

TARJOUSKILPAILUN ULKOPUOLELLE JÄÄNEEN TOIMITTAJAN OIKEUSSUOJA

Joonas Rytönen
Maisteritutkielma
Oikeustieteiden tiedekunta
Hallinto-oikeus
Kevät 2017

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan oikeussuoja

Tekijä: Joonas Rytönen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Hallinto-oikeus

Työn laji: Tutkielma X Laudaturtyö__ Lisensiaatintyö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: IX + 78 sivua

Vuosi: 2017

Tiivistelmä:

Tutkielma käsittelee julkisten hankintojen kilpailuttamista sääntelevän hankintalain oikeussuojajärjestelmän toimivuutta ja tehokkuutta. Erityisesti tutkielma pyrkii selvittämään, miten hankintalain ja sen pohjana toimivan Euroopan unionin sääntelyn viime vuosien useat muutokset ovat vaikuttaneet oikeussuojan saamiseen ja millaisia ongelmakohtia asiaan vielä liittyy. Tarkastelun keskiössä on tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan asema tilanteissa, joissa ulkopuolelle jääminen johtuu hankintayksikön laittomasta menettelystä.

Toimittaja saattaa jäädä tarjouskilpailun ulkopuolelle useassa erilaisessa tilanteessa. Ennen muuta näin on asia silloin, kun hankinta jätetään kokonaan kilpailuttamatta eli tehdään suorahankintana. Toimittaja voidaan myös sulkea hankintamenettelystä soveltuvuuden arvioimisen yhteydessä tai tämä voidaan jättää valitsematta osallistujaksi rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyihin. Lisäksi tarjouskilpailun ulkopuolelle jääminen voi johtua tarjouksen tarjouspyynnön vastaiseksi katsomisesta ja tästä johtuvasta hylkäämisestä. Eri tilanteita koskeva hankintalain sääntely selvitetään pääpiirteissään tutkielmassa. Samalla tuodaan ilmi, millä edellytyksillä toimittajan ulkopuolelle jäämiseen johtanut menettely on sallittu ja milloin sitä voidaan pitää hankintalain vastaisena ratkaisuna.

Tutkielmassa kuvataan hankintalain tarjoamat oikeussuojakeinot ja niihin liittyvä sääntely. Yleisen sääntelyn käsittelyn lisäksi selvitetään ennen muuta oikeussuojajärjestelmän toimivuutta tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan näkökulmasta. Tältä osin pääosassa on oikeuskäytännön tutkiminen sekä sieltä ilmenevien tulkintalinjojen ja ratkaisukäytäntöjen löytäminen. Erityisesti huomio kiinnittyy markkinaoikeuden määrättävissä olevien seuraamusten tehokkuuteen ja ongelmakohtiin.

Avainsanat: Julkiset hankinnat, laki julkisista hankinnoista, oikeusturva, hallinto-oikeus

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET	V
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuskysymykset.....	1
1.2 Tutkimusmenetelmä ja aineisto	2
1.3 Käsitteiden määritelmät	3
2 TOIMITTAJAN JÄÄMINEN TARJOUSVERTAILUN ULKOPUOLELLE.....	5
2.1 Julkisten hankintojen sääntely	5
2.1.1 Kilpailuttamisvelvollisuus.....	5
2.1.2 Hankintalain soveltamisala	7
2.1.3 Oma työ ja sidosyksikköhankinta.....	8
2.2 Suorahankinta	11
2.3 Rajoitettu menettely ja neuvottelumenettelyt	15
2.3.1 Erialaisten hankintamenettelyjen käytön edellytykset	15
2.3.2 Osallistujien valinta	17
2.4 Tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkeminen	20
2.4.1 Soveltuvuuden tarkastaminen.....	20
2.4.2 Rikokseen syyllistynyt ehdokas tai tarjoaja	21
2.4.3 Muut poissulkemisperusteet	24
2.5 Tarjouksen hylkääminen.....	26
2.5.1 Tarjouspyynnön mukaisuus	26
2.5.2 Tarjouspyynnön tulkinta	27
3 HANKINTALAIN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ.....	29
3.1 Hankintaoikaisu	29
3.2 Varsinainen muutoksenhaku	31
3.3 Seuraamusjärjestelmä	33
3.3.1 Reaalikeinot.....	33
3.3.2 Hyvitysmaksu	35
3.3.3 Tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu	38
3.3.4 Vahingonkorvaus.....	42
3.4 Hankintalain kokonaisuudistuksen vaikutukset	45
3.4.1 Jatkovalituslupa.....	46

3.4.2	Odotusajan lyhentäminen	47
3.4.3	Kynnysarvojen nostaminen.....	49
3.4.4	Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvonta	50
4	ULKOPUOLELLE JÄÄNEEN OIKEUSSUOJAN TOTEUTUMINEN.....	53
4.1	Hankinta- ja hankintatilanteiden merkitys	53
4.2	Reaalikeinot	55
4.2.1	Reaalikeinon soveltaminen suorahankintatilanteissa	56
4.2.2	Reaalikeinot muissa tilanteissa	59
4.3	Hyvitysmaksu	62
4.3.1	”Todellisen mahdollisuuden” – näyttökynnys	62
4.3.2	Vahingonkorvaus ja sen suhde hyvitysmaksuun	66
4.4	Tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu.....	68
4.4.1	Uudempien seuraamusten soveltaminen.....	69
4.4.2	Hankintasopimuksen tehottomuuden ongelmat	72
5	JOHTOPÄÄTÖKSET	75

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

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

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. Helsinki 2009.

Eskola, Saila – Ruohoniemi, Erkki: Julkiset hankinnat. 2. uudistettu painos. Helsinki 2011.

Halonen, Kirsi-Maria: Hankintalain oikeussuojauudistuksen vaikutukset hankintayksiköiden toimintaan – empiirinen tutkimus hankintayksiköiden suorahankinta- ja sopimuskäytännöistä. Edilex 15/2015 (www.edilex.fi/artikkelit/15138, 10.5.2016) (Halonen 2015a).

Halonen, Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus – Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille. Turku 2015 (Halonen 2015b).

Hemmo, Mika: Velvoiteoikeuden perusteet. Helsinki 2007.

Heuru, Kauko – Mennola, Erkki – Ryytänen, Aimo: Kunta – Kunnallisen itsehallinnon perusteet. Helsinki 2008.

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

Kolehmainen, Antti: Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Edilex 29/2015 (<https://www.edilex.fi/artikkelit/15461>, 31.10.2016).

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. 2. painos. Helsinki 2012.

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

Lähde, Johanna: Julkisten hankintojen oikeussuojauudistus. Teoksessa Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2010, 113–128. Vantaa 2011.

Mäkinen, Eija: Kunnallisvalitus – Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa?. Helsinki 2010.

Nenonen, Anne: Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 44. Helsinki 2011.

Nenonen, Anne: Tuomioistuimen toimivalta hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 46. Helsinki 2013.

Niemivuo, Matti – Keravuori-Rusanen, Marietta – Kuusikko, Kirsi: Hallintolaki. 2. uudistettu painos. Helsinki 2010.

Paso, Mirjami – Saukko, Petri – Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti: Hallintolainkäyttö. Helsinki 2015.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 6. uudistettu laitos (7. painos). Tallinna 2015.

Saarinen, Kirsi-Maria: Vahingonkorvaus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2008.

Saarnilehto, Ari: Sopimusoikeuden perusteet. 7. uudistettu painos. Helsinki 2009.

Siikavirta, Kristian: Julkisten hankintojen perusteet. Porvoo 2015.

Tapola, Marita: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus. Helsinki 2012.

Ukkola, Markus: Neuvottelumenettely dialogina. Teoksessa Defensor Legis 2/2012.

VIRALLISLÄHTEET

Neuvoston direktiivi 89/665/ETY: Neuvoston direktiivi julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.

HE 154/1992 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

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

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

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

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

Komission selittävä tiedonanto 2006/C 179/02: Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan.

Oikeusministeriön julkaisu 6/2010: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Työryhmän loppumietintö.

OMTR 6/2008: Oikeusministeriön julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamista valmistelleen työryhmän periaatemietintö.

PeVL 33/2006 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 81/2006 vp) maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta.

PeVL 32/2012 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 133/2012 vp) laiksi julkisesta työvoima- ja yrityspalvelusta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

TaVL 25/2006 vp: Talousvaliokunnan lausunto valtioneuvoston kirjelmästä (U 49/2006 vp) ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi.

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja: Kilpailukyky 37/2015: Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2010:20

KHO 2011:59

KHO 2015:64

KHO 2016:90

Korkein oikeus

KKO 1999:48

Hovioikeus

KouHO:2010:8

Markkinaoikeus

MAO 358/08

MAO:455/10

MAO:508/11

MAO:113/12

MAO:158/12

MAO:510/12

MAO:309/13

MAO:525/13

MAO:189/14

MAO: 461/14

MAO:464/15

MAO:633/15

Euroopan unionin tuomioistuin

C-385/02

C-26/03

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuskysymykset

Tutkielman tarkoitus on selvittää julkisten hankintojen kilpailuttamista sääntelevän hankintalain oikeussuojajärjestelmää ja sen toimivuutta julkisia hankintoja toteuttavien toimittajien näkökulmasta. Ennen kaikkea huomio tulee kohdistumaan tilanteisiin, joissa julkisesta hankinnasta järjestettävään tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostunut toimittaja ei pysty siihen osallistumaan. Varsinaista tarjouskilpailua eli tarjousten vertailua koskeva problematiikka sekä hankintasopimukseen liittyvät sopimusoikeudelliset kysymykset jäävät tutkielman tarkastelun ulkopuolelle. Julkisten hankintojen sääntelyä käsittelevänä tutkielmani sivuaa laajasti kilpailuoikeuden alaan kuuluvia asioita. Katson tutkielman kuitenkin perustellusti hallinto-oikeudelliseksi, koska keskityn tarjouskilpailuun liittyvän oikeudellisten pohdinnan sijaan oikeussuojakysymyksiin.

Ensimmäinen tutkimuskysymykseni on sen selvittäminen, millaisissa eri tilanteissa tarjouksen tekemisestä kiinnostuneella toimittajalla ei ole mahdollisuutta osallistua tarjouskilpailuun ja millaista sääntelyä noihin tilanteisiin liittyy. Selkeimmin tällainen tilanne konkretisoituu silloin, kun hankinta jätetään kokonaan kilpailuttamatta ja siten myös tarjouskilpailu järjestämättä. Tarkastelin suoraan hankintoja jo notaaritutkielmassani, joten maisteritutkielmassa pyrin tarkastelun laajentamiseen ja syventämiseen. Muita mahdollisia tilanteita ovat esimerkiksi tarjoajan tarjouskilpailusta sulkeminen tai rajoitettuun menettelyyn valitsematta jättäminen. Jokaiseen tilanteeseen liittyy omat erityispiirteensä ja hankintalain asettamat edellytyksensä, joihin tulen tutkielmassa perehtymään.

Toisena tutkielman pääkysymyksenä tulen syventymään oikeussuojakeinoihin, joita hankintalaki tarjoaa tarjouskilpailun ulkopuolelle jäämiseensä tyytymättömälle toimittajalle. Hankintalain eri tilanteille asettamien edellytysten soveltaminen on hankintayksiköiden harkintavallassa, joten toimittajille on säädetty erilaisia keinoja reagoida, mikäli ne katsovat soveltamisen olevan virheellistä. Tuomioistuimella puolestaan on käytössään erilaisia keinoja puuttua virheelliseksi toteamiinsa menettelyihin.

Kolmas ja keskeisin tutkimuskysymyksen koskee oikeussuojan käytännön toteutumista. Ovatko käytössä olevat keinot riittäviä, jotta niillä kyetään tehokkaasti puuttumaan virheellisiin menettelyihin? Estävätkö jotkin seikat periaatteessa tehokkaiden oikeussuojakeinojen toimimisen käytännössä? Tätä tulen selvittämään pääasiallisesti markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja tarkastelemalla.

Julkisia hankintoja sääntelevä hankintalaki uudistettiin kokonaisuudessaan vuonna 2016 ja uusi laki tuli voimaan 1.1.2017. Siirtymäsäännösten mukaan ennen lain voimaantuloa aloitettuihin hankintamenettelyihin sovelletaan vanhan lain säännöksiä. Näin ollen uuden lain mukaista oikeuskäytäntöä ei ole vielä saatavilla, vaan tutkielmassa käsittelemäni tapaukset on ratkaistu vanhan hankintalain perusteella. Kokonaisuudistuksen laajuudesta huolimatta sen vaikutukset tutkimuskysymysteni kannalta ovat tosiasiallisesti varsin vähäiset. Oikeussuojakeinoja koskevaa sääntelyä ei muutettu olennaisesti, koska sitä uudistettiin erikseen jo vuoden 2010 oikeussuojauudistuksessa. Tämän vuoksi oikeuskäytännöstä ilmenevien tulkintalinjojen ja ratkaisukäytäntöjen voidaan katsoa olevan edelleen vallitsevia. Tarkastelen uuden hankintalain tuomia keskeisiä muutoksia luvussa 3.4 ja otan ne muutenkin tutkielmassani huomioon siltä osin, kuin ne ovat tutkimieni asioiden kannalta relevantteja.

1.2 Tutkimusmenetelmä ja aineisto

Tutkielmani on tutkimusmenetelmältään oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Lainopillinen tutkimus pyrkii selvittämään oikeusjärjestyksen sisältämien normien merkityssisältöä, eli mitä on voimassa oleva oikeus. Tämä tapahtuu oikeuslähteiden tulkitsemisen ja tulkitun tiedon systematisoimisen avulla. Uutta tietoa syntyy johtopäätösten ja tulkintaväitteiden tekemisellä sekä niiden perustelemisella. Koska tutkimus perustuu empiiristen havaintojen sijaan tutkijan subjektiivisiin oivalluksiin, on tutkimustulosten huolellinen ja julkinen perusteleva lainopillisen tutkimuksen keskeisin asia. Tutkijan henki-

lökohtaisia tulkintoja ei voida pitää tieteellisinä, mikäli ulkopuolinen ei pysty näkemään, miten niihin on päädytty.¹

Tutkielmani aineistona käytän lainsäädäntöä, lakien esitöitä, oikeuskäytäntöä ja oikeustieteellistä kirjallisuutta. Suomen hankintalainsäädäntö perustuu pääosin Euroopan unionin hankintadirektiiveihin, joten unionin sääntelyllä on myös oma roolinsa tutkimusaineistossani. Koska keskeisin tutkimuskysymykseni on oikeussuojan käytännön toteutuminen, nousee oikeuskäytäntö merkitykseltään yhdeksi olennaisimmista lähteistä. Julkisiin hankintoihin liittyvät asiat käsitellään pääsääntöisesti markkinaoikeudessa, joten käyttämäni oikeuskäytäntö koostuu enimmäkseen sen ratkaisuksista. Lisäksi tietyissä yhteyksissä tarkastelen hieman korkeimman oikeuden, korkeimman hallinto-oikeuden ja Euroopan unionin tuomioistuimen antamia ratkaisuja.

Markkinaoikeus käsittelee paljon julkisiin hankintoihin liittyviä tapauksia ja niistä tulleita ratkaisuja on vuosien varrella kertynyt varsin suuri määrä². Pyrkimykseni ei ole ratkaisukäytännön täydellinen tai edes tietyiltä tapaustyypeiltä kattava läpikäyminen. Sellainen edellyttäisi huomattavasti maisteritutkielmaa laajempaa ja perusteellisempaa tutkimusta. Sen sijaan keskityn poimimaan kuhunkin tilanteeseen liittyviä tyypillisiä tapauksia ja tutkimaan niistä ilmenevää yleisempää ratkaisulinjaa. Erityisesti suosin viime vuosina annettuja ratkaisuja, koska niistä ilmenevät myös tuoreimpien lainmuutosten tuomat vaikutukset.

1.3 Käsitteiden määritelmät

Näkökulmasta johtuen tutkielmani lähtökohtaisesti tärkein käsite on toimittaja. Hankintalain 4 §:n 8 kohdan mukaan toimittajalla tarkoitetaan ”*luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoja taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita*”. Käsitteen on tarkoitus kattaa kaikki mahdolliset toimijat, jotka voivat halutessaan ottaa

¹ Kolehmainen 2015, s. 2, 6.

² <http://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/tilastojajakasittelyajat.html>. (20.11.2016). Vuonna 2015 markkinaoikeus antoi ratkaisun 561 hankinta-asiassa.

osaa potentiaalisina hankinnan toteuttajina hankintamenettelyihin, niiden oikeudellisesta muodosta riippumatta. Euroopan unionin hankintadirektiivissä vastaavalla tavalla määriteltynä käytetään käsitettä taloudellinen toimija (englanniksi *economic operator*)³. Aiempien hankintalakien esitöissä ei tarkemmin kerrota, miksi hankintadirektiivistä poikkeavaan sanavalintaan on alun perin päädytty⁴. Sen sijaan viimeisimmän hankintalain kokonaisuudistuksen esitöissä toimittaja-käsitteessä pitäytymistä perustellaan selkeydellä⁵.

Ehdokas on hankintalain 4 §:n 8 kohdassa määritelty toimittajaksi, ”joka on ilmoittanut halukkuutensa osallistua 33 §:ssä tarkoitettuun rajoitettuun menettelyyn, 34 §:ssä tarkoitettuun neuvottelumenettelyyn, 36 §:ssä tarkoitettuun kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, 38 §:ssä tarkoitettuun innovaatiokumppanuusmenettelyyn tai 40 §:ssä tarkoitettuun suoraan hankintaan”. Tarjoaja puolestaan on saman pykälän 10 kohdan mukaan toimittaja, ”joka on jättänyt tarjouksen”. Molemmat ovat siis toimittajia, jotka ovat edenneet osallistujina tiettyyn vaiheeseen hankintamenettelyssä. Tämän vuoksi katson perustelluksi käyttää niin tutkielmani otsikossa kuin lähtökohtaisesti myös tekstissä pääkäsitettä toimittaja, vaikka useissa kohdin tarkastelen nimenomaan ehdokkaan tai tarjoajan asemaa.

Tarjousvertailu on hankintamenettelyn loppupäässä koittava vaihe, jossa saaduista tarjouksista valitaan hinnan ja tarjouspyynnössä mahdollisesti asetettujen muiden kriteerien perusteella paras tarjous⁶. Sitä edeltävinä vaiheina on täytynyt suorittaa toimittajien kelpoisuuden arvioiminen ja tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden tarkistaminen. Hankintalaki edellyttää selvästi kaksiosaista menettelyä, jossa ensin rajataan tarjousvertailuun pääsevät tarjoukset ja vasta sitten verrataan niitä keskenään.⁷ Tarjousvertailu osoittaa tutkielmani takarajan, sillä sitä koskevia säännöksiä tai oikeuskysymyksiä en tule tarkastelemaan.

³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 2 artiklan 10 kohta.

⁴ HE 154/1992 vp, s. 12, HE 50/2006 vp, s. 52.

⁵ HE 108/2016 vp, s. 79.

⁶ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 765.

⁷ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 709.

2 TOIMITTAJAN JÄÄMINEN TARJOUSVERTAILUN ULKOPUOLELLE

2.1 Julkisten hankintojen sääntely

Ensimmäinen hankintalaki tuli voimaan vuoden 1994 alusta samaan aikaan, kun Suomi liittyi Euroopan talousalueen jäseneksi. Lailla täytettiin ETA-sopimuksen asettamat vaatimukset sopimusvaltioiden julkisia hankintoja koskevalle sääntelylle.⁸ Kyseessä oli merkittävä muutos paitsi lainsäädännöllisesti myös käytännön tasolla, sillä aiemmin valtion ja kuntien hankinnoilla oli usein pyritty nimenomaisesti tukemaan paikallisia yrityksiä⁹. Sittemmin hankintalakia on uudistettu useaan otteeseen ennen muuta Euroopan unionin hankintadirektiivien ja muun sääntelyn perusteella. Unionin sääntely on keskeisessä asemassa, koska julkisten hankintojen kilpailuttamisen yhtenä tarkoituksena on tehostaa Euroopan unionin sisämarkkinoiden toimivuutta sekä edistää tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta.¹⁰ Tämän tavoitteen toteutumisen kannalta on välttämätöntä, että jäsenvaltioiden hankintalainsäädännöt ovat pääpiirteissään yhdenmukaiset, eikä suuria kansallisia poikkeamia voida sallia.

2.1.1 Kilpailuttamisvelvollisuus

Yleinen kilpailuttamisvelvollisuus sisältyy hankintalain 1 §:n 1 momenttiin. Sen mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten kuin hankintalaissa säädetään. Säännöstä täydentää lain 2 §, jossa hankintayksiköt velvoitetaan toteuttamaan hankintatoimintansa mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyväksi käyttäen. Velvollisuus pyrkiä tällaiseen hankintatoimintaan onkin tiivistettynä koko julkisten hankintojen sääntelyn ydin. Toisaalta hankintalainsäädännön päämäärät eivät rajoitu vain kilpailun edistämiseen ja julkisten varojen käytön tehostamiseen, vaan samanaikaisesti sillä pyritään turvaamaan toimittajien asemaa. Kilpailuttamisen tarkoitus

⁸ HE 154/1992 vp, s. 1.

⁹ Siikavirta 2015, s. 5.

¹⁰ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 21.

on taata kaikille halukkaille tasapuoliset ja syrjimättömät mahdollisuudet osallistua hankintojen toteuttamiseen.¹¹

Hankintalain 25 §:ssä rajataan arvoltaan kansallisten kynnysarvojen alle jäävät hankinnat hankintalain soveltamisalan ja siten kilpailuttamisvelvollisuuden ulkopuolelle. Kansalliset kynnysarvot ovat tavara- ja palveluhankintojen sekä suunnittelukilpailujen osalta 60 000 euroa, rakennusurakoiden osalta 150 000 euroa ja käyttöoikeussopimusten osalta 500 000 euroa. Lisäksi tietyille sosiaali- ja terveyspalveluille sekä erikseen määritetyille erityisille palveluille on säädetty omat kynnysarvonsa. Kynnysarvot otettiin käyttöön hankintalain muutoksella vuonna 2007. Sitä edeltävästä, kaikkien hankintojen lähtökohtaisesta kilpailuttamisesta luovuttiin, koska kilpailuttamiskustannukset katsottiin suhteettoman suuriksi vähäisten hankintojen kilpailuttamisesta saatavaan hyötyyn nähden. Hankintayksikkö voi toki edelleen halutessaan kilpailuttaa nämä hankinnat hankintalain menetelmin.¹²

Vaikka kynnysarvot alittavia pienhankintoja ei tarvitse kilpailuttaa hankintalaissa säädettyllä tavalla, niiden vapaata tekemistä voivat rajoittaa esimerkiksi hallintolain ja kuntalain tasapuolisuusveloitteet, sekä hankintayksiköiden sisäiset menettelysäännöt¹³. Euroopan komissio on lisäksi katsonut Euroopan unionin perustamissopimuksen perusperiaatteiden, kuten avoimuuden ja syrjimättömyyden, tulevan sovellettaviksi tietyssä määrin kaikissa hankinnoissa niiden arvosta riippumatta. Avoimuuden toteuttamiseksi komissio suosittelee esimerkiksi hankinnoista ilmoittamista hankintayksikön omilla verkkosivuilla.¹⁴

Hankintalain 26 §:ssä määritetään EU-kynnysarvot, jotka perustuvat Maailman kauppajärjestön julkisten hankintojen sopimukseen ja Euroopan unionin direktiiveihin. Keskeisin ero kansallisiin hankintoihin nähden on, että EU-hankinnat on kilpailutettava unionin laajuisesti julkaisemalla hankintailmoitus Euroopan unionin virallisessa lehdessä.¹⁵

¹¹ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 531.

¹² Kuoppamäki 2012, s. 365–366.

¹³ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 572.

¹⁴ Komission selittävä tiedonanto 2006/C 179/02.

¹⁵ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 90–91.

Voimassa olevat EU-kynnysarvot ovat tavara- ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailuissa 134 000 euroa hankinnan tekijän ollessa valtion keskushallintoviranomaisen ja 207 000 euroa hankinnan tekijän ollessa muu hankintayksikkö. Rakennus- ja käyttöoikeusurakoiden kynnysarvo ovat kaikkien hankintayksiköiden kohdalla 5 186 000 euroa.

2.1.2 Hankintalain soveltamisala

Hankintalakia sovelletaan lähtökohtaisesti kaikkiin hankintayksiköiden kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. Hankinnan sisältö voi vaikuttaa menettelyvaatimuksiin, koska erityyppisille hankinnoille on eri kynnysarvot ja tietyiltä osin poikkeavat säännökset. Yksittäisen hankinnan kohteella ei kuitenkaan pääsääntöisesti ole merkitystä sen suhteen, onko kyseessä hankintalain soveltamisalaan kuuluva julkinen hankinta, vaan ratkaisevaa on, onko hankinnan tekijä hankintalain mukainen hankintayksikkö. Hankintalain 5 §:ssä luetellaan tyhjentävästi kaikki hankintayksiköiksi katsottavat toimijat. Niitä ovat valtion, kuntien ja kuntayhtymisen viranomaiset, evankelis-luterilainen ja ortodoksinen kirkko seurakuntineen sekä valtion liikelaitokset ja julkisoikeudelliset laitokset. Nämä toimijat ovat hankintayksiköitä kaikkia hankintoja tehdessään ilman vaatimuksia muunlaisten edellytysten täyttymisestä.

Yksityinen toimija ei voi pääsääntöisesti olla hankintalaissa tarkoitettu hankintayksikkö, mutta tapauskohtaisesti sitä voidaan sellaisena pitää. Hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan mukaan hankintayksiköksi katsotaan edellä mainittujen julkisten toimijoiden ohella mikä tahansa hankinnan tekijä, joka on saanut hankinnan tekemistä varten julkista tukea yli puolet hankinnan arvosta. Muutoin hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävä toimijaa siis kohdellaan hankintayksikkönä silloin, kun se tekee enimmäkseen julkisilla varoilla rahoitetun hankinnan. Tuen tulee olla nimenomaisesti hankinnan tekemiseen kohdistettua ja tuensaaja on hankintayksikön asemassa ainoastaan kyseisen hankintamenettelyn ajan. Yleisesti toiminnan rahoittamiseen saatava julkinen tuki ei tee tuensajasta julkisten hankintojen hankintayksikköä.¹⁶

¹⁶ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 29–30.

