

**Korjaavat toimenpiteet – Toimittajan mahdollisuus osallistua  
tarjouskilpailuun tätä rasittavasta poissulkemisperusteesta  
huolimatta**

Jussi-Pekka Sallila  
Oikeustieteiden tiedekunta  
Maisteritutkielma  
Hallinto-oikeus  
Kevät 2021

## Lapin yliopisto

Tiedekunta: Oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Korjaavat toimenpiteet – Toimittajan mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun tätä rasittavasta poissulkemisperusteesta huolimatta

Tekijä: Jussi-Pekka Sallila

Koulutusohjelma/oppiaine: Hallinto-oikeus

Työn laji: Maisteritutkielma

Sivumäärä: X + 74

Vuosi: 2021

Tiivistelmä:

Tutkielmassa käsitellään toimenpiteitä, joita hankintalain 80 tai 81 §:n mukaisen poissulkemisperusteen täyttävään väärinkäyttöön syyllistynyt toimittaja voi toteuttaa osoittaakseen luotettavuutensa ja saadakseen takaisin oikeutensa osallistua julkisia hankintoja koskeviin tarjouskilpailumenettelyihin. Hankintalain 82 §:n mukaan tällaisiksi korjaaviksi toimenpiteiksi voidaan katsoa aiheutetun vahingon korvaaminen, väärinkäytöksen tosiasioiden selvittäminen ja tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimet.

Tutkielman tarkoituksena on lainopillista metodia noudattaen selvittää korjaavien toimenpiteiden sisältöä, sekä tarjoajan luotettavuuden arviointimenettelyyn vaikuttavia oikeussääntöjä ja -periaatteita. Korjaustoimien sisällön osalta tarkastelu keskittyy lähinnä kyseisten toimenpiteiden hyväksyttävyyden oikeudellisiin edellytyksiin. Tarjoajan luotettavuuden konkreettiseen arviointiin liittyvien kysymysten lisäksi käsitellään myös muita korjaavia toimenpiteitä koskevasta sääntelystä hankintayksiköille johtuvia velvoitteita, kuten kuulemisvelvollisuutta ja velvollisuutta päätöksen perustelemiseen.

Keskeisimpänä korjaavien toimenpiteiden sisällön ja arviointimenettelyn määrittelyyn liittyvänä haasteena esiin nousee sääntelyn yleisluontoisuudesta johtuva tulkinnanvaraisuus ja paikoittainen epäselvyys. Tämänhetkistä oikeustilaa voidaan luonnehtia epäselväksi ja ongelmalliseksi etenkin vahingon korvaamista ja väärinkäytöksen tosiasioiden selvittämistä koskevien korjaustoimenpiteiden kohdalla. Myös ehdokkaan tai tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden riittävyyden arviointiin liittyvän hankintayksikön harkintavallan rajojen täsmentäminen olisi tarpeellista hankintaoikeudellisella sääntelyllä tavoiteltujen päämäärien turvaamiseksi.

Avainsanat: julkiset hankinnat, poissulkeminen, tarjouskilpailu, korjaavat toimenpiteet

# SISÄLLYS

<b>LÄHTEET</b> .....	<b>IV</b>
<b>LYHENTEET</b> .....	<b>X</b>
<b>1 JOHDANTO</b> .....	<b>1</b>
1.1 Tutkielman tausta .....	1
1.2 Tutkimuskysymykset, -metodi, rajaus ja rakenne .....	2
1.3 Käsitteiden määritelmät .....	3
<b>2 KORJAAVAT TOIMENPITEET OSANA TARJOAJAN SOVELTUVUUDEN ARVIOINTIMENETTELYÄ</b> .....	<b>6</b>
2.1 Poissulkemisjärjestelmä .....	6
2.2 Poissulkemisperusteet .....	9
2.2.1 Pakolliset poissulkemisperusteet .....	9
2.2.2 Harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet .....	11
2.2.3 Voimassaolo .....	14
<b>3 KORJAAVIEN TOIMENPITEIDEN KEHITYS JA TAVOITTEET</b> .....	<b>16</b>
3.1 Kehitys .....	16
3.2 Tarkoitus ja tavoitteet .....	20
3.3 Korjaavien toimenpiteiden implementaatio .....	24
<b>4 KORJAAVIEN TOIMENPITEIDEN SISÄLLÖLLISET VAATIMUKSET</b> .....	<b>28</b>
4.1 Vahingon korvaaminen .....	28
4.2 Tosiasioiden ja olosuhteiden selvittäminen .....	33
4.3 Organisatoriset toimenpiteet .....	40
<b>5 HANKINTAYKSIKÖN MENETTELYVELVOLLISUUDET</b> .....	<b>44</b>
5.1 Velvollisuuksien perusteet ja soveltamisala .....	44
5.2 Kuulemisvelvollisuus .....	47
5.3 Näytön riittävyyden arvioiminen .....	52
5.3.1 Arvioinnin luonne ja harkintavallan laajuus .....	52
5.3.2 Vähimmäisvaatimukset .....	57
5.3.3 Arvioinnissa huomioon otettavat seikat .....	62
5.4 Päätöksen perustelevminen .....	68
<b>6 PÄÄTÄNTÖ</b> .....	<b>71</b>

# LÄHTEET

## KIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis (2006): Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY.

Arrowsmith, Sue – Priess, Hans-Joachim – Friton, Pascal (2009): Self-cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct: An Emerging Concept in EC Public Procurement Law? P.P.L.R 6/2009, s. 257–282.

Arrowsmith, Sue (2014): The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK. [Vol. 1] Third Edition. Sweet & Maxwell.

De Mars, Sylvia (2016): Exclusion and Self-cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade? Teoksessa: Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules. Ølykke, Grith (toim.) ja Sanchez-Graells, Albert (toim.), Edward Elgar Publishing Limited, s. 253–273.

Dragos, Dacian C. – Horváthová, Alexandra (2017): Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 3/2017, s. 266–280.

Dreher, Meinrad – Hoffmann, Jens (2012a): Sachverhaltsaufklärung und Schadenswiedergutmachung bei der Vergaberechtlichen Selbstreinigung. NZBau 2012, s. 265–275.

Dreher, Meinrad – Hoffmann, Jens (2012b): Schlusswort: Vergaberechtliche fremdreinigung zur schadenswiedergutmachung. NZBau 2012, s. 426–427.

Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkki (2017): Julkiset hankinnat. 3. uudistettu painos. Alma Talent.

Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erkki (2011): Julkiset hankinnat. 2. uudistettu painos. WSOY-pro Oy.

Friton, Pascal – Wolters, Christopher (2018): The German Register of Competition and Its International Context. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2/2018, s. 119–128.

Garrett, Brandon L. (2011): Globalized Corporate Prosecutions. Virginia Law Review, Vol. 97, No. 8, s. 1775- 1875

Giosa, Penelope-Alexia (2020): Enhancing leniency programme in public markets. Journal of Antitrust Enforcement 30.8. 2020, s. 1-26.

Hamer, Carina Risvig (2020): The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot Be Trusted. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 1/2020, s. 42–52.

Hjelmeng, Erling – Søreide, Tina (2014): Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization, s. 1-15. Saatavilla osoitteessa: [[https://www.researchgate.net/publication/265550163\\_Debarment\\_in\\_Public\\_Procurement\\_Rationales\\_and\\_Realization](https://www.researchgate.net/publication/265550163_Debarment_in_Public_Procurement_Rationales_and_Realization)] (3.5.2021) Julkaistu myös teoksessa: Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Racca, Gabriella (toim.) – Yukins, Christopher (toim.), Bruylant 2014.

Hoppu, Esko – Hoppu, Kari (2020): Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet. 17. uudistettu painos. Alma Talent.

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

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö (2018): Ohje tarjoajalle komission ESPD-palvelun käyttöön. Saatavilla osoitteessa: [<https://www.hankinnat.fi/sites/default/files/media/file/ohje-tarjoajalle-komission-esp-d-palvelun-kayttoon-2018.pdf>] (3.5.2021)

Jääskeläinen, Jan – Tukiainen, Janne (2019): Anatomy of public procurement. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus.

Kuzma, Katarzyna – Hartung, Wojciech (2020): Combating collusion in public procurement: legal limitations on joint bidding. Edward Elgar Publishing.

Lemke, Marian – Smith, Susie – Kolar, Teja – Stachowiak, Małgorzata (2018): Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures. SIGMA Papers, No. 56, OECD Publishing.

Lord, Nicholas (2013): Regulating transnational corporate bribery: Anti-bribery and corruption in the UK and Germany. Crime, Law and Social Change, vol. 60, no. 2, s. 127-145.

Majtan, Roman (2013): The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes. The George Washington International Law Review 45/2013, s. 291–347.

Miranzo Díaz, Javier (2017): A Taxonomy of Corruption in EU Public Procurement. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 4/2017, s. 383–395.

Mutschler-Siebert, Annette – Baumann, Marion (2017): Leitfaden zu Selbstreinigungsmassnahmen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Zukunft Bau, ein Forschungsprogramm des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit. Saatavilla osoitteessa: [[https://www.vergabeblog.de/content/uploads/2017/09/BMUB-Selbstreinigung\\_schlussbericht.pdf](https://www.vergabeblog.de/content/uploads/2017/09/BMUB-Selbstreinigung_schlussbericht.pdf)] (3.5.2021)

Mutschler-Siebert, Annette – Dorschfeldt, Dorian (2015): Vergaberechtliche Selbstreinigung und kartellrechtliche Compliance – zwei Seiten einer Medaille. Betriebs-Berater 12/2015, s. 642–650.

Mäenpää, Olli (2017): Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent.

Mäenpää, Olli (2018): Hallinto-oikeus. 2. uudistettu painos. Alma Talent

- Määttä, Kalle – Voutilainen, Tomi (2017): *Julkisten hankintojen sääntely*. Kauppakamari.
- Palenikova, L'ubica (2012): *Corruption in Public Tenders – Concept of Self-Cleaning*. *Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica* 9/2012, s. 275-280
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus (2019): *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. 8. uudistettu laitos (10. painos). Tietosanoma.
- Priess, Hans-Joachim (2012): *Warum die Schadenswiedergutmachung teil der Vergaberrechtlichen*. *NZBau* 2012, s. 425–426.
- Priess, Hans-Joachim (2014): *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*. *P.P.L.R* 3/2014, s. 112–123.
- Ratsula, Niina (2016): *Compliance: eettinen ja vastuullinen liiketoiminta*. Talentum.
- Sanchez-Graells, Albert (2015): *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Second Edition. Hart Publishing
- Sanchez-Graells, Albert (2018): *Competition and Public Procurement*. *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 8, October 2018, s. 551–559.
- Schoeni, Daniel E. (2016): *Personal Debarment for Non-Distributive Corporate Misconduct*. *Public Contract Law Journal*, Vol. 46, No. 1, s. 51-94.
- Schoenmaekers, Sarah (2016): *The EU debarment rules: legal and economic rationale*. *P.P.L.R* 3/2016, s. 91–104.
- Schoenmaekers, Sarah (2018): *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?* *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 1/2018, s. 3–17.
- Schooner, Steven L. (2004): *The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment*. *P.P.L.R* 5/2004, s. 211–217.
- Simovart, Mari Ann – Härjinen, Kadri (2019): *Implementation of EU Public Procurement Law in Estonia – history revisited*. *P.P.L.R* 5/2019, s. 229–241.
- Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha (2020): *Suomen vahingonkorvausoikeus*. 7. uudistettu painos. Alma Talent.
- Tátrai, Tünde (2016): *EU public procurement and probity*. *Teoksessa: Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Bovis, Christopher (toim.), Edward Elgar Publishing, s. 482–520.
- Van Garsse, Steven – de Mars, Sylvia (2016): *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*. *Teoksessa: EU Directive 2014/24 on public procurement: A new turn for competition in public markets?* Marique, Yseult (toim.) – Wauters, Kris (toim.), Larcier, s. 121–138.

Youngman, Lauren O. (2013): *Deterring Compliance: The Effect of Mandatory Debarment Under the European Union Procurement Directives on Domestic Foreign Corrupt Practices Act Prosecutions*. *Public Contract Law Journal*, Vol. 42, No. 2, s. 411-429.

## **VIRALLISLÄHTEET**

Euroopan komissio (2011a): *Vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita*. KOM(2011) 0015 lopullinen.

Euroopan komissio (2011b): *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies*.

Euroopan komissio (2011c): *Ehdotus Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista*. KOM(2011) 896 lopullinen.

Euroopan komissio (2012): *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 3: Reducing documentation requirements*.

Euroopan komissio (2021): *Ilmoitus välineistä kilpailunvastaisen yhteistyön torjumiseksi julkisissa hankinnoissa ja ohjeista tähän liittyvien poissulkemisperusteiden soveltamisesta*. Komission tiedonanto 2021/C 91/01.

Euroopan parlamentti (2011): *Euroopan parlamentin päätöslauselma 25. lokakuuta 2011 julkisten hankintojen uudistamisesta (2011/2048(INI))*. Euroopan unionin virallinen lehti 8.5.2013 (2013/C 131 E/03) s. 25–34.

*Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)* Drucksache 18/6281, 2015.

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

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

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

## **OIKEUSTAPAUKSET**

### **Euroopan unionin tuomioistuin**

C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom*, ECLI:EU:C:2005:127

C-226/04 ja C-228/04 *La Cascina*, ECLI:EU:C:2006:94

C-532/06 *Lianakis*, ECLI:EU:C:2008:40

C-213/07 *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731

C-465/11 *Forposta*, ECLI:EU:C:2012:801

C-336/12 *Manova*, ECLI:EU:C:2013:647

C-171/15 *Connexion*, ECLI:EU:C:2016:948

C-178/16 *Mantovani*, ECLI:EU:C:2017:1000

C-187/16 *Komissio v. Itävalta* ECLI:EU:C:2018:194

C-124/17 *Vossloh Laeis*, ECLI:EU:C:2018:855 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus  
ECLI:EU:C:2018:316

C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:507

C-267/18 *Delta Antrepriză*, ECLI:EU:C:2019:826 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus  
ECLI:EU:C:2019:393

C-395/18 *Tim*, ECLI:EU:C:2020:58

C-472/19 *Vert Marine*, ECLI:EU:C:2020:468

C-387/19 *RTS infra*, ECLI:EU:C:2021:13 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus  
ECLI:EU:C:2020:728

C-555/19 *Fussl Modestrasse*, ECLI:EU:C:2021:89

## **Euroopan unionin yleinen tuomioistuin**

T-170/06 *Alrosa v Komissio*, ECLI:EU:C:2010:377

## **Korkein hallinto-oikeus**

KHO:2004:1

KHO 27.6.2014 T 2077

KHO:2019:132

## **Markkinaoikeus**



MAO:630/18

MAO:109/19

MAO:286/19

MAO:419/20

MAO:469/20

MAO:517/20

MAO:542/20

MAO:549/20

MAO:76/21

## **LYHENTEET**

ESPD	Yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAO	Markkinaoikeus
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkielman tausta

Euroopan unionin hankintadirektiivi koki mittavan kokonaisuudistuksen vuonna 2014. Direktiiviudistuksen yleisinä tavoitteina oli hankintamenettelyjen yksinkertaistaminen, joustavoittaminen ja nykyaikaistaminen, sekä julkisten varojen käytön tehostaminen ja entistä suuremman painoarvon antaminen ympäristö- ja sosiaalisille näkökohdille. Lisäksi reformilla tavoiteltiin pienten ja keskisuurten yritysten markkinoillepääsyn helpottamista.<sup>1</sup>

Vuonna 2017 tuli voimaan uudistettuun hankintadirektiiviin perustuva kokonaisuudistuksen läpikäynyt laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, hankintalaki), joka korvasi vuodelta 2007 peräisin olleen julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007, vuoden 2007 hankintalaki). Hankintadirektiivin implementaatio toi mukanaan muutamia olennaisia muutoksia muun muassa tarjoajien soveltuvuuden ja kelpoisuuden arviointia koskevaan sääntelyyn, kuten tarjoajien luotettavuuteen kytkeytyvien poissulkemisperusteiden sisältöön ja voimassaoloon. Keskeisimpänä poissulkemisjärjestelmää koskevana muutoksena voidaan kuitenkin pitää täysin uutta sääntelyä korjaavista toimenpiteistä<sup>2</sup>, joita toteuttamalla tarjoaja voi osoittaa olevansa riittävän luotettava osallistuakseen tarjouskilpailuun tätä rasittavasta poissulkemisperusteesta huolimatta.<sup>3</sup>

Korjaavista toimenpiteistä säädetään hankintalain 82 §:ssä, jonka mukaan:

Ehdokas tai tarjoaja voi esittää näyttöä luotettavuudestaan siitä huolimatta, että sitä rasittaa 80 tai 81 §:ssä tarkoitettu poissulkemisperuste. Jos hankintayksikkö katsoo näytön ja luotettavuuden riittäväksi, se ei saa sulkea kyseistä ehdokasta tai tarjoajaa pois tarjouskilpailusta.

Ehdokas tai tarjoaja voi esittää 1 momentissa tarkoitettuna näyttönä selvitystä siitä, että ehdokas tai tarjoaja on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta, virheestä tai laiminlyönnistä on aiheutunut, selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa ja toteuttanut konkreettiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan estää uudet rangaistavat teot, virheet tai laiminlyönnit.

---

<sup>1</sup> Euroopan komissio 2011c, s. 2, 8–14; HE 108/2016 vp, s. 12.

<sup>2</sup> Englanninkielisessä oikeuskirjallisuudessa *korjaavien toimenpiteiden* käsitettä vastaa termi *self-cleaning*, joka on johdettu saksankielisestä sanasta *selbstreinigung*. Tätä englanninkielistä termiä käytetään yleisesti myös useilla muilla kielillä, esimerkiksi ruotsin- ja espanjankielisessä oikeuskirjallisuudessa. Uudistettuun hankintalakiin omaksuttiin termi *korjaavat toimenpiteet*, jolloin merkittävää painetta englanninkielisen vastineen käyttöön ei suomenkielissä teksteissä päässyt syntymään.

<sup>3</sup> Ks. van Garsse – de Mars 2016, s. 131. Kirjoittajien mukaan korjaavia toimenpiteitä koskeva sääntely on kenties merkittävin vuoden 2014 hankintadirektiivin mukanaan tuoma uudistus.

Ehdokkaan tai tarjoajan toteuttamat korjaavat toimenpiteet on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus sekä niihin liittyvät olosuhteet.

Korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn taustalla on ajatus siitä, että poissulkemisperusteiden täyttävään väärinkäytökseen syylistynyttä tarjoajaa, joka on onnistunut toteuttamallaan toimenpiteillä vakuuttavasti ansaitsemaan takaisin luotettavuutensa, ei tulisi sulkea ulos tarjouskilpailusta. Mikäli tarjoaja on toteuttanut tehokkaita toimenpiteitä, joilla varmistetaan, ettei vastaavia väärinkäytöksiä tapahdu tulevaisuudessa, ei poissulkemiseen ole enää asiallisia perusteita. Samalla myös mahdollistetaan entistä useampien tarjoajien osallistuminen hankintamenettelyihin, mikä edistää kilpailua ja johtaa lopulta hinnaltaan sekä laadultaan parempiin tarjouksiin.

## 1.2 Tutkimuskysymykset, -metodi, rajaus ja rakenne

Tutkielman tarkoituksena on selvittää hankintalain 82 §:n mukaisten korjaavien toimenpiteiden sisältöä, sekä kyseisten toimenpiteiden arviointimenettelyyn vaikuttavia oikeussääntöjä ja -periaatteita. Tavoitteena on käsittelyn kohteena olevan oikeudellisen instituution hahmottaminen mahdollisimman relevanteista näkökulmista käytännön soveltamistoiminnan kannalta. Tämä lähestymistapa voidaan tiivistää kahteen tutkimuskysymykseen:

1. Mitä korjaavat toimenpiteet ovat, toisin sanoen, millaisia tarjoajan toteuttamia toimia korjaavilla toimenpiteillä tarkoitetaan ja minkälaisia vaatimuksia näiden toimenpiteiden sisällölle tulee asettaa?
2. Millaisia korjaaviin toimenpiteisiin liittyviä menettelyvelvollisuuksia hankintayksiköllä tulee katsoa olevan?

Näihin kysymyksiin pyritään vastaamaan oikeusdogmaattisen – toisin sanoen lainopillisen – metodin avulla. Oikeusdogmaattista menetelmää käyttämällä pyritään selvittämään oikeusjärjestykseen sisältyvien normien merkitysisältöä, eli mitä on voimassa oleva oikeus. Voimassa olevien oikeussääntöjen sisällön selvittämisen lisäksi oikeusdogmaattisella metodilla pyritään myös jäsentämään ja systematisoimaan näitä sääntöjä.<sup>4</sup>

Kuten edellä mainituista tutkielman rakenteellisen kehyksen muodostavista tutkimuskysymyk-

---

<sup>4</sup> Ks. esim. Aarnio 2006, 367.

sistä voidaan havaita, painottuu käsittely lähinnä hankintamenettelyn julkisoikeudelliseen puoleen, yksityisoikeudellisen näkökulman jäädessä toissijaiseen, käsittelyä tukevaan rooliin. Julkisoikeuden sisäistä jaottelua noudattaen on valittua tarkastelukulmaa perusteltua luonnehtia hallinto-oikeudelliseksi, joskin julkisten hankintojen sääntelyä käsittelevissä kysymyksissä on vääjäämättä mukana myös kilpailuoikeudellista ainesta. Kotimainen julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö perustuu Euroopan unionin antamaan sääntelyyn, joten eurooppaoikeudellisilla oikeuslähteillä on keskeinen asema hankintalain 82 §:n ongelmakohtia tarkasteltaessa.

Tutkielman aihepiiriä lähestytään hankintayksikön näkökulmasta ja käsittely rajoittuu ainoastaan varsinaiseen hankintamenettelyyn. Siten käsittelyn ulkopuolelle jäävät esimerkiksi tarjoajien oikeussuojakeinot. Aiheeseen liittyy muun muassa työoikeudellisia, kilpailuoikeudellisia, rikosoikeudellisia, vero-oikeudellisia ja vahingonkorvausoikeudellisia näkökulmia, joita käsitellään vain siinä laajuudessa kuin se on tutkimuskysymyksiin vastaamisen kannalta tarkoituksenmukaista.

Tutkielma jakautuu kuuteen lukuun. Johdannon luvussa 1.3 tarkastellaan sellaisia tutkielman aihepiirin kannalta keskeisiä käsitteitä, joiden erillinen määrittely on tarpeen. Tutkielman toisen luvun tarkoituksena tehdä selkoa siitä systemaattisesta viitekehyksestä, johon korjaavat toimenpiteet hankintaoikeudellisena instituutiona asettuvat. Kolmannessa luvussa kuvataan hankintadirektiivissä muotonsa saaneiden korjaavien toimenpiteiden kehitystä, tavoitteita ja implementaatiota hankintalakiin. Neljännessä luvussa pyritään vastaamaan erityisesti ensimmäiseen tutkimuskysymykseen tarkastelemalla korjaustoimenpiteiden hyväksyttävyydelle asetettavia substantiaalisia vaatimuksia. Viides luku käsittelee korjaavia toimenpiteitä koskevasta sääntelystä hankintayksiköille johtuvien menettelyvelvollisuuksien oikeudellisia perusteita ja konkreettista sisältöä, edeten kronologisesti kuulemisvelvollisuudesta päätöksen perustelemisselvoitteeseen menettelyn vaiheita noudattaen, joskin pääpaino on nimenomaan toimenpiteiden riittävyyden arvioimiseen liittyvissä kysymyksissä. Luvun kuusi päätännössä tuodaan yhteen keskeisimmät tutkielmassa ilmenneet korjaustoimenpiteisiin liittyvät ongelmakohdat ja pohditaan kehitysmahdollisuuksia näiden haasteiden ratkaisemiseksi.

### **1.3 Käsitteiden määritelmät**

Hankintalakiin omaksutussa terminologiassa sellaista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista ta-

hoa taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita, ja joka ei ole vielä jättänyt osallistumishakemusta tai tarjousta, kutsutaan *toimittajaksi* (hankintalaki 4.1,8 §). Tätä termiä vastaa EU-oikeudessa käytetty käsite *talouden toimija*.<sup>5</sup> Mikäli kyseessä on hankintamenettely, jossa osallistujien ei tule jättää tarjousta yhdessä osallistumishakemuksensa kanssa, tulee toimittajasta osallistumishakemuksen jätettyään *ehdokas*. Ehdokkaita ovat siten esimerkiksi sellaiset toimittajat, jotka ovat tehneet osallistumishakemuksen rajoitettuna menettelynä, neuvottelumenettelynä tai kilpailullisena neuvottelumenettelynä toteutettavaan tarjouskilpailuun.<sup>6</sup> Termiä *tarjoaja* käytetään toimittajasta, joka on jo jättänyt tarjouksensa hankintayksikölle. Selkeyden ja yksinkertaisuuden vuoksi tässä tutkielmassa käytetään jatkossa termiä tarjoaja hankintalainsäädäntöön omaksutusta terminologiasta poikkeavalla tavalla, niin että se kattaa sisäänsä hankintalakiin omaksutut ehdokkaan ja toimittajan käsitteet. Näin ollen kyseisen termin tulee ymmärtää tarkoittavan tarjouksen tai osallistumishakemuksen jättäneiden ehdokkaiden ja tarjoajien lisäksi myös *potentiaalisia tarjoajia*, eli tutkielman aihe huomioon ottaen lähinnä poissulkemisperusteen rasittamia toimittajia. Laajemman merkitysisällön tarkoituksena on välttää epäselvyyksiä ja vähentää turhaa toistoa.

*Hankintayksiköllä* tarkoitetaan toimijaa, joka on velvollinen noudattamaan hankinnoissaan hankintalakia. Hankintalain 5 §:n 1 momentin mukaan hankintayksiköitä ovat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset, valtion liikelaitokset, sekä julkisoikeudelliset laitokset tiettyjen 5 §:n 2 momentissa säädettyjen edellytysten täytyessä. Lisäksi hankintayksiköksi on katsottava mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta joltain edellä mainituista hankintayksiköistä. Tulee huomata, että tutkielmassa käsitellyjä hallintolain säännöksiä sovelletaan kyseisen lain 2 §:n 3 momentin mukaisesti myös silloin kun kyse on yksityisestä toimijasta tämän hoitaessa julkisia hallinto-tehtäviä. Julkisiin hankintoihin liittyvä kilpailuttamisvelvollisuus on julkinen hallintotehtävä.<sup>7</sup>

*Tarjouskilpailulla* tarkoitetaan kaikkia hankintalain mukaisia hankintamenettelyjä. Siten osaksi

---

<sup>5</sup> Hankintadirektiivin 2 artiklan 1 kohdan 10 alakohdan mukaan talouden toimijalla tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä tai julkista yksikköä tai tällaisten henkilöiden ja/tai yksiköiden ryhmää, yritysten mahdolliset tilapäiset yhteenliittymät mukaan lukien, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden ja/tai -urakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista”.

<sup>6</sup> HE 108/2016 vp, s. 79.

<sup>7</sup> Määttä – Voutilainen 2017, s. 303, 304.

tarjouskilpailua tulee ymmärtää myös kaksivaiheisten menettelyjen ensimmäiset vaiheet, joissa osa osallistumishakemuksen jättäneistä tarjoajista karsiutuu ulos ennen kuin he ovat voineet jättää lopullista tarjousta.

## 2 KORJAAVAT TOIMENPITEET OSANA TARJOAJAN SOVELTUVUUDEN ARVIOINTIMENETTELYÄ

### 2.1 Poissulkemisjärjestelmä

Julkisista hankinnoista annetun sääntelyn tavoitteena on hankintalain 2 §:n mukaisesti ”tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.” Jotta julkisten varojen tehokas käyttö ja tarjoajien yhdenvertainen kohtelu, sekä muut mahdolliset hankintakohtaiset laadulliset tavoitteet tulisivat myös käytännön tasolla turvatuiksi, säädetään hankintalain 93 §:ssä hankintayksikön velvollisuudesta valita se tarjous, joka on ennakolta asetettujen vertailukriteereiden perusteella *kokonaistaloudellisesti edullisin*. Hankintalain 93 §:n 1 momentin mukaan ”kokonaistaloudellisesti edullisin on tarjous, joka on hankintayksikön kannalta hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras.”

Kuten edellä esitetystä voidaan huomata, korostuu voittavan tarjouksen valinnassa erityisesti taloudellinen tehokkuus, joskin hankintayksikkö voi tarvittaessa painottaa myös laadullisia perusteita ja laajempia yhteiskunnallisia näkökohtia aina hankinnan kohteen edellyttämällä tavalla. Ennen parhaan tarjouksen valitsemista on hankintayksikön kuitenkin huolehdittava siitä, että kyseisen tarjouksen antaneella tarjoajalla olisi tarvittavat edellytykset hankintasopimuksen toteuttamiseen siinä asetettujen velvoitteiden ja asianomaiseen toimintaan liittyvän lainsäädännön vaatimalla tavalla. Hankintayksikön tulee siis varmistaa tarjoajien *soveltuvuus* sulkemalla ulos hankintamenettelystä sellaiset epärehelliset ja pätevyydeltään, suorituskyvyltään tai rahoitusselliselta asemaltaan puutteelliset tarjoajat, jotka eivät tulisi selviytymään hankintasopimuksen toteuttamisesta asianmukaisella tavalla.

Tarjoajien soveltuvuuden arviointi on erotettava tarjousten vertailusta, joka muodostaa oman erillisen vaiheensa hankintamenettelyssä.<sup>8</sup> Siten hankintayksikkö ei voi ottaa enää tarjouksia vertaillessaan huomioon seikkoja, jotka liittyvät sen arvioimiseen, kykeneekö tarjoaja täyttämään kyseisen sopimuksen.<sup>9</sup> Itse soveltuvuuden arviointimenettelyn voidaan nähdä jakautuvan

---

<sup>8</sup> Eskola ym. 2017, s. 408, 409; HE 50/2006 vp, s. 95. Hallituksen esityksen mukaan tällä jaolla on pyritty edistämään ehdokkaan oikeussuojaa turvaamalla hankintamenettelyn puolueettomuutta, läpinäkyvyyttä ja avoimuutta.

<sup>9</sup> Ks. esim. asia C-532/06 *Lianakis*, kohta 30; KHO 27.6.2014 T 2077.



kahteen osaan hankintalainsäädännöstä ilmenevää systematiikkaa noudattaen.

Ensinnäkin hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan ulos hankintamenettelystä, mikäli tämä täyttää jonkin hankintalain 80 tai 81 §:ssä määritellyistä poissulkemisperusteista. Poissulkemisperusteet jakaantuvat pakollisesti ja harkinnanvaraisesti sovellettaviin. Poissulkemisperusteiden tarkoituksena on ennaltaehkäistä hankintasopimuksen täyttämisen tapahtuvia virheitä ja laiminlyöntejä mahdollistamalla sellaisten tarjoajien poissulkeminen, joiden katsotaan muodostavan suuremman riskin sopimuksen puutteellisesta toteuttamisesta.<sup>10</sup> Keskeisenä poissulkemisperusteilla tavoiteltuna päämääränä on nähty erityisesti väärinkäytösten ennaltaehkäiseminen ja korruption kitkeminen yleisellä tasolla. Jatkuva julkisten ja yksityisten toimijoiden välinen vuorovaikutus sekä tyypillisesti suuret taloudelliset intressit tekevät julkisista hankinnoista toimialan, joka on erityisen altis korruptiolle.<sup>11</sup> Lisäksi kyseisillä perusteilla voidaan turvata yksittäisen hankintamenettelyn ja itse hankintasopimuksen taloudellisesti tehokasta sekä muiltakin osin sosiaalisesti vastuullista toteutumista varmistamalla, että tarjouskilpailuun osallistuvat tarjoajat ovat rehellisiä.<sup>12</sup>

Poissulkemisperusteet kytkeytyvät lähinnä tarjoajan ammatilliseen rehellisyyteen, maksukykyyn ja luotettavuuteen.<sup>13</sup> Epärehellisillä toimijoilla voi etenkin tarjouskilpailuissa olla merkittävä etulyöntiasema muihin kilpailijoihin nähden, silloin kun niillä ei ole aikomustakaan pitää kiinni tarjouspyynnössä asetetuista vaatimuksista ja hankintasopimuksessa edellytetyistä toimintatavoista. Myös yksittäisiä hankintamenettelyjä laajemmassa kontekstissa ilmenevä epärehellisyys antaa tarjoajalle kilpailullisen etulyöntiaseman tämän saadessa kustannussäästöjä tai perusteetonta etua poikkeamalla oikeusnormeilla asetetuista yhteisistä pelisäännöistä.<sup>14</sup> Reilun kilpailun edistämiseksi on tärkeää, ettei oikeussääntöjen ja alalla hyväksytyjen toimintatapojen noudattamatta jättämisestä voi saada epäreilua kilpailuetua. Kokonaistaloudellisen edullisuuden tosiasiallinen saavuttaminen edellyttääkin, että epärehelliset ja vilpillisesti toimivat tarjoajat suljetaan tarjouskilpailujen ulkopuolelle.

