

Tarjoajan oikeus korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta julkisissa hankinnoissa

Lapin Yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Varallisuus oikeus
Maisteritutkielma
Tatu Kovalainen, Y18989483
Kevät 2022

Lapin yliopisto

Tiedekunta: Oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Tarjoajan oikeus korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta julkisissa hankinnoissa

Tekijä/-t: Tatu Kovalainen

Koulutusohjelma/oppiaine: Oikeustiede

Työn laji: Pro gradu -tutkielma/Maisteritutkielma X Lisensiaatintutkimus__

Sivumäärä, liitteiden lukumäärä: XII + 70

Vuosi: 2022

Tiivistelmä:

Tutkielman avulla vastataan kysymykseen: miten hankintojen kynnsarvot vaikuttavat tarjoajan oikeuteen saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Tutkielma on rajattu koskemaan vain hankintamenettelyn aikana syntyneitä virheitä, eikä tarjoajan ja hankintayksikön välisiin sopimuskauden aikaisiin ongelmiin oteta kantaa. Tutkielmassa selvitetään tarjoajan oikeus korvaukseen sekä kansallisten kynnsarvojen alittavissa pienhankinnoissa, että kansallisten ja EU-kynnsarvojen ylittävissä hankinnoissa.

Tutkimusmetodi on oikeusdogmaattinen. Tutkielmassa analysoidaan sekä hankintaoikeudellisesta että varallisuus oikeudellisesta lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä. Analyysi painottuu hankintalakiin ja hankintoihin liittyviin tuomioistuinten ratkaisuihin. Hankintalakia ja sen sanamuotoja analysoidessa käytetään apuna kotimaista sekä ulkomaista oikeuskirjallisuutta. Tuomioistuinten ratkaisuja analysoidaan kansallisella sekä kansainvälisellä tasolla.

Pienhankinnoissa tarjoajan todennäköisin keino saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta on hakea sitä yleisessä tuomioistuimessa vahingonkorvauksena vetoamalla sopimuksentekotuottamukseen. Tarjoajan tulee näyttää virheellisen menettelyn ja vahingon välinen syy-yhteys, sekä tämän lisäksi pienhankinnan suorittavan hankintayksikön tulee aiheuttaa tuottamuksellisesti tämä kyseinen vahinko. Korvauksen määrää ei ole käytännössä rajoitettu mitenkään, mutta sovellettavaksi voisi realistisesti tulla positiivisen sopimusedun mukaan laskettu korvaus. Tarjoajan oikeudesta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta kansallisen ja EU-kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa säädetään hankintalain 155 §:n hyvityksessä sekä 169 §:n mukaisessa vahingonkorvauksessa. Hyvitysmaksun määrä on sidottu hankintasopimuksen arvoon ja se ei saa ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta ilman erityistä syytä. Hankintalain 169 §:n mukainen vahingonkorvaus on ankaraa vastuuta. Tarjoajalla on huomattavasti heikommat mahdollisuudet saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankinnoissa kuin kansallisen tai EU-kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa.

Avainsanat: julkiset hankinnat, virheellinen hankintamenettely, vahingonkorvaus, hyvitys

X Tutkielma ei sisällä muita kuin tekijän/tekijöiden omia henkilötietoja

Sisällysluettelo

1 Johdanto	1
1.1 Tutkimuksen taustaa ja keskeisiä käsitteitä.....	1
1.2 Tutkimuskysymykset ja niiden rajoitus.....	3
1.3 Tutkielman rakenne.....	4
1.4 Tutkimusmetodi ja lähteet.....	4
2 Hankintamenettelyn aikana noudatettavat periaatteet	6
2.1 Hankintalaissa määritetyt periaatteet.....	6
2.1.1 <i>Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaate</i>	6
2.1.2 <i>Avoimuusperiaate</i>	8
2.1.3 <i>Suhteellisuusperiaate</i>	9
2.2 Pienhankinnoissa noudettavat periaatteet.....	10
2.2.1 <i>Rajat ylittävä intressi</i>	10
2.2.2 <i>Hallintolain 6 §:n mukaiset oikeusperiaatteet</i>	11
3 Hankintalain mukainen hankintamenettely	14
3.1 Hankintailmoitus.....	14
3.2 Tarjouspyyntö.....	18
3.3 Tarjousten käsittely.....	23
3.4 Hankintalain 125 §:n mukainen hankintamenettelyn keskeyttäminen.....	32
3.4.1 <i>Todellinen ja perusteltu syy</i>	32
3.4.2 <i>Keskeyttämisen mahdollinen tarjoajia syrjivä vaikutus</i>	35
3.5 Hankintalain 125 §:n vastainen hankintamenettelyn keskeyttäminen.....	36

3.5.1	<i>Tinkiminen</i>	36
3.5.2	<i>Markkinoiden kartoittaminen</i>	37
4	Korvaus virheellisen hankintamenettelyn johdosta hankintalain mukaisissa hankinnoissa	39
4.1	Tarjoajan oikeussuoja hankintalaissa yleisesti.....	39
4.2	Hyvitysmaksu.....	42
4.2.1	<i>Hyvitysmaksun edellytykset</i>	43
4.2.2	<i>Hyvitysmaksun määrä</i>	48
4.3	Hankintalain mukainen vahingonkorvaus.....	51
4.4	Hyvitysmaksun ja hankintalaissa säädetyn vahingonkorvauksen välinen suhde.....	54
4.5	Vahingonkorvauslaki ja sen soveltamisen ongelmat.....	55
5	Korvaus virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankinnoissa	57
5.1	Pienhankinnan hankintamenettely.....	57
5.2	Tarjoajan oikeussuoja pienhankinnoissa yleisesti.....	59
5.3	Vahingonkorvaus yleisessä tuomioistuimessa.....	59
5.3.1	<i>Vahingonkorvauksen edellytykset</i>	63
5.3.2	<i>Korvattavat vahingot</i>	64
5.4	Kuntalain mukainen oikaisuvaatimus ja kunnallisvalitus.....	65
5.5	Hallintovalitus.....	66
6	Johtopäätökset	68

Lähteet

Kirjallisuus

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

Arrowsmith, Sue: The law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 2. Englanti 2018.

Eskola, Saila, Kiviniemi Eeva, Krakau Tarja, Ruohoniemi Erkko: Julkiset hankinnat. Helsinki 2017.

Halonen, Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus. Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön korvausvastuustan entiselle sopimuskumppanille. Turku 2015.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Vammala 1996.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeuden oppikirja. Helsinki 2002.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Jyväskylä 2003.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2005. Jatkuva julkaisu.

Hemmo, Mika: Velvoiteoikeuden perusteet. Helsinki 2018.

Heuru, Kauko: Hyvä hallinto. Helsinki 2003.

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

Husa, Jaakko, Mutanen Anu, Pohjolainen Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisen kirjallisten töiden laatijoille. Helsinki 2001.

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

Kaisto, Janne: Varallisuusosoikeus ja julkiset hankinnat. Jurisprudentia XLII:2009 s. 121–260.

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

Kontio, Annamari, Kumlin Aarne, Kronström Sanna, Mäki Laura: Julkiset hankinnat: käsi-
kirja. Helsinki 2017.

Kuusikko, Kirsi: Hallintolaki markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä. Edilex 2017.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. Helsinki 2003.

Mäenpää, Olli: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Helsinki 2011.

Määttä, Kalle & Voutilainen, Tomi: Julkisten hankintojen sääntely. Helsinki 2017.

Nenonen, Anne: Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. Lakimies 6/2009 s. 956-982.

Nenonen, Anne: Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Jurisprudentia XLIV:2011 s. 331-405.

Niemivuo, Matti, Keravuori-Rusanen Marietta, Kuusikko Kirsi: Hallintolaki. Helsinki 2010.

Oksanen, Antero: Kuntien yleiset hankintaohjeet. Helsinki 2010.

Pekkala, Elise, Pohjonen Mika, Huikko Katariina, Ukkola Markus: Hankintojen kilpailuttaminen. Helsinki 2017.

Pesu, Jarkko: Kokonaistaloudellinen edullisuus uudessa hankintadirektiivissä. Defensor Legis 1/2015 s. 191-196.

Raitio, Juha & Tuominen, Tomi: Euroopan unionin oikeus. Helsinki 2020.

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

Siikavirta, Kristian: Julkisten hankintojen perusteet. Porvoo 2015.

Ståhlberg, Pauli & Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2013.

Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt. Tukholma 2012.

Suojanen, Sanna-Mari: Hankintaprosessien virheet markkinaoikeudessa 2017-2019. Helsinki 2020.

Tieva, Antti: Sopimusneuvottelut – Sopimuksentekorikkomus – Vahingonkorvaus – Korvattava vahinko. (KKO:2009:45). Defensor Legis 5/2009 s. 902-910

Virtanen, Jenny: Todistustaakan ja vastuunrajoitusehtojen merkityksestä sopimusvastuussa. Defensor Legis 3/2005 s. 484-504.

Virtanen, Pertti: Suomen hankintalainsäädäntö. Kappale teoksessa *Aalto-Setälä, Ilkka, Aine Antti, Lehto Petri, Petäjänniemi-Björklund Anne, Stenborg Markku, Virtanen Pertti*: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Pieksämäki 2003.

Muut lähteet

<https://ek.fi/tavoitteemme/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat>. (Käyty 3.3.2022)

<https://tem.fi/eu-ja-kansalliset-kyynysarvot>. (Käyty 17.3.2022)

<https://www.hankinnat.fi/kansallinen-hankinta/ilmoittaminen>. (Käyty 21.3.2022)

<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi>. (Käyty 22.3.2022)

<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/info/yleista>. (Käyty 24.3.2022)

<https://www.hansel.fi/hankintatietoa/pienhankinta>. (Käyty 26.3.2022)

Pertti Virtasen luentodiat aiheena ”Ajankohtaista julkisista hankinnoista”. Luentodiat Lapin yliopisto. Luentodiat löytyvät osoitteesta <https://slideplayer.fi/slide/11241427>. (Käyty 5.3.2022)

https://www.sipoo.fi/wp-content/uploads/2020/12/ohje_sipoon_kunnan_pienhankinta-ohje_ja_liitteet_final.pdf. (Käyty 14.4.2022)

<https://valtioneuvosto.fi/-/1410877/hankintalain-uudistus-tahtaa-vastuullisempiin-julki-siin-hankintoihin>. (Käyty 2.5.2022)

<https://www.kerava.fi/palvelut/Documents/P%C3%A4%C3%A4t%C3%B6ksenteko%20ja%20hallinto/Pienhankintaohje2018.pdf> (Käyty 18.5.2022)

<https://docplayer.fi/65418454-Jarvenpaan-kaupungin-pienhankintaohje-johdanto.html>
(Käyty 18.5.2022)

<https://docplayer.fi/66786545-Espoon-kaupungin-hankintaohje.html> (Käyty 18.5.2022)

<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/search?q=pienhankinta&top=75&additional=smallValue-Procurement&of=type&od=desc&m=0> (Käyty 19.5.2022)

<https://www.hankinnat.fi/mika-julkinen-hankinta/pienhankinnat> (Käyty 19.5.2022)

<https://www.posio.fi/wp-content/uploads/2020/12/Posio-kunnan-pienhankintaohje.pdf>
(Käyty 19.5.2022)

<https://tem.fi/julkiset-hankinnat> (Käyty 19.5.2022)

Virallislähteet

HE 192/1994 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi.

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

HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

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

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

HE 182/2010 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 268/2014 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

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

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuim

Asia C-27/98 Metalmeccanica Fracasso Spa & Leitschutz Handels- und Montage GmbH vastaan Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. ECLI:EU:C:1999:420.

Asia C-324/98 Telaustria Verlags GmbH & Telenofonadress GmbH, Telekom Austria AG vastaan Herold Business Data AG. ECLI:EU:C:2000:669

Asia C-19/00 Siac Construction Ltd vastaan County Council of the County of Mayo. ECLI:EU:C:2001:553.

Asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki & HKL-Bussiliikenne. ECLI:EU:C:2002:495.

Asia C-244/02 Kauppatalo Hansel Oy vastaan Imatran kaupunki. ECLI:EU:C:2003:560.

Asia C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia vastaan Administración General del Estado. ECLI:EU:C:2007:815.

Asia C-70/06 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Portugalin tasavalta. ECLI:EU:C:2008:3.

Asia C-314/09 Stadt Graz vastaan Strabag AG, Teerag-Asdag AG & Bauunternehmung Granit GesmbH. ECLI:EU:C:2010:567.

Asia C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s, FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s, TESLA Stropkov a.s, Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG & Stalexport Autostrady SA vastaan Úrad pre verejné obstarávanie. ECLI:EU:C:2012:191.

Asia C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce & Università del Salento vastaan Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym. ECLI:EU:C:2012:817.

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

Asia C-358/12 Cosorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vastaan Comune di Milano. ECLI:EU:C:2014:2063.

Asia C-538/13 eVigilo Ltd vastaan Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos. ECLI:EU:C:2015:166.

Julkisasiamies

Asia 92-00. Julkisasiamiehen Antonio Tizzanon ratkaisuehdotus asiassa Wienin osavaltion hankintamenettelyjen valvontalautakunta vastaan Hospital Ingenieure Krakenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH. 28.6.2001.

Korkein hallinto-oikeus (KHO)

KHO 15.4.1999-T-770

KHO 15.12.2005-T-3357

KHO 22.3.2006-T-671

KHO 2009:10

KHO 2011:59

KHO 2015:94

KHO 2016:90

KHO 2016:114

KHO 2019:84

KHO 2020:148

KHO 2020:305

KHO 2020:3001

KHO 2021:40

Markkinaoikeus (MaO)

MaO 4/03
MaO 95/04
MaO 610/09
MaO 330/09
MaO 63/12
MaO 346/13
MaO 540/13
MaO 19/14
MaO 81/14
MaO 200-201/14
MaO 593/16
MaO 594/17
MaO 617/17
MaO 846/17
MaO 852/17
MaO 29/18
MaO 44/18
MaO 69/18
MaO 97/18
MaO 205/18
MaO 206/18
MaO 238/18
MaO 247/18
MaO 344/18
MaO 376/18
MaO 428/18
MaO 475/18
MaO 518/18
MaO 512/18
MaO 621/18
MaO 630/18
MaO 673/18
MaO 37/19
MaO 39/19
MaO 91/19
MaO 95/19
MaO 98/19
MaO 147/19
MaO 237/19
MaO 254/19
MaO 269/19
MaO 270/19
MaO 293/19
MaO 328/19
MaO 489/19
MaO 534/19

Hovioikeus

Kouvolan hovioikeus 15.12.2010, S 10/276.

Korkein oikeus (KKO)

KKO 2009:45

KKO 1999:48

Lyhenteet

EU	Euroopan unioni
ibid.	ibidem, sama lähde kuin edellisessä viittauksessa
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
Ks.	Katso
MaO	Markkinaoikeus
Ym.	Ynnä muut

1 Johdanto

1.1 Tutkimuksen taustaa ja keskeisiä käsitteitä

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan sellaisia tavara-, palvelu- ja rakennusurakkahankintoja, joita valtio, kunnat ja kuntayhtymät, valtion liikelaitokset sekä muut laissa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, ”*hankintalaki*”) määritellyt hankintayksiköt tekevät julkisilla varoilla oman organisaationsa ulkopuolelta.¹ Suomessa tehdään vuosittain julkisilla varoilla hankintoja arviolta 35 miljardilla eurolla vuodessa.² Julkisten hankintojen kokonaisvolyymien ollessa näin korkea, on tämän tutkielman aihekin todella ajankohtainen. Tutkielman ajankohtaisuuden lisäksi, se on myös aiheena mielestäni erittäin mielenkiintoinen, hankintojen sijoittuessa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden väliin. Julkiset hankinnat ja niihin liittyvä problematiikka lukeutuu myös sopimukseen perustuvan vastuun ja sopimukseenulkoisen vastuun rajapintaan.

Käsittelen tässä tutkielmassa hankintamenettelyyn osallistuneen tarjoajan mahdollisuutta saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Tutkielmassa tarjoajalla tarkoitetaan hankintalain 4 §:n 10 kohdassa määriteltyä toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen. Toimittaja tarkoittaa saman pykälän 8 kohdan mukaan luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoa taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluita taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita. Hankintamenettelyllä tarkoitetaan tutkielmassa sekä kansallisten kynnysarvojen alittavia että kansallisten ja EU-kynnysarvojen ylittäviä hankintamenettelyjä.

Kynnysarvot määräytyvät hankinnan kohteen ja arvon mukaan. Hankinnat voidaan jaotella kolmeen eri ryhmään taloudellisen arvon perusteella:

- 1) EU-kynnysarvon ylittävät hankinnat
- 2) Kansallisen kynnysarvon ylittävät hankinnat
- 3) Kansallisen kynnysarvon alle jäävät hankinnat, ns. ”pienhankinnat”

¹ <https://tem.fi/julkiset-hankinnat>

² <https://ek.fi/tavoitteemme/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat>.

Jos hankinnan suorittajana on valtion keskushallintoviranomainen, on hankinnan rahallisen arvon oltava ilman arvonlisäveroa hankintalain 26 §:n mukaan vähintään 140.000 euroa tavara- ja palveluhankintojen osalta, 5.328.000 euroa rakennusurakoiden osalta ja 140.000 euroa suunnittelukilpailuiden osalta, jotta ne ylittäisivät EU-kynnysarvon. Jos taas hankinnan toteuttajana on joku muu hankintaviranomainen, ovat EU-kynnysarvot ilman arvonlisäveroa 215.000 euroa tavara- ja palveluhankintojen osalta, 5.382.000 euroa rakennusurakoiden osalta ja 215.000 euroa suunnittelukilpailujen osalta.³

EU-kynnysarvot niiden hankintaviranomaisten osalta, joihin sovelletaan vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettua lakia (1398/2016, ”erityisalojen hankintalaki”) ovat ilman arvonlisäveroa 431.000 euroa tavara- ja palveluhankintojen osalta, 5.382.000 euroa rakennusurakoiden osalta ja 431.000 euroa suunnittelukilpailuiden osalta.

Kansalliset kynnsarvot määritellään hankintalain 25 §:ssä. Pykälän mukaan hankinta ylittää kansallisen kynnsarvon sen arvon ollessa ilman arvonlisäveroa 60.000 euroa tavara- ja palveluhankintojen osalta, 500.000 euroa käyttöoikeussopimusten/palveluiden osalta, 400.000 euroa terveydenhoito- ja sosiaalipalveluiden osalta, 150.000 euroa rakennusurakoiden osalta, 500.000 euroa käyttöoikeusurakoiden osalta, 60.000 euroa suunnittelukilpailuiden osalta ja 300.000 euroa muiden erityisten palveluhankintojen osalta. Pienhankintoja ovat ne hankinnat, jotka jäävät näiden yllä mainittujen EU- sekä kansallisten kynnsarvojen alle.

EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin sovelletaan hankintalakia tai erityisalojen hankintalakia, silloin kun hankintayksikkö toimii vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla. Kyseisillä laeilla on pantu täytäntöön ns. ”klassinen hankintadirektiivi”⁴, ”erityisalojen hankintadirektiivi”⁵ sekä ”julkisia käyttöoikeuksia koskeva direktiivi”.⁶ Hankintalaille ja erityisalojen hankintalaille on pantu täytäntöön myös hankintojen oikeussuojaan liittyvät direktiivit, jotka määräävät tietyt vähimmäisvaatimukset, joiden on täytyttävä

³ <https://tem.fi/eu-ja-kansalliset-kynnsarvot>.

⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta EUVL L 94, 28.3.2014, s. 65–242.

⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta. EUVL L 94, s. 243–374.

⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 1–64

kansallisen menettelyn aikana. Nämä oikeussuojaan liittyvät direktiivit ovat ns. ”*ensimmäinen valvontadirektiivi*”⁷ ja ”*toinen valvontadirektiivi*”⁸ sekä näitä direktiivejä muuttanut ”*oikeussuojadirektiivi*”.⁹

Kansallisen kynnysarvon ylittäviin hankintoihin sovelletaan myös hankintalakia. Kansallisen kynnysarvon alittaviin hankintoihin, eli pienhankintoihin ei sovelleta hankintalakia. Pienhankinnan toteuttajat, eli yleensä kunnat kilpailuttavat hankinnat omien hankintaohjeiden, toimintasäntöjen sekä määräysten perusteella. Esimerkiksi Kuntaliitto on julkaissut yleispätevän ja neuvoa antavan ohjeistuksen pienhankintojen toteuttamiseksi.¹⁰

Kansalliset ja EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta tarjoaja voi saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta hankintalain 155 §:n hyvitysmaksun tai 169 §:n vahingonkorvauksen avulla. Myös vahingonkorvauslaki (1974/412) voi tulla kyseeseen. Pienhankintojen osalta tarjoaja voi saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen pienhankinnan hankintamenettelyn johdosta joko sopimuksentekotuottamuksen tai vahingonkorvauslain avulla. Tutkielmassa käytetään sanaa ”korvaus” sanan ”vahingonkorvaus” sijaan siitä syystä, että hankintalain 155 §:n hyvitysmaksu on sanktio- ja korvausluonteinen seuraamus, joka on hyvin erilainen verrattuna hankintalain 169 §:n sekä vahingonkorvauslain mukaisiin vahingonkorvausjärjestelmiin.

1.2 Tutkimuskysymykset ja niiden rajaus

Tutkielman avulla pyritään vastaamaan kysymykseen: miten hankintojen kynnysarvot vaikuttavat tarjoajan oikeuteen saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Selvitän siis tutkielmassa tarjoajan oikeutta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta kansallisten ja EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta ja vertailen sitä tarjoajan oikeuteen saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankintojen

⁷ Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 395, 30.12.1989, s. 33–35.

⁸ Neuvoston direktiivi 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 076, 23.3.1992, s. 14–20.

⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi. EUVL L 335, 20.12.2007, s. 31–46.

¹⁰ Oksanen 2010, s. 32.

osalta. Tutkin siis, miten nämä yllä mainitut seikat vaikuttavat korvauksen suuruuteen ja onko tarjoajalla jommassakummassa tilanteessa paremmat mahdollisuudet saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta.

Tutkielma on rajattu koskemaan vain hankintayksikön tekemiä virheitä hankintamenettelyn aikana, eikä tarjoajan virheellistä menettelyä käydä lainkaan läpi. Toinen tutkielmaan liittyvä raja on se, että tutkielmassa käydään läpi vain ja ainoastaan hankintamenettelyn aikana syntyviä virheitä ja niistä johtuvaa mahdollista korvausvastuusta. Hankintamenettely pitää tutkielmassa sisällään kaiken hankintayksikön tarjouspyynnöstä tarjouksen valintaan. Hankinnan sopimusaikaiset ongelmat jäävät siis rajauksen ulkopuolelle, vaikka tosin hankintayksikkö on jo useasti kerennyt solmimaan sopimuksen virheellisen menettelyn johdosta syntyneen kolmannen osapuolen kanssa, kun tarjoaja vasta turvautuu oikeussuojakeinoihinsa.

1.3 Tutkielman rakenne

Tutkielma rakentuu kuuden pääluvun varaan. Ensimmäisessä pääluvussa, eli johdannossa avataan hieman aihetta sekä käydään läpi tutkimuksen kannalta tärkeät käsitteet, tutkimuksen tavoitteet ja tutkimusmetodi. Toisessa pääluvussa tarkastellaan hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita ja niiden sisältöä. Kolmannessa luvussa käydään läpi hankintalaissa määritelty hankintamenettelyn kulku ja analysoidaan tuomioistuinten ratkaisuja liittyen hankintamenettelyissä tapahtuneisiin virheisiin. Neljännessä luvussa käsitellään kansallisen sekä EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta tarjoajan oikeutta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Viidennessä luvussa käydään läpi pienhankintojen hankintamenettelyn kulku ja käsitellään pienhankintojen hankintojen osalta tarjoajan oikeutta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Kuudennessa ja viimeisessä luvussa käydään läpi tutkielman johtopäätöksiä.

1.4 Tutkimusmetodi ja lähteet

Tutkielmassa käytetään tutkimusmetodinä oikeusdogmaattista metodologiaa. Oikeusdogmaattisella metodilla tarkoitetaan lainopillista tutkimusta, jonka avulla pyritään vastaamaan

kysymykseen, kuinka ongelma tulisi ratkaista voimassa olevan oikeuden mukaisesti.¹¹ Sovellan tutkielmassa käytännöllistä lainoppia oikeustapauksia ja säädöksiä tulkitsemalla.¹² Johtopäätöksiä koskevassa viimeisessä luvussa perustelen tutkimuksen tuloksia sekä pohdin mahdollisia parannuksia tutkimuksen tuloksille argumentaatioteorian avulla.¹³

Tutkielman lähdemateriaaliin lukeutuu tuomioistuimen ratkaisuja liittyen virheelliseen hankintamenettelyyn. Tapauksia on korkeimmasta oikeudesta (*”KKO”*), korkeimmasta hallinto-oikeudesta (*”KHO”*), markkinaoikeudesta (*”MaO”*) ja EU-tuomioistuimista. Painopiste on markkinaoikeuden ratkaisuissa. Tutkielmassa käytetään materiaalina tuomioistuinten ratkaisujen lisäksi kotimaista- sekä ulkomaista oikeuskirjallisuutta, keskeisimpänä vahingonkorvauksiin ja hankintoihin liittyvät teokset. Hankintalakiin liittyvät eri hallituksen esitykset ovat myös tärkeässä roolissa tutkielman lähteiden kannalta. Täytynee erikseen vielä mainita, että Sanna-Mari Suojasen laatima selvitys hankintaprosessien virheistä markkinaoikeudessa 2017–2019 on ollut lähteenä todella oleellinen tutkimusprosessin etenemisessä.

Tutkielman kannalta erityisen tärkeinä lähteinä mainittakoon vielä Kirsi-Maria Halosen (ent. Saarinen) teokset *”Hankintasopimuksen tehottomuus. Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille”* sekä *”Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa”*. Näiden kahden teoksen avulla sain tutkimuksestani jo heti alkumetreillä hyvän hahmotelman mieleeni.

¹¹ Husa – Mutanen – Pohjolainen 2001, s. 13–18.

¹² Hemmo 2018, s. 13.

¹³ Hirvonen 2011, s.48–49.

2 Hankintamenettelyn aikana noudatettavat periaatteet

2.1 Hankintalaissa määritetyt periaatteet

Hankintalain 3 §:ssä on määritelty julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet. Pykälän mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Nämä kolme periaatetta, eli yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaate, avoimuusperiaate ja suhteellisuusperiaate ovat myös määritelty klassisen hankintadirektiivin 18 artiklassa, jonka mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhtaista toimintatapaa. Yllä mainitut periaatteet pohjautuvat sopimukseen Euroopan unionin toiminnasta ”SEUT” sekä EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön¹⁴. On myös huomionarvoista, että vaikka pienhankintoihin ei sovelleta hankintalakia, tulee pienhankinnan suorittavan hankintayksikön silti huomioida nämä periaatteet hankintaa tehdessään¹⁵. Etenkin yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelunperiaatteet sekä avoimuusperiaate on huomioitava pienhankinnoissa, sillä hankintalain 2 §:n 3 momentissa on erikseen maininta, jonka mukaan kansallisten kynnsarvojen alittavissa hankinnoissa on pyrittävä huomioimaan hankinnan kokoon ja laajuuteen nähden riittävä avoimuus ja syrjimättömyys.