Hankintalain soveltamisalaan on säädetty useita poikkeuksia eri perusteilla. Keskeisimmät poikkeukset koskevat tiettyjä toimialoja, joiden hankintojen on katsottu niiden erityispiirteiden vuoksi tarvitsevat erillistä sääntelyä. Hankintalain sijasta vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintoihin sovelletaan erityisalojen hankintalakia. Hankintayksiköiden tekemiin puolustus- ja turvallisuushankintoihin puolestaan sovelletaan lakia julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista. Lisäksi tietyn tyyppiset hankinnat on lähinnä käytännön syistä säädetty poikkeuksiksi pääsäännöstä, jonka mukaan kaikki hankintayksikköjen hankinnat kuuluvat hankintalain soveltamisalaan. Esimerkiksi hankintalain 9.1 §:n 1 kohdan perusteella kiinteän omaisuuden tai olemassa olevien rakennusten hankinnat eivät kuulu julkisten hankintojen sääntelyn piiriin. Kiinteän omaisuuden ja rakennusten sijainti juuri tietyssä paikassa on ymmärrettävästi yleensä hankintapäätökselle ratkaisevan tärkeä asia, eikä niitä koskevia hankintoja näin ollen voida tarkoituksenmukaisesti kilpailuttaa.

2.1.3 Oma työ ja sidosyksikköhankinta

Hankintalainsäädäntö asettaa menettelytavat, joilla hankinnat tulee toteuttaa, mikäli sellaisia päädytään tekemään. Se ei kuitenkaan edellytä, että hankintayksiköiden tulisi hankkia kaikki tarvitsemansa tavarat, palvelut ja muut suoritukset organisaationsa ulkopuolelta. Luonnollisena osa toimintaansa hankintayksiköt toteuttavat omana työnään monia sellaisia suorituksia, jotka muualta hankittuina olisivat kilpailuttamisvelvollisuuden piiriin kuuluvia hankintoja. Omana työnään tehdyt suoritukset eivät ole hankintalain mukaisia hankintoja ja jäävät näin ollen kokonaan lain soveltamisalan ulkopuolelle. Mitään euromääräisiä raja-arvoja ei ole asetettu, vaan hankintayksiköt voivat vapaan harkintansa mukaan päättää toteuttaa omana työnään myös arvoltaan merkittäviä projekteja.¹⁷ Poikkeuksen valinnanvapauteen tuo ainoastaan hankintalain 23 §, jonka mukaan rakennusurakkaa varten myönnetyn valtionavun ehdoksi voidaan joissain tilanteissa asettaa urakan hankkiminen tarjouskilpailulla ulkopuoliselta taholta.

¹⁷ Aalto-Setälä et al. 2008, s.572–573.

Omana työnä tekeminen ei pääsääntöisesti aiheuta merkittäviä tulkintaongelmia. Kysymys hankintalain soveltamisesta ei yleensä nouse esille, koska kyse on vain hankintayksikön sisäisestä toiminnasta, eikä minkäänlaista hankintaa käytännössä tapahdu. Sen sijaan tulkinnanvaraisempia tilanteita aiheuttavat sidosyksikköhankinnat. Niissä kyse on tosiasiallisista hankinnoista hankintayksikön ulkopuolelta, mutta ne kuitenkin rinnastetaan tiettyjen kriteerien täytyessä omana työnä tekemiseen ja jätetään näin ollen hankintalain soveltamisala ulkopuolelle.

Hankintalain 15 §:n mukaan lakia ei sovelleta hankintaan, jonka hankintayksikkö tekee sidosyksiköltään. Lainkohdassa sidosyksiköllä tarkoitetaan ”*hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäksi edellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa*”. Hankinta katsotaan siis sidosyksikköhankinnaksi, mikäli se tehdään taholta, joka täyttää sidosyksikön määritelmän. Muita edellytyksiä tai rajoituksia ei ole säädetty, joten hankintayksikkö voi omana työnä tekemistä vastaavalla tavalla vapaasti päättää, mitä hankintoja tekee sidosyksiköltään hankintojen luonteesta tai arvosta riippumatta. Päätös on kuitenkin tehtävä ennen hankintamenettelyn aloittamista, sillä mikäli tarjouskilpailu on jo käynnistetty, ei sidosyksikköä voida enää suoraan valita, vaan se voi ainoastaan osallistua menettelyyn muiden kanssa tasavertaisena tarjoajana¹⁸.

Sidosyksikön tulee ensinnäkin olla muodollisesti erillinen ja päätöksenteoltaan itsenäinen. Lähtökohtaisesti tällaisena voidaan pitää vain yksikköä, joka on oikeudelliselta muodoltaan hankintayksiköstä erillinen oikeushenkilö. Samaan organisaatioon kuuluvilta yksiköiltä tehtävät hankinnat eivät ole sidosyksikköhankintoja, vaan ne katsotaan omana työnä tekemiseksi. Esimerkiksi kunta on kaikkine yksiköineen yksi oikeushenkilö, eivätkä sen sisäiset hankinnat täytä sidosyksikköhankinnan määritelmää.¹⁹ Myöskään kunnalliset liikelaitokset eivät ole itsenäisiä oikeushenkilöitä, vaan muodollisesti osa kunnan organisaatiota²⁰. Rajanvedolla ei sinänsä ole suurta käytännön merkitystä,

¹⁸ Hyvönen et al. 2007, s. 57.

¹⁹ Hyvönen et al. 2007, s. 57–58.

²⁰ Heuru et al. 2008, s. 218.

koska sidosyksikköhankinnat ja omana työnä tekeminen rinnastetaan oikeudellisesti samaksi asiaksi ja niitä kohdellaan samalla tavoin.

Toisekseen sidosyksikön on oltava erillisyydestään ja itsenäisyydestään huolimatta hankintayksikön määräysvallan alainen. Näin voidaan luonnollisesti katsoa olevan ainakin silloin, kun hankintayksikkö omistaa sidosyksikön kokonaisuudessaan. Muissa tapauksissa asiaa on arvioitava lähinnä edustuksellisen päätäntävällän ja omistusosuuden suuruuden perusteella.²¹ Koska hankintalaki edellyttää hankintayksikön käyttävän sidosyksikköön määräysvaltaa samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa, on hankintayksikön oltava lähes yksinomaisen omistajan asemassa. Lainkohdassa kuitenkin säädetään, että määräysvaltaa on käytettävä yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa, joten sidosyksikkönä voidaan pitää myös useamman hankintayksikön omistamaa yksikköä. Sen sijaan ratkaisussaan asiasta C-26/03 Euroopan unionin tuomioistuin katsoo, että yksityisesti omistettua yksikköä ei voida missään tilanteessa pitää sidosyksikkönä. Vaikka yksityinen taho olisi vain vähemmistöosakas, sen omistajuus aiheuttaa kuitenkin tilanteen, jossa julkinen hankintayksikkö ei voi valvoa yksikköä täysin siinä laajuudessa kuin omia toimipaikkojaan. Tuomioistuin korostaa, että kyseessä on rajoitus tärkeänä pidettyyn kilpailuttamisvelvollisuuteen ja sen edellytyksiä on muiden rajoitusten tavoin tulkittava suppeasti.²²

Kolmanneksi edellytykseksi yksikön sidosyksikkönä pitämiselle hankintalaki asettaa sen, että yksikkö harjoittaa toimintaansa pääosin vain sen suhteen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Sidosyksiköllä voi olla jonkin verran kaupallista toimintaa muualle, mutta valtaosaltaan sen toiminnan tulee rajoittua hyödykkeiden tuottamiseen hankintayksiköille. Aiemmin oikeuskäytännössä on katsottu, että sidosyksikön toiminnasta noin 10 prosenttia voi suuntautua muualle, mutta sitä laajempaa kaupallista toimintaa harjoittavia yksiköitä ei voida enää pitää sidosyksikköinä.²³ Uusimman hankintalain kokonaisuudistuksen yhteydessä raja määriteltiin täsmällisesti ja muualle suuntautuvan toiminnan enimmäismääräksi asetettiin viisi prosenttia. Muun toiminnan

²¹ Hyvönen et al. 2007, s. 58.

²² Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio asiassa C-26/03, 44–49 kohdat.

²³ Kuoppamäki 2012, s. 375.

rajoittamista voidaan pitää tärkeänä, sillä mikäli yksikkö toimisi laajasti vapailla markkinoilla, mutta pystyisi kuitenkin toteuttamaan osan hankinnoista sidosyksikkönä ilman kilpailutusta, olisi tilanne omiaan vääristämään kilpailua.

2.2 Suorahankinta

Edellä mainitun vahvan pääsäännön mukaan kaikki hankintayksiköiden hankinnat tulee kilpailuttaa, paitsi jos ne jäävät arvoltaan kynnsarvojen alapuolelle tai kuuluvat jollain perusteella hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle. Kilpailuttamisvelvollisuuteen on kuitenkin olemassa lisää poikkeuksia, joista merkittävimpana voidaan pitää suorahankintaa. Siinä kynnsarvot ylittävää ja sinänsä hankintalain soveltamisalaan kuuluvaa hankintaa ei tarvitse tiettyjen edellytysten täytyessä kilpailuttaa. Hankintalain 40 §:ssä suorahankinta määritellään hankintamenettelyksi, jossa ”*hankintayksikkö neuvottelee valitsemiensa toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista julkaisematta etukäteen hankintailmoitusta*”. Määritelmä vastaa Euroopan unionin hankintadirektiivin 32 artiklaa, jossa menettelyä kutsutaan neuvottelumenettelyksi, josta ei julkaista ilmoitusta²⁴. Sen sijaan unionin oikeussuojadirektiivissä suorahankinnan käsitettä käytetään laajemmassa merkityksessä ja suorahankinnoiksi katsotaan myös muun muassa hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle erityisperusteilla jäävät hankinnat. Suomen hankintalain sen soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja ei pidetä suorahankintoina.²⁵

Suorahankinnan tekeminen edellyttää aina jonkin suorahankintaperusteen käsillä oloa. Perusteet on lueteltu hankintalain 40 ja 41 pykälissä ja ne on tarkoitettu tyhjettäviksi. Niistä säännellään hankintalain EU-kynnsarvot ylittäviä hankintoja koskevassa osassa, mutta lain 100 §:n 2 momentin mukaisesti samoja perusteita sovelletaan kansallisten hankintojen yhteydessä. Koska suorahankinta merkitsee poikkeusta koko julkisten hankintojen sääntelyn pohjana olevaan kilpailuttamisen perustavanlaatuiseen pääsääntöön,

²⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 32 artikla.

²⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, johdanto-osan 16 perustelukappale, OMTR 6/2008, s. 69.

hallituksen esityksessä edellytetään kaikkien suorahankinnan edellytysten suppeaa tulkittamista²⁶.

Suorahankinta on ensinnäkin mahdollinen tilanteessa, jossa hankinta on ensin yritetty toteuttaa avoimella tai rajoitetulla hankintamenettelyllä, mutta yhtään sopivaa osallistumishakemusta tai tarjousta ei ole saatu. Tämä hankintalain 40.2 §:n 1 kohdassa säädetty peruste edellyttää lisäksi, että alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta. Sen vuoksi suorahankinnan voidaan katsoa olevan tämän kohdan perusteella mahdollinen vain, jos yhtään tarjousta ei ole saatu tai tarjoukset ovat olleet täysin tarjouspyyntöä vastaamattomia. Jos taas on saatu tarjouksia, jotka eivät sellaisinaan vastaa tarjouspyyntöä, mutta ovat riittävästi sen mukaisia toimiakseen neuvottelujen pohjana, on ensisijaisesti käytettävä neuvottelumenettelyä.²⁷

Toiseksi suorahankinta on mahdollinen, kun teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan. Kyse voi olla esimerkiksi uudesta tekniikasta tai erityisosaamisesta, jota ainoastaan yksi toimittaja pystyy tarjoamaan. Lisäksi sen käyttämisen tulee olla hankinnan tarkoituksen vuoksi välttämätöntä. Hallituksen esityksessä painotetaan hankintayksikön velvollisuutta osoittaa, ettei samaa lopputulosta voitaisi saavuttaa jollain toisenlaisellakin ratkaisulla²⁸. Vastaavasti suorahankinta on hankintalain 40.2 §:n 3 kohdan mukaan mahdollinen, kun kyseessä on ainutkertaisen taideteoksen tai taiteellisen esityksen hankkiminen.

Hankintalain 40.2 §:n 4 kohta sallii suorahankinnan käyttämisen tilanteessa, jossa hankinnan tekeminen on ehdottaman välttämätöntä, mutta kilpailuttamiselle säädettyjä määräaikoja ei voida noudattaa äärimmäisen kiireen vuoksi. Oikeuskäytännössä tällaisen tilanteen on katsottu olleen käsillä muun muassa silloin, kun määräaikojen noudattaminen olisi keskeyttänyt palvelun, jonka järjestämiseen hankintayksiköllä on ollut lakisääteinen velvollisuus²⁹. Kiire on lain kohdassa määritetty nimenomaan äärimmäiseksi, ja suorahankintojen poikkeusluontoisuuden vuoksi sitä on tulkittava tiukasti.

²⁶ HE 108/2016 vp, s. 133.

²⁷ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 146–147.

²⁸ HE 108/2016 vp, s. 134.

²⁹ Ks. esim. MAO 218/12, jossa kyse mm. vammaisopetuksen oppilaskuljetuksista.

Vähäisempiä kiireellisyytapauksia varten hankintalain 57 § tarjoaa mahdollisuuden nopeutettuun menettelyyn. Ratkaisussa MAO 358/08 markkinaoikeus katsoo, ettei kyseessä ollut äärimmäinen kiire pelkästään sillä perusteella, että nopealla hankinnan tekemisellä hankintayksikkö olisi saattanut saavuttaa kustannussäästöjä.

Lisäedellytykseksi suoramankinnan tekemiseen oikeuttavalle äärimmäiselle kiireelle on säädetty, että sen tulee johtua hankintayksiköstä riippumattomasta ja ennalta arvaamattomasta syystä. Esimerkkeinä tällaisista syistä hallituksen esityksessä on aiemmin mainittu äkillinen luonnonilmiö ja onnettomuus sekä toiminnoille kriittisen laitteen rikkoutuminen. Hankintayksikön viivyttelyä ennalta tiedossa olevan hankinnan toteuttamisessa ei sen sijaan voida hyväksyttävänä syynä pitää.³⁰ Ratkaisussa KHO 2011:59 korkein hallinto-oikeus katsoo työtaistelun uhan olleen hankintayksiköstä riippumaton ja ennalta arvaamaton syy, mutta pitää suoramankintaa silti laittomana. Tapauksessa hankintasuopimus oli tehty voimassaoloajaltaan pidempänä ja kohteeltaan laajempänä kuin työtaistelun uhka edellytti. Kaikkien edellytysten täytyessäkin suoramankintaa on siis sallittua käyttää vain siinä laajuudessa kuin on välttämätöntä.

Hankintalain 40.2 §:n 5–7 kohdat koskevat pelkästään tavarahankintoja. Suoramankinta on mahdollinen, kun kyseinen tavara hankitaan tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten. Kyse tulee olla yksittäisistä, vain tilaajaa varten valmistettavista tavaroista, jollaisia ei tehdä sarjatuotantona. Rajauksella pyritään siihen, ettei suoramankinnalla katettaisi tietyn yrityksen tuotekehittelykustannuksia kilpailua vääristävällä tavalla.³¹ Sallittuja ovat myös raaka-ainemarkkinoilla noteerattujen ja sieltä hankittavien tavaroiden suoramankinnat sekä tavaroiden suoramankinnat erityisen edullisesti toimittajan maksukyvyttömyysmenettelyn tai vastaavan menettelyn seurauksena. Suunnittelukilpailuja varten on puolestaan säännös momentin 8 kohdassa. Sen perusteella suunnittelukilpailun voittajalta voidaan tehdä palveluhankinta suoramankintana, kunhan hankinta vastaa suunnittelukilpailun sisältöä ja suunnittelukilpailu on toteutettu hankintalain mukaisesti.³²

³⁰ HE 50/2006 vp, s. 77–78.

³¹ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 155.

³² HE 108/2016 vp, s. 136.

Hankintalain 41 §:ssä säädetään suorahankinnoista lisätilauksissa. Lainkohta mahdollistaa aiempaa hankintaa osittain korvaavan tai täydentävän tavarahankinnan tekemisen kilpailuttamatta alkuperäisen hankinnan toimittajalta, mikäli toimittajaa ei voida yhteensopimattomuuden tai suhteettoman suurten teknisten vaikeuksien vuoksi vaihtaa. Palveluhankinta ja rakennusurakka ovat lisätilauksina mahdollisia, mikäli niiden mahdollisuudesta on mainittu alkuperäisen hankinnan hankintailmoituksessa. Euroopan unionin tuomioistuin korostaa asiassa C-385/02 antamassaan tuomiossa, etteivät hankinnan yleinen vaikeus ja pyrkimys jatkuvuuteen ole sellaisinaan riittäviä syitä, joiden vuoksi hankinta voitaisiin tehdä ainoastaan aiemmalta toimittajalta. Tuomioistuimen mukaan niistä voi kyllä seurata tällaisia syitä, mutta syyt pitää pystyä täsmällisemmin osoittamaan.³³ Ratkaisussa KHO 2010:20 korkein hallinto-oikeus puolestaan toteaa, ettei hankintayksikkö voinut tehdä lisätilausta suorahankintana yhdeltä aiemmalta toimittajalta tilanteessa, jossa hankinnan olisi voinut tehdä myös toiselta aiemmalta toimittajalta. Lisätilausten tekeminen suorahankintana edellyttää hankintayksiköltä siis konkreettista syytä, jonka vuoksi juuri aiemman toimittajan käyttäminen on hankintalaissa säädetyllä tavalla perusteltua.

Suorahankintaa muistuttavalla tavalla hankintayksikkö voi tehdä hankinnan ilman kilpailutusta optioehtoja käyttäen. Tämä edellyttää, että mahdollisuus myöhempään hankintoihin on otettu huomioon aiemmin hankintalain mukaisesti kilpailutetun hankinnan yhteydessä. Kun optio on mainittu täsmällisesti aiemman hankinnan hankintailmoituksessa ja huomioitu sopimuksen arvossa, se on tullut kilpailutetuksi jo tämän hankinnan yhteydessä, eikä sitä näin ollen ole enää tarpeellista kilpailuttaa uudelleen.³⁴ Optioehtoja käyttäen tehdyssä hankinnassa ei ole kuitenkaan kyse lisätilauksesta suorahankintana, vaan normaalisti kilpailutetusta hankinnasta, jonka lopullinen toimitusmäärä ratkaistaan vasta myöhemmin³⁵.

³³ Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio asiassa C-385/02, 20–22 kohdat.

³⁴ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 214.

³⁵ HE 108/2016 vp, s. 136.

2.3 Rajoitettu menettely ja neuvottelumenettelyt

2.3.1 Erilaisten hankintamenettelyiden käytön edellytykset

Lähtökohtaisia menettelyjä julkisten hankintojen kilpailuttamisessa ovat avoin ja rajoitettu menettely. Hankintalain 32 ja 33 §:ssä käytölle ei aseteta mitään ehtoja, kun taas neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn noudattaminen edellyttää niitä koskevien edellytysten täyttymistä. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee tarjouspyynnön samalla kertaa hankintailmoituksen kanssa ja kaikki halukkaat toimittajat voivat osallistua tarjouskilpailuun jättämällä tarjouksen. Hankintayksikkö voi asettaa tarjoajille soveltuvuusvaatimuksia, mutta muita rajoituksia ei ole mahdollista käyttää ja kaikkien soveltuvien tarjoajien tarjoukset on niiden määrästä riippumatta otettava mukaan tarjouskilpailuun.³⁶

Rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö voi rajoittaa niiden toimittajien määrää, jotka saavat jättää tarjouksen ja osallistua tarjouskilpailuun. Hankinnan toteuttamisesta kiinnostuneet toimittajat jättävät hankintailmoituksen perusteella osallistumishakemuksen ja hankintayksikkö lähettää tarjouspyynnön valitsemilleen ehdokkaille. Valinta tapahtuu ensin soveltuvuusvaatimukset täyttämättömien poissulkemisella ja sen jälkeen hankintailmoituksessa asetetuilla valintaperusteilla.³⁷ Koska hankintalaki ei rajoita millään tavoin rajoitetun menettelyn käyttämistä, on sen valitseminen hankintayksikön vapaassa harkinnassa. Sitä voidaan pitää hyvänä keinona vähentää kilpailuttamisesta aiheutuvaa työtä ja kuluja, kun tarjoajien määrä ei nouse suhteettoman suureksi. Hankintalain 33 §:n mukaan tarjouskilpailuun kutsuttavien ehdokkaiden määrää ei kuitenkaan voida rajoittaa niin paljon, että se estäisi todellisen kilpailun toteutumisen, ja vähimmillään kutsuttavia on oltava viisi.

Neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö julkaisee rajoitetun menettelyn tavoin hankintailmoituksen, johon kiinnostuneet toimittajat vastaavat osallistumishakemuksella. Valituille ehdokkaille lähetetään neuvottelukutsu ja tarjouspyyntö. Ehdokkaat jättävät tar-

³⁶ Kuoppamäki 2012, s. 379.

³⁷ Alkio & Wik 2009, s. 1115–1116.

jouksensa ja osallistuvat niiden pohjalta neuvotteluihin hankintayksikön kanssa. Neuvottelujen tarkoitus on toisaalta mukauttaa tarjoukset vastaamaan hankintayksikön tarpeita ja toisaalta saada ne keskenään vertailukelpoisiksi. Tämä edellyttää pääsääntöisesti tarjousten muuttamista ja täsmentämistä, mutta muutokset saavat olla ainoastaan menettelyn tarkoituksen kannalta perusteltuja. Hankintayksikön on estettävä tarjousten perusteeton parantaminen varsinkin, mikäli tarjoajat ovat tulleet neuvottelujen aikana tietoisiksi toistensa tarjouksista. Kun tarjoukset on saatu mukautettua sopiviksi, hankintayksikkö suorittaa niiden perusteella tarjousvertailun ja valitsee parhaan tarjouksen.³⁸

Hankintalain 34 §:n mukaan hankintayksikkö voi valita neuvottelumenettelyn, mikäli hankinnan poikkeuksellinen luonne sitä vaatii. Näin on silloin, kun hankinnan kohde on olemassa olevia ratkaisumalleja vastaamaton, suunnittelua vaativa, erityisen monimutkainen tai sellainen, ettei sitä voida yleisillä standardeilla kuvailla. Tällaisissa tilanteissa hankintayksikkö ei pysty ilman neuvotteluja tekemään tarjouspyyntöä, jonka pohjalta se saisi suoraan tarpeidensa mukaisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Hankinnan erityiseen luonteeseen liittyvien perusteiden lisäksi neuvottelumenettelyyn on sallittua siirtyä mikä tahansa kohteen hankinnassa, mikäli sen edeltävässä, toisen tyyppisessä hankintamenettelyssä on saatu ainoastaan tarjouspyyntöä vastaamattomia tarjouksia. Neuvottelumenettelyyn voidaan tällöin siirtyä suoraan edeltävän menettelyn tarjoajien kanssa, eikä uutta hankintailmoitusta tarvitse tehdä.

Kilpailullinen neuvottelumenettely lisättiin uutena menettelynä hankintalakiin vuoden 2007 uudistuksessa ja sen tarkoitus on mahdollistaa monimutkaisten hankintojen kilpailuttaminen joustavasti ja tarjoajien yhdenvertaisuuden turvaavalla tavalla³⁹. Kilpailullinen neuvottelumenettely eroaa neuvottelumenettelystä siten, että neuvottelujen pohjana eivät ole tarjoajien tarjoukset, vaan heidän tekemänsä ratkaisuehdotukset. Neuvottelujen kuluessa ratkaisuehdotuksia voidaan muokata hankintayksikön tarpeiden ja tarjoajien erityisosaamisen perusteella, kunnes lopullinen hankinnan toteuttamistapa on saatu päätettyä. Hankintayksikkö pyytää tarjoajilta valitun toteuttamistavan mukaiset lopulliset

³⁸ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 164–165, 168–169.

³⁹ HE 50/2006 vp, s. 79.

tarjoukset ja suorittaa tarjousvertailun käyttäen valintaperusteena tässä vaiheessa enää pelkästään kokonaistaloudellista edullisuutta.⁴⁰

Kilpailullisen neuvottelumenettelyn käytölle ei ole asetettu omia edellytyksiä, vaan hankintalain 36 §:ssä viitataan neuvottelumenettelyn edellytyksiin. Neuvottelumenettelyn käytön mahdollistavissa tilanteissa hankintayksikkö voi siis vapaasti päättää, kumman neuvottelumenettelyistä valitsee. Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan pitää tavallista neuvottelumenettelyä paremmin tarjoajien yhdenvertaisuutta turvaavana, sillä siinä tarjoajat eivät saa tietää toistensa tarjouksia, eikä lopullisten tarjousten jättämisen jälkeen enää neuvotella tai tarjouksia muuteta.⁴¹

2.3.2 Osallistujien valinta

Hankintalain 33, 34 ja 36 §:ssä säädetään ehdokkaiden valitsemisesta tarjoajiksi rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn ja kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Lainkohtien mukaan valinnan tulee tapahtua noudattamalla hankintailmoituksessa esitettyjä soveltuvuuden vähimmäisvaatimuksia sekä arviointiperusteita. Lain sanamuotoa on mahdollista tulkita siten, että ainoastaan soveltuvuutta koskevien vähimmäisvaatimusten täytyisi olla hankintailmoituksessa mainittuina, kun taas muita arviointiperusteita hankintayksikön ei tarvitsisi etukäteen ilmoittaa. Lain 2 §:ssä säädettyjen tasapuolisuus- ja syrjimättömyysvaatimusten voidaan kuitenkin katsoa selvästi velvoittavan hankintayksikköä julkaisemaan kaikki valintaperusteensa.⁴² Myös lain esitöissä todetaan, että perusteet tulisi tasapuolisen ja avoimen menettelyn takaamiseksi ilmoittaa⁴³. Mikäli ehdokkaat eivät etukäteen tiedä arviointiperusteita, ne eivät kykene jättämään tasapuolisesti vertailtavissa olevia osallistumishakemuksia. Lisäksi niillä ei tällöin ole mahdollisuuksia arvioida, onko menettely tarjoajien valinnassa ollut syrjimätöntä.

⁴⁰ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 185, 195.

⁴¹ Ukkola 2012, s. 267–269.

⁴² Aalto-Setälä et al. 2008, s. 614.

⁴³ HE 108/2016 vp, s. 122.

Ratkaisussa MAO:633/15 markkinaoikeus arvioi valintaperusteiden ilmoittamisvelvollisuutta. Tapauksessa hankintayksikkö oli kertonut hankintailmoituksessa ainoastaan tarjoajien soveltuvuutta koskevat vähimmäisvaatimukset, muttei muita käyttämiään kriteereitä. Yhdeksän osallistumishakemuksen jättäneen ehdokkaan katsottiin täyttävän soveltuvuusvaatimukset, mutta hankintayksikkö valitsi niistä ainoastaan kahdeksan tarjoajiksi. Markkinaoikeus katsoo menettelyn olleen tasapuolisen ja avoimen kohtelun vaatimusta rikkovaa ja hankintalain vastaista. Hankintayksikön menettelyä ei voitu pitää oikeutettuna, vaikka se oli hankintailmoituksessa ilmoittanut valitsevansa korkeintaan kahdeksan tarjoajaa, koska se ei ollut samalla määritellyt kriteereitä, joilla se tarjoajat valitsee.

