

**KOKONAISTALOUDELLISEN EDULLISUUDEN  
ARVIOINNIN RAJAT**

Itä-Suomen Yliopisto

Oikeustieteiden laitos

Pro Gradu-tutkielma

29.4.2014

Tekijä: Jarkko Pesu 181190

Ohjaaja: Tomi Voutilainen

## Tiivistelmä

### ITÄ-SUOMEN YLIOPISTO

Tiedekunta <b>Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta</b>		Yksikkö <b>Oikeustieteiden laitos</b>	
Tekijä <b>Jarkko Pesu</b>			
Työn nimi <b>Kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajat</b>			
Pääaine <b>Sivillioikeus</b>	Työn laji <b>Pro gradu -tutkielma</b>	Aika <b>Huhtikuu 2014</b>	Sivuja <b>115</b>
<p>Tiivistelmä</p> <p>Hankintalaki mahdollistaa kahden eri valintaperusteen käyttämisen tarjouksen valinnassa, hinnan ja kokonaistaloudellisen edullisuuden. Kokonaistaloudellisesta edullisuudesta tulee vuonna 2016 voimaan astuvan uuden hankintalainsäädännön myötä ainoa mahdollinen valintaperuste. Hankintalaki ei itsessään tarjoa juurikaan vastauksia siihen, miten kokonaistaloudellinen edullisuus tulisi määritellä tai mitkä sen rajat ovat. Tässä tutkimuksessa selvitetään mitkä ovat kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin yleiset rajat. Tutkimuksen keskeiset oikeussäännöt ovat siis hankintalain 62 ja 72 §.</p> <p>Perinteisesti kokonaistaloudellisella edullisuudella on tarkoitettu sitä, että tarjouskilpailun voittava tarjous valitaan hintalaatusuhteen perusteella. Hankintayksiköiden harkintavallan rajoittaminen tällä tavalla on kuitenkin ollut omiaan herättämään kysymyksiä siitä, millaisia vertailuperusteita hankinnoissa voidaan ylipäänsä käyttää. Selvänä on pidetty, ettei hankintayksiköiden tarjouksen valinta perustu samanlaiseen vapauteen kuin yksityisillä toimijoilla. Tämä herättääkin perustellusti kysymyksiä siitä, missä kulkevat hankintalainmukaisen kokonaistaloudellisen edullisuuden rajat?</p> <p>Tutkimusmateriaali koostuu, aihepiiristä johtuen, pääsääntöisesti oikeuskäytännössä tehdyistä ratkaisuksista. Tutkimuskysymyksessä oleva yleisyys myös tarkoittaa sitä, ettei tutkimuksessa selvitetä niinkään hankintojen materiaalisesta ulottuvuudesta johtuvia kokonaistaloudellisen edullisuuden määrittämisen ongelmia. Tutkimuksen keskiössä ovat ennen kaikkea kysymykset liittynän vaatimuksesta, kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisen velvollisuuden ulottuvuuksista, vertailuperusteiden yksilöinnistä ja vertailuperusteiden erottamisesta muista hankintamenettelyn kriteerikategorioista.</p> <p>Tutkimuksen keskeisinä johtopäätöksinä tuodaan esiin, että kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajoissa keskiössä ovat vertailuperusteiden liittynän vaatimus, joka edellyttää ensisijaista ja välitöntä liityntää hankinnan kohteeseen, sekä riittävän yksilöinnin vaatimus, joka tarkoittaa, että hankintaa koskevissa asiakirjoissa käytetyt vertailuperusteet, -menetelmät ja kaikki näihin liittyvä aines tuodaan riittävällä tarkkuudella tarjoajien tietoon jo näiden valmistellessa tarjouksiaan. Lisäksi on huomattava se, ettei vertailuperusteiden ole pakko mitata pelkästään hankintayksiköille koituvaa taloudellista etua.</p>			
Avainsanat <b>Julkiset hankinnat, kokonaistaloudellinen edullisuus, liittynän vaatimus, hankintamenettelyn vaihteellisuus</b>			

**SISÄLLYS**

LÄHTEET .....	V
LYHENNELUETTELO .....	XIV
1 JOHDANTO .....	1
1.1 Tutkimuksen tausta .....	1
1.1.1 Hankinnoista yleensä .....	1
1.1.2 Hankintalainsäädäntö ja sen soveltuminen .....	3
1.2 Tutkimuskysymykset ja tutkimuskohteen rakenne ja rajaukset .....	4
1.3 Lähestymistapa, metodi ja lähdeaineisto .....	8
1.4 Käsitteet ja Termit .....	10
2 VALINTAPERUSTEET JA HANKINTASÄÄNNÖSTEN TAVOITTEET .....	12
2.1 Kokonaistaloudellinen edullisuus valintaperusteena .....	12
2.2 Hankintasäännösten tavoitteet ja tähän liittyvät ongelmat .....	15
3 VERTAILUPERUSTEIDEN ASETTAMINEN .....	19
3.1 Hankintayksikön harkintavalta .....	19
3.1.1 Hankintayksikön harkintavalta valintaperusteen valinnassa ja vertailuperusteiden asettamisessa .....	19
3.1.2 Hinnan merkitys .....	20
3.1.3 Laatu ja sen mittaaminen .....	22
3.1.4 Vertailuperusteen teoreettinen rakenne .....	24
3.1.5 Kokonaistaloudellisuuden systematiikka hankintayksikön harkintavallan rajoittajana .....	25
3.2 Kriteereille asetetuista vaatimuksista .....	27
3.3 Lainsäädännössä asetetut vaatimukset vertailuperusteille .....	28
3.3.1 Liityntä hankinnan kohteeseen .....	28
3.3.2 Hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous .....	39
3.3.3 Muualla lainsäädännössä asetettujen vaatimusten huomiointi .....	42
3.4 Oikeuskäytännössä asetetut vaatimukset vertailuperusteille .....	44
3.4.1 Yleistä periaatteista ja tarjouksen valinnasta .....	44
3.4.2 Suhteellisuusperiaate .....	46
3.4.3 Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate .....	48
4 VERTAILUPERUSTEIDEN ILMOITTAMINEN JA TULKINTA .....	55
4.1 Kriteerien ilmoittaminen .....	55
4.2 Avoimuusperiaate tarjouksen valinnassa .....	55

## IV

4.3 Vertailuperusteiden, niiden osatekijöiden ja painoarvojen tai pisteytyksen ilmoittaminen.....	58
4.4 Vertailuperusteiden selkeyden arvioiminen.....	61
4.5 Ilmoittamistarkkuuden poikkeukset.....	65
5 VERTAILUPERUSTEIDEN SOVELTAMINEN JA PERUSTELU.....	68
5.1 Vertailu ja perustelu lainsäädännössä.....	68
5.2 Tarjousten vertailulle asetetut vaatimukset.....	69
5.3 Vertailusta ja pisteytyksestä.....	72
6 HANKINTAMENETTELYN VAIHEITTAISUUS.....	75
6.1 Vaiheittaisuudesta yleisesti.....	75
6.2 Hankintamenettelyn vaiheittaisuus ja kaksivaiheisuus.....	76
6.3 Kaksivaiheisuuteen liittyvät ongelmat.....	78
6.3.1 Tarjoajan soveltuvuudesta.....	79
6.3.2 Kaksivaiheisuuden taustatekijät.....	83
6.3.3 Vertailuperusteiden erottaminen soveltuvuusperusteista oikeuskirjallisuudessa.....	84
6.3.4 Unionin tuomioistuinten käytäntö ja kaksivaiheisuus.....	85
6.3.5 Kansallinen käytäntö.....	89
6.3.6 Riittävän eron tekeminen.....	91
6.3.7 Liitteen B mukaisten palveluhankintojen joustavuusmahdollisuus.....	101
6.4 Tekniset eritelvät ja vertailuperusteet.....	107
7 LOPUKSI.....	111

## LÄHTEET

### KIRJALLISUUS

*Alhola, Katariina*: Environmental criteria in public procurement. Helsinki 2012.

*Alkio, Mikko – Wik, Christian*: Kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Helsinki 2009.

*Arrowsmith, Sue*:

– Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement* 2/2010. s.149–186.

– Modernising the EU’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility. *Public procurement law review* 3/2012. s.71–82.

*Bergman, Mats – Lundberg, Sofia*: Tender evaluation and supplier selection methods in public procurement. *Journal of Purchasing & Supply Management* 19 (2013) s.73–83

*Bovis, Christopher .H*:

– EU Public procurement law. 2<sup>nd</sup>. edition. Edward Elgar 2012.

–The challenges of public procurement reform in the single market of the European Union. Teoksessa ERA Forum 14 (2013) s.35–57. ERA 2013.

*Ekroos, Ari – Nissinen, Ari*: Voidaanko tuotantomenetelmää koskevia ympäristönsuojelullisia perusteita käyttää julkisten hankintojen vertailuperusteina? Edilex 2.11.2007. [www.edilex.fi] (21.9.2013).

*Halonen, Kirsi-Maria*: Julkisten hankintojen uudet yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa – palvelun laatu ja laadun valvonta. Edilex 22.12.2010 [www.edilex.fi] (15.9.2013)

*Huhtala, Heli*: Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun jäljillä – Julkisten hankintojen tarjousvertailun ongelmakohdat vuosien 2008–2009 markkinaoikeuskäytännön perusteella. Tampere 2008.

*Hyvönen, Olli - Kess, Kaija - Piisi, Tero – Tuomela, Heikki – Uotila, Jaakko*: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Helsinki 2012. (*Hyvönen ym.* 2012)

*Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero*: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Helsinki 2007.

*Karisto, Petri*: Lukkiutuneisuus vai lisäarvo? hankintamentaliteetti julkisten palvelujen ulkoistamiseen. Helsinki 2006.

*Kiviniemi, Eeva*: Hankintaprosessin virheet markkinaoikeuden käytännössä. Helsinki 2011.

- Kuusniemi-Laine, Anna – Nordenstreng, Laura*: Julkisia hankintoja koskevaa oikeuskäytäntöä vuodelta 2010, teoksessa Mentula, Arttu ym. (toim.): Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2010, Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys ry, s. 295–312.
- Lee, Philip*: Implications of the Lianakis decision. *Public Procurement Law Review* 2/2010 s. 47–56.
- Lindfors, Teemu*: EY-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkistenhankintojen sääntelyn tulokinnassa. *Lakimies* 1/2005 s.23–48.
- Mäkelä, Eeva-Riitta*: Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa? *Edilex* 8.11.2011. [www.edilex.fi] (21.9.2013).
- Nenonen, Anne*: Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteethankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009 s. 83–111.
- Ojanen, Tuomas*: Euroopan yhteisöjen (EY) tuomioistuimen tuomio 17.9.2002 asiassa C-513/99. Oikeustapauskommentti. *Lakimies* 4/2003 s. 692–701.
- Palmujoki, Antti*: Ympäristönäkökohtien huomioiminen julkisissa hankinnoissa. *Edilex* 12.4.2007. [www.edilex.fi] (8.11.2013).
- Parikka, Julius – Pöykkylä, Panu*: Julkiset hankinnat: Hinnan ilmoittaminen tarjouksessa ja hinta tarjouksen valinnassa. *Edilex* 3.11.2010 [www.edilex.fi] (15.2.2014)
- Pekkala, Elise*: Hankintojen kilpailuttaminen. Helsinki 2007.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika*: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 4. uudistettu laitos. Helsinki 2012.
- Pöykkylä, Panu*: Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa. *Edilex* 28.10.2010. [www.edilex.fi] (21.9.2013).
- Tapola, Marita*: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus. Helsinki 2012.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuden tasot ja toiminnot – Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua. *Oikeus* 4/2000 s.509–523.
- Trepte, Peter*: *Public procurement in the EU*. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford University Press 2007.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi Helsinkin 2000
- Tyni, Jukka-Pekka*: Julkisten hankintojen tarjousvertailun ongelmakohdat vuosien 2008–2009 markkinaoikeuskäytännön perusteella. Joensuu 2010.
- Ukkola, Markus*:
- Buying Green! But at what price? – Tutkimus ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa Euroopan yhteisössä. *Edilex* 10.10.2007. [www.edilex.fi] (8.11.2013).

- Julkisten hankintojen lainsäädännön liberalistiset taustat Foucault'n käsitteiden valossa. *Oikeus* 2/2013, s. 150–170.
- Oikeusvoima ja luottamuksensuojaperiaate julkisissa hankinnoissa *Edilex* 28.8.2013. [www.edilex.fi] (21.9.2013).
- Hankintamenettelyn kriteerit. *Lakimies* 2/2011 s. 320–340.
- Julkisten hankintojen EU-lainsäädännön modernisaatio. *Defensor Legis* 2/2013. s.259–269.
- Neuvottelumenettely dialogina. *Defensor Legis* 2/2012. s.261–272.

*Virtanen, Pertti*: Suomen hankintalainsäädäntö, teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka ym. (toim.) *Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista*. Helsinki 2008, s.529–819.

*Voutilainen, Tomi*: Tietotekniikka hankintavälineenä ja –kohteena. *Edilex* 15.9.2011. [www.edilex.fi] (21.9.2013).

*Vuorio, Liisa*: Yksityisen ja julkisen tuotannon välinen kilpailuneutraliteetti ja sen valvonta pohjoismaissa, teoksessa Mentula, Arttu ym. (toim.): *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja* 2008, Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys ry, s. 67–81

## **VIRALLISLÄHTEET**

*Euroopan komissio*: Ympäristöä säästäviä hankintoja *Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa* 2. laitos. Euroopan unioni 2011.

*HaVL 25/2006 vp*: Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

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

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

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

*KOM (2011) 15*: Komission vihreä kirja hankinnoista.

*Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön raportteja ja muistioita 2012:1*: Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön kilpailuttamisen toimivuus. Helsinki 2012

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

*Työ- ja elinkeinoministeriö*: Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat –opas. Edita 2013.

## INTERNETLÄHTEET

*ClientEarth*: Briefing No. 2: Horizontal Objectives in Public Procurement. 2011.

[<http://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-2-horizontal-objectives-in-public-procurement.pdf>] (20.1.2014)

*ELY-keskus*: Toiminta- ja laatusuunnitelman sisältö 2014. Yhteysalusliikennepalvelu.

[[http://www.elykeskus.fi/documents/10191/1197715/Yhteysalusliikenne\\_Toiminta\\_ja\\_laatusuunnitelma\\_taulukkomuoto\\_2014+Lis%C3%A4kirjeliite+1.pdf/d9c006aebb0f-4eea-9879-0636830238a3](http://www.elykeskus.fi/documents/10191/1197715/Yhteysalusliikenne_Toiminta_ja_laatusuunnitelma_taulukkomuoto_2014+Lis%C3%A4kirjeliite+1.pdf/d9c006aebb0f-4eea-9879-0636830238a3)] (18.12.2013)

*Markkinaoikeus*: Käsittelyajat ja tilastot.

[<http://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/tilastojajakasittelyajat.html>] (20.3.2014)

*Työ- ja elinkeinoministeriö*: HILMA 2013 Tilastot.

[[http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot\\_2013](http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot_2013)] (20.3.2014)

## OIKEUSKÄYTÄNTÖ

### Euroopan Unionin Tuomioistuin

C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs. Alankomaiden valtio*, Kok. 1988 s. 4635.

C-324/93, *The Queen vs. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd*. Kok. 1995 s. I-00563.

C-225/98, *Komissio vs. Ranska*. Kok. 2000 I-07445

C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S ja 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*. Kok. 1999, s. I-08291

C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vs. Telekom Austria AG*. Kok. 2000, s. I-10745

C-496/99 P, *Euroopan yhteisöjen komissio vs. CAS Succhi di Frutta SpA*. Kok. 2004. s. I-03801

C-470/99, *Universale-Bau ym. vs. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*. Kok. 2002. s. I-11617



- C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, v. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, Kok. 2002 s. I-7213.
- C-19/00, *SIAC Construction Ltd* vs. County Council of the County of Mayo. Kok. 2001 s. I-7725.
- C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy ja Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa v. Varkauden Taitotalo Oy. Kok. 2003 s. I-05321
- C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)* vs. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), Kok. 2003 s. I-06351.
- C-448/01, *EVN AG* ja *Wienstrom GmbH* vs. Itävalta, 2003 Kok. s. I-4527.
- C-247/02, *Sintesi SpA* vs. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici. Kok. 2004 s. I-9215.
- C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* vs. Comune di Cingia de' Botti, Kok. 2005. s. I-07287.
- C-234/03, *Contse SA ym.* vs. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), Kok. 2005 s. I-09315.
- C-331/04, *ATI EAC Srl* e *Viaggi di Maio Snc*, *EAC Srl* ja *Viaggi di Maio Snc* vs. *ACTV Venezia SpA*, *Provincia di Venezia* ja *Comune di Venezia*. Kok. 2005 s. I-10109.
- C-6/05, *Medipac-Kazantzidis (Medipac) AE* vs. *Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS)*. Kok. 2007 s. I-04557
- C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, *Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon* ja *Nikolaos Vlachopoulos* vs *Dimos Alexandroupolis ym.*, Kok. 2008 s. I-00251.
- C-199/07, *Komissio v. Helleenien tasavalta*, Kok. 2009 s. I-10669
- C-226/09, *Komissio v. Irlanti*, Kok. 2010 s. I-11807
- C-368/10, *Komissio v. Alankomaat (Max Havelaar)*, 2010 Kok. 2012. s. 0

### **Euroopan Unionin yleinen tuomioistuin**

- T-4/01, *Renco SpA* vs. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2003 s. II-00171.
- T-211/07, *AWWW GmbH ArbeitsWelt-Working World* vs. Euroopan elin- ja työolojen kehittämissäätiö (FEACVT), ECR. 2008 s. II-106.
- T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV* vs. Euroopan komissio. Kok. 2009. II-04439.

**Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut**

KHO 1999:218

KHO 2003:89

KHO 6.10.2004 t. 2514

KHO 2005: 63

KHO 2009:102

KHO 2010:14

KHO 2010:19

KHO 2010:35

KHO 2010:69

KHO 13.6.2011 t. 1573

KHO 19.10.2011 t. 3012

KHO 2013:21

KHO 2013:160

KHO 15.1.2013 t. 152

KHO 8.3.2013 t. 862

KHO 2014:55

**Markkinaoikeuden ratkaisut**

MAO 165/I/02 166/I/02 10.12.2002 6/690/2002 28/690/2002

MAO 136/2003 26.6.2003 90/03/JH

MAO 176/2004 10.9.2004 58/04/JH

MAO 278/2005 14.12.2005 160/05/JH

MAO 154/2006 4.8.2006 567/05/JH

MAO 44/2008 31.1.2008 207/06/JH

MAO 53/2008 6.2.2008 276/06/JH

MAO 179/2008 7.5.2008 10/07/JH

MAO 361/2008 9.9.2008 196/07/JH

MAO 436/2008 22.10.2008 418/07/JH

MAO 537/2008 18.12.2008 402/07/JH

MAO 5/2009 13.1.2009 88/07/JH

MAO 84/2009 16.2.2009 362/07/JH

MAO 106/2009 27.2.2009 245/06/JH

MAO 122/2009 11.3.2009 389/08/JH

MAO 137/2009 19.3.2009 361/07/JH  
 MAO 183/2009 9.4.2009 414/07/JH  
 MAO 185/2009 9.4.2009 405/08/JH  
 MAO 232/2009 22.5.2009 324/08/JH  
 MAO 269/2009 5.6.2009 207/08/JH  
 MAO 391/2009 27.8.2009 404/08/JH  
 MAO 422/2009 10.9.2009 312/08/JH  
 MAO 430/2009 17.9.2009 500/08/JH  
 MAO 455/2009 28.9.2009 247/08/JH  
 MAO 485/2009 8.10.2009 193/09/JH  
 MAO 492/2009 15.10.2009 341/08/JH  
 MAO 536/2009 4.11.2009 56/09/JH  
 MAO 574/2009 16.11.2009 129/09/JH  
 MAO 615–616/2009 3.12.2009 543/08/JH 549/08/JH  
 MAO 621/2009 10.12.2009 138/09/JH  
 MAO 649–650/2009 21.12.2009 208/09/JH 219/09/JH  
 MAO 28/2010 13.1.2010 453/08/JH  
 MAO 43/2010 20.1.2010 556/08/JH  
 MAO 120/2010 24.2.2010 406/09/JH  
 MAO 130/2010 10.3.2010 77/09/JH  
 MAO 197/2010 6.5.2010 309/09/JH  
 MAO 202/2010 14.5.2010 29/09/JH  
 MAO 241/2010 3.6.2010 24/10/JH  
 MAO 274/2010 17.6.2010 166/09/JH  
 MAO 447/2010 1.10.2010 65/10/JH  
 MAO 453/2010 5.10.2010 319/09/JH  
 MAO 485/2010 25.10.2010 580/09/JH  
 MAO 491/2010 28.10.2010 356/10/JH  
 MAO 615/2010 29.12.2010 28/10/JH  
 MAO 620/2010 29.12.2010 520/09/JH  
 MAO 75/2011 17.2.2011 603/09/JH  
 MAO 94/2011 21.2.2011 134/10/JH  
 MAO 164/2011 20.4.2011 66/10/JH  
 MAO 372/2011 26.8.2011 571/10/JH

MAO 373/2011 26.8.2011 572/10/JH  
MAO 420/2011 16.9.2011 336/10/JH  
MAO 469/2011 11.10.2011 610/10/JH  
MAO 503/2011 7.11.2011 534/10/JH  
MAO 528/2011 17.11.2011 583/10/JH  
MAO 543/2011 25.11.2011 676/10/JH  
MAO 604/2011 22.12.2011 181/11/JH  
MAO 141/2012 16.4.2012 340/11/JH  
MAO 142/2012 16.4.2012 383/11/JH  
MAO 157/2012 30.4.2012 414/11/JH  
MAO 185/2012 15.5.2012 298/11/JH  
MAO 248/2012 3.7.2012 245/11/JH  
MAO 288/2012 24.8.2012 262/11/JH  
MAO 292/2012 31.8.2012 98/11/JH  
MAO 313/2012 18.9.2012 35/12/JH  
MAO 357–358/2012 29.10.2012 121/11/JH 122/11/JH  
MAO 390/2012 26.11.2012 105/12/JH  
MAO 399/2012 29.11.2012 107/12/JH  
MAO 406/2012 30.11.2012 3/12/JH  
MAO 26–27/2013 25.1.2013 299/12/JH 317/12/JH  
MAO 66/2013 144/12/JH 22.2.2013  
MAO 180/2013 29.4.2013 130/12/JH  
MAO 190/2013 30.4.2013 455/12/JH  
MAO 216–226/2013 23.5.2013 38–47/13/JH 98/13/JH  
MAO 268/2013 20.6.2013 254/12/JH  
MAO 272/2013 20.6.2013 402/12/JH  
MAO 275/2013 26.6.2013 17/13/JH  
MAO 337/2013 9.9.2013 401/12/JH  
MAO 354/2013 1.10.2013 465/12/JH  
MAO 368/2013 11.10.2013 240/13/JH  
MAO 380/2013 21.10.2013 160/13/JH  
MAO 384/2013 29.10.2013 246/13/JH  
MAO 527/2013 18.12.2013 248/13/JH  
MAO 556/2013 20.12.2013 253/13/JH

### XIII

MAO 558–559/2013 30.12.2013 37/13/JH 110/13/JH

MAO 17/2014 15.1.2014 298/12/JH

MAO 27/2014 24.1.2014 335/13/JH

MAO 35/2014 28.1.2014 394/12/JH

#### **Valtioneuvoston oikeuskanslerin päätökset**

*AOKS 932/1/05* (22.11.2006) Apulaisoikeuskanslerin päätös 22.11.2006. Kanteluun kaupungin järjestämän ruokapalvelun siirtämisestä ravintolapalveluita toimittavalle osakeyhtiölle.