Toisekseen hankintayksikkö voi laissa määriteltyjen poissulkemisperusteiden lisäksi myös itse

---

<sup>10</sup> HE 50/2006 vp, s. 97.

<sup>11</sup> Schoenmaekers 2016, s. 91, 92.

<sup>12</sup> Ks. tarkemmin poissulkemisperusteiden tarkoituksesta Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 270–275.

<sup>13</sup> Yhdistetyt asiat C-226/04 ja C-228/04 *La Cascina*, kohta 21. Näin ei kuitenkaan ole enää kaikkien poissulkemisperusteiden osalta sen jälkeen, kun hankintalainsäädäntöön omaksuttiin intressiristiriitihin liittyviä perusteita, joissa on kyse reilun kilpailun turvaamisesta yksittäisessä hankinnassa, eikä niinkään tarjoajan ominaisuuksista.

<sup>14</sup> Van Garsse – de Mars 2016, s. 121.

asettaa tarjoajien taloudellista tilannetta, teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevia vaatimuksia. Tällaisista vaatimuksista säädetään hankintalain 83–86 §:ssä. Vaatimusten tulee liittyä hankinnan kohteeseen, ja ne on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen.<sup>15</sup> Jos tarjoaja ei täytä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia, se on suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle, eikä sen tarjousta saa ottaa mukaan tarjousvertailuun.<sup>16</sup>

Myös hankintalain 82 §:n mukainen korjaavia toimenpiteitä koskeva sääntely tulee nähdä tarjoajien soveltuvuuden arviointimenettelyn keskeisenä osana. Kyseisessä lainkohdassa tarjoajalle myönnetty oikeus vedota toteuttamiinsa korjaustoimenpiteisiin ei kuitenkaan koske 83–86 §:n mukaisia hankintayksikön asettamia vaatimuksia, vaan ainoastaan 80 ja 81 §:ssä määriteltyjä poissulkemisperusteita. Ilmeinen syy tälle rajaukselle on se, että 82 §:n 2 momentin mukaisten toimenpiteiden tarkoituksena on antaa tarjoajalle mahdollisuus luotettavuutensa osoittamiseen, kun taas hankintayksikön asettamissa taloudellista tilaa, teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevissa vaatimuksissa on kyse muista seikoista kuin tarjoajan luotettavuudesta.

Pakollisten ja harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden sekä korjaavien toimenpiteiden muodostaman systemaattisen kokonaisuuden sisällä ei liene perusteltua tehdä säännönmukaista jakoa kahteen eri menettelyvaiheeseen, siten että hankintayksikön suorittama korjaavien toimenpiteiden arviointi seuraisi ennen tätä vaihetta suoritettavaa poissulkemisperusteen soveltamisen arviointia. Tällainen erottelu olisi epätarkoituksenmukainen jo siitä syystä, että pakollisten poissulkemisperusteiden soveltamiseen ei liity harkintavaltaa. Lisäksi korjaavien toimenpiteiden arvioinnissa on aina kyse pitkälti samanlaisesta luotettavuuden tarkastelusta kuin näiden toimenpiteiden kohteeksi kelpaavien harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisharkinnan kohdalla. Mikäli harkinnanvaraisen perusteen rasittama tarjoaja vetoaa toteuttamiinsa korjaustoimenpiteisiin ennen kuin hankintayksikkö on ehtinyt harkitsemaan kyseisen perusteen soveltamista, ei hankintayksiköllä ole syytä suorittaa kahta erillistä harkintavaihetta, jotka perustuisivat käytännössä samoihin tosiseikkoihin. Poissulkemisharkinnan jakaminen kahteen eri menettelyvaiheeseen voi kuitenkin olla perusteltua korjaavien toimenpiteiden riittävyydelle asetettavia vähimmäisvaatimuksia tarkasteltaessa.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Pekkala ym. 2019.

<sup>16</sup> Eskola ym. 2017, s. 410, 411.

<sup>17</sup> Ks. luku 5.3.2.

## 2.2 Poissulkemisperusteet

### 2.2.1 Pakolliset poissulkemisperusteet

Pakollisista poissulkemisperusteista säädetään hankintalain 80 §:ssä. Säännöksen 1 momentin mukaan pakollisia poissulkemisperusteita ovat:

- 1) rikoslain (39/1889) 16 luvun 13 §:ssä tarkoitettu lahjuksen antaminen, 16 luvun 14 §:ssä tarkoitettu törkeä lahjuksen antaminen, 16 luvun 14 a §:ssä tarkoitettu lahjuksen antaminen kansanedustajalle tai 16 luvun 14 b §:ssä tarkoitettu törkeä lahjuksen antaminen kansanedustajalle;
- 2) rikoslain 17 luvun 1 a §:ssä tarkoitettu osallistuminen järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan;
- 3) rikoslain 25 luvun 3 §:ssä tarkoitettu ihmiskauppa tai 25 luvun 3 a §:ssä tarkoitettu törkeä ihmiskauppa;
- 4) rikoslain 29 luvun 1 §:ssä tarkoitettu veropetos, 29 luvun 2 §:ssä tarkoitettu törkeä veropetos, 29 luvun 4 a §:ssä tarkoitettu työeläkevakuutusmaksupetos, 29 luvun 4 b §:ssä tarkoitettu törkeä työeläkevakuutusmaksupetos, 29 luvun 5 §:ssä tarkoitettu avustuspetos, 29 luvun 6 §:ssä tarkoitettu törkeä avustuspetos tai 29 luvun 7 §:ssä tarkoitettu avustuksen väärinkäyttö;
- 5) rikoslain 30 luvun 7 §:ssä tarkoitettu lahjominen elinkeinotoiminnassa, 30 luvun 7 a §:ssä tarkoitettu törkeä lahjominen elinkeinotoiminnassa, 30 luvun 8 §:ssä tarkoitettu lahjuksen ottaminen elinkeinotoiminnassa tai 30 luvun 8 a §:ssä tarkoitettu törkeä lahjuksen ottaminen elinkeinotoiminnassa;
- 6) rikoslain 32 luvun 6 §:ssä tarkoitettu rahanpesu, 32 luvun 7 §:ssä tarkoitettu törkeä rahanpesu, 32 luvun 8 §:ssä tarkoitettu salahanke törkeän rahanpesun tekemiseksi tai 32 luvun 9 §:ssä tarkoitettu tuottamuksellinen rahanpesu;
- 7) rikoslain 34 a luvun 1 §:ssä tarkoitettu terroristisessa tarkoituksessa tehty rikos, 34 a luvun 2 §:ssä tarkoitettu terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelu, 34 a luvun 3 §:ssä tarkoitettu terroristiryhmän johtaminen, 34 a luvun 4 §:ssä tarkoitettu terroristiryhmän toiminnan edistäminen, 34 a luvun 4 a §:ssä tarkoitettu koulutuksen antaminen terrorismirikoksen tekemistä varten, 34 a luvun 4 c §:ssä tarkoitettu värväys terrorismirikoksen tekemiseen tai 34 a luvun 5 §:ssä tarkoitettu terrorismin rahoittaminen.

Poissulkemisperusteen katsotaan täyttyvän, mikäli tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävä henkilö on rikosrekisteristä ilmenevällä lainvoimaisella tuomiolla tuomittu jostain edellä mainitusta rikoksesta.<sup>18</sup> Tulee huomata, että rikosrekisteristä eivät ilmene tapaukset, joissa henkilö on tuomittu pelkkään sakkorangaistukseen (rikosrekisterilaki (1993/770) 2 §), joten pakollisen poissulkemisperusteen soveltaminen

---

<sup>18</sup> Hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp, s. 181) mukaan tällaisia henkilöitä ovat ainakin yrityksen pää- tai toimitusjohtaja, yrityksen varatoimitusjohtaja, yhteisön kuten osakeyhtiön tai osuuskunnan hallituksen puheenjohtaja ja nimenkirjoittajat, prokurialain (130/1979) tarkoittama prokuristi, yhdistyksen puheenjohtaja, yksityinen elinkeinonharjoittaja, avoimen yhtiön yhtiömiehet sekä kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies.

ei ole näissä tapauksissa mahdollista, joskin hankintayksikön voi olla tällaisessa tilanteessa mahdollista vedota harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen.<sup>19</sup> Edellä luetellut poissulkemisperusteet tulevat sovellettaviksi myös silloin, kun ne kohdistuvat itse tarjoajaan. Tällöin on kyse tilanteesta, jossa tarjoaja on tuomittu rikosrekisteristä ilmenevään yhteisösakkoon. Lisäksi hankintayksikkö voi hankintalain 78 §:n mukaisesti tarkistaa, rasittaako jokin pakollisista poissulkemisperusteista tarjoajan käyttämikseen ilmoittamia alihankkijoita. Jos alihankkijaa koskee jokin pakollinen poissulkemisperuste, hankintayksikön on vaadittava, että tarjoaja korvaa alihankkijan.

Hankintalain 80 §:n 2 momentissa mainitaan lisää pakollisia rikosperustaisia poissulkemisperusteita. Lainkohdassa määritellyjä rikoksia ovat rikoslain 47 luvun 1 §:ssä tarkoitettu työturvallisuusrikos, 47 luvun 2 §:ssä tarkoitettu työaika-suojelurikos, 47 luvun 3 §:ssä tarkoitettu työsyryntä, 47 luvun 3 a §:ssä tarkoitettu kiskonnantapainen työsyryntä, 47 luvun 5 §:ssä tarkoitettu työntekijöiden järjestäytymisvapauden loukkaaminen ja 47 luvun 6 a §:ssä tarkoitettu luvattoman ulkomaisen työvoiman käyttö. Toisin kuin hankintalain 81 §:n 1 momentissa mainittujen poissulkemisperusteiden kohdalla, ei tarjoajaa voida poissulkea näihin perusteisiin vedoten silloin, kun kyseessä on tarjoajaan itseensä kohdistuva tuomio.<sup>20</sup> Muilta osin molemmissa lainkohdissa ilmeneviä perusteita sovelletaan samalla tavoin.

Poissulkeminen on 80 §:n 3 momentin mukaan tehtävä myös, jos tarjoaja on tuomittu 1 tai 2 momentissa mainittuja rikoksia vastaavasta rikoksesta jossain muussa valtiossa annetulla lainvoimaisella tuomiolla. Kyseeseen voi siis tulla missä tahansa valtiossa – myös Euroopan talousalueen ulkopuolella – annettu lainvoimainen tuomio. Hankintayksikön on 80 §:n 4 momentin mukaan suljettava tarjouskilpailusta myös ehdokas tai tarjoaja, joka on lainvoimaisella päätöksellä tai tuomiolla todettu laiminlyöneen velvollisuutensa maksaa Suomen tai sijoittautumismaansa veroja tai sosiaaliturvamaksuja.

---

<sup>19</sup> Hankintadirektiivin johdanto-osan 101 kappaleen toisen kohdan mukaan ”hankintaviranomaisilla olisi oltava oikeus harkintansa perusteella katsoa, että on tapahtunut ammatin harjoittamiseen liittyvä vakava virhe, jos ne jo ennen pakollisten poissulkemisperusteiden soveltamista koskevan lopullisen ja sitovan päätöksen antamista voivat asianmukaisesti osoittaa, että talouden toimija on rikkonut velvoitteitaan, mukaan lukien veroihin ja sosiaaliturvamaksuihin liittyvät velvoitteet, ellei kansallisessa laissa toisin säädetä.” On myös huomattava, että rikosrekisterilain 10 §:n 2 momentin mukaan kaikki henkilöä koskevat tiedot poistetaan rikosrekisteristä silloin, kun asianomainen henkilö on täyttänyt 90 vuotta, mikä mahdollistaa sen, että yrityksen johtoon kuuluvaa henkilöä koskeva tuomio on poistunut rekisteristä ennen pakollisen poissulkemisperusteen voimassaolon päättymistä.

<sup>20</sup> Tämä vahvistetaan myös hallituksen esityksessä, joskaan syytä yhteisösakko-tuomioiden jättämiselle säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle ei kerrota. Ks. HE 108/2016 vp, s. 181.

Hankintayksiköillä ei ole pakollisten poissulkemisperusteiden soveltamisen osalta minkäänlaista harkintavaltaa. Pakollisten poissulkemisperusteiden soveltaminen on siten lähtökohtaisesti varsin suoraviivaista ja joustamatonta, sillä hankintayksikkö ei voi oma-aloitteisesti jättää pakollista poissulkemisperustetta soveltamatta, vaikka kyseessä oleva rikos tai laiminlyönti olisikin kyseisen hankinnan kannalta vähämerkityksinen. Pakollisesta poissulkemisperusteesta on mahdollista poiketa vain silloin kun tarjoaja esittää riittävän näytön toteuttamistaan korjaavista toimenpiteistä hankintalain 82 §:ssä säädetyllä tavalla, ja tämä mahdollisuus koskeekin kaikkia 80 §:n mukaisia perusteita.

## 2.2.2 Harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet

Hankintalain 81 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan:

- 1) joka on konkurssissa tai purettavana tai keskeyttänyt liiketoimintansa taikka jonka velkoja on vahvistetulla akordilla, saneerausohjelmalla tai muussa vastaavassa lainsäädäntöön perustuvassa menettelyssä järjestelty;
- 2) jonka konkurssiin asettaminen tai purkaminen taikka muu 1 kohdassa tarkoitettu menettely on vireillä;
- 3) joka on ammattitoiminnassaan syyllistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen;
- 4) joka on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa Suomen tai sijoittautumisensa veroja tai sosiaaliturvamaksuja ja jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen muulla kuin lainvoimaisella päätöksellä tai tuomiolla;
- 5) joka on rikkonut Suomen tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten taikka liitteessä C lueteltujen kansainvälisten sopimusten ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, ja hankintayksikkö voi näyttää rikkomuksen toteen;
- 6) joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen;
- 7) jonka eturistiriitaa hankintamenettelyssä ei voida tehokkaasti poistaa muilla toimenpiteillä;
- 8) jonka osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun on vääristänyt kilpailua, eikä vääristymää voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä; ennen poissulkemista ehdokkaalle tai tarjoajalle on annettava mahdollisuus osoittaa, ettei sen osallistuminen hankinnan valmisteluun ole johtanut tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen;
- 9) jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa; lisäedellytyksenä on, että puutteet ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, purkamiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin;

10) joka on syyllistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle tässä luvussa tarkoitettuja tietoja tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen;

11) joka on pyrkinyt vaikuttamaan epäasianmukaisesti hankintayksikön päätöksentekoon, saamaan luottamuksellisia tietoja, joiden avulla se voi saada perusteetonta etua hankintamenettelyssä tai tarkoituksellisesti antamaan harhaanjohtavia tietoja, jotka voivat vaikuttaa olennaisesti tarjoajan tai tarjouksen valintaa koskeviin päätöksiin.

Säännöksen 3, 5 ja 6 kohtien mukaisia perusteita voidaan soveltaa myös silloin kun virheeseen tai rikkomukseen on syyllistynyt tai velvollisuuden laiminlyönyt tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävä henkilö (hankintalaki 81.2 §). Samoin hankintayksikkö voi hankintalain 78 §:n mukaisesti vaatia tarjoajaa korvaamaan käyttämänsä alihankkijan tarjouskilpailusta sulkemisen uhalla, mikäli kyseistä alihankkijaa rasittaa jokin harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista.

Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden yleisenä tarkoituksena on mahdollistaa hankintayksikölle kunkin tarjoajan rehellisyyden ja luotettavuuden tapauskohtainen arvioiminen.<sup>21</sup> Luotettavuutta arvioitaessa voidaan hankintalain 81 §:n 2 momentin mukaan ottaa huomioon muun muassa harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena huomioitun rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys hankinnan kohteeseen, rikkomuksesta tai laiminlyönnistä kuluva aika sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset.

Poissulkemisperusteen soveltamista arvioidessaan hankintayksikön tulee kiinnittää erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen.<sup>22</sup> Suhteellisuusperiaate edellyttää tarjoajalle asetettavien vaatimusten olevan oikeassa suhteessa näillä vaatimuksilla tavoiteltavan päämäärän kanssa. Näin ollen poissulkeminen on vähäisten rikkomusten kohdalla mahdollista vain poikkeuksellisesti.<sup>23</sup> Vaikka hankintayksiköllä ei olekaan lähtökohtaisesti velvollisuutta sulkea harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen täyttävää tarjoajaa ulos tarjouskilpailusta, saattavat hankinta-aikeudelliset periaatteet asettaa kuitenkin harkintavallan laajuutta koskevia rajoituksia myös tässä suhteessa. Erityisesti hankintalain 3 §:n 1 momentissakin ilmaistut tasapuolisen kohtelun ja menettelyn avoimuuden vaatimukset edellyttävät hankintayksikön arvioivan tarjoajien soveltuvuutta yhdenvertaisella tavalla ja objektiivisin kriteerein.

Korjaavat toimenpiteet eivät kuitenkaan sovellu käytettäväksi kaikkien harkinnanvaraisten

---

<sup>21</sup> Asia C-41/18 *Meca*, kohta 29; asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohta 27.

<sup>22</sup> Hankintadirektiivin johdanto-osa 101 kappale; HE 108/2016 vp, s. 183.

<sup>23</sup> Hankintadirektiivin johdanto-osa 101 kappale; HE 108/2016 vp, s. 183.

poissulkemisperusteiden kohdalla. Mikäli kyse on hankintalain 81 §:n 1 momentin 1 tai 2 kohdan mukaisesta tarjoajan taloudelliseen tilanteeseen kytkeytyvästä poissulkemisperusteesta, ei korjaavilla toimenpiteillä voi tällöin olla merkitystä tämän luotettavuuden kannalta.<sup>24</sup> Taloudellisen aseman parantamista ei voida pitää korjaavana toimenpiteenä hankintalain 82 §:ssä tarkoitettussa merkityksessä, sillä kyse ei niinkään olisi tarjoajan hyväksymisestä tätä rasittavasta poissulkemisperusteesta huolimatta, vaan pikemminkin alkuperäisen poissulkemisperusteen soveltuvuuden lakkaamisesta.

Tarjoajan luotettavuuden parantamiseen tähtäävät toimenpiteet ovat käytännössä tehottomia myös hankintalain 81 §:n 1 momentin 7 ja 8 kohdissa mainittujen harkinnanvaraisten perusteiden osalta. Edellä mainitut säännökset poikkeavat muista pakollisista ja harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista siinä, että niiden tarkoituksena ei ole niinkään soveltumattomien tai epäluotettavien tarjoajien karsiminen ulos hankintamenettelystä, vaan niiden tehtävänä on ennemminkin reilun kilpailun turvaaminen.<sup>25</sup> Kyseisten poissulkemisperusteiden soveltumisen taustalla ei siis ole tarjoajan tekemä virhe tai laiminlyönti, vaan ainoastaan yleisemmät kilpailulliset näkökohdat ja hankintamenettelyn tasapuolisen toteutumisen turvaaminen. Näissä tapauksissa on kyse sellaisesta tilanteesta, jossa minkäänlaisilla tarjoajan luotettavuuteen vaikuttavilla toimenpiteillä ei ole pääsääntöisesti sellaista vaikutusta, että eturistiriita tai kilpailun vääristymä näillä keinoin korjaantuisi.<sup>26</sup> Lisäksi kyseessä olevat intressiristiriitatilanteet voivat tavanomaisesti koskea vain yksittäistä hankintamenettelyä, tarjoajan ollessa vapaa osallistumaan muihin tarjouskilpailuihin.

Korjaavien toimenpiteiden ja hankintalain 81 §:n 1 momentin 10 kohdan mukaisen tarjoajan tiedonantovelvollisuutta koskevan väärinkäytöksen välinen suhde ei sen sijaan olekaan aivan yhtä selkeä kuin muiden poissulkemisperusteiden kohdalla. Euroopan unionin tuomioistuim

---

<sup>24</sup> Ks. Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 264. Kirjoittajien mukaan kyseinen poissulkemisperuste viittaa tarjoajan nykyiseen soveltumattomuuden aiheuttavaan ominaisuuteen, eikä menneeseen väärinkäyttöön kuten muut poissulkemisperusteet.

<sup>25</sup> Priess 2014, s. 119.

<sup>26</sup> EUT on oikeuskäytännössään katsonut, että korjaavilla toimenpiteillä korostetaan nimenomaan tarjoajan luotettavuudelle annettua painoarvoa, sillä se on ”kaikille tarjoajan yksilöllisiin olosuhteisiin liittyville poissulkemisperusteille ominainen piirre.” Ks. asia C-41/18 *Meca*, kohta 41. Vrt. Dragos – Horváthová 2017, s. 270–271. Kirjoittajien mielestä tarjoajalla on oikeus vedota korjaaviin toimenpiteisiin myös tällaisissa intressiristiriitatilanteissa. Esimerkkeinä relevanteista toimenpiteistä ehdotetaan, että eturistiriidan aiheuttava henkilö irtisanoutuisi tai ristiriidan aiheuttava avustus palautettaisiin. Tällaiset toimenpiteet eivät kuitenkaan vaikuttaisi olevan *korjaavia toimenpiteitä* siinä merkityksessä kuin hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa ja hankintalain 82 §:ssä on tarkoitettu.

vahvasti ratkaisussaan *Delta Antrepriză*, että tarjoajalle on jätettävä mahdollisuus esittää näyttöä toteuttamiensa korjaustoimenpiteiden riittävydestä myös silloin, kun hankintayksikkö katsoo tämän syyllistyneen väärin tietojen antamiseen.<sup>27</sup> Tällaista vaatimusta voidaan kuitenkin pitää osittain ristiriitaisena, sillä kyseinen poissulkemisperusteen soveltumisen aikaansaanut väärinkäytös kohdistuu nimenomaan juuri siihen hankintamenettelyyn, jonka puitteissa myös tarjoajan toteuttamat luotettavuusarvioinnin kannalta relevantit toimenpiteet tulisivat arvioitaviksi. Lienee perusteetonta olettaa, että tarjoaja olisi voinut ehtiä toteuttaa kyseisen hankintamenettelyn aikana syyllistymäänsä tiedonantovelvollisuutta koskevaan väärinkäyttöön liittyviä korjaustoimenpiteitä, etenkin jos hankintayksikkö on toteuttanut poissulkemisen välittömästi väärinkäytöksen havaittuaan. Näin ollen arvioitaviksi voisivat tulla yleensä ottaen vain tarjoajan aikaisemmin ja muista syistä toteuttamat toimenpiteet, jotka eivät ole selvästikään olleet riittäviä nyt tapahtuneen virheen tai laiminlyönnin estämiseksi.

### 2.2.3 Voimassaolo

Tarjoajan on toki aina mahdollista toteuttaa ja tuoda esiin luotettavuuttaan ”korjaavia” toimenpiteitä, mutta jotta kyseessä olisi *korjaava toimenpide* tässä tutkielmassa tarkoitettussa merkityksessä, täytyy kyseisen toimenpiteen vastata tarjoajaa rasittavan poissulkemisperusteen luomaan tarpeeseen luotettavuuden parantamiseksi. Mikäli voimassa olevaa poissulkemisperustetta ei ole, ei myöskään korjaavien toimenpiteiden esittäminen hankintayksikölle ole tarpeellista.

Pakollisten poissulkemisperusteiden voimassaolosta säädetään hankintalain 80 §:n 5 momentissa, jonka mukaan ”ehdokasta tai tarjoajaa ei saa sulkea tarjouskilpailusta, jos 1–3 momentissa tarkoitettua rikosta tai 4 momentissa tarkoitettua laiminlyöntiä koskevan lainvoimaisen tuomion antamisesta on kulunut yli viisi vuotta”. Viiden vuoden enimmäisaika poissulkemisperusteen voimassaololle koskee kaikkia poissulkemisperusteita, myös verojen ja sosiaaliturvamaksujen maksamatta jäämistä.<sup>28</sup> Harkinnanvarainen poissulkeminen taas ei ole hankintalain 81 §:n

---

<sup>27</sup> Asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohta 37.

<sup>28</sup> Hankintadirektiivin 57 artiklassa ei aseteta verojen ja sosiaaliturvamaksujen maksamattomuuteen liittyvän perusteen voimassaololle enimmäiskesto, joten EU-lainsäätäjä on tarkoituksellisesti jättänyt jäsenvaltioille mahdollisuuden poissulkemiseen laiminlyönnistä kuluneesta ajasta riippumatta, kunnes verot- ja sosiaaliturvamaksut on täysimääräisesti maksettu tai ainakin järjestelty sitovalla maksusuunnitelmalla. Hankintalakiin omaksuttiin kuitenkin enimmäiskesto myös tälle poissulkemisperusteelle.



4 momentin mukaisesti mahdollista, mikäli poissulkemisperusteen täyttymiseen johtaneesta tapahtumasta on kulunut yli kolme vuotta. ”Tapahtumalla” tarkoitetaan EUT:n ratkaisukäytännön perusteella sitä päivää, jona toimivaltainen viranomaislainen on todennut käyttäytymisellä syyllistyneen lainsäädännön rikkomiseen.<sup>29</sup> Mikäli tällaista päätöstä tai muuta sitovaa toteamusta ei ole, lienee perusteltua katsoa harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen voimassaolon alkavan siitä hetkestä, kun kyseessä oleva lainvastainen toiminta tai muu poissulkemiseen oikeuttava väärinkäytös on tullut ilmi, joskin vallitseva oikeustila on voimassaolon alkupisteen osalta varsin epäselvä.<sup>30</sup>

Käytännössä poissulkeminen – ja siten myös korjaavien toimenpiteiden toteuttamisen ja esiintuomisen kannalta relevantti ajanjakso – voi kestää huomattavasti yksittäiselle pakollisen poissulkemisen ehdot täyttävälle rikokselle määriteltyä viiden vuoden määräaika pidempään, sillä rikoksen tekohetken, ilmitulon ja lainvoimaisen tuomion antamisen välillä voi kulua useita vuosia. Ennen lainvoimaisen tuomion antamista tarjoaja voidaan joissain tapauksissa poissulkea vetoamalla ammattitoiminnassa tapahtuneeseen vakavaan virheeseen, joka on harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena voimassa kolme vuotta rikoksen tekohetkestä.

---

<sup>29</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 41. Toimivaltaisen viranomaisen toteamuksella tarkoitetaan esimerkiksi kilpailuviranomaisen tai tuomioistuimen päätöstä, kuten kilpailu- ja kuluttajaviraston esityksestä markkinaoikeuden määräämää seuraamusmaksua. Ks. myös MAO:630/18.

<sup>30</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 189; Kuzma – Hartung 2020 s. 233–250. Hallituksen esityksen mukaan lainkohdassa tarkoitettu tapahtuma olisi ajankohta, ”jona hankintayksikkö on saanut tai sen olisi asianmukaista huolellisuutta noudattaen tullut saada tietoonsa toimittajaa rasittava kyseinen poissulkemisperuste.” Tällainen tulkinta voisi kuitenkin johtaa tilanteeseen, jossa laskennan alkamisajankohta vaihtelisi eri hankintayksikköjen välillä ja riippuisi itse tarjoajan väärinkäytöksen ja tähän kytkeytyvän tutkinnan sijaan satunnaisista hankintayksikön toimintaan liittyvistä tekijöistä. Perustellumpaa olisikin katsoa ajan kulumisen alkavan jo siitä hetkestä, kun poissulkemisperusteen täyttävä teko tai laiminlyönti on päättynyt, etenkin jos otetaan huomioon, että kyseessä ei ole niinkään rangaistusluontoinen eristäminen, jossa tarjoajan tulisi sovittaa tekonsa ”istumalla” tietty aika.

### 3 KORJAAVIEN TOIMENPITEIDEN KEHITYS JA TAVOITTEET

#### 3.1 Kehitys

Yksittäisiä poissulkemisperusteita tehtiin ensi kertaa pakollisiksi vuoden 2004 hankintadirektiivissä.<sup>31</sup> Aikaisempiin tavarahankinnoista, palveluhankinnoista ja rakennusurakoista erikseen annettuihin direktiiveihin oli sisällytetty vain harkinnanvaraisesti sovellettavia poissulkemisperusteita, joiden osalta kansallinen sääntely oli toteutettu asianomaisten direktiivien soveltamisaloja vastaavissa asetuksissa ja myöhemmin yhdessä kaikkia edellä mainittuja hankintalajeja koskeneessa asetuksessa.<sup>32</sup> Kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista annetussa asetuksessa (243/1995) ei ollut tarkentavaa sääntelyä kyseisen säädöksen 37 §:n 2 momentissa mainittujen poissulkemisperusteiden soveltamisesta tai tarjoajan toteuttamien luotettavuutta osoittavien toimenpiteiden huomioon ottamisesta poissulkemisharkinnassa.

Pakollisten poissulkemisperusteiden soveltamisesta oli vuoden 2004 hankintadirektiivin 45 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan mukaan mahdollista poiketa vain yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä. Vuoden 2007 hankintalain pakollisia poissulkemisperusteita käsittelevään lainkohtaan sisällytettiin mahdollisuus poissulkemisperusteen soveltamatta jättämisestä kyseisen perusteen soveltuessa (53:4 §). Hallituksen esityksen mukaan tällainen yleistä etua koskeva pakottava syy olisi voinut olla kyseessä vain erityistapauksissa, kuten tilanteessa, jossa luonnontapahtuman vuoksi kiireellisessä tarjouskilpailussa tarjouksen on jättänyt vain yksi tarjoaja, jota rasittaa pykälässä tarkoitettu poissulkemisperuste.<sup>33</sup>

Yleistä etua koskevan pakottavan syyn lisäksi lainkohdassa mainittiin poikkeamisen olevan mahdollista myös sillä perusteella, että tuomittu henkilö ei enää työskentele vastuuasemassa tarjouksen tehneessä yrityksessä. Kyseessä oli talousvaliokunnassa lakiin tehty täsmennys,

---

<sup>31</sup> Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 45 artikla 1 kohta.

<sup>32</sup> Ks. esim. julkisia tavarahankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi (93/36/ETY) 20 artikla 1 kohta ja kyseistä säännöstä vastaava Euroopan talousalueesta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetuista tavarahankinnoista 22 päivänä joulukuuta 1993 annetun asetuksen (1350/93) 18 §.

<sup>33</sup> HE 50/2006 vp, s. 97.

jonka tarkoituksena oli ilmeisesti poissulkemisvelvollisuuden laajuuden selkeyttäminen.<sup>34</sup> Selkeyttämisen sijaan täsmennyksen vaikutus oli kuitenkin päinvastainen, sillä kun tuomion saanut henkilö ei enää työskentele vastuuasemassa tarjouksen tehneessä yrityksessä, ei kyseessä ole niinkään pakollisesta poissulkemisperusteesta poikkeaminen, vaan pikemminkin poissulkemisen käyttöalasta johtuva säännöksen soveltumattomuus.<sup>35</sup> Lainvoimaisen rikostuomion nojalla tapahtuva pakollinen poissulkeminen nimittäin oli – ja on yhä hankintalain uudistuksen jälkeenkin – tarpeen vain, kun tuomio kohdistuu itse tarjoajaan tai tarjoajan edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävään henkilöön.<sup>36</sup> Siten tarjoajan *entiset* edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttäneet henkilöt jäivät pakollisen poissulkemisen soveltamisalan ulkopuolelle jo vuoden 2007 hankintalain 53 §:n 1 momentissa käytetyn sanamuodon perusteella ja lakiin otetusta lisäyksestä riippumatta. Lainkohtaa ei ole myöskään perusteltua tulkita siten, että lainsäätäjän tarkoituksena olisi ollut mahdollistaa pakollisen poissulkemisperusteen soveltamatta jättäminen niissä tapauksissa, kun poissulkemisperusteen täyttävä rikostuomio kohdistuu vastuuasemasta sivuun siirretyn tai irtisanotun luonnollisen henkilön lisäksi itse tarjoajaan. Tällöin kyseessä olisi ollut eräänlainen kevennetty versio voimassa olevan hankintalain mukaisista korjaavista toimenpiteistä, jossa tarjoajien olisi ollut mahdollista ”puhdistautua” vakavista itseensä kohdistuneista rikostuomioista yksinkertaisesti irtisanomalla tai siirtämällä muihin tehtäviin ne vastuuasemissa toimineet tuomitut henkilöt, jotka toiminnallaan ”aiheuttivat” myös tarjoajaan kohdistuvan tuomion. Tällainen tulkinta olisi ollut selvästi ristiriidassa vuoden 2004 hankintadirektiivissä jäsenmaille asetettujen pakollisia poissulkemisperusteita koskevien velvoitteiden kanssa ja lisäksi suhteellisuuden sekä kilpailun tasapuolisuuden kannalta ongelmallista.

