

Harkinnanvarainen poissulkeminen ja korjaavat toimenpiteet –
tarkastelussa erityisesti hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdan
näkökulma

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Kauppaoikeus
Maisteritutkielma
Heikki Puttonen
Syksy 2021

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Harkinnanvarainen poissulkeminen ja korjaavat toimenpiteet – tarkastelussa erityisesti hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdan näkökulma

Tekijä: Heikki Puttonen

Koulutusohjelma/oppiaine: Oikeustiede, kauppaoikeus

Työn laji: Maisteritutkielma

Sivumäärä: XI + 73

Vuosi: 2021

Tiivistelmä: Tutkielmassa käsitellään hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdassa säädettyä poissulkemisperustetta ja 82 §:ssä säädettyjä korjaavia toimenpiteitä. Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää, mitkä ovat aiempiin puutteellisiin sopimussuorituksiin perustuvan poissulkemisperusteen soveltamisedellytykset, ja toisaalta, miten hankintalain 82 §:ää tulisi tulkita silloin, kun tarjoaja tai ehdokas ollaan sulkemassa tarjouskilpailun ulkopuolelle kyseisen poissulkemisperusteen nojalla. Kysymyksenasettelun taustalla vaikuttava laintulkinnallinen tiedonintressi on yhteneväinen lainopillisen metodin tiedonintressin kanssa, joten vastaukset tutkimuskysymyksiin löytyvät kyseistä metodologia hyödyntäen.

Tutkimuksen perusteella sopimuksen täyttämisen ilmenneen puutteen merkittävyyden arvioinnissa voidaan ottaa huomioon, onko puute ollut alalle tavanomainen ja onko aiemmassa sopimussuorituksessa havaitulla puutteella yhteys uuden hankinnan kohteeseen. Vaatimuksen keskeisyyden arviointiin puolestaan vaikuttaa se, onko kyseessä ollut sopimuksen pää- vai sivuvelvoite sekä se, onko velvoite ollut keskeisessä asemassa hankintasopimusta edeltäneessä tarjouskilpailussa. Suhteellisuusperiaatteen valossa tarjoajan laiminlyönnin on täytynyt olla riittävän vakava, jotta se voi rikkoa hankintayksikön luottamuksen.

Korjaavien toimenpiteiden osalta tutkimuksessa havaitaan, että tarjoajan tulee esittää näyttöä kaikista säännöksessä mainituista seikoista, joskin selvityksen laajuus on riippuvainen yksittäistapauksen ominaispiirteistä. EUT:n oikeuskäytännön perusteella tarjoajalta ei voi myöskään vastaisuudessa edellyttää poissulkemisperusteen olemassaolon myöntämistä ja korjaavien toimenpiteiden esittämistä jo tarjousta jätettäessä. Koko säännöksen soveltamisen kynnyksikysymys on kuitenkin se, milloin korjaavat toimenpiteet ovat olleet riittäviä luottamuksen palauttamiseksi. Säännöksen tavoitteet ohjaavat tulkintaa vastakkaisiin suuntiin, mutta lain systematiikkaan pohjautuen kynnys luottamuksen palauttamiselle tulee olla riittävän korkea.

Tutkituissa lainkohdissa esiintyvät ilmaisut ovat merkitysalueeltaan niin laajoja, että parhaimmillaankin niiden merkityssisällön rajoja voidaan tulkinnan avulla vain kaventaa. Epätasällisillä ilmaisuilla lainsäätäjä on jättänyt lain soveltajille rutkasti harkinnanvara, joten hankintaperiaatteiden merkitys tulkinnassa korostuu. Oikeustilaa voi kuitenkin edelleen kuvaila avoimeksi, mistä syystä tarkentavalle ja hyvin perustellulle oikeuskäytännölle olisi tilausta.

Avainsanat: julkiset hankinnat, poissulkeminen, harkinnanvarainen poissulkemisperuste, korjaavat toimenpiteet, self-cleaning

SISÄLLYS

LÄHTEET	IV
LYHENTEET	X
KUVIOT	XI
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen tausta	1
1.2 Tutkimusmetodi, oikeuslähteet ja tulkintamallit.....	3
1.3 Tutkimuskysymykset, aiheen rajausta ja tutkielman rakenne.....	6
2 HARKINNANVARAINEN POISSULKEMINEN	8
2.1 Harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista yleisesti.....	8
2.2 Julkisten hankintojen periaatteiden merkitys ja sisältö.....	10
3 MERKITTÄVÄT TAI TOISTUVAT PUUTTEET AIEMPIEN SOPIMUSTEN TÄYTTÄMISESSÄ	16
3.1 Vertailukohtana vakava ammattitoiminnassa tehty virhe	16
3.2 Säännöksen kielellinen tulkinta.....	18
3.3 Säännös Euroopan unionin oikeudessa	21
3.4 Säännös kotimaisessa oikeuskäytännössä	26
3.5 Säännöksen systeeminen ja tavoitteellinen tulkinta.....	31
3.5.1 Systeeminen tulkinta.....	31
3.5.2 Tavoitteellinen tulkinta.....	34
3.5.3 Teleologisen tulkinnan tarpeellisuus	38
3.6 Yhteenveto	39
3.7 Vastaava säännös Ruotsin lainsäädännössä	42
4 KORJAAVAT TOIMENPITEET TARJOAJAA POISSULJETTAESSA	45
4.1 Tausta EU-oikeudessa.....	45
4.2 Korjaavat toimenpiteet hankintalaissa	50
4.3 Korjaavat toimenpiteet kotimaisessa oikeuskäytännössä.....	54
4.4 Korjaavat toimenpiteet hankintalain 81.1 §:n 9 kohtaa sovellettaessa	58
4.4.1 Toimenpiteiden kolme osa-aluetta.....	58
4.4.2 Riittävyyskynnys	60
4.4.3 Hankintayksikön velvollisuus pyytää näyttöä	64
4.4.4 Säännöksen tulkinnanvaraisuus ja sen seuraukset.....	65
4.5 Korjaavat toimenpiteet Ruotsin lainsäädännössä.....	67
5 PÄÄTÄNTÖ.....	70

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria: Yleisen oikeustieteen oppikirja. Helsinki 1989.

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

Aarnio, Aulis, Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki 2011.

Arrowsmith, Sue, Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform, s. 44–118 teoksessa Konkurrensverket, The Cost of Different Goals of Public Procurement. Västerås 2012.

Arrowsmith, Sue, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Vol. 1. 3rd edition. Lontoo 2014.

Bovis, Christopher H., EU public procurement law. Second edition. Cheltenham 2012.

De Mars, Sylvia, Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade?, s. 253–273 teoksessa Grith S. Ølykke – Albert Sanchez-Graells (toim.), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules. Cheltenham 2016.

De Oliveira, Miguel, The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 11(4) 2016, s. 340–345.

Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkko, Julkiset hankinnat. 3., uudistettu painos. Helsinki 2017. (Eskola ym. 2017)

Fernández, Patricia Valcárcel, Transposition of Directive 2014/24/EU in Spain: Between EU Demands and National Peculiarities, s. 232–259 teoksessa Steen Treumer – Mario Comba (toim.), Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States. Northampton, MA 2018.

Friton, Pascal – Zöll, Janis, Article 57. Exclusion grounds, s. 588–635 teoksessa Roberto Caranta – Albert Sanchez-Graells (toim.), European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU. Northampton 2021.

Hamer, Carina Risvig – Andhov, Marta, Article 18. Public procurement principles, s. 187–207 teoksessa Roberto Caranta – Albert Sanchez-Graells (toim.), European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU. Northampton 2021.

Hamer, Carina Risvig, The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot be Trusted. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 15(1) 2020, s. 42–52.

Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsinki 2011.

Hjelmeng, Erling – Søreide, Tina, Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series No. 2014-32. Saatavissa: https://www.researchgate.net/publication/265550163_Debarment_in_Public_Procurement_Rationales_and_Realization (viitattu 18.11.2021).

Huovila, Mika, Oikeuslähteoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteissa, s. 13–99 teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), Rikostuomion perusteleminen. Helsinki 2005.

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö, Hankintaprosessien virheet markkinaoikeudessa 2017–2019. Vanhoista virheistä on opittu. Helsinki 2020.

Jääskeläinen, Jan – Tukiainen, Janne, Anatomy of public procurement. VATT Working Papers 118. Helsinki 2019. Saatavissa: <https://www.doria.fi/handle/10024/168335> (viitattu 30.11.2021).

Karinkanta, Pauliina – Lahtinen, Tapio, Julkiset hankinnat yrityksille käytännönläheisesti. 1. painos. Helsinki 2017.

Konkurrensverket, The Swedish procurement monitoring report 2018. Dnr 768/2018. Saatavissa: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34757/attachments/1/translations/en/renditions/native> (viitattu 18.11.2021).

Kowalczyk, Aldona – Sołtysińska, Aleksandra, Self-Cleaning in EU Public Procurement Law and Its Transposition into Polish Law. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 16(3) 2021, s. 181–192.

Kuzma, Katarzyna – Hartung, Wojciech, Combating Collusion in Public Procurement: Legal Limitations on Joint Bidding. Cheltenham 2020.

Laakso, Seppo, Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampere 2012.

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

MacCormick, D. Neil – Summers, Robert S., Interpreting Statutes: A Comparative Study. Dartmouth, 1991.

Majtan, Roman, The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes. *George Washington International Law Review* 45(2) 2013, s. 291–348.

Makkonen, Kaarle, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia: Rakenneanalyttinen tutkimus. Helsinki 1981.

Moldén, Robert, The New Competition Principle in The New EU Public Procurement Directives – From a Swedish Perspective. *Europarättslig Tidskrift* Nr 1 2020, s. 1–100.

Määttä, Kalle – Voutilainen, Tomi, Julkisten hankintojen sääntely. Helsinki 2017.

Määttä, Tapio, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomarideologiassa. *Edilex* 27.1.2012. Saatavissa: www.edilex.fi/artikkelit/8587 (viitattu 21.9.2021).

Määttä, Tapio – Paso, Mirjami, Johdatus oikeudellisen ratkaisun teoriaan. Helsinki 2019.

Paunio, Elina – Lindroos-Hoviheimo, Susanna, Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law. *European law journal* 16(4) 2010, s. 395–416.

Peczenik, Aleksander, On Law and Reason. Springer 2009.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus, Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 8., uudistettu laitos (10. painos). Helsinki 2019. (Pekkala ym. 2019)

Priess, Hans-Joachim – Arrowsmith, Sue – Friton, Pascal, Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? P.P.L.R. 2009, 6, s. 257–282.

Raitio, Juha, Teleologia eurooppaoikeudessa. Oikeus 3/2005, s. 276–297.

Raitio, Juha – Tuominen, Tomi, Euroopan unionin oikeus. 2., uudistettu painos. Helsinki 2020.

Sánchez Graells, Albert, Public Procurement and the EU Competition Rules. Second edition. Oxford and Portland, Oregon 2015.

Simovart, Mari Ann – Härginen, Kadri, Estonia: faithful in transposing, stumbling on domestic needs, s. 38–64 teoksessa Steen Treumer – Mario Comba (toim.), Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States. Northampton, MA 2018.

Schoenmaekers, Sarah, The EU debarment rules: legal and economic rationale. P.P.L.R. 2016, 3, s. 91–104.

Schoenmaekers, Sarah, Self-cleaning and leniency: Comparable objectives but different levels of success. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 13(1) 2018, s. 3–17.

Siltala, Raimo, Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2003.

Treumer, Steen – Comba, Mario, Trends in the implementation of Directive 2014/24: minimalism and narrow interpretations, s. 308–328 teoksessa Steen Treumer – Mario Comba (toim.), Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States. Northampton, MA 2018.

Tukiainen, Janne – Halonen, Kirsi-Maria, Competition and Litigation in Swedish Public Procurement. Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2020:1. Saatavissa: <https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/competition-and-litigation-in-swedish-public-procurement/> (viitattu 1.12.2021).

Ukkola, Markus, Hankintalainsäädännöstä ja sitoutumiskammosta. Edilex-sarja 2017/26, 13.6.2017. Saatavissa: www.edilex.fi/artikkelit/17790 (viitattu 9.8.2021).

Ukkola, Markus, Systemic interpretation in EU public procurement law. Helsinki 2018.

Ukkola, Markus, Laintulkintamalleista eräissä unionin tuomioistuimen hankintaratkaisissa, s. 158–178 teoksessa Antti Aine – Arttu Mentula (toim.), Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2018. Helsinki 2019.

Van Garsse, Steven – de Mars, Sylvia, Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive, s. 121–138 teoksessa Yseult Marique – Kris Wauters (toim.), EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets? Bryssel 2016.

Vuorela, Miikka – Määttä, Tapio – Soininen, Niko, ”Lain tarkoitus ja systematiikka huomioon ottaen on selvää” – julkilausutut systeemiperustelut korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa. Lakimies 7–8/2020, s. 1146–1171.

Wolff, Daniel – Burgi, Martin, Scaling down the cascade: a critical analysis of the implementation of Directive 2014/23 into German public procurement law, s. 112–134 teoksessa Steen Treumer – Mario Comba (toim.), *Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States*. Northampton, MA 2018.

Yukins, Christopher – Kania, Michał, Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2019-39, GWU Legal Studies Research Paper No. 2019-39. Saatavissa: <https://ssrn.com/abstract=3422499> (viitattu 29.11.2021).

Virallislähteet

Euroopan komissio, Vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita. KOM(2011) 15 lopullinen. Bryssel 27.1.2011.

Euroopan komissio, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Annex to Cluster 3: Reducing documentation requirements. 5736/12. Brussels, 27 January 2012.

Euroopan komissio, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Julkiset hankinnat toimiviksi Euroopassa ja Euroopan hyväksi. COM/2017/0572 final. Strasbourg 3.10.2017.

Euroopan komissio, Ilmoitus välineistä kilpailunvastaisen yhteistyön torjumiseksi julkisissa hankinnoissa ja ohjeista tähän liittyvien poissulkemisperusteiden soveltamisesta (2021/C 91/01). EUVL C 91, 18.3.2021, s. 2–30.

Euroopan parlamentin sisämarkkina- ja kuluttajansuojavaliokunta, Mietintö ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista. A7-0007/2013. 11.1.2013.

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

HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lain-säädännöksi.

Regeringens proposition 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling.

Regeringens skrivelse 2019/20:115. Verksamheten i Europeiska unionen under 2019.

Työ- ja elinkeinoministeriö, Ohjeistus yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan sähköisestä täyttämisestä ja käytöstä Euroopan komission luomassa palvelussa. 27.1.2017. Päivitetty versio 2.

Internet-lähteet

Dentons, Guide to Self-Cleaning in European Public Procurement Procedures. Saatavissa https://www.dentons.com/-/media/pdfs/insights/2021/april/self_cleaning_gpp_guide.pdf?la=en (viitattu 11.11.2021).

Markkinaoikeus, Tilastotietoja. Saatavissa: <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html> (viitattu 12.11.2021).

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia 810/79 Peter *Überschär* vastaan Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, ECLI:EU:C:1980:228.

Asia C-243/89 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Tanskan kuningaskunta (*komissio v. Tanska*), ECLI:EU:C:1993:257.

Asia C-16/98 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Ranskan tasavalta (*komissio v. Ranska*), ECLI:EU:C:2000:541.

Asia C-210/03 *Swedish Match* AB ja *Swedish Match UK Ltd* vastaan Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:2004:802.

Asia C-213/07 *Michaniki* AE vastaan Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias, ECLI:EU:C:2008:731.

Asia C-282/10 Maribel *Dominguez* vastaan Centre informatique du Centre Ouest Atlantique ja Préfet de la région Centre, ECLI:EU:C:2012:33.

Asia C-465/11 *Forposta* SA ja ABC Direct Contact sp. z o.o. vastaan Poczta Polska SA, ECLI:EU:C:2012:801.

Asia C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vastaan *Manova* A/S, ECLI:EU:C:2013:647.

Asia C-358/12 Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vastaan Comune di Milano (*Pascolo*), ECLI:EU:C:2014:2063.

Asia C-27/15 Pippo *Pizzo* vastaan CRGT Srl, ECLI:EU:C:2016:404.

Asia C-124/17 *Vossloh Laeis* GmbH vastaan Stadtwerke München GmbH, ECLI:EU:C:2018:855.

Asia C-144/17 *Lloyd's of London* vastaan Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, ECLI:EU:C:2018:78.

Asia C-41/18 *Meca* Srl vastaan Comune di Napoli, ECLI:EU:C:2019:507.

Asia C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA* vastaan Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:826.

Asia C-395/18 *Tim* SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA vastaan Consip SpA ja Ministero dell'Economia e delle Finanze, ECLI:EU:C:2020:58.

Asia C-387/19 *RTS infra* BVBA ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel vastaan Vlaams Gewest, ECLI:EU:C:2021:13.

Asia C-472/19 *Vert Marine* SAS vastaan Premier ministre ja Ministre de l'Économie et des Finances, ECLI:EU:C:2020:468.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-124/17 *Vossloh Laeis* GmbH vastaan *Stadtwerke München* GmbH, ECLI:EU:C:2018:316.

Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca Srl* vastaan Comune di Napoli, ECLI:EU:C:2019:183.

Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA* vastaan Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:393.

Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-387/19 *RTS infra BVBA* ja *Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* vastaan *Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2020:728.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 12.1.2017 taltio 67 (muu päätös)

KHO 10.5.2019 taltio 2157

KHO 2019:132

KHO 17.12.2020 taltio 4362 (muu päätös)

KHO 21.6.2021 taltio H2230/2021

Markkinaoikeus

MAO 676/17

MAO 286/19

MAO 419/20

MAO 420/20

MAO 421/20

MAO 469/20

MAO 517/20

MAO 542/20

MAO 549/20

MAO 569/20

MAO 76/21

MAO H105/2021

MAO H252/2021

Ruotsalainen oikeuskäytäntö

Kammarrätten i Stockholm mål nr 9-18

Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 14365-20

Högsta förvaltningsdomstolen mål nr 5857-21

LYHENTEET

ESPD	European Single Procurement Document
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
Hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta
Hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)
HE	Hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
MAO	Markkinaoikeus
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
TED	Tenders Electronic Daily
Vanha hankintadirektiivi	Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta
Vanha hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista (348/2007)
vp	Valtiopäivät

KUVIOT

Kuvio 1. Poissulkemisperusteen osatekijät ja niiden välinen yhteys.

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen tausta

Julkisiin hankintoihin liittyy erilaisia riskejä, jotka voivat realisoitua, mikäli hankintapäätöksiä tehdään harkitsemattomasti ja perehtymättä riittävästi tarjoajien taustoihin. Esimerkiksi hankintaviranomaisen oma maine voi kärsiä, jos se solmii hankintasopimuksen huonomaineisen yhtiön kanssa. Myös hankintasopimuksen kohde saatetaan toimittaa puutteellisena tai se voi jopa jäädä kokonaan toimittamatta. Lisäksi hankintatoimeen liittyy taloudellisia riskejä, joiden toteutuessa julkiset varat eivät tule käytetyksi tehokkaalla tai tarkoituksenmukaisella tavalla. Eräs laista löytyvä työkalu, jonka turvin hankintayksiköt voivat pyrkiä hallitsemaan edellä mainittuja riskejä, on tarjoajan poissulkeminen. Sen avulla hankintayksikkö voi jättää hankintamenettelyn ulkopuolelle sellaiset tarjoajat, jotka ovat aiemmin esimerkiksi toimineet lainvastaisesti tai epäonnistuneet hankinnan toteuttamisessa.¹

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 1397/2016 (jäljempänä hankintalaki) 80–81 §:ssä on säädetty poissulkemisperusteista, joiden nojalla hankintayksikkö voi sulkea ehdokkaan tai tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle. Eräänä poissulkemisperusteena voi 81.1 §:n 9 kohdan mukaan toimia toistuvat puutteet aiempien hankintasopimusten täyttämisenä, jos puutteet ovat olleet merkittäviä tai toistuvia ja ne ovat liittyneet jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamiseen. Lisäksi puutteiden on täytynyt johtaa aiemman hankintasopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, purkamiseen tai muihin vastaaviin sanktioihin. Toisaalta hankintalain 82 §:ssä on varattu tarjoajalle mahdollisuus korjaaviin toimenpiteisiin, joilla se voi esittää näyttöä luotettavuudestaan siinä tapauksessa, jos sitä rasittaa jokin poissulkemisperuste. Lainkohdan mukaan yritystä ei saa sulkea pois tarjouskilpailusta, mikäli hankintayksikkö katsoo näytön ja luotettavuuden riittäväksi.

Näiden kahden tekijän välinen jännite luo haastavan asetelman: Hankintayksikkö ei halua valita toimittajaksi tarjoajaa², jos se aiempien kokemustensa perusteella uskoo, että tarjoajan suorituksissa on odotettavissa virheitä, viivästyksiä tai muita puutteita. Aiemmat

¹ Yukins – Kania 2019, s. 52.

² Tarkkaan ottaen hankintalaissa tarjoajalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen esimerkiksi avoimessa menettelyssä, ja ehdokkaalla puolestaan toimittajaa, joka on pyytänyt saada osallistua esimerkiksi rajoitettuun menettelyyn tai neuvottelumenettelyyn. Esityksen selkeyden vuoksi ja tarpeettoman toiston välttämiseksi käytän jatkossa termiä tarjoaja riippumatta siitä, onko potentiaalinen toimittaja todellisuudessa ollut tarjoaja vai ehdokas.

negatiiviset kokemukset ovat saattaneet päätyä kärjäsaliin asti riideltäväksi, mikä ei luovinkaan hedelmällistä pohjaa yhteistyölle tulevaisuudessa. Olisi ylipäätään kestämaton tilanne, jos hankintayksiköllä olisi poikkeuksetta velvollisuus valita epäluotettavaksi osoittautunut yhtiö vain siksi, koska se on jättänyt parhaan tarjouksen. Hankintayksikkö tietäisi jo päätöstä tehdessään, että yhtiö tuskin kykenee toteuttamaan hankintaa suunnitellulla tavalla, mutta siitä huolimatta hankintayksikön kädet olisivat sidotut hankintalainsäädännön asettamien velvoitteiden vuoksi.³ Samaan aikaan tarjoajalle on kuitenkin varattava mahdollisuus palauttaa jo kertaalleen menetetty luottamus. Jos tarjoaja voi osoittaa, ettei se toista vanhoja virheitään vastaisuudessa, on hankintayksikkö velvollinen syysäämään epäluulonsa taka-alalle ja ottamaan tarjoajan takaisin hankintamenettelyyn.

Poissulkemisen aiheuttamista haasteista kertoo esimerkiksi se, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tarjouksen tai tarjoajan sulkeminen tarjouskilpailusta havaittiin yleisimmäksi virheryhmäksi Julkisten hankintojen neuvontayksikön laatimassa selvityksessä. Myös kansallisissa hankinnoissa ilmeni virheitä poissulkemisperusteiden edellytysten arvioinnissa.⁴ Virheellisyydet poissulkemisessä tai muissa hankintamenettelyn vaiheissa eivät kuitenkaan tule yllätyksenä. Kuten Ukkola on todennut, julkisia hankintoja koskevalla lainsäädännöllä on maine ”monimutkaisena, sisäisesti ristiriitaisena ja vaikeasti kokonaisuutena hallittavissa olevana kokonaisuutena”. Tämä johtuu keskeisesti siitä, että hankintalainsäädäntö on rakentunut ikään kuin kerroksittain poliittisesti ohjatusta lainsäädännöstä ja sitä koskevista tulkintakannanotoista.⁵ Aiempien puutteellisten sopimussuoritusten perusteella tapahtuvan poissulkemisen ja siihen liittyvien korjaavien toimenpiteiden osalta lisähaasteetta tuo myös niitä koskevien säännösten uutuus. Hankintalain 81.1 §:n 9 kohta ja 82 § lisättiin lakiin vuoden 2017 hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen yhteydessä, joten säännöksiä tulkitsevaa oikeuskäytäntöä on julkaistu vasta parin viime vuoden aikana, eikä oikeustila ole kaikilta osin vielä vakiintunut.

Poissulkeminen on myös keino rangaista epäluotettavaksi osoittautuneita toimittajia rajoittamalla niiden mahdollisuutta osallistua julkisiin hankintoihin.⁶ Se voidaan siis nähdä myös sanktiona, jonka pelotevaikutus ohjaa potentiaalisten toimittajien toimintaa toivotuun suuntaan, kun poissulkemisen uhasta ja poissulkemisesta aiheutuvasta mahdollisesta mainehaitasta johtuen toimittajat pyrkivät välttämään rikkomuksia ja laiminlyöntejä.⁷

³ De Oliveira 2016, s. 344.

⁴ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö 2020, s. 27–29.

⁵ Ukkola 2019, s. 159.

⁶ Schoenmaekers 2016, s. 99.

⁷ Majtan 2013, s. 293.

Sanktiolla on kuitenkin käänttöpuolensa, sillä tarjoajien poissulkemisen seurauksena hankinnoista käytävä kilpailu vähenee, mikä yleensä tarkoittaa hankintayksiköille korkeampia hintoja tai heikompaa laatua.⁸ Kun tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien määrä laskee entisestään poissulkemisen myötä, merkitsee se kolausta jo valmiiksi heikkoon kilpailutilanteeseen: Suomessa vuosina 2010–2017 toteutetuissa julkisten hankintojen kilpailutuksissa tarjoajien lukumäärän mediaani oli vain kaksi⁹, ja Ruotsissa vuosina 2012–2018 hieman yli puolessa kilpailutuksista tarjoajia oli ainoastaan 0–2.¹⁰ Sama ilmiö on havaittavissa myös muualla EU:ssa, sillä TED-tietokannassa vuosina 2006–2016 vain yhden tarjouksen saaneiden tarjouspyyntöjen osuus kasvoi 17 prosentista 30 prosenttiin ja samalla aikavälillä pyyntöihin keskimäärin saatujen tarjousten määrä putosi viidestä kolmeen.¹¹

Edellä mainituista haasteista kumpuaa tutkimusongelman motiivit. Oikeustilaa selventävälle tutkimukselle on tilausta, jotta säännöksiä tulkitsevat tahot ymmärtävät paremmin puutteellisista sopimussuorituksista johtuvan harkinnanvaraisen poissulkemisen ja korjaavien toimenpiteiden välistä dynamiikkaa. Osaltaan epätietoisuutta lain sisällöstä ja siten myös tutkimuksellista intressiä lisää se, että käsiteltävä aihepiiri on verrattain tuore, minkä vuoksi uusista säännöksistä tietoa tuottavalle tutkimukselle on tarvetta. Lisäksi julkisista hankinnoista käytävä kilpailu on jo valmiiksi vähäistä, ja tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien määrä laskee poissulkemisen myötä entisestään. Niin ikään on huomiotava, että tarjousten teko sitoo jo itsessään resursseja, aivan kuten tulkintaerimielisyyksien käsittely tuomioistuimessakin. Jotta virheellisillä tulkinnoilla ei tarpeettomasti kavenneta kilpailua ja tuhlaata osapuolten resursseja, tarvitaan tietoa lain sisällöstä.

1.2 Tutkimusmetodi, oikeuslähteet ja tulkintamallit

Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa ja 82 §:ssä käytetyt ilmaisut, kuten ”merkittävä puute”, ”keskeinen vaatimus” sekä ”näytön ja luotettavuuden riittävyys” voivat aiheuttaa hankintayksiköille epätietoisuutta siitä, millä edellytyksillä tarjoajan voi sulkea pois ja miten korjaavat toimenpiteet tulisi ottaa päätöksenteossa huomioon. Lakitekstissä esiintyvät kielelliset ilmaisut ovat semanttisesti avoimia ja monimerkityksellisiä, eivätkä ne ole ymmärrettävissä normaalin yleiskielen kontekstissa. Käsillä on säädöstekstin sisällöllisestä

⁸ Schoenmaekers 2016, s. 99. Schoenmaekersin mukaan poissulkemisesta johtuva kilpailun rajoittaminen on kuitenkin oikeutettua, sillä poissulkeminen suojaa hankintayksiköitä, ja välillisesti myös julkisia varoja, epäluotettavilta toimittajilta.

⁹ Jääskeläinen – Tukiainen 2019, s. 15.

¹⁰ Tukiainen – Halonen 2020, s. 36.

¹¹ Euroopan komissio 2017, s. 5.

tulkinnanvaraisuudesta aiheutuva semanttinen ongelma, jonka seurauksena oikeusjärjestyksen sisällöstä vallitsee epävarmuus. Tyypillisesti tulkinnanvaraisuuden syynä on esimerkiksi säädöstekstissä esiintyvät avoimet, epäselvät tai monimerkitykselliset ilmaisut. Niille tunnusomainen piirre on tekstin semanttinen avoimuus, joka ilmenee epätietoisuutena lakitekstin ilmaisun merkityssisällöstä.¹² Epätietoisuudesta kumpuaakin kysymys siitä, mikä on tässä tapauksessa voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö.

Kysymyksen taustalla vaikuttaa tulkinnallinen tiedonintressi. Oikeustieteen tiedonintressi puolestaan kietoutuu läheisesti sovellettavaan tutkimusmetodiin. Tutkimusmetodi tarjoaa työvälineet tutkimuksellisiin tavoitteisiin: kun tiedonintressi määrittelee mitä tai millaista tietoa halutaan saada selville, tutkimusmetodi tarjoaa työvälineet tavoitellun tiedon löytämiseksi.¹³ Näin ollen oikeudellisesti määrittynyt tulkinnallinen tiedonintressi tarvitsee oikeudellisen lähdeaineiston tulkinnallisten merkitysten analyysiin soveltuvan tutkimusmetodin. Tällainen tutkimusmetodi on oikeusdogmatiikka eli lainoppi, joka tuottaa perusteltuja tulkinta-, systematisointi ja punnintakannanottoja voimassa olevan oikeuden sisällöstä.¹⁴

Samaan tapaan nyt käsillä oleva tiedonintressi kietoutuu sopivaan tutkimusmetodiin. Edellä esitettyyn pohjautuen voidaan esittää kysymys siitä, millaista tietoa hankintalain 81.1 §:n 9 kohdasta ja 82 §:stä halutaan saada selville. Tämä määrittelee tutkimukselliseksi tavoitteeksi selvittää näiden lainkohtien tulkinnallinen merkityssisältö. Tavoitteen saavuttamiseksi tarvitaan sellaisia tutkimuksellisia työvälineitä, jotka sopivat asetettuun tiedonintressiin. Nämä työvälineet löytyvät lainopista ja sen metodeista eli niistä tulkinnan menetelmistä, joiden avulla voidaan tuottaa tietoa oikeusnormin merkityssisällöstä.¹⁵ Toisin sanoen kysymyksenasettelusta kumpuava tiedonintressi on yhteneväinen lainopillisen metodin tiedonintressin kanssa: mikä on voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö – mitä oikeus on? Lainoppi mahdollistaa perusteltujen

¹² Laakso 2012, s. 328. Makkonen onkin todennut, ettei lainsäätäjällä ”ole loogikko, joka ottaisi huomioon kaikki semanttiset hienoudet”. Niinpä säännöksen juridisen sisällön kannalta ratkaisevaa ei ole sen kielipillinen muoto (Makkonen 1981, s. 83).

¹³ Siltala 2003, s. 745.

¹⁴ Siltala 2003, s. 130. Aarnio on kuvannut oikeustieteen metodia näkökulmaksi oikeuteen. Se on harkintaa ja punnintaa, siis jotain muuta kuin luonnontieteellistä tutkimusta ohjaavat mekaaniset ja yksikäsitteiset metodiset ohjeet (Aarnio 2006, s. 237).

¹⁵ Hirvonen 2011, s. 37. Tiedonintressinä on siis toisin ilmaistuna se, *mitä oikeus on* lainopin vallitsevan doktriinin mukaan. Jos pyrkimyksenä olisi esittää ideaalinen tai vain mahdollinen tulkinta oikeudesta eli vastata kysymykseen *mitä oikeuden pitäisi olla*, siirryttäisiin kriittisen lainopin puolelle (Siltala 2003, s. 527).

tulkintakannanottojen muodostamisen ja siten sellaisen tiedon tuottamisen, mitä tällä tutkimuksella tavoitellaan.¹⁶

Lainopillisten kannanottojen johtaminen, argumentaatio ja justifikaatio ovat kiinteässä yhteydessä oikeuslähteisiin.¹⁷ Peczenik-aarniolaisessa oikeuslähdeopissa oikeuslähteet ryhmitellään kolmeen kategoriaan, joita ovat vahvasti velvoittavat, heikosti velvoittavat ja sallitut oikeuslähteet. Kyseinen malli kuvaa eri kategorioihin kuuluvien oikeuslähteiden välistä hierarkiaa: mitkä oikeuslähteet tulee olla tai voi olla ratkaisun perusteena ja miten niiden keskinäinen painoarvo määritellään.¹⁸ Vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin lukeutuvat eriasteiset säädöstekstit, EU-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tietyt prejudikaatit ja tapaoikeus. Tällaisen oikeuslähteen syrjäyttävä ratkaisu ei ole laillinen. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lainsäätäjän tarkoitus ja ennakkoratkaisut, jotka eivät siis ole muodollisesti sitovia oikeuslähteitä, mutta niillä on merkitystä argumentaatiossa.¹⁹ Esimerkiksi lainsäätäjän tahtoa ilmaiseva lainvalmisteluaineisto tulee pääsääntöisesti ottaa oikeudellisessa argumentoinnissa huomioon, mutta lainsäätäjän tahdosta voidaan myös perustellusta syystä poiketa.²⁰ Sallituilla oikeuslähteillä ei puolestaan ole omaa muodollista oikeuslähteen asemaa, mutta niillä on perusteluvoimaa vahvistava merkitys ja ne saadaan tai voidaan ottaa oikeudellisessa päätöksenteossa ja argumentoinnissa huomioon. Tällaisia oikeuslähteitä ovat esimerkiksi käytännölliset argumentit, yleiset oikeusperiaatteet ja oikeustieteellisessä kirjallisuudessa esitetyt kannanotot.²¹

Perustan oman tulkintani ja argumentaationi suurimmalta osin vahvasti ja heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, kuten hankintalakiin ja -direktiiviin, EUT:n ja KHO:n

¹⁶ Lainopillisella metodilla tuotettu tieto ei tosin ole samalla tavalla kontrolloitavissa ja toistettavissa kuin esimerkiksi luonnontieteissä. Lainopin lause on praktinen kannanotto, jonka paikkansapitävyys ja hyväksyttävyyden riippuu sen perusteeksi esitetyistä argumenteista (Laakso 2012, s. 413–414).

