttää tarjoajia vertaillessaan muita kuin ennalta ilmoittamiensa perusteita, jotka eivät saa olla syrjiviä. Lisäksi, kun valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus, tulee hankintayksikön hankintalain 62 §:n mukaan ilmoittaa vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Vertailuperusteiden tulee liittyä tarjouksen kohteeseen, ei tarjouksen tehneeseen yritykseen. Hyväksyttäviä vertailuperusteita ovat esimer-

¹⁹ HE 50/2006, s.101.

²⁰ Pöykkö, 2010, s.5.

kiksi hinta ja laatu. Hyväksyttäviä vertailuperusteita käsitellään tarkemmin tämän tutkielman kappaleessa 4.1.

Hankintalain 62 §:n mukaan ”tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin... tai hinnaltaan halvin”. 62 §:n mukaan kokonaistaloudellisen edullisuuden mittareina, vertailuperusteina voidaan käyttää muun muassa laatua, hintaa ja teknisiä ansioita²¹. Kokonaistaloudellinen edullisuus liittyy siis käsitteenä vertailuperusteisiin ja niiden asettamiseen. Asetettujen vertailuperusteiden tulee mitata kokonaistaloudellista edullisuutta. Kokonaistaloudellisuus ei ole pelkkään hintaan tuijottamista vaan myös laatuun, ympäristöön ja esteettisiin arvoihin liittyvät tekijät kuuluvat käsitteen piiriin. Edellä mainittuja seikkoihin perehdytään tarkemmin myöhemmin tässä tutkielmassa.

2.5. Hankinnan kohde

Hankintalain mukaan hyväksytyjä ovat sellaiset vertailuperusteet, jotka liittyvät hankinnan kohteeseen ja kiellettyinä vertailuperusteina on perinteisesti pidetty sellaisia perusteita, jotka liittyvät tarjoajaan. Viimeksi mainittuja perusteita kutsutaan tässä tutkielmassa tarjoajan ominaisuuksiksi. Tarjoajan ominaisuuksien on perinteisesti katsottu kuuluvan soveltuvuusarviointiin²². Tarjoajan ominaisuuksista kerrotaan tarkemmin seuraavassa kappaleessa.

Hankinnan kohde on se palvelu, tavara, rakennusurakka tai muu sellainen jota hankintayksikkö on hankkimassa. Hankintayksikön pitäisi, saadakseen vertailukelpoisia tarjouksia, kyetä riittävän tarkasti määrittelemään hankinnan kohde. Hankinnan kohteen määrittely on kenties koko hankintamenettely keskeisin vaihe.

²¹ Kts. Hankintalain 62 §:ää käsitelty tarkemmin tämän tutkielman kappaleessa 3.2.1.

²² Kts. esimerkiksi HE 50/2006 s. 116 Hankintalain 72 §:n perustelut, jossa on katsottu, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ei tulisi käyttää vertailuperusteena tarjoajaan liittyviä tekijöitä, jotka kuuluvat soveltuvuusarviointiin.

Hankintayksikön tulisi määritellä hankinnan kohde niin sanottuja teknisiä eritelmiä käyttäen²³. Teknisellä eritelmällä tarkoitetaan hankintalain 5 § 19-kohdan mukaan: ”kohteena olevan tuotteen, palvelun tai materiaalien ominaisuuksien määrittelyä”.

Hankintalain 44 §:n mukaan: ”Hankinnan sisältöä kuvaavat tekniset eritelmät on esitettävä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.” Edellä mainitun pykälän mukaan tekniset eritelmät on laadittava viittaamalla erilaisiin eurooppalaisiin, kansainvälisiin tai kansallisiin standardeihin, tai erilaisiin teknisiin hyväksyntöihin. Lisäksi eritelmät voidaan laatia kuvaamalla suorituskykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia, viittaamalla sekä standardeihin että suorituskykyyn tai toiminnallisiin ominaisuuksiin ja/tai viittaamalla ympäristömerkkien perusteisiin. Hankintalain edellä selostetun 44 §:n tavoitteena on varmistaa, että hankintayksikkö saa yhteismitallisia, vertailukelpoisia tarjouksia.²⁴

Hankinnan kohde tulee määritellä riittävän tarkasti kuitenkin niin, ettei hankintayksikkö syyllisty syrjintään. Hankinnan kohteen määrittely ei saa perusteettomasti rajoittaa yritysten mahdollisuuksia osallistua tarjouskilpailuun. Esimerkkinä perusteettomasta rajoittamisesta voidaan mainita tilanne jossa vain yksi toimittaja pystyy täyttämään edellytykset määritellyllä tavalla vaikka markkinoilla olisi useita vastaavia ratkaisuja, jotka yhtä hyvin palvelisivat hankintayksikön tarpeita.²⁵ Teknisiä eritelmiä ei siis saa laatia siten, että niiden noudattaminen johtaisi syrjintään.

2.6. Tarjoajan ominaisuudet

Tarjoajan ominaisuuksilla tarkoitetaan tässä tutkielmassa seikkoja, jotka liittyvät enemmän tarjoajaan itseensä kuin hankinnan kohteeseen. Näkemykseni mukaan ne voivat liittyä samaan aikaan myös hankinnan kohteeseen ja näin ollen kokonaistaloudellisuuden mittaamiseen, jolloin ne tulisi hyväksyä myös vertailuperusteiksi. Tarjoajan

²³ Kts. Hankintalain 44 §

²⁴ Kuusniemi-Laine -Takala, 2008, s. 171.

²⁵ Kuusniemi-Laine -Takala, 2008, s. 168.

ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä ovat tyypillisesti tarjoajayritykseen liittyvät tekijät kuten tarjoajayrityksen kokemus, henkilöstön osaaminen ja koulutus. Oikeuskäytännössä²⁶ ja hankintalain esitöissä²⁷ on katsottu, että esimerkiksi referenssit ovat sellaisia tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä seikkoja joita ei tulisi käyttää vertailuperusteina.

Hankintalain kansallisia hankintoja koskeva 72 § sallii tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävän laadunhallinnan, pätevyyden, kokemuksen ja ammatitaidon. Edellä mainitut ovat tyypillinen esimerkki tarjoajan ominaisuuksiin liittyvistä vertailuperusteista.

Referensseillä tarkoitetaan suppeimmillaan luetteloa tarjoajayrityksen aiemmista urakoista. Näin suppeiden referenssilistojen käyttö ei kuitenkaan ole EUTI:n oikeuskäytännön²⁸ mukaan sallittua. Suppea referenssilista tarkoittaa listaa, jossa on mainittu ainoastaan aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä. Hankintalain 59 §:n mukaan sallittuja on soveltuvuusarviointivaiheessa vaatia seuraavia asiakirjoja (referenssejä):

”...

2) luettelo viimeksi kuluneen enintään viiden vuoden aikana toteutetuista rakennusurakoista sekä todistus merkittävimpien urakoiden asianmukaisesta toteuttamisesta; todistuksesta tulee käydä ilmi urakoiden arvo, ajankohta ja toteutuspaikka sekä se, onko työ tehty ammattialan sääntöjen mukaan ja onko ne saatettu asianmukaisesti päätökseen; tarvittaessa toimivaltaisen viranomaisen on toimitettava tiedot suoraan hankintayksikölle;

3) luettelo viimeksi kuluneen enintään kolmen vuoden aikana toteutetuista tärkeimmistä tavarantoimituksista tai palveluista arvoineen, ajankohtineen ja vastaanottajatiетоineen; julkisyhteisölle toimitettuja tavaroita tai palveluita koskevan luettelon on oltava asianmukaisesti varmennettu; jos tavara on toimitettu tai palvelu suoritettu yksityiselle tilaajalle, ostajan antama todistus; jollei tällaista todistusta ole, myös ehdokkaan ja tarjoajan antama vakuutus on hyväksyttävä;”

²⁶ Kts. esimerkiksi MAO 476/10.

²⁷ HE 50/2006, s. 106.

²⁸ Kts. GAT-ratkaisu.

2.7. Rakennusurakka

Rakennusurakan määritelmä löytyy hankintalain rakennusurakkasopimuksen määrittelemästä 5 §:n 2-kohdasta, jonka mukaan:

”2) rakennusurakkasopimuksella hankintasopimusta, jonka tarkoituksena on jonkin liitteessä C tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön tai rakennusurakan toteuttaminen taikka suunnittelu ja toteuttaminen yhdessä; rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan myös hankintayksikön asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttamista millä tahansa tavalla; rakennusurakka voi olla talon-, maan- tai vesirakennustöiden muodostama taloudellinen tai tekninen kokonaisuus;”

Tyypillisiä rakennusurakoita ovat: rakennusten purku ja raivaus, maansiirto, koeporaus, rakennustyöt, kattorakenteiden pystyttäminen ja kattaminen, teiden, katujen, lentokenttien ja urheilualueiden rakentaminen, vesirakentaminen, muu rakentaminen, sähköjohtojen- ja laitteiden asennus, eristystyöt, putkityöt, muu asentaminen, rappaus, rakennuspuusepän työt ja niin edelleen. Rakennusurakoiden ja rakennustöiden tarkempi määrittely löytyy hankintalain C liitteestä.²⁹

2.8. Palveluhankinta

Palveluhankinta määritellään hankintalain 5 §:n 4-kohdassa, joka säätelee palveluhankintasopimuksesta. 4-kohdan mukaan palveluhankintasopimuksella tarkoitetaan:

4)... muuta kuin julkista rakennusurakkaa tai julkista tavarahankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen; palveluhankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo; lisäksi palveluhankintasopimuk-

²⁹ Pohjonen, 2011, s. 12.

seksi katsotaan hankintasopimus, johon palvelujen ohella sisältyy liitteessä C tarkoitettuja rakennustöitä;

Sopimuksen kohteena on siis palvelun suorittaminen. Todettakoon, että määritelmässä ei edellytetä, että palvelu olisi luonteeltaan taloudellinen eli myös niin sanotut yleishyödylliset palvelut voivat tulla kyseeseen. Merkitystä ei ole myöskään sillä kohdistuu-ko palvelu hankintayksikön omiin tarpeisiin vai sen asiakkaisiin. Palveluhankinta voi pitää sisällään muutakin kuin palveluita kuten esimerkiksi tavaroiden hankintaa. Tällöin ratkaisevaa on palveluiden arvo. Jos palvelut muodostavat suurimman osan hankinnan arvosta kyseessä on palveluhankinta. Mikäli taas tavaroiden arvo on hankinnassa suurempi kuin palvelun arvo kyse on tavarahankinnasta. Sillä määritelläänkö joku hankinta palveluhankinnaksi, tavarahankinnaksi vai rakennusurakaksi on merkitystä esimerkiksi kynnysarvojen ja hankintamenettelyjen soveltamisessa.

Palveluhankintojen sisältö määritellään tarkemmin hankintalain A ja B liitteissä.³⁰ Liite A koskee niin sanottuja ensisijaisia palveluita, joita ovat muun muassa huolto- ja korjauspalvelut, teleliikennepalvelut, rahoituspalvelut ja tutkimus- ja kehittämisspalvelut. Liite B koskee toissijaisia palveluhankintoja joita ovat esimerkiksi hotelli- ja ravintolapalvelut, rautatiekuljetuspalvelut, oikeudelliset palvelut ja terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut. Ensisijaisissa EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnoissa noudatetaan yksityiskohtaisempia menettelysääntöjä kuin toissijaisissa palveluissa joihin sovelletaan väljempää sääntöjä.³¹

Hankintalakia ei sovelleta tiettyihin palveluhankintoihin ollenkaan. Näitä palveluhankintoja ovat hankintalain 8 §:n mukaan tietyt kiinteään omaisuuteen liittyvät hankinnat, tietyt televisio- ja radiotoimintaan liittyvät hankinnat, välimies- ja sovittelupalvelut, keskuspankkipalvelut ja arvopaperikauppa, työsopimukset, tietyt tutkimus- ja kehittämisspalvelut ja Kioton sopimuksen mukainen päästökauppa. Huolimatta siitä, että edellä mainitut hankinnat ovat periaatteessa palveluhankintoja, niihin ei sovelleta hankintalakia. Ennen hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jääneet telepalvelut on nykyään

³⁰ Pekkala-Pohjonen, 2010, s. 73.

³¹ Kuusniemi-Laine -Takala, 2008, s.39.

kilpailutettava. Kyseessä olevat palvelut oli aiemmin rajattu hankintalain ulkopuolelle koska ne olivat monopoliasemassa mutta markkinoiden vapauduttua telepalvelut tulivat hankintalain soveltamisalan piiriin.

3. Oikeuslähteet

3.1. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat oikeusperiaatteet

Julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista säädetään Hankintalain 2 §:ssä. Kuten tämän tutkielman johdanto kappaleessa todetaan julkisten hankintojen oikeusperiaatteet perustuvat yhteisöjen perustamissopimukseen (ns. Rooman sopimus). Periaatteet vastaavat hankintadirektiivin 2 artiklassa sekä johdanto-osan 2-kappaleessa mainittuja periaatteita. Hankintadirektiivin johdanto-osan 2-kappaleessa lausutaan periaatteista seuraavasti:

”...hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.”

Kohta jatkuu EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta seuraavasti:

”Tietyn arvon ylittävien julkisten hankintojen osalta on kuitenkin suotavaa laatia säännökset, joiden mukaan näitä sopimuksia koskevat kansalliset sopimuskentekomenettelyt sovitetaan yhteisössä yhteen ja jotka perustuvat edellä mainittuihin periaatteisiin, jotta voidaan varmistaa niiden vaikutus ja taata julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle

*Näitä yhteensovittamista koskevia säännöksiä olisi siten tulkittava edellä mainittujen sääntöjen ja periaatteiden sekä perustamissopimuksen muiden määräysten mukaisesti.*³²

Hankintadirektiivin 2 artiklassa (Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet) tyydytään toteamaan:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.”

Hankintalain 2 §:n mukaan ”hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.” Hankintayksikön tulisi lisäksi toteuttaa hankinnat mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ottaen huomioon ympäristönäkökohdat. Hankintalaissa säädetty vastaa pitkälti hankintadirektiivin sisältöä.

Hankintalain 2 § pykälässä mainitut julkisissa hankinnoissa noudatettava periaatteet ovat siis kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen, ehdokkaiden ja tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun, avoimuuden ja suhteellisuuden periaate. Näiden periaatteiden sisältöä on täsmennetty hallituksen esityksessä³³.

Hallituksen esityksen mukaan kaikkia hankintalaissa mainittuja periaatteita tulisi noudattaa hankintamenettelyn vaiheissa³⁴

3.1.1. Syrjimättömyysperiaate

Ehdokkaita ja tarjoajia tulisi kohdella tasapuolisesti hankintamenettely kaikissa vaiheissa. Tämä tarkoittaa sitä, että kohtelun tulee olla riippumatonta sellaisista tekijöistä jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia hankinnan toteuttamiseen liittymättömiä

³² 2004/18/EY

³³ HE 50/2006 s. 46.

³⁴ HE 50/2006, s. 47.

tekijöitä ovat hallituksen esityksen mukaan ehdokkaiden tai tarjoajien kansalaisuus taikka sijoittuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle. Kuten hallituksen esityksessä asia esitetään:

*”Syrjimätön kohtelu edellyttää siten myös, että eri paikkakunnilta olevia ehdokkaita tai tarjoajia kohdellaan samalla tavoin kuin esimerkiksi oman kunnan yrityksiä.”*³⁵

Oman kunnan yrittäjiä ei siis saa suosia ulkopaikkakuntalaisten yrittäjien kustannuksella ilman, että kyseessä olisi syrjintä. Yhteisöoikeuden osalta hallituksen esityksessä viitataan EYTI:n tuomioistuimen ratkaisuihin joissa on todettu, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta suosivia tai syrjiviä³⁶. Yhteisöjen oikeuskäytännössä on lisäksi katsottu yhdenvertaisen kohtelun edellyttävän, ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei kohtelu ole objektiivisesti perusteltua³⁷. Kansallista oikeuskäytäntöä on huomioitu siten, että hankintalain 2 §:ssä edellytetään syrjimätöntä kohtelua myös silloin kun tarjouskilpailussa ehdokkaana tai tarjoajana on hankintayksikön omistama yhteisö tai laitos taikka toinen hankintayksikkö. Edellä mainittuja on kohdeltava samoin kuin muita ehdokkaita ja tarjoajia.³⁸ Hankintayksikön on pyrittävä aktiivisesti varmistamaan kaikkien yhtäläiset mahdollisuudet osallistua menettelyyn. Virtasen mukaan tämä koskee esimerkiksi hankinnasta annettavia tietoja.³⁹

3.1.2. Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaatteen juuret ovat yhteisöjen perustamissopimusta koskevassa oikeuskäytännössä ja hallinnon avoimuutta koskevissa vaatimuksissa, jotka löytyvät esimerkiksi hallintolaista ja laista viranomaisen toiminnan julkisuudesta. Hyvän hallinnon perusteista säädetään hallintolain 2 luvussa. Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 1 § säättää julkisuusperiaatteesta jolla toteutetaan avoimuutta viranomaistoiminnassa. Esi- töiden mukaan avoimuusperiaate edellyttää esimerkiksi, että hankintamenettelyä koske-

³⁵ HE 50/2006, s. 47.