#### **Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset**

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-5/06 (21.11.2006)

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-368/10 (15.12.2011)

**LYHENNELUETTELO**

AOKS	Apulaisoikeuskanslerin sijainen
DL	Defensor Legis. Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja
ECR	European Court Reports
Erytisalojen hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL, N:o L 134, 30.4.2004, s. 1
Erytisalojen hankintalaki	Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 394/2007
EUTI	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti (1.2.2003 jälkeen)
EUYTI	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti (ennen 1.2.2003)
GPA-sopimus	Government Procurement Agreement (SopS 5/1995, liite 4)
Hankinta-asetus	Valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista 614/2007
Hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavaraj- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL, N:o L 134, 30.4.2004, s. 114
Hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista 348/2007
HaVL	hallintovaliokunnan lausunto
HE	hallituksen esitys

KHO	korkein hallinto-oikeus
LM	Lakimies. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakauskirja
MAO	markkinaoikeus
Oikeussuojadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11 päivänä joulukuuta 2007, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi, EUVL, N:o L 335, 20.12.2007 s. 31
PPP-hanke	public private partnership / elinkaarihanke
PTHankL	Laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista 1531/2011
Puolustus- ja turvallisuushankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/81/EY, annettu 13 päivänä heinäkuuta 2009, hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta, EUVL, N:o L 216, 20.8.2009 s. 76
SEU	Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL, N:o C 83, 30.3.2010, s. 13
SEUT	Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL, N:o C 83, 30.3.2010, s. 47
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
STM	Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö
SähkHuutokL	Laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä 698/2011
t.	taltio
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö

TEM

Toinen valvontadirektiivi

Työ- ja elinkeinoministeriö

Neuvoston direktiivi 92/13/ETY, annettu 25 päivänä helmikuuta 1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yritysten hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta, EYVL, N:o L 76, 23.3.1992, s. 14

Valvontadirektiivi

Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, annettu 21 päivänä joulukuuta 1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta EYVL, N:o 395 30.12.1989, s. 33

vp

valtiopäivät



# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkimuksen tausta

### 1.1.1 Hankinnoista yleensä

Julkisiin hankintoihin kohdistuva mielenkiinto on lisääntynyt vuosittain aina siitä lähtien, kun Suomen ensimmäinen julkisia hankintoja koskeva laki säädettiin vuonna 1992. Tätä kirjoittaessa on Euroopan unionissa käynnissä hankintadirektiivien uudistushanke, joka alkoi vuonna 2011 ja on nyt lähenemässä loppuaan. Hankintoihin on viime vuosina kohdistunut kasvavaa mielenkiintoa monelta suunnalta. Esim. poliittisessa keskustelussa on jatkuvasti eri foorumeilla puhetta mm. pk-yritysten mahdollisuuksien lisäämisestä hankinnoissa, paikallisten yritysten huomioimisesta, innovoinnin lisäämisestä ja hankintojen ympäristöystävällisyyden korostamisesta.

Hankinnoilla on suurta taloudellista arvoa, esim. vuonna 2013 Työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämässä HILMA ([www.hankintailmoitukset.fi](http://www.hankintailmoitukset.fi)) tietokannassa julkaistujen julkisten hankintojen taloudellinen arvo olin noin 24,6 miljardia euroa. Kappalemääräisesti hankintoja ilmoitettiin 18915 kpl.<sup>1</sup> Markkinaoikeus (MAO) käsittelee paljon julkisia hankintoja koskevia valituksia. Esim. vuonna 2013 MAO ratkaisi yhteensä 558 asiaa, joista peräti 495 (n.89%) oli hankinta-asioita.<sup>2</sup> Tämä tarkoittaa, että keskimääräisesti MAO:ssa on ratkaistu vuonna 2013 n. 644 miljoonan euron edestä hankinta-asioita.

Julkisella hankinnalla tarkoitetaan julkisin varoin tehtäviä tavara- ja palveluhankintoja sekä rakennusurakoita. Hankinta tehdään hankintalain 5.1,1 §:n mukaan hankintasopimuksella, jolla tarkoitetaan kirjallista yhden tai useamman hankintayksikön ja toimittajan välillä tehtyä sopimusta, jonka tarkoituksena on tavara-, palveluhankinnan tai rakennusurakan toteuttaminen taloudellista vastiketta vastaan. Hankintayksiköt määritellään hankintalain 6 §:ssä. Hankintayksiköitä ovat mm. valtion ja kuntien viranomaiset, evankelis-luterilainen sekä ortodoksinen kirkko, valtion liikelaitokset ja julkisoikeudelliset laitokset. Hankintayksiköiksi katsotaan myös em. hankintayksiköiden rahoittamat yksiköt tai yksiköt joiden johto on em. hankintayksiköiden valvonnan alainen tai kun yli puolet johdosta on hankintayksi-

---

<sup>1</sup> Työ- ja Elinkeinoministeriö: Hilma 2012 Tilastot.

<sup>2</sup> Markkinaoikeus: Käsittelyajat ja tilastot.

kön nimeämää. Hankintalakia sovelletaan myös silloin, kun hankintayksikkö on tukenut hankinnan tekemistä yli puolella hankinnan arvosta.<sup>3</sup>

Oikeudellisesti julkiset hankinnat on aiheena ollut kasvavan kiinnostuksen kohteena. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on viimeisimmän hankintalakiuudistuksen (2007) jälkeen julkaistu paljon hankintoja kokonaisvaltaisesti käsitteleviä julkaisuja ja oppaita. Tutkimustasolla on käsitelty varsinkin ympäristönäkökohtien huomioimista hankinnoissa<sup>4</sup>, innovaatioita<sup>5</sup>, tarjoajan ominaisuuksien käyttöä vertailuperusteena<sup>6</sup>. Kokonaistaloudellista edullisuutta on joko sivuttu, tai se on ollut jossain määrin tutkimuksen kohteena, esim. juuri ympäristönäkökohtien käytössä vertailuperusteena tai tutkittaessa tarjoajan ominaisuuksien käyttöä vertailuperusteena. Kuitenkaan kokonaistaloudellisen edullisuuden rajojen arviointia oikeudellisesta näkökulmasta käsitteleviä tutkimuksia ei ole julkaistu. Kokonaistaloudellisen edullisuuden merkitys hankintojen valintakriteerinä lisääntyy, koska uudistetuissa direktiiviehdotuksissa kokonaistaloudellisesta edullisuudesta on tehty ainoa valintaperuste. Direktiiviehdotukset on hyväksytty EU-parlamentissa 15.1.2014. Kansallisesti tavoitteena on hankintalain uudistaminen direktiivien johdosta, uusi hankintalaki tulee voimaan 2016. Uusien direktiivien mukaan kokonaistaloudellisesta edullisuudesta tulee ainoa valintaperuste. Kansallisella tasolla lainsäätäjä voi tietenkin edelleen pitää käytössä nykyisen mallisen järjestelmän, jolloin kansalliset kynnyksarvot ylittävissä hankinnoissa olisi valintaperusteena mahdollista käyttää hintaa kuin kokonaistaloudellista edullisuuttakin.

MAO:ssa ratkaistujen hankinta-asioiden sisältöjä on tutkittu ja tehty kvalitatiivisia erotteita sen suhteen, missä hankintojen vaiheessa tai mihin aihepiiriin liittyen ongelmia on esiintynyt.<sup>7</sup> Ilmeistä on, että hankintayksiköillä on tarjouspyyntö- ja käsittelyvaiheissa ongelmia liittyen varsinkin tarjousten vertailuperusteisiin ja vertailun toteuttamiseen. Myöskään pisteytysten perustelu ja vertailuperusteiden soveltaminen ei ole ollut ongelmatonta. Ongelmia on esiintynyt erityisesti laatua mittaavien vertailuperusteiden osalta, eli käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta valintaperusteena.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Hankintayksikön määrittelyminen ei ole aivan yksiselitteistä, esim. KHO on joutunut useasti ottamaan kantaa hankintayksikön määrittelyyn. Ks. esim. KHO 63/2005, sekä tähän liittyvä EUTI:n ennakkoratkaisu C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* (2003) Kok. I-05321. Lisäksi mm. KHO 2009:102 ja KHO 2013:21. Ks. myös lisää hankintayksikön määrittelystä *Hyvönen ym.* 2012, s. 37–48.

<sup>4</sup> Esim. *Palmujoki 2007*, *Ukkola 2007* ja *Ekroos – Nissinen 2007*.

<sup>5</sup> Esim. *Yliherva 2006* ja *Aho 2009*.

<sup>6</sup> Esim. *Pökkylä 2010*.

<sup>7</sup> *Kiviniemi 2011*, lisäksi useita Pro gradu -töitä, esim. *Huhtala 2008* ja *Tyni 2010*.

<sup>8</sup> *Kiviniemi 2011*, s.5-10.

### 1.1.2 Hankintalainsäädäntö ja sen soveltuminen

Suomessa julkisia hankintoja sääntelevät laki julkisista hankinnoista (hankintalaki, 348/2007), laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (erityisalojen hankintalaki, 349/2007), laki puolustus ja turvallisuus-hankinnoista (PTHankL 1531/2011) sekä sähköistä huutokauppaa hankintamenettelyinä sääntelevä laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (SähköHuutokL, 698/2011). Näiden lisäksi hankintalain ja erityisalojen hankintalain nojalla on annettu valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista, (hankinta-asetus 614/2007), jossa annetaan tarkempia säännöksiä ilmoitusmenettelyistä, hankintayksikön viestinnästä ja hankintojen tilastoinnista.

Kotimaisella sääntelyllä on saatettu voimaan kuusi EU:n hankintoja sääntelevää direktiiviä. Hankintalailla on saatettu voimaan hankintadirektiivi (2004/18/EY), valvontadirektiivi (89/665/EY) sekä oikeussuojadirektiivi (2007/66/EY). Erityisalojen hankintalailla on saatettu voimaan erityisalojen hankintadirektiivi (2004/17/EY), toinen valvontadirektiivi (92/13/EY) ja sama oikeussuojadirektiivi kuin hankintalaissa (2007/66/EY). PTHankL:illa on saatettu voimaan puolustus- ja turvallisuushankintadirektiivi (2009/81/EY). SähköHuutokL:illa on saatettu voimaan hankintadirektiivin ja erityisalojen hankintadirektiivin sähköistä huutokauppaa ja dynaamista hankintajärjestelmää koskevat säännökset. Näiden lisäksi Suomen kuullessa Maailman kauppajärjestöön vaikuttaa hankintojen noudattamiseen myös WHO:n Government Procurement Agreement (GPA-sopimus SopS 5/1995, liite 4).

Hankintalain soveltuminen määräytyy edellä käsitellyn hankintayksikön määritelmän sekä vahvistettujen kynnsarvojen mukaan. Sääntely on kolmitasoista; kynnsarvot ovat kansallinen ja EU-kynnsarvo. Kynnsarvot jakavat hankinnat kansallisen kynnsarvon alittaviin hankintoihin, joista yleensä käytetään nimeä *pienhankinnat*, kansallisen kynnsarvot ylittäviin hankintoihin, eli *kansallisiin hankintoihin* ja EU-kynnsarvot ylittäviin hankintoihin, eli *EU-hankintoihin*.<sup>9</sup> Hankinnan ennakoitu arvo lasketaan hankintalain 17–19 §:ien mukaan.

<sup>9</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s. 39–43.

Hankintalaki rakentuu siten, että sen osia I ja IV sovelletaan kaikkiin kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. EU-hankintoihin sovelletaan lisäksi II-osaa ja kansallisiin hankintoihin sovelletaan III-osaa. Hankintalakia ei sovelleta pienhankintoihin, erityisalojen hankintalain osalta EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin, hankintalain 7–10 §:issä ja 12 §:ssä soveltamisalan ulkopuolelle jätettyihin hankintoihin eikä tietenkään hankintoihin jotka kuuluvat EU-perussopimusten tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevien periaatteiden ulkopuolelle. Direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle kuuluvissa hankinnoissa tulee kuitenkin noudatettava EU:n perustamissopimuksista johtuvia periaatteita.<sup>10</sup>

Hankintalainsäädäntö on luonteeltaan menettelytapasääntelyä, joka koskee vain hankintayksikön oman organisaation ulkopuolelta ostamisen kilpailuttamisprosessia eli se ei kata koko hankintaprosessia. Sääntely koskee vain sitä miten hankinnat on kilpailutettava, ei niiden sisältöä. Hankintayksikön omaan hankintavaltaan kuuluu päättää omasta toiminnastaan ja hankintatarpeistaan.<sup>11</sup> Myöskään hankinnan sisältöön, kohteeseen ja ehtoihin hankintalainsäädännöllä ei lähtökohtaisesti puututa, mikäli ne eivät syrji tai suosi perusteettomasti joitain toimijoita.<sup>12</sup>

## 1.2 Tutkimuskysymykset ja tutkimuskohteen rakenne ja rajaukset

Hankintalaeissa on hankintayksiköille annettu kaksi valintaperustetta tarjousten valintaan, kokonaistaloudellinen edullisuus ja halvin hinta. Käyttäessään halvinta hintaa valintaperusteena hankintayksikkö saa valita hankintakilpailutuksen voittajaksi ainoastaan tarjouksen minkä kokonaishinta on halvin tarjotuista.<sup>13</sup> Tällöin hankintayksikkö ei voi asettaa mitään laadullisia vertailuperusteita, vaan hinta ratkaisee tarjouskilpailun.<sup>14</sup> Käyttäessään valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta, hankintayksikön on valittava hankintakilpailutuksen voittajaksi tarjous, joka tulee sille kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi eli hinta-laatusuhteeltaan parhaimmaksi. Kokonaistaloudellisuudessa tulee huomioida niin tarjouksen hintaan kuin tarjouksen laatuun liittyvät perusteet.<sup>15</sup> Teoriassa kokonaistaloudellisen edullisuuden käyttäminen valintaperusteena on hyvin yksinkertaista. Hankintayksikkö määrittää hankinnan kohteelle hinnan ja laadun vertailuperusteet sekä näille pisteytyksen,

<sup>10</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s. 39–43.

<sup>11</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s. 22–23.

<sup>12</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 320.

<sup>13</sup> HE 50/2006 vp, s.105

<sup>14</sup> Kalima ym. 2007, s.203–204.

<sup>15</sup> Hankintadirektiivin 2004/18/EY 46. perustelukappale

jonka mukaan se arvostelee saamansa tarjoukset. Tarjouskilpailun voittaa se tarjous jonka yhteispistemäärä on suurin eli jonka hinta-laatusuhde on korkein. Tämä myös tarkoittaa sitä, että kokonaistaloudellisen edullisuuden tutkimus on pääsääntöisesti käytettyjen kriteerien tutkimusta.

Tutkimuksen tarkoituksena on syventyä kokonaistaloudelliseen edullisuuteen valintaperusteena ja tutkia mitkä ovat kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajat yleisesti? Tähän tutkimuksen pääkysymykseen vastaaminen edellyttää tiettyihin alakysymyksiin vastaamista, jotka ovat: Miten kokonaistaloudellinen edullisuus määritellään? Mitkä ovat säädettyjen valintaperusteiden tavoitteet? Ja erityisesti, mitä sisältöä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteilta edellytetään? Tutkimuksen ongelmana on siis selvittää mitä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseltä yleisesti vaaditaan.

Tutkimus on jaettu osiin, joiden etenemisen logiikka seuraa hypoteettista oletusta siitä, että hankintamenettelyssä hankintayksikkö ensin valitsee ja asettaa kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet, tämän jälkeen se ilmoittaa kyseiset perusteet tarjouskilpailusta kiinnostuneille ja lopuksi soveltaa niitä ja vertailee tarjoukset. Eteneminen näkyy suoraan tutkimuksen rakenteessa. Johdantoluvussa kerrotaan tutkimuksen lähtökohdat ja asemoidaan tutkimus, tuoden samalla esiin yleisesti tutkimuksen keskeiset lähtökohdat. Toinen luku on tutkimuksen ensimmäinen materiaallinen luku, jossa ensin tuodaan lyhyesti esiin hankintasäännösten eroavaisuudet sen mukaan ylittääkö hankinta EU- vai kansallisen kynnysarvon. Luvussa käsitellään pääasiallisesti hankintasääntelyn tavoitteita ja erityisesti sitä miten nämä tavoitteet heijastuvat valintaperusteisiin. Tarkoituksena on selvittää lukijalle miksi valintaperusteet on rajattu hintaan ja kokonaistaloudelliseen edullisuuteen.

Kolmas luku käsittelee kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettamista. Luvun ensimmäisessä osiossa käsitellään vertailuperusteiden asettamista hankintayksikön harkintavallan kautta. Käsitteilyn keskiössä ovat kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnan tavoitteen itsessään asettamat rajat harkintavallalle ja asiat jotka hankintayksikön on huomioitava tässä suhteessa asettaessaan kriteereitä. Kysymys on keskeisesti laadun ja hinnan perusteiden asettamisesta ja näihin osaltaan liittyvästä problematiikasta. Osiossa analysoidaan vertailuperusteiden teoreettista rakennetta, joka helpottaa vertailuperusteiden ymmärtämistä. Kolmannen luvun jälkimmäiset osat käsittelevät itsessään vertailuperusteille asetettuja vaatimuksia jotka on huomioitava vertailuperusteiden asettamisessa.

Käsittely jakautuu lainsäädännöstä ilmenevien vaatimusten käsittelyyn sekä vertailuperusteilta, oikeusperiaatteiden nojalla, edellytetyjen vaatimusten käsittelyyn. Suoraan laista ilmenevien vaatimusten oikeuslähdeoppiin perustuva institutionaalinen asema on jälkimmäisempiä vaatimuksia vahvempi. Tästä syystä ne käsitellään tässä järjestyksessä.

Neljännessä pääluvussa keskitytään asetettujen vertailuperusteiden ilmoittamiseen, käsittelyn keskiössä ovat nimenomaan kysymykset siitä, mitä vertailuperusteiden ilmoittamiselta edellytetään. Tässä suhteessa käsittelyyn tulee myös kysymys siitä, miten vertailuperusteita arvioidaan oikeuskäytännössä, koska asia liittyy olennaisesti vertailuperusteiden yksilöinnin tarkkuuteen. Viidennessä luvussa käsittelyn kohteena on vertailuperusteiden soveltaminen, tarjousten vertailu ja näiden perusteleminen. Luvussa pääsääntöisesti tutkitaan sitä, mitä perusteiden soveltamiselta, tarjousten vertailulta ja perustelemiselta vaaditaan.

Kuudennessa luvussa käsitellään hankintamenettelyn vaihteellisuutta ja siitä johtuvaa hankintamenettelyn kriteereiden jakoa. Luvussa käsitellään ennen kaikkea sitä, miten vertailuperusteet erotetaan muista hankintamenettelyn kriteereistä. Koska erottelu pohjautuu pääsääntöisesti edellisissä luvuissa käsiteltyihin aiheisiin, käsitellään erottelua tutkimuksen viimeisessä materiaalikappaleessa. Seitsemännessä ja viimeisessä luvussa vedetään tutkimus lyhyesti yhteen ja tehdään loppupäätelmät.

Aiheen tarkoituksen mukainen käsittely rajaa tutkielmaa niin, ettei ole olennaista ottaa kantaa muuhun kuin tarjouksen valintaan keskittyvään aineistoon. Tutkimus keskittyy hankintaprosessin näkökulmasta hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä tehtävään kokonaistaloudellisen edullisuuden määrittelyyn ja arviointiin, sekä soveltamiseen ja näihin liittyviin kysymyksiin. Muuhun kuin tarjouksen valintaan ja erityisesti kokonaistaloudellisen edullisuuden tulkintaan liittyvä aines rajautuu tutkimuksen ulkopuolelle. Tutkimuksen aihepiiriin ei myöskään kuulu tarjoajien ja ehdokkaiden toiminnan tarkastelu. Koska tutkimustehtävänä on voimassa olevan oikeuden selvittäminen, ei tulevaa direktiiviudistusta ja sen mahdollisia vaikutuksia käsitellä.

Koska tarkoitus on käsitellä kokonaistaloudellista edullisuutta yleisesti, ei eri hankintatyyppisiä käsitellä itsenäisesti. Tässä suhteessa kannatta kuitenkin huomata, että jotkin käsiteltävät aiheet liittyvät lähtökohtaisesti tietyn tyyppisiin hankintoihin, kuten esim. kaksivai-

heisuus. Sama rajausta koskee eri hankintamenettelyitä.<sup>16</sup> Teknisiä eritelmiä ja soveltuvuusehtoja käsitellään niiden liittyessä keskeisesti kokonaistaloudellisen edullisuuden rajojen määrittämiseen. Yleisyys myös tarkoittaa, että hankinnan kohteita pyritään käsittelemään mahdollisimman abstraktilla tasolla, jolloin kokonaistaloudellisen edullisuuden määrittämisessä yleisesti vaadittavien asioiden huomiointi helpottuu, mutta toisaalta tiettyjä hankinnan kohdetyyppejä koskevat linjaukset jäävät pääsääntöisesti käsittelemättä. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta koskevaa problematiikkaa ei käsitellä, koska siinä on lähtökohtaisesti kyse enemmän tarjoajien tarjousten tutkimisesta. Aihetta kuitenkin sivutaan vertailuperusteiden ilmoittamista, tulkintaa ja soveltamista koskevassa käsittelyssä. Soveltuvuuteen läheisesti liittyviä poissulkemisperusteita ei myöskään käsitellä, koska niiden yhteys käsiteltävään aiheeseen on pieni. Tutkimuksessa ei suoranaisesti oteta kantaa myöskään hankinnan kohteisiin itsessään, tässä suhteessa on syytä huomioida, että esim. PPP-hankkeissa tai elinkaarihankinnoissa voi olla omanlaisiaan erityispiirteitä, joita tutkimuksessa ei käsitellä.