¹⁷ Laakso 2012, s. 257.

¹⁸ Peczenik 2009, s. 261–263. Peczenik-aarniolainen oikeuslähdeoppi on tyypiltään normatiivista oikeuslähdeoppia, sillä se antaa normatiivisia ohjeita oikeuslähteistä ja niiden keskinäisestä suhteesta. Tämän vastakohta on deskriptiivinen oikeuslähdeoppi, joka kuvaa oikeuslähteiden tosiasiallista käyttöä (Tuori 2000, s. 174). Oppia on pidetty osittain vanhentuneena ja rajoittuneena, sillä siinä ei anneta asianmukaista painoarvoa kansainvälisille ja eurooppaoikeudellisille oikeuslähteille, eikä se myöskään tunnista useilla oikeudenaloilla epämääräisemmäksi muuttunutta oikeuslähteiden velvoittavuutta, mikä on seurausta lakien joustavuudesta ja niissä lainsoveltajalle jätetystä harkintavallasta. Kriitistä huolimatta sillä on edelleen olennainen merkitys oikeustieteen tutkimuksessa ja lainsoveltajien työssä (Määttä – Paso 2019, s. 17).

¹⁹ Aarnio 2006, s. 292–294.

²⁰ Laakso 2012, s. 303.

²¹ Aarnio 2006, s. 293–294. Tuorin näkemyksen mukaan oikeusperiaatteet eivät ole oikeuslähteitä vaan oikeusnormeja, jotka perustuvat eri oikeuslähteisiin. Yhtä kielteisesti hän suhtautuu myös reaalisten argumenttien oikeuslähdestatukseen, sillä Tuorin mukaan ne ovat ennemminkin oikeuslähteiden tulkinnaa hyödynnettäviä näkökohtia, jotka täsmentävät oikeuslähteiden antamaa informaatiota (Tuori 2000, s. 175 ja 197).

ratkaisuihin sekä lainvalmisteluaineistoon. Harkinnan ja punninnan tueksi turvaudun kuitenkin myös sallittuihin oikeuslähteisiin, esimerkiksi oikeustieteelliseen kirjallisuuteen ja oikeusperiaatteisiin. Tulkintakannanottoa ei kuitenkaan voi rakentaa vain oikeuslähdeopin varaan, sillä sen funktiona oikeudellisessa argumentoinnissa on osoittaa juridisesti mahdollisten tulkintavaihtoehtojen joukosta oikeudellisesti merkitsevät eli relevantit vaihtoehdot. Tämän jälkeen siirrytään varsinaisen tulkinnan alueelle.²² Tässä yhteydessä kuvaan astuvat tulkintamallit, jotka määrittävät, miten oikeuslähteiden sisältöä on tulkittava ja miten niitä on yksittäisessä tapauksessa sovellettava. Tutkimuksessani hyödynnän kielellistä, systeemistä ja tavoitteellista tulkintaa.

1.3 Tutkimuskysymykset, aiheen rajausta ja tutkielman rakenne

Tutkimukseni rakentuu kahden tutkimuskysymyksen varaan. Tarkoituksena on ensinnäkin selvittää, miten hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohtaa pitäisi tulkita, eli mitkä toisin sanoen ovat aiempiin puutteellisiin sopimussuorituksiin perustuvan poissulkemisperusteen soveltamisedellytykset. Toisekseen tutkimuksessa etsitään vastausta siihen, miten hankintalain 82 §:ää tulisi tulkita silloin, kun tarjoaja tai ehdokas ollaan sulkemassa tarjouskilpailun ulkopuolelle aiempien puutteellisten sopimussuoritusten nojalla. Tutkimuksen tavoitteena on siis selvittää hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan näkökulmasta, milloin voidaan katsoa, että hankintayksikkö on voinut perustellusti menettää luottamuksensa tarjoajaa kohtaan ja toisaalta, millä edellytyksillä tarjoaja pystyy palauttamaan menetetty luottamuksen. Vastauksia etsiessä kiinnitetään erityistä huomiota säännöksissä esiintyviin keskeisiin kielellisiin ilmaisuihin, joiden merkitysaluetta pyritään rajamaan ja tämentämään lainopin työkaluja hyödyntäen.

Tutkimuksen ulkopuolelle rajataan pienhankinnat ja kansalliset kynnysarvot ylittävät hankinnat, sillä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita sovelletaan lähtökohtaisesti vain EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Niin ikään tarkemman tarkastelun ulkopuolelle jäävät muut hankintalain 81 §:n 1 momentissa säädetyt harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet, joskin tähän liittyen on mainittava joitain poikkeuksia: Hankintalain 81.1 §:n 3 kohdassa säädetty vakava virhe ammattitoiminnassa voi olla tapahtunut hankintayksikön ja tarjoajan välisessä sopimussuhteessa, joten sen ja tutkimuksen kohteena olevan poissulkemisperusteen osittaisesta yhteneväisyydestä johtuen vakavaa virhettä ammattitoiminnassa sivutaan muutamaan otteeseen. Lisäksi tutkimuksessa on tarpeen muodostaa aluksi yleiskuva korjaavista toimenpiteistä, minkä vuoksi niitä tarkastellaan

²² Aarnio 2006, s. 307.

kaikkien poissulkemisperusteiden näkökulmasta, mutta varsinaiset tulkintakannanotot esitetään vain hankintalain 81.1 §:n 9 kohtaa silmällä pitäen. Rajauksiin liittyen on vielä mainittava siitä, miten tutkittavaa aihetta ylipäättään lähestytään: Tutkimuksen tarkoituksena on lainsoveltamisessa relevanttien tulkintaongelmien tunnistaminen ja lakitekstin tulkinnanvaraisuuksien täsmentäminen. Tämä tarkoittaa, että harkinnanvaraista poissulkemista ja korjaavia toimenpiteitä koskevat menettelylliset seikat, kuten se, miten niitä koskevat päätökset on tehtävä tai perusteltava, jäävät tutkimuksessa vähemmälle huomiolle.

Tämä tutkielma koostuu johdannosta, päätännöstä ja kolmesta pääluvusta. Ensimmäisessä pääluvussa eli luvussa 2 käsitellään harkinnanvaraista poissulkemista yleisellä tasolla ja tarkennetaan sitä, miten tutkittava poissulkemisperuste asemoituu suhteessa muihin poissulkemisperusteisiin. Lisäksi luvussa rakennetaan pohjaa myöhemmin esitettävälle tulkinnoille tarkastelemalla hankintaperiaatteiden sisältöä ja niiden merkitystä julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden tulkinnassa. Luvussa 3 syvennyttään ensimmäiseen tutkimuskysymykseen. Siinä tarkastellaan, mitä poissulkemisperusteesta on EU:ssa ja Suomessa säädetty, esitellään Euroopan unionin tuomioistuimen ja kotimaisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöä sekä määritellään hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa käytettyjen ilmaisujen merkityssisältöä kielellisen, systeemisen ja tavoitteellisen tulkinnan keinoin. Luvussa 4 siirrytään toisen tutkimuskysymyksen pariin. Luvun aluksi käsitellään korjaavien toimenpiteiden sääntelyn taustoja, minkä jälkeen tarkastellaan, mitä korjaavista toimenpiteistä on säädetty ja miten säännöksiä on oikeuskäytännössä sovellettu. Lopuksi tarkastelun keskiöön otetaan se, millä tavalla korjaavia toimenpiteitä arvioidaan silloin, kun tarjoajaa rasittaa hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetty poissulkemisperuste.

2 HARKINNANVARAINEN POISSULKEMINEN

2.1 Harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista yleisesti

Hankintalain 81 §:ssä on säädetty kaikkiaan 11 harkinnanvaraisesta poissulkemisperusteesta, joiden nojalla hankintayksiköllä on mahdollisuus sulkea tarjoaja tai ehdokas pois tarjouskilpailusta. Näiden poissulkemisperusteiden tutkiminen on osa tarjoajien soveltuvuuden arviointia, joka on hankintamenettelyssä oma vaiheensa ennen tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden tarkistamista ja tarjousten keskinäistä vertailua.²³ Tarjoajien soveltuvuutta arvioitaessa otetaan huomioon myös hankintalain 80 §:ssä säädetty pakolliset poissulkemisperusteet sekä hankintayksikön itse ilmoittamat vaatimukset liittyen tarjoajien taloudellisiin, teknisiin ja ammatillisiin valmiuksiin.²⁴ Siinä missä pakolliset poissulkemisperusteet koskevat eräitä hankintalaissa lueteltuja vakavia rikoksia, perustuvat harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet lievempiin rikkomuksiin tai puutteisiin. Kuten jo termistäkin huomaa, hankintayksikkö voi käyttää harkintaa tällaisten poissulkemisperusteiden käyttämisessä, eli toisin sanoen poissuljenta on vapaaehtoista. Säännöksen tarkoituksena on vähentää hankinnan toteuttamiseen liittyviä riskejä, jotka voivat johtua esimerkiksi yrityksen heikosta taloudellisesta asemasta, ammattitoiminnassa tapahtuneista virheistä tai aiemmista puutteellisista suorituksista.²⁵ Hankintayksikön vastuulla on siis arvioida näiden riskien suuruutta ja tarvittaessa sulkea sopimattomat tarjoajat tarjouskilpailun ulkopuolelle. Hankintalain 81 §:n 2 momentin mukaan se voi ottaa harkinnassaan huomioon virheen, rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuuden, yhteyden hankinnan kohteeseen, kuluneen ajan sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset.

Hankintalain 87 §:stä seuraa, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tarjoajien soveltuvuuden arvioinnissa hyödynnetään yhteistä eurooppalaista hankinta-asiakirjaa (European Single Procurement Document, ESPD), jolla tarjoaja osoittaa alustavasti täyttävänsä hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset sekä sen, ettei mikään pakollinen tai harkinnanvarainen poissulkemisperuste rasita sitä. Hankintayksikön on lomakkeen esitäytön yhteydessä ilmoitettava ne harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet, joihin tarjoajan on otettava kantaa. Hankintayksikkö voi myös harkintavaltansa puitteissa

²³ Mikään ei toisaalta estä sitä, että poissulkeminen tehdään jo ennen tarjoajien soveltuvuuden arviointia. Lain esitöiden mukaan tarjoaja voidaan sulkea pois tarjouskilpailusta missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa, jos käy ilmi, että tarjoajaa rasittaa jokin hankintamenettelyn aikana tai sitä ennen syntynyt harkinnanvarainen poissulkemisperuste (HE 108/2016 vp, s. 183).

²⁴ Eskola ym. 2017, s. 409–411.

²⁵ HE 108/2016 vp, s. 183.

jättää valitsematta sellaiset poissulkemisperusteet, joihin se ei ole oikeissa vedota.²⁶ Vastaavasti tarjoajan on asiakirjaa täyttäessään otettava kantaa harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin, mutta se voi mainita tietyn poissulkemisperusteen olemassaolosta vain, jos hankintayksikkö on esitäytön yhteydessä itse valinnut kyseisen perusteen. Mikäli tarjoaja vastaa jonkin poissulkemisperusteen olemassaoloon myöntävästi, on sillä sen jälkeen mahdollisuus ilmoittaa, onko se ryhtynyt korjaaviin toimenpiteisiin luotettavuutensa osoittamiseksi.²⁷

Hankintalaissa on säädetty tiettyjä harkinnanvaraiseen poissulkemiseen liittyviä reunaehtoja. Ensinnäkin hankintalain 81 §:n 4 momentin mukaan tarjoajaa ei saa sulkea pois tarjouskilpailusta, jos poissulkemisen perusteena olevasta tapahtumasta on kulunut yli kolme vuotta. Toisekseen hankintalain 82 §:n mukaan poissulkemista ei saa tehdä, vaikka ajallisesti relevantti poissulkemisperuste olisikin olemassa, mikäli tarjoaja pystyy esittämään riittävää näyttöä luotettavuudestaan. Lisäksi lain esitöissä on todettu, että vähäisten rikkomusten perusteella tapahtuva poissulkeminen tulee kyseeseen vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Jos vähäiset rikkomukset ovat kuitenkin toistuvia, voivat ne kyseenalaistaa tarjoajan luotettavuuden hankinnan toteuttamisessa siinä määrin, että poissulkeminen on perusteltua.²⁸

Harkinnanvaraista poissulkemista koskevat lainkohdat sijaitsevat hankintalain II osassa, josta löytyvät EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskevat säännökset. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö näitä hankintadirektiivistä johtuvia säännöksiä voisi soveltaa myös EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa. Hankintalain 105 §:ssä nimittäin todetaan, että tarjoajien sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle voidaan noudattaa, mitä lain 80–86 §:ssä säädetään. Hankintayksiköillä on siis halutessaan mahdollisuus selvittää poissulkemisperusteiden olemassaolo ja sulkea niiden nojalla tarjoaja tarjouskilpailusta EU-kynnysarvot alittavassa, mutta kansalliset kynnysarvot ylittävässä hankinnassa. Jos hankintayksikkö päättää tätä mahdollisuutta hyödyntää, ei hankintadirektiivistä johtuvia säännöksiä tarvitse kuitenkaan soveltaa sellaisinaan. Lain esitöissä todetaan, että kuten

²⁶ Työ- ja elinkeinoministeriö 2017, s. 4. Tähän liittyen on herännyt kysymys siitä, tuleeko hankintayksikön sitoutua lomakkeeseen merkittyjen poissulkemisperusteiden käyttöön. Onko sen toisin sanoen välttämättä suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle sellaiset tarjoajat, joita rasittaa jokin lomakkeella ilmoitettua poissulkemisperusteista, tai voiko hankintayksikkö enää vedota sellaiseen harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen, jota ei ole ilmoitettu yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa? Ks. tästä problematiikasta tarkemmin Ukkola 2017.

²⁷ Työ- ja elinkeinoministeriö 2017, s. 12.

²⁸ HE 108/2016 vp, s. 183.

hankintamenettelyä koskevia säännöksiä, myös soveltuvuusehtoja ja poissulkemisperusteita koskevia säännöksiä voi soveltaa II osan säännöksiin nähden väljemmin.²⁹

Harkinnanvarainen poissulkeminen oli mahdollista jo ennen vuoden 2017 hankintalainsäädännön kokonaisuudistusta. Vanhan julkisista hankinnoista annetun lain 348/2007 (jäljempänä vanha hankintalaki) 54 §:ssä poissulkemisperusteista käytettiin nimitystä ”muut poissulkemisperusteet” ja niitä oli kokonaisuudessaan kuusi. Niiden perusteella tapahtuva poissulkeminen kuului hankintayksikön harkintavaltaan vastaavalla tavalla kuin nykyään harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden kohdalla.³⁰ Voimassa olevan hankintalain 81 § vastaakin osin vanhan lain 54 §:ää, kun aiemmin voimassa olleet poissulkemisperusteet siirrettiin pienin muutoksin nykyiseen lakiin. Tutkimuksen kohteena olevaa poissulkemisperustetta ei kuitenkaan löytynyt vielä vanhasta laista, vaan aikaisemman hankintalainsäädännön aikana puutteet sopimuksen täyttämässä otettiin huomioon vakavana ammatillisena virheenä.³¹ Nykyisessä laissa vakavasta ammatillisesta virheestä säädetään lain 81.1 §:n 3 kohdassa ja puutteellisista suorituksista 9 kohdassa.

2.2 Julkisten hankintojen periaatteiden merkitys ja sisältö

Hankintaperiaatteista on säädetty hankintadirektiivin 2014/24/EU³² 18 artiklassa, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden soveltamista ohjaa avoimuuden, suhteellisuuden sekä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteet. Säännöksen on sanottu olevan ehkäpä keskeisin artikla koko direktiivissä – muiden artiklojen voidaan ajatella muodostavan vain puitteet, joiden tarkoituksena on turvata periaatteiden toteutuminen. Vanhasta hankintadirektiivistä poiketen hankintaperiaatteita koskeva artikla sijoitettiin yleisiä sääntöjä käsittelevään lukuun. Muutoksen on katsottu painottavan sitä, ettei periaatteisiin tule suhtautua vain tavoitteina, joihin hankintamenettelyssä tulisi pyrkiä, vaan konkreettisina sääntöinä, jotka täytyy ottaa huomioon jokaisessa hankintamenettelyn vaiheessa.³³ Periaatteilla on merkittävä rooli myös kansallisen hankintalainsäädännön soveltamisessa yhdessä lain tarkoituksen ja tavoitteiden kanssa. Ne ovat lain soveltajaa ja tulkitсияa avustavia punnintavälineitä silloin, kun hankintalain säännöksistä ei löydy

²⁹ HE 108/2016 vp, s. 213. Esimerkiksi tapauksessa MAO H105/2021 tämä soveltamisen väljyys näkyi niin, että markkinaoikeus arvioi hankintayksikön käyttämien poissulkemisperusteiden lainmukaisuutta julkisten hankintojen periaatteiden toteutumisen näkökulmasta eikä niinkään poissulkemisperusteita koskevien säännösten soveltamisedellytysten perusteella.

³⁰ HE 50/2006 vp, s. 97.

³¹ Eskola ym. 2017, s. 426.

³² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (Euroopan unionin virallinen lehti L 94, sivut 65–242).

³³ Hamer – Andhov 2021, s. 187–188.

oikeusohjetta tietyn kysymyksen ratkaisemiseen.³⁴ Periaatteiden on jopa sanottu olevan hankintalain soveltajan keskeisin apuväline, joka ohjaa soveltajan oikeaan ratkaisuun.³⁵

Periaatteiden rooli korostui entisestään hankintadirektiivin ja -lain uudistamisen yhteydessä. Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen myötä sosiaali- ja terveydenhuolto- palveluja sekä muita erityisiä palveluhankintoja ja kansalliset kynnsarvot ylittäviä hankintoja koskevia menettelysääntöjä on kevennetty siten, että ne ovat aikaisempaa yksinkertaisempia, joustavampia ja lyhyempiä.³⁶ Pyrkimys joustavaan sääntelyyn ja hankintayksikön harkintavallan lisäämiseen on nähtävissä niin ikään hankintadirektiivissä, sillä direktiiviä uudistaessaan lainsäätäjä jätti julkisia hankintoja koskeviin oikeusohjeisiin useita aukkoja, joiden tilkitsemisessä periaatteilla on suuri merkitys.³⁷ Muutosten seurauksena esimerkiksi suhteellisuuden sekä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteilla tulee olemaan jatkossa vielä aiempaa keskeisempi asema ratkaistaessa yksittäistapauksissa ilmeneviä ongelmia.³⁸ Periaatteiden merkitystä on painotettu myös harkinnanvaraista poissulkemista ja korjaavia toimenpiteitä koskevien säännösten tulkinnassa: Hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleen mukaan hankintayksiköiden on kiinnitettävä ”erityistä huomiota” suhteellisuusperiaatteeseen harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita soveltaessaan. Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa puolestaan todetaan, että korjaavien toimenpiteiden arvioinnissa on otettava huomioon rangaistavan teon tai rikkomuksen vakavuus. Periaatteita hyödynnetään usein punnintanormeina myös poissulkemiseen liittyvässä oikeuskäytännössä.³⁹

Hankintaperiaatteiden merkitys on siis suuri, mutta mikä niiden sisältö tarkalleen ottaen on? Abstraktilla tasolla voidaan todeta, että suhteellisuusperiaatteen mukaan hankintayksikön toimenpiteiden täytyy olla oikeassa suhteessa niihin tavoitteisiin nähden, joihin julkisia hankintoja koskevalla sääntelyllä on pyritty.⁴⁰ Näitä tavoitteita ovat esimerkiksi julkisten varojen tehokas käyttö ja toimittajien tasapuolisten osallistumismahdollisuuksien

³⁴ Pekkala ym. 2019, s. 42.

³⁵ Eskola ym. 2017, s. 33. Periaatteiden merkitystä korostettiin myös ennen vuotta 2017 voimassa olleen hankintalain esitöissä, jossa todetaan, että yksittäisissä tulkintatilanteissa ratkaisujen tulisi perustua nimenomaan näiden periaatteiden soveltamiseen (HE 50/2006 vp, s. 47).

³⁶ HE 108/2016 vp, s. 74.

³⁷ Hamer – Andhov 2021, s. 188.

³⁸ Eskola ym. 2017, s. 35 ja 37.

³⁹ Ks. esim. asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 34–38 ja tapausta koskeva julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa *RTS infra*, kohdat 64–84, joissa käytiin kattavasti läpi periaatteisiin liittyvää ratkaisukäytäntöä ja sovellettiin niitä käsillä olleeseen tapaukseen. Kotimaisesta oikeuskäytännöstä ks. KHO 2019:32, jossa tuomioistuin otti kantaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun toteutumiseen poissulkemistapauksessa.

⁴⁰ Hamer – Andhov 2021, s. 195.

turvaaminen.⁴¹ Euroopan unionin tuomioistuin on muotoillut asian siten, että hankintamenettelyssä tulee asettaa vaatimukset, kriteerit ja muut toimenpiteet suhteellisuusperiaatteen mukaisesti sellaisiksi, että niillä voidaan taata asetettujen tavoitteiden toteutuminen. Toisaalta niillä ei kuitenkaan saa ylittää sitä, mikä on tarpeen tavoitteiden saavuttamiseksi.⁴² Suhteellisuusperiaatteen kohdalla voidaan puhua myös kohtuullisuuden vaatimusten huomioimisesta.⁴³

Konkreettisemmin ilmaistuna suhteellisuusperiaate edellyttää sitä, että hankintamenettelyssä asetetut vaatimukset ja kriteerit ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Tämä tarkoittaa esimerkiksi hankinnan luonteen ja arvon huomioimista tarjoajien soveltuvuusehtoja asetettaessa. Samaten tarjouspyynnön sisältöön tai hankintamenettelyn ehtoihin liittyvät vaatimukset tulisi asettaa sellaisiksi, että ne ovat oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden.⁴⁴ Toisin sanoen hankintamenettelyyn osallistumisen kriteerit on rajattava siihen, mikä on välttämätöntä sen varmistamiseksi, että hankintayksikkö pystyy luottamaan tarjoajaan ja sen kykyyn suoriutua sopimusvelvoitteista.⁴⁵ Hankintayksikön on siis pystyttävä argumentoimaan asettamiensa kriteerien ja vaatimusten tarve ja tavoitteet, jottei vaatimuksilla perusteettomasti jätettäisi toimittajia hankintamenettelyn ulkopuolelle.⁴⁶ Hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleen perusteella hankinnanvaraisen poissulkemisen tapauksessa suhteellisuusperiaate tarkoittaa esimerkiksi sitä, että tarjoajaa ei tulisi sulkea pois tarjouskilpailusta vähäisten rikkomusten perusteella.

Tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu puolestaan edellyttää, että ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa samalla tavalla. Tällä hankintalainsäädännön peruspilariksikin kutsutulla periaatteella pyritään varmistamaan kaikille toimittajille tasapuoliset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuihin.⁴⁷ Periaatteen maantieteellisen ulottuvuuden voi käsittää niin, että ulkomainen ja kotimainen tarjoaja tulisi asettaa

⁴¹ Ks. esim. hankintadirektiivin johdanto-osan perustelukappaleet 1–2. Näiden ohella muita tavoitteita ovat muun muassa korruption estäminen, ympäristö- ja sosiaalisten näkökohtien huomioiminen, kilpailun edistäminen sekä yleisemmällä tasolla Euroopan unionin laajuisten sisämarkkinoiden toimivuus. Täyttä yksimielisyyttä ei kuitenkaan vallitse siitä, mitkä lukeutuvat päätavoitteisiin ja mitkä puolestaan toissijaisiin tai horisontaalisiin tavoitteisiin (ks. Arrowsmith 2012, s. 45–64 ja Sánchez-Graells 2015, ss. 101).

⁴² Asia C-358/12 *Pascolo*, kohta 31.

⁴³ HE 50/2006 vp, s. 47. Suhteellisuusperiaatetta on myös kuvattu mekanismiksi, joka turvaa tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja niiden välisen kilpailun toteutumisen edellyttämällä hankintayksiköltä oikeasuhtaisia toimenpiteitä. Tästä näkökulmasta suhteellisuusperiaate toimii tasapainottavana tekijänä muita hankintaperiaatteita koskevassa harkinnassa ja siten edesauttaa sitä, että hankintamenettely toteuttaa niitä tavoitteita, joihin julkisia hankintoja koskevalla sääntelyllä on ylipäättään pyritty (Hamer – Andhov 2021, s. 196).

⁴⁴ HE 108/2016 vp, s. 73–74.

⁴⁵ Hamer 2020, s. 50.

⁴⁶ Pekkala ym. 2019, s. 48.

⁴⁷ Pekkala ym. 2019, s. 47.

samaan asemaan. Kansallisissa hankinnoissa tämä näkyy puolestaan siten, ettei esimerkiksi oman kunnan alueelta olevia yrityksiä saa suosia ja asettaa etusijalle muualta tuleviin tarjoajiin nähden.⁴⁸

Tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu koskee kuitenkin paljon muutakin kuin tarjoajien maantieteellistä sijaintia, sillä periaate käsittää laajasti kaikenlaisen syrjinnän.⁴⁹ Unionin tuomioistuimen mukaan yhdenvertainen kohtelu edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita samalla tavoin, jos tällainen kohtelu ei ole objektiivisesti perusteltua.⁵⁰ Tuomioistuin on myös korostanut periaatteen keskeistä asemaa ja merkitystä hankintadirektiivin tulkinnassa esimerkiksi toteamalla, että velvoite kunnioittaa periaatetta vastaa hankintadirektiivin perusajatusta.⁵¹ Niin ikään tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä on löydettävissä tulkinta, jonka mukaan yhdenvertaisen kohtelun on toteuduttava kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa eikä vasta siitä hetkestä alkaen, kun tarjous on jätetty.⁵²

Periaate onkin toiminut tärkeänä punnintanormina tilanteissa, joissa tuomioistuin ei ole voinut löytää tapaukseen suoraa ratkaisua hankintalainsäädännöstä. Tällaisissa tapauksissa on usein kyse eräänlaisesta vastakkainasettelusta, kun hankintayksiköllä on oikeus määrittellä hankinnan kohde ja vaatimukset haluamallaan tavalla, mutta toisaalta hankintayksikön laaja määrittelyvalta tuo mukanaan väärinkäytön riskin.⁵³ EUT on kuitenkin korostanut, että hankinnasta kiinnostuneilla toimijoilla tulee olla yhtäläiset mahdollisuudet tarjouksia laatiessaan ja kaikkia kilpailijoita täytyy koskea samat vaatimukset.⁵⁴ Hankinnanvaraisen poissulkemisen tapauksessa tämän toteutumista on arvioitu harkittaessa esimerkiksi sitä, oliko poissulkemisperustetta sovellettu tasapuolisesti, kun sen perusteella toinen tarjoajista suljettiin tarjouskilpailun ulkopuolelle, mutta toista ei.⁵⁵ Periaate vaikutti myös unionin tulkintaan tapauksessa *RTS infra*, jossa oli kyse siitä, voidaanko tarjoajalta vaatia korjaavien toimenpiteiden esittämistä oma-aloitteisesti.⁵⁶

⁴⁸ Eskola ym. 2017, s. 36.

⁴⁹ Ks. asia 810/79 *Überschär*, kohta 16, jossa EUT totesi, että kansalaisuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän kieltäminen on vain yksittäinen tasapuolisen kohtelun ilmenemismuoto.

⁵⁰ Ks. esim. asia C-210/03 *Swedish Match*, kohta 70.

⁵¹ Asia C-243/89 *komissio v. Tanska*, kohta 33.

⁵² Asia C-16/98 *komissio v. Ranska*, kohta 107.

⁵³ Pekkala ym. 2019, s. 47.

⁵⁴ Asia C-27/15 *Pizzo*, kohta 36.

⁵⁵ Ks. KHO 2019:132. Vanhan hankintalain esitöissä todettiin nimenomaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen edellyttävän, että poissulkemisperusteita sovelletaan samalla tavalla kaikkiin tarjoajiin (HE 108/2016 vp, s. 97).

⁵⁶ Ks. asia C-387/19 *RTS infra*. Tapausta käsitellään laajemmin luvussa 4.1.

Hankintaperiaatteista ja erityisesti tasapuolisesta kohtelusta puhuttaessa on tuotava esiin myös avoimuusperiaate, sillä sen on katsottu olevan sidoksissa tasapuolisen kohtelun periaatteeseen.⁵⁷ Avoimuusperiaatteen tarkoituksena on varmistaa, ettei hankintayksikkö suosi yhtäkään tarjoajaa tai muutenkaan toimi hankintamenettelyssä mielivaltaisesti. Tämän turvaamiseksi hankintamenettelyn ehdot ja säännöt on esitettävä selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa, jotta kaikki kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelliset toimijat kykenevät ymmärtämään niiden laajuuden sekä tulkitsemaan niitä samalla tavalla.⁵⁸ Osaltaan periaate siis edistää myös toimittajien mahdollisuuksia valvoa sitä, onko hankintamenettelyssä noudatettu yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja julkisia hankintoja koskevia oikeusohjeita.⁵⁹ Avoimuusperiaate on ohjannut poissulkemiseen liittyvää tulkintaa esimerkiksi tuomioistuimen ratkaistaessa sitä, tuleeko hankintayksikön ilmoittaa tarjoajalle aikomuksestaan vedota tiettyyn poissulkemisperusteeseen, jos hankintailmoituksessa on mainittu, että hankintayksikkö voi halutessaan jättää tarjoajia tarjouskilpailun ulkopuolelle harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden nojalla.⁶⁰

Joidenkin näkemysten mukaan hankintaperiaatteet eivät rajoitu vain edellä esiteltyihin suhteellisuuden, tasapuolisuuden ja avoimuuden periaatteisiin. Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua etenkin mahdollisen kilpailuperiaatteen olemassaolosta. Periaatteen mukaan julkisia hankintoja koskevaa sääntelyä tulisi tulkita ja soveltaa siten, ettei se haittaa, rajoita tai vääristä kilpailua. Hankintayksiköiden tulisi niin ikään pidättäytyä hankintamenettelyissä kaikista sellaisista toimenpiteistä, jotka voivat vaikuttaa kilpailuun negatiivisesti.⁶¹ Ennen vuoden 2014 hankintadirektiiviä periaatteen olemassaolo ankkuroitui aiempien hankintadirektiivien perustelukappaleissa mainittuihin tavoitteisiin, yksittäisissä artikloissa esiintyneisiin kilpailunestämisyrittämyksiin ja unionin tuomioistuimen esittämiin tulkintoihin⁶², kunnes uudessa direktiivissä kilpailu nostettiin esille myös säädöstekstin tasolla: hankintadirektiivin 18 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen. Periaatteen oikeusperustan selvenemisestä huolimatta sen laajuudesta ja merkityksestä ei kuitenkaan vallitse

⁵⁷ Ks. esim. asia C-336/12 *Manova*, kohta 28, jossa käsitellään ”yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja tästä periaatteesta seuraavaa avoimuusvelvoitetta”.

⁵⁸ Asia C-27/15 *Pizzo*, kohta 36.

⁵⁹ Hamer – Andhov 2021, s. 193.

⁶⁰ Ks. asia C-387/19 *RTS infra*.

⁶¹ Sánchez-Graells 2015, s. 205.

⁶² Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 196–199. EUT:n näkemyksestä kilpailun merkityksestä julkisissa hankinnoissa ks. esim. asia C-243/89 *komissio v. Tanska*, kohta 33, asia C-144/17 *Lloyd's of London*, kohdat 33–34 ja asia C-213/07 *Michaniki*, kohta 39.

yksimielisyyttä, eikä esimerkiksi EUT ole ainakaan vielä viitannut siihen ratkaisuisaan.⁶³ Joka tapauksessa hankintaperiaatteiden merkitys ja sisältö on syytä pitää mielessä tulkittaessa tutkimuksen kohteena olevia säännöksiä, ja tässä tehtävässä myös kilpailulisten näkökohtien huomioiminen voi tulla kyseeseen.