Nämä periaatteet ovat hyvin merkittävässä roolissa hankintamenettelyn aikana, ja niitä on noudatettava koko hankintaprosessin läpi.¹⁶ Periaatteilla on ohjaavan vaikutuksen lisäksi myös suora vaikutus, sillä niiden noudattamatta jättäminen on valitusperuste.¹⁷

2.1.1 Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaate

Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaatteet ovat tuotu esiin hankintalaissa kahtena erillisenä periaatteena, mutta ne yleensä nähdään tässä kontekstissa yhtenä ja samana periaatteena. Tämä sama näkemys yhdestä ja samasta periaatteesta on myös voimassa

¹⁴ Pekkala - Pohjonen 2012, s. 34.

¹⁵ Arrowsmith 2018, s. 370.

¹⁶ Eskola ym. 2017, s. 33.

¹⁷ Mäenpää 2011, s. 76.

naapurimaassamme Ruotsissa¹⁸. Katsoisin itsekin asian olevan niin, sillä molemmilla periaatteilla on sama päätavoite, joka on yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun edistäminen. Hankintalain esitöistä selviää yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaatteen perustuvan Euroopan unionin perustamissopimuksen sisämarkkinavapauksia ja erityisesti kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskeviin periaatteisiin sekä hankintadirektiivin 18 artiklaan, jonka sisältö on mainittu jo edellisellä sivulla.¹⁹

Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaatetta voisi kutsua yhdeksi sivistyneen valtion kulmakiveksi ja siitä löytyykin mainintoja sekä viittauksia kansallisella tasolla. Suomen perustuslain (1999/731) 6 pykälän mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä, ja ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Myös yhdenvertaisuuslaista (1325/2014) löytyy suoria määräyksiä yhdenvertaisuuden edistämisestä. Yhdenvertaisuuslain 1 §:n mukaan lain tarkoituksena on edistää yhdenvertaisuutta ja ehkäistä syrjintää sekä tehostaa syrjinnän kohteeksi joutuneen oikeusturvaa. Saman lain 2 §:n mukaan lakia sovelletaan julkisessa ja yksityisessä toiminnassa. Tämän lisäksi yhdenvertaisuuslain 5 §:n mukaan viranomaisella on velvollisuus edistää yhdenvertaisuuden toteutumista kaikessa toiminnassaan.

Yhdenvertaisuusperiaate näyttäytyy tosiasiasiallisesti hankintamenettelyn aikana niin, että tarjoajia on kohdeltava saman tapaisissa tilanteissa aina samalla tavalla.²⁰ Hankintamenettelyyn osallistuville tarjoajille ei saa myöskään asettaa vaatimuksia, jotka voisivat jollain tapaa syrjiä tai suosia osaa tarjoajista.²¹ Syrjintä voi olla joko välillistä tai välitöntä syrjintää. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan tilannetta, jossa tarjoaja kokee erilaista kohtelua samantapaisissa tilanteissa, syrjinnän liittyessä esimerkiksi kansalaisuuteen. Välillistä syrjintää taas on tilanne, jossa puolueeton säännös, peruste tai käytäntö johtaa jotakin tarjoajaa kohtaan syrjivään lopputulokseen. Yhdenvertaisuusperiaate sallii toisaalta positiivisen erityiskohtelun²², eli hankintayksikkö voisi esimerkiksi halutessaan asettaa vammaisia suosivia vaatimuksia tarjoajille.

¹⁸ Sundstrand 2012, s. 44.

¹⁹ HE 108/2016 vp, s. 73-74.

²⁰ Raitio – Tuominen 2020, s. 681.

²¹ Määttä – Voutilainen 2017, s. 125.

²² Niemivuo ym. 2010, s. 128.

2.1.2 Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaate perustuu unionin perustamissopimukseen ja sitä tulkitsevaan oikeuskäytäntöön sekä kansallisessa lainsäädännössä asetettuihin hallinnon avoimuutta koskeviin vaatimuksiin.²³ Kansallisesta lainsäädännöstä löytyy vaatimuksia hallinnon avoimuudesta. Vaatimuksia löytyy muun muassa laista viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999), jonka ensimmäisen pykälän mukaan viranomaisten asiakirjat ovat julkisia, jollei niitä laissa erikseen toisin säädetä. Hallinnon avoimuudesta löytyy maininta myös hallintolain (434/2003) 24 §:n ensimmäisestä momentista, joka liittyy käsittelyn julkisuuteen. Pykälän mukaan asia käsitellään julkisesti, jos niin on säädetty tai erityisen säännöksen nojalla päätetty.

Avoimuusperiaate näyttäytyy hankintamenettelyn aikana niin, että hankintamenettelyä koskevat tiedot ovat julkisia ja näin ollen kaikkien nähtävissä. Näitä tietoja ovat esimerkiksi hankintamenettelyn ilmoittamista koskevat tiedot ja tarjouskilpailun ratkaisemista koskevat päätökset.²⁴ Hankintamenettelyn ratkaisemista koskeviin tietoihin lukeutuu tarjouskilpailun voittajan ilmoittaminen perusteluineen kaikille tarjouskilpailuun osallistuneille tarjoajille.²⁵

Tämän periaatteen suurimmat funktiot hankintamenettelyn aikana ovat ehdottomasti käytössä olevien kilpailuresurssien mahdollisimman tehokas allokaatio²⁶ sekä samalla muiden periaatteiden toteutumisen valvonta, lähes kaiken hankintamenettelyn aikana olevan tiedon ollessa julkista tietoa.²⁷ Jotta avoimuusperiaate toimisi mahdollisimman tehokkaasti, olisi kaiken hankintamenettelyyn liittyvän tekstin oltava ilmoitettu selkokielellä ja kaikkien tarjoajien helposti ymmärrettävissä. EU-tuomioistuin painottaa ratkaisussaan asiassa C-368/10 *komissio* kohdassa 109 avoimuusperiaatteen toteutumisen tärkeytenä juuri tätä, että hankintamenettelyn aikana hankintayksikön julkaisemat asiakirjat, liittyen hankintamenettelyn ehtoihin sekä sääntöihin ovat artikuloitu tarpeeksi selvästi ja täsmällisesti.

²³ HE 186/2016 vp, s. 73.

²⁴ Määttä - Voutilainen 2017, s. 199.

²⁵ HE 50/2006 vp, s. 47.

²⁶ Määttä - Voutilainen 2017, s. 121.

²⁷ Ks. asia C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, kohta 45 sekä asia C-324/98 *Telaustria*, kohdat 60–61.

2.1.3 Suhteellisuusperiaate

Suhteellisuusperiaate on johdettu Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 5 artiklan 4 kohdasta, jonka mukaan unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää, sitä mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi. Suhteellisuusperiaate on sisällöltään samanlainen myös hallintolain suhteellisuusperiaatteen sekä hankintadirektiivin johdanto-osan 1 perustuskappaleessa mainitun suhteellisuusperiaatteen kanssa.²⁸ Hallintolain esitöistä selviää, että suhteellisuusperiaatteen keskeisenä sisältönä on, että viranomaisen toimien on oltava oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärän nähden. Eli viranomaisen toimen on oltava asianmukainen, tarpeellinen ja oikein mitoitettu sen tavoitteen kannalta, johon kysymyksessä olevalla toimella pyritään.²⁹

Suhteellisuusperiaate näyttäytyy hankintamenettelyn aikana niin, että hankintayksikön asettamien hankintamenettelyn aikana olevien vaatimusten on oltava oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa, esimerkiksi tarjoajien soveltavuusehtojen asettamisessa on otettava huomioon hankinnan luonne ja arvo. Tarjouspyynnön sisältöön ja hankintamenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden.³⁰

Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaatteen on katsottu käsittävän hankintamenettelyn vaatimusten kohtuullistamista ja ylipäättään niiden huomioon ottamista.³¹ Suhteellisuusperiaatella on keskeinen merkitys hankintamenettelyn aikana, sillä hankintayksiköllä on laaja harkintavalta hankintamenettelyyn liittyvissä kysymyksissä.³² Hankintayksikön on käytettävä tätä harkintavaltaansa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti ja pidettävä huoli siitä, ettei esimerkiksi tarjoajaa suljeta pois hankintamenettelystä virheen takia, jos virhe on pieni suhteessa hankintamenettelyn päämäärään nähden. Suhteellisuusperiaate ja sen soveltaminen korostuu juuri tämänlaisissa poissulun tai muunlaisen hankintayksikön tekemän kielteisen päätöksen tilanteissa.³³

²⁸ Määttä – Voutilainen 2017, s. 133.

²⁹ HE 72/2002 vp, s. 55.

³⁰ HE 108/2016 vp, 73-74.

³¹ Ks. Asia C-358/12 *Pascolo*, kohta 31.

³² Hyvönen ym. 2007, s.6.

³³ Mäenpää 2003, s. 169–170.

Nämä kolme yllä esitettyä hankintalaissa mainittua periaatetta ovat siis alun perin johdettu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen periaatteista, varsinkin tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta, sijoittautumisvapauden periaatteesta ja palvelun tarjoamisen vapaudesta. Näitä juuri mainittuja periaatteita ei käydä tässä tutkielmassa enää sen tarkemmin läpi, sillä nämä eivät ole tutkielman kannalta yhtä tärkeitä kuin hankintalaissa mainitut periaatteet. Hankintalaissa mainitut periaatteet, eli yhdenvertaisuus-, avoimuus-, ja suhteellisuusperiaate ovat usein olleet markkinaoikeuden, korkeimman hallinto-oikeuden ja unionin tuomioistuimen ratkaisuisa viitattuna, mikäli laista ei ole löytynyt suoraa vastausta käsiteltävään ongelmaan.³⁴

2.2 Pienhankinnoissa noudatettavat periaatteet

Kuten tutkielmassa tuli aikaisemmin jo ilmi, on hankintalain 2 §:n 3 momentin mukaan kansalliset kynnysarvot alittavissa hankinnoissa pyrittävä huomioimaan hankinnan kokoon ja laajuuteen nähden riittävä avoimuus ja syrjimättömyys. Pienhankinnan suorittavan viranomaisen on siis ainakin huomioitava nämä periaatteet hankintamenettelyn aikana. Myös *Nenonen* on samaa mieltä syrjimättömyys- ja avoimuusperiaatteiden soveltamisesta pienhankinnoissa.³⁵

2.2.1 Rajat ylittävä intressi

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen periaatteet voivat tulla sovellettavaksi pienhankinnan hankintamenettelyssä, jos hankinnalla on rajat ylittävä intressi.³⁶ Tämä tarkoittaa sitä, että toisen jäsenvaltion tarjoajalla on intressi saada hankintasopimus solmittua pienhankinnan suorittavan hankintayksikön kanssa. Jos pienhankinnan suorittava viranomainen ei ilmoita mahdollisesta rajat ylittävän intressin synnyttävästä hankinnasta etukäteen ennen hankintasopimuksen solmimista, se voi mahdollisesti syrjiä toisen jäsenvaltion tarjoajia, sillä heillä ei olisi ollut tosiasiallista mahdollisuutta osallistua tarjouskilpailuun.³⁷

³⁴ Pekkala ym. 2017, s. 42.

³⁵ Nenonen 2009, s. 957.

³⁶ Ks. esimerkiksi asian C220/06 *Correos* kohdat 71-75 sekä asia C159/11 *Azienda Sanitaria Loca di Lecce* kohta 23.

³⁷ Nenonen 2009, s. 963

Pienhankinnan suorittavan hankintaviranomaisen on itse arvioitava hankintasopimuksen mahdollinen rajat ylittävän intressi, eli hankintaviranomaisen on arvioitava kuinka todennäköisesti hankinnan kohde herättää kiinnostusta potentiaalisissa toisen jäsenvaltion tarjoajissa.³⁸ Unionin tuomioistuimen ratkaisusta selviää, että rajat ylittävä intressi on arvioitava tapauskohtaisesti aina erikseen. Tapauskohtaisessa arvioinnissa on otettava huomioon ainakin hankinnan suorituspaikka.³⁹ Nenonen katsoo mahdolliseksi rajat ylittävän intressin herättäväksi hankinnan suorituspaikaksi esimerkiksi Helsingin, sillä se sijaitsee useiden jäsenvaltioiden taloudellisen toiminnan alueilla ja tämän johdosta esimerkiksi virolaisia tai ruotsalaisia yrityksiä saattaisi kiinnostaa hankintayksikön kanssa solmittava hankintasopimus.⁴⁰ Hankinnan suorituspaikan lisäksi rajat ylittävän intressin arvioinnissa on otettava huomioon myös hankinnan kohteeseen liittyvät seikat, sillä hankinnan kohteen olleessa esimerkiksi teknologisesti normaalia kehittyneempi, voi se synnyttää erityistä mielenkiintoa toisen jäsenvaltion tarjoajissa mahdollisten suurempien liikevoittojen toivossa.⁴¹

2.2.2 Hallintolain 6 §:n mukaiset oikeusperiaatteet

Vaikka rajat ylittävää intressiä ei syntyisi, tulee pienhankinnoissa noudattaa silti tiettyjä kansallisesta oikeudesta johdettavia periaatteita. Näitä ovat hallintolain 6 §:n mukaiset oikeusperiaatteet, jotka muodostavat pienhankintojen olennaiset oikeuslähteet.⁴² Kyseinen pykälän mukaan viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Pykälästä voi havaita viisi eri periaatetta, joita ovat yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaate.⁴³ Yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaate ovat sisällöllisesti hyvin samanlaisia kuin hankintalaissa määritellyt saman nimiset periaatteet, joten niitä ei käydä tässä enää tarkemmin läpi.

³⁸ *ibid.* s. 966

³⁹ Ks. esimerkiksi asian C220/06 *Correos* kohdat 71-75 sekä asia C159/11 *Azienda Sanitaria Loca di Lecce* kohta 23.

⁴⁰ Nenonen 2009, s. 963.

⁴¹ *ibid.* s. 970

⁴² Mäenpää 2003, s. 145.

⁴³ *ibid.* s. 163.

Tarkoitussidonnaisuuden periaate tarkoittaa viranomaisen yleistä velvollisuutta käyttää toimivaltaa vain siihen tarkoitukseen, johon se on lain mukaan määritelty tai tarkoitettu käytettäväksi.⁴⁴ Pienhankinnan hankintamenettelyn aikana tarkoitussidonnaisuuden periaatteen vastainen toiminta voisi näyttäytyä tosiasiallisesti esimerkiksi hankintaviranomaisen harkintavallan väärinkäyttönä, esimerkiksi viranomaisen poissulkiessa tarjoajan perusteetta hankintamenettelystä. Perusteettomalla poissulkemisella viranomaisen tarkoituksena voisi olla jonkin tietyn tarjoajan syrjiminen tai suosiminen. Tarkoitussidonnaisuuden periaatteella on mielestäni hyvin vahva liittymä yhdenvertaisuus- sekä suhteellisuusperiaatteeseen.

Toinen hyvä esimerkki tarkoitussidonnaisuuden periaatteen vastaisen toiminnan näyttäytymisestä pienhankinnan hankintamenettelyn aikana voisi olla tilanne, jossa viranomaisen viivyttelee⁴⁵ hankintamenettelyn etenemistä pyytämällä merkityksettömiä tietoja liittyen hankintamenettelyyn, motiivinaan pelkästään menettelyn viivyttäminen. Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen soveltamisen toteutuminen pienhankintojen hankintamenettelyn aikana varmistuu viranomaisen tarpeella perustella päätöksensä.⁴⁶

Objektiviteettiperiaate tarkoittaa hallintolain hallituksen esityksen mukaan vaatimusta viranomaisen puolueettomuudesta ja siitä, että hallintotoiminta ei saa perustua epäasiallisiin tai hallinnolle muuten vieraisiin perusteisiin.⁴⁷ Periaatteen merkittävimmät attribuutit pienhankinnan hankintamenettelyä mieltien ovat viranomaisen esteellisyysäännökset sekä viranomaisen velvollisuus perustella päätöksensä.⁴⁸ Viranomaisen on esteellinen tekemään päätöksiä, jos päätös vaikuttaa häneen tai hänen läheistensä etuihin, oikeuksiin tai velvollisuuksiin. Oikeuskäytännöstä löytyy useita eri tapauksia, joissa viranomaisen on ollut esteellinen tekemään päätöksiä ja näin ollen menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.⁴⁹

Luottamuksensuojanperiaatteen mukaan yksityisten tulee voida luottaa viranomaisten toiminnan oikeellisuuteen ja virheettömyyteen sekä viranomaisten tekemien hallintopäätösten pysyvyyteen. Periaatteen ensisijaisempia tavoitteita on rajoittaa edunsuovien päätösten

⁴⁴ HE 72/2002 vp, s. 55.

⁴⁵ Heuru 2003, s. 311.

⁴⁶ Niemivuo ym. 2010, s. 129.

⁴⁷ HE 72/2002 vp, s. 55.

⁴⁸ Mäenpää 2003, s. 168.

⁴⁹ Ks. MaO 540/13.

peruuttamista taannehtivien vaikutuksien sekä ylipäättään päätösten muuttamisesta yksityiselle haitalliseen suuntaan.⁵⁰ On kuitenkin huomionarvoista, että viranomaisen arviot tai lupaukset asian ratkaisusta eivät lukeudu luottamuksensuojaperiaatteen piiriin.⁵¹ Huomionarvoista on myös se, että nämä hallintolain 6 §:n oikeusperiaatteet tulevat sovellettavaksi myös EU-kynnysarvon sekä kansallinen kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa.

⁵⁰ HE 72/2002 vp, s. 18.

⁵¹ Niemivuo ym. 2010, s. 133.

3 Hankintalain mukainen hankintamenettely

3.1 Hankintailmoitus

Hankintayksikön on julkaistava hankintailmoitus silloin kun kyseessä on kansallisen kynnyksisarvon tai EU-kynnyksisarvon ylittävä hankinta ja hankintamenettely on avoin-, rajoitettu-, neuvottelu-, kilpailullinen menettely tai suunnittelukilpailu. Avoimessa menettelyssä hankintailmoitus toimii pyyntönä lähettää tarjous, kun taas rajoitetussa-, neuvottelu- ja kilpailullisessa menettelyssä hankintailmoitus toimii pyyntönä lähettää osallistumishakemus. Ilmoitusvelvollisuus ei koske pienhankintoja, vaikka pienhankinnan suorittava hankintaviranomainen voi halutessaan silti tehdä hankintailmoituksen. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti on hyvin vakava muotovirhe ja se johtaa todennäköisesti koko hankintapäätöksen kumoamiseen.⁵²

Hankintailmoituksen sisältö riippuu siitä, onko kyseessä kansalliset kynnyksisarvot ylittävä hankintailmoitus vai EU-kynnyksisarvot ylittävä hankintailmoitus. Kansalliset kynnyksisarvot ylittävissä hankintailmoituksissa tulee ilmetä hankintalain 102 §:n mukaan vähintään hankintayksikön virallinen nimi ja yhteystiedot, hankintayksikön luonne, hankintayksikön hankinnalle antama nimi ja hankinnan kuvaus, hintahaarukka ja ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa, hankintalaji, hankintamenettelyn kuvaus, kokonaistaloudellisen edullisuuden peruste, tieto siitä, että hyväksytäänkö osatarjoukset tai vaihtoehtoiset tarjoukset, tieto siitä, että varataanko hankinta työkeskuksille tai vastaaville toimittajille toteuttavaksi työohjelmien yhteydessä sekä hankinnan kokoon ja laatuun nähden kohtuullinen määräaika, johon mennessä tarjoukset tai osallistumishakemusten on oltava viimeistään hankintayksiköllä.⁵³

EU-kynnyksisarvot ylittävissä hankintailmoituksista on ilmentävä hankintalain 58 §:n mukaan itse hankintailmoitus EU-kynnyksisarvot ylittävästä hankinnasta, sosiaali- ja terveyspalveluja sekä muita erityisiä palveluhankintoja koskeva ilmoitus, käyttöoikeussopimusta koskeva ilmoitus käyttöoikeussopimuksen hankintamenettelystä, sosiaali- ja terveyspalveluja sekä muita erityisiä palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia koskeva ennakoilmoitus, suunnittelukilpailua koskeva ilmoitus suunnittelukilpailuista, jälki-ilmoitus, suunnittelukilpailun

⁵² Pekkala ym. 2017, s. 298.

⁵³ <https://www.hankinnat.fi/kansallinen-hankinta/ilmoittaminen>.

tuloksia koskevia koskeva ilmoitus, korjausilmoitus ja hankintasopimuksen ja käyttöoikeus-sopimuksen muutoksia koskeva ilmoitus. Katsoisin, että myös EU-kynnysarvot ylittävään hankintailmoitukseen tulee sisältyä myös samat perusasiat kuin kansallisen kynnysarvon ylittävässä hankintailmoituksessa, kuten hankintayksikön yhteystiedot sekä muut yllä mainitut oleelliset tiedot hankinnan kannalta.

Hankintailmoitukset julkaistaan HILMA:ssa.⁵⁴ HILMA on valtionvarainministeriön omistama ja Hanselin ylläpitämä maksuton julkisten hankintojen ilmoituskanava. Hankinnasta on mahdollista ilmoittaa myös esimerkiksi hankintayksikön omilla nettisivuilla tai sanomaja aikakauslehdissä, mutta HILMA on ainoa hankintalaissa määritellyn ilmoitusvelvollisuuden vaatimuksen täyttävä kanava.⁵⁵ HILMA:ssa voi ilmoittaa niin EU-kynnysarvot ylittävistä hankinnoista kuin kansalliset kynnysarvot ylittävistä hankinnoista sekä pienhankinnoista. Kaikki EU-kynnysarvon ylittävät hankintailmoitukset toimitetaan HILMA:sta automaattisesti julkaistavaksi Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosaan sekä TED-tietokantaan.⁵⁶ HILMA:ssa julkaistavassa hankintailmoituksessa on käytettävä hankintalain 59 §:n mukaista CPV-koodia. CPV-koodi on moninumeroinen numerosarja, joka yksilöi hankinnan kohteen.⁵⁷

EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hankintayksikkö voi halutessaan antaa ennakkoilmoituksen heti kalenterivuoden alussa tulevista hankinnoistaan. Ennakkoilmoituksen avulla se voi käyttää lyhyempiä määräaikoja hankintamenettelyissään.⁵⁸ Ennakkoilmoitus on mahdollista tehdä EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen lisäksi myös hankintalain 107 §:n mukaisissa sosiaali-, terveys-, ja muiden erityispalveluiden osalta. Ennakkoilmoitus voidaan antaa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa enintään vuosi ja vähintään 35 päivää ennen hankintailmoituksen lähettämistä. Hankintalain 107 §:n mukaisissa sosiaali-, terveys-, ja muiden erityispalveluiden osalta ennakkoilmoitus voidaan antaa jo yli vuotta ennen hankintailmoituksen lähettämistä.⁵⁹

⁵⁴ <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi>.

⁵⁵ Hytönen ym. 2007, s. 62.

⁵⁶ <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/info/yleista>.

⁵⁷ Pekkala ym. 2017, s. 301.

⁵⁸ Hytönen ym. 2007, s. 57.

⁵⁹ Pekkala ym. 2017, s. 305.

Hankintalain 58 §:ssä mainittu jälki-ilmoitus tarkoittaa EU-kynnysarvon ylittävän hankinnan hankintasopimuksen jälkeen julkaistavaa ilmoitusta, jossa ilmoitetaan tarjouskilpailun voittaja sekä hankintasopimuksen hinta. Jälki-ilmoitus on myös julkaistava siinäkin tapauksessa, jos hankintamenettely keskeytetään syystä tai toisesta.⁶⁰ Samassa lain pykälässä mainittu korjausilmoitus tarkoittaa alkuperäiseen EU-kynnysarvot ylittävän hankintailmoituksen sisälle integroitua ilmoitusta, jonka avulla hankintayksikkö voi korjata alkuperäistä hankintailmoitusta, jos hankintayksikkö huomaa ilmoituksen olleen virheellinen joltain osin. Mikäli kyseessä on lievä virhe kuten kirjoitusvirhe, on korjausilmoituksen käyttäminen suotavaa, mutta jos kyseessä on oleellisempi virhe kuin kirjoitusvirhe, on taas järkevämpää keskeyttää hankinta kokonaan ja aloittaa prosessi alusta välttyäkseen mahdollisilta myöhemmiltä vahingoilta. Kansallisen kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa on mahdollista myös tehdä korjausilmoitus huomattuaan mahdollisen virheen alkuperäisessä hankintailmoituksessa. Korjausilmoitus on tehtävä HILMAan.

Hankintayksikön tulisi laatia hankintailmoitus todella huolellisesti, sillä se on koko hankinnan ydin. Hankintailmoitus aloittaa hankintamenettelyn ja koko prosessi rakennetaan sen sisällön mukaan. Hankintailmoituksen ollessa ristiriidassa tarjouspyynnön kanssa, katsotaan hankintailmoituksesta ilmenevät tiedot oikeaksi, eikä tarjouspyyntö voi muuttaa hankintailmoitusta.⁶¹

Tyypillinen virhe hankintailmoituksessa on väärän CPV-koodin käyttäminen, joka tarkoittaa sitä, että hankintayksikkö on esimerkiksi kilpailuttanut rakennusurakan tavara- ja palveluhankintana. Jos hankintayksikkö on käyttänyt väärää CPV-koodia hankintailmoituksessaan, on koko hankinta aloitettava alusta välttyäkseen virheelliseltä menettelyltä.⁶²

Markkinaoikeuden ratkaisu 543/19 on malliesimerkki yllä mainitusta tilanteesta, jossa hankintayksikkö on kilpailuttanut rakennusurakan tavara- ja palveluhankinta.

Hankintailmoituksessa hankinnan pääasialliseksi CPV-koodiksi on ilmoitettu 50000000 ja sopimuksen tyypiksi palvelut. Tapauksesta ilmenneiden faktojen perusteella markkinaoikeus katsoo, että hankinnassa on kuitenkin kysymys rakennusurakasta, joihin sisältyvien hankintojen CPV-koodit ovat kaksinumerotason 450000000 alla. Julkaistujen hankintailmoitusten suuri lukumäärä huomioon ottaen hankintailmoitusten seuraamisen kannalta potentiaalisille tarjoajille on merkityksellistä se, että hankintailmoituksessa käytetyt CPV-koodit ovat virheettömiä. Myös erilaisten

⁶⁰ Pekkala ym. 2017, s. 306.

⁶¹ Kontio ym. 2017, s. 163.

⁶² Pekkala ym. 2017, s. 290.

hakupalveluiden ja ilmoitusvahtien hyödyntäminen edellyttää, että hankintailmoitukset julkaistaan virheettöminä.