³⁶ Asia C-31/87, Beentjes, sekä C-243/89 Storebelt (Kok. 1993, s. I-3353).

³⁷ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, Fabricom ja asia C-210/03 Swedish Match.

³⁸ Pekkala 2008, s. 35.

³⁹ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008 s. 537.

via tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja, että hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia. Avoimuusperiaatteen on katsottu velvoittavan myös hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa⁴⁰. Tällä ratkaisulla on haluttu lisätä kilpailua. Ainoana rajoituksena avoimuusperiaatteelle esitöissä mainitaan viranomaisten toiminnan julkisuutta koskevan lainsäädännön salassapito säännökset⁴¹.

3.1.3. Suhteellisuusperiaate

Hankintamenettelyn vaatimukset ovat mitoitettava siten, että ne ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään. Tämä tarkoittaa esimerkiksi hankinnan luonteen ja arvon huomioimista tarjoajien kelpoisuusehtoja asetettaessa. Myös tarjouspyynnön sisältöön tai tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden. Tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön vaatimukset eivät saa olla ”kohtuuttomia” tai epäsuhdassa hankinnan kohteeseen.

Suhteellisuusperiaate mainitaan hankintadirektiivin johdanto-osan 2 kappaleessa.⁴² Lisäksi suhteellisuusperiaatteesta säädetään hankintalain 2 §:ssä.

Virtasen mukaan suhteellisuusperiaatetta voidaan pitää eräänlaisena toissijaisena oikeusperiaatteena, jonka nojalla arvioidaan, onko sinänsä avoimelta ja tasapuoliselta vaikuttava hankintamenettely toteuttanut myös suhteellisuuden vaatimuksen. Suhteellisuusperiaate edellyttää, että kelpoisuusarvioinnissa ei voida vaatia kohtuuttomia taloudellisia resursseja tarjouskilpailuun osallistuvilta jos kyseessä on pieni hankinta johon ei sisälly suuria taloudellisia riskejä. Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaatteen onkin katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioon ottamista. Laadun osalta suhteellisuusperiaate tulee huomioida sekä kelpoisuus- että tarjousten arviointiperusteiden osalta. Toisin sanoen toimittajilta ei saa vaatia sellaista kelpoisuutta, jota ei hankintaan tarvita.

⁴⁰ Kts. Asia C-324/98 Telaustria, (Kok. 2000, s. I-10745).

⁴¹ HE 50/2006, s. 47.

⁴² HE 50/2006, s. 47.

Hankintalain esitöissä suhteellisuusperiaatteen on katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioon ottamista

Suhteellisuusperiaate liittyy läheisesti myös ympäristöseikkojen käyttämiseen vertailuperusteena. Näin ollen suhteellisuusperiaatteen vastaista, tarjouksen kohteeseen liittymättömänä seikkana, voisi olla esimerkiksi kierrätyspaperin käyttö huonekaluvalmistajan toimistoissa tai ekologisista materiaaleista valmistettujen huonekalujen käyttö paperitoimittajan toimistossa. Edellä mainituissa esimerkeissä voidaan pitää selvänä, että ympäristötekijät liittyvät vain tarjoajiin eivätkä tarjouksen kohteeseen. Ympäristöseikkojen ylipainottaminen on siis suhteellisuusperiaatteen vastaista.⁴³

Arviointiperusteina ei saa käyttää hankinnan kohteeseen objektiivisesti liittymättömiä seikkoja eikä suhteettomasti painottaa jotain hankinnan kohteen kannalta vähäarvoista kriteeriä.⁴⁴

3.2. Lainsäädäntö

Keskeisimmät julkisia hankintoja koskevat kansalliset säädökset ovat: Laki julkisista hankinnoista eli Hankintalaki (HankintaL), Laki vesi- ja energianhuollon, liikenteen ja postipalveluiden alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (ns. erityisalojen hankintalaki) ja Hankinta-asetus. Kansallisen säätelyn taustalla ovat EU-direktiivit eli ns. hankintadirektiivi (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisista rakennusurakoista sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 2004/18/EY) ja ns. erityisalojen hankintadirektiivi (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 2004/17/EY). Ensin mainittu on implementoitu kansallisesti Hankintalakina ja jälkimmäinen Erityisalojen han-

⁴³ Ekroos-Nissinen, 2007, s. 11.

⁴⁴ Pertti Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s.542-543.

kintalakina. Suomen hankintalainsäädäntö perustuu direktiivien lisäksi Maailman kauppajärjestön (WTO) julkisten hankintojen GPA-sopimukseen⁴⁵.

Seuraavissa kappaleissa käsittelen tarjouksen valintaa ja sallittuja vertailuperusteita koskevaa kansallista ja yhteisöoikeudellista sääntelyä.

3.2.1. Laki julkisista hankinnoista

Hankintalain 8 luvussa säädetään ehdokkaiden, tarjoajien sekä tarjouksen valinnasta EU- kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Hankintalain 62 §:ssä säädetään tarjouksen valinnasta. Sääntely perustuu hankintadirektiivin 53 artiklaan sekä direktiivin johdanto-osan 46 kappaleeseen. Hankintalain 62 §:ssä säädetään:

”Tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää esimerkiksi laatua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huoltopalveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia.

Sen lisäksi, mitä 1 momentissa säädetään, hankintayksikkö voi kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidessaan ottaa huomioon myös asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita, jos tällaiset perusteet ovat mitattavissa ja liittyvät hankinnan kohteeseen.

Samoin edellytyksin hankintayksikkö voi ottaa huomioon myös hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät on määritelty teknisissä eritelmissä.

Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä vastaavat tiedot on ilmoitettava

⁴⁵ Kuusniemi-Laine Takala 2008, s.34.

hankintailmoituksessa tai hankekuvauksessa. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.”

62.1 §:n mukaan tarjouksista on valittava se, joka on kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellista edullisuutta arvioitaessa tulee hankintayksikön käyttää hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitettuja vertailuperusteita.

Pykälässä mainitaan mitä seikkoja esimerkiksi voidaan käyttää vertailuperusteina. Luettelo ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi luetteloksi sallituista vertailuperusteista vaan muutkin perusteet voivat tulla kyseeseen. Vertailuperusteiden tulee kuitenkin olla etukäteen ilmoitetut, kaikille tarjoajille samat ja niiden tulee olla palautettavissa kokonaistaloudelliseen edullisuuteen. Näin ollen vertailuperusteina ei tulisi käyttää hankinnan kannalta epäolennaisia perusteita (kts. kappale 3.1.3 joka käsittelee suhteellisuusperiaatetta).

Esitöiden mukaan vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen, oltava objektiivisia ja syrjimättömiä eivätkä ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Perusteluissa viitataan tältä osin EYTI:n ratkaisuihin⁴⁶. Välittömästi hankinnan kohteeseen liittyviksi vertailuperusteiksi on esitöissä katsottu esimerkiksi hankinnan kohteena olevan tavaran, palvelun tai rakennustyön laatu, hinta tai toimitusaika. Sen sijaan tarjoajayrityksen toimintaan liittyvät tekijät on katsottu vertailuperiaatteiksi, joilla ei ole liittymää hankinnan kohteeseen eikä niitä näin ollen voitaisi käyttää vertailuperusteina.

Vertailuperusteet eivät saa olla syrjiviä. Esimerkkinä syrjivistä vertailuperusteista hallituksen esitys mainitsee vertailuperusteet, jotka suosivat tiettyjä tarjoajia, edellyttävät aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa tai suosivat paikallista toimijaa. Tarjoajien tai ehdokkaiden ominaisuuksien käyttö vertailuperusteina ei ole sallittua. Tarjoajien ominaisuuksien arviointi kuuluu kelpoisuusarviointiin, ei tarjousvertailuun. Tarjousvertailuun tulisi ottaa vain sellaiset tarjoajat, joilla on edellytykset hankkeen toteuttamiseen. KHO on ratkaisuisaan KHO 6.10.2004 ja KHO 12.12.2003 taltio 3202 todennut, että tarjousten arvioinnissa ei tulisi käyttää tarjoajien teknisiin, taloudellisiin ja

⁴⁶ kts. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot: C-31/87, Beentjes, C-324/93 Evans Medical ja Macfarlan Smith, C-513/99, Concordia Bus Finland ja C-19/00, SIAC Construction.

muihin edellytyksiin liittyviä perusteita, vaan toteutettavan hankinnan kohteeseen liittyviä perusteita.⁴⁷

62.3 § edellyttää, että hankintayksikkö ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen tai mikäli tämä ei ole perustellusta syystä mahdollista ainakin vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen. Hankintayksikkö voi perustelluissa tapauksissa poiketa painoarvojen ilmoittamisesta. Tällaisia tapauksia olisivat hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi monimutkaiset hankinnat, jotka voidaan toteuttaa erilaisin tavoin. Tällöinkin hankintayksikön tulee ilmoittaa vähintään vertailuperusteiden tärkeysjärjestys. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Painotukset voidaan ilmoittaa esimerkiksi pistein tai prosenttiluvuin. Hankintalaissa ei ole ohjeita siitä kuinka pisteytys tulisi toteuttaa. Hankintayksikön tulee perustella pisteytyksensä sanallisesti.

Oikeuskäytännössä ongelmaksi on noussut hankintayksiköiden puutteelliset tai ylimal-kaiset perustelut. Hankintayksikkö on saattanut esimerkiksi perustella sanallisesti vain osaa ilmoitetuista vertailuperusteista tai käyttänyt vain osaa ilmoitetuista vertailuperusteista⁴⁸ kun vertailussa tulisi käyttää jokaista ilmoitettua vertailuperustetta ja hankintapäätöksessä perustella niiden soveltaminen tarjoukseen.⁴⁹ Tavoitteena on, että tarjoaja voi ottaa painotukset huomioon tarjousta tehdessään.

Pykälän 2 ja 3 momentit perustuvat hankintadirektiivin johdanto-osan 46 kappaleen 4 kohtaan. 2 momentti antaa hankintayksikölle luvan ottaa huomioon kokonaistaloudellisista edullisuutta arvioidessaan yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita. Perusteiden tulee olla mitattavissa ja niiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen. Lisäksi hankintayksikkö voi edellä mainituin edellytyksin ottaa huomioon hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät on mainittu teknisissä eritelmissä. Hallituksen esityksen mukaan kyse on siis perusteista, jotka eivät tuota hankintayksikölle välitöntä etua, mutta joilla voidaan vastata asianomaisen yleisön tarpeisiin. Esimerkkinä tällaisista perusteista hallituksen esitys mainitsee ”teknisissä eritelmissä määritellyn enimmäistason alittavien saastepäästöjen

⁴⁷ HE 50/2006 s. 105.

⁴⁸ Pekkala 2008, s. 417.

⁴⁹ HE 50/2006 s. 106.

huomioimisen tarjousvertailussa”. Esimerkkinä heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeiden huomioimisesta hallituksen esitys mainitsee sellaiset teknisissä eritelmissä olevat vähimmäisvaatimukset ylittävät ratkaisut, jotka helpottavat vammaisten kulkua rakennuksessa. Edellä mainittujen perusteiden käyttämisestä huolimatta hankinnan kohteen teknisessä määrittelyssä tulisi esittää sellaiset ehdottomat vaatimukset, jotka liittyvät hankinnan kohteen kaikkien käyttäjien tarpeiden huomioimiseen.⁵⁰

Hankintalain III-osassa säädetään kansallisista hankinnoista. Sen 9 luku on otsikoitu: ”Tarjousmenettely EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, liitteen B mukaisissa tois-sijaisissa palveluhankinnoissa sekä eräissä muissa hankinnoissa”.

Tarjouksen valintaa ja vertailuperusteita koskeva pykälä löytyy hankintalain 72 §, jossa säädetään EU-kynnysarvot alittavista niin sanotuista kansallisista hankinnoista. Hankintalain 72 §:ssä säädetään tarjouksen valinnasta seuraavasti:

”Tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioinnissa käytettävien vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja mahdollistaa tarjousten puolueeton arviointi. Palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa.

Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta myös arvioinnissa käytettävät vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Vertailuperusteiden asettamisessa voidaan noudattaa soveltuvien osin myös, mitä 62 §:ssä säädetään.”

Hankintalain 72 § vastaa pitkälti lain 62 §:ää. Kuten 62 §:ssä myös 72 §:ssä tarjouksista tulee valita kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Arvioinnin tulee olla objektiivista ja vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen aivan kuten 62 §:ssä. Myös hallituksen esityksessä todetaan, että vertailuperusteita koskevat edellytyk-

⁵⁰ HE 50/2006 s. 107.

set vastaavat EU-kynnysarvot ylittävälle hankinnoille asetettuja edellytyksiä⁵¹. Koska hankintadirektiiviä ei sovelleta EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin voi jäsenvaltio säätää kansallisista hankinnoista haluamallaan tavalla. Edellytyksenä on ainoastaan, ettei sääntely johda kenenkään syrjimiseen.⁵²

Näin ollen hankintalain 72 § antaa hankintayksikölle laajemmat mahdollisuudet huomioida tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä tarjousvertailuvaiheessa palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa (ns. toissijaiset palveluhankinnat). Tällaisina lähinnä tarjoajan- ei niinkään tarjouksen ominaisuuksiin - liittyvinä tekijöinä on pykälässä mainittu: palvelun tarjoamisen tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemus, kokemus, ammattitaito tai pätevyys. Lisäksi vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa.

Edellä mainittujen perusteiden on katsottu perinteisesti kuuluvaa tarjoajan ominaisuuksiin, joiden arviointi kuuluu soveltuvuuden arviointi vaiheeseen eikä niitä voisi ottaa huomioon enää tarjousvertailussa. 72 § kuitenkin mahdollistaa edellä mainittujen ominaisuuksien huomioimisen tarjousvertailussa. Tämä on merkittävä ero 62 §:ssä säädettyyn. 62 §:n sanamuoto ei näytä erikseen mahdollistavan tarjoajan ominaisuuksien huomioimisen vertailuperusteena toisin kuin 72 § toissijaisten palveluhankintojen osalta. Toisaalta esimerkiksi Virtanen pitää mahdollisena, että hankintalain 72.1 §:ssä mainittua ”hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa” voitaisiin käyttää vertailuperusteena myös EU-hankinnoissa jos tarjouspyynnössä ja koko hankintamenettelyssä riittävästi erotetaan toisistaan kelpoisuutta koskevat vaatimukset ja tarjousten vertailu⁵³.

Tiukan sanamuodon mukaisen tulkinnan ja esitöiden perusteella näyttäisi siltä, että 72 §:ssä mainittuja lähinnä tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä ei voitaisi huomioida 62 §:n mukaisissa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa⁵⁴. Tämä todetaan 72 §:n perusteluissa:

⁵¹ HE 50/2006 s.116.

⁵² Pöykkylä, 2010, s.6.

⁵³ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s.688.

⁵⁴ Kts. esim. Kuusniemi-Laine -Takala, 2008, s.189.

”Tarjousten valinnassa käytettävien vertailuperusteiden tulisi pääsääntöisesti liittyä hankinnan kohteeseen. Siten vastaavasti kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä ei tulisi käyttää tarjousten arvioinnissa.”⁵⁵”

Hankintalain 62 § perustelut näyttäisi myös kieltävän referenssien käytön vertailuperusteena EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa:

”...ettei tarjousten vertailuperusteina tule käyttää tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden referenssien lukumäärää, vaan kysymyksessä on peruste, jolla varmistetaan tarjoajan soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen. Korkein hallinto-oikeus on myös katsonut päätöksissään KHO 6.10.2004 sekä KHO 12.12.2003 taltio 3202, että tarjousten arvioinnissa ei tulisi käyttää tarjoajien teknisiin, taloudellisiin ja muihin edellytyksiin liittyviä perusteita, vaan toteutettavan hankinnan kohteeseen liittyviä perusteita.”⁵⁶”

Referenssien osalta edellä siteeratussa 62 §:n perusteluissa viitataan jäljempänä tässä tutkielmassa käsiteltävään GAT-ratkaisuun. Ratkaisua tulkitaan hallituksen esityksessä näkemykseni mukaan osin turhan tiukasti siten, että ratkaisu tarkoittaisi sitä, että referenssit liittyvät ainoastaan kelpoisuusarviointiin eikä niitä tulisi käyttää missään tilanteessa vertailuperusteena. Myös MAO on omaksunut tämän tulkinnan⁵⁷. Oikeuskirjallisuudessa Eskola ja Ruohoniemi kritisoivat esitöissä omaksuttua tulkintaa GAT-ratkaisusta ja pitävät tulkintaa liian ahtaana. He katsovat, etteivät hankintadirektiivi sen enempää kuin EY-tuomioistuinten oikeuskäytäntökään estä samojen vertailuperusteiden käyttöä.⁵⁸

GAT- ratkaisua voisi tulkita niinkin, että niin sanotut suppeat referenssilistat ovat kiellettyjä vertailuperusteita, mutta kattavia referenssejä, jotka liittyvät hankinnan kohteeseen ja mittaavat kokonaistaloudellista edullisuutta saadaan käyttää vertailuperusteina.⁵⁹

Pykälä mahdollistaa esimerkiksi lisäpisteiden antamisen vähimmäisvaatimukset ylittävästä ammattitaidosta. Tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävät suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutushankinnat sekä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnat ja

⁵⁵ HE 50/2006, s. 116.