⁶³ Hamer – Andhov 2021, s. 197. Kilpailuperiaatteen kenties ponnekkain puolestapuhuja Sánchez-Graells on katsonut, että viimeistään vuoden 2014 hankintadirektiivin myötä kilpailuperiaate nousi perinteisten hankintaperiaatteiden rinnalle (Sánchez-Graells 2015, s. 207). Toisaalta Arrowsmithin mukaan 18 artiklan viittaus kilpailuun on vain yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ilmenemismuoto, sillä hankinnan suunnitteleminen siten, että hankintayksikön aikomuksena on aiheettomasti suosia tiettyjä yrityksiä tai kohdella toisia epäedullisesti, olisi selvästi tämän periaatteen vastaista (Arrowsmith 2014, s. 631). Kilpailuperiaatetta koskevista näkemyksistä kootusti ks. Moldén 2020, s. 69–77.

3 MERKITTÄVÄT TAI TOISTUVAT PUUTTEET AIEMPIEN SOPI- MUSTEN TÄYTTÄMISESSÄ

3.1 Vertailukohtana vakava ammattitoiminnassa tehty virhe

Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa. Saman lainkohdan mukaan lisäedellytyksenä on, että puutteet ovat johtaneet aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen tai purkamiseen, vahingonkorvauksiin taikka muihin vastaaviin sanktioihin. Kuten aiemmin tuli ilmi, vanhasta hankintalaista tätä perustetta ei löytynyt. Jos hankintayksikkö halusi tällaisin syin sulkea tarjoajan pois tarjouskilpailusta, pystyi se perustelemaan päätöksensä sillä, että tarjoaja oli syylistynyt vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa.

Hankintalain 81.1 §:n 3 ja 9 kohtien päällekkäisyyden vuoksi on tarpeen selventää lyhyesti sitä, mikä on nykyainsäädännön mukaan vakava virhe ammattitoiminnassa ja miten se eroaa tutkimuksen kohteena olevasta poissulkemisperusteesta. Hankintalain mukaan kyse on vakavasta virheestä, johon tarjoaja on syylistynyt ammattitoiminnassaan ja joka kyseenalaistaa sen luotettavuuden. Virheen johdosta toimittajan luotettavuus sopimusosapuolena kärsii niin paljon, ettei sitä voida valita hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, vaikka se kykenisi teknisten ja taloudellisten resurssiensa puolesta täyttämään sopimuksen. Tällaisia voivat olla esimerkiksi kilpailulainsäädännön tai teollis- ja tekijänoikeuksien rikkominen sekä erilaiset laiminlyönnit työnantajamaksuihin, rekisteröitymiseen ja muihin yritysten tyypillisiin velvollisuuksiin liittyen.⁶⁴

Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaisessa poissulkemisperusteessa on puolestaan kyse siitä, että hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan pois tarjouskilpailusta aiempien huonojen kokemustensa perusteella. Lain esitöiden mukaan tämä voi johtua esimerkiksi siitä, että tarjoaja on jättänyt toimittamatta hankintasopimuksen olennaisia osia taikka sen toimitamia tavaroita tai palveluita ei ole voitu käyttää aiottuun tarkoitukseen merkittävien puutteiden vuoksi. Lisäksi säännöksen tarkoittamaksi puutteeksi voidaan katsoa sellainen tarjoajan aiempiin sopimuksiin liittyvä toiminta, joka kyseenalaistaa vakavasti kyseisen toimijan luotettavuuden.⁶⁵

⁶⁴ HE 108/2016 vp, s. 184.

⁶⁵ HE 108/2016 vp, s. 187.

Lain sanamuodon ja esitöiden perusteella vaikuttaisi siltä, että molemmissa kohdissa on kyse hankintayksikön ja tarjoajan välisestä keskinäisestä luottamuksesta – tai pikemminkin sen puutteesta. Ensisilmäyksellä syy sille, miksi tarjoajan luotettavuus kyseenalaistetaan, on kuitenkin eri. Hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan mukaisessa poissulkemisperusteessa luottamuksen menetys on seurausta laista johtuvien velvollisuuksien laiminlyönistä, kun taas 9 kohdassa tarjoaja on laiminlyönyt sille aiemmassa hankintasopimuksessa asetettuja velvollisuuksia. Hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan tarkoittama vakava virhe ei ole välttämättä kohdistunut siihen vetoavaan hankintayksikköön, mutta 9 kohdan tarkoittama puute on. Kun hankintayksikkö sulkee tarjoajan pois tarjouskilpailusta aiempien puutteiden vuoksi, on hankintayksikön subjektiivinen kokemus tarjoajasta siinä määrin negatiivinen, ettei se luota tarjoajan kykyyn täyttää hankintasopimuksen asettamia velvollisuuksia. Vakava virhe ammattitoiminnassa puolestaan kyseenalaistaa tarjoajan luotettavuuden sopimuskumppanina, vaikka hankintayksikkö ja tarjoaja eivät olisikaan aiemmin olleet hankintasopimuksen osapuolina.

Kuten oikeustieteessä usein, ei tämäkään asia ole näin mustavalkoinen. Hallituksen esityksessä on yhtäältä todettu, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaista poissulkemisperustetta sovellettaessa voitaisiin ottaa huomioon myös tarjoajan ja muiden hankintayksiköiden välisissä sopimuksissa ilmenneet vakavat puutteet, kuten toistuvat tai vakavat viivästykset tai puutteet sopimussuoritusten toteuttamisessa.⁶⁶ Toisin sanoen poissulkemista harkitseva hankintayksikkö voisi käyttää perusteena ei vain omia, vaan myös muiden hankintayksiköiden huonoja kokemuksia tarjoajasta. Toisaalta vakava virhe ammattitoiminnassa voi olla tapahtunut tarjoajan ja hankintayksikön välisessä sopimussuhteessa. Tämä tosin johtuu myös siitä, että ennen hankintalain uudistusta ja uusien poissulkemisperusteiden lisäämistä hankintayksikön täytyi vedota vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa myös silloin, kun kyse oli puutteesta aiemman hankintasopimuksen täyttämässä.

Uutta hankintalakia koskevan oikeuskäytännön perusteella näyttää tosin siltä, että hankintayksiköt ovat ryhtyneet perustelemaan tarjoajan jättämistä tarjouskilpailun ulkopuolelle molemmilla poissulkemisperusteilla. Hankintayksiköt vetoavat siis edelleenkin vakavaan virheeseen, jos tarjoaja on aiemmin laiminlyönyt sopimusvelvoitteitaan, mutta nyt tämän perusteen rinnalle on nostettu myös hankintalain 81.1 §:n 9 kohta.⁶⁷ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että uuden hankintalain myötä vakavaan virheeseen vetoaminen

⁶⁶ HE 108/2016 vp, s. 188.

⁶⁷ Ks. esim. MAO 676/17, MAO 419/20, MAO 569/20, MAO 76/21 ja MAO H105/2021.

aiemman sopimusrikkomuksen perusteella voi joissain tapauksissa olla kyseenalaista. Tämä koskee kyseisen poissulkemisperusteen käyttämistä silloin, kun sopimuksen täyttämässä tapahtunut virhe on ollut niin vähäinen, ettei se täytä hankintalain 81.1 §:9 kohdan edellytyksiä, eli virhe ei ole esimerkiksi johtanut sopimuksen purkamiseen tai taloudellisiin sanktioihin. Oletettavasti sopimusrikkomuksia koskevalla uudella säännöksellä on haluttu tehdä ero aikaisempaan sääntelyyn, joten vetoaminen vakavaan virheeseen tällaisessa tilanteessa vain sen alhaisemman soveltamiskynnyksen vuoksi voisi olla ongelmallista.⁶⁸

Joka tapauksessa näiden kahden säännöksen välillä on siis päällekkäisyyttä. Tämän vuoksi niin karkeaa jaottelua ei voi tehdä, että hankintalain 81.1 §:n 3 kohta koskee vain hankintayksikön ja tarjoajan välisen hankintasopimussuhteen ulkopuolisia asioita ja 9 kohta puolestaan vain näiden toimijoiden välisiä aiempia hankintasopimuksia ja niissä ilmenneitä puutteita. Tällainen jaottelu luo kuitenkin systemaattisen pohjan sille, miten lähestyn näitä säännöksiä: Vakava virhe ammattitoiminnassa on *lähtökohtaisesti* hankintasopimuksen ulkopuolinen asia, joka liittyy jonkin säädöksen tai säännön rikkomiseen tai niistä johtuvien velvollisuuksien laiminlyöntiin. Merkittävät tai toistuvat puutteet aiempien sopimusten täyttämässä perustuvat puolestaan *tyypillisesti* hankintayksikön subjektiivisiin kokemuksiin ja ovat siten sopimuksen sisäisiä asioita.⁶⁹ Tätä voisi kuvata myös siten, että hankintayksikön näkökulmasta hankintalain 81.1 §:n 3 kohta on eksogeeninen poissulkemisperuste ja 9 kohta puolestaan endogeeninen poissulkemisperuste.

3.2 Säännöksen kielellinen tulkinta

Aarnion sanoin tulkitsija on kielen vanki. Tulkinnan kohteena on kieli ja sen tulos ilmaistaan kielen avulla – oikeusnormiin ei yksinkertaisesti ”pääse kiinni” muuten kuin kielen välityksellä.⁷⁰ Kun lainopin harjoittaja selvittää oikeusnormin sisältöä, hän ei tulkitse oikeusnormia. Sen sijaan hän tulkitsee oikeusnormilauseetta, eli purkaa lakitekstin kielellisen ilmaisun merkitysisällöiksi, jotka kertovat oikeusnormista, toisin sanoen oikeusjärjestykseen sisältyvästä säännöstä tai periaatteesta. Oikeusnormilause on siis lakitekstissä esiintyvä kielellinen ilmaisu, joka antaa informaatiota oikeusnormista, ja oikeusnormi on

⁶⁸ Eskola ym. 2017, s. 426.

⁶⁹ Ks. julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, kohta 39, jossa myös julkisasiamies Sánchez-Bordona katsoo, että ammatin harjoittamiseen liittyvät virheet ovat pääosin sopimussuhteen ulkopuolisia, kun taas hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohdassa kuvatut menettelytavat ovat puolestaan ominaisia sopimusvelvoitteiden laiminlyönneille.

⁷⁰ Aarnio 1989, s. 161.

puolestaan tulkinnan tulos, ei sen kohde.⁷¹ Samalla tavalla hankintalain 81.1 §:n 9 kohta pitää sisällään vasta oikeusnormilauseen: ”hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa”. Tämä normiformulointi antaa vain informaatiota oikeusnormista. Sisällön selvittämiseksi täytyy antaa merkitys lakitekstin kielellisille ilmaisuille vahvistamalla niille jokin määrämerkitys monien merkitysmahdollisuuksien joukosta.⁷²

Tulkinnan lähtökohtana on tyypillisesti kielellinen ja erityisesti sanamuodon mukainen tulkinta, jossa lakitekstissä esiintyville käsitteille annetaan niiden arkikielistä merkitystä vastaava sisältö. Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa esiintyvät ilmaisut ”merkittävä puute” ja ”keskeinen vaatimus” ovat epätäsmällisiä, mutta eivät epäselviä. Epäselvyydestä olisi kyse, mikäli ilmaisujen merkitysalue olisi täsmentymätön.⁷³ Merkitysalue on kuitenkin löyhästi määriteltävissä sanamuodon mukaisen tulkinnan avulla: Aikaisemmassa hankintasopimuksessa tapahtunut merkittävä puute keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa tarkoittaa vähintäänkin vähäistä suurempaa laiminlyöntiä jonkin sopimuksen kannalta olennaisen suorituksen toteuttamisessa. Voidaan siis päätellä, että merkitysalueen ulkopuolelle jäävät ainakin vähäiset puutteet epäolennaisten tai toissijaisten vaatimusten täyttämässä. Tällainen päättely ei kuitenkaan vie vielä pitkälle. Merkitysalueen rajaamisesta huolimatta vallitsee epätietoisuus siitä, mitä kaikkia merkitysvaihtoehtoja ilmaisut kattavat. Esimerkiksi ilmaisujen ”vähäinen puute” ja ”merkittävä puute” välinen raja on häilyvä – voidaankin kysyä, missä vähäinen muuttuu vähäistä suuremmaksi tai merkittäväksi? Käsillä on toinen epätäsmällisyyden laji, semanttinen epämääräisyys. Se johtuu tyypillisesti säännöksen avoimuudesta ja sen mahdollistamasta harkinnanvaraisuudesta.⁷⁴

Tässä vaiheessa voi havaita kielellisen tulkinnan rajoitteet: se ei riitä vastaamaan kaikkiin tulkintaongelmiin, sillä arkikielen merkitysisältö ei useinkaan vastaa säädöksissä käytettyjen käsitteiden merkitysisältöä.⁷⁵ Yksiselitteistä ei välttämättä ole myöskään se, milloin ja millä edellytyksillä lain sanamuoto tarjoaa riittävän perustan lain tulkinnalle. Tarkkarajainen normi ei välttämättä kaipaakaan tulkinnan tuekseen muuta, mutta samaa ei voi

⁷¹ Aarnio 1989, s. 162.

⁷² Aarnio 1989, s. 160. Makkosen mukaan kyse on nimenomaan merkitysisällön antamisesta, eli tulkinta on aina subjektiivinen asia. Ilmaisun merkitysisältöä ei vain todeta, vaan kyse on pikemminkin siitä, minkä merkitysisällön tulkitsija ilmaisulle antaa (Makkonen 1981, s. 132).

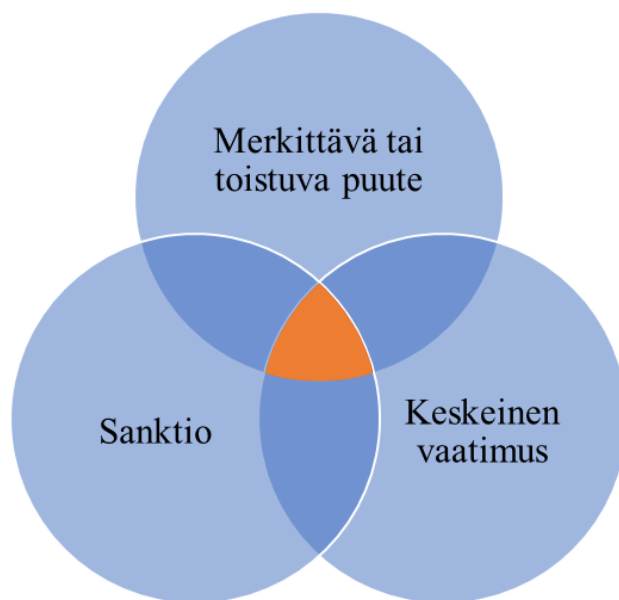
⁷³ Aarnio 1989, s. 168.

⁷⁴ Aarnio 1989, s. 168–169.

⁷⁵ Määttä – Paso 2019, s. 31.

sanoa joustavaan muotoon laaditusta lainkohdasta. On myös mahdollista, että laissa käytetty sanamuoto antaa tulkinnalle suuntaa, mutta se ei yksinään riitä muodostamaan kannottoa käsitteen merkitysisällöstä.⁷⁶ Hankintalain säännökset ovat sääntelytarkkuudeltaan monenkirjavia. Esimerkiksi kynnyksarvoja koskevia lainkohtia voitaneen kuvailla tarkkarajaisiksi normeiksi, kun taas kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa sääntelevä 93 § on kirjoitettu hyvinkin joustavasti.⁷⁷ Joustavan säännöksen kategoriaan on aseteltavissa myös nyt tutkittavana oleva lainkohta, sillä siinä käytetyt ilmaisut eivät tarjoa yksiselitteistä perustaa tulkinnalle, vaan pikemminkin vain ohjaavat sitä.

Tilanne on siis se, että lakitekstissä käytetyille ilmaisuille on annettavissa useita eri merkitysvaihtoehtoja. Kielellisen tulkinnan keinoin ei kuitenkaan voi tehdä valintaa mahdollisten tulkintavaihtoehtojen välillä.⁷⁸ Näiden kahden syyn – normien joustavuuden ja useiden tulkintavaihtoehtojen – vuoksi kielellinen tulkinta osoittautuu riittämättömäksi tulkintaongelman ratkaisemisessa. Täysin merkityksetöntä ei kielellinen tulkinta kuitenkaan tämän ongelman ratkaisussa ole, koska se johtaa seuraavaan havaintoon. Lain sanamuodosta on hahmotettavissa kolme osatekijää, joiden varaan säännöksen soveltaminen rakentuu: aiemman hankintasopimuksen täyttämässä ilmennyt *puute*, sen kohdistuminen *keskeisen vaatimuksen toteuttamiseen* ja tämän seurauksena syntynyt *sopimussanktio*. Näiden tekijöiden välistä suhdetta voidaan hahmottaa Venn-diagrammilla.



Kuvio 1. Poissulkemisperusteen osatekijät ja niiden välinen yhteys.

⁷⁶ Määttä – Voutilainen 2017, s. 81.

⁷⁷ Määttä – Voutilainen 2017, s. 82.

⁷⁸ Määttä – Paso 2019, s. 34. Kirjoittajien mukaan kielellisen tulkinnan muodot ovat enemmänkin tulkintaa tukevia loogisia päättelytapoja tai kuvauksia tulkinnan lopputuloksesta.

Kuvion ytimessä oranssilla alueella sijaitsee tapaukset, joissa yhtä aikaa katsotaan puute merkittäväksi, vaatimus keskeiseksi ja sanktio riittäväksi. Tällaisessa tilanteessa poissulkeminen on ollut perusteltua ja lainmukaista. Näiden kolmen tekijän välillä on yhteys: mitä laajempi merkityssisältö ilmaisulle annetaan, sitä useammassa tilanteessa poissulkeminen voidaan toteuttaa. Vastaavasti voidaan myös ajatella, että mitä suppeammin tekijöitä tulkitaan, sitä korkeampi soveltamiskynnys säännökselle muodostuu. Epätietoisuus merkitysvaihtoehdoista on kuitenkin edelleen läsnä, ja sen hälventämiseksi tarvitaan muiden tulkintamallien avulla rakennettu kannanotto ilmaisujen merkityssisällöistä. Seuraavaksi siirrytäänkin tarkastelemaan sitä, miten säännöstä on sovellettu oikeuskäytännössä, minkä jälkeen ongelman ratkaisua jatketaan muita tulkintamalleja hyödyntäen.

3.3 Säännös Euroopan unionin oikeudessa

EU-oikeudella on vahva hankintaoikeudellinen asema, mikä näkyy jo kirjoitetusta laista, sillä hankintalain 1 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan lailla pannaan täytäntöön hankintadirektiivi. Harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskeva lainkohta perustuu puolestaan hankintadirektiivin 57 artiklan 2 ja 4 kohtiin.⁷⁹ Eurooppaoikeuden tulkintavaikutuksesta johtuen kansallisen oikeuden säännöksille tulisi antaa sellainen merkityssisältö, joka on yhteensopiva eurooppaoikeudellisen normiston ja sen tavoitteiden kanssa.⁸⁰ Tällä yhdenmukaisen tulkinnan periaatteenakin tunnetulla käsitteellä on merkitystä etenkin direktiivien osalta. Direktiivien toimeenpanemiseksi säädettyä kansallista lainsäädäntöä olisi tulkittava mahdollisimman pitkälle kyseisen direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti, jotta lopputulos olisi siinä tavoitellun päämäärän mukainen.⁸¹ Näin ollen tässä tulkintaongelmassa katse täytyy suunnata kansallisen oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden ulkopuolelle.

Nyt tarkasteltavana oleva hankintalain 81.1 §:n 9 kohta perustuu hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohtaan, jonka mukaan tarjoaja voidaan sulkea pois hankintamennettelystä, jos sen ”toiminnassa on esiintynyt merkittäviä tai toistuvia puutteita⁸² aikaisemman hankintasopimuksen, hankintayksikön kanssa tehdyn aikaisemman sopimuksen tai aikaisemman käyttöoikeussopimuksen jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa

⁷⁹ HE 108/2016 vp, s. 183.

⁸⁰ Määttä – Paso 2019, s. 47, Raitio – Tuominen 2020, s. 253.

⁸¹ Ks. esim. asia C-282/10 *Dominguez*, kohdat 24 ja 27.

⁸² Julkisasiamies Sánchez-Bordonan näkemyksen mukaan yksikin merkittävä puute voi johtaa poissulkemiseen. Vaikka artiklassa puhutaan puutteista monikossa, Sánchez-Bordona katsoo kriteerin olevan enemmän laadullinen kuin määrällinen. Tulkinta perustuu siihen, että hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa käytetään yksikköä lueteltaessa esimerkkejä vakavista puutteista (julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 Delta, alaviite 11).

ja ne ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin rangaistuksiin”. Hankintalain säännös on siis kirjoitusasultaan lähes identtinen direktiivin säännöksen kanssa.

Vanhassa hankintadirektiivissä 2004/18/EY⁸³ ei vastaavaa säännöstä ollut. Tästä huolimatta joissain jäsenvaltioissa oli jo vanhan hankintadirektiivin aikaan voimassa kansallista sääntelyä, jonka nojalla poissulkemisen pystyi toteuttamaan aikaisempien sopimusten täyttämässä ilmenneiden puutteiden vuoksi.⁸⁴ Euroopan unionin tuomioistuin on myös jo vuonna 2012 *Forposta*-tapauksessa katsonut, että sopimusvelvoitteiden laiminlyönti voisi toimia poissulkemisperusteena sillä perusteella, että sen katsottaisiin olevan vakava ammattitoiminnassa tehty virhe.⁸⁵ Joidenkin näkemysten mukaan juuri *Forpostan* myötä EU:ssa herättiin pohtimaan sitä, tulisiko julkisia hankintoja koskevaan direktiiviin sisällyttää säännös poissulkemisesta puutteellisten sopimussuoritusten nojalla.⁸⁶

Uutta hankintadirektiiviä säädettäessä poissulkemisperusteen laajuudesta esitettiin eriäviä mielipiteitä. Komission näkemyksen mukaan poissulkeminen olisi tullut kyseeseen vain tapauksissa, joissa sopimussuoritus on ollut erittäin puutteellinen ja puute on tapahtunut samalle hankintayksikölle toimitetussa samankaltaisessa hankinnassa. Lisäksi hankintayksikön olisi tullut arvioida toimittajan aiempia suorituksia sellaisella menetelmällä, joka perustuu objektiivisiin ja mitattaviin kriteereihin, joita sovelletaan järjestelmällisesti, johdonmukaisesti ja läpinäkyvästi.⁸⁷ Hankintayksiköiden harkinta poissulkemisperusteen soveltamisessa olisi siis ollut hyvin rajattua, koska sen olisi pitänyt kyetä esittämään lähes aukottomat todisteet pitkään jatkuneista tai vakavista laiminlyönneistä. Suppealla tulkinnallaan komissio pyrki todennäköisesti siihen, että poissulkemisperustetta olisi käytetty vain harvoin.⁸⁸ Parlamenttikäsittelyssä poissulkemisperusteen käyttöä ei kuitenkaan haluttu rajata näin paljoa, sillä komission ehdottama vaatimus sopimussuoritusten arviointiin liittyvästä kattavasta menettelystä poistettiin. Saman kohtalon sai kokea myös komission ehdottama lisäys, jonka mukaan puutteena otettaisiin huomioon vain saman hankintayksikön kanssa tehdyissä hankintasopimuksissa ilmenneet laiminlyönnit.⁸⁹

⁸³ Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (Euroopan unionin virallinen lehti L 134, sivut 114–240).

⁸⁴ De Oliveira 2016, s. 341.

⁸⁵ Asia C-465/11 *Forposta*, kohta 29.

⁸⁶ De Oliveira 2016, s. 341.

⁸⁷ Euroopan komissio 2012, s. 6–7.

⁸⁸ De Mars 2016, s. 258.

⁸⁹ Euroopan parlamentin sisämarkkina- ja kuluttajansuojavaliokunta 2013, s. 103–104.

Hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa avataan poissulkemisperusteen taustaa siinä määrin, että sen tarkoituksena on mahdollistaa sellaisen tarjoajan sulkeminen pois tarjouskilpailusta, jolla on ollut aikaisempia hankintasopimuksia toteuttaessaan vakavia puutteita olennaisten vaatimusten täyttämiseksi. Johdantokappaleen mukaan tarjoaja on esimerkiksi saattanut jättää tavaran toimittamatta tai palvelun suorittamatta taikka toimitetussa tavarassa tai palvelussa on ollut niin merkittäviä puutteita, ettei sitä voi käyttää aiottuun tarkoitukseen. Lisäksi mahdollisena puutteena mainitaan sellainen asiaton toiminta, joka kyseenalaistaa vakavasti tarjoajan luotettavuuden.

Euroopan unionin tuomioistuin on tulkinnut hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohtaa kahteen otteeseen. Tapauksessa *Meca* Napolin kaupunki oli valinnut kouluateriapalvelujen toimittajaksi lukuvuodelle 2016–2017 Sirio-nimisen yrityksen. Hankintayksikkö oli kuitenkin joutunut purkamaan hankintasopimuksen enneaikaisesti, koska Sirion tarjoama ruoka oli aiheuttanut ruokamyrkytyksiä. Sirio riitautti sopimuksen purkamisen paikallisessa hallintotuomioistuimessa. Kaupunki käynnisti myöhemmin uuden hankintamenettelyn kouluruokailun järjestämiseksi lukuvuodelle 2017–2018. Tarjouskilpailuun osallistui muiden ohella Sirio, jonka kaupunki myös valitsi hankintasopimuksen sopimuspuoleksi. Kaupunki perusteli valintaansa sillä, ettei se Italian hankintalainsäädännön mukaan voinut arvioida Sirion luotettavuutta tai sen aikaisempien sopimusvelvoitteiden laiminlyönnin vakavuutta, koska yrityksen nostama kanne aiemman hankintasopimuksen purkamisesta oli edelleen vireillä.

Tarjouskilpailussa toiseksi tullut yritys riitautti hankintapäätöksen sillä perusteella, että hankintayksikön olisi tullut sulkea Sirio pois tarjouskilpailusta, koska aiemman sopimuksen toteuttamisessa oli esiintynyt merkittäviä puutteita. Unionin tuomioistuimelle esitetyn ennakkoratkaisukysymyksen keskiössä oli se, oliko kansallinen säännös ristiriidassa hankintadirektiivin kanssa. Vaikka tämä ei olekaan tutkimukseni kannalta relevantti seikka, toi tuomioistuin ratkaisussaan kuitenkin esiin myös tekijöitä, joita tutkimuksen kohteena olevan poissulkemisperusteen arvioinnissa on syytä ottaa huomioon.

Ensinnäkin tuomioistuin katsoi, että hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan sanamuodon perusteella päätös tarjoajan poissulkemisesta on vain ja ainoastaan hankintayksikön tehtävä.⁹⁰ Tuomioistuin perusteli tulkintaansa myös hankintadirektiivin 57 artiklan 5 kohdalla, jonka mukaan hankintaviranomaisen on voitava sulkea tarjoaja pois hankintamenettelystä missä tahansa menettelyn vaiheessa, eikä vasta esimerkiksi tuomioistuimen

⁹⁰ Asia C-41/18 *Meca*, kohta 28.

annettua ratkaisunsa riita-asiassa.⁹¹ Tätä tulkintaa tukevana argumenttina tuomioistuin toi myös esiin sen, että vapaaehtoisia poissulkemisperusteita sovellettaessa tulisi kiinnittää erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen, kuten hankintadirektiivin 101 perustelukappaleessa todetaan. Tämä olisi kuitenkin hankintaviranomaiselle vaikeaa, jos se olisi sidottu kolmannen osapuolen tekemään arviointiin.⁹² Toisekseen ratkaisussa otettiin kantaa siihen, miksi hankintaviranomaisille on varattu mahdollisuus sulkea tarjoaja pois tarjouskilpailusta. Tuomioistuimen mukaan tarkoituksena on erityisesti mahdollistaa se, että hankintaviranomainen voi arvioida kunkin tarjoajan rehellisyyden ja luotettavuuden. Perusteluissa korostetaan näiden ominaisuuksien merkittävyyttä toteamalla, että hankintaviranomaisen ja tarjoajan välisessä suhteessa tarjoajan luotettavuus on ”olennainen osatekijä - - johon hankintaviranomaisen luottamus tähän perustuu”.⁹³

Tapauksessa *Delta* oli puolestaan kyse valtatie laajentamista koskevasta rakennusurakasta. Tarjouskilpailuun osallistui kolmen yrityksen muodostama yhteenliittymä, joista yksi oli Delta-niminen yritys. Delta oli paria vuotta aiemmin ollut mukana toisessa rakennusurakassa, jota koskeva hankintasopimus irtisanottiin, koska yritys oli teettänyt osan urakasta alihankintana ilmoittamatta tästä hankintayksikölle. Valtatie laajentamista koskevasta rakennusurakasta vastuussa ollut hankintayksikkö päätti tämän perusteella sulkea yhteenliittymän pois tarjouskilpailusta. EUT:n ratkaistavaksi tuli kysymys siitä, voidaanko työn teettäminen alihankintana ilman hankintaviranomaisen lupaa katsoa merkittäväksi tai toistuvaksi puutteeksi aiemman hankintasopimuksen keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa. Toisin sanoen kyse oli siitä, voiko tällaista puutetta käyttää hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohdan tarkoittamana poissulkemisperusteena.

Poissulkemispäätöksen tehnyt hankintayksikkö perusti päätöksensä toisen hankintaviranomaisen ja Deltan välisessä hankintasopimuksessa ilmenneeseen puutteeseen. Tuomioistuin painotti jälleen perusteluissaan, että hankintayksikön on kiinnitettävä erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen vapaaehtoisista poissulkemisperustetta soveltaessaan. Jotta hankintayksikkö voi näin tehdä, se ei ole sidottu toisen hankintaviranomaisen aikaisemman hankintasopimuksen yhteydessä suorittamaan arviointiin. Suhteellisuusperiaate nimittäin edellyttää, että hankintayksikkö tutkii ja arvioi itse tosiseikat.⁹⁴ Pelkkä aikaisemman hankintasopimuksen yksipuolinen purkaminen ei siis riitä

⁹¹ Asia C-41/18 *Meca*, kohta 31.

⁹² Asia C-41/18 *Meca*, kohta 32.

⁹³ Asia C-41/18 *Meca*, kohdat 29–30.

⁹⁴ Asia C-267/18 *Delta*, kohta 27.

poissulkemisperusteeksi, vaan hankintayksikön on lisäksi arvioitava sen laiminlyönnin vakavuus, johon sopimuksen purkaminen on perustunut.

Tämä on todennäköisesti helpommin sanottu kuin tehty. Hankintayksiköllä ei varmasti-kaan ole tiedossa kaikkia niitä tosiseikkoja, joiden perusteella jokin toinen hankintaviranomainen on päättänyt irtisanoa sopimuksen. Ratkaisussa kuitenkin mainitaan suuntaa antavia ohjeita tarjoajan menettelyn arvioimiseksi. Keskeinen tekijä on se, onko hankintayksikön näkökulmasta tarjoaja vastuussa sellaisista keskeisen vaatimuksen toteuttamiseen liittyvistä merkittävistä tai toistuvista puutteista, jotka ovat voineet aiheuttaa hankintaviranomaisen ja yrityksen välisen luottamussuhteen katkeamisen. Arviointi on suoritettava ”huolellisesti ja puolueettomasti kaikkien asiassa merkityksellisten seikkojen - - perusteella ja suhteellisuusperiaatteen valossa”.⁹⁵ Tuomioistuimen mukaan käsillä olleen tapauksen arvioinnissa hankintayksikön oli määriteltävä, oliko alihankkijan käyttäminen ilman hankintaviranomaisen lupaa merkittävä puute ja vaikuttiko tämä jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamiseen. Määrittelyssä keskeistä oli se, kuinka merkittävä osuus rakennusurakasta teetettiin alihankintana ja oliko alihankkijan osallistumisella kielteinen vaikutus hankintasopimuksen toteuttamiseen.⁹⁶

Molempien tapausten ratkaisuehdotuksissa julkisasiamies Sánchez-Bordona esitti näkemyksen, jonka mukaan hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan c alakohta eli vakavaa virhettä ammattitoiminnassa koskeva säännös voisi ohjata 57 artiklan 4 kohdan g alakohdan tulkintaa. Sánchez-Bordonan mukaan näiden alakohtien välisessä hierarkiassa c alakohta on yleissäännös ja g alakohta puolestaan erityissäännös, jolloin g alakohdan tulkinnassa noudatettavien periaatteiden määrittämiseksi voisi turvautua c alakohdan tarkoitukseen ja oikeuttamisperusteluihin.⁹⁷ Tuomioistuin ei kuitenkaan kummassakaan tapauksessa ottanut kantaa tähän näkemykseen, joten liian pitkälle vietyjä johtopäätöksiä näiden alakohtien välisestä suhteesta ei voi tämän perusteella tehdä.