Vaikka vuoden 2007 hankintalaki ei siis mahdollistanutkaan pakollisista poissulkemisperusteista poikkeamista minkäänlaisten tarjoajan rikollisen tekonsa jälkeen toteuttamien toimenpiteiden perusteella, oli tällaisten toimenpiteiden huomioon ottaminen mahdollista harkinnanvaraisen poissulkemisperusteiden kohdalla. Tästä mahdollisuudesta oli nimenomainen maininta lain 54 §:n 2 momentissa, jonka mukaan poissulkemisesta koskevassa harkinnassa voitiin ottaa

---

<sup>34</sup> TaVM 26/2006 vp s. 14.

<sup>35</sup> Täsmennyksen merkityksestä on esitetty vuoden 2007 hankintalakia koskevissa yleisteoksissa toisistaan poikkeavia tulkintoja. Ks. esim. Hyvönen ym. 2007, s. 226. Kirjoittajien mukaan kyseessä on vaihtoehtoinen perustelu poissulkemisesta poikkeamiselle. Vrt. Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 316. Eskolan ja Ruohoniemen mukaan kyse on vain poissulkemisvelvollisuutta koskevasta täsmennyksestä.

<sup>36</sup> Vuoden 2007 hankintalain mukaiset johtohenkilöt sisältyvät edustus-, päätös- ja valvontavaltaa käyttävien henkilöiden joukkoon, samoin kuin voimassa olevan hankintalain 80 ja 81 §:ssä mainitut hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenet.

huomioon muun muassa ”rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika, mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset sekä rikkomukseen tai laiminlyöntiin syyllistyneen mahdolliset korjaavat teot.” Kyseisen säännöksen tarkoituksena oli erityisesti suhteellisuusperiaatteen huomioiminen. Poissulkemisperusteita sovellettaessa suhteellisuuden vaatimukset korostuvatkin sillä kyseessä on varsin ankara toimenpide.<sup>37</sup> Lakiin tai sen esitöihin ei kuitenkaan sisältynyt mainintaa siitä, mitä tällaisilla korjaavilla teoilla oikeastaan tarkoitettiin tai miten niitä olisi käytännössä tullut arvioida.

Saksalaisessa ja itävaltalaisessa oikeuskäytännössä katsottiin EU-oikeudellisten periaatteiden ja erityisesti suhteellisuusperiaatteen asettamien vaatimusten oikeuttavan sen, että tarjoajalle annetaan mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun tiettyjä luotettavuutta osoittavia toimenpiteitä toteutettuaan, jopa tätä rasittavasta pakollisesta poissulkemisperusteesta huolimatta.<sup>38</sup> Vaikka korjaavien toimenpiteiden toteuttamisen kautta tarjoajalle palautuvasta osallistumismahdollisuudesta ei ollutkaan selkeää mainintaa vuoden 2004 hankintadirektiivissä, katsottiin tällaisen tulkinnan olevan kuitenkin direktiivin tavoitteiden ja tarkoituksen mukainen, sillä poissulkemisen tarkoituksena ei ollut niinkään rikokseen syyllistyneen tarjoajan rankaiseminen, vaan tällä tavoiteltiin lähinnä päämääriä jotka kytkeytyivät korruption ehkäisemiseen ja edelleen hankintojen asianmukaisen toteutumisen ja reilun kilpailun turvaamiseen.<sup>39</sup> Näin ollen tarjoajan tarjouskilpailuun osallistumisen estäminen oli mahdollista tulkita suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi niiltä osin kuin tällä toimenpiteellä ei voitu saavuttaa mitään edellä mainituista poissulkemisella tavoitelluista päämääristä, eli toisin sanoen siinä tilanteessa kun tarjoaja oli ”korjannut” luotettavuutensa hyvittämällä ja selvittämällä aiemmat virheensä sekä estämällä tehokkaasti uusien väärinkäytösten toteutumisen.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> HE 50/2006 vp, s. 97; Kirjallisuudessa poissulkemista on osuvasti kuvattu yrityksille suunnatuksi vastineeksi kuolemanrangaistukselle. Ks. esim. Schooner 2004, s. 214.

<sup>38</sup> Ks. esim. Dreher – Hoffmann 2012a, passim.

<sup>39</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 270–275.

<sup>40</sup> Suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia ilmentää esim. ratkaisun T-170/06 *Alrosa v Komissio* kohta 58, jonka mukaan taloudelliseen toimintaan kohdistuva kieltäminen on lainmukainen vain sillä edellytyksellä, että kieltotoimenpiteet ovat kyseessä olevilla säännöksillä hyväksyttävästi tavoiteltavien päämäärien saavuttamiseen soveltuvia ja tarpeellisia, ja että silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava vähiten pakottava ja rajoittava, eivätkä toimenpiteistä aiheutuvat haitat saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden. Tukea tällaiselle tulkinnalle antoi myös yhdistetyissä asioissa C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom* EUT:n antama ratkaisu, jonka mukaan automaattinen poissulkeminen ei ole sallittua tilanteessa, jossa tarjoajalle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei tämän toiminta voinut vääristää kilpailua (kohta 36). Ks. myös asia C-213/07 *Michaniki*, kohdat 48, 49.

Suhteellisuusperiaatteen lisäksi korjaavien toimenpiteiden hyväksymistä oli mahdollista puolustaa myös yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta johtuvilla vaatimuksilla. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella.<sup>41</sup> Korjaavien toimenpiteiden huomiotta jättämisen voitiinkin sanoa rikkovan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, koska se tarkoitti, että ehdokkaita jotka olivat toteuttaneet kattavia ja tehokkaita korjaustoimenpiteitä ei kohdeltu eri tavalla kuin ehdokkaita, jotka eivät olleet millään tavoin pyrkineet poistamaan väärinkäytöksensä syytä ja seurauksia.<sup>42</sup>

Ilmeisesti juuri edellä mainittuihin perusteluihin nojautuen Euroopan komissio katsoi vuonna 2011 julkaisemassaan vihreässä kirjassa julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta, että vuoden 2004 hankintadirektiivin 45 artikla on tätä koskevan nimenomaisen maininnan puuttumisesta huolimatta mahdollistanut korjaavien toimenpiteiden huomioon ottamisen. Komission mukaan tällaisten vapaaehtoisten toimenpiteiden avulla voidaan löytää tasapaino yhtäältä pois-sulkemisperusteiden täytäntöönpanon ja toisaalta oikeasuhteisuuden ja tasavertaisen kohtelun välillä, minkä lisäksi toimenpiteiden huomioon ottaminen voisi auttaa hankintaviranomaisia tekemään objektiivisen ja täydemmän arvioinnin yksittäisen ehdokkaan tai tarjoajan tilanteesta tämän tehdessä päätöstä siitä, suljetaanko tarjoaja pois hankintamenettelystä.<sup>43</sup>

Komissio ei kuitenkaan vielä tässä vaiheessa suoraan ehdottanut, että korjaavien toimenpiteiden sisällöstä ja arvioinnista tulisi ottaa nimenomaista sääntelyä uudistettuun hankintadirektiiviin, vaan tyytyi tiedustelemaan eri sidosryhmien kantoja sääntelyn tarpeellisuudesta. Saatujen vastausten perusteella laaditun yhteenvedon mukaan yritykset ja jäsenvaltiot suhtautuivat korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn yhdenmukaistamiseen myönteisesti, kun taas hankintayksiköt pääosin vastustivat asiaa koskevaa EU-tason sääntelyä.<sup>44</sup> Hankintayksiköiden nihkeän suhtautumisen taustalla lienee ollut pelko hallinnollisen taakaan lisääntymisestä.<sup>45</sup> Jäsenmaiden ja yritysten näkökanta osoittautui kuitenkin nopeasti voittoisaksi, sillä jo saman vuoden

---

<sup>41</sup> Ks. esim. EUT asia C-336/12 *Manova*, kohta 30.

<sup>42</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 280.

<sup>43</sup> Euroopan komissio 2011a, s. 53.

<sup>44</sup> Euroopan komissio 2011b, s. 17. Yritysten ja jäsenvaltioiden mukaan korjaavien toimenpiteiden asemaa selkeyttävällä sääntelyllä voitiin vähentää käytäntöjen pirstaloitumista jäsenmaiden välillä ja parantaa oikeusvarmuutta.

<sup>45</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 50. Hallituksen esityksen mukaan aiempaa velvoittavammat säännökset korjaavista toimenpiteistä sekä niihin liittyvien selvitysten vaatimisesta ja arvioinnista tulevat todennäköisesti lisäämään hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa.

lopulla komission julkaisemaan hankintadirektiiviehdotukseen sisältyi suhteellisen yksityiskohtaisia menettelyvaatimuksia sisältävää sääntelyä tarjoajan toteuttamien korjaustoimenpiteiden huomioimisvelvollisuudesta, sisällöstä sekä arviointimenettelystä.<sup>46</sup>

Uudistetun hankintadirektiivin lopullinen versio saatettiin voimaan vuonna 2014 ja siinä asetetut velvoitteet tulivat jäsenmaita sitoviksi 18. päivänä huhtikuuta 2016 direktiivin 90 artiklan 1 kohdan mukaisesti. Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa määritellyt korjaavat toimenpiteet vastaavat sisällöltään pitkälti saksalaisessa oikeuskäytännössä ja sen rinnalla kehittyneessä oikeuskirjallisuudessa muotoutuneita linjoja, joskin direktiivin menettelyä koskeva sääntely jäi kokonaisuudessaan verrattain yleisluontoiseksi, jättäen runsaasti tilaa toisistaan poikkeaville tulkinnoille ja käytännöille eri jäsenmaiden välillä.<sup>47</sup>

### 3.2 Tarkoitus ja tavoitteet

Kuten edellä jo ilmeni, on korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn hankintadirektiiviin omaksumisen merkittävänä taustasyynä ollut suhteellisuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen asettamien menettelyvaatimusten parempi huomioiminen tarjoajiin kohdistuvia poissulkemisperusteita sovellettaessa. Tämän tavoitteen lisäksi voidaan sääntelyn taustalta paikantaa useita muita tarkoituksia, jotka kytkeytyvät erityisesti hankintoja koskevan sääntelyn yleisiin tavoitteisiin.

Niin kuin sen edeltäjien, on myös viimeisimmän hankintadirektiivin tavoitteena ollut hankintoja koskevan sääntelyn edelleen jatkuva harmonisointi. Sääntelyn yhdenmukaistamistavoite lieneekin ollut tärkeä unionin lainsäädäntöelinten toimintaa ohjannut kannustin päätettäessä korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn omaksumisesta hankintalainsäädäntöön.<sup>48</sup> Direktiiv-

---

<sup>46</sup> Euroopan komissio 2011c, s. 87. Ehdotuksen 55 artiklan 4 sisältö vastaa keskeisiltä osin voimaansaatetun hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan sisältöä.

<sup>47</sup> Ks. de Mars 2016 s. 258, 259. Vrt. Euroopan komissio 2012, s. 8. Komission mukaan toimenpiteiden arviointi olisi ”harmonisoiduille kriteereille” perustuvaa tapauskohtaista arviointia. Arviointikriteereiden harmonisoinnin voidaan kuitenkin nähdä jääneen puolittiehen, sillä minkäänlaisia arviointia koskevia ”kriteereitä” ei komission esityksessä tai sen jälkeenkään asetettu.

<sup>48</sup> Ks. Euroopan komissio 2011a, s. 53; de Mars 2016, s. 256. *De Marsin* mukaan vihreässä kirjassa EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta käytetyistä painotuksista voidaan päätellä, että komissio koki ongelmalliseksi ennen kaikkea sen vuoden 2014 hankintadirektiiviä edeltäneen oikeustilan, jossa korjaavien toimenpiteiden epäyhtenäinen käyttöönotto johti myös poissulkemisperusteiden epäyhtenäiseen soveltamiseen eri jäsenmaiden välillä. Ks. myös Euroopan komissio 2011b, s. 17.

vin 57 artiklan 6 kohta asettaa jäsenmaille ydinsisällöltään selkeän vaatimuksen korjaavien toimenpiteiden implementaatiosta osaksi poissulkemisjärjestelmää, mikä onkin merkittäväällä tavalla yhdenmukaistanut hajanaisia käytäntöjä ja osaltaan turvannut tasapuolisten toimintaedellytysten toteutumista Euroopan talousalueen laajuisesti. Kuromalla kiinni kansallisissa lähestymistavoissa esiintyneitä eroavaisuuksia on myös voitu vähentää oikeudellista epävarmuutta.<sup>49</sup> Lisäksi harmonisoinnin voidaan nähdä edistävän muita säännöksellä tavoiteltuja yhteiskunnallisia päämääriä, sillä tuleehan korjaavien toimenpiteiden toteuttaminen yleisesti ottaen houkuttelevammaksi, kun poissulkemisperusteiden rasittamat tarjoajat tietävät voivansa vedota samoihin toimenpiteisiin kaikissa jäsenmaissa. Tällaisella kannustimella voikin olla merkittäviä vaikutuksia etenkin kansainvälisillä markkinoilla toimivien yritysten kohdalla.

Hankintayksiköille uskotun tarjoajan soveltuvuuden arviointia koskevan harkintavallan laajentuminen korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn myötä kytkeytyy läheisesti hankintalainsäädännön uudistuksella tavoiteltuun hankintamenettelyjen joustavuuden lisäämiseen. Tämä käy selvästi ilmi myös hallituksen esityksestä, jonka mukaan korjaavia toimenpiteitä koskevan hankintalain 82 §:n tarkoituksena on ollut ”lisätä hankintamenettelyn joustavuutta sekä tarjouskilpailussa mukana olevien hyväksyttävien toimittajien määrää antamalla toimittajille mahdollisuus poistaa poissulkemisperusteista ilmenevät epäilyt ja riskit, jotka liittyvät hankintasopimuksen asianmukaiseen toteuttamiseen.”<sup>50</sup> Joustavuuden lisäämisen ja hyväksyttävien tarjoajien lukumäärän kasvattamisen taustalla taas on ajatus kilpailun lisäämisestä, minkä voidaan olettaa johtavan edelleen julkisten varojen käytön tehostumiseen.

Kilpailulliset ja taloudelliset hyödyt ovatkin varmasti olleet keskeinen tekijä jäsenmaiden korjaavia toimenpiteitä koskevan myönteisen suhtautumistavan muodostumisessa. Myös EUT on korjaavia toimenpiteitä koskevassa ratkaisukäytännössään korostanut sääntelyn tarkoituksena olevan nimenomaan toimivan kilpailun varmistaminen.<sup>51</sup> Mahdollistamalla luotettavuutensa osoittaneiden tarjoajien osallistuminen, lievennetään samalla niitä kilpailun vähenemisestä aiheutuvia kustannuksia, joita poissulkemisperusteiden soveltamisesta olisi aiheutunut, sillä entistä useamman tarjoajan osallistumisen tarjouskilpailuihin voidaan olettaa johtavan edullisempiin ja laadukkaampiin tarjouksiin yleisellä tasolla. Samalla kuitenkin vältetään ne taloudelliset

---

<sup>49</sup> Ks. Tátrai 2016, s. 493.

<sup>50</sup> HE 108/2016 vp, 189.

<sup>51</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 29; asia C-472/19 *Vert Marine*, kohta 22.

riskit, joita normaalisti liittyy epäluotettavuutta osoittaviin väärinkäytöksiin syyllistyneiden tarjoajien hyväksymiseen osaksi hankintamenettelyä. Etenkin sellaisissa hankintamenettelyissä, joissa on jo lähtökohtaisesti vain vähän tarjoajia, voisi tarpeettomasta poissulkemisesta aiheutua huomattavia lisäkustannuksia kilpailun vähenemisen myötä. Kilpailun toimivuuteen kytkeytyvät taloudelliset tavoitteet toteutuvatkin parhaiten erityisesti keskittyneillä markkinoilla, joilla on vain vähän aktiivisia tarjoajia.<sup>52</sup>

Jos väärinkäytökseen syyllistynyt tarjoaja on onnistuneesti osoittanut luotettavuutensa palautuneen toteuttamalla tehokkaita ja uskottavia toimia vastaisuudessa tapahtuvien rikosten, virheiden ja laiminlyöntien estämiseksi, ei ole enää taloudelliselta kannalta mielekäästä pitää tätä suljettuna tarjouskilpailuista. Tällaisessa tilanteessa tapahtuva poissulkeminen olisi päinvastoin kilpailun tehokkuuden ja erityisesti taloudellisten riskien hallinnan kannalta yleensä huomattavan haitallista, kun otetaan huomioon, että tarjoajasta on voinut tulla toteuttamiensa toimenpiteiden myötä jopa luotettavampi kuin muista tarjouskilpailun osallistujista.<sup>53</sup> Samalla kalliiden toimenpiteiden vaatiminen tarjouskilpailuun osallistumisen edellytyksenä kompensoi niitä tarjoajan taloudelliseen ja kilpailulliseen asemaan liittyviä etuja, jotka tämä oli mahdollisesti aiemmin saavuttanut epärehellisellä käyttäytymisellään.<sup>54</sup> Tulee kuitenkin huomata, että täysimääräinen lainvastaisella toiminnalla hankitun kilpailuedun mitätöiminen edellyttäisi kaikkien väärinkäytöksillä aiheutettujen vahinkojen korvaamisen lisäksi myös ei-korvauskelpoisten hyötyjen tasoittamista. Käytännössä tämä ei ole tietenkään mahdollista, sillä esimerkiksi epärehellisiä keinoja hyväksi käyttäen määräävään markkina-asemaan päässeen yrityksen luotettavuuden palauttamiseksi ei voida vaatia tämän rajoittavan markkinaosuuttaan.

Jo hankintadirektiivin valmistelua edeltäneessä oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että yhdeksi korjaavien toimenpiteiden avulla tavoiteltavista päämääristä voitaisiin lukea vilpillisen ja korruptoituneen menettelyn torjuminen yleisellä tasolla.<sup>55</sup> Tämä tavoite sai vahvistuksen myös hankintadirektiivin esitöissä Euroopan parlamentin katsoessa, että korjaavien toimenpiteiden

---

<sup>52</sup> Ks. Euroopan komissio 2021, s. 27.

<sup>53</sup> Hjelmeng – Søreide 2014, s. 11.

<sup>54</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 277.

<sup>55</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 263. Kirjoittajien mukaan korjaavat toimenpiteet huomioimalla ja kannustamalla yrityksiä toteuttamaan kyseisiä toimenpiteitä voidaan tukea yleisen edun mukaista tavoitetta vilpillisen menettelyn ja korruption vähentämiseksi



asemaa selkeyttävällä sääntelyllä ”edistettäisiin korruptiontorjuntamekanismeja tukemalla kannustimia, joilla vauhditetaan korruptiokäytäntöjen nujertamista”.<sup>56</sup> Samoin kuin poissulkemisperusteiden, on myös korjaavien toimenpiteiden tarkoituksena tarjousmenettelyssä ja hankintojen toteuttamisessa ilmenevien väärinkäytösten *ennaltaehkäiseminen*. Etenkin vaatimuksella organisaation käytännön toimintaan konkreettisesti vaikuttavien toimenpiteiden toteuttamisesta on tarkoitus varmistaa, ettei tarjoajan epäasianmukainen toiminta toistuisi tulevaisuudessa.<sup>57</sup>

Täydellistä rikosten ja virheiden mahdollisuuden poissulkemista ei tietystikään voida millään toimenpiteillä saavuttaa, vaan tavoitteena on lähinnä vähentää väärinkäytösten toistumisen todennäköisyyttä sekä yksittäistapauksissa että yleisesti.<sup>58</sup> Samaan aikaan tarjoajia myös kannustetaan ilmoittamaan toiminnassaan havaitsemansa rikokset ja virheet sekä hyvittämään aiemmat väärinkäytöksensä. Tehokkaat korjaustoimenpiteet ja näitä koskevat vaatimukset ovatkin omiaan ohjaamaan hankintamenettelyjen piirissä toimivia yrityksiä kohti rehellisempiä toimintatapoja. Edellyttämällä toimenpiteiltä riittävää kattavuutta ja siten myös taloudellista rasittavuutta voidaan varmistaa riittävän poissulkemisen uhasta syntyvän pelotevaikutuksen säilyminen. Toisaalta on myös esitetty, että korjaaviin toimenpiteisiin vetoamisen kaikissa tapauksissa mahdollistava sääntely voisikin itse asiassa kannustaa tarjoajia ryhtymään epärehelliseen toimintaan, kun poissulkemisen pelotevaikutus korvautuu tiedolla siitä, että kiinni jäädessään tarjoajalla on joka tapauksessa mahdollisuus tiettyjä toimenpiteitä toteuttamalla osallistua hankintakilpailuihin myös tulevaisuudessa.<sup>59</sup>

Hankintalain 82 §:n 1 momentissa ja hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan 1 alakohdassa käytetyistä sanamuodoista voidaan päätellä, että kun tarkastellaan yksittäistä hankintatilannetta, ei kyseessä ole niinkään ensisijaisesti hankintayksikölle annettu mahdollisuus tarjoajan hyväksymiseen hankinnan laadullisten tai taloudellisten tavoitteiden saavuttamiseksi, vaan ennemminkin tarjoajalle annettu mahdollisuus luotettavuutensa osoittamiseksi. Myös Euroopan unionin tuomioistuin on ratkaisukäytännössään todennut, että korjaavista toimenpiteistä annetulla sääntelyllä pyritään ”korostamaan talouden toimijan luotettavuudelle annettua merkitystä ja takaamaan talouden toimijoiden objektiivinen arviointi”.<sup>60</sup> Tämän takia korjaavien toimenpitei-

---

<sup>56</sup> Euroopan parlamentti 2011, s. 31.

<sup>57</sup> Priess 2014, s. 121.

<sup>58</sup> Ks. Lord 2013, s. 138.

<sup>59</sup> Ks. Schoenmaekers 2018, s. 7.

<sup>60</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 29.

den tarkoitusta arvioitaessa on syytä kiinnittää riittävää huomiota siihen, että kyseessä on nimenaan tarjoajien osallistumisoikeuksien ja edelleen asianmukaisen luotettavuusarvioinnin turvaamiseksi laadittu menettely, mistä johtuen on vältettävä hankintayksikölle myönnetyn hankintavallan ylikorostamista osana hankintalain 82 §:n sisältöön kohdistuvaa teleologista tulkintaa.

### 3.3 Korjaavien toimenpiteiden implementaatio

Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan mukaan:

” Talouden toimija, joka on jossakin 1 ja 4 kohdassa tarkoitetuista tilanteista, voi esittää näyttöä, jonka perusteella talouden toimijan toteuttamat toimenpiteet ovat riittäviä osoittamaan sen luotettavuuden siitä huolimatta, että asianmukainen poissulkemisperuste on olemassa. Jos näyttö katsotaan riittäväksi, asianomaista talouden toimijaa ei saa sulkea pois hankintamenettelystä.

Tätä varten talouden toimijan on esitettävä näyttö siitä, että se on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta tai virheestä on aiheutunut, selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa ja toteuttanut konkreettiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan tarkoituksenmukaisesti estää uudet rangaistavat teot tai virheet.

Talouden toimijoiden toteuttamat toimenpiteet on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon tai rikkomuksen vakavuus ja niihin liittyvät erityiset olosuhteet. Jos toimenpiteitä pidetään riittämättöminä, talouden toimijan on saatava kyseisen päätöksen perustelut.

Talouden toimijalla, joka on lainvoimaisella tuomiolla suljettu pois hankintamenettelyistä tai käyttöoikeussopimuksen tekomenettelyistä, ei saa olla oikeutta käyttää tämän kohdan mukaista mahdollisuutta kyseisestä tuomiosta johtuvan poissulkemisen keston aikana jäsenvaltioissa, joissa tuomio on lainvoimainen.”

Hankintadirektiivin uudistuksella yleisesti tavoitelluista harmonisointipyrkimyksistä huolimatta jätettiin jäsenmaille verrattain paljon harkintavaltaa siitä, miten korjaavien toimenpiteiden sääntely yksittäisessä jäsenmaassa toteutetaan. Hankintadirektiivin 57 artiklalla ei siis ole pyritty kansallisiin hankintalainsäädäntöihin sisältyvien poissulkemisjärjestelmien täydelliseen harmonisointiin, vaan sen tarkoituksena on pikemminkin luoda keskeisiltä osiltaan yhdenmukaiset puitteet, joiden sisälle on jätetty liikkumavaraa kansallisten tarpeiden huomioon ottamiselle.<sup>61</sup> Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa esitetty korjaavia toimenpiteitä koskeva sääntely ja siitä ilmenevät velvoitteet tuleekin ymmärtää eräänlaisiksi kansallista lainsäädäntöä

---

<sup>61</sup> Ks. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 57, 58.

koskeviksi vähimmäisvaatimuksiksi.<sup>62</sup> Tällaisen laajan kansallisen liikkumavaran olemassaolo saa myös nimenomaisen vahvistuksen hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleessa, jonka mukaan jäsenmaat saavat määritellä korjaavien toimenpiteiden tarkastelussa sovellettavat täsmälliset menettelyä ja sisältöä koskevat edellytykset. Ottaen huomioon, että hankintadirektiiviin ei ole kirjattu tarkkoja korjaavien toimenpiteiden tarkasteluun liittyviä menettelysääntöjä ja myös näiden toimenpiteiden substantiaaliseen arvioimiseen liittyvää sääntelyä voidaan luonnehtia varsin yleisluontoiseksi, on perusteltua, että lainsäätäjiä on näin muistutettu yksityiskoh- taisemman sääntelyn mahdollisuudesta itse direktiivissä.

Direktiiviä yksityiskohtaisempi sääntely ei saa kuitenkaan olla ristiriidassa Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa (SEUT) annettujen määräysten tai niistä johdettujen oikeusperiaatteiden kanssa. Keskeisiä SEUT:sta ilmeneviä kansallisen sääntelyn sisältöä rajoittavia säännöksiä ovat etenkin syrjäntäkieltoa (18 art.), tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta (34–35 ja 56 art.) ja sijoittautumisvapautta (49 art.) koskevat määräykset sekä näistä Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä johdetut oikeusperiaatteet, kuten tasapuolisen koh- telun, avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteet.<sup>63</sup> Lisäksi tällaisten tarkentavien säännösten tulee olla ristiriidattomia hankintadirektiivillä tavoiteltujen päämäärien suhteen, ja – kuten Euroopan komissio on ilmaissut – ”yhdenmukaisia direktiivin asianomaisten säännösten sovelta- misalan ja perustelujen kanssa kyseenalaistamatta kuitenkaan toimijan oikeutta esittää toteut- tamiaan korjaavia toimenpiteitä perusteluinaan tai hankintaviranomaisen harkintavaltaa niiden arvioinnissa.” Siten kansallisella sääntelyllä ei voida rajoittaa hankintadirektiivissä tarjoajalle myönnettyjen oikeuksien sisältöä tai asettaa niin yksityiskohtaisia kriteereitä, että direktiivissä hankintaviranomaiselle myönnetty näytön riittävyden arvioimiseen liittyvä harkintavalta ko- konaan poistuisi. Komission mukaan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohta kuitenkin sisältää mahdollisuuden antaa kansallisella tasolla yksityiskohtaiset perustelut tai ohjeet siitä, miten hankintaviranomaiset soveltavat korjaavia toimenpiteitä koskevia säännöksiä käytännössä.<sup>64</sup>

On esitetty, että syynä laajan sääntelyvaran jättämiselle olisi ollut EU:n lainsäätäjän ennakoimat hankintayksiköille jätettyyn huomattavan laajaan harkintavaltaan kytkeytyvät ongelmat. Näin

---

<sup>62</sup> Mäenpää 2018, s. 118. *Mäenpään* mukaan etenkin tavaroiden vapaata liikkuvuutta edistävät direktiivit ovat nykyään yleensä puitedirektiivejä, joissa määritellään vain oikeudellisesti olennaiset vaatimukset ja näihin vaati- muksiin perustuva kansallisen lainsäädännön vähimmäistaso. Tällöin jäsenvaltion voi olla mahdollista säätää di- rektiiviä pidemmälle ulottuvia velvoitteita tai oikeuksia.

<sup>63</sup> Eskola 2017, s. 35.

<sup>64</sup> Euroopan komissio 2021, s. 19

ollen jäsenmaiden olisi suositeltavaa tarkentaa korjaavien toimenpiteiden arviointia koskevaa sääntelyä hankintadirektiivissä esitetystä.<sup>65</sup> Käytännössä kansallisissa lainsäädännöissä on tästä huolimatta tyydytty useimmiten vain toistamaan hankintadirektiivissä sanottu ilman että tämän lisäksi asetettaisiin minkäänlaisia toimenpiteiden sisältöä ja näytön arviointia koskevia selvittäviä tai tarkentavia kriteereitä.<sup>66</sup>

Myös hankintalain 82 §:n implementoidun korjaavia toimenpiteitä koskevan säännöksen kohdalla on pidättäydytty antamasta sen tarkempaa ohjausta kuin hankintadirektiivissäkään. Kyseinen säännös vastaakin lähes täysin hankintadirektiivissä esitettyä, joskin direktiivissä käytetyistä sanamuodoista on muutamissa kohdissa poikettu.<sup>67</sup> Ei ole kuitenkaan perusteltua olettaa, että lainsäätäjät olisi tarkoittanut näiden kielellisten eroavaisuuksien merkitsevän sisällöllistä poikkeamista hankintadirektiivissä säädetyistä. Päinvastoin vaikuttaisi siltä, että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut toimia varovaisesti ja välttää kaikenlaisia irtiottoja, jotka voisivat johtaa hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdasta poikkeaviin tulkintoihin.

Yksi erityisen keskeinen korjaavia toimenpiteitä koskeva kysymys, josta ei ole sitovasti määrätty hankintadirektiivissä, on se, kenelle tarjoajan esittämän näytön arvioiminen kuuluu. Hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleessa mainitaan nimenomaisesti, että jäsenvaltiot voivat päättää siitä, minkä viranomaisen tehtäväksi korjaavien toimenpiteiden arviointi annetaan. Tämä lieneekin ollut selvyuden kannalta tarpeellinen lisäys, sillä direktiivin uudistusta edeltäneessä oikeuskäytännössä on painotettu, että poissulkemisperusteiden soveltamiseen liittyvä harkintavalta kuuluu ainoastaan hankintayksikölle.<sup>68</sup> Mahdollisina vaihtoehtoina kyseisessä kohdassa ehdotetaan asianomaista hankintayksikköä, muuta keskustason viranomaista tai muun kuin keskustason viranomaista, joista viimeksi mainitulla tarkoitettaneen käytännössä alue- tai paikallistason viranomaisia. Luovutettaessa arviointivelvollisuus muulle kuin asianomaiselle hankintayksikölle on kuitenkin aina varmistettava, että toteutettujen korjaavien toimenpiteiden esittämisen edellytykset ja tavoitteet täyttyvät, erityisesti kun on kyse toimijan esittämien korjaavien toimenpiteiden asianmukaisesta ja nopeasta arvioinnista.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Van Garsse – de Mars 2016 s. 135, 137.

<sup>66</sup> Schoenmaekers 2016, s. 98. Poikkeuksena tästä pääsäännöstä on luonnollisestikin Saksa, joka halusi selvästi jatkuvuutta oikeuskäytännössä syntyneille linjauksilleen, mikä vaatiikin pieniä täsmennyksiä toimenpiteiden sisältöä koskeviin vaatimuksiin ja niiden tulkintaan. Ks. esim. asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 9.

<sup>67</sup> Lain systematiikan vaatimien muutosten lisäksi 82 §:stä on esimerkiksi jätetty pois sana *tarkoituksenmukaisesti* ja lisätty sana *laiminlyönnit*.

<sup>68</sup> Asia C-465/11 *Forposta*, kohta 31.

<sup>69</sup> Euroopan komissio 2021, s. 19; Asia C-472/19 *Vert Marine*, kohdat 28, 33, 35, 36.

Ainakin yhdessä jäsenmaassa, nimittäin Unkarissa, onkin päädytty keskittämään korjaavien toimenpiteiden arviointi yhdelle viranomaiselle.<sup>70</sup> Espanjan hankintalain<sup>71</sup> 72 artiklan 5 kohdassa sen sijaan säädetään menettelystä, jossa arviointivelvoite on jaettu hankintaviranomaisen ja keskusviranomaisen kesken siten, että joidenkin poissulkemisperusteiden osalta korjaavien toimenpiteiden arvioiminen on jätetty asianomaisen hankintaviranomaisen vastuulle, kun taas toisten perusteiden kohdalla kyseinen velvoite onkin annettu keskusviranomaiselle.<sup>72</sup> Samoin myös Saksassa ollaan siirtymässä malliin, jossa tarjoaja voi pyytää korjaavien toimenpiteiden arviointia tiettyjen erilliseen rekisteriin merkittävien talousrikosten ja väärinkäytösten osalta kyseistä rekisteriä hallinnoivalta keskusviranomaiselta.<sup>73</sup> Suomessa, kuten valtaosassa muistakin jäsenmaista, on korjaavien toimenpiteiden arviointi kuitenkin jätetty kokonaisuudessaan sen hankintayksikön vastuulle, jonka toteutettavaksi hankinta muiltakin osin kuuluu.