Hankintalaissa ei täsmällisesti määritellä, millaisia valinnassa käytettävien arviointiperusteiden tulisi olla. Esitöissä niitä kuitenkin täsmennetään toteamalla niiden olevan objektiivisten ja syrjimättömien kriteereitä, joita hankintayksikkö käyttää ehdokkaiden määrän karsimiseen. Esimerkkeinä mainitaan ehdokkaiden referenssit, taloudellinen tilanne ja henkilöstön pätevyys.⁴⁴ Tärkeintä on, että ne perustuvat objektiivisesti osoitettaviin ja vertailukelpoisiin seikkoihin, jottei syrjimätön kohtelu vaarannu. Yleisesti ottaen voidaan ajatella, että osallistujien valinnan tulisi perustua pääosin soveltuvuutta koskeviin vähimmäisvaatimuksiin ja muiden arviointiperusteiden tulisi ainoastaan täydentää niitä. Hankinnan toteuttamiseen soveltuvien ehdokkaiden liiallinen karsiminen lisäperusteilla voi johtaa siihen, että hankintamenettelyn eri vaiheet sekoittuvat, kun osallistujien valinnassa tehdään arviointia, joka kuuluisi suorittaa vasta tarjousvertailussa.⁴⁵ Toisaalta jonkinlaisten valintaperusteiden asettamista voidaan pitää järkevänä, koska ilman niitä kaikki soveltuvuusehdot täyttävät toimittajat on valittava mukaan hankintamenettelyyn. Tämä voi tehdä menettelystä suhteettoman raskaan varsinkin pienempien hankintojen kohdalla.

Hankintalain 102 §:n 3 momentissa säädetään osallistujien valinnasta kansallisten hankintojen osalta. Siinä määritetään EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja väljemmin, että soveltuvuusvaatimusten käytöstä tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa ja samalla ker-

⁴⁴ HE 108/2016 vp, s. 123.

⁴⁵ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 614–15.

toa, mistä tarkemmat tiedot vaatimuksista ovat saatavilla. Hankintalain aiemmissa esityksissä on todettu, että osallistujien valinnassa noudatetaan sekä kansallisten että EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta samoja pääperiaatteita⁴⁶. Näin ollen voidaan ajatella, että muun muassa vaatimukset kriteerien objektiivisuudesta ja syrjimättömyydestä pätevät myös kansallisten hankintojen yhteydessä.

Vuosikirjapäätöksessään KHO 2015:64 korkein hallinto-oikeus korostaa hankintayksikön velvollisuutta noudattaa asettamia soveltuvuusvaatimuksia ja valintaperusteita. Tapauksessa oli kyse kaupungin terveydenhuollon palveluhankinnasta, joka toteutettiin kansallisena hankintana neuvottelumenettelyllä. Neuvottelumenettelyyn osallistumisen soveltuvuutta koskevaksi vähimmäisvaatimukseksi oli asetettu tiettyjen tekniseen ja taloudelliseen suorituskyykyyn liittyvien ehtojen täyttäminen. Menettelyyn mukaan hyväksytty ja tarjouskilpailun lopulta voittanut toimittaja oli osallistumishakemuksessaan osoittanut täyttävänsä vaatimukset hallinnoimaansa konserniin kuuluvien yhtiöiden resursseilla. Osallistumishakemuksen se oli kuitenkin jättänyt pelkästään emoyhtiön nimissä eikä konsernin nimissä. Korkein hallinto-oikeus katsoo, ettei toimittaja ollut täyttänyt hankintayksikön asettamia soveltuvuutta koskevia vähimmäisvaatimuksia, koska vaatimukset oli määritetty koskemaan nimenomaan osallistumishakemuksen jättäjää. Hankintayksikkö oli ollut velvollinen noudattamaan asettamia vaatimuksia, eikä sillä olisi ollut oikeutta joustaa niistä edes siksi, että oli katsonut hakemuksenjättäjän tosiasiallisesti soveltuvan hankinnan toteuttajaksi. Ratkaisussaan tuomioistuimien pitää hankintayksikön menettelyä hankintalain vastaisena ja kumoaa hankintapäätöksen.

⁴⁶ HE 50/2006 vp, s. 115.

2.4 Tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkeminen

2.4.1 Soveltuvuuden tarkastaminen

Hankintayksikön hankintamenettelyssä tekemä arviointi jakaantuu kahteen osaan, jotka tulee suorittaa erikseen ja oikeassa järjestyksessä, vaikka ne käytännössä usein tehdäänkin ajallisesti lähes samalla kertaa. Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus hankinnan toteuttamiseen tulee tarkastaa ennen siirtymistä tarjousten arvioimiseen.⁴⁷ Vaiheiden erillään pitämisen tarkoituksena on varmistaa tarjoajien tasapuolinen kohtelu siten, että tarjousvertailussa tarkastellaan enää ainoastaan tarjouksia. Hankintayksikön asettamien tai hankintalaista johtuvien soveltuvuusvaatimusten vastaiset ehdokkaat ja tarjoajat tulee sulkea menettelyn ulkopuolelle, eikä niitä voida ottaa mukaa tarjousvertailuun. Poissulkeminen on hankintayksikön velvollisuus, eikä sillä on harkintavaltaa jättää sitä edellytysten täytyessä tekemättä.⁴⁸ Poikkeuksena tähän ovat ainoastaan jäljempänä käsiteltävät hankintalain 81 §:n mukaiset poissulkemisperusteet, joiden soveltaminen on hankintayksikölle vapaaehtoista.

Soveltuvuusvaatimukset jakaantuvat suoraan hankintalaissa säädettyihin sekä hankintayksikön tapauskohtaisesti kyseessä olevalle hankinnalle asettamiin. Molemmat ovat yhtälailla sitovia, eikä hankintayksikkö voi hankintamenettelyn kuluessa enää muuttaa tai poistaa kerran asettamiaan vaatimuksia. Ylimääräisten vaatimusten asettaminen ei ole pakollista, vaan hankintayksikkö voi tyytyä arvioimaan soveltavuutta pelkästään lainsäädännön valossa. Tällöin kaikki ehdokkaat ja tarjoajat, joiden kohdalla lain poissulkemisperusteet eivät täyty, on otettava mukaan menettelyyn.⁴⁹ Mikäli osallistumisesta kiinnostuneita toimittajia on paljon, tämä saattaa aiheuttaa hankintayksikölle suhteetoman paljon työtä tarjousvertailussa. Siksi joitain soveltuvuusvaatimuksia on usein järkevää asettaa varsinkin pienempien hankintojen yhteydessä.

⁴⁷ Kuoppamäki 2012, s. 388.

⁴⁸ Kuusiniemi-Laine & Takala 2007, s. 123, 153.

⁴⁹ Kuusiniemi-Laine & Takala 2007, s. 133.

Hankintayksikön on kerrottava itse asettamansa soveltuvuusvaatimukset hankintailmoituksessa. Avoimessa menettelyssä vaatimuksia voidaan kuvailla lisäksi tarjouspyynnössä, mutta ainoastaan täsmentäviltä osin. Hankintalain 67 §:n mukaisesti niin soveltuvuusvaatimusten kuin kaikkien muidenkin seikkojen osalta noudatetaan hankintailmoitusta, vaikka se eroaisi sisällöllisesti tarjouspyynnöstä. Rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyissä vaatimukset on ilmoitettava täydellisinä hankintailmoituksessa, koska ehdokkaiden soveltuvuus tarkastetaan osallistumishakemusten perusteella, ennen kuin tarjouspyynnöt lähetetään heille. Mikäli ehdokkaat eivät etukäteen tiedä, minkälaisia vaatimuksia on asetettu, he eivät luonnollisesti voi osoittaa täyttävänsä ne.⁵⁰

Soveltuvuudelle asetettavat vähimmäisvaatimukset ovat hankintayksikön tapauskohtaisessa harkinnassa. Niistä säännellään hankintalain 84–86 §:ssä, joiden mukaan niiden tulee koskea ehdokkaan tai tarjoajan rekisteröitymistä, taloudellista ja rahoituksellista tilannetta tai teknistä ja ammatillista pätevyyttä. Keskeisintä vaatimuksille on, että niiden tulee liittyä selkeästi toimittajan kykyyn toteuttaa kyseessä oleva hankinta. Vaatimusten on oltava objektiivisesti arvioitavissa olevia, minkä vuoksi hankintayksikön tulee ilmoittaa, millaisia asiakirjoja se edellyttää näytöksi niiden täyttämistä. Lisäksi soveltuvuusvaatimukset eivät saa olla ristiriidassa suhteellisuusperiaatteen tai tasapuolisuusperiaatteen kanssa. Niitä ei saa asettaa suhteettoman tiukoiksi verrattuna siihen, mitä hankinnan toteuttamisen voidaan tosiasiallisesti katsoa edellyttävän, eikä niiden tule olla tiettyjä toimittajia perusteettomasti syrjiviä. Selvästi hankinnan toteuttamiseen liittymättömät vaatimukset ovat kiellettyjä, koska ne voivat perusteettomasti asettaa toimittajat epätasa-arvoiseen asemaan.⁵¹

2.4.2 Rikokseen syyllistynyt ehdokas tai tarjoaja

Hankintalain asettamat soveltuvuusvaatimukset säädellään käänteisesti poissulkemisperusteina, eli millaiset ehdokkaat ja tarjoajat eivät ole soveltuvia toteuttamaan hankintaa. Hankintalain 80 §:n mukaan tiettyihin rikoksiin syyllistyneet toimittajat tulee sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle. Kyseessä on pakollinen poissulkemisperuste, jonka sovel-

⁵⁰ Kuusiniemi-Laine & Takala 2007, s. 134–135.

⁵¹ Kuusiniemi-Laine & Takala 2007, s. 137–140.

tamisessa hankintayksiköllä ei ole harkintavaltaa, eikä se voi poiketa siitä asettamalla hankintailmoituksessa muunlaisia soveltuvuusvaatimuksia. 80 § on hankintalain II osassa, joten se koskee ainoastaan EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Hankintalain 105 §:ssä säädetään, että kansallisten hankintojen osalta voidaan toimittajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle noudattaa EU-hankintojen poissulkemissäännöksiä. Hankintayksikkö voi siis sulkea rikokseen syyllistyneen toimittajan tarjouskilpailusta myös kansallisessa hankintamenettelyssä, mutta sen ei ole pakko niin tehdä.⁵² EU-hankintoja koskeva säännös perustuu unionin hankintadirektiiviin, joka edellyttää poissulkemisen säätämistä pakolliseksi⁵³. Hankintalain esitöissä poissulkemisen jättämistä kansallisissa hankinnoissa hankintayksikön harkintavaltaan perustellaan siten, että se vähentää hankintayksikön ja toimittajan hallinnollista taakkaa, kun poissulkemisperusteiden olemassaoloa ei ole välttämätöntä selvittää⁵⁴.

Toimittajan katsotaan syyllistyneen hankintalaissa tarkoitettulla tavalla rikokseen ensinnäkin, mikäli rikokseen on todettu lainvoimaisella tuomiolla syylliseksi oikeushenkilön muodossa toimiva toimittaja itse. Toisekseen toimittaja katsotaan syylliseksi myös, jos tuomion on saanut toimittajan johtohenkilö taikka edustus-, päätös- tai valvontavaltaan sen organisaatiossa käyttävä henkilö. Hankintalain 88 §:n mukaan mahdollinen selvityskeino tuomioista on rikosrekisteriotteiden pyytäminen, ja viranomaisen antama ote rikosrekisteristä on hyväksyttävä näyttöksi. Laissa ei ole säädetty hankintayksikölle velvollisuutta vaatia toimittajalta rikosrekisteriotteita tarjouksen liitteiksi, joten käytännössä hankintayksiköllä voidaan olettaa olevan varsin pienet mahdollisuudet saada tietoonsa rikostuomioita soveltuvuuden tarkastamisen yhteydessä.⁵⁵ Sen sijaan hankintalain 88 §:ssä säädetään, että todistukset pakollisten poissulkemisperusteiden olemassaolon arvioimista varten on vaadittava tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta ennen hankintasuopimuksen tekemistä. Järjestely on erikoinen ottaen huomioon, että soveltuvuuden arvioiminen tulisi suorittaa paljon ennen tarjouskilpailun ratkaisemista. Hallituksen esityk-

⁵² Siikavirta 2015, s. 150.

⁵³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 57 artikla.

⁵⁴ HE 108/2016 vp, s. 213.

⁵⁵ Eskola & Ruohoniemi 2011, s.315–316.

sen mukaan sen taustalla on kuitenkin halu vähentää toimittajien hallinnollista taakkaa ja kohdistaa se ainoastaan voittaneelle tarjoajalle⁵⁶.

Hankintalain 80 §:n sanamuodon perusteella pakollisina poissulkemisperusteina kyseeseen tulevien rikostuomioiden tulee olla sekä lainvoimaisia että rikosrekisteristä ilmeviä. Tuomion lainvoimaisuuden vaatimus merkitsee hallituksen esityksen mukaan sitä, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta sulkea toimittajaa vireillään olevan esitutinnan tai meneillään olevan oikeudenkäynnin vuoksi⁵⁷. Ilmaisuihin ”*ei ole velvollisuutta sulkea*” merkinnee sitä, ettei vireillään oleva menettely voi koskaan olla pakollinen poissulkemisperuste. Sen sijaan tulkinnanvaraiseksi jää, voisiko se tulla kyseeseen hankintalain 81 §:ssä tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena. Lainvoimaisuuden lisäksi tuomiolta edellytetään, että se ilmenee rikosrekisteristä. Näin ollen lakiin ei ole otettu mitään rajoja siitä, kuinka vanhat tuomiot voivat tarjouskilpailuun osallistumisten estää, vaan rajana toimii se, kuinka kauan tiedot rikosrekisterilain mukaisesti rikosrekisterissä säilyvät.

Pakollisen poissulkemisperusteen aiheuttavat rikokset ovat hankintalain 80 §:n mukaan osallistuminen järjestäytyneen rikollisjärjestön toimintaan, ihmiskauppa, veropetos, avustuspetos, lahjusrikokset, rahanpesu sekä terrorismirikokset. Luonnollisesti myös kyseisten rikosten törkeät tekemuodot synnyttävät poissulkemisperusteen. Sen sijaan hallituksen esityksessä korostetaan, että julkisissa hankinnoissa noudatettavan suhteellisuusperiaatteen vuoksi rikosten lievät tekemuodot eivät voi olla pakollisia poissulkemisperusteita. Lievien tekemuotojen mukaisina kyseisistä rikoksista saadut tuomiot voivat kuitenkin tapauksesta riippuen tulla kyseeseen harkinnanvaraisina poissulkemisperusteina⁵⁸. Ne voivat olla omiaan vähentämään hankintayksikön luottamusta toimittajan kykyyn suoriutua ongelmitta hankinnan toteuttamisesta.

⁵⁶ HE 108/2016 vp, s. 194.

⁵⁷ HE 108/2016 vp, s. 180.

⁵⁸ HE 108/2016 vp, s. 180–181.

2.4.3 Muut poissulkemisperusteet

Pakollisten poissulkemisperusteiden lisäksi hankintayksiköllä on mahdollisuus omalla päätöksellään sulkea ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailusta eräiden muiden syiden johdosta. Vaikka näiden poissulkemisperusteiden soveltaminen jääkin hankintayksikön harkintavaltaan, on hankintalain 81 §:n luettelo tyhjentävä, eikä hankintayksikkö voi harkintansa pohjalta sulkea toimittajaa millään lainkohdan mainitsemattomalla perusteella. Pakollisten poissulkemisperusteluita koskevan sääntelyn tavoin myös muiden poissulkemisperusteiden sääntely on rajattu sovellettavaksi sellaisenaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Kuitenkin hankintalain 105 §:n mukaisesti kansallisten hankintojen osalta voidaan noudattaa soveltuvin osin EU-hankintojen poissulkemisäännöksiä.

Muut poissulkemisperusteet koskevat seikkoja, jotka eivät sinänsä estä toimittajan ottamista mukaan tarjouskilpailuun, mutta synnyttävät riskejä hankinnan toteutumiselle. Niillä on tarkoitus antaa hankintayksikölle mahdollisuus vähentää epävarmuutta, jota aiheutuisi, jos menettelyssä olisi mukana toimittajia, jotka olosuhteidensa vuoksi eivät mahdollisesti suoriutuisi ongelmitta hankinnan toteuttamisesta. Koska poissulkemisperusteet ovat suoraan laissa säädettyjä, niitä ei tarvitse ilmoittaa kelpoisuusvaatimuksina hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä, vaikka ilmoittaminen katsotaan hallituksen esityksessä suositeltavaksi. Hallituksen esityksessä lisäksi korostetaan, että vaikka poissulkemisperusteiden soveltaminen on hankintayksikön harkintavallassa, tulee niistä päättäessä noudattaa hankintalain keskeisiä periaatteita. Poissulkemisella puututaan voimakkaasti toimittajan oikeuksiin, joten siihen tulisi suhteellisuusperiaatteen mukaisesti päätyä vain, mikäli tämän laiminlyöntiä tai muuta poissulkemisperustetta voidaan pitää riittävän vakavana. Tasapuolisuus- ja syrjimättömyysperiaatteiden mukaan hankintayksikön tulee soveltaa poissulkemisperusteita samalla tavoin kaikkiin toimittajiin, mikäli se päättää niitä edes yhteen soveltaa.⁵⁹

⁵⁹ HE 108/2016 vp, s. 183.

Hankintalain 81.1 §:n 1 ja 2 kohtien perusteella hankintayksikkö voi halutessaan sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle toimittajan, joka on konkurssissa, purettavana tai velkajärjestelyssä tai jota koskeva tällainen menettely on vireillä. Näin merkittävät yritystoiminnan häiriötilanteet ovat omiaan merkittävästi heikentämään toimittajan kykyä ja taloudellisia edellytyksiä suoritua hankinnan toteuttamisesta. Läheskään aina ne eivät kuitenkaan estä hankinnan toteuttamista, vaan saattavat jopa tehdä toimittajasta hankintayksikölle houkuttelevamman, koska hankinnan kohde voidaan saada siltä poikkeuksellisen halvalla. Tämän vuoksi hankintayksikölle on jätetty mahdollisuus tapauskohtaiseen harkintaan.⁶⁰

Hankintalain 81.1 §:n 3–6 kohdat liittyvät toimittajan aiempaan laittomaan tai muutoin epäasialliseen yritystoimintaan. Niiden mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle muun muassa toimittajan, joka on ammattitoiminnassaan syyllistynyt vakavaan virheeseen, laiminlyönyt verovelvollisuutensa, rikkonut työoikeudellisia velvoitteita tai toiminut kilpailua vääristävällä tavalla. Toimittajan katsotaan syyllistyneen myös silloin, jos tekijä sen johtohenkilö. Vakavaa virhettä ei ole täsmällisesti määritetty, mutta suhteellisuusperiaatteen mukaisesti voidaan ajatella, että kyseessä täytyy olla huomattava virhe, joka olennaisesti heikentää toimittajan luotettavuutta hankinnan toteuttajana. Vakavalle virheelle on lisäksi asetettu vaatimukseksi, että hankintayksikön tulee voida näyttää se toteen. Poissulkemisperusteeksi ei siis riitä pelkkä hankintayksikön oma näkemys jonkin aiemman menettelyn virheellisyydestä, vaan se on voitava näyttää toteen esimerkiksi valvontaviranomaisten huomautusten tai muiden objektiivisten seikkojen avulla.

Toimittajan veropetoksesta saama tuomio on edellä todetulla tavalla pakollinen poissulkemisperuste. Sen sijaan pelkkä verojen tai sosiaaliturvamaksujen maksamisen laiminlyönti muodostaa harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen. Verojen ja maksujen laiminlyönti ei suoranaisesti vaikuta toimittajan kykyyn selviytyä hankinnan toteuttamisesta, joskin se voi antaa aiheen epäillä tällä olevan laajempia taloudellisia ongelmia.

⁶⁰ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 718.

Säännöksellä pyritäänkin yksittäisen hankinnan toteutumisen turvaamisen ohella myös torjumaan taloudellisia väärinkäytöksiä ja harmaata taloutta.⁶¹

Hankintalain 81.1 §:n 7–11 kohtien poissulkemisperusteet koskevat toimittajan asemaa tai toimintaa hankintamenettelyssä. Ensinnäkin pois voidaan sulkea toimittaja, jolla on eturistiriita kyseisessä hankintamenettelyssä tai jonka osallistuminen siihen on vääristänyt kilpailua. Toiseksi poissulkemisperusteita on mahdollista soveltaa toimittajaan, joka on antanut hankintayksikölle vääriä tietoja, laiminlyönyt tietojen antamisen tai pyrkinyt vaikuttamaan epäasiallisesti hankintayksikön päätöksentekoon. Lisäksi hankintayksikkö voi harkintansa mukaan sulkea pois toimittajan, jonka aiempien hankintasopimusten täyttämässä on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita.

2.5 Tarjouksen hylkääminen

2.5.1 Tarjouspyynnön mukaisuus

Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden tarkastamisen sekä mahdollisen poissulkemisen jälkeen hankintayksikkö suorittaa tarjousten tarkastamisen. Tarjousten on vastattava objektiivisesti tarkastellen tarjouspyynnössä kuvattua hankintaa, ja tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset on suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle. Hankintamenettelyn vaiheittaisen etenemisen mukaisesti tarkastaminen ja mahdollinen hylkääminen on tehtävä ennen tarjousvertailuun siirtymistä, jotta tarjousvertailussa voidaan keskittyä puhtaasti tarjousten paremmuuden vertailemiseen. Mikäli kaikki tarjousvertailuun otettavat tarjoukset eivät olisi tarjouspyynnön mukaisia, ne eivät todennäköisesti olisi yhdenmuukaisia ja keskenään vertailukelpoisia.⁶²

Tarjouspyynnön vastaisten tarjousten hylkääminen on hankintayksikön lakisääteinen velvollisuus, eikä sillä ole harkintavaltaa sen suorittamisessa. Edullinen ja hankintayksikön tarpeita vastaavakin tarjous on hylättävä, mikäli se ei kaikilta osin täytä tarjouspyynnössä asetettuja vaatimuksia. Säännön ehdottomuus johtuu hankintalainsäädännön

⁶¹ Kuoppamäki 2012, s. 387.

⁶² Siikavirta 2015, s. 153.

peruseriaatteisiin kuuluvasta tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta. Menettelyä ei voitaisi pitää tasapuolisena ja syrjimättömänä, mikäli jonkun tarjoajan sallittaisiin osallistua tarjousvertailuun tarjouksella, joka ei täytyä kaikkia niitä vaatimuksia, joiden mukaisiksi muut tarjoajat ovat joutuneet tarjouksensa laatimaan. Juuri tarjouspyynnön vastaisuus saattaisi tehdä kyseisestä tarjouksesta muita edullisemmän ja tarjoaja saisi näin ollen perusteetonta hyötyä vertailussa.⁶³

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusten vuoksi hankintayksikkö ei voi sallia tarjousten korjaamista niiden jättämiselle varatun määräajan jälkeen. Näin ollen pienikin tarjouspyynnönvastaisuus aiheuttaa lähtökohtaisesti tarjouksen hylkäämisen, eikä sitä ole mahdollista oikaista. Kuitenkaan täysin merkityksettömien puutteiden vuoksi tarjousta ei voida hylätä, mikäli puutteilla ei ole tosiasiallista merkitystä tarjousten vertailukelpoisuuteen tai muiden tarjoajien oikeuksiin.⁶⁴

2.5.2 Tarjouspyynnön tulkinta

Tarjousten tarkastamisessa tarjousta voidaan arvioida vain sen mukaan, miten hankinnan kohdetta on tarjouspyynnössä kuvattua ja mitä vaatimuksia tarjoukselle on asetettu. Mikäli tarjouspyynnössä ei ole vaadittu tietyn asian täsmällistä määrittämistä, tarjouksen ei voida vaatia olevan siltä osin yksityiskohtainen. Tarjoajalla on velvollisuus perehtyä tarkasti tarjousasiakirjoihin, mutta hänellä on myös oikeus luottaa, että ne sisältävät kaikki tarjouksille asetettavat vaatimukset. Tarjoukselta ei voi edellyttää mitään, mitä tarjouspyynnössä ei ole yksiselitteisesti ja yksilöidysti vaadittu tarjouksessa olevan. Lähtökohta on kaikilta osin, että hankintayksikkö vastaa tarjouspyyntönsä oikeellisuudesta ja selkeydestä, eikä epäselvyyttä voida tulkita pyyntöä noudattaneen tarjoajan vahingoksi.⁶⁵

Tilanteessa, jossa jokin tarjouspyynnön kohta on mahdollista tulkita useammalla eri tavalla, tulee kaikkien tulkintavaihtoehtojen mukaiset tarjoukset katsoa tarjouspyynnön

⁶³ Tapola 2012, s. 17–19.

⁶⁴ Tapola 2012, s. 118.

⁶⁵ Tapola 2012, s. 119–121.

mukaisiksi. Mikäli tarjoukset ovat kuitenkin epäselvän tarjouspyynnön vuoksi liian erilaisia vertailtaviksi, hankintayksikön täytyy laatia uusi tarjouspyyntö ja aloittaa koko kilpailutus uudelleen alusta.⁶⁶ Selvästi erilaiset tarjoukset tekisivät vertailusta vaikeaa ja saattaisivat asettaa tarjoajat epätasa-arvoiseen asemaan, mikä olisi heitä kohtaan kohtuutonta, kun erilaisuus olisi aiheutunut hankintayksikön menettely seurauksena.

Tarjouspyynnön vaatimusten tulee olla selkeitä sekä tarjoajia kohtaan tasapuolisia ja syrjimättömiä. Niitä tulee lisäksi tulkita ja soveltaa tasapuolisella ja syrjimättömällä tavalla. Lähtökohtaisesti tämä tarkoittaa sitä, että vaatimuksia tulkitaan yhdenmukaisella ja yhtä ankaralla tavalla kaikkien tarjousten kohdalla. Toisaalta se merkitsee myös erilaisuuden hyväksymistä. Vaatimuksia ei tule tulkita vain tietyn hankinnan toteuttamistavan hyväksi, mikäli toisenlaisenkin toteuttamistavan voidaan katsoa vastaavan tarjouspyyntöä. Syrjimättömyyden vaatimus edellyttää erilaisten ratkaisutapojen hyväksymistä, vaikka ne eivät täysin vastaisi esimerkiksi tarjouspyynnössä esitettyjä teknisiä vaatimuksia, mikäli tarjoaja osoittaa niiden tosiasiallisesti täyttävän nuo vaatimukset.⁶⁷ Hankintayksikön kannalta olennaista on ainoastaan hankinnan päämäärien toteutuminen, eikä sen tule aiheuttomasti suosia vain tiettyjä niiden toteutumiseen johtavia ratkaisuvaihtoehtoja muiden yhtä hyvien vahingoksi.

⁶⁶ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 250.