Markkinaoikeuden ratkaisun perusteluista ilmenee, että hankintayksikkö on menetellyt hankintasäännösten vastaisesti ja tavalla joka ei ole turvannut tarjoajien tasapuolista kohtelua sekä sitä, että hankinta on voitu toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyväksi käyttäen, julkaistessaan hankintailmoituksen, jossa hankintasopimuksen tyyppi on virheellisesti määritelty palveluhankinta ja jossa myös käytetty CPV-koodi on ollut virheellinen.

Väärän CPV-koodin käyttämiseen liittyvät riidat eivät ole aina yhtä selviä kuin yllä mainittu tapaus, jossa hankintayksikkö oli kilpailuttanut rakennusurakan tavara- ja palveluhankinta. Tästä hyvä esimerkki on markkinaoikeuden ratkaisu 508/18.⁶³

Päijät-Hämeen hyvinvointikuntayhtymä on julkaissut 11.7.2017 itseilmoittautumisjärjestelmän hankintaa koskevan EU-hankintailmoituksen. Hankintailmoituksessa hankintalajiksi on ilmoitettu palvelut. Sekä hankintailmoituksessa että tarjouspyynnössä on hankinnan kuvauksessa ilmoitettu, että kilpailutuksen tavoitteena on puite-sopimus itseilmoittautumisjärjestelmästä SaaS-palveluna sisältäen kahdensuuntaisen tiedonsiirron Effica-potilastietojärjestelmään ja asiakkaiden käyttöön tulevat itseilmoittautumislaitteet, eli niin sanotut itseilmoittautumiskioskit ja vuoronumeronäytöt. Hankinnan pääasialliseksi CPV-koodiksi on ilmoitettu 48800000–6 (Tietojärjestelmät ja palvelimet) ja CPV-lisäkoodiksi on ilmoitettu 48000000–8 (Ohjelmatuotteet ja tietojärjestelmät).

Valittajan mukaan hankintailmoituksessa käytetyt CPV-koodit ovat olleet virheellisiä, sillä hankinnan kohteena ei ole ollut ohjelmatuote tai tietojärjestelmä, vaan järjestelmäpalvelu. Hankintayksikön mukaan kysymyksessä on ollut sekä tavara- että palveluhankinta.

Markkinaoikeus toteaa, että hankintailmoituksessa ilmoitettu pääasiallinen CPV-koodi 48800000–6 (Tietojärjestelmät ja palvelimet) viittaa CPV-luokittelujärjestelmän osastoon 48000000–8 (Ohjelmatuotteet ja tietojärjestelmät), joka hankintailmoituksessa on ilmoitettu CPV-lisäkoodiksi. Euroopan unionissa julkisista hankinnoista tietoa tarjoavilla verkkosivuilla <https://simap.ted.europa.eu/> on julkaistu muun ohella CPV 2008 Seliteosa, jonka mukaan ohjelmatuotteita ja tietojärjestelmiä koskevaa osastoa 48 käytetään vain ostettaessa valmisohjelmatuotteita, jolloin se katsotaan tavarahankinnaksi.

Toinen tyypillinen virhe hankinnan ilmoittamisvaiheessa on korjausilmoituksen laiminlyönti, jos korjausilmoituksen tekemiseen on tarvetta. Korjausilmoitusta tulisi käyttää

⁶³ Ks. myös MaO 475/18 ja MaO 37/19. Hankintailmoituksen otsikointi voi joskus olla myös harhaanjohtava kuten tapauksessa MaO 98/19. Ks. myös tapaukset MaO 39/19 sekä MaO 328/19, joissa hankintayksikkö oli käyttänyt kokonaan väärää ilmoituslomaketta. Näissä molemmissa tapauksissa hankintayksikkö oli julkaissut kansallisen hankintailmoituksen EU:n laajuisen hankintailmoituksen sijaan.

tilanteissa, joissa alkuperäiseen hankintailmoitukseen tulevat muutokset ovat vähäisiä. Muissa tapauksissa hankinnan keskeyttäminen ja prosessin alusta aloittaminen on ainoa oikea vaihtoehto.⁶⁴ Korjausilmoituksen laiminlyönnistä esimerkkinä Markkinaoikeuden ratkaisu 376/18.⁶⁵

Hankintayksikkö on muuttanut hankintamenettelyn kuluessa tarjouspyynnössä asetettuja tarjoajan soveltuvuutta koskevia vaatimuksia siten, että soveltuvuusvaatimuksena alun perin edellytetyn 500.000 euron vuosittaisen liikevaihtovaatimuksen on voinut täyttää kolmen vuoden keskiarvona siten, että kunkin vuoden liikevaihto on kuitenkin vähintään 200.000 euroa. Tämän lisäksi ryhmittymän jäsenten osalta soveltuvuusvaatimusta on muutettu siten, että ryhmittymän jokaisen jäsenen vuotuisen liikevaihdon viimeisen kolmen vuoden osalta on tullut olla vähintään 100.000 euroa vuodessa, kun tarjouspyynnössä alun perin on todettu, että mikäli urakkaa tarjotaan ryhmittymänä, tulee ryhmittymän kaikkien jäsenten osoittaa kelpoisuutensa.

Markkinaoikeus toteaa, että edellä mainitut muutokset ovat helpottaneet liikevaihtovaatimuksen täyttämistä. Kyseiset muutetut soveltuvuusvaatimukset olisivat siten voineet mahdollistaa tarjouskilpailuun osallistumisen joko yksin tai ryhmittymän osana myös sellaisille yrityksille, jotka eivät ole täyttäneet edellä kuvattuja tarjouspyynnössä alun perin asetettuja korkeampia liikevaihtorajoja.

Näistä muutoksista ei ole kuitenkaan julkaistu hankinnan korjausilmoitusta, minkä johdosta kyseiset muutokset eivät ole välttämättä tulleet kaikkien sellaisten hankinnasta kiinnostuneiden potentiaalisten tarjoajien tietoon, jotka olisivat olleet kiinnostuneita tarjotusta rakennusurakasta, mutta ovat jättäneet osallistumatta tarjouskilpailuun tarjouspyynnössä alun perin ilmoitetun liikevaihtovaatimuksen tason vuoksi.

Edellä mainittu hankintayksikön menettely ei näin ollen ole ollut omiaan turvaamaan kaikkien hankinnasta kiinnostuneiden tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.

3.2 Tarjouspyyntö

Tarjouspyyntö täydentää hankintailmoitusta ja se voi olla sisällöltään hyvin samanlainen kuin itse hankintailmoitus. Hankintailmoituksessa on hyvin usein esitetty kaikki hankintamenettelyn kannalta oleelliset tiedot. HILMAan julkaistavassa hankintailmoituksessa on vain rajallinen tila ilmoittaa tietoa tarjoajille, joten tarjouspyynnön avulla on helppo ilmoittaa yksityiskohtaisemmin tietoa tarjoajille.⁶⁶ *Kuoppamäen* mukaan hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön ero on se, että hankintailmoituksessa ilmoitetaan tietoa hankinnasta, kun taas tarjouspyynnössä hankinnan ehtoja yksilöidään tarkemmin.⁶⁷ Tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti hankintalain 104 §:n mukaan.

⁶⁴ Eskola ym. 2017, s. 305.

⁶⁵ Ks. myös MaO 238/18 sekä MaO 97/19.

⁶⁶ Pekkala ym. 2017, s. 310.

⁶⁷ *Kuoppamäki* 2018 s. 481.

Hankintalaki ei aseta erityisen tarkkoja rajoituksia kansallisen kynnysarvon ylittävän hankinnan tarjouspyynnön sisällölle. Hankintalain 104 §:n mukaan hankintayksikön on pyydetävä tarjouspyynnössään toimittajia esittämään tarjouksensa määräaikaan mennessä. Tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja siten, että sen perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Hankintalain 105 §:n mukaan hankintayksikkö voi asettaa vaatimuksia tarjoajan soveltavuudelle. Soveltuvuutta koskevien vaatimusten tulee olla suhteellisuusperiaatetta noudattaen oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen. Kansallisen kynnysarvon ylittävän hankinnan tarjouspyynnössä tulisi siis tiivistettynä sanoen ilmoittaa sekä tarkentaa kaikki hankinnan kannalta oleelliset tiedot, jos niitä ei ole vielä hankintailmoituksessa ilmoitettu.⁶⁸

Pienhankintojen osalta tarjouspyyntö voidaan tehdä kevyemmällä toimintamallilla suhteessa EU-kynnysarvot ja kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin ja se tulisi kilpailuttaa hankintayksikön omien hankintaohjeiden mukaisesti.⁶⁹ Uskoisin, että pienhankinnan tarjouspyynnön merkitys hankintamenettelyn kannalta on hyvin samalainen kuin kansallisen kynnysarvon ylittävän hankinnan tarjouspyynnön merkitys kansallisen kynnysarvon hankintamenettelyn kannalta.

Hankintalaissa säädetään EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen tarjouspyynnön sisällöstä huomattavasti yksityiskohtaisemmin kuin kansalliset kynnysarvot ylittävien hankintojen tarjouspyynnöstä. EU-kynnysarvot ylittävästä tarjouspyynnöstä on tultava ilmi hankintalain 68 §:n mukaan hankinnan kohteen määrittely tai hankekuvaus sekä hankinnan kohteeseen liittyvät muut laatuvaatimukset; viittaus julkaistuun hankintailmoitukseen; määräaika tarjousten tekemisille; osoite johon tarjoukset on toimitettava; kieli tai kielet joilla tarjoukset on laadittava; tarjousasiakirjojen esittämistä tai muotoa koskevat muut vaatimukset; kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä neuvottelujen alkamispäivä sekä neuvotteluissa käytettävä kieli tai kielet; ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä soveltuvuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat tiedot ja muut vaatimukset sekä pyyntö täydentää yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja ja luettelo asiakirjoista, joita ehdokkaan tai tarjoajan sekä tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan on soveltavuuden arviointia varten toimitettava; kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet ja niiden suhteellinen

⁶⁸ Eskola ym. 2017, s. 334.

⁶⁹ <https://www.hansel.fi/hankintatietoa/pienhankinta>.

painotus, eli kohtuullinen vaihteluväli tai poikkeuksellisissa tapauksissa vertailuperusteiden tärkeysjärjestys; tarjousten voimassaoloaika, keskeiset sopimusehdot ja vielä viimeiseksi muut tiedot, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyssä ja tarjousten tekemisessä.

Epäselvä tai puutteellinen tarjouspyyntö on yksi yleisimmistä riidan aiheista markkinaoikeudessa liittyen hankintamenettelyihin.⁷⁰ Tämän vuoksi hankintayksikön tulisi olla huolellinen hankintapyyntöä tehdessään, etenkin hankinnan kohdetta kuvaillessaan. Hankinnan kuvaus saattaa tuottaa hankintayksikön ja tarjoajan välillä yllättäviäkin väärinymmärryksiä. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa hankintayksikkö on kuvaillut tavarahankinnan hyvin yksityiskohtaisesti ja tarkkoja speksejä määritellen, ja tarjoajalla onkin juuri näihin spekseihin osuva tuote. Myöhemmin käy ilmi, että tuote on yksityiskohdiltaan sekä spekseiltään aivan oikeanlainen, mutta se tulee koota itse alusta alkaen. Hankintayksiköllä ei välttämättä ole aikaa eikä resursseja ryhtyä kokoamaan tuotetta.

Hankintalain 71 § asettaa tarkan määritelmän hankinnan kohteen kuvaukselle sekä siihen mahdollisesti sisältyville teknisille eritelmille. Hankinnan kohde tulee määritellä niin huolellisesti, että tarjoajat kykenevät määrittämään itse hankinnan kohteen ja sen perusteella antaa helposti keskenään verrattavissa olevia tarjouksia.⁷¹ Määritelmä ei saa rajoittaa perusteettomasti kilpailua julkisissa hankinnoissa ja sen tulee mahdollistaa tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuun. Hankinnan kohdetta kuvaavassa määritelmässä ei saa mainita tiettyä valmistajaa tai tiettyä alkuperää olevia tavaroita, eikä siinä myöskään saa viitata tavaramerkkiin, patentiin, tuotetyyppiin, alkuperään, erityiseen menetelmään, joka on ominainen tai tietyn tarjoajan tavaroille, palveluille tai tuotantoon siten, että viittaus suosii tai syrjii tiettyjä tarjoajia tai tavaroita. Tällainen viittaus on poikkeuksellisesti sallittu vain, jos hankintasopimuksen kohdetta ei ole mahdollista riittävän täsmällisesti ja selvästi kuvata muutoin. Viittaukseen on tällöin liitettävä ilmaisu ”tai vastaava”. On kuitenkin huomion arvoista, että hankintayksikkö voi vaatia kohteen kuvauksessa tarjoajalta tuotteeseen esimerkiksi Joutsen-merkkiä sen potentiaalisten ympäristövaikutusten vuoksi. Hankintayksikön on tosin hyväksyttävä muutkin samaa asiaa sertifioivat merkit tämänlaisessa tilanteessa.⁷²

⁷⁰ Eskola ym. 2017, s. 328.

⁷¹ HE 108/2016 vp, s. 167.

⁷² Kontio ym. 2017, s. 209.

Virheitä tarjouspyynnössä syntyy esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö on ilmoittanut referenssivaatimukset epäselvästi tarjouspyynnössään. Näin on käynyt markkinaoikeuden ratkaisuisissa 69/18.

Tapauksen tarjouspyynnössä on kohdassa "Soveltuvuusvaatimukset" ilmoitettu seuraavaa:

"Tarjoajan on täytettävä seuraavat kelpoisuutta koskevat vaatimukset sekä liitettävä tarjoukseensa alla pyydetyt selvitykset. Tarjoaja, joka ei täytä tarjoajan kelpoisuudelle asetettuja vaatimuksia suljetaan pois tarjouskilpailusta.

Tekninen osaaminen

1. Tarjoaja yrityksen referenssit tarjouspyynnön edellyttämällä toimialalla vastavan kokoluokan töistä (urakka, urakkasumma ja tilaaja), joihin urakoitsija haluaa vedota enintään kolmen edellisen vuoden ajalta."

Markkinaoikeuden arvioidessa tarjouspyynnön riittävää selvyyttä, kiinnittävät he huomionsa ensimmäiseksi sanamuotoon "haluaa vedota". Markkinaoikeus toteaa, että tästä sanamuodosta ei käy yksiselitteisesti ilmi, että kuinka monta referenssiä tarjoajan on tullut ylipäätään ilmoittaa tarjouspyynnön perusteella. Lisäksi markkinaoikeus toteaa, että referenssien on tullut olla tarjouspyynnön edellyttämältä toimialalta. Ilmoituksessa käytetty ilmaisu on markkinaoikeuden mukaan monitulkintainen, sillä pelkästään tarjouspyynnön perusteella ei ole voitu luotettavasti arvioida sitä, millaisten referenssien voidaan katsoa edellytetyyn toimialaan. Markkinaoikeus katsoo ratkaisussaan edellä esitetyn perusteella, että tarjouspyynnön soveltuvuusvaatimukset ovat referenssien kohdalta epäselvät. Referenssivaatimusten epäselvyys on jättänyt hankintayksikölle lähes rajoittamattoman harkintavallan tarjoajien soveltuvuuden arviointiin, mikä ei puolla tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Näin ollen hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti tarjouspyyntöä laatiessaan.⁷³

Joissakin tapauksissa koko tarjouspyyntö on laadittu niin sekavasti, että tarjoajat eivät välttämättä ymmärrä tarjouspyynnön sisältöä kaikilta osin. Tästä johtuen tarjoukset poikkeavat hyvin paljon toisistaan. Tästä hyvä esimerkki on markkinaoikeuden ratkaisu 270/19.

Tapauksen tarjouspyynnössä on todettu, että hankinnan kohteena on taitto- ja painopalvelut sisältäen ulkoasun suunnittelun, taiton, painotyön ja digilehden. Tarjouspyynnössä on lisäksi ilmoitettu, että hintojen tulee sisältää kaikki kustannukset ja että varauksia ja laskutuslisä ei hyväksytä.

Markkinaoikeus toteaa, että tarjouspyynnöstä on käynyt ilmi, että suunnittelu on sisältynyt hankinnan kohteeseen. Kuitenkaan tarjouspyynnöstä ei ole käynyt ilmi, onko suunnittelun hinta tullut ilmoittaa erikseen vai ottaa painotöiden kokonaishinnassa huomioon. Suunnittelun hinnalle ei myöskään ole hintataulukossa varattu omaa kohtaa. Markkinaoikeus toteaa, että tarjousten liitteenä käytettäväksi tarkoitettussa

⁷³ Ks. myös MaO 594/17 sekä MaO 846/17, joissa hankintayksikkö oli asettanut tarjouspyyntöönsä julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisen vähimmäisliikevaihtoon liittyvän soveltuvuusedellytyksen.

hintataulukossa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole ilmoitettu mitään suunnitteluun varattavasta tuntimäärästä tai suunnittelun laajuudesta painotuotekohtaisesti.

Saapuneista tarjouksista ilmenee, että tarjoajat ovat tulkinneet vaatimuksen suunnittelun sisällyttämisestä tarjouksiin eri tavoin. Osa tarjoajista on itse hintataulukkoa muokkaamalla lisännyt siihen erillisen rivin, johon on merkitty suunnittelun kokonaishinta painotuotekohtaisesti tai tuntihinta ja osa tarjoajista on esitetyn selvityksen mukaan sisällyttänyt suunnittelun kokonaishintoihin

Ratkaisun perusteluista selviää, että markkinaoikeus katsoo tarjouspyynnön olleen hintatietojen pyytämisen osalta siinä määrin epäselvä ja tulkinnanvarainen, etteivät alalla ammattimaisesti toimivat tarjoajat ole tarjouspyynnön perusteella voineet tietää minkälaisia hintatietoja niiden on tullut tarjouksissaan esittää.⁷⁴

Hankintayksikön tekemässä hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä oli keskenään ristiriitaista tietoa markkinaoikeuden tapauksessa 206/18.⁷⁵

Hankintayksikön julkaisemassa hankintailmoituksessa on todettu, että osatarjoukset eivät ole olleet sallittuja. Myös tarjouspyynnön kohdassa 1 on todettu, ettei osatarjouksia oteta huomioon.

Tarjouspyynnön kohdassa 3 "Tarjouksen sisältö" on puolestaan todettu seuraavaa:

"1. Itä-Lapin matkailun tuote- ja palvelutarjonnan vetovoimaisuuden selvitystyö markkina-alueittain (Brittein saaret, saksankielinen Eurooppa)

2. Markkinointitoimenpiteet

3. Markkinointimatka-valmistelut ja toteutus kohdealueelle (markkina-alueelle)

Tarjouksen tulee kattaa kaikki sisällön kolme kohtaa (eli ei osatarjouksia). Tarjouksen voi antaa vain yhdelle markkina-alueelle tai kummallekin kahdelle omana tarjouksenaan, jolloin hinta on eriteltyinä jokaiselle markkina-alueelle erikseen."

Tarkasteltavana olevassa tapauksessa sekä hankintailmoituksessa, että tarjouspyynnössä on ilmoitettu, että osatarjoukset eivät ole olleet sallittuja. Ottaen huomioon edellä osatarjouksista todettu, sanotun on katsottava olleen omiaan antamaan sellaisen kuvan, että tarjous on tullut antaa koko hankinnan kohteena olleesta kokonaisuudesta ja ettei tarjouksen antaminen vain yhden markkina-alueen osalta ole ollut mahdollista. Edellä tarjouspyynnön osalta selostetun valossa hankintayksikön on käyttämällään ilmaisulla "ei osatarjouksia" sen sijaan katsottava tarkoittaneen viitata siihen, ettei tarjoajien ole ollut mahdollista tarjota markkina-aluekohtaisesti vain osaa yhdestä tarjouspyynnössä luetellusta kolmesta osa-alueesta. Tarjouspyynnössä nimenomaisesti todetun mukaisesti tarjoajien on kuitenkin ollut mahdollista antaa tarjous pelkästään vain yhdelle markkina-alueelle.

Hankinnan kohteen määrittelyssä on ollut myös markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella ongelmia, kuten tapauksessa MaO 254/19.⁷⁶

Tapauksen tarjouspyynnön kohdassa II.2.4 "Kuvaus hankinnasta" hankinnan kohde on määritelty seuraavasti:

⁷⁴ Ks. myös MaO 489/19.

⁷⁵ Ks. lisäksi MaO 344/18.

⁷⁶ Ks. myös KHO 2019:84.

"Hankinnan kohteena on Rovaniemen kaupungin suun terveydenhuoltoon "kerralla suu kuntoon" -mallin toteuttamiseen soveltuva toiminnanohjausjärjestelmä, jolla sujuvitetaan resurssien hallintaa.

Järjestelmällä hallinnoidaan mm. tila- ja henkilöstöresurssin organisointia sekä potilasvirtoja. Lisäksi järjestelmän kautta viestitetään asiakkaille hoitoajoista tekstiviestein."

Tarjouspyynnössä on myös ollut kuvaus hankinnan kohteesta. Tarjouspyynnössä ei ole kuitenkaan mainittu hankittavien työasemien lukumäärää tai arviota kyseisestä lukumäärästä. Tarjouspyynnössä ei ole tuotu esiin sitä, mihin Rovaniemen kaupungin suun terveydenhuollon toimipisteisiin toiminnanohjausjärjestelmä on ollut tarkoitus hankkia. Mainituilla seikoilla on voinut olla merkitystä niin tosiasiallisesti hankittavien työasemien lukumäärään kuin käyttöönottoprojektin laajuuteen. Hankinnan kohteen kuvaus "kerralla suu kuntoon -mallin toteuttamiseen soveltuva toiminnanohjausjärjestelmä" on lisäksi ollut niin yleisluontoinen, ettei se ole ollut omiaan antamaan tarjoajille tarkkaa kuvaa hankinnan kohteesta, vaikkakin hankintayksikkö on sinänsä esittänyt hankintailmoituksessa hankinnan ennakoitun arvonlisäverottoman kokonaisarvon, jonka perusteella tarjoajat ovat voineet laskea suuntaa antavan arvion hankittavien työasemien määräästä.

3.3 Tarjousten käsittely

Hankintayksikön tulee tarkastaa ennen tarjousten käsittelyä EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta, että tarjoukset täyttävät hankintalain 79 §:n mukaiset edellytykset. Ensimmäisenä edellytyksenä kyseisen pykälän mukaan on se, että tarjous on hankintailmoituksessa sekä tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten, ehtojen ja perusteiden mukainen. Toisena edellytyksenä on se, ettei tarjousta ole antanut tarjoaja, joka olisi suljettu menettelyn ulkopuolelle hankintalain 80 §:n tai 81 §:n nojalla.

Hankintalain 80 §:ssä määritellään pakolliset poissulkemisperusteet. Hankintayksikön on päätöksellään suljettava tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle, jos hankintayksikön tiedossa on, että tarjoaja taikka sen hallinto-, johto tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävä henkilö on rikosrekisterissä ilmenevällä lainvoimaisella tuomiolla tuomittu rangaistukseen rikoslaissa (1889/39) tarkoitettusta lahjuksen antamisesta, törkeän lahjuksen antamisesta, lahjuksen antamisesta kansanedustajalle, törkeän lahjuksen antamisesta kansanedustajalle, osallistumisesta järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan, ihmiskaupasta, törkeästä ihmiskaupasta, veropetoksesta, törkeästä veropetoksesta, työeläkevakuutusmaksupetoksesta, törkeästä työeläkemaksuvakuutuspetoksesta, avustuspetoksesta, törkeästä avustuspetoksesta, avustuksen väärinkäytöstä, törkeästä lahjomisesta elinkeinotoiminnassa, lahjuksen ottamisesta elinkeinotoiminnassa, törkeän lahjuksen ottamisesta elinkeinotoiminnassa, rahanpesusta, törkeästä rahanpesusta, salahankkeesta törkeän rahanpesun tekemiseksi, tuottamuksellisesta rahanpesusta, terroristisessa tarkoituksessa tehdystä

rikoksesta, terroristisessa tarkoituksessa tehdystä rikoksen valmistelusta, terroristiryhmän johtamisesta, terroristiryhmän toiminnan edistämisestä, koulutuksen antamisesta terrorismirikoksen tekemistä varten, värväyksestä terrorismirikoksen tekemiseen, terrorismin rahoittamisesta, työturvallisuusrikoksesta, työaika-suojelurikoksesta, työsyrjinnästä, kiskonnantapaisesta työsyrjinnästä, työntekijöiden järjestäytymisvapauden loukkaamisesta ja luvattomasta ulkomaisen työvoiman käytöstä. Hankintayksikön on myös suljettava tarjoaja pois tarjouskilpailusta myös muussa valtiossa tehdystä jostain yllä mainitusta tai vastaavasta rikoksesta, josta on annettu lainvoimainen tuomio. Tarjoaja on myös suljettava siinäkin tapauksessa pois tarjouskilpailusta, jos se on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa veroja tai sosiaaliturvamaksuja Suomeen tai sijoittautumismaahansa. Poikkeuksena kumminkin tästä kaikesta on se, että tarjoajaa ei saa sulkea pois tarjouskilpailusta, jos jostain yllä mainitun rikoksen tai laiminlyönnin lainvoimaisen tuomion antamisesta on kulunut yli viisi vuotta. Poissulkuperusteet pohjautuvat hankintadirektiivin 57 artiklaan ja niiden päällimmäinen tarkoitus on vähentää sekä ehkäistä Euroopan yhteisön talouden alueella tapahtuvaa rikollista toimintaa.⁷⁷

Hankintalain 81 §:ssä määritellään harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet. Hankintayksikkö voi omaa harkintavaltaa käyttäen päätöksellään sulkea ulos tarjouskilpailusta tarjoajan: joka on konkurssissa tai purettavan tai keskeyttänyt liiketoimintansa taikka jonka velkoja on vahvistetulla akordilla, saneerausohjelmalla tai muussa vastaavassa lainsäädäntöön perustuvassa menettelyssä järjestelty; jonka konkurssiin asettaminen tai purkaminen on viireillä; joka on laiminlyönyt velvollisuutensa maksaa Suomen tai sijoittautumismaansa veroja tai sosiaaliturvamaksuja; joka on rikkonut Suomen tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten taikka kansainvälisten sopimusten ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita; joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua; jonka eturistiriitaa ei voida tehokkaasti poistaa muilla toimenpiteillä; jonka osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun on vääristänyt kilpailua, eikä vääristymää voida muuten poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä, tässä tapauksessa tarjoajalle on annettava mahdollisuus osoittaa, ettei sen osallistuminen hankinnan valmisteluun ole johtanut tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen; jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa, jotka ovat

⁷⁷ HE 108/2016 vp, s. 180–181.

johtaneet aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, purkamiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin; joka on syylistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle tarkoitettuja tietoja tai laiminlyönyt näiden tietojen antamisen; joka on pyrkinyt vaikuttamaan epäasianmukaisesti hankintayksikön päätöksentekoon, saamaan luottamuksellisia tietoja, joiden avulla se voi saada perusteetonta etua hankintamenettelyssä tai tarkoituksellisesti antamaan harhaanjohtavia tietoja, jotka voivat vaikuttaa olennaisesti tarjoajan tai tarjouksen valintaa koskeviin päätöksiin. Jos tarjoajan hallinto-, johto-, tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös-, tai valvontavaltaa käyttävä henkilö on ammattitoiminnassaan syylistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakaavaan virheeseen tai rikkonut Suomen tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten, kansainvälisten sopimusten ympäristö-, sosiaali- tai työoikeudellisia velvoitteita taikka tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua voidaan tarjoaja sulkea harkinnanvaraisesti pois tarjouskilpailusta. Poikkeuksena pykälässä on mainittu se, että tarjoajaa ei saa sulkea harkinnanvaraisesti pois tarjouskilpailuista, jos jostain yllä mainitusta tapahtumasta on kulunut yli kolme vuotta.