⁵⁶ HE 50/2006, S. 106.

⁵⁷ Kts. Jäljempänä tarkemmin selostettava MAO:n ratkaisu 467/2010.

⁵⁸ Eskola, Ruohoniemi, 2007, s. 304.

⁵⁹ Kts. Edellä kappaleessa 3.3.1.3 käsitelty GAT-ratkaisu

erityistä ammattitaitoa vaativat rakennushankkeet ovat hallituksen esityksen mukaan tyypillisiä esimerkkejä tapauksista joihin vähimmäisvaatimukset ylittävä kelpoisuus voitaisiin huomioida.⁶⁰

Kansallisessa hankintalainsäädännössä on, kuten edellä selostetusta käy ilmi, hankintayksiköille annettu enemmän joustovaraa kansallisissa hankinnoissa kuin EU-hankinnoissa mikä perustuu 72 §:n ja 62 §:n eroihin. Hankintayksikölle on tietyissä palveluhankintoja ja rakennusurakoita koskevissa hankinnoissa sallittu tarjoajan ominaisuuksien käyttö vertailuperusteina. Tämä mahdollisuus on kuitenkin säädetty kosemaan ainoastaan kansallisia hankintoja ja silloinkin niiden käyttö on rajattu ainoastaan niihin tilanteisiin, joissa hankinta edellyttää erityistä asiantuntemusta, ammattitaitoa ja henkilökohtaista palvelusuoritusta tai rakennustyötä.⁶¹

3.2.2. Hankintadirektiivi ja hankintadirektiivin uudistus

Julkisten hankintojen sääätely EY-tasolla sai alkunsa 1971 annetulla direktiivillä 71/305/ETY⁶². Direktiiviä seurasivat nykyiset hankintadirektiivit 2004/17/EY⁶³ ja 2004/18/EY⁶⁴. Direktiivien päätavoitteena on läpinäkyvien ja syrjimättömien menettelyjen takaaminen. Direktiivien tarkoituksena on varmistaa, että ”talouden toimijat hyötyvät täysimääräisesti perusvapauksista julkisten hankintojen alalla”⁶⁵. Nykyisissä direktiiveissä tavoitteita on laajennettu ja niissä on otettu huomioon muitakin politiikan aloja kuten ympäristönsuojelu, sosiaalilainsäädäntö ja korruption torjunta.⁶⁶

Hankintalain säätämisen taustalla on 31.3.2004 annetut julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, eli niin sanottu hankintadirektiivi sekä julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin

⁶⁰ HE 50/2006 s.116

⁶¹ Ukkola, 2011, s. 331.

⁶² Neuvoston direktiivi 71/305/ETY, annettu 26 päivänä heinäkuuta 1971, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (EYVL L 185, 16.8.1971, s. 5).

⁶³ Ns. erityisalojen hankintadirektiivi.

⁶⁴ Ns. Hankintadirektiivi.

⁶⁵ Vihreä kirja, s.4.

⁶⁶ Vihreä kirja, s.4.

sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi (665/1989/ETY, 1. valvontadirektiivi tai oikeusturvadirektiivi). Erityisaloja koskee vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2004/17/EY, erityisalojen hankintadirektiivi) sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi (92/13/ETY, 2. valvontadirektiivi tai oikeusturvadirektiivi). Molempia oikeusturvadirektiivejä on lisäksi muutettu neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä (2007/66/EY).

Tässä tutkielmassa keskitytään etupäässä ensiksi mainittuun direktiiviin (2004/18/EY). Hankintadirektiivillä tarkoitetaan tässä tutkielmassa edellä mainittua direktiiviä ellei toisin mainita.

Direktiivien sääntely on toisaalta valtavan yksityiskohtaista esimerkiksi määräaikojen sääntelyn osalta, mutta toisaalta sääntely tarjousten vertailun ja pisteytyksen osalta on puutteellista. Direktiiveistä puuttuvat selkeät oikeusohjeet edellä mainittujen seikkojen osalta.⁶⁷

Kuten edellä 62 §:n käsittelyn yhteydessä todettiin, EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskeva 62 § perustuu hankintadirektiivin johdanto-osan 46 kappaleeseen ja direktiivin 53 artiklaan. Hankintadirektiivin johdanto-osan 46 kappaleessa säädetään:

”Hankintasopimukset olisi tehtävä puolueettomin perustein, joilla varmistetaan avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteiden noudattaminen ja joilla taataan, että tarjous arvioidaan todellisen kilpailun olosuhteissa. Tämän vuoksi on syytä hyväksyä vain kaksi hankintasopimuksen tekoperustetta: alhaisin hinta ja kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous.”

...

⁶⁷ Pekkala, 2010, s.29.

”Jos hankintaviranomaiset päättävät tehdä sopimuksen kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, niiden olisi arvioitava tarjoukset hintalaatusuhteeltaan parhaan tarjouksen määrittämiseksi. Tätä varten niiden on määritettävä taloudelliset ja laadulliset perusteet, joiden nojalla olisi voitava määrittää hankintaviranomaiselle kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Nämä perusteet on määriteltävä sopimuksen kohteen mukaisesti siten, että niiden perusteella voidaan arvioida kunkin tarjouksen suoritustaso suhteessa teknisissä eritelmissä määritettyyn sopimuksen kohteeseen sekä kunkin tarjouksen hintalaatusuhde.

Tasavertaisen kohtelun takaamiseksi olisi tarjouksia voitava sopimuksen tekoperusteiden ansiosta vertailla ja arvioida puolueettomasti. Jos nämä edellytykset täyttyvät, taloudelliset ja laadulliset sopimuksetekoperusteet kuten myös ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyvät perusteet voivat antaa hankintaviranomaiselle mahdollisuuden vastata asianomaisen yleisön tarpeisiin sellaisina kuin ne ilmoitetaan hankintasopimuksen teknisissä eritelmissä. Hankintaviranomainen voi samoin edellytyksin käyttää yhteiskunnallisten vaatimusten täyttämiseksi perusteita, jotka määritellään teknisissä eritelmissä ja jotka vastaavat sellaisen erityisen heikossa asemassa olevan väestönosantarpeisiin, johon sopimuksen kohteena olevan rakennusurakan tai tavara- tai palveluhankinnan edunsaajat tai käyttäjät kuuluvat.”⁶⁸

Direktiivin mukaan siinä julkilausutut periaatteet (avoimuus, syrjimättömyys ja tasapuolinen kohtelu) toteutetaan hyväksymällä hankintasopimuksen tekoperusteeksi ainoastaan alhaisin hinta tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjouksen. Edellä mainittu vastaa sitä mitä hankintalain 62.1 §:ssa säädetään.

Hankintadirektiivin 53 artiklassa säädetään hankintasopimuksen tekoperusteista:

”1. Rajoittamatta tietyistä palveluista suoritettavia korvauksia koskevien kansallisten lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten soveltamista hankintaviranomaisten on käytettävä seuraavia hankintasopimusten tekoperusteita:

a) kun hankintasopimus tehdään hankintaviranomaisen kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella, kyseessä olevan hankintasopimuksen kohteeseen liittyviä erilaisia perusteita: esimerkiksi laatua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannus-

⁶⁸ 2004/18/EY. Johdanto-osan kappale 46.

tehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, toimituspäivää sekä toimitus- tai toteutusaikaa; tai

b) yksinomaan alinta hintaa.

2. Edellä 1 kohdan a alakohdan mukaisessa tapauksessa hankintaviranomaisen on täsmennettävä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi valitseman kunkin perusteen suhteellinen painotus hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa tai, jos on kyse kilpailullisesta neuvottelumenettelystä, hankekuvauksessa, sanotun kuitenkaan rajoittamatta kolmannen alakohdan säännösten soveltamista. Painotukset voidaan ilmaista määrittämällä ääriarjoiltaan kohtuullinen suuruusluokka. Jos hankintaviranomainen katsoo, että painottaminen ei todistettavasti ole mahdollista, se ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa tai, jos on kyse kilpailullisesta neuvottelumenettelystä, hankekuvauksessa perusteiden tärkeysjärjestyksen.”

53 artiklan a-kohdan esimerkkilista hyväksyttävistä vertailuperusteista vastaa sisällöltään hankintalain 63 §:n listaa. Hankintalain 62.3 §:n vastaa sisällöltään direktiivin 53 artiklan 2-kohtaa.

Hankintadirektiiviä ollaan parhaillaan uudistamassa. Kyseessä on kokonaisuudistus, jolla korvataan viimeisin hankintadirektiivi 2004/18/EY ja erityisalojen hankintadirektiivi 2004/17/EY. Uusi hankintadirektiivini on saatettava voimaan 30.6.2014 mennessä. Uusi hankintadirektiivi, muuttaisi olennaisella tavalla myös hankintalakia. Uuden direktiivin 66 artiklassa säädettäisiin hankintasopimuksen tekoperusteista seuraavalla tavalla:

”1... hankintaviranomaisten on käytettävä yhtä seuraavista julkisten hankintasopimusten tekoperusteista:

a) kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous,

b) alin hinta.

Kustannukset voidaan hankintaviranomaisen niin halutessa arvioida ainoastaan hinnan perusteella tai kustannustehokkuuden perusteella käyttämällä esimerkiksi elinkaarikustannusmallia 67 artiklassa vahvistetuin edellytyksin.

2. Hankintaviranomaisen kannalta 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous määritellään kyseisen hankintasopimuksen kohteeseen liitty-

vien perusteiden mukaan. Näihin perusteisiin on kuuluttava 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetun hinnan tai kustannusten lisäksi muita kyseisen hankintasopimuksen kohteeseen liittyviä seuraavanlaisia perusteita:

a) laatu, joka kattaa tekniset ansiot, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet, esteettömyyden, kaikkien käyttäjien vaatimukset täyttävän suunnittelun, ympäristönäkökohdat ja innovatiivisen luonteen;

b) palvelusopimusten ja rakennusurakoiden suunnittelua koskevien sopimusten osalta voidaan ottaa huomioon sopimuksen toteutukseen osoitetun henkilöstön organisointi, pätevyys ja kokemus, jolloin kyseistä henkilöstöä ei hankintasopimuksen tekemisen jälkeen saa vaihtaa ilman hankintaviranomaisen suostumusta, koska hankintayksikön on varmistettava, että organisointi ja laatu säilyvät vastaavina vaihdoksista huolimatta;

c) huolto ja tekninen tuki, toimituspäivä sekä toimitus- tai toteutusaika;

d) rakennusurakan, toimitusten tai palvelujen tuotannossa tai suorittamisessa tai missä tahansa 2 artiklan 22 kohdassa tarkoitetun elinkaaren vaiheessa käytetty prosessi siinä määrin, kun nämä perusteet on määritelty 4 kohdan mukaisesti ja ne koskevat tekijöitä, jotka liittyvät suoraan näihin prosesseihin, ja ovat luonteenomaisia tälle tietylle tuotantoprosessille taikka kyseisten rakennusurakoiden, toimitusten tai palvelujen suorittamiselle.

3. Jäsenvaltiot voivat säätää, että tietyntyyppiset hankintasopimukset on tehtävä 1 kohdan a alakohdassa ja 2 kohdassa tarkoitetun kokonaistaloudellisesti edullisimmantarjouksen perusteella.

4. Hankintasopimuksen tekoperusteet eivät saa antaa hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta. Niillä on varmistettava todellisen kilpailun mahdollisuus ja niihin on liitettävä vaatimuksia, jotka mahdollistavat tarjoajan esittämien tietojen tosiasiallisen tarkistamisen. Hankintaviranomaisten on tarjoajien toimittamien tietojen perusteella tosiasiallisesti tarkistettava, täyttävätkö tarjoajat hankintasopimuksen tekoperusteet.

5. Edellä olevan 1 kohdan a alakohdan mukaisessa tapauksessa hankintaviranomaisen on täsmennettävä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi valitsemansa kunkin perusteen suhteellinen painotus hankintailmoituksessa, kiinnostuksen vahvistamista koskevassa pyynnössä tai hankinta-asiakirjoissa tai, jos on kyse kilpailullisesta neuvottelumenettelystä, hankekuvauksessa. Painotus voidaan ilmaista määrittämällä suuruusluokka, jonka ääriarvojen väli on tarkoituksenmukainen.

Jos painotusta ei objektiivisista syistä voida tehdä, hankintaviranomaisen on ilmoitettava perusteiden aleneva tärkeysjärjestys.”⁶⁹

Kun verrataan uuden hankintadirektiivin, edellä auki kirjoitettua, 66 artiklaa tällä hetkellä voimassa olevan hankintadirektiivin⁷⁰ 53 artiklaan huomataan, että ensin mainituksa määrittellään sopimuksen tekoperusteet huomattavasti laajemmin. Keskeiset periaatteet säilyvät uudessa hankintadirektiivissä samoina. Tosin esimerkiksi laatu määrittellään tarkemmin. Voimassa oleva hankintadirektiivi säätää sopimuksen tekoperusteista verraten suppeasti.

Myös uudessa hankintadirektiivissä edellytetään soveltuvuusarvioinnin ja tarjousvertailun erottamista toisistaan. Prosessin kaksivaiheisuutta perustellaan uuden hankintadirektiivin pohjana toimivassa komission vihreässä kirjassa seuraavasti:

”Valinta- ja sopimuksetekoperusteiden erottaminen toisistaan takaa tasapuolisuuden ja objektiivisuuden tarjousten vertailussa. Tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden, kuten kokemuksen ja pätevyyden, hyväksyminen sopimuksetekoperusteiksi voisi heikentää huomioonotettavien tekijöiden vertailukelpoisuutta ja viime kädessä olla vastoin yhtäläisenkohtelun periaatetta. Tarjouksen tekijään liittyviin perusteisiin nojautuminen saattaa siksi johtaa myös kilpailun vääristymiseen. Jos tähän suuntaan tähtäviä ehdotuksia ylipäätään esitetään, niitä tulisi harkita vain rajatuissa olosuhteissa, esimerkiksi tietyntyyppisissä sopimuksissa, joissa käytettävissä olevan henkilöstön pätevyydellä ja ansioilla on erityinen merkitys.

Joka tapauksessa olisi tarkasteltava hyvin varovasti kaikkia muutoksia, jotka vaikuttavat valinta- ja sopimuksetekoperusteiden erillisyyden periaatteeseen. Voidaan tarvita lisätakeita menettelyjen tasapuolisuuden ja objektiivisuuden varmistamiseksi.”

⁶⁹ Komission ehdotus uudeksi hankintadirektiivin artikla 66.

⁷⁰ Hankintadirektiivi 2004/18/EY.

Prosessin kaksivaiheisuuden on, siis kuten vihreän kirjan tekstistä käy ilmi, tarkoitus turvata tarjoajien tasapuolinen ja objektiivinen kohtelu tarjousvertailussa. Hankintaviranomaiset ovat joskus esittäneet, että heillä pitäisi tietyissä olosuhteissa olla mahdollisuus arvioida tarjous ensin vertailuperusteita vasten prosessin nopeuttamiseksi. Prosessi nopeutuisi koska vertailuperusteita tarvitsisi tällöin tarkastella vain voittavan tarjouksen osalta. Komissio suhtautuu kuitenkin varovasti tällaisen mahdollisuuden antamiseen hankintaviranomaiselle:

”Tällaisen mahdollisuuden tarkoituksenmukaisuutta olisi kuitenkin analysoitava huolellisesti. Hallinnollisten rasitteiden aito keveneminen on kuviteltavissa vain tietyissä olosuhteissa. Valintaperusteiden tarkastelu sopimuksentekoperusteiden jälkeen olisi järkevää vain siinä tapauksessa, että sopimuksentekoperusteet voidaan arvioida helposti ja nopeasti kaikkien tarjoajien osalta. Näin voisi olla erityisesti sopimuksenteossa, joka koskee vakiotavaroiden hankintaa alimpaan hintaan. Tätä lähestymistapaa olisi kuitenkin hankala noudattaa rajoitetussa tai neuvottelumenettelyssä – joissa tarjousten tekemiseen tai neuvotteluun kutsuttavat ehdokkaat valitaan tavanomaisesti laadullisten valintaperusteiden pohjalta – sekä käytettäessä kelpuuttamisjärjestelmiä.”