Yhteenvetona EUT:n oikeuskäytännön perusteella voidaan nostaa esille muutama seikka siitä, miten hankintadirektiiviä – ja välillisesti hankintalakia – on tulkittava, kun tarjoajaa ollaan sulkemassa pois tarjouskilpailusta sopimuksen täyttämässä ilmenneiden puutteiden vuoksi. Ensinnäkin kyseisen poissulkemisperusteen ydin on luottamus. Hankintayksikön on voitava luottaa siihen, että tarjoaja kykenee täyttämään hankintasopimuksessa

⁹⁵ Asia C-267/18 *Delta*, kohta 29.

⁹⁶ Asia C-267/18 *Delta*, kohdat 30–31.

⁹⁷ Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, kohta 41 ja julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 *Delta*, kohta 26.

asetetut vaatimukset. Hankintayksikön luottamuksen keskeisiä osatekijöitä ovat puolestaan tarjoajan luotettavuus ja rehellisyys. Toisekseen tarjoajan luotettavuuden arviointi on hankintayksikön tehtävä. Se ei voi automaattisesti poissulkea tarjoajaa vain sillä perusteella, että tarjoaja on aiemmin ollut mukana sellaisessa hankintamenettelyssä, jota koskeva sopimus on päätetty purkaa ennaikaisesti. Kolmanneksi poissulkemista harmittaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen. Vain riittävän vakava, olennaiseen sopimusvelvoitteeseen liittyvä laiminlyönti voi rikkoa hankintayksikön ja tarjoajan välisen luottamussuhteen. Lisäksi teolla tai laiminlyönnillä on oltava kielteinen vaikutus sopimuksen toteuttamiseen. Jos laiminlyönti on ollut merkitykseltään vähäinen, voidaan poissulkemisen katsoa olevan suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta kohtuuton seuraus.

3.4 Säännös kotimaisessa oikeuskäytännössä

Ainakin toistaiseksi poissulkemista hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan perusteella on käsitelty vain yhdessä korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa.⁹⁸ Tapauksessa KHO 2019:132 oli kyse Selkämeren alueen vesiväylien turvalaitteiden hoito- ja kunnossapitotehtäviin liittyvästä tarjouskilpailusta. Liikennevirasto sulki tarjouskilpailusta pois yhtiön, joka oli hoitanut kyseisiä tehtäviä edellisen sopimuskauden aikana. Liikennevirasto oli perustelujensa mukaan menettänyt luottamuksensa siihen, että yhtiö toteuttaisi kyseessä olevan hankinnan asianmukaisesti, koska aiempi hankintasopimus oli jouduttu purkamaan ennaikaisesti yhtiön suorituksissa ilmenneiden puutteiden vuoksi.

Yhtiön kanssa aiemmin solmitun urakkasopimuksen mukaan väylänhoitoalueella tuli uusia vuosittain 40 kadonnutta tai rikkoutunutta viittoa, mikä sisältyi urakan kokonaishintaan. Jos urakoitsija havaitsi uusimista edellyttäviä viittoja tätä enemmän, se sai vaihtaa myös ne uusiin ja laskuttaa niistä erikseen. Yhtiö oli toimittanut Liikennevirastolle listan vuonna 2016 uusituista 40 viitasta ja näiden lisäksi asennetuista 23 uudesta viitasta. Liikenneviraston tekemien pistotarkastusten perusteella ilmeni, että sen tarkastamista 60 viitasta 40 oli vanhoja peruskorjattuja viittoja ja 20 uusia viittoja. Hankintayksikkö teki puutteista reklamaation, jossa se vaati peruskorjattujen viittojen vaihtamista uusiin.

⁹⁸ Lisäksi korkein hallinto-oikeus on julkaissut sopimusvelvoitteiden laiminlyönnin perusteella tapahtunutta poissulkemista koskevan ratkaisun KHO 17.12.2020 taltio 4362. Tapaus sijoittui aikaan ennen hankintalain uudistusta, joten ratkaisussa tulkittiin vanhan hankintalain 54.1 §:n 4 kohdan mukaista poissulkemisperustetta eli ammattitoiminnassa tehtyä vakavaa virhettä. Mitään uusia tulkintaa ohjaavia seikkoja tuomioistuimien ei kuitenkaan tuonut esille, sillä se oli samalla linjalla markkinaoikeuden perustelujen kanssa ja tyytyi vain toteamaan, että asiassa oli esitetty riittävä selvitys yhtiötä koskevasta poissulkemisperusteesta.

Osapuolet olivat kuitenkin erimielisiä siitä, edellytettiinkö hankintasopimuksessa huonokuntoisten viittojen korvaamista peruskorjatuilla vai kokonaan uusilla viitoilla. Lopulta Liikennevirasto ilmoitti purkavansa sopimuksen, koska yhtiö ei ollut halukas korvaamaan asentamia viittoja vastikkeetta uusilla viitoilla Liikenneviraston vaatimusten mukaisesti ja siten saattamaan urakkaa sopimuksenmukaiseen tilaan.

Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei urakkasopimuksen ehdot olleet merkitykseltään epäselviä niin, että yhtiö voisi ymmärtää uudella viitalla tarkoitettavan peruskorjattua viittaa. Lisäksi se tulkitsi sopimusta niin, että 40 uuden viitan asentaminen väylänhoitoalueelle vuosittain oli ollut keskeinen vaatimus sopimuksessa. Kun yritys oli jättänyt vuosittaiseen kiintiöön kuuluvasta 40 viitasta ainakin puolet uusimatta ja lisäksi laskuttanut 23 uudesta viitasta, joita väylänhoitoalueelta ei ollut löytynyt, oli yhtiön suoritus ollut siinä määrin olennaisesti ja merkittävästi puutteellinen, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan soveltamisedellytykset täyttyivät. Liikennevirastolla oli siis ollut oikeus sulkea yhtiö pois uudesta, samankaltaista urakkaa koskevasta hankintamenettelystä.⁹⁹

Tuomioistuin otti ratkaisussaan kantaa myös tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen toteutumiseen. Tarjouskilpailusta poissuljettu yhtiö esitti väitteen, ettei hankintayksikkö ollut kohdellut osallistujia yhdenvertaisesti, sillä myös tarjouskilpailun voittanut yhtiö oli syyllistynyt laiminlyönteihin toimiessaan aiemmin väylänhoitoalueen urakoitsijana. Korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi, että laiminlyöntien vakavuus huomioon ottaen poissulkemisperusteen soveltamisessa ei ollut menetelty epätasapuolisesti. Tässä vakavuuden asteen arvioinnissa tuomioistuin huomioi sen, ettei yhtiön poissulkeminen johtunut vain hankintasopimuksen merkittävästi puutteellisesta toteuttamisesta, vaan myös reklamaatioiden edellyttämistä toimenpiteistä kieltäytymisestä ja hankintasopimuksen purkamisesta. Yhdenvertainen kohteluhan edellyttää, ettei erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ja kun kahden tarjoajan laiminlyönnit olivat vakavuudeltaan eri luokkaa, ei molempien poissulkeminen samalla perusteella olisi ollut perusteltua.

Kyseinen ratkaisu oli siis hankintalain uudistuksen jälkeen ensimmäinen, jossa korkein hallinto-oikeus otti kantaa hankintalain 81.1 §:n 9 tulkintaan, minkä valossa on valitettavaa, että tuomioistuin turvautuu perusteluissaan lähinnä ”on katsottava” -tyyliseen

⁹⁹ Sekä korkeimman hallinto-oikeuden että markkinaoikeuden ratkaisut vaikuttavat perustuvan pitkälti siihen, oliko yhtiöllä velvollisuus käyttää nimenomaan uusia viittoja. Markkinaoikeus katsoi peruskorjattujen viittojen olleen käyttökelpoisia ja ”tarkoitukseensa sopivia viittoja meriväylälle”, jolloin kyseessä ei voinut olla hankintasopimuksen olennaisten osien toimittamatta jättämisestä. Tämän perusteella se päätyi päinvastaiseen lopputulokseen kuin korkein hallinto-oikeus ja totesi, ettei asiassa ollut ilmennyt hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdassa tarkoitettuja puutteita sopimuksen keskeisten vaatimusten toteuttamisessa.

argumentointiin. Tällä tarkoitan sitä, ettei tuomioistuin punnitse eri tulkintavaihtoehtoja tai tuo esille kriteerejä, joiden perusteella puutteen merkittävyyttä tai vaatimuksen keskeisyyttä on arvioitu. Makkosen mukaan tällainen argumentaatiotekniikka on kuitenkin tulkintatilanteessa luonnollista, koska kannanoton tueksi on usein mahdotonta esittää minkäänlaisia eksakteja kriteereitä.¹⁰⁰ Tällöin on tosin hyväksyttävä se, että niukat perustelut heikentävät ratkaisun prejudikaattiarvoa. Perustelujen avoimuus ja painavuus ovat nimittäin keskeisiä tekijöitä, joiden varaan ratkaisun yleistettävyys rakentuu.¹⁰¹

Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä rajoittuu oikeuslähdeopin mukaan tyypillisesti ylimpien tuomioistuinten antamiin ennakkoratkaisuihin.¹⁰² Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö myös muulla tuomioistuinkäytännöllä voisi olla arvoa oikeuslähteenä. On katsottu, että muidenkin lainkäyttöelinten ratkaisuilla voi olla oikeudellista päätöksentekoa ohjaava merkitys, vaikkakin niiltä puuttuu ylimpien tuomioistuinten ratkaisuille tyypillinen yhtenäistämisen- ja ohjausfunktio.¹⁰³ Erityisesti markkinaoikeuden ratkaisujen merkityksestä hankintalainsäädännön tulkinnassa on kirjoittanut Määttä, jonka mukaan ratkaisuilla on keskeinen asema hankintalainsäädäntöä koskevan oikeustilan selvittämisessä pelkästään jo niiden suuren määrän vuoksi. Määttä luokittelee markkinaoikeuden ratkaisut heikosti velvoittaviksi oikeuslähteiksi, koska hankintayksikön on lähtökohtaisesti esiteltävä perustelunsa sille, jos se poikkeaa markkinaoikeuden selkeästä ratkaisusta. Ratkaisujen oikeuslähdestatusta tukee myös se, että hankintalainsäädäntöä koskevaan oikeuskäytäntöön jäisi suuria oikeudellisia katvealueita, mikäli oikeuslähteenä tukeuduttaisiin vain korkeimman hallinto-oikeuden julkaistuihin ratkaisuihin.¹⁰⁴ Tutkimusongelmaa koskevien ennakkoratkaisujen vähäisen määrän vuoksi tarkastelua täytyykin seuraavaksi laajentaa myös markkinaoikeuden ratkaisuihin, joista nostetaan esille hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan tulkintaan vaikuttaneita seikkoja.

Yhtenä poissulkemista puoltavana seikkana markkinaoikeus on pitänyt aikaisemman ja uuden hankinnan kohteen samankaltaisuutta. Aikaisemmalla hankinnalla tarkoitetaan tässä sitä, jossa tarjoaja on ollut toimittajana ja jossa sen suoritukset ovat olleet puutteellisia. Uusi hankinta on puolestaan se, johon liittyvästä tarjouskilpailusta tarjoaja on

¹⁰⁰ Makkonen 1981, s. 125.

¹⁰¹ Laakso 2012, s. 314.

¹⁰² Tuori 2003, s. 45, Aarnio 2011, s. 88 ja Laakso 2012, s. 313.

¹⁰³ Laakso 2012, s. 315. Ks. myös Huovila 2005, s. 42. Peczenikin mukaan velvollisuus käyttää oikeuskäytäntöä oikeuslähteenä riippuu myös siitä, onko lain tulkitsijana tuomari vai tutkija. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tulee ottaa huomioon lähinnä ylimpien oikeusasteiden ja erityistuomioistuinten ratkaisut, mutta lainopissa valikoimaa voi laajentaa myös alempiin oikeusasteisiin ja mahdollisesti muihin lainkäyttöelimiin (Peczenik 2009, s. 273).

¹⁰⁴ Määttä – Voutilainen 2017, s. 103–104.

suljettu pois aiempien puutteellisten sopimussuoritusten nojalla. Jos aiemmassa sopimussuorituksessa havaituilla puutteilla on ollut yhteys uuden hankinnan kohteeseen, on sitä pidetty raskauttavana tekijänä poissulkemisen lainmukaisuutta arvioitaessa.¹⁰⁵ Yksinkertaisimmillaan tämä on ilmennyt tapauksissa, joissa aiemman ja uuden hankinnan kohteet ovat olleet käytännössä identtisiä, eli aiemmalla sopimuskaudella toimittajana toiminut yhtiö on suljettu pois uutta sopimuskautta koskevasta tarjouskilpailusta.¹⁰⁶ Vastaavalla tavalla asiaa on arvioitu, jos aiemman ja uuden hankinnan kohteena oleva palvelu on ollut luonteeltaan samanlainen.¹⁰⁷

Markkinaoikeuteen päätyneissä tapauksissa puutteiden merkittävyys tai toistuvuus on ollut yleisesti ottaen varsin selkeää. Esimerkiksi merkittävästä puutteesta on ollut kyse, kun riista-aidan puupylväät on täytynyt vaihtaa alle 10 vuotta asentamisen jälkeen, vaikka sopimuksessa asetettujen laatuvaatimusten mukaan pylväillä tuli olla 25 vuoden käyttöikä.¹⁰⁸ Vastaavasti poissulkeminen on katsottu lainmukaiseksi, kun vedenpuhdistuslaitoksen pumppujen todellinen energiankulutus poikkesi 20 prosenttia ilmoitetuista takuuarvoista ja toimittaja joutui maksamaan poikkeamasta sopimussakkoa 20 prosenttia pumppun hankintahinnasta.¹⁰⁹ Tällaisia tapauksia yhdistää se, että puutteet on kyetty mittamaan, todentamaan ja dokumentoimaan sekä lopulta ilmaisemaan numeerisesti.

Toisena ääripäänä ovat puutteet, jotka ovat olleet luonteeltaan enemmän laadullisia eivätkä välttämättä edes objektiivisesti mitattavissa. Usein näihin liittyy myös epäselviä sopimusehtoja, joiden tulkinnasta osapuolilla on erimielisyyttä.¹¹⁰ Kyse on ollut

¹⁰⁵ Ks. esim. MAO 286/19, jonka perusteluissa todetaan, että ”asiassa saadun selvityksen perusteella valitajan suorituksissa on ollut merkittäviä puutteita sen ja hankintayksikön välisen, *uutta hankintaa olennaisesti vastaavan* aiemman hankintasopimuksen keskeisten osien suorittamisessa - -” ja ”[o]ttaen huomioon edellä mainittujen puutteiden vakavuuden ja laadun *sekä yhteyden nyt kysymyksessä olevan hankinnan kohteeseen* - -” (kursivoinnit kirjoittajan).

¹⁰⁶ Ks. esim. MAO 419/20 ja MAO 420/20.

¹⁰⁷ Ks. esim. MAO 421/20, jossa koulurakennuksen laajennusta koskeneen urakan valmistumisen viivästyminen toimi poissulkemisen perusteena urheilupuiston välisesuojan rakennusurakassa.

¹⁰⁸ MAO 517/20.

¹⁰⁹ MAO 553/18. Sopimussakon määrään vaikutti pumpputoimitusta koskevien hankinta-asiakirjojen mukaan se, kuinka paljon pumppujen todellinen energiakulutus poikkesi pumppuille ilmoitetuista takuuarvoista. Sopimusehtojen nojalla sopimussakon määrä ei voinut ylittää 20 prosenttia pumppun hankintahinnasta. Todellinen poikkeama oli todennäköisesti vielä suurempi, sillä hankintayksikkö oli alun perin vaatinut 151 285,20 euron suuruista sopimussakkoa, joka vastasi noin 50 prosenttia hankintahinnasta. Tarjoaja yritti vielä hakea ratkaisuun muutosta, mutta korkein hallinto-oikeus ei myöntänyt valituslupaa (KHO 10.5.2019 taltio 2157).

¹¹⁰ Markkinaoikeus on erityisesti ratkaisussa MAO 569/20 korostanut sitä, ettei sen tehtävänä ole tulkita sopimusehtoja, vaan tutkia onko hankintamenettelyssä toimittu hankintalain mukaisesti. Kun hankintayksikkö oli poissulkenut tarjoajan aiemman sopimuksen irtisanomisen ja siitä johtuneen luottamussuhteen heikkenemisen vuoksi, muttei esittänyt selvitystä minkään poissulkemisperusteen olemassaolosta, markkinaoikeus katsoi hankintayksikön menetelleen virheellisesti sulkiessaan tarjoajan tarjouskilpailusta. Ks. myös KHO 12.1.2017 taltio 67, jossa poissulkeminen vakavan ammatillisen virheen perusteella oli vahvasti sidoksissa aiempien hankintasopimusten tulkintaan.

esimerkiksi siitä, oliko alueiden ylläpitopalveluista vastaava yhtiö aurannut tiet myöhässä tai jättänyt teiden paikkaukset tekemättä, kun palvelusopimuksessa sovittujen töiden laajuudesta oli eriävät näkemykset.¹¹¹ Puutteen luonteesta riippumatta markkinaoikeus on pitänyt arvioinnissaan raskauttavana tekijänä sitä, miten tarjouskilpailusta poissuljettu yhtiö on aiemman hankintasopimuksen aikana reagoinut hankintayksikön reklamaatioihin. Haluttomuus korjata havaitut virheet tai niiden perusteeton kiistäminen on katsottu osapuolten välistä luottamusta heikentäväksi toiminnaksi, mikä on osaltaan puoltanut poissulkemisen hyväksyttävyyttä.¹¹²

Eräs esimerkki edellä mainitun tulkinnanvaraisen sopimusehdon aiheuttamasta riidasta löytyy ratkaisusta MAO 419/20. Tulkinnanvaraisuutta kiinnostavampi asia ratkaisussa on kuitenkin se, että tuomioistuin toi perusteluissaan esille uuden perusteen puutteen merkittävyyden ja vaatimuksen keskeisyyden punnintaan, sillä se otti tulkinnassaan huomioon tarjouspyynnössä ilmoitettujen valintakriteerien merkityksen. Tapauksessa oli kyse sekajätteen siirtokuljetuksia koskevasta palveluhankinnasta. Hankintayksikkö halusi edistää ympäristövaikutusten huomioimista kannustamalla tarjoajia vähäpäästöisten polttoaineiden käyttöön. Tämä toteutettiin tarjousten vertailuhintaan vaikuttavalla kertomella, joka perustui käytetyn polttoaineen laatuun. Tarjouksen valintaperusteena käytettiin vain kyseistä hintaa. Tarjouskilpailun voitti yhtiö, joka ilmoitti käyttävänsä hankinnan alaisissa kuljetuksissa 100-prosenttisesti uusiutuvaa dieseliä eli niin sanottua biodieseliä.

Vain muutama kuukausi sopimuskauden alkamisen jälkeen hankintayksikön ja yhtiön välille syntyi erimielisyys sopimuksen ehtoista. Hankintayksikön näkemyksen mukaan sopimuksen mukaisissa kuljetuksissa oli käytettävä yksinomaan biodieseliä. Yhtiön tulkinnan mukaan asiasta oli puolestaan sovittu siten, että sopimuksen mukaiset kuljetukset ajetaan 100-prosenttisesti biodieselillä huolehtien siitä, että valittaja tankkaa autoihinsa vähintään saman verran biodieseliä kuin sopimuksen mukaisiin kuljetuksiin kuluu. Toisin sanoen erimielisyys liittyi siihen, oliko tällainen laskennallinen biodieselin käyttö

¹¹¹ MAO 420/20. Markkinaoikeus otti asiassa kantaa lähinnä puutteiden toistuvuuteen, eikä lausunut mitään siitä, olivatko ne merkittäviä. Tähän peilaten on mielenkiintoista, että se katsoi toistuviksi puutteiksi suhteellisen vähäisen määrä laiminlyöntejä, kun ottaa huomioon sopimuksen keston ja kaikkien sopimuksen täyttämiseksi vaadittujen suoritusten määrän. Hankintayksikkö esitti noin 20 esimerkkiä yhtiön sopimusrikkomuksista vajaan viiden vuoden mittaisen sopimuskauden ajalta, mikä yhtiön mukaan edusti alle prosenttia sopimuksen mukaisesta työsuoritemäärästä.

¹¹² Ks. esim. MAO 421/21, jossa markkinaoikeus katsoi tarjoajan ammatillisen luotettavuuden heikentyneen, koska se oli suhtautunut piittaamattomasti urakan aikataulutamiseen ja kiirehtimiseen hankintayksikön useista vaatimuksista huolimatta, eikä urakka lopulta valmistunut määräpäivään mennessä. Ks. myös MAO 420/20 ja MAO 517/20.

sopimuksen mukaista vai pitikö biodieselin osuus tankin sisällöstä olla täydet 100 prosenttia jokaisessa sopimuksen mukaisessa kuljetuksessa. Hankintayksikkö päätyi purkamaan sopimuksen reklamoituaan ensin asiasta, koska yhtiö pitäytyi tulkinnassaan eikä siksi aikonut muuttaa menettelyään.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö sai sulkea yhtiön pois uudesta tarjouskilpailusta. Tuomioistuimien perusteli puutteen merkittävyyttä ja vaatimuksen keskeisyyttä ensinnäkin sillä, että tarjotun polttoaineen laadulla oli ollut tarjouskilpailun lopputuloksen määräytymisen kannalta suuri merkitys, koska se oli vaikuttanut suoraan tarjouskilpailun ainoana vertailuperusteena olleeseen hintaan. Toisekseen hankintayksikkö oli myös sopimusneuvotteluissa tuonut esille, että kuljetuksissa on käytettävä yhtiön tarjouskilpailussa tarjoamaa polttoainetta. Markkinaoikeuden mukaan hankintasopimuksessa on otettava huomioon hankinnan kohde ja keskeiset sopimusehdot sellaisina kuin ne on määritelty tarjouskilpailussa, mistä johtuen hankintayksikkö olisi joutunut kilpailuttamaan hankinnan uudestaan, mikäli se olisi sallinut muunlaisen toimintatavan polttoaineen käyttämisessä.

Näin ollen markkinaoikeuden omaksuman kannan mukaan punnittaessa sitä, onko kyseessä merkittävästä puutteesta hankintasopimuksen keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa, voidaan huomioida kyseisen sopimuksen tekemistä edeltänyt tarjouskilpailu. Jos käsillä oleva vaatimus on ollut keskeisessä asemassa jo tarjouskilpailussa, puoltaa se vaatimuksen keskeisyyttä ja puutteen merkittävyyttä myös poissuljettaessa. Tämä johtuu osaltaan siitä, että hankintayksikkö on sidottu tarjouspyynnössä mainittuihin ehtoihin. Käytännössä markkinaoikeuden tulkinta oli hyvin suotuisa hankintayksikölle: pienikin poikkeama 100-prosenttisuudesta katsottiin merkittäväksi puutteeksi, vaikka laskennallisesti kaikissa ajoissa oli käytetty vain biodieseliä.¹¹³

3.5 Säännöksen systeeminen ja tavoitteellinen tulkinta

3.5.1 Systeeminen tulkinta

Kun kielellinen tulkinta ei kyennyt tarjoamaan kaikkia avaimia tulkintaongelman ratkaisuun ja oikeuskäytännöstä on löydettävissä vain joitain tulkintaa avustavia seikkoja, kappaa ongelman ratkaisu tuekseen muita tulkintamalleja. Perehdyn ensin systeemiseen

¹¹³ Yhtiö valitti päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen, mutta asiassa ei myönnetty valituslupaa (KHO 21.6.2021 taltio H2230/2021).

tulkintaan ja sen hyödyntämiseen tutkimusongelmassani.¹¹⁴ Systemisessä tulkinnassa on kyse yksittäisen säännöksen sovittamisesta osaksi kyseisen oikeudenalan muodostamaa kokonaisuutta, johon voidaan lukea kuuluvaksi muun muassa oikeudelliset käsitteet, yleiset opit, oikeusperiaatteet ja oikeusyhteisölliset tausta-arvot. Näistä rakentuva systeemi luo puitteet oikeudellisesti relevanttien tulkintavaihtoehtojen hahmottamiselle. Lisäksi tulkinnassa on huomioitava säädöksen rakenne, sillä epäselvän lainkohdan tulkinta on sidoksissa siihen kontekstuaaliseen kieleen, jossa tulkinnanvarainen ilmaisu esiintyy.¹¹⁵

Harkinnanvaraista poissulkemista koskevassa systemisessä tulkinnassa keskeinen tekijä on siis julkisia hankintoja koskeva sääntelykokonaisuus. Hankintalain 81 §:n tulkinnassa tulee täten ottaa huomioon kyseisen pykälän säännökset, lain muut säännökset ja lain muodostama säädöskonteksti. Luonnollinen lähtökohta hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan systemiselle tulkinnalle on tarkastella sitä, mitä muista harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista on laissa säädetty ja kuinka niitä tulisi lain esitöiden mukaan tulkita. Tällä tavalla voidaan rakentaa kokonaiskuvaa siitä, miten harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden muodostama kokonaisuutta on syytä ymmärtää ja tunnistaa sellaisia yhdistäviä tekijöitä, joita niiden tulkinnassa on otettava huomioon. Kaikki 81.1 §:ssä säädetty poissulkemisperusteet ovat *harkinnanvaraisia* ja niiden käyttämiseen liittyvää *harkintaa* käyttää ensi sijassa hankintayksikkö. Jos laista tai sen esitöistä on tunnistettavissa joitain tätä harkintaa ohjaavia tekijöitä, voivat ne olla hyödyksi myös hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan tulkintavaihtoehtojen rajaamisessa.

Muiden poissulkemisperusteiden osalta hallituksen esityksessä toistuva teemoja ovat poissulkemisen perusteena käytetyn rikkomuksen olennaisuus ja vakavuus, tarjoajan välinpitämätön suhtautuminen velvollisuuksiinsa sekä tarjoajasta johtuvista syistä syntyneen epäluottamuksen kohdistuminen nimenomaan siihen, että tarjoaja kykenisi suorittamaan hankintasopimuksen täyttämistä. Piittaamattomuuteen viitataan etenkin

¹¹⁴ Systemisestä tulkinnasta julkisiin hankintoihin liittyvien tulkintaongelmien ratkaisussa on kirjoittanut esimerkiksi Ukkola, joka on esittänyt, että systemiselle tulkinnalle ja argumentaatiolle olisi nykyistä suurempi tarve erityisesti hankintadirektiiviä koskevassa ratkaisukäytännössä, koska direktiivissä esiintyy lukuisia epämääräisiä ilmaisuja ja sen tavoitteet ovat epäselviä sekä osittain ristiriitaisia. Ukkolan mukaan tukeutuminen systemiseen tulkintaan kielellisen ja tavoitteellisen tulkinnan lisäksi edistäisi oikeusvarmuuden sekä lainsäädännön yhtenäisyyden ja johdonmukaisuuden toteutumista (Ukkola 2018, s. 113–119).

¹¹⁵ Laakso 2012, s. 354. Systemisen tulkinnan eri muotoja voi luokitella edelleen omiin kategorioihinsa. Näitä ovat esimerkiksi kontekstuaalis-harmonisoiva tulkinta, ennakkoratkaisujen mukainen tulkinta, analoginen tulkinta, käsitteellis-looginen tulkinta, periaatteiden mukainen tulkinta sekä historiallinen tulkinta (MacCormick – Summers 1991, s. 513–514). Toisaalta on katsottu, että systeminen tulkinta on monimuotoisempi ilmiö kuin tällaiset listaukset antavat ymmärtää, eivätkä esimerkiksi kyseiset kuusi kategoriaa avaa riittävän yksityiskohtaisesti tuomioistuinten ratkaisujen perusteluista tunnistettavia systemisen tulkinnan muotoja (Vuorela – Määttä – Soininen 2020, s. 1152).

hankintalain 81.1 §:n 3 ja 5 kohtien osalta, joista 3 kohta koskee vakavaa ammatillista virhettä ja 5 kohta poissulkemista ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden laiminlyönnin perusteella. Viimeksi mainitun perusteluissa todetaan esimerkiksi niin, että poissulkeminen työehtosopimuksen velvoitteiden ja määräysten rikkomisen nojalla tulisi tapahtua lähinnä silloin, jos tarjoajan toiminta on osoittanut ”selvää piittaamattomuutta työehtosopimuksen yksiselitteisistä ja selvistä määräyksistä sekä velvoitteista”.¹¹⁶ Samansuuntaista tarjoajan asenteeseen liittyvää puutetta korostetaan myös *Forposta*-tapauksessa, johon hallituksen esityksessäkin viitataan.¹¹⁷ Tapauksessa unionin tuomioistuimien totesi, että vakavan virheen käsite tarkoittaa sellaista menettelyä, joka ilmentää ”tietyn vakavuusasteen tuottamusta tai huolimattomuutta”, ja jotta virheen olemassaolo voidaan todeta, edellyttää se yhtiön ”asenteen konkreettista ja yksilökohtaista arviointia”.¹¹⁸

Johdonmukaisuuden nimissä edellä kuvatun lähestymistavan voisi omaksua myös hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan tulkintaan: kun arvioidaan tarjoajan aiempaa menettelyä ja sitä, onko sen suorituksissa ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa, arviointiin vaikuttavana tekijänä voitaisiin huomioida tarjoajan menettely aiemman sopimussuhteen aikana. Jos tarjoajalla on ollut välinpitämätön suhtautuminen sopimuksen täyttämiseen tai täyttämisen aikana tapahtuneiden virheiden korjaamiseen, voisi tällainen piittaamattomuus puoltaa poissulkemisen hyväksyttävyyttä. Tuomioistuinten perusteluissa tällaisia merkkejä on ollut jo havaittavissa, kuten markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä käsittelevässä osiossa tuli esille.

Epäluottamuksesta kumpuava tarjoajan soveltumattomuus sopimuskumppaniksi on tuotu esille eri tavoin. Esimerkiksi edellä mainitun hankintalain 81.1 §:n 5 kohdan perustelujen mukaan poissulkemisperusteen tarkoituksena on ehkäistä tarjoajan epäluotettavuuden synnyttämiä riskejä hankintasopimuksen toteuttamiselle. Vielä tätä ehdottomammin asia on ilmaistu lain 81.1 §:n 6 kohdan osalta. Kyseinen lainkohta koskee poissulkemista sen perusteella, että tarjoaja on ollut osallisena kilpailua vääristävässä sopimuksessa. Esitöiden mukaan poissulkeminen tämän perusteella tulisi lähinnä kyseeseen silloin, kun aiemman rikkomuksen aiheuttaman luottamuspuolan vuoksi hankintayksikkö arvioi, ettei hankinnassa voida päästä ”optimaaliseen tulokseen”.¹¹⁹ Tällaiset ilmaisut muodostavat varsin matalan kynnyksen epäluottamuksen olemassaololle ja välillisesti poissulkemiselle. Käytännössähän epäluottamus tarjoajaa kohtaan voisi perustua jo siihen, että

¹¹⁶ HE 108/2016 vp, s. 185.

¹¹⁷ Ks. HE 108/2016 vp, s. 184.

¹¹⁸ Asia C-465/11 *Forposta*, kohdat 30–31.

¹¹⁹ HE 108/2016 vp, s. 185.

hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyisi joitain riskejä tai hankinnan lopputulos ei olisi parhain mahdollinen, jos poissuljettavaksi suunniteltu tarjoaja valittaisiinkin toimitajaksi. Systeemin johdonmukaisuus puhuu joka tapauksessa sen puolesta, että epäluottamuksen astetta tulisi arvioida samalla tavalla myös silloin, kun kyseessä on aiemmista puutteellisista sopimussuorituksista johtuva epäluottamus tarjoajaa kohtaan.

3.5.2 Tavoitteellinen tulkinta

Systeeminen tulkinta on kuitenkin vain yksi työkalu muiden joukossa, ja kiperässä tulkintatilanteessa se tarvitsee yleensä rinnalleen tavoitteellista laintulkintaa ja seurausharkintaa¹²⁰. Ylipäätään tulkintaoppien käyttö on riippuvainen oikeudellisen ongelman luonteesta ja laajuudesta: mitä kiperämpi tulkintatilanne, sitä monipuolisempaa oikeuslähdemateriaalia ja eri tulkintaoppeja tulkitsija tarvitsee.¹²¹ Kun systeemitason tarkastelu ei antanut tarvittavia vastauksia tutkimusongelman ratkaisemiseen, täytyy tulkinnassa seuraavaksi turvautua sääntelyn päämääriin. Tällöin kyse on tavoitteellisesta laintulkinnasta, joka voidaan jakaa kahteen luokkaan. Kyseessä voi olla ensinnäkin historiallis-tavoitteellinen tulkinta, jossa laintulkinta pohjautuu lain esitöiden ja tavoitteiden perusteella selvittävään lainsäätäjän tahtoon. Toisekseen sääntelytavoitteita voidaan tunnistaa esitöiden sijaan tietyistä sääntelykokonaisuudesta. Tällöin puhutaan teleologisesta tulkinnasta, jonka pyrkimyksenä on löytää sellainen tulkintavaihtoehto, joka toteuttaa tehokkaimmin sääntelykokonaisuuden tarkoitusta.¹²²

Aloitin tavoitteellisen laintulkinnan tarkastelun historiallis-tavoitteellisesta tulkinnasta. Merkityssisällön antaminen tulkinnanvaraiselle lainkohdalle edellyttää siis lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen selvittämistä, missä lain esityöt ovat keskeisessä asemassa.¹²³ Esitöillä onkin keskeinen merkitys suomalaisessa lainsoveltamisessa ja niihin viitataan tuomioistuinten ratkaisuisissa usein, eikä hankintalakia koskeva oikeuskäytäntö tästä poikkeaa. Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen yksityiskohtaisista perusteluista on löydettävissä myös harkinnanvaraisen poissulkemisen taustalla vaikuttavia

¹²⁰ Seurausharkinnassa arvioidaan eri tulkintavaihtoehtojen käytännön seurauksia ja vaihtoehtoista valitaan se, joka johtaa hyväksyttävään ja järkevään lopputulokseen. Kyse ei kuitenkaan ole enää varsinaisesti tulkinnasta, vaan tulkinnan jälkeisestä ”tilannekohtaisesta järjen käytöstä” (Määttä – Paso 2019, s. 66–67). Määttän mukaan sille voisi olla tilausta myös hankintalain soveltamisessa, sillä oikeustaloustieteellinen analyysi sekä käytännölliset ja hallinnolliset näkökannat voisivat edistää hankintalain tulkintaa (Määttä – Voutilainen 2017, s. 107–109).