Vertailuperusteiden suhdetta sopimusehtoihin ei käsitellä, tämä johtuu ensinnäkin siitä, että rajanveto näiden kahden välille on melko selvää. Toisekseen sopimusehtojen kriteerikategorian tarpeellisuus hankintamenettelyn sisällä on osittain kyseenalainen.<sup>17</sup> Hankintalain oikeusperiaatteita käsitellään pääsääntöisesti vain suhteessa kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteereihin ja niiden määrittämiseen. Tutkimuksessa ei myöskään tehdä hankintalain ja erityisalojen hankintalain välillä rajanvetoa. Tämä johtuu kokonaistaloudellista edullisuutta sääntelevien säännösten ja lakien tavoitteiden yhteneväisyydestä.<sup>18</sup> Aihetta käsitellään lähinnä hankintalain näkökulmasta, mikä tarkoittaa, että lakiviitaukset tehdään pääsääntöisesti hankintalain kontekstissa. Sen sijaan PTHankL on rajattu tutkielman ulkopuolelle johtuen PTHankL erityispiirteistä, rajatusta kohteesta sekä tutkielmakokonaisu-

<sup>16</sup> Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että neuvottelumenettelyn kohdalla on mahdollinen tulkinta, jonka mukaan perinteistä tarjousten vertailua ei tarvitse tehdä. Asiasta, ja siitä käydystä keskustelusta: *Ukkola DL 2/2012*, s.266–267.

<sup>17</sup> Ks. tältä osin *Ukkola LM 2/2011*, s.333–338.

<sup>18</sup> Lyhyellä analyttisellä katsauksella voidaan todeta, että hankintalain 62 § ja erityisalojen hankintalain 54 §, ovat formulaatioiltaan yhtä lausetta lukuun ottamatta täysin samanlaisia. Erona on, että hankintalain 62.3 § sisältää kilpailullista neuvottelumenettelyä koskevan lauseen, jota ei erityisalojen hankintalain 54 §:ssä ole. (Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan kuitenkin myös käyttää erityisalojen hankinnoissa, *HE 50/2006 vp* s. 128. Kyseiset pykälät on myös perusteltu HE:ssä miltei sanalleen samalla tavoin. (*HE 50/2006 vp*: Hankintalain 62 §:n osalta s. 105–107, ja erityisalojen hankintalain 54 §:n osalta s. 165–167.) Näillä perusteilla voidaan todeta, erityisalojen hankintalain 54 §:n ja hankintalain 62 §:n taustalla näyttäisi siis olevan sama normi.

den yhdenmukaisuuden säilyttämisestä.<sup>19</sup> Toisaalta ei ole mahdotonta, että tutkielmassa esitetty voi myös soveltua PTHankL:ia sovellettaessa.

### 1.3 Lähestymistapa, metodi ja lähdeaineisto

Tutkimuksen tarkoituksena on oikeusdogmaattisesti selvittää, mitkä ovat kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajat. Tämä tarkoittaa sitä, että selvitetään niitä lainsäädännöstä ilmenemättömiä sääntöjä jotka kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin liittyvät. Toisaalta on aiheellista selvittää myös niiden vaatimusten tulkintaa, jotka lainsäädännössä on ilmaistu. Kyse on voimassa olevan oikeuden selvittämisestä niiltä osin, kuin lainsäädännöstä ratkaisua tällaisiin aukkoihin ei suoranaisesti ilmene. Kyse on siis ennen kaikkea kokonaistaloudellisen edullisuuden vaatimuksen tutkimisesta selvittämällä sen rajoja, ja kokonaistaloudelliselta edullisuudelta vaadittua sisältöä. Samalla on tarkoitus systematisoida näitä vaatimuksia ja kokonaistaloudellista edullisuutta tältä osin helposti ymmärrettäväksi kokonaisuudeksi.

Lähestymistavan osalta on huomattava, että julkisten hankintojen sijoittamisen perinteisessä oikeusjärjestykseen systematiikkaan pohjautuvassa jaottelussa olevan varsin monitahoinen ja osin jopa mahdoton tehtävä. Hankinnat näyttävät kuuluvan usean oikeudenalan piiriin ja hankinnoilla on rajapintoja useisiin eri oikeudenaloihin. Ensinnäkin hankintaoikeus kuuluu julkisoikeuden alaan hallinto-oikeudellisten kytköstensä vuoksi ja sillä perusteella, että se sääntelee julkisyhteisön hankintatoimia. Toisaalta julkiset hankinnat ovat läheisestä suhteesta erityiseen yksityisoikeuden alaan kuuluviin kauppa- ja talousoikeuteen sekä sopimusoikeuteen. Lisäksi hankinnoilla on kytköksiä myös kilpailuoikeuteen. Kolmanneksi on vielä huomattava hankintojen eurooppaoikeudellinen tausta, ja se, ettei eurooppaoikeudessa tunneta jaottelua yksityis- ja julkisoikeuteen. Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa hankinnat kuuluvat läheisesti sisämarkkinaoikeuden piiriin. Julkisissa hankinnoissa jako julkisoikeuteen ja yksityisoikeuteen ei ole toimiva. Hyvänä esimerkkinä julkisten hankintojen asemasta oikeustieteen systematiikassa voidaan pitää hankintojen valitus-tietä. Valitus hankintamenettelystä tehdään markkinaoikeuteen ja markkinaoikeuden päätöksestä voi valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Itse hankintasopimuksia koskevat riidat taas kuuluvat yleisiin tuomioistuimiin. Jaon toimimattomuutta kuvaa myös hyvin se,

---

<sup>19</sup> Esim. PTHankL:n 1 §:n tavoite on valtion keskeisten turvallisuusetuja vaarantamatta tehostaa julkisten varojen käyttöä, joka jo itsessään mahdollistaa kokonaistaloudellisen edullisuuden osalta sellaisia poikkeuksia, ettei aiheen käsittely sen pirstaloitumatta ole mahdollista.



että hankintalaki, hallinto-oikeudellisena menettelytapasäännöstyönä, sääntelee yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä ja osin myös sisältöä.

Tutkimuskysymysten selvittämisessä oikeuskäytäntö on erityisen tärkeässä asemassa, koska oikeuskäytäntö vastaa keskeisesti tutkimuskohteen kannalta keskeisiin asioihin ja lainsäädännön aukkotilanteisiin. Hankintalakien taustalla olevat hankintadirektiivit toimivat osittain niin tulkinnan apuna kuin kohteenakin. Direktiivit kuitenkin jättävät myös käsiteltäviä kysymyksiä avoimeksi. Koska hankintalainsäädäntö perustuu direktiiveihin, niin direktiiveistä harvemmin löytyy kohtia joita ei löytyisi hankintalaeista tai näiden valmisteluaineistoista. Huomioiden tutkimuskysymykset, hankintalait ovat tutkimuksen lähtökohtana ja tulkinnan kohteena. Erityisen tärkeässä asemassa ovat Euroopan unionin tuomioistuimen sekä unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisut direktiivien tulkinnassa, jotka tietenkin vaikuttavat myös kansallisten lakien tulkintaan, koska direktiivit on saatettu voimaan ko. laeilla. ja direktiivien tulkinta ei voi olla kansallisten säännösten kanssa ristiriidassa. Tästä syystä unionin tuomioistuimen tuomiot vaikuttavat keskeisesti myös kansallisten tuomioistuimien oikeuskäytäntöön. Näin ollen myös käsiteltävien asiakokonaisuuksien järjestys on tutkimuksessa sellainen, että ensin käydään läpi käsiteltävän asian osalta Unionin tuomioistuimien keskeiset ratkaisut ja tämän jälkeen asiaa koskeva kansallinen oikeuskäytäntö.

Tämä tarkoittaa käsittelyjärjestyksen osalta oikeuslähdeopin noudattamista. Ensin selvitetään lainsäädännön vaatimukset ja mahdolliset aukot, tämän jälkeen käydään läpi lainvalmisteluaineiston (hallituksen esitykset ja valiokuntamietinnöt) kannat asiaan ja soveltamiseen mikäli kysymystä on ylipäänsä käsitelty lainvalmisteluaineistossa. Näiden jälkeen siirrytään ratkaisukäytäntöön jota käydään läpi järjestyksessä: Euroopan unionin tuomioistuin (EUTI), Euroopan unionin yleinen tuomioistuin (EUYTI), korkein hallinto-oikeus (KHO) ja viimeisenä markkinaoikeus (MAO).

Oikeuskirjallisuus on myös tutkielmassa esillä kahdessa roolissa. Ensimmäkin perusasioiden selvittämisessä ja toisaalta varsinkin oikeudellisissa artikkeleissa ja tutkimuksissa tuodaan esiin aihetta käsitteleviä ja rajapintoja sivuavia kannanottoja sekä huomioita. Varsinkin nämä artikkelit ovat tärkeässä asemassa selvitettäessä kokonaistaloudellisen edullisuuden eri ulottuvuuksia. Oman ongelmansa oikeuskirjallisuuden käytölle asettaa se, että suurin osa kirjallisuudesta on peräisin hankintalakien uudistamisen läheiseltä ajalta (2006–2008). Käsiteltävän aiheen kannalta keskeiset säännöt kansallisten lakien tulkinnasta on kehitetty

oikeuskäytännössä uudistuksen jälkeen, jolloin oikeuskirjallisuudesta ei juuri ole löydettävissä asiaa analyttisesti käsitteleviä teoksia, vaan suurin osa on yleisesityksistä. Johtuen myös kirjoittamisen ajankohdasta suurin osa teoksista on kommentaareja jotka tuovat esille vain yleisiä oikeuskäytännön ratkaisulinjoja suurimmaksi osaksi ajalta ennen uudistusta. Tällaisten teosten käsittely ei ole asiassa näin ollen tarpeen. Ylipäänsä julkisia hankintoja käsittelevää tutkimuskirjallisuutta on tähän menneessä tehty hyvin vähän.

#### **1.4 Käsitteet ja Termit**

Hankintalain 5 §:ssä on määritelty 28 hankintalaissa esiintyvää käsitettä. Hankintalaissa esiintyvien käsitteiden lisäksi tutkielmassa käytetään muutamia muita keskeisiä käsitteitä ja termejä, jotka esitellään tässä kappaleessa.

Tutkittaessa kokonaistaloudellista edullisuutta on syytä ymmärtää valintaperusteen ja vertailuperusteen välinen ero. Valintaperusteella tarkoitetaan hintaa tai kokonaistaloudellista edullisuutta, muita valintaperusteita ei ole mahdollista käyttää julkisissa hankinnoissa. Vertailuperusteella taas tarkoitetaan jotain yksittäistä kokonaistaloudellisen edullisuuden perustetta.<sup>20</sup>

Kokonaistaloudellisella edullisuudella on perinteisesti ymmärretty tarkoitettavan valintamenetelmää, jossa hankintayksikkö käyttää tarjousten vertailussa sekä hintaa että laatua kuvaavia tekijöitä, joiden avulla se selvittää mikä sille tarjotuista tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Tämä määritelmä on myös tämän tutkimuksen lähtökohtana, mutta koska tutkielma keskittyy mm. kokonaistaloudellisen edullisuuden rajoihin, tulee tämä määritelmä uudelleenarvioitavaksi tutkimuksessa.

Soveltuvuusehdoilla tarkoitetaan hankintalain 56–60 §:ien mukaista tarjoajien kelpoisuuden määrittämistä, jolla varmistetaan tarjoajan kyky toteuttaa hankinta.<sup>21</sup> Hankintayksiköllä on harkintavalta soveltuvuusehtojen määrittämisessä, pitäen kuitenkin mielessä hankintalain oikeusperiaatteet, erityisesti suhteellisuusperiaate jolloin vaatimusten on oltava oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen.

---

<sup>20</sup> Pekkala 2007, s. 394.

<sup>21</sup> HE 50/2006 vp, s.100

Kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerit jaetaan määrällisiin (hinta) ja laadullisiin (laatu) kriteereihin. Määrällisistä kriteereistä käytetään myös lainsäädännössä nimitystä taloudelliset perusteet, laadullisiin kriteereihin viitataan käyttämällä nimitystä laadulliset perusteet. Hankintamenettelyn eri perusteiden nimityksien osalta on hyvä tietää, että EU-oikeudessa käytetään tarjoajan soveltuvuusperusteista nimitystä laadulliset valintaperusteet, näitä kahta ei siis ole syytä sekoittaa keskenään. EU-oikeudessa kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteista käytetään nimitystä sopimuksen tekemisen perusteet, tai hankintasopimuksen tekoperusteet, jotka jakautuvat taloudellisiin ja laadullisiin tekoperusteisiin.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Esim. Hankintadirektiivin johdantokappale kohta 46 ja Hankintalaki 62.2 §

## 2 VALINTAPERUSTEET JA HANKINTASÄÄNNÖSTEN TAVOITTEET

### 2.1 Kokonaistaloudellinen edullisuus valintaperusteena

Hankintalaissa tarjouksen valintaa säännellään EU-kynnysarvot ylittävältä osalta hankintalain 62 §:ssä ja kansalliset kynnysarvot ylittävältä osalta 72 §:ssä. Säännösten keskeisin sisältö on ilmaistu asianomaisten pykälien ensimmäisten momenttien ensimmäisissä virkkeissä.

Hankintalain 62.1 §:n ensimmäinen virke kuuluu:

Tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin.

Vastaavasti 72.1 §, ensimmäinen virke:

Tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin.

Loppuosa 62.1 §:ssä koostuu esimerkinomaisesta listasta mahdollisista vertailuperusteista. Samoin 62.2 § sisältää listausta sallituista vertailuperusteista, joilla ei lähtökohtaisesti ole taloudellista liityntää hankinnan kohteeseen.<sup>23</sup> Hankintalain 72.1 §:n osalta on toisessa virkkeessä todettu, että kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen ja mahdollistettava tarjousten puolueeton arviointi. Toisin sanoen 72.1 §:n toisessa virkkeessä on ilmaistu sama kuin 62.1 §:n ensimmäisessä virkkeessä, vertailuperusteiden kohteeseen liitynnän kannalta. Loppu 72.1 §:stä koskee tarjoajien soveltuvuusperusteiden hyödyntämistä tarjousten vertailussa.

Hankintalain 62 §:n lista mahdollisista vertailuperusteista, kuten jo sanamuodostakin käy ilmi, ei ole tyhjentävä.<sup>24</sup> Hankintalain 72 §:n formulaatiota voidaan luonnehtia avoimemmaksi ja hankintayksikölle enemmän harkinnanvaraa jättäväksi. HE:stä ilmenee, että 72 §:n sallivammalla muotoilulla on haluttu poiketa hankintadirektiiveistä siltä osin, että tarjoajien soveltuvuusarviossa vähimmäistason ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta tai ammattitaitoa voidaan käyttää myös vertailuperusteena. Kyse on siis arviointijär-

<sup>23</sup> Aiheeseen palataan jäljempänä.

<sup>24</sup> HE 50/2006 vp, s.105

jestelmään kuuluvasta poikkeuksesta 62 §:n verrattuna.<sup>25</sup> Tämä koskee vain palveluhankintoja ja rakennusurakoita, joissa osaamisella on erityistä merkitystä hankinnan laadun suhteen.<sup>26</sup>

Eroavaisuuksissa on siis kyse tiettyjen toimintamallien helpottamisesta kansallisissa hankinnoissa. Säännösten soveltaminen on hyvin yhteneväistä, tätä voidaan perustella sillä, että hankintalain 72.2 §:ssä viitataan 62 §:ään. Muulta osin soveltamisen yhtäläisyyttä voidaan tukea oikeusvarmuuden ja koherenssin vaatimuksilla, ja sillä, että hankintalain systematiikassa samoja I ja IV osia sovelletaan kynnysarvosta riippumatta. Tämän lisäksi on huomioitava, ettei kansallista lainsäädäntöä voida tulkita EU-normiston vastaisesti.<sup>27</sup> Kansallinen säädäntö ei myöskään saa olla EU-perussopimusten tai yleisten oikeusperiaatteiden vastainen.<sup>28</sup>

Hankintalain 62.3 §:n mukaan kokonaistaloudellista edullisuutta käytettäessä on vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus ilmaistava hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Lain 72.2 §:n sanamuodon mukaan vertailuperusteita ei tarvitse lähtökohtaisesti pisteyttää, vaan ne voidaan suoraan ilmoittaa tärkeysjärjestyksessä. Tällainen malli on mahdollinen 62.3 §:n mukaan vain silloin kun, vertailuperusteiden suhteellinen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista. Tältä osin on kuitenkin todettava, että myös kansallisissa hankinnoissa vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan edellytetään lähtökohtaisesti, että vertailuperusteiden painoarvot on ilmoitettava etukäteen, jos niitä aiotaan käyttää.<sup>29</sup>

Säännökset eivät muutoin juurikaan poikkea toisistaan, kokonaistaloudellinen edullisuus tarkoittaa kummankin säännöksen kontekstissa samaa asiaa. Kansallisessa säännöksessä

---

<sup>25</sup> *Kalima ym.* 2007, s.205.

<sup>26</sup> *HE 50/2006 vp.*, s. 116.

<sup>27</sup> Kyseessä on yleinen EU-oikeudellinen periaate. Periaatetta ilmentää esim. *HE 50/2006 vp.* s.116, jossa todetaan, että hankintadirektiiveistä voidaan poiketa kunhan sääntely ei ole yhteisön perustamissopimuksen vastaisella tavalla syrjivää.

<sup>28</sup> *Kalima ym.* 2007, s.204.

<sup>29</sup> Ks. MAO 190/2013, MAO 288/2012, MAO 537/2008, MAO 492/2009 ja MAO 384/2013. Ilmoittamisvelvollisuuden erilaisuus suhteessa lain sanamuotoon johtuu EUTI:n *Lianakis* –ratkaisun oikeusohjeesta. EUTI on katsonut asiassa C-226/09 *Komissio v. Irlanti* (2010) Kok. I-11807, etteivät periaatteet itsessään edellytä sopimuksetekoperusteiden suhteellisen painotuksen ennalta määräämistä ja ilmoittamista potentiaalisille tarjoajille tarjouspyynnössä, edellyttäen ettei ko. hankintamenettelyyn sovelleta hankintadirektiivin 53 artiklan kaltaista säännöstä. Toisin sanoen, kansallisen säännöksen tulkintaa ei olisi *Lianakis* –ratkaisun perusteella välttämättä tarvinnut muuttaa. Ks. *Kuusniemi-Laine – Nordenstreng* 2010 s. 307–308.

(72 §) on vain mahdollistettu joustaa soveltuvuuden ja vertailuperusteiden välisestä erottelusta säännöksessä erikseen luetelluissa tapauksissa.<sup>30</sup>

Kokonaistaloudellisen edullisuuden asema valintaperusteena voidaan perustaa lainsäädännöllisesti hankintalain 1.2 §:ssä ilmaistuun lain tarkoitukseen, tehostaa julkisten varojen käyttöä, sekä hankintalain 2 §:ssä asetettuun kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen velvollisuuteen. Tarkoitus on saada käyttöön rajallisilla resursseilla parhaat hyödykkeet, sekä edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä. Tämä kytkeytyy läheisesti kokonaistaloudelliseen edullisuuteen, ja näkyy sen perusteluissa.

Kokonaistaloudellisen edullisuuden olemassaoloa valintaperusteena on perusteltu sillä, ettei käyttämällä pelkkää hintaa valintaperusteena voida aina tehdä parhaita mahdollisia hankintoja. Tämä johtuu hankintalainsäädännön tarkoituksesta tavoitella kustannussäästöjä ja hankintojen korkeaa laatutasoa. Hallituksen esityksessä on todettu, että palveluhankinnoissa ja rakentamisessa pelkkä hinnan käyttäminen vertailuperusteena johtaa usein huonoon lopputulokseen, siksi näissä hankinnoissa pitäisi käyttää valintaperusteena ensisijaisesti kokonaistaloudellisuutta, sillä hankinnan onnistumista eniten määrittävä tekijä on usein laatu, ei hinta.<sup>31</sup>

Kokonaistaloudellinen edullisuuden merkitys valintaperusteena korostuu, hankinnan monimutkaistuessa, koska tällöin hinnalla on vaikea tehdä eroa tarjousten välille. Esim. *Kalima* on todennut hankintadirektiivin pääsäännön olevan hankinnan tekeminen mahdollisimman edullisesti. Pelkän hinnan käyttäminen vertailuperusteena ei yleensä ole järkevää, sillä hyödykkeen hankintahinta on vain yksi kustannuserä koko (hankinnan) elinkaareissa. Mikäli tyydytään arvioimaan pelkkää hintaa, sivuutetaan hyödykkeen laatuominaisuudet, joilla voi olla suurikin vaikutus hyödykkeen käyttöikään, ja näin ollen hankinnan edullisuuteen.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Ks. kappale 6.3 kaksivaiheisuudesta

<sup>31</sup> *HE 69/1997 vp*, s.19–20.

<sup>32</sup> *Kalima ym.* 2007. s.203.