⁶⁷ Kuusiniemi-Laine & Takala 2007, s. 197.

3 HANKINTALAIN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ

3.1 Hankintoikaisu

Vuonna 2010 voimaan tulleella muutoksella hankintalakiin otettiin hankintoikaisu nopeaksi ja menettelyltään kevyeksi ensivaiheen oikeussuojakeinoksi. Sillä hankintayksikkö voi poistaa virheellisen päätöksensä ja ratkaista asian uudelleen, mikäli päätös on perustunut lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Hankintoikaisu on mahdollista tehdä niin asianosaisen oikaisuvaatimuksen perusteella kuin hankintayksikön omasta aloitteesta. Määräaika asianosaisen oikaisuvaatimuksen esittämiselle on muutoksenhakuaikaa vastaava 14 päivää, mutta omasta aloitteestaan hankintayksikkö voi tehdä oikaisun 90 päivän kuluessa alkuperäisestä päätöksestä lukien.⁶⁸

Hankintoikaisu eroaa monilla tavoin yleisestä hallinto-oikeudellisesta oikaisuvaatimuksesta. Hallintolain 7a luvun mukainen oikaisuvaatimus on muutoksenhaun ehdoton ensivaihe, eikä päätökseen voi hakea muutosta valittamalla, jos siihen on mahdollista vaatia oikaisua. Muutoksenhaku valittamalla on mahdollista vasta oikaisuvaatimuksen perusteella annetusta päätöksestä ja muutosta saa hakea hallintolainkäyttölain 6a §:n mukaan vain oikaisuvaatimuksen tehnyt. Vastaavasti kuntalain mukaisella kunnallisvalituksella on useimmissa tapauksissa mahdollista hakea muutosta vasta oikaisuvaatimuksen johdosta annettuun päätökseen⁶⁹. Sen sijaan hankintalain mukainen valitus ei missään tilanteessa edellytä hankintoikaisua ensiasteen muutoksenhakeinona. Toisaalta markkinaoikeuteen tehty valitus ei estä hankintoikaisun tekemistä samasta asiasta samalla perusteella. Pääsääntöisesti muutosta haluavan asianosaisen onkin tehtävä samanaikaisesti sekä hankintoikaisu että valitus markkinaoikeuteen, sillä määräaika niiden tekemiselle on sama. Hankintoikaisun tekeminen ei siis lykkää valituksen tekemiselle asetettua määräaikaa, eikä oikaisuvaatimuksen johdosta tehdystä päätöksestä alautta muutoksenhakuaikaa.⁷⁰

⁶⁸ Siikavirta 2015, s. 171–172.

⁶⁹ Mäkinen 2010, s. 46.

⁷⁰ Kuoppamäki 2012, s. 418–420.

Hankintalain 134 §:ssä säännellään tilannetta, jossa samaan asia on käsiteltävänä sekä hankintaoikaisuna hankintayksikössä että valituksena markkinaoikeudessa. Sen mukaan hankintayksikön on ilmoitettava hankintaoikaisun käsittelystä markkinaoikeudelle ja kerrottava, aikooko se kieltää tai keskeyttää muutoksenhaun kohteena olevan päätöksen täytäntöönpanon käsittelyn ajaksi. Lainkohdassa ei suoranaisesti ilmaista, miten markkinaoikeuden tulisi hankintayksikön ilmoitukseen suhtautua valitusta käsitellessään. Voitaneen ajatella, että mikäli hankintayksikkö ilmoittaa käsittelevänsä asiaa hankintaoikaisuna ja keskeyttää päätöksen täytäntöönpanon, tuomioistuin jäisi odottamaan hankintaoikaisuasian ratkaisua ennen valituksen käsittelyä. Käytännössä valitusten käsittelyajat markkinaoikeudessa ovat kuitenkin sen verran pitkät⁷¹ ja hankintaoikaisun määräajat niin lyhyet, ettei tuomioistuin joudu valituksen käsittelyä lykkäämään.

Lopuksi hankintalain 134 §:ssä todetaan, että mikäli hankintayksikkö korjaa päätöksensä siten, ettei valituksen tehneellä ole enää oikeussuojan tarvetta, markkinaoikeus voi poistaa valituksen käsittelystä ratkaisua pääasiasta antamatta. Tätä voidaan pitää hankintaoikaisun yhtenä keskeisimmistä käyttötilanteista ja perusteluista sen käyttöönotolle. Hankintaoikaisun olennainen tarkoitus on hallituksen esityksen mukaan tarjota hankintayksikölle mahdollisuus korjata oma-aloitteisesti virhe, josta se saa tiedon jonkun asianosaisen tekemän valituksen perusteella⁷². Näin säästetään aikaa ja rahaa, kun markkinaoikeudessa ei tarvitse käydä läpi raskasta muutoksenhakuprosessia, jotta saadaan korjattua virhe, jonka hankintayksikkö itsekin siitä tietoisesti tultuaan myöntää.

Hankintaoikaisun tekemisessä hankintayksikölle on jätetty melko lailla vapaat kädet, eikä sitä koskevan päätöksen sisältöä juuri säännellä hankintalaissa. Paitsi että hankintayksikkö voi tehdä hankintaoikaisun oma-aloitteisesti, se voi sillä myös muuttaa aiempaa päätöstään asianosaisille huonompaan suuntaan näiden suostumusta kysymättä.⁷³ Hankintaoikaisussa voidaan katsoa olevan kyse ennemminkin hankintayksikön hankintapäätöksen tekemiseen rinnastettavasta päätöksenteosta kuin varsinaisesta muutoksen-

⁷¹ <http://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/tilastojajakasittelyajat.html>. (12.9.2016). Vuonna 2015 hankinta-asioiden keskimääräinen käsittelyaika markkinaoikeudessa oli 5,7 kuukautta.

⁷² HE 190/2009 vp, s. 56.

⁷³ Siikavirta 2015, s. 172.

hausta, joten sen tarkemmalle sääntelylle ei liene tarvetta. Hankintayksikön hankinta-
kaisuna tekemät päätökset ovat lähtökohtaisesti valituskelpoisia päätöksiä, sikäli kuin
niillä on vaikutusta asianosaisen asemaan.

3.2 Varsinainen muutoksenhaku

Yleisesti hallinnon oikeussuojajärjestelmän keskeinen muutoksenhakekeino on hallinto-
lainkäyttölain mukainen hallintovalitus. Hallintolainkäyttölaki on luonteeltaan yleislaki,
jonka säännöksiä sovelletaan lain 3 §:n mukaan vain, mikäli mikään erityislaki ei sään-
tele asiasta poikkeavasti. Kunnallisten viranomaisten päätöksiin lähtökohtainen muu-
toksenhakekeino on puolestaan kuntalaissa säädetty kunnallisvalitus.⁷⁴ Kuntalain 133
§:ssä säädetään, että lain muutoksenhakua koskevia säännöksiä sovelletaan, ellei erik-
seen lailla toisin säädetä.

Hankintalaki on muutoksenhaun osalta poikkeava erityislaki niin hallintolainkäyttöla-
kiin kuin kuntalakiinkin nähden. Hankintalain 163 §:n mukaan markkinaoikeuden toi-
mivaltaan kuuluvaan asiaan ei saa hakea muutosta kuntalain tai hallintolainkäyttölain
perusteella. Kiellosta tehtiin ehdoton vuoden 2010 uudistuksessa, sillä yhden tuomiois-
tuimen käsittelylinjan noudattamista pidettiin selkeämpänä ja oikeustilaa parantavana
ratkaisuna. Aiemmin sama asia saattoi olla samanaikaisesti käsiteltävänä kahdessa eri
tuomioistuimessa, jolloin epäselvyyttä syntyi muun muassa siitä, milloin muutoksen-
haun kohteena ollut päätös oli lopullisesti lainvoimainen.⁷⁵ Hankinta-asioissa muutok-
senhaku on näin ollen nykyisin mahdollista ainoastaan hankintalaissa säädetyillä tavoil-
la. Tämä ei kuitenkaan tarkoita hallintolainkäyttölain täydellistä sivuuttamista, vaan
hankintalain 165 §:n perusteella hallintolainkäyttölakia sovelletaan täydentävänä säänte-
lynä siltä osin, kuin hankintalaissa ei toisin säädetä.

Ensisijainen muutoksenhakekeino hankinta-asioissa on hankintalain mukainen valitus
markkinaoikeudelle. Lain 145 §:n perusteella valituksen voi tehdä se, jota asia koskee.
Tyypillisesti asianosaisia ovat hankintamenettelyyn ehdokkaina tai tarjoajina osallistu-

⁷⁴ Paso et al. 2015, s. 85–85.

⁷⁵ HE 190/2009 vp, s. 75–76.

neet toimittajat. Toisaalta myös menettelyyn ulkopuolelle jääneet, mutta osallistumisesta kiinnostuneet toimittajat katsotaan asianosaisiksi, mikäli valituksen kohteena ollut virheellinen toiminta on estänyt heidän osallistumisensa. Mikäli hankintayksikkö on jättänyt hankinnan virheellisesti kokonaan kilpailuttamatta, asianosaisina voidaan lähtökohtaisesti pitää kaikkia alalla toimivia yrityksiä ja yrittäjiä. Niistä jokainen olisi periaatteessa voinut olla virheettömässä menettelyssä kiinnostunut osallistumaan tarjouskilpailuun. Jos taas hankinta on kilpailutettu, kilpailuun osallistumatta jättäneen toimittajan on asianosaisaseman saavuttaakseen osoitettava olleensa kiinnostunut osallistumaan, muttei hankintayksikön virheen vuoksi voinut osallistua.⁷⁶

Valituksen kohteena voi hankintalain 146 §:n mukaan olla hankintayksikön päätös tai muu ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Valitusoikeus ei näin ollen rajoitu vain hankintamenettelyn päättävään hankintapäätökseen, vaan sen kohteena voi olla mikä tahansa mikä tahansa asianosaisten asemaan vaikuttava hankintayksikön ratkaisu. Esimerkiksi päätökset ehdokkaiden ja tarjoajien valitsemisesta rajoitettuihin menettelyihin ovat valituskelpoisia ratkaisuja. Yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua koskevat päätökset on kuitenkin rajattu valitusoikeuden ulkopuolelle.⁷⁷ Lainkohdan ilmaisulla *päätös tai muu ratkaisu* tarkoitetaan hallituksen esityksen mukaan sitä, että valituksen kohteena voi nimenomaisen päätöksen lisäksi olla myös jokin muu hankintayksikön toimenpide, jolla on vaikutusta asianosaisen asemaan⁷⁸. Tällaisena ratkaisuna voitaneen pitää esimerkiksi hankintayksikön passiivisuutta eli sitä, ettei se tee asianosaisen asemaan vaikuttavasta asiasta mitään varsinaista päätöstä.

⁷⁶ Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 409–411. Esim. ratkaisussa MAO:455/10 markkinaoikeus jätti valituksen tutkimatta, koska valittaja ei kyennyt osoittamaan pyrkineensä osallistumaan hankintamenettelyyn. Väitteitä menettelyn virheistä ei tutkittu, koska mikään vedotuista virheellisyyksistä ei ollut sellainen, joka olisi tosiasiallisesti estänyt valittajaa jättämästä tarjousta.

Vrt. MAO:158/12 jossa markkinaoikeus tutki valituksen, vaikkei valittaja ollut jättänyt tarjousta tai osoittanut olleensa kykenemätön sen jättämiseen. Syynä tähän oli se, että valittaja oli tehnyt tarjouspyynnön virheellisyyttä koskevan valituksen jo ennen tarjousten jättämiselle asetetun määräajan päättymistä. Valittaja voitiin katsoa asianosaiseksi ilman tehtyä tarjousta, koska tämä valituksella osoitti olevansa kiinnostunut osallistumaan vielä osallistumisen ollessa mahdollista.

⁷⁷ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 634–635.

⁷⁸ HE 108/2016 vp, s. 237.

3.3 Seuraamusjärjestelmä

Markkinaoikeuden määrättävissä olevat seuraamukset luetellaan hankintalain 154 §:ssä ja tarkemmin niistä säädetään 155–160 §:ssä. Luettelo on tyhjentävä, eikä markkinaoikeus voi niiden lisäksi määrätä muita seuraamuksia. Markkinaoikeudella ei ole esimerkiksi toimivaltaa määrätä hankintayksikköä tekemään tietynsisältöistä hankintapäätöstä tai muuta ratkaisua.⁷⁹ Myöskään vahingonkorvauksen määrääminen hankintalain vastaisen menettelyn aiheuttamasta vahingosta ei kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan, vaan erillistä vahingonkorvauskannetta on hankintalain 169 §:n perusteella ajettava yleisessä tuomioistuimessa.

Tyypillisesti hallintolainkäytössä seuraamukset kohdistuvat pelkästään muutoksenhaun kohteena olevaan päätökseen. Tässä suhteessa hankintalain seuraamusjärjestelmää voidaan pitää erikoislaatuisena, sillä se sisältää paitsi päätökseen myös virheellisesti menettelleeseen hankintayksikköön kohdistuvia seuraamuksia. Vaikka muutoksenhaun ensisijainen tarkoitus onkin virheellisen päätöksen oikaiseminen, on seuraamusjärjestelmällä lisäksi haluttu sanktioida laitonta menettelyä ja korvata siitä kärsineen osapuolen vahinkoja. Tätä kautta seuraamusten on tarkoitus toimia pelotteina, jotka varmistavat hankintoja koskevien säännöksiä noudattamisen.⁸⁰

3.3.1 Reaalikeinot

Reaalikeinot ovat ensisijaisia seuraamuksia hankintamenettelyn virheellisyyksien korjaamiseksi. Näillä hankintalain 154.1 §:n 1–3 kohdissa säädetyillä keinoilla markkinaoikeus voi 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan, 2) kieltää noudattamasta asiakirjan virheellistä kohtaa tai virheellistä menettelyä tai 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä. Käytännössä markkinaoikeus soveltaa yleensä useampaa keinoa samanaikaisesti, eikä niiden erottelulla sinänsä ole suurta merkitystä. Esimerkiksi tyypillisesti aina virheellisen menettelyn kieltäessään markki-

⁷⁹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 658.

⁸⁰ Siikavirta 2015, s. 179.

naoikeus samalla myös velvoittaa hankintayksikön korjaamaan menettelynsä virheettömäksi.⁸¹

Tuomioistuimen ei pidä puuttua hankintayksikön menettelyyn muuten kuin virheellisyyskysymyksien osalta, joten koko hankintapäätöstä ei tule kumota, mikäli virheellisyys voidaan korjata pelkästään yhden virheellisen kohdan noudattamisen kieltämisellä. Markkinaoikeuden toimivalta ei myöskään ulotu hankintayksikön ratkaisun asiasisältöiseen muuttamiseen. Se voi ainoastaan kumota päätöksen ja edellyttää hankintayksikköä ratkaisemaan asian uudelleen, muttei voi määrätä hankintayksikköä tekemään tietynsisältöistä päätöstä asiassa.⁸² Näin ollen valittaja ei pääsääntöisesti pääse suoraan tavoittelemansa lopputulokseen, eli yleensä tarjouskilpailun voittamiseen, vaikka valitus tuomioistuimessa hyväksyttäisiin. Valittajalle kuitenkin avautuu tilaisuus osallistua hankintamenettelyyn sen jälkeen, kun se on tuomioistuimen päätöksen mukaisesti korjattu virheettömäksi.

Hankintalain oikeussuojajärjestelmän lähtökohtaisena tavoitteena on virheellisen menettelyyn puuttuminen korjaamalla se virheettömäksi. Tähän johtavaa muutoksenhakua voidaan pitää tehokkaana, yksinkertaisena ja kaikkien osapuolten intressien kannalta toivottavana. Reaalikeinot toteuttavat tätä tavoitetta, minkä vuoksi niitä on sovellettava aina ensisijaisina. Muita seuraamuksia määrätään toissijaisesti vain, kun reaalikeinojen käyttö ei ole mahdollista.⁸³ Muut seuraamukset ovat hankintalainsäädännön näkökulmasta epätyytyttäviä, sillä niiden avulla menettelyä ei saada muutettua lainmukaiseksi, vaan niillä ainoastaan vähennetään virheellisen menettelyn aiheuttamia haittoja. Seuraamusjärjestelmän viimeisimmillä muutoksilla, kuten jäljempänä käsiteltävän tehottomuusseuraamuksen säätämällä, on pyritty osaltaan lisäämään mahdollisuuksia reaalikeinojen määräämiseen eri tilanteissa.

⁸¹ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 419–420.

⁸² Alkio – Wik 2009, s. 1160.

⁸³ HE 50/2006 vp, s. 119.

3.3.2 Hyvitysmaksu

Hyvitysmaksu on reaalikeinoina vaihtoehtoinen seuraamus, joka on tarkoitettu tilanteisiin, joissa reaalikeinojen käyttäminen ei ole mahdollista ilman kohtuuttomia seurauksia. Se on aina toissijainen seuraamus, joten sitä ei voida määrätä asiassa, jossa reaalikeinojen soveltaminen olisi mahdollista, eikä reaalikeinoja ja hyvitysmaksua voida määrätä seuraamuksina yhtä aikaa. Osapuoli ei myöskään voi vaatia tapauksen käsittelemistä ensisijaisesti hyvitysmaksuasiana, vaan hyvitysmaksun määrääminen on sidottu laissa säädettyjen edellytysten täyttymiseen.⁸⁴ Hyvitysmaksu maksetaan virheellisestä menettelystä kärsineelle asianosaiselle, joten se on samalla kertaa sekä seuraamus hankintayksikölle että korvaus loukatulle osapuolelle. Kyseessä ei kuitenkaan ole vahingonkorvaus, eikä hyvitysmaksun määrääminen ole este myöhemmälle vahingonkorvausten vaatimiselle samasta asiasta. Asianosaiselle aiheutuneen vahingon määrä on yksi hyvitysmaksun suuruutta harkittaessa huomioon otettava seikka, mutta hyvitysmaksun määrääminen ei ole sidottu aiheutuneeseen vahinkoon. Koska hyvitysmaksu on luonteeltaan seuraamus, se voi aivan hyvin myös ylittää todellisen vahingon määrän.⁸⁵

Hankintalain 155 §:ssä säädetään hyvitysmaksun määrääminen mahdolliseksi kahdenlaisissa tilanteissa. Ensinnäkin hyvitysmaksu voidaan määrätä silloin, kun reaalikeinojen määrääminen saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin niiden määräämisen edut olisivat. Toiseksi mahdolliseksi tilanteeksi on määritetty se, että valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Lisäksi lainkohdassa säädetään, että markkinaoikeus voi jättää hyvitysmaksun määräämättä, mikäli hankintayksikkö pidättäytyy hankintapäätöksen täytäntöönpanosta muutoksenhakuprosessin ajaksi. Tällä lisäyksellä ei liene suurta itsenäistä merkitystä, sillä jos hankintapäätöstä ei ole pantu täytäntöön, siihen voidaan yleensä vielä soveltaa reaalikeinoja, eikä hyvitysmaksun määrääminen näin ollen tulisi-kaan kysymykseen.

⁸⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 668–669.

⁸⁵ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 808–809.

Yleisin ja tulkinnaltaan yksiselitteisin hyvitysmaksun määräämistilanne on käsillä silloin, kun hankintasopimus on valitusta käsiteltäessä jo tehty. Reaalikeinojen käyttö merkitsee hankintapäätöksen kumoamista tai muunlaista voimakasta puuttumista sen sisältöön. Tämä merkitsisi väistämättä myös päätöksen perusteella laaditun hankintasopimuksen purkamista tai merkittävää muuttamista. Sopimuksen sitovuuden periaate on kuitenkin keskeisin sopimusoikeudellinen oikeusperiaatteita ja yksi koko oikeusjärjestyksessämme tärkeimmistä lähtökohdista. Tehty sopimus sitoo osapuolia voimassaolonsa ajan ja se voidaan irtisanoa tai purkaa vain niitä koskevien edellytysten täytyessä.⁸⁶ Sopimuksen sitovuus voi lakata, mikäli sopimusta rasittaa jonkin pätemättömyysperusteeksi katsottava virheellisyys⁸⁷. Markkinaoikeuden määrätessä seuraamuksia käsiteltävässä asiassa on aina ollut jokin virheellisyys, mutta se on sisältynyt hankintayksikön menettelyyn. Hankintayksikkö on tavalla tai toisella rikkonut hankintalainsäädäntöä, mistä aiheutunut virhe rasittaa hankintapäätöstä. Sen sijaan hankintasopimus on virheetön tai ainakaan sen virheiden arviointi ei kuulu markkinaoikeudelle. Vaikka sopimus perustuu lainvastaiseen päätökseen, se itsessään on osapuoltensa välisenä laillinen ja pätevä, eikä sitä voida hankintalain perusteella katsoa pätemättömäksi. Näin ollen ensisijaisten reaalikeinojen käyttäminen estyy ja sovellettavaksi tulee hyvitysmaksun määrääminen.

Huomattavasti tulkinnanvaraisempi hyvitysmaksun määräämistilanne on se, milloin reaalikeinojen määrääminen saattaisi aiheuttaa suurempaa haittaa kuin sen edut olisivat. Koska hankintasopimus on itsenäinen peruste hyvitysmaksun määräämiselle, tämä lainkohta tarkoittanee tilanteita, joissa sopimusta ei ole tehty, mutta reaalikeinoista saattaisi silti aiheutua merkittävää haittaa. Hankintalain esitöistä ei ilmene tarkemmin, millaisia tilanteita tällä tarkoitetaan tai millä perusteilla tapauskohtainen hyöty-haitta-vertailu tulisi toteuttaa⁸⁸. Koska seuraamuksen määrääminen johtuu hankintayksikön laittomasta menettelystä, voidaan ajatella, ettei sille aiheutuva haittaa voitaisi kovinkaan helposti pitää reaalikeinojen määräämisen etuja suurempana. Pelkästään hankintapäätöksen kumoamisen ja uuden kilpailutuksen aiheuttamia tavanomaisia kustannuksia tuskin voitai-

⁸⁶ Saarnilehto 2009, s. 161–163.

⁸⁷ Saarnilehto 2009, s. 106.

⁸⁸ HE 50/2006 vp, s. 119, HE 190/2009 vp, s. 69, HE 108/2016 vp, s. 240.

siin tällaisena haittana pitää. Sen sijaan on kuviteltavissa tilanteita, joissa reaalikeynojen käyttö olisi omiaan aiheuttamaan muiden oikeuksien tai yleinen edun kannalta merkittävää haittaa. Esimerkiksi joidenkin välttämättömien sosiaali- ja terveydenhuollon hankintojen kohdalla uuden kilpailutuksen aiheuttama viivästys hankinnan toteutumisessa saattaisi aiheuttaa merkittävää haittaa palveluja käyttäville ihmisille. Tällöin voisi olla perusteltua jättää hankintapäätös virheellisestä menettelystä huolimatta voimaan ja valita seuraamukseksi reaalikeynojen sijasta hyvitysmaksu.

Sen lisäksi että ensisijaisten seuraamusten määrääminen ei ole mahdollista, hyvitysmaksun määrääminen edellyttää myös muutoksenhakijan voittomahdollisuuksien arvioimista tarjouskilpailussa. Hankintalain 154.1 §:n 4 kohdan mukaan markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksun asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Todellista mahdollisuutta tai sen edellytyksiä ei lainkohdassa tarkemmin määritellä, minkä vuoksi asiaa on jouduttu usein oikeuskäytännössä pohtimaan. Tulkinta-apua tarjoaa hallituksen esitys toteamalla, että hyvitysmaksu voidaan pääsääntöisesti tuomita vain yhdelle hakijalle⁸⁹. Näin ollen on perusteltua katsoa hyvitysmaksun määräämisen edellyttävän, että juuri hakijan voittoa tarjouskilpailussa voidaan pitää erittäin todennäköisenä. Todellisuudessa tapahtunut hankintamenettely on ollut virheellinen, joten tuomioistuimien joutuu tyytymään virheettömän menettelyn hypoteettiseen kuvittelemiseen. Tähän liittyy luonnollisesti monia epävarmuustekijöitä ja mahdollisuuksia erilaisiin lopputuloksiin. Periaatteessa voitaisiin ajatella hakijalla olevan lain sanamuodon mukainen todellinen mahdollisuus voittaa, mikäli hakijan voitto olisi yksi kuviteltavissa olevista lopputuloksista. Lain esitöiden valossa näin laava tulkinta ei kuitenkaan ole mahdollinen. Jotta vain yhdellä hakijalla voisi olla todellinen mahdollisuus voittaa, täytyy tämän voiton olla paitsi kuviteltavissa oleva myös kaikkein todennäköisin lopputulos hypoteettisessa tarjouskilpailussa.

⁸⁹ HE 50/2006 vp, s. 119.

Hallituksen esityksen mukaan hyvitysmaksun hakijalla on näyttötaakka voittomahdollisuutensa todellisuudesta⁹⁰. Tätä voidaan pitää sinänsä ymmärrettävä lähtökohtana, sillä se vastaa oikeudenkäymiskaaren 17:2 §:ssä ilmaistua yleistä periaatetta, että riita-asiassa asianosaisen on näytettävä ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu. Hyvitysmaksu on luonteeltaan joiltain osin verrattavissa vahingonkorvaukseen, joten olisi mahdollista pitää perusteltuna kohdella sen määräämistä tässä mielessä riita-asian tavoin. Hankintalain 165 §:ssä kuitenkin säädetään, että hankintalain mukaisen valituksen käsittelyyn sovelletaan hallintolainkäyttölaki. Myös oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annetun lain 3:1 §:ssä todetaan, että hankinta-asiat käsitellään markkinaoikeudessa siten kuin hallintolainkäyttölaissa säädetään.

Hallintolainkäyttölain 33 §:ssä todetaan näyttökysymysten osalta, että valitusviranomaisen on huolehdittava siitä, että asia tulee selvitettyksi. Näin ollen todellisen voittomahdollisuuden osoittamista ei tulisi jättää yksinomaan hyvitysmaksun hakijan vastuulle, vaan markkinaoikeuden tulisi myös oma-aloitteisesti pyrkiä sitä selvittämään. Käytännössä näyttötaakanjaolla ei kuitenkaan ole suurtakaan merkitystä, sillä todellisen voittomahdollisuuden arvioinnissa on kyse teoreettisen tapahtumainkulun kuvittelusta, jollaisesta mikään taho pysty siitä konkreettisia todisteita esittämään. Lisäksi hankinta-asioissa virallisperiaatteen merkitystä pidetään yleisesti monia muita hallintoasioita vähäisempänä, koska hankinta-asioissa ei tyypillisesti ole heikompaa osapuolta, vaan molemmat osapuolet ovat voimasuhteiltaan tasavertaisia toimijoita⁹¹.