Vihreän kirjan mukaan eräät sidosryhmät ovat esittäneet, että mahdollisuus ottaa huomioon sopimuksentekoperusteena tarjouksen tekijään liittyvät perusteet voisi johtaa parempaan hankintatulokseen. Tarjouksen tekijään liittyvinä ominaisuuksina mainitaan tässä yhteydessä esimerkiksi pätevyys ja kokemus.⁷¹ Komissio ottaa kielteisen kannan tarjoajien ominaisuuksien, kuten kokemuksen ja pätevyyden huomioimiseen sopimuksenteko eli vertailuperusteina tarjousvertailussa. Komission mukaan tarjoajan ominaisuuksien huomioiminen tarjousvertailussa saattaisi heikentää huomioonotettavien tekijöiden vertailukelpoisuutta. Pahimmillaan tämä saattaisi komission mukaan johtaa kilpailun vääristymiseen. Tarjoajan ominaisuuksien käyttö vertailuperusteina tulisikin komission esittämän kannan mukaan varata vain erityistilanteisiin, joissa henkilöstön pätevyydellä on erityinen merkitys. Näin on myös tehty ehdotuksessa. Vihreä kirja ei tarkemmin täsmennä mitä ”erityistilanteilla”, joissa henkilöstön pätevyydellä on merkitystä” tarkoitetaan. Esimerkkinä tällaisista ”erityistilanteista joissa henkilöstön pätevyydellä on merkitystä” voisi olla vaikka terveydenhoidon palveluhankinnat, joissa hoitohen-

⁷¹ Komission vihreä kirja, 2011, s. 16-18.

kilökunnan koulutuksella, kokemuksella ja pätevyydellä on erityinen merkitys sekä potilasturvallisuuden että kokonaistaloudellisen edullisuuden kannalta. Toisena esimerkkinä voidaan mainita asiantuntijapalvelut, joissa hankinnan suorittavan henkilöstön pätevyydellä on merkitystä.

Komission esityksessä uudeksi hankintadirektiiviksi⁷² tarjoajan ominaisuuksien käyttö tarjousvertailussa tulisi varata vain erityistilanteisiin. Ehdotuksessa kokemuksen ja pätevyyden käyttö vertailuperusteena sallitaan palvelusopimusten suunnitteluun ja rakennusurakoiden suunnitteluun. Direktiivi asettaa lisäehdoksi sen, että mikäli toteuttavan henkilöstön pätevyyteen liittyviä seikkoja käytetään vertailuperusteina, ei kyseistä henkilöstöä saa hankintasopimuksen tekemisen jälkeen vaihtaa, ilman hankintaviranomaisen suostumusta.⁷³

Edellä mainitun lisävaatimuksen asettaminen on loogista ja perusteltua laadun varmistamiseksi. Ei olisi kovinkaan tarkoituksenmukaista jos tarjoaja voisi ensin esittää hankinnan kohdetta toteuttamaan parhaan ja kokeneimman henkilöstönsä tullakseen valituksi ja sitten urakan suorittaisikin aivan muu mahdollisesti ”epäpätevämpi” henkilöstö. Tällöin hankintayksikkö niin sanotusti saisi jotain muuta kuin tilasi eikä valituksi käytännössä tullutkaan paras vaihtoehto. Varsinkin jos henkilöstön pätevyyttä olisi painotettu tarjousvertailussa voimakkaasti.

Huomionarvoista esityksessä on erityisesti palvelusopimusten ja rakennusurakoiden suunnittelua koskeva 2 b kohta joka selkeyttää aiempaa hiukan epäselvää oikeustilaa sallimalla henkilöstön organisoinnin, kokemuksen ja pätevyyden käyttämisen vertailuperusteena.

Suomessa tällä hetkellä voimassa olevaa hankintadirektiiviä ja EUTI:n oikeuskäytäntöä on tulkittu siten, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ei saa käyttää vertailuperusteena esimerkiksi ammatillista pätevyyttä, jonka on katsottu kuuluvan soveltuvuusarviointiin⁷⁴. Komissio on ilmeisesti uudella hankintadirektiivillä halunnut selkeyttää osin monitulkintaista hankintadirektiiviä ja kirjavaa oikeuskäytäntöä sekä yhtenäistää eri jäsenmaissa noudatettavia menettelyjä.

⁷² Komission ehdotus uudeksi hankintadirektiiviksi.

⁷³ Komission ehdotus uudeksi hankintadirektiiviksi 66 artikla 2-kohta b alakohta.

⁷⁴ HE 50/2006 s.116.

3.3. Oikeuskäytäntö

Yleistäen voidaan todeta, että kansallisessa oikeuskäytännössämme on suhtauduttu varauksellisesti tarjoajan ominaisuuksien huomioimiseen vertailuperusteina EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Näin siitakin huolimatta, että jäljempänä selostetuissa EYTI:n ja ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisuksista⁷⁵ ja hankintadirektiivin 44 artiklaa tulkitsemalla voisi päätyä myös sallivampaan tulkintaan.

Kansallisessa oikeuskäytännössä on 72 §:n soveltamistilanteissa sallittu muun muassa referenssien käyttö vertailuperusteina edellyttäen, että niitä ei ole käytetty soveltuvuusarviointivaiheessa. Lisäksi on edellytetty, että kelpoisuusarviointi on selkeästi erotettu tarjousvertailusta. Markkinaoikeus korostaa ratkaisussaan menettelyn kaksivaiheisuutta ja sitä, että menettely on avointa ja tasapuolista.⁷⁶ Menettelyn kaksivaiheisuutta on korostettu hankintalain esitöissä⁷⁷ ja EYTI:n edellä alla selostetuissa ratkaisuissa.

3.3.1. Concordia bus Finland

Concordia bus Finland ratkaisussa⁷⁸ EU-tuomioistuin ottaa kantaa kysymykseen: saako hankintayksikkö käyttää ympäristöseikkoja vertailuperusteina? Kyseisessä tapauksessa oli kyse Helsingin kaupungin bussiliikenteen kilpailuttamisesta. Siinä Helsingin kaupunki oli asettanut yhdeksi vertailuperusteeksi tarjotun kaluston ympäristöystävällisyyden. Ympäristöystävällisyyden mittareina Helsingin kaupunki käytti bussien typpidioksidipäästöjä ja melutaso. Kriteerit olivat myös pisteytetty. Tarjouskilpailun voitti HKL koska sen kalusto oli edellä mainituilla mittareilla mitattuna ympäristöystävällisempi.

⁷⁵ Ks. jäljempänä käsiteltävät EYTI:n ratkaisut (Renco, Lianakis ja Corcordia bus).

⁷⁶ MAO 83/07 ja 84/07.

⁷⁷ Kts. HE 50/2006.

⁷⁸ Asia C-513/99 2002 *Concordia Bus Finland*.

Tarjouskilpailussa toiseksi tullut Concordia bus Finland vaati hakemuksessaan kilpailuneuvostolle hankintapäätöksen kumoamista. Vaatimuksensa perusteena Concordia bus vetosi muun muassa siihen, että lisäpisteiden myöntäminen tietyn typpidioksidipäästörajan ja melutasorajan alittavasta kalustosta on epätasapuolista ja syrjivää. Concordia bus katsoi, että lisäpisteiden antaminen edellä mainituilla perusteilla oli syrjivää koska ainoastaan HKL:llä oli käytössään bussikalustoa, joka mahdollisti alhaiset ympäristövaikutukset. Lisäksi Concordia katsoi, että ympäristöystävällisyys ei välittömästi liity kokonaistaloudellisuuden arviointiin. HKL oli ainoa toimija markkinoilla jolla oli käytössään maakaasubusseja joilla päästiin alhaisiin typpidioksidipäästöihin. Selvyiden vuoksi on todettava, että tarjouskilpailussa toiseksi tullut Concordia olisi voittanut tarjouskilpailun, jos ympäristöystävällisyydestä saatuja pisteitä ei olisi otettu huomioon.

EY-tuomioistuin päätyy ratkaisussaan siihen, että hankintaviranomainen ”saa ottaa huomioon sellaisia ympäristönäkökohtia kuin linja-autojen typpidioksidipäästöjen taso tai melutaso edellyttäen, että:

1. perusteet liittyvät hankinnan kohteeseen,
2. eivät anna hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta,
3. ne ovat nimenomaisesti mainittu tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa ja
4. ne noudattavat kaikkia yhteisön oikeuden periaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta.

Edellä mainittu lista on otettu lähes sellaisenaan myös EU:n julkisten hankintojen ympäristökäsikirjaan⁷⁹.

Lisäksi tuomioistuin toteaa, ettei yhdenvertaisen kohtelun periaate estä ”*sellaisten ympäristönsuojeluun liittyvien perusteiden huomioonottamista, pelkästään sen vuoksi, että hankintayksikön oma liikennelaitos kuuluu niihin harvoihin yrityksiin, joiden on mah-*

⁷⁹ Euroopan yhteisöt, Ympäristöä säästäviä hankintoja. Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa, 2005, s. 32.

*dollista tarjota näiden perusteiden mukaiset vaatimukset täyttävää kalustoa.*⁸⁰ Tuomioistuin katsoi, että koska hankintadirektiivissä viitataan tarjouksen esteettisiä ominaisuuksia koskevaan perusteeseen, eikä siis puhtaasti taloudellisiin seikkoihin on myös ympäristöseikat lupa ottaa huomioon vertailuperusteena (kts. Concordia tuomion kohta 55).

Concordia ratkaisu on annettu vanhan hankinta-asetuksen voimassaolon aikana jolloin hankintadirektiivit⁸¹ eivät sisältäneet nimenomaista mainintaa ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta. Tuomioistuin viittasikin tältä osin aiempaan oikeuskäytäntöön⁸². Edellä mainitussa ratkaisussa tuomioistuin toteaa, että direktiivissä ei tyhjentävästi luetella sallittuja arviointiperusteita. Concordia bus-ratkaisun mukainen tulkinta on sittemmin vahvistettu esimerkiksi EYTI:n antamassa ratkaisussa *EVN AG et Wienström GmbH v Itävalta*⁸³. Nykyiseen hankintadirektiiviin ja hankintalakiin on otettu mahdollisuus huomioida ympäristöseikat hankinnoissa⁸⁴. Euroopan komissio on julkaissut käsikirjan ympäristönäkökohtien huomioimisesta julkisissa hankinnoissa⁸⁵.

Ratkaisullaan EY-tuomioistuin avasi tien ympäristönäkökohtien huomioimiselle hyväksyttävänä vertailuperusteena vaikka niistä ei suoranaista rahassa mitattavaa lisäarvoa saavutetakaan⁸⁶. Hyöty ympäristönäkökohtien huomioonottamisessa näkyy tässä tapauksessa lähinnä puhtaampana kaupunki-ilmana ja mahdollisesti yleisenä etuna ei niinkään minään rahassa mitattavana seikkana.⁸⁷

⁸⁰ Asia C-513/99 2002 *Concordia Bus Finland*

⁸¹ Neuvoston direktiivit 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, 93/36/ETY julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta sekä 93/37/ETY julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

⁸² Asia C-19/99, *Siac Construction*, tuomion kohta 35.

⁸³ Asia C-448/01, *EVN AG et Wienström GmbH v Itävalta*.

⁸⁴ Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivin 2004/18/EY, 53 art 1 a kohta ja hankintalain 62 § ja 72 §.

⁸⁵ Kts. Euroopan yhteisöt, Ympäristöä säästäviä hankintoja. Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa, 2005.

⁸⁶ HE 50/2006, s. 106.

⁸⁷ Pöykkylä, 2010, s. 3-4.

3.3.2. Renco

Renco- ratkaisu on ensimmäisen asteen tuomioistuimen antama ratkaisu, jossa tuomioistuin toteaa, että tarjousten vertailussa voi ottaa huomioon myös tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä piirteitä. Tuomioistuin toteaa ratkaisussaan:

”69 Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, kuten neuvosto on täsmentänyt (ks. edellä 47 kohta), hankintaeritelmässä mainitut kahdeksan perustetta ovat tarjouksen vaatimustenmukaisuutta koskevaa ensimmäistä perustetta lukuun ottamatta luonteeltaan laadullisia ja määrällisiä. Koska tarjouksen vaatimustenmukaisuutta koskeva valintaperuste on ehdoton, tarjous on hylättävä, jos se ei ole hankintaeritelmän mukainen. Toinen valintaperuste, eli tarjouksen hinta, on luonteeltaan määrällinen ja muodostaa objektiivisen perustan kunkin tarjouksen kustannusten ja hintojen vertailulle. Kuusi muuta perustetta ovat kaikki luonteeltaan laadullisia, ja niiden pääasiallinen tehtävä on tarkistaa, että jokaisella tarjouksen tekijällä on hankintasopimuksen töiden suorittamista varten keskeiset taidot ja kyvyt. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että vaikka nämä kuusi valintaperustetta, joihin kuuluu yrityksen kokemus ja tekniset kyvyt ja mahdollisten ehdotettujen alihankkijoiden taso, eivät ole ehdottomia tai määrällisiä kuten kaksi ensimmäistä, ne eivät kuitenkaan ole epäselviä ja niitä kaikkia voidaan arvioida objektiivisesti ja konkreettisesti. Lisäksi on korostettava, että sellaiset valintaperusteet kuten yrityksen kokemus ja tekniset kyvyt ja mahdollisten ehdotettujen alihankkijoiden taso, ovat seikkoja, jotka voivat vaikuttaa tarjouksen arvoon ja kuuluvat, toisin kuin mitä kantaja väittää, hankintaeritelmän valintaperusteisiin.”

Viimeisessä virkkeessä tuomioistuin toteaa, että kokemus ja tekniset kyvyt ja mahdollisten alihankkijoiden taso ovat hyväksyttäviä vertailuperusteita koska ne voivat vaikuttaa tarjouksen arvoon. Kuten olen edellä selostanut, vertailuperusteiden jotta ne olisivat hyväksyttäviä, on liityttävä kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin. Tuomioistuin näyttäisi ratkaisussaan katsovan, että edellä mainitut yrityksen ominaisuudet vaikuttavat hankinnan taloudellisuuden arviointiin. Tuomioistuimen mukaan:

”68 Tästä seuraa, että direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 1 kohdan b alakohtaa ei voida tulkita siten, että jokaisen neuvoston valitseman perusteen taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi olisi välttämättä oltava määrällinen tai pelkästään hintaluetelon hintoihin suuntautuva. Eri seikat, jotka eivät ole puhtaasti määrällisiä, voivat nimittäin vaikuttaa töiden suorittamiseen ja näin ollen tarjouksen taloudelliseen arvoon. Näin ollen tarjouksen tekijän ja sen työryhmän kokemus ja tekniset kyvyt, tottumus kyseessä olevassa hankintasopimuksessa tarkoitetun tyyppisiin hankkeisiin ja ehdotettujen alihankkijoiden taso ovat kaikki laadullisia seikkoja, jotka voivat aiheuttaa viivästyksiä töiden suorittamisessa tai tarvetta ylimääräisiin töihin, jos ne eivät vastaa hankintasopimuksessa edellytettyä tasoa. Tästä seuraa, että vaikka tiettyjä hankintaeritelmässä mainittuja perusteita sen arvioimiseksi, kykeneekö tarjouksen tekijä suorittamaan työt, ei ole ilmoitettu määrällisesti, niitä voidaan soveltaa objektiivisesti ja yhdenmukaisesti tarjousten vertaamista varten ja niillä on selkeästi merkitystä taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi.”⁸⁸

Lianakis-ratkaisu⁸⁹, joka sijoittuu Renco-ratkaisun jälkeiseen aikaan, on osin ristiriidassa Renco-ratkaisun kanssa⁹⁰. Siinä missä ensimmäisen asteen tuomioistuin Rencossa hyväksyy tarjouksen tekijän ja työryhmän kokemuksen⁹¹ vertailuperusteena EUTI Lianakiksessa toteaa, että kokemus, pätevyys ja resurssit eivät voi olla sopimuksen tekemisen perusteita⁹². Molemmissa tuomioissa tuomioistuimet ovat sen sijaan katsoneet, että ollakseen hyväksytty vertailuperusteen tulee liittyä kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin.