Kansallisten kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta tarjoajien poissulkemisesta tarjouskilpailusta ei ole hankintalaissa yhtä tarkkaa sääntelyä kuin EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta. Tarjoajan poissulkemisesta tarjouskilpailusta kansallisten kynnysarvojen ylittävissä hankinnoissa säädetään hankintalain 105 §:ssä. Pykälän mukaan tarjoajan sulkeemisesta tarjouskilpailun ulkopuolelle voidaan noudattaa samoja säännöksiä kuin EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta. Lainkohta antaa siis harkintavallan hankintayksikölle. Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaate puoltaa kumminkin sitä, että hankintayksikkö soveltaisi ainakin vähintään hankintalain 80 §:ssä määriteltyjä pakollisia poissulkemisperusteita.⁷⁸ Katsoisin itse tämän perusteella hankintayksikön soveltavan suhteellisen herkästi hankintalain 80 §:ssä määriteltyjä pakollisia poissulkemisperusteita myös pienhankintojen osalta.

EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta hankintayksikön tulee tarjoajien mahdollisten poissulkemisten jälkeen valita tarjouksista kokonaistaloudellisesti edullisin. Hankintalain 93 §:n mukaan kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous on joko hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras. Pykälä jättää siis harkintavaltaa

⁷⁸ Eskola ym. 2017, s.330.

hankintayksikölle.⁷⁹ Kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous pitää sisällään siis kolme eri valintaperustetta, joita ovat hinta-laatusuhde, kustannuksien mukainen edullisuus ja halvin hinta.⁸⁰ Jos hankintayksikkö käyttää muissa kuin tavarahankinnoissa kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena ainoastaan halvinta hintaa, sen on esitettävä tätä koskevat perustelut hankinta-asiakirjoissa. Halvimman hinnan perusteluvelvollisuus muiden kuin tavarahankintojen osalta perustuu hankintadirektiiviin ja sen avulla pyritään tuottamaan laadukkaampia ratkaisuja eritoten palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa.⁸¹ Halvimmalla hinnalla tarkoitetaan pelkästään itse hankintahintaa.

Hankintayksikön käyttäessä valintaperusteenaan kustannuksiltaan edullisinta tarjousta, ei perusteluvelvollisuutta ole kuten halvimman hinnan osalta. Kustannuksiltaan edullisimmalla tarjouksella tarkoitetaan itse hankintahinnan lisäksi muita hankintaan liittyviä kustannuksia, kuten esimerkiksi hankintalain 95 §:n mukaisia elinkaarikustannuksia. Elinkaarikustannuksia ovat hankintayksikölle tai muille hankinnan kohteen käyttäjille aiheutuneet hankintakustannukset, käyttökustannukset, huoltokustannukset sekä kierrätys- ja jätevaiheen kustannukset ja muut rakennusurakoiden, tavaroiden ja palvelujen elinkaareen aikaiset kustannukset.

Hankintayksikön käyttäessään valintaperusteenaan hinta-laatusuhteeltaan parasta tarjousta, voi hankintayksikkö halutessaan asettaa hinta-laatusuhteelle erilaisia vertailuperusteita, jotka voivat liittyä laadullisiin, yhteiskunnallisiin, ympäristö- tai sosiaalisiin näkökohtiin tai innovatiivisiin ominaisuuksiin. Laatuun liittyviä perusteita voivat esimerkiksi olla tekniset ansiot, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet, esteettömyys, kaikkien käyttäjien vaatimukset täyttävä suunnittelu, käyttökustannukset, kustannustehokkuus, myynnin jälkeinen palvelu ja tekninen tuki, huolto ja toimituspäivä tai toimitus- tai toteutusaika sekä muut toimitusehdot. Hankintayksikkö voi myös ottaa huomioon hankintasopimuksen toteutukseen osoitetun henkilöstön pätevyyden ja kokemuksen sekä henkilöstön organisoinnin, jos henkilöstön laadulla voi olla merkittävä vaikutus hankintasopimuksen toteuttamisessa.

Hinta-laatusuhteen vertailuperusteita sanotaan usein pisteuttämiseksi.⁸² Hankintayksikön on ilmoitettava pisteutyksensä painotukset (esimerkiksi 60 % hinta ja 40 % laadulliset

⁷⁹ Ks. asia C513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab* sekä asia C19/00 *SIAC Construction*.

⁸⁰ Pesu 2015, s. 196.

⁸¹ HE 108/2016 vp, s. 201.

⁸² Ks. esimerkiksi KHO 2020:305.

ominaisuudet). Jos hankintayksikkö haluaa yksilöidä laadullisia ominaisuuksia tarkemmin, tulee hankintayksikön ilmoittaa yksilöidyt preferenssinsä niin tarkasti, että kaikki kyseisellä alalla toimivat ammattilaiset ymmärtävät ne samalla tavalla. Hinta-laatusuhteen vertailuperuste liittyy hankintalain 94 §:n mukaan hankinnan kohteeseen, jos se liittyy kyseisen sopimuksen perusteella toimitettaviin rakennusurakoihin, tavarahankintoihin tai palveluihin liittyvään sopimukseen miltä tahansa osin ja missä tahansa niiden elinkaaren vaiheessa. Hankintalain 94 §:ää sovelletaan myös tilanteisiin, joissa vertailuperusteina mainitut tekijät eivät kuulu hankinnan kohteeseen sen fyysisenä osana.

Kansallisten kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta hankintayksikön tulee valita myös kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Hankintalain 106 §:ssä määritellään kokonaisedullisin tarjous huomattavasti suppeammin, mutta silti samalla tavalla kuin EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta. Katsoisin, että pienhankintojen osalta hankintayksikön tulisi ilmoittaa tarjouksen valintaperusteet tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatetta noudattaen.

Tarjouspyyntö voi tulla helposti virheelliseksi esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö ei ole sulkenut tarjoajaa pois tarjouskilpailusta, vaikka tarjoaja ei täyttänyt tarjouspyynnössä ilmoitettuja vähimmäisvaatimuksia. Näin on käynyt markkinaoikeuden ratkaisussa 512/18.⁸³

Tarjouspyynnön kohdassa "Soveltuvuusvaatimukset" on asetettu muun ohella seuraava tarjoajia koskeva soveltuvuusvaatimus: "Tarjoajalla on vähintään yksi (1) aikaisempi FIFA Quality vaatimusten mukainen sertifioitu jalkapallotekonurmitoimitus pohjoismaisiin ilmasto-olosuhteisiin." Tarjouksen liitteeksi on tullut ladata tiedot referenssikohteesta, mukaan lukien lyhyt kuvaus kohteen toteutuksesta.

Tarjouspyynnön kohdassa "Hankinnan kohteen kriteerit" on asetettu kumirouhetekonurmelle muun ohella seuraavat pakolliset vaatimukset: "Tarjottu kumirouhetekonurmi täyttää julkaisussa 'FIFA Quality Programme for Football Turf Handbook of Requirements October 2015 Edition' asetetut vaatimukset",

Tarjouspyynnön kohdassa "Hylkäämisperusteet" on todettu seuraavaa: "Edellytämme tarjouspyynnössä ja sen liitteissä ilmoitettujen vaatimusten täyttymistä. Tarjous hylätään, jos tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetyt vaatimukset eivät täyty tai jos tarjous ei muilta osin vastaa tarjouspyyntöä."

Voittanut tarjoaja on ilmoittanut referenssinään Peri (Sahara) -kentän Helsingistä. Tarjouksen liitteenä on kyseisen kentän osalta muun ohella ollut FIFA-kenttätestiraportti ja sertifiointitodistus. FIFA-kenttätestiraportin mukaan tekonurmi on asennettu 4.6.2013 ja testaus on suoritettu 11.6.2013. Sertifiointitodistuksen mukaan tekonurmi on saanut FIFA Quality ohjelman mukaisen sertifiointin ajalle 11.9.2013–10.9.2014.

⁸³ Ks. myös MaO 205/18 ja MaO 428/18.

Markkinaoikeus toteaa ratkaisussaan, mielestäni hieman yllättäen jopa, että soveltuvuutta koskevan referenssivaatimuksen ei täydy välttämättä vastata täysin hankinnan kohteelle asetettuja vaatimuksia. Markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö on voinut harkintavaltansa rajoissa hyväksyä voittajan tarjouksen, vaikka siinä on ollut FIFA Quality -ohjelman mukainen sertifiointi ajalle 11.9.2013-10.9.2014 tarjouspyynnössä vaaditun 2015 vuoden sijaan. Tapauksessa selviää silti, että voittaneen tarjoajan tarjous on ollut muilta osin ristiriidassa⁸⁴ tarjouspyynnössä vaaditusta tekonurmesta ja näin ollen se olisi tullut sulkea joka tapauksessa pois tarjouskilpailusta.⁸⁵

Joissain tapauksissa hankintayksikkö on taas sulkenut tarjoajan virheellisesti pois tarjouskilpailusta, vaikka tarjoaja on täyttänyt hankintayksikön itse asettamat soveltuvuusvaatimukset. Näin on käynyt esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa 676/17.

Hankintayksikkö on pyytänyt tarjouksia kaivinkonemuokkaus- ja kunnostusojituspalveluista vuodesta 2017 alkaen. Hankinnan kohteena on ollut usea hankintaerä, joista on kustakin tullut jättää erillinen tarjous ja joihin on kuhunkin valittu oma toimittaja. Valintaperusteena on jokaisen erän osalta ollut halvin hinta.

Valittaja on jättänyt tarjouksen hankintaeristä 5, 5a ja 5b. Tarjouspyynnön mukaan hankintaerä 5 on ollut vaihtoehtoinen hankintaerille 5a ja 5b. Tarjoukset on hyväksytty joko erään 5 tai eriin 5a ja 5b sen mukaan, kumpi on edullisempi. Hankintayksikkö on hankintapäätöksellään 28.2.2017 valinnut VM Peat Ay:n toimittajaksi hankintaerälle 5. Samalla päätöksellä valittaja on suljettu tarjouskilpailusta hankintayksikön aiempien huonojen kokemusten perusteella.

Valittaja on ensinnäkin vedonnut siihen, että hankintayksikkö ja valittaja ovat Oulun käräjäoikeudessa 20.9.2016 riita-asian yhteydessä tekemällään sovintosopimuksella sopineet, että valittaja saa osallistua hankintayksikön vastaisuudessa avaamiin kilpailutuksiin, eikä hankintayksiköllä ole tämän vuoksi ollut oikeutta sulkea valittajaa tarjouskilpailusta. Valittaja on myös esittänyt väitteitä siitä, että hankintayksikkö on rikkonut mainittua sovintosopimusta.

Markkinaoikeus toteaa, että valittajan työnjäljessä on hankintayksikön vetoaman tarkastusraportin ja reklamaatioiden mukaan havaittu lukumäärällisesti useita puutteita, mutta yksikään niistä ei ole ollut erikseen erityisen merkittävä. Valittajan työnjäljessä havaitsemiensa puutteiden perusteella hankintayksikkö on vähentänyt valittajan loppulaskusta noin 5.000 euroa. Siten työssä havaitut puutteet ovat olleet taloudellisesti melko vähämerkityksellisiä. Puutteet eivät markkinaoikeudelle esitetyn selvityksen perusteella ole olleet kyseisten urakoiden luonne huomioon ottaen tavallisuudesta poikkeavia tai epätyypillisiä.

Markkinaoikeus toteaa edelleen, että hankintayksikkö ei ole edes väittänyt, että sen suorittama arviointi valittajan vakavasta virheestä ammattitoiminnassa perustuisi joihinkin muihin urakoihin kuin sen vetoamiin kolmeen urakkaan. Nyt poissulkemisen

⁸⁴ Ks. myös MaO 91/91, jossa tapauksessa tarjoajalla eturistiriita sekä asian C538/13 *eVigilo Ltd* kohta 43.

⁸⁵ Ks. myös MaO 29/18, jossa tarjous täytti sinänsä tarjouspyynnön vähimmäisvaatimukset, mutta oli silti julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastainen tarjoajan unohdettua toimittaa tietty tarjouksessa vaadittu asiakirja määräaikaan mennessä.

perusteena vedotut urakat on toteutettu kaikki noin yhden kuukauden sisällä eli käytännössä samana ajankohtana. Siten valittajan väitettyjen laiminlyöntien ei voida katsoa olleen luonteeltaan toistuvia ja hankintayksikön vetoama valittajan menettely on ollut verraten lyhytaikaista. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella ei ole ilmennyt syytä todeta, että valittaja olisi kieltäytynyt korjaamasta puutteita.

Edellä esitetty sekä muu asiassa esitetty selvitys huomioon ottaen markkinaoikeus katsoo, etteivät hankintayksikön esittämät valittajan toiminnan puutteet ole olleet siinä määrin vakavia, että valittajan toimintaa voitaisiin kokonaisuudessaan arvostellen pitää sellaisena hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettuna vakavana virheenä ammattitoiminnassa, joka olisi oikeuttanut hankintayksikön sulkemaan valittaja tarjouskilpailusta.⁸⁶

Hankintayksikön pyytäessä täsmennystä tarjouksesta katsotaan menettely helposti yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaiseksi. Hankintayksikkö ei saa pyytää tarjoukseen täsmennyksiä tai korjauksia, joilla voisi olla olennainen vaikutus tarjoajan asemaan.⁸⁷ Hankintayksikkö oli toiminut virheellisesti pyytäessään täsmennystä tarjouspyynnön vastaisesta tuotteesta markkinaoikeuden ratkaisussa 237/19.

Hankinnan kohteena on ollut Salon kaupungin keskuskeittiölle asennettava tunneliastianpesukone tappimatolla.

Tarjouksen kokonaistaloudellisen edullisuuden peruste on ollut paras hinta/laatusuhde siten, että hinnan painoarvo on ollut 60 pistettä ja laadun painoarvo 40 pistettä. Hankinnalle on asetettu kaksi hintaa koskevaa vertailuperustetta, jotka ovat olleet tunneliastianpesukoneen kokonaishinta sekä käyttö- ja elinkaarikustannukset. Tarjouspyynnön mukaan alhaisimman käyttö- ja elinkaarikustannuksen antanut tarjoaja on saanut 30 pistettä tarjousvertailussa. Tarjouspyynnön mukaan muiden tarjoajien pisteet suhteutetaan alhaisimman hinnan antaneen tarjoajan tarjoushintaan.

Tarjouspyynnön kohdan "Hankinnan kohteen kriteerit" alakohdassa "Ryhmän yleiset kriteerit" on ilmoitettu seuraavaa:

"Käyttö- ja elinkaarikustannukset. Tarjoajan tulee syöttää tähän laskemansa käyttö- ja elinkaarikustannukset 15:lle vuodelle. Syötä tähän luku liitteestä 5 käyttökustannuslaskelma (Excel-taulukko) kohdasta D69."

Tarjoajan on tullut liittää tarjoukseensa täytetty liite 5 eli käyttökustannuslaskelma. Edelleen tarjouspyynnön kohdan "Hankinnan kohteen kriteerit" alakohdassa "Tunneliastianpesukoneen ehdottomat vaatimukset" on edellytetty seuraavan kohdan täyttämistä:

"Pesunopeus 3 minuutin kontaktiajan mukaan (GN-astiat, DIN 10534, 10510)."
Tarjouspyynnön liitteessä 5 "Käyttökustannuslaskelma" on merkitty harmaalla värillä ne kohdat, jotka tarjoajan on tullut täyttää ja keltaisella värillä automaattisen täytön

⁸⁶ Ks. myös MaO 630/18 ja MaO 673/18.

⁸⁷ Tosin hankintayksikkö voi pyytää tietyissä tapauksissa selventämään tai täydentämään asiakirjoja, kuten juuri asian C336/12 *Manova A/S* ratkaisun kohdassa 39 todetaan. Ratkaisun kohdasta 39 käy ilmi, että hankintaviranomainen voi pyytää osallistumista koskevan hakemuksen yksittäisen kohdan täydentämistä tai korjaamista, jos tietojen voidaan objektiivisesti todeta olevan peräisin ennen menettelyn osallistumista koskevan hakemuksen esittämiselle asetetun määräajan päättymistä.

kohdat. Liitteen 5 kohdan "Pesuaika" alakohdassa "Tappimaton nopeus 3 minuutin kontaktiajalla (DIN 10534,10510)" on merkitty keltaisella värillä automaattisen täytön kohdan arvoksi 1,02.

Hankintayksikkö on saanut määräaikaan mennessä kaksi tarjousta. Salon kaupungin kaupunkikehitysjohtaja on 8.5.2018 tekemällään hankintapäätöksellä valinnut Metos Oy:n tarjouksen.

Salon kaupungin kaupunkikehityslautakunta on 30.5.2018 tekemällään hankintaoikaisu päätöksellä § 121 tehnyt korjauksen 8.5.2018 tehtyyn tarjousvertailuun. Vertailun osalta on korjattu voittaneen tarjoajan tarjouksen käyttö- ja elinkaarikustannusten hintaa sekä korjattu tarjousvertailua höyrynpistoilmaan liittyvän vertailuperusteen osalta siten, että voittaneen tarjoajan tarjouksen pistemäärä on tältä osin laskenut kolmesta pisteestä yhteen pisteeseen. Valittajan tarjous on saanut uudessa vertailussa 83,064 pistettä ja voittaneen tarjoajan tarjous 94 pistettä. Tarjouskilpailun lopputulos ei ole korjausten johdosta muuttunut.

Voittanut tarjoaja on tarjouksessaan ilmoittanut käyttökustannukseksi 41.369,73 euroa. Tarjouspyynnön liitteen 5 "Käyttökustannuslaskelma" kohdan "Pesuaika" alakohdassa "Tappimaton nopeus 3 minuutin kontaktiajalla (DIN 10534, 10510)" voittanut tarjoaja on merkinnyt automaattisen täytön kohtaan arvoksi 1,40 mainittuun liitteeseen sisältyneen arvon 1,02 sijaan.

Hankintayksikkö on hankintapäätöksen ja valittajan markkinaoikeudelle tekemän valituksen jälkeen pyytänyt voittanutta tarjoajaa täsmentämään tarjoustaan.

Täsmennyspyynnön johdosta Metos Oy on ilmoittanut käyttökustannukseksi 52.865,96 euroa. Edellä mainitun tarjouspyynnön liitteen 5 automaattisen täytön kohdan osalta Metos Oy on ilmoittanut arvoksi 1,02.

Markkinaoikeus toteaa kuitenkin ratkaisussaan, että vaikka voittaneen tarjoajan tarjous ei parantunut korjauksen seurauksena, niin asiassa on olennaista se, että voittaneen tarjoajan tarjous ei ollut alun perinkään tarjouspyynnön mukainen. Hankintayksikkö menetteli tapauksessa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti sallimalla tarjoajan täydentää alun perin tarjouspyynnön vastaisen tarjouksensa tarjouspyynnön mukaiseksi.⁸⁸ Oikeuskäytännössä on kuitenkin suhtauduttu sallivasti tarjouksessa ilmenneiden lasku- tai kirjoitusvirheiden korjaamiseen, kunhan korjaus ei johda tosiasiallisesti uuden tarjouksen esittämiseen.⁸⁹

Hankintayksiköllä on useissa markkinaoikeuden ratkaisuisissa ongelmia tarjousten vertailun kanssa. Hankintamenettely muuttuu virheelliseksi silloin, kun hankintayksikkö soveltaa ylimääräisiä vertailuperusteita tai vaihtoehtoisesti ei sovelle kaikki vertailuperusteitaan.

⁸⁸ Ks. myös MaO 247/18.

⁸⁹ Unionin tuomioistuin on linjannut näin ratkaisussaan asiassa C599/10 *SAG ELV Slovensko ym.* kohdassa 40.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 63/12 hankintayksikkö oli pisteyttänyt tarjouksen todella sekavasti.⁹⁰

Hankintayksikkö on 10.1.2011 tekemällään hankintapäätöksellä valinnut Verkko-asema Oy:n tarjouksen. Hankintapäätökseen sisältyvästä tarjousvertailusta ilmenevin tavoin vertailuperusteen 2 ”toimintatapojen ja projektisuunnitelman soveltuminen vaatimuksiin” osalta tarjoajat ovat voineet saada ”alustavasta projektisuunnitelmasta”, ”erityisvaatimuksista” sekä ”toimittajan tehtävistä” kustakin 5 pistettä, jolloin enimmäispistemäärä kyseisen vertailuperusteen osalta on ollut 15 pistettä (20 painoarvotettua pistettä).

Tarjousvertailusta ilmenevin tavoin valittaja on saanut ”alustavasta projektisuunnitelmasta” 3 pistettä, ”erityisvaatimuksista” 4 pistettä ja ”toimittajan tehtävistä” 5 pistettä.

Hankintapäätöksessä on valittajan tarjouksen pisteytystä vertailuperusteen 2 osalta perusteltu seuraavasti:

”Innofactor Software Oy:n projektisuunnitelma ei ole aivan yhtä tarkka kuin muiden tarjoajien suunnitelmat esim. aikataulutusten ja vastuuhenkilöiden osalta. Myöskään Oulussa pidettävien palaverien määrään ei ole otettu kantaa, mutta todetaan kuitenkin, että yhteydenpito voi tapahtua myös keskinäisin tapaamisoin. Toimittajan ja asiakkaan tehtävät on kuvattu selkeästi. Vastaavuus erityisvaatimuksiin tulee esille joissain kohdissa, mutta näitä ei ole käsitelty erikseen. Integrointi OPH:n järjestelmiin onnistuu hyvin.”

Hankintayksikkö on siten perustellut valittajan tarjouksen pisteytystä ”erityisvaatimusten” osalta toteamalla, että valittajan tarjouksessa ”vastaavuus erityisvaatimuksiin tulee esille joissain kohdissa, mutta näitä ei ole käsitelty erikseen”. Markkinaoikeus toteaa, ettei kyseisen yleisluonteisen ja yksilöimättömän ilmaisun perusteella voida päätellä, mihin konkreettisiin seikkoihin valittajan tarjouksen pisteytys on tältä osin perustunut.

Hankintayksikkö on markkinaoikeudessa täsmentänyt valittajan tarjouksen pisteytystä esittämällä, ettei valittaja ole tarjouksessaan yksilöinyt selainvaatimuksia ja päivitysversiona tarjouspyynnössä edellytetyssä laajuudessa. Markkinaoikeus toteaa tältä osin, että hankintayksikön hankintamenettelyn kuluessa sille esitettyyn kysymykseen antaman vastauksen mukaan tarjouspyynnössä tarkoitettuja ”erityisvaatimuksia” ovat olleet tarjouspyynnön liitteessä 1 ”Vaatimusmäärittely” luvussa ”Asiakaskohtaiset toiminnallisuudet” tarkoitettavat vaatimukset. Kyseisestä kohdasta ei kuitenkaan ilmene, että tarjouspyynnössä tarkoitettuja ”asiakaskohtaisia toiminnallisuuksia” olisivat olleet selainvaatimukset tai päivitysversionot. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, etteivät hankintayksikön vasta markkinaoikeudessa esittämät perustelut ole tältä osin perustuneet tarjouspyynnössä erityisvaatimusten osalta esitettyihin seikkoihin.

Edellä sanotun perusteella hankintapäätös on perusteltu puutteellisesti ja virheellisesti. Pisteytyksen perusteluista ei käy ilmi, mihin valittajan tarjouksen pisteytys erityisvaatimusten osalta on perustunut, eikä perusteluista myöskään ilmene, onko tarjouksen pisteytys perustunut tarjouspyynnössä mainittuihin seikkoihin.

⁹⁰ Ks. myös MaO 852/17.

3.4 Hankintalain 125 §:n mukainen hankintamenettelyn keskeyttäminen

Hankintamenettely voidaan keskeyttää hankintaviranomaisen toimesta. Hankintamenettelyn keskeyttäminen voi olla sallittua tai kiellettyä. Kielletyn keskeyttämisen johdosta hankintamenettelystä tulee virheellinen. Hankintayksikön on tehtävä hankintalain 123 §:n mukainen keskeyttämistä koskeva perusteltu päätös valitusosoituksineen, joka on annettava tiedoksi jokaiselle tarjouskilpailuun osallistuneelle tarjoajalle. Hankintayksikön on perusteltava päätöksessä keskeyttämiseen johtaneet seikat niin tarkasti, että tarjoajat voivat perustelujen johdosta arvioida keskeyttämisen lainmukaisuutta.⁹¹ Hankintalaissa ei säädetä ollenkaan sitä, että milloin keskeyttämistä koskeva päätös on tehtävä. Hankintayksikkö voi luonnollisesti tehdä keskeyttämistä koskevan päätöksen hankintamenettelyn aikana.

3.4.1 Todellinen ja perusteltu syy

Hankintamenettely voidaan keskeyttää hankintalain 125 §:n mukaan vain todellisesta ja perustellusta syystä. Todellisen ja perustellun syyn lisäksi keskeyttämisen arvioinnissa tulee kiinnittää myös huomiota siihen, että vaikuttaako keskeyttäminen syrjivästi tarjoajiin.⁹² Hallituksen esityksessä tarkoitettu todellinen ja perusteltu syy on äärimmäisen avoin käsite, sillä oikeuskäytännössä hankintamenettelyn keskeyttämiseen johtaneiden päätösten todelliseksi ja perustelluiksi syiksi on katsottu muun muassa hankintayksikön virheellinen arvio hankinnan arvosta. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että tarjousten arvo ylittää huomattavasti hankinnan ennakoitun kokonaisarvon kuten alla esitetyssä ratkaisussa MaO 293/19

Jyväskylän Vuokra-asunnot Oy (jäljempänä myös hankintayksikkö) on ilmoittanut 22.5.2018 julkaistulla kansallisella hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta rakennusurakasta koskien Mesikämmen 4 pihan saneeraustyötä.

Hankintayksikkö on 21.6.2018 ja 25.6.2018 tekemillään päätöksillä hylännyt molemmat saamansa tarjoukset. Hankintayksikkö on päätöksessään 25.6.2018 ilmoittanut järjestävänsä hankinnan kohteesta myöhemmin uuden tarjouskilpailun uusilla asiakirjoilla. Hankintayksikön on siten katsottava edellä mainituilla päätöksillään keskeyttäneen hankintamenettelyn.

Tapauksessa hankintayksikkö oli hylännyt molemmat saamansa tarjouksensa sillä perusteella, että työn urakkahinta ylittää työille budjetoidun summan selkeästi. Markkinaoikeus

⁹¹ Pekkala ym. 2017, s. 574.