3.3.3 Tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu

Vuoden 2010 uudistukseen asti hankintalain seuraamusjärjestelmä muodostui pelkästään ensisijaisista reaali-keinoista ja toissijaisesta hyvitysmaksusta. Järjestelmää pidettiin riittämättömänä, joten uudistuksessa siihen lisättiin mahdollisuudet tehottomuusseuraamuksen ja seuraamusmaksun määräämiseen sekä hankintasopimuksen sopimuskauden lyhentämiseen. Uudistus pohjautui Euroopan unionin oikeussuojadirektiiviin⁹² ja siihen

⁹⁰ HE 50/2006 vp, s. 119.

⁹¹ Saarinen 2008, s. 35.

⁹² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2007/66/EY.

perustuvat uudet seuraamukset säädettiin koskemaan ainoastaan EU-kynnysarvot ylittäviä hankintaoja.

Yksi oikeussuojadirektiivin keskeisimmistä tavoitteista oli lainvastaisten suorahankintojen estäminen. Niiden katsottiin rikkovan kaikkein vakavimmalla tavalla julkisia hankintoja koskevaa yhteisön lainsäädäntöä. Tämän vuoksi niihin puuttumista varten pidettiin tärkeänä säätää tehokkaita ja varoittavia seuraamuksia, jollaisia tuolloin jäsenvaltioissa voimassa olleet seuraamusjärjestelmät eivät useinkaan kyenneet tarjoamaan. Tehokkaimmaksi puuttumiskeinoksi direktiivissä katsottiin laittomaan suorahankintaan perustuvan hankintasopimuksen lähtökohtainen pätemättömyys. Tätä pidettiin parhaana keinona paitsi yksittäisten virheellisten menettelyiden korjaamiseksi myös yleisesti kilpailun edistämiseksi. Pätemättömyydestä ei kuitenkaan haluttu tehdä automaattista, vaan sen määrääminen päätettiin jättää tuomioistuimen tapauskohtaisen harkinnan varaan.⁹³

Direktiivin mukaisesti hankintalakiin otettiin uusi seuraamus tehottomuusseuraamuksen nimisenä. Lain 156 §:n perusteella markkinaoikeus voi todeta tehottomaksi hankintasopimuksen, joka on tehty odotusaikaa noudattamatta tai hankintapäätöstä koskevan muutoksenhaun ollessa vireillä markkinaoikeudessa. Lisäksi tehottomuusseuraamus voidaan määrätä hankintasopimukselle, joka koskee ilman laillista perustetta tehtyä suorahankintaa, jonka yhteydessä ei ole noudatettu hankintalain 131 §:ssä säädettyä vapaaehtoista ilmoitusmenettelyä. Tehottomuus voi koskea joko koko sopimusta tai osaa siitä, mutta kuitenkin vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita. Sitä ei näin ollen voida enää määrätä, jos molemmat osapuolet ovat kokonaisuudessaan täyttäneet velvoitteensa eli hankinta on kokonaan toteutettu.

Hankintasopimuksen tehottomuudella ei ole pääsääntöisesti taannehtivia vaikutuksia, joten jo tehtyjä suorituksia ei lähtökohtaisesti palauteta⁹⁴. Toisaalta hallituksen esityksessä edellytetään tehottomuuden vaikutusten tasapuolista kohdistamista osapuolille.

⁹³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2007/66/EY johdanto-osa, 13–14 perustelukappaleet.

⁹⁴ Lähde 2011, s. 116–117.

Mikäli toinen osapuoli on täyttänyt velvoitteensa, ei toisen osapuolen vastaavia täyttämättömiä velvoitteita tulisi todeta tehottomiksi tätä mitenkään velvoitteensa täyttäneelle hyvittämättä. Markkinaoikeus voi ratkaisussaan korjata tällaisen epäsuhtaan rajaamalla tiettyjä sopimusvelvoitteita tehottomuuden ulkopuolelle. Toisena vaihtoehtona tasapuolisuuden toteuttamiseksi on tehtyjen suoritusten palauttaminen. Tätä ei ole säännelty hankintalaissa, joten se voi tulla kyseeseen vain yleisten perusteettoman edun palauttamista koskevien periaatteiden nojalla.⁹⁵

Markkinaoikeus voi hankintalain 157 §:n perusteella jättää yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä tehottomuusseuraamuksen määräämättä, vaikka määräämisen edellytykset täyttyisivät. Viittaus yleiseen etuun merkitsee sitä, etteivät hankintasopimuksen osapuolille aiheutuvat taloudelliset menetykset voi pääsääntöisesti olla hyväksyttäviiä syitä. Sen sijaan ihmisten terveyteen liittyviä syitä, esimerkiksi tärkeän terveystalouden keskeytyminen, voitaisiin tällaisina syinä pitää.

Mikäli markkinaoikeus ei tehottomuusseuraamuksen määräämisen edellytysten täyttymisestä huolimatta yleisen edun vuoksi toteuta hankintasopimusta tehottomaksi, se voi hankintalain 158 §:n perusteella määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun tai lyhentää hankintasopimuksen voimassaoloaikaa. Näitä seuraamuksia määrättäessä tulee ottaa huomioon hankintayksikön virheen laatuun ja hankinnan arvo. Hankintaa vaikuttaa myös oikeussuojadirektiivin vaatimus siitä, että vaihtoehtoisten seuraamusten tulee olla tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia⁹⁶. Määrältään vähäistä seuraamusmaksua tuskin voidaan pitää varoittavana seuraamuksena selvästi laittomasta suorahankinnasta. Toisaalta suuri seuraamusmaksu ei olisi oikeasuhteinen seuraamus selvästi tulkinnanvaraisessa tilanteessa virheellisesti hankintalainsäädäntöä soveltaneelle hankintayksikölle. Sen sijaan on vaikeammin hahmotettavissa, miten sopimuskauden lyhentäminen tulisi suhteuttaa esimerkiksi hankintayksikön virheen laatuun. Ennemmin olisi ajateltavissa, että sitä määrättäessä otettaisiin huomioon ne hankintalain 157 §:ssä tarkoitetut syyt, jotka estävät tehottomuusseuraamuksen määräämisen. Vaikka yleiseen etuun liittyvät pakottavat syyt estäisivät sopimuksen toteuttamisen tehottomaksi,

⁹⁵ HE 190/2009 vp, s. 71–72.

⁹⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, 2 e artikla.

ne eivät välttämättä edellytä sen jatkamista pidempään kuin esimerkiksi hankinnan kilpailuttamisen ajaksi.

Seuraamusmaksua on mahdollista käyttää paitsi tehottomuusseuraamukselle vaihtoehtoisena seuraamuksena myös sen lisäseuraamuksena. Hankintalain 158 §:n mukaan markkinaoikeus *voi määrätä* valtiolle maksettavan seuraamusmaksun, jos se on määrännyt hankintasopimuksen tehottomuusseuraamuksen. Hallituksen esityksen perusteissa puolestaan todetaan, että markkinaoikeuden *olisi määrättävä* seuraamusmaksu tehottomuusseuraamusta määrätessään⁹⁷. Tältä osin on epäselvää, onko seuraamusmaksu tarkoitettu aina tehottomuusseuraamuksen yhteydessä tulevaksi lisäseuraamukseksi, vai onko sen määrääminen markkinaoikeuden tapauskohtaisessa harkinnassa. Seuraamusmaksun määräämistä voitaneen pitää perusteltuna ainakin niissä tilanteissa, joissa osapuolet ovat jo olennaisesti täyttäneet sopimusvelvoitteitaan. Tällöin pelkkä sopimuksen tehottomuus ei välttämättä olisi enää tehokas seuraamus. Jos taas sopimusvelvoitteita ei ole lainkaan täytetty, voidaan laiton menettely korjata tehottomuusseuraamuksella ja hankintapäätöksen kumoamisella, jolloin seuraamusmaksun määrääminen ei ehkä olisi aina tarpeen.⁹⁸

Markkinaoikeuden tulee seuraamuksia määrätessään ottaa huomioon niiden yhteisvaikutus. Se ei hankintalain 160 §:n mukaan saa muodostua hankintayksikön tai sen sopimusosapuolen kannalta kohtuuttomaksi. Hankintayksikölle kohtuuttomaksi voisi muodostua lähinnä tehottomuusseuraamuksen ja seuraamusmaksun yhteisvaikutus esimerkiksi edellä mainitussa tilanteessa, jossa tehottomuus yksinäänkin korjaisi kokonaisuudessaan menettelyn virheellisyyden⁹⁹. Sitä vastoin on vaikea ajatella tilannetta, jossa seuraamusten yhteisvaikutus olisi hankintayksikön sopimuskumppanin kannalta kohtuuton. Ainoita hänen asemaansa suoranaisesti vaikuttavia seuraamuksia ovat tehottomuusseuraamus ja sopimuskauden lyhentäminen, joita ei voida määrätä samanaikaisesti. Ne saattavat toki kumpikin yksinään muodostua kohtuuttomiksi, mutta silloin kyse ei ole yhteisvaikutuksesta.

⁹⁷ HE 190/2009 vp, s. 72.

⁹⁸ Pekkala & Pohjonen 2015, s. 678–679.

⁹⁹ Lähde 2011, s. 120–121.

3.3.4 Vahingonkorvaus

Hankintalain 169 §: n perusteella hankintalainsäädännön vastaisella menettelyllä aiheutettu vahinko tulee korvata ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle. Vahingonkorvauksesta ei säännellä muiden seuraamusten yhteydessä, sillä kyseessä ei markkinaoikeuden määräämä seuraamus, vaan vahingonkorvausasia käsitellään erikseen yleisessä tuomioistuimessa. Hankintalakiin ei ole otettu tarkempia säännöksiä vahingonkorvausta koskien, eikä sitä käsitellä kovin laajasti hallituksen esityksessäkään¹⁰⁰. Vanhemman hankintalain esitöissä kuitenkin todetaan, että vahingonkorvauksen määräämiseen sovelletaan yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita¹⁰¹.

Hankintalain mukaiseen vahingonkorvauksen luonteen määrittäminen ja jäsentely on varsin monitulkintainen asia. Vaikka siihen sovelletaan soveltuvin osin vahingonkorvauslakia, kyseessä on erityissäännös suhteessa vahingonkorvauslakiin. Erityisesti tämä ilmenee siinä, että mahdollisesti korvattaviksi tulevia vahinkoja ei ole hankintalaissa rajattu, vaan niihin kuuluvat kaikki hankintalainsäädäntöä rikkomalla aiheutetut vahingot. Näin ollen myös puhtaat varallisuusvahingot voivat tulla ilman erillisiä edellytyksiä korvattaviksi¹⁰². Tämä kuvastaa hyvin hankintalain mukaisen vahingonkorvauksen asemaa deliktivastuun ja sopimusperusteisen vastuun rajapinnassa. Hankintamenettelyyn osallistuvien kesken on tyypillisesti sellaista yhteistoimintaa, ettei heidän voida katsoa olevan täysin sopimuksen ulkopuolisessa suhteessa toisiinsa. Toisaalta osapuolet eivät ole vielä sopimussuhteessa, sillä hankintalain vahingonkorvaussäännös koskee nimenomaan hankintamenettelyn aikana aiheutettuja vahinkoja. Menettelyn päätteeksi tehtävään hankintasopimukseen liittyviin vahingonkorvausasioihin ei sovelleta hankintalain säännöksiä, vaan kyseessä on tavanomainen sopimusoikeudellinen vahingonkorvausvastuu.¹⁰³

Luontevin tapa ymmärtää hankintalain mukaista vahingonkorvausvastuuta on tulkita sen olevan muodoltaan prekontraktuaalista sopimusvastuuta eli sopimusneuvotteluissa

¹⁰⁰ HE 50/2006 vp, s. 122–123, HE 108/2016 vp, s. 244.

¹⁰¹ HE 154/1992 vp, s. 14.

¹⁰² HE 154/1992 vp, s. 14.

¹⁰³ Saarinen 2008, s. 101–103.

noudatettavia menettelytapoja koskevaan sopimukseen perustuvaa vastuuta. Aloittamalla hankintamenettelyn hankintayksikölle syntyy velvollisuus noudattaa hankintasopimukseen tähtäävässä prosessissa lainsäädännön mukaisia menettelytapoja ja muilla osapuolilla on oikeus luottaa tähän neuvottelusopimukseen rinnastettavalla tavalla.¹⁰⁴ Ratkaisussa KKO 1999:48 korkein oikeus toteaa hankintayksikön syyllistyvän sopimusten tekoriikkomukseen, mikäli se toimii vastoin lakiin perustuvaa velvoitetta menetellä tietyllä tavalla hankintamenettelyssä. Tuomioistuimen mukaan asiaa on arvioitava samalla tavoin, kuin jos velvoite perustuisi sopimukseen menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla.

Hankintalain vahingonkorvaussäännöksessä ei ole mitenkään rajattu korvauksen määrää, joten sen on tulkittava tarkoittavan korvausta täyden korvauksen periaatteen mukaan. Näin ollen vahingonkärsijälle tulee korvata kaikki lainvastaisen menettelyn aiheuttamat vahingot ja saattaa hänet siihen asemaan, jossa hän olisi, mikäli hankintalainsäädäntöä olisi noudatettu. Tämä tarkoittaa sekä hankintamenettelyyn osallistumisen aiheuttamia kulujen, eli negatiivisen sopimusedun, että hankintasopimuksesta syntymättä jäämisestä aiheutuneiden tulojen menetyksen, eli positiivisen sopimusedun, lähtökohdista määräämistä korvattaviksi. Positiivisen sopimusedun osalta kynnys on korkeampi, sillä vahingonkorvauksenvaatimuksen esittäjän tulee kyetä osoittamaan, että sopimus jäi häneltä saamatta juuri hankintayksikön menettelyvirheiden takia.¹⁰⁵ Hankintalain 169 §:n 2 momentin mukaan negatiivisesta sopimusedusta korvauksen tuomitsemiksi riittää, että korvauksenhakija osoittaa, että hänellä olisi ollut virheettömässä menettelyssä todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Vahingonkorvauksen merkitys hankinta-asioiden yhteydessä on jäänyt käytännössä varsin vähäiseksi, koska asianosaiset tyytyvät yleensä hakemaan korvausta kärsimilleen vahingoille vaatimalla hyvitysmaksun määräämistä. Hyvitysmaksu on lähtökohtaisesti yksinkertaisempi vaihtoehto, sillä markkinaoikeus päättää sen määräämisestä muun hankinta-asiaa koskevan valituksen käsittelyn yhteydessä. Erillinen prosessi vahingon-

¹⁰⁴ Saarinen 2008, s. 104–105.

¹⁰⁵ Kuoppamäki 2012, s. 408–409.

korvauksen vaatimiseksi käräjäoikeudessa voi olla asianosaiselle raskas ja aiheuttaa ylimääräisiä oikeudenkäyntikuluriskejä.¹⁰⁶

Tietyltä osin hyvitysmaksun ja vahingonkorvauksen soveltamisalat ovat päällekkäiset ja niitä voidaan pitää toisiaan täydentävinä korvauskeinoina. Ne eivät kuitenkaan ole toisiaan poissulkevia vaihtoehtoja, eikä hyvitysmaksun saaminen estä asianosaista vaatimasta vahingonkorvausta täysin saman asian perusteella. Hyvitysmaksu on hankintayksikölle virheellisen menettelyn vuoksi määrättävä seuraamus ja näin ollen osittain luonteeltaan sanktio. Sen määrääminen ei edellytä, että todellisia vahinkoja olisi aiheutunut, eikä sen suuruus ole sidottu mahdollisten vahinkojen määrään. Se eroaa perustavanlaatuisesti vahingonkorvauksesta muun muassa siksi, ettei vahingonkorvausoikeudellisesti keskeistä rikastumiskieltoa ei sovelleta sitä määrättäessä.¹⁰⁷ Toisaalta hyvitysmaksu on samalla myös keino korvata asianosaiselle aiheutuneita vahinkoja ja todellisten vahinkojen määrä otetaan huomioon hyvitysmaksun suuruutta ratkaistaessa. Näin ollen samassa asiassa jo määrätty hyvitysmaksu otetaan huomioon vahingonkorvausta käsiteltäessä ja korvausta voi saada ainoastaan siltä osin kuin todelliset vahingot ylittävät hyvitysmaksun määrän.¹⁰⁸

Kahden vahinkoa korvaavan järjestelmän rinnakkainen soveltaminen on varsin eriskummallinen ja jossain määrin epäselvyyttä aiheuttava järjestely. Kyseessä on Suomen kansallinen ratkaisu, sillä Euroopan unionin valvontadirektiivi edellyttää ainoastaan, että lainsäädäntö mahdollistaa virheellisestä menettelystä kärsineen asianosaisen vahinkojen korvaamisen¹⁰⁹. Alun perin vuoden 1992 ensimmäiseen hankintalakiin ei sisällynytkään säännöksiä hyvitysmaksusta, vaan ainoastaan silloisen hankintalain 8 §:n vahingonkorvaussäännös. Hyvitysmaksua koskeva säännös lisättiin vuoden 1997 uudistuksessa samalla, kun oikeussuojakeinoja pyrittiin muiltakin osin parantamaan. Muutosta perusteltiin ennen muuta sillä, että hyvitysmaksun ansiosta hakijan ei useinkaan tar-

¹⁰⁶ Saarinen 2008, s. 15.

¹⁰⁷ Saarinen 2008, s. 143.

¹⁰⁸ Alkio & Wik 2009, s. 1165–1167.

¹⁰⁹ Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, 2 artikla.

vitsisi ajaa erillistä kannetta yleisessä tuomioistuimessa, mikä vähentäisi prosessikutannuksia.¹¹⁰

3.4 Hankintalain kokonaisuudistuksen vaikutukset

Uudet Euroopan unionin hankintadirektiivit annettiin 26. helmikuuta 2014 ja samalla päätettiin vuodelta 2004 peräisin olevien vahojen hankintadirektiivien kumoamisesta. Kumoamiset tulivat voimaan 18. huhtikuuta 2016, mistä lähtien uudet direktiivit ovat olleet sovellettavina unionin keskeisimpinä julkisia hankintoja koskevinä säännöksinä. Direktiivit edellyttävät, että ne on saatettu jäsenvaltioiden kansallisissa lainsäädännöissä voimaan viimeistään tuohon päivämäärään mennessä.¹¹¹ Suomessa kansallinen voimaansaattaminen toteutettiin hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksella, jossa sekä hankintalaki että erityisalojen hankintalaki korvattiin täysin uusilla laeilla. Lakien säätäminen kuitenkin viivästyi, eikä niitä saatu säädettyä direktiivien vaatimassa määräajassa. Uudistusta koskeva hallituksen esitys HE 108/2016 vp annettiin eduskunnalle 22. päivä kesäkuuta 2016 ja sen perusteella säädetty uusi laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista tuli voimaan 1.1.2017. Uuden hankintalain 174 §:n siirtymäsäännösten mukaan tietyiltä osin laki tulee sovellettavaksi vasta myöhempänä ajankohdana. Lisäksi kaikkiin ennen lain voimaantuloa aloitettuihin hankintamenettelyihin sovelletaan vanhaa lakia menettelyn loppuunsaattamiseen asti.

Hankintalain kokonaisuudistuksen keskeinen tavoite on julkisten hankintojen sääntelyn yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen. Näin siitäkin huolimatta, että uudessa laissa pyrkäliä on määrällisesti yli puolet enemmän kuin vanhassa. Lisäksi uudistuksella pyritään parantamaan pienten ja keskisuurten yritysten edellytyksiä osallistua hankintojen toteuttamiseen erityisesti kansallisten hankintojen menettelysäännöksiä keventämällä.¹¹² Oikeussuojajärjestelmän osalta hankintalaki säilyi pääpiirteissään aiempaa vastaavana. Vähäisiä muutoksia toivat jatkovalitusluvan käyttöönotto sekä odotusajan lyhentäminen. Näiden uudistusten tarkoituksena on tehostaa ja nopeuttaa muutoksenhakua ja sitä

¹¹⁰ HE 69/1997 vp, s. 21.

¹¹¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 90 ja 91 artiklat, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU, 106 ja 107 artiklat.

¹¹² Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu: Kilpailukyky 37/2015, s. 46, 54.

kautta hankintamenettelyä kokonaisuudessaan.¹¹³ Myös kynnysarvojen nostaminen aiheuttanee jonkin verran käytännön muutoksia, kun entistä suurempi osa hankinnoista jää hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle. Lisäksi hankintayksiköiden toiminnan laillisuuden valvontaa parannettiin uudistuksen yhteydessä säätämällä Kilpailu- ja kulluttajavirastolle asema julkisten hankintojen valvontaviranomaisena.

3.4.1 Jatkovalituslupa

Ennen muutosta voimassa olleen hankintalain 103 §:n mukaan markkinaoikeuden päätökseen sai aina hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Uuden hankintalain 165 §:ssä säädetään, että markkinaoikeuden päätökseen saa hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valitusluvan. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamista valmistellut työryhmä (JUHO-työryhmä) esitti jo vuonna 2008, että valituslupajärjestelmän käyttöönottoa tulisi selvittää muutoksenhaun kokonaiskäsittelyaikojen kohtuullisuuden turvaamiseksi. Työryhmä katsoi valitusluvan nopeuttavan lopullisen tuomioistuinratkaisun saamista ja mahdollistavan korkeimman hallinto-oikeuden keskittymisen ylimpänä instanssina ennakkopäätösluonteisten ratkaisujen antamiseen.¹¹⁴

Valituslupajärjestelmän käyttöönottoa kohtaan on lainvalmistelun aikana esitetty myös kritiikkiä. Kaksi JUHO-työryhmän jäsentä, korkeimman hallinto-oikeuden esittelijäneuvos Nenonen ja Turun hallinto-oikeuden tuomari Salminen, jättivät asiaa koskevan eriävän mielipiteen työryhmän mietintöön. Heidän mukaansa jatkovalitusoikeuden rajoittaminen olisi ristiriidassa perustuslain 21 §:ssä turvatun muutoksenhakuoikeuden kanssa. He totesivat, että hankintalain piiriin kuuluvat asiat ovat taloudellisesti varsin merkittäviä, koska kynnysarvot rajaavat pienemmät hankinnat lain soveltamisalan ulkopuolelle. Tämän vuoksi osapuolilla on yleensä erityisen tärkeä intressi saada oikeussuojaa. Lisäksi he korostivat julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tuoreutta ja viime aikojen nopeaa muutostahtia, joiden vuoksi oikeuskäytäntöä ei monien kysymysten osalta voida pitää vielä vakiintuneena. Oikeudelliset tulkintakysymykset ovat näin ollen usein

¹¹³ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu: Kilpailukyky 37/2015, s. 57–58.

¹¹⁴ OMTR 6/2008, s. 128–129.

monimutkaisia ja ne tulisi voida saattaa rajoituksetta korkeimman hallinto-oikeuden arvioitaviksi, jotta vakiintuneempaa oikeuskäytäntöä erilaisista tilanteista olisi mahdollista saada.¹¹⁵

Perustuslakivaliokunta on viime vuosina muuttanut suhtautumistaan jatkovalituksen luvanvaraisuuteen hallintoasioissa. Aiemmin valiokunta on linjannut, että valituslupajärjestelmä on hallintolainkäytössä poikkeuksellinen ja sen laajentamiseen uusia asiarhmiä koskevaksi tulee suhtautua pidättyväisesti. Vaikka valiokunta ei ole katsonut jatkovalituksen luvanvaraisuutta suoranaisesti perustuslain 21 §:n vastaiseksi, on se todennut, että ”hallinto-oikeudelliseen oikeusturvajärjestelmään pääsääntönä kuuluvasta oikeudesta valittaa korkeimmalle hallinto-oikeudelle ei tule kevyin perustein poiketa”.¹¹⁶ Uudemmassa lausuntokäytännössään perustuslakivaliokunta on tarkistanut kantansa ja ilmoittanut, ettei valituslupajärjestelmään ole enää tarpeen suhtautua lähtökohteisesti pidättyväisesti. Sen sijaan oikeusturvan saatavuutta ja riittävyttä tulee tarkastella tilannekohtaisesti huomioiden muutoksenhakujärjestelmä kokonaisuutena. Erityisesti kokonaisarvioinnissa tulee valiokunnan mukaan ottaa huomioon oikaisuvaatimusmenettely ja sen asema oikeussuojakeinona. Koska oikaisuvaatimusta voidaan tietyillä tavoin pitää muutoksenhaun ensimmäisenä asteena ja sen jälkeen on mahdollista valittaa tuomioistuimelle, on oikeussuojakeinojen mahdollista katsoa olevan riittäviä ilman jatkovalitusoikeuttakin.¹¹⁷

3.4.2 Odotusajan lyhentäminen

Ennen muutosta voimassa olleen hankintalain 77 §:n mukaan EU-kynnysarvot ylittävisissä hankinnoissa oli sovellettava odotusaikaa, joka määrittää, kuinka pian hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintasopimus oli aikaisintaan mahdollista tehdä. Pykälä edellytti, että hankintayksikkö odotti vähintään 21 päivää, ennen kuin teki lopullisesti sitovan hankintasopimuksen hankintakilpailun voittajan kanssa. Määräajan kuluminen alkoi siitä, kun ehdokas tai tarjoaja oli saanut tai hänen katsottiin saaneen päätöksen ja

¹¹⁵ OMTR 6/2008, s. 147–149.

¹¹⁶ PeVL 33/2006 vp, s. 2–3.

¹¹⁷ PeVL 32/2012 vp, s. 3–4.

valitusosoituksen tiedoksi. Odotusajan tarkoitus oli tehokkaan muutoksenhaun turvaaminen, kun asianosaiselle varataan mahdollisuus valituksen tekemiseen, ennen kuin reaali-keinojen soveltamisen estävä hankintasopimus oli tehty.

Odotusajan 21 päivän pituus perustui hallituksen esityksen mukaan 14 päivän muutoksenhaku-aikaan ja siihen lisättyyn viikkoon, joka oli varattu sitä varten, että hankintayksikkö ehtii saada tiedon mahdollisesti aloitetusta muutoksenhakuprosessista¹¹⁸. Uuden hankintalain 129 §:llä odotusaika lyhennetään 14 päivän pituiseksi eli muutoksenhaku-aikaa vastaavaksi. Tätä perustellaan ennen muuta sillä, että tiedot muutoksenhakujen vireilläolosta tulevat nykyisin viivytystä näkyviin markkinaoikeuden verkkosivuille, eikä hankintayksikkö näin ollen käytännössä tarvitse viikkoa saadakseen tiedon hankintapäätöksestä tehdystä valituksesta.¹¹⁹ Lyhyempi odotusaika on sopusoinnussa Euroopan unionin sääntelyn kanssa, sillä oikeussuojadirektiivissä odotusajan vähimmäispituudeksi määritetään 10 päivää sitä seuraavasta päivästä lukien, jona asianosainen on vastaanottanut päätöksen¹²⁰.