Hankintadirektiivin sisältyy myös maininta yhdestä tilanteesta, jossa jäsenmaiden ei tarvitse myöntää tarjoajalle oikeutta korjaavia toimenpiteitä koskevan näytön esittämiseen. Direktiivin 57 artiklan 6 kohdan neljännen alakohdan perusteella hankintaviranomaiset eivät saa hyväksyä mukaan tarjouskilpailuun sellaisia tarjoajia, jotka on suljettu ulos hankintamenettelyistä lainvoimaisella tuomiolla. Säännöksen tarkoituksena on korostaa sitä tosiasiaa, että tarjoajan oikeus osallistua tarjouskilpailuun ei koske niitä tilanteita, joissa kyseinen tarjoaja on tuomioistuimen päätöksellä suljettu tarjouskilpailujen ulkopuolelle, vaikka tämä olisikin toteuttanut asianmukaisia ja riittäväksi katsottavia korjaustoimenpiteitä. Tuomioistuimen antama oikeusvoimainen rangaistustuomio saa siis lähtökohtaisesti etusijan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa säädettyyn nähden.<sup>74</sup> Kyseinen raja on voimassa kuitenkin ainoastaan siinä maassa, jossa tuomio on annettu. Suomalaisessa oikeusjärjestelmässä tällainen tuomioistuimen määräämä määräaikainen poissulkeminen kaikista tarjouskilpailuista ei ole mahdollinen rangaistusmuoto, joten hankintayksikkö ei voi jättää hankintalain 82 §:n mukaisia toimenpiteitä arvioimatta min-käänlaisen tarjoajaan kohdistuvan tuomion perusteella.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Lemke ym. 2018, s. 51, 52.

<sup>71</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

<sup>72</sup> Ks. Kuzma – Hartung 2020 s. 251.

<sup>73</sup> Friton – Wolters 2018, s. 119, 125, 127.

<sup>74</sup> De Mars 2016, s. 261.

<sup>75</sup> HE 108/2016 vp, s. 189; Priess 2014, s. 122. *Priessin* mukaan kyseinen säännös vaikuttaisi pohjautuvan ranskalaiseen oikeuteen, jossa tuomioistuin voi rikosprosessin yhteydessä määrätä tarjoajan määräaikaisen poissulkemisen hankintamenettelyistä oheisrangaistuksena.

## 4 KORJAAVIEN TOIMENPITEIDEN SISÄLLÖLLISET VAATIMUKSET

### 4.1 Vahingon korvaaminen

Hankintalain 82 §:n 2 momentin mukaan tarjoaja voi esittää luotettavuuttaan koskevana näyttönä selvitystä siitä, että tämä on ”maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta, virheestä tai laiminlyönnistä on aiheutunut.” Lain sanamuodon perusteella tarjoajan tulisi suorittaa korvaus *kaikista* kyseisellä poissuljentaperusteen täyttävällä väärinkäytöksellä aiheuttamistaan vahingoista. Lienee perusteltua olettaa säännöksen tarkoittavan kaikkia *korvattavia vahinkoja*, eli sellaisia vahinkoja, joissa on korvaukseen oikeuttavan perusteen lisäksi osoitettavissa myös riittäväksi katsottava syy-yhteys teon tai laiminlyönnin ja aiheutuneen vahingon välillä.<sup>76</sup> Näin ollen tarjoajan tulee korvata myös aiheuttamansa aineettomat vahingot, samoin kuin mahdolliset välilliset vahingot vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden ja asianomaisen lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Sen sijaan rikokseen syyllistymisen perusteella määrätyn sakon maksamista tai maksamattomuutta ei voidane pitää korvauksen asianmukaisuuden kannalta relevanttina seikkana, sillä kyseessä ei ole niinkään rangaistavan teon tai laiminlyönnin aiheuttama vahinko. Tarjoajalta ei luonnollisestikaan voida edellyttää vahinkojen korvaamista myöskään silloin kun tämän väärinkäytöksestä ei ole aiheutunut korvattavia vahinkoja.

Lainkohdan mukaan tarjoajan ei tarvitse olla vielä hankintamenettelyn aikana suorittanut korvausta kaikista aiheuttamistaan vahingoista, jotta tämän toiminta voitaisiin ottaa huomioon korjaavana toimenpiteenä, vaan riittää että tarjoaja on *sitoutunut* korvauksen suorittamiseen. Säännöksen ilmeisenä tarkoituksena on mahdollistaa tarjoajan osallistuminen myös siinä tapauksessa, että tällä ei ole maksuhalukkuudesta huolimatta mahdollisuutta suorittaa korvausta välittömästi taloudellisen tilanteensa takia.<sup>77</sup> Sitoutumisen oikeudellista luonnetta ei ole lain esitöissä tai hankintadirektiivissä tarkemmin selkeytetty, mutta lienee perusteltua olettaa, että tässä yhteydessä sitoutumisella tarkoitetaan pelkän korjaaviin toimenpiteisiin vetoamisen yhteydessä tapahtuvan korvauksen maksamishalukkuuden julistamisen sijaan lähinnä sellaista sitoumusta, joka olisi myös oikeudellisesti sitova ja riittävän yksityiskohtainen, jotta siitä selviäisi tarjoajan

---

<sup>76</sup> Korvattavan vahingon käsitteestä tarkemmin ks. esim. Ståhlberg – Karhu 2020, s. 79

<sup>77</sup> Vastaava tarkoitus on myös sillä, että verojen maksamista koskevaa maksusuunnitelmaa tulee pitää riittävänä osoituksena verojen hankintalain 81 §:n 3 momentin mukaisen poissulkemisperusteen soveltumattomuudesta. Ks. HE 108/2016 vp, s. 190.

sitoutuminen lainkohdassa vaaditulla tavalla kaikkien aiheuttamiensa vahinkojen korvaamiseen.

Käytännössä tarjoajan aiheuttaman vahingon määrä lienee usein kiistanalainen. Kyseessä voi olla tilanne, jossa tarjoaja ja vahinkoa kärsinyt osapuoli ovat erimielisiä korvauksen määrästä tai jopa koko korvaukseen oikeuttavan perusteen olemassaolosta. Herääkin kysymys siitä, miten hankintayksikön tulisi suhtautua poissulkemisperusteen rasittaman tarjoajan väitteeseen vahingon korvaamisesta silloin kun korvattavan vahingon olemassaolo on epäselvä tai aiheutetun vahingon määrä on kiistanalainen.

Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa ja hankintalain 82 §:n 2 momentissa esiintyvien sanamuotojen perusteella vaikuttaisi selvältä, että tarjoajan tulee olla korvannut tai ainakin sitoutunut korvaamaan aiheuttamansa vahinko täysimääräisesti. Näin ollen osittaiseksi jäänyt suoritus tai sitoumus ei lähtökohtaisesti voine johtaa korvauksen hyväksymiseen korjaavana toimenpiteenä edes silloin kun kyseessä on vain vähäinen mutta selkeä puutteellisuus. Ilmeiseksi ongelmaksi muodostuvat korvattavan vahingon tarkkaan määrittämiseen liittyvät vaikeudet. Laista ja direktiivistä ilmenevä lähtökohta on se, että hankintayksikön tulisi arvioida korjaavia toimenpiteitä tarjoajan tälle toimittaman näytön perusteella. Käytännössä tarjoajan on kuitenkin usein mahdotonta toimittaa hankintayksikölle sellaista näyttöä, josta ilmenisi riittävän yksityiskohtaisesti ja kiistattomasti tälle lankeavan korvausvastuun määrä, ellei sitten asiasta ole tuomioistuimen lainvoimaista ratkaisua tai osapuolten välistä sitovaa sopimusta. Täysimääräisen tulkintavastuun jättäminen hankintayksikölle olisi varsin ongelmallista, sillä tämä voisi korvauksen asianmukaisuutta arvioidessaan joutua ottamaan kantaa mahdollisesti erittäinkin monimutkaisiin ja tulkinnanvaraisiin vahingonkorvausoikeudellisiin kysymyksiin, joiden ratkaisemiseen tällä ei ole edellytyksiä. Samaan aikaan tarjoajan jatko hankintamenettelyssä voisi riippua hankintayksikön tekemän ratkaisun oikeellisuudesta.

Saksassa lainsäätäjä päätyi tulkintaan, jonka mukaan tilanteessa, jossa aiheutetun vahingon olemassaolon tai täsmällisen määrän osalta vallitsee epäselvyys tai se on kiistanalainen, mutta itse korvausperusteen olemassaolo on kiistaton, voisi joissain tapauksissa olla korjaavien toimenpiteiden hyväksymiseksi riittävää, että tarjoaja tunnustaa kyseiseen korvausperusteeseen liittyvän vahingonkorvausvastuunsa olemassaolon yleisellä tasolla. Julkisia hankintoja koskevan lain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) uudistamiseksi laaditun hallituksen esityksen selittävissä huomautuksissa tätä näkökantaa perustellaan suhteellisuusperiaatteesta johtuvilla

vaatimuksilla. Hallituksen esityksen mukaan vahingon tarkan määrittämisen ollessa mahdotonta tai epäonnistuuessa syistä, joita ei voida katsoa tarjoajan vastuulle, sekä silloin kun tarjoaja kiistää vahingonkorvausvaatimusten määrän, voisi olla suhteetonta hylätä tarjoajan korjaustoimenpiteet yksin tästä syystä. Tarjoajaa ei voida vaatia tunnustamaan vahingonkorvausvaatimuksia, jotka ovat mahdollisesti perusteettomia, jotta tarjoajan puhdistautumistoimenpiteitä voitaisiin pitää riittävinä. Tarjoajalla täytyy myös säilyä mahdollisuus riidanalaisen vahingonkorvausvaatimuksen selvittämiseen tuomioistuimessa. Näin ollen esityksessä päädytään siihen johtopäätökseen, että jos aiheutetun vahingon määrä on epäselvä ja kiistanalainen voi joissain tapauksissa olla riittävää, että tarjoaja on korvannut tai sitoutunut korvaamaan vahingon siltä osin kuin se ei ole kiistaton. Esimerkkinä esityksessä mainitaan kartellirikkomukset, joissa on usein erityisen vaikeaa tarkasti määrittellä aiheutettua vahinkoa tai edes vahingonkärsijöitä. Tällaisessa tilanteessa tarjoajan korjaustoimenpiteiden kannalta voisi olla riittävää, että tämä ilmoittaa olevansa valmis korvaamaan vahingot, jotka tämän osallistumisesta kartelliin aiheutuivat.<sup>78</sup>

Edellä mainitun saksalaiseen oikeuteen omaksutun tulkinnan implikaatioita pohdittaessa tulee ensinnäkin huomata, että kyseinen esitys vaikuttaisi pitävän vahingon korvaamista välttämättömänä edellytyksenä tarjoajan toteuttamien korjaustoimenpiteiden hyväksyttävyydelle, ja siten myös lähtökohtaisesti pakottavana ehtona tämän osallistumiselle itse tarjouskilpailuun.<sup>79</sup> Määrältään tai perusteiltaan epäselvään vahingonkorvauksen osaan vetoaminen korjaavien toimenpiteiden hylkäämisperusteena voikin epäilemättä olla suhteellisuusperiaatteen kannalta ongelmallista, kun otetaan huomioon tästä tarjoajalle aiheutuvat varsin ankarat seuraukset. Toisaalta taas vahingonkorvausta koskevaa säännöstä ei liene perusteltua tulkita siten, että se koskisi ainoastaan riidattomia tai tuomioistuimen vahvistamia vahinkoja.<sup>80</sup> Tällainen tulkinta rajaisi merkittävästi hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa ja hankintalain 82 §:n 2 momentissa käytettyjen ilmaisujen merkityssisältöä ja olisi selkeästi myös kyseisillä säännöksillä tavoiteltujen päämäärien vastainen. Kuten jo aiemmin ilmeni, on korjaavien toimenpiteiden keskeisimpänä tarkoituksena antaa tarjoajalle suhteellisuuden edellyttämä mahdollisuus luotettavuutensa osoittamiseksi korjaamalla väärinkäytöksensä seuraukset. Mikäli tarjoaja voisi aina

---

<sup>78</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/6281, 2015 s. 108.

<sup>79</sup> Tähän kysymykseen palataan luvussa 5.3.2.

<sup>80</sup> Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohtaa tulisi tulkita juuri näin. Ks. Dreher – Hoffmann 2012a, s. 274; Dreher – Hoffmann 2012b 427. Kirjoittajat perustavat näkemyksensä hankintadirektiiviehdotukseen vuodelta 2011 (KOM (2011) 0896 lopull., s. 87), jonka 55 artiklan 4 kohta vastaa sanamuodoltaan voimassa olevaa hankintadirektiiviä.



sitovan vahingonkorvausvastuuta koskevan ratkaisun puuttuessa kiistää vastuunsa perusteet tai määrän siten että hankintayksiköllä ei olisi lainkaan oikeutta käyttää tätä seikkaa perusteena tarjoajan esittämien korjaustoimenpiteiden hylkäämiselle, ei hankintayksiköllä olisi tosiasiallista mahdollisuutta arvioida korjaavien toimenpiteiden ”korjaavuutta”.<sup>81</sup> Saksalainen lainsäätäjä ei kuitenkaan esityksessään nojaa niinkään tällaiseen suppeaan tulkintaan, vaan tarkoitukseksi on selvästikin ollut tapauskohtaisen harkinnan mahdollistaminen epäselvissä tilanteissa.

Tarjoajalta lieneekin aina perusteltua edellyttää vähintään *uskottavaa* näyttöä korvausvelvollisuutensa asianmukaisesta täyttämisestä tai sen puuttumisesta. Mikäli tarjoajalle ei ole esitetty vahingonkorvausvaatimuksia, voidaan tätä pitää vahvana näyttönä siitä, ettei väärinkäytöksestä ole aiheutunut korvattavaa vahinkoa.<sup>82</sup> Jos taas vahingonkorvausvaatimuksia on esitetty tai on muuten selvää, että väärinkäytöksellä on aiheutettu vahinkoa, tulee tarjoajan osoittaa suorittaneensa tai sitoutuneensa suorittamaan korvausvelvollisuutensa siltä osin kuin se on kiistaton.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että joissain tilanteissa tarjoajan tulisi harkita riidanalaista summaa vastaavan vakuuden asettamista ennen asian lopullista ratkeamista osoituksena halukkuudestaan täysimääräisen korvauksen maksamiseen.<sup>83</sup> Tällainen ratkaisu vaikuttaisikin perustellulta etenkin kun otetaan huomioon, että tarjoajan korjaavia toimenpiteitä koskevan näytön esittämisen tarkoituksena on nimenomaan vakuuttaa hankintayksikölle tämän olevan luotettava tekemistään virheistä huolimatta. Jotta tarjoajan suorituksen voitaisiin katsoa johtavan tosiasialliseen luotettavuuden parantumiseen, tulee tämän jollain tavoin osoittaa olleensa epäselvyyksistä huolimatta valmis oikeudenmukaisen hyvityksen *vapaaehtoiseen* suorittamiseen.<sup>84</sup> Näin ollen esimerkiksi ulosoton kautta toteutunutta tahdonvastaista suoritusta ei voitane pitää hankintalain 82 §:n 2 momentissa tarkoitettuna korvauksen maksamisena. Toisaalta taas vakuuden

---

<sup>81</sup> Tulee kuitenkin huomata, että tarjoajan tosiasioita ja olosuhteita koskeva selvitysvelvollisuus kattaa myös aiheutetun vahingon selvittämisen. Käytännössä tarjoajan voisi siis olla varsin vaikeaa samanaikaisesti sekä täyttää tosiasioita ja olosuhteita koskeva selvitysvelvollisuutensa, että uskottavasti kiistää aiheutetun vahingon olemassaolo. Ks. Priess 2012, s. 426.

<sup>82</sup> Ks. Euroopan komissio 2021, s. 19. Komission mukaan tarjoajan on osoitettava, että se on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen laittomasta toiminnasta aiheutuneesta vahingosta vain, jos sille on esitetty vahingonkorvausvaatimus. Tätä tulkintaa komissio perustelee suhteellisuusperiaatteen huomioimisella. Pelkkä korvausvaatimusten puuttuminen ei kuitenkaan voine ratkaista kysymystä korvausvelvollisuuden asianmukaisesta täyttämisestä aivan kaikissa tapauksissa, esimerkiksi silloin kun on perusteltua epäillä, etteivät kaikki vahingonkärsijät ole vielä ehtineet esittää vaatimuksiaan.

<sup>83</sup> Kuzma – Hartung 2020 s. 261.

<sup>84</sup> Hankintadirektiivin esitöissä tarjoajan luotettavuutta kohentavat toimet kulkivat ennen termin ”korjaavat toimenpiteet” vakiintumista nimellä vapaaehtoiset toimenpiteet, mikä tukeekin toimenpiteiden oma-aloitteisuuden ja vapaaehtoisuuden merkitystä korostavaa tulkintaa. Ks. Euroopan komissio 2011a, s. 53; Euroopan komissio 2011c, s. 10; Euroopan parlamentti 2011, s. 31.

asettamisen vaatiminen voisi olla lainkohdan sanamuodon ja tarkoituksen kannalta ongelmallista, sillä tarjoajan edellytetään vain ja ainoastaan sitoutuneen korvauksen maksamiseen. Kuten edellä jo kävi ilmi, vaikuttaisi säännöksen tarkoituksena olevan myös tilapäisesti vahingon täysimääräiseen korvaamiseen kykenemättömien tarjoajien osallistumisen mahdollistaminen, eikä vaatimus vakuuden asettamisesta olisi ristiriidattomasti yhteensovitettavissa tämän tarkoituksen kanssa. Vaikkei vakuuden suoranainen edellyttäminen olisikaan missään tilanteessa mahdollista, voi tarjoaja kuitenkin käyttää vakuutta täydentävänä keinona korvaushalukkuutensa ja siten myös luotettavuutensa osoittamiseen.

On myös mahdollista, että vahinkoa kärsinyt osapuoli on korjaavia toimenpiteitä arvioiva hankintayksikkö itse. Tällainen tilanne voi syntyä, jos tarjoaja on ottanut osaa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaiseen kilpailua vääristäneeseen sopimukseen aiemmissa saman hankintayksikön toteuttamissa hankinnoissa tai jos kyse on edellä mainitun momentin 9 kohdan mukaisista puutteista aikaisemmissa hankintasopimuksissa.<sup>85</sup> Mikäli mainitunlaisessa suhteessa olevien osapuolien välillä vallitsee korvauksen määrää koskeva erimielisyys, muuttuu tilanne varsin ongelmalliseksi. Hankintayksikön tulisi nimittäin tällöin arvioida tarjoajan väitettä korvauksen suorittamisesta tai tähän sitoutumisesta, mutta samalla tämä tulisi arvioineeksi myös oman yksityisoikeudellisen vahingonkorvausvaatimuksensa asianmukaisuutta. Tällaisen hankintaviranomaisen kaksoisroolin voidaan katsoa olevan ongelmallinen erityisesti hallintolain 6 §:ssä asetetun puolueettomuusvaatimuksen kannalta.<sup>86</sup> Arvioinnin tosiasiallinen lähtökohtahan olisi se, että hankintayksikön mielestä tarjoajan korvaussuoritus taikka -sitoumus on puutteellinen ja siten myös hankintalain 82 §:n 2 momentissa asetettujen vaatimusten vastainen. Mikäli hankintayksikkö hyväksyisi tarjoajan esittämän näytön, voitaisiin tämä tulkita myös vahingonkorvauskysymystä koskevaksi kannanotoksi, jolla tarjoajan suoritus tai sitoumus myönnettäisiin koko aiheutetun vahingon kattavaksi. Arvioinnista riippuvaa poissulkemisuutta voitaisiin myös käyttää implisiittisenä painostuskeinona hankintayksikön yksityisoikeudellisen vaatimuksen ajamisessa.<sup>87</sup> Lieneekin perusteltua tulla siihen johtopäätökseen, että ainakin tällaisessa hankintayksikön riippumattomuuden vaarantavassa intressiristiriitilanteessa kyseisen

---

<sup>85</sup> Aikaisemmissa hankintasopimuksissa esiintyneistä puutteista johtuvat poissulkemiset ovat olleet ainakin kyseisten poissulkemisperusteiden soveltamista käsittelevän suhteellisen laajahkon oikeuskäytännön perusteella melko tavanomaisia, joten myös kuvatun kaltaiset tilanteet lienevät verrattain yleisiä.

<sup>86</sup> Ks. julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 61. Julkiasiamies katsoo, että jos hankintaviranomaisen on ratkaistava, onko tosiasiat, joiden se uskoo aiheuttaneen itselleen vahinkoa, selvitetty asianmukaisesti, olosuhteet eivät ole välttämättä vaaditun neutraalisuuden ja puolueettomuuden kannalta ihanteelliset tilanteen korjaantumista koskevan hakemuksen ratkaisemiseksi.

<sup>87</sup> Dreher – Hoffmann 2012a s. 273, 274.

hankintayksikön tulisi pidättäytyä arvioimasta vahingonkorvauksen asianmukaisuutta tarjoajan etujen vastaisesti siltä osin kuin kyseessä on objektiivisesti arvioiden ainakin jossain määrin epäselvä hankintayksikön itsensä etuihin kytkeytyvä puute tarjoajan korvausvelvollisuudessa.

## 4.2 Tosiasioiden ja olosuhteiden selvittäminen

Toisena hankintalain 82 §:n 2 momentissa säädetyistä korjaavista toimenpiteistä mainitaan tosiasioiden ja olosuhteiden selvittäminen toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisen kanssa. Hallituksen esityksessä tällaisena tutkintaviranomaisen suorittamana selvityksenä on mainittu kilpailulain (948/2011) 35 ja 36 §:ssä tarkoitetut tarkastukset.<sup>88</sup> Vastaavaksi tarjoajan toiminnan selvittämiseen tähtääväksi ja tämän yhteistyötä edellyttäväksi tutkimukseksi tulee ymmärtää myös poliisiviranomaisen suorittama esitutkinta. Merkittäväksi tulkintaongelmaksi on kuitenkin osoittautunut se, että hankintalaissa, kuten myös hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan 2 alakohdassa, säädetään vain *tutkintaviranomaisen* kanssa tehtävästä selvitysyhteistyöstä, eikä lainkaan siitä, millä tavoin ja missä laajuudessa tarjoajan tulisi selvittää väärinkäytöstään hankintayksikölle.

Saksalaisen julkisia hankintoja käsittelevän oikaisulautakunnan pyytämässä ennakkoratkaisussa *Vossloh Laeis* EUT:n tutkittavaksi tuli kysymys, onko hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä kansallisen oikeuden säännökselle, jossa edellytetään, että tarjoaja selvittää tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä paitsi tutkintaviranomaisen myös hankintaviranomaisen kanssa. Tapauksessa kartelliin aikaisemmin osallistunut tarjoaja oli vedonnut toteuttamiinsa korjaaviin toimenpiteisiin, joihin lukeutui muun muassa kartelliviranomaisen kanssa tutkinnan aikana tehty yhteistyö. Tarjoaja kuitenkin kieltäytyi toimittamasta hankintaviranomaiselle sakkojen määräämistä koskevaa kartelliviranomaisen päätöstä, jota hankintaviranomainen oli pyytänyt, jotta se voisi selvittää kyseistä kartellilainsäädännön rikkomiseen liittyvää väärinkäytöstä.<sup>89</sup> Kieltäytymisen syynä oli ilmeisesti samaisen hankintaviranomaisen tarjoajaa vastaan nostama vahingonkorvauskanne, joka perustui nyt käsiteltävässä tapauksessa poissulkemisperusteena käytettyyn tarjoajan osallisuuteen

---

<sup>88</sup> HE 108/2016 vp, s. 190.

<sup>89</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 13, 14, 18.

kartellissa. Kartelliviranomaisen päätöksestä olisi ollut mahdollisesti hyötyä hankintaviranomaiselle vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.<sup>90</sup> Tarjoajan mukaan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa vaaditaan selvittämisessä tapahtuvan yhteistyön tekemistä *vain* tutkintaviranomaisen kanssa. Siten tarjoajan mielestä oli korjaaville toimenpiteille asetettujen vaatimusten kannalta riittävää, että tämä oli selvittänyt väärinkäytöksen tosiasiat ja olosuhteet yhteistyössä kartelliviranomaisen kanssa, eikä tältä näin ollen tullut vaatia myös hankintaviranomaisen kanssa tapahtuvaa selvittämistä koskevaa yhteistyötä.<sup>91</sup>

Ratkaisun perusteluissa EUT kiinnittää huomiota tutkintaviranomaisten ja hankintaviranomaisten toimivalloissa sekä kyseisten viranomaisten suorittamien tutkimusten tavoitteissa ilmeneviin eroavaisuuksiin. Tutkintaviranomaisten tehtävänä on ”määrittää tiettyjen toimijoiden vastuu oikeussäännön rikkomisessa toteamalla, että teot, jotka voivat merkitä tällaista rikkomista, ovat todella tapahtuneet, sekä rangaista näiden toimijoiden virheellisestä käyttäytymisestä”, kun taas hankintaviranomaisten tehtävä on arvioida ”ne riskit, joita niille voisi aiheutua, jos ne valitsevat sopimuspuoleksi sellaisen tarjoajan, jonka rehellisyys tai luotettavuus on kyseenalainen”. EUT:n mukaan tarjoajan, joka haluaa osoittaa luotettavuutensa poissulkemisperusteesta huolimatta, täytyy tehdä tehokasta yhteistyötä niiden viranomaisten kanssa, joille nämä tehtävät on annettu, riippumatta siitä onko kyseessä tutkintaviranomainen tai hankintaviranomainen.<sup>92</sup>

Edellä mainituista *Vossloh Laeis* -ratkaisun perusteluista voidaan päätellä, että tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämisessä tulee noudattaa kansallisesta lainsäädännöstä ja sen tarkoituksesta ilmenevää toimivallan ja tehtävien jakoa. Hankintalain 82 § 2 momentti, samoin kuin hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohta, ei kuitenkaan sisällä mainintaa hankintayksikön kanssa tehtävästä yhteistyöstä väärinkäytöstä selvitettäessä kuten vastaava saksan oikeuden säännös, jota ratkaisussa käsiteltiin. Tästä huolimatta tulee katsoa hankintayksiköillä olevan *kolme* sellaista tehtävää, jotka edellyttävät tarjoajan selvittävän tälle väärinkäytöstään ja sen vaikutuksia.

Ensinnäkin hankintayksikön tulee pystyä arvioimaan itse väärinkäytöksen selvittämisessä toteutunutta tarjoajan toimintaa. Kuten hankintalain 82:n 2 momentista ilmenee, tulee tosiasiat ja olosuhteet selvittää *kattavasti* ja *aktiivisessa* yhteistyössä tutkintaviranomaisen kanssa. Kattavuudella lienee tarkoitettu toimenpiteen tavoitteet sekä väärinkäytöksen vakavuus ja tarjoajan

---

<sup>90</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 14.

<sup>91</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 14 ja 16.

<sup>92</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 26, 27.

toimintaan liittyvät tekijät huomioon ottaen riittävän yksityiskohtaista ja perusteellista tapahtumien selvittämistä, kun taas aktiivisuus vaikuttaisi viittaavan tarjoajan oma-aloitteeseen toimintaan sekä edellä esitetyissä *Vossloh Laeis* -ratkaisun perusteluissakin EUT:n edellyttämään yhteistyön *tehokkuuteen*. Aktiivista osallistumista osoittaa ainakin havaitun väärinkäytöksen oma-aloitteinen ilmoittaminen.<sup>93</sup> Myös itse toteutetut tutkimukset ja tarkastukset osoittavat tarjoajan selvitystoiminnan olleen oma-aloitteista.<sup>94</sup> Mikäli tarjoajan selvityksen aikainen toiminta ei ole ollut kattavaa, oma-aloitteista ja tehokasta, ei hankintayksikön tulisi ottaa kyseistä selvitystä huomioon korjaavana toimenpiteenä. Pelkän passiivisen tutkintaan alistumisen ei siis voida katsoa täyttävän näitä selvittämiseksi asetettuja edellytyksiä.

Kaikenlainen toiminta, jonka avulla tarjoaja pyrkii väärinkäyttöön salaamiseen tai tutkinnan vaikeuttamiseen ilmentää tämän vilpillistä suhtautumista selvitysmenettelyyn. Tarjoajan tutkinnan aikaisessa toiminnassa ilmenevän lievänkin vilpillisyyden tulee aina olla pätevä peruste evätä tältä mahdollisuus vedota tehokkaasti kyseiseen tutkintaan korjaavana toimenpiteenä, sillä kaikissa korjaavissa toimenpiteissä on aina kyse ennen kaikkea luotettavuuden osoittamisesta. Tutkinnan vaikeuttamisena voidaan pitää kaikenlaisia toimia, joiden tarkoituksena on estää tapahtuneen poissulkemisperusteen täyttävän toiminnan kattava ja yksityiskohtainen selvittäminen tai antaa rikokseen, virheeseen tai laiminlyöntiin johtaneista tapahtumista ja olosuhteista vääristynyt kuvaus, joka ei vastaa tosiasiallisia tapahtumia. Tällaisia toimia voisivat olla esimerkiksi relevanttien asiakirjojen luovuttamatta jättäminen tai hävittäminen ja väärin tai harhaanjohtavien tietojen antaminen.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty näkemyksiä sen puolesta, että tarjoajan tulisi tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämisen yhteydessä myös myöntää kyseinen rikos, virhe tai laiminlyönti.<sup>95</sup> Tällainen korjaustoimenpiteiden tunnustuksellinen piirre saa tukea myös EUT:n oikeuskäytännöstä, jossa jo vuoden 2004 hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvien tapausten osalta katsottiin, että jäsenvaltiolla on oikeus olla soveltamatta harkinnanvaraista poissulkemisperustetta

---

<sup>93</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 190. Hallituksen esityksessä mainitaan luotettavuutta osoittavana toimena kilpailulain 14 §:n mukainen kilpailijoiden välisen salaisen kilpailunrajoituksen paljastaminen. Tällaisessa tilanteessa tarjoaja siis myöntää osallistuneensa kartelliin ja toimittaa kyseistä väärinkäytöstä koskevia tietoja välttääkseen kartelliin osallisille määrättävän seuraamusmaksun.

<sup>94</sup> Esimerkiksi saksalaisessa järjestelmässä on kilpailunrajoitukseen liittyvissä tapauksissa pääsääntöisesti edellytetty tarjoajan suorittaneen sisäisen tarkastuksen, joko itse tai ulkopuolisen palveluntuottajan toteuttamana. Ks. Mutschler-Siebert – Dorschfeldt 2015, s. 645.