## 2.2 Hankintasäännösten tavoitteet ja tähän liittyvät ongelmat

Hankintojen sääntelyllä pyritään yleisesti turvaamaan menettelytavat, joilla hankinnat toteutetaan avoimella, tasapuolisella ja syrjimättömällä tavalla.<sup>33</sup> Hankintadirektiivien keskeinen tavoite on avata jäsenvaltioiden julkiset hankinnat kilpailulle, jolla edistetään vapaata liikkuvuutta eri muodoissaan EU:ssa. Tavoite ilmentää sisämarkkinaperiaatetta,<sup>34</sup> ja EU:n hankintasäännökset tukeutuvatkin siksi enemmän sisämarkkinaoikeuden primäärinormien sääntöihin.<sup>35</sup> Hankintojen yhteys kilpailuoikeuteen on siis vähäisempää kuin yleensä luullaan.<sup>36</sup> Hankintojen sääntely on otollista maaperää sisämarkkinoiden toteuttamiselle, johtuen hankintojen suuresta taloudellisesta vaikutuksesta.<sup>37</sup> Sisämarkkinoiden luominen hankinnoissa perustuu sille yksinkertaiselle idealle, että hankintayksiköiden jouluessa kilpailuttamaan hankintansa koko Euroopan unionin alueella ne samalla luovat nämä sisämarkkinat. Markkinoiden toimivuus taas edellyttää sitä, että kilpailu on todellista, eikä kysyntä tai ostotoiminta perustu mielivaltaan. Tämä tarkoittaa, että ostotoiminnan on tapahduttava taloudellisen rationaalisuuden mukaan, joka mm tarkoittaa, että voittavat tarjoukset valitaan tuotteiden, ei tarjoajien perusteella.

Jotta hankintayksiköt joutuisivat kilpailuttamaan hankintansa, on kansallisessa hankintasäännöstössä hankintayksikölle asetettu kilpailuttamisvelvoite.<sup>38</sup> Velvoite ei suoranaisesti perustu hankintadirektiiveihin tai EU:n perussopimuksiin.<sup>39</sup> Kilpailutusvelvoitteen perussäännöksiksi katsotaan hankintalain 1.1 §, jossa asetetaan valtion ja kuntien viranomaisille velvollisuus kilpailuttaa hankintansa kuten laissa säädetään, sekä hankintalain 2 §, jossa on määritelty, että hankintayksikön on käytettävä hyväkseen olemassa olevat kilpailuolosuhteet.<sup>40</sup> Kilpailuolosuhteiden hyödyntämisellä tarkoitetaan sitä, että hankintayksiköiden on pyrittävä saavuttamaan hankinnan kohteelle paras mahdollinen hinta-laatusuhde ja parhai-

<sup>33</sup> HE 50/2006 vp, s.6 ja 25.

<sup>34</sup> Parikka – Pöykkö Edilex 2010, s.2–3.

<sup>35</sup> Erityisesti siis sisämarkkinoiden luomista koskevat SEU ja SEUT normit, joista vapaan liikkuvuuden artiklat ovat hyvin keskeisiä.

<sup>36</sup> Ukkola DL 2/2012, s.262.

<sup>37</sup> Kalima ym. 2007, s.2-3.

<sup>38</sup> Lindfors LM 1/2005 s.32. Kilpailuttamisvelvollisuudella on materiaallinen ja määrällinen ulottuvuus, materiaalisella ulottuvuudella tarkoitetaan, hankintojen laatua, ja määrällisellä puolestaan arvoa. Lainsäädännön näkökulmasta laadullista ulottuvuutta koskeva kilpailutusvelvollisuus on laaja, vain erikseen poissuljetut hankinnat eivät kuulu hankintasäännösten piiriin. Määrällisellä ulottuvuudella kilpailutusvelvollisuus rajautuu hankintasäännösten kynnsarvoihin.

<sup>39</sup> HE 50/2006 vp, s.46–47.

<sup>40</sup> Kalima ym. 2007, s.106

ten hankintatarpeisiin soveltuva ratkaisu.<sup>41</sup> Kilpailuttamisvelvoite taas perustuu idealle, että julkisyhteisön ollessa velvoitettu hyödyntämään olemassa olevia markkinoita, se samalla aiheuttaa kilpailua markkinoilla joka puolestaan tehostaa julkisyhteisön ostotoimintaa.<sup>42</sup> Kilpailuttamisvelvollisuuden yleisempänä tavoitteena, on tehostaa julkisten varojen käyttöä ja yhteiskunnan kannalta hinta-laatusuhteeltaan parhaiden hankintojen tekemistä.<sup>43</sup> Kilpailuttamisvelvollisuuden tavoitteet kytkeytyvät läheisesti nimenomaan kilpailulla aikaansaatavien hyötyjen tavoittelemiseen.

Sääntelyn tavoitteiden kannalta osittaisena ongelmana on se tosiasia, että julkisissa hankinnoissa ostajana toimii jokin julkishallintoon kytkeytyvä organisaatio. Tällaisen hallinnollisen organisaation ostotoiminta ja toiminnan tavoite markkinoilla perustuu lähtökohtaisesti julkisen tarpeen tyydyttämiseen, ja sen toimintaa ohjaavat tämän tarpeen tyydyttämisen tavoite sekä mahdollisesti muut poliittiset ja vastaavat tavoitteet. Tähän verrattuna yksityisen toimijan toimintaa ajatellaan ohjaavan taloudellinen rationaalisuus, joka kytkeytyy talouden liberalistisiin tavoitteisiin. Tämä aiheuttaa sen, että vapaasti markkinoilla toimivat julkiset ostajat eivät toimi samalla tavoin kuin yksityiset ostajat, joiden toiminnan ympärille toimivien markkinoiden ja kilpailun katsotaan rakentuvan. Julkisten ostajien kohdalla kysyntä, tarjonta ja hintamekanismit poikkeavat toisistaan. Esim. hintamekanismi ei määrydy kysynnän ja tarjonnan mukaan, vaan budjettiperäisesti. Tällainen markkinatoiminta onkin kilpailun lähtökohdista katsottuna epätoivottavaa, koska se vääristää markkinoiden toimintaa, on tehotonta sekä jättää kilpailun hyödyt saavuttamatta. Julkisen hankkijan toimintaa ohjaavat siis muut tavoitteet kuin taloudellinen rationaalisuus, mikä on riski EU:n sisämarkkinoiden kilpailun toimivuudelle. Tästä johtuen hankintalainsäädännön tarkoituksena on tuoda julkisten markkinoiden toimintaa vastaamaan yksityisten markkinoiden toimintatapoja.<sup>44</sup> Kotimaisessa kontekstissa tätä ilmentää se, että hankintaviranomaisilla on hankinnoissa tavallaan kaksoisrooli hallinnollisina toimijoina sekä intressiensä mukaan markkinoilla toimivana yksikkönä.<sup>45</sup>

Yksityisten markkinatoimijoiden ja julkisten toimijoiden toimintatapojen yhteensovittamisen kytkeytyy taloudellisen rationaalisuuden idean tuomiseen julkisen hankkijan toimintaa

---

<sup>41</sup> *Alkio – Wik* 2009, s. 1108.

<sup>42</sup> *Ukkola Oikeus 2/2013*, s.160.

<sup>43</sup> *HE 50/2006 vp*, s. 25.

<sup>44</sup> *Bovis* 2012, s. 11-12 ja *Ukkola Oikeus 2/2013*, s. 160–161.

<sup>45</sup> *Ukkola Oikeus 2/2013*, s.163–165.



ohjaavaksi keskeiseksi periaatteeksi. Taloudellisen rationalismin idea perustuu pitkälti huutokauppateoriaan, jossa hyödyntämällä markkinatoimijoiden välistä kilpailua ostaja saa selville optimaalisen hinnan tai hinta-laatusuhteen<sup>46</sup>. Ylipäänsä julkisyhteisöiden hankinta-toiminnan monien säädösten ja erityisesti kokonaistaloudellisen edullisuuden ja sen kriteerien vaatimusten, kuten objektiivisuuden, mitattavuuden sekä avoimen tarjouskilpailun, taustalla on idea siitä, että tarjouskilpailun voittajaksi valikoituu taloudellisesti rationaalisin valinta. Tämä taloudellisen rationaalisuuden korostamisen idea kytkeytyy vahvasti, idean taustalla olevaan, neoliberalistiseen markkinatalousideologiaan.<sup>47</sup>

Valintaperusteiden rajaamisen tarkoitus on löydettävissä näistä hankintalain taustalla olevien tavoitteiden, kuten sisämarkkinatavoitteen, tarkoituksen toteuttamisesta. Taloudellisen rationalismin idealla ja huutokauppateorialla on suora yhteys hankintalain valintaperusteisiin. Rajaamalla valintaperusteet hintaan ja hinta-laatusuhteeseen saadaan aikaan se, että myös julkinen hankkija joutuu markkinarationaalisuuden alaiseksi toimijaksi. Hinnan ja hinta-laatusuhteen ottaminen ainoiksi valintaperusteiksi tarkoittaa myös sitä, että hankintalakiin on sisäänrakennettu kilpailullisiin tavoitteisiin kytkeytyvä tarjouksen valintamekaniikka. Mikäli valintaperusteita ei olisi rajattu, olisi voittava tarjous mahdollista valita mielivaltaisista perusteista, joka olisi vastoin syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden tarkoitusta. Tällaisen toiminnan salliminen toimisi myös tehokkaasti hankintasääntelyn, ja sen taustalla olevia, tavoitteita vastaan.<sup>48</sup> Taloudellisella rationaalisuudella on myös muita vaikutuksia suhteessa kokonaistaloudelliseen edullisuuteen. Taloudellinen rationaalisuus esim. ohjaa osittain kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerien valintaa ja toisaalta näkökulmaa josta kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous määritetään<sup>49</sup>.

Jos halutaan soveltaa *Tuorin* oikeuden tasojaottelua, nämä neoliberalismiin kytkeytyvät ideat kuuluvat ainakin osittain, jonnekin oikeuskulttuurin tasolle. Tasojaottelua on tässä

<sup>46</sup> Yleisesti taloudellisen rationalismin ideaksi kuvattu se, että kun ostajalla on markkinoista täydellinen tieto hän ostaa parhaan tuotteen parhaaseen hintaan.

<sup>47</sup> Ukkola Oikeus 2/2013, s. 160–164.

<sup>48</sup> Hankintadirektiivin 2004/18/EY 46, perustelukappale, josta ilmenee perusteluiden rajaus siksi, että se varmistaa avoimuuden, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen periaatteiden noudattamisen, ja näiden kautta sen, että tarjous arvioidaan todellisen kilpailun olosuhteissa.

<sup>49</sup> Esim. *Kalima ym.* 2007 kirjassa on nostettu esiin, että todellisuudessa hankintayksikölle voisi olla edullisempaa valita tarjouskilpailun voittajaksi paikallinen tarjoaja, koska tällöin hankinnan taloudelliset hyödyt jäisivät samaan kuntaan, ja hankintayksikkö saisi verojen kautta varoja budjettiinsa. Asia on myös varsin mielenkiintoinen kilpailuneutraliteetin osalta, sillä kilpailuneutraliteetin katsotaan tarkoittavan sitä, että markkinatoimija toimii markkinoilla omien preferenssiensä mukaan, eikä sen toimintaan vaikuta ulkopuolinen paine.

sovellettava niin, ettei kyse ole oikeudesta yleensä, vaan (julkisesta) hankintaoikeudesta, omana tasojärjestelmänään osana koko oikeuden järjestelmää. Ongelmana tässä tulkinnassa on se, että neoliberalismi ei itsessään ole oikeudellinen konstruktio, joka tietenkin rajoittaa sitä millä tavoin sen voidaan katsoa, vai voidaanko olleenkaan, kuuluvan oikeuteen. Toisaalta idean konkreettisuus aiheuttaa sen, ettei se voi kuulua tasojaattelussa myöskään kovin syvälle, ainakaan syvätasolle.<sup>50</sup> Keskeistä on huomata se, että asialla on nyt käsiteltävässä olevassa suhteessa vaikutusta julkisiin hankintoihin. Tämä vaikutus on tullut kansalliseen hankintasäännöstöömme nimenomaan EU-oikeuden mukana ja vaikutuksesta.<sup>51</sup>

Hankintaoikeuden pintatasoa syvemmillä tasoilla kuuluu myös muutakin kuin pelkkä neoliberalistinen suuntaus ja sen ideaalit. Pintatasolla ilmaistujen periaatteiden lisäksi sinne kuuluvat myös hankintoihin vaikuttavat hallinto-oikeudelliset periaatteet ja doktriinit, jotka ovat hankintojen taustatekijöitä. Nämä taustatekijät liittyvät keskeisesti hankintayksiköiden henkilölliseen määritelmään, eli siihen, että hankintayksiköt ovat lähtökohtaisesti viranomaisia jotka noudattavat esim. hallintolakia, omaa toimintaansa koskevia lakeja ja muuta hallinto-oikeudellista lähdemateriaalia toiminnassaan. Tällaiset konstruktiot ovat melko puhtaasti lähtöisin kansallisesta oikeudestamme ja sen muovaamaa, tosin tässäkin on huomattava, että EU-kynnysarvot ylittävältä osalta kotimaiseen hankintoja koskevan hallinto-oikeudelliseen aineksen tulkintaan vaikuttaa hankintojen kontekstissa myös EUTI:n ratkaisukäytäntö.

---

<sup>50</sup> Tasojaattelusta *Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi Helsinki 2000. Tasoteorian ongelmista ks. *Tolonen Oikeus* 4/2000, s.509-523.

<sup>51</sup> *Ukkola Oikeus* 2/2013, s.157–167.

### 3 VERTAILUPERUSTEIDEN ASETTAMINEN

#### 3.1 Hankintayksikön harkintavalta

##### 3.1.1 Hankintayksikön harkintavalta valintaperusteen valinnassa ja vertailuperusteiden asettamisessa

Tarjouskilpailussa käytettävän valintaperusteen valitseminen kuuluu hankintayksikön harkintavaltaan. EUTI on tapauksessa *Sintesi*<sup>52</sup> vahvistanut sen, ettei (kansalliselä)lainsäädännöllä voida abstraktisti ja yleisesti säätää, rajoituksesta kyseiseen harkintavaltaan.<sup>53</sup> Hankintalainsäädännön ollessa menettelytapasääntelyä, määrittelee se miten voitava tarjous valitaan. Sen määrittäminen, millainen voittavan tarjouksen on oltava, on hankintayksikön harkintavallassa. Hankintayksikön tehtävänä on määrittellä hinnan ja laadun kriteerit, sekä painoarvot ja hankinnan ehdot.<sup>54</sup> Valintaperusteita koskevat säännökset ovatkin keskeisesti hankintayksikön asettamien vaatimusten sääntelyä.<sup>55</sup>

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämiseksi hankintayksikön tulee määrittää tarjouspyynnössä ne vertailuperusteet, joilla kokonaistaloudellisuus ratkaistaan. Hankintalainsäädännössä kokonaistaloudellinen edullisuus jaetaan rakenteeltaan määrällisiin ja laadullisiin kriteereihin. Määrällisiksi kriteereiksi määrittyvät kokonaistaloudellisen edullisuuden hinta-komponenttia mittaavat perusteet, laadulliset kriteerit taas mittaavat laatu-komponenttia. Hankintayksikkö ei ole sidottu näihin lainsäädännön nimityksiin, vaan se voi käyttää omaa harkintavaltaansa ja jaotella sekä nimittää vertailuperusteita haluamallaan tavalla. Esim. Hankintayksikkö voi ilmoittaa kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiksi hinnan ja laadun, jotka se sitten jakaa erilaisiin alaperusteisiin ja halutesaan alaperusteiden alaperusteisiin jne. Vertailuperuste voi siis sisältää useita mitattavia kohteita.<sup>56</sup> Lainsäädännön tai kokonaistaloudellisuuden systematiikkaa hankintayksikkö ei kuitenkaan voi lähtökohtaisesti rikkoa, eli se ei voi mitata hinnalla laatua ja päinvastoin.

Esim. tapauksessa MAO 556/2013 (ei lainvoimainen): hankintayksikkö oli nimennyt ja jakanut kokonaistaloudellisen edullisuuden laadun vertailuperusteet seuraavasti:

1) Valintaperuste A (painoarvo 30 %)

<sup>52</sup> C-247/02 *Sintesi* (2004) Kok. I-9215.

<sup>53</sup> *Sintesi* –tapauksen kohdat 40, 42 sekä tuomiolauselma.

<sup>54</sup> *TaVM* 26/2006 vp, s. 5. *HaVL* 25/2006 vp, s. 5.

<sup>55</sup> *Ukkola* DL 2/2012, s.263.

<sup>56</sup> *Pekkala* 2007, s.394.

2) Valintaperuste B (painoarvo 20 %)

3) Valintaperuste C (painoarvo 20 %)

Näistä esim. Valintaperusteen C arviointiperusteena olivat: Tarjouksessa esitetyn työ- ja tiedotussuunnitelman sisältö.

Koska kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet ovat hinta ja laatu, on syytä käsitellä yleisesti mitä hankintayksiköltä näiden käytössä vaaditaan ja mitä ongelmia tähän liittyy.

### 3.1.2 Hinnan merkitys

Hinnan taloudellinen merkitys on hankintayksikölle suoraa, joka osaltaan korostaa sen merkitystä. Laadun vertailuperusteiden osalta näin ei välttämättä ole, vaikka niiden osalta suora taloudellinen yhteys on myös lähtökohtana.<sup>57</sup> Hankinnat ovat julkisten varojen käyttöä, siksi hankinnasta aiheutuville kustannuksilla on oltava riittävä painoarvo määriteltäessä kokonaistaloudellista edullisuutta.<sup>58</sup> Tämä tarkoittaa, ettei hinnan merkitystä voida sivuuttaa hankinnoissa, käyttämällä vain laadullisia kriteereitä, ja toisaalta myös sitä, että hinnalle on annettava riittävä painoarvo hankinnan luonteen mukaan. Poikkeuksena tähän ovat ns. ranskalaiset urakat, joissa kilpaillaan pelkällä laadulla.<sup>59</sup>

Oman problematiikkansa aiheuttavat tapaukset, joissa valintaperusteeksi on ilmoitettu kokonaistaloudellinen edullisuus, mutta vertailuperusteet on painotettu niin, että valinta tehdään tosiasiallisesti hinnan perusteella. Problematiikka korostunee uusien hankintadirektiivien myötä, joissa ainoana valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus. Asiaa nimenomaisesti koskevaa oikeuskäytäntöä ei ole olemassa. Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu mahdolliseksi menettelyt, joissa kokonaistaloudellisen edullisuuden puitteissa on asetettu laadun vertailuperusteet, joista on tullut saada tietty vähimmäispistemäärä. Laadun vähimmäispistemäärän ylittäneet tarjoukset on otettu hintavertailuun, jossa valinta on tehty halvimman hinnan mukaan.<sup>60</sup> Tällaisissa tapauksissa laadun vertailuperusteiden merkitys on tosiasiallisesti pienempi, koska laatuvertailussa pärjääminen ei ole tarkoittanut, että minimin ylittävää laatua huomioitaisiin muutoin. Tällaisissa menettelyissä korke-

<sup>57</sup> Parikka – Pöykkö Edilex 2010, s.4-6. Ainoastaan hinnan suora taloudellinen merkitys hankintayksikölle perustuu EUTI:n *Concordia* –tapauksen oikeusohjeeseen. Ks. kpl 3.3.1

<sup>58</sup> HE 50/2006 vp, s.106.

<sup>59</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s.440. Oikeuskäytännöstä esim. MAO 372/2011 ja MAO 373/2011.

<sup>60</sup> Ks. esim. KHO 2013:160 sekä MAO 136/2003, jossa hankintayksikön toimintaa ei pidetty virheellisenä siltä osin, kun se oli perustanut tarjousten vertailun pelkästään kahden halvimman hinnan omanneen tarjouksen välille, tosin tässä on huomattava, ettei muilla tarjoajilla katsottu olleen tosiasiallista mahdollisuutta voittaa kilpailua.

amman hinnan kompensoitumista paremmilla laatupisteillä ei myöskään tapahdu, ainakaan täysimääräisesti. Voidaan myös argumentoida, etteivät tällaiset menettelyt mahdollista tosiasiallisesti hinta-laatusuhteeltaan parhaan tarjouksen valintaa, vaan niissä valitaan tarjous, joka täyttää minimilaadun ja on hinnaltaan halvin. Tällainen menettely vastaa läheisesti menettelyä, jossa laadun perusteet asetetaan teknisten eritelmien minimivaatimuksena ja valintaperusteena käytetään halvinta hintaa. Silloin kun kokonaistaloudellisen edullisuuden osalta laadun painoarvo alimitoitetaan ja tosiasiallisena valintaperusteena on alin hinta, on toiminta jossain määrin lain ja nimenomaan kokonaistaloudellisuuden hengen ja tarkoituksen vastaista. Toisaalta johtuen hankintayksikön harkintavallasta kriteerien asettamisessa ja painottamisessa, ei tällaiseen pseudo-kokonaistaloudellisuuteen ole oikeastaan mahdollista puuttua, ainakaan nykyisen lainsäädännön puitteissa. Ongelmia aiheuttaa vielä sekin, ettei lainsäädännössä ei ole juurikaan mahdollista ottaa yleisesti kantaa siihen, millaisia painoarvoja hankinnoissa tulisi laadun ja hinnan suhteen käyttää. Tämä johtuu siitä, että lain tulee olla asiassa yleispätevä riippumatta hankinnan materiaalisesta ulottuvuudesta, jota hankinnan kohde keskeisesti edustaa.

Hinnalla vertailuperusteena viitataan yleisesti halpuuteen, millä turvataan hankintalain 1.2 §:stä ilmenevää tavoitetta tehostaa julkisten varojen käyttöä.<sup>61</sup> Tämä tarkoittaa sitä, että halvimman hinnan tulee saada vertailussa korkeimmat pisteet. Vertailuperusteissa voidaan huomioida suoranaisten hinnan lisäksi muita myöhemmin ilmeneviä kustannuksia, kuten huoltokustannukset, takuuehdot jne.<sup>62</sup> Hinnan arvioinnissa ei kuitenkaan voida ottaa huomioon tarjoajan esittämiä tulevaisuudessa syntyviä potentiaalista säästöjä.<sup>63</sup> Hankintayksikön harkintavallan laajuudesta johtuen, jää sille suuri liikkumavara siinä, miten se määrittää itselleen edullisimman tarjouksen. Hinnan käyttöä vertailussa koskevat samat periaatteet kuin, jäljempänä käsiteltävää, laadun käyttämistä, näin ollen hankintayksikön on oltava avoin ja yksilöitävä se, mitä se tarkoittaa hinnalla ja miten hinta mitataan ja tulee tarjouksissa ilmoittaa, jotta tarjoukset olisivat vertailukelpoisia.<sup>64</sup> Asiaa on käsitelty tapauksessa MAO 469/2011:

---

<sup>61</sup> MAO 391/2009

<sup>62</sup> Pekkala 2007, s.397.

<sup>63</sup> Parikka – Pöckylä Edilex 2010, s.4-6. Potentiaalisten tarjoajan esittämien säästöjen huomioimisesta MAO 5/2009.