Lähinnä muutoksenhakujärjestelmän teknisestä kehityksestä johtuvalla muutoksella ei liene vaikutusta toimittajien oikeussuojan toteutumisen kannalta. Sen näkökulmasta olennaista on, että odotusaika säilyy edelleen voimassa koko muutoksenhakuajan ja näin ollen mahdollistaa tehokkaiden seuraamusten määräämisen. Hankintalain kokonaisuudistus ei tuonut olennaisia muutoksia odotusajan noudattamista turvaavien seuraamusten eli tehottomuusseuraamuksen, seuraamusmaksun ja sopimuskauden lyhentämisen sääntelyyn¹²¹. Näin ollen markkinaoikeus voi jatkossakin määrätä odotusajan kuluessa tehdyn sopimuksen tehottomaksi tai kestoltaan lyhyemmäksi, sekä rangaista virheellisesti menetellyttä hankintayksikköä seuraamusmaksulla. Koska lyhyempi odotusaika ei vaikuttaisi aiheuttavan heikennystä odotusajan perusteena olevalle asianosaisen tehokkaan oikeussuojan saamiselle, voidaan muutosta pitää hyvänä. Usein kuitenkin pitkäkestoisten hankintamenettelyjen tarpeeton pitkittäminen ei ole kenenkään osapuolen edun mukaista. Mahdollistamalla hankintasopimuksen nopeamman tekemisen

¹¹⁸ HE 190/2009 vp, s. 52.

¹¹⁹ HE 108/2016 vp, s. 223–224.

¹²⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, 1 artiklan 2 kohta.

¹²¹ HE 108/2016 vp, s. 241.

lyhyempi odotusaika on omiaan lisäämään hankintamenettelyjen tehokkuutta, mikä on hallituksen esityksessä mainittu yhdeksi hankintalain kokonaisuudistuksen tavoitteista¹²².

3.4.3 Kynnysarvojen nostaminen

EU-kynnysarvot ovat sidottuja Euroopan unionin sääntelyyn, kun taas kansalliset kynnysarvot ovat jäsenvaltioiden päätösvallassa. Hankintalain kokonaisuudistuksessa kansallisia kynnysarvoja muutettiin siten, että tavara- ja palveluhankintojen, sekä suunnittelukilpailujen osalta kynnysarvo nostettiin 60 000 euroon. Muutosta voidaan pitää erityisen merkittävänä, sillä aiemmin kyseinen kynnysarvo oli puolet pienempi eli 30 000 euroa. Hallituksen esityksessä arvioidaan, että ennen muutosta hankintalain mukaisesti kilpailutettavien kansallisten hankintojen määrästä noin 13 prosenttia muuttuu uudistuksen myötä kokonaan hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jääviksi pienhankinnoiksi.¹²³

Kynnysarvojen korottamista perustellaan ennen muuta halulla keventää hallinnollista taakkaa ja saada aikaan kustannussäästöjä. Pienhankinnat voidaan toteuttaa hankintalain mukaisia hankintoja väljemmin muotomääräyksiin, mikä vähentää niin hankintayksiköille kuin yrityksille hankintamenettelystä aiheutuvia kustannuksia. Lisäksi uudistuksella pyritään parantamaan pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia osallistua hankintojen toteuttamiseen. Niille suurimpia haasteita ovat hankintamenettelyn monimutkaisten sääntöjen tunteminen ja siinä vaadittavien laajojen selvitysten laatiminen. Pienhankintojen toteuttamiseen osallistuminen vaatii toimittajilta merkittävästi vähemmän osaamista ja työntekoa.¹²⁴

Kynnysarvojen alle jääviä hankintoja ei kilpailuteta hankintalain mukaisesti, vaan niiden toteuttaminen riippuu hankintayksiköiden omista hankintaohjeista. Niissäkin usein lähtökohta on hankintojen tekeminen tarjouskilpailulla, joskin hankintalakia kevyem-

¹²² HE 108/2016 vp, s. 32.

¹²³ HE 108/2016 vp, s. 37, 52.

¹²⁴ HE 108/2016 vp, s. 47, 51.

min menettelysäännöin.¹²⁵ Näissä tilanteissa voidaan joutua arvioimaan myös tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan oikeussuojaa. Koska hankintalain oikeussuojajärjestelmä ei sovellu pienhankintoihin, niitä koskeviin päätöksiin on mahdollista haakea muutosta lähinnä vain hallinto- tai kunnallisvalituksella.¹²⁶ Näissä valitusoikeus perustuu pääsääntöisesti valittajan asianosaisasemaan eli siihen, että päätös on kohdistettu valittajaan tai vaikutta välittömästi hänen oikeuteensa, velvollisuuteensa tai etuunsa¹²⁷. Pienhankintatilanteissa ulkopuolelle jääneen toimittajan on kuitenkin vaikea katsoa olevan tällaisessa asemassa. Tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan asianosaisasemaa on pidetty tulkinnanvaraisena kysymyksenä ja välillä oikeuskäytännössä on katsottu, ettei pelkkä tarjous riitä tekemään sen jättäneestä tarjoajasta valitusoikeuden edellyttämällä tavalla asianosaista.¹²⁸ Kun tarjoajankin valitusoikeus on tulkinnanvarainen, lienee ilmeistä, ettei tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneellä toimittajalla ole lähtökohtaisesti oikeutta valituksen tekemiseen.

Kansallisten kynnyсарvojen korottamista voidaan pitää merkittävänä heikennyksenä toimittajien oikeussuojan näkökulmasta. Pienhankintatilanteessa toimittajalla ei ole turvanaan hankintalain nimenomaisesti julkisia hankintoja silmällä pitäen laadittua oikeussuojajärjestelmää, vaikka menettely muutoin muistuttaa julkisten hankintojen kilpailutusta. Erityisen heikossa asemassa on tarjouskilpailun ulkopuolelle jäänyt toimittaja, jolla ei hallinto- ja kunnallisvalituksien asianosaisasemaan liittyvien ongelmien vuoksi vaikuttaisi olevan mitään oikeussuojakeinoja käytettävissään. Nähtäväksi jää, millaisia seurauksia kynnyсарvojen huomattavalla korottamisella tulee jatkossa olemaan, kun uutta hankintalakia aletaan laajemmassa mittakaavassa soveltaa uusissa hankintamenetelyissä.

3.4.4 Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvonta

Hankintalain uudessa 15 luvussa säännellään Kilpailu- ja kuluttajaviraston suorittamasta hankintojen valvonnasta. Valvonnan lisäämistä pidettiin lainmuutoksen yhteydessä tär-

¹²⁵ HE 108/2016 vp, s. 51.

¹²⁶ Nenonen 2013, s. 103.

¹²⁷ Niemivuo et al. 2010, s. 149–150.

¹²⁸ Nenonen 2011, s. 391–394.

keänä, koska mitään nimenomaisesti julkisiin hankintoihin kohdistuvaa valvontaa ei ollut aiemmin säännelty. Hankintojen lainmukaisuuden valvonta perustui ennen kokonaisuudistusta lähes yksinomaan asianosaisten tekemiin valituksiin ja markkinaoikeuden niiden pohjalta suorittamaan arviointiin.¹²⁹

Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvonta on uuden lain mukaan sekä oma-aloitteista että kanteluihin perustuvaa. Hankintalain 139 §:n perusteella se voi tutkia hankintayksikön menettelyn hankintalain mukaisuuden joko sille tehdyn toimenpidepyynnön johdosta tai omasta aloitteestaan. Oikeutta toimenpidepyynnön tekemiseen ei ole mitenkään rajoitettu, vaan sen voi tehdä kuka tahansa asianosaisasemasta tai muista seikoista riippumatta. Kilpailu- ja kuluttajaviraston tutkimien asioiden luonnetta ei myöskään ole rajattu, vaan kyseeseen voi tulla minkä tahansa hankintayksikön menettelyn hankintalainsäädännön mukaisuuden arvioiminen.

Havaitsemiensa lainvastaisuuksien johdosta Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi antaa hankintayksiköille huomautuksia. Tätä laajemmat toimivaltuuden virastolle on annettu erikseen laittomia suorahankintoja koskien. Niiden katsotaan aiheuttavan merkittävän ongelman markkinoilla ja niihin tehokkaampi puuttuminen oli tärkein syy laillisuusvalvonnan lisäämiseen hankintalain kokonaisuudistuksen yhteydessä.¹³⁰ Hankintalain 140 §:n perusteella Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi kieltää hankintayksikköä panemasta täytäntöön laittomaksi katsomansa suorahankintaa koskevan hankintapäätöksen. Kielto on mahdollinen, mikäli hankintapäätökseen perustuvaa hankintasopimusta ei ole vielä tehty. Tapauksissa, joissa hankintasopimus on tehty, virasto voi hankintalain 141 §:n mahdollistamana esittää markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen tai seuraamusmaksun määräämistä taikka sopimuskauden lyhentämistä. Nämä seuraamukset voidaan määrätä pääosin vain EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen yhteydessä, joten luonnollisesti Kilpailu- ja kuluttajavirastokin voi esittää niiden määräämistä vain EU-hankintojen kohdalla.

¹²⁹ HE 108/2016 vp, s. 23.

¹³⁰ HE 108/2016 vp, s. 41.

Hankintalain kokonaisuudistuksen tuoreuden vuoksi ei ole toistaiseksi mahdollista arvioida, miten Kilpailu- ja kuluttajaviraston suorittama laillisuusvalvonta tulee käytännössä vaikuttamaan. Sen tekemä tutkinta on epäilemättä markkinaoikeuskäsittelyä kevyempi prosessi ja siten yksinkertaisempi tapa korjata virheellisyydet. Toisaalta viraston huomautus lienee heikompi seuraus kuin markkinaoikeuden määräämät seuraamukset. Valvonta tulee todennäköisesti perustumaan pääosiltaan oma-aloitteisuuteen, sillä toimenpidepyyntöjä ei välttämättä tehdä kovinkaan usein. Hankintayksikön menettelyn vuoksi kärsineen toimittajan voi olla järkevintä jatkossakin hakea suoraan muutosta, eikä jäädä odottamaan Kilpailu- ja kuluttajaviraston mahdollista toimimista. Muilla tahoilla ei puolestaan ole selkeää intressiä tarkkailla hankintamenettelyjä ja tehdä toimenpidepyyntöjä havaitsemistaan epäkohdista. Suorahankintojen osalta uudistus on epäilemättä hyvä ja perusteltu. Toimittajat eivät useinkaan saa niistä riittävästi tietoa voidakseen valittaa, eikä heillä ole seuraamusjärjestelmän toimimiseen liittyvien ongelmien vuoksi välttämättä intoa kaikissa tilanteissa hakea muutosta. Laittomat suorahankinnat rikkovat kaikkein selkeimmin julkisten hankintojen sääntelyn keskeisiä periaatteita, joten niihin tulisi pystyä puuttumaan nykyistä tehokkaammalla tavalla. Kilpailu- ja kuluttajaviraston rooli puuttumisen tehostamisessa voi muodostua merkittäväksi. Toisaalta viraston puuttumiskeinot ovat pitkälti sidoksissa jo olemassa oleviin keinoihin ja siten niiden vaikutavuutta rajoittaa muun muassa tehottomuusseuraamukseen liittyvät ongelmat.

4 ULKOPUOLELLE JÄÄNEEN OIKEUSSUOJAN TOTEUTUMINEN

4.1 Hankintaoikaisun merkitys

Keskeisin peruste vuonna 2010 käyttöön otetun hankintaoikaisun säätämiseksi oli oikeussuojajärjestelmän yksinkertaistaminen. Sen myötä kaikki hankinta-asioihin liittyvä esiasteen muutoksenhaku keskitettiin yhteen, erilliseen oikeussuojakeinoon. Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvista asioista ei nykyisin ole enää mahdollista tehdä kuntalain, kirkkolain tai hallintolain mukaista oikaisuvaatimusta, eikä niihin varsinaisena muutoksenhakekeinoina liittyvää kunnallis-, kirkollis- tai hallintovalitusta. Aiemmin erityisesti kunnallista oikaisuvaatimusta käytettiin hankinta-asioissa melko yleisesti rinnakkaisena oikeussuojakeinona markkinaoikeudelle tehdyn valituksen kanssa. Erilaiset päällekkäiset menettelyt tekivät käsittelystä monimutkaista ja saattoivat aiheuttaa epäselvyyttä siitä, milloin usean eri menettelyn piirissä oleva asia oli lopulta lainvoimaisesti ratkaistu.¹³¹

Hankintaoikaisun säätämisen yhteydessä todettiin, että se oletettavasti tulee vähentämään tuomioistuinmenettelyiden tarvetta, kun hankintayksiköillä on mahdollisuus korjata selkeät virheet itse. Toisaalta hallituksen esityksessä huomautettiin, että alkuperäisten hankintapäätösten tavoin myös hankintaoikaisulla tehtävät päätökset voivat olla virheellisiä ja siten tarve varsinaiselle muutoksenhauille ei tule täysin poistumaan. Yksinkertaisena ja joustavana menettelynä hankintaoikaisun kuitenkin katsottiin olevan omiaan nopeuttamaan virheellisten hankintapäätösten oikaisemista.¹³²

Oikeusministeriön ylläpitämässä Otakantaa.fi -palvelussa kysyttiin vuonna 2014 ehdotuksia hankintalain uudistamiseksi. Monissa palveluun tulleissa viesteissä hankintaoikaisua pidettiin toimivana ja tehokkaana oikeussuojakeinona, kun taas osassa katsottiin, ettei se ollut riittävä keino virheellisten päätösten korjaamiseen.¹³³ Vuonna 2016 toteutetun hankintalain kokonaisuudistuksen valmistelun yhteydessä kuultiin asiantuntijoina

¹³¹ OMTR 6/2008, s. 97, 101–102.

¹³² HE 190/2009 vp, s. 38, 54.

¹³³ HE 108/2016 vp, s. 60.

hankintayksiköiden edustajia. He kiinnittivät huomiota muun muassa hankintaoikaisun käyttöön liittyviin käytännön hankaluuksiin, sekä yleiseen muutoksenhakujärjestelmän hitauteen, johon hankintaoikaisukin osaltaan vaikuttaa.¹³⁴ Hankintaoikaisun riittämättömyyttä ja siihen liittyviä hankaluuksia on pyritty joiltain osin korjaamaan hankintalain uudistuksessa laajentamalla hankintaoikaisun käyttömahdollisuuksia. Aiemman lain mukaan hankintaoikaisun tekeminen oli mahdollista vain, mikäli päätös tai muu ratkaisu perustui lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Vuonna 2017 voimaan tulleen hankintalain 132 §:ssä säädetään, että hankintaoikaisun voi jatkossa tehdä lain soveltamisessa sattuneen virheen lisäksi myös silloin, jos asiaan on tullut jälkikäteen sellaista uutta tietoa, joka vaikuttaa päätöksenteon edellytyksiin.¹³⁵

Tarjousvertailun ulkopuolelle jääneen toimittajan näkökulmasta hankintaoikaisua voidaan lähtökohtaisesti pitää kaikissa tilanteissa positiivisena asiana. Vaikka se saattaakin olla joiltain osin riittämätön keino virheellisyyksien korjaamiseen, ei sen voida katsoa mitenkään heikentävän heidän oikeussuojansa toteutumista. Se ei rajoita muiden oikeussuojakeinojen käyttöä tai toimivuutta, eikä ole muutoksenhaun pakollinen esiaste. Toimittaja voi vapaasti valita, käyttääkö hankintaoikaisua, valitusta vai yhtäaikaaisesti niitä molempia. Sen sijaan hänen ei tarvitse miettiä, olisiko asiassa saatavissa parempi lopputulos kuntalain tai muun lain mukaisilla oikaisuvaatimus- tai muutoksenhakumenettelyillä. Riskiä huonomman muutoksenhakeinon valinnasta aiheutuviin oikeudenmenetyksiin ei enää ole. Lisäksi nykyisin lähtökohtaisesti pelkän hankintalainsäädännön tuntemus takaa toimittajalle riittävän osaamisen oikeuksiensa turvaamiseksi, eikä hänen ole tarpeen laajemmin perehtymään muuhun sääntelyyn.

Tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneellä toimittajalla on monissa tilanteissa painava intressi saada virheellinen päätös korjattua nopeasti. Kesken hankintamenettelyn poissuljetun on tärkeä saada asia ratkaistua, ennen kuin hankintamenettely viedään päätökseen ja tehokkaan muutoksenhaun estävä hankintasopimus tehdään. On myös hankintayksikön ja muiden asianosaisten etu, että virheellinen ratkaisu oikaistaan pian sen tekemisen jälkeen. Tällöin hankintamenettelyä voidaan jatkaa virheettömänä ilman, että sitä tarvit-

¹³⁴ HE 108/2016 vp, s. 16.

¹³⁵ HE 108/2016 vp, s. 347.

see kumota ja aloittaa uudelleen alusta. Tähän tarkoitukseen hankintaoikaisun voidaan katsoa tarjoavan erittäin hyvän keinon, sillä sen avulla voidaan markkinaoikeusprosesseja nopeammin puuttua virheellisyyksiin ja saattaa hankintamenettely takaisin oikeille raiteille.

Hankintaoikaisulla päätösten muuttaminen perustuu hankintayksiköiden omaan harkintaan, eikä niillä sinänsä ole mitään velvollisuutta oikaisun johdosta muuttaa päätöksiään. Ne voivat päätyä oikaisun johdossa tekemässään päätöksessä täysin samaan lopputulokseen kuin alkuperäisessä päätöksessäänkin. Toki hankintayksiköillä on kuitenkin yleinen velvollisuus noudattaa lakia hankintamenettelyssä, joten on oletettavaa, että ne ainakin selkeästi virheellisissä tapauksissa päätöksensä korjaavat. Aikaa ja rahaa vievä sekä hankinnan toteuttamista mahdollisesti viivästyttävä markkinaoikeusmenettely ei ole hankintayksiköillekään toivottava, mikäli se on mahdollista yksinkertaisella menettelyllä välttää. Todennäköisesti suurin osa hankintayksiköistä ei myöskään tee tarkoituksellisesti lainvastaisia päätöksiä, vaan kyse on yleensä vahingossa sattuneista virheistä, jotka ne ovat halukkaita tilaisuuden tullen korjaamaan. Lisäksi markkinaoikeus saattaa määrätä hankintayksikölle sanktioita, kun taas itseoikaisu ei aiheuta hankintayksikölle yleensä päätöksen muuttamisesta aiheutuvan vaivan ohella muita negatiivisia seuraamuksia. Näin ollen hankintaoikaisua voidaan pitää selkeämmin virheellisten päätösten yhteydessä tehokkaana oikeussuojakeinona, joka ei kuitenkaan vapaaehtoisuuteen perustuvana pysty läheskään täysin poistamaan tarvetta varsinaiselle muutoksenhauille.

4.2 Reaalikeinot

Varsinainen muutoksenhakekeino ja keskeisin asianosaisen oikeussuojakeino hankintasioissa on valitus markkinaoikeudelle. Oikeussuojan tosiasiallinen saaminen riippuu ennen muuta markkinaoikeuden määräämistä seuraamuksista sekä niiden tehokkuudesta ja vaikuttavuudesta. Ensisijaisia seuraamuksia ovat aina mahdollisuuksien salliessa reaalikeinot, sillä ne korjaavat hankintamenettelyn virheellisyydet ja mahdollistavat menettelyn lainmukaisen läpiviemisen. Lähtökohtaisesti reaalikeinojen soveltamisen voidaan katsoa olevan kaikkien asianosaisten edun mukaista, mutta erityisen toivottavaa se on hankintamenettelyn ulkopuolelle jääneiden toimittajien kannalta. Heidän tärkein in-

tressinsä on saada virheellinen päätös korjattua ja päästä osallistumaan virheettömyyden menettelyyn. Mikäli virheellisyttä ei saada hankintaoikaisun perusteella oikaistua, tähän päämäärään päästään ainoastaan reaalikeynojen avulla.

4.2.1 Reaalikeynojen soveltaminen suorahankintatilanteissa

Ensimmäinen tutkielmassa tarkastelemani tilanne, jossa toimittaja tahtomattaan jää hankintamenettelyn ulkopuolelle, on suorahankinta. Siinä hankintayksikkö tekee hankintalain soveltamisalaan kuuluvan ja kynnysarvot ylittävän hankinnan kokonaan kilpailuttamatta soveltaen jotakin hankintalain säädettyä suorahankintaperustetta. Tällöin ulkopuolelle jääneitä toimittajia ovat lähtökohtaisesti kaikki hankintaa vastaavalla toimialalla toimivat toimittajat, jotka olisivat voineet olla kiinnostuneita osallistumaan järjestämättä jääneeseen tarjouskilpailuun. Heidän oikeuksiaan on loukattu, mikäli hankintayksikkö on soveltanut suorahankintaperustetta virheellisesti tilanteessa, jossa suorahankinnan tekemisen edellytykset eivät ole täyttyneet. Näin ollen he ovat oikeutettuja hakemaan suorahankintapäätökseen muutosta valittamalla.

Tyypillinen tapaus reaalikeynojen soveltamisesta suorahankintatilanteessa on markkinaoikeuden ratkaisu MAO:309/13. Siinä hankintayksikkönä toiminut kunta oli hankkinut koulukuljetuksia uudeksi lukuvuodeksi aiempien lukuvuosien koulukuljetusten toimittajalta ilman kilpailuttamista. Hankintayksikkö oli katsonut, että kyseessä olisi lisätilaus, jonka sai silloisen hankintalain 28 §:n mukaisesti tehdä suorahankintana aiemmalta toimittajalta. Edellytyksenä lisätilaukselle on, että se on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi, eikä toimittajaa voida teknisistä tai taloudellisista syistä vaihtaa. Ratkaisussaan markkinaoikeus katsoo, etteivät edellytykset suorahankinnalle ole tilanteessa täyttyneet. Koulukuljetusten tarvetta uutena lukuvuotena ei voida pitää ennalta arvaamattomana, vaan pikemminkin on selvää, että lapset tulee viedä kouluun myös seuraavana lukuvuotena. Lisäksi toimittajan vaihtamista ei markkinaoikeuden mielestä voida pitää teknisesti tai taloudellisesti mahdottomana. Näin ollen markkinaoikeus toteaa hankintayksikön menetelleen hankintalain vastaisesti ja kumoaa hankintapäätöksen sekä kieltää sen täytäntöönpanon.

Pääsääntö reaalikeynojen soveltamisessa on lievimmän, virheellisuuden korjaavan seuraamuksen määrääminen.¹³⁶ Tapauksessa markkinaoikeus kuitenkin kumosi hankintapäätöksen kokonaisuudessaan, koska laittoman suorahankinnan tapauksessa hankinta oli lähtökohtaisesti virheellinen, eikä sitä voitu korjata vähemmällä puuttumisella. Hankintapäätöksen kumoaminen oli mahdollista, koska hankintasopimusta ei ollut markkinaoikeuskäsittelyn aikana vielä tehty. Reaalikeynot toimivat näin ollen tarkoituksenmukaisesti ja takasivat tehokkaasti toimittajan oikeussuojan toteutumisen. Ulkopuolelle jäänyt toimittaja ei toki suoraan tuomioistuimen päätöksellä päässyt mukaan hankinnan kilpailuttamiseen, mutta sai mahdollisuuden osallistua siihen, kun se kumotun päätöksen jälkeen todennäköisesti järjestettiin. Samalla myös kaikille muille alun perin ulkopuolelle jääneille toimittajille tarjoutui tilaisuus osallistua hankintamenettelyyn. Reaalikeynoille tyypillistä onkin, ettei niiden oikeussuojaa tuova vaikutus rajoitu pelkästään valittajaan, vaan niillä usein käytännössä turvataan laajemman ja tarkemmin määrittämättömän toimittajajoukon oikeuksia.

Toista tyyppitilannetta reaalikeynojen soveltuvuudesta suorahankintaan edustaa markkinaoikeuden ratkaisu MAO:113/12. Kyse on edellisen tapauksen kanssa pääpiirteissään lähes identtisestä tilanteesta. Hankintayksikkönä toiminut kunta oli hankkinut koulukuljetuksia sopimuskauden päättyttyä uudeksi lukuvuodeksi vanhalta toimittajalta ilman kilpailutusta. Perusteluina suorahankinnalle hankintayksikkö vetosi tässäkin tapauksessa silloisen hankintalain 28 §:n oikeuttamaan lisätilaukseen. Vastaavalla tavalla markkinaoikeus toteaa, ettei koulukuljetusten tarvetta uutenakin lukuvuotena voida pitää ennalta arvaamattomana, eikä toimittajan vaihtaminen ole mahdotonta. Johtopäätöksenään tuomioistuin katsoo hankintayksikön menetelleen hankintalain vastaisesti tekemällä laittoman suorahankinnan. Tapauksessa hankintasopimus oli kuitenkin jo tehty, joten reaalikeynojen määrääminen ei ollut enää mahdollista.

Jälkimmäinen tapaus ilmentää hyvin reaalikeynojen ongelmakohtaa eli sitä, ettei niitä voida enää määrätä, mikäli valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Aiemmin luvussa 3.3.2 kuvatulla tavalla tämä perustuu sopimuksen sito-

¹³⁶ Aalto-Setälä et al. 2008, s. 806.

vuoden periaatteeseen ja suojaa virheellisesti menetelleen hankintayksikön sinänsä täysin oikein menetellyttä sopimuskumppania. Hankintasopimuksen vuoksi reaalikeinot jäävät näin ollen täysin teottomiksi ja ulkopuolella jääneen toimittajan oikeussuoja tältä osin toteutumatta. Hänellä ei ole mahdollisuutta päästä osallistumaan tarjouskilpailuun, vaan hän voi ainoastaan pyrkiä saamaan hyvitystä kokemastaan oikeudenloukkauksesta. Hankintayksikön sopimuskumppanin oikeussuojan näkökulmasta tällaista säädäntöratkaisua voidaan toki pitää varsin perusteltuna. Tällaisenaan tilanne on nykyisin kansallisten hankintojen kohdalla, kun taas EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta asetelmaan on merkittävästi muuttanut vuoden 2010 oikeussuojauudistuksessa säädetty teottomuusseuraamus. Sen tuomia vaikutuksia tarkastelen tarkemmin jäljempänä luvussa 4.4.

Suorahankinnan osalta reaalikeinojen ongelmallisuutta lisää näkyvän hankintamenettelyn puute. Muissa tapauksissa hankintamenettelyn virheellisyys on usein mahdollista havaita, mutta suorahankinnan kohdalla on ulkopuolisen vaikea huomata koko hankinnan tapahtumista. Tämän vuoksi ulkopuolelle jääneet toimittajat saavat usein hankinnasta tiedon vasta, kun hankintaa aletaan konkreettisesti toteuttaa. Tällöin hankintasopimus on lähes aina jo tehty, eikä tehokas muutoksenhaku reaalikeinoja käyttäen ole enää mahdollista.¹³⁷ Epäkohtaa on pyritty ratkaisemaan hankintalain 131 §:llä, jossa säädetään EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta suorahankinnan vapaaehtoisesta ilmoittamismenettelystä. Ilmoituksesta alkaa kahden viikon aika, jonka kuluessa hankintasopimusta ei saa tehdä ja toimittajille tarjoutuu mahdollisuus muutoksenhakuun. Ilmoitusmenettely on hankintayksikölle täysin vapaaehtoista, mutta sen käyttö estää myöhemmän teottomuusseuraamuksen määräämisen. Suorahankinnasta ilmoittaminen myös lyhentää asianosaisen muutoksenhakuajan hankintalain 147 §:n mukaisesti 14 päivään ilmoituksesta lukien.