<sup>95</sup> Esimerkiksi Yhdysvaltojen liittovaltion lainsäädännössä (Federal Acquisition Regulation 9.406–1 a 10) väärinkäytöksen tunnustaminen ja sen vakavuuden myöntäminen katsotaan yhdeksi ”korjaavaksi toimenpiteeksi tai lieventäväksi tekijäksi” muiden joukossa.

tilanteessa, jossa tarjoajayritys on ”irtisanoutunut rikoksen muodostavasta toiminnasta” ja että ”mikäli kyseistä irtisanoutumista ei voida näyttää toteen hankintaviranomaista tyydyttävällä tavalla, tästä seuraa väistämättä poissulkemisperusteen soveltaminen.”<sup>96</sup> Asiasta voidaan kuitenkin esittää myös päinvastainen arvio. Nimenomaisen tunnustamisen edellyttämistä vastaan puhuu ensinnäkin se, että tällaisesta vaatimuksesta ei ole minkäänlaista mainintaa hankintalainsäädännössä tai sen esitöissä. Toisekseen tällainen edellytys voisi johtaa vastaaviin intressiritiriitatilanteisiin kuin edellä käsitellyissä vahingonkorvausta koskevissa kysymyksissä, mikäli kyseessä on tilanne, jossa hankintayksikkö ja tarjoaja ovat erimielisiä tarjoajan teon tai laiminlyönnin oikeudellisesta luonnehdinnasta, ja siitä, että täyttääkö kyseinen toiminta jonkin poissulkemisperusteen.<sup>97</sup> On kuitenkin selvää, ettei tarjoaja voi ainakaan selvissä tapauksissa kiistää syyllisyyttään ilman, että tällä olisi merkittäviä vaikutuksia tämän luotettavuudesta tehtävään arvioon.<sup>98</sup>

Toisesta hankintayksikölle annetusta korjaavien toimenpiteiden arvioimiseen sisältyvästä tehtävästä, joka edellyttää tarjoajan selvittävän tälle väärinkäytöstään, säädetään hankintalain 82 §:n 3 momentissa. Lainkohdan mukaan tarjoajan toteuttamat korjaavat toimenpiteet on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus sekä niihin liittyvät olosuhteet. Hankintayksikön täytyy siis pystyä punnitsemaan tarjoajan toteuttamia toimenpiteitä vasten sitä väärinkäytöstä, johon tämä on syyllistynyt, ja tämän tehtävän toteuttamiseksi on hankintayksiköllä oltava riittävän yksityiskohtaiset tiedot kyseiseen väärinkäyttöön liittyvistä tosiasioista ja olosuhteista. Mikäli tarjoaja ei esitä riittävää selvitystä tekonsa tai laiminlyöntinsä tapahtumainkulusta ja syistä, ei hankintayksiköllä voi yleensä olla tarvittavia edellytyksiä sen arvioimiseksi, ovatko tarjoajan toteuttamat toimenpiteet riittäviä uusien vastaavien väärinkäytösten estämiseksi.<sup>99</sup>

Kolmas hankintayksikölle annettu tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämistä vaativa tehtävä liittyy jo edellä käsiteltyyn vahingonkorvauksen asianmukaisuuden arvioimiseen. Hankintayksiköllä tulee olla riittävät tiedot tarjoajan aiheuttamasta vahingosta sen toteamiseksi, että tämä on todellakin suorittanut korvauksen kaikista väärinkäytöksellään aiheuttamista vahingoista.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Asia C-178/16 *Mantovani*, kohdat 41, 43.

<sup>97</sup> Ks. Kuzma – Hartung s. 273–275.

<sup>98</sup> Ks. Priess 2012 s. 426. *Priessin* mukaan ainoastaan sellaiset tarjoajat ovat hyväksyttäviä, jotka myöntävät tekonsa sellaisenaan, eivätkä pyri kieltämään, peittämään, relativisoimaan tai trivialisomaan menneitä väärinkäytöksiään.

<sup>99</sup> Ks. Sanchez-Graells 2018, s. 559.

<sup>100</sup> Priess 2012 s. 426.

Käytännössä tarjoajalta ei kuitenkaan voitane edellyttää asianomaisessa tutkinnassa syntyvää aineistoa yksityiskohtaisempaa näyttöä, vaikka aiheutetun vahingon määrä ei yksityiskohtaisesti tällaisesta materiaalista selviäisikään.

Jotta hankintayksikön olisi mahdollista suorittaa kaikki edellä käsitellyt tehtävänsä asianmukaisesti, on välttämätöntä, että tarjoaja selvittää väärinkäytökseensä liittyviä tosiasioita ja olosuhteita tutkintaviranomaisen lisäksi myös hankintaviranomaiselle. *Vossloh Laeis* -ratkaisun perusteluista voidaankin lukea, että mikäli tarjoajan väärinkäytöksestä on toteutettu virallinen tutkinta seuraamusten määräämiseksi, tulee hankintayksikön lähtökohtaisesti perustaa arvionsa tämän tutkinnan tuloksena syntyneeseen aineistoon. Lisäksi EUT toteaa, että ”hankintaviranomaisen täytyy voida pyytää talouden toimijaa, jonka on todettu olevan vastuussa kilpailuolouksien rikkomisesta, toimittamaan sitä koskevan kilpailuviranomaisen päätöksen” ja edelleen ”se, että tällaisen asiakirjan toimittaminen voi helpottaa sitä, että hankintaviranomainen nostaa vahingonkorvauskanteen mainittua talouden toimijaa vastaan, ei voi horjuttaa tätä toteamusta.”<sup>101</sup>

Ratkaisun perustelujen loppuosassa todetaan, että ”periaatteessa sen, että hankintaviranomaiselle toimitetaan päätös, jossa todetaan, että tarjoaja on syyllistynyt kilpailusääntöjen rikkomisen, mutta jossa siihen sovelletaan sakoista vapauttamista ja sakkojen lieventämistä koskevaa sääntöä siitä syystä, että se on tehnyt yhteistyötä kilpailuviranomaisen kanssa, pitäisi riittää osoittamaan hankintaviranomaiselle, että kyseinen talouden toimija on selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti tekemällä yhteistyötä kyseisen viranomaisen kanssa.”<sup>102</sup> Tätä toteamusta lieneekin perusteltua tulkita siten, että vaikka mainitunlaisten faktojen voidaankin katsoa riittävän itse väärinkäytöksen selvittämisessä toteutuneen tarjoajan toiminnan asianmukaisuuden osoittamiseen, eivät ne silti voine ainakaan pääsääntöisesti yksinään riittää muiden hankintalain 82 §:n 2 ja 3 momentissa hankintayksikölle annettujen tehtävien asianmukaiseen suorittamiseen. EUT lisääkin toteamuksensa jälkeen, että hankintayksikkö voi vaatia kyseistä tarjoajaa esittämään tosiseikkoja koskevia todisteita, joiden avulla voidaan osoittaa tämän toteuttamien toimenpiteiden olevan väärinkäytöksen olosuhteet huomioon ottaen todella asianmukai-

---

<sup>101</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 25, 30.

<sup>102</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 31.

sia, mikäli tosiasiat ja olosuhteet eivät käy riittävän selvästi ilmi jo muista tarjoajan toimittamista asiakirjoista.<sup>103</sup> Näin ollen EUT näyttäisi päätyvän loppupäätelmään, jonka mukaan hankintayksikön tulee arvioida saamansa selvityksen riittävyttä *erillisesti* kaikkien kolmen edellä käsitellyn tehtävän osalta.

Tällaista tehtäväkohtaisen erottelun vaatimusta tehostaa EUT:n asettama hankintaviranomaisen ja tarjoajan välisen yhteistyön laatua koskeva edellytys. EUT:n mukaan hankintaviranomaisen kanssa tapahtuvan yhteistyön on nimittäin rajoitettava sellaisiin toimenpiteisiin, jotka ovat *ehdottoman tarpeellisia* tarjoajan luotettavuuden tutkimisella tavoitellun päämäärän tehokkaaksi saavuttamiseksi.<sup>104</sup> Tarjoajan siis voidaan edellyttää toimittavan hankintayksikölle väärinkäytöstään koskevaa näyttöä vain siinä laajuudessa kuin tämä selvitys on todella tarpeellista hankintayksikölle annettujen tarjoajan luotettavuuden arviointiin liittyvien tehtävien asianmukaiseksi suorittamiseksi. Rajauksen pääasiallisena tarkoituksena lienee ollut sen estäminen, että hankintayksikkö edellyttäisi suhteettoman laajojen tai jopa täysin tarpeettomien selvitysten esittämistä.<sup>105</sup> Tarjoajan ja hankintaviranomaisen väliseltä yhteistyöltä ei voida myöskään kumman osapuolen kohdalla vaatia samanlaista aktiivisuutta kuin yhdessä tutkintaviranomaisen kanssa tehtävältä selvitykseltä.<sup>106</sup> Käytännössä tällainen tehtävien erittely ja näytön tarpeellisuuden yksityiskohtainen arvioiminen lienee kuitenkin useimmiten merkityksetöntä, sillä aiheuttamansa vahingon täysimääräisesti korvanneen ja luotettavuutensa osoittamiseen pyrkivän tarjoajan kannattaa pääsääntöisesti pyrkiä osoittamaan vilpittömyytensä toimittamalla hankintayksikölle virallisen tutkinnan perusteella syntynyt aineisto kokonaisuudessaan.

Kaikkien poissulkemisperusteiden taustalla ei kuitenkaan ole sellaista väärinkäytöstä, josta tulisi järjestää muodollinen tutkintaviranomaisen suorittama tutkinta. Tällainen tilanne voi olla käsillä lähinnä silloin kun kyseessä on hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan mukainen ammattitoiminnassa tapahtunut vakava virhe tai 9 kohdan mukaiset aikaisempien sopimusten

---

<sup>103</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 32.

<sup>104</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 28.

<sup>105</sup> Ks. Giosa 2020, s. 16. *Giosan* mukaan EUT halusi kyseisellä rajauksella nimenomaan estää korjaavien toimenpiteiden arvioinnin kannalta tarpeettomien tietojen ”kalastelemisen” niissä tilanteissa, joissa tällaisista tiedoista voisi olla hyötyä hankintayksikön yksityisoikeudellisten vaatimusten kannalta. Tuomioistuimen linjaus tulee kuitenkin ymmärtää tätä laajemmassa merkityksessä, sillä jo suhteellisuusperiaate edellyttää hankintayksikön vaatimusten olevan oikeassa suhteessa tälle annetuilla tehtävillä tavoiteltujen päämäärien kanssa.

<sup>106</sup> Ks. julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 49. Julkisasiamies katsoo hankintayksikön tehtävän todisteiden arvioinnissa olevan *passiivinen*, eikä hankintaviranomaisen ole siis tätä tehtävää varten kaikissa tapauksissa välttämätöntä harjoittaa tutkintatoimintaa samoin kuin varsinaisen tutkintaviranomaisen.



täyttämisen yhteydessä ilmenneet puutteellisuudet.<sup>107</sup> Tästä huolimatta tulee tarjoajalla olla näissäkin tapauksissa mahdollisuus luotettavuutensa osoittamiseen toimintaansa selvittämällä ja toisaalta hankintayksikön täytyy kyetä tutkimaan tarjoajan esittämien toimenpiteiden riittävyyttä suhteessa tämän virheeseen tai laiminlyöntiin, tarjoajan suorittaman korvauksen asianmukaisuuden arviointia unohtamatta. Tarjoajan luotettavuuden palautumisen kannalta onkin ensiarvoisen tärkeää, että tämä voi näyttää selvittäneensä virheellisen toimintansa kaikessa laajuudessaan, mikä tuleekin ilmi jo siinä, että hankintalain 82 §:n 2 momentissa edellytetään tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämisen tapahtuvan kattavasti.

Mikäli väärinkäytöksestä ei ole järjestetty virallista tutkintaa, voinee hankintayksikkö edellyttää tarjoajan esittävän näyttöä itse toteuttamastaan tai teettämästään selvityksestä. Myös näissä tapauksissa tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämiseltä vaadittava yksityiskohtaisuus ja selvityksen laajuus, sekä toteuttamistapa riippuvat välttämättä selvitetävän väärinkäytöksen luonteesta ja ominaisuuksista. Etenkin verrattain lievän väärinkäytöksen kohdalla voisi yleensä olla riittävää, että tarjoaja on toteuttanut asiaa koskevan sisäisen selvityksen, kunhan tällaisen selvityksen perusteella syntyneestä aineistosta ilmenee väärinkäytöksen tosiasiat riittävän yksityiskohtaisesti ja uskottavasti, jotta hankintayksikkö voisi toteuttaa asianmukaisen arvioinnin ja tarjoajan luotettavuus ei jäisi kyseenalaiseksi. Vakavampien väärinkäytösten osalta tarjoajan saattaisi olla tarpeen turvautua ulkopuolisen selvittäjän palveluksiin. Riippumattoman ulkopuolisen tahon toteuttamia erityistarkastuksia onkin suosittu muun muassa saksalaisessa korjaavia toimenpiteitä koskevassa oikeuskäytännössä, ja vastaavia selvityksiä on voitu edellyttää teetetäväksi myös tutkintaviranomaisen suorittaman tutkinnan ohella.<sup>108</sup> Taloudellisten väärinkäytösten kohdalla tarjoajan voi olla tarpeen tilata ulkopuolisen henkilön suorittama erityistilintarkastus.<sup>109</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on myös korostettu väärinkäytöksen nopean selvittämisen tärkeyttä.<sup>110</sup> Asian pikainen ja tehokas tutkiminen onkin tärkeää, jotta voitaisiin turvata selvityksen asian-

---

<sup>107</sup> Kyseessä voi olla myös 81 §:n 5 kohdan mukainen ympäristö-, sosiaali- tai työoikeudellisten velvoitteiden rikkominen, joka *lex specialis* -tyyppisenä sääntelynä tulee sovellettavaksi 81 §:n 3 kohdan sijasta. Ks. analogisesti julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohdat 25, 26.

<sup>108</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 259.

<sup>109</sup> Esimerkiksi osakeyhtiölain 7 luvun 7 §:n mukainen erityinen tarkastus tai muunlainen ylimääräinen ja nimenomaan havaittuun tai epäiltyyn väärinkäyttöön kohdistuva tilintarkastus.

<sup>110</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009 s. 259.

mukainen laajuus ja välttyttäisiin mahdolliselta tietojen salaamiselta ja hävittämiseltä. Viivytely tutkimuksen aloittamisessa saattaa luoda kuvan, että asioihin ei suhtauduta vakavasti.<sup>111</sup> Nopeasti ja riittävän suurin panostuksin toteutettava kokonaisvaltainen tutkinta voi olla arvioinnin kannalta olennainen osoitus siitä, että tarjoajalla ei ole tarkoituksena pyrkiä peittelemään toiminnassaan ilmi tulleita virheitä. Selvityksestä ilmenevä avoimuus ja huolellisuus voivatkin olla merkittäviä tekijöitä tarjoajan luotettavuuden riittävyttä punnitessa.

### 4.3 Organisaatoriset toimenpiteet

Kolmanteen hankintalain 82 §:n 2 momentissa määriteltyjen korjaavien toimenpiteiden luokkaan kuuluvat sellaiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan estää uudet rangaistavat teot, virheet tai laiminlyönnit. Vahingon korvaamisen ja tosiasioiden selvittämisen ollessa luonteeltaan jälkikäteisiä, epäasianmukaisen toiminnan haitallisten vaikutuksen minimoimiseen tähtääviä keinoja, voidaan tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet puolestaan luokitella ennakkollisiksi, mahdollisia tulevaisuudessa tapahtuvia väärinkäytöksiä ehkäiseviksi toimenpiteiksi.<sup>112</sup> Näistä toimenpiteistä käytetään jatkossa myös yhteisnimitystä *organisaatoriset toimenpiteet*, sillä kaikkien tähän kategoriaan kuuluvien toimenpiteiden tarkoituksena on nimenomaan organisaation puitteissa tapahtuvaan toimintaan vaikuttaminen. Voidaankin katsoa, että tähän toimenpiteiden luokkaan kuuluvat *kaikki* sellaiset yritystä ja sen toimintaa koskevat toimenpiteet, joiden tarkoituksena on tulevaisuudessa potentiaalisesti tapahtuvien väärinkäytösten estäminen tai ehkäiseminen.<sup>113</sup>

Organisaatoristen toimenpiteiden täytyy hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa ja hankintalain 82 pykälän 2 momentissa käytettyjen sanamuotojen perusteella olla luonteeltaan *konkreettisia*. Näin ollen tarjoajan toteuttamat toimenpiteet eivät saa olla vain näennäisiä, julkisivun kiillottamiseen ja hankintayksikön manipuloimiseen tarkoitettuja taktisia

---

<sup>111</sup> Ratsula 2016, s. 259.

<sup>112</sup> Toisaalta myös tosiasioiden kattavalla selvittämisellä ja vahingon korvaamisella voidaan nähdä olevan epäasianmukaisen toiminnan jatkumista ehkäisevä funktio, joskaan ei yhtä suoraviivaisesti kuin organisaation toimintaa jatkuvasti ohjaavilla käytänteillä. Esimerkiksi kilpailulain 14 §:n mukaisella kartellia koskevien tietojen ja todisteiden toimittamisella ehkäistään tehokkaasti kyseisen väärinkäytöksen toistumista, sillä mikään yritys tuskin haluaa lähteä salaisiin kilpailunrajoituksiin sellaisen toimijan kanssa, jolla on taipumusta paljastaa oma kartellinsa.

<sup>113</sup> Tällaista systematisoivaa tulkintaa puoltaa myös se, että hankintalain 82 §:n 2 momentissa käytettyjen sanamuotojen perusteella kyseinen lainkohta vaikuttaisi sisältävän kattavan listauksen kaikista tarjoajan käytettävissä olevista luotettavuuden osoittamiseen soveltuvista toimenpiteistä. Lainkohtaa ei liene perusteltua tulkita sillä tavoin suppeasti, että mahdollisesti relevantteja tarjoajan toteuttamia toimenpiteitä voisi jäädä säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.

väistöliikkeitä, vaan hankintayksikön tulee vaatia näiltä toimenpiteiltä myös tosiasiallista vaikuttavuutta. Tätä johtopäätöstä korostaa myös hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleessa esitetty vaatimus toimenpiteiden tehokkuudesta. Kyseeseen tulevat sellaiset luotettavuutta osoittavat toimet, joilla tarjoaja voi saada hankintayksikön vakuuttumaan siitä, että tämä on tosiasiallisesti muuttanut toimintatapojaan. Esimerkiksi pelkkä yleisluontoinen julistus rehellisempien toimintatapojen omaksumisesta ei liene tulkittavissa korjaavaksi toimenpiteeksi, ellei tarjoaja kykene osoittamaan, että tällä julistuksella on ollut konkreettinen vaikutus kyseisen organisaation toimintaan. Jotta tarjoajan antama lupaus vastuullisemmista ja läpinäkyvämmistä toimintatavoista voisi olla korjaustoimenpiteenä hyväksyttävä, tulee tällaisen sitoumuksen johtaa myös selviin ja todellisiin muutoksiin organisaation toimintatavoissa. Lisäksi tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden tulee olla sopivia säännöksellä tavoitellun päämäärän – eli uusien väärinkäytösten estämisen – saavuttamiseksi. Sen ohella, että näiden toimenpiteiden tulee yleisesti ehkäistä kaikenlaisia väärinkäytöksiä, on perusteltua edellyttää, että ne ovat myös sopivia erityisesti saman väärinkäytöksen uusiutumisen ehkäisemiseksi.<sup>114</sup>

Hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleessa on listattu esimerkkejä tällaisista toimenpiteistä ja täysin vastaavat esimerkit löytyvät myös hallituksen esityksen yksityiskohtaisista perusteluista. Hallituksen esityksen mukaan henkilöstöä ja organisaatiota koskevin toimenpiteinä voisi tulla kyseeseen esimerkiksi yhteyksien katkaiseminen henkilöihin tai organisaatioihin, jotka ovat osallistuneet asiattomaan toimintaan, asianmukaiset henkilöstön uudelleenorganisointitoimet, raportointi- ja valvontajärjestelmien käyttöönotto, sisäisen tarkastusrakenteen perustaminen valvomaan säännösten noudattamista sekä sisäisten vastuu- ja korvaussääntöjen antaminen.<sup>115</sup>

Etenkin vakavissa väärinkäytöstapauksissa luotettavuuden palauttaminen voi edellyttää rikokseen, virheeseen tai laiminlyöntiin osallisten henkilöiden irtisanomista. Esimerkiksi eräässä kaikkien aikojen laajimmista korruptiovyyhdeistä kansainvälinen teknologiayhtiö Siemens irtisanoi 244 työntekijää muiden toimintansa puhdistamiseksi ja luotettavuutensa palauttamiseksi toteuttamiensa toimenpiteiden ohella.<sup>116</sup> Irtisanomisten osalta tulee ottaa huomioon, ettei tämä ole tarjoajan työoikeudellisten velvoitteiden vuoksi aina mahdollista. Työsuhteen päättämisen

---

<sup>114</sup> Ks. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/6281 2015, s. 108.

<sup>115</sup> HE 108/2016 vp, s. 190.

<sup>116</sup> Schoeni 2016, s. 64. Lisäksi Siemens käytti 500 miljoonaa rikostutkintoja helpottaneisiin sisäisiin selvityksiin, maksoi korvauksia noin 1.6 miljardin dollarin arvosta, sekä toteutti mittavia rakenteellisia uudistuksia uusien väärinkäytösten estämiseksi. Ks. Garrett 2011, s. 1777, 1786–1788; Youngman 2013, s. 416.

sijaan kevyempinä henkilöstötoimenpiteinä voivat tulla kyseeseen varoitusten antaminen ja väärinkäytökseen osallisten henkilöiden sijoittaminen toisiin tehtäviin, joissa riski väärinkäytösten toistumisesta on oleellisella tavalla pienempi.<sup>117</sup>

Henkilöstötoimenpiteiden lisäksi luotettavuutensa palauttamiseen pyrkivä tarjoaja voi ottaa käyttöön virheiden ja väärinkäytösten ehkäisemiseen tarkoitettuja teknisiä ja rakenteellisia tarkastus-, raportointi- ja valvontajärjestelmiä, joista voidaan käyttää myös yhteisnimitystä compliance-toiminnot. Compliance-toiminnoilla tarkoitetaan yrityksen sisäisen toiminnan normien mukaisuuksien valvontaan, rikkomusten havaittavuuden lisäämiseen, lainmukaisen toiminnan edistämiseen ja oikeudellisten riskien välttämiseen liittyviä toimenpiteitä.<sup>118</sup> Siten compliance-ohjelmaan voidaan katsoa kuuluvan teknisten ja rakenteellisten uudistusten lisäksi myös esimerkiksi yrityksen henkilöstölleen antamat säännöt ja toimintaohjeet sekä koulutus.

Luotettavuutensa palauttamiseen pyrkivän tarjoajan voikin olla tarpeen luoda sitovat organisaationlaajuiset ohjesäännöt ja järjestää henkilöstölleen säännöllisiä lainsäädäntöä – erityisesti rikos-, kilpailu- ja hankintaoikeudellista, sekä muuta toimialalla noudatettavaa sääntelyä – ja yrityksen omaksumia compliance-toimintoja koskevia koulutustilaisuuksia. Korjaavina toimenpiteinä hyväksyttävissä rakenteellisia uudistuksia voivat olla esimerkiksi hallinnollisten ja operatiivisten osastojen erottaminen toisistaan, sekä tärkeiden päätösten kaksivaiheinen varmistaminen.<sup>119</sup> Uskottavan valvonnan toteuttamiseksi saattaa tarjoajan olla tarpeen järjestää sisäinen tarkastuselin tai vakavammissa tapauksissa ulkopuolinen valvoja, jonka tehtäviin kuuluu yrityksen toiminnan lainmukaisuuden valvonta.<sup>120</sup> Etenkin suurten yritysten toiminnan kannalta keskeinen luotettavuutta kohentava toiminto on niin sanottu whistleblowing-ilmoituskanava. Sisäisen ilmoitusjärjestelmän käyttöönoton lisäksi on kuitenkin tärkeää varmistaa turvallinen asema niille työntekijöille, jotka ilmoittavat toimivaltaiselle tarkastuselimelle tai viranomaiselle mahdollisista rikkomuksista.<sup>121</sup>

Compliance-ohjelmaan sisältyvien toimenpiteiden tulee olla tehokkaita estämään erityisesti saman väärinkäytöksen uudelleen toistuminen, mutta myös laajemminkin muiden samantyyppis-

---

<sup>117</sup> Ks. asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohta 37.

<sup>118</sup> Hoppu – Hoppu 2020, s. 406.

<sup>119</sup> Euroopan komissio 2012, s. 9.

<sup>120</sup> Ks. Lord 2013, s. 138, 139.

<sup>121</sup> Palenikova 2012 s. 279.

ten rikosten ja laiminlyöntien tapahtuminen. Väärinkäytösten yleisluontoinen ehkäiseminen lie-  
nee luotettavuuden palautumisen kannalta välttämätöntä erityisesti silloin kun tarjoajalla on  
taustallaan jo valmiiksi useita erilaisia rikoksia tai rikkomuksia. Tarjoajan kannattaa kuitenkin  
joka tapauksessa teettää perusteellinen riskianalyysi ennen toteutettavien toimien valitsemista,  
jotta voitaisiin varmistua siitä, että valituksi tulevat ne yksittäiset toimenpiteet, jotka ehkäisevät  
nimenomaan keskeisimpiä ja vakavimpia tarjoajan toiminnassa esiintyviä riskejä.<sup>122</sup> Tulee huo-  
mata, että myös asianmukaisesti tehdyllä riskianalyysillä itsellään voi olla huomattava vaikutus  
tarjoajan luotettavuudelle, mikäli tässä esitettyjä mahdollisia toimenpide-ehdotuksia on nouda-  
tettu ja nämä toimenpiteet esitetään hankintayksikölle osana riskiarvioon perustuvaa kokonai-  
suutta.

---

<sup>122</sup> Ks. Mutschler-Siebert – Dorschfeldt 2015, s. 247–248. Kirjoittajien mukaan riskianalyysin tulee olla lähtökohta korjaavia toimenpiteitä toteutettaessa, sillä oleellisten riskien sisältö voi vaihdella suuresti muun muassa organi-  
saatiarakenteesta, alan käytännöistä, sekä markkinoiden kilpailutilanteesta ja läpinäkyvyydestä riippuen.

## 5 HANKINTAYKSIKÖN MENETTELYVELVOLLISUUDET

### 5.1 Velvollisuuksien perusteet ja soveltamisala

Hankintalain 82 §:n 1 momentin mukaan ehdokas tai tarjoaja ”voi” esittää näyttöä luotettavuudesta. Kyseinen säännös perustaa tarjoajalle *oikeuden* esittää saman pykälän 2 momentissa tarkemmin määriteltyä näyttöä siinä tapauksessa, että tätä rasittaa jokin poissulkemisperuste.<sup>123</sup> Tämän oikeuden käyttäminen on tarjoajalle luonnollisestikin täysin vapaaehtoista, sillä hankintalakiin tai muuhunkaan lainsäädäntöön ei sisälly yksityisiä elinkeinonharjoittajia tai yrityksiä koskevaa velvoitetta luotettavuuden palauttamiseen tähtäävien toimenpiteiden toteuttamisesta. Korjaavista toimenpiteistä annettujen menettelysääntöjen yleisluonteisuuden takia on kyseisen tarjoajalle annetun oikeuden sisällön täsmällinen määrittäminen jäänyt pitkälti oikeusperiaatteiden ja oikeuskäytännössä – etenkin Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisuissa – syntyvien tulkintaratkaisujen varaan.

Tarjoajalle myönnetyn oikeuden vastapainona hankintayksikölle syntyy velvollisuus hankinnassa noudatettavan menettelyn järjestämiseen siten, että tarjoajalla on tosiasiallinen mahdollisuus kyseisen oikeuden käyttämiseen.<sup>124</sup> Näin ollen hankintayksikön keskeisiin velvollisuuksiin kuuluvat näytön vastaanottaminen ja sen asianmukainen tutkiminen sekä riittävyyden arviointi. Hankintalain 3 §:ssä mainittujen hankintaoikeudellisten periaatteiden lisäksi hankintayksikön tulee ottaa hankintamenettelyä suunnitellessaan ja toteuttaessaan huomioon myös hallinnon yleiset oikeusperiaatteet sekä muut hallintoa yleisesti koskevasta lainsäädännöstä ilmenevät viranomaisen toimintaa koskevat menettelyvelvollisuudet, kuten hallintolain 28 §:n mukaiset esteellisyysperusteet ja 34 §:n mukainen kuulemisvelvollisuus.

Koska korjaavista toimenpiteistä säädetään hankintalain EU-kynnysarvon<sup>125</sup> ylittäviä tavara- ja palveluhankintoja, rakennusurakoita sekä suunnittelukilpailuja käsittelevässä II osassa, koskee kyseinen sääntely ja siitä ilmenevät hankintayksikköä sitovat velvoitteet lähtökohtaisesti vain näitä hankintalajeja. Hankintalain 80–82 §:n sisältyvän poissulkemisjärjestelmän soveltamisala

---

<sup>123</sup> Ks. asia C-472/19 *Vert Marine*, kohta 17. EUT:n mukaan korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn sanamuodosta käy ilmi, että ” siinä annetaan talouden toimijoille oikeus, joka jäsenvaltioiden on turvattava”.

<sup>124</sup> Ks. asia C-472/19 *Vert Marine*, kohta 36.

<sup>125</sup> 134 000 euroa valtion keskushallintoviranomaisten tai 207 000 euroa muiden hankintayksiköiden tavarahan-kinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa, 5 186 000 euroa käyttöoikeussopimuksissa.

on kuitenkin tosiasiasa tätä laajempi, sillä hankintalainsäädännössä on useita viittauksia kyseisten säännösten soveltamisesta erityyppisten hankintojen osalta. Muualla hankintalainsäädännössä esitetyt viittaussäännökset kuitenkin poikkeavat toisistaan sanamuodoiltaan ja merkityssisällöiltään, mikä paikoin vaikeuttaa korjaustoimenpiteisiin liittyvien velvoitteiden täsmällisten rajojen määrittämistä.

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1398/2016, erityisalojen hankintalaki) 83 §:n mukaan hankintayksikkö voi soveltaa ”ehdokkaan ja tarjoajan soveltavuuden arviointiin ja valintaan hankintalain 81 §:ssä säädettyjä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita” ja ”ehdokas tai tarjoaja voi esittää näyttöä luotettavuudestaan pakollisesta tai harkinnanvaraisesta poissulkemisperusteesta huolimatta siten kuin asiasta hankintalain 82 §:ssä säädetään. Kun otetaan huomioon, että myös pakollisia poissulkemisperusteita koskevat hankintalain 80 § ja erityisalojen hankintalain 84 § ovat sisällöltään identtisiä, on tultava siihen johtopäätökseen, että korjaavia toimenpiteitä on sovellettava erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa täysin samoista lähtökohdista kuin hankintalain mukaisissa EU-hankinnoissa.

Hankintalain 116 §:n 1 momentissa käytetyn sanamuodon mukaisesti myös hankintalain 13 luvussa käsiteltyihin käyttöoikeussopimushankintoihin *tulee* soveltaa hankintalain 82 §:ää. Sen sijaan kansallisia hankintoja<sup>126</sup> koskevan 105 §:n 2 momentin mukaan ” ehdokkaiden ja tarjoajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle ja soveltavuutta koskevien vaatimusten asettamisessa voidaan noudattaa, mitä 80–86 §:ssä säädetään.” Kyseisessä lainkohdassa ei siis aseteta hankintayksikköä sitovaa velvoitetta korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn noudattamiseen. Samoin myös sosiaali- ja terveystalvueluita sekä muita erityisiä palveluhankintoja koskevassa hankintalain 114 §:n 2 momentissa käytetty sanamuoto – ”voidaan soveltaa” – vaikuttaisi mahdollistavan 82 §:n harkinnanvaraisen käyttämisen, joskin näiden hankintojen osalta hankintayksikön edellytetään noudattavan hankintalain 80 §:ssä mainittuja pakollisia poissulkemisperusteita.

Hallituksen esityksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan kansallisia hankintoja koskevalla velvoitteiden rajauksilla on pyritty ”vähentämään hankintayksikön ja tarjoajan hallinnollista

---

<sup>126</sup> EU-hankintakynnyksen alittava, mutta kansallisen hankintakynnyksen ylittävä hankinta. Hankintalain 25 §:n mukaan kansalliset kynnyksarvot ovat 60 000 euroa tavarahankinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa, 150 000 euroa rakennusurakoissa.

taakkaa siinä, että jokaisessa EU-kynnysarvon alittavassa hankinnassa ei olisi velvollisuutta selvittää poissulkemisperusteiden olemassaoloa.” Lisäksi perusteluissa todetaan että ”80–86 §:n soveltamisen mahdollisuus soveltuvin osin ei tarkoittaisi sitä, että lain II osan hankintadi- rektiivistä johtuvia säännöksiä olisi sovellettava kansallisissa hankinnoissa sellaisinaan. Kuten hankintamenettelyä koskevia säännöksiä, myös soveltuvuusehtoja ja poissulkemisperusteita koskevia säännöksiä voitaisiin soveltaa II osan säännöksiin nähden väljemmin.” Sosiaali- ja terveystaloudellisia sekä muita erityisiä palveluhankintoja koskevan sääntelyn osalta hallituksen esityksessä todetaan, että vastaava poissulkemisjärjestelmän osittainen soveltaminen on mah- dollista myös näiden hankintojen kohdalla.<sup>127</sup> On kuitenkin suhtauduttava varauksella sellai- seen tulkintaan, että edellä esitetty sääntely mahdollistaisi tarjoajalle hankintalain 82 §:ssä an- nettujen oikeuksien täyden tai edes osittaisen epäämisen, etenkin kun tällaista menettelyvaih- toehtoa punnitaan yleisiä hankintaoikeudellisia periaatteita vasten.