<sup>64</sup> Voutilainen Edilex 2011, s.27.

”Hankintayksikkö voi itse vapaasti valita, kuinka se haluaa hankittavan tuotteen tai palvelun hinnoiteltavan. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa määrätillä hintojen vertailutapa ja mitä seikkoja se haluaa vertailussa painottaa. Hankintayksikön harkintavallassa on siten myös se, käyttääkö se vertailuhinnan laskennassa esimerkiksi kokonaishintaa vai eriteltyjä yksikköhintoja. Edellytyksenä on vain se, ettei vertailuperusteita ja niiden painoarvoja aseteta syrjivästi. Hankintalaissa ei ole myöskään säännöstä tietyn matemaattisen laskentatavan käyttämisestä hintavertailussa.”

Hankintayksikkö oli jakanut hintavertailun neljään osioon. Osioiden sisällä oli hintarivejä, pisteet jaettiin hintariveittäin. Hinnan kokonaispisteet muodostuivat rivikohtaisten pisteiden kokonaismäärästä. Tapauksesta hankintayksikkö perusteli hintavertailuratkaisuaan sillä, ettei osiota tilata välttämättä kokonaisuutena vaan jokin osasuorite voidaan jättää tilaamatta. Tarjouspyynnön pisteytystapa, jossa hinnat pisteytettiin riveittäin, rivien sisältäessä hyvin erihintaisia palveluja katsottiin voivan johtaa siihen, että korkeimmat pisteet hinnan osalta sai tarjoaja, jonka kaikkien tarjottujen palveluiden yhteishinta ei ollut halvin. Hankinnan kohteena olleen palvelun kokonaisuus muodostui kuitenkin kulloinkin hankintayksikön tarvitsemista ja osittain vaihtoehtoisista palvelun osista, ei jokaisesta erillisestä osasta. Näin ollen kokonaishinnaltaan halvin tarjous ei muodostunut välttämättä hankintayksikölle yksittäistapauksessa halvimmaksi mahdolliseksi kokonaisuudeksi. Hankintayksikön menettely katsottiin näin ollen hankintasäännösten mukaiseksi.

### 3.1.3 Laatu ja sen mittaaminen

Laadun mittaaminen hankinnoissa voi olla haastavaa, ongelmat liittyvät erityisesti hankintoihin, joissa lopputuotetta ei voida esittää suoraan tarjouksessa. Kyseeseen tulevat etenkin palveluhankinnat<sup>65</sup> ja rakennusurakat, joissa hankinnalle asetettujen laadullisten tavoitteiden tosiasiallista toteutumista voidaan usein arvioida *ex-post*.<sup>66</sup> Arviointi on hankinnoissa usein kiinni arvioijan henkilöstä, ja siitä, mitä tämä pitää hyvänä laatuna.<sup>67</sup> Tästä johtuen hankintayksikkö joutuu tarjouspyyntöasiakirjoissa yksilöimään tarkasti sen, mitä se tarkoittaa laadulla.<sup>68</sup> Tavarahankinnoissa sen sijaan on yleensä mahdollista saada hankittavia tuotteita arvioitaviksi, jolloin laatuarviota on mahdollista tehdä myös *ex-ante*.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Palveluhankintojen suhteen kannattaa huomioida vielä se, että itse palvelu joudutaan tuotteistamaan. Tästä lisää esim. *STM 2012:1* s.23–24, joka koskee sosiaali- ja terveystalouden tuotteistamista ja sen vaikeuksia.

<sup>66</sup> *Pöykkylä Edilex 2010*, s.3

<sup>67</sup> *STM 2012:1*, s. 25–26.

<sup>68</sup> *Pekkala – Pohjonen 2012*, s.453.

<sup>69</sup> *Pöykkylä 2010*, s. 3. Huomioi lisäksi, että sopimusoikeudellisesti tosiasiallisesti ennen sopimuksen tekemistä selviävä laatu tulee lähtökohtaisesti myös sopimuksen osaksi, jolloin sopimusrikkomusten osoittaminen on tässä suhteessa helpompaa.

Tällaiset laadun mittaamiseen liittyvät ongelmat ovat korostuneesti esillä hankinnoissa, koska tarjousten vertailu tulee tehdä ennen hankintapäätöstä, ja vertailun tulee perustua tarjousten konkreettisiin eroihin. Käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta valintaperusteena valittavan tarjouksen tulisi olla hinta-laatusuhteeltaan paras. Kuinka sitten *ex-post* selviävä laatu tuodaan *ex-ante* tasolle?

EUTI on ottanut *SIAC* –ratkaisussa<sup>70</sup> kantaa siihen, etteivät hankinnan laadun tai hinnan kannalta kaikki tekijät välttämättä todellisuudessa ole selvitettävissä etukäteen, toteamalla, että hankintayksikkö voi käyttää arviointiperustetta, joka koskee sellaista tietoa joka saadaan täsmällisesti selville vasta sopimuksen tekemisen jälkeen. Tällaisen perusteen ei voi katsoa antavan hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta.<sup>71</sup> Tämä ei poista ongelmaa, että arviointikriteerit pitää pystyä arvioimaan objektiivisesti etukäteen.

Hankintayksikkö joutuu edellä kuvatusta ongelmasta johtuen arvioimaan laatuun todennäköisimmin hankintansa kontekstissa vaikuttavia tekijöitä.<sup>72</sup> Yhdessä hankintayksikön hankintavallan kanssa tämä johtaa siihen, että vertailuperusteilla voidaan sinänsä kertoa mitattavan palvelun suorittavan henkilön ammattitaitoa. Todellisuudessa ammattitaidon mittaus voi olla vaikeaa, tai jopa mahdotonta, näin joudutaan arvioimaan tekijöitä joiden yleisesti katsotaan viestivän hankinnan kohteen laadusta. Esim. palvelun laadun mittaaminen suorittavan henkilön pätevyydellä, voi perustua henkilön suorittamaan tutkintoon, joka todellisuudessa saattaa viestiä lähinnä teoreettisesta osaamisesta.<sup>73</sup> Arviointiperusteen yhteys hankinnan todelliseen laatuun on siis usein enemmän tai vähemmän välillistä.

Laadun mittaamisen ongelmassa on myös huomioitava laadun yhteensovittaminen lähtökohtaisesti hyvin matemaattisluontoiseen tarjousten vertailuun ja vertailuperusteiden mitattavuuteen.<sup>74</sup> *Bergman* ja *Lundberg* ovat jaotelleet kyseisen ongelman niin, että hankintayksikön on muunnettava joko laadun mitta vastaamaan rahallista mittaa, rahallinen mitan

<sup>70</sup> C-19/00, *SIAC* (2001) Kok. I-7725.

<sup>71</sup> C-19/00, *SIAC* (2001) Kok. I-7725, kohdat 28–45. Kansallisessa oikeuskäytännössä KHO 2014:55, jossa asiakastytyväisyyttä koskeva vertailuperuste pystytiin todellisuudessa arvioimaan vasta sopimuskaudella.

<sup>72</sup> *STM* 2012:1, s.26.

<sup>73</sup> *Pökkylä* 2010, s. 20.

<sup>74</sup> *Ukkola* LM 2/2011, s.323, Ukkola on mm. tältä osin tuonut esiin, että laadun mittaamisen ongelma on aiheuttanut käytännössä sitä, että hankintayksiköt ovat asettaneet laadun vaatimukset minimivaatimuksina ja vertailleet ainoastaan hintaa, jolloin tarjousten väliset laatuerot jäävät huomiotta. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty vaihtelevia kantoja siitä, missä kriteeriluokassa laatua olisi järkevintä mitata. Ks. esim. asiasta palveluhankintojen suhteen *Halonen* Edilex 2010, s.4

vastaamaan laadullista mittaa tai kumpikin mitta kolmanneksi, yhteismitalliseksi yksiköksi, jolla tarjousten paremmuus osoitetaan. Laadun mittaamisessa on myös huomioitava se, että mikäli laatua mitataan useammalla perusteella, tulee nämäkin vielä saada yhteismitalliseksi keskenään, joka vaikeuttaa esim. ns. ranskalaisen urakan laatuarviota.<sup>75</sup>

### 3.1.4 Vertailuperusteen teoreettinen rakenne

Johtuen edellä esitetystä mittaukseen liittyvästä ongelmallisuudesta vertailuperuste voi koostua teoriassa kahdesta tekijästä; siitä mitä hankintayksikkö kertoo mittaavansa eli vertailuperusteesta, esim. ympäristöystävällisyys, ja tosiasiallisesta mittauskohteesta eli arviointiperusteesta, esim. CO<sub>2</sub>-päästö/100km. Vertailuperusteella voi olla useita arviointiperusteita.<sup>76</sup> Jakoa ei tarvita jos kriteeri on itsessään niin selkeä, että siitä tiedetään suoraan mitä ollaan mittaamassa, tämä pitää usein paikkansa esim. hinnan osalta<sup>77</sup>.

Seuraavat MAO:n ratkaisemat tapaukset tarjoavat hyvän esimerkin edellä kuvatusta jaotellusta. Arvioinnin kohteena ovat niin kriteerillä arvioitava asia, kuin todellinen mittauskohdekin:

MAO 232/2009: Hankintayksikkö hankki pesulapalveluita, yhtenä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena olivat ”kuljetuksiin liittyvät ympäristötekijät”. Todellisuudessa kyseisellä tekijällä verrattiin ainoastaan kuljetusmatkaa pesulasta kuntien maantieteelliseen keskipisteeseen. Lyhimmästä matkasta sai eniten pisteitä. MAO otti ensiksi kantaa ympäristötekijöiden sallittavuuteen vertailuperusteena, argumentoiden EUTI:n oikeuskäytännöllä sekä hankintalain 62 §:n yksityiskohtaisilla perusteluilla. MAO totesi, että ympäristöperusteiden huomioon ottaminen on hankinnoissa sallittua. Tämän jälkeen se kuitenkin kiinnitti huomiota todelliseen vertailukohteeseen, eli kuljetusmatkaan, ja totesi, että pelkkään kuljetusmatkan pituuteen perustuva arviointiperuste ei ollut tasapuolinen ja syrjimätön.

MAO 447/2010: Arkkitehtisuunnittelua koskevassa hankinnassa kokonaistaloudellisen edullisuuden laadun vertailuperusteena oli ”tiimi”, jonka arviointikriteereinä olivat nimettyjen suunnittelijoiden kokemus ja referenssit. Arvioinnin ilmoitettiin perustuvan suunnittelijoiden

<sup>75</sup> Bergman – Lundberg. *Journal of Purchasing & Supply Management*. vol. 19 (2013) s.73–74. Kirjoittajat ovat vielä tuoneet esiin samassa artikkelissa, että hinnan muuttaminen laaduksi on jossain määrin avoimuuden ja tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaista, koska muuntamiseen käytetty sääntö voi itsessään olla epäselvä, ja kohdella tarjoajia epätasapuolisesti. Ks. ko. artikkelin s. 82.

<sup>76</sup> Pekkala 2007, s.394.

<sup>77</sup> Parikka – Pöykkö Edilex 2010, s.3–4. Tässäkin suhteessa tosin hankintayksikön voi olla syytä selvittää tarjouspyynnössä, tai jo hankintailmoituksessa, miten hinnan mittausta tehdään. Ks. myös MAO 469/2011.



referensseihin ja ilmoitettuun erityisosaamiseen. MAO katsoi, että kyseisessä hankinnassa palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla ja pätevyydellä saattoi olla sellainen merkitys, että ko. ominaisuuksia voitiin käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena. Koska kyseinen arviointi oli kuitenkin perustunut referenssien lukumäärään, menettelyä ei katsottu hankintalainsäädännön mukaiseksi.

Arviointiperusteella tulee voida arvioida tosiasiallisesti sitä, mitä vertailuperusteella on ilmoitettu arvioitavan.

MAO 380/2013: Hankintayksikkö oli ilmoittanut yhdeksi vertailuperusteeksi tilintarkastusyhteisön kokemuksen. Tarjouspyynnössä ei ollut määritetty tarkasti miten kokemusta tullessaan arvioimaan. Tarjouspyynnössä oli vain ilmoitettu, että selvitystä vaaditaan tilintarkastajan ja tilintarkastusyhteisön tarkastuskokemuksesta ja/tai muulla tavoin hankitusta pätevöitymisestä EU-hankkeiden tai muiden tarjouspyynnössä mainittujen erityisosaamista vaativien tehtävien tarkastuksessa. Hankintapäätöksestä ilmeni että tilintarkastusyhteisön kokemus oli pisteytetty sen mukaan, kuinka monta JHTT-tilintarkastajaa tarjoajalla oli. MAO katsoi että kyseessä olevia kokemuksen osa-alueita olisi voitu arvioida esim. yhteisön toimimissajan pituudella tai tarkastuskohteiden lukumäärällä. Sen sijaan pelkkä JHTT-tilintarkastajien lukumäärä ei ilmaissut mitään siitä, millainen kokemus yhteisöllä oli käytettävissään. Yhteisön kokemusta ei näin voitu arvioida pelkästään JHTT-tilintarkastajien lukumäärän perusteella.

### *3.1.5 Kokonaistaloudellisuuden systematiikka hankintayksikön harkintavallan rajoittajana*

Hankintoja koskevasta oikeuskäytännöstä on nähtävissä, että tuomioistuimet tulkitsevat hankintalakia osin myös sen systematiikkaan nojautuen. Kokonaistaloudellisen edullisuuden systematiikka vaikuttaa näin myös hankintayksiköiden harkintavaltaan. Tämä johtaa osaltaan siihen että hankintayksikön on erotettava kokonaistaloudellisen edullisuuden komponentit ja näille asetetut vaatimukset toisistaan. Mikä tarkoittaa, ettei määrällisellä kriteerillä pidä mitata laatua tai päinvastoin.

MAO 455/2009: MAO lausui hinnan ja laadun vertailuperusteista: ”Hintaa koskevalla vertailuperusteella viitataan yleisesti hinnan halpuuteen[...]. Laatuun liittyvien tekijöiden huomioon ottaminen on tarkoitettu puolestaan tehtäväksi muilla kuin hintaa koskevilla vertailuperusteilla.” Hankintayksikkö oli käyttänyt laatukriteerinä hankintaan käytettävää kokonaistuntumäärää. Hankintayksikkö ei kuitenkaan pystynyt esittämään perusteita sille, millä tavoin kokonaistuntimäärä ja kokonaishinnan pisteytys oli merkityksellinen kokonaistaloudellisen edullisuuden kannalta, koska hankinnan vaativuuden edellyttävät laatutekijät on mahdollista

huomioida erillisissä laatuperusteissa. Kokonaistuntimäärä liittyi kiinteästi tarjouksen kokonaishintaan, joka muodostettiin yksikköhinnan ja kokonaistuntimäärän tulona. Vertailuperuste oli päällekkäinen hintavertailun perusteen kanssa, suuremman kokonaistuntimäärän johtaessa samalla heikompiin hintapisteisiin ja parempiin laatupisteisiin. MAO katsoi hinnan ja laadun vertailuperusteiden sekoittuneen niin, että hinnan suhteellinen merkitys kokonaistaloudellisessa edullisuudessa ei ole vastannut ilmoitettua.<sup>78</sup>

Tapauksesta on nähtävissä, ettei kokonaistuntimäärän käyttäminen laadun vertailuperusteena ole itsessään kiellettyä, mutta se asettaa hankintayksikölle perusteluvelvollisuuden siitä, miksi hankinnassa on toimittava näin. Ilmeistä on, että kynnys tällaisen argumentoinnin hyväksymiselle on varsin korkealla, sillä se tarkoittaisi hankintalaissa olevien keinojen käyttämättä jättämistä sekä sisäisen rakenteen rikkomista. Tilanteessa on kyse osaltaan samasta ensisijaisuuteen liittyvästä asiasta, kuin jäljempänä käsiteltävässä soveltuvuus-kriteerien ja vertailukriteerien erottamisessa. Laadun mittareiden tulee ensisijaisesti mitata laatua, eikä hintaa, vaikka hinnalla sinänsä voi olla välinearvoa laadun mittaamisessa.

Samaan systematiikkaan, sekä hankintalain mahdollistamien välineiden käyttöön ensisijaisena toimintatapana, viitataan tapauksessa MAO 391/2009:

Hankintayksikkö oli pisteyttänyt hinnan niin, että tarjousten keskiarvohinta sai 100 pistettä ja yhden prosentin poikkeama keskiarvohinnasta vähensi aina yhden pisteen. Hankintayksikkö ei pystynyt esittämään perusteita sille, miksi käytettävä hinnan pisteytys olisi merkityksellinen kokonaistaloudellisuuden arvioinnissa, koska hankinnan vaatavuustason edellyttävät tekijät voidaan huomioida erillisissä laatua koskevissa vertailuperusteissa, tarjoajille asetettavissa soveltuvuusehdoissa ja lisäksi mahdollisuudella sulkea alihintainen tarjous hankintamenettelyn ulkopuolelle. Laatua vertailtiin lisäksi mm. ”työmääräarvio tunteina” nimisellä perusteella, jonka MAO katsoi liittyvän kiinteästi hintavertailuun ja sen olevan päällekkäinen hintavertailun kanssa. Hinnan ja laadun vertailuperusteet olivat sekoittuneet tavalla joka ei mahdollistanut kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämistä.

Hinnan ja laadun erottamisen toisistaan liittyy myös avoimuuden vaatimukseen ja tarjouspyynnön sitovuuteen. Hankintayksikön ilmoittaessa tietyt painoarvot hinnalle ja laadulle sen on myös näitä painoarvoja noudatettava. Esim. edellä olleessa tapauksessa MAO 455/2009 kokonaistuntimäärän käyttäminen laadun mittarina aiheutti sen, että hinnan ver-

---

<sup>78</sup> Asiasta valitettiin KHO:n, joka pysytti MAO:n ratkaisun voimassa sellaisenaan. KHO 13.6.2011 t. 1573.

tailussa huomioitavat seikat huomioitiin myös laadun vertailussa, jolloin hinnan suhteellinen merkitys ei vastannut painoarvoa joka sille oli tarjouspyynnössä määritetty.

### 3.2 Kriteereille asetetuista vaatimuksista

Hankintayksikkö ei voi käyttää mitä tahansa kriteereitä määrittääkseen kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta. Lainsäädäntö, oikeusperiaatteet ja näistä vertailukriteereille johdetut vaatimukset rajaavat hankintayksikön harkintavaltaa kriteerien käyttämisessä. Kaikki vaatimukset eivät ilmene suoraan lainsäädännöstä. Hankintadirektiivissä ja EUTI:n tulkinnassa on kokonaistaloudellista edullisuutta ja sen kriteerien asettamista määritelty seuraavasti: ”Vertailuperusteet määritetään sopimuksen kohteen mukaisesti, siten, että niiden perusteella voidaan arvioida jokaisen tarjouksen suoritustaso suhteessa teknisissä eritelmissä määritettyyn sopimuksen kohteeseen, sekä kunkin tarjouksen hinta-laatusuhde, koska kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous on hinta-laatusuhteeltaan paras tarjous.”<sup>79</sup> Hankintalain 72.1 §:ssä on todettu, että kriteerien on liityttävä hankinnan kohteeseen.<sup>80</sup> Hankintalain 72.1 §:ssä on todettu, että kriteerien on mahdollistettava tarjousten puolueeton arviointi. Näiden lisäksi hankintalain 2 §:ssä tuodaan esiin hankinnoissa noudatettavat periaatteet: suhteellisuusperiaate, tasapuolisuus ja syrjimättömyys sekä avoimuusperiaate, jotka myös toimivat kriteereitä rajaavina tekijöinä.

Lainsäädäntö edellyttää, että käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta valintaperusteena on hankintayksikön valittava tarjouskilpailun voittajaksi *hankintayksikön kannalta* kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Tämä edellyttää vertailuperusteilta, että vertailuperusteilla pystytään osoittamaan tämä hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Tässä suhteessa onkin syytä tutkia sitä, millaista arvoa käytetyillä perusteilla on oltava hankintayksikölle, jotta tarjous voidaan katsoa kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi.

Hankintalain 72 §:ssä ilmenevä puolueettoman arvioinnin mahdollistamisen vaatimus liittyy tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteesta kumpuavaan objektiviteettivaatimukseen, johon myös vertailuperusteiden mitattavuuden vaatimus kytkeytyy. Mitattavuuden vaatimuksessa<sup>81</sup> on osaltaan kyse myös tarjouksen valintamekanismin perusoletukses-

<sup>79</sup> Hankintadirektiivi 46 perustelukappale ja C-368/10 *Max Havelaar* (2012) Kok. 2012, kohta 86.

<sup>80</sup> Hankintalain 62 § ja 72 §

<sup>81</sup> Ilmenee hankintalain 62.2 §:stä

ta. Parhaan tarjouksen valinta nimittäin edellyttää, että tarjoukset voidaan asettaa paremmuusjärjestykseen, joka ei olisi mahdollista jos vertailuperuste ei olisi mitattavissa.

Hallituksen esityksessä vertailuperusteille on asetettu vaatimukseksi, etteivät ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta, niiden on liityttävä hankinnan kohteeseen ja oltava objektiivisia, syrjimättömiä ja niillä tulisi olla taloudellista merkitystä. Vertailuperusteet on myös ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.<sup>82</sup> Näiden lisäksi, johtuen hankintojen EU-oikeudellisesta taustasta, vertailuperusteiden on oltava Unionin oikeuden peruseriaatteiden mukaisia.<sup>83</sup>

Hankintojen luonteesta johtuen vertailuperusteiden asetantaa ja soveltamista, ei voida tyhjentävästi säännellä. Hankintamenettelyssä tulee esille lukuisia sovellustilanteita, joiden ratkaisusta ei ole voitu kattavasti säätää. Näiden ratkaisujen tulee kuitenkin perustua hankintalainsäädännön 2 §:ssä ilmaistuihin periaatteisiin.<sup>84</sup> Vertailuperusteiden tulee olla yhdenmukaisia näiden periaatteiden kanssa. Hankintalain periaatteista on varsinkin EUTI:n oikeuskäytännössä johdettu erilaisia kokonaistaloudellista edullisuutta koskevia vaatimuksia, nämä vaatimukset ilmenevät myös osin hallituksen esityksestä.<sup>85</sup> Tässä suhteessa onkin syytä tarkastella miten periaatteet rajoittavat vertailuperusteiden asettamista. Kaikki edellä esitetyt vaatimukset koskevat kaikkia vertailuperusteita, riippumatta siitä sovelletaanko 62 §:ää vai 72§:ää.