¹²¹ Määttä – Paso 2019, s. 34 ja 37.

¹²² Määttä – Paso 2019, s. 37 ja 41.

¹²³ Määttän mukaan esityösidonnaisuus ilmentää osaltaan vallitsevaan tuomariniidologiaan iskostunutta lainsäätäjän kunnioittamisasennetta, jossa tietynsisältöinen tulkinta perustellaan sääntelyn tavoitteilla ja lainsäätäjän subjektiivisella tarkoituksella (Määttä 2012, s. 209).

tarkoituksiperiä, jotka auttavat vähintäänkin rajaamaan niitä mahdollisia tulkintavaihtoehtoja, joita kyseisten säännösten perusteella voi muodostaa.

Tarkemmin sanottuna hankintalain esitöistä erottuu selvästi ainakin kaksi sellaista tavoitetta, joiden toteutumiseen lainsäätäjällä on pyrkinyt harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista säättäessään. Toinen niistä koskee harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita yleisesti ja toinen puolestaan poissulkemista aiempien puutteellisten sopimussuoritusten perusteella. Yleisellä tasolla harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tarkoituksena on lain esitöiden mukaan ”vähentää toimittajan heikosta taloudellisesta asemasta, lainsäädännön vastaisesta toiminnasta tai muista vastaavista tekijöistä johtuvia riskejä hankinnan toteuttamiselle”.¹²⁴ Tässä toistuu sama teema kuin edellä systeemistä tulkintaa käsitellessäni: säännöksellä on tavoiteltu sitä, ettei hankintayksikkö joutuisi tilanteeseen, jossa hankintaa ei voida toteuttaa suunnitellulla tavalla tarjoajasta johtuvasta syystä. Mikäli tällaisia ennusmerkkejä tarjoajan epäluotettavuudesta tai kyvyttömyydestä on olemassa, säännöksellä on haluttu turvata hankintayksikön mahdollisuus valita luotettavampi yhtiö toimittajaksi.

Sama teema eri tavoin ilmaistuna toistuu hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan perusteluissa, joiden mukaan lainkohdan tarkoituksena on ”mahdollistaa se, että julkisen hankkijan ei tarvitsisi ryhtyä sopimukseen sellaisten toimittajien kanssa, joita huolellisesti toimiva ja asiantunteva yksityinen yhteisökin ei ottaisi itse sopimuskumppanikseen”.¹²⁵ Eräänlaisiksi mittapuuksi asetetaan siis *huolellisesti toimiva* ja *asiantunteva* yksityinen yhteisö, johon hankintayksikön toimintaa ja poissulkemista koskevaa harkintaa voidaan verrata. Tämä ohjaa säännöksen tulkintaa sallivaan suuntaan. Voittoa tavoitteleva ja erilaisten riskien keskellä operoiva yhtiö, jota kaiken lisäksi voi kuvata edellä mainituilla adjektiiveilla, oletettavasti valitsee sopimuskumppaninsa tarkkaan harkiten. Tähän kuuluneena osana myös se, ettei yhtiö lähtökohtaisesti tee yhteistyötä sellaisten aiempien sopimuskumppanien kanssa, joista on huonoja kokemuksia. Tämän perusteella hankintayksikön kynnys sulkea tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle puutteellisten sopimussuoritusten perusteella olisi varsin matala, jos se voi arvioida mahdollisia sopimuskumppaneita yhtä tiukoin kriteerein kuin yhtiö, joka toimii liike-elämän realiteettien asettamissa rajoissa.

¹²⁴ HE 108/2016 vp, s. 183.

¹²⁵ HE 108/2016 vp, s. 188.

Lainsäätäjän tahdon selvittämisessä apuna voi toimia esitöiden lisäksi myös lakien tavoitesäännökset.¹²⁶ Hankintalain 2 §:ssä säädetyillä tavoitteilla onkin katsottu olevan keskeinen merkitys hankintalainsäädännön soveltamisessa ja tulkinnassa yhdessä julkisia hankintoja koskevien periaatteiden kanssa.¹²⁷ Määriteltäessä merkityssisältöä hankintalaissa esiintyville ilmaisuille tulisi sen lainsäätäjän tahtoa noudatettaessa olla sellainen, että tulkinta toteuttaa laissa määriteltyjä tavoitteita. Tulkinnan tulisi toisin sanoen toteuttaa julkisten varojen tehokasta käyttöä, edistää hankintojen laatua ja innovatiivisuutta sekä turvata yritysten tasapuoliset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuihin. Vaikka tavoitteita on noudatettava hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa, ei niiden merkitys ole kovinkaan suuri poissulkemista koskevassa arvioinnissa. Tavoitteet näyttäytyvät lain esitöiden valossa yleisluontoisina yhteiskunnallisina päämäärinä, jotka koskevat enemmän hankintatoimen organisointia ja julkisten hankintojen järjestelmää yleisesti, jolloin niiden soveltaminen yhteen spesifiin hankintamenettelyn vaiheeseen ei välttämättä ole tarkoituksenmukaista. Tätä näkemystä tukee myös poissulkemista koskeva oikeuskäytäntö. Yhdessäkään tapauksessa hankintalain tavoitteisiin ei ole vedonnut kumpikaan riidan osapuolista, eikä tuomioistuinkaan ole perustanut tulkintaansa miltään osin tavoitteiden toteutumiseen.

Näen kuitenkin mahdollisena esimerkiksi sellaisen tulkinnan, että hankintojen toteuttaminen laadukkaasti voisi toimia argumenttina sen puolesta, että hankintayksikkö saisi poissulkea sellaisen tarjoajan, jonka laadussa aiemmissa hankintasopimuksissa on ollut toivomisen varaa. Toisaalta tehokas varojen käyttö voisi ohjata tulkintaa toiseen suuntaan esimerkiksi silloin, kun kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen tekijä olisi suljettu tarjouskilpailun ulkopuolelle harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen nojalla. On kuitenkin syytä painottaa, että parhaimmillaankin hankintalain tavoitteet voivat vain ohjata tulkintaa ja auttaa säännöksen merkityssisällön täsmentämisessä – Määttää lainatakseni, ”yksin tavoitesäännöksiin tukeutuva argumentaatio ei vakuuta juridista auditoriota”¹²⁸. Lisäksi eräs tavoitteellisen laintulkinnan ongelmakohta on tavoitteiden abstraktisuus ja mahdollinen ristiriitaisuus.¹²⁹ Tämä ongelmakohta on havaittavissa myös edellä mainituissa esimerkeissä, sillä hankintojen taloudellisuus ja laadukkuus voivat ohjata samassa tilanteessa tulkintaa päinvastaisiin suuntiin.

¹²⁶ Määttä – Paso 2019, s. 38. Tavoitesäännöksiin nojautuva tulkinta voidaan mieltää kaksivaiheiseksi prosessiksi, jossa tavoitesäännökselle on ensin annettava jokin merkityssisältö, minkä jälkeen tätä sisältöä voidaan hyödyntää tulkittaessa jotakin laissa esiintyvää oikeusnormilauseetta (Määttä 2012, s. 214).

¹²⁷ Eskola ym. 2017, s. 23.

¹²⁸ Määttä 2012, s. 216.

¹²⁹ Laakso 2012, s. 359.

Puhuttaessa tavoitteista hankintalain tulkinnan kontekstissa, on tarpeen tuoda esille myös julkisia hankintoja koskevat periaatteet. Yleisemmin oikeusperiaatteiden on sanottu olevan ”tilannesidonnaisia oikeudellisia ratkaisuaargumentteja”¹³⁰, jotka ”ilmentävät määrättyjä arvoja ja tavoitteita”¹³¹. Periaatteet ovat siis sääntöjen tulkintaan vaikuttavia argumentteja, ja säännölle pyritään antamaan sellainen merkityssisältö, joka on sopusoinnussa kyseisen oikeudenalan oikeusperiaatteiden kanssa.¹³² Vaikka tavoitteet ja periaatteet eivät ole sama asia, ohjaavat ne hankintalain tulkintaa samalla tavalla. Koska periaatteet on otettu osaksi säädännäistä oikeutta kirjaamalla ne hankintalain 3 §:n, ovat ne ikään kuin lainsäätäjän näkemys siitä, miten jotain säännöstä tulisi soveltaa reaali maailman tilanteeseen. Periaatteet siis osaltaan ilmentävät lainsäätäjän tahtoa ja tarkoitusta ja siksi niistä on perusteltua puhua tavoitteellisen laintulkinnan yhteydessä.

Kaikkien harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisessa on kiinnitettävä erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteeseen.¹³³ Poissulkeminen puutteellisten sopimusosoritusten perusteella ei tee tähän poikkeusta, sillä hankintalain esitöiden mukaan kyseistä poissulkemisperustetta sovellettaessa tulisi varmistaa, että aiempien sopimusten puutteet ovat suhteellisuusperiaatteen mukaisesti riittävän vakavia.¹³⁴ Periaatteen toteutumista on punnittu myös useissa poissulkemiseen liittyvissä ratkaisuissa korkeimmassa hallinto-oikeudessa¹³⁵ ja markkinaoikeudessa¹³⁶, mikä osaltaan kertoo sen keskeisestä merkityksestä. Suhteellisuusperiaatteen merkitys onkin suurempi tapauskohtaisessa harkinnassa hyödynnettävänä ohjenuorana, kun väitetyn konkreettisen puutteen vakavuutta on mahdollista arvioida. Yleisemmällä tasolla periaate ohjaa hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan merkityssisällön määrittämistä lähinnä siten, että lainkohdan tarkoittamaa merkittävän tai toistuvan puutteen käsitettä on syytä tulkita riittävän tiukasti, jotta poissulkemisen kaltainen ankara toimenpide voidaan katsoa kohtuulliseksi seuraukseksi.

Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tavoitteellisessa tulkinnassa on mahdollista hyödyntää myös tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatetta.¹³⁷ Aiemmin esitetyn mukaan tämän periaatteen ytimessä on ajatus, että ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa samalla tavalla. Poissulkemisen kannalta tämä

¹³⁰ Siltala 2003, s. 499.

¹³¹ Hirvonen 2011, s. 44.

¹³² Määttä – Paso 2019, s. 51–52.

¹³³ HE 108/2016 vp, s. 183.

¹³⁴ HE 108/2016 vp, s. 188.

¹³⁵ Ks. esim. KHO 2019:132 ja KHO 17.12.2020 taltio 4362.

¹³⁶ Ks. esim. MAO 286/19, MAO 419/20 ja MAO 421/20.

¹³⁷ Periaatetta on erikseen korostettu esimerkiksi poissuljettaessa tarjoajaa silloin, kun se on ollut osallisena kilpailua vääristävässä sopimuksessa (HE 108/2016 vp, s. 186).

tarkoittaa, että poissulkemisperusteita tulisi soveltaa samalla tavalla kaikkiin tarjoajiin. Periaate onkin tarpeen arvioitaessa yksittäisen tarjoajan poissulkemisen lainmukaisuutta suhteessa kilpailevaan tarjoajaan. Tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua voisi siis arvioida esimerkiksi silloin, kun tarjouskilpailuun osallistuu kaksi tarjoajaa, joista kummankin suorituksissa aiemmissa hankintasopimuksissa on ollut puutteita, mutta vain toinen niistä on päätetty sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle. Periaate ei kuitenkaan tarjoa vastauksia hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa ilmaistun oikeusnormilauseen sisällön määrittelyyn, koska siitä ei ole apua tulkintavaihtoehtojen määrittelyssä ja valinnassa.

3.5.3 Teleologisen tulkinnan tarpeellisuus

Tavoitteellisen laintulkinnan käsittelyn yhteydessä nousee väistämättä esiin kysymys siitä, pitäisikö tulkinnassa hyödyntää myös teleologisia argumentteja. Teleologinen eli tarkoitusperäopillinen laintulkinta pyrkii tunnistamaan säännöksen tarkoituksen ja tavoitteet lain esitöiden sijaan siitä sääntelykokonaisuudesta, johon kyseinen säännös kuuluu. Erilaisista mahdollisista tulkintavaihtoehdoista valitaan se, joka edistää parhaiten niitä päämääriä, joihin sääntelyllä pyritään. Tätä laintulkinnan muotoa käytetään erityisesti EU-oikeuden säännöksiä tulkittaessa.¹³⁸ Kun otetaan huomioon hankintalainsäädännön kiinteä yhteys Euroopan unionin lainsäädäntöön, voisi helposti päätyä sellaiseen johtopäätökseen, että teleologinen tulkinta on tarpeen tutkimusongelman ratkaisussa. Teorian tasolla päättelyketju vaikuttaa selkeältä: Hankintadirektiiviä on tulkittava teleologisen tulkinnan keinoin, jotta voidaan tunnistaa sen tarkoitus ja päämäärä. Nämä tekijät on puolestaan otettava huomioon hankintalain tulkinnassa, jotta lain säännöksille annetaan sellainen merkityssisältö, joka on yhdenmukainen hankintadirektiivin tavoitteiden kanssa.

Teleologinen tulkinta perustuu siis tavoitteisiin, jotka johdetaan joko säädöksen tai koko oikeusjärjestyksen tarkoituksesta ja päämäärästä.¹³⁹ Näistä jälkimmäiset ovat EU-oikeuden kontekstissa tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja sisämarkkinoiden toiminnan turvaamisen kaltaisia unionin integraatiota edistäviä tavoitteita.¹⁴⁰ Esimerkiksi Euroopan

¹³⁸ Hirvonen 2011, s. 44 ja Määttä – Paso 2019, s. 41–42. EU-oikeuden tavoitelähtöinen tulkinta johtuu osaltaan EU:n oikeusjärjestyksen monikielisuudesta. Kieliversiot voivat erota toisistaan huomattavastikin, mistä syystä kielellisille argumenteille ei voida antaa samanlaista painoarvoa kuin kansallisissa oikeusjärjestyksissä (Paunio – Lindroos-Hoviheimo 2010, s. 400).

¹³⁹ McCormick – Summers 1991, s. 514–515. Oikeuskirjallisuudessa ei tosin vallitse yksimielisyyttä teleologisen tulkinnan laajuudesta. Ks. esim. Raitio – Tuominen 2020, s. 193, jossa muista artikloista tai johdanto-osan perustelukappaleista johdettuihin tavoitteisiin perustuva tulkinta luokitellaan systeemiseksi tulkinnaksi. Ks. myös Määttä 2012 s. 221–222, jonka mukaan teleologia ei perustu yksittäisten säädösten tavoitteisiin vaan ainoastaan laajempiin, koko oikeusjärjestyksen käsittäviin päämääriin.

¹⁴⁰ Raitio – Tuominen 2020, s. 194. Ukkolan mukaan tällaisten tavoitteiden varaan rakentunut argumentaatio Euroopan unionin tuomioistuimessa on johtanut epä johdonmukaiseen oikeuskäytäntöön, koska

unionin tuomioistuin on usein teleologiaa hyödyntäessään omaksunut sellaisen tulkinnan, joka parhaiten vastaa sitä tarkoitusta, miksi unioni on alun perin perustettu ja mihin sillä pyritään.¹⁴¹ Hankintadirektiivistä johdettavia tavoitteita ovat puolestaan julkisten varojen tehokas käyttö, korruption torjunta, toimivat sisämarkkinat sekä erilaisten poliittisten päämäärien edistäminen julkisten hankintojen avulla.¹⁴²

Kysymys kuuluukin, miten tämänkaltaiset tavoitteet ovat sovitettavissa yhteen yksittäisen poissulkemisperusteen kanssa? Epäilen, ettei kovinkaan helposti. Teleologisen tulkinnan ongelmana onkin usein se, miten sääntelytavoitteet ovat identifioitavissa ja mitkä niistä ovat relevantteja.¹⁴³ Etenkin oikeudellisen järjestelmän meta-tavoitteet, arvolähtökohdat ja poliittiset päämäärät¹⁴⁴ ovat varsin abstrakteja ja yksittäiseen lain soveltamistilanteeseen verrattuna kaukaisia tulkintaa ohjaavia seikkoja. Äskettäin vielä kovin selkeältä kuulostanut päättelyketju ei olekaan niin päivänselvä, koska ”hyppy” ylätasoon abstrakteista tavoitteista yksittäiseen poissulkemisperusteeseen on niin suuri. Olisi esimerkiksi varsin haastavaa antaa sellaista merkityssisältöä tutkimuksen kohteena olevalle säännökselle, joka erityisesti edistäisi vaikkapa EU:n integraatiokehitystä. Aivan näin ehdottomasti en suhtaudu hankintadirektiivin tavoitteiden rooliin tulkinnassa, sillä voisihan esimerkiksi yritysten välisen kilpailun edistäminen toimia argumenttina sen puolesta, ettei kynnys poissulkemiselle saisi olla liian matala. Tässäkin yhteys tavoitteen ja säännöksen välillä on kuitenkin melko kaukainen, mistä syystä etenkin kansallisissa soveltamistilanteissa tulisi pysyä tiukasti kielellisessä, systeemisessä ja historiallis-tavoitteellisessa tulkinnassa.¹⁴⁵

3.6 Yhteenveto

Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetyn poissulkemisperusteen soveltamisedellytysten arvioimisessa kaiken keskiössä on luottamus eli se, että hankintayksikkö pystyy luottamaan tarjoajan kykyyn suoriutua sopimusvelvoitteistaan. Koko säännöshän rakentuu sille ajatukselle, ettei hankintayksikön tarvitse valita toimittajaksi sellaista tarjoajaa, joka on osoittautunut epäluotettavaksi. Tarjoajan

tavoitteilla on voitu perustella hyvinkin erilaisia ja jopa keskenään ristiriitaisia lopputulemia (Ukkola 2019, s. 178).

¹⁴¹ Raitio 2005, s. 278.

¹⁴² Ks. Ukkola 2018, s. 115–116. Ks. myös Euroopan komissio 2011, s. 3–6.

¹⁴³ Laakso 2012, s. 362.

¹⁴⁴ Ks. Määttä 2012, s. 219.

¹⁴⁵ Ks. Määttä 2012, s. 219–220, jonka mukaan lainsäätäjän kunnioittamisasenne puoltaisi sitä, että tavoitteellisessa laintulkinnassa tulisi ensisijaisesti tukeutua lakitekstiin kirjattuihin tavoitesäännöksiin ja lainvalmisteluaineistoon ja vasta toissijaisesti lain objektiiviseen tarkoitukseen.

luotettavuuden ja rehellisyyden merkitystä on korostanut sekä EUT¹⁴⁶ että KHO¹⁴⁷ omassa ratkaisukäytännössään, minkä lisäksi luottamuksen keskeinen asema tulee esiin myös hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa ja harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden systematiikassa.

Markkinaoikeuden ratkaisujen ja muiden harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden varaan rakentuvan systematiikan perusteella tarjoajan asenne aiemmissa sopimussuhteissa voi olla luottamusta heikentävä tekijä. Jos tarjoaja on ollut haluton korjaamaan virheitään ja suhtautunut piittaamattomasti velvollisuuksiinsa, voidaan se ottaa huomioon tarjoajan luotettavuutta heikentävänä seikkana. Säännöksen edellyttämän epäluottamuksen aste näyttäytyy puolestaan varsin matalana hankintalain tavoitteiden ja systematiikan valossa, sillä jo se riittää, ettei hankintayksikkö luota tarjoajan kykenevän toteuttamaan hankintaa suunnitellulla tai optimaalisella tavalla.

Luottamuksen ohella toinen keskeinen tekijä soveltamisedellytysten arvioimisessa on puutteen vakavuus. Hankintalain sanamuoto ja esityöt¹⁴⁸ sekä hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappale edellyttävät tietyn vakavuusasteen ylittävää puutetta. Myös EUT on painottanut, että suhteellisuusperiaatteen vaatimukset huomioon ottaen puutteen on oltava riittävän vakava rikkoakseen hankintayksikön ja tarjoajan välisen luottamussuhteen.¹⁴⁹ Käytännössä tarjoajan aiemman sopimussuorituksen puutteellisuutta punnitaan kahden hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa mainitun tekijän avulla: onko puute ollut merkittävä tai toistuva ja onko se kohdistunut keskeiseen vaatimukseen. Edellisen tekijän arvioinnissa voidaan ottaa huomioon se, mikä yhteys aiemmassa sopimussuorituksessa havaitulla puutteella on uuden hankinnan kohteeseen. Lisäksi voidaan arvioida sitä, ovatko puutteet olleet alalle tavanomaisia. Jälkimmäisen tekijän osalta arviointi voidaan ulottaa aiempaa hankintasopimusta edeltäneeseen tarjouskilpailuun ja erityisesti siihen, mikä merkitys (tarjoajan sittemmin laiminlyömällä) vaatimuksella on ollut tarjousten vertailussa. Vaatimuksen keskeisyyttä koskevassa harkinnassa voidaan myös tarkastella sitä, onko kyseessä ollut sopimuksen päävelvoite.

Tämän luvun alkupuolella tuli myös esille, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan soveltaminen rakentuu merkittävän tai toistuvan puutteen ja keskeisen vaatimuksen lisäksi kolmannen osatekijän eli sopimussanktion varaan. Lakitekstin mukaan

¹⁴⁶ Ks. asia C-41/18 *Meca*, kohta 30 ja asia C-267/18 *Delta*, kohta 26.

¹⁴⁷ Ks. KHO 2019:132.

¹⁴⁸ Ks. HE 108/2016 vp, s. 188.

¹⁴⁹ Ks. asia C-267/18 *Delta*, kohta 27.

poissulkemisperusteen soveltamisen lisäedellytyksenä on, että puutteet ovat johtaneet aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, purkamiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin. Tältä osin säännöksen tulkinta vaikuttaa lähtökohdaisesti yksinkertaiselta, koska oikeusnormilause ei pidä sisällään semanttisesti epämääräisiä ilmaisuja. Irtisanominen, purkaminen ja vahingonkorvaushan ovat varsin vakiintuneita käsitteitä, joiden sisältö on pääteltävissä jo yleiskielen perusteella. Lisäksi lakitekstin tulkinnanvaraisin ilmaisu eli ”muut vastaavat sanktiot” on määritelty hankintalain esitöissä: niitä ovat ainakin sopimussakkojen periminen ja hinnanpidätysehtojen käyttäminen.¹⁵⁰

Samaisessa hallituksen esityksen kohdassa mainitaan kuitenkin seikka, joka voi hankaloittaa tulkintaa joissain tilanteissa. Poissulkeminen olisi nimittäin esitöiden mukaan hyväksyttävää myös silloin, jos hankintayksiköllä olisi ollut oikeus irtautua sopimuksesta puutteiden nojalla, mutta hankinnan toteuttamisen kriittisyyden vuoksi se ei kuitenkaan ole voinut niin tehdä. Tähän liittyen herääkin kysymys siitä, mitä tämä tarkoittaa tarjoajan oikeusturvan kannalta – paraneeko hankintayksikön asema mahdollisessa riitatilanteessa, jos se voi vain vedota hankinnan kriittisyyteen ja tämän perusteella väittää poissulkemisperusteen soveltamisedellytysten täyttyvän, vaikka se ei ole irtautunut aiemmasta sopimuksesta? Vastauksen saaminen jäänee tulevan oikeuskäytännön varaan.¹⁵¹

Hankintayksiköiden tulisi joka tapauksessa pidättäytyä liian kevyin perustein tapahtuvasta poissulkemisesta. Niin ikään tuomioistuimen ei tulisi asettaa säännöksen soveltamiskynnystä kovin matalalle lainkohtaa tulkittaessaan. Suhteellisuusperiaatekin jo edellyttää, että teon ja seurauksen on oltava oikeassa suhteessa, jolloin liian vähäiset puutteet eivät saa toimia perusteena niinkin ankaralle seuraukselle kuin tarjouskilpailusta poissulkemiselle. Jos vähäinenkin puute voisi olla poissulkemisen perusteena, kunhan siitä on sanktio määrätty, tarjouskilpailuissa käsiteltävien tarjousten ja siten julkisia hankintoja koskevan kilpailun määrä laskisi entisestään. Samalla on kuitenkin todettava, ettei myöskään toinen ääripää ole perusteltu vaihtoehto. Hankintayksikön on voitava luottaa valitsemaansa toimittajaan ja siihen, että tämä kykenee toteuttamaan hankinnan suunnitellulla

¹⁵⁰ HE 108/2016 vp, s. 187.

¹⁵¹ Ks. MAO 420/20, jossa alueiden ja kiinteistöjen ylläpitoa koskeva hankinta oli hankintayksikön mukaan niin kriittinen, ettei se voinut irtautua sopimuksesta puutteista huolimatta. Tapauksessa oli lopulta jäänyt todelliset sanktiot kokonaan määräämättä, koska yhtiö oli kiistänyt kaikki hankintayksikön reklamaatiot ja sanktiot eikä hankintayksiköllä ollut perustelujensa mukaan resurssija lähteä vaatimaan korvauksia oikeusteitse. Tähän liittyen voisikin esittää kysymyksen, oliko kyseessä edes tosiasiallisesti lain tarkoittamista sanktioista, jos hankintayksikkö ei voinut velvoittaa yhtiötä maksamaan niitä, koska sillä ei ollut varaa lähteä käräjöimään asiasta? Oletettavasti markkinaoikeus kuitenkin hyväksyi hankintayksikön väitteen hankinnan kriittisyydestä, koska se ei ratkaisussaan lausunut sanktioista lainkaan.

tavalla. Koko poissulkemisperusteen tarkoitushan on se, että hankintayksikkö saa valita sopimuskumppaninsa yhtä harkiten kuin huolellisesti toimiva ja asiantunteva yksityinen yhteisö.

Lopulta on todettava, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan sisältämien ilmaisujen merkitysalue on niin laaja, ettei niille voi vahvistaa vain yhtä merkitysisältöä. Lainkohdalle jää väistämättä useampi tulkintavaihtoehto. Lain sanamuodosta, systematiikasta ja tavoitteista on kuitenkin löydettävissä tulkintaa helpottavia seikkoja, jotka voivat ohjata tulkit-sijaa oikeaan suuntaan. Oikeustilaa voi kuitenkin edelleen kuvailla avoimeksi, mistä syystä selventävälle oikeuskäytännölle olisi tarvetta.

3.7 Vastaava säännös Ruotsin lainsäädännössä

Ruotsissa julkisia hankintoja sääntelevä yleislaki on lag om offentlig upphandling (2016:455, LOU). Mahdollisuudesta sulkea tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle aiempien puutteellisten sopimussuoritusten perusteella säädetään kyseisen lain 13 luvun 3 §:n 5 kohdassa seuraavasti:

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om - - leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

Säännöksen implementoinnissa on siis noudatettu hyvin pitkälti hankintadirektiivin sanamuotoa aivan kuten Suomessakin. Hankintadirektiivin ruotsinkielisessä versiossa ilmaisu ”keskeinen vaatimus” on tosin kirjoitettu muotoon ”materiellt krav”, joka päätettiin implementoinnin yhteydessä muuttaa muotoon ”väsentligt krav”. Lainvalmisteluaineistossa¹⁵² muutosta perusteltiin direktiivin muilla kieliversioilla ja hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleella, joissa korostuu nimenomaan vaatimuksen olennaisuus.¹⁵³

Kielellisten detaljien lisäksi direktiivin asettamista vaatimuksista ja Suomen säännöksestä poiketen Ruotsissa poissulkemisperuste on rajattu koskemaan vain sellaisia aiempia puutteita, jotka ovat ilmenneet julkisia hankintoja koskevien säädösten mukaisesti toteutetuissa hankintasopimuksissa. Säännöksen soveltamisessa otetaan siis huomioon vain hankintalainsäädännön alaan kuuluvat sopimukset, jolloin soveltamisalan ulkopuolelle

¹⁵² Regeringens proposition 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling.

¹⁵³ Prop. 2015/16:195, s. 737–738.

jäävät kaikki sellaiset puutteet, jotka ovat tapahtuneet muissa hankintaviranomaisen ja yksityisen toimijan välisissä sopimuksissa. Suomessa vastaavaa rajausta ei ole, ja markkinaoikeus onkin katsonut, ettei hankintalain esitöistä ilmene lainsäätäjän tahtoa rajata poissulkemisperusteen käyttöä vain hankintalain nojalla tehtyihin hankintasopimuksiin. Tämän perusteella poissulkemisen perusteena voitaisiin Suomessa vedota myös puutteisiin, jotka ovat tapahtuneet sellaisissa hankintayksikön ja toimittajan välisissä sopimuksissa, joita ei ole edeltänyt hankintalaissa tarkoitettu hankintamenettely.¹⁵⁴ Ruotsissa lakien arviointineuvosto (Lagrådet) oli vastaavanlaisen laajan tulkinnan kannalla, mutta lainsäätjä ei tunnistanut direktiivin sanamuodosta sille mahdollisuutta. Näin ollen tällaisissa tilanteissa poissulkeminen olisi Ruotsissa mahdollista toteuttaa vetoamalla vakaavaan ammattitoiminnassa tehtyyn virheeseen.¹⁵⁵

Länsinaapurissamme sääntely poikkeaa myös harkinnanvaraisen poissulkemisen ajallisen ulottuvuuden osalta. Hankintadirektiivin 57 artiklan 7 kohdan mukaan jäsenvaltioiden tulee säätää enimmäisaika, jonka jälkeen tekoa tai laiminlyöntiä ei saa enää käyttää poissulkemisen perusteena. Samassa todetaan, että se voi olla harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta pisimmillään kolme vuotta, joka onkin esimerkiksi Suomessa enimmäisaika hankintalain 81 §:n 4 momentin perusteella. Ruotsin hankintalaissa asiasta ei sen sijaan säädetä lainkaan. Lainvalmisteluaineiston perusteella enimmäisajan merkitys poissulkemisessä kyllä tunnistettiin, mutta mitään kiinteää määräaikaa ei haluttu kirjata lakiin. Perusteluissa tosin todetaan, ettei poissulkeminen ole sallittua, jos poissulkemisperusteen taustalla olevasta tapahtumasta on kulunut liian kauan. Hankintayksikön tulee kuitenkin itse arvioida tapahtumasta kuluneen ajan merkitys erityisesti suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta. Lisäksi arvioinnille voi antaa suuntaa hankintadirektiivissä säädetty kolmen vuoden enimmäisaika.¹⁵⁶ Lainsäätäjän ratkaisua voidaan pitää varsin erikoisena, koska se tuo jo muutenkin epäselvään säännökseen lisää tulkinnanvaraisuutta. Ratkaisua ei pidetty oikeana myöskään EU:ssa, sillä komissio ilmoitti tammi-kuussa 2019 käynnistäneensä rikkomusmenettelyn Ruotsia vastaan virheellisen implementoinnin vuoksi, minkä seurauksena säännös aiotaan muuttaa direktiivin asettamien vaatimusten mukaiseksi.¹⁵⁷

Puutteellisten sopimussuoritusten perusteella tapahtuvaa harkinnanvaraista poissulkemista koskeva oikeustila on jokseenkin vakiintumaton myös Ruotsissa. Högsta

¹⁵⁴ Ks. MAO 76/21.

¹⁵⁵ Prop. 2015/16:195, s. 737.

¹⁵⁶ Prop. 2015/16:195, s. 738–741.