Tarjoajan poissulkeminen ilman, että tälle annetaan asianmukaista mahdollisuutta luotettavuus- tensa osoittamiseen, olisi ilmeisessä ristiriidassa suhteellisuusperiaatteen sekä tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden vaatimusten kanssa. Kuten aiemmin jo ilmeni, on tarjoajan luo- tettavuuteen kytkeytyvillä poissulkemisperusteilla tavoiteltu lähinnä kilpailun turvaamiseen ja hankintamenettelyn sekä itse hankintasopimuksen toteutumiseen liittyviä päämääriä. Koska suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintayksikön menettely on oikeassa suhteessa tavoitel- tavan päämäärän kanssa, ei luotettavuutensa todistettavasti palauttaneen tarjoajan poissulkemi- nen voi olla kyseessä olevan periaatteen valossa hyväksyttävää, sillä poissulkemisella ei olisi mahdollista saavuttaa yhtäkään poissulkemisjärjestelmää koskevan sääntelyn taustalla vaikut- tavista päämääristä, vaan toimenpide olisi päinvastoin hankintalain yleisten tavoitteiden vastai- nen. Korjaavien toimenpiteiden huomioimisen laiminlyönti tarkoittaisi myös yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista, jonka perusteella riittäviä korjaustoimenpiteitä toteuttaneita tarjoajia ei tulisi kohdella samalla tavalla kuin sellaisia tarjoajia, jotka eivät ole pyrkinet osoit- tamaan luotettavuuttaan.<sup>128</sup> Lisäksi kaikenlainen tinkiminen hankintalain 82 §:ssä hankintayk- sikölle asetettujen velvollisuuksien sisällöstä voisi johtaa tarjoajan menettelyä koskevien oi- keutettujen odotuksien vaarantumiseen.<sup>129</sup> Näin ollen hankintayksikön on syytä noudattaa kaik- kia korjaavia toimenpiteitä koskevaan sääntelyyn sisältyviä velvoitteita aina kun tämä harkitsee

---

<sup>127</sup> HE 108/2016 vp, s. 213, 216.

<sup>128</sup> Ks. Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom*, kohta 27; Asia C-336/12 *Manova*, kohta 30.

<sup>129</sup> Hallintolain 6 §:ssä ilmaistaan luottamuksensuojaperiaate, jonka mukaan viranomaisen toimien on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Korjaavia toimenpiteitä toteuttaneelle tarjoajalle voi syntyä legitiimi odotus siitä, että tämä voi myös tehokkaasti vedota kyseisiin toimenpiteisiin. Hankintayksikön tekemät



tarjoajan poissulkemista hankinnan lajista riippumatta.

## 5.2 Kuulemisvelvollisuus

Yksi keskeisimmistä uuden hankintadirektiivin mukanaan tuomista muutoksista on tarjoajan soveltuvuuden tarkastamiseen tarkoitettu vakioimuotoinen lomake, yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja (ESPD), josta säädetään hankintalain 87 §:ssä. ESPD-lomakkeen käyttäminen on hankintalain 87 §:n 1 momentin mukaisesti pakollista kaikissa EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Lomake toimii alustavana näyttönä siitä, ettei tarjoajaa rasita mikään pakollisista tai harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista, ja että tarjoaja täyttää hankintayksikön asettamat hankintalain 83 §:n mukaiset soveltuvuusvaatimukset. Hankintayksikkö voi jättää harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita ESPD-selvityksen ulkopuolelle, mutta tällöin sillä ei ole välttämättä mahdollisuutta enää myöhemmin sulkea tarjoajaa ulos tarjouskilpailusta kyseisiin perusteisiin vedoten.<sup>130</sup> Lomakkeella tarjoaja voi vakuuttaa, että häntä ei koske mikään pakollisista tai lomakkeessa esitetyistä harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Vaihtoehtoisesti tarjoaja voi myöntää tätä rasittavan poissulkemisperusteen, jolloin tämän tulee täyttää lomakkeelle kyseistä rikosta, virhettä tai laiminlyöntiä koskevat lisätiedot sekä tiedot mahdollisesti toteuttamistaan korjaavista toimenpiteistä.<sup>131</sup>

Lähtökohtaisesti tarjoajan siis tulee ilmoittaa itseensä kohdistuvasta poissulkemisperusteesta ja toteuttamistaan korjaavista toimenpiteistä jo ESPD-lomakkeessa. Tästä menettelytavasta on sisällytetty maininta myös hallituksen esitykseen, jonka mukaan ”hankintayksikkö voisi edellyttää hankinta-asiakirjoissa, että tiettyjen yksilöityjen poissulkemisperusteiden osalta mahdollisten korjaavien toimenpiteitä koskeva selvitys esitetään jo tarjousten ja yhteisen eurooppalaisen

---

yllättävät poikkeamat menettelyn säännönmukaisesta kulusta voivat olla ongelmallisia, etenkin jos tällaiselle poikkeamalle ei ole pätevää perustetta.

<sup>130</sup> Pekkala ym. 2019, s. 388 Kirjoittajien näkemysten mukaan ESPD-selvityksen ulkopuolelle jätettyyn harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen vetoaminen olisi avoimuus- ja syrjimättömyysvaatimusten vastaista. Ks. myös asia C-171/15 *Connexion*, kohta 40, jonka mukaan avoimuusperiaate edellyttää, että ”kaikki hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille taloudellisille toimijoille niiden täsmällisen laajuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla.” Vrt. KHO:2019:132, jossa korkein hallinto-oikeus toteaa, että ”tarjoajan poissulkeminen tarjouskilpailusta hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdan nojalla ei edellytä, että poissulkemisperusteen käyttämisestä olisi mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa etukäteen.” KHO ei kuitenkaan esitä näkemykselleen minkäänlaisia perusteluita ja tällainen tulkinta vaikuttaisikin olevan ristiriidassa EUT:n ratkaisukäytännössä muotoutuneiden avoimuuden vaatimusten kanssa.

<sup>131</sup> Ks. esim. Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2018, III osa A.

hankinta-asiakirjan jättämisen yhteydessä.”<sup>132</sup> Oikeuskirjallisuudessa onkin korjaavia toimenpiteitä koskien esitetty, että koska mahdollisuus näytön esittämiselle sisältyy jo ESPD-lomakkeeseen, ei hankintayksikön tarvitse kuulla tarjoajaa enää erikseen.<sup>133</sup> Voidaan kuitenkin kysyä, että miten hankintayksikön tulisi toimia tilanteessa, jossa tarjoaja ei ole ilmoittanut tätä koskevista poissulkemisperusteista ja kyseisen perusteen olemassaolo ilmeneekin vasta hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa.

Tulee huomata, että jättämällä lomakkeessa tiedustellun poissulkemisperusteen ilmoittamatta voi tarjoaja syyllistyä hankintalain 81 §:n 1 momentin mukaiseen olennaisesti väärin tietojen antamiseen.<sup>134</sup> Tällöin tarjoaja saattaa menettää mahdollisuutensa vedota tehokkaasti toteutamiinsa korjaaviin toimenpiteisiin, sillä riittävän luotettavuuden osoittaminen lienee kovin epätodennäköistä tilanteessa, jossa tarjoaja on syyllistynyt poissulkemisperusteen täyttävään väärinkäytökseen myös juuri kyseessä olevassa hankintamenettelyssä. Väärin tietojen antamista koskevan poissulkemisperusteen soveltumiseksi vaaditaan tarjoajan toiminnalta kuitenkin tietynasteista vakavuutta ja tahallisuutta. Käytännössä tarjoajan voi joissain tapauksissa olla varsin vaikea arvioida, onko tämä syyllistynyt sellaiseen virheeseen tai laiminlyöntiin, joka oikeuttaisi hankintayksikön sulkemaan tämän ulos tarjouskilpailusta.

Ilmeisesti lähinnä edellä mainitun kaltaisten tilanteiden varalta sekä niitä hankintamenettelyitä koskien, joissa hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta ESPD-lomakkeen pyytämiseen, hallituksen esityksessä todetaan, että hankintayksikön olisi joka tapauksessa suositeltavaa ilmaista tarjoajalle aikeensa ennen poissulkemista koskevan ratkaisun tekemistä ja antaa tälle näin mahdollisuus esittää näyttöä luotettavuutensa osoittamiseksi. Kyse on kuitenkin vain suosituksesta, mikä korostuukin aiemmin perusteluissa ilmaistussa tulkintasäännössä, jonka mukaan ”hankintayksiköllä ei olisi velvollisuutta vaatia tai pyytää näyttöä luotettavuudesta.”<sup>135</sup> Hallituksen esityksen perusteella tarjoajan tulisikin siis esittää korjaavia toimenpiteitä koskeva selvityksensä

---

<sup>132</sup> HE 108/2016 vp, s. 189. Tällainen vaatimus vastaa käytännössä hankintadirektiivin implementaatiossa Viron hankintalakiin omaksuttua sääntelyä, jonka mukaan tarjoajan on esitettävä toteuttamiaan toimenpiteitä koskeva selvitys jo osallistumishakemuksensa tai tarjouksensa yhteydessä, sillä uhalla että myöhemmin esitetty selvitys jätetään huomiotta. Ks. Simovart – Härjinen 2019, s. 236.

<sup>133</sup> Pekkala ym. 2019, s. 392.

<sup>134</sup> Hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan h alakohdassa mainitaan nimenomaisesti säännöksen soveltuvan tilanteisiin, joissa tarjoaja on jättänyt ilmoittamatta itseään rasittavasta poissulkemisperusteesta. Ks. myös asia C-178/16 *Mantovani*, kohta 48, jonka mukaan se, että hankintaviranomaiselle ei ilmoiteta hallituksen entisen jäsenen rikosoikeudellisesti rangaistavasta menettelystä, voi myös olla seikka, jonka perusteella tarjoaja voidaan sulkea julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn ulkopuolelle.

<sup>135</sup> HE 108/2016 vp, s. 189.

oma-aloitteisesti. Käytännössä oma-aloitteisuuden edellyttäminen on kuitenkin osoittautunut monin tavoin ongelmalliseksi.

EUT:n oikeuskäytännössä oma-aloitteisuuden edellyttämiseen liittyvää problematiikkaa on suoraviivaisimmin käsitelty vuoden 2021 alussa annetussa ennakkopäätösratkaisussa *RTS infra*. Tapauksessa oli kyse siitä, että onko hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä käytännölle, jonka mukaan asianomaisen tarjoajan on julkista hankintaa koskevassa sopimuskentekomenettelyssä osallistumishakemuksensa tai tarjouksensa jättämisen yhteydessä esitettävä oma-aloitteisesti näyttöä korjaavista toimenpiteistä, vaikka tällainen velvollisuus ei ilmene sovellettavasta kansallisesta säännöstöstä eikä hankinta-asiakirjoista. Ratkaisussaan tuomioistuin tulee siihen johtopäätökseen, että tällainen velvoite on mahdollista asettaa vain, jos velvoitteen olemassaolosta on säädetty sovellettavassa kansallisessa säännöstössä selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti, ja jos se on saatettu asianomaisen tarjoajan tietoon hankinta-asiakirjojen avulla. Tätä näkökantaa tuomioistuin perustelee avoimuusperiaatteesta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta aiheutuvilla menettelyvaatimuksilla.<sup>136</sup> Avoimuusperiaate edellyttää, että kaikki hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt on esitettävä selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa siten, että mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille taloudellisille toimijoille niiden täsmällisen laajuuden ymmärtäminen ja niiden tulkitseminen samalla tavalla. Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteutumiseksi taas on välttämätöntä, että tarjoajilla on tosiasiallisesti samat mahdollisuudet tarjouksiaan laatiessaan, mikä myös osaltaan asettaa vaatimuksia koskien menettelyn selkeyttä ja avoimuutta.<sup>137</sup>

Keskeisin tarjoajan oma-aloitteisuudelle asetettavia vaatimuksia rajoittava tekijä lienee kuitenkin tarjoajan oikeus tulla kuulluksi. Viranomaisiin kohdistuvasta kuulemisvelvollisuudesta säädetään perustuslain 21 §:n 2 momentissa ja tämän velvollisuuden sisältöä täsmennetään hallintolain 34 §:n 1 momentissa. Hallintolain 34 §:n 1 momentin mukaan ”asianosaiselle on ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus lausua mielipiteensä asiasta sekä antaa selityksensä sellaisista vaatimuksista ja selvityksistä, jotka saattavat vaikuttaa asian ratkaisuun.” Kuten myös *RTS infra* -ratkaisun perusteluista ilmenee, sisältyy vastaava kuulemisvelvollisuus myös EU-oikeuteen, tarkemmin ottaen puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen periaatteeseen, jonka

---

<sup>136</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 25, 34 ja 42.

<sup>137</sup> Asia C-171/15 *Connexion*, kohdat 39, 40.

erottamaton osa on henkilön oikeus tulla kuulluksi aina kun hallinto aikoo tehdä tämän etujen vastaisen toimen, kuten julkista hankintaa koskevan sopimuksentekomenettelyn yhteydessä tehtävän poissulkemispäätöksen.<sup>138</sup>

*RTS infra* -ratkaisussaan EUT yhtyi julkisasiamiehen tapausta koskeneessa ratkaisuehdotuksessa esittämään kantaan, jonka mukaan tarjoajan kuulemisoikeuden tehokas toteutuminen edellyttää, että tilanteessa, jossa tarjoaja ei kykene varmuudella määrittämään, voidaanko jokin sen aiempaa menettelyä pitää poissulkemiseen oikeuttavana, ei tarjoajaa voida vaatia mainitsemaan tätä aiempaa menettelyä tarjouksessaan tai ESPD:ssä.<sup>139</sup> Siten tapauksissa, joissa on kyse sellaisesta – käytännössä lähinnä harkinnanvaraisesta – poissulkemisperusteesta, jonka soveltuminen tarjoajaan ei ole tälle täysin selvää ja ilmeistä, ei tarjoajalta ole mahdollista evätä tälle kuuluvaa oikeutta korjaavien toimenpiteiden esittämiseen pelkästään siitä syystä, että tämä ei ole ilmoittanut kyseisestä poissulkemisperusteesta ESPD-lomakkeessa. Tällainen tulkinta saa lisätukea EUT:n perusteluista, joissa se katsoo edelleen, että vaatimus näytön oma-aloitteisesta esittämisestä edellyttää, ettei tällainen tarjoajaa koskeva velvoite muodostu kohtuuttomaksi esteeksi korjaavia toimenpiteitä koskevan järjestelmän toiminnalle. Lisäksi suhteellisuusperiaate edellyttää, ettei tällaisilla säännöillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen hankintadirektiivissä tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseksi.<sup>140</sup>

EUT:n *RTS infra* -ratkaisussa esittämät näkökannat kyseenalaistavat kotimaisessa markkinaoikeuden oikeuskäytännössä viime aikoina tehdyt tulkinnat hankintalain 82 §:n hankintayksikölle asettaman kuulemisvelvoitteen sisällöstä. Vuonna 2018 antamassaan ratkaisussa MAO:630/18 markkinaoikeus totesi, että tarjoajan oikeus toteuttaa korjaavia toimenpiteitä menettäisi pitkälti merkityksensä, mikäli hankintayksikkö ei varaisi tarjouskilpailusta sulkemisen kohteeksi harjitulle tarjoajalle tilaisuutta tulla kuulluksi ennen poissulkemispäätöksen tekemistä ainakin niissä tilanteissa, joissa tarjouskilpailusta sulkemista koskevan perusteen soveltuminen tarjoajaan ei olisi ollut ennakoitavissa, sillä tällaisissa tilanteissa tarjoajalle ei käytännössä jäisi mahdollisuutta esittää näyttöä luotettavuudestaan. Yleistä hankintayksikköä sitovaa velvollisuutta korjaavia toimenpiteitä koskevan näytön tiedustelemiseen markkinaoikeus ei kuitenkaan tunnustanut, mikä ilmenee ratkaisuista MAO:109/19, MAO:286/19, MAO:419/20 ja

---

<sup>138</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 34.

<sup>139</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 37; Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-387/19 *RTS infra*, kohdat 90, 91.

<sup>140</sup> Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 38.

MAO:542/20. Ratkaisussa MAO:469/20 markkinaoikeus totesi EUT:n asiassa *Delta Antrepriză* antamaan ratkaisuun viitaten, että tarjoajalle tulee varata tilaisuus esittää selvitystä korjaavista toimenpiteistään osoittaakseen luotettavuutensa ja osallistuakseen hankintamenettelyihin.<sup>141</sup> Tapauksessa MAO:542/20 kuitenkin rajattiin tällaisen hankintayksikköä koskevan velvoitteen ulkopuolelle ne tilanteet, joissa tarjoaja on ollut tietoinen poissulkemisen perusteena olleista puutteista, mutta ei ole tästä huolimatta ilmoittanut kyseisistä puutteista ESPD-lomakkeessa. Käytännössä markkinaoikeus katsoi siis kuulemisvelvollisuuden täyttämisen kannalta riittäväksi sen, että tarjoajalla olisi ollut mahdollisuus näytön esittämiseen, mikäli tämä olisi täyttänyt ESPD-lomakkeessa pyydytetyt selvitykset asianmukaisesti.

Tällainen tulkinta ei kuitenkaan vaikuttaisi olevan edellä mainittujen EUT:n asettamien menettelyn avoimuutta koskevien vaatimusten mukainen, sillä hankintalaissa ei aseteta selkeää, täsmällistä ja yksiselitteistä velvollisuutta korjaavien toimenpiteiden oma-aloitteeseen ilmoittamiseen ESPD-lomakkeella tai muullakaan tavoin. Siten hankintayksikön onkin perusteltua pyytää tarjoajan poissulkemista harkitessaan tätä esittämään selvitystä toteuttamistaan korjaustoimenpiteistä myös niissä tilanteissa, kun tämä on laiminlyönyt velvollisuutensa ilmoittaa itseään raskavasta poissulkemisperusteesta ESPD-lomakkeessa.<sup>142</sup> Hankintayksikön ei oletettavasti tarvitse tiedustella täsmälleen sitä, onko tarjoaja toteuttanut 82 §:n mukaisia toimenpiteitä, vaan lienee riittävää, että tämä varaa tarjoajalle tilaisuuden yleisesti lausua poissulkemisen perusteiksi esittämistään seikoista.<sup>143</sup> Oikeustilan epäselvyys huomioon ottaen hankintayksikön kannattaa kuitenkin varmuuden vuoksi mainita tarjoajalle lähettämässään tiedustelussa korjaavat toimenpiteet myös nimenomaisesti. Hankintayksikön tulee lisäksi myöntää tarjoajalle kohtuullinen määräaika vastauksen antamista varten.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Ratkaisussa MAO:469/20 markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menettänyt hankintasäännösten vastaisesti, kun se ei ollut varannut tarjoajalle tilaisuutta esittää selvitystä korjaavista toimenpiteistä. Hankintayksikkö oli vedonnut harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen sulkiessaan tarjoajan ulos tarjouskilpailusta. Tarjoaja ei ollut itse ilmoittanut hankintayksikölle kyseistä perustetta, vaan katsoi sen olevan tapaukseen soveltumaton sekä suhteellisuusperiaatteen vastainen. Siten tarjoajalle ei ole ESPD-lomaketta täytettäessä avautunut mahdollisuutta esittää selvitystä toteuttamistaan korjaavista toimenpiteistä, ja tällaisen selvityksen esittäminen olisikin tässä vaiheessa menettelyä ollut tarjoajan näkökulmasta ilmeisen tarpeeton. Markkinaoikeus katsoi hankintayksikön menettelleen väärin, kun tämä ei ollut pyytänyt tarjoajalta tämän mahdollisesti toteuttamia korjaavia toimenpiteitä koskevaa selvitystä. Ks. myös asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohdat 37, 38. Hankintayksikköä sitovan kuulemisvelvoitteen olemassaolo vahvistettiin myös tuomiolla MAO:549/20.

<sup>142</sup> Ks. asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohta 37. EUT:n mukaan tarjoajalle on annettava mahdollisuus tämän luotettavuutta koskevan näytön esittämiseen myös tilanteissa, joissa tarjoaja on syyllistynyt väärin tietojen antamiseen. Tulee huomata, että tässä ratkaisussa EUT ei vielä todennut hankintayksiköllä olevan suoranaista velvoitetta tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden tiedustelemiselle.

<sup>143</sup> Ks. MAO:76/21.

<sup>144</sup> Hallintolain 33 §:n mukaan selvityksen esittämistä varten asetettavan määräajan tulee olla asian laatuun nähden riittävä. Ks. myös asia C-472/19 *Vert Marine*, kohta 36, jossa EUT toteaa, että ”tuomioistuimen on lisäksi varmis-

Ratkaisussaan *Tim* EUT vahvisti, että hankintayksikön on kuultava tarjoajaa tämän toteuttamista korjaavista toimenpiteistä myös harkitessaan tarjoajan poissulkemista tämän ilmoittamaan alihankkijaan kohdistuvan poissulkemisperusteen takia.<sup>145</sup> Siten hankintayksikön on tarjottava tarjoajalle mahdollisuutta korjaavien toimenpiteiden esittämiseen viimeistään siinä yhteydessä, kun tämä vaatii hankintalain 78 §:n mukaisesti alihankkijan vaihtamista toiseen, vaikka tällainen velvoite ei suoraan käykään ilmi asianomaisesta säännöksestä tai lain esitöistä.

Kuulemisvelvollisuutta ei ole syytä tulkita siten, että hankintayksiköllä olisi velvollisuus pyytää tarjoajalta lisäselvitystä, mikäli tämän tarjoama näyttö osoittautuu riittämättömäksi tai puutteelliseksi.<sup>146</sup> Tarjoajan luotettavuutta koskevassa kysymyksessä todistustaakka on luonnollisestikin yksin tarjoajalla itsellään ja on selvää, että tarjoaja itse tietää parhaiten minkälaista näyttöä tällä on saatavilla.<sup>147</sup> Tarjoajan kannattaakin esittää hankintayksikölle kaikki luotettavuutensa kannalta relevantit todistukset, lausunnot ja muut näytöksi soveltuvat asiakirjat, sillä pelkkä vahvistamaton väite ei voi toimia riittävänä näyttönä.<sup>148</sup> Kuten jo aiemmin käsitellystä ratkaisusta *Vossloh Laeis* ilmeni, on hankintayksiköllä kuitenkin oikeus pyytää tarjoajalta tämän väärinkäytöstä koskevia lisätietoja ja -selvityksiä.<sup>149</sup>

### 5.3 Näytön riittävyyden arvioiminen

#### 5.3.1 Arvioinnin luonne ja harkintavallan laajuus

Hankintalain 82 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö ei saa sulkea korjaaviin toimenpiteisiin vedonnutta tarjoajaa ulos tarjouskilpailusta, mikäli se katsoo tämän esittämän näytön ja luotettavuuden riittäväksi. Hankintayksikön tulee siis arvioida tarjoajan esittämien selvitysten ja todisteiden sekä muun mahdollisesti hallussaan olevan relevantin aineiston pohjalta tarjoajan luotettavuuden taso ja verrata tätä yleisesti riittävänä pitämäänsä tasoon. Mikäli tarjoajan luotettavuus ei ole joiltain osin riittävä, ei hankintayksiköllä ole tällöin velvollisuutta hyväksyä tätä mukaan tarjouskilpailuun.

---

tuttava siitä, että kansallisessa oikeudessa säädetyillä tuomioistuinmenettelyillä voidaan taata hyvissä ajoin talouden toimijalle – – mahdollisuus esittää näyttöä toteutetuista korjaavista toimenpiteistä”, sillä ”säädetty oikeus näet menettäisi merkityksensä, jos talouden toimija ei voisi käyttää tehokkaasti näitä menettelyjä”.

<sup>145</sup> Asia C-395/18 *Tim*, kohdat 49, 50.

<sup>146</sup> Ks. ratkaisut MAO:286/19 ja MAO:517/20.

<sup>147</sup> Ks. Kuzma – Hartung 2020, s. 263.

<sup>148</sup> Priess 2014, s. 122.

<sup>149</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohdat 30, 32.

Hankintalainsäädännössä ei ole tarkempia korjaavien toimenpiteiden harkintavaltaa suoranaisesti koskevia rajoitteita, joten lähtökohtaisesti hankintayksikkö voi asettaa tarjoajan luotettavuutta koskevat vaatimuksensa haluamalleen tasolle. Myös EUT:n ratkaisukäytännössä on vahvistettu, että hankintayksiköllä on oikeus määrittellä ne tarjoajien rehellisyyteen ja luotettavuuteen liittyvät vaatimukset, joita tarjouskilpailussa tulee noudattaa. Asiaan *Komissio v. Itävalta* antamassaan ratkaisussa EUT lausui perusteluissaan, että ”mikään ei estä hankintaviranomaista asettamasta erityisen korkeita vaatimuksia sopimuspuoleksi valittavien soveltuvuudelle ja luotettavuudelle.”<sup>150</sup> Tätä kannanottoa seuraten vaikuttaisi siltä, että hankintayksikölle on jätetty varsin laaja harkintavalta myös silloin, kun kyseessä on tarjoajan toteuttamien korjaustoimenpiteiden riittävyyden arviointi.

Hankintayksikölle annettua harkintavaltaa voidaankin luonnehtia vapaaksi harkinnaksi, eli toisin sanoen tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi. Vapaata harkintavaltaa käyttäessään viranomaisen voi valita eri ratkaisuvaihtoehdoista sen, jonka tämä katsoo palvelevan tarkoituksenmukaisimmalla tavalla julkista etua.<sup>151</sup> Tässä yhteydessä julkinen etu tarkoittaa lähinnä hankintamennettelyn ja siten myös hankintasopimuksen toteutumisen turvaamista taloudelliset ja muut pois-sulkemisperusteilla tavoitellut yhteiskunnalliset sekä yksittäistä hankintaa koskevat intressit huomioon ottavalla tavalla. Näin ollen hankintayksikön tekemän päätöksen tulee olla linjassa hankintalainsäädännöllä tavoiteltujen päämäärien ja erityisesti poissulkemisperusteista sekä korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn tarkoituksen kanssa.

Viimeksi mainitun veloitteen toteutumista edellyttää myös suhteellisuusperiaate, joka lieneekin merkittävin yksittäinen hankintayksikön harkintavaltaa rajoittava oikeusperiaate. Kuten aiemmin jo ilmeni, ei poissulkemisperusteiden soveltaminen ole suhteellisuus huomioon ottaen perusteltua silloin, kun tarjoajan hylkäämisellä ei voida saavuttaa yhtäkään lainsäätäjän poissulkemisperusteilla tavoittelemista päämääristä. Tulee erityisesti huomata, että tarjoajan luotettavuudelta edellytetyn tason asettaminen poikkeuksellisen korkealle saattaa johtaa epätarkoituksenmukaiseen kilpailun vähenemiseen ja voi siten myös vaarantaa hankintalainsäädännön keskeisimmän tavoitteen, eli julkisten varojen tehokkaan käytön. Suhteettoman tiukat tarjoajan

---

<sup>150</sup> Asia C-187/16 *Komissio v. Itävalta*, kohta 91.

<sup>151</sup> Mäenpää 2017, s. 282. *Mäenpään* mukaan viranomaisille annettu harkintavalta voidaan jakaa kahteen toisesta poikkeavaan päälajiin, oikeusharkintaan ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan. Oikeusharkinta eroaa tarkoituksenmukaisuusharkinnasta siinä, että ensiksi mainitulla on ainakin periaatteessa katsottu mahdolliseksi päätyä yhteen ainoaan lainmukaiseen ratkaisuun, kun taas vapaa harkinta sallii valinnan useiden vaihtoehtojen välillä; Ks. myös Kuzma – Hartung 2020, s. 267. Kirjoittajien mukaan korjaavien toimenpiteiden arvioinnin tulee olla luonteeltaan subjektiivista harkintaa, millä lienee tarkoitettu juuri tarkoituksenmukaisuusharkintaa.

soveltuvuutta koskevat vaatimukset ovat ongelmallisia myös EU:n primäärioikeudessa asetettujen vapaan kilpailun turvaamiseen tähtäävien tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta sekä sijoittautumisoikeuksia koskevien perusvapausartiklojen kannalta.<sup>152</sup>

Suhteellisuusperiaatteen ja korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn tarkoituksen lisäksi hankintayksikön vastuulle jätetyn vapaan harkintavallan alaa rajoittavat merkittävästi myös muut keskeiset hankintaoikeudelliset periaatteet, eli hankintalain 3 §:n mukaiset vaatimukset menettelyn tasapuolisuudesta, syrjimättömyydestä ja avoimuudesta. Kuten edellä jo kävi ilmi, edellyttää yhdenvertaisen kohtelun periaate, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla, eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavalla, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti oikeuttaa.<sup>153</sup> Avoimuusvelvoitteen osalta oikeuskirjallisuudessa on jopa pohdittu mahdollisuutta siitä, että hankintayksiköiden tulisi asettaa objektiivisia ja läpinäkyviä kriteereitä korjaustoimenpiteiden riittävyyden arvioinnille, jotta tarjoajat kykenisivät arvioimaan menettelyn tasapuolisuutta riittävällä tavalla.<sup>154</sup>

Käytännössä yksityiskohtaisten arviointikriteereiden ennakkollinen asettaminen voisi olla huomattavan haastavaa, etenkin kun otetaan huomioon mahdollisten väärinkäytösten ja tarjoajien käytettävissä olevien korjaustoimenpiteiden monituiset toisistaan poikkeavat muodot. Euroopan komissio onkin hankintadirektiivin esitöissä todennut, että korjaavien toimenpiteiden riittävyyden arvioinnissa on kyse tapauskohtaisesta harkinnasta, joka mahdollistaa joustavan ja realistisen soveltamiskäytännön.<sup>155</sup> Lisäksi komissio on myöhemmin lausunut, että ”unionin lainsäätäjän tarkoituksena lieneekin ollut antaa hankintaviranomaisille mahdollisuus arvioida tapauskohtaisesti, täytyvätkö edellytykset tarjoajan poissulkemiseksi harkinnanvaraisella perusteella, olematta liian määräävä.”<sup>156</sup> Hankintayksikön käyttämiä kriteereitä ja niiden asianmukaisuutta voidaankin arvioida lähinnä jälkikäteen poissulkemisiä koskevien päätösten perusteluista.

---

<sup>152</sup> Erityisesti tulee kiinnittää huomiota SEUT 34 artiklaan koskien jäsenvaltioiden välisen tuonnin ja viennin määrällisten rajoitusten kieltoa, 56 artiklaan koskien palvelujen tarjoamisen vapautta sekä 49 artiklaan koskien kansalaisten ja yritysten vapaata sijoittautumisoikeutta. Ks. Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 265, 266.

<sup>153</sup> Ks. esim. asia C-555/19 *Fussl Modestrasse*, kohta 95. EUT:n mukaan erilainen kohtelu on oikeutettua, ”kun se perustuu objektiiviseen ja järkevään perusteeseen eli kun se vastaa asianomaisessa lainsäädännössä hyväksyttävästi tavoiteltua päämäärää ja kun tämä erilainen kohtelu on oikeassa suhteessa asianomaisella kohtelulla tavoiteltuun päämäärään”.

<sup>154</sup> De Mars 2016, s. 270, 271.

<sup>155</sup> Euroopan komissio 2012, s. 9.

<sup>156</sup> Euroopan komissio 2021 s. 13; Ks. myös asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 23; asia C-41/18 *Meca*, kohdat 28 ja 31; asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohdat 25–29.



Kuten voidaan havaita, ei hankintaoikeudellisten periaatteiden asettamien pakottavien vaatimusten huomioimisen jäljiltä hankintayksikön käytettäväksi jäävä vapaan harkintavallan osuus ole lopulta rajoittamattoman laaja. On myös tärkeä huomata, että hankintalain 82 §:n 1 momentti *velvoittaa* hankintayksikön hyväksymään tarjoajan mukaan tarjouskilpailuun, mikäli tämä katsoo tarjoajan luotettavuuden riittäväksi. Vaikka toimenpiteiden riittävyttä koskevan rajan määrittely onkin hankintayksikön ”vapaassa” harkinnassa, ei arvio saa kuitenkaan perustua arvioijan mielivaltaan tai subjektiivisiin mielikuviin tarjoajan luotettavuudesta.<sup>157</sup> Ratkaisun tulee olla myös objektiivisesti perusteltavissa. Näin ollen lienee perusteltua todeta, että hankintayksiköllä on *velvollisuus* hyväksyä tarjoaja mukaan menettelyyn ainakin silloin, kun tämän toteuttamien toimenpiteiden tai niistä esitetyn näytön *ei* voida sanoa olevan objektiivisesti arvioiden riittämättömiä.