### 3.3 Lainsäädännössä asetetut vaatimukset vertailuperusteille

#### 3.3.1 Liityntä hankinnan kohteeseen

Liityntä hankinnan kohteeseen tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, että vertailuperusteilla on oltava yhteys hankinnan kohteeseen. Vaatimus ilmenee hankintalain 62 ja 72 §:stä, lainkohtien sanamuodoista voidaan myös *e contrario* päätellä, että perusteita joilla liityntää ei ole, ei voida käyttää tarjousten vertailussa. Liityntään vaatimus vaatimus on ehdoton.<sup>86</sup> Li-

<sup>82</sup> HE 50/2006 vp, s.105 ja 116.

<sup>83</sup> Euroopan komissio 2011, s.51

<sup>84</sup> HE 50/2006 vp, s.47.

<sup>85</sup> Esim. Rajoittamattoman valinnanvapauden osalta vaatimus on esitetty alunperin *Concordia* tapauksessa. (C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213.)

<sup>86</sup> Pekkala 2007, s.395–396

tynnän vaatimuksen tarkka määrittäminen yleisesti ei ole mahdollista koska se edellyttää tietoa hankinnan kohteesta.<sup>87</sup>

Liitynnän vaatimus tyhjentyy viimekädessä sen tarkasteluun onko käytetyllä vertailuperusteella riittävä yhteys hankinnan kohteeseen, eli ilman tietoa hankinnan kohteesta ei voida määrittää myöskään riittävää yhteyttä. Hallituksen esityksessä on liitynnän vaatimuksesta todettu, että vaatimuksen täyttäviksi voidaan katsoa ne vertailuperusteet, jotka koskevat *välittömästi* hankinnan kohdetta. Tällaisiksi on mainittu esim. hankinnan kohteen laatu, hinta tai toimitusaika. Hankinnan kohteeseen liittymättömiä perusteita ei sen sijaan voida käyttää vertailussa, tällaiseksi perusteeksi on esitetty tarjoajayrityksen toimintaan liittyvät tekijät.<sup>88</sup> Määritelmä on hyvin epämääräinen,<sup>89</sup> kun huomioidaan, että hyväksyttävät vertailuperusteet voivat varsinkin palveluhankinnoissa liittyä välillisesti ja toissijaisesti myös tarjoajan toimintaan.<sup>90</sup>

Liitynnän vaatimus liittyy keskeisesti sen määrittämiseen millaisia vaatimuksia voidaan ylipäänsä käyttää vertailuperusteina ratkaistaessa kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta. Kysymys oli keskeisesti esillä EUTI:n *Concordia* –tapauksessa<sup>91</sup>, jossa oli kyse siitä voitiinko kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisessä huomioida ympäristön suojeluun liittyviä vaatimuksia. Tällaiset perusteet kun ovat lähtökohtaisesti taloudellisesti vaikeasti mitattavissa, ja niillä ei ole suoranaisesti taloudellista yhteyttä siihen, mikä tarjous muodostuu hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi.

Tapauksessa oli siis osaltaan kyse asiasta joka nykyään mainitaan hankintalain 62.2 §:ssä, eli mahdollisuudesta ottaa huomioon asianomaisen yleisön tarpeisiin ja ympäristönäkökohtiin liittyviä perusteita määriteltäessä kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta. Hallituksen esityksessä on 62 §:n perusteluissa todettu, että hankintayksiköllä on oikeus ottaa huomioon hankinnan kohteeseen liittyviä laadullisia ja taloudellisia tekijöitä, sekä ympäristöominaisuuksia, jotka eivät tuota välitöntä etua hankintayksikölle. Näiden lisäksi on mah-

---

<sup>87</sup> Ojanen LM 4/2003, s. 696.

<sup>88</sup> HE 50/2006 vp, s.105

<sup>89</sup> Ekroos – Nissinen Edilex 2007, s.11

<sup>90</sup> Ks. kohta 6.3.6

<sup>91</sup> C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213.

dollista käyttöä sellaisia vertailuperusteita, jotka liittyvät yhteiskunnallisten vaatimusten täyttämiseen ja jotka määrittävät teknisissä eritelmissä.<sup>92</sup>

Concordia –tapauksen oikeusohjeen mukaan hankintayksiköllä on harkintavalta sen suhteen mitä perusteita se haluaa käyttää tehdessään hankintasopimuksia. Vertailuperusteiden on kuitenkin liityttävä sen selvittämiseen, mikä tarjouksista on sille kokonaistaloudellisesti edullisin.<sup>93</sup> Jokaisen perusteen, jota hankintayksikkö käyttää taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi, ei ole kuitenkaan oltava puhtaasti taloudellinen. Tätä näkökantansa tuomioistuin argumentoi sillä, että myös seikat, jotka eivät ole puhtaasti taloudellisia, saattavat vaikuttaa tarjouksen arvoon hankintayksikön näkökulmasta. Tuomioistuin huomioi myös tulkintansa tueksi, että silloisen direktiivin 92/50/ETY artiklan 36 sanamuodosta ilmenee myös mahdollisuus ottaa esteettisiä ominaisuuksia huomioon määritettäessä edullisinta tarjousta. Tähän EUTI lisäsi, ettei tämä kuitenkaan tarkoita, että hankintayksikkö saisi ottaa huomioon mitä tahansa perusteita, vaan näiden perusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen. Tapauksessa EUTI katsoi, että hankinnan kohteena olleiden linja-autoliikenteen hoitamista koskevan hankinnan kohteeseen liittyivät perusteet käytetyn kaluston melutasosta ja typpipäästöistä.<sup>94</sup>

Ratkaisu sai aikaan oikeustilan, jossa kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisessä käytettäviä vertailuperusteita voidaan katsoa laajennetun pelkkien taloudellisten, hankinnan kohteen funktionaalaisia ominaisuuksia koskevien, perusteiden ulkopuolelle.<sup>95</sup> Jottei tämä kuitenkaan jättäisi hankintayksikölle rajoittamatonta harkintavaltaa, perusteiden käytölle on asetettu vaatimus siitä, että ne liittyvät hankinnan kohteeseen.<sup>96</sup>

Muuhun kuin hankinnan kohteen taloudellisuuteen liittyvien perusteiden huomiointi ja käyttö, sekä sallittavuus vertailuperusteena, voidaan jäljittää hankintayksiköiden kaksois-toimijan rooliin ja luonteeseen. Tässä suhteessa olisi varsin ristiriitaista, etteivät hankintayksiköt saisi hankintatoiminnassaan ottaa huomioon tavoitteita, joita niiden on kuitenkin muussa toiminnassaan huomioitava.

---

<sup>92</sup> HE 50/2006 vp, s.107.

<sup>93</sup> Tältä osin viitattu aiempaan EUTI:n ratkaisukäytäntöön.

<sup>94</sup> C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213, kohdat 55, 58 ja 59.

<sup>95</sup> *Lindfors* LM 1/2005, s. 38

<sup>96</sup> C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213, kohta 65.

Hankinnat nähdään myös valtion kannalta tehokkaana keinona vaikuttaa niin hankintayksiköiden oman toiminnan yhteiskuntavaikutuksiin, kuin myös ohjata muita toimijoita huomioimaan yhteiskunnan kannalta tärkeitä näkökohtia. Tämä johtuu julkisten toimijoiden suuresta ostovoimasta ja näin ollen vaikutusvallasta markkinoilla. Yhteiskunnan kannalta tärkeiden näkökohtien huomioimista hankinnoissa voidaan myös perustella sillä, että näin syntyy säästöjä viranomaisten kokonaistehtävien kannalta.<sup>97</sup>

Johtuen erilaisten tavoitteiden huomioimisen mahdollisuudesta vertailuperusteissa, voidaan vertailuperusteita jaotella hankinnan tavoitteiden mukaisesti. Ensimmäisenä tavoitteena on funktionaalisen tavoitteen täyttäminen, esimerkiksi julkisen liikenteen järjestäminen, hintalaatusuhteeltaan parhaalla mahdollisella tavalla. Perusteita, jotka liittyvät muiden kuin näiden funktionaalisten tavoitteiden saavuttamiseen, kuten sosiaaliset, ympäristölliset ja eettiset tavoitteet, kuten esim. kestävä kehitys, kutsutaan horisontaalisiksi tai toissijaisiksi tavoitteiksi.<sup>98</sup>

Näin ollen hankinnoissa voidaan käyttää niin funktionaalisia kuin horisontaalisiakin tavoitteita sisältäviä kriteereitä.<sup>99</sup> Funktionaalisilla vertailuperusteilla mitataan nimenomaisesti hyödykkeen laatua tai hintatekijöitä ja ne liittyvät lähtökohtaisesti suoraan hintalaatusuhteeltaan parhaan tarjouksen löytämiseen perinteisessä, taloudellisessa mielessä. On kuitenkin huomattava, että myös funktionaalisia kriteereitä voi olla vaikea mitata taloudellisesti, esim. esteettisten ominaisuuksien osalta.<sup>100</sup>

Horisontaalisten kriteerien käytössä on kyse mm. sosiaalisten, ympäristöllisten ja eettisten, eli lähtökohtaisesti poliittisia tavoitteita sisältävien, etujen huomioimisesta. Myös näihin toissijaisiin tavoitteisiin kohdentuvien kriteerien on täytettävä vertailuperusteilta edellytettävät vaatimukset, kuten mitattavuus, syrjimättömyys ja vertailukelpoisuus.<sup>101</sup> Tavoitteiden

<sup>97</sup> TEM: Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat. s. 7–9.

<sup>98</sup> Arrowsmith, Journal of public procurement, vol. 10, issue 2. (2010) s. 149–151. Sekä ClientEarth, 2011 s.4-6.

<sup>99</sup> Horisontaalisten tavoitteiden implementoinnissa hankintoihin on kyse laajasta ilmiöstä, jonka voidaan nähdä ulottuvan tarjoajan yleisen toiminnan lainmukaisuuden tarkistamisesta aina tarjouksen vertailuperusteisiin asti. Vertailuperusteiden kohdalla horisontaalisia tavoitteita voidaan huomioida lähtökohtaisesti pelkästään hankinnan toteuttamiseen liittyviä perusteita. Aiheesta lisää ks. esim. Arrowsmith, Journal of public procurement, vol. 10, issue 2. (2010) s.149–186.

<sup>100</sup> Ks. esim. tapaus MAO 154/2006, jossa leipomotuotteiden vertailussa käytettiin vertailuperusteina mm. makua, ulkonäköä ja kokoa, jotka tapauksen kontekstissa liittyivät siis suoraan hankinnan kohteen funktioihin.

<sup>101</sup> Ukkola Oikeus 2/2013, s.162.

tulee myös lähtökohtaisesti olla hankintasäännösten taustalla olevien tavoitteiden ja erityisesti sisämarkkinatavoitteen, sekä hankintalain periaatteiden kanssa sopuoinnussa.

Horisontaalisten kriteerien käyttöä voidaan yleisesti katsoa rajoittavan se, että horisontaalisen tavoitteen on oltava yleisesti hyväksyttävä. Tämä taas tarkoittanee käytännössä sitä, ettei horisontaalinen tavoite voi olla vain hankintayksikön itsensä, tai pienen joukon asettama. Tähän suuntaan viittaavaa argumentointia ilmenee *Wienstrom* –tapauksen perusteluista. Tapauksessa hankintayksikkö käytti vertailuperusteena sähkön vihreyttä. Tapauksen perusteluissa on todettu, että kyse on hyödyllisestä tavoitteesta ympäristönsuojelun kannalta. Perusteen todettiin olevan yhteneväinen Euroopan unionin tavoitteiden kanssa, joilla pyritään taistelemaan ilmastonmuutosta vastaan ja edistämään uusiutuvien energianlähteiden osuutta sisämarkkinoilla.<sup>102</sup>

EU-tuomioistuimien on *Concordia* –tapauksen lisäksi käsitellyt liittynän vaatimuksen täyttymistä muutamissa muissa tapauksissa. *Wienstrom* -tapauksessa<sup>103</sup> vertailuperusteeksi oli otettu tarjoajan kyky toimittaa uusiutuvista energialähteistä tuotettua sähköä yli tarjouspyynnössä ennakoitun kulutuksen, muille toimijoille kuin hankintayksikölle. EUTI kertasi, ettei kaikkien kokonaistaloudellista edullisuutta selvittävien vertailuperusteiden ole pakko olla luonteeltaan puhtaasti taloudellisia. Tästä EUTI jatkoi todeten, ettei ole olemassa estettä sille, että hankintayksikkö käyttää vertailuperusteena sähkön tuotantomenetelmää koskevaa perustetta, eli toisin sanoen ympäristöystävällisyyttä mittaavaa perustetta. Tapauksessa liittynän vaatimus ei kuitenkaan täyttynyt, koska vertailuperuste ei liittynyt hankintayksikölle toimitettavaan sähkөөn, vaan ylipäänsä tarjoajan kykyyn tuottaa ympäristöystävällistä sähköä, muillekin kuin hankintayksikölle.<sup>104</sup> Ongelmana ei siis ollut itse vertailuperuste, vaan sen kohdistuminen muuhun kuin hankintayksikölle itselleen toimitettavaan hyödykkeeseen.<sup>105</sup>

*Max Havelaar* -tapauksessa<sup>106</sup> oli kyse kahviautomaattien toimittamisesta ja ylläpitämisestä.

Tapauksessa EUTI käsitteli uudestaan sitä, millaisia vertailuperusteita on mahdollista huo-

<sup>102</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527, kohdat 40 ja 41.

<sup>103</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527.

<sup>104</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527, kohdat 34, 67, 68 ja 72.

<sup>105</sup> Lisäksi EUTI katsoi, että tällainen peruste rajoittaa direktiivien päämäärää avata kilpailua, koska se suosii tarjoajia joilla on kyky toimittaa sähköä yli tarvittavan määrän, samalla pienentäen niiden tarjoajien mahdollisuuksia voittaa kilpailu, jotka tosiasiallisesti myös pystyisivät hankinnan toteuttamaan.

<sup>106</sup> C-368/10, *Max Havelaar* (2012) Kok. 2012.



mioida. Se totesi, että vertailuperusteina voi olla kohtia, joissa huomioidaan hankittavan tuotteen ympäristöystävällisyyttä ja sosiaalisia ominaisuuksia. EUTI katsoi, viitaten hankintadirektiivin 53 artiklaan ja 46. perustelukappaleeseen, että hankintaviranomaiset voivat asettaa sosiaalisiin näkökohtiin perustuvia vertailuperusteita, jotka voivat koskea tavara-, tai palveluhankinnan sekä rakennusurakan käyttäjiä tai edunsaajia, että muita henkilöitä.<sup>107</sup> Edelleen EUTI katsoi saman perustelukappaleen edellyttävän, että hankintasopimuksen tekoperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen. Tapauksessa jouduttiin tutkimaan EKO- ja Max Havelaar merkkien käyttöä vertailuperusteena. Merkit ilmaisevat, että tuote on luonnonmukaisesti tuotettu (EKO) ja/tai reilun kaupan tuote (Max Havelaar). EKO merkillä EUTI katsoi suosittavan ympäristönsuojelua ja Max Havelaar merkin taustalla oli tarkoitus suosia kehitysmaiden pieniä tuottajia, ylläpitämällä kauppasuhteita, joissa huomioidaan heidän todelliset tarpeensa eikä ainoastaan markkinalakeja. Näin ollen EUTI totesi, että vertailuperusteet koskivat ympäristöystävällisyyttä ja sosiaalisia ominaisuuksia, ja ne kuuluvat hankintadirektiivin soveltamisalaan. Liitynnän vaatimus täyttyi sillä perusteella, että vertailuperuste liittyi kahviautomaattien juomien valmistusaineisiin, tästä EUTI totesi erityisesti, että perusteet koskevat nimenomaan näitä tuotteita, ei tarjoajan yleistä ostopolitiikkaa. Perusteluissa tuodaan myös esiin julkisaisamiehen ratkaisuehdotuksessa ollut perustelu, ettei vertailuperusteen ole koskettava tuotteen erottamatonta ominaisuutta eli sillä ei tarvitse olla materiaalista yhteyttä hankinnan kohteeseen.<sup>108</sup> Julkiasiamies on ratkaisuehdotuksessaan avannut asiaa seuraavasti: ”Hankintayksikkö joka arvostaa sosiaalisesti vastuullista kauppaa, voi hinta-laatusuhdetta määritellessään pitää merkittävänä sitä, onko toimitettava tavara hankittu reilun kaupan ehdoilla vai ei.”<sup>109</sup>

*Contse* -tapauksessa<sup>110</sup> oli kyse kotona annettavan hengitysterapiapalvelun ja muiden vastavien palveluiden tuottamisesta. Tarjoajien oli mahdollista saada lisäpisteitä sillä, että niillä oli tuotantolaitoksia joissa tuotettiin happea yli tietyn kynnysmäärän. EUTI katsoi, että vertailuperuste mittasi tuotantokapasiteettia, jolla ei ole liityntää hankinnan päämäärään eli hoi-toon tuotettavan hapen toimittamisella kotiin. Kyseisellä perusteella ei myöskään katsottu voivan taata hankinnan päämäärän täyttymistä.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> C-368/10, *Max Havelaar*, (2012) Kok. 2012, kohdat 85, 89–92.

<sup>108</sup> C-368/10, *Max Havelaar*, (2012) Kok. 2012, kohdat 86–91.

<sup>109</sup> Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C–368/10, kohta 110. Huomioi kuitenkin, että EUTI katsoi hankintayksikön menetelleen direktiivien vastaisesti koska se vaati nimenomaisesti kyseisiä (EKO ja Max Havelaar) merkkejä, ei näiden taustalla olleita tekijöitä, joilla esim. kyseiset merkit voi saada.

<sup>110</sup> C-234/03 *Contse* (2005) Kok. I-09315.

<sup>111</sup> C-234/03 *Contse* (2005) Kok. I-09315, kohdat 69–70.

*Komission* mukaan liityntä hankinnan kohteeseen on hankintojen perusedellytys, jonka merkitys kasvaa, kun hankintoihin otetaan mukaan eri politiikanaloihin liittyviä muita tavoitteita. Liitynnän vaatimuksella varmistetaan, että itse hankinta pysyy prosessin keskeisenä osana, johon julkisia varoja käytetään. Liitynnän vaatimus myös antaa tärkeitä takeita siitä, että hankintayksiköt saavat parhaan mahdollisen tarjouksen, ja että julkisia varoja käytetään tehokkaasti. Niin ikään liitynnän vaatimuksella estetään myös suosimista, kun vertailuperusteena ei voi lähtökohtaisesti olla kriteereitä, jotka esim. suosisivat jotain tiettyä aluetta sen ominaisuuksien vuoksi. Liitynnän vaatimus onkin ennen kaikkea oikeudellinen instrumentti, jolla varmistetaan hankintojen todellinen hankintaluonne. Näin ollen hankintayksiköt eivät voi myöskään maksaa lisähintaa sellaisista ominaisuuksista, jotka eivät liity hankintaan, tällaisessa tapauksessa olisi nimittäin kyse valtiontuesta tai avustuksesta.<sup>112</sup>

Funktionaalisten kriteerien osalta tarkastelu liitynnästä hankinnan kohteeseen rajoittuukin ennen kaikkea siihen, että käytetty kriteeri liittyy välittömästi hankinnan kohteeseen, ei muihin tekijöihin. Tämä on liitynnän ainoa ehdoton vaatimus funktionaalisilta kriteereiltä. Horisontaalisia tavoitteita sisältävien kriteerien yhteys hankinnan kohteen taloudellisiin ominaisuuksiin on varsin pieni, näin ollen myös liitynnän vaatimus on myös hieman erilainen.<sup>113</sup>

Horisontaalisten kriteerien osalta liitynnän vaatimus edellyttää liitynnän välittömyyden lisäksi tietynlaista kaksisuuntaista vaikutusta. Tämä tarkoittaa, että hankinnan kohteella on oltava merkitystä horisontaalisten tavoitteiden saavuttamisessa ja horisontaalisilla tavoitteilla on oltava yhteys hankinnan kohteeseen. Pelkkä tarjoajan yleinen vastuullisuus ei täytä liitynnän vaatimusta.<sup>114</sup> Vertailuperusteella tulee siis hankinnan kontekstissa olla todellinen vaikutus horisontaaliseen tavoitteeseen, esim. siihen, miten ympäristöystävällinen tuote on.<sup>115</sup> Esim. jätesäkkien hankinnassa ei säkkien funktionaalisen toiminnan osalta ole väliä sillä ovatko säkit valmistettu kierrätysmateriaalista vai neitseellisestä materiaalista, jos kummastakin materiaalista valmistettu säkki on yhtä kestävä. Tässä suhteessa kierrätysmateriaalien käytöstä pisteiden antaminen tarjousvertailussa olisi perusteltua, koska se

<sup>112</sup> *Komissio* 2011, s.40 sekä *Ukkola DL 2/2013*, s.263.

<sup>113</sup> *Lindfors LM 1/2005*, s.38. Lindfors viittaa tekstissään vain ympäristönäkökohtien ja hankinnan taloudellisten ominaisuuksien väliseen yhteyteen, mutta huomio on yleistettävissä yleisemminkin horisontaalisiin kriteereihin.

<sup>114</sup> *Trepte 2007*, s.468–469.

<sup>115</sup> *Ekroos – Nissinen Edilex 2007*, s.14.

liittyisi suoraan ja välittömästi hankinnan kohteeseen. Horisontaalisen kriteerin liitynnän toisen vaatimuksen, eli tässä tapauksessa kierrätysmateriaalien käytön, yhteys horisontaalisen tavoitteen saavuttamiseen voisi täytyä esim. sillä argumentaatiolla, että kierrätysmateriaalien käyttö vähentää ympäristökuormitusta ja suojelee ympäristöä saastumiselta, johon hankintayksikkö on sitoutunut.<sup>116</sup>

Funktionaalisten kriteerien osalta on ilmeistä, että liitynnän vaatimus tyhjentyy sen tarkasteluun, että käytetyllä perusteella on välitön yhteys hankinnan kohteeseen ja se mittaa jollain tavalla hankintayksikölle tästä koituvaa etua. Horisontaalisten kriteerien käyttäminen edellyttää erilaista argumentaatiota, jolla liitynnän vaatimus osoitetaan. Argumentaatiota voivat edellyttää välittömän yhteyden osoittamisen lisäksi, horisontaalisen tavoitteen hyväksyttävyyden, tavoitteen suhde hankinnan kohteeseen sekä hankinnan kohteen vaikutus tavoitteen saavuttamiseen.<sup>117</sup>

Huomioiden, ettei hankintalaissa määritellä tyhjentävästi mitä perusteita hankintayksikkö saa käyttää vertailuperusteena, sekä EUTI:n oikeuskäytäntö aiheesta,<sup>118</sup> on perusteltua olettaa, ettei myöskään horisontaalisten kriteerien osalta sallittuja perusteita ole rajattu vain lainsäädännöstä ilmeneviin perusteisiin.<sup>119</sup> Käytettäessä muita, kuin lainsäädännöstä ilmeneviä perusteita on kuitenkin syytä olla erityisen tarkka hankinnan kohteen ja horisontaalisen tavoitteen välisestä suhteesta ja sen merkityksestä hankintayksikölle, sekä perustella kriteerin käyttö erityisen tarkasti.