¹⁵⁷ Regeringens skrivelse 2019/20:115, s. 142.

förvaltningsdomstolen ei ole julkaissut oikeuskäytäntöä asiaan liittyen lainkaan, ja toiseksi ylimpänä oikeusasteena toimivien kamarioikeuksien ratkaisuihin suurin osa sijoittuu aikaan ennen hankintalain uudistusta ja uusien poissulkemisperusteiden muuttamista. Joissain tapauksissa on puolestaan ollut kyse puutteista aiemmissa sopimuksissa, mutta tuomioistuin ei ole kuitenkaan erinäisistä syistä käsitellyt poissulkemisperusteen sisältöä.¹⁵⁸ Oikeuskäytännön vähäisyys tuskin viittaa kuitenkaan siihen, etteikö sääntöjen soveltamisesta ja tulkinnasta vallitsisi epätietoisuutta. Harkinnanvarainen poissulkeminen ja sitä koskevat poissulkemisperusteet ovat ainakin eri selvitysten mukaan yksi eniten haasteita aiheuttava julkisten hankintojen osa-alue myös Ruotsissa.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Ks. förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 14365-20, jossa tuomioistuin ei voinut arvioida LOU 13 luvun 3 §:n 5 kohdan soveltumista kyseiseen tapaukseen, koska hankintasopimus, jonka täyttämiseksi puutteet olivat tapahtuneet, oli kilpailutettu vanhan hankintalain aikaan. Ks. myös kammarrätten i Stockholm mål nr 9-18, jossa oli kyse siitä, estääkö poissulkemisperuste sen, että hankintayksikkö käyttää tarjoajan ammatillisen pätevyyden arvioinnissa referenssinä omia aikaisempia kokemuksiaan tarjoajan toteuttamista sopimuksista. Tässäkään tapauksessa ei tosin käsitellä varsinaisesti poissulkemisperusteen sisältöä eikä se siksi ole kovinkaan relevantti tutkimusongelman kannalta.

¹⁵⁹ Konkurrensverket 2018, s. 18.

4 KORJAAVAT TOIMENPITEET TARJOAJAA POISSULJETTA- ESSA

4.1 Tausta EU-oikeudessa

Korjaavien toimenpiteiden (eng. *self-cleaning*) ydinajatuksena on antaa poissuljetulle tarjoajalle mahdollisuus palauttaa jo kertaalleen menetetty luottamus. Luotettavuutensa osoittamiseksi tarjoajan on täytynyt ryhtyä toimiin, jotka takaavat, ettei se enää vastaisuudessa syyllisty sellaisiin laiminlyönteihin tai muihin moitittaviin tekoihin, joiden perusteella se alun perin päätettiin jättää tarjouskilpailun ulkopuolelle.¹⁶⁰ Self-cleaning on menettelytapana vielä varsin uusi ilmiö, sillä se kirjattiin ensimmäistä kertaa säädöstehtiin vasta nykyistä hankintadirektiiviä säädettäessä. Mahdollisuus ja tarve korjaaville toimenpiteille tunnistettiin kuitenkin jo aikaisemmin. Vaikka vuoden 2004 hankintadirektiivissä ei ollut asiasta nimenomaisesti säädetty, katsottiin jo sen aikana, että EU-oikeuden periaatteet voisivat velvoittaa hankintayksikköjä huomioimaan tarjoajien korjaavat toimenpiteet. Erityisesti vapaan liikkuvuuden, suhteellisuuden ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet puolsivat tätä näkemystä. Esitettyjen argumenttien mukaan vapaan liikkuvuuden puitteissa jokaisella on oikeus ottaa osaa tarjouskilpailuihin, minkä lisäksi tarjoajan poissulkeminen olisi suhteettoman ankara toimenpide julkisten hankintojen tavoitteiden saavuttamiseksi.¹⁶¹ Yhdenvertainen kohtelukaan ei toteutuisi, jos menettelytapojensa korjaamiseen ryhtyneitä tarjoajia kohdeltaisiin samalla tavalla kuin sellaisia tarjoajia, jotka eivät ole yrittäneetkään oikaista aiempaan moitittavaan menettelyyn johtaneita syitä.¹⁶²

Mahdollisuus ottaa korjaavat toimenpiteet huomioon tuotiin esille myös komission toimesta, jonka mukaan vanhan hankintadirektiivin puitteissa jäsenvaltiot pystyivät säätämään toimenpiteistä, joilla tarjoaja kykenisi osoittamaan poistaneensa ongelmat liittyen sen ammatilliseen rehellisyyteen, vakavaraisuuteen ja luotettavuuteen. Komissio myös tunnisti toimenpiteiden hyödyt EU-oikeuden periaatteiden näkökulmasta toteamalla, että korjaavien toimenpiteiden avulla voidaan löytää tasapaino poissulkemisperusteiden täytäntöönpanon sekä oikeasuhtaisuuden ja tasavertaisen kohtelun välillä. Julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä ei kuitenkaan nimenomaisesti käsitelty asiaa eikä siitä ollut

¹⁶⁰ Self-cleaning merkitsee myös tasapainoilua kahden merkittävän intressin välillä: Poissulkeminen on sanktio, jonka pelotevaikutus edistää julkisten hankintojen integriteettiä. Samalla se kuitenkin johtaa heikentyneeseen kilpailuun, kun kilpailevia tarjouksia on alhaisempi määrä. Self-cleaning puolestaan edistää kilpailua mahdollistamalla useamman tarjoajan osallistumisen, mutta toisaalta se heikentää poissulkemisen pelotevaikutusta. Ks. näiden tekijöiden välisestä jännitteestä Majtan 2013.

¹⁶¹ Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 277–278.

¹⁶² Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 280.

annettu yhtenäisiä sääntöjä.¹⁶³ Tämä näkyi myös eri jäsenvaltioiden lainsäädännössä: monissa maissa korjaavista toimenpiteistä ei ollut säädetty lainkaan, kun taas esimerkiksi Saksassa ja Itävallassa self-cleaning oli muodostunut jo vakiintuneeksi käytännöksi.¹⁶⁴

Komissio ottikin mallia juuri Saksan ja Itävallan hankintalainsäädännöstä ja sitä koskevasta oikeuskäytännöstä muotoillessaan ehdotuksensa korjaavia toimenpiteitä koskevaksi säännökseksi. Ehdotetussa säännöksessä luottamuksen palauttaminen rakentui kolmen osa-alueen varaan: Ensinnäkin tarjoajan oli korvattava rikkomustensa synnyttämät vahingot. Toisekseen sen piti osallistua aktiivisesti aiemman laiminlyöntinsä selvittämiseen. Kolmanneksi tarjoajan tuli näyttää tehneensä tarpeelliset tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet, jotka estäisivät moitittavat teot tulevaisuudessa.¹⁶⁵ Viimeksi mainittuja toimenpiteitä ei kuitenkaan liiemmin avattu konkretian tasolla paria esimerkkiä lukuun ottamatta. Yhtä niukkasanainen ehdotus oli myös sen suhteen, millä tavalla hankintayksiköiden tulisi arvioida korjaavien toimenpiteiden riittävyyttä. Lopulta komission ehdotus pysyi suhteellisen muuttumattomana koko lainsäätämisen prosessin ajan, vaikka kyseessä olikin täysin uudenlainen säännös EU:n julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä.¹⁶⁶

Korjaavia toimenpiteitä koskeva säännös löytyy lopullisessa muodossaan hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdasta. Lainkohdan mukaan tarjoaja voi esittää näyttöä, jonka perusteella sen toteuttamat toimenpiteet ovat riittäviä osoittamaan sen luotettavuuden siitä huolimatta, että asianmukainen poissulkemisperuste on olemassa. Jos näyttö katsotaan riittäväksi, tarjoajaa ei saa sulkea pois hankintamenettelystä. Näyttöä on esitettävä siitä, että tarjoaja 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. Tarjoajan toteuttamia toimenpiteitä on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon tai rikkomuksen vakavuus ja niihin liittyvät erityiset olosuhteet. Jos toimenpiteitä pidetään riittämättöminä, on tarjoajalle annettava asiasta perusteltu päätös.

¹⁶³ Euroopan komissio 2011, s. 53.

¹⁶⁴ Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 258.

¹⁶⁵ Euroopan komissio 2012, s. 8–9.

¹⁶⁶ De Mars 2016, s. 268.

Hankintadirektiivin johdanto-osan 102 perustelukappaleessa todetaan, että korjaavilla toimenpiteillä varataan tarjoajalle mahdollisuus korjata rikostensa tai virheidensä seuraukset ja siten estää asiattoman toiminnan toistuminen. Jos toimenpiteiden perusteella tästä saadaan riittävät takeet, hankintayksikön tulisi pidättäytyä poissulkemisesta. Perustelukappaleessa on myös selvitetty tarkemmin organisaatioon ja henkilöstöön liittyvien toimenpiteiden käsitettä. Tarjoaja voi esimerkiksi katkaista yhteydet asiattomaan toimintaan osallistuneisiin henkilöihin ja organisaatioihin, uudelleenorganisoida henkilöstöään, ottaa käyttöön raportointi- ja valvontajärjestelmiä, valvoa säännösten noudattamista sisäisen tarkastuksen keinoin sekä antaa sisäisiä vastuu- ja korvaussääntöjä. Säännöksen sisällöstä ja 102 perustelukappaleen esimerkeistä on nähtävissä, että hankintadirektiivin käsittämä self-cleaning perustuu monilta osin niiden maiden oikeusjärjestelmiin, joissa se oli vakiintunut menettelytapa jo ennen uutta hankintadirektiiviä.¹⁶⁷

Oikeuskirjallisuudessa esitetyn systematiikan mukaan puhdistautumistoimien voi ajatella jakautuvan kahteen osa-alueeseen. Nämä osa-alueet koostuvat toimenpiteistä aiempien virheiden selvittämiseksi ja hyvittämiseksi sekä toimenpiteistä, joiden tarkoituksena on estää virheiden toistuminen tulevaisuudessa.¹⁶⁸ Molemmat osa-alueet ovat herättäneet kysymyksiä ja ajatuksia mahdollisista kiperistä tulkintatilanteista. Eräs tulkinnanvaraisuus liittyy vahinkojen korvaamiseen: Jos tarjoajan menettelystä aiheutuneen vahingon korvaaminen on molemmille osapuolille selvää sekä perusteeltaan että määrältään, korjaavien toimenpiteiden riittävydestä ei pitäisi olla tältä osin epäselvyyttä. Tilanne on kuitenkin toinen, jos osapuolten välillä vallitsee erimielisyys siitä, onko vahinkoa ylipäättään tapahtunut ja jos on, kuinka suuri vahingonkorvauksen tulisi olla.¹⁶⁹ Milloin tällaisessa tilanteessa voidaan katsoa, että tarjoaja on hankintadirektiivin tarkoittamalla tavalla maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen *kaikista vahingoista*, joita sen virheestä on aiheutunut? Hankintayksikköhän voisi katsoa, ettei se ole saanut korvausta kaikista vahingoista, mikäli tarjoaja ei maksa sille vaadittua summaa kokonaisuudessaan. Tällainen tulkinta voisi kuitenkin johtaa varsin kestävämpään tilanteeseen, jossa tarjoajan tulisi hiljaa hyväksyä kaikki hankintayksikön vaatimukset, jotta korjaavien toimenpiteiden riittävyys ei vaarantuisi. Erään näkemyksen mukaan riittävää olisikin, että tarjoaja sitoutuu

¹⁶⁷ Ks. Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 259–261, jossa esitellään saksalaiseen ja itävaltalaiseen oikeuskäytäntöön ja -kirjallisuuteen perustuvia korjaavien toimenpiteiden elementtejä.

¹⁶⁸ Kuzma – Hartung 2020, s. 252.

¹⁶⁹ Friton – Zöll 2021, s. 624.

maksamaan tuomioistuimen vahvistaman korvaussumman, jos se katsotaan vahingonkorvausvelvolliseksi.¹⁷⁰

Myös aiempien virheiden selvittämiseen liittyy mahdollisia ongelmakohtia. Kysymyksiä on herättänyt esimerkiksi se, kuinka kattavasti tarjoajan tulisi esittää näyttöä pyrkimyksistään selvittää virheeseen liittyviä tosiasioita ja olosuhteita. Toisaalta on pohdittu sitä, mikä on hankintayksikön rooli virheen selvittämisessä – tuleeko sen vain passiivisesti perehtyä sille toimitettuun näyttöön, vai voiko se omaksua aktiivisemmän roolin ja esimerkiksi pyytää tarjoajalta tiettyyn seikkaan liittyvää selvitystä?¹⁷¹ Tarjoajalla on kuitenkin asiassa todistustaakka, ja sen on lähtökohtaisesti harkittava, mitä selvitystä ja näyttöä se hankintayksikölle esittää. Osapuolten välisen yhteistyön aste on myös tapauskohtaista ja siihen vaikuttaa esimerkiksi se, onko aikaisempi virhe kohdistunut hankintayksikköön vai johonkin muuhun tahoon.¹⁷²

Korjaavien toimenpiteiden tarkka sisältö selviää vasta kunkin jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön perusteella, sillä hankintadirektiivi antaa jäsenvaltioille liikkumavaraa korjaavien toimenpiteiden yksityiskohtaisemmassa sääntelyssä. Tämä ilmenee hankintadirektiivin 57 artiklan 7 kohdasta, jonka perusteella jäsenvaltioiden on vahvistettava edellytykset, joiden mukaan kyseistä artiklaa sovelletaan. Lisäksi johdanto-osan 102 perustelukappaleessa todetaan erityisesti korjaavien toimenpiteiden osalta, että jäsenvaltioille on varattu mahdollisuus määritellä niihin liittyvät täsmälliset menettelyä ja sisältöä koskevat edellytykset. Kuten aiemmin on tullut jo esille, yhdenmukaisen tulkinnan periaatteen vuoksi kansallinen lainsäädäntö ei kuitenkaan saa olla ristiriidassa direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen kanssa. Euroopan unionin tuomioistuin onkin jo muutamaan otteeseen tarkastellut hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan sisältöä ja siihen liittyviä jäsenvaltioiden lainsäädännössä ilmenneitä ristiriitoja.

Tapauksessa *RTS infra* hankintayksikkö oli sulkenut tarjoajan pois hankintamenettelystä ammattitoiminnassa tehdyn vakavan virheen nojalla pyytämättä tarjoajalta näyttöä mahdollisista korjaavista toimenpiteistä. Tuomioistuimen ratkaistavaksi tuli kysymys siitä, onko hankintayksiköllä velvollisuus pyytää selvitystä korjaavista toimenpiteistä vai täytyykö tarjoajan tuoda ne esille oma-aloitteisesti. Ratkaisussaan tuomioistuin katsoi, ettei

¹⁷⁰ Kuzma – Hartung 2020, s. 260–261.

¹⁷¹ Kuzma – Hartung 2020, s. 252. Ks. julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa *Vossloh Laeis*, kohta 49, jossa julkisasiamiehen näkemys hankintayksikön ja tarjoajan rooleista on sellainen, että edellisen tehtävä näytön arvioinnissa on passiivinen, kun taas jälkimmäinen tuo näyttöä esille aktiivisesti. Tuomioistuin ei ole ainakaan vielä ilmaissut aiheeseen omaa kantaansa.

¹⁷² Kuzma – Hartung 2020, s. 262–263.

direktiivin sanamuodon perusteella ollut määriteltävissä, kumman osapuolen aloitteesta ja missä vaiheessa hankintamenettelyä näyttö korjaavista toimenpiteistä tulisi esittää.¹⁷³ Jäsenvaltioilla on kuitenkin yksityiskohtaisen menettelysääntöjen määrittämistä koskevan harkintavaltansa puitteissa mahdollisuus säätää tarjoajan velvollisuudesta toimia asiassa oma-aloitteisesti, mutta kansallisen lainsäädännön täytyy olla yhdenmukainen unionin oikeuden ja tässä tapauksessa erityisesti hankintadirektiivissä vahvistettujen hankintaperiaatteiden kanssa.¹⁷⁴ Näin ollen tuomioistuin katsoi, että avoimuusperiaate ja yhdenvertaisen kohtelun periaate toteutuvat vain, jos hankintayksiköille ilmoitetaan asiasta etukäteen avoimesti, selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti joko suoraan hankinta-asiakirjoissa tai relevanttiin lainkohtaan viittaamalla.¹⁷⁵

Tuomioistuin käsitteli ratkaisussaan myös sitä, miten tarjoajan oikeus tulla kuulluksi on yhteydessä korjaavien toimenpiteiden esilletuomiseen. Tuomioistuimen mukaan mahdollisessa poissulkemistilanteessa oikeus tulla kuulluksi edellyttää, että tarjoaja kykenee yksilöimään hankinta-asiakirjoista tai kansallisesta lainsäädännöstä ilmenevien tietojen perusteella ne poissulkemisperusteet, joihin hankintayksikkö voi sen kohdalla vedota. Vain silloin tarjoaja tietää tuoda esille poissulkemisperusteen kannalta relevantit korjaavat toimenpiteet.¹⁷⁶ Tähän liittyen julkisasiamies toi ratkaisuehdotuksessaan esille sen, kuinka paljon hankintayksiköillä on harkintavaltaa ammatin harjoittamiseen liittyvän vakavan virheen perusteella tapahtuvassa poissulkemisessa. Kyseisen poissulkemisperusteen laajuuden vuoksi tarjoaja ei välttämättä kykene arvioimaan, voidaanko jotain sen aiempaa menettelyä pitää vakavana virheenä, ja koska asia ei ole tarjoajan ennakoitavissa, sitä ei voida vaatia mainitsemaan asiasta tarjouksessa tai ESPD:ssä. Sen sijaan hankintayksikön tulisi osoittaa tarjoajan syyllistyneen vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa, jotta tarjoaja tietäisi vedota tarkoituksenmukaiseksi katsomiinsa korjaaviin toimenpiteisiin.¹⁷⁷

Muissa yhteyksissä tuomioistuimen ratkaistavaksi on tullut esimerkiksi kysymys siitä, kuinka laajasti hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa mainittu tutkintaviranomaisen käsite tulee ymmärtää, kun säännöksen mukaan tarjoajan on osana korjaavia toimenpiteitä selvitettävä tosiasiat ja olosuhteet toimimalla yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa. Joidenkin poissulkemisperusteiden kohdalla on nimittäin mahdollista, että

¹⁷³ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 27–28.

¹⁷⁴ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 30 ja 34.

¹⁷⁵ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 36.

¹⁷⁶ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 34 ja 37.

¹⁷⁷ Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa *RTS infra*, kohdat 90–91. Myös tuomioistuin viittasi ratkaisussaan näihin kohtiin, muttei kuitenkaan ottanut asiaan laajemmin kantaa (ks. asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 37).

tutkintaviranomainen ja hankintaviranomainen ovat kaksi eri tahoa.¹⁷⁸ Tuomioistuim on ottanut kantaa myös siihen, voiko kansallisessa lainsäädännössä kieltää tarjoajaa esittämästä näyttöä korjaavista toimenpiteistä, jos sille on annettu tuomio tietyistä vakavista rikoksista.¹⁷⁹ Yleisesti ottaen tapauksissa on siis käsitelty lähinnä sitä, missä vaiheessa ja kenen aloitteesta näyttöä korjaavista toimenpiteistä saa tai tulee esittää. Vähemmälle huomiolle on puolestaan jäänyt se, millaisia toimenpiteet ovat ja miten niiden riittävyttä punnitaan. Tämän tarkempi määrittely on toki osaltaan jäsenvaltioiden harkintavallan alla, joten seuraavaksi on syytä kääntää katset Suomeen ja siihen, mitä korjaavat toimenpiteet tarkoittavat hankintalain kontekstissa.

4.2 Korjaavat toimenpiteet hankintalaissa

Korjaavia toimenpiteitä koskevan säännöksen implementoinnissa ei juurikaan poikettu hankintadirektiivissä käytetystä sanamuodosta. Asiasta on säädetty hankintalain 82 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan tarjoaja voi esittää näyttöä luotettavuudestaan siitä huolimatta, että sitä rasittaa jokin pakollinen tai harkinnanvarainen poissulkemisperuste. Jos hankintayksikkö katsoo näytön ja luotettavuuden riittäväksi, se ei saa sulkea kyseistä ehdokasta tai tarjoajaa pois tarjouskilpailusta. Esitettävän näytön laadusta kertovan 2 momentin mukaan tarjoaja voi esittää selvitystä siitä, että se 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. 3 momentin mukaan toteutettuja toimenpiteitä on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus sekä niihin liittyvät olosuhteet.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ks. asia C-124/17 *Vossloh Laeis*. Tapauksessa hankintayksikkö oli aikeissa sulkea tarjoajan pois tarjouskilpailusta, koska tämä oli aiemmin osallistunut kartellin toimintaan, mikä oli myös aiheuttanut vahinkoa hankintayksikölle. Tarjoaja oli mielestään selvittänyt kilpailusääntöjen rikkomiseen liittyvät tosiasiat ja olosuhteet riittävällä tavalla, kun se oli toiminut asiassa yhteistyössä kilpailuviranomaisen kanssa. Se ei kuitenkaan halunnut toimittaa asiaa koskevaa päätöstä hankintayksikölle, koska päätös olisi voinut auttaa hankintayksikköä vahingonkorvauskanteen nostamisessa. Osapuolten välinen erimielisyys liittyi siihen, täytyikö tarjoajan toimia yhteistyössä niin kilpailuviranomaisen kuin hankintayksikönkin kanssa esittääkseen näytön luotettavuutensa palautumisesta.

¹⁷⁹ Ks. asia C-472/19 *Vert Marine*. Tuomioistuim katsoi, että rajoittamalla tarjoajien oikeutta esittää näyttöä korjaavista toimenpiteistä, on seurauksena käytännössä automaattinen poissulkeminen, mikä vaarantaa niiden tavoitteiden toteutumista, joihin sääntelyllä on alun perin pyritty.

¹⁸⁰ Korjaavat toimenpiteet tunnustettiin jossain määrin jo vanhan hankintalain aikana, sillä lain esitöiden mukaan poissulkemista koskevassa harkinnassa voitiin ottaa muun ohella huomioon rikkomukseen tai laiminlyöntiin syyllystyneen mahdolliset ”korjaavat teot” (HE 50/2006, s. 97).

Kyseisen lainkohdan sanamuotoa tarkastelemalla voi havaita, että 2 momentti on kirjoitettu muotoon, jossa luottamuksensa palauttamiseksi tarjoajan täytyy korvata aiheuttamansa vahingot, selvittää virheeseen liittyvät olosuhteet ja toteuttaa konkreettisia toimia estääkseen uudet virheet. Hankintayksikölle on siis esitettävä selvitystä kaikista näistä osa-alueista, jotta puhdistautuminen voidaan katsoa tehokkaaksi. Kääntäen voi todeta, etteivät esimerkiksi pelkät tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet riitä, jos tarjoaja ei osoita halukkuutta korvata aiheuttamiaan vahinkoja tai sen toiminta luottamusta alun perin horjuttaneen tapahtuman selvittämisessä on ollut puutteellista. Tähän liittyen on tosin mainittava, että lain sanamuodon ja hankintalain esitöiden välillä vaikuttaa olevan ristiriita: Esitöiden mukaan luotettavuuden osoittamiseksi ”voitaisiin esittää näyttöä” toimenpiteistä, joilla pyritään estämään poissulkemisperusteissa tarkoitettun toiminnan toistuminen, ja ”[n]äyttöä voitaisiin esittää myös siitä, että ehdokas tai tarjoaja on maksanut tai sitoutunut maksamaan korvauksen kaikista vahingoista - - taikka selvittänyt tosiasiat ja olosuhteet kattavasti”.¹⁸¹ Säännöksen perustelujen kirjoitusasu erityisesti sanavalintojen *myös* ja *taikka* osalta viittaa siihen, ettei tarjoajan välttämättä täytyisi esittää näyttöä kaikista näistä seikoista. Ristiriidasta huolimatta lain sanamuoto tulisi kuitenkin asettaa tulkinnassa etusijalle, etenkin kun otetaan huomioon, että tässä tapauksessa lakiteksti ei ole epäselvä.¹⁸²

Samaan aikaan on kuitenkin todettava sanamuodon mukaista tulkintaa horjuttavana argumenttina, että lain esitöihin pohjautuva tulkinta ilmentää paremmin Euroopan komission kantaa asiassa. Komissio on nimittäin katsonut, että hankintayksikölle esitettävä näyttö vaihtelee tapauksen mukaan, ja suhteellisuusperiaatteen nojalla tarjoajan tulisi toteuttaa vain ne toimenpiteet, jotka soveltuvat kyseessä olevaan tapaukseen. Esimerkiksi vahinkojen korvaamista tulisi edellyttää vain silloin, jos tarjoajalle on esitetty vahingonkorvausvaatimus. Vastaavasti joissain tapauksissa jo pelkästään henkilöstöön liittyvät toimenpiteet voivat vakuuttaa hankintayksikön tarjoajan luotettavuudesta, jolloin teknisille tai organisaatioon liittyville toimenpiteille ei ole tarvetta.¹⁸³ Kansalliseen lainsäädäntöön kirjattua vaatimusta kaikkien puhdistautumistoimien yhtäaikaisesta toteuttamisesta onkin oikeuskirjallisuudessa pidetty hankintadirektiivin virheellisenä implementointina, eikä se

¹⁸¹ HE 108/2016 vp, s. 190.

¹⁸² Ks. esim. Huovila 2004, s. 59 ja Määttä – Paso 2019, s. 31, joiden mukaan tulkinnan lähtökohtana tulee olla itse säännös ja sen sanamuoto. Lakiteksti voi siis olla vahva *prima facie* -argumentti tietynsisällöisen tulkinnan puolesta, ja se on usein riittävä ratkaisun oikeuttamiseksi. Muunlainen ratkaisu tarvitsee kuitenkin tuekseen esimerkiksi lain systematiikasta tai sen tavoitteista johdettavia argumentteja, joilla on lisäksi riittävän suuri painoarvo lain sanamuodon etusijan syrjäyttämiseksi (MacCormick – Summers 1991, s. 531–533).

¹⁸³ Euroopan komissio 2021, s. 21.

myöskään ole oikeassa suhteessa korjaavilla toimenpiteillä tavoiteltavan päämäärän kanssa. Lisäksi liiallisten toimenpiteiden edellyttäminen tarjoajalta rajoittaa sen oikeutta palauttaa luottamuksensa hankintayksikön silmissä.¹⁸⁴

Sanamuodon perusteella ei voi sanoa paljoakaan siitä, mikä on osapuolten rooli selvityksen antamisessa ja vastaanottamisessa. Säännöksessä käytetty ilmaisu ”tarjoaja voi esittää näyttöä” viittaa siihen, että tarjoaja on asiassa aktiivisempi toimija, mutta voiko hankintayksiköllä olla joissain tilanteissa velvollisuus myös pyytää näyttöä korjaavista toimenpiteistä?¹⁸⁵ Esitöiden perusteella hankintayksiköllä ei tällaista velvollisuutta ole. Se voi kuitenkin edellyttää hankinta-asiakirjoissa, että tarjoajan tulee esittää tiettyjen yksilöityjen poissulkemisperusteiden osalta mahdolliset korjaavat toimenpiteet jo tarjouksen ja yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan jättämisen yhteydessä. Jos hankintayksikkö ei ole näin toiminut, olisi säännöksen perustelujen mukaan joka tapauksessa suositeltavaa ilmaista poissulkemisaikheet jo ennakkoon ja siten varata tarjoajille mahdollisuus näytön esittämiseen.¹⁸⁶

Esitöiden valossa hankintayksiköllä ei siis olisi *velvollisuutta* vaatia tai pyytää näyttöä luotettavuudesta, mutta se olisi *suositeltavaa* tehdä ennen poissulkemista. Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella asiaan ei ole syytä suhtautua näin kevyesti. Asiassa *RTS infra* unionin tuomioistuin katsoi, että velvollisuudesta esittää omaaloitteisesti näyttöä korjaavista toimenpiteistä on säädettävä selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti, ja asia on saatettava tarjoajan tietoon hankinta-asiakirjojen avulla. Kyseisessä tapauksessa hankinta-asiakirjoissa oli viitattu kansallisessa lainsäädännössä säädettyihin poissulkemisperusteisiin, mutta laissa ei nimenomaisesti mainittu, että tarjoajan tuli esittää näyttöä omaaloitteisesti. Tämän vuoksi tarjoajat saattoivat kohtuudella odottaa, että hankintayksikkö kehottaa niitä myöhemmin esittämään näyttöä poissulkemisperusteen korjaamiseksi toteuttamistaan toimenpiteistä.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Kowalczyk – Sołtysińska 2021, s. 185. Tästä huolimatta suuressa osassa jäsenvaltioita edellytetään näytön esittämistä jokaisesta osa-alueesta (ks. Dentons 2021 ss. 10).

¹⁸⁵ Esimerkiksi Tanskan hankintalain (udbudsloven, LOV nr 1564 af 15/12/2015) 138 §:ssä säädetään, että tarjoajan saa poissulkea vasta siinä vaiheessa, kun hankintayksikkö on ilmoittanut sille jonkin poissulkemisperusteen olemassaolosta, ja tarjoaja ei ole kohtuullisen ajan kuluessa esittänyt riittävää näyttöä luotettavuudestaan.

¹⁸⁶ HE 108/2016 vp, s. 189. Virossa lainsäätäjät suhtautui asiaan vielä ehdottomammin, sillä tarjoajan on esitettävä näyttö korjaavista toimenpiteistä jo tarjouksen tai osallistumishakemuksen jättämisen yhteydessä, eikä sille ole enää mahdollisuutta myöhemmässä vaiheessa hankintamenettelyä. Näin tiukkaa sääntelyä on pidetty EU-oikeuden ja erityisesti suhteellisuusperiaatteen sekä unionin kilpailusääntöjen vastaisena etenkin tilanteissa, joissa tarjoaja ei ole voinut vielä hankintamenettelyn alkuvaiheessa tietää, että sen täytyy tuoda esille puhdistautumistoimia (Simovart – Härginen 2018, s. 51–52).

¹⁸⁷ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohdat 39–40.

Asiaa voi lähestyä samalla tavalla myös hankintalakia sovellettaessa. Kun lain mukaan tarjoaja *voi esittää* näyttöä luotettavuudestaan, viittaa käytetty sanamuoto mahdollisuuteen, ei velvollisuuteen. Säännöksessä ei siis mainita selkeästi, täsmällisesti, yksiselitteisesti tai nimenomaisesti, että tarjoajan olisi esitettävä näyttöä oma-aloitteisesti. Varmistaakseen menettelyn lainmukaisuuden etenkin EU-oikeuden näkökulmasta, hankintayksiköille turvallisin toimintatapa olisikin omaksua jokseenkin aktiivinen rooli ja pyytää näyttöä tarvittaessa. Näin olisi suositeltavaa toimia erityisesti silloin, kun hankintayksikkö on aikeissa vedota sellaisiin poissulkemisperusteisiin, joiden soveltamisessa sillä on paljon harkintavaltaa, sillä poissulkeminen saattaa tulla tarjoajalle yllätyksenä. Tällainen käytäntö saa tukea myös lain esitöistä. Perusteluissa on nimittäin mainittu, ettei sellainen tilanne ole toivottava, jossa näyttöä korjaavista toimenpiteistä esitetään vasta hankintayksikön poissulkemiskorjauksen jälkeen mahdollisessa tuomioistuinkäsittelyssä.¹⁸⁸

Säädöstekstiä tarkastelemalla voi myös huomata sen, mitä siitä puuttuu. Vaikuttaa nimittäin siltä, ettei lainsäätäjällä ollut halukas käyttämään sille hankintadirektiivissä varattua mahdollisuutta säätää menettelyä ja sisältöä koskevista soveltamisedellytyksistä tarkemmin. Tämä tarkoittaa esimerkiksi näytön ja luotettavuuden riittävyden arvioinnin osalta sitä, ettei lakitekstistä löydy riittävyden punnintaa ohjaavia kriteereitä. Lain sanamuodon valossa riittävydellä viitattaneen painoarvoltaan ja merkitykseltään tarpeeksi merkittäviin puhdistautumistoimiin, jotka vakuuttavat hankintayksikön tarjoajan luotettavuudesta. Herää kuitenkin kysymys siitä, kuinka vakuuttavia niiden täytyy olla – ylittykö riittävyden kynnyksen, jos hankintayksiköllä on jonkinasteinen epäily tarjoajan kyvyistä? Riittääkö se, että korjaavien toimenpiteiden perusteella tarjoaja kykenee todennäköisesti toteuttamaan hankintasopimuksen asianmukaisesti, vai edellytetäänkö tarjoajan kyvyistä täyttä varmuutta?