Hankintalain ja -direktiivin korjaavia toimenpiteitä koskeva sääntely asettaakin ainakin jossain määrin sitovan ylärajan hankintayksikön vaatimustasolle, joskin harkinnan tapauskohtaisuuden takia kyseisen rajan sijainti on käytännössä aina enemmän tai vähemmän tulkinnanvarainen. Kuitenkin jo tällaisen rajan olemassaolo on selkeä poikkeama esimerkiksi Yhdysvaltain liittovaltion ja Maailmanpankin hankintasäännöistä, jotka eivät myönnä tarjoajille *oikeutta* vapautua poissulkemisperusteen aiheuttamasta rasitteesta edes siinä tapauksessa, että tämän toteuttamat toimenpiteet ovat selkeästi riittäviä asianmukaisen luotettavuuden palauttamiseksi.<sup>158</sup>

Hankintayksikön korjaaville toimenpiteille asettaman vaatimustason yläraja on erityisen selvä niissä hankintalain 80 §:n 4 momentin ja 81 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaisissa tilanteissa, joissa tarjoaja on laiminlyönyt verovelvoitteensa. Hankintalain 80 §:n 4 momentin mukaan ”hankintayksikön on suljettava tarjouskilpailusta myös ehdokas tai tarjoaja, joka on lainvoimaisella päätöksellä tai tuomiolla todettu laiminlyöneen velvollisuutensa maksaa Suomen tai sijoittautumisensa veroja tai sosiaaliturvamaksuja. Edellä säädettyä ei kuitenkaan sovelleta, jos ehdokas tai tarjoaja on maksanut verot tai sosiaaliturvamaksut taikka sopinut sitovasta järjestelystä niiden maksamista varten.” Vastaavasti hankintalain 81 §:n 3 momentin mukaan ”edellä 1 momentin 4 kohdassa säädettyä ei sovelleta, jos ehdokas tai tarjoaja on maksanut verot tai sosiaaliturvamaksut taikka sopinut sitovasta järjestelystä niiden maksamista varten.”

---

<sup>157</sup> EUT on oikeuskäytännössään korostanut, että korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn tarkoituksena on osaltaan varmistaa tarjoajien luotettavuuden objektiivinen arvioiminen. Ks. esim. asia C-387/19 RTS infra, kohta 29.

<sup>158</sup> Ks. Majtan 2013, s. 305, 310–312, 316, 328, 338; Youngman 2013, s. 415, 416.

Mikäli tarjoaja on maksanut tai sitoutunut maksamaan laiminlyömiensä verot tai sosiaaliturvamaksut, ei hankintayksiköllä ole kyseiseen pakolliseen poissulkemisperusteeseen vetoamalla oikeutta poissulkea tarjoajaa. Tämä tulkinta vahvistetaan myös hallituksen esityksessä; ”Jos ehdokkaalla tai tarjoajalla on 81 §:n 3 momentin mukaisesti verojen maksamista koskeva maksusuunnitelma, tämä olisi riittävä osoitus myös asiaa koskevista korjaavista toimenpiteistä.”<sup>159</sup>

Oikeuskirjallisuudessa tätä hankintadirektiivin 57 artiklan 2 kohdan kolmannesta alakohdasta seuraavaa tarjoajille annettua mahdollisuutta on kutsuttu ”kevyeksi puhdistustoimeksi”.<sup>160</sup> Kyseinen toimenpide voidaan mieltää täysin erilliseksi poissulkemisjärjestelmän osaksi ”normaaleihin” korjaaviin toimenpiteisiin verrattuna.<sup>161</sup> Tällaista merkittävää lievennystä tavanomaisista korjaavia toimenpiteitä koskevista velvoitteista voidaan kuitenkin pitää jossain määrin kyseenalaisena, kun huomioidaan se tosiasia, että myös verojen ja sosiaaliturvamaksujen maksamatta jättäminen voidaan pitää varsin vakavana rikkomuksena.<sup>162</sup> Käytännössä hankintayksiköltä evätään näiden perusteiden osalta mahdollisuus tarjoajan luotettavuuden täysimääräiseen arviointiin, vaikka kyseessä on selkeästi sellainen väärinkäytös, joka voisi useissa tapauksissa täyttää hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaisen ammattitoiminnassa tapahtuneen vakavan virheen kriteerit.

Tulee myös huomata, että hankintalain 80 §:n 2 momentissa mainittujen työrikosten kohdalla tarjoajan on mahdollista vapautua kyseisten pakollisten poissulkemisteiden aiheuttamasta rasitteesta yksinkertaisesti hankkiutumalla eroon tuomion saaneista edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävistä henkilöistään, vaikka myös tarjoaja itse olisi tuomittu samasta teosta yhteisönsakkoon. Näiden perusteiden osalta poissulkeminen ei ole mahdollista silloin kun rikoksesta annettu tuomio koskee vain itse tarjoajaa. Tarjoaja on toki tällöinkin yleensä mahdollista sulkea ulos hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 tai 5 kohtien perusteella, mikäli poissulkemisperusteen täyttymiseen johtaneesta tapahtumasta ei ole kulunut yli kolmea vuotta.

---

<sup>159</sup> HE 108/2016 vp, s. 190.

<sup>160</sup> Priess 2014, s. 117.

<sup>161</sup> Ks. de Mars 2016, s. 262–263.

<sup>162</sup> Priess 2014, s. 117.

### 5.3.2 Vähimmäisvaatimukset

Hankintayksikön vaatimuksille asetetun ylärajan lisäksi on tärkeää pyrkiä määrittelemään, min-kälaisia korjaavia toimenpiteitä tämän tulisi edellyttää poissulkemisperusteen rasittamien tarjoajien vähintään toteuttaneen. Vastaus kysymykseen siitä, millaisia *yksittäisiä* toimenpiteitä tarjoajalta on perusteltua edellyttää, riippuu luonnollisestikin itse väärinkäytöksen tyypistä, vakavuudesta ja muista arvioinnin kannalta merkityksellisistä olosuhteista. Hankintadirektiivissä poissulkemisjärjestelmälle asetetut tavoitteet ja siihen kohdistuvat jäsenmaita sitovat velvoitteet huomioon ottaen on silti aiheellista olettaa, että sääntelystä aiheutuu myös sellaisia korjaavia toimenpiteitä koskevia vähimmäisvaatimuksia, joita on mahdollista arvioida *yleisin* kriteerein.

Hankintalain 82 §:n 2 momentin mukaan tarjoaja *voi* esittää korjaavia toimenpiteitä koskevana näyttönä selvitystä siitä, että tämä on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta, virheestä tai laiminlyönnistä on aiheutunut, selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa ja toteuttanut konkreettiset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, joilla voidaan estää uudet rangaistavat teot, virheet tai laiminlyönnit. Hankintalaissa käytetty ilmaisu ”voi” poikkeaa hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan toisessa alakohdassa käytetystä sanamuodosta. Hankintadirektiivin mukaan tarjoajan nimittäin ”on” esitettävä kyseisiä toimenpiteitä koskeva näyttö. Hankintadirektiivissä käytetyn sanamuodon voitaisiin tulkita merkitsevän sitä, että tarjoajan toteuttamien korjaustoimenpiteiden hyväksyttävyyden edellyttäisi tämän toteuttaneen *kaikki* direktiivissä ja laissa listatut toimenpiteet, kun taas hankintalaissa käytetty ilmaisu vaikuttaisi puolestaan vähemmän sitovalta. Ei ole kuitenkaan perusteltua olettaa, että suomalaisen lainsäätäjän tarkoituksena olisi ollut poiketa tällaisesta korjaustoimenpiteitä koskevasta vähimmäisvaatimuksesta, mikäli hankintalain sanamuodon tarkoituksena on todellakin ollut hankintayksiköitä velvoittavan ehdon asettaminen.

Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten mukaan korjaustoimenpiteiden riittäviksi katsominen edellyttäisi vähintään, että tarjoaja on toteuttanut kaikkiin kolmeen eri kategoriaan kuu-

luvia toimenpiteitä, eli korvannut aiheuttamansa vahingon, selvittänyt väärinkäytöksensä tosiasiat ja olosuhteet sekä toteuttanut ainakin joitain organisatorisia toimenpiteitä.<sup>163</sup> Osa tutkijoista vaikuttaa päätyvän siihen johtopäätökseen, että tämän lisäksi organisaatiota koskevien toimenpiteiden tulisi sisältää sekä henkilöstötoimenpiteitä että myös muita compliance-tyyppisiä ratkaisuja.<sup>164</sup> Samoin myös saksalaisen hankintalain esitöissä todetaan, että oikeushenkilön itsepuhdistuksessa on välttämätöntä edellyttää tämän toteuttaneen myös henkilöstötoimenpiteitä, koska ne ovat erittäin tärkeitä luotettavuuden onnistuneen palauttamisen kannalta.<sup>165</sup> Esimerkiksi suhteelliseen vähäiseen poissulkemisperusteen täyttävään rikokseen syyllistyneen tarjoajan hyväksymiseen voisi organisatoristen toimenpiteiden osalta riittää, että tämä on ottanut käyttöön organisaation toimintaa koskevan eettisen ohjeiston, kouluttanut henkilöstöään sekä tehnyt parannuksia compliance-ohjelmaansa ja sisäisiin ilmoituskanaviinsa, kun taas vakavampien rikosten kohdalla tulisi vaatia näiden toimien lisäksi esimerkiksi yrityksen sisäisiä ja ulkoisia toimintoja säännöllisesti tarkastelevan ulkopuolisen valvojan asettamista.<sup>166</sup>

Kuten voidaan huomata, johtaisi edellä esitetty tulkinta tilanteeseen, jossa jo verrattain lieväkin väärinkäytöksen ”puhdistaminen” vaatisi varsin monipuolisia ja hintavia toimenpiteitä. Euroopan komissio onkin suhteellisuusperiaatteeseen tukeutuen päätenyt hieman toisenlaiseen tulkintaan. Komission mukaan suhteellisuusperiaatteen nojalla tulisi olla mahdollista huomioida, että tarjoajan täytyy osoittaa toteuttaneensa vain ne toimenpiteet, jotka soveltuvat kyseessä olevaan tapaukseen; ”joissakin tapauksissa jo pelkästään henkilöstöön liittyvät toimenpiteet saattavat riittää vakuuttamaan hankintaviranomaisen toimijan luotettavuudesta eikä teknisille tai organisaatioon liittyville toimenpiteille ole tarvetta.”<sup>167</sup>

Tällainen komission linjankin kanssa yhteensopiva kolmen elementin vähimmäisvaatimus saa tukea julkisasiamiehen *Vossloh Laeis* -tapaukseen antaman ratkaisuedotuksen perusteluista.

Luotettavuutta voidaan pitää todistettuna vain, jos talouden toimija a) on maksanut tai sitoutunut

---

<sup>163</sup> Sanchez-Graells 2015, s. 295; Mutschler-Siebert – Baumann 2017, s. 19; Lemke ym. 2018, s. 49; Schoenmaekers 2018, s. 13, 14; Kuzma – Hartung 2020, s. 252. Esimerkiksi *Sanchez-Graells* toteaa, että hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohta sisältää listauksen niistä toimenpiteistä, jotka tarjoajan tulee *vähintään* osoittaa toteuttaneensa. Vrt. Kontio ym. 2017, s. 173. Kirjoittajien mukaan ”tarjoaja voi [esimerkiksi] näyttää, että se on aktiivisesti osallistunut asian selvittämiseen, maksanut virheestä koituneet vahingot [*tai*] toteuttanut toimenpiteitä, joilla voidaan estää uudet, vastaavat virheet tai laiminlyönnit.”

<sup>164</sup> Hjelmeng – Søreide 2014 s. 4; Mutschler-Siebert – Dorschfeldt 2015, s. 645–647.

<sup>165</sup> Ks. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/6281 2015, s. 108.

<sup>166</sup> Hjelmeng – Søreide 2014, s. 9; Schoenmaekers 2018, s. 7.

<sup>167</sup> Euroopan komissio 2021 s. 19 Vrt. Euroopan komissio 2012 s. 9. Vielä hankintalain esitöissä komissio katsoi, että toteutettaviin toimenpiteisiin kuuluu niin henkilöstön uudelleenorganisointitoimia kuin myös asianmukaiset compliance-toimenpiteet.

maksamaan korvauksen vahingoista, joita poissulkemisen perusteena olevasta rangaistavasta teosta on aiheutunut; b) on selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti ja c) on toteuttanut konkreettiset (tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät) toimenpiteet, joilla voidaan taroituksenmukaisesti estää uudet rangaistavat teot.<sup>168</sup>

Julkisasiamiehen esittämä näkökanta vaikuttaa saavan ainakin osittaisen vahvistuksen myös EUT:n samaan asiaan antamassa lopullisessa ratkaisussa, jonka perustelujen mukaan ”on muistutettava, että niihin toimenpiteisiin, jotka talouden toimijan on toteutettava luotettavuutensa osoittamiseksi, kuuluu näytön esittäminen siitä, että se on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista, joita rangaistavasta teosta tai virheestä, johon se on syyllistynyt, on aiheutunut.”<sup>169</sup>

Oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa esitettyä tulkintaa puoltavat lisäksi hankintalaissa ja -direktiivissä yksittäisille korjaustoimenpiteille asetetut sisällölliset vaatimukset, jotka menettäisivät pitkälti merkityksensä, mikäli hankintayksiköt eivät olisi sidottuja noudattamaan kyseisiä vaatimuksia edes vakavimpien poissulkemisperusteiden osalta. Etenkin pakollisten poissulkemisperusteiden kohdalla olisi erityisen haitallista, jos hankintayksikkö voisi aina halutessaan hyväksyä tarjoajan, vaikka tämä ei olisi asianmukaisesti selvittänyt väärinkäytöstään ja korvanut täysimääräisesti aiheuttamaansa vahinkoa, tai jos tämä on vaihtoehtoisesti laiminlyönyt tehokkaiden uusien väärinkäytöksiä estävien toimenpiteiden toteuttamisen. Pakollisen poissulkemisperusteen soveltamatta jättäminen edellyttää aina painavia syitä, mikä ilmenee jo hankintadirektiivin 57 artiklan 3 kohdasta, jonka mukaan jäsenvaltioiden on mahdollista säätää poikkeuksesta pakolliseen poissulkemiseen vain yleistä etua koskevista pakottavista syistä, kuten kansanterveyden tai ympäristösuojelun vuoksi. Siten sellainen tulkinta, jonka perusteella hankintayksikkö ei olisi velvoitettu vaatimaan pakollisen perusteen rasittamalta tarjoajalta tämän toteuttaneen kaikkiin kolmeen kategoriaan liittyviä toimenpiteitä, tulee katsoa poissulkemisjärjestelmällä tavoiteltujen päämäärien vastaiseksi. Päinvastainen johtopäätös avaisi pakollisten poissulkemisperusteiden osalta niin sanotun ”takaoven”, jota hankintayksiköt voisivat hyväksikäyttää tehdäkseen kyseisistä perusteista vähemmän pakottavia niissä tilanteissa, joissa poissulkemisuhan alainen yritys on samaan aikaan myös parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja.

Sen sijaan, kun kyseessä on harkinnanvarainen poissulkemisperuste, ei hankintayksiköllä voi olla lähtökohtaisesti vastaavaa velvollisuutta edellyttää tarjoajan toteuttaneen täsmällisesti

---

<sup>168</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiaan C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 41.

<sup>169</sup> Asia C-124/17 *Vossloh Laeis*, kohta 30.

kaikki sisältövaatimukset täyttäviä korjaustoimenpiteitä, kuin pakollisten poissulkemisperusteiden kohdalla. Harkinnanvaraisten perusteiden soveltaminen on täysin hankintayksikön harkinnassa, ja tämä voi ottaa harkinnassaan huomioon myös puutteelliseksi jääneet korjaustoimenpiteet, mikäli näillä voidaan kuitenkin katsoa olevan tarjoajan luotettavuutta parantava vaikutus. Toisaalta vaatimus tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta voi joissain tapauksissa edellyttää, että hankintayksikkö hylkää sellaisen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen rasittaman tarjoajan, joka ei ole suorittanut kaikkia hankintalain 82 §:n 2 momentin mukaisia toimenpiteitä. Lisäksi kaikkien kolmen eri kategorian sisällölliset vaatimukset täyttävien toimenpiteiden vaatiminen lienee perusteltua silloin, kun hankintayksikkö on ennalta sitoutunut tiettyjen tai kaikkien harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamiseen. Tällaista tulkintaa tukee erityisesti hankintalain systematiikka. Havainnollistavana esimerkkinä voidaan käyttää ratkaisua KHO:2019:132.

Ratkaisussa KHO:2019:132 oli kyse siitä, oliko hankintayksikkö voinut harkintavaltansa rajoissa sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle A Oy:n ja olisiko hankintayksikön tullut hyväksyä kyseinen tarjoaja poissulkemisperusteesta huolimatta sillä perusteella että tämä oli vedonnut toteuttamaansa korjaavaan toimenpiteeseen.

Hankintayksikkö oli purkanut aikaisemman A Oy:n ja itsensä välillä solmitun hankintasopimuksen, koska A Oy oli laiminlyönyt sopimuksen mukaiset velvoitteensa uusia urakkaan sisältyvä määrä väylänhoitoalueen viittoja ja laskuttanut hankintayksikköä uusista viitoista, joita se ei ollut lainkaan asentanut. Nyt kyseessä olevassa hankintamenettelyssä hankintayksikkö oli A Oy:n poissulkiessaan vedonnut muun muassa hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohtaan, jonka mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle sellaisen tarjoajan, jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa ja nämä puutteet ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, purkamiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin.

A Oy kiisti poissulkemisen oikeellisuuden ja tämän lisäksi väitti korjaavana toimenpiteenä sitoutuneensa uusien viittojen käyttämiseen

Asian aiemmassa käsittelyssä markkinaoikeus oli tullut siihen johtopäätökseen, että hankintayksikön olisi tullut hyväksyä A Oy mukaan tarjouskilpailuun muun muassa siitä syystä, että tämä oli sitoutunut uusien viittojen käyttöön nyt esillä olevassa harkinnassa.

Korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi, että hankintayksikkö oli voinut arvioida hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdan soveltamisedellytysten täyttyvän ja sulkea A Oy:n tarjouskilpailusta. Lisäksi KHO katsoi, ettei hankintayksikkö ollut velvollinen pitämään edellä mainittua tarjoajan esittämää sitoumusta hankintalain 82 §:ssä tarkoitettuna korjaavana ja riittävät takeet tämän luotettavuudesta antavana toimenpiteenä.

Vaikuttaisi siltä, että tapauksen aikaisemmassa käsittelyvaiheessa markkinaoikeus olisi edellyttänyt hankintayksikön ottaneen tarjoajan esittämän ”korjaavan toimenpiteen”<sup>170</sup>, huomioon jo itse poissulkemisperusteen täyttymistä arvioitaessa. Kyseinen vaatimus olisi kuitenkin ollut varsin ongelmallinen, kun otetaan huomioon, että poissulkemisperusteen soveltumisen ratkaiseminen ja tarjoajan esittämien korjaavien toimenpiteiden riittävyyden arvioiminen jakaantuvat hankintadirektiivin ja hankintalain systematiikassa kahdeksi toisistaan erilliseksi kysymykseksi. Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan 1 alakohdassa ja hankintalain 82 §:n 1 momentissa käytetyistä sanamuodoista voidaan selvästi havaita, että korjaavien toimenpiteiden arvioiminen on tarkoitettu toteutettavaksi vasta sen jälkeen, kun tarjoajaa on todettu rasittavan jokin 80 tai 81 §:ssä tarkoitetuista poissulkemisperusteista. Käytännössä hankintayksikön lie-nee mahdollista suorittaa harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamisharkinta ja korjaavien toimenpiteiden riittävyyden arviointi samanaikaisesti, ottamalla tarjoajan toteuttamat toimenpiteet huomioon jo harkinnan niin sanotussa ensimmäisessä vaiheessa.<sup>171</sup> Tällaista systemaattista erottelua noudattaen hankintayksiköllä ei kuitenkaan olisi mahdollisuutta jättää huomiotta hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan ja hankintalain 82 §:n vaatimuksia silloin, kun tämä on ennakolta sitoutunut kaikkien harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen täyttävien tarjoajien hylkäämiseen.

KHO:n ratkaisun perustelut ovatkin markkinaoikeuden tulkintaa paremmin yhteensovitettavissa harkinnan vaiheittaisuutta korostavan näkökannan kanssa. Lieneekin johdonmukaista ajatella, että hankintayksikkö *voi* halutessaan edellyttää tarjoajan toteuttaneen kaikki hankintalain 82 §:n mukaiset toimenpiteet myös silloin kun kyseessä on harkinnanvarainen poissulkemisperuste. Ainoastaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta johtuvat vaatimukset voivat rajoittaa hankintayksikön oikeutta tarjoajan hylkäämiseen silloin, kun tämä ei ole asianmukaisesti selvittänyt väärinkäytöstään, korvannut täysimääräisesti aiheuttamaansa vahinkoa, tai toteuttanut tarpeellisia henkilöstö ja compliance-toimenpiteitä.

---

<sup>170</sup> On varsin kyseenalaista, voidaanko tällaista sitoumusta hankinnan toteuttamiseen hankintasopimuksessa vaaditulla tavalla pitää lainkaan korjaavana toimenpiteenä.

<sup>171</sup> Hankintalain 81 §:n 2 momentin mukaan poissulkemista koskevassa harkinnassa voidaan ottaa huomioon *muun muassa* virheen, rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset. Onkin perusteltua olettaa, että hankintayksikkö voi huomioida myös tarjoajan toteuttamat korjaavat teot jo tässä vaiheessa menettelyä vuoden 2007 hankintalain 54 §:n 2 momentin mukaisella tavalla. Tällöin hankintayksikön ei tarvitse käytännössä ottaa kantaa siihen, täyttävätkö tarjoajan toteuttamat toimenpiteet hankintalain 82 §:ssä asetetut vaatimukset.

Hankintayksikön on pääsääntöisesti syytä edellyttää tarjoajan toteuttaneen niin tarpeelliset henkilöstötoimenpiteet kuin myös muita organisaation rakennetta ja toimintaa koskevia uudistuksia, sillä tällaiset toimenpiteet ovat nimenomaan olennaisin osatekijä tarjoajan luotettavuuden palautumisen ja hankintalainsäädännön ydintavoitteiden saavuttamisen kannalta. Tämä käy ilmi jo hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kohdasta, jonka mukaan rikosten tai virheiden korjaamiseen ja asiattoman toiminnan toistumisen estämiseen tarkoitettuja toimenpiteitä saatavat olla *erityisesti* henkilöstöä ja organisaatiota koskevat toimenpiteet. Kyseisen kirjauksen osittaisena tarkoituksena vaikuttaisi olevan henkilöstöä ja organisaatiota koskevien toimenpiteiden merkityksen painottaminen muihin korjaaviin toimenpiteisiin verrattuna, tai ainakin näiden toimien keskeisyyden korostaminen osana luotettavuuden arvioinnin kokonaisuutta. Hankintadirektiivissä esitetyn kanssa sanamuodoltaan käytännössä identtinen henkilöstö- ja organisaatiotoimenpiteiden keskeisyyttä korostava painotus sisältyy myös hallituksen esityksen 82 §:n 2 momenttia käsitteleviin perusteluihin.<sup>172</sup> Tehokkaiden rakenteellisten uudistusten edellyttämisen tärkeyttä korostaa myös se, että korjaavien toimenpiteiden pääasiallisena tarkoituksena on väärinkäytöksen toistumisen estäminen, kuten jo edellä mainitusta hankintadirektiivin johdanto osan kirjauksesta ilmenee.

### 5.3.3 Arvioinnissa huomioon otettavat seikat

Tiettyjen vakiomuotoisten toimenpiteiden muodollinen toteuttaminen ei takaa toimenpiteiden tehokkuutta ja soveltuvuutta juuri kyseisen tarjoajan tarpeisiin. Siksi hankintalain 82 §:ää ei tulekaan tulkita siten, että kyseessä olisi pelkkä tarkistuslista.<sup>173</sup> Hankintalain 82 §:n 3 momentin mukaan tarjoajan toteuttamat korjaavat toimenpiteet on arvioitava ”ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus sekä niihin liittyvät olosuhteet.” Säännöksellä *velvoitetaan* hankintayksikkö suhteuttamaan korjaavilta toimenpiteiltä edellyttämänsä vaatimustaso tarjoajan väärinkäytöksen selvittämisen yhteydessä paljastuneisiin puutteisiin. Käytännössä hankintayksikön lieneekin perusteltua aloittaa korjaavien toimenpiteiden arviointi tarkastelemalla ensin itse poissulkemisperusteen täyttävästä väärinkäytöksestä tarjoajalle aiheutuneen epäluotettavuuden laatua sekä laajuutta, ja vasta tämän jälkeen arvioida korjaustoimenpiteistä esitetyn näytön riittävyttä.

---

<sup>172</sup> HE 108/2016 vp, s. 190.

<sup>173</sup> Ks. Miranzo Díaz 2017, s. 391.



Lainkohtaa ei tule kuitenkaan tulkita siten, että kyse olisi vakavuusharkinnasta, jossa arvioitavaksi tulisi tarjoajalle korjaustoimenpiteiden muodossa aiheutuneiden seuraamusten retributiivinen riittävyys. Poissulkemisjärjestelmästä annetun sääntelyn tarkoituksena ei ole epärehellisiin toimiin syyllistyneiden tarjoajien rankaiseminen, vaan ainoastaan hankintojen taloudellisten, laadullisten ja yhteiskunnallisten tavoitteiden turvaaminen ennaltaehkäisemällä mahdollisten väärinkäytösten toteutumista.<sup>174</sup> Siten hankintayksikölle ei kuulu sen arvioiminen, onko tarjoaja saanut sopivan seuraamuksen ja joutunut sovittamaan tekonsa oikeudellisesti tai moraalisesti riittävällä tavalla. Riittävysharkinta ja siihen liittyvä väärinkäytöksen vakavuuden arvioiminen tulee pikemminkin mieltää eräänlaiseksi riskiarvioksi, jossa tarjoajan luotettavuuteen liittyviä tekijöitä tarkastelemalla pyritään ennakolta arvioimaan niitä hankintamenettelyyn ja hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyviä uhkia, joita tarjoajan hyväksymisestä voisi aiheutua.

Väärinkäytöksen vakavuutta arvioitaessa huomioon otettavia muuttujia ovat muun muassa teon kesto ja sen taloudelliset vaikutukset sekä mahdollinen toistuvuus.<sup>175</sup> Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että erityisesti tarjoajan väärinkäytöksellä saamaa taloudellista hyötyä tulisi pitää keskeisenä mittarina tämän epäluotettavuutta arvioitaessa ja korjaavien toimenpiteiden asianmukaisuutta punnitessa.<sup>176</sup> Samoin arvioinnin kannalta merkityksellisiksi voidaan katsoa tarjoajan käytettävissä olevat taloudelliset resurssit, sillä toteutettujen toimenpiteiden tulee olla riittäviä myös yrityksen kokoon ja taloudelliseen asemaan suhteutettuna.<sup>177</sup> Mikäli kyse on pakollisen poissulkemisperusteen täyttävästä rikollisesta teosta, on hankintayksikön mahdollista tukeutua tuomiosta ilmenevään rikosoikeudelliseen luonnehdintaan ja rangaistuksen määrään.

Koska kyse on kokonaisvaltaisesta luotettavuuden arvioinnista voi hankintayksikkö halutesaan ottaa huomioon myös sellaisia tarjoajan luotettavuuden kannalta relevantteja seikkoja, jotka eivät suoraan koske tätä rasittavan poissulkemisperusteen taustalla olevan väärinkäytöksen olosuhteita ja tämän toteuttamia korjaavia toimenpiteitä. Tällainen tulkinta saa tukea erityisesti EUT:n oikeuskäytännöstä, jossa on korostettu, että korjaavista toimenpiteistä annetun sääntelyn tarkoituksena on nimenomaan tarjoajan luotettavuuden arvioiminen. Vaikka EUT ei

---

<sup>174</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 273–275; Schoenmaekers 2018, s. 7.

<sup>175</sup> Arrowsmith – Priess – Friton 2009, s. 259; Schoenmaekers 2016, s. 98; Giosa 2020, s. 13. Ks. myös hankintadirektiivin johdanto-osan 101 kappaleen kolmas kohta, jonka mukaan ”toistuvat vähäisetkin sääntöjenvastaisuudet voivat kuitenkin kyseenalaistaa talouden toimijan luotettavuuden, ja tämän poissulkeminen voisi olla perusteltua.”

<sup>176</sup> Hjelmeng – Søreide 2014, s. 7.

<sup>177</sup> Ks. Palenikova 2012 s. 278; Mutschler-Siebert – Baumann 2017, s. 2.

ole ratkaisuisaan tarkemmin määritellyt luotettavuusarvioinnin rajoja, vaikuttaisi tämä tarkoittaneen luotettavuutta ja sen arviointia nimenomaan näiden sanojen laajassa merkityksessä, osana kokonaisvaltaista soveltuvuuden arviointia, eikä niinkään vain yksittäiseen tekoon tai laiminlyöntiin sidottuna vaikutusarviointina.<sup>178</sup> Olisi äärimmäisen epätarkoituksenmukaista ja poissulkemisjärjestelmän tavoitteiden toteutumisen kannalta ongelmallista, mikäli hankintayksikkö joutuisi arvioimaan tarjoajan luotettavuutta vain rajatusta, tiukasti juuri tiettyyn aikaan ja paikkaan liittyviin tapahtumiin sidotusta näkökulmasta, joutuen samalla jättämään joitain tiedossaan olevia tarjoajan yleisen luotettavuuden kannalta merkityksellisiä seikkoja harkinnan ulkopuolelle.

Huolimatta siitä, että luotettavuus on huomattavan abstrakti ja moniselitteinen käsite, voidaan sen muodostavia komponentteja pyrkiä jäsentämään ja erottelemaan toisistaan, joskaan tässä yhteydessä syvälliselle ja yksityiskohtaiselle käsitteanalyysille ei ole tarvetta. Tarjoajan luotettavuuden osatekijöiksi voidaan lukea ainakin tämän käyttäytymisestä ilmenevä rehellisyys, vilpittömyys, avoimuus, sekä lojaalisuus. Jotta hankintayksikkö voisi saada edes jossain määrin ajantasaisen ja kattavan kuvan esimerkiksi tarjoajan rehellisyydestä, tulee tämän voida ottaa huomioon myös tarjoajan väärinkäytöksen jälkeinen toiminta myös muuten kuin pelkästään tämän toteuttamien korjaustoimenpiteiden osalta. Tarjoajan vilpittömyyden ja avoimuuden arvioiminen puolestaan olisi perin hankalaa, mikäli hankintayksikkö ei ottaisi mukaan tarkasteluun niitä tiedossaan olevia merkityksellisiä seikkoja, joita tarjoaja ei ole tälle ilmoittanut.

Korjaavien toimenpiteiden riittävyyden arviointi onkin perusteltua mieltää laaja-alaiseksi ja yleisluontoiseksi kokonaisharkinnaksi, jossa hankintayksikkö voi ottaa huomioon myös muita kuin tarjoajan väärinkäytökseen, tämän väärinkäytökseen hyvittämiseen ja uusien väärinkäytösten ehkäisemiseen suoraan liittyviä tosiseikkoja. Kyseessä on siis kokonaisharkinta, tai kokonaisarviointi, kuten hallituksen esityksen korjaavia toimenpiteitä koskevan pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa nimenomaisesti todetaan kyseisen käsitteen sisältöä sen enempää avaamatta. Esityksessä kuitenkin mainitaan, että huomioon tulee ottaa ”muun muassa edellä 2 momentin yksityiskohtaisissa perusteluissa mainittuja tekijöitä.”<sup>179</sup> Tämän voidaan osaltaan tulkita viittaavan siihen, että hankintayksikön pitäisi huomioida myös itse väärinkäytöksen ja

---

<sup>178</sup> Ks. esim. asia C-41/18 *Meca*, kohdat 29,30; asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohdat 26, 27. EUT:n mukaan kyse on hankintayksikön ja tarjouskilpailuun osallistuvan tarjoajan välisen luottamussuhteen arvioinnista.

<sup>179</sup> HE 108/2016 vp, s. 190.

korjaustoimenpiteiden ulkopuolelle meneviä seikkoja, joskin on toisaalta mahdollista, että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut vain korostaa 2 momentin perusteluissa esitettyjen toimenpiteiden luonnetta epätäydellisenä ja esimerkinomaisena listauksena.