⁸⁸ Asia T-4/01, Renco.

⁸⁹ Ks. Asia C-532/06, Lianakis, tuomion kohta 30.

⁹⁰ Treumer, 2009.

⁹¹ Kts. Renco tuomion kohta 68.

⁹² Ks. Asia C-532/06, Lianakis tuomion kohta 31.

3.3.3. GAT

Niin sanotussa GAT-tapauksessa (Gesellschaft für Abfallensorgungs-Technik GmbH) EY-tuomioistuin vastasi kysymykseen: voidaanko luettelo tärkeimmistä aikaisemmista toimituksista eli niin sanottuja referenssejä ottaa huomioon tarjousvertailussa? Tapauksessa hankintayksikkö oli käyttänyt sopimuksen tekemisen perusteina eli vertailuperusteina suppeita referenssilistoja. Tarjoajan referenssilistasta ilmeni ainoastaan tarjoajan aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä. Tällaista referenssilistaa tuomioistuin piti liian suppeana. Tuomioistuin toteaa ratkaisussaan seuraavaa:

”Lisäksi pääasiassa kyseessä olevassa tarjouspyynnössä edellytetyn kaltainen viiteasiakirja tai referenssiluettelo, josta ilmenevät ainoastaan tarjoajan aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä mutta jossa ei ole muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei sisällä muita täsmällisiä seikkoja, joiden avulla direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu taloudellisesti edullisin tarjous voitaisiin yksilöidä. Tällainen referenssiluettelo ei näin ollen voi missään tapauksessa olla tässä säännöksessä tarkoitettu sopimuksen tekemisen peruste⁹³.”

Seuraavassa tuomioistuin ottaa kantaa siihen voidaanko referenssejä ylipäätään käyttää sopimuksen tekemisen perusteina eli vertailuperusteina:

”Julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 93/36/ETY vastaista on se, että julkisia hankintoja koskevassa tarjouspyyntömenettelyssä hankintaviranomainen ottaa tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden referenssien lukumäärän huomioon sopimuksen tekemistä koskevassa perusteena sen sijaan, että sitä käytettäisiin perusteena, jonka mukaan varmistetaan tarjoajien soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen⁹⁴.”

Ratkaisun sanamuodon mukainen tulkinta näyttäisi johtavan kahteen päätelmään: 1) että liian suppeita referenssilistoja, joissa mainitaan vain aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä ei voida käyttää soveltuvuuden arvioinnin perusteina ja, 2) että referens-

⁹³ Asia C-315/01, (GAT), Kts. tuomion kohta 66.

⁹⁴ Asia C-315/01, GAT. Kts. päätöksen päätösoosan kohta 2.

sien käyttö vertailuperusteena on kielletty ja että niitä voitaisiin käyttää ainoastaan arvioitaessa tarjoajan soveltuvuutta. Muunlaisiakin tulkintoja oikeustieteen parissa on ratkaisusta esitetty. Esimerkiksi Arrowsmith'n näkemyksen mukaan tuomioistuimien ei GAT-ratkaisussaan poissulje referenssien käytön mahdollisuutta vertailuperusteena. Hän katsoo, että tarjoajan ominaisuuksiin viittaavaa referenssitietoa voidaan käyttää vertailuperusteena edellyttäen, että tiedot ovat riittävän laajat ja niiden perusteella pystytään arvioimaan, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin.⁹⁵ Myös Lindfors on artikkelissaan samoilla linjoilla Arrowsmith'n kanssa. Hän katsoo, että GAT-ratkaisusta ei voida päätellä, ettei referenssejä voitaisi sisällöllisesti käyttää apuna arvioitaessa hyödykkeen laatua. Tällöin kyse ei ole asiakaskunnan laajuuteen viittaamisesta vaan itse hyödykkeen laadusta, josta osoituksena ovat muilta käyttäjiltä saadut referenssit.⁹⁶ Ukkola katsoo, että referenssejä koskeva vaatimus ei välttämättä automaattisesti ole soveltuvusehto tai vertailuperuste vaan, että jaotteluun vaikuttaa se miten toimittajan antaa informaatiota arvioidaan.⁹⁷

Hankintalain esitöissä, tarjouksen valintaa kansallisissa hankinnoissa koskevan 72 §:n perusteluissa, todetaan muun muassa GAT-tuomioon vedoten, että: ”... referenssit ovat sellaisia tekijöitä, jotka liittyvät ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuteen eikä niitä tulisi hankintadirektiivin mukaisissa hankinnoissa käyttää tarjouksen valinnassa.”⁹⁸ Esitöiden mukaan hankintadirektiivin 44 artiklaa ja GAT-ratkaisua on tulkittava siten, että referenssit ovat tarjoajan ominaisuuksien liittyviä seikkoja ja kuuluvat soveltuvuuden arviointiin eikä niitä saa käyttää tarjousvertailussa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Esitöissä on omaksuttu erittäin ahdas tulkinta EY-tuomioistuimen käytännöstä ja hankintadirektiivistä. Tulkinnalle ei ole saatavissa tukea GAT-ratkaisun tai hankintadirektiivin 44 artiklan sanamuodosta.⁹⁹

⁹⁵ Arrowsmith, 2005, kohta 7.109.

⁹⁶ Lindfors, 2005, s.40.

⁹⁷ Ukkola, 2011, s. 329.

⁹⁸ HE 50/2006, s. 116.

⁹⁹ Eskola- Ruohoniemi, 2007, s.304.

Kansallisessa oikeuskäytännössämme GAT-ratkaisuun on viitattu MAO:n tietotekniikka palveluita koskevassa ratkaisussa. Käsittelen edellä mainittua MAO:n ratkaisua tarkemmin kansallista oikeuskäytäntöä koskevassa jaksossa¹⁰⁰.

3.3.4. Lianakis

Lianakis-ratkaisussa oli kyse tapauksesta, jossa Kreikkalainen Alexandroupolin kaupunki kilpailutti kiinteistön kirjaamisjärjestelmän ja kaupunkisuunnittelun kilpailuttamisesta Palagian alueella. Kyseessä oli alle 2000 asukkaan kaupunki ja suunnitelman kustannusarvio oli 461 737 euroa.

Tapauksessa Lianakis ja Plantiki-yhteenliittymät katsoivat, että Loukato-yhteenliittymä oli voittanut vain siksi, että hankintalautakunta oli myöhemmin vahvistanut painoarvoja ja osatekijöitä hankintailmoituksessa mainituille sopimuksen tekemisen perusteille.

Tuomioistuimelle esitetty kysymys kuului: Onko hankintadirektiivin vastaista se, että hankintaviranomainen myöhemmin määrää painoarvoja ja osatekijöitä tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa mainituille sopimuksen tekemisen perusteille?

Tutkielmani kannalta olennaisempi kysymys on kuitenkin komission kirjallisissa huomautuksissaan esittämä kysymys siitä onko hankintadirektiivin vastaista, että hankintaviranomainen ottaa huomioon ”tarjoajien kokemuksen niiden henkilökunnan ja varustelun sekä sen, onko tarjoajilla mahdollisuutta täyttää sopimus ennakoidussa ajassa laadullisen valintaperusteen asemasta sopimuksen tekemisen perusteina”. Toisin sanoen voidaanko perinteisesti soveltuvuus arviointiin kuuluvia tekijöitä kuten henkilökuntaa ja varustelua käyttää vertailuperusteina?

Alexandroupolin kaupunki oli hankintailmoituksessa maininnut hankintailmoituksessa sopimuksen tekemisen perusteina eli vertailuperusteina toteennäytetyn kokemuksen viimeiseltä kolmelta vuodelta. Lisäksi vertailuperusteina oli mainittu toimistohenkilö-

¹⁰⁰ kts. Tämän tutkielman kappale 3.4.

kunta ja varustelu sekä mahdollisuus laatia suunnitelma ennakoitussa ajassa. Kaikki tekijöitä joita voitaisiin pitää soveltuvuus perusteina. Edellä mainitut perusteet näyttäsivät liittyvän enemmän tarjoajan kuin tarjouksen ominaisuuksiin ja näin tarjoajan soveltuvuuden arviointiin. Vertailuperusteina tulisi käyttää vain perusteita, joiden perusteella voidaan ratkaista mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin.

Hankintayksikön käyttämien perusteiden avulla voitiin selvittää ainoastaan kykeneekö tarjoaja selviytymään sopimuksen asianmukaisesta täyttämisestä. Aivan kuten tuomioistuimien ratkaisussaan toteaa:

”30... sopimuksen tekemisen perusteita” eivät voi olla perusteet, joiden nojalla ei voida selvittää, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin, vaan jotka lähinnä liittyvät sen arvioimiseen, kykenevätkö tarjoajat täyttämään kyseisen sopimuksen.

31 Pääasiassa perusteet, joita hankintaviranomainen on soveltanut ”sopimuksen tekemisen perusteina”, kuitenkin koskevat lähinnä kokemusta, pätevyyttä ja resursseja, joilla voidaan taata kyseisen sopimuksen asianmukainen täyttäminen. Nämä ovat perusteita, jotka koskevat tarjoajien kykyä täyttää tämä sopimus ja jotka eivät siis ole direktiivin 92/50 36 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja ”sopimuksen tekemisen perusteita”.”¹⁰¹

Lisäksi tuomioistuin toteaa Beentjes¹⁰² ratkaisuun viitaten, että hankintamenettely on kaksivaiheinen ja jakaantuu soveltuvuuden tarkistamiseen ja tarjouskilpailun ratkaisemiseen.

Lianakis-ratkaisu on herättänyt laajalti keskustelua julkisiin hankintoihin keskittyneiden lakimiesten piirissä ympäri Eurooppaa. Public Procurement Law Review (P.P.L.R.) omisti kokonaisen numeron Lianakis-ratkaisulle.¹⁰³ Seuraavassa käsittelen edellä mainitussa julkaisussa esiintyneitä artikkeleita.

Lee on esittänyt, että Lianakis ratkaisussa ei suljeta pois mahdollisuutta arvioida suoritettavaa tiimiä (”team”) tarjoajayrityksen sijaan (”tenderer”). Hänen mukaansa suorittajatiimiä arvioitaessa huomio kiinnittyy lopputuotteeseen eli esimerkiksi palvelun laatuun

¹⁰¹ Asia C-532/06, Lianakis, tuomio 24.1.2008. Kok. 2008.

¹⁰² 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988, Kok. 1988, s. 4635, 15 ja 16 kohta.

¹⁰³ Kts. Public Procurement Law Review, 2009/3.

ei niinkään tarjoajaryityksen ominaisuuksiin.¹⁰⁴ Suorittava tiimi ei ole sama asia kuin tarjoaja ja lisäksi suorittavan tiimin kokemuksella voi olla vaikutusta kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnissa. Samaan lopputulokseen tarjoajatiimin kokemuksen käyttämisestä vertailuperusteena on päätyntä myös EUTI tuoreessa ratkaisussa¹⁰⁵. Ratkaisussa tuomioistuin on pitänyt hyväksyttävänä vertailla tiimin pätevyyttä ja kokemusta tarjousten vertailuvaiheessa¹⁰⁶. Lianakis tapauksessa hankintayksikkö ei ollut yhdistänyt tarjousvertailussa kokemusta ja pätevyyttä hankintaan ja sen toteuttamiseen¹⁰⁷, joka olisi ollut välttämätöntä kokonaistaloudellisuuden arvioinnissa.

Ukkola pitää Lianakis-ratkaisua ongelmallisena koska se ”näyttäisi viittaavan siihen, että tarkasteltaessa soveltuvuusehtojen ja vertailuperusteiden päällekkäisyyttä kontekstilla ei olisi merkitystä”. Lianakiksessa EYTI:n ei tarkemmin tarkastellut asiantuntijoiden kokemusta ja mahdollisuutta niiden käyttämiseen vertailuperusteina vaan totesi, että kyseiset kriteerit kuuluvat soveltuvuusarviointiin.¹⁰⁸

Treumer katsoo, että vaikka Lianakis-tuomion ja etenkin sen 32- kohdan tiukka tulkinta tarkoittaisi, että tarjoajan ominaisuuksia ei saa ottaa huomioon tarjousvertailussa, ei ratkaisusta tule vetää näin pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Lianakis-ratkaisu ei ole yleistettävissä ennakkoratkaisuksi sen ominaispiirteiden takia eikä sitä tulisi tulkita ”tiukasti” vaan noudattaa niin sanottuja ”joustavaa lähestymistapaa” (flexible approach). Tämä lähestymistapa on yleisesti hyväksytty Eurooppalaisten lakimiesten keskuudessa. Tarjoajan ominaisuuksiin liittyvät seikat toimivat tietyissä tilanteissa kokonaistaloudellisuuden mittareina ja tästä syystä ne tulisi hyväksyä vertailuperusteiksi.

Eri jäsenvaltioiden kansalliset tuomioistuimet ovat tulkinneet Lianakis-ratkaisua laveasti. Muun muassa Saksassa, Italiassa, Belgiassa, Tanskassa ja Norjassa tuomioistuimet ovat omaksuneet ”joustavan lähestymistavan”. Edellä mainituissa maissa on ”joustavas-

¹⁰⁴ Lee 2010, s.47-56.

¹⁰⁵ Unionin yleisen tuomioistuimen tuomio, Evropaiki Dynamiki v Commission T-589/08.

¹⁰⁶ Petersen, 2011.

¹⁰⁷ Pöykkö, 2010 s. 11.

¹⁰⁸ Ukkola, 2011, s.330.

ta lähestymistavasta” huolimatta kyetty erottamaan soveltuvuusarviointi tarjousvertailusta.¹⁰⁹

Meillä Suomessa markkinaoikeus ja KHO ovat varoneet suoraan viittaamasta Lianakis-ratkaisuun. Suomessa on omaksuttu tulkinta, jonka mukaan tarjoajan ominaisuuksia ei voida ottaa huomioon EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa.

Ruotsalaisessa oikeuskäytännössä Lianakis-ratkaisua on tulkittu kahdella toisistaan poikkeavalla tavalla. Kahdessa tuomiossa neljästä Ruotsin hallintotuomioistuin (regeringsrätten) on katsonut, että referenssit ja tarjoajan kokemus voidaan ottaa huomioon vertailuperusteina. Toisaalta kahdessa ratkaisussa todetaan päinvastaista eli, että referenssejä ja tarjoajan kokemusta ei voida käyttää vertailuperusteena. Kuitenkin kaikissa neljässä edellä mainitussa ratkaisussa tuomioistuin on todennut, että mitään periaatteilista estettä referenssien käytölle vertailuperusteena ei ole kunhan ne liittyvät kokonaisuutaloudellisen edullisuuden selvittämiseen. Näin ollen Ruotsin oikeuskäytännön kanta referenssien ja tarjoajan kokemuksen käyttöön vertailuperusteena jää hieman epäselväksi.¹¹⁰

Lianakis- ratkaisuun kohdistuva kritiikki perustuu pitkälti siihen, että varsinkin palveluhankinnoissa hankinnan kohteen ja sitä tarjoavan toimittajan ominaisuuksia ja laatua kuvaavat tekijät on vaikea erottaa toisistaan¹¹¹. On vaikea nähdä etteivät esimerkiksi henkilöstön pätevyyteen tai aiempiin suorituksiin liittyvät seikat ilmentäisi samalla myös hankinnan kohteen ominaisuuksia ja palvelun laatua työsuorituksiin pohjautuvassa palveluhankinnassa¹¹².

Lopuksi on huomautettava, että Lianakis-ratkaisu on vanhan hankintadirektiivin ajalta, jolloin toisin kuin nykyisessä hankintadirektiivissä, hankintamenettelyn kaksivaiheisuus oli nimenomaisesti mainittu hankintadirektiivissä.

¹⁰⁹ Treumer, 2009.

¹¹⁰ Andersson-Rosen, 2009.

¹¹¹ Pekkala-Pohjonen, 2010, s.350.

¹¹² Ukkola, 2011, s. 331.

3.3.5. Johtopäätökset EU-tuomioistuinten oikeuskäytännöstä

Kuten edellä selostetusta käy ilmi EYTI oikeuskäytännössä ja oikeustieteen piirissä on tarjoajan ominaisuuksien käyttämiseen vertailuperusteena suhtauduttu varovaisen sallivasti. Monien jäsenvaltioiden kansalliset tuomioistuimet (esim. Saksa, Italia, Belgia ja Norja) ovat sallineet tarjoajan ominaisuuksien käyttämisen vertailuperusteena edellyttäen, että perusteet liittyvät kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin. Jäsenvaltioista Suomi ja Ranska edustavat tiukempaa suhtautumista. Meillä hankintalain 72 § kuitenkin mahdollistaa tarjoajan ominaisuuksien käyttämisen vertailuperusteina kansallisissa palveluhankinnoissa¹¹³ mutta ei EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, jotka edellyttävät hankintadirektiivin soveltamista. Asia todetaan selvästi hankintalain esitöissä tarjousvalintaa kansallisissa hankinnoissa koskevassa hankintalain 72 §:ssä¹¹⁴. Hallituksen esityksessä on selvästi tulkittu hankintadirektiiviä ja oikeuskäytäntöä siten, että ne kieltäisivät tarjoajan ominaisuuksien huomioimisen vertailuperusteena.