Vuoden 2010 oikeussuojauudistuksessa käyttöön otetun ilmoitusmenettelyn voidaan katsoa helpottaneen olennaisesti reaalikeinojen soveltamista suorahankintatilanteissa. Menettelyn tehokkuutta kuitenkin heikentää sen vapaaehtoisuus ja rajoittuminen ainoas-

¹³⁷ Lähde 2011, s. 121.

taan EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. Vuoden 2017 hankintalain uudistuksessa sääntely muuttui tältä osin siten, että myös kansallisesta suoramankinnasta on mahdollista julkaista ilmoitus¹³⁸. Muutoksen voidaan katsoa olevan toimittajien oikeussuojan kannalta erittäin tervetullut, vaikkei se poista sitä heikkoutta, että ilmoitusmenettelyn noudattaminen on uudessakin laissa päätetty jättää kaikkien hankintojen osalta vapaaehtoiseksi. EU-kynnysarvot ylittävien suoramankintojen kohdalla ilmoittamiseen kannustaa sen tekemättä jättämisen aiheuttama riski hankintasopimuksen myöhemmästä tehottomuudesta. Kansallisten suoramankintojen ilmoittamisen tueksi tällaista kannustinta ei ole, sillä uudistetun hankintalain 154 §:ssä tehottomuusseuraamus on aiemman lain tavoin säädetty koskemaan pääsääntöisesti vain EU-hankintoja. Nähtäväksi jää, kuinka laajasti hankintayksiköt alkavat ilman mitään konkreettisia kannustimia ilmoittaa kansallisia suoramankintojaan.

Ilmeisistä hyödyistään huolimatta pelkkä ilmoitusmenettelyn noudattaminen ei itsessään aina ratkaise kaikkia ulkopuolelle jääneen toimittajan ongelmia. Näin on erityisesti silloin, kun ilmoituksen sisältö ei ole riittävä. Ratkaisussa MAO:189/14 markkinaoikeus arvioi tapausta, jossa hankintayksikkö oli julkaissut ilmoituksen suoramankintapäätöksestään. Ilmoituksessa ei ollut kerrottu kaikkia hankinnan keskeisiä tietoja ja hankintasopimuksen arvo oli ilmoitettu selvästi todellista alhaisemmaksi. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa ilmoituksen olleen niin puutteellinen, ettei sillä voida katsoa olleen hankintalain mukaiselle ilmoitukselle kuuluvia oikeusvaikutuksia, kuten muutoksenhakuajan lyhentävää vaikutusta.

4.2.2 Reaalikeinot muissa tilanteissa

Suoramankinnan ohella tutkielmani tarkastelu on kohdistunut myös muihin tilanteisiin, joissa hankintamenettelyyn osallistumisesta kiinnostunut toimittaja joutuu jäämään sen ulkopuolelle. Näitä ovat tilanteet, joissa ehdokasta ei valita mukaan rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn tai kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, joissa ehdokas tai tarjoaja suljetaan soveltuvuuden tarkastamisen yhteydessä menettelyn ulkopuolelle

¹³⁸ HE 108/2016 vp, s. 225.

ja joissa tarjoajan tarjous hylätään tarjouspyynnön vastaisena. Kaikkia näitä tilanteita koskevat ratkaisut ovat lähtökohtaisesti valituskelpoisia, koska hankintalain 146 §:n mukaan muutoksenhaun kohde voi olla mikä tahansa hankintayksikön hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Näin ollen reaalikeinot tulevat muiden seuraamusten ohella harkittaviksi näitä tilanteita koskevan muutoksenhaun yhteydessä.

Ehdokkaiden ja tarjoajien valinnan osalta keskeisin kysymys on hankintayksikön asetamat valintaperusteet. Toimittajan oikeuksia voidaan loukata, mikäli häntä ei valita mukaan menettelyyn virheellisesti ilmoitettujen tai hankintalain vastaisten valintaperusteiden vuoksi. Hankintayksiköllä on velvollisuus ilmoittaa soveltamansa valintaperusteet etukäteen hankintailmoituksessa ja perusteiden tulee olla objektiivisia ja syrjimättömiä. Ulkopuolelle jääneen toimittajan valitus voi siis koskea niin perusteiden ilmoittamista jättämisestä kuin niiden sisällöllistä hankintalain vastaisuutta. Lisäksi kyse saattaa olla sinänsä oikein ilmoitettujen ja asiallisten perusteiden virheellisestä tulkitsemisesta. Vastaavasti soveltuvuuden tarkastamisen yhteydessä hankintamenettelyn ulkopuolelle suljetun valitus voi perustua soveltuvuutta koskevien vähimmäisvaatimusten puutteelliseen ilmoittamiseen tai vaatimusten virheellisyyteen. Tarjouspyynnön vastaisena hylätyn tarjouksen tehneen tarjoajan valitus koskee pääsääntöisesti tarjouspyynnön epäselvyyttä ja hankintayksikön suorittamaa tarjouspyynnön virheellistä tulkintaa. Tarjoajalla on oikeussuojan tarvetta, mikäli hänen tarjouksensa katsotaan tarjouspyynnön vastaiseksi, vaikka sitä olisi oikein tulkittaessa pidettävä tarjouspyynnön vaatimusten mukaisena.

Kaikissa mainituissa tilanteissa reaalikeinojen soveltaminen määräytyy pääpiirteissään samojen periaatteiden mukaisesti. Esimerkiksi ratkaisussa MAO:525/13 tarjoaja oli suljettu pois avoimella menettelyllä toteutettavasta hankinnasta tarjoajan soveltuvuuden tarkastamisen yhteydessä. Hankintayksikkö oli katsonut, ettei tarjoaja ollut täyttänyt tarjouspyynnössä soveltuvuudelle asetettuja vähimmäisvaatimuksia, koska tämä ei ollut toimittanut tarjoajalta edellytetyjä liitteitä tarjouksensa mukana. Markkinaoikeus kuitenkin toteaa, että tarjouspyynnön sanamuodon mukaan kyseiset liitteet tuli toimittaa *vaadittaessa*. Koska ei voitu osoittaa hankintayksikön erikseen pyytäneen liitteitä, tar-

joaja täytti soveltuvuudelle asetetut vaatimukset myös ilman liitteiden toimittamista. Hankintayksikkö oli näin ollen toiminut hankintalain vastaisesti sulkiessaan tarjoajan hankintamenettelyn ulkopuolelle. Ratkaisussaan markkinaoikeus pystyy soveltamaan reaali-keinoja, koska hankintasopimusta ei ole vielä tehty, joten se kumoaa hankintayksikön päätöksen ja kieltää sen täytäntöönpanon.

Tapauksesta ilmenevällä tavalla reaali-keinojen soveltamisessa muihin tilanteisiin on kyse lähtökohtaisesti samoista kysymyksistä kuin suorahankintatilanteiden kohdalla. Keskeisin kysymys on, onko hankintasopimusta ehditty tekemään ennen muutoksenhaun vireille tulemistä. Käytännössä eroavaisuuksia eri tilanteissa kuitenkin on. Suorahankintojen osalta hankintasopimuksen reaali-keinojen määräämisen estävä vaikutus on varsin yleinen ongelma, sillä muutosta haetaan tyypillisesti myöhemmin. Valittaja on hankintaan nähden täysin ulkopuolinen, eikä yleensä saa hankinnasta tietoa tehokkaan muutoksenhaun kannalta riittävän aikaisin. Sen sijaan muissa tarkastelemisani tilanteissa toimittajat ovat tavalla tai toisella olleet mukana hankintamenettelyssä ennen sen ulkopuolelle joutumistaan. Näin ollen he saavat välittömästi tiedon kannaltaan huonosta päätöksestä ja pystyvät hakemaan heti muutosta. Hankintamenettely ei useinkaan ehdi edetä hankintasopimuksen tekemiseen asti ja oikeussuojan saaminen on käytännössä huomattavasti tehokkaampaa.

Aikaisemmassa vaiheessa tehty valitus mahdollistaa lievemmän puuttumisen hankintayksikön ratkaisuun. Laittomaksi katsottujen suorahankintojen kohdalla tuomioistuimella ei yleensä ole muuta vaihtoehtoa kuin kumota koko hankintapäätös. Hankintamenettely on ollut lähtökohtaisesti virheellinen, eikä sitä voida vähäisemmällä puuttumisella korjata lailliseksi. Sen sijaan muissa tilanteissa vähäisempi reaali-keinojen käyttäminen on usein mahdollista. Ratkaisussa MAO:525/13 markkinaoikeus kumoaa hankintayksikön päätöksen ainoastaan tarjoajan poissulkemista koskevilta osin. Hankintamenettelyä ei tarvinnut aloittaa uudelleen alusta asti, vaan hankintayksikkö pystyi jatkamaan sitä ainoastaan suorittamalla tarjoajien soveltuvuuden tarkastamisen uudelleen. Tällä tavoin markkinaoikeus pystyy menettelemään tyypillisesti tilanteissa, joissa toimittaja on suljettu menettelyn ulkopuolelle ja muutosta haetaan riittävän ajoissa.

4.3 Hyvitysmaksu

Hyvitysmaksu on markkinaoikeuden määrättävissä oleva toissijainen seuraamus tilanteissa, joissa reaalikeynojen määrääminen ei ole mahdollista. Pääsääntöisesti tällaisia tilanteita ovat ne, joissa valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Hyvitysmaksun määrääminen voi tulla poikkeuksellisesti kyseeseen myös silloin, kun tuomioistuin arvioi reaalikeynojen soveltamisen aiheuttavan enemmän haittaa kuin hyötyä. Reaalikeynoista poiketen hyvitysmaksulla ei korjata hankintamenettelyn virheellisuutta, vaan sillä ainoastaan korvataan virheestä kärsineen asianosaisen vahinkoja ja rangaistaan virheeseen syyllistynyttä hankintayksikköä. Hankintalain vastaisen menettelyn päätteeksi syntynyt hankintapäätös jää sellaisenaan voimaan.

4.3.1 ”Todellisen mahdollisuuden” – näyttökynnys

Aiemmin luvussa 3.3.2 todetulla tavalla hyvitysmaksun määrääminen edellyttää, että sitä vaativalla valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Määräämisen perusteeksi ei riitä, että osoitetaan hankintayksikön toimineen selvästi virheellisesti ja toimittajan tästä jollain tavoin kärsineen, ellei voida arvioida, että valittajalla olisi ollut todelliset voittomahdollisuudet ilman virheellisuutta. Toimittajan kiistatonkaan oikeudenmenetykset, kuten perusteeton tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkeminen, ei vielä sellaisenaan todista mitään hänen mahdollisuuksistaan tarjouskilpailun voittamiseen.

Todellista mahdollisuutta ei ole tarkemmin määritelty hankintalain 154 §:ssä ja sen arvioiminen jää tuomioistuimen tapauskohtaisen harkinnan varaan. Edellytyksen täyttyminen vaihtelee merkittävästi erityyppisten tilanteiden ja eri olosuhteiden välillä. Reaalikeynojen yhteydessä tarkastelemani markkinaoikeuden ratkaisu MAO:113/12 ilmentää hyvin edellytyksen tulkintaa laittomien suorahankintojen yhteydessä. Siinä hankintayksikön katsotaan toteuttaneen suorahankinnan hankintalain vastaisesti, mutta reaalikeynojen määrääminen ei ole enää hankintasopimuksen vuoksi mahdollista. Ratkaisunsa johdopäätöksissä markkinaoikeus toteaa hyvitysmaksun määräämisen edellytysten osalta seuraavasti:

Vahalahden koulun oppilaskuljetuksista lukuvuodelle 2011–2012 ei ole järjestetty lainkaan tarjouskilpailua. Toteutumatta jääneen tarjouskilpailun lopputuloksen jälkikäteiseen arviointiin liittyy lukuisia epävarmuustekijöitä, kuten millaisia tarjoukset olisivat olleet sekä millaisia tarjoajien soveltuvuusperusteita ja tarjousten valintaperusteita hankinnassa olisi sovellettu. Edellä esitetyillä perusteilla asiassa ei voida todeta, että valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Markkinaoikeuden perustelut osoittavat yleisesti vallitsevan tulkintalinjan hyvitysmaksun määräämisestä suoraankintatilanteissa. Kun hankinta on jätetty kokonaan kilpailuttamatta, mitään tarjouksia ei ole olemassa, eikä näin ollen voida arvioida, mikä tarjous olisi voittanut. Koko järjestämättä jäänyt hankintamenettely täytyy hypoteettisesti kuvitella, jolloin siihen liittyy lukematon määrä erilaisia epävarmuustekijöitä. Kuvitellun tarjouskilpailun lopputulos on niin epävarma, ettei valittajan todellisesta mahdollisuudesta pystytä sanomaan mitään varmaa. Hyvitysmaksun määräämisen edellytykset eivät tällöin täyty, eikä ulkopuolelle jääneellä toimittajalla ole mahdollisuuksia saada oikeus-suojaa, vaikka tuomioistuin olisi todennut hankintayksikön kiistatta toimineen vastoin lakia toimittajalle vahingollisella tavalla.

Tietyissä tapauksissa hyvitysmaksun määräämistä on arvioitu hieman toisella tapaa lait-tomien suoraankintojen yhteydessä. Ratkaisussa KHO 2011:59 korkein hallinto-oikeus ottaa vertailukohdaksi valittajan aiemmassa, käsiteltävää suoraankintaa vastaavassa tarjouskilpailussa antaman tarjouksen¹³⁹. Sen perusteella pystytään konkreettisemmin arvioimaan, millaisen tarjouksen valittaja olisi todennäköisesti jättänyt kuvitellussa tarjouskilpailussa ja millaiset mahdollisuudet sillä olisi ollut menestyä suoraankinnalla valittua toimittajaa vastaan. Ratkaisussaan korkein hallinto-oikeus päättyy lopulta siihen, ettei todellisen voittomahdollisuuden edellytys täyty. Kyse ei kuitenkaan ollut siitä, ettei asiasta olisi kyetty epävarmuustekijöiden vuoksi sanomaan mitään varmaa, vaan tuo-

¹³⁹ Saman periaatteen aiemman vastaavan tarjouksen käyttämisestä vertailuperusteena menestysmahdollisuuksien arvioinnissa korkein hallinto-oikeus mainitsee myös ratkaisussa KHO 2016:90. Kyseisessä tapauksessa sitä ei kuitenkaan voitu soveltaa, koska aiempaa tarjousta ei pidetty riittävällä tavalla suoraankintana toteutettua hankintaa vastaavana.

mioistu in arvioi aiempaan tarjoukseen perustuen, ettei valittajalla olisi ollut vastaavalla tarjouksella todellista mahdollisuutta voittaa kuviteltua tarjouskilpailua.

Muissa tilanteissa, joissa toimittaja on jäänyt tarjouskilpailun ulkopuolelle, hyvitysmaksun edellytysten täyttymisen arvioiminen on jonkin verran erilaista kuin suorahankintatilanteissa. Niissä hankinta on kilpailutettu ja toimittaja on ollut jollain tavoin menettelyssä mukana. Virheettömän menettelyn lopputulosta arvioitaessa ei siis tarvitse tukeutua täysin kuviteltuun tapahtumainkulkuun, vaan sitä voidaan selvittää konkreettisten seikkojen, kuten osallistumishakemusten tai tarjousten, perusteella. Kynnys todellisen voittomahdollisuuden edellytyksen täyttymiselle on niidenkin kohdalla kuitenkin varsin korkea.

Ratkaisussa MAO:508/11 markkinaoikeus arvioi tapausta, jossa tarjoaja oli joutunut tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun hänen tarjouksensa oli hylätty tarjouspyynnön vastaisena. Hankinta oli koskenut jääkaappipakastimia, joiden oli tarjouspyynnössä edellytety olevan *Rosenlew*-merkkisiä. Valituksen tehnyt tarjoaja oli muilta osin tarjouspyynnön mukaisessa tarjouksessaan tarjonnut toisen valmistajan vastaavia jääkaappipakastimia. Ratkaisussaan markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksiköllä ollut mitään hyväksyttävää syytä vaatia vain tietyn valmistajan tuotteita, eikä sillä ollut oikeutta syrjiä toisen valmistajan vastaavia tuotteita tarjonnutta tarjoajaa. Näin ollen hankintayksikkö oli hylännyt valittajan tarjouksen hankintalain vastaisesti. Hyvitysmaksun määräämistä harkitessaan tuomioistuin joutui pohtimaan, olisiko valittajan tarjouksella ollut todellinen mahdollisuus voittaa virheettömässä menettelyssä. Tarjouksen valintaperusteena oli ollut halvin hinta ja valittajan tarjous oli ollut hinnaltaan halvin. Tämä seikka ei kuitenkaan yksistään riittänyt vakuuttamaan markkinaoikeutta todellisesta voittomahdollisuudesta. Ratkaisussa todetaan, että merkittäviä epävarmuustekijöitä aiheuttaa se, millaiseksi hankinnan kohde olisi tuotemerkin sijasta tarjouspyynnössä määritelty ja millaisia tarjouksia silloin olisi saatu. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, etteivät hyvitysmaksun määräämisen edellytykset todellisen voittomahdollisuuden osalta täyty.

Ratkaisussa MAO: 461/14 markkinaoikeus käsittelee niin ikään tapausta, jossa valittajan tarjous on hylätty tarjouspyynnön vastaisena. Terveystieteiden hankinta koski hoi-

tajakutsu- ja kulunvalvontajärjestelmää ja siihen kuului osana hankintayksikön rakennukseen asennettavat käytävänäytöt. Hankintayksikkö oli sulkenut valittajan tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle, koska katsoi, ettei tämän tarjoamassa toteuttamismallissa ollut tarjouspyynnön edellyttämää määrää käytävänäyttöjä. Ratkaisussaan markkinaoikeus kuitenkin toteaa, ettei tarjouspyynnössä oltu täsmällisesti määritelty näyttöjen lukumäärää ja valittajan tarjousta on näin ollen pidettävä tarjouspyynnön sanamuodon mukaisena. Tarjouspyyntöä on aina tulkittava sen sanamuodon mukaisesti, eikä tarjoukselle voida asettaa muita kuin tarjouspyynnöstä suoraan ilmeneviä vaatimuksia, vaikka ne hankinnan tarkoituksenmukaisen toteuttamisen kannalta olisivatkin tarpeellisia. Tapauksessa hankintasopimus oli tehty, joten seuraamusten osalta harkittavaksi jäi ainoastaan hyvitysmaksun määrääminen. Koska kyse oli tarjouksen hylkäämisestä, konkreettiset tarjoukset olivat olemassa, eikä tuomioistuimen tarvinnut kuvitella oletettua tarjouskilpailua. Tarjouspyynnön mukaan tarjousten valintaperusteena oli ainoastaan halvin hinta ja valittajan tarjous oli hinnaltaan halvin. Näin ollen markkinaoikeus katsoo ratkaisussaan, että tällä olisi ollut virheettömässä menettelyssä todellinen mahdollisuus voittaa ja velvoittaa hankintayksikön maksamaan 10 000 euron suuruisen hyvitysmaksun.

Hyvitysmaksun edellytysten täyttymisen vaikeuden tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneiden toimittajien osalta voidaan ajatella vaihtuvan tapaustyyppittäin vaikeimmasta helpoimpaan. Vaikeinta se on suoraan hankintatilanteissa, jolloin ei ole mitään aineistoa osoittamassa, miten mahdollinen tarjouskilpailu olisi toteutunut. Todellisen voittomahdollisuuden voidaan katsoa tulleen näytetyksi vain erittäin poikkeuksellisesti, mikäli se on mahdollista päätellä esimerkiksi aiemmista tarjouskilpailuista. Helpointa todellisen mahdollisuuden osoittaminen taas on tarjouksen hylkäämisen kohdalla, jolloin virheettömän tarjouskilpailun lopputulos on mahdollista arvioida konkreettisten tarjousten perusteella. Muut tapaustyyppit asettuvat pääsääntöisesti näiden kahden ääripään välille riippuen siitä, kuinka pitkälle hankintamenettely on edennyt ja kuinka paljon lopputulosta osoittavaa aineistoa on ehtinyt syntyä. Näin ollen on mahdollista yleistäen todeta, että tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneiden toimittajien oikeussuojan saaminen toteutuu hyvitysmaksun osalta tyypillisesti sitä paremmin, mitä pidemmälle hankintamenettely on ennen virheellistä menettelyä ehtinyt edetä. Reaalikeinojen tehokkuuden osalta tilan-

ne on kuitenkin täysin päinvastainen, sillä ne toimivat sitä paremmin, mitä varhaisemmassa hankintamenettelyn vaiheessa niitä päästään soveltamaan. Jokaisessa yksittäistapauksessa tuomioistuin toki kuitenkin arvioi seuraamusten määräämisen edellytykset tapauskohtaisesti, mikä voi johtaa hyvin erilaisiin lopputuloksiin.

4.3.2 Vahingonkorvaus ja sen suhde hyvitysmaksuun

Hyvitysmaksu ei sisälly Euroopan unionin sääntelyyn, vaan on Suomen kansallisesti käyttöön ottama täydentävä seuraamus. Sitä koskevia säännöksiä ei ollut ensimmäisessä vuoden 1992 hankintalaissa, vaan se otettiin lakiin vuonna 1998 voimaan tulleella muutoksella.¹⁴⁰ JUHO-työryhmän laatimasta oikeusvertailusta selviää, ettei Suomen hyvitysmaksua sellaisenaan vastaavaa seuraamusta sisälly muiden jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin. Lähtökohta muissa unionin maissa on, että kaikkien hankintalainsäädännön vastaisen menettelyn aiheuttamien vahinkojen korvaaminen tapahtuu vahingonkorvauksen kautta. Työryhmä kuitenkin toteaa eri maiden seuraamusjärjestelmien poikkeavan niin paljon toisistaan, että päätelmiä eri ratkaisutapojen tehokkuudesta on vaikea tehdä.¹⁴¹

Hyvitysmaksu ja vahingonkorvaus eivät ole toisiaan poissulkevia instrumentteja. Luvussa 3.3.4 todetulla tavalla hyvitysmaksun määrääminen ei estä vahinkoa kärsinyttä asianosaista vaatimasta vahingonkorvausta yleisessä tuomioistuimessa. Vaikka hyvitysmaksu on luonteeltaan osittain vahinkoa korvaava ja vahingon määrä voidaan ottaa sen suuruutta arvioitaessa huomioon, kyse ei ole puhtaasta vahingonkorvauksesta. Erityisesti näin on siksi, ettei hyvitysmaksun määräämiseen sovelleta vahingonkorvausoikeudellista täyden korvauksen periaatetta, joten osa asianosaisen vahingoista voi jäädä hyvitysmaksusta huolimatta korvaamatta. Toisaalta vahingonkorvaus voi tulla kyseeseen myös tilanteissa, joihin hyvitysmaksu ei sovellu tai sen määräämisen edellytykset eivät täyty.

¹⁴⁰ HE 69/1997 vp, s. 11.

¹⁴¹ Oikeusministeriön julkaisu 6/2010, s. 46–47.

Hyvitysmaksu on toimittajien kannalta yksinkertaisempi ja oikeudenkäyntikuluriskien kannalta vahingonkorvausta turvallisempi ratkaisu hakea korvausta vahingoista. Hyvitysmaksu ratkaistaan pääasian yhteydessä markkinaoikeudessa, eikä sitä tarvitse vaatia erillisellä prosessilla yleisessä tuomioistuimessa. Tämän vuoksi hankintalain mukaista vahingonkorvausta ei useinkaan haeta, eikä siihen liittyvää oikeuskäytäntöä ole kovin laajasti saatavilla.¹⁴²

Ratkaisussa KouHO:2010:8 Kouvolan hovioikeus käsittelee julkisiin hankintoihin liittyvää vahingonkorvausasiaa. Tapauksen taustalla on korkeimman hallinto-oikeuden aiempi ratkaisu, jossa hankintayksikön todettiin toimineen hankintamenettelyssä tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun veloitteen vastaisesti. Hankintasopimusta ei ollut tuolloin vielä tehty, joten korkein hallinto-oikeus pystyi kumoamaan virheellisen hankintapäätöksen. Uudessa tarjouskilpailussa hankintayksikkö valitsi alkuperäisen valittajan hankinnan kohteena olevien kuljetuspalveluiden tuottajaksi. Hankintapäätöstä ei kuitenkaan useiden valitusten vuoksi pantu täytäntöön, eikä hankintasopimusta tehty. Hankinnan kohteena ollut sopimuskausi päättyi vuonna 2008 ja markkinaoikeus antoi ratkaisunsa viimeiseen hankintapäätöksestä tehtyyn valitukseen juuri kyseisenä vuotena 2008. Näin ollen aiottu sopimuskausi ehti kulua umpeen, ennen kuin hankintasopimuksen tekeminen olisi ollut mahdollista, eikä tarjouskilpailun voittaja koskaan päässyt toteuttamaan hankintaa.

Kouvolan hovioikeudessa toimittaja vaati vahingonkorvauksena positiivista sopimus-etua eli menetettyä liikevoittoa vuosilta 2003–2008. Perusteena oli, että mikäli ensimmäinen hankintamenettely olisi ollut virheetön, toimittaja olisi voittanut tarjouskilpailun ja päässyt toteuttamaan hankinnan. Ratkaisussaan hovioikeus yhtyy kantajan näkemykseen ja toteaa tämän kärsineen vahinkoa hankintayksikön hankintalain vastaisesta menettelystä. Hankintalain vahingonkorvaussäännös asettaa vahingonkorvauksen edellytykseksi, että vahinko on aiheutunut hankintalainsäädännön vastaisesta menettelystä, mutta muunlaista tuottamusta hankintayksiköltä ei edellytetä. Koska kantajan alkuperäisen hankintasopimuksen menettämisen syynä oli tällainen menettely, ei hankintayksi-

¹⁴² Saarinen 2008, s. 15.

kön vastuuta poistanut se seikka, että myöhemmin hankinnan toteutumatta jääminen johtui sen vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olevista valituksista. Hovioikeus katsoo hankintayksikön velvolliseksi korvaamaan kantajalle positiivisen sopimusedun ja arvioi sen määräksi 100 000 euroa.