⁹² HE 182/2010 vp, s. 22–23.

katsoi ratkaisussaan, että hankintayksiköllä on ollut hankintalain 125 §:n 1 momentin mukainen todellinen ja perusteltu syy keskeyttää hankinta.⁹³

Oikeuskäytännössä hankintamenettelyn lainmukaiselle keskeyttämiselle todelliseksi ja perustelluksi syyksi on katsottu myös tulkinnanvarainen tarjouspyyntö.

MAO 44/18

Kauhavan kaupunginhallitus on 22.5.2017 tekemällään päätöksellä § 131 keskeyttänyt hankintamenettelyn. Pöytäkirjasta käy ilmi, että Kauhavan kaupungin tekninen lautakunta on 27.4.2017 tekemällään päätöksellä § 25 esittänyt Kauhavan kaupunginhallitukselle muun ohella, että työyhteisöliittymä JaMin tarjous suljetaan tarjousvertailusta, koska sen KVR-urakkatarjouksen suunnitteluratkaisu ei ole ollut tarjouspyynnön mukainen. Tekninen lautakunta on perustellut päätöstään sillä, että tarjouspyyntöasiakirjojen mukainen suunnitteluratkaisu ei toteutuisi valittajien tarjouksessa pohjapiirroksen, leikkauspiirustuksen, julkisivujen ja asemapiirroksen mukaisesti. Kaupunginhallitus on kuitenkin arvioinut, ettei tarjouspyynnössä ole riittävän yksiselitteisesti ilmoitettu, että tarjouspyyntöasiakirjoina olleet ARK-suunnitelmat ovat olleet sitovia, mistä johtuen yksi tarjoaja on tulkinnut tarjouspyyntöä sen tarkoituksen vastaisesti.

Kaupunginhallitus on pitänyt edellä kerrottua tarjouspyynnön tulkinnanvaraisuutta sellaisena virheenä, että tarjoajien tasapuolisen kohtelun varmistamiseksi tarkoituksenmukaisinta on ollut keskeyttää hankintamenettely

Markkinaoikeus katsoo yllä mainitun tapauksen ratkaisussaan, että tarjouspyynnön tulkinnanvaraisuus on hankintalain 125 §:n 1 momentin mukainen hyväksyttävä todellinen ja perusteltu syy hankinnan keskeyttämiselle.⁹⁴

Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu todelliseksi ja perustelluksi syyksi hankinnan keskeyttämiselle myös hankinnan tarpeen muuttuminen kesken hankintamenettelyn. Näin käy ilmi markkinaoikeuden ratkaisusta 269/19.

Liikennevirasto on ilmoittanut 13.9.2018 julkaistulla EU-hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta merikarttojen jakelu- ja kustannussopimuspalveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta ajalle 1.1.2019–31.12.2021 ja yhden vuoden optiokaudelle.

Liikenneviraston johtaja ja ylitarkastaja ovat 6.11.2018 tekemällään hankintapäätöksellä valinneet erään tarjoajan tarjouksen ja samana päivänä tekemällään päätöksellä sulkeneet Suomen Kirjastopalvelu Oy:n tarjouskilpailusta.

Liikenneviraston johtaja ja ylitarkastaja ovat 13.12.2018 tekemällään hankintaoikaisu päätöksellä poistaneet 6.11.2018 tekemänsä hankintapäätöksen ja päätöksen tarjoajan poissulkemisesta ja 13.12.2018 tekemällään päätöksellä keskeyttäneet hankintamenettelyn. Päätöstä on perusteltu muun ohella sillä, että hankinnan tarve hankinnan kohteena olevalle palvelulle on muuttunut hankintamenettelyn aikana, eikä hankintayksikkö tule toteuttamaan hankintaa kysymyksessä olevassa hankintamenettelyssä todetun mukaisesti.

⁹³ Ks. myös MAO 610/09.

⁹⁴ Ks. C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy* kohta 36.

Markkinaoikeuden ratkaisun johtopäätöksestä ilmenee, että hankintayksikkö ei ole menetellyt hankinnan keskeyttäessään julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.⁹⁵

Hyväksyttävänä keskeyttämisperusteena pidetään myös tilannetta, jossa tarjouskilpailuun on osallistunut vain yksi tarjoaja, vaikka tämä kyseinen tarjoaja olisikin kaikin puolin validi suorittamaan hankintamenettelyllä etsityn tavara-, palvelu- tai rakennusurakkahankinnan. Oikeuskäytännössä on katsottu, että tämänkaltaisessa tilanteessa hankinnan keskeyttäminen katsotaan todelliseksi ja perustelluksi syyksi puuttuvan kilpailun takia, sillä yksi hankintamenettelyn tavoitteista on juuri stimuloida kilpailua.⁹⁶

Todelliseksi ja perustelluksi syyksi keskeyttää hankintamenettely on katsottu myös hankintayksikön muuttunut rahoitustilanne markkinaoikeuden ratkaisussa 81/14

Kaarinan kaupunki on ilmoittanut 15.4.2013 julkaistulla EU-hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta koululaiskuljetusten palveluhankinnasta lukuvoodelle 2013–2014 ja mahdolliselle yhden vuoden pituiselle optiokaudelle.

Kaarinan kaupungin hallintopalvelun hankintapäällikkö on 23.5.2013 tekemällään päätöksellä nro 3/2013 hylännyt muun ohella Peimarin Liikenne Oy:n ja Turun Inva-taksit Oy:n tarjoukset reitiltä P10 sekä Peimarin Liikenne Oy:n tarjouksen reiteiltä P11a ja P11b ja päättänyt kilpailuttaa reitit uudelleen.

Päätös keskeyttää mainittujen reittien hankintamenettely on perustunut hankintayksikön mukaan todellisiin ja perusteltuihin syihin. Halvinkin tarjous reitiltä on ylittänyt hankintayksikön arvioiman kustannuslaskelman yli 400 prosentilla. Arvio on perustunut aiemmin kilpailutettuun reitin hintatasoon. Reittiä on ajettu samalla hinnalla reittiä muuttamatta koko edellisen sopimuskauden ajan. Korkean hinnan vuoksi hankintayksikkö aikoo käynnistää selvitykset reitin tarkoituksenmukaisemmasta toteutustavasta.

Yllä mainitussa markkinaoikeuden tapauksessa ei niinkään ollut kyse hankintayksikön muuttuneesta rahoitustilanteesta, vaan enemmänkin muuttuneesta hinnasta ja sen vaikutuksesta hankintayksikön rahoitustilanteeseen. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei ollut menetellyt julkisia hankintoja koskevia oikeusohjeiden vastaisesti.⁹⁷

Kuten yllä esitetyistä ratkaisuista voi huomata, hankintalain 125 §:n 1 momentin mukainen perusteltu ja todellinen syy on erittäin ympäröivä käsite ja puoltaakin vahvasti hankintayksikön oikeutta keskeyttää hankintamenettely. Mielestäni tämä ei ole hyvä asia, sillä

⁹⁵ Ks. myös KHO 15.12.2005-T- 3357 sekä KHO 15.4.1999-T- 770.

⁹⁶ Asia C-27/98 *Fracasso & Leitschutz* kohdat 26–27 ja ks. myös MAO 593/16.

⁹⁷ Ks. myös KHO 22.3.2006-T-671, jossa hankintamenettely keskeytettiin hankintalain mukaisesti puutteellisen rahoituksen vuoksi.

tarjoajan luottamuksensuoja hankintamenettelyn aikana on jo valmiiksi todella hataralla pohjalla. Mutta sitten taas toisaalta vasta-argumenttina tälle voidaan katsoa yhteiskunnan resurssien tehokkaan allokaation turvautuminen, kun hankintayksikkö voi keskeyttää hankintamenettelyn suhteellisen laajoilla perusteilla. Katsoisin, että tähän hyvä ratkaisu voisi olla se, että hankintalain 125 §:ssä yksilöitäisiin laajemmin hyväksyttäviä perusteita keskeyttää hankintamenettely.

3.4.2 Keskeyttämisen mahdollinen tarjoajia syrjivä vaikutus

Hankintamenettelyn keskeyttämisen lainmukaisuutta arvioitaessa on kiinnitettävä huomioita todellisen ja perustellun syyn lisäksi siihen, että vaikuttaako keskeyttäminen syrjivästi tarjoajiin. Euroopan Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan keskeytyspäätöksessä on noudatettava yhteisön oikeuden perussääntöjä, kuten syrjinnän kiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteita.⁹⁸ Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 18 §:n artiklan mukaan kaikenlainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä. Syrjintä voi näyttäytyä hankintamenettelyn keskeyttämisessä tosiasiallisesti siten, että esimerkiksi suomalaisen tarjoajan hävitessä tarjouskilpailun, hankintaviranomainen keskeyttäisi hankintamenettelyn, jotta ulkomainen yritys ei tulisi hankinnan suorittajaksi.

Hankintamenettelyn keskeyttäminen vaikuttaisi tarjoajiin syrjivästi myös silloin, kun hankintayksikkö laiminlöisi tai viivyttelisi keskeyttämisen jälkeen annettavassa hankintalain 123 §:n hankintaa koskevassa päätöksen tiedoksiannon antamisen tarjoajille. Viivyttelyn kieltö mainitaan nimenomaisesti klassisen hankintadirektiivin 55 artiklan 1 kohdassa, jonka mukaan tarjoajalle on annettava mahdollisimman pian tiedoksi perusteltu päätös, joka koskee hankintamenettelyn aloittamista uudelleen.

Jos keskeyttämisen jälkeen järjestetään uusi hankintamenettely ja ensimmäisen menettelyn tarjoukset ovat tulleet julkisiksi, on hankintayksiköllä jonkinasteinen velvollisuus huolehtia siitä, etteivät keskeytetyn hankintamenettelyn tarjoukset tulisi liian helposti muiden nähtäviksi. Uusi menettely saattaisi muodostua joitakin tarjoajia kohtaan syrjiväksi, sillä osa tarjoajista voisi nähdä etukäteen jo tietoa muiden hinnoittelusta.⁹⁹

⁹⁸ HE 182/2010 vp, s. 22–23.

⁹⁹ Virtanen 2003, s. 590.

3.5 Hankintalain 125 §:n vastainen hankintamenettelyn keskeyttäminen

Hankintalain 125 §:n vastaisesta keskeyttämisestä ei löydy oikeuskäytännöstä paljoakaan tietoa, sillä lainsäädäntö puoltaa todella vahvasti hankintayksikön oikeutta keskeyttää hankintamenettely, kuten tutkielmassa aikaisemmin esitetyistä markkinaoikeuden ratkaisuksista voi huomata. Seuraavista markkinaoikeuden ratkaisuksista selviää, että hankinnan keskeyttämisen lainmukaisuutta arvioidaan aina tapauskohtaisesti ja objektiivisesti tarkastellen. Oikeuskäytännössä on katsottu vakiintuneesti silti muutamia tilanteita, jolloin hankintamenettelyn keskeyttäminen katsotaan herkemmin lainvastaiseksi. Näitä ovat tilanteet, jossa hankintayksikkö keskeyttää hankintamenettelyn ja päättää suorittaa hankinnan kohteena olevan työn tai palvelun omana työnään tai tilanne, jossa hankintayksikkö hylkää kaikki tarjouspyynnön mukaiset tarjoukset ja keskeyttää hankintamenettelyn. Näissä tilanteissa hankintayksikön toiminta voidaan mahdollisesti katsoa kielletyksi tinkimistä tai kielletyksi markkinoiden kartoittamiseksi

3.5.1 Tinkiminen

Kiellettyä tinkimistä esiintyi markkinaoikeuden ratkaisussa 4/03. Tapauksessa hankintayksikkö oli antanut tarjouskilpailussa kahdelle tarjousvertailussa tasapistein olevalle tarjoajalle tilaisuuden täsmentää tarjouksiaan. Toinen tarjoajista oli täsmennyksessään ilmoittanut antavansa yhden alkuperäisessä tarjouksessa ilmoittamansa 4900 euron arvoisen tuotteen ilmaiseksi uudessa täsmennytyssä tarjouksessa. Hankintayksikön hyväksyessään tämän tarjouksen, katsottiin sen menettelleen muita tarjoajia kohtaan syrjivästi tinkimällä laittomasti tarjouksista.¹⁰⁰

Tapaus ei niinkään liittynyt hankintalain 125 §:n vastaiseen keskeyttämiseen, vaan antoi hyvän esimerkin siitä, että milloin hankintayksikön toiminta on kiellettyä tinkimistä. Tinkimisväitteitä esitetäänkin usein tarjoajien puolelta hankinnan keskeyttämistilanteissa markkinaoikeudessa riideltäessä.¹⁰¹

¹⁰⁰ Virtanen 2003, s. 589.

¹⁰¹ Ks. MAO 200-201/14.

Tapauksessa MaO 330/2009 hankintayksikkö oli hylännyt kaikki tarjouspyynnön mukaiset tarjoukset ja pyytänyt sen jälkeen tarjoukset uudelleen arvioitavaksi itselleen ilman perustelematta päätöstään. Markkinaoikeudessa hankintayksikkö perusteli ratkaisuaan viittaamalla korkeasuhdanteen aiheuttamaan urakkahintojen nousuun. Markkinaoikeus katsoi ratkaisusaan, että hankintayksikkö oli pyrkinyt menettelyllään saamaan halvempia tarjouksia uudella hankintakierroksella ja sen menettely oli näin ollen ollut kiellettyä tinkimistä. Tinkimistä arvioitaessa lähtökohtana on muutosten objektiivinen vaikutus tarjoajiin ja se, että onko hankintayksikön menettely ollut tasapuolista kaikkia tarjoajia kohtaan vai ei.¹⁰²

3.5.2 Markkinoiden kartoittaminen

Markkinoiden kiellettyä kartoittamista on tilanne, jossa hankintayksikkö aloittaa hankintamenettelyn motiivinaan pelkästään kartoittaa sen hetkinen markkinatilanne, tietäen että se keskeyttää hankintamenettelyn kartoituksen tehtyään ja sen jälkeen tekee hankinnan joko omana työnään tai ei tee sitä ollenkaan. Markkinaoikeuden tapaus 95/04 on hyvä esimerkki markkinoiden kielletystä kartoittamisesta. Tapauksessa hankintaprosessi oli käynnistetty vain näennäisesti todellisen tarkoituksenaan kartoittaa markkinoita. Tapauksen ratkaisun perusteluista ilmenee, että markkinaoikeus ei hyväksynyt hankinnan keskeyttämistä ja piti tämänlaista toimintaa markkinoiden kiellettyinä kartoittamisena.

Tosin hankintayksikön tehdessään hankintoja, on markkinoiden kartoittaminen välttämätön keino, sillä hankintayksikön on vaikea tietää minkälaisia tuotteita ja palveluita markkinoilla on yleisesti ottaen edes tarjolla ilman markkinoiden kartoittamista. Hankintayksiköt suhtautuvat markkinoiden kartoittamiseen sekä ylipäättään mahdollisten sopimuskumppaneiden kanssa käytyihin keskusteluihin ennen hankintamenettelyn alkua varauksella, sillä tämänlainen toiminta voidaan tuomioistuimen näkökulmasta katsoa helposti tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantamiseksi.¹⁰³

Kuten tästä luvusta käy hyvin ilmi, voi hankintayksikkö sortua virheelliseen hankintamenettelyyn monella eri tapaa. Katsoisin, että virheellisen hankintamenettelyn estämiseksi

¹⁰² Virtanen 2003, s. 587.

¹⁰³ Eskola ym. 2017, s. 118.

hankintayksiköiden tulisi konsultoida lainoppineita aina ennen hankintaa tehdessään välttääkseen virheellisen hankintamenettelyn syntymisen.

Kaiken kaikkiaan, hankintayksikön tulisi varata hyvin aikaa sekä valmistautua hankintamenettelyn suorittamiseen perusteellisesti, jottei mikään tässä luvussa mainituista hankintamenettelyn virheistä tapahtuisi ja hankinta saataisiin suoritetuksi virheettää. Virheitä saattaa syntyä helposti hankintamenettelyn aikana, mutta itselleni tuli silti hieman yllätyksenä markkinaoikeuden ratkaisuja analysoidessani, että kuinka paljon ja minkä luokan virheitä hankintaviranomaiset tekevätään hankintoja kilpailuttaessaan.

Tarjoajan tulisi myös varata hyvin aikaa tutustuakseen hankintaviranomaisen hankintamenettelyn aikana tekemiin päätöksiin ja katsoa ne huolella läpi mahdollisten virheiden takia. Uskoisin, että osa hankintayksikön virheellisen menettelyn johdosta syntyvistä tapauksista ei ylipäättään päädy edes markkinaoikeuden käsittelyyn asti. Esimerkiksi vuosina 2017-2019 Suomessa julkaistiin HILMA-ilmoituskanavan tilastojen mukaan 40 015 hankintailmoitusta. Näistä kaikista julkaisuista ilmoituksista 364 päätyi markkinaoikeuden käsittelyyn asti. Näistä käsittelyyn asti päätyneistä tapauksista 161:ssä oli markkinaoikeuden ratkaisun mukaan tapahtunut virhe hankintamenettelyn aikana.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Suojanen 2020, s. 4.

4 Korvaus virheellisen hankintamenettelyn johdosta hankintalain mukaisissa hankinnoissa

4.1 Tarjoajan oikeussuoja hankintalaissa yleisesti

Tarjoajan näkökulmasta katsottuna oleellisimmat hankintalaissa mainitut oikeussuojakeinot ovat hankintaoikaisu, valitus markkinaoikeuteen ja siellä vaatimalla joko hankintalain 154 §:n mukaisia seuraamuksia tai 155 §:n mukaista hyvitysmaksua. Näiden lisäksi vielä viimeisenä oikeussuojakeinona on hankintalain 169 §:n mukainen vahingonkorvaus.

Tarjoajan oikeus saada tosiasiallisesti korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta rajautuu hankintalain 155 §:n mukaiseen hyvitysmaksuun sekä 169 §:ssä mainittuun vahingonkorvaukseen ja siksi tämä luku painottuukin näihin kahteen hyvin vahvasti. Koen silti tarkoituksenmukaiseksi käydä läpi myös hankintaoikaisun sekä hankintalain 154 §:ssä mainitut markkinaoikeuden määräämät mahdolliset seuraamukset.

Hankintaoikaisun on katsottu olevan joustavin hankintalaissa mainituista oikeussuojakeinoista¹⁰⁵ ja se tarkoittaa hankintalain 132 §:n mukaan hankintayksikön virheellisen päätöksen poistamista tai muussa hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun peruuttamista, jolla on oikeudellisia vaikutuksia tarjoajan asemaan, ja asian ratkaisemista uudelleen, jos päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen tai jos asiaan on tullut sellaista tietoa joka voi vaikuttaa päätökseen, ratkaisuun tai hankintasopimuksen tekemisen edellytyksiin. Hankintalain 133 §:n mukaan hankintayksikkö voi ottaa hankintaoikaisun käsiteltäväkseen omasta aloitteestaan tai asianosaisen vaatimuksesta. Asianosaisen on esitettävä vaatimus 14 päivän kuluessa siitä, kun asianosainen on saanut tiedon hankintayksikön päätöksestä tai muusta hankintamenettelystä tehdystä ratkaisusta. Huomion arvoista on myös se, että hankintaoikaisu on mahdollista tehdä myös pienhankinnoissa hankintalain 135 §:n mukaan, vaikka pienhankintoihin ei muilta osin hankintalakiä sovelletakaan.

¹⁰⁵ Kuusikko 2017, s. 21.

Hankintalain 145 §:ssä määritellään muutoksenhakuun oikeutetut. Pykälän mukaan se, jota asia koskee, voi saattaa hankintaa koskevan asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi tekemälle valituksen. Tarjoaja on luonnollisesti muutoksenhakuun oikeutettu hankintayksikön virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Markkinaoikeus on toimivaltainen tutkimaan kaikki hankintalakiin tai erityisalojen hankintalakiin liittyvät asiat, mutta sillä ei ole toimivaltaa tutkia esimerkiksi sitä, että onko hankinnassa noudatettu esimerkiksi hallintolain mukaisia periaatteita.¹⁰⁶

Hankintalain 146 §:ssä määritellään muutoksenhaun kohde ja rajoitukset. Pykälän mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella voidaan saattaa hankintayksikön päätös tai muu hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta tarjoajan asemaan. Poikkeuksena on, ettei markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella voida saattaa hankintayksikön sellaista päätöstä tai muuta ratkaisua, joka koskee: yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua; sitä, ettei hankintasopimusta jaeta osiin; tai sitä, että kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena käytetään pelkästään halvinta hintaa tai kustannuksia.

Muutoksenhakuajasta säädetään hankintalain 147 §:ssä ja sen mukaan valitus on tehtävä kirjallisesti 14 päivän kuluessa siitä, kun tarjoaja on saanut tiedon hankintaa koskevasta päätöksestä valitusosoituksineen. 14 päivän valitusaikaan lukeutuu myös tilanne, jossa hankintayksikkö on toimittanut julkaistavaksi hankintasopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen muutoksia koskevan ilmoituksen Euroopan unionin viralliseen lehteen. Aikaa muutoksenhakuun on 30 päivää siinä tapauksessa, jos hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen jälkeen hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen puitejärjestelynä tai dynaamisen hankintajärjestelmän sisällä tehtynä hankintana. Valitus on tehtävä aivan viimeistään kuuden kuukauden sisällä hankintapäätöksen tekemisestä siinä tapauksessa, jos tarjoaja on saanut tiedon hankintapäätöksestä valitusosoituksineen ja hankintapäätös tai valitusosoitus on ollut olenaisesti puutteellinen.

Oikaisuvaatimuksen ja markkinaoikeudelle tehtävän valituksen muutoksenhaku-aika on pääsääntöisesti molemmissa 14 päivää päätöksen tiedoksisaannista, joten tarjoajan olisi järkevää käyttää virheellisen hankintamenettelyn huomattuaan nämä molemmat oikeussuojakeinot. Näiden molempien keinojen samanaikainen käyttäminen ei siirrä toiselle asetettua

¹⁰⁶ *ibid.* s. 2.

määräaika yhtään pidemmäksi.¹⁰⁷ Hankintalain 134 §:ssä säädetään vielä erikseen yhtäaikaaisesti tehdystä oikaisuvaatimuksesta ja markkinaoikeudelle tehdystä valituksesta. Pykälän mukaan asiassa menetellään niin, että jos korjattavaan päätökseen tai muuhun hankintamenettelyssä tehtyyn ratkaisuun on haettu markkinaoikeudelta muutosta, on asian käsiteltäväksi ottamisesta hankintaoikaisuna ilmoitettava ja siinä tehty päätös on toimitettava markkinaoikeudelle. Hankintayksikön kieltäessä, keskeyttäessä tai määrätessä hankintaoikaisun täytäntöönpanoon, on hankintayksikön tästä ilmoitettava markkinaoikeudelle, jos asiasta on haettu myös muutosta valittamalla.

Hankintalain 154 §:ssä määritellään mitä seurauksia markkinaoikeus voi määrätä sille tehdyn valituksen johdosta. Pykälän kolmen ensimmäisen kohdan mukaan markkinaoikeus voi joko kumota hankintapäätöksen osaksi tai kokonaan, kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa virheellistä kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä taikka velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä. Näitä kolmea keinoa kutsutaan reaalikeinoksi ja niiden tavoite on olla ensisijainen keino puuttua hankintayksikön virheelliseen menettelyyn.¹⁰⁸

Pykälän neljäs kohta on hyvitysmaksun määrääminen asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tulen käymään seuraavaksi tämän kohdan perusteellisesti läpi tutkielmassa. Pykälän loput kolme kohtaa liittyvät markkinaoikeuden oikeuteen määrätä hankintayksikölle joko tehottomuusseurauksen tai määrätä sen maksamaan valtiolle seuraamusmaksun taikka lyhentämällä hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua. Kolme viimeksi mainittua markkinaoikeuden määräämää seuraamusta eivät ole tutkielman kannalta niinkään oleellisia, joten niitä ei käydä tässä sen enempää läpi, tosin tarjoaja voisi vaatia vahingonkorvausta hankintalain 169 §:n mukaisella vahingonkorvausvaatimuksella perusteenaan sopimuksen tehottomuus tai vaihtoehtoisesti sopimuskauden ennaikainen päättyminen. Hankintalain 169 §:ään palataan vielä hyvitysmaksun jälkeen.

¹⁰⁷ Siikavirta 2015, s. 171.

¹⁰⁸ HE 50/2006 vp, s 119.

4.2 Hyvitysmaksu

Kuten edellisellä sivulla mainittiin, hankintalain 154 §:n 4 kohdan mukaan markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Hankintalain 155 §:n mukaan hyvitysmaksu voidaan määrätä maksettavaksi, jos reaalikeinot (hankintapäätöksen kumoaminen, hankintayksikön kieltäminen soveltamasta virheellisestä menettelyä ja hankintayksikön velvoittaminen korjaamaan virheellisen menettelynsä) saattaisivat aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat taikka jos valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Hyvitysmaksua määrättäessä otetaan huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu, valituksen kohteena olevan hankinnan tai käyttöoikeussopimuksen arvo ja valittajalle aiheutuneet kustannukset ja vahinko. Hyvitysmaksu ei saa ilman erityistä syytä ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta.

Hyvitysmaksu on siis samalla sanktio- sekä korvausluonteinen maksusuoritus.¹⁰⁹ Maksun sanktioluonne ilmenee siten, että hyvitysmaksun yhtenä tavoitteena on ollut hankintayksikön rankaiseminen hankintalainsäädännön vastaisen menettelyn johdosta. Maksun korvausluonne ilmenee taas siten, että hankintayksikön on maksettava korvausta tarjoajalle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hyvitysmaksun yhtenä tavoitteena oli sitä säättäessä myös saada keskitettyä kaikki julkisia hankintoja koskevat muutoksenhakua vaativat asiat markkinaoikeudelle. Tämän toivottiin vähentävän prosessikustannuksia sekä viranomaisten että tarjoajin kannalta katsottuna.¹¹⁰ *Saarinen* esittää teoksessaan ”Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa” hankintalain mukaisen hyvitysmaksun olevan hyvin samanlainen kuin laissa naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986, ”tasa-arvolaki”) mainittu hyvitys. Tasa-arvolaisissa määriteltyä hyvitystä tulkitsemalla voisi *Saaris*en mukaan saada hyvän pohjan hankintalaissa mainitun hyvityksen tulkintaan.¹¹¹ Olen tästä *Saaris*en kanssa samaa mieltä, sillä hankintalain mukainen hyvitysmaksu jättää sanamuodoltaan joltain osin tulkinnanvaraa.

¹⁰⁹ HE 69/1997 vp, s. 21.

¹¹⁰ Aalto-Setälä ym. 2008, s. 808.

¹¹¹ Saارين, 2008 s. 70.

Tasa-arvoon liittyviä asioita verrataan julkisiin hankintoihin useasti kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa¹¹², joten lainsoveltaja voisi teoriassa etsiä vastauksia myös tasa-arvolaista tulkintaongelmiin liittyvissä tilanteissa. Tämän vuoksi koen tarpeelliseksi käydä tasa-arvo-laissa määritellyn hyvityksen läpi sekä vertailla sitä hieman hankintalain hyvitykseen.