Erityisesti edellä kappaleessa 3.3.3. käsitelty EYTI:n GAT-ratkaisu herättää kysymyksen siitä voidaanko tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä referenssejä käyttää vertailuperusteina vai kuuluvatko ne ainoastaan soveltuvuusarviointiin? Ukkola katsoo, että referenssejä koskeva vaatimus ei välttämättä automaattisesti ole soveltuvuusehto tai vertailuperuste vaan jaotteluun vaikuttaa se miten toimittajan antamaa informaatiota arvioidaan¹¹⁵.

Mielestäni hankintadirektiiviä ei voi lukea siten, että se kieltäisi tarjoajan ominaisuuksien käyttämisen vertailuperusteena tarjousvertailuvaiheessa. Samoilla linjoilla ovat oikeuskirjallisuudessa myös Eskola ja Ruohoniemi¹¹⁶ Myöskään EUTI:n oikeuskäytännöstä ei tällaista johtopäätöstä voida edellä selostetuilla perusteilla vetää¹¹⁷.

Hankintadirektiivistä ja EUTI:n ratkaisusta on sen sijaan luettavissa, että tarjoajan valintamenettelyn tulee olla kaksivaiheinen ja että vertailuperusteiden tulee liittyä kokonaistaloudellisen edullisuuden selvittämiseen eivätkä ne saa olla syrjiviä. Lisäksi han-

¹¹³ Kts. Edellä kappale 3.1.

¹¹⁴ Kts. HE 50/2006, s. 116.

¹¹⁵ Ukkola, 2011, s. 329.

¹¹⁶ Eskola, Ruohoniemi, 2007, s. 304.

¹¹⁷ Kts. Kappaleet 3.3.1-3.3.4 joissa käsitellään EYTI:n oikeuskäytäntöä (Lianakis, Renco, GAT).

kintamenettelyssä tulee noudattaa avoimuuden, suhteellisuuden ja tasavertaisen kohtelun periaatteita. Edellä mainittujen kriteerien täytyessä tarjoajan ominaisuuksien huomioon ottamiselle tarjousvertailuvaiheessa ei näyttäisi olevan esteitä. Lisävaloa tulkintaongelmaan on luvassa jos uusi hankintadirektiivi tulee voimaan esitetyn sisältöisenä¹¹⁸.

3.4. Kansallinen oikeuskäytäntö

Kuntaliiton teettämän markkinaoikeus selvityksen perusteella suurimmat ongelmat hankintamenettelyssä liittyivät tarjouspyynnön laatimisvaiheeseen ja tarjouksen käsittelyvaiheeseen. Ongelmia hankintayksiköille ovat tuottaneet nimenomaan vertailuperusteiden asettaminen niin, että tarjoajat olisivat ymmärtäneet miten tarjouksia tullaan arvioidaan. Erityisesti kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin liittyvien perusteiden kuten laadun kuvaaminen on osoittautunut puutteelliseksi. Tarjousten vertailu on osoittautunut selvityksessä hankintayksiköille erityisen hankalaksi. Hankintayksiköt ovat usein määritelleet vertailuperusteiden soveltamistavat ja painoarvot vasta tarjousvertailuvaiheessa, tai ovat käyttäneet vertailussa kokonaan uusi kriteerejä joita ei ole etukäteen ilmoitettu. Toinen keskeinen ongelma on ollut soveltuvuus- ja tarjousvertailun erottaminen toisistaan eli menettely kaksivaiheisuuden noudattaminen.¹¹⁹

Seuraavassa muutama esimerkkitapaus joissa on käsitelty kelpoisuusarvioinnin ja tarjousvertailun erottamista. Todettakoon tässä, että edellä selostetussa markkinaoikeus selvityksessä käsitellyt tapaukset ovat tuoreempia - vuodelta 2010- kuin seuraavassa käsittelemäni tapaukset. Selvityksen ja tapauksien valossa näyttäisi siltä, että samat vertailuperusteisiin liittyvät ongelmat toistuvat vuodesta toiseen markkinaoikeuden käytännössä.

¹¹⁸ Kts. Tämän tutkielman kappale 3.2.2 jossa on käsitelty tarkemmin valmisteilla olevaa uutta hankintadirektiiviä ja sen vaikutuksia vertailuperusteisiin.

¹¹⁹ Kiviniemi, 2011, s. 6.

Kansallisessa oikeuskäytännössä on korostettu tarjoajien kelpoisuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun välistä eroa eli hankintamenettelyn kaksivaiheisuutta. Markkinaoikeus on ratkaisussaan MAO 83/07 ja 84/07 todennut:

”Markkinaoikeus toteaa, että kelpoisuusvaatimukset ja kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteen mukaan ja että määrätynlaiset seikat voivat liittyä joissakin tapauksissa tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja toisissa tapauksissa taas paremminkin tarjousten taloudellisen edullisuuden arvioimiseen. Hankintamenettely on kuitenkin edellä mainituin tavoin kaksivaiheinen, ja menettelyn avoimuus ja tasapuolisuus edellyttää, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla on merkitystä yhtäältä tarjoajien kelpoisuutta arvioitaessa ja toisaalta tarjouskilpailua ratkaistaessa. Yksittäisessä hankinnassa ei näistä syistä tulisi lähtökohteisesti käyttää samoja seikkoja sekä tarjoajien kelpoisuusvaatimuksina että tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteina ainakaan yksilöimättä jo tarjouspyyntöasiakirjoissa riittävän selvästi sitä, mitä tietoja tarjoajilta edellytetään minäkään asian arvioimiseen ja kuinka nimettyjä seikkoja on tarkoitus soveltaa kussakin tarkoituksessa. Kelpoisuusehtojen asettamisen tai soveltamisen mahdollisia virheitä ei voida toisaalta korjata siten, että kelpoisuusehdoiksi yksilöityjä seikkoja arvioidaan uudelleen tarjousvertailussa tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteina.”

Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikön asettamat kelpoisuusehdot olivat hankittavien palvelujen kannalta merkityksellisiä. Ongelma olikin siinä, että hankintayksikkö ei ollut riittävällä tavalla tehnyt eroa tarjoajien kelpoisuuden ja tarjousten laadun arvioinnin välillä. Hankintayksikkö oli tältä osin toiminut hankintalain vastaisesti. Tässä kohdalla on todettava, että tilanne on muuttunut. Nykyisen hankintalain toissijaisia palveluhankintoja koskevan, jollaisista edellä mainitussa tapauksessa mitä ilmeisimmin on kyse, 72 § sallii kelpoisuusehdot ylittävien ominaisuuksien vertailun edellyttäen, että tästä on etukäteen ilmoitettu.¹²⁰ Tämä käy ilmi myös markkinaoikeuden ratkaisusta jossa oli kyse kansallisesta palveluhankinnasta. Tapauksessa tutkittiin sitä kuuluivatko tietyt hankintayksikön vertailuperusteeksi ilmoittamat laadun mittarit soveltavuuden arviointiin vai tarjousvertailuun. Ratkaisussaan markkinaoikeus totesi:

¹²⁰ Pökkyä, 2010, s.14.

”Markkinaoikeus katsoo, että arviointiperustetta ”Henkilökunta; määrä, kielitaito ja osaaminen” on tarjouspyyntöasiakirjoista ilmenevien alatekijöidensä, kuten henkilökunnan koulutus ja riittävyys sekä osaamisen ylläpitäminen, perusteella arvioituna pidettävä tarjouksen valintaan liittyvänä arviointiperusteena eikä tarjoajan kelpoisuuden tutkimiseen liittyvänä perusteena.

Markkinaoikeus katsoo lisäksi, että arviointiperuste ”Johtaminen” on tarjouspyyntöasiakirjoista ilmenevien alatekijöidensä, kuten laatujärjestelmä ja laatutavoitteet, toiminnan ja talouden seuranta sekä kehityskeskustelut ja työsuorituksen arviointi, perusteella arvioituna ollut kyseessä olevassa vanhusten asumispalvelua koskevassa hankinnassa merkityksellinen tuotettavan palvelun laadun arvioinnissa.”¹²¹

Hankintamenettelyn kaksivaiheisuutta on korostettu myös KHO:n 6.10.2004 vanhan lain aikana antamassa päätöksessä (taltio 2514). Ratkaisussaan KHO totesi, että ensin on tutkittava tarjoajien kelpoisuus ja vasta sitten suoritetaan tarjousvertailu niiden tarjoajien välillä, jotka eivät ole tulleet poissuljetuiksi kelpoisuusarviointi vaiheessa. KHO on kyseenä olevassa päätöksessä katsonut, että urakkaohjelmassa ilmoitettu ”kyky suoritua tehtävistä” liittyy lähinnä tarjoajan kelpoisuuden tutkimiseen.¹²²

Seuraavassa esimerkki ratkaisusta, jossa MAO viittaa yhteisöoikeuteen. Ratkaisu koskee referenssejä. Kyseessä on edellä tässä tutkielmassa GAT-ratkaisun yhteydessäkin mainittu ratkaisu. Ratkaisu koskee kansallisia palveluhankintoja ja kuuluu siten hankintalain 72 §:n soveltamisalaan. Ratkaisussa MAO viittaa GAT-ratkaisuun seuraavasti:

”Referenssien osalta markkinaoikeus toteaa myös, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä (asia C-315/01, GAT, tuomio 19.6.2003, Kok., s. I-6351, 62–67 kohta) on katsottu, että luettelonomaista referenssilistaa, josta ilmenee vain tarjoajan aikaisempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä ilman muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei voida käyttää tarjouksen valinnan perusteena. Yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitun tuomion mukaan tällaisen luettelon avulla ei voida selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle taloudellisesti edullisin.

¹²¹ MAO 68/06.

¹²² Virtanen teoksessa Aalto-Setälä, ym. 2008 s. 694-695.

Hankintapäätökseen liitetystä tarjousten vertailuasiakirjasta ilmenee, että hankintayksikkö on vertaillut referenssejä niiden lukumäärän perusteella.”

Markkinaoikeus siis vahvistaa ratkaisussaan EUTI:n GAT-ratkaisussa omaksuman kannan jonka mukaan pelkkää referenssien lukumäärää ei voi käyttää vertailuperusteena.

Lisäksi MAO toteaa ratkaisussaan:

”Markkinaoikeus katsoo, että tarjousten vertailuperusteista ”palveluihin liittyvän tukihenkilöstön kokonaismäärä, osaaminen ja laadunvalvonta” sekä ”referenssit” liittyvät lähtökohtaisesti pikemmin tarjoajan soveltuvuuden kuin tarjousten keskinäisen paremmuuden arvioimiseen.”¹²³

Seuraavassa GAT-tuomioon viittaavassa ratkaisussa on kyse referenssien käytöstä EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnassa:

”Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomioissaan C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) (Kok. 2003, s. I-6351) vahvistanut periaatteen tarjoajien kelpoisuuden ja tarjousten vertailun erillisyydestä ja katsonut, ettei tarjousten vertailussa voida ottaa huomioon tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä seikkoja. Myös korkein hallinto-oikeus on päätöksissään KHO 12.12.2003 taltio 3202 sekä KHO 6.10.2004 taltio 2514 käsitellyt asiaa ja katsonut hankintamenettelyn kaksivaiheiseksi prosessiksi, jossa ensin tulisi arvioida tarjoajan tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseen. Jos tällaisia edellytyksiä ei ole, hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan tarjouskilpailusta. Tämän jälkeen suoritetaan tarjousten vertailu niiden tarjoajien tekemien tarjousten kesken, joita ei ole suljettu tarjouskilpailusta.

Hankintalain esitöissä (s. 106) on edelleen todettu, että tarjouksen vertailuperusteina ei tule käyttää sellaisia perusteita, jotka liittyvät ehdokkaiden tai tarjoajien ominaisuuksiin. Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden arviointi on tehtävä 52 §:n mukaisesti ennen tarjousten arviointia ja se tulee erottaa tarjousten arvioinnista. Tarjousten vertailuun tulisi ottaa vain sellaisten tarjoajien tarjoukset, joilla voidaan katsoa olevan edellytykset hankinnan toteuttamiseksi. Ehdokkaiden ja tarjoajien ominaisuuksien arvioinnissa ja tarjousten arvioinnissa käytettävät perusteet tulisi myös erottaa toisistaan.”

¹²³ MAO: 467/10.

Tapauksessa MAO otti kantaa siihen voitiinko suorittavan tiimin, tässä tapauksessa arkkitehtien, referenssejä ja kokemusta ottaa huomioon vertailuperusteena. Ratkaisussa MAO katsoi että:

*” ...arkkitehtisuunnitteluun ilmoitettujen henkilöiden kokemus sekä heidän referenssin-
sä liittyvät lähtökohtaisesti enemmän tarjoajan soveltuvuuden kuin tarjousten kokonais-
taloudellisen edullisuuden arvioimiseen.”*

Samaan hengenvetoon MAO kuitenkin toteaa, että tarjoajan pätevyyttä kokemusta ja ammattitaitoa voidaan käyttää vertailuperusteena silloin kun ne liittyvät kokonaistaloudellisen edullisuuden mittaamiseen ja edellyttäen, että kokemuksella ja pätevyydellä on erityinen merkitys. MAO:n mukaan tarjoajan ominaisuuksien käyttö vertailuperusteena olisi voinut olla perusteltua. Ongelmaksi muodostui kuitenkin se, että hankintayksikkö oli käyttänyt tarjoajan kokemusta ja referenssejä sekä kelpoisuusperusteena että vertailuperusteena vaikka sen olisi tullut tehdä ero soveltuvuusarvioinnin ja tarjousvertailun välillä.¹²⁴

Edellä selostetussa MAO:n ratkaisussa vuodelta 2010 MAO näyttäisi pitävän periaatteessa sallittuna hankinnan suorittavan tiimin kokemuksen ja referenssien arviointia EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa edellyttäen, että tarjoajan ominaisuudet liittyvät kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin. Lisäksi se edellyttää, että menettely on kaksivaiheinen eikä samoja kriteerejä käytetä molemmissa vaiheissa. Huomionarvoista ratkaisussa on se, että kyse on EU-kynnysarvot ylittävästä hankinnasta, joissa tarjoajan ominaisuuksien käyttöön vertailuperusteena on suhtauduttu kielteisemmin kuin kansallisissa hankinnoissa.

MAO siis näyttäisi ratkaisuisaan toisaalta toteavan, että referenssit liittyvät soveltuvuuden arviointiin eikä niitä tule käyttää vertailuperusteena edes kansallisissa hankinnoissa ja toisaalta taas uudemmassa oikeuskäytännössä se näyttäisi hyväksyvän niiden käytön tietyin edellytyksin jopa EU-hankinnoissa. MAO:n esittämä kanta, jonka mu-

¹²⁴ MAO:445/10.

kaan referenssit liittyvät soveltuvuuden arviointiin vastaa hallituksen esityksessä esitettyä¹²⁵.

Oikeuskäytännössä on katsottu, että kelpoisuusvaatimukset ja vertailuperusteet voivat myös vaihdella hankinnan kohteen mukaan. Joissakin tapauksissa joku seikka voi liittyä tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja toisissa tapauksissa taloudellisen edullisuuden arviointiin eli tarjousvertailuun.¹²⁶ Ongelmana onkin se, että ei voida tarkasti määrittää mitkä seikat ovat aina kelpoisuuden arviointiin liittyviä seikkoja ja mitkä seikat ovat aina tarjousten vertailuun liittyviä seikkoja. Virtanen ehdottaa apukeinoksi eräänlaista kyllä- ei kysymyssarjaa. Mikäli kysymykseen voi vastata kyllä tai ei, on kyse todennäköisesti kelpoisuuteen liittyvästä kriteeristä. Jos lopputuloksena on sen sijaan skaala huonommasta parempaan kyseessä on tarjousvertailuun liittyvä kriteeri.¹²⁷

3.5. Oikeuskirjallisuus

Oikeuskirjallisuudessa on kritisoitu hallituksen esityksessä omaksuttua tiukkaa suhtautumista tarjoajan ominaisuuksien huomioimiseen vertailuperusteina EU-hankinnoissa. Hankintalain esitöissä on tulkittu EUTI:n ratkaisuja, esimerkiksi GAT-ratkaisua monen mielestä liian tiukasti¹²⁸. On katsottu, että toisenlainen, lievempi, tulkinta olisi perusteltu.