Edellä esitetystä EUTI:n ratkaisukäytännöstä on jo pääteltävissä, että liitynnän vaatimus koskee ainoastaan sitä, että vertailuperusteella voidaan katsoa olevan välitön yhteys hankinnan kohteeseen. Välitöntä hankintayksikölle koituvaa taloudellisen edun mittaamista vertailuperusteelta ei edellytetä, vaikka sen tulee olla lähtökohta.<sup>120</sup> Liitynnän vaatimus on tässä mielessä hyvin yksiselitteinen.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Hankintayksikön sitoutuminen tavoitteeseen on se hankintayksikölle arvoa tuova tekijä, josta esim. *Concordia* –tapauksen yhteydessä oli puhetta.

<sup>117</sup> *Ekroos ja Nissinen* ovat nostaneet esiin, että jos hankinnan kohteella on huomiotavan perusteen ohella muita tavoitteen toteutumisen kannalta huomattavampia kohtia, olisi mitä todennäköisimmin suhteellisuusperiaatteen vastaista käyttää vähämerkityksellisempää perustetta. *Ekroos – Nissinen* Edilex 2007, s.14.

<sup>118</sup> Edellä esitettyjen tapausten lisäksi, esim. *C-225/98 Komissio vs. Ranska*. (2000) Kok. I-7445.

<sup>119</sup> Asianomaisen yleisen tarpeisiin, ympäristöominaisuuksiin ja erityisen heikossa asemassa olevat hankinnan kohteen käyttäjiin liittyvät perusteet. Ks. hankintalain 62.2 §

<sup>120</sup> *HE 50/2006 vp*, s.106.

<sup>121</sup> Vert. *Ojanen LM4/2003*, s.696. sekä *Lindfors 1/2005*, s.38. Jotka ovat esittäneet, että liitynnän vaatimus on tulkinnanvarainen, silloin kun vertailuperuste ei mittaa välitöntä hankintayksikölle koituvaa etua.

Kansallisessa oikeuskäytännössä on liittynän vaatimusta itsenäisenä vaatimuksena arvioitu mm. seuraavasti.

MAO 491/2010: Hankintayksikkö oli kilpailuttanut jätevedenpuhdistamon puhdistamolietteen jälkikäsitteilypalveluita. Hankinnan kohteena oli kuivatun puhdistamolietteen jatkokäsittely ja käsittelyssä syntyvän tuotteen poiskuljetus, varastointi ja loppusijoitus. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina oli mm. ”toimintasuunnitelma”, jonka toinen alakohta ”tarjotun käsittelyprosessin soveltuvuus osana muuta biojätteen käsittelyä” oli kiistanalainen valittajan esittäessä, ettei kyseinen kohta liity hankinnan kohteeseen. Hankintayksikkö oli perustellut vertailuperusteen käyttöä sillä, että saatavien synergiaetujen vuoksi Suomessa käsitellään varsin yleisesti samoissa laitoksissa biojätettä ja puhdistamolietettä. Lisäksi se esitti, että se voisi olla jatkossa kiinnostunut tarjoamaan biojätteen käsittelyä tai välitystä, jos sen jätteenkäsittelyprosessi mahdollistaisi tämän. MAO katsoi, että hankinnassa voidaan huomioida myös muut hankintayksikön tavoitteet ja toiminnan tarkoitus, kunhan ne ovat mitattavissa ja tasapuolisia. MAO katsoi, että hankintayksikkö oli voinut kyseisen vertailuperusteen avulla selvittää, mikä on sen näkökulmasta paras tarjous.

Tapaus noudattaa hyvin edellä esitetyn EUTI:n ratkaisukäytännön linjaa, liittynän vaatimus täyttyy sillä, että vertailuperuste koski välittömästi hankinnan kohdetta. Liittynän vaatimus ei sen sijaan edellytä, että vertailuperuste mittaa hankintayksikölle välittömästi koituvaa (taloudellista) etua, jolloin kyseisen kaltainen peruste, joka mittaa hankintayksikölle koituvaa etua siinä tapauksessa, että se päättää laajentaa toimintaansa, sopii tulkintalinjaan.

MAO 164/2011: Kyse oli koulu- ja askartelutarvikkeiden hankinnasta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteen ”laatu” alaperusteena oli ”ympäristöystävällisyys”, jota oli arvioitu mm. sillä, oliko yrityksellä jokin ympäristösertifikaatti tai –ohjelma. Osa tarjoajista oli saanut pisteitä, koska niillä oli ollut ISO 14001 –sertifiointi ja Green Office –tunnus. MAO totesi, ettei kyseisillä malleilla ja tunnuksilla ollut liityntää hankinnan kohteeseen, vaan ne liittyivät vain tarjoajaan yleiseen toimintatapaan.<sup>122</sup>

MAO 305/2011: Tapauksessa MAO toi esiin, että ympäristöhallintajärjestelmällä yritykset pyrkivät ensisijaisesti osoittamaan ympäristöasioidensa hyvää hoitoa. Järjestelmä liittyy läh-

<sup>122</sup> Ks. myös MAO 141/2012, jossa oli kyse myös saman ISO 14001 –sertifikaatin huomioimisesta tarjousvertailussa.

tökohtaisesti tarjoajan toimintatapaan, jonka huomioonottaminen tarjousvertailussa edellyttää, että järjestelmän ympäristöä koskevien vaatimusten voidaan osoittaa liittyvän hankintäsäännöksissä edellytetyllä tavalla välittömästi hankinnan kohteeseen.

Edellä olevista tapauksista nähdään hyvin yhtäläisyys EUTI:n tulkintalinjan kanssa. Liittynän vaatimus ei täyty, jos käytetyllä kriteerillä mitataan tarjoajan toimintaa yleensä, vaan kriteerien tulisi liittyä välittömästi hankinnan kohteeseen. Tapauksissa ympäristösertifioinnit ja -tunnukset eivät toisaalta liittyneet myöskään soveltuvuusperusteisiin, eli kaksivaiheisuuden periaatetta ei voitu katsottaneen rikotuksi.

MAO 399/2012 (Ei lainvoimainen): Hankinnan kohteena olivat kotihoidon asiakkaiden kauppapalvelut. Palvelu sisälsi tilausten vastaanoton, tavaroiden keräämisen ja kuljetuksen asiakkaalle. Tilatut tuotteet asiakas maksoi itse, ne eivät siis kuuluneet hankintaan. Valintaperuste oli kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteina olivat hinta (90 %) ja laatu. Laadun alla mitattiin erikoistuotteiden määrää (10 %). Hinnan osatekijät olivat tuotekorin hinta (50 %), ja kauppapalvelun hinta (40 %). Tuotekorin hinta oli mitattu 45 tuotteen otannan perusteella, joista tarjoajan oli tullut esittää tuotteiden hinnat. Erikoistuotteita oli eritelty 20 kpl, joista tarjoajan oli tullut ilmoittaa oliko tuotetta ollut saatavilla. Tuotekorin hinnalla ei siis ollut taloudellista merkitystä hankintayksikölle. MAO katsoi, että tuotekorin hinta liittyi hankinnan kohteeseen, vaikka hankinnan kohteena eivät olleet tuotteet, vaan kauppapalvelu. Kantaansa MAO perusteli sillä, että tuotekorin hinnalla on vastattu asianomaisen yleisön eli kotihoidon asiakkaiden tarpeisiin ja turvattu kyseisiä tarpeita. Kotihoidon asiakkaiden se katsoi kuuluvan hankintalain tarkoittamaan erityisen heikossa asemassa olevaan väestönosaan. Lisäksi MAO katsoi, että tuotekorin käyttäminen vertailuperusteena esti tarjoajia tarjoamasta palvelua huomattavan alhaiseen hintaan, ja näin estäneen palvelun hinnan siirtymistä kotihoidon asiakkaille tuotteista veloitetavan hinnan nousuna.

Tapauksessa MAO siis sovelsi hankintalain 62.2 §:ssä mainittua mahdollisuutta ottaa huomioon asianomaisen yleisön tai hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeisiin liittyviä laadullisia ja taloudellisia perusteita. MAO on kyseistä ratkaisuaan perustellut HE:ssä esitettyllä hankintayksikön oikeudella ottaa tarjousten arvioinnissa huomioon sellaisia hankinnan kohteeseen liittyviä laadullisia ja taloudellisia tekijöitä, jotka eivät tuota etua hankintayksikölle, mutta joilla voidaan vastata asianomaisen yleisön tarpeisiin, tai jotka liittyvät yhteiskunnallisten vaatimusten täyttämiseen. Tällaisten perusteiden tulee liittyä erityisen heikossa asemassa olevan väestön-

osan tarpeisiin, johon sopimuksen kohteena olevan hankinnan edunsaajat ja käyttäjät kuuluvat.<sup>123</sup>

Kyseessä oli siis horisontaalisen tavoitteen sisältänyt määrällinen kriteeri, jonka arviointiperuste oli kuitenkin funktionaalinen, vaikka se ei liittynyt suoraan hankintayksikön maksettavaksi tulevaan hintaan. Liitynnän vaatimuksen MAO katsoi täyttyneen, toteamalla, että: ”...tuotekorin rahamääräinen hinta on mitattavissa oleva tekijä ja se on liittynyt hankinnan kohteeseen, vaikka hankinnan kohteena eivät suoranaisesti olekaan olleet itse tuotteet”. MAO ei kuitenkaan perustellut liitynnän vaatimuksen täyttymistä tämän enempää. Ilmeistä on, ettei tuotekorin hinnalla juuri ollut yhteyttä hankittavaan palveluun, eli tilauksen vastaanottoon, keräämiseen ja asiakkaalle kuljettamiseen, silti liitynnän vaatimus on täyttynyt. MAO on siis katsonut samalla tavoin kuin EUTI *Max Havelaar* -tapauksessa, ettei vaatimuksella tarvitse olla materiaalista yhteyttä hankinnan kohteeseen. Toisaalta liitynnän vaatimuksen täyttymisen taustalla on katsottava olleen myös se tosiasiallinen vaikutus, että tuotekorin hinnalla vastattiin nimenomaan asianomaisen yleisön tarpeisiin ja samalla turvattiin näitä tarpeita. Tämä samalla esti sen, ettei palvelua tarjottu hankintayksikölle huomattavan alhaisella hinnalla ja kompensoitu tätä veloittamalla korkeita hintoja kotihoidon asiakkaita.

Taloudellisen hyödyn kohdentamista tapauksessa käsiteltiin enemmänkin. Laajassa mielessä tuotekorin hinta liittyy hankittavaan palveluun osana sen kokonaishintaa, mutta kuten edellä on esitetty, vastaa palvelupuolesta hankintayksikkö ja tuotteiden maksamisesta asiakas. Tällä tavoin mitattu edullisuus siis tulee asiakkaalle ja hankintayksikölle yhteensä halvimmaksi. Mittaus hyödyttää myös välillisesti hankintayksikköä, koska se pienentää pidemmällä aikavälillä negatiivisten taloudellisten vaikutusten todennäköisyyttä.

Liitynnän vaatimuksella on itsenäisen vaatimuksen lisäksi merkitystä yhdessä hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen löytämisen vaatimuksen kanssa ja toisaalta, kaksivaiheisuuden taustatekijänä. Taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisessä liitynnän vaatimuksella on erityisesti vaikutusta silloin, kun käsitellään horisontaalisia kriteereitä. Esim. *Trepte* on katsonut, että kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämisen vaatimus vahvistaa osaltaan liitynnän vaatimusta.<sup>124</sup> Kaksivaihei-

<sup>123</sup> HE 50/2006 vp, s.106–107.

<sup>124</sup> *Trepte* 2007, s.469.

suuden periaatteen mukaan tarjoajat on arvioitava ja valittava ennen tarjousten vertailua. Yleensä kaksivaiheisuuden rikkomisessa todetaan käytetyn vertailuperusteen liittyneen lähinnä soveltuvuuden arviointiin, tai ettei eri vaiheiden arvioinnissa ole tehty riittävää eroa.<sup>125</sup> Sinänsä on kuitenkin selvää, että mikäli tarjousvertailussa käytetään tarjoajaa koskevaa vertailuperustetta, rikotaan liittynän vaatimusta.

Kaksivaiheisuuden periaatteessa liittynän vaatimuksen taustavaikutus näkyy siinä, että se rajaa tarjousvertailussa käytettävät perusteet hankinnan kohteeseen liittyviin perusteisiin. Tämä taas rajaa pois mahdollisuuden käyttää muita, esim. tarjoajaan liittyviä, perusteita vertailuperusteiden ulkopuolelle. Koska kaksivaiheisuuden periaatteen mukainen jaottelu itsessään jo edellyttää tietoa siitä mikä on vertailuperuste ja mikä soveltuvuusperuste, muodostaa liittynän vaatimus toisen kaksivaiheisuuden kriteerien erottelukijän. Tämä johtuu siitä, että liittynän vaatimus määrittelee mikä on ja mikä ei ole validi vertailuperuste.<sup>126</sup>

### 3.3.2 Hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous

Koska hankintayksikön tulee valita kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous, on loogista, että myös vertailukriteereiltä vaaditaan kykyä määrittää tarjous, joka tulee hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi. Tähän liittyy kysymys siitä, millaista kokonaistaloudellisuuden on hankintayksikön kannalta oltava? Kysymyksen luonne muuttuu ensinnäkin kriteerien tavoitteiden muuttuessa, ja on toisaalta erilainen riippuen siitä mitataanko kriteerillä hintaa vai laatua. Lähtökohtana on taloudellisuus joka tarkoittaa, että käytetyillä kriteereillä on taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Tarjouksen edullisuutta arvioidaan nimenomaan *hankintayksikön näkökulmasta*.<sup>127</sup> Asia tuodaan esiin niin hankintadirektiiveissä, kuin näiden pohjalta annetuissa kansallisissa hankintalaeissamme.<sup>128</sup>

Hintaa on käsitelty edellä kohdassa 3.1.2, tässä kohdassa riittävää on todeta, että hankintayksikkö ei voi sivuuttaa hinnan merkitystä määriteltäessä sille kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta. Koska hinta voi olla hankinnan kontekstissa ainoa suorasti hankintayksikölle taloudellista etua mittaava peruste, on sen merkitys tällaisissa tilanteissa koros-

<sup>125</sup> Ks. MAO 43/2010, MAO 453/2010 ja MAO 615/2010.

<sup>126</sup> Ks. Tutkielman kappale 6.3

<sup>127</sup> Ilmenee hankintalain 62 ja 72 §:stä, samoin *Trepte* 2007, s.468 on kiinnittänyt asiaan huomiota.

<sup>128</sup> Hankintalain 62 § ja 72 § sanamuoto on ”hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti...” joka vastaa hankintadirektiivin 2004/18/EY 53 artiklan sanamuotoa.

tunut. Tämä tarkoittaa että, käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta valintaperusteena ei sen laadullisia vertailuperusteita voida lähtökohtaisesti käyttää ja/tai painottaa niin, ettei hankinnan hinnalle jää mitään merkitystä,<sup>129</sup> ellei kyseessä ole kiinteähintainen hankinta, tai ns. ranskalainen urakka, jolloin hankintakilpailutus voidaan tehdä pelkän laadun perusteella<sup>130</sup>.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisen vaatimuksen vuoksi myös laatuun liittyvillä vertailuperusteilla tulisi lähtökohtaisesti olla välitöntä taloudellista merkitystä hankintayksikölle.<sup>131</sup> Tämän vaatimuksen voidaan katsoa koskevan erityisesti funktionaalisia vertailuperusteita, joskin tässäkin suhteessa on huomattava, että myös funktionaalisia kriteereitä voi olla vaikea mitata taloudellisesti.<sup>132</sup>

Kokonaistaloudellisuuden määrittämisen vaatimus rajoittaa sellaisten laadullisten perusteiden käyttöä, joista hankintayksikölle ei koidu välitöntä taloudellista etua, erityisesti horisontaalisia perusteita. Vaatimus rajoittaa hankintayksikön toimintaa siten, ettei se pysty poikkeamaan lain tarkoituksesta ja hinta-laatusuhteeltaan parhaan tarjouksen valinnasta määrittelemällä hankinnan kohteeseen pelkästään taloudellisesti löyhästi liittyviä vertailuperusteita, joiden todellinen arvo suuntautuu muualle kuin hankintayksikölle. Esim. ranskalaisessa urakassa tarjouksen valinta pelkästään horisontaalisten kriteerien perusteella ei todennäköisesti olisi lain tarkoituksen kannalta perusteltua.

Edellä käsitellyistä ratkaisuista ja lähteistä ilmenee, ettei käytettävillä vertailuperusteilla tarvitse olla välitöntä yhteyttä hankintayksikölle koituvaan taloudelliseen etuun. Lähteistä ei kuitenkaan ole pääteltävissä sitä, kuinka vahva yhteys hankintayksiköllä on ylipäänsä oltava esim. horisontaalisilla perusteella tavoiteltavan edun kanssa? Tarvitseeko hankintayksikön hyötyä käytetyistä kriteereistä taloudellisesti edes välillisesti? Kiistatonta on, että *Concordia* –tapauksessa<sup>133</sup> Helsingin kaupunki (=hankintayksikkö) hyötyi miltei suoraan bussien päästövaatimuksista, sillä sen itsensä vastuulla on myös kaupungin ympäristöhaittojen torjunta. Sen sijaan *Wienstrom* -tapauksessa<sup>134</sup> ja *Max Havelaar* -tapauksessa<sup>135</sup> on

<sup>129</sup> Tämä olisi myös suhteellisuusperiaatteen vastaista ks s.44–46.

<sup>130</sup> *Pekkala – Pohjonen* 2012, s.440. Oikeuskäytännöstä esim. MAO 372/2011 ja MAO 373/2011.

<sup>131</sup> *HE 50/2006 vp*, s.106, ja ks. esim. MAO 391/2009.

<sup>132</sup> Ks. s. 29, sekä MAO 154/2006.

<sup>133</sup> C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213.

<sup>134</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527.

<sup>135</sup> C-368/10, *Max Havelaar*, (2012) Kok. 2012



vaikeampi osoittaa millä tavoin hankintayksikkö hyötyi perusteista edes välillisesti. Wienstrom –tapauksen perusteluissa on tuotu esiin, että vertailuperuste on ympäristönsuojelun kannalta hyödyllinen. Lisäksi huomiota kiinnitettiin perusteen yhteneväisyyteen Euroopan unionin tavoitteiden kanssa.<sup>136</sup> Hyödystä itse hankintayksikölle ei kuitenkaan ole ratkaisussa todettu mitään. Max Havelaar –tapauksessa on myös vaikea päätellä miten hankintayksikkö tosiasiallisesti hyötyi edes välillisesti, saati taloudellisesti siitä, että tuotteet ovat ympäristöystävällisiä tai reilusta kaupasta.<sup>137</sup>

Edellä esitetyn valossa näyttääkin siltä, ettei hankintayksikön tarvitse taloudellisesti hyötyä käytetyistä perusteista edes välillisesti, jos ne liittyvät horisontaalisiin tavoitteisiin. Riittävä on, että ko. tavoitteilla on *arvoa* hankintayksikön näkökulmasta, kuten julkiasiamies on Max Havelaar –tapauksen ratkaisuehdotuksessaan tuonut esiin.<sup>138</sup> Vaatimusten arvon tuotto hankintayksikölle täytyy näin ollen edellyttää hankintayksikön sitoutumista ko. tavoitteen saavuttamiseen toiminnassaan, jolloin sen voidaan katsoa hyötyvän näiden asioiden huomioimisesta.

Mikäli kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen löytämisen vaatimusta tulkittaisiin suppeasti taloudellisuuden näkökulmasta, olisi kyse lähtökohtaisesti vertailuperusteiden hankintayksikölle koituvasta taloudellisen edun mittaamisesta. Ongelmaksi muodostuisi se, ettei kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisen vaatimuksen voitaisi tällöin katsoa koskevan kaikkia kriteereitä. Arvioinnissa olisi enemmänkin kyse sen määrittämisestä pystytäänkö kriteerien joukolla osoittamaan edullisin tarjous. Tällainen tulkinna olisi mahdollinen ainoastaan silloin, kun horisontaalisia kriteereitä ja muita taloudellisesti mittaamattomia kriteereitä ei voitaisi huomioida.<sup>139</sup>

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vaatimuksen täytyy siis koskea kaikkia kriteereitä, jolloin on kyse laajemmasta, kuin pelkästä taloudellisesta näkökulmasta tehtävästä, kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisestä. Kyse on nimenomaan hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrit-

<sup>136</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527, kohdat 40 ja 41.

<sup>137</sup> C-368/10, *Max Havelaar*, (2012) Kok. 2012, kohdat 89–91.

<sup>138</sup> Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-368/10, kohta 110. Sekä *Euroopan komissio*, 2011 s.49.