Arvioinnin kannalta merkityksellisten seikkojen piiriä tutkiessa tulee kiinnittää huomiota erityisesti tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen, jonka mukaan viranomaisen on ”käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin” (hallintolaki 6 §). Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen toteutumista voidaan arvioida vertailemalla lain tarkoitusta ja viranomaisen päätöksen tavoitteita.<sup>180</sup> Esimerkiksi ratkaisussa KHO:2004:1 korkein hallinto-oikeus päätyi siihen johtopäätökseen, että kun alkoholilain 21 §:n 3 momentissa (1143/1994) vaadittiin anniskeluluvan edellytyksenä anniskelupaikan toiminnan olevan asianmukaista, voitiin arvioinnissa ottaa huomioon myös se seikka, että ravintola oli sallinut seksuaalipalveluiden myynnin asiakkailleen. KHO:n perustelujen mukaan ”kysymys seksuaalipalveluiden myynnistä ei ole erillinen ja merkityksetön arvioitaessa anniskelupaikan toiminnan asianmukaisuutta” ja tämän takia arvioinnin suorittanut viranomainen ”ei ole tässä asiassa käyttänyt alkoholilain mukaisia menettelykeinoja sellaiseen tarkoitukseen, joka olisi vieras alkoholilain 1 §:ssä säädetylle tarkoitukselle.”

Vaatus arvioinnin perusteella syntyvän ratkaisun tarkoitussidonnaisuudesta rajaa siis harkinnan ulkopuolelle kaikki sellaiset tosiseikat, joilla ei ole merkitystä hankintalainsäädännön yleisen tarkoituksen tai erikseen juuri poissulkemisjärjestelmällä tavoiteltujen päämäärien saavuttamisen kannalta. Siten mukaan arvioon voidaan ottaa pääsääntöisesti ainoastaan tarjoajan luotettavuuden kannalta relevantteja seikkoja, joskin myös hankinnan varsinaisen kohteen ja siihen liittyvien tekijöiden huomioiminen lienee mahdollista, etenkin kun kyseessä on hankinnan taloudellisten tavoitteiden toteutumisen kannalta merkittävä seikka.<sup>181</sup>

Sellaisia tarjoajan luotettavuuden kannalta relevantteja seikkoja, jotka eivät suoraan liity rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuuteen tai niiden olosuhteisiin, ovat ainakin väärinkäytöksestä kulunut aika, hankinnan kohde, sekä tarjoajan muu epäluottamusta herättävä toiminta, joka ei itsessään täytä mitään poissulkemisperustetta. Väärinkäytöksestä kuluneen ajan ja hankinnan kohteen huomioimisen sallittavuutta osana harkintaa tukee ensinnäkin se, että

---

<sup>180</sup> Mäenpää 2017, s. 156.

<sup>181</sup> Hankintalain 2 §:n 2 momentin mukaan ”hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti”.

hankintalain 81 §:n 2 momentissa on nimenomaisesti mainittu näiden seikkojen huomioon ottamisen mahdollisuudesta poissulkemista koskevassa harkinnassa. Koska jo poissulkemisperusteen soveltumista koskevassa ensivaiheen harkinnassa on kyse pitkälti samanlaisesta tarjoajan luotettavuuden arvioinnista kuin korjaavien toimenpiteiden riittävyttä arvioitaessa, ei olisi kovinkaan perusteltua jättää näitä seikkoja täysin huomiotta lopullista poissulkemiskäytöstä tehtäessä. Tällaisten seikkojen huomioimisessa voi olla kyse jopa hankintayksikköä sitovasta velvoitteesta, sillä EUT on katsonut, että hankintayksikön tulee poissulkemista harkitessaan tutkia huolellisesti ja puolueettomasti kaikki tämän ja tarjoajan välisen luottamussuhteen kannalta merkitykset seikat.<sup>182</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että väärinkäytöksestä kuluneella ajalla tulisi olla olennainen merkitys tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden riittävyttä arvioitaessa.<sup>183</sup> Tarjoajan luotettavuuden voidaan olettaa ainakin jossain määrin palautuneen, mikäli tämän väärinkäytöksestä on kulunut jo huomattava ajanjakso, mahdollisesti useampia vuosia, eikä tämän toiminnassa ole tällä välin esiintynyt vastaavia ongelmia. Hankintayksikön lienee mahdollista huomioida myös poissulkemisperusteen voimassaolon päättymisajankohdan läheisyys. Ajan kulumisen huomiotta jättävä jaottelu johtaisi käytännössä tilanteeseen, jossa tarjoaja on yhtenä päivänä epäluotettava ja siten tarjouskilpailuun soveltumaton, kun taas seuraavana päivänä poissulkemisperusteen voimassaolon päättyessä sama tarjoaja onkin luotettavuudeltaan täysin moitteeton ja samalla viivalla sellaisten tarjoajien kanssa, joilla ei ole taustallaan minkäänlaisia rikkeitä. Tällaista kaikessa ankaruudessaan epäkäytännöllistä ja suhteellisuuden kannalta kyseenalaista kahtiajakoa voidaan kuitenkin tasoittaa keventämällä korjaaviin toimenpiteisiin kohdistuvaa vaatimustasoa poissulkemisperusteen täyttävästä väärinkäytöksestä kuluneen ajanjakson kassa.

Hankintayksikön on aiheellista korjaavien toimenpiteiden riittävyttä arvioidessaan kiinnittää huomiota myös itse hankinnan kohteeseen. Siten arvioinnissa voidaan ottaa huomioon juuri kyseessä olevaan hankintasopimukseen sisältyvät väärinkäytösmahdollisuudet ja tarjoajan

---

<sup>182</sup> Asia C-267/18 *Delta Antrepriză*, kohta 29.

<sup>183</sup> Hjelmeng – Søreide 2014 s. 7–9; Van Garsse – de Mars 2016 s. 134. Edellä mainitussa kirjallisuudessa on tuettu näkemystä, jonka mukaan sellaiset tarjoajan toteuttamat toimenpiteet, jotka eivät riitä täyteen ”puhdistautumiseen” voisivat kuitenkin oikeuttaa lyhennykseen poissulkemisajan kokonaispituudesta. Tällainen järjestelmä on käytössä esimerkiksi Maailmanpankissa. Ks. Majtan 2013 s. 328, 331–332. Kyseinen lähestymistapa ei ole kuitenkaan ole suomalaisen poissulkemisjärjestelmän puitteissa yleensä mahdollinen, sillä jokaisen hankinnan yhteydessä erikseen tapahtuva arviointi ei mahdollista tällaista jäljellä olevan poissulkemisajan yhtenäistä määrittämistä.

aiemman väärinkäytöksen suhde näihin sopimuksen toteuttamiseen liittyviin riskeihin. Luotettavuusharkinnan luonne eräänlaisena ennakkollisena riskiarviona tulee esiin erityisesti tässä yhteydessä.<sup>184</sup> Lisäksi hankintayksikön lienee mahdollista huomioida kyseisen hankintamenettelyn kilpailulliset olosuhteet.<sup>185</sup> Tällainen tulkinta saa tukea erityisesti hankintadirektiivin esitöistä, joissa Euroopan komissio toteaa, että ehdotetussa järjestelmässä hankintayksikön tulee ottaa huomioon väärinkäytöksen luonteen ja tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden lisäksi myös itse hankintamenettelyn konkreettiset olosuhteet.<sup>186</sup>

Etenkin hankintojen taloudellisuutta koskevat tavoitteet tukevat näkökantaa, jonka mukaan myös hankinnan varsinaisen kohteen ja siihen liittyvien tekijöiden – kuten toimialan kilpailutilanteen – huomioiminen olisi mahdollista myös korjaavien toimenpiteiden riittävyttä arvioitaessa. Riittävydessä on aina kyse jonkin asian määrällisestä tai laadullisesta suhteesta johonkin toiseen asiaan. Tässä tapauksessa kyse on luotettavuuden laadullisesta riittävydestä nimenomaan suhteessa hankintayksikön asettamiin luotettavuutta koskeviin vaatimuksiin, jotka edelleen riippuvat kyseisen hankinnan yksilöllisistä tavoitteista. Hankinnan tavoitteita taas ei voida irrottaa itse hankinnan kohteesta, joten hankintamenettelyn yksilöllisten olosuhteiden huomioon ottaminen vaikuttaisi olevan tässäkin suhteessa perusteltua. Joissain tapauksissa hankinnan kohteen ottaminen huomioon lienee jopa välttämätöntä. Esimerkiksi jos kaikki alan yritykset ovat olleet mukana kartellissa, hankintayksikön on tästä huolimatta voitava tehdä hankintoja.<sup>187</sup> Toisaalta kilpailutilanteen huomioon ottaminen ei saa johtaa tilanteeseen, jossa poissulkemisperusteet koskisivat käytännössä vain sellaisia tarjoajia, jotka olisivat helposti korvattavissa.<sup>188</sup>

Hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleesta voidaan lukea, että tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden tulisi ”estää tehokkaasti asiattoman toiminnan toistuminen.” Tämän lisäksi hankintayksikön tulee hankintalain 82 §:n 1 momentin perusteella katsoa tarjoajan luotettavuus

---

<sup>184</sup> Ks. HE 50/2006 vp, s. 99. Hallituksen esityksessä vuoden 2007 hankintalaiksi todettiin harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisarvioinnin osalta, että esimerkiksi henkilökohtaista palvelua tai asiakaskontaktia edellyttävissä palveluhankinnoissa voidaan yleensä vaatia tiukempia luotettavuuteen ja uskottavuuteen liittyviä näyttöjä kuin tavanomaisissa tavarahankinnoissa.

<sup>185</sup> Ks. Sanchez-Graells 2015, s. 293; Hamer 2020, s. 47. *Sanchez-Graellsin* ja *Hamerin* mukaan hankintayksikön tulisi ottaa kilpailutilanne huomioon harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisharkinnassa.

<sup>186</sup> Euroopan komissio 2012, s. 9.

<sup>187</sup> Tilanteessa, jossa kaikkia potentiaalisia tarjoajia rasittaa pakollinen poissulkemisperuste hankintayksikön lienee joissain tapauksissa mahdollista poiketa poissulkemisesta vedoten yleistä etua koskevaan pakottavaan syyhyn, vaikkei tällaisesta mahdollisuudesta olekaan hankintalaissa nimenomaista mainintaa.

<sup>188</sup> Ks. Hjelmeng – Søreide 2014, s. 5–6. Kirjoittajien mukaan poissulkemisperusteesta poikkeamista tarjoajan markkina-aseman takia tulisi välttää koska tämä asema saattaa olla seurausta kartellin tai muun korruptiivisen käyttäytymisen avulla saavutetusta kilpailuedusta.

riittäväksi. Näin ollen hankintayksikön voi olla mahdollista ottaa harkinnassaan huomioon myös sellaisia kyseessä olevan poissulkemisperusteen ulkopuolelle meneviä seikkoja, joilla on merkitystä tarjoajan uusimisriskiä arvioitaessa. Tällaisia seikkoja voivat olla esimerkiksi poissulkemisperusteina jo vanhentuneet väärinkäytökset sekä sellaiset virheet tai laiminlyönnit, jotka eivät täytä mitään poissulkemisperustetta, mutta ovat silti merkityksellisiä niiden potentiaalisten riskien kannalta, joita juuri kyseessä olevaan hankintasopimukseen liittyy.

Sellaisen toiminnan, joka viittaa tarjoajan edelleen jatkuvaan epäluotettavuuteen, ei tarvitse olla välttämättä lainvastaista, vaan myös esimerkiksi epäasiallinen käyttäytyminen tai vilpillisyyttä osoittavat teot voivat vahvistaa olettamusta siitä, että tarjoajan hyväksyminen vaarantaisi hankintamenettelyn tavoitteet. Mikäli muu tarjoajan epäluottamusta herättävä toiminta voidaan hyväksyä osaksi luotettavuusarviointia, lienee perusteltua tulla siihen johtopäätökseen, että hankintayksikön voi olla toisaalta myös mahdollista lukea tarjoajan hyväksi sellainen tarjoajan luotettavuutta korostava toiminta, joka ei täytä korjaavien toimenpiteiden sisällöllisiä vaatimuksia. Tällainen toiminta voisi sisältää esimerkiksi jo edellä käsitellyssä ratkaisussa KHO:2019:132 esiinnoitukseen tarjoajan antaman sitoumuksen kaltaisia tekoja, jotka eivät sinänsä täytä varsinaisilta korjaavilta toimenpiteiltä edellytettyä konkreettisuutta.

Hankintayksikön ei tarvitse tehdä arviotaan pelkästään tarjoajalta saamansa näytön varassa, vaan tämä voi ottaa huomioon myös muilta viranomaisilta ja tarjoajilta saamansa vahvistetut tiedot. Tiivis yhteistyö hankintayksiköiden ja muiden viranomaisten välillä voikin helpottaa tarjoajan toteuttamien korjaavien toimenpiteiden arviointia. Esimerkiksi kartellirikkomuksien kohdalla hankintayksikön voi olla tarpeen vahvistaa tarjoajan yhteistyön riittävyys ja aktiivisuus kilpailu- ja kuluttajavirastolta.<sup>189</sup>

#### **5.4 Päätöksen perusteleminen**

Perehdyttyään tarjoajan toteuttamia korjaavia toimenpiteitä koskevaan aineistoon on hankintayksiköllä kaksi vaihtoehtoa. Hankintayksikkö voi joko antaa tarjoajan osallistua hankintamenettelyyn tai sulkea tarjoajan ulos tämän esittämästä todistelusta huolimatta. Minkäänlainen ehdollinen tai osittainen hyväksyminen ei liene voimassa olevien hankintasäännösten puitteissa

---

<sup>189</sup> Euroopan komissio 2021, s. 20.

mahdollista. Hankintayksikkö ei voi esimerkiksi päättää tarjoajan hyväksymisestä tarjouskilpailuun siten, että samalla heikennettäisiin kyseisen tarjoajan esittämän tarjouksen pisteytystä.<sup>190</sup>

Hankintalain 123 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuksista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava. Pykälän 2 momentin mukaan päätöksestä tai siihen liittyvistä asiakirjoista on käytävä ilmi ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat, joita ovat ainakin ehdokkaan, tarjoajan tai tarjouksen hylkäämisen perusteet sekä keskeiset perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty. Lainkohdan mukainen perusteluvollisuus koskee myös tarjoajien tarjouskilpailusta poissulkemista koskevaa päätöstä.<sup>191</sup> Hankintamenettelyyn osallistuneiden tarjoajien tehokas oikeussuoja edellyttää, että nämä saavat riittävät tiedot asemaansa vaikuttaneista hankintayksikön ratkaisuksista.<sup>192</sup> Mikäli hankintayksikkö hylkää tarjoajan tämän toteuttamista korjaavista toimenpiteistä huolimatta, on hankintayksikön perusteltava, miksi se pitää kyseisiä toimenpiteitä riittämättöminä. Tämä velvoite vahvistetaan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan kolmannessa alakohdassa, jonka mukaan tarjoajan on saatava kyseisen päätöksen perustelut, jos toimenpiteitä pidetään riittämättöminä.

Jotta menettelyn avoimuutta koskevat vaatimukset täytyisivät, täytyy hankintayksikön tehdä arvionsa korjaavien toimenpiteiden riittävydestä läpinäkyvästi. Asianmukainen läpinäkyvyys on välttämätöntä myös siksi että tarjoajat pystyisivät varmistamaan yhdenvertaisen kohtelun toteutuneen. Hankintayksiköllä ei liene kuitenkaan velvollisuutta perustella näkemystään, mikäli tämä katsoo tarjoajan toimenpiteet riittäviksi, joten tasapuolisen kohtelun toteutumista on käytännössä mahdollista arvioida vain hylkäävien päätösten perusteluista ilmenevien kriteereiden kautta.<sup>193</sup> Lähtökohtaisesti hankintayksikön on ilmoitettava vain ratkaisuun olennaisesti

---

<sup>190</sup> Tällainen menettely olisi kaksivaiheisuuden periaatteen vastaista. Toimittajan soveltuvuuden arviointi ja itse tarjouksen arviointi tulee pitää toisistaan erillään.

<sup>191</sup> Määttä – Voutilainen 2017, s. 395.

<sup>192</sup> Eskola ym. 2017, s. 546.

<sup>193</sup> Riittäväksi katsottuihin korjaaviin toimenpiteisiin liittyvän perusteluvollisuuden olemassaolo riippunee lähinnä siitä, tuleeko asiassa katsoa tehdyn tarjoajan asemaan vaikuttava ratkaisu. Tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden riittävyden hyväksyminen, eli toisin sanoen poissulkemisperusteen soveltamatta jättäminen, on luultavasti mahdollista arvioida tilanteeksi, jossa tarjoajan asemaan vaikuttavaa päätöstä ei ole lainkaan tehty. Toisaalta avoimuuden ja tarjoajien tasapuolisen kohtelun varmistamiseen liittyvät näkökannat voivat puoltaa perusteluvollisuuden olemassaoloa erityisesti silloin, kun kyseessä on pakollisen poissulkemisperusteen rasittaman tarjoajan hyväksyminen. Mikäli myös hyväksyvä ratkaisu katsottaisiin tarjoajan asemaan vaikuttavaksi ratkaisuksi, tulisi hankintayksikön tehdä tästä kirjallinen päätös hankintalain 123 §:n 1 momentin mukaisesti. Myös tällainen asiakirja olisi julkinen ja muiden tarjoajien arvioitavissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999) 9 tai 11 §:n perusteella. Ks. Eskola ym. 2017, s. 563–564.

vaikuttaneet seikat, mutta oikeudenkäyntien välttämiseksi tämän kannattaa joka tapauksessa esittää näkökantansa mahdollisimman yksityiskohtaisesti. Kuten Euroopan komissio vastikään antamassaan kartellien vastaisia välineitä ja näihin liittyviä poissulkemisperusteita koskevassa ohjeistuksessaan totesi korjaavien toimenpiteiden arviointia koskien, vähentää asianmukaisesti perusteltu päätös merkittävästi sitä riskiä, että asianomainen talouden toimija nostaisi kanteen ja päätös kumottaisiin tuomioistuimessa.<sup>194</sup> Näin ollen päätöksen perusteluilta edellytettävä seikkaperäisyys korostuu erityisesti silloin, kun tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden riittämättömyys ei ole ilmiselvää.<sup>195</sup>

Ratkaisussa MAO:630/18 markkinaoikeus katsoi, ettei pelkkä hankintayksikön vetoaminen työlainsäädäntöä koskeviin tuomioihin ja rikkomusten toistuvuuteen ollut riittävää tarjoajan poissulkemiseen liittyvän perusteluvelvoitteen täyttämiseksi. Jotta tarjoaja ja muut päätöksessä todetut asianosaiset olisivat voineet arvioida päätöksen oikeellisuutta ja valitustarvettaan, olisi hankintayksikön tullut riittävällä tavalla ilmaista, ”mihin tuomioihin, mihin niistä ilmeneviin seikkoihin ja millaiseen rikkomusten olennaisuutta ja vakavuutta koskevaan arviointiin hankintayksikön ratkaisu hankinnan toteuttamisen vaarantumisesta on perustunut.” Vastaavan tasoista seikkaperäisyyttä on syytä edellyttää myös tarjoajan toteuttamat korjaustoimenpiteet riittämättömiksi toteavalta päätökseltä.

---

<sup>194</sup> Euroopan komissio 2021, s. 14.

<sup>195</sup> Ks. ratkaisu MAO:517/20. Tapauksessa tarjoaja oli esittänyt erilaisia ”korjaavia” toimenpiteitä. Markkinaoikeus katsoi hankintayksikön esittämät perustelut asianmukaisiksi, vaikkei tämä ollutkaan ottanut suoraan kantaa siihen, miksi kyseisiä toimenpiteitä tuli pitää riittämättöminä.



## 6 PÄÄTÄNTÖ

Vaikka korjaavista toimenpiteistä annettua sääntelyä voidaankin pitää tarpeellisena ja varsinkin taloudellisesta näkökulmasta perusteltuna lisänä julkisten hankintojen poissulkemisjärjestelmään, on kyseinen sääntely tuonut kuitenkin mukanaan myös uusia ongelmia ratkaisemiensa epäkohtien tilalle. Keskeisimpänä haasteena esiin nousee sääntelyn yleisluontoisuudesta johdettu tulkinnanvaraisuus ja paikoittainen epäselvyys. Koska korjaavat toimenpiteet koskevat suurta joukkoa monin tavoin toisistaan poikkeavia poissulkemisperusteita ja yksittäisten perusteiden sisällekkin mahtuu huomattava määrä vakavuudeltaan ja olosuhteiltaan erilaisia väärinkäytöksiä, on sääntelyn välttämättä oltava ainakin jossain määrin yleisluontoista ja joustavaa. Joustava sääntely osaltaan mahdollistaa tarjoajien luotettavuuden arvioinnissa käytettävän harkintavallan tapauskohtaisesti tarkoituksenmukaisen laajuuden, mutta samalla se voi myös kannustaa hankintayksiköitä ratkaisuihin, jotka ovat hankintalainsäädännön tavoitteiden ja hankintamenettelyn puolueettoman toteutumisen kannalta kyseenalaisia.

Kuten edellä esitetystä huomataan, on oikeustila jossain määrin epäselvä ja tulkinnanvarainen etenkin vahingon korvaamista ja väärinkäytöksen tosiasioiden selvittämistä koskevien korjaustoimenpiteiden kohdalla. Erityisen ongelmallisia voivat olla ne tilanteet, joissa hankintayksikön arvio toimenpiteiden sisällöllisten vaatimuksien täyttymisestä kytkeytyy tämän yksityisoikeudellisiin etuihin ja aiheuttaa mahdollisia intressiristiriitoja. Samoin tarjoajan esittämältä selvitykseltä vaadittavan kattavuuden osalta on esiintynyt merkittäviä epäselvyyksiä, joskin Euroopan unionin tuomioistuimen kannanotot ovat tuoneet selkeyttä tiettyihin asian kannalta keskeisiin kysymyksiin, kuten hankintayksikön omien tehtävien laajuuteen väärinkäytöksen selvitys- ja näytön arviointiprosesseissa.

Myös toimenpiteiden riittävyyden arviointiin liittyvän harkintavallan rajojen selkeyttämiseksi olisi tarpeen saada oikeustilaa täsmentävää oikeuskäytäntöä tai asiaa koskevaa seikkaperäistä ja laadukasta hallinnollista ohjausta. Erityisesti pakollisilla poissulkemisperusteilla tavoiteltujen päämäärien turvaamiseksi olisi tarpeen selkeästi ja yksiselitteisesti edellyttää, että tällaisen perusteen rasittama tarjoaja on korvannut aiheuttamansa vahingon täysimääräisesti, selvittänyt väärinkäytöksensä olosuhteet kattavasti ja toteuttanut organisatorisia toimenpiteitä, jotta kyseinen tarjoaja voisi saada takaisin oikeutensa osallistua tarjouskilpailuihin. Pakollisten poissul-

kemisperusteiden osalta hankintayksikön siis tulisi vaatia kaikkiin kolmeen kategoriaan kuuluvien toimenpiteiden asianmukaista toteuttamista, kun taas vakavuusasteeltaan vähäisempien harkinnanvaraisten perusteiden kohdalla hankintayksikkö voi näin parhaaksi katsoessaan hyväksyä myös vähemmän kattavia toimia.

Kaikissa tapauksissa olennaisia ovat kuitenkin tarjoajan toteuttamat organisatoriset toimenpiteet, joilta tulee edellyttää konkreettisuutta ja tehokkuutta, sekä pureutumista nimenomaan keskeisimpiin tarjoajan toiminnassa esiintyviin riskeihin. Hankintayksikön ei tule hyväksyä sellaisia toimenpiteitä, joilta puuttuu tosiasiallinen tehokkuus. Riskinä on, että hankintayksiköt keskittyvät liian paljon niihin potentiaalsiin etuihin, joita korjaavien toimenpiteiden hyväksymisellä voidaan saavuttaa ja päästävät mukaan myös sellaisia tarjoajia, jotka kannattaisi pitää tarjouskilpailun ulkopuolella.<sup>196</sup> Toisaalta on myös tärkeää, ettei kynnys korjaavien toimenpiteiden hyväksymiselle nousisi liian korkeaksi, sillä suomalaisissa tarjouskilpailuissa saadaan usein muutenkin huomattavan vähän tarjouksia.<sup>197</sup>

Käytännössä korjaavien toimenpiteiden arvioiminen voi osoittautua monin paikoin haastavaksi, sillä monimutkaisissa tapauksissa hankintayksiköillä voi vain harvoin olla riittävää asiantuntemusta toimenpiteiden asianmukaisuuden ja tehokkuuden tutkimiseen ja niiden riittävyyden arvioimiseen tarjoajan väärinkäytöstä vasten.<sup>198</sup> Tämä mahdollinen vaje hankintayksikköjen asiantuntemuksessa yhdistettynä näille annettuun verrattain laajaan harkintavaltaan sekä korjaavien toimenpiteiden sisältöä ja osin myös menettelyä koskevaan tulkinnanvaraisuuteen voinee helposti johtaa soveltamiskäytännön epäyhtenäisyyteen, jossa kynnys puhdistustoimenpiteiden hyväksyttävyydelle voi tapauskohtaisesti vaihdella huomattavissa määrin. Tasapuolisen kohtelun kannalta ongelmallisia ovat erityisesti ne tilanteet, joissa eri hankintayksiköt arvioivat samanlaisiin väärinkäytöksiin syyllistyneitä ja samanlaisia korjaustoimenpiteitä toteuttaneita tarjoajia eri tavoin, tai kun eri hankintayksiköt arvioivat samaa tarjoajaa eri tavoin kohteeltaan toisiaan vastaavissa hankinnoissa.<sup>199</sup> Hankintayksiköiden puutteellinen asiantuntemus voi myös altistaa tarjoajat satunnaisille ja mielivaltaisille ratkaisuille, mikä on oikeusvarmuuden ja etenkin ennakoitavuuden kannalta ongelmallista. Yksityiskohtaisen sääntelyn, tuomioistuinten

---

<sup>196</sup> Ks. Hjelmeng – Søreide 2014, s. 6.

<sup>197</sup> Jääskeläinen – Tukiainen 2019, s. 31.

<sup>198</sup> Hjelmeng – Søreide 2014, s. 4; Schoenmaekers 2018, s. 8; Simovart – Härginen 2019, s. 236; Hamer 2020, s. 42; Kuzma – Hartung 2020, s. 267.

<sup>199</sup> Van Garsse – de Mars 2016, s. 134; Kuzma – Hartung 2020, s. 267.

ratkaisukäytännössä syntyneiden linjauksien ja konkreettisten ohjeiden puuttuessa tarjoajat eivät voi olla koskaan etukäteen varmoja siitä, tuleeko hankintayksikkö katsomaan heidän toteuttamansa toimenpiteet riittäviksi.

Hankintayksiköiden tietotaidollisista puutteista johtuvien ongelmien ratkaisemiseksi ja yhdenvertaisen kohtelun edistämiseksi voitaisiin korjaavien toimenpiteiden arviointi antaa keskusviranomaisen huoleksi, kuten hankintadirektiivin johdanto-osan 102 kappaleessa on nimenomaisesti todettu olevan mahdollista. Harkintavallan keskittäminen onkin saanut laajamittaista tukea aihetta käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa.<sup>200</sup> Riittävyysharkinnan keskittäminen yhdelle viranomaiselle turvaisi arvioinnin yhdenmukaisuutta ja edistäisi oikeusvarmuutta.<sup>201</sup> Antamalla arvioimisvastuu keskusviranomaiselle voitaisiin myös vähentää päällekkäisen työn määrää, kun korjaavien toimenpiteiden riittävyttä ei olisi tarvetta punnita erikseen jokaisen hankintamenettelyn osalta.

Keskittäminen voisi kuitenkin tuoda mukanaan uusia vaikeuksia, sillä poissulkemisperusteiden soveltamista koskeva harkintavalta kuuluisi edelleen hankintayksikölle. Euroopan unionin tuomioistuin on ratkaisukäytännössään pitänyt tiukasti kiinni siitä hankintadirektiivin 57 artiklassa käytetyistä sanamuodoistakin ilmenevästä säännöstä, jonka mukaan tarjoajaa rasittavien harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamista koskeva harkintavalta kuuluu vain ja ainoastaan asianomaiselle hankintayksikölle.<sup>202</sup> Näin ollen sekä poissulkemisharkintaa että korjaavien toimenpiteiden riittävyden harkintaa ei voitaisi keskittää yhdelle viranomaiselle, vaan tarjoajan luotettavuuden arviointi jakaantuisi epätarkoituksenmukaisella tavalla kahden eri viranomaisen – keskusviranomaisen ja hankintayksikön – välillä. Uhkana voisi olla hankintojen viivästyminen, kun tarjoajat vetoavat korjaaviin toimenpiteisiin hankintamenettelyn jo käynnistyttyä tai pahimmassa tapauksessa vasta poissulkemisperusteen rasittaman tarjoajan voitettua tarjouskilpailun, mikäli kyseinen rasite paljastuu vasta tässä vaiheessa. Näitä tilanteita silmällä pitäen keskusviranomaisen käsittelyaikojen tulisi pysyä lyhyinä, sillä tarjoajalla on oikeus luotettavuutensa asianmukaiseen tutkimiseen aina ennen lopullisen poissulkemispäätöksen tekemistä ja tarjouskilpailun voittajan valintaa.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Ks. Hjelmeng – Søreide 2014, s. 12; Lemke ym. 2018, s. 52; Schoenmaekers 2018, s. 15.

<sup>201</sup> Arrowsmith 2014, s. 1272; Lemke ym. 2018, s. 53.

<sup>202</sup> Asia C-465/11 *Forposta*, kohta 31; Asia C-41/18 *Meca*, kohta 34.

<sup>203</sup> Esimerkiksi Unkarissa keskusviranomaisen tulee tehdä päätös toimenpiteiden riittävydestä lähtökohtaisesti 15 päivän kuluessa hakemuksen vastaanottamisesta, joskin tätä määräaikaa voidaan jatkaa maksimissaan 15 arkipäivällä. Lemke ym. 2018, s. 52.

Saksassa toteutettiin vuonna 2017 lakiuudistus, jolla pyritään vähentämään hankintayksiköille kasaantunutta hallinnollista taakkaa poissulkemisperusteiden ja korjaavien toimenpiteiden arvioinnin osalta merkitsemällä tiettyjä väärinkäytöksiä tätä varten perustettuun keskusrekisteriin ja keskittämällä tähän rekisteriin kirjattuihin poissulkemisperusteisiin kohdistuvien korjaavien toimenpiteiden arvioiminen rekisteriä ylläpitävälle keskusviranomaiselle. Rekisteriin merkitään ainoastaan sellaisia tekoja, joista on annettu lainvoimainen tuomio tai viranomaisen päätös. Tarjoaja, jonka väärinkäytös on kirjattu rekisteriin voi esittää näyttöä korjaavista toimenpiteistään suoraan keskusviranomaiselle, ja mikäli tämä katsoo näytön riittäväksi, tulee merkintä poistaa. Hankintayksikkö ei ole sidottu keskusviranomaisen arvioon, mikäli tämä on katsonut toimenpiteet riittämättömäksi, mutta jos kirjaus on poistettu, ei hankintayksikkö voi poissulkea tarjoajaa tähän rekisteristä poistettuun väärinkäytökseen vedoten.<sup>204</sup> Rekisterin oli tarkoitus tulla käyttöön vuoden 2020 loppuun mennessä, mutta sen käyttöönotto on viivästynyt, joten jää nähtäväksi, miten kyseinen uudistus onnistuu sopeutumaan kaikkiin hankintadirektiivistä johtuviin poissulkemisjärjestelmää koskeviin vaatimuksiin, ja minkälaisia sen käytännön vaikutukset tulevat olemaan.

Mikäli saksalainen keskusrekisteri osoittautuu toimivaksi, voisi olla perusteltua selvittää, olisiko tarkoituksenmukaista omaksua vastaava järjestelmä myös kotimaiseen hankintalainsäädäntöön. Merkittävä keskusviranomaisen käyttöönottoa vastaan puhuva seikka saattaa olla Suomen markkina-alueen pienuus ja tästä mahdollisesti johtuva korjaustoimenpiteisiin vetoamisen suhteellinen harvinaisuus. Yksinkertaisempi ja nopeampi keino potentiaalisten soveltamiongelmien vähentämiseksi olisi antaa selventävää ohjausta korjaaviin toimenpiteisiin liittyvästä menettelystä, ja erityisesti kyseisten toimenpiteiden riittävyden arvioinnista, luomalla perusteelliset asiaa koskevat ohjeet, joissa voitaisiin esimerkkien avulla antaa hankintayksiköille tulkinallisia suuntaviivoja näiden suorittamien tapauskohtaisten arviointien tueksi.

---

<sup>204</sup> Friton – Wolters 2018, s. 119, 125, 127. Rekisteri vaikuttaisi vastaavan hankintalain järjestelmää siinä mielessä, että hankintalaki ei myöskään mahdollista rikosrekisteristä poistettujen väärinkäytösten käyttämistä pakollisina poissulkemisperusteina. Toisaalta suomalainen hankintayksikkö voi joissain tapauksissa soveltaa tiedossaan olevaa rikosrekisteristä poistettua rikosta harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena, mikä ei liene mahdollista saksaan omaksuttavassa järjestelmässä.