Kuten edellä, hankintalain 72 §:n käsittelyn yhteydessä todettiin¹²⁹, esimerkiksi Virtasen mukaan lakiteksti ja esityöt eivät täysin estä perustasoa paremman ammattitaidon tms. ottamista huomioon. Edellytyksenä olisi kuitenkin, että jo tarjouspyyntövaiheessa erotetaan toisistaan kelpoisuusarviointi ja tarjousvertailu. Lisäksi hankintaa toteuttavien hen-

¹²⁵ HE 50/2006, s. 116.

¹²⁶ MAO:42/07

¹²⁷ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s. 695.

¹²⁸ Kts. esim. Eskola-Ruohoniemi, 2007, s.304

¹²⁹ Kts. Tämän tutkielman kappale 5.1.

kilöiden asiantuntemuksen ja ammattitaidon on Virtasen mukaan ”objektiivisesti arvioi-
den liityttävä tarjotun suorituksen laatuun, jotta kyse voisi olla arviointiperusteesta”.¹³⁰

Kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa on esitetty Virtasen kanssa yhteneviä mielipitei-
tä tarjoajan ominaisuuksien käytön sallittavuudesta tarjousvertailussa. Näitä kantoja on
esittänyt muun muassa Lee Lianakis-ratkaisua kommentoidessaan¹³¹ ja Arrowsmith¹³²
GAT-ratkaisun yhteydessä. Edellä mainittuja oikeustapauksia ja Lee’n ja Arrowsmith’n
kommentteja on käsitelty tässä tutkielmassa asianomaisten oikeustapausten käsittelyn
yhteydessä¹³³.

4. Hankintamenettely

Hankintamenettely voidaan jakaa 15 vaiheeseen. Nämä vaiheet ovat:

1. Hankintastrategia ja hankintaohjeet
2. Hankintatarpeen kartoittaminen ja hankinnan suunnitteleminen
3. Hankintamenettelyn valinta
4. Tarjouspyynnön laatiminen
5. Hankintailmoituksen julkaiseminen
6. Tarjouspyyntöasiakirjojen lähettäminen
7. Tarjousten laatiminen
8. Tarjousten vastaanottaminen ja avaaminen
9. Tarjoajien kelpoisuuden tarkistaminen
10. Tarjousten vertaileminen
11. Hankintapäätöksen tekeminen
12. Tarjoajien informoiminen
13. Hankintasopimuksen tekeminen
14. Jälki-ilmoituksen julkaiseminen
15. Sopimuksen täytäntöönpano

¹³⁰ Virtanen teoksessa Aalto-Setälä ym. 2008, s. 697.

¹³¹ Kts. Lee, 2010.

¹³² Arrowsmith, 2005, kohta 7. 109.

¹³³ Kts. Tämän tutkielman kappaleet 3.3.1.3 ja 3.3.1.4.

Seuraavassa tarkastellaan hieman tarkemmin kohtia: 4, 9, 10 ja 11.

Tarjouspyynnön laatiminen on olennainen siksi, että pyynnössä yksilöidään tarkasti mitä halutaan ostaa, millaiset ominaisuudet hankittavalta tuotteelta tai palvelulta halutaan ja miten näitä painotetaan (vertailuperusteiden asettaminen). Tarjouspyynnössä asetetaan vähimmäisedellytykset tarjoajien kelpoisuudelle. Kelpoisuusperusteet koskevat yleensä tarjoajan luotettavuutta, taloudellista luottokelpoisuutta, teknisiä edellytyksiä tai muita resursseihin liittyviä seikkoja.¹³⁴ Nimenomaan tähän hankintaprosessiin vaiheeseen liittyy tutkielmani kysymys siitä voiko hankintayksikkö käyttää vertailuperusteena tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä seikkoja?

Edellä kuvatun luettelon 9 kohta ”Tarjoajan kelpoisuuden tarkistaminen” on vaihe, jossa hankintayksikkö valitsee tarjouskilpailuun pääsevät tarjoajat tarkistamalla, ketkä tarjoajista täyttävät tarjouspyynnössä asetetut kelpoisuusehdot. Ne tarjoajat, jotka eivät täytä kelpoisuusehtoja on tässä vaiheessa hylättävä, eikä heidän tarjouksiaan saa ottaa enää tarjousvertailuun. Hankintayksikkö voi valita vain sellaiset tarjoajat tarjousvertailuun jotka täyttävät asetetut kelpoisuusehdot. Tämän hankintaprosessin vaiheen tarkastelu on tutkielmani kannalta siinä mielessä relevanttia, että se kuvastaa menettelyn kaksivaiheisuutta. Kyse on soveltuvuus arvioinnin erottamisesta tarjousvertailusta.

Tarjousten vertailussa hankintayksikön on tarkastettava, että tarjous täyttää kaikki vaaditut ehdot ja siinä on liitteenä kaikki vaaditut asiakirjat. Tarjouksista tulee valita hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin, siten kuin ennalta on ilmoitettu. Vertailun tekeminen kokonaistaloudellisuuden perusteella antaa hankintayksikölle laajemmat mahdollisuudet vertailla muutakin kuin vain hintaa. Se kattaa muun muassa tuotteen yksilöidyt hinta-laatu-ominaisuudet ostajan valitsemalla tavalla painotettuna tai pisteytettynä. Käytännössä tarjouksia vertaillaan siten, että arvioidaan ja mitataan kaikkien tarjousten koko sisältöä kaikkiin yksittäisiin vertailuperusteisiin. Kaikkia ilmoitettuja vertailuperusteita on käytettävä, eikä uusia ilmoittamattomia vertailuperusteita voida käyttää. Hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvissa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ei tarjousvertailuvaiheessa saa huomioida tarjoajaa koskevia ominaisuuksia. Tietyissä kansallisissa hankinnoissa (palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa)

¹³⁴ Pekkala, 2010, s.24-26.

tarjoajan ominaisuuksien vertaileminen on mahdollista määrättyjen edellytysten täytyessä¹³⁵.

Hankintayksikön on tehtävä päätös siitä kuka tarjoajista valitaan toteuttamaan hankinnan kohdetta. Päätös on tehtävä kirjallisesti ja se on perusteltava. Perusteluista on käytävä ilmi miten hankintayksikkö on vertaillut ja arvioinut tarjouksia ja miksi se on antanut eri tarjouksille eri vertailuperusteista tietyn pistemäärän tai sanallisen arvion. Perustelujen on vastattava kysymykseen: miksi tietty tarjous on valittu parhaaksi?¹³⁶

4.1. Tarjousvertailu ja vertailuperusteet

Kelpoisuusarvioinnin jälkeen siirrytään tarjousvertailuun. Tarjousvertailuun valitaan kelpoisuusehdot täyttävät ehdokkaat. Ehdokkaat, jotka eivät täytä asetettuja kelpoisuusehtoja suljetaan hankintamenettely ulkopuolelle. Tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset hylätään. Tässä vaiheessa voidaan pyytää täsmennyksiä epäselviin tarjouksiin jotta tarjouksista saataisiin vertailukelpoisia. Täsmäntäminen ei saa johtaa tarjouksen parantamiseen. Kaikki tämä täytyy tehdä ennen vertailuun ryhtymistä.¹³⁷

Hankintalaissa ei ole nimenomaisia säännöksiä tarjousvertailun suorittamisesta. Vertailun on kuitenkin oltava tasapuolista ja syrjimätöntä. Tasapuolinen- ja syrjimätön kohtelu edellyttävät, että tarjouksia vertaillaan vain hankintailmoituksessa tai tarjouksia vertaillaan vain hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ennalta ilmoitetun tarjousten valintaperusteen perusteella. Jos käytetään vertailuperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta, vertailun tulee tapahtua vertailemalla vain hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitetuin vertailuperustein. Jos vertailuperusteena käytetään halvinta hintaa, vertailussa ei saa huomioida muuta seikkoja kuin hinta.

Tarjousvertailussa on vertailtava tarjouksia jokaisen ilmoitetun vertailuperusteen osalta. Oikeuskäytännössä on sallittu kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailu niin, että kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailu suoritetaan vain kahden tai useamman hinnal-

¹³⁵ Hankintalain 72 §. Kts. Hankintalain 72 §:n tulkinnasta tarkemmin tämän tutkielman kappaleessa 3.2.1..

¹³⁶ Pekkala, 2010, s.24-26.

¹³⁷ Eskola-Ruohoniemi, 2007, s.297.

taan selvästi edullisimman tarjouksen kesken edellyttäen, että muilla tarjoajilla ei olisi mahdollisuutta menestyä kalliimman hinnan johdosta lopullisessa vertailussa.

Lisäksi on katsottu mahdolliseksi, tietyin edellytyksin, suorittaa vertailu vain muutamien hankintayksikön kannalta olennaisimpien tuotteiden perusteella vaikka hankinta koskisi useita tuotteita. Edellytyksenä on, että vertailtavien tuotteiden valinta ei johda tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantumiseen.

Hankintayksikkö ei saa ottaa huomioon muista lähteistä saamiaan tietoja tai seikkoja tarjoajasta. Edes internetistä tai sanomalehdistä saatuja löytyviä tietoja ei saa ottaa vertailussa huomioon.¹³⁸

Tavoitteena on asettaa sellaiset vertailuperusteet joiden perusteella saadaan vertailukelpoisia tavoitteita. Hankintayksikön voi olla vaikea saada yhteismitallisia, vertailukelpoisia tarjouksia jos se ei ole asettanut vertailuperusteita riittävän selvästi. Epäselvässä tarjouspyynnössä jossa vertailuperusteet ovat epäselvästi ilmaistu ongelmaksi voi muodostua se, että jokainen tarjoaja ymmärtää hankinnan kohteen eri tavalla ja tämä taas johtaa kirjajaan joukkoon erilaisia tarjouksia jotka eivät välttämättä ole vertailukelpoisia keskenään¹³⁹.

4.1.1. Kielletyt vertailuperusteet

Mitkä sitten ovat puhtaasti tarjoajaan liittyviä ”ehdottomasti” kiellettyjä vertailuperusteita? Hallituksen esityksen mukaan, tarjoajan ominaisuuksiin liittyvinä ja siten kelpoisuusarviointiin kuuluvina tekijöinä, kiellettyjä ovat hankinnan kohteeseen liittymättömät perusteet joita ovat esimerkiksi tarjoajayrityksen toimintaan liittyvät tekijät. Lisäksi kiellettyä on syrjivien perusteiden käyttäminen. Esimerkkinä syrjivistä perusteista on mainittu aiemman sopimussuhteen edellyttäminen hankintayksikön kanssa tai paikallisten toimittajien suosiminen. Hallituksen esityksessä kielletään käyttämästä vertailu-

¹³⁸ Eskola-Ruohoniemi, 2007, s.309.

¹³⁹ Kuusniemi-Laine Takala, 2008, s. 168.

rusteina perusteita, jotka liittyvät ”ehdokkaiden tai tarjoajien ominaisuuksiin”. Tässä kohtaa hallituksen esitys mainitsee soveltuvuusarvioinnin ja tarjousten arvioinnin erillisyyden, josta säädetään hankintalain 52 §:ssä.¹⁴⁰ Kiellettyä on myös tarjoajien asettaminen eriarvoiseen asemaan kansalaisuuden mukaan.

Hankintalain 61 §:n mukaan hankintayksikkö ei saa kieltää tarjouksen tekemistä ryhmittymänä. Tarjousten antaminen ryhmittymänä hyödyttää erityisesti pienempiä toimijoita, antamalla näille mahdollisuuden päästä mukaan tarjouskilpailuun. Samalla se parantaa kilpailuolosuhteita markkinoilla.

Suhteellisuusperiaatetta on noudatettava vertailuperusteita asettaessa, joka tarkoittaa sitä, että hankintayksikkö ei saa käyttää kelpoisuus tai vertailuperusteina ehtoja, jotka ovat suhteellisuusperiaatteen ja kohtuullisuusperiaatteen vastaisia jos ne vaarantavat tasavertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteet. Kelpoisuus- ja vertailuperusteet on aina mitoitettava suhteessa hankinnan kohteeseen, laatuun, laajuuteen ja tavoiteltavaan päämäärään.¹⁴¹

Myös liian yleiset ja yksilöimättömät vertailuperusteet ovat kiellettyjä. Oikeuskäytännössä on katsottu, että ilmaiset: käyttökustannukset, muut perusteet, yleiset vaatimukset, muut tarjouspyynnössä ja sen liitteissä esitetyt seikat, yhteistyökyky, tarjousten vastavuus hankintaohjelmassa osakokonaisuuksittain esitettyihin tavoitteisiin, palvelun järjestämisen toimintamalli, laadulliset asiat, teknilliset perusteet, kokonaislaatu, kokonaiskustannukset, koneen tekniset ominaisuudet, arviointitehtävän sisällön ja tavoitteiden ymmärtäminen, tutkimusstrategia ja sen kattavuus, muut tarjouspyynnössä ja sen liitteissä esitetyt seikat sekä sopimusehdot¹⁴², ovat kiellettyjä. Ainakaan edellä mainittuja ilmaisia ei siis oikeuskäytännön perusteella tulisi tarjouspyynnössä vertailuperusteina käyttää koska ne ovat liian epämääräisiä ja yksilöimättömiä.

¹⁴⁰ HE 50/2006 s.105-106.

¹⁴¹ Hyvönen, Kess ym. 2007, s.185.

¹⁴² Pekkala, 2010, s.410.

Oikeuskäytännön perusteella seuraavia kriteerejä ei tarjoajan kelpoisuuteen liittyvinä saa käyttää vertailuperusteina: tarjoajan taloudellinen asema¹⁴³, tarjouksen antajan taloudelliset edellytykset¹⁴⁴, tuotteen turvatekijät ja turvallisuus, tuotantojärjestelmän ja varastoinnin osalta¹⁴⁵, tarjoajan varmuus aikataulussa pysymisessä ja työn loppuun saattamisessa¹⁴⁶, tuotantojärjestelmästä varattu kapasiteetti¹⁴⁷ ja tarjoajan palvelukyky ja tulevaisuuden näkymät¹⁴⁸. Palveluhankintojen, joissa tarjoajan ominaisuuksilla on ollut merkitystä, on oikeuskäytännössä sallittu henkilökuntaan, laitteisiin ja kalustoon liittyvien seikkojen vertailu¹⁴⁹.

Hankintalain 53-61 §:t säättävät soveltuvuusarviointiin kuuluvista perusteista, joita ei saa käyttää enää tarjousvertailussa. Etenkin Hankintalain 59 §, joka koskee tarjoajan teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä, antaa laajat mahdollisuudet tarjoajan ominaisuuksien arviointiin. Se antaa hankintayksikölle mahdollisuuden vaatia erilaisia selvityksiä tarjoajan pätevyydestä ja soveltuvuudesta suorittamaan urakkaa. 59 §:n perusteella hankintayksikkö voi vaatia tarjoajalta esimerkiksi erilaisia referenssejä aiemmista töistä, selvityksiä tarjoajan käyttämistä teknisistä asiantuntijoista ja selvityksiä tarjoajan ammattitaidosta. EYTI on edellä kappaleessa 3.3.3 selostetussa GAT-ratkaisussaan todennut, että pelkkää referenssien määrää ei tule käyttää vertailuperusteena¹⁵⁰. Tämä herättää kysymyksen voitaisiinko referenssejä missään tilanteessa sallia vertailuperusteina? Yhtenä mahdollisuutena on pohdittu sitä, että hankintayksikkö voisi pisteyttää referenssejä sen mukaan, miten samantyyppisestä referenssikohteesta on kyse verrattuna hankinnan kohteeseen. Toinen vaihtoehto olisi tiedustella tarjoajan aiempien asiakkaiden kokemuksia tarjoajasta ja pisteyttää näin saatujen tietojen perusteella saatuja tarjouksia.¹⁵¹

¹⁴³ KHO:2003:89.

¹⁴⁴ KHO 22.3.2006, taltio 670.

¹⁴⁵ MAO:85/05.

¹⁴⁶ MAO:85/05.

¹⁴⁷ MAO:85/05.

¹⁴⁸ MAO:85/05

¹⁴⁹ Kts. esim. KHO 22.3.2006, taltio 670 ja MAO:17/06.

¹⁵⁰ Asia C-315/01, (GAT).

¹⁵¹ Ukkola, 2011, s. 329.

Edellytyksenä selvitysten vaatimiselle on vaatimusten perusteltavuus suhteessa urakan laadun ja laajuuden kannalta¹⁵². Toisin sanoen vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa urakkaan nähden (suhteellisuusperiaate). Myös vaikutukset tarjoajien määrään tulee huomioida. Mitä tiukemmat vaatimukset hankintayksikkö asettaa sitä vähemmän tarjoajia. Kelpoisuusehtojen tavoitteena on selvittää, onko sopimuskumppanin mahdollista selviytyä hankinnan toteuttamisesta¹⁵³.