Kouvolan hovioikeuden käsittelemää tapausta voidaan pitää poikkeuksellisena, sillä siihen johtaneissa markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden käsittelemissä asioissa hyvitysmaksun määrääminen ei tullut edes arvioitavaksi. Alkuperäinen virheelisyys kyettiin korjaamaan reaalikeynoja soveltamalla, mutta toimittajalle aiheutuneet vahingot johtuivat myöhemmistä seikoista. Tyypillisesti vahingonkorvauksen tulisi tulla vain harvoin kyseeseen reaalikeynojen soveltamisen jälkeen, koska ne korjaavat menettelyn ja ehkäisevät vahinkojen syntymistä. Toki tällöinkin asianosaisille voi aiheutua vahinkoa esimerkiksi hyödyttömiksi jääneiden tarjouksien laadintakulujen muodossa. Yleensä vahingonkorvauksen hakeminen tulee ajankohtaiseksi hyvitysmaksun vaatimisen jälkeen joko sen sijasta tai sitä täydentävänä. Vahingonkorvaus voi positiivisen sopimusedun korvaamisen lähtökohdan vuoksi tarjota joissain tilanteissa huomattavastikin paremman lopputuloksen kuin hyvitysmaksu. Hyvitysmaksun saaminen on kuitenkin yleisesti helpompaa, sillä se edellyttää todellista voittomahdollisuutta, kun taas vahingonkorvauksen saadakseen toimittajan tulee osoittaa, että olisi lähes varmasti voittanut tarjouskilpailun.¹⁴³ Yhdessä korkeamman oikeudenkäyntikuluriskin kanssa tämä saa aikaan sen, että hyvitysmaksu on toimittajille pääsääntöisesti vahingonkorvausta mieluisampi ja tehokkaampi keino saada korvausta.

4.4 Tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu

Euroopan unionin oikeussuojadirektiivillä ja sen pohjalta vuonna 2010 voimaan tulleella hankintalain oikeussuojauudistuksella pyrittiin parantamaan muutoksenhaun toimivuutta ja oikeussuojakeinojen tehokkuutta. Tehokkuuden keskeisimpänä ongelmana pidettiin sitä, että hankintasopimuksen tekemisen jälkeen markkinaoikeudella ei ollut mahdollisuutta määrätä muita seuraamuksia kuin hyvitysmaksu. Erityisesti suora-

¹⁴³ Saarinen 2008, s. 143, 148–149.

kintojen kohdalla tämä johti oikeussuojan saamatta jäämiseen, sillä hyvitysmaksun määräämisen edellytykset eivät juuri koskaan täytyneet, eikä vahingonkorvaustakaan ollut yleensä mahdollista saada.¹⁴⁴ Aiemmin luvussa 3.3.3 kuvatulla tavalla tätä epäkoh-
taa paikattiin säätämällä uusina seuraamuksina tehottomuusseuraamuksesta, seura-
musmaksusta ja sopimuskauden lyhentämisestä.

4.4.1 Uudempien seuraamusten soveltaminen

Hankintalain 156 §:n mukaan markkinaoikeus voi määrätä tehottomuusseuraamuksen, jos kyseessä on ilman laissa säädettyä perustetta tehty suorahankinta, jonka tekemisessä ei ole noudatettu ilmoitusmenettelyä. Lisäksi seuraamus on mahdollinen, jos hankinta-
sopimus on tehty odotusaikaa noudattamatta tai sen jälkeen, kun hankintaa koskeva va-
litus on saatettu markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Seuraamusmaksu voi tulla kyseeseen
joko hankintasopimuksen tehottomaksi toteamisen lisäseuraamuksena tai sen sijasta.
Mikäli markkinaoikeus jättää yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä tehottomuus-
seuraamuksen määräämättä, se voi seuraamusmaksun ohella tai sen sijasta lyhentää
hankintasopimuksen sopimuskautta. Kaikki kolme seuraamusta ovat sovellettavissa
ainoastaan EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen yhteydessä.

Hankintalain uudemmat seuraamukset koskevat varsin rajattua joukkoa tilanteita, joten
niitä ei ole sovellettu kovinkaan usein. Vuosina 2010–2014 markkinaoikeus määräsi
tehottomuusseuraamuksen ainoastaan kahdesti.¹⁴⁵ Sittemmin sen soveltaminen ei
ole laajemmin lisääntynyt. MAO:510/12 on ensimmäinen ratkaisu, jossa markkinaoi-
keus toteaa hankintasopimuksen tehottomaksi. Tapauksessa hankintayksikkö oli pyrki-
nyt kilpailuttamaan tietojärjestelmäpalveluita koskeneen hankinnan avoimella menette-
lyllä, mutta oli saanut vain yhden tarjouksen, jonka senkin se oli katsonut tarjouspyyn-
nön vastaiseksi ja sulkenut tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tämän jälkeen hankintayksik-
kö oli toteuttanut hankinnan suorahankintana vedoten silloisen hankintalain 27 §:n 1
kohtaan, joka sallii suorahankinnan, mikäli tarjouskilpailussa ei ole tullut lainkaan sopi-
via tarjouksia. Ratkaisussaan markkinaoikeus katsoo hankintayksikön menetelleen vir-

¹⁴⁴ Halonen 2015a, s. 2-3.

¹⁴⁵ Halonen 2015a, s. 38.

heellisesti sulkiessaan avoimella menettelyllä saadun tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tarjous oli ollut tietyiltä osin tarjouspyyntöä laajempi, mutta se oli kuitenkin sisältänyt tarjouspyynnössä vaaditut asiat, eikä sitä näin ollen voida pitää täysin tarjouspyynnön vastaisena. Koska tarjouksen hylkääminen oli tehty hankintalain vastaisesti, toteaa markkinaoikeus myös siihen perustuneen suorahankinnan olleen laitton. Ratkaisunsa lopputuloksena markkinaoikeus toteaa suorahankintaan perustuneen hankintasopimuksen tehottomaksi sen vielä täyttämättä olevilta osiltaan. Hankintalain 156 §:n perusteella tehottomuusseuraamus voi koskea vain täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita, joten jo toteutettu osa hankinnasta jätetään markkinaoikeuden ratkaisussa voimaan.

Edellä kuvatussa tapauksessa tehottomuusseuraamus toimi juuri tarkoituksenmukaisella tavalla ja sillä pystyttiin takaamaan oikeussuojakeinojen tehokkuus myös laittoman suorahankinnan ollessa kyseessä. Hankintasopimus ei estänyt tuomioistuinta puuttumasta virheelliseen menettelyyn ja tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan oikeudet saatiin ainakin tietyissä määrin turvattua. Toimittaja ei toki välittömästi hyötynyt mitenkään hankintasopimuksen tehottomaksi toteamisesta, mutta hänelle avautui tilaisuus osallistua hankinnan kohteesta myöhemmin mahdollisesti järjestettyyn uuteen tarjouskilpailuun.

Ratkaisussa MAO:464/15 päädyttiin hieman toisenlaiseen lopputulokseen. Siinä markkinaoikeus arvioi tapausta, jossa hankintayksikkö oli hankkinut potilastietojärjestelmän laajennuksen suorahankintana. Uudet osat olemassa olevaan järjestelmään hankittiin järjestelmän alkuperäiseltä toimittajalta ilman kilpailutusta. Hankintayksikön mukaan kyseessä oli ollut silloisen hankintalain 28 §:n mukainen alkuperäiseltä toimittajalta tehty lisätilaus, jollainen on sallittu, mikäli se on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi. Markkinaoikeus katsoo ratkaisussaan, ettei tietojärjestelmän laajentaminen nopeassa aikataulussa ollut välttämätöntä, eikä vanhentuneen järjestelmän uusimistarve voinut olla ennalta arvaamatonta. Näin ollen suorahankinnalle ei ollut laillisia edellytyksiä. Hankintasopimus oli valituksen käsittelyvaiheessa jo tehty, joten arvioitavaksi jäi vain tehottomuusseuraamuksen määrääminen. Todennäköisesti hyvitysmaksun tunnetusti huonosta soveltumisesta suorahankintatilanteisiin johtuen valittaja ei tapauksessa edes vaivautunut vaatimaan sitä.

Potilastietojärjestelmä oli otettu käyttöön ennen markkinaoikeuskäsittelyä, joten siltä osin hankintasopimus oli täytetty, eikä tehottomuusseuraamusta ollut mahdollista määrätä. Sen sijaan suora hankinnan osana ollut tietojärjestelmän ylläpito- ja tukisopimus oli vielä täyttämättä ja siten mahdollista todeta tehottomaksi. Ratkaisussaan markkinaoikeus kuitenkin päätyy soveltamaan mahdollisuutta jättää tehottomuusseuraamus määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Potilastietojärjestelmän toimintaedellytysten turvaaminen on yleisen edun kannalta tärkeää ja hankintasopimus on siksi pidettävä kaikilta osin voimassa. Seuraamusmaksun määräämiselle ei sitä vastoin ollut esteitä, vaan markkinaoikeus piti sitä erityisen tärkeänä ottaen huomioon hankintayksikön lainvastaisen menettelyn sekä tehokkaan oikeussuojan vaatimukset. Ratkaisunsa lopputuloksena markkinaoikeus määrää hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksuna 15 000 euroa.

Ratkaisusta käy ilmi kaksi keskeistä seikkaa, joiden voidaan katsoa heikentävän siinänsä hyvän tehottomuusseuraamuksen tehokkuutta tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneen toimittajan näkökulmasta. Ensiksikin sillä voidaan puuttua pelkästään vielä täyttämättä oleviin sopimusvelvoitteisiin. Mikäli hankintasopimus on kokonaisuudessaan pantu täytäntöön, tehottomuusseuraamusta ei voida määrätä, vaikka sopimus olisi perustunut räikeästi hankintalainsäädännön vastaiseen menettelyyn. Laittomien suora hankintojen yhteydessä toimittaja saa niistä usein tiedon vasta, kun hankintaa käytännössä toteutetaan eli sopimusvelvoitteita täytetään. Tällöin voi olla tehottomuusseuraamuksen soveltamisen kannalta jo liian myöhäistä hakea muutosta. Osaltaan tiedonsaantiongelmia helpottaa suora hankintojen ilmoitusmenettely, mutta sen noudattaminen on hankintayksiköille vapaaehtoista, eikä sitä noudattavien osalta tehottomuusseuraamuksen arviointi voi edes tulla ajankohtaiseksi. Toisekseen markkinaoikeus voi jättää edellytysten täytyessäkin tehottomuusseuraamuksen määräämättä, mikäli katsoo sen perusteluksi yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Tällainen mahdollisuus on ymmärrettävästi välttämätön, koska julkisten hankintojen kohteena on monia jopa ihmisten hengen ja terveyden kannalta tärkeitä toimintoja, kuten markkinaoikeuden ratkaisussa mainittu potilastietojärjestelmä. Puhtaasti toimittajien tehokkaan oikeussuojan kannalta kyseessä on kuitenkin heikentävä seikka.

4.4.2 Hankintasopimuksen tehottomuuden ongelmat

Oikeuskäytännössä ilmenneiden hankintalain seuraamusjärjestelmään liittyvien epäkoh-
tien vuoksi tehottomuusseuraamuksen käyttöönottoa voidaan pitää perusteltuna, mutta
siihen liittyy merkittäviä periaatteellisia ongelmia. Sopimusten sitovuus on sopimusoi-
keuden kaikkein keskeisin periaate ja yksi koko oikeusjärjestyksemme kulmakivistä.
Juuri siitä syystä tehdylle hankintasopimukselle on alun perin säädetty reaalikeynojen
määräämisen estävä vaikutus. Yleisesti sopimuksen sitovuus voi kyllä joissain tilanteis-
sa poistua, mikäli sopimuksen päättämisaikana on ollut käsillä jokin pätemättö-
myysperusteeksi katsottava häiriö.¹⁴⁶ Tehottomuusseuraamus ei kuitenkaan ole uusi
sopimusoikeudellinen pätemättömyysperuste, vaan hallituksen esityksessä painotetaan
sen luonnetta hankintayksikön laiminlyönnistä johtuvana hallinnollisena seuraamukse-
na¹⁴⁷. Oikeussuojadirektiivin ehdotusta käsiteltäessä muun muassa talousvaliokunta
vastusti seuraamuksen käyttöönottoa, koska katsoi sen sopivan huonosti yhteen suoma-
laisen oikeusjärjestyksen sopimusten sitovuutta koskevan käsityksen kanssa¹⁴⁸. Lisäksi
sopimuksen jälkikäteistä tehottomuutta voidaan pitää erityisen ongelmallisena ja jois-
sain tilanteissa jopa kohtuuttomana hankintayksikön sopimuskumppanin kannalta. Seu-
raamuksen määrääminen perustuu yksinomaan hankintayksikön sopimuksentekoa edel-
tävään virheelliseen menettelyyn, eikä sopimuskumppanilla useinkaan ole ollut mitään
mahdollisuuksia tarkastaa menettelyn virheettömyyttä. Lähtökohtaisesti vilpittömässä
mielessä olleen sopimuskumppanin tulisi voida luottaa pätevän sopimuksen sitovuuden
pysymiseen.

Hankintasopimuksen tehottomuus voi aiheuttaa vahinkoa hankintayksikön sopimus-
kumppanille, jolloin arvioitavaksi tulevat vahingonkorvauskysymykset. Koska tehotto-
muusseuraamusta ei ole vielä kovin monessa tapauksessa määrätty, vahingonkorvauksia
koskevaa oikeuskäytäntöä ei tältä osin juuri ole. Hankintalain vahingonkorvaussäännök-
sen soveltuvuus hankintasopimuksen tehottomuuden aiheuttamien vahinkojen korvaa-

¹⁴⁶ Hemmo 2007, s. 7, 27.

¹⁴⁷ HE 190/2009 vp, s. 72.

¹⁴⁸ TaVL 25/2006 vp, s. 3.

miseen on jokseenkin epävarmaa. Säännöksessä ei sinänsä rajata korvattavia vahinkoja, vaan ainoastaan edellytetään, että ne ovat aiheutuneet hankintalainsäädännön vastaisesta menettelystä. Tehottomuusseuraamuksen määräämiseen johtavassa tilanteessa hankintayksikkö on kiistatta menetellyt hankintalainsäädännön vastaisesti, joten vahingonkorvausvastuu voisi olla tällä perusteella mahdollinen. Toisaalta oikeuskäytännössä hankintalain mukaisen vahingonkorvauksen edellytyksiä on arvioitu pitkälti samalla tavoin kuin hyvitysmaksun edellytyksiä, eli vahingonkärsijän on tullut osoittaa, että hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Suorahankintatilanteessa mitään tarjouskilpailua ei ole järjestetty, joten on mahdotonta arvioida, millaisia tarjouksia virheettömään menettelyyn olisi osallistunut.¹⁴⁹ Näin ollen hankintayksikön sopimuskumppani törmänee samaan näyttöongelmaan kuin tarjouskilpailun ulkopuolelle jäänyt toimittaja.

Hankintayksikön korvausvastuu sopimuskumppanilleen voi perustua myös hankintalain ulkopuoliseen vahingonkorvausoikeuteen. Tilanteeseen soveltuvimpana voidaan pitää varsinaisesti laissa sääntelemätöntä, mutta yleisiin oikeusperiaatteisiin perustuvaa sopimuksetekotuottamusta. Hankintamenettely on hankintasopimuksen tekemiseen valmis-televaa toimintaa, jossa moitittavan menettelyn on mahdollista katsoa olevan sopimuksetekotuottamuvastuun aikaan saavaa toimintaa. Vastuun syntymisen edellyttämä tuottamus on tehottomuusseuraamuksen yhteydessä helppo osoittaa, koska tuomioistuimien on seuraamuksen määrätessään todennut hankintayksikön menettelleen vastoin lakia.¹⁵⁰ Oikeuskäytännön puuttuessa on kuitenkin mahdoton sanoa, miten sopimuksetekotuottamiseen perustuvaa vahingonkorvausvastuuta tässä yhteydessä käytännössä arvioitaisiin.

Mahdollisen tehottomuusseuraamuksen aiheuttamiin ongelmiin on mahdollista varautua etukäteen hankintasopimuksessa. Tällöin vahingonkorvauskysymykset pystyttäisiin ratkaisemaan osittain sopimusehtojen perusteella. Oikeussuojauudistuksen esitöissä tämä ratkaisumalli otetaan esille toteamalla, että ”*sopimusosapuolet voivat jossain mä-*

¹⁴⁹ Halonen 2015b, s. 168.

¹⁵⁰ Halonen 2015b, s. 168–169.

*rin ennakkollisesti varautua tehottomuusseuraamukseen sopimusehdoin”*¹⁵¹. Vuonna 2013 toteuttamassaan kyselytutkimuksessa Kirsi-Maria Halonen selvitti, että noin kymmenen prosenttia vastanneista hankintayksiköistä oli huomionnut tehottomuusseuraamuksen mahdollisuuden tarjouspyynnössään tai hankintasopimuksissaan. Osa niistä oli ottanut hankintasopimukseensa nimenomaisia vastuunrajoituslausekkeita sopimuksen tehottomuuden aiheuttamien vahinkojen varalle.¹⁵² Nykyisin tehottomuusseuraamukseen liittyvien sopimusehtojen käytön voisi olettaa jonkin verran lisääntyneen, kun oikeussuojauudistuksen tuomat uudistukset eivät ole enää niin uusia. Sopimusehtojen käyttöön saattaa kuitenkin liittyä omia ongelmiaan, kuten miten niihin ylipäättään suhtaudutaan niiden sisältyessä hankintasopimukseen, jonka tuomioistuin on juuri todennut tehottomaksi.

¹⁵¹ HE 190/2009 vp, s. 36.

¹⁵² Halonen 2015a, s. 37.

5 JOHTOPÄÄTÖKSET

Julkista hankintaa koskevaan hankintamenettelyyn osallistumisesta kiinnostunut toimittaja saattaa jäädä tarjouskilpailun ulkopuolelle usean eri syyn takia. Eri tilanteisiin liittyen on olemassa säännöksiä, joiden perusteella hankintayksikkö voi jättää toimittajan ulkopuolelle tai sillä on jopa velvollisuus tehdä niin. Epäilemättä valtaosassa käytännön tilanteita säännöksiä sovelletaan oikein ja hankintalainsäädännön mukaisesti. Suuri osa hankintayksiköistä on viranomaisia tai viranomaisten omistamia yksiköitä, joilla on usein käytössään laajaa oikeudellista asiantuntemusta. Lisäksi niiden voidaan olettaa toimivan huolellisesti ja pyrkivän noudattamaan lakia. Virheellisen menettelyn taustalle lienee pääsääntöisesti säännösten väärä tulkinta tai epähuomiossa sattunut erehdys, eikä niinkään tahallinen lainvastainen toiminta. Virheiden syistä tai esiintymistiheydestä riippumatta mahdollisuus niiden korjaamiseen on toimittajien oikeussuojan kannalta kuitenkin tärkeää. Tehokasta virheellisyyksiin puuttumista voidaan pitää erityisen olennaisena myös julkisten hankintojen sääntelyn taustalla olevien yleisten tavoitteiden toteutumisen näkökulmasta.

Lähtökohtainen hankintalain tarjoama muutoksenhakukeino toimittajille on valitus markkinaoikeudelle. Vuonna 2010 käyttöön otettu hankintaoikaisu on osaltaan täydentänyt sitä, muttei rajoittanut sen käyttöalaa. Muutoksenhakuun oikeutettuja ovat kaikki, joita asia koskee ja sen kohteena voi olla hankintayksikön päätös tai muu sen hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu. Muutoksenhakuoikeus on säädetty sen verran väljäksi, ettei se vaikuttaisi aiheuttavan ongelmia tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneiden toimittajien oikeussuojan saamiselle. Esimerkiksi suorahankinnan katsotaan lähtökohtaisesti koskevan kaikkia hankintaa vastaavalla alalla toimivia toimittajia ja heidän olevan siten oikeutettuja muutoksenhakuun. Muutoksenhaun kohteeksi ei ole rajattu pelkkää hankintapäätöstä, vaan sen kohteena voi olla välittömästi mikä tahansa toimittajan asemaan vaikuttanut ratkaisu. Näin ollen muutoksenhakukeinoja voidaan sinänsä pitää toimittajien oikeuksien turvaamisen näkökulmasta riittävinä. Tietyiltä osin niitä kuitenkin heikentää vuoden 2016 uudistuksessa säädetty jatkovalituslupa, jonka myötä markkinaoikeuden ratkaisuun ei enää automaattisesti saa hakea muutosta.

Keskeisin kysymys toimittajien oikeussuojan kannalta on hankintalain seuraamusjärjestelmä ja sen tehokkuus. Siihen on aiemmin katsottu liittyneen ongelmia, minkä vuoksi Euroopan unioni päätyi antamaan oikeussuojadirektiivin, joka pantiin Suomessa täytäntöön vuoden 2010 hankintalain oikeussuojauudistuksella. Olemassa olevia seuraamuksia uudistuksessa ei muutettu, vaan järjestelmää täydennettiin uusilla seuraamuksilla. Tuoreimmassa hankintalain kokonaisuudistuksessa seuraamusjärjestelmä jätettiin olennaisilta osin muuttamattomaksi. Tosin uudistuksessa siirrettiin kynnyksarvoja nostamalla suuri määrä hankintoja hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle ja siten seuraamusjärjestelmän tavoittamattomiin. Tällä tulee epäilemättä olemaan vaikutuksia myös toimittajien oikeussuojan käytännön toteutumiselle.

Seuraamusjärjestelmän tehokkuuden näkökulmasta ratkaisevassa asemassa vaikuttaisi olevan hankintasopimuksen tekoajankohta. Mikäli markkinaoikeus käsittelee asiaa ennen hankintasopimuksen tekemistä, seuraamukset toimivat pääsääntöisesti tarkoituksemukaisella tavalla. Hankintamenettelyn virheellisyydet kyetään poistamaan reaali-keinoja käyttämällä ja menettely palauttamaan lainmukaiseen uomaansa. Tällöin virheellisestä menettelystä kärsineiden toimittajien asema on kaikkein paras ja heidän oikeutensa tulevat mahdollisimman laajasti turvatuiksi. Jos taas muutosta haetaan vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen, seuraamusten tehokkuus on heikompa. Reaali-keinojen määrääminen ei ole enää mahdollista, vaan räikeästikin hankintalain vastainen menettely täytyy pääsääntöisesti jättää pysyväksi. Toimittajien oikeuksia ei voida tällöin toteuttaa niiden alkuperäisessä muodossa, vaan kyseeseen tulee enää oikeudenloukkauksen hyvittäminen ja mahdollisten vahinkojen korvaaminen.

Hyvitysmaksun ja soveltuvilta osin vahingonkorvauksen suurin ongelma on todellisen voittomahdollisuuden osoittaminen. Se on sitä haastavampaa, mitä vähäisemmässä määrin toimittaja on ollut toteutuneessa hankintamenettelyssä osallisena. Tarjoaja, jonka tarjous perusteettomasti hylätään, pystyy yleensä menestyksekkäästi näyttämään voittomahdollisuutensa olemassa olevan tarjouksensa perusteella. Myös poissuljettu tai valitsematta jäänyt ehdokas tai tarjoaja voi kyetä tapauksesta riippuen mahdollisuutensa konkreettisen hankintamenettelyn perusteella osoittamaan. Voittomahdollisuuden todellisuudelle asetettu varsin korkea kynnyks kuitenkin aiheuttaa ongelmia, jos virheettömän

menettelyn kulkua joudutaan laajemmassa mittakaavassa pelkästään teoreettisesti kuvittelemaan. Kaikkein vaikeinta ja käytännössä jopa mahdotonta hyvitysmaksun edellytysten täytyminen on suorahankintatilanteissa, joissa mitään todellista tarjouskilpailua ei ole järjestetty, vaan voittomahdollisuus täytyy arvioida puhtaasti hypoteettiseen tapahumainkulkuun perustuen.

Hankintasopimuksen aiheuttamien ongelmien vuoksi oikeussuojauudistuksessa säädetyt seuraamukset ovat tuoneet jonkin verran helpotusta tilanteeseen. Mahdollisuus hankintasopimuksen tehottomaksi toteamiseen on tehostanut seuraamusjärjestelmän toimivuutta ja tarjouskilpailun ulkopuolelle jääneiden toimittajien asemaa. Erityisesti näin on laittomien suorahankintojen tapauksissa, joihin markkinaoikeus ei ennen oikeussuojauudistusta monestikaan kyennyt puuttumaan millään tavalla. Vaikka seuraamusta ei ole käytännössä määrätty usein, eikä sen ole tarkoituskaan tulla laajamittaisesti määrättäväksi, on sillä merkittävä ennaltaehkäisevä vaikutus. Yhdessä seuraamusmaksun ja mahdollisen vahingonkorvausvastuun kanssa se luo riskin, joka kannustaa hankintayksiköitä entistä huolellisempaan menettelyyn ja suorahankintojen ilmoitusmenettelyn noudattamiseen.

Tehottomuusseuraamus ei ole poistanut kaikkia seuraamusjärjestelmän ongelmia. Tämä tiedettiin jo oikeussuojauudistuksesta säädettäessä ja sen hyväksyttiin välttämättömänä pahana. Kyse on tasapainottelusta toimittajien oikeuksien ja sopimuksen sitovuuden periaatteen välillä, eikä sitä voida liiaksi kallistaa toiseen suuntaan. Tehottomuusseuraauksella voidaan puuttua lähinnä vain laittomiin suorahankintoihin, eikä sen määrääminen ole automaattista, vaan perustuu tuomioistuimen tapauskohtaiseen harkintaan. Lisäksi tehottomuusseuraamus, samoin kuin seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentämien, tulevat kyseeseen vain EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen yhteydessä. Oikeussuojauudistusta valmistellut työryhmä katsoi, että uudet seuraamukset olisi jatkossa syytä laajentaa koskemaan myös kansallisia hankintoja¹⁵³. Uusimmassa hankintalain

¹⁵³ Oikeusministeriön julkaisu 6/2010, s. 46–48.

kokonaisuudistuksessa näin ei päädytty täysimääräisesti tekemään, joskin tiettyä siirtymää siihen suuntaan tapahtui¹⁵⁴.

Hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä ei muutettu sen paremmin oikeussuojauudistuksessa kuin vuoden 2016 hankintalain kokonaisuudistuksessa. Sen määrääminen vaatii edelleen uuden hankintalain 154 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaisesti, että asianosaisella olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Oikeuskäytännössä toistuvasti ilmi tulleiden ongelmien vuoksi tätä voidaan pitää suurimpana epäkohtana tarjouskilpailun ulkopuolelle perusteettomasti jääneiden toimittajien oikeussuojan näkökulmasta. Liian usein päädytään tilanteeseen, jossa tuomioistuimien toteama menettely on ollut hankintalain vastaista, muttei kykene määräämään hankintayksikölle seuraamuksia, eikä hyvittämään tapahtunutta siitä kärsineelle toimittajalle. Ratkaisua ongelmaan voitaisiin jatkossa hakea esimerkiksi sitä kautta, että hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä lievennettäisiin, mutta voittomahdollisuuksien todellisuus otettaisiin hyvitysmaksun määrää arvioitaessa huomioon.

¹⁵⁴ Uuden hankintalain 154 §:n 3 momentin mukaan tehottomuusseuraamus, seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen voidaan määrätä EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen ohella myös liitteen E (sosiaali- ja terveyspalvelut sekä muut erityiset palvelut) mukaisissa kansallisissa palveluhankinnoissa.