Tasa-arvonlain 11 §:n mukaan se, joka on rikkonut syrjinnän kieltoa, on velvollinen maksamaan loukatulle hyvitystä. Hyvitystä määrättäessä on otettava huomioon syrjinnän laatu ja laajuus sekä sen kestoaika sekä samasta teosta muun lain nojalla henkilöön kohdistuvasta loukkauksesta tuomittu tai maksettavaksi määrätty taloudellinen seuraamus. Myös hankintalain mukaisessa hyvityksessä otetaan huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu.

Tasa-arvo-laissa määritelty hyvitys ja sen saaminen ei estä loukattua lisäksi vaatimista korvausta taloudellisesta vahingosta vahingonkorvauslain taikka muun lain mukaan. Tämä on myös mahdollista hankintalain mukaisessa hyvityksessä, mikäli todellisen vahingon määrä ylittäisi tuomitun hyvitysmaksun.¹¹³ Tasa-arvolain 11 §:ssä säädetään 3000 euron alaraja hyvitykselle sekä 16210 euron yläraja tilanteessa, jossa työnantaja pystyy osoittamaan, että työntekijää ei olisi valittu tehtävään, vaikka valinta olisi tehty syrjimättömin perustein. Hankintalain hyvitysvaatimuksessa näyttövaatimus on taas vahingonkäräjällä ja tämän lisäksi hyvityksen yläraja on 10 prosenttia hankintasopimuksen arvosta, ellei ylitykseen ole jotain erityistä syytä. Katsoisin, että nämä kaikki seikat huomioon ottaen, voisi olla ihan täysin mahdollista, että lainsoveltaja käyttäisi hankintalain mukaisen hyvitysmaksuun liittyvissä tapauksissa ratkaisun argumentoinnissaan tasa-arvolain hyvitykseen liittyviä argumentteja.

4.2.1 Hyvitysmaksun määräämisen edellytykset

Hankintalain 154 §:n 4 kohdassa säädetään hyvitysmaksusta. Hyvitysmaksun ehdottomana määräämisen edellytyksenä on hankintalain esitöiden mukaan hankintamenettelyssä tapahtunut virhe ja se, että ilman tätä virhettä hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.¹¹⁴ Näiden molempien ehtojen on täytyttävä, jotta hyvitysmaksu voitaisiin määrätä.

¹¹² *ibid.* s. 70.

¹¹³ HE 69/1997 vp, s. 21.

¹¹⁴ HE 50/2006 vp, s. 119.

Hankintalain 155 §:n mukaan hyvitysmaksu voidaan määrätä maksettavaksi jos 154 §:n mukaiset reaalikeinot (hankintayksikön päätöksen kumoaminen osittain tai kokonaan, hankintayksikön kieltäminen soveltamasta virheellistä menettelyä tai hankintayksikön velvoittaminen korjaamaan virheensä) aiheuttaisivat hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat, tai jos valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. On huomattava, että pykälän sanamuodon mukaan nämä yllä mainitut tilanteet eivät ole ehdottomia edellytyksiä hyvitysmaksun määrittämiselle, vaan enemmänkin tilanteita, jotka aktualisoivat hyvitysmaksun maksamisen vahingonkärsijälle. Näissäkin tilanteissa hyvitysmaksun ehdottomana edellytyksenä on hankintamenettelyn virheellisyys sekä se, että asianosaisella olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Jotta hankintayksikölle syntyvä haitta olisi suurempi kuin vahingonkärsijälle maksetusta hyvityksestä syntyvä etu, olisi tilanteen oltava hankintayksikön kannalta hyvin erikoinen, sillä rationaalisesti ajateltuna hyvitysmaksun maksaminen vahingonkärsijälle on aina sanktio hankintayksikön näkökulmasta. Tämänlainen kohtuuttoman suuri haitta hankintayksikölle voisi syntyä esimerkiksi tilanteessa, jossa hankintayksikkö on kerennyt irtisanomaan tai vaihtoehtoisesti solmimaan hankinnan kohteen kannalta oleellisia sopimuksia hankintamenettelyn aikana jo ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista.

Haitoilla muille tai yleisen edun tilanteella voitaisiin tarkoittaa esimerkiksi myös yllä mainitun tapaista kuvitteellista tilannetta, jossa hankintayksikkö on syystä tai toisesta kerennyt solmimaan hankinnan kannalta oleellisia sopimuksia ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Tämänlaisessa tilanteessa hankintayksikön sopimuskumppanille voisi syntyä suurta haittaa sopimuksen menetyksestä, jos markkinaoikeus käyttäisi reaalikeinoja ja niiden johdosta tarjouskilpailun voittaisi toinen tarjoaja. Katsoisin, että yleiselle edulle suurempaa haittaa oleva tilanne voisi olla esimerkiksi sellainen, että hankinnan kohteena olisi jokin yhteiskunnalle kriittinen asia, kuten terveydenhuoltoon liittyvä hankinta ja tämä hankinta olisi tärkeä saada tehdyksi virheellisestä menettelystä huolimatta.

Hyvitysmaksun ehdottomana edellytyksenä on siis se, että hankintamenettelyn aikana on tapahtunut virhe ja hakijalla olisi ollut ilman juuri tätä nimenomaista virhettä mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hakijan on itse osoitettava tämä todellinen voittomahdollisuus. Hyvitysmaksu voitaisiin tuomita pääsääntöisesti vain yhdelle

hakijalle. Hyvitysmaksua ei voitaisi määrätä maksettavaksi, jos hakija olisi työ- ja elinkeinoministeriön viranomainen tai sellainen valtion taikka kunnan viranomainen, joka on myöntänyt hankekohtaista tukea rakennushankkeen toteutumiseen.¹¹⁵ Hyvitysmaksun säätämisen taustalla on toisen valvontadirektiivin 1 kohdan 7 kappaleen tarjouksenlaadintakuluihin viittaava säännös, jonka mukaan vahingonkärsijän tulee todistaa, että ”*he would have had a real chance of winning the contract...*”. Todellisen voittomahdollisuuden arviointi kuuluu lopulta tuomioistuimen harkintavallan varaan.

Oikeuskäytännössä on katsottu lähtökohtaisesti, etteivät hyvitysmaksun edellytykset täyty kilpailuttamatta jääneiden hankintojen osalta. KHO:n ratkaisussa 2016:90 hankintaviranomainen oli soveltanut virheellisesti hankintalain 153 §:ssä määriteltyä hankinnan väliaikaista järjestämistä. Pykälän mukaan hankintayksikkö voi järjestää hankinnan väliaikaisesti, jos hankinnasta on jo tehty valitus markkinaoikeuteen ja sitä ei voida sen luonteen vuoksi lykätä markkinaoikeuden käsittelyn ajaksi.

Tilanteessa, jossa hankintasäännösten mukaista tarjouskilpailua ei ole järjestetty, tiedossa ei varmuudella ole, millaisia tarjouksia hankintayksikkö olisi saanut ja millä perusteilla se olisi niitä arvioinut. Kyseiset toteutumatta jääneiden tarjouskilpailujen arviointiin liittyvät seikat vaikeuttavat jo lähtökohtaisesti hyvitysmaksun määrittämisen edellytyksiä. Oikeuskäytännössä (KHO 2011:59) on kuitenkin katsottu, että tarjoajan menestymismahdollisuuksia on mahdollista arvioida tarjoajan aiemman suorahankintaa vastaavassa tarjouskilpailussa antaman tarjouksen perusteella.

Tässä tapauksessa aiempia keskeytettyjä tarjouskilpailuja ei ole saatettu päätökseen, eikä merkitystä voida antaa hankintayksikön sittemmin vuonna 2014 ilmanvaihtosuodattimien tavarahankinnasta järjestämälle tarjouskilpailulle, sillä mainittu tarjouskilpailu ei ole koskenut vastaavaa hankintaa kuin mistä aiemmissa keskeytetyissä hankinnoissa on ollut kysymys. Vuonna 2014 toteutetussa tarjouskilpailussa toisin kuin keskeytetyissä kilpailutuksissa IV-tarvikkeisiin liittyvät asennustyöt on jätetty kilpailuttamatta siitä syystä, että hankintayksikkö tekee ne omana työnään.

Korkein hallinto-oikeus katsoo, ettei asiassa ole riittävän luotettavasti todettavissa, että valittajalla olisi ollut hankintalain 154 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettulla tavalla todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hyvitysmaksun määrittämisen edellytykset eivät näin ollen täyty.

Kuten ratkaisun perusteluista ilmenee, korkein hallinto-oikeus katsoo, ettei asiassa ole riittävän luotettavasti todettavissa, että valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. On kuitenkin huomionarvoista, että korkein

¹¹⁵ *ibid.* s. 119.

hallinto-oikeus mainitsee silti ratkaisun perusteluissaan vaihtoehtoisen tavan selvittää virheettömän menettelyn kulku hankinnassa, jota ei ole kilpailutettu.¹¹⁶

KHO:n ja markkinaoikeuden ratkaisujen perusteluista löytyy erilaisia tulkintoja liittyen hankintalain 154 §:n 4 kohdan ”todellisen mahdollisuuden” -sanamuotoon. Esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa 346/13 tuomioistuin tulkitsi hankintalain 154 §:n 4 kohtaa niin, että hakijan olisi sen mukaan varmasti voitettava tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Asiasta valitettiin ja KHO myönsi valitusluvan ja lausui ratkaisunsa 2015:94 perusteluissa erimielisyytensä.¹¹⁷

”Hyvitysmaksun määrääminen ei edellä todetuin tavoin edellytä, että hakija olisi varmasti voittanut tarjouskilpailun virheettömässä menettelyssä. Toisin kuin markkinaoikeus on lausunut, hyvitysmaksun määräämisen edellytykseksi ei näin ollen ole asetettava sitä, että asiassa olisi mahdollista varmuudella todeta, minkälaiseksi Insinööritoimisto Instiimi Oy:n asema olisi virheettömässä menettelyssä muodostunut.”

Tapauksissa, jossa hankintamenettelyn virheellisyys liittyy tarjoajan soveltuvuuden arviointiin, voisi luulla todellisen voittomahdollisuuden arvioinnin virheettömässä menettelyssä olevan helppoa, sillä tarjoajaa koskevat soveltuvuusvaatimukset ovat yleensä sellaisia, että tarjoaja joko täyttää tai ei täytä soveltuvuusvaatimuksia. Markkinaoikeus on silti päätenyt ratkaisussaan 95/19 mielestäni jopa hieman yllättävään lopputulokseen tulkitessaan tarjoajan soveltuvuutta.

Hankinnan kohteena on ollut Kauhajoen kaupungin keskusta-alueella sijaitsevan rakennuksen muutos- ja peruskorjausrakka.

Hankintailmoituksen kohdan ”Todistukset ja selvitykset, joiden perusteella soveltuvuuden täytyminen arvioidaan” alakohdassa 2 on ilmoitettu muun ohella, että rakennusurakkahankinnan osalta osallistujan vuosittaisen liikevaihdon keskiarvon viimeiseltä kolmelta vuodelta tulee olla vähintään 1,5 miljoonaa euroa. Mainituksessa hankintailmoituksen kohdassa on lisäksi mainittu, että osallistujan tulee toimittaa vahvistetut tilinpäätös- ja liikevaihtotiedot kolmelta edelliseltä tilikaudelta.

Lisäksi hankintailmoituksen kohdan ”Todistukset ja selvitykset, joiden perusteella soveltuvuuden täytyminen arvioidaan” alakohdassa 3 on ilmoitettu seuraavaa:

”Arvioidaksemme tarjoajan hankinnan toteuttamiseen liittyvää taloudellista teknistä suorituskykyä, tarjoajalta pyydetään tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmenneiden selvitysten lisäksi seuraavat selvitykset kirjallisina: Luottolaitoksen lausunto yrityksen luotokelpoisuudesta.

¹¹⁶ Ks. myös MaO 147/19, jossa virheettömän menettelyn kulkua ei ollut mahdollista todeta hankintamenettelyssä syntyneiden useiden epävarmuustekijöiden takia, vaikka kilpailutus oli järjestetty.

¹¹⁷ Saarinen (2008, s. 82) esittää myös MaO:n tulkintalinjan olevan tiukempi kuin KHO:n todellista voittomahdollisuutta arvioitaessa.

-Rakennuttaja edellyttää tarjoajalta vähintään Rating Alfa A tai vastaavaa luottoluokitusta."

Tarjous on tullut jättää erillisellä lomakkeella. Lomakkeen etusivulla on ilmoitettu 13 erilaista selvitystä, joiden osalta tarjoajan on tullut ilmoittaa "Kyllä"- tai "Ei"-merkinällä, ovatko kyseiset selvitykset tarjouksen liitteenä. Lomakkeessa on lisäksi mainittu, että mikäli Tilaajavastuu.fi-todistuksessa on kaikki vaaditut tiedot, ei erillisiä todistuksia tarvitse toimittaa.

Valittaja on lomakkeen kohtaan 11 "Selvitys kolmen (3) viimeisen vuoden liikevaihdosta" ilmoittanut "Kyllä". Sen sijaan kohtaan 12 "Selvitys yrityksen luottokelpoisuudesta" valittaja ei ole ilmoittanut mitään.

Valittajan tarjouksen liitteenä on kuitenkin ollut Tilaajavastuu.fi-raportti, jossa on kohdassa "Rating-tiedot" ilmoitettu, että yhtiön rating on "AA – Hyvä luottokelpoisuus". Mainitun raportin mukaan tiedot on tältä osin päivitetty 5.1.2018 ja tietojen lähde on Bisnode Finland Oy.

Asiassa saadun selvityksen mukaan hankintayksikkö ja valittaja ovat 1.2.2018 järjestäneet alustavan sopimusneuvottelun, jossa on käyty läpi valittajan tarjousta. Neuvottelusta laaditussa pöytäkirjassa on todettu muun ohella seuraavaa:

"Urakoitsijan tarjouksen liitteenä on Tilaajavastuu.fi-todistus, jossa on esitetty tilaa-javastuulain mukaiset todistukset ja selvitys urakoitsijan luottokelpoisuudesta, Bisnode Finland Oy AA. Lisäksi on selvitys kolmen viimeisen vuoden liikevaihdosta sekä selvitys toteuttavan henkilön koulutuksesta ja pätevydestä. Todettiin, että urakoitsijan toimittamat liitteet ovat hyväksyttävät. Urakoitsijan luottoluokitus tarkistettiin sopimusneuvottelun jälkeen Suomen asiakastieto Oy:n rekisteristä ja todettiin sen olevan B, joka ei täytä rakennuttajan tarjouspyyntöasiakirjoissa esittämää luottoluokitusvaatimusta Alfa Rating A, mistä urakoitsijalle ilmoitettiin. Kysyttäessä urakoitsija totesi, että tarjous on tarjouspyynnön mukainen."

Hankintayksikkö on 2.2.2018 lähettänyt valittajalle kirjeen, jossa on muun ohella ilmoitettu, että Suomen Asiakastieto Oy:n rekisterin mukaan yrityksen Rating Alfa on B, joka ei täytä tarjouspyyntöasiakirjoissa esitettyä vaatimustasoa. Tämän lisäksi kirjeessä on mainittu, että valittajan kolmen vuoden keskimääräinen liikevaihto alittaa vaatimukseksi esitetyn 1,5 miljoonaa euroa. Kirjeessä on vielä mainittu, että tämän vuoksi valittajan tarjouksen hylkäämistä tullaan esittämään hankintayksikön rakennustoimikunnalle ja hallitukselle.

Hankintayksikkö on 8.2.2018 tehnyt hankintapäätöksen, jossa se on muun ohella sulkenut valittajan tarjouskilpailusta.

Markkinaoikeus katsoo ratkaisussaan, että hankintayksikkö on toiminut virheellisesti sulkiessaan valittajan pois tarjouskilpailusta ja määrää hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua valittajalle. Markkinaoikeus perustelee ratkaisuaan siten, että hankinnan kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena on ollut halvin hinta ja valittajan tarjous on ollut kaikista halvin, joten sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu markkinaoikeuden käsityksen mukaisessa virheettömässä menettelyssä. Mielestäni markkinaoikeuden ratkaisu on todella erikoinen, sillä tapauksen oikeustositseikoista selviää, että tarjoajan

luottoluokitus ei selvästikään täytä hankintayksikön vaatimusta. Tapauksesta valitettiin korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja KHO päätyy ratkaisussaan 2020/148 täysin päinvastaiseen lopputulokseen kuin markkinaoikeus ja katsoi, että hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä ei ole.¹¹⁸

Tarjoajan soveltuvuutta koskevilla vaatimuksilla hankintayksikkö pyrkii varmistumaan tarjoajan kyvystä toteuttaa hankinta. Oy Gun Exin Finland Ltd on esittänyt tarjouksessaan Bisnode Finland Oy:n luottoluokituksen AA - Hyvä. Kun Oy Gun Exin Finland Ltd ei ole osoittanut, että sanottu luottoluokitus vastaisi Suomen Asiakastieto Oy:n luottoluokitusta Alfa Rating A ja kun hankintayksikön hankkiman selvityksen mukaan yhtiön Suomen Asiakastieto Oy:n mukainen luottoluokitus on ollut B - Välttävä, korkein hallinto-oikeus katsoo, että hankintayksikkö on voinut arvioida, että Oy Gun Exin Finland Ltd ei täytä vaatimusta luottoluokituksesta Rating Alfa A tai vastaava.

Todellisen voittomahdollisuuden arviointi jää siis lopulta aina tuomioistuimen harkintavallan varaan. Todellisen voittomahdollisuuden arvioinnin vaikeus riippuu siitä, että millä tavoin hankintamenettely on ollut virheellinen. Silloin kun hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe esimerkiksi tarjousten vertailuvaiheessa, on tuomioistuimen huomattavasti helpompaa arvioida todellisen voittomahdollisuuden todennäköisyyttä verrattuna tilanteeseen, jossa esimerkiksi koko hankintamenettely on virheitä täynnä.

4.2.2 Hyvitysmaksun määrä

Hankintalain 155 §:n mukaan hyvitysmaksua määrättäessä otetaan huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu, valituksen kohteena olevan hankinnan käyttöoikeussopimuksen arvo ja valittajalle aiheutuneet kustannukset ja vahinko. Hyvitysmaksun määrä ei saa ilman erityistä syytä ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta. Hankintalakia koskevasta hallituksen esityksestä ilmenee, että hyvitysmaksun hakijalla on velvollisuus näyttää toteen virheellisestä menettelystä aiheutuneen vahingon määrä. Hyvitysmaksun määrääminen ei estäisi hakijaa hakemasta vahingonkorvausta yleisissä tuomioistuimissa, mikäli todellisen vahingon määrä ylittäisi tuomitun hyvitysmaksun.¹¹⁹

Hyvitysmaksun määrässä on kyse tapauskohtaisesta kokonaisharkinnasta, mutta merkittävin seikka hyvitysmaksun määrän kannalta on hankinnan kokonaisarvo ja sitä kautta tarjoajalle

¹¹⁸ Ks. myös MaO 621/18 sekä KHO 2020:3001. Tapauksissa hankintamenettelyn virheellisyys liittyi vertailuperusteiden soveltamiseen ja niiden perusteella todellisen voittomahdollisuuden arviointiin.

¹¹⁹ HE 50/2006 vp, s. 120.

syntyvä voitto.¹²⁰ Joissakin tapauksissa tuomioistuinten välillä on epäselvyyttä siitä, että mistä arvosta ylipäätään määritellään hankinnan arvo ja näin ollen hyvitysmaksun suuruus.¹²¹

Kuten tutkielmassa on jo aikaisemmin esitetty, hyvitysmaksun määrä ei saa olla yli 10 prosenttia hankintasopimuksen arvosta ilman erityistä syytä. Erityiseksi syyksi on katsottu hankintayksikön laiminlyönnin tai virheen valittajalle aiheuttama vahinko, mukaan lukien valittajan menettämän liikevoiton määrä, sekä hankintayksikön virheen laatu ja menettelyn erityinen moitittavuus.¹²² Markkinaoikeus päätyi 19/14 ratkaisussaan määräämään erityisen syyn nojalla hyvitysmaksun, jonka määrä oli enemmän kuin hankintasopimuksen arvoon sidottu 10 prosentin raja.

Hankintamenettelyn kohteena on ollut Liikenneviraston kilpailuttama Kehäradan tunnelin sprinklerurakka. Liikennevirasto on toiminut Kehärataprojektissa kokonaisvastuullisena rakennuttajana ja hankintojen kilpailuttajana omasta ja Vantaan kaupungin puolesta. Markkinaoikeus katsoo, että kysymyksessä on erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvan yksikön hankinta, joka liittyy lain 8 §:n 1 momentissa tarkoitettuun toimintaan.

Valittaja on esittänyt, että tarjouskilpailun voittaneen Promist Oy:n tarjous on ollut tarjouspyynnön vastainen, koska tarjous ei ole sisältänyt vaadittua viiden vuoden takuu-aikaa ja viiden vuoden takuuajan huoltoja. Lisäksi valittaja on esittänyt, että Promist Oy:n tarjoama vesisumulaitteisto ei ole täyttänyt tarjouspyynnön teknisiä vaatimuksia.

Tarjouspyynnössä on pyydetty tarjoajia antamaan tarjouksensa tarjouspyynnön liitteenä olevaa tilaajan urakkatarjouslomaketta ja siinä mainittuja liitteitä käyttäen. Tarjouspyynnön liitteitä ovat olleet tarjouslomake, urakkaohjelma I (yleinen osa), urakkaohjelma II (kohdekohtainen osa) liitteineen, tekniset asiakirjat asiakirjaluetelon 6.7.2012 mukaisesti sekä sopimusluonnos.

Tarjouspyynnön mukaan tarjoukseen on tullut oheistaa tarjouspyynnössä mainitut asiakirjat ja selvitykset. Vaihtoehtoisten tarjousten ja osatarjousten tekeminen ei ole ollut sallittua. Tarjouksen valintaperusteena on ollut halvin hinta.

Takuuajan osalta urakkaohjelman I kohdassa 6.1 on ilmoitettu, että urakan yleinen takuu-aika on kaksi vuotta ja että mahdolliset muut urakkakohtaiset takuuajat on ilmoitettu urakkaohjelmassa II. Urakkaohjelman II kohdassa 6.1 on toistettu urakan yleisen takuuajan olevan kaksi vuotta ja ilmoitettu teräsrakenteiden pinnoitusten takuuajan olevan viisi vuotta. Lisäksi kyseisessä kohdassa on todettu, että automaattisen sammutusjärjestelmän

¹²⁰ Saarinen 2008, s. 86.

¹²¹ Ks. MaO 521/19 jonka ratkaisussa päädyttiin hyvitysmaksun enimmäismäärän suuruuden arvioinnissa suhteellistamaan se hankintayksikön hankintailmoituksessa arvioimaan hankinnan kokonaisarvoon. Ratkaisusta valitettiin korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja KHO alensikin ratkaisussaan 2021:40 hyvitysmaksun enimmäismäärää suhteuttamalla sen hankintayksikön oman arvion sijaan sopimuksen todelliseen arvoon, jolla hankintayksikkö oli hankkinut sen kolmannelta tarjoajalta.

¹²² HE 190/2009 vp, s. 70.

takuuaika on viisi vuotta ja että takuuajan vuosihuollot sisältyvät urakkaan ja urakkasummaan.

Promist Oy:n tarjouksessa on ollut takuun osalta seuraava maininta: "Takuu: 24 kuukautta luovutuksesta".

Promist Oy on lisäksi tarjouksessaan ilmoittanut erikseen hinnan järjestelmän takuuajan jälkeen kuuden kuukauden välein tapahtuvalle määräaikaishuollolle.

Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hankintayksikkö on ennen hankintapäätöksen tekemistä pyytänyt Promist Oy:tä täsmentämään takuuajan osalta tarjoustaan. Hankintayksikkö on esittänyt, että sillä on ollut perusteltu syy pyytää Promist Oy:tä täsmentämään tarjoustaan, koska hankintayksikkö ei ole voinut olla varma siitä, koskeeko tarjouksen ilmoitus 24 kuukauden takuusta ainoastaan urakan yleistä takuuaikaa vai myös teräsrakenteiden ja automaattisen sammutusjärjestelmän takuuaikaa.

Tarjoaja kantaa vastuun siitä, että sen tarjous on tarjouspyynnön vaatimusten mukainen. Tarjouspyynnössä on edellä todetun mukaisesti ilmoitettu sammutusjärjestelmän takuun olevan viisi vuotta ja edellytetty, että tarjoaja sisällyttää takuuajan vuosihuollot tarjoamaansa urakkasummaan.

Promist Oy on edellä todetun mukaisesti ilmoittanut tarjouksessaan takuuajaksi 24 kuukautta luovutuksesta, minkä lisäksi Promist Oy on ilmoittanut tarjouksessaan erikseen hinnan takuuajan jälkeiselle järjestelmän määräaikaishuollolle. Markkinaoikeus katsoo, että takuuaja ja määräaikaishuollon hinnoittelu on Promist Oy:n tarjouksessa ilmoitettu selvällä ja yksiselitteisellä tavalla. Kun Promist Oy:n tarjouksessaan ilmoittamat takuehdot eivät ole vastanneet tarjouspyynnössä esitettyä eikä tarjouksesta ole tarjoushintaerittelyn osalta tai muutenkaan ollut todettavissa edellytetyjen viiden vuoden takuuajan vuosihuoltojen sisältyneen tarjouksessa ilmoitettuun 989.300 euron urakkahintaan, Promist Oy:n tarjous on ollut mainituilta osin tarjouspyynnön vastainen. Koska kysymys on ollut tarjouksen sisältöön ja vertailukelpoisuuteen vaikuttaneesta seikasta eikä tarjouspyyntö ole ollut sanotuilta osin epäselvä, hankintayksikön olisi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi tullut sulkea Promist Oy:n tarjous tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena antamatta Promist Oy:lle mahdollisuutta uuden takuehdon ilmoittamalla parantaa tarjoustaan tarjouskilpailun lopputulokseen vaikuttavalla tavalla.

Edellä lausuttu huomioon ottaen hankintayksikkö on menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti, kun se ei ole sulkenut Promist Oy:n tarjousta tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena.

Markkinaoikeus ei perustelu kovinkaan laajasti erityistä syytään ylittää hyvitysmaksulle asetetun hankintasopimuksen arvoon sidotun 10 prosentin rajan. Markkinaoikeus tyytyy perusteluissaan mainitsemaan vain, että tapauksessa on erityinen syy ylittää tämä 10 prosentin raja, kun otetaan huomioon hankintayksikön virheelliseen toimintaan liittyvät seikat kokonaisuudessaan sekä hankintayksikön menettelyn valittajalle aiheuttamat kustannukset ja

vahinko.¹²³ Uskoisin itse, että yllä mainitussa MaO:n ratkaisussa 19/14 ja siitä valitetussa KHO:n ratkaisussa 2016:114 hyvitysmaksun asetetun hankintasopimuksen arvoon sidotun 10 prosentin rajan ylityksen yksi syy oli ainakin se, että tapauksen hankinta oli rahamääräisesti todella suuri ja hankinnan kohde oli samalla myös yhteiskunnallisesti merkittävä.