4.1.2. Sallitut vertailuperusteet

Lista sallituista vertailuperusteista löytyy hankintalain 62 §:stä ja EU-kynnysarvot alittavien palveluhankintojen ja rakennusurakoiden osalta lisäksi 72 §:stä. Hankintalain 62 §:n luettelo on esimerkinomainen, ei siis tyhjentävä luettelo sallituista vertailuperusteista. Hankintojen erilaisuudesta johtuen tyhjentävän listan laatiminen sallituista vertailuperusteista olisikin mahdotonta¹⁵⁴. Hankintalain 72 §:ssä määritellyissä palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa vertailuperusteina voidaan ottaa huomioon, sen lisäksi mitä 62 §:ssä säädetään, hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa.

Hankintalain 62 §:n esimerkkiluettelon mukaan kokonaistaloudellista edullisuutta käytettäessä sallittuja vertailuperusteita ovat: laatu, hinta, tekniset ansiot, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet, ympäristöystävällisyys, käyttökustannukset, kustannustehokkuus, myynnin jälkeinen palvelu ja tekninen tuki, huoltopalvelut, toimituspäivä tai toimitus- tai toteutusaika taikka elinkaarikustannukset. Lisäksi hankintayksikkö voi huomioida myös asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita. Hankintayksikkö voi ottaa sallittuina vertailuperusteina huomioon myös hankinnan käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestöosan tarpeisiin liittyviä perusteita.

¹⁵² HE 50/2006 s.102

¹⁵³ Pökkylä 2010 s.5.

¹⁵⁴ Virtanen teoksessa, Aalto-Setälä ym. s. 688.

Kyseessä on hyvin yleistasoinen luettelo vertailuperusteista joten, ne eivät sellaisenaan yleensä riitä yksilöimään haluttua ominaisuutta. Hankintayksikölle on annettu laaja hankintatavalta. Hankintayksikkö voi ottaa huomioon käytännössä mitä tahansa hankinnan kohteeseen liittyviä syrjimättömiä ja tasapuolisia vertailuperusteita.¹⁵⁵

4.2. Laadun mittaaminen

Yksi keskeisimmistä ellei keskeisin vertailuperuste etsittäessä kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta on laatu. Tästä huolimatta hankintayksiköt eivät näytä hallitsevan laatukriteerien asettamista tarjouspyynnössä kovinkaan hyvin. Kuntaliiton teettämän selvityksen mukaan yksi keskeisimmistä tarjouspyyntö vaiheen ongelmista oli vertailuperusteiden asettaminen ja etenkin laadun määrittely. Ongelmat ilmenivät käytännössä siten, että laadun osatekijöitä ei oltu tarpeeksi täsmennetty, määritelty tai yksilöity.¹⁵⁶

Käyttäessään laatua vertailuperusteena hankintayksikön tulee ilmoittaa yksilöidä miten laatua tullaan tarjousvertailussa mittaamaan. Näin ollen pelkät ilmaisut ”laatu” tai ”kokonaislaatu” tarjouspyynnössä eivät riitä, vaan ne tulee tarkentaa esimerkiksi liiteasiakirjoissa.¹⁵⁷ Pelkkä yksilöimätön viittaus laatuun antaisi helposti hankintayksikölle rajoittamattoman valinnanvapauden, joka ei ole sallittua.

Tämä on todettu muun muassa EYTI:n oikeuskäytännössä¹⁵⁸. Kansallisessa oikeuskäytännössä laadun määrittelyyn ja hyväksyttäviin vertailuperusteisiin on otettu kantaa seuraavassa MAO:n ratkaisussa:

”Tarjouspyynnössä ei ole lainkaan määritelty sitä, mitä laatu-nimisellä arviointiperusteella on tarkoitettu ja miten sitä tullaan arvioimaan. Markkinaoikeus katsoo, että kyseinen arviointiperuste on ollut siinä määrin yksilöimätön, että sillä on voitu tarkoittaa sattumanvaraisesti mitä tahansa laadullisia ominaisuuksia. Tarjoajat eivät tarjouksia

¹⁵⁵ Pekkala, 2010, s. 409.

¹⁵⁶ Kiviniemi, 2011, s.6.

¹⁵⁷ Pekkala, 2010, s. 412.

¹⁵⁸ Kts. esim. Asia C-331/04, ATI EAC Srl Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vastaan ACTV Venezia Spa, Provinzia di Venezia, Commune di Venezia ja ATI La Linea Spa CSSA.

*laatiessaan ole voineet tietää, millä seikoilla mainitun arviointiperusteen osalta tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun. Mainittu arviointiperuste ei siten ole ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa. Kyseinen arviointiperuste on myös ollut omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa.*¹⁵⁹

Kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteina voidaan käyttää sellaisia seikkoja, joiden perusteella voidaan selvittää, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin. Arviointiperusteiden tulee lisäksi liittyä hankinnan kohteeseen ja olla luonteeltaan syrjimättömiä. Arviointiperusteet eivät myöskään saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta tarjousten vertailun toteuttamisessa.

Ongelmia laadun osatekijöiden määrittelyssä tulee esiin erityisesti palveluhankinnoissa. Liian korkeiksi asetetut vaatimukset saattavat karsia tarjoajien määrää tarpeettomasti, liian ylimalkaisesti määritellyt laatuvaatimukset taas aiheuttavat tulkintariitoja. Asettaessa laatuvaatimukset liian alhaisiksi joutuu hankintayksikkö pahimmillaan tyytymään heikkolaatuisiin tuotteisiin tai palveluihin.¹⁶⁰

Laadun mittaaminen on haastavaa etenkin palveluhankinnoissa ja rakennusurakkahankinnoissa. Ongelmaksi muodostuu se, että palvelua ja urakkaa eli tuotetta ei olekaan etukäteen helppo arvioida koska tuote konkretisoituu vasta sopimukseen tekemisen jälkeen silloin kun sopimusvelvoitteita aletaan täyttää. Arviointi on siis jälkikäteistä ja tapahtuu vasta kun palvelun suorittaja aloittaa ”hommat”. Helpompaa olisikin arvioida tuotteen sijasta palvelun toteuttajaa eli esimerkiksi tarjoajan henkilöstöä.¹⁶¹ Pekkala katsoo, että tarjoajien ominaisuuksien vertaileminen kansallisissa hankinnoissa on mahdollista siksi, että erityisesti palveluhankinnoissa palvelun suorittajan osaaminen ja ominaisuudet ovat lähellä itse palvelutuotetta¹⁶².

¹⁵⁹ MAO 210/2005.

¹⁶⁰ Pekkala, 2010, s. 412.

¹⁶¹ Pökkylä, 2010, s.3.

¹⁶² Pekkala, 2007, s.448.

Kuten, edellä hankintalain 72 §:n käsittelyn yhteydessä on todettu, on tarjoajan ominaisuuksiin liittyvien perusteiden käyttäminen vertailuperusteena sallittu kansallisissa palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa. Näiden ominaisuuksien hyväksyminen vertailuperusteiksi auttavat edellä kuvatulla tavalla mittaamaan paremmin nimenomaan laatua. Tämä koskee kuitenkin vain kansallisia hankintoja. Vedenkannas ehdottaa artikkelissaan, että organisaation innovaatio- ja yhteistyökykyä voitaisiin käyttää yhtenä laadun mittarina¹⁶³.

5. Lopuksi

Voidaanko EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa käyttää tarjoajan ominaisuuksia tai jopa referenssejä vertailuperusteina? Kieltääkö hankintadirektiivi sen? Voidaanko yhteisöoikeuden oikeuskäytännöstä tehdä johtopäätös, että edellä mainittuja ominaisuuksia ei saa käyttää tarjousvertailussa vertailuperusteina?

Tässä tutkielmassa olen yrittänyt vastata näihin kysymyksiin. Vastausta kysymyksiin olen etsinyt kansallisesta lainsäädännöstä eli hankintalaista ja yhteisön lainsäädännöstä eli hankintadirektiivistä. Tulkinta-apuna säädösten tulkinnassa olen käyttänyt sekä kansallisia että yhteisöoikeudellisia lainvalmisteluasiakirjoja. Tuomioistuinten ratkaisuilla on keskeinen merkitys monitulkintaisten ja osittain avoimien normien tulkinnassa. Ratkaisuista tärkeimpiä ovat unionin tuomioistuinten ratkaisut ja kansallisten tuomioistuinten, lähinnä markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden, ratkaisut. Oikeuskäytännöllä on suuri merkitys normien muotoamisessa. Lisäksi tulkinta-apua on täytynyt etsiä oikeuskirjallisuudesta sekä kansallisesta että kansainvälisestä.

Tutkielmaa tehdessäni olen tullut seuraaviin loppu tulemiin:

1. Kansallisen lainsäädännön, mukaan lukien hankintalain esityöt, ja MAO:n ja KHO:n oikeuskäytännön pohjalta näyttäisi siltä, että tarjoajan ominaisuuksia mukaan lukien referenssit, ei saa käyttää vertailuperusteina hankintadirektiivin soveltamisalaan kuulu-

¹⁶³ Vedenkannas, 2008, s. 218.

vissa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Toisaalta on myös ratkaisuja, jotka viittaavat siihen, että referenssit ja hankinnan kohteen suorittavan tiimin ammattitaidon ja pätevyyden huomioiminen voisi olla mahdollista jopa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa.¹⁶⁴

2. Oikeuskirjallisuuden perusteella tarjoajan ominaisuuksien käyttäminen vertailuperusteena EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa, jotka edellyttävät tarjoajalta erityistä kokemusta ja pätevyyttä, voisi olla sallittua samalla tavoin kuin vastaavissa kansallisissa hankinnoissa.

3. Yhteisöoikeudesta, tarkoittaen hankintadirektiiviä ja muita julkisiin hankintoihin sovellettavia yhteisöoikeudellisia säädöksiä, sen enempää kuin EU-tuomioistuinten oikeuskäytännöstä ei voida tehdä sellaista johtopäätöstä, että ne yksiselitteisesti kieltäisivät tarjoajan ominaisuuksien huomioimisen vertailuperusteena kaikissa tapauksissa.

4. Myös monessa muussa jäsenvaltiossa (esim. Saksa, Italia, Belgia ja Norja) on omaksuttu Suomen linjaa joustavampi näkemys tarjoajien ominaisuuksien käyttämisestä vertailuperusteena. Toisaalta monissa jäsenvaltioissa on valittu sama linja kuin meillä Suomessa.

5. Lisäksi komission esityksessä uudeksi hankintadirektiiviksi¹⁶⁵ sallittaisiin tarjoajan ominaisuuksien käyttäminen vertailuperusteena palvelusopimusten ja rakennusurakoiden suunnittelua kilpailutettaessa.

Edellä esitetyn perusteella katsoisin, että hankintadirektiivi ei estä tarjoajan ominaisuuksien käyttämistä vertailuperusteena palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa eli samoissa tapauksissa joissa se on mahdollista kansallisissa hankinnoissa. Myöskään EU:n oikeuskäytännöstä ei voi yksiselitteisesti tehdä sellaisia johtopäätöksiä, että tarjoajan ominaisuuksia ei saisi huomioida vertailuperusteina edellä mainituissa tilanteissa.

¹⁶⁴ Kts. MAO: 445/10, MAO: 446/10 ja MAO: 447/10.

¹⁶⁵ Komission ehdotus uudeksi hankintadirektiiviksi.

Tarjoajan ominaisuuksien käyttämiseen vertailuperusteena täytyy suhtautua varauksellisesti, aivan kuten komissio vihreässä kirjassa toteaa¹⁶⁶. Tarjoajan ominaisuuksien käyttäminen vertailuperusteina voisi olla mahdollista kokonaistaloudellista edullisuutta mittaessa seuraavien edellytysten täytyessä:

1. Soveltuvuusarviointi erotetaan tarjousvertailusta (menettelyn kaksivaiheisuus).
2. Soveltuvuusarvioinnissa ja tarjousvertailussa ei käytetä samoja perusteita. Kriteerit, joita käytetään soveltuvuusarvioinnissa, ei käytetä enää tarjousvertailussa.
3. Tarjoajan ominaisuuksien on liityttävä kokonaistaloudellisuuden mittaamiseen.
4. Perusteiden on liityttävä myös hankinnan kohteeseen.
5. Perusteet eivät saisi olla syrjiviä eivätkä ne saisi antaa hankintayksikölle rajatonta valinnan vapautta.
6. Perusteet ilmoitetaan nimenomaisesti tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa.

Edellytykset olisivat siis samat kuin kansallisissa hankinnoissa. Mielestäni pitäisi olla mahdollista käyttää tarjoajan ominaisuuksia vertailuperusteina myös EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa samoin edellytyksin kuin kansallisissa hankinnoissa. Kaikki palveluhankinnat eivät suinkaan ole sellaisia, että niissä voisi luontevasti käyttää tarjoajan ominaisuuksia vertailuperusteina. Hankittavan palvelun tulisi olla sellainen, jossa palvelun suorittajien henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ja kokemuksella olisi merkitystä¹⁶⁷. Aivan kuten kansallisten hankintojen osalta hankintalain 72 §:ssä säädetään.

Esteitä tarjoajan ominaisuuksien käyttämiseen vertailuperusteina ei nähdäkseni ole jos muistetaan noudattaa edellä selostettuja periaatteita. Tarjoajan ominaisuuksien käyttäminen vertailuperusteina ei välttämättä aiheuta ongelmia menettelyn kaksivaiheisuuden suhteen. Jäsenvaltioissa, joissa on sallittu tarjoajan ominaisuuksien käyttö vertailuperusteina, on onnistuttu pitämään soveltuvuusarviointi erillään tarjousvertailusta eli säilyt-

¹⁶⁶ Komission vihreä kirja, 2011 s.18

¹⁶⁷ Alkio- Wik, 2009, s. 1145.

tämään menettelyn kaksivaiheisuus¹⁶⁸. Menettelyn kaksivaiheisuuden turvaamiseksi hankintayksikön tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa etukäteen mitä seikkoja se tulee käyttämään tarjoajien kelpoisuuden arvioinnissa ja mitä seikkoja vertailuperusteina. Lisäksi hankintayksikkö ei saa käyttää samoja kriteerejä soveltuvuusarvioinnissa ja tarjousvertailussa.

Voidaan kysyä miksi sallia tarjoajan ominaisuuksien, esimerkiksi tarjoajan henkilöstön pätevyyden ja kokemuksen, käyttäminen vertailuperusteena kun edellä mainitut ominaisuudet voidaan ottaa huomioon jo kelpoisuusarvioinnissa? Vastauksena kysymykseen voidaan todeta, että esimerkiksi tietyn kokemuksen vaatiminen kelpoisuusarvioinnissa voisi olla syrjivää ja johtaa siihen, että vain muutamalla tarjoajalla olisi edes teoreettinen mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun.¹⁶⁹

Näkemykseni mukaan yhteisöoikeus on kehittymässä siihen suuntaan, että tarjoajan ominaisuudet voitaisiin tulevaisuudessa ottaa paremmin huomioon tarjousvertailussa. Esimerkkinä tällaisesta kehityksestä näen edellä tässä tutkielmassa käsitellyn komission esityksen uudeksi hankintadirektiiviksi¹⁷⁰, joka on yksi askel tähän suuntaan.

Lainsäädäntöä tulisi selkeyttää siten, että hankintalaissa selkeästi ilmaistaisiin voidaan-ko tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä perusteita käyttää vertailuperusteina. Jos katsotaan, että voidaan, tulisi täsmentää mitä tarjoajan ominaisuuksia saadaan käyttää ja millä edellytyksin. Nykyinen oikeustila aiheuttaa tulkintaongelmia ja tulkintoja joudutaan hakemaan osittain ristiriitaisesta oikeuskäytännöstä. Tilanteen selventäminen olisi tärkeää etenkin hankintayksiköiden mutta myös tarjouksia tekevien yritysten kannalta. Parhaassa tapauksessa oikeustilan selkeyttäminen vähentäisi valituksia markkinaoikeuteen ja näin lyhentäisi jo valmiiksi pitkiä käsittelyaikoja. Mielestäni helpoin tapa olisi säätää EU-hankintoja koskeva hankintalain 62 § vastaamaan lain 72 §:ä. Näin sekä kansallisissa että EU-hankinnoissa noudatettaisiin samoja tarjouksen valintaa koskevia sääntöjä ainakin palveluhankintojen ja rakennusurakoiden osalta.

¹⁶⁸ Treumer, 2009.

¹⁶⁹ Pökkylä, 2010, s. 7.

¹⁷⁰ Kts. tarkemmin tämän tutkielman kappale 3.2.2