Hankintalain esitöistä ei vastauksia näihin kysymyksiin löydy. Hallituksen esityksen mukaan riittävän luotettavuuden osoittamiseksi voidaan esittää näyttöä toimenpiteistä, joilla on tarkoitus korjata rikosten tai virheiden seuraukset ja näin estää poissulkemisperusteissa tarkoitettujen toiminnan toistuminen. Lisäksi siinä luetellaan samat konkreettiset henkilöstöön ja organisaatioon liittyvät toimet, jotka on mainittu hankintadirektiivin johdanto-osassa. Jos toimenpiteillä saadaan riittävät takeet tarjoajan luotettavuudesta, sitä ei saisi enää sulkea pois tarjouskilpailusta. Kyse on loppujen lopuksi kokonaisarviointista, jossa

¹⁸⁸ HE 108/2016 vp, s. 189.

toimenpiteitä peilataan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuuteen ja niihin liittyviin olosuhteisiin.¹⁸⁹

4.3 Korjaavat toimenpiteet kotimaisessa oikeuskäytännössä

Markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella usein toistuva ongelma korjaavien toimenpiteiden suhteen on se, ettei tarjoajalle ole varattu mahdollisuutta esittää niistä näyttöä ennen poissulkemista koskevan päätöksen tekemistä. Näissä tapauksissa markkinaoikeus on johdonmukaisesti tulkinnut hankintalakia unionin oikeuden mukaisesti katsomalla, että tämänkaltainen toimintatapa on ollut suhteellisuusperiaatteen vastaista, vaikka hankintalaissa ei olekaan asetettu hankintayksiköille velvollisuutta vaatia tai pyytää näyttöä tarjoajan luotettavuudesta. Tuomioistuin on alun perin perustanut tulkintansa EUT:n tapauksessa *Delta* esille tuomaan periaatteeseen, jonka mukaan tarjoajalle tulee varata tilaisuus esittää selvitystä korjaavista toimenpiteistään osoittaakseen luotettavuutensa ja osallistukseen hankintamenettelyihin. Lisäksi tätä tulkintaa on puoltanut hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohta, jonka mukaan tarjoajan on saatava perusteltu päätös siitä, jos hankintayksikkö pitää korjaavia toimenpiteitä riittämättöminä.¹⁹⁰ Viimeaikaisessa ratkaisukäytännössä markkinaoikeus on puolestaan tukeutunut tulkinnassaan tapauksen *RTS infra* perusteluihin.¹⁹¹

Joissain markkinaoikeuteen päätyneissä tapauksissa korjaavien toimenpiteiden esittämisestä on ollut erimielisyyttä sen vuoksi, koska hankintayksikkö ja tarjoaja ovat nähneet aiemmat tapahtumat toisistaan poikkeavalla tavalla. Esimerkiksi tarjoajan näkemyksen mukaan sitä ei ole rasittanut yksikään poissulkemisperuste, minkä se on myös ilmoittanut ESPD:ssä, eikä se ole tämän vuoksi myöskään esittänyt mitään korjaavia toimenpiteitä. Etenkin tulkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tapauksessa kyse voi olla esimerkiksi siitä, että osapuolilla on eriävä näkemys jonkin aiemmassa hankintasopimuksessa olleen sopimusehdon tulkinnasta. Hankintayksikkö on puolestaan katsonut tarjoajan toiminnan täyttävän jonkin poissulkemisperusteen soveltamisedellytykset ja tulkinnut ESPD:n vastausten perusteella, ettei tarjoaja aio esittää korjaavia toimenpiteitä, minkä

¹⁸⁹ HE 108/2016 vp, s. 190.

¹⁹⁰ Ks. MAO 469/20 ja MAO 549/20. Ks. myös MAO 168/21, jossa oli kyse korjaavien toimenpiteiden esittämisestä kansallisessa hankinnassa. Tapauksessa hankintayksikkö oli sulkenut tarjouskilpailun ulkopuolelle yrityssaneerauksessa olevan tarjoajan varaamatta sille mahdollisuutta esittää näyttöä luotettavuudestaan. Vaikka kansallisissa hankinnoissa ei pidä noudattaa poissulkemista ja korjaavia toimenpiteitä koskevia säännöksiä sellaisinaan, markkinaoikeuden tulkinnan mukaan syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun sekä avoimuuden vaatimuksista seurasi, että jos hankintayksikkö päättää käyttää kansallisessa hankinnassa hankintalain 81 §:ssä säädettyjä poissulkemisperusteita, tulee sen tällöin antaa myös tarjoajille mahdollisuus esittää näyttöä luotettavuudestaan hankintalain 82 §:n mukaisesti.

¹⁹¹ Ks. MAO H252/2021.

seurauksena se on päättänyt sulkea tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle. Markkinaoikeuden tulkinnan mukaan tällaisissa tapauksissa hankintayksiköllä ei ole ollut velvollisuutta pyytää tarjoajalta vielä uudestaan selvitystä ennen poissulkemista, eli pelkästään ESPD:ssä tarjoajille varattu mahdollisuus esittää näyttöä luotettavuudestaan on ollut riittävä toimintatapa.¹⁹²

Markkinaoikeuden omaksuma linja muuttunee kuitenkin tulevaisuudessa, kun otetaan huomioon, miten julkisasiamies ja tuomioistuin suhtautuivat samankaltaisiin olosuhteisiin asiassa *RTS infra*. Tapauksen perusteluissahan katsottiin, ettei tarjoajan voida odottaa ilmoittavan ESPD:ssä sitä rasittavasta poissulkemisperusteesta silloin, kun kyseessä on poissulkemisperuste, jonka soveltamisessa hankintayksiköllä on laajasti harkintavaltaa. Tästä syystä tarjoajalle tulisi erikseen tuoda ilmi poissulkemisperusteen olemassaolo, jotta se tietää esittää näyttöä korjaavista toimenpiteistä. Ennen kyseisen ratkaisun julkaisua annetuissa markkinaoikeuden päätöksissä asia on nähty hyvin eri tavalla. Markkinaoikeus on nimittäin erikseen painottanut, että jos osapuolilla on yhteistä historiaa, tarjoajan täytyy ymmärtää aiempien puutteiden merkitys poissulkemisperusteena ja varautua jo ESPD:ssä esittämään näyttöä siihen liittyvistä korjaavista toimenpiteistä.¹⁹³

Tulevaisuus näyttää, missä laajuudessa EUT:n kanta ohjaa hankintalain tulkintaa. On myös syytä pitää mielessä, että *RTS Infrassa* oli kyse poissulkemisesta vakavan ammatitöiminnassa tehdyn virheen perusteella. Tapauksessa esitetty näkemys poissulkemisen ja ESPD:ssä ilmoitettujen tietojen suhteesta perustuikin pitkälti siihen, ettei menettelyn luonnehtiminen vakavaksi virheeksi ole tarjoajan ennakoitavissa. Jossain määrin avoimeksi jää siis kysymys siitä, voiko tulkinnan ulottaa koskemaan myös aiempia puutteellisia sopimussuorituksia. Tulisiko tarjoajan toisin sanoen osata ennakoida, että hankintayksikkö katsoo jonkin aiemman laiminlyönnin hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan tarkoitamaksi merkittäväksi puutteeksi? Toisaalta tulkinnassa voitaisiin ottaa huomioon myös se, onko kyseessä sopimuksen sisäinen vai ulkoinen tilanne. Tällöin tarjoajan tulisi tietää sen ja hankintayksikön välisessä sopimussuhteessa tapahtuneet puutteet sekä ilmoittaa niistä ja niihin liittyvistä korjaavista toimenpiteistä jo ESPD:ssä, mutta tarjoajalta ei puolestaan voisi edellyttää sellaisten virheiden ja muiden laiminlyöntien ilmoittamista, jotka ovat tapahtuneet muun liiketoiminnan yhteydessä tai muiden hankintayksiköiden kanssa tehdyissä hankintasopimuksissa. Tämänkaltainen lähestymistapa olisi perusteltavissa jo sillä, ettei ole mielekäästä vaatia tarjoajalta, että se ilmoittaa ESPD:ssä kaikki sellaiset

¹⁹² Ks. MAO 286/19 ja MAO 542/20.

¹⁹³ MAO 542/20.

viime vuosien aikana sen toiminnassa tapahtuneet virheet, jotka hankintayksikkö saattaa mahdollisesti katsoa vakaviksi ammattitoiminnan virheiksi tai merkittäviksi puutteiksi.¹⁹⁴

Hankintayksikön roolista korjaavien toimenpiteiden pyytämisessä on tarpeen mainita vielä yksi oikeuskäytännöstä kumpuava havainto. Hankintayksiköiden olisi nimittäin syytä tunnistaa näytön pyytämisen merkitys myös siksi, koska sen laiminlyönti voi tarkoittaa muuten hyväksyttävän menettelyn muuttumista hankintalain vastaiseksi. Vaikka tuomioistuin katsoisikin hankintayksikön toimineen poissulkemisen osalta hankintalain sallimissa rajoissa, on hankintamenettelyssä silti toimittu hankintasäännösten vastaisesti, jos tarjoajalle ei ole annettu mahdollisuutta tuoda esille puhdistautumistoimia. Toisin sanoen hankintayksikkö olisi joissain tapauksissa selvinnyt ilman seuraamuksia ja saanut tehdä hankintasopimuksen alun perin valitsemansa toimittajan kanssa, jos se vain olisi varannut poissuljetulle toimittajalle tilaisuuden esittää näyttöä luotettavuudestaan.¹⁹⁵ Tämän vaiheen ohittaminen voi käydyä kalliiksi, kun otetaan huomioon tuomioistuinprosessiin uppoavat kulut sekä tarjousten uudelleen käsittelyyn ja uuden hankintapäätöksen tekemiseen liittyvät hallinnolliset kustannukset tai tarjoajalle mahdollisesti maksettava hyvitysmaksu. Tämänhetkisen oikeustilan perusteella hankintayksikkö voi varmistaa menettelynsä lainmukaisuuden esittäytämällä ESPD:n huolellisesti harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden ja korjaavien toimenpiteiden osalta. Se, riittääkö tämä myös jatkossa, riippuu markkinaoikeuden ja viime kädessä KHO:n kannasta.

Kotimaisessa oikeuskäytännössä on toistaiseksi käsitelty valitettavan vähän konkreettisia korjaavia toimenpiteitä ja niiden riittävyttä luottamuksen palauttamisessa. Joissain tapauksissa ilmoitetut toimenpiteet ovat olleet selkeästi puutteellisia, mikä osaltaan kertoo tämän uuden työkalun heikosta tuntemuksesta. Esimerkiksi eräässä tapauksessa tarjoaja oli ilmoittanut ESPD-lomakkeessa ainoana puhdistautumistoimenaan nostaneensa käräjäoikeudessa kanteen aiemman hankintasopimuksen perusteettomasta irtisanomisesta, kun sillä ja hankintayksiköllä oli ollut eriävä näkemys sopimuksessa olleen ehdon tulkinnasta. Markkinaoikeus ei katsonut toimenpidettä riittäväksi ratkaisuaan kuitenkaan laajemmin perustelematta.¹⁹⁶ Lopputulosta ei voi kuitenkaan pitää yllättävänä, sillä riitely

¹⁹⁴ Pulmallinen tilanne voi olla käsillä myös silloin, jos hankintayksikön ja tarjoajan välillä on vireillä riita-asia liittyen aiemman sopimuksen täyttämiseen ilmenneisiin puutteisiin. Mikäli tarjoajan täytyisi tässä tilanteessa uutta hankintaa koskevassa tarjouskilpailussa merkata ESPD:hen, että sitä rasittaa riidan kohteeseen liittyvä poissulkemisperuste, voisi hankintayksikkö hyödyntää vastausta riitaprosessissa tarjoajaa vastaan väittämällä, että tarjoaja on täten myöntänyt virheensä (Kowalczyk – Sołtysińska 2021, s. 89).

¹⁹⁵ Ks. MAO 168/21 ja MAO H252/2021.

¹⁹⁶ MAO 419/20.

käräjäoikeudessa ei liiemmin osoita aikomusta selvittää ja hyvittää aiempia virheitä, saati estä niiden toistumista tulevaisuudessa.

Korjaavien toimenpiteiden riittävyttä on arvioitu jo aiemminkin esille tulleessa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2019:132, jossa oli kyse Selkämeren alueen väylänhoidon palveluhankinnasta. Tapauksessa tarjoaja ilmoitti puhdistautumistoimenaan sitoutuvansa käyttämään ainoastaan uusia viittoja, jos se valittaisiin toimittajaksi uudelle sopimuskaudelle. KHO päätyi varsin niukin perusteluin siihen johtopäätökseen, ettei hankintayksikkö ollut velvollinen pitämään tätä sellaisena toimenpiteenä, joka antaa riittävät takeet tarjoajan luotettavuudesta. Vaikka tapauksen lopputulos onkin johdonmukainen, voisi tarjoajan toimenpiteitä pitää joltain osin riittävinä: Aiemman hankintasopimuksen päävelvoitteisiin kuului huonokuntoisten viittojen uusiminen väylänhoitoalueelta, ja osapuolten välinen erimielisyys kiteytyi siihen, tuliko viitat hankintasopimuksen mukaan korvata peruskorjatuilla vai kokonaan uusilla viitoilla. Kun tarjoaja aikoi jatkossa käyttää vain uusia viittoja eli toimia hankintayksikön näkemyksen mukaisesti, se käytännössä katsoen sitoutui toteuttamaan hankintalain 82 §:n tarkoittamat konkreettiset toimet, joilla estetään laiminlyönnin toistuminen.

Luultavasti tämä oli puhdistautumistoimena kuitenkin riittämätön aiemman laiminlyönnin hyvittämiseen liittyvästä syystä johtuen. Tarjoaja ei nimittäin suostunut vaihtamaan sen aikaisemmin asentamia peruskorjattuja viittoja uusiin. Osana korjaavia toimenpiteitä tarjoajan tulisi maksaa tai sitoutua maksamaan korvaus kaikista vahingoista, joita sen laiminlyönnistä on aiheutunut, joten sen menettelytapa ei tätä ehtoa täyttänyt. Vaikuttaisi siis siltä, että tarjoaja oli valmis toimimaan jatkossa oikein ja toi sen esille korjaavana toimenpiteenä, mutta samaan aikaan sillä ei ollut tahtoa hyvittää aiemman hankintasopimuksen purkamiseen johtaneita tapahtumia. Tästä syystä hankintayksiköllä oli perusteet katsoa puhdistautumistoimet riittämättömiksi. Tämä on kuitenkin vain allekirjoittaneen aavistus siitä, mihin tuomioistuimien perusti ratkaisunsa, koska asiaan liittyvää harkintaa ei ratkaisussa avata.

Oikeustilan selvytyden kannalta olisi ollut toivottavaa, että ratkaisun perusteluissa olisi tuotu laajemmin ilmi hankintalain 82 §:n tulkintaan vaikuttaneita seikkoja, koska kyseessä on kuitenkin vielä varsin uusi säännös. Lisäksi markkinaoikeuden näkemys korjaavien toimenpiteiden riittävydestä kyseisessä tapauksessa oli päinvastainen¹⁹⁷, mutta KHO:n ratkaisusta ei ole löydettävissä perusteluja sille, miksi markkinaoikeuden

¹⁹⁷ Ks. MAO 179/18.

päätöksestä poikettiin. Käytännössä korkein hallinto-oikeus jätti hyödyntämättä tilaisuuden edistää oikeuskäytännön yhdenmukaisuutta ja ohjata säännöksen tulkintaa tulevaisuudessa. Tähän mennessä annettujen tuomioistuinratkaisujen valossa onkin haastavaa esittää tyhjentävää vastausta siihen, milloin hankintayksikön tulee katsoa tarjoajan esittämä näyttö ja luotettavuus riittäväksi. Vastaukseen luonnollisesti vaikuttaa moni muuttaja, joista yhtenä keskeisimpänä hankintayksikön käyttämä poissulkemisperuste, mutta oikeustilaa täsmentävälle oikeuskäytännölle olisi joka tapauksessa tilausta.

4.4 Korjaavat toimenpiteet hankintalain 81.1 §:n 9 kohtaa sovellettaessa

4.4.1 Toimenpiteiden kolme osa-aluetta

Edellä korjaavia toimenpiteitä on käsitelty laajasta näkökulmasta kiinnittämättä liiemmin huomiota siihen poissulkemisperusteeseen, jonka vuoksi tarjoajan ylipäätään täytyy esittää näyttöä luotettavuudestaan päästäkseen osallistumaan hankintamenettelyyn. Hankintalain 82 §:n 3 momentin valossa on kuitenkin ilmeistä, että poissulkemisperuste vaikuttaa puhdistautumistoimia koskevaan tapauskohtaiseen arviointiin, sillä lainkohdan mukaan toimenpiteitä on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus. Erityisesti korjaavien toimenpiteiden riittävyydelle asetettava kynnyks riippuu poissulkemisperusteen luonteesta. Esimerkiksi rakennusurakassa viivästyminen, kilpailua vääristävään toimintaan osallistuminen tai lahjuksen antaminen ovat moitittavuuden näkökulmasta täysin erilaisia tekoja, joiden korjaaminen edellyttää eriasteisia toimenpiteitä.¹⁹⁸ Seuraavaksi tarkastelun keskiöön otetaankin se, millä tavalla korjaavia toimenpiteitä arvioidaan silloin, kun tarjoajaa rasittaa hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetty poissulkemisperuste. Miten tarjoaja voi toisin sanoen palauttaa luotettavuutensa hankintayksikön silmissä, jos sen aikaisemmissa suorituksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa?

Lain sanamuodon perusteella on selvää, missä laajuudessa tarjoajan tulisi näyttöä esittää, jotta korjaavat toimenpiteet voidaan katsoa tehokkaiksi. Koska hankintalain 82 §:n 2 momentti on kirjoitettu kumulatiiviseen muotoon, tulee näyttöä olla joka osa-alueesta: luottamuksen palauttaminen edellyttää aiempiin puutteellisiin sopimussuorituksiin liittyvien tosiasioiden ja olosuhteiden selvittämistä, puutteista aiheutuneiden vahinkojen korvaamista *sekä* sellaisten toimenpiteiden käyttöönottamista, jotka estävät puutteiden

¹⁹⁸ Ks. Hjelmeng – Søreide 2014, s. 9, jonka mukaan vähäisissä rikkomuksissa voisi riittää sisäisten menettelyohjeiden ja raportointijärjestelmien kehittäminen sekä henkilöstön kouluttaminen, kun taas merkittävien lainvastaisuuksien jälkeen luottamuksen palauttaminen saattaisi edellyttää koko johtoportaan vaihtamista.

toistumisen tulevaisuudessa.¹⁹⁹ Kyseessä on kuitenkin vain lähtökohta, sillä tapauksen ominaispiirteet voivat vaikuttaa puhdistautumistoimien laajuuteen. Jos esimerkiksi tarjoajan puutteesta ei ole aiheutunut vahinkoa, ei se luonnollisesti ole velvollinen maksamaan korvauksiakaan osana korjaavia toimenpiteitä.²⁰⁰ Lisäksi hankintalaissa edellytetään asian selvittämistä yhteistyössä tutkintaviranomaisen kanssa, joilla tarkoitetaan esimerkiksi poliisia, syyttäjää ja kilpailuviranomaista.²⁰¹ Tämän perusteella näyttöä puutteen selvittämisestäkään ei tarjoajan pidä esittää, mikäli puutteellinen sopimussuoritus on ollut luonteeltaan lähinnä osapuolten välinen erimielisyys, johon ei ole liittynyt lainvastaista toimintaa eikä se ole edellyttänyt viranomaisen puuttumista asiaan. Tällaisissa tilanteissa, kun puute on osa hankintayksikön ja tarjoajan välistä yhteistä historiaa, tapauksen tosiasiat ja olosuhteet ovat oletettavasti muutenkin hankintayksikön tiedossa.

Luottamuksen palautumisen kannalta voi kuitenkin joissain tapauksissa olla suositeltavaa selvittää asiaa yhteistyössä myös hankintayksikön kanssa, vaikka lain puitteissa tarjoajalla ei tähän velvollisuutta olekaan. Tämän merkitys korostuu etenkin tilanteissa, joissa poissulkemista harkitseva hankintayksikkö on aikeissa vedota puutteisiin, joihin tarjoaja on syyllistynyt muiden hankintayksiköiden kanssa tehdyissä sopimuksissa. Ilman kattavaa selvitystä hankintayksiköllä ei nimittäin ole mittapuuta, johon se voi tarjoajan toimenpiteet suhteuttaa. Tällöin tarjoajan korjaavat toimenpiteet eivät todennäköisesti vakuuta hankintayksikköä siitä, ettei samat puutteet toistuisi tulevaisuudessa. Jos tarjoaja puolestaan antaa seikkaperäisen selvityksen aiempaan puutteeseen liittyvistä tosiseikoista, on hankintayksikön helpompaa arvioida, ovatko tarjoajan toimenpiteet tarkoituksenmukaisia ja riittävän kattavia puutteen vakavuuteen ja siihen liittyviin olosuhteisiin suhteutettuna.²⁰² Selvityksessä voi tuoda esille muun muassa sen, miten puute pääsi tapahtumaan, miksi sitä ei voitu estää, kuka siitä oli vastuussa ja aiheutuiko puutteesta vahinkoja.²⁰³

Tapauskohtaista on myös se, mitä tekniset sekä organisaatioon ja henkilöstöön liittyvät toimenpiteet käytännössä ovat. Hankintadirektiivin johdanto-osan 102

¹⁹⁹ Kuten edellä luvussa 4.2 tuli esille, hankintalain esitöiden perusteella voisi argumentoida, ettei lainsäätäjän tarkoituksena ollut asettaa tarjoajalle näin laajaa velvollisuutta. Säännöksen perusteluissa esiintyvistä sanavalinnoista ei tule kuitenkaan tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä, koska hankintalain 82 §:n 2 momentin sanamuoto ei jätä tulkinnanvaraisuudelle sijaa.

²⁰⁰ Friton – Zöll 2021, s. 623.

²⁰¹ Saksan lainsäädännössä säännöksen soveltamisalaa laajennettiin tältä osin huomattavasti, sillä tarjoajan tulee tehdä aktiivista yhteistyötä tutkintaviranomaisten lisäksi myös hankintayksikön kanssa (Wolff – Burgi 2018, s. 122).

²⁰² Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 259 ja Van Garsse – de Mars 2016, s. 133.

²⁰³ Friton – Zöll 2021, s. 625.

perustelukappaleessa mainittuja esimerkkejä mukaillen tarjoaja voisi muun muassa kouluttaa henkilöstöään tai kehittää sisäisen valvonnan mekanismejaan. Jos kyseessä on vakava puute, joka on aiheutunut yksittäisen organisaation jäsenen menettelystä, voisi kyseeseen tulla henkilön irtisanominen tai siirto muihin tehtäviin. Toisaalta lain sanamuoto herättää kysymyksiä sen suhteen, tuleeko tarjoajan poikkeuksetta esittää konkreettisia toimenpiteitä kaikista kolmesta osa-alueesta. Joissakin tapauksissa voi olla niin, että puutteen vakavuus huomioon ottaen ei olisi suhteellisuusperiaatteen mukaista vaatia tarjoajalta näin laajaa näyttöä. Voidaan ajatella esimerkiksi tilanne, jossa tarjoajan toiminnassa ei ole teknisten seikkojen osalta ollut mitään moitittavaa, vaan puute on aiheutunut puhtaasti henkilöstöön liittyvistä syistä. Olisiko tällaisessa tilanteessa kohtuullista edellyttää tarjoajalta organisaatioon ja henkilöstöön liittyvien toimenpiteiden lisäksi myös teknisiä toimenpiteitä? Joidenkin näkemysten mukaan tämä ei olisi ainoastaan suhteellisuusperiaatteen, vaan myös terveen järjen vastaista.²⁰⁴

4.4.2 Riittävyyskynnys

Ehkäpä keskeisin korjaavia toimenpiteitä koskeva kysymys on se, milloin hankintayksikkö on velvollinen katsomaan tarjoajan näytön ja luotettavuuden riittäväksi. EUT:n tulkinnan mukaan tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden pitäisi olla riittäviä estämään hankintasopimuksen irtisanomisen syynä olleen puutteen toistuminen.²⁰⁵ Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten mukaan ei ole kuitenkaan olemassa suoraa vastausta siihen, milloin korjaavien toimenpiteiden voidaan katsoa olleen riittäviä ehkäisemään vanhojen virheiden toistuminen tulevaisuudessa. Harkinnassa täytyy ottaa huomioon kunkin tapauksen ominaispiirteet, ja esimerkiksi laiminlyönnin vakavuuden osalta tulee arvioida sen kestoa, toistuvuutta ja taloudellisia vaikutuksia. Ratkaiseva seikka kaikissa tapauksissa on kuitenkin se, että korjaavien toimenpiteiden on estettävä moitittavan menettelyn jatkuminen mahdollisimman hyvin.²⁰⁶ Tarjoajan tulisi tahollaan tutkia, mikä sen toiminnassa petti ja mitkä syyt johtivat siihen tapahtumaan, jonka perusteella yhtiö ollaan sulkemassa tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tämänkaltaisen itsereflektion avulla se voi löytää ne keinot, joiden avulla historia ei toista itseään.²⁰⁷ Joka tapauksessa sen kannattaa antaa mahdollisimman avoin, selkeä ja kattava selvitys, sillä epämääräinen tai puutteita ja

²⁰⁴ Kowalczyk – Sołtysińska 2021, s. 190.

²⁰⁵ Asia C-267/18 *Delta*, kohta 37.

²⁰⁶ Priess – Arrowsmith – Friton 2009, s. 259.

²⁰⁷ Kuzma – Hartung 2020, s. 266.

virheitä sisältävä selonteko ei ole omiaan kohentamaan tarjoajan osakkeita hankintayksikön silmissä.²⁰⁸

Riittävyyden arviointi on kuitenkin pohjimmiltaan riippuvainen siitä, millainen merkitysisältö hankintalain 82 §:ssä käytetylle ilmaisulle ”riittävä” annetaan. Antamalla ilmaisulle arkikielistä merkitystä vastaava sisältö voidaan lähinnä todeta, että riittävyydellä tarkoitetaan jotain hyväksyttävää tai tyydyttävää osoitusta tarjoajan luotettavuudesta. Tämä ei kuitenkaan vielä vastaa siihen kysymykseen, milloin korjaavat toimenpiteet ovat riittäneet palauttamaan menetetyin luottamuksen, eli missä vaiheessa niin sanottu riittävyyskynnys on ylitetty. Niinpä tulkintaongelman ratkaisussa on tarpeen turvautua tavoitteelliseen laintulkintaan ja puntaroida sitä, mihin sääntelyllä on pyritty. Hankintalain esitöiden mukaan korjaavien toimenpiteiden tarkoituksena on lisätä hankintamenettelyn joustavuutta sekä tarjouskilpailussa mukana olevien hyväksyttävien toimittajien määrää antamalla niille mahdollisuus poistaa poissulkemisperusteista ilmenevät epäilyt ja riskit, jotka liittyvät hankintasopimuksen asianmukaiseen toteuttamiseen.²⁰⁹ EUT on puolestaan tapauksen *RTS infra* perusteluissa jäsenneilyt oman näkemyksensä hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan tavoitteista. Sen mukaan korjaavilla toimenpiteillä pyritään ”korostamaan talouden toimijan luotettavuudelle annettua merkitystä ja takaamaan talouden toimijoiden objektiivinen arviointi ja varmistamaan toimiva kilpailu”.²¹⁰

Säännöksen tavoitteiden valossa riittävyys näyttäytyy ristiriitaisena ilmaisuna. Yhtäältä hankintalain esitöiden perusteella korjaavia toimenpiteitä tulisi arvioida varsin nopeasti, eli lainsäätäjän tahtoa noudatettaessa kynnys tarjoajan ottamiselle takaisin tarjouskilpailuun ei saisi olla liian suuri. Kun säännöksen perusteluissa korostetaan hankintamenettelyn joustavuutta ja kilpailun lisäämistä, puoltaa se alhaista riittävyyskynnystä ja mahdollisimman monen tarjouksen huomioimista. Toisaalta tarjoajan tulee osoittaa, että epäilyksistä huolimatta se kykenisi toteuttamaan hankintasopimuksen asianmukaisesti. Toisin sanoen korjaavien toimenpiteiden pitäisi kuitenkin hälventää kaikki tarjoajan kykyihin liittyvät riskit ja epäilykset, mikä puhuu korkeamman riittävyyskynnyksen puolesta.

Ristiriitaisuus korostuu entisestään, kun yhtälöön lisätään EUT:n muotoilemat, varsin abstraktit tavoitteet. Kun korjaavilla toimenpiteillä pyritään korostamaan tarjoajan luotettavuudelle annettua merkitystä, voisi tämän katsoa tukevan tulkintaa, jonka mukaan hankintayksikkö on velvollinen huomioimaan vain sellaisten tarjoajien tarjoukset, joiden

²⁰⁸ Karinkanta – Lahtinen 2017, s. 55.

²⁰⁹ HE 108/2016 vp, s. 189.

²¹⁰ Asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 29.

luotettavuudesta ei ole varteenotettavaa epäilyä. Tällöin korjaavien toimenpiteidenkin pitäisi olla niin merkittäviä, ettei tarjoajan luottamusta voisi kyseenalaistaa. Lisäksi EUT:n mukaan puhdistautumistoimilla pyritään varmistamaan toimiva kilpailu. Toimivaan kilpailuun sisältyy oletettavasti todellinen kilpailutilanne, eli hankinnasta on jätetty useampi kilpaileva tarjous. Voidaankin perustellusti kysyä, pitäisikö toimivan kilpailun edistämiseksi kynnyksen luottamuksen palauttamiselle olla matala, jotta tarjoajia olisi mahdollisimman monta? Vai tarkoitetaanko toimivalla kilpailulla sitä, ettei epäluotettaviksi osoitettuneita tarjoajia otettaisi liian kevyin perustein takaisin hankintamenettelyyn, jotta kilpailu käytäisiin rehelliseksi tunnettujen toimittajien kesken? Ajoipa EUT takaa kumpaa tahansa vaihtoehtoa, vaikuttavat ne joka tapauksessa riittävyden arviointiin erisuuntaisesti.

Myös julkisten hankintojen tavoitteilla on oma roolinsa riittävän luotettavuuden määrittelyssä. Aivan kuten aikaisemmin hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan tavoitteellista tulkintaa käsiteltäessäkin, keskeisimmät tulkintaa ohjaavat tavoitteet ovat julkisten varojen tehokas käyttö ja laadukkaiden hankintojen toteuttaminen. Hankintojen taloudellisuuden näkökulmasta olisi luonnollisesti toivottavaa, että kilpailu hankinnasta olisi mahdollisimman suurta, mikä puoltaisi riittävyyskynnyksen asettamista alhaiseksi kilpailevien tarjousten maksimoimiseksi. Samaan aikaan on kuitenkin todettava, että liian kevyin perustein hyväksyttävät korjaavat toimenpiteet voi luoda uhkakuvia hankinnan laadulle, jos aiemminkin puutteellisiin sopimussuorituksiin syylistynyt tarjoaja pystyy palauttamaan luottamuksensa jo vähäisillä puhdistautumistoimilla. Jälleen kohdataan tilanne, jossa tavoitteet ohjaavat tulkintaa eri suuntiin.

Ei myöskään sovi unohtaa hankintaperiaatteiden merkitystä, joka korostuu etenkin hankintayksiköiden suorittaessa korjaaviin toimenpiteisiin liittyvää harkintaa. Erityisesti suhteellisuusperiaatteelle tulee antaa painoarvoa riittävyden arvioinnissa EUT:n oikeuskäytännön perusteella.²¹¹ Tätä tukee myös lain systematiikka, sillä suhteellisuuden vaatimusten huomioonottamista painotetaan harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamisessa, ja kun poissulkeminen ja korjaavat toimenpiteet ovat osa samaa prosessia tarjoajien soveltuvuuden arvioinnissa ollen ikään kuin kolikon kaksi kääntöpuolta, on suhteellisuusperiaate johdonmukaista ulottaa koskemaan molempia. Näin ollen puhdistautumistoimien riittävyttä on arvioitava myös kohtuullisuuden näkökulmasta. Voidaan kysyä, kuinka mittavien toimenpiteiden esittämistä on pidettävä välttämättömänä, jotta

²¹¹ Asia C-395/18 *Tim*, kohta 49 ja asia C-387/19 *RTS infra*, kohta 34. Ks. myös Julkisasiamies M. Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa *RTS infra*, kohdat 75 ja 77.

hankintayksikkö voi jälleen luottaa tarjoajaan? Suhteellisuusperiaatteen mukaista olisi, että vakavien puutteiden synnyttämä epäluottamus korjaantuu vain kattavilla toimenpiteillä, mutta vähemmän moitittavien laiminlyöntien oikaiseminen tulisi onnistua maltillisimmillakin puhdistautumistoimilla. Tarjoajan poissulkeminen korjaavien toimenpiteiden esittämisestä huolimatta voi nimittäin olla kohtuuton seuraus, mikäli vähäisemminkin puutteen korjaamiseksi edellytetään mittavaa näyttöä luotettavuudesta. Edellä mainitun lisäksi hankintayksikön täytyy ottaa huomioon tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate, jonka nojalla sen tulee arvioida tarjoajien esittämää näyttöä yhdenvertaisesti.

Sääntelyn taustalla vaikuttavien tavoitteiden ja tarkoituksien lisäksi riittävyyskynnyksen asemoitumiseen vaikuttaa ainakin yksi lain systematiikkaan pohjautuva seikka. Toin luvussa 3 esille, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetyn poissulkemisperusteen ydin on luottamus, jonka keskeisiä osatekijöitä ovat tarjoajan luotettavuus ja rehellisyys. Hankintayksikön on siis voitava luottaa siihen, että tarjoaja kykenee täyttämään hankintasopimuksessa asetetut vaatimukset. Tämä tulee ottaa huomioon arvioitaessa sitä, mihin puhdistautumistoimien riittävyden raja pitäisi asettaa. Kun korjaavien toimenpiteiden tarkoituksena on menetety luottamuksen palauttaminen, ja luottamuksen merkitys poissulkemisperusteen soveltamisessa on suuri sekä siihen vetoaminen edellyttää merkittävää laiminlyöntiä sopimuksen täyttämässä, pitäisi kynnys luottamuksen palauttamisellekin olla korkea. Vain kattava näyttö voi olla osoitus tarjoajan luotettavuudesta ja rehellisyydestä, minkä turvin hankintayksikkö kykenee jälleen luottamaan hankintayksikön kykyyn toteuttaa hankinta suunnitellulla tavalla. Jos hankintayksikkö olisi velvollinen hyväksymään vaatimattomat puhdistautumistoimet osoituksena tarjoajan luotettavuudesta, tämä ikään kuin mitätöisi koko poissulkemisperusteen. Lopulta asia toki riippuu siitä, millaiseksi poissulkemisperusteen soveltamiskynnys muodostuu: mikäli kynnys sen soveltamiseen on korkea, ei ole johdonmukaista, että poissulkemisperusteen vaikutukset tehdään tyhjäksi alhaisella korjaavien toimenpiteiden riittävyyskynnyksellä.