Hyvitysmaksun määrää arvioidessa tulee ottaa huomioon vielä rikastumiskiellonperiaate. Periaate kieltää vahingonkorvauksesta hyötymisen asettamalla vahingonkorvauksen maksimumääräksi todellisesta vahingosta aiheutuneet kulut. Rikastumiskiello ja sen soveltaminen tulee keskeiseksi juuri hyvitysmaksun tapaisissa tilanteissa, jossa korvaus ei perustu vahingonkorvauslakiin.¹²⁴

4.3 Hankintalain mukainen vahingonkorvaus

Hankintalain 169 §:ssä säädetään vahingonkorvauksesta. Pykälän mukaan se, joka hankintalain, Euroopan unionin lainsäädännön taikka Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisella menettelyllä aiheuttaa tarjoajalle vahinkoa, on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon. Kun vahingonkorvausvaatimus koskee tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja, korvauksen tuomitsemiseksi riittää, että tarjoaja näyttää toteen virheellisen menettelyn ja sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Vahingonkorvausasioissa toimivaltainen tuomioistuin on oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 10 luvussa tarkoitettu käräjäoikeus.

Lain esitöistä selviää, että hankintalain 169 §:ssä mainitulla vahingolla tarkoitetaan kaiken-tyyppisiä menetyksiä, eikä pelkästään hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneita kustannuksia. Korvaukseen oikeuttavaa vahinkoa voi syntyä tarjoajalle tarjouskilpailuun osallistumisesta aiheutuneina kustannuksina ja saamatta jääneenä voittona.¹²⁵ Näillä tarkoitetaan positiivisen- sekä negatiivisen sopimusedun mukaisia vahingonkorvauksia. Positiivisella sopimusedulla tarkoitetaan tilannetta, jossa hankinnan suorittava hankintayksikkö

¹²³ Ratkaisusta valitettiin korkeimpaan hallinto-oikeuteen. KHO myönsi valitusluvan asiassa 2016:114, mutta ei muuttanut markkinaoikeuden päätöksen lopputulosta, eikä myöskään perustellut hyvitysmaksulle asetetun hankintasopimuksen arvoon sidotun 10 prosentin rajan ylitystä sen koommin kuin markkinaoikeuskaan.

¹²⁴ Hemmo 2005, s. 204.

¹²⁵ HE 108/2016 vp, s. 244.

saattaa tarjoajan taloudellisesti siihen asemaan, kuin se olisi saanut solmittua hankintayksikön kanssa hankintasopimuksen ja menettely ei olisi ollut virheellinen miltään osin.¹²⁶

Negatiivisella sopimusedulla tarkoitetaan tilannetta, jossa tarjoaja saatetaan taloudellisesti siihen asemaan, kun hankintamenettelyn mukaista prosessia ei olisi ikinä käytykään hankinnan suorittavan hankintayksikön ja tarjoajan välillä.¹²⁷ Tarjoajalle mahdollisesti korvattavaksi tulevia negatiivisen sopimusedun mukaisia kuluja ovat esimerkiksi hankintamenettelyyn osallistumisesta syntyneet kulut, joita voivat esimerkiksi olla neuvottelu- ja matkakustannukset. Näiden lisäksi tarjoaja on saattanut käyttää lakimiestä tai muuta konsulttia sopimusneuvotteluissa. Nämä ja kaikki muut hankintamenettelyn aikana tarjoajalle syntyvät kulut kuuluvat negatiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen piiriin.

Hankintalain mukainen vahingonkorvausvastuu ei edellytä tuottamusta.¹²⁸ Vahingonkorvausvastuun on katsottu oikeuskäytännössä olevan tuottamusvastuun sijaan ankaraksi vastuuksi. Ankaran vastuun alaiseksi toiminnaksi katsotaan pääsääntöisesti yhteiskunnan kannalta tarpeellinen, mutta samalla ulkopuolisille riskialtis toiminta.¹²⁹ Hankintamenettelyä tai hankintoja ylipäättään voidaan pitää sinänsä riskialttiina toimintana ulkopuoliselle, koska hankinnat kustannetaan verovaroin, kun taas tarjoajalla on taloudellinen riski menettää omia varojaan. Tämän takia riskin kohdentamista vahingonaiheuttajalle pidetään toimivampana ratkaisuna.

Kouvolan hovioikeuden 15.12.2010 ratkaisemassa tapauksessa oli kysymys siitä, että edellyttääkö hankintalain 169 §:n mukainen vahingonkorvaus ankaraa vastuuta vai tuottamusvastuuta.

X:n kaupungin sosiaali- ja terveyslautakunta oli 20.5.2003 valinnut tarjouskilpailun perusteella ajalle 1.9.2003 - 30.8.2008 palvelun tuottajaksi yhdistyksen. Markkinaoikeus oli 19.9.2003 hylännyt A:n hakemuksen. Korkein hallinto-oikeus oli 18.11.2003 kumonnut markkinaoikeuden päätöksen ja poistanut lautakunnan päätöksen sillä perusteella, että asiassa oli menetelty tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vastaisesti.

X:n kaupungin sosiaali- ja terveyslautakunta oli 15.2.2005 valinnut palvelun tuottajaksi A:n. Yhdistyksen haettua muutosta kaupunki oli markkinaoikeudelle antamallaan sitoumuksella 7.3.2005 vapaaehtoisesti pidättäytynyt päätöksen täytäntöönpanosta. Markkinaoikeus oli hylännyt yhdistyksen hakemuksen 11.6.2008. Kaupunki oli 19.7.2007

¹²⁶ Hemmo 2002, s. 195.

¹²⁷ *ibid.* s. 195.

¹²⁸ Kaisto 2009, s. 237.

¹²⁹ Virtanen 2011, s. 164.

järjestänyt samoja mielenterveyskuntoutujien palveluja koskevan uuden tarjouskilpailun samasta hankinnasta ajalle 1.1.2008 - 31.12.2011. A ei ollut osallistunut tarjouskilpailuun.

A on vaatinut vahingonkorvausta sillä perusteella, että kaupungin olisi tullut valita se palvelujen tuottajaksi. A oli kaupungin virheellisen menettelyn vuoksi kärsinyt vahinkoa. Asiassa on ensisijaisesti ratkaistava kysymys siitä, edellyttääkö kaupungin vahingonkorvausvastuu tuottamusta vai onko kysymys ankarasta vastuusta.

Hovioikeus katsoi ratkaisussaan, toisin kuin kärjäoikeus, että hankintaviranomaisen vastuu on tuottamuksesta riippumaton ankaraa vastuuta hankintalain 169 §:ää tulkittaessa. Hovioikeus perusteli ratkaisuaan vedoten EU-tuomioistuimen antamaan tuomioon asiassa C-3134/09 *Stadt Graz*, jonka mukaan oikeussuojadirektiiviä on tulkittava niin, että direktiivin vastaista on sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan vahingonkorvauksen saaminen hankintaviranomaisen syyksi luettavasta julkisista hankintoja koskevan oikeuden rikkomisesta edellyttää tämän rikkomuksen tuottamuksellisuutta.¹³⁰

Hankintalain 169 §:n mukaisen vahingonkorvausvastuun lokeroiminen joko tuottamusvastuun tai ankaran vastuun piiriin, ei ole tutkielman ja sen tutkimuskysymysten kannalta oleellista merkitystä. Näin on siksi, että tarjoajan vaatiessa korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta, on hankintayksikön tullut jo menetellä käytännössä tuottamuksellisesti tehdessään virheen. Hankintalain 169 §:ssä vaadittu tarjoajan todellinen mahdollisuus voittaa virheettömässä menettelyssä vastaa tarkoitukseltaan täysin hyvitysmaksua koskevassa kappaleessa 4.2.1 esiteltyä todellista voittomahdollisuutta, joten en koe tarpeelliseksi käydä sitä toiseen kertaan tutkielmassa läpi.

Hankintalain 169 §:n soveltamisen edellytyksenä on vahingon ja virheellisen menettelyn syy-yhteys. Oikeusjärjestelmässämme tarkastellaan syy-yhteyttä pääsääntöisesti *conditio sine qua non* -opin ja NESS-opin avulla. *Conditio sine qua non* -opin mukaan tapahtuma tai teko on syy-yhteydessä vahinkoon vain siinä tapauksessa, jos vahinko olisi jäänyt kokonaan syntymättä ilman kyseistä tapahtumaa tai tekoa.¹³¹ NESS-opilla tarkoitetaan taas sitä, että tapahtuma tai teko on tietyn seurauksen syy, jos se on välttämätön osa seurausta edeltävää seikastoa, joka on ollut riittävä seuraamuksen aikaansaamiseksi.¹³²

¹³⁰ Ks. myös asia C-70/06 *Euroopan yhteisön komissio*.

¹³¹ Hemmo 2005, s 112.

¹³² *ibid.* s. 114.

Syy-yhteyden arviointiin liittyy vahvasti vahingon ennalta-arvattavuus. Vahingon ja vahinkoon johtaneen tapahtuman syy-yhteys saattaa poistua joissakin tilanteissa, jos vahinkoon johtanut tapahtuma on ennalta-arvaamaton. Vahinko on pääsääntöisesti ennalta arvattavissa silloin, kun hankinnan suorittava hankintayksikkö tietää tai sen olisi tullut tietää virheensä voivan johtaa mahdollisesti vahinkoon.¹³³ Hankintalain 169 §:ssä mainitaan poikkeuksena tästä syy-yhteyden vaatimuksesta tarjousmenettelystä aiheutuneet kulut, joiden osalta näyttötaakkaa on kevennetty, sillä tarjousmenettelyssä aiheutuneista kuluista on todennäköisesti helpompi esittää näyttöä kuin saamatta jääneestä liikevoitosta. Tämä onnistuu helposti esimerkiksi kuittien avulla.¹³⁴ Pelkkien tarjouksenlaadintakulujen korvaamisesta hankintalain nojalla ei löydy yhtään oikeuskäytäntöä Suomesta, eikä lain esitöistäkään löydy tarkempaa määritelmää lainkohdan konkreettisesta soveltamisesta. *Saarinen* esittää järkevästi, että tarjouksenlaadintakulujen kevennettyä näyttötaakkaa voisi konkreettisesti hyödyntää asianosaisen hakiessa ensisijaisesti korvausta menetyksestä liikevoitosta ja toissijaisesti tarjouksenlaadintakuluista.¹³⁵

4.4 Hyvitysmaksun ja hankintalaissa säädetyn vahingonkorvauksen välinen suhde

Hyvitysmaksun saaminen ei estä tarjoajaa hakemasta vahingonkorvausta hankintalain 169 §:n mukaisella vahingonkorvausvaatimuksella yleisissä tuomioistuimissa, siltä osin, kun todellisen vahingon määrä ylittäisi hyvitysmaksuna maksetun hyvityksen määrän.¹³⁶ Hyvitysmaksua koskeva valitus on tehtävä markkinaoikeudelle 14 päivän kuluessa siitä, kun tarjoaja on saanut tiedon hankintaa koskevasta päätöksestä valitusosoituksineen. Hankintalain 169 §:ssä, eikä myöskään lain esitöissä säädetä mitään muutoksenhakuajasta, tyydytään mainitsemaan vain toimivaltaisen tuomioistuimen olevan oikeudenkäymiskaaren 10 luvussa tarkoitettu käräjäoikeus. Katsoisin, että muutoksenhakuajasta hankintalain 169 §:n mukaisessa vahingonkorvausvaatimuksessa voisi olla yleinen vahingonkorvauksiin liittyvä kolmen vuoden aika. Käytännössä tämä tarkoittaisi siis sitä, että tarjoajan kannattaisi reagoida virheelliseen hankintamenettelyyn vaatimalla hyvitysmaksua ennen hankintalain 169 §:n mukaista vahingonkorvausta.

¹³³ Virtanen 2011, s. 341.

¹³⁴ Saarinen 2008, s. 120.

¹³⁵ *ibid.*

¹³⁶ HE 50/2006 vp, s. 120.

Näiden kahden eri menettelyn välillä on huomattava ero oikeudenkäyntikulujen suuruudessa, sillä asianajokulut ovat pääsääntöisesti suurempia yleisissä tuomioistuimissa, joissa menettely on pääosin suullista, verrattuna markkinaoikeuteen tai korkeimpaan hallinto-oikeuteen, jossa menettely on taas pääosin kirjallista. Tämän lisäksi oikeudenkäymiskaaren mukaan on suurempi riski joutua korvaamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut kuin hallintolainkäyttölain mukaan.¹³⁷

Hyvitysmaksu on siis tarjoajan näkökulmasta katsottuna nopeampi ja todennäköisesti myös halvempi keino vaatia korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Tosin hyvitysmaksun korvauksen enimmäismäärän, poikkeuksena erityinen syy, ollessa sidottuna korkeintaan 10 prosentin arvoon suhteessa hankintasopimukseen, voisi tarjoaja saada hankintalain mukaisella vahingonkorvauksella suuremman korvauksen esimerkiksi positiivisen sopimusedun perusteella.

Tarjoajan näkökulmasta katsottuna tilanne, jossa tarjoaja joutuisi mahdollisesti riitelemään kahdessa eri tuomioistuimessa erillisissä oikeudenkäynneissä samasta asiasta, ei kuulosta järin houkuttelevalta idealta. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu myös tämänlainen tilanne prosessiekonomisesti hyvin epätydyttäväksi asianosaisten kannalta.¹³⁸ Näiden kahden vahinkoa korvaavan järjestelmän päällekkäisyys ei ole tosin tuonut käytännön tasolla minkäänlaisia ongelmia Suomessa, sillä oikeuskäytännöstä ei löydy toistaiseksi vielä yhtään tapusta, jossa tarjoaja olisi hyvitysmaksun saatuaan vaatinut vielä vahingonkorvausta samaan virheelliseen hankintamenettelyyn vedoten.¹³⁹

4.5 Vahingonkorvauslaki ja sen soveltamisen ongelmat

Hankintalaki on erityislaki suhteessa vahingonkorvauslakiin. Tämä tarkoittaa sitä, että vahingonkorvauslain määräykset väistyvät hankintalain tieltä, ellei hankintalaissa erikseen säädetä toisin. Hankintalaissa ei säädetä toisin. Oikeuskäytännössä on silti katsottu rinnakkaisperiaatteen olevan voimassa, joka tarkoittaa sitä, että vahingonkorvauslaki voi toimia hankintalakia täydentävänä lakina sen rinnalla.¹⁴⁰ Rinnakkaisperiaatteen soveltamista ei

¹³⁷ Saarinen 2008, s. 149.

¹³⁸ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 256.

¹³⁹ Saarinen 2008, s. 140.

¹⁴⁰ Ståhlberg – Karhu 2013, s. 61

rajoiteta EU-oikeudessa, sillä EU-tuomioistuin on linjannut oikeuskäytännössään jäsenvaltiolle suhteellisen vapaat kädet määrittellä vahingonkorvausvastuun edellytykset kansallisessa lainsäädännössään. Oikeussuojadirektiivissä edellytetään ainoastaan sitä, että kansallisella tuomioistuimella on oltava oikeus määrätä virheellisen menettelyn johdosta vahingonkorvausta sen kärsijälle.¹⁴¹

Vahingonkorvauslain soveltamisesta liittyen virheelliseen hankintamenettelyyn ei löydy lainkaan kotimaista oikeuskäytäntöä. Katsoisin, että käytännössä tämänlainen tilanne on hyvin epätodennäköinen hankintalain oman 169 §:ssä määritellyn vahingonkorvaussäännöksen johdosta.

¹⁴¹ Halonen 2015, s. 156

5 Korvaus virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankinnoissa

5.1 Pienhankinnan hankintamenettely

Kuten tutkielmassa on jo aikaisemmin esitetty, pienhankinnat jäävät hankintalain soveltamisen ulkopuolelle. Pienhankinnat toteutetaan hankintayksiköiden omien ohjeistuksien ja toimintatapojen mukaan.¹⁴² Vaikka pienhankinnan suorittavan hankintayksikön ei tule laatia hankinnasta yhtä laajoja tai tarkkoja asiakirjoja kuin hankintalain mukaisesta hankinnasta, ei se silti tarkoita sitä, että itse hankintamenettely olisi prosessina erilainen verrattuna hankintalain mukaiseen hankintamenettelyyn. Esimerkiksi Kuntaliiton antamasta yleisestä suositusohjeesta kuntien hankintaohjeeksi selviää, että kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa on yleensä perusteltua noudattaa saman tapaista hankintamenettelyä kuin arvoiltaan suuremmissa hankinnoissa noudatetaan.¹⁴³

Pienhankinnan suorittavan hankintaviranomaisen hankintamenettelyyn liittyvät omat ohjeet ja toimintatavat saattavat erota sisällöltään hyvinkin paljon toisen pienhankinnan suorittavan hankintaviranomaisen ohjeista. On myös huomionarvoista, että nämä kyseiset ohjeet sekä toimintatavat ovat heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, kun taas esimerkiksi hankintalaki on oikeuslähteenä vahvasti velvoittava.¹⁴⁴

Espoon¹⁴⁵, Järvenpään¹⁴⁶, Keravan¹⁴⁷ ja Sipoon¹⁴⁸ kunnan pienhankintaohjeista selviää, että kuntien pienhankintaohjeet ovat lähes samanlaisia sisällöltään keskenään lukuun ottamatta pieniä eroja euromääräisissä summissa, jotka määrittävät kilpailutuksen. Jokaisen yllä mainitun kunnan pienhankintaohjeista löytyy ohjeistus pienhankinnan hankintamenettelylle, ja jokainen näistä ohjeistuksista vastaa hyvin pitkälti samanlaista hankintamenettelyä kuin hankintalain mukainen hankintamenettely, tosin pienhankinnan hankintamenettely on yksityiskohdiltaan kevyemmin määritelty kuin kansallisen tai EU-kynnysarvon ylittävä

¹⁴² HE 108/2016 vp, s. 51.

¹⁴³ Oksanen 2010, s. 32.

¹⁴⁴ Määttä – Voutilainen 2017, s. 73

¹⁴⁵ <https://docplayer.fi/66786545-Espoon-kaupungin-hankintaohje.html>

¹⁴⁶ <https://docplayer.fi/65418454-Jarvenpaan-kaupungin-pienhankintaohje-johdanto.html>

¹⁴⁷ <https://www.kerava.fi/palvelut/Documents/P%C3%A4%C3%A4t%C3%B6ksenteko%20ja%20hallinto/Pienhankintaohje2018.pdf>

¹⁴⁸ https://www.sipoo.fi/wp-content/uploads/2020/12/ohje_sipoon_kunnan_pienhankintaohje_ja_liitteet_final.pdf

hankintamenettely. Esimerkiksi Keravan kaupungin pienhankintaohjeesta selviää, että tarjouspyynnöstä tulee ilmetä tarjoajalle mahdollisesti asetettavat kelpoisuusvaatimukset, tarjouksen jättämislle varattu määräaika ja tarjouksen valintaperusteet. Tarjouksen valintaperusteena voi olla hinta tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous, jos valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta, on tarjouspyynnössä määriteltävä mitattavat tai arvioitavissa olevat tarjousten vertailuperusteet. Tarjouspyyntö jätetään Clouidia-pienhankintaportaaliin, johon myös tarjoukset lähetetään. Pienhankinnoista voidaan ilmoittaa myös aikaisemmin tutkielmassa esitellyssä HILMA-ilmoituskanavassa.¹⁴⁹

Keravan kaupungin pienhankintaohjeen tarjouspyyntö on sisällöltään lähes samanlainen kuin hankintalaissa säädetty kansalliset kynnsarvot ylittävä tarjouspyyntö. Hankintalaissa säädetty EU-kynnsarvot ylittävä tarjouspyyntö on huomattavasti yksityiskohtaisempi, kuten aikaisemmin tutkielman 3.2 kappaleesta selviää. Pienhankintojen kevyempi menettely vähentää hankintamenettelyjen muotomääräyksiä ja näin ollen nopeuttaa koko pienhankinnan hankintamenettelyn prosessia.¹⁵⁰

Pienhankinnan suorittava hankintaviranomainen voi halutessaan soveltaa tutkielman kappaleessa 3.3 esiteltyjä hankintalain 81 §:n mukaisia poissulkemisperusteita suorittaessaan tarjousvertailua. Poissulkemisperusteiden soveltaminen olisi suositeltavaa sellaisilla toimialoilla, joilla esiintyy runsaasti harmaata taloutta.¹⁵¹ Pienhankintojen osalta kevennettyä menettelyä ilmentää esimerkiksi myös Posion kunnan pienhankintaohjeesta löytyvä ohjeistus tarjousten käsittelyyn liittyen. Ohjeen mukaan tarjoajia voidaan pyytää toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään tarjouksissa olevia tietoja ja asiakirjoja.¹⁵² Hankintayksikön pyytäessä täsmennystä tarjoukseen joko kansallisen tai EU-kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa, katsotaan menettely hyvin helposti yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaiseksi.

Katsoisin, että optimaalisessa tilanteessa pienhankinnan suorittava hankintaviranomainen olisi tehnyt hyvin selkeät sekä johdonmukaiset ohjeet pienhankinnan hankintamenettelyn suorittamiseen liittyen, ja nämä ohjeet seuraisivat suurimmaksi osin hankintalain mukaista

¹⁴⁹ <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/search?q=pienhankinta&top=75&additional=smallValueProcurement&of=type&od=desc&m=0>.

¹⁵⁰ HE 108/2016 vp, s. 51.

¹⁵¹ <https://www.hankinnat.fi/mika-julkinen-hankinta/pienhankinnat>

¹⁵² <https://www.posio.fi/wp-content/uploads/2020/12/Posio-kunnan-pienhankintaohje.pdf>

hankintamenettelyä. Todellisuudessa ohjeistukset eivät välttämättä ole aina näin selviä, sillä kuten aikaisemmin tässä kappaleessa tuli jo ilmi, pienhankinnan suorittava viranomaisella on itse määrittellä hankintaohjeensa ja toimintatapansa, joten näin ollen ohjeet ja toimintatavat voivat erota toisistaan todella merkittävästi. Katsoisin myös, että pienhankinnan suorittava hankintaviranomaisella voi syyllistyä samanlaisiin virheisiin pienhankinnan hankintamenettelyn aikana, kuin 3 luvussa jo esiteltyt virheet hankintamenettelyn aikana. En koe tutkielman kannalta tarpeelliseksi esitellä näitä mahdollisia virhetilanteita uudestaan välttääkseni toistoa.

5.2 Tarjoajan oikeussuoja pienhankinnoissa yleisesti

Pienhankintojen jäädessä hankintalakiin soveltamisen ulkopuolella, on niiden oikeusturva ja samalla tarjoajan mahdollisuus saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta huomattavasti suppeampi kuin kansallisten kynnysarvojen tai EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta. Tarjoajan oikeussuojaan virheellisen pienhankinnan hankintamenettelyn johdosta lukeutuu yleisessä tuomioistuimessa vaadittu vahingonkorvaus, kuntalain (410/2016) mukainen oikaisuvaatimus ja kunnallisvalitus ja hallinto-oikeuteen tehtävä hallintovalitus. Näiden lisäksi hankintalain 135 §:n mukainen hankinta-oikaisu on mahdollista tehdä myös pienhankinnoissa, mutta tämä käytiin jo aikaisemmin läpi tutkielman neljännessä kappaleessa.

Tarjoajalla on tosiasiallisesti oikeus korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankinnoissa käytännössä vain vaatimalla sitä vahingonkorvauksen muodossa yleisissä tuomioistuimissa. Käyn silti seuraavaksi läpi nämä neljä yllä mainittua keinoa, pois lukien hankinta-oikaisun. Painopiste on vahingonkorvauksessa.

5.3 Vahingonkorvaus yleisessä tuomioistuimessa

Tarjoaja voi hakea vahingonkorvausta hankintayksiköltä yleisessä tuomioistuimessa vetoamalla vahingonkorvauslain 1 luvun 1 §:ssä mainittuun vahingonkorvaukseen, jonka mukaan se, joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan sen. Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n mukaan vahingonkorvaus käsittää henkilö- ja esinevahingon lisäksi myös taloudellisen vahingon, jos korvaukseen on erittäin painava syy. Erityisen painavaksi syyksi on katsottu oikeuskäytännössä esimerkiksi luottamuksensuojan

tai erityisen huolellisuusvelvollisuuden rikkominen.¹⁵³ Vastuu perustuisi hankintayksikön omien kilpailutusohjeiden virheellisen soveltamiseen tai niiden noudattamatta jättämiseen.

Tarjoaja voi vedota myös sopimuksentekotuottamukseen.¹⁵⁴ Sopimuksentekotuottamuksella tarkoitetaan tilannetta, jossa osapuolten oli tarkoitus solmia sopimus, mutta sopimus jää syntymättä tai tulee pätemättömäksi toisen osapuolen huolimattomuudesta tai tahallisuudesta johtuen ja toinen osapuolista tuntee kokeneensa vahinkoa syntymättömän sopimuksen takia esimerkiksi sopimusneuvottelujen ja muista sopimuksen valmistelutoimenpiteistä syntyvien kulujen osalta.¹⁵⁵ Sopimuksentekotuottamuksessa on kyse prekontraktuaalisesta vastuusta, joka tarkoittaa ilman sopimussuhdetta syntyvää tietynlaista lojaliteetti- ja rehellisyysvaatimusta toista osapuolta kohtaan.¹⁵⁶

Sopimuksentekotuottamuksesta ei ole säädetty laissa. Se perustuu sopimusoikeudellisille periaatteille.¹⁵⁷ Näitä periaatteita ovat muun muassa luottamuksensuoja sekä lojaliteettiperiaate. Luottamuksensuojalla tarkoitetaan tätä tutkielmaa myötäillen olevassa kontekstissa sitä, että esimerkiksi tarjoaja voi luottaa pienhankinnan suorittavan hankintayksikön antavan faktaperäistä tietoa tarjoajalle hankintaan liittyen. Lojaliteettiperiaatteella tarkoitetaan taas sitä, että pienhankinnan suorittava hankintayksikkö ottaa oman intressinsä lisäksi hankintamenettelyn aikana myös jossain määrin tarjoajan intressin huomioon.

Sopimuksentekotuottamuksen sijoittamisesta joko johonkin tiettyyn korvausjärjestelmään tai siitä, että onko se vaihtoehtoisesti täysin sopimustenulkoista vastuuta, on käyty oikeuskirjallisuudessa paljon keskustelua ja asia jakaakin mielipiteitä hyvin vahvasti kahteen eri leiriin.¹⁵⁸ *Hemmo* on sitä mieltä, että sopimuksentekotuottamuksen perustavassa vastuussa on kyse lakiin perustumattomasta sopimustenulkoisesta vastuusta.¹⁵⁹ Itse olen *Hemmon* kanssa samaa mieltä siitä, että sopimuksentekotuottamus ei kuulu vahingonkorvauslain piiriin.

¹⁵³ Halonen 2015, s. 169.

¹⁵⁴ Kutsutaan myös *culpa in contrahendo* -opiksi tai sopimuksentekorikkomukseksi.

¹⁵⁵ Hemmo 2003, s. 204.

¹⁵⁶ *ibid.* s. 211.

¹⁵⁷ Kaisto 2009, s. 148.

¹⁵⁸ Halonen 2015, s. 140.

¹⁵⁹ Hemmo 2003, s. 235.

Hemmo jakaa sopimuksentekotuottamukseen lukeutuvan huolimattomuudesta johtuvan sopimusneuvotteluiden keskeytymisen korvausvastuun kolmeen eri osaan, joita ovat pitkäaikaisten neuvotteluiden katkeaminen, sovittujen neuvotteluperiaatteiden soveltamatta jättäminen ja muut sopimusneuvotteluissa tapahtuvat väärinkäytökset.¹⁶⁰

Pitkäaikaisten neuvottelujen katkeamisesta sekä niiden johdosta syntyvää perusteltua luottamusta sopimuksen syntymiseen ja siitä mahdollisesti syntyvästä korvausvelvollisuudesta on erinomainen esimerkki KKO:n ratkaisu 2009:45. Tapauksessa osakeyhtiö oli neuvotellut kiinteistönomistajan kanssa liiketilojen vuokraamisesta tämän kiinteistöstä lähes vuoden verran. Osakeyhtiö ilmoitti lähes vuoden kestäneiden neuvottelun jälkeen vetäytyvänsä neuvotteluista, eikä vuokrasopimusta syntynyt. Korkein oikeus arvioi tapauksessa sitä, onko osakeyhtiö menetellyt sopimusneuvotteluissa kiinteistönomistajaa kohtaan sillä tavoin moitittavasti, että se olisi velvollinen suorittamaan vahingonkorvausta kiinteistönomistajalle.

Asiassa esitetyn selvityksen mukaan X:n toimitusjohtaja ja Y:n toimitusjohtaja olivat aloittaneet neuvottelut liiketilan vuokraamisesta tammikuussa 2005. Y:n aluepäällikkö oli helmikuussa 2005 antanut kiinteistön remonttia koskevia ohjeita julkisivun ja valaistuksen osalta. X ja Y olivat maaliskuussa 2005 sopineet vuokran suuruudesta ja vuokra-ajasta 1.9.2005 alkaen. Y:n toimitusjohtaja oli maaliskuussa 2005 kehottanut jatkamaan remonttia. X oli tehnyt maaliskuussa vuokrasopimuksen Oy Electrolux Ab:n kanssa ainoastaan 7.8.2005 asti. Y:n edustaja oli huhtikuussa esittänyt julkisivuun peltiä ja myös valomainosten paikasta oli tuolloin keskusteltu. Edustaja oli myös esittänyt ostoskärryjen sijoittamista ulos ja kärrykatoksen laajentamista. Valaistuksen asentamisesta ristikon muotoon oli myös annettu suositus. Huhtikuussa Oy Electrolux Ab:n edustaja oli kysynyt X:n toimitusjohtajalta mahdollisuutta jatkaa vuokrasopimusta vuoden 2007 loppuun. Tämä oli kieltäytynyt jatkamasta sopimusta, koska liiketilaan oli ollut tulossa uusi pitkäaikainen vuokralainen.

Remontti oli aloitettu toukokuussa ja se oli ollut valmis 1.9.2005 mennessä. Y:n toimitusjohtaja oli kesäkuun lopussa puhelimitse kysynyt X:n toimitusjohtajalta edellisen vuokralaisen työntekijöiden terveysongelmista sekä pyytänyt selvityksen. Viimeksi mainitun pyynnöstä asiantuntija oli tehnyt tutkimuksen ja antanut lausunnot 1.8.2005 ja 12.9.2005. Oy Electrolux Ab:n edustaja oli heinäkuussa 2005 pyytänyt vuokrasopimuksen jatkamista saman vuoden elokuun loppuun. X:n toimitusjohtaja oli tuolloin soittanut Y:n edustajalle, joka ei ollut antanut suostumusta sopimuksen jatkamiseen.

Hovioikeus katsoi, että sopimusneuvottelujen, vuokran suuruudesta ja vuokra-ajasta sopimisen, Y:n edustajien remontin suunnitteluun osallistumisen ja Y:n toimitusjohtajan kehotusten perusteella X oli perustellusti voinut luottaa siihen, että sopimus oli tehty tai että se varmuudella tultiin tekemään.

Y oli vedonnut siihen, että sillä oli ollut hyväksyttävä syy vetäytyä sopimusneuvotteluista, koska X oli salannut kiinteistöllä vuosina 1999 - 2001 esiintyneet

¹⁶⁰ *ibid.* s.208.

sisäilmaongelmat. Asiassa oli riidatonta, että sisäilmaongelmia oli tuolloin ollut. Asiassa oli kuitenkin näytetty, ettei kiinteistöllä ollut ollut mitään sisäilmaongelmia enää vuonna 2005. Y:n toimitusjohtaja oli saanut tiedon ongelmista kesäkuussa 2005. Hän ei ollut sanonut X:lle, että ongelmien vuoksi sopimusta ei tehdä tai että Y:n myymälän avaaminen olisi ollut epävarmaa. Hän oli vain pyytänyt selvitystä asiasta. Myös Y:n oma organisaatio oli koko ajan valmistautunut siihen, että Y:n vuokrasopimus olisi alkanut 1.9.2005. Asiantuntijan lausunto oli annettu 1.8.2005, joten Y oli saanut pyytämänsä selvityksen ennen 1.9.2005. Asiantuntijan 1.8.2005 päiväämään lausunnon mukaan rakennusta oli korjattu siten, että ilman epäpuhtauksia aiheuttavat selkeät riskitekijät oli poistettu eikä rakennuksessa ollut enää kosteusvaurioita tai riskitekijöitä, jotka aiheuttaisivat sisäilmaan terveydellisesti haitallisia epäpuhtauksia. Asiantuntijan 12.9.2005 päiväämässä lausunnossa todettiin kuitenkin, että sellainen sisäilmatutkimus, jolla saatiin lopullinen varmuus sisäilman laadusta, oli mahdollista tehdä vasta kuivan pakkaskauden aikana. Hovioikeus katsoi, ettei asiantuntijan jälkimmäisestä lausunnosta ilmenevää pientä epävarmuutta eikä useita vuosia aikaisemmin korjattujen sisäilmaongelmien ilmoittamista jättämistä voitu pitää hyväksyttävänä syynä sopimusneuvotteluista vetäytymiselle.

Korkein oikeus katsoo ratkaisun perusteluissaan, että sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sido osapuolia ja osapuolet voivat niistä vetäytyä yleensä ilman haitallisia seuraamuksia. Neuvotteluja ei ole kuitenkaan lupa käydä vilpillisesti eikä niin, että toinen osapuoli tulee harhaanjohtetuksi ja kärsii sen johdosta turhia kustannuksia tai vahinkoa. Varsinkin silloin, kun toinen osapuoli on tahallaan tai huolimattomuudesta synnyttänyt neuvottelukumppanissaan perustellun luottamuksen sopimuksen solmimiseen ja se on johtanut valmistelu- tai muihin toimiin, perusteeton vetäytyminen neuvotteluista voi johtaa korvausvastuuseen sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden mukaisesti. Tällaisessa tapauksessa lähtökohtana korvauksen määräämisessä on saattaa loukattu osapuoli sellaiseen asemaan kuin jos sopimusneuvotteluihin ei olisi ryhdytty. Korkein oikeus ei muuttanut hovioikeuden ratkaisua, jonka mukaan osakeyhtiö velvoitettiin maksamaan kiinteistönomistajalle vuokratuottojen menettämisestä aiheutunut vahinko. Ratkaisua pidetään oikeuskäytännössä hyvin merkittävässä roolissa luottamusperiaatetta ajatellen, sillä tapauksessa erityisesti luottamus oikeusperiaatteena oli keskeisimmässä roolissa ratkaisua punnitessa. Tapauksen johdosta voidaan katsoa luottamuksen ja luottamusperiaatteen vahvistaneen asemaansa sopimusoikeudellisena argumentaationa.¹⁶¹

Sovittujen neuvotteluperiaatteiden soveltamatta jättämisestä voisi tilanne, jossa esimerkiksi pienhankinnan suorittava hankintayksikkö on julkaissut pienhankintaohjeen, josta ilmenee tiettyjä periaatteita, joita hankintayksikön on noudatettava pienhankinnan aikana, mutta se jättää noudattamatta niitä ja sen johdosta tarjoajalle syntyy vahinkoa.

¹⁶¹ Tieva 2009, s. 910.

Muilla sopimusneuvotteluissa tapahtuvilla väärinkäytöksillä voidaan tarkoittaa *Hemmon* mukaan esimerkiksi tilannetta, jossa pienhankinnan hankintamenettely on aloitettu ilman tosiasiallista aikomustakaan suorittaa hankinta. Tämänlaista käyttäytymistä hankintayksikön toimesta voisi olla mielestäni markkinoiden kielletty kartoittaminen.

5.3.1 Vahingonkorvauksen edellytykset

Jotta tarjoaja voisi saada vahingonkorvausta hankintayksiköltä virheellisen pienhankinnan hankintamenettelyn johdosta, tulee virheellisellä menettelyllä ja vahingolla olla syy-yhteys.¹⁶² Virheellisen menettelyn ja vahingon välistä syy-yhteyttä käytiin jo läpi tutkielman kappaleessa 4.3, joten en käy sitä tässä enää uudestaan läpi välttääkseni toistoa. Katsoisin, että tilanteessa, jossa tarjoaja hakee vahingonkorvausta pienhankinnan tehneeltä hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta sopimuksentekotuottamukseen vedoten, ei virheellisen menettelyn ja vahingon syy-yhteyden arvioinnin tulisi olla erityisen vaikeaa. Lopullisen ratkaisun asiassa tekee tuomari, mutta uskoisin virheellisen menettelyn ja vahingon syy-yhteyden olevan todella selkeä tämänlaisessa tapauksessa, koska vahingonkorvausvaatimuksen vastuu perustuisi kirjaimellisesti siihen, että pienhankinnan suorittava hankintayksikkö jättäisi soveltamatta tai soveltaisi virheellisesti omia hankintaohjeitaan.

Syy-yhteyden lisäksi hankintayksikön tulee tuottamuksellaan aiheuttaa vahinkoa virheellisen hankintamenettelyn kautta tarjoajalle, jotta vahingonkorvausvastuu syntyy. Tuottamuksella tarkoitetaan hankintayksikön huolimatonta tai tahallista toimintaa, joka aiheuttaa vahingon. Tuottamuksesta ei löydy laista mitään tarkkaa määritelmää, vaan se on jätetty oikeuskäytännön ja oikeustieteen varaan.¹⁶³ Oikeustieteessä on yleisesti hyväksytty *bonus pater familias* -oppi, jonka avulla voidaan määrittää ainakin jollain asteella huolellisuusvaatimustaso. Opin mukaan vahingon sattuessa kuvitellaan täysin identtinen tapahtumankulku, mutta jossa vahingonaiheuttajan sijaan on normaali ja huolellinen henkilö, joka toimisi objektiivisesti arvioiden niin huolellisesti kuin hänen tietojensa ja taitojensa perusteella voitaisiin olettaa hänen toimivansa.¹⁶⁴

¹⁶² Ståhlberg – Karhu 2013, s. 335.

¹⁶³ Ståhlberg – Karhu 2013, s. 84.

¹⁶⁴ Virtanen J. 2005, s. 489.

Bonus pater familias -oppi on saanut oikeuskirjallisuudessa jonkin verran kritiikkiä. *Hemmo* kritisoi oppia sillä perusteella, että normaalin ja huolellisen henkilön määritelmä on hyvin ympäripyöreä, eikä sen toimintaa voi määritellä kovinkaan tarkasti. Tämän lisäksi *Hemmo* kritisoi *bonus pater familias* -oppia myös siitä puuttuvan ”syvyyden” takia, sillä opin avulla päädyttäisiin asiantuntijaroolissa tapahtuvissa vahingoissa tuottamusolettamassa aina vahingontekijän osalta lievempään ratkaisuun.¹⁶⁵

Itse en ole *Hemmon* kanssa tästä täysin samaa mieltä, koska mielestäni oppia voisi soveltaa ilman sen sanatarkkaa tulkitsemista. Tarkoitan tällä sitä, että oppia voisi tulkita sen alan yleisten huolellisuusvelvollisuuksien mukaan, jossa vahinko tapahtuu. Esimerkiksi voidaan ajatella tutkielman kannalta tilanne, jossa pienhankinnan suorittava hankintayksikkö tekisi tuottamuksellisen virheen soveltaessaan omia hankintaohjeitaan, niin tässä tapauksessa *bonus pater familias* -oppia soveltamalla mietittäisiin täysin sama tapahtumankulku, mutta vahingonaiheuttajan tilalle tulisi objektiivisesti arvioiden huolellinen hankintayksikkö ja mietittäisiin, että tekisikö se samanlaisen tuottamuksellisen virheen soveltaessaan omia ohjeitaan.

Jotta tarjoaja voisi saada pienhankinnan suorittavalta hankintayksiköltä vahingonkorvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta sopimuksentekotuottamukseen vedoten, tulee siis kolmen edellytyksen täytyä: itse vahingon, hankintayksikön tuottamuksen ja syy-yhteyden vahingon ja tuottamuksen välillä.

5.3.2 Korvattavat vahingot

Tarjoaja voi saada korvattavaksi positiivisen- tai negatiivisen sopimusedun mukaiset vahingot. Käytännössä positiivinen sopimusetu voisi tuoda tarjoajalle korvauksen tilanteessa, jossa pienhankinnan suorittava hankintayksikkö ei noudata omia hankintasääntönsä ja päätyy virheellisen menettelyn johdosta solmimaan sopimuksen toisen tarjoajan B:n kanssa, vaikka tarjoaja A:n olisi tullut voittaa kilpailutus virheettömässä menettelyssä. Tämänlainen tilanne voisi käydä esimerkiksi silloin, kun pienhankinnan suorittavan hankintayksikön kilpailutusohjeista löytyisi säännös, jonka mukaan sopimus on tehtävä kokonaisedullisesti halvimman tarjouksen antajan kanssa ja hankintayksikkö toimisi virheellisesti eikä tekisi

¹⁶⁵ Hemmo 1996, s. 88.

sopimusta edullisimman tarjouksen antajan kanssa, vaan sen sijaan toisen tarjoajan kanssa. Näin oli juuri käynyt KKO:n tapauksessa 1999:48. Tapauksessa oli sovellettu julkisten hankintojen periaatteiden sijaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita, mutta niiden mukaan olisi myös tullut valita sopimus edullisimman tarjouksen antajan kanssa. Tapauksessa asunto-osakeyhtiö oli sitoutunut noudattamaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita urakkatarjouspyynnössään, mutta se oli myöhemmin itse rikkonut näitä kyseisiä periaatteita ryhtymällä neuvottelemaan tarjouksen tekijöiden kanssa urakkahinnoista ja hyväksynyt sen jälkeen muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tehneen rakennusliikkeen uuden halvemman tarjouksen. Tapauksen ratkaisun perusteluista ilmenee, että asunto-osakeyhtiö joutui korvaamaan positiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle rakennusliikkeelle.

5.4 Kuntalain mukainen oikaisuvaatimus ja kunnallisvalitus

Jos pienhankinnan suorittava hankintayksikkö on kunnan viranomainen, voi tarjoaja tehdä kuntalain mukaisen oikaisuvaatimuksen sekä kunnallisvalituksen. Oikaisuvaatimus on kunnallisvalituksen pakollinen esivaihe ja sen voi tehdä sekä asianosainen että kunnan jäsen. Oikaisuvaatimus voidaan tehdä sekä tarkoituksenmukaisuus- että laillisuusperusteella.¹⁶⁶

Kuntalain 134 §:n mukaan kunnanhallituksen, lautakunnan ja valiokunnan, niiden jaoston sekä niiden alaisen viranomaisen päätökseen tyytymätön saa hakea siihen oikaisua. Kunnanhallituksen, kunnanhallituksen jaoston ja kunnanhallituksen viranomaisen päätöksestä tehdään oikaisuvaatimus kunnanhallitukselle. Lautakunnan jaoston ja lautakunnan alaisen viranomaisen päätöksestä tehdään oikaisuvaatimus lautakunnalle. Kuntalain 138 §:n mukaan oikaisuvaatimus on tehtävä 14 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista. Oikaisuvaatimus on tehtävä kirjallisesti hallintolain 49 d §:n mukaan. Oikaisuvaatimusta käsittelevä viranomainen on sidottu niihin vaatimuksiin, joita oikaisuvaatimuksessa esitetään eikä se voi käsitellä asiaa laajemmin. Oikaisuvaatimusta käsittelevä viranomainen voi muuttaa hallintopäätöstä, kumota sen tai hylätä koko oikaisuvaatimuksen.¹⁶⁷

¹⁶⁶ HE 268/2014 vp, s. 48–49.

¹⁶⁷ *ibid.* s. 48.

Tarjoajan ollessa tyytymätön oikaisuvaatimusmenettelyn lopputulokseen, on seuraava vaihe tehdä kuntalain 135 §:n mukainen kunnallisvallitus hallinto-oikeuteen ja edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Pykälän mukaan valituksen saa tehdä sillä perusteella, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä; päätöksen tehnyt viranomaisella on ylittänyt toimivaltansa; tai päätös on muuten lainvastainen. Kunnallisvalitus on tehtävä 30 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista kuntalain 138 §:n mukaan. Kunnallisvalitus on kassatorinen¹⁶⁸ muutoksenhakekeino, joka tarkoittaa sitä, että hallinto-oikeus ei voi antaa uutta päätöstä asiasta, vaan se voi joko kumota päätöksen tai palauttaa sen kunnan viranomaiselle uudelleen käsiteltäväksi. Oikaisuvaatimus eroaa siis kunnallisvalituksesta siltä osin, että oikaisuvaatimuksella on mahdollista saada tosiasiallisesti uusi päätös asiassa.

Tarjoajan valitusoikeus perustuisi tarjouskilpailuun osallistumisen johdosta syntyneeseen asianosaisasemaan.¹⁶⁹ Tilanteessa, jossa tarjoajan tarjous olisi virheellisesti suljettu pois tarjouskilpailusta syystä tai toisesta, eikä asianosaisasemaa syntyisi tämän johdosta, niin katsoisin sen voivan syntyä myös hallintolain 6 §:ssä määriteltyjen hallinnon oikeusperiaatteiden vastaisesta menettelystä. Tämänlaista tilannetta mietittiin esimerkiksi KHO:n ratkaisussa 2014:19.

5.5 Hallintovalitus

Oikeuskirjallisuudessa on käyty runsaasti keskustelua siitä, että soveltuuko hallintokäyttölain (586/1996) mukainen hallintovalitus pienhankintojen virheellisen menettelyn muutoksenhakekeinoksi. *Nenonen* puoltaa tätä näkemystä.¹⁷⁰ *Kalima, Häll ja Oksanen* ovat myös sen kannalla, että kansalliset kynnsarvot alittaviin hankintoihin voidaan hakea muutosta hallintovalituksella.¹⁷¹

Hallintolainkäyttölain 6 §:n mukaan päätöksestä saa valittaa se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa. Valitus on toimitettava valitusviranomaiselle 22 §:n mukaan 30 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista. Valitus on tehtävä hallintolainkäyttölain 23 §:n mukaan kirjallisesti ja siinä on ilmoitettava

¹⁶⁸ Muutoksenhaun kassatorisuudesta poikettiin KHO:n ratkaisussa 2009:10, joten se ei ole täysin ehdoton.

¹⁶⁹ HE 192/1994 vp, s. 64.

¹⁷⁰ Nenonen 2011, s. 385–386.

¹⁷¹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 264.

päätös, johon haetaan muutosta ja sen lisäksi eriteltävä miltä kohdin päätökseen haetaan muutosta ja mitä muutoksia siihen vaaditaan tehtäväksi sekä perusteet, jolla muutosta vaaditaan. Hallintovalitus ei ole kassatorinen muutoksenhakekeino kuten kunnallisvalitus, vaan se on reformatorinen muutoksenhakekeino. Valituksen reformatorinen luonne tarkoittaa sitä, että tuomioistuimella mahdollisuus muuttaa päätöstä.

Kaiken kaikkiaan tarjoajalla on suhteellisen heikot edellytykset saadakseen korvausta pienhankinnan suorittavalta hankintaviranomaiselta virheellisestä hankintamenettelystä johtuen. Optimaalisin tilanne tarjoajan kannalta olisi sellainen, jossa pienhankinnan suorittavalla viranomaisella olisi omat yksityiskohtaisesti määritetyt kilpailutusohjeensa ja se jättäisi noudattamatta niitä tai se vaihtoehtoisesti noudattaisi niitä virheellisesti.

Tämänlaiset tapaukset, jossa hankintaviranomainen ei ole noudattanut omia kilpailutusohjeitaan eivät ole aina välttämättä kovinkaan selkeitä. Tarjoajan tulee näyttää hankintaviranomaisen virheellinen menettely todeksi yleisissä tuomioistuimissa halutessaan korvausta esimerkiksi positiivisen sopimusedun perusteella. Tarjoajalla on tässä riskinä joutua maksamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut, jotka saattavat tosiasiaisesti nousta jopa korkeammaksi kuin itse hankinnasta saatu liikevoitto, sillä pienhankinnoissa hankinnat eivät välttämättä ole arvoltaan rahamääräisesti kovinkaan suuria.¹⁷²

¹⁷² Saarinen 2008, s. 165.

6 Johtopäätökset

Tutkimuskysymykseni oli: miten hankintojen kynnysarvot vaikuttavat tarjoajan oikeuteen saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Tutkin siis tarjoajan oikeutta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn johdosta kansallisten sekä EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta suhteessa tarjoajan oikeudesta korvaukseen virheellisen hankintamenettelyn osalta pienhankinnoissa. Tarkentavia kysymyksiä olivat vielä ne, että vaikuttaako yllä mainittu tilanne korvauksen suuruuteen, ja onko tarjoajalla jommassakummassa tilanteessa todennäköisempi mahdollisuus saada korvausta virheellisen hankintamenettelyn johdosta.

Pienhankinnoissa tarjoajan todennäköisin keino saada korvausta on vahingonkorvauksen hakeminen hankintayksiköltä yleisessä tuomioistuimessa virheellisen menettelyn johdosta vetoamalla sopimuksentekotuottamukseen. Tässä on edellytyksenä, se että virheellisen menettelyn ja vahingon välillä tulee olla syy-yhteys. Syy-yhteyden lisäksi pienhankinnan suorittavan hankintayksikön tulee aiheuttaa tuottamuksellisesti tämä vahinko. Tarjoajan tulee luonnollisesti vielä näyttää nämä edellä mainitut seikat toteen tuomioistuimessa voidakseen saada korvausta hankintaviranomaiselta.

Kansallisen ja EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta tarjoajalla on korvauksen saadakseen käytössä kaksi tehokasta keinoa. Ensimmäinen keino on hyvitysmaksun vaatiminen. Siinä tarjoajan tulee tehdä markkinaoikeudelle kirjallinen valitus 14 päivän kuluessa siitä, kun tarjoaja on saanut tiedon hankintaa koskevasta päätöksestä ja vaatia hankintalain 155 §:ssä määriteltyä hyvitysmaksua. Tarjoajan vaatiessa hyvitysmaksua hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta, tulisi sen näyttää markkinaoikeudelle toteen, että hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe ja ilman tätä kyseistä virhettä tarjoajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Tarjoajan toinen keino saada korvaus virheellisen hankintamenettelyn johdosta kansallisen ja EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta on vaatia hankintalain 169 §:n mukaista vahingonkorvausta hankintayksiköltä valittamalla oikeudenkäymiskaaren 10 luvussa tarkoitettuun käräjäoikeuteen. Katsoisin, että hankintalain 169 §:ssä määritelty vahingonkorvaus on hankintayksikön kannalta ankaraa vastuuta, joten tarjoajan ei tulisi näyttää

tuomioistuimessa hankintayksikön tuottamuksellista toimintaa toteen. Tarjoajan tulisi silti näyttää vahingon ja virheellisen menettelyn välinen syy-yhteys. Näiden edellytysten lisäksi tarjoajan tulee näyttää, että hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tarjoaja voisi hakea hankintalain 169 §:n avulla korvattavaksi esimerkiksi positiivisen sopimusedun mukaista vahinkoa.

Pienhankinnoissa tarjoajan vaatiessa korvausta yleisessä tuomioistuimessa, ei korvauksen ylärajaa periaatteessa ole, mutta käytännössä korvattavaksi voisi todennäköisesti tulla positiivisen sopimusedun mukainen vahinko. Rikastumiskiellonperiaate estää myös sen, että tarjoaja pääsisi vahingonkorvauksen avulla parempaan taloudelliseen asemaan, kuin missä hän oli ennen virheellistä hankintamenettelyä.

Kansallisen ja EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta sitä, että kuinka paljon korvausta tarjoaja voi saada on hyvitysmaksun osalta rajoitettu. Hyvitysmaksun määrä on sidottu hankintasopimuksen arvoon. Se ei saa ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta ilman erityistä syytä. Katsoisin, että hankintalain 169 §:n mukaisessa vahingonkorvauksessa korvauksen suuruutta arvioitaessa, olisi se samanlainen kuin yllä mainittu tarjoajan vahingonkorvausvaatimuksen suuruus pienhankinnassa.

Tutkimuskysymykseni vastaus on siis se, että tarjoajalla on huomattavasti heikommat mahdollisuudet saada korvausta hankintayksiköltä virheellisen hankintamenettelyn johdosta pienhankinnoissa kuin kansallisen tai EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Kansallisen tai EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa tarjoajalla on suoraan hankintalaista johdetut oikeussuojakeinot käytettävänä, kun taas pienhankinnan hankintamenettelyyn osallistuvalla tarjoajalla ei ole suoranaisesti mitään hankintalain oikeussuojakeinoihin verrattavissa olevia ”turvatakuita” virheellisen hankintamenettelyn tapahtuessa. Mielestäni tarjoajan oikeutta korvaukseen, sekä ihan yleisesti tarjoajan oikeusturvaa tulisi parantaa pienhankinnoissa. Pienhankinnoissa kilpailevat yritykset saattavat nimittäin kirjaimellisesti kilpailla elannostaan näissä hankinnoissa, joten heillä saattaa olla tosiasiallisesti isot panokset hankintamenettelyssä verrattuna julkisin verovaroin kustannettuun hankintaviranomaisen suorittamaan hankintamenettelyyn.

Hankintalakia koskeva uudistus on tarkoitus tuoda kevätkaudella 2022 eduskuntaan. Uudistuksella ei olisi näillä näkymin vaikutusta tarjoajan oikeussuojaan pienhankinnoissa, vaan

uudistuksen tavoitteita olisivat lähinnä ympäristönäkökulmien tarkempi huomioiminen sekä harmaan talouden torjunta.¹⁷³

¹⁷³ <https://valtioneuvosto.fi/-/1410877/hankintalain-uudistus-tahtaa-vastuullisempiin-julkisiin-hankintoihin>