Lain systematiikkaan pohjautuen myös kuluneella ajalla voisi olla merkitystä korjaavien toimenpiteiden arvioinnissa, sillä se on hankintalain 81 §:n 2 momentin nojalla yksi huomioon otettava tekijä harkinnanvaraista poissulkemista koskevassa harkinnassa, johon puhdistautumistoimet ovat kiinteässä yhteydessä. Käytännössä tämä tarkoittaisi, että mitä pidempi aika laiminlyönnistä on, sitä vähäisemmät korjaavat toimenpiteet olisivat riittäviä. Vastaavasti identtiset korjaavat toimenpiteet pitäisi todennäköisemmin riittää luottamuksen palautumiseen, jos laiminlyönnistä on kulunut useampi vuosi entä kuin vain joi-takin kuukausia.

4.4.3 Hankintayksikön velvollisuus pyytää näyttöä

Kolmantena tekijänä esitettävän näytön laajuuden ja riittävyyden lisäksi täytyy tarkastella sitä, mikä on osapuolten rooli näytön esittämisessä – tulee tarjoajan toimia asiassa oma-aloitteisesti, vai voidaanko hankintayksiköltä edellyttää jonkinasteista aktiivisuutta asian selvittämisessä? Asiassa *RTS infra* muodostettu päättelyketju olisi mahdollista sovittaa myös puutteellisten sopimussuoritusten perusteella tapahtuvaan poissulkemiseen: Merkittävä puute keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa on tulkinnanvarainen ilmaisu, mistä syystä hankintayksikön harkintavalta poissulkemisperusteen soveltamisessa on laaja, eikä tarjoaja välttämättä osaa ennalta aavistaa hankintayksikön poissulkemisaikeita. Niinpä hankintayksikön tulisi ilmoittaa poissulkemisperusteen käyttämisestä ennen poissulkemista, jotta tarjoaja tietää tuoda korjaavat toimenpiteet ilmi ja sen oikeus tulla kuuluksi toteutuu. Unionin tuomioistuin on tuonut samankaltaisen näkemyksen esille tapauksen *Delta* perusteluissa. Jos hankintayksikkö katsoo, että hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g tai h alakohdan edellytykset täyttyvät eli tarjoaja on syyllistynyt joko vakavaan virheeseen tai puutteellisiin sopimussuorituksiin, on sen varattava tarjoajalle mahdollisuus esittää näyttöä korjaavista toimenpiteistä.²¹²

Kotimaisessa oikeuskäytännössä asian arviontiin on vaikuttanut se, onko tarjoajan tullut ottaa jo ESPD:ssä kantaa yksilöityjen poissulkemisperusteiden olemassaoloon. On kuitenkin syytä huomata, että *RTS infrassa* tarjoajaa ei pidetty tähän velvollisena juuri siitä syystä, koska hankintayksikön harkintavalta poissulkemisperusteen soveltamisessa oli laaja. Hankintalaissa ei myöskään säädetä *RTS infrassa* määritellyllä tavalla selkeästi, täsmällisesti tai yksiselitteisesti tarjoajan velvollisuudesta esittää näyttöä oma-aloitteisesti. Näin ollen EUT:n tulkinnan pitäisi heijastua vastaisuudessa markkinaoikeuden ja KHO:n ratkaisuihin. Hankintayksiköiden kannalta tämä tarkoittaisi sitä, että tarjoajalta tulisi pyytää näyttöä korjaavista toimenpiteistä ESPD:n sisällöstä riippumatta.²¹³ Tähänkin toisaalta liittyy vielä joitain avoimia kysymyksiä muun muassa sen suhteen, voiko osapuolten rooleihin vaikuttaa se, kenen kanssa tehdyssä hankintasopimuksessa puute on tapahtunut. Tulisiko tarjoajan esimerkiksi aavistaa hankintayksikön poissulkemisaikeet silloin, kun aiempi puute on ilmennyt kyseisten osapuolten välisessä sopimussuhteessa, ja täten ottaa kantaa poissulkemisperusteeseen ja korjaaviin toimenpiteisiin jo ESPD:ssä?

²¹² Asia C-267/18 *Delta*, kohta 37.

²¹³ Ks. Kowalczyk – Sołtysińska 2021, s. 189. Hankintayksikön näkökulmasta tämä on tosin järkevä toimintatapa jo siitä syystä, että se voi näin turvata selustansa mahdollisten valitusten varalta: jos hankintayksikön tulkintaa poissulkemisperusteen olemassaolosta pidetään myös tuomioistuimessa oikeana, sen ei voida katsoa toimineen hankintalain vastaisesti vain siksi, koska se on loukannut tarjoajan oikeutta esittää näyttöä luotettavuudestaan.

Lisäksi on vaikea määritellä, mihin asti hankintayksikön velvollisuus ulottuu – tuleeko sen vain yleisellä tasolla kehottaa korjaavien toimenpiteiden esittämiseen, vai voiko tai saako tarjoajalta pyytää yksityiskohtaista selvitystä tiettyyn seikkaan tai puhdistautumistoimeen liittyen?

4.4.4 Säännöksen tulkinnanvaraisuus ja sen seuraukset

Kokonaisuudessaan korjaaviin toimenpiteisiin ja hankintalain 82 §:n soveltamiseen liittyy vielä useita tulkinnanvaraisuuksia, jotka ovat omiaan aiheuttamaan epätietoisuutta lain sisällöstä. Sekä hankintayksikölle että tarjoajalle voi olla epäselvää, mitä kaikkia korjaavia toimenpiteitä asiassa pitäisi esittää ja missä vaiheessa ne ovat riittäviä osoittamaan tarjoajan luotettavuuden. Ongelman ydin piilee siinä, ettei lakitekstissä käytetylle ilmaisulle ”riittävä” ole määriteltävissä kovinkaan tarkkaa merkityssisältöä, ja riittävyyden raja voi olla hyvinkin vaihteleva riippuen siitä, millainen painoarvo tulkinnassa huomioidettaville tekijöille annetaan. Jos riittävyyskynnys asettuu liian matalalle, tarjoaja saattaa käyttää tarpeettoman paljon resursseja luottamuksensa palauttamiseksi, vaikka vähempikin olisi riittänyt. Toisaalta liian korkeasta kynnyksestä seuraa, ettei mittavakaan toimenpiteet riitä, ja korjaavien toimenpiteiden merkitys luottamuksen palauttavana työkaluna menetetään.

Vaikka korjaavien toimenpiteiden riittävyyden arvioinnissa on omat haasteensa, hankintayksikön on tehtävä päätös siitä, onko tarjoaja ansainnut mahdollisuuden osallistua tarjouskilpailuun poissulkemisperusteen olemassaolosta huolimatta. Arvioinnin subjektiivisuus voi kuitenkin muodostaa uhkakuvia tarjoajan oikeusturvalle. Erityisesti hankintayksikön aiemmat negatiiviset kokemukset tarjoajasta ja mahdollinen osapuolten välillä oleva riitaprosessi voivat vaikuttaa hankintayksikön arviointikykyyn.²¹⁴ Toisaalta kykenemättömyys arvioida asiaa objektiivisesti voi vaikuttaa myös toiseen suuntaan, jolloin hankintayksikkö hyväksyy korjaavat toimenpiteet liian kevyin perustein. Tällaiseen tilanteeseen saatetaan päätyä esimerkiksi silloin, jos tietyn tarjoajan poissulkemisen vuoksi hankintayksikkö joutuisi valitsemaan toimittajaksi sellaisen yhtiön, jonka tavarat tai palvelut olisivat kalliimpia tai laadultaan heikompia.²¹⁵

²¹⁴ Kuzma – Hartung 2020, s. 267.

²¹⁵ Hjelmeng – Søreide 2014, s. 6.

Lisäksi hankintayksiköillä ei useinkaan ole riittävästi kokemusta arvioida toimenpiteiden riittävyttä.²¹⁶ Jäsenvaltiot eivät myöskään ole hankintadirektiiviä implementoidessaan kehittäneet harkintaa tarkemmin ohjaavia säännöksiä, jolloin arviointi jää lopulta hankintayksikön arvostelukyvyn varaan. Joidenkin näkemysten mukaan tämän seurauksena ratkaisukäytäntö tuskin tulee olemaan puolueetonta tai ennustettavaa.²¹⁷ Hankintayksiköt saattavat myös arvioida samojen korjaavien toimenpiteiden riittävyttä eri tavalla. Tällöin riskinä on keskenään ristiriitaisten ratkaisujen syntyminen, jos samaan poissulkemisperusteeseen liittyvien korjaavien toimenpiteiden perusteella jotkin hankintayksiköt päättävät jättää tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle, kun taas toiset päästävät sen osallistumaan hankintamenettelyyn. Tämän seurauksena tarjoajien tasavertainen kohtelu voi vaarantua, jos toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdellaan eri tavoin.²¹⁸

Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten mukaan korjaavien toimenpiteiden riittävyttä koskeva päätäntävalta pitäisikin keskittää jollekin hankintayksiköstä riippumattomalle taholle, esimerkiksi ulkopuoliselle viranomaiselle, jotta harkintaa koskevat ongelmakohdat voitaisiin välttää.²¹⁹ Suomessa tähän tarkoitukseen soveltuvia jo olemassa olevia instansseja olisivat markkinaoikeus ja Kilpailu- ja kuluttajavirasto, mutta kummallekaan tehtävää ei voi uskoa ilman muutoksia lainsäädännössä ja resursseissa. Markkinaoikeuden rooli on olla ensisijainen oikeusturvakeino tilanteissa, joissa hankintalainsäädäntöä on jo rikottu, minkä lisäksi kysymyksiä herättäisi tuomioistuimen ruuhkautuminen ja päätösten käsittelyajat.²²⁰ Hankintalain 139 §:n mukaan KKV puolestaan valvoo lain noudattamista, mutta esitöiden perusteella korjaavien toimenpiteiden arviointi ei sen tehtäväkenttään asetu, sillä viraston ensisijainen tehtävä on puuttua keskeisiin lainvastaisuuksiin ja sen voimavarat tulee kohdistaa merkittävimpiin virheisiin ja laiminlyönteihin.²²¹ Ulkopuolisista arvioijista puhuttaessa täytyy myös ottaa huomioon, että

²¹⁶ Schoenmaekers 2018, s. 8. Erityisesti monimutkaisissa tapauksissa hankintayksiköiden osaaminen ei välttämättä riitä arvioimaan puhdistautumistoimiin liittyviä seikkoja tai sitä, kuinka todennäköisesti ne estävät laiminlyöntien toistumisen tulevaisuudessa. Ongelmaksi voi muodostua myös se, ettei hankintayksiköillä ole käytettävissä tarpeeksi henkilöstöresursseja suorittamaan arviointia kohtuullisen ajan kuluessa (Simovart – Härginen 2018, s. 53).

²¹⁷ Hjelmeng – Søreide 2014, s. 4 ja Fernández 2018, s. 238.

²¹⁸ Van Garsse – de Mars 2016, s. 134 ja Kuzma – Hartung 2020, s. 267–268.

²¹⁹ Ks. Arrowsmith 2014, s. 1272, Hjelmeng – Søreide 2014, s. 12 ja Lemke ym. 2018, s. 105. Unkari on tietävästi yksi harvoista, ellei jopa ainoa jäsenvaltio, joka on keskittänyt korjaavia toimenpiteitä koskevan harkinnan erilliselle viranomaiselle. Keskittämällä pyritään edistämään oikeusvarmuutta ja korjaavia toimenpiteitä koskevan ratkaisukäytännön yhtenäisyyttä. Viranomaisen myös julkaisee kaikki ratkaisut, joissa toimenpiteet on katsottu riittäviksi. Ratkaisujen perusteella tarjoajat voivat ennakkoon selvittää, miten puhdistautumistoimia arvioidaan ja sen avulla kehittää omaa toimintaansa toivottuun suuntaan (Lemke ym. 2018, s. 51).

²²⁰ Julkisia hankintoja koskevat asiat ovat jo nyt suurin asiaryhmä markkinaoikeudessa, ja niiden keskimääräinen käsittelyaika on yli kuusi kuukautta (Markkinaoikeus 2021).

²²¹ HE 108/2016 vp, s. 231.

poissulkemisperusteiden soveltaminen ja korjaavien toimenpiteiden riittävyys perustuvat lopulta luottamukseen, joka on hyvin subjektiivinen asia. Tästä syystä hankintayksiköllä on luonnollisesti parhaat valmiudet arvioida ainakin sitä, voiko se luottaa tarjoajan kykyyn toteuttaa hankintaa suunnitellulla tavalla.

4.5 Korjaavat toimenpiteet Ruotsin lainsäädännössä

Ruotsin hankintalaista korjaavia toimenpiteitä koskeva säännös löytyy 13 luvun 5 §:stä seuraavassa muodossa:

En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas enligt 2 §.

Lakiin ei siis kirjattu riittävyyden arviointia tarkentavia kriteerejä tai muitakaan menettelysääntöjä.²²² Valittu sääntelytapa kuvastaa hankintadirektiivin implementoinnissa Ruotsissa muutoinkin noudatettua linjaa, jossa säädösteksti pyrittiin muotoilemaan mahdollisimman yhdenmukaiseksi hankintadirektiivin sanamuodon kanssa.²²³ Lain esitöissäkin säännöksen taustaa ja tulkintaa käsitellään niukasti, sillä niissä lähinnä tyydytään korostamaan suhteellisuusperiaatteen merkitystä korjaavien toimenpiteiden arvioinnissa.²²⁴ Lisäksi säännöksen perustelujen mukaan tarjoajan on täytettävä laissa säädetyt korjaavia toimenpiteitä koskevat edellytykset jo ennen kuin hankintayksikkö tekee poissulkemista koskevan päätöksen, eli tarjoaja ei voi ryhtyä puhdistautumistoimiin vasta tämän jälkeen.²²⁵

Relevanttia oikeuskäytäntöäkään ei toistaiseksi ole liiemmästi muodostunut, mutta ainakin kertaalleen tuomioistuimien on käsitellyt korjaavia toimenpiteitä puutteellisten

²²² Ruotsin valitsema tapa korjaavia toimenpiteitä koskevan sääntelyn toimeenpanossa ei kuitenkaan ole millään tavalla poikkeava, sillä suurimmassa osassa jäsenvaltioita noudatettiin tiukasti hankintadirektiivin sanamuotoa, ja vain muutamat jäsenvaltiot tekivät säännökseen omia lisäyksiä (Treumer – Comba 2018, s. 316).

²²³ Prop. 2015/16:195, s. 303.

²²⁴ Prop. 2015/16:195, s. 743.

²²⁵ Prop. 2015/16:195, s. 1089.

sopimussuoritusten yhteydessä.²²⁶ Tapauksessa oli kyse kaupungin kilpailuttamasta erinäisten oikeudellisten palveluiden puitejärjestelystä. Kaupunki jätti hankintamenettelyn ulkopuolelle aiemmassa puitejärjestelyssä mukana olleen asianajotoimiston, jonka laskutuksessa oli ollut epäselvyyksiä. Tarjoaja oli muun muassa laskuttanut sellaisten työntekijöiden tekemistä tunteista, jotka eivät täyttäneet puitesopimuksessa määriteltyjä kokemus- ja pätevyysvaatimuksia. Lisäksi epäselvyyksiä liittyi laskutettujen tuntien määrään sekä siihen, oliko tarjoaja laskuttanut sellaisista lisätöistä, joiden piti sopimuksen mukaan sisältyä tuntitaksaan.

Tarjoaja esitti toteuttaneensa laajasti erilaisia korjaavia toimenpiteitä. Se oli muun muassa järjestänyt koulutustilaisuuksia liittyen oikeaoppiseen työaikakirjanpitoon ja kehittänyt työntekijöiden käyttöön järjestelmän, jonka avulla he pystyivät varmistamaan, mikä on laskutettavaa työtä ja mitä tietoja laskuun tulee merkata. Tarjoaja oli myös hyvittänyt ne virheellisesti laskutetut kulut, jotka hankintayksikkö oli havainnut. Organisaatioon liittyvien toimenpiteiden osalta se totesi, että yhtiön johtoportaan suurin osa oli vaihtunut hallituksen puheenjohtajaa ja aiemmasta puitesopimuksesta vastuussa ollutta henkilöä myöten.

Kattavataan toimenpiteet eivät kuitenkaan riittäneet palauttamaan luottamusta. Tuomioistuimien pohjusti ratkaisuaan sillä, että korjaavia toimenpiteitä koskeva sääntely asettaa tarjoajalle mittavat vaatimukset, ja osapuolilla on myös oltava aito tahtotila korjata jo tapahtuneet virheet ja vahingot, jotta korjaavat toimenpiteet ylipäättään palvelevat tarkoitustaan. Lisäksi tarjoajan tulee esittää näyttöä puhdistautumistoimien joka osa-alueelta. Tuomioistuimen mukaan tarjoajan toiminta oli tältä osin puutteellista, sillä se ei suostunut toimittamaan laskutettujen töiden perusteena ollutta työaikakirjanpitoa konsulttitoimistolle, jonka hankintayksikkö oli palkannut selvittämään tarjoajan laskutuksessa olleita epäselvyyksiä. Tämän perusteella tuomioistuin katsoi, ettei tarjoaja ollut selvittänyt tosiasioita ja olosuhteita kattavasti toimimalla aktiivisesti yhteistyössä tutkintaviranomaisten kanssa. Tarjoajan mukaan konsulttitoimistoa ei voinut rinnastaa lain tarkoittamaan tutkintaviranomaiseen ja se ei siksi ollut velvollinen tekemään toimiston kanssa yhteistyötä, mutta tuomioistuin ei nähnyt syytä näin suppealle tulkinnalle ja totesi, että joissain tapauksissa asiaa voi joutua selvittämään myös ulkoisen tarkastajan kanssa.

²²⁶ Ks. förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 14365-20. Ratkaisu säilyi muuttumattomana myös ylemmissä oikeusasteissa (ks. högsta förvaltningsdomstolen mål nr 5857-21).

Tuomioistuin otti tulkinnassaan huomioon myös kuluneen ajan merkityksen arvioidesaan sitä, olivatko tarjoajan toimenpiteet riittäviä estämään puutteiden toistumisen tulevaisuudessa. Tuomioistuimen mukaan tarjoaja oli sinänsä minimoinut tähän liittyvät riskit, mutta korjaavien toimenpiteiden toteuttamisen ja uuden puitejärjestelyn kilpailuttamisen välissä kulunut aika oli kuitenkin niin lyhyt, ettei vielä ollut selvää näyttöä siitä, että toimenpiteillä saavutettaisiin tavoitellut vaikutukset. Tulkintaa voinee luonnehtia verrattain tiukaksi, jos ratkaisun perusteella ei siis riitä, että puhdistautumistoimet todennäköisesti estäisivät virheiden toistumisen. Toisaalta ratkaisusta on muutenkin havaittavissa varsin korkea kynnys luottamuksen palautumiselle. Tuomioistuimen mukaan tähän vaikutti erityisesti se, kuinka suuri merkitys luottamuksella on oikeudellisia palveluita tarjoavan yhtiön liiketoiminnassa ja asiakassuhteissa. Tiukka linja oli myös hyvin perusteltu: yli 50-sivuisessa ratkaisussaan tuomioistuin käsittelee perusteellisesti sekä poissulkemisperusteen että korjaavien toimenpiteiden sisältöä ja tarkoitusperiä, eikä miltään osin tyydy pelkkään ”on katsottava” -tyyliseen argumentointiin. Tämänkaltaista ratkaisukäytäntöä toivoisi näkevän vastaisuudessa enemmän myös Suomessa.

5 PÄÄTÄNTÖ

Hankintalaissa on varattu hankintayksikön käyttöön työkaluja, joiden avulla se voi välttää epäluotettavia tarjoajia ja siten minimoida riskejä, joita tällaisen toimittajan valinnasta voisi seurata. Jos hankintayksikön epäluottamus on peräisin tarjoajan aiemmista puutteellisista sopimussuorituksista, voi hankintayksikkö sulkea tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetyn poissulkemisperusteen nojalla. Toisaalta tarjoajalla on omat keinonsa puolustautua poissulkemisestä vastaan, kun se voi hankintalain 82 §:n nojalla esittää korjaavia toimenpiteitä osoittaakseen olevansa edelleen luottamuksen arvoinen. Tutkimusaiheen kantava teema on siis luottamus: Millä edellytyksillä voidaan objektiivisesti arvioiden todeta, ettei hankintayksikkö kykene luottamaan tarjoajan kykyyn suoriutua sopimusvelvoitteistaan edellisissä hankintasopimuksissa ilmenneiden puutteiden vuoksi? Miten tarjoaja puolestaan voi palauttaa menetetyn luottamuksen – missä vaiheessa esitetty näyttö luotettavuudesta on riittävää? Kysymyksenasettelun taustalla vaikuttava laintulkinnallinen tiedonintressi on yhteneväinen lainopillisen metodin tiedonintressin kanssa, joten vastaukset tutkimuskysymyksiin löytyvät kyseistä metodologiaa hyödyntäen.

Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan rakenteen perusteella siinä säädetty poissulkemisperuste rakentuu kolmen osatekijän varaan: aiemmassa hankintasopimuksessa on täytynyt ilmetä merkittävä tai toistuva puute, sen on tullut kohdistua keskeiseen vaatimukseen, ja tästä on täytynyt seurata jokin sopimussanktio. Poissulkemisperusteen soveltamisalan laajuuteen vaikuttaa erityisesti se, millainen merkityssisältö laissa käytetyille ilmaisuille ”merkittävä” ja ”keskeinen” annetaan. Puutteen merkittävyyden osalta voidaan arvioinnissa ottaa huomioon, onko puute ollut alalle tavanomainen ja onko aiemmassa sopimussuorituksessa havaitulla puutteella yhteys uuden hankinnan kohteeseen. Vaatimuksen keskeytyksen arviointiin puolestaan vaikuttaa se, onko kyseessä ollut sopimuksen pää- vai sivuvelvoite sekä se, onko velvoite ollut keskeisessä asemassa hankintasopimusta edeltäneessä tarjouskilpailussa.

Sanktio on puolestaan näistä kolmesta tekijästä lähtökohtaisesti vähiten tulkinnanvarainen, sillä hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaan niitä ovat sopimuksen ennaikainen irtisanominen, purkaminen sekä vahingonkorvaukset. Lisäksi lainkohdassa mainitaan muut vastaavat sanktiot, joita lain esitöiden perusteella ovat sopimussakkojen periminen sekä hinnanpidätysehtojen käyttäminen. Jonkin verran epätietoisuutta herättää kuitenkin se, että säännöksen perustelujen mukaan poissulkeminen voisi olla hyväksyttävää myös

silloin, kun sopimuksesta irtautumista tai muuta sanktiota ei ole tosiasiallisesti asetettu, koska hankinnan toteuttamisen kriittisyys on estänyt sopimuksen irtisanomisen tai purkamisen. Jos kriittisyyteen voi vedota liian kevein perustein tilanteessa, jossa aiempaa hankintasopimusta ei ole katkaistu kesken sopimuskauden, saattaa tämä heikentää tarjoajan asemaa poissulkemista koskevassa riidassa.

Lopulta koko poissulkemisperuste pohjautuu keskeisesti luottamukseen – hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta valita toimittajaksi sellaista tarjoajaa, jonka kykyyn toteuttaa hankinta suunnitellulla tai optimaalisella tavalla ei voi luottaa. Epäluottamusta voi entisestään pahentaa se, jos tarjoaja ei ole aiemman hankintasopimuksen aikana ollut halukas korjaamaan virheitään tai se on muuten suhtautunut piittaamattomasti velvollisuuksiinsa. Suhteellisuusperiaatteen valossa tarjoajan laiminlyönnin on kuitenkin täytynyt olla riittävän vakava, jotta se voi rikkoa luottamuksen. Liian kevyin perustein tarjoajaa ei siis saa tarjouskilpailun ulkopuolelle jättää. Toisaalta poissulkemisperusteen soveltamiskynnyksen ei tule olla perusteettoman korkeakaan, koska hankintalain esitöiden perusteella hankintayksikön ei tarvitse ryhtyä sopimukseen sellaisten toimittajien kanssa, joita huolellisesti toimiva ja asiantunteva yksityinen yhteisöäkään ei ottaisi itse sopimuskumppaniksi.

Niin ikään korjaavia toimenpiteitä koskevan hankintalain 82 §:n tulkintaa voidaan lähestyä kolmen osatekijän kautta. Ensinnäkin esitettävän näytön laajuudesta voidaan todeta, että lähtökohtaisesti selvitystä tulisi antaa kaikista säännöksessä mainituista seikoista. Nämä koostuvat aiempien puutteellisten sopimussuoritusten selvittämisestä, niiden korvaamisesta sekä konkreettisista teknisistä ja organisaatioon ja henkilöstöön liittyvistä toimenpiteistä. Näytön laajuus on kuitenkin riippuvainen tapauksen luonteesta, ja puutteellisten sopimussuoritusten tapauksessa pääpaino voi olla viimeksi mainituissa konkreettisisissa toimenpiteissä. Jossain määrin epävarmuutta herättää se, tuleeko tarjoajan poikkeuksetta toteuttaa sekä teknisiä että henkilöstöön ja organisaatioon liittyviä toimenpiteitä, vaikkei puutteen luonne kaikkien kolmen osa-alueen toimia edellyttäisikään. Joka tapauksessa suhteellisuusperiaatteen mukaista se ei todennäköisesti olisi.

Toisekseen voidaan pohtia, kuinka passiivinen tai aktiivinen rooli hankintayksiköllä ja tarjoajalla on puhdistautumistoimien käsittelyssä. Kotimaisessa oikeuskäytännössä on ainakin toistaiseksi pidetty riittävänä, että hankintayksikkö merkitsee ESPD:hen ne poissulkemisperusteet, joihin lomakkeen palauttamisen yhteydessä on otettava kantaa, ja tarjoajan on lomaketta täyttäessään tuotava esiin myös korjaavat toimenpiteet. Toisin sanoen hankintayksikön ei tarvitse enää toistamiseen tiedustella tarjoajalta aikooko se esittää

näyttöä puhdistautumistoimista, koska tarjoajalta edellytetään asiassa oma-aloitteisuutta. Tutkimuksen kohteena olevan poissulkemisperusteen osalta ratkaisukäytännön tulisi kuitenkin tulevaisuudessa muuttua yhdenmukaiseksi EUT:n tulkinnan kanssa, jolloin tarjoajalta ei voisi edellyttää poissulkemisperusteen olemassaolon myöntämistä ja korjaavien toimenpiteiden esittämistä jo tarjousta jätettäessä. Hankintayksikön täytyisi siis varata tarjoajalle mahdollisuus näytön esittämiseen riippumatta siitä, miten osapuolet ovat ESPD:n täyttäneet. Täysin aukotonta tulkintaa asiassa ei kuitenkaan voi esittää. Asiaan vaikuttavia avoimia kysymyksiä ovat esimerkiksi se, kenen kanssa tehdyssä hankintasopimuksessa puute on tapahtunut ja kuinka yksityiskohtaisesti hankintayksikkö voi näytön esittämistä ohjata.

Kolmanneksi tulkintaan vaikuttaa se, millainen merkityssisältö hankintalain 82 §:ssä käytetylle ilmaisulle ”riittävä” annetaan, eli milloin korjaavat toimenpiteet ovat olleet riittäviä luottamuksen palauttamiseksi. Tämä on tehokkaiden puhdistautumistoimien ja siten koko säännöksen soveltamisen kynnyksikysymys. Se, mille tasolle niin sanottu riittävyyskynnys asettuu, on monen tekijän summa. Lisäksi tulkinnassa huomioon otettavat seikat vaikuttavat asiaan erisuuntaisesti: Kun esimerkiksi EUT:n mukaan puhdistautumistoimilla pyritään varmistamaan toimiva kilpailu ja hankintalain esitöissä korostetaan hankintamenettelyn joustavuutta ja kilpailun lisäämistä, puhuvat nämä alhaisen riittävyyskynnyksen puolesta. Samaan aikaan EUT on todennut, että korjaavilla toimenpiteillä korostetaan talouden toimijan luotettavuudelle annettua merkitystä, ja säännöksen perusteissa puhutaan hankintasopimuksen asianmukaiseen toteuttamiseen liittyvien epäilysten poistamisesta. Näiden tavoitteiden voidaan katsoa puoltavan korkeampaa rajaa riittävyydelle. Vastaavalla tavalla tulkintaa eri suuntiin ohjaavat myös hankintalain tavoitteet ja erityisesti hankintojen taloudellisuus ja laadukkuus.

Myös lain systematiikalla on vaikutuksensa riittävyyskynnyksen asemoitumiseen. Kun otetaan huomioon, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdassa säädetyn poissulkemisperusteen soveltamisessa luottamus on keskeisessä roolissa, ja siihen vetoaminen edellyttää riittävän vakavaa laiminlyöntiä sopimuksen täyttämässä, tulisi kynnys luottamuksen palauttamisellekin olla korkea. Muussa tapauksessa koko poissulkemisperusteen merkitys muodostuisi vähäiseksi, jos tarjoaja voisi vähäisilläkin korjaavilla toimenpiteillä osoittaa luotettavuutensa ja rehellisyytensä. Tällä tavalla poissulkemisperusteen soveltamisedellytykset ja korjaavien toimenpiteiden riittävyys ovat myös keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa, jossa edeltävän soveltamiskynnys vaikuttaa jälkimmäisen riittävyyskynnykseen.

Korjaavien toimenpiteiden arviointi on lopulta riippuvainen tapauskohtaisista ominaispiirteistä ja siitä, millaisen painoarvon tulkitsija antaa puhdistautumistoimien riittävydessä huomioitaville seikoille. Lisäksi riittävyden arvioinnissa on keskeisessä roolissa suhteellisuusperiaate, jonka valossa korjaavien toimenpiteiden riittävyys tulee suhteuttaa aiemmassa hankintasopimuksessa ilmenneen puutteen vakavuuteen. Yleisenä ja varsin abstraktina ohjenuorana voi kuitenkin todeta, että tarjoajan toteuttamien toimenpiteiden tulee olla riittäviä estämään aiempien puutteiden toistuminen tulevaisuudessa.

Tutkimuksen perusteella on voinut huomata, että hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan ja 82 §:n sisältämät oikeusnormit ovat vielä monilta osin muotoutumassa lopulliseen muotoonsa, ja avoimia tulkintakysymyksiä liittyy sekä tutkittuun poissulkemisperusteeseen että sitä koskeviin korjaaviin toimenpiteisiin. Lainkohdissa esiintyvät ilmaisut ovat merkitysalueeltaan niin laajoja, että parhaimmillaankin niiden merkityssisällön rajoja voidaan tulkinnan avulla vain kaventaa. Epätasällisillä ilmaisuilla lainsäätäjä on jättänyt lain soveltajille rutkasti harkinnanvaraa, joten periaatteiden merkitys tulkinnassa korostuu. Perinteisten hankintaperiaatteiden lisäksi myös hiljalleen muotoutuvalla kilpailuperiaatteella voi olla tulevaisuudessa suurikin vaikutus tutkimuksen aihepiiriin liittyvissä tulkintakysymyksissä, jos sekä oikeusyhteisö että tuomioistuimet hyväksyvät sen aseman tasavertaisena hankintaperiaatteena.

Nykytilanteessa hankintayksiköillä ja tarjoajilla on epätietoisuutta näiden uusien säännösten sisällöstä, ja niiden oikeaoppinen soveltaminen voidaan kokea haastavaksi. Epätietoisuuden seurauksena hankintayksiköt saattavat esimerkiksi käyttää poissulkemisperustetta liian varovasti tai laveasti. Tarjoajille voi vastaavasti olla epäselvää, milloin poissulkeminen on kannattavaa kyseenalaistaa sen perusteettomuuden vuoksi. Niin ikään korjaavat toimenpiteet voivat aiheuttaa molemmille osapuolille haasteita. Tarjoaja ei välttämättä tiedä, kuinka laajoihin puhdistautumistoimiin sen tulisi ryhtyä. Myös hankintayksiköiden osaaminen toimenpiteiden arvioinnissa voi olla vaihtelevaa, jolloin asiaa koskevat ratkaisut eivät välttämättä ole johdonmukaisia. Tässä tutkielmassakin useaan otteeseen peräänkuulutettu tarkentava ja hyvin perusteltu oikeuskäytäntö olisi tervetullutta oikeustilan selventämiseksi.