<sup>139</sup> Mikäli taloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittäminen ei koske kaikkia kriteereitä, eivät kriteerit, joita vaatimus ei koske, tosiasiallisesti määritä mitään. Tällaisessa tapauksessahan laatua mitattaisiin taloudellisesti mitattavalla laadulla ja hintaa samoin kuin nytkin. Horisontaalinen kriteeri ei mittaisi kumpaakaan, se olisi vain mukana joukossa, jolla voidaan määrittää taloudellisesti edullisin tarjous. Malli ajautuu ongelmiin myös siksi, että pitäisi pystyä perustelemaan miksi vaatimus koskee vain joitain kriteereitä.

tämisestä, jolloin voidaan huomioida tarjousten vertailussa myös perusteita, jotka eivät välttämättä tuota suoraa taloudellista etua hankintayksikölle. Perusteilla tulee kuitenkin olla *arvoa* hankintayksikölle. Näiden arvoa tuottavien perusteiden osalta on huomioitava rajoitteet niiden käytössä, jotta myös kokonaistaloudellisen edullisuuden taloudellinen näkökulma tulee huomioiduksi. Keskeistä tässä on lähestyä asiaa suhteellisuuden vaatimuksen ja julkisten varojen käytön tehostamisen vaatimuksen kautta. Näiden normien voidaan katsoa rajoittavan varsin konkreettisesti pelkkien taloudellisesti vaikeasti mitattavissa olevien, arvoa mittaavien, perusteiden käyttöä. Perustellusti voidaan siis katsoa, että kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittäminen ei ole pelkästään yleinen vaatimus kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisestä, vaan se on myös erityinen kaikkia vertailuperusteita koskeva vaatimus, jonka mukaan jokaisen vertailuperusteen tulee mitata jonkinlaista hankintayksikölle tulevaa arvoa.

### *3.3.3 Muualla lainsäädännössä asetettujen vaatimusten huomiointi*

Hankinnan kohde määrää, liitynnän vaatimuksen välityksellä, mitkä vertailuperusteet voidaan katsoa sallituiksi ja mitkä ei. Hankinnan kohde voi kuitenkin olla sellainen, että siihen kohdistuu jo muita esim. lainsäädännöstä johtuvia vaatimuksia, jolloin myös nämä vaatimukset vaikuttavat osaltaan vertailuperusteiden eri osa-alueisiin, kuten sallittavuuden tai kaksivaiheisuuden arviointiin.

Tapauksessa MAO 84/2009 arviointiin vaikutti se, että lainsäädännössä on jo asetettu vakuutusedustajien ammattitaitoa koskevia vaatimuksia. Kyseessä ollut hankintaa ei pidetty vakuutusvälittäjien ammattitaidolta laissa vaadittuun tasoon nähden siinä määrin erityislaatuiseena, että hankintalain 72 §:n mukaisen erityisen merkityksen vaatimus olisi täyttynyt.<sup>140</sup>

MAO 84/2009: Kansalliset kynnysarvot ylittäneessä vakuutusmeklaripalveluhankinnassa soveltuvuusehdoiksi oli asetettu, ettei tarjoaja ole laiminlyönyt verojen tai lakisääteisten sosiaalimaksujen suorittamista Suomessa tai maassa, jossa konsultin päätoimipaikka sijaitsee. Soveltavuuden osalta vaadittiin myös, että konsultilla oli Vakuutusvalvontaviraston hyväksyntä toimia vakuutuksenvälittäjänä. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena olivat: Tarjouksen hinta, palvelutuotantoon osoitettavien resurssien kokemus ja konsultin pätevyys sekä referenssit vastaavan palvelutuotannon osalta. Hankintayksikkö oli perustellut referens-

<sup>140</sup> Tapaus on myös hyvä esimerkki hankintalain 62 §:n ja 72 §:n välisestä eroista ks. s.94.

sien käyttöä vertailuperusteena sillä,<sup>141</sup> että hankinnan kohteena olleet palvelut olivat edellyttäneet tarjoajan erityistä ammattitaitoa ja kokemusta.

MAO totesi, että vakuutusedustuksen alaan kuuluvia palveluita valvotaan jo vakuutusedustuksesta annetun lain mukaisesti. Kyseisen lain 12 §:n mukaan vakuutusedustajalla on oltava toimintansa laatuun ja laajuuteen nähden riittävä ammattipätevyys. MAO katsoi tästä johtuen, ettei kysymys ollut 72 §:n mukaisesti sellaisesta hankinnasta, jossa toteuttamisesta vastaavien henkilöiden ammattitaidolla ja muulla säännöksessä mainituilla tekijöillä olisi erityinen merkitys.

Tapaus MAO 485/2010 osoittaa toisaalta sen, että hankinnan kohteen erityispiirteet sekä lainsäädännössä asetetut vaatimukset voivat vaikuttaa arviointiin myös sallivampaan suuntaan. Tapauksessa soveltuvuusvaatimukset asetettiin lainsäädännössä, samoilla perusteilla mitattiin myös laatua. Tapaus on myös hyvä esimerkki siitä, että hankintamenettelyn kriteerit voivat joissain tapauksissa olla päällekkäisiä.

MAO 485/2010: Hankintayksikkö oli kilpailuttanut päivähoitopalveluiden hankintansa kansallisella hankintailmoituksella. Hankinnan arvoksi oli arvioitu n. 4 miljoonaa euroa. Kyseessä oli liitteen b mukainen toissijainen palveluhankinta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena olivat hinta ja palvelun laadun lisäarvo. Laatua koskevan arviointiperusteiden vertailuperusteiksi oli ilmoitettu:

1. Kelpoisuuden omaavan hoito- ja kasvatushenkilöstön määrä suhteessa lapsimäärään ylittää päivähoitoasetuksessa edellytetyn vähimmäismitoituksen.
2. Päivähoitoasetuksen edellyttämän vähimmäismitoituksen mukaisen kelpoisuuden omaavan hoito- ja kasvatushenkilöstön työsuhteet olivat pääsääntöisesti toistaiseksi voimassaolevia.
3. Lastentarhanopettajan kelpoisuuden omaavia oli päivähoitoasetuksen edellyttämästä vähimmäismitoituksen mukaisesta hoito- ja kasvatushenkilöstöstä enemmän kuin joka kolmas.

Tarjouspyynnössä oli kunkin vertailuperusteiden osalta pisteytystaulukko, jonka perusteella pisteytys tehtiin, ja samassa selvitys siitä miten laadusta annettavat kokonaispisteet määräytyvät. Kelpoisuusehtoina olivat lainsäädännön vaatimusten täyttäminen sekä muita tapausse-  
losteessa yksilöimättä jätettyjä laadun minimitasolle asetettuja vaatimuksia.

---

<sup>141</sup> Referenssien käyttöä vertailuperusteena käsitellään kohdassa 6.3.6. Tässä kohdassa on riittävää todeta, ettei referenssien lukumäärää voi lähtökohtaisesti käyttää vertailuperusteena.

MAO katsoi, että hankinnan kohde oli luonteensa vuoksi sellainen, että hankintayksiköllä on ollut perusteltu syy arvioida palvelun laatua tarjoajan soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävältä osalta. MAO otti huomioon hoito- ja kasvatustalouden erityispiirteet ja piti täysin perusteltuna sitä, että hankintayksikkö pyrkii saamaan koulutettua henkilöstöä mahdollisimman pysyviin ja pitkäkestoisin työsuhteisiin. Näin se katsoi, että vertailuperusteet liittyivät hankinnan kohteena olevien palveluiden laadukkaaseen tuottamiseen ja ne ovat sellaisia, että hankintayksikkö pystyi niiden avulla selvittämään mikä tarjouksista oli sille kokonaistaloudellisesti edullisin.<sup>142</sup>

*Voutilainen* on tuonut esiin, että hankintayksikön on huomioitava vertailuperusteita asettaessaan lainsäädännön asettamat vaatimukset silloin kun hankinta menee ns. yleisön käyttöön. Esim. hankittaessa sähköisiä asiointipalveluita on tarjouksen vertailua varten palvelun käytettävyydelle asetettava sellaiset vaatimukset, että ne täyttävät lainsäädännössä edellytetyt helppokäyttöisyyden ja teknisen yhteensopivuuden vaatimukset.<sup>143</sup>

### **3.4 Oikeuskäytännössä asetetut vaatimukset vertailuperusteille**

#### *3.4.1 Yleistä periaatteista ja tarjouksen valinnasta*

Koska vertailuperusteiden asetantaa ja soveltamista ei voida tyhjentävästi säännellä, on periaatteilla hankintalain tulkinnassa korostunut merkitys. Hankintalain 2 § on otsikoitu, ”Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet”. Lainkohdasta löytyvät ilmaistuna hankinnoissa noudatettavat keskeiset periaatteet, jotka ovat: avoimuus, suhteellisuus ja tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Hankintalain säännöksessä on nimenomaisesti edellytetty, että hankintayksiköiden toiminta on suhteellista ja avointa, hankintayksikkö käyttää hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, sekä hankintayksikön on kohdeltava hankintamenetelyyn osallistuvia tasapuolisesti ja syrjimättä.

Periaatteet juontavat juurensa EU:n perussopimukseen. Pohjimmiltaan näiden periaatteiden tavoitteena on turvata EU:n tavoitteiden eli mm. vapaan liikkuvuuden ja yhteismarkkinoiden toteutumista.<sup>144</sup> Hankintalain 2 §:n normiformulaatiota voidaan pitää keskeisten hankintoihin sovellettavien periaatteiden ilmaisuna, sen sijaan periaatteiden vaikutus on huomattavasti säännöksen formulointia laajempi. Esim. säännös itsessään edellyttää vain, että

<sup>142</sup> Asiasta valitettiin KHO:n joka piti MAO:n ratkaisun voimassa sellaisenaan. KHO 8.3.2013 taltio 862.

<sup>143</sup> *Voutilainen* Edilex 2011, s.28.

<sup>144</sup> *Hyvönen ym.* 2012, s. 20–21.

hankintayksikkö kohtelee hankintamenettelyyn *osallistuvia* tasapuolisesti ja syrjimättä. Tosiasiallisesti taustalla on laajempi syrjimättömyysperiaate, joka edellyttää että hankintayksikön noudattamat menettelyt ovat kaikissa suhteissa tasapuolisuuden vaatimukset täyttäviä ja syrjimättömiä, ei vain hankintamenettelyyn osallistuvien kohtelussa. Tästä voidaan pitää indikaationa mm. sitä, että hankintayksikön menettelyä pidetään, muiden syiden lisäksi, tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vastaisena, koska se syrjii alalle mahdollisesti pyrkiviä toimijoita.<sup>145</sup>

Hankintalain 2 § ei ilmaise tyhjentävästi kaikkia hankinnoissa noudatettavia periaatteita, esim. legaliteettiperiaate, luottamuksensuojaperiaate, objektiviteettiperiaate ja harkintavalan väärinkäytön kieltä jäävät mainitsematta.<sup>146</sup> Näistä esim. legaliteettiperiaate koskee viranomaisia, jotka voivat hankintalain näkökulmasta olla myös hankintayksiköitä. Legaliteettiperiaatteen tarkoituksena on, että viranomaiset noudattavat tiukasti lakia. Tällaisen viranomaisen tehdessä hankinnan niin, että se käyttää valintaperusteena jotain keksittyä perustetta, se ei noudata legaliteettiperiaatetta eikä hankintalakia. Hankintayksiköstä ja käsillä olevasta hankintatilanteesta riippuen hankintaprosessiin ja tarjouksen valintaan voivat välillisesti vaikuttaa useat oikeusperiaatteet.<sup>147</sup> Näkyvin esimerkki asiasta on, että hankintapäätöksen laadinnassa on yleisesti myös huomioitava hyvän hallinnon periaatteet.<sup>148</sup>

Koska EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa on noudatettava perussopimusten oikeusperiaatteita ja hankintalaissa itsessään on asetettu velvoite noudattaa hankintalain periaatteita,<sup>149</sup> johtaa tämä tilanteeseen, jossa myös kansallisissa hankinnoissa tasapuolisuutta ja syrjivyyttä, sekä avoimuutta tarkastellaan kansallista tasoa laajemmin.<sup>150</sup> Näiden periaatteiden yhteneväisyys vaikuttaa myös siihen, että hankinnoissa sallitut menetelmät ovat pääsääntöisesti samanlaisia kynnysarvoista riippumatta. Hankintalaissa käytetty systematiikka johtaa myös osaltaan siihen, että hankintayksikön kokonaistaloudellisuutta koskevalta kommunikaatiolta (hankintailmoitus, tarjouspyyntö, hankintapäätös + perustelut, ja näihin liittyvät asiakirjat) tarjoajille edellytetään samanlaista tarkkuutta riippumatta siitä ylittyykö kansallinen, vai EU-kynnysarvo. Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun toteutumisi-

<sup>145</sup> Ks. esim. MAO 269/2009, jossa työlaitteen merkin ja toimittajan tunnettavuuden käyttäminen vertailuperusteena katsottiin voivan johtaa tilanteeseen, joka syrji uutta alalle pyrkivää yritystä.

<sup>146</sup> *Kalima ym.* 2007, s. 34.

<sup>147</sup> Esim. Oikeusvoimasta ja luottamuksensuojan periaatteesta julkisissa hankinnoissa. *Ukkola Edilex* 2013.

<sup>148</sup> *AOKS 932/1/05*.

<sup>149</sup> Hankintalain periaatteet on ilmaistu I-osassa, jota noudatetaan samanlaisena riippumatta siitä, noudatetaanko II- vai III-osan menettelyitä.

<sup>150</sup> *Parikka – Pöykkö Edilex* 2010, s.3.

sen arvioinnissa ei myöskään ole tässä suhteessa eroa, vaan vertailuperusteilta edellytetään samanlaista objektiivisuutta riippumatta kynnyksarvosta tai käytetystä menettelystä.

Avoimuuden periaatteesta johtuvat rajoitukset tiivistyvät keskeisesti hankintayksikön ja tarjoajien (sekä ehdokkaiden) välillä käytyyn kommunikaatioon.<sup>151</sup> Kommunikaatiossa keskeisessä asemassa ovat hankintailmoitus sekä tarjouspyyntö<sup>152</sup> ja näihin liittyvät asiakirjat. Tästä johtuen avoimuuden periaatetta käsitellään vertailuperusteiden ilmoittamisen ja tulkinnan yhteydessä. Kannattaa kuitenkin huomata, että tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun sekä avoimuuden periaatteet limittyvät toisiinsa varsin vahvasti. Tästä voidaan pitää näyttönä esim. sitä, että varsin usein vaikka hankintayksikön toiminnan puutteellisuus koskee käytettyjen vertailuperusteiden ilmoittamista, jolloin hankintayksikön menettely ei ole ollut avointa, todetaan menettelyn olleen tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen vastaista. Tätä voidaan selittää tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun sekä avoimuusperiaatteen riippuvuussuhteilla, jota käsitellään jäljempänä.

### 3.4.2 Suhteellisuusperiaate

Suhteellisuusperiaatetta ja siihen läheisesti liittyvää tarkoituksenmukaisuusvaatimusta pidetään hallinto-oikeudellisten periaatteiden ilmentymänä hankintalaissa.<sup>153</sup> Säännökset suhteellisuusperiaatteesta löytyvät Unionin lainsäädännöstä Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU)<sup>154</sup> 5 artiklasta, hankintadirektiivissä suhteellisuusperiaate mainitaan johdanto-osan toisessa kappaleessa. Kansallisessa lainsäädännössä suhteellisuusperiaate ilmenee hankintalain 2.1 §:stä sekä hallintolain (434/2003) 6 §:stä.

Yleisesti ottaen suhteellisuusperiaatteen keskeinen sisältö on toiminnan oikein mitoittaminen. HE:ssä suhteellisuusperiaatetta on kuvattu suhteessa hankintalakiin siten, että hankintamenettelyjen vaatimusten on oltava oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa.<sup>155</sup> Suhteellisuuden periaatteen soveltamisessa on siis kyse kohtuullisuusharkinnasta, olosuhteet huomioiden. Suhteellisuuden periaate rajaa kokonaistaloudellisen edullisuuden määrittämiseen käytettäviä kriteereitä yleisesti siten, että käytettävien kriteerien on oltava

<sup>151</sup> Ukkola DL 2/2012, s.270, jossa Ukkola katsoo hankintasäännöstössä säänneltyjen asiakirjojen muodostavan menettelyn osapuolten viestintämuodot.

<sup>152</sup> Hankintasäännöstö menettelytapasäännöstönä määrää siis, että kommunikaatio on käytävä hankintalain määrittelemissä muodoissa, eli käsiteltävän aiheen kannalta keskeisesti hankintailmoituksella, tarjouspyynnöllä sekä hankintapäätöksellä.

<sup>153</sup> Alkio – Wik 2009, s. 1145.

<sup>154</sup> EYVL, N:o C 191, 29.7.1992.

<sup>155</sup> HE 50/2006 vp, s.47

asianmukaisia ja sopivia sekä oikeasuhtaisia niillä tavoiteltavaan päämäärään nähden. Suhteellisuusperiaatteen alaan katsotaan yleisesti kuuluvan myös vaatimus siitä, että käytetyt toimenpiteet eivät saa ylittää sitä mikä asiassa voidaan katsoa tarkoituksenmukaiseksi ja tarpeelliseksi tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseksi. Useista tarkoitukseen soveltuvista toimenpiteistä tulisi valita vähiten rajoittava toimenpide. Toimenpiteistä aiheutuvat haitat eivät myöskään saa olla liian suuria tavoiteltuun päämäärään nähden.<sup>156</sup> Kyse on siis ennen kaikkea siitä, että hankintayksikkö suhteuttaa toimintansa oikein sen suhteen, mitä ollaan hankkimassa.

Suhteellisuusperiaatteen konkreettinen merkitys kokonaistaloudellisessa edullisuudessa on vähäisempi kuin esim. tarjouksille asetettujen minimivaatimusten tai tarjoajien soveltuvuudelle asetettujen ehtojen kohdalla.<sup>157</sup> Suhteellisuusperiaatteesta johtuvia kokonaistaloudellisuutta koskevia konkreettisia vaatimuksia ei ole yksilöitävissä samalla tavoin, kuin hankintaa koskevien avoimuuden, tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden osalta.

Suhteellisuuden vaatimuksia on syytä kuitenkin huomioida asetettaessa kriteereitä, ja niiden painoarvoja, vaikka oikeudellisessa arvioinnissa yleensä korostuu tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun toteutuminen. Kokonaistaloudellisuuden osalta ei yleensä oteta niinkään kantaa kriteerien yleiseen suhteellisuuteen.<sup>158</sup> Suhteellisuusperiaatteen vaikutus näkyy keskeisimmin silloin, kun arvioidaan kriteerien painoarvoja.<sup>159</sup> Tämä voidaan perustaa hyvin pitkälti siihen, että jonkin kriteerin suhteettomuus tai epätarkoituksenmukaisuus muodostuu yleensä myös syrjiväksi, jolloin oikeuskäytännössä otetaan ensisijaisesti tähän kantaa. Tällöin suhteellisuuden rikkomista ei tarvitse ottaa enää erikseen esiin.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken NV* (2009) Kok. II-04439, Kohta 57.

<sup>157</sup> Esim. tapauksessa MAO 337/2013 tuomioistuin piti ylimitoitettuna ja suhteellisuusperiaatteen vastaisena tarjoukselle asetettua minimivaatimusta siitä, että tarjoajalla oli Tampereen vertailualueen postinumeroalueella toimipiste, koska tällainen vaatimus on omiaan tosiasiallisesti kokonaan estämään hankinnan toteuttamiseen soveltuvien tarjoajien osallistumisen tarjouskilpailuun, vaatimus rajoitti perusteettomasti kilpailua ja se ei ole ollut myöskään tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen mukainen.

<sup>158</sup> Esim. tapauksessa MAO 436/2008 on nimenomaisesti todettu, ettei hankintalaissa ole säännöstä joka koskisi painoarvojen määrittämisessä käytettävää hankintayksikön harkintavaltaa. Vertailuperusteiden painotusta on kuitenkin arvioitava kussakin yksittäistapauksessa erikseen ottamalla huomioon, muun ohessa, hankinnan kohde.

<sup>159</sup> Suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta on arvioitu esim. tapauksessa, MAO 399/2012 (Ei lainvoimainen) jossa kannanotto koski käytettyjen vertailukriteerien painottamisen suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta.

<sup>160</sup> Alkio – Wik 2009, s. 1145–1146.

Suhteessa tarkoitukseen määritellä kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous suhteellisuusperiaatteella ei juuri ole merkitystä. Huomioiden hankintayksikön laaja harkintavalta, ei siinänsä ole helposti perusteltavissa tilannetta, jossa hankintayksikön voitaisiin katsoa toimineen suhteellisuusperiaatteen vastaisesti siinä mielessä, että sen olisi tullut käyttää jotain toista vertailuperustetta. Todennäköistä on myös, ettei vertailuperuste voi olla kovin helposti suhteellisuusperiaatteen vastainen ainakaan sen vaativuuden suhteen, koska sillä on saatava esiin tarjousten väliset erot.

Suhteellisuusperiaatteen konkreettisin ilmentyminen lienee juuri painoarvojen kannalta se, että hankinnan kokonaisuuden kannalta yli/alikorosteta ominaisuuksia. Tämä korostuu erityisesti silloin kun kyse on ns. horisontaalisia tavoitteita sisältävästä kriteeristä, koska näiden kriteerien suhde kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisessä voi olla jo itsessään häilyvä. Suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi voitaneen katsoa myös menettely, jossa todellisesti vähämerkityksellisemmälle tekijälle annetaan suurempi painoarvo kuin tekijälle jonka vaikutus on todellisuudessa suurempi. Tällainen tilanne voi olla käsillä esim. silloin, kun huomioidaan pieni ympäristöhyöty, vaikka kohteella on muita huomattavampia ympäristöhyötyyn liittyviä tekijöitä.<sup>161</sup>

### *3.4.3 Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate*

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen tausta on johdettavissa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT)<sup>162</sup> 18 artiklan syrjimättömyysperiaatteen. Artiklassa säädetään kaiken kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän olevan kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla. Hankintalain perusteluissa on 2 §:ssä esitetyn tasapuolisen ja syrjimättömyyden periaatteen todettu perustuvan perussopimusten periaatteisiin ja hankintadirektiivin 2. artiklaan.<sup>163</sup>

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää, että ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa samalla tavalla ja riippumatta hankinnan toteuttamiseen liittymättömistä tekijöistä.<sup>164</sup> Periaatteen keskeisen aseman taustalla hankinnoissa voidaan nähdä sisämarkkinaperiaatteen vaikutus. Sisämarkkinaperiaatteen toteu-

<sup>161</sup> Ekroos – Nissinen Edilex 2007, s.12 ja Hyvönen ym. 2012 s.24.

<sup>162</sup> EUVL, N:o C 83, 30.3.2010.

<sup>163</sup> HE 50/2006 vp, s.47.

<sup>164</sup> HE 50/2006 vp, s.47.



tumisen kannalta on tärkeää, ettei tarjoajia kansalaisuus tai muu jäsenvaltiosta johtuva tekijä aseta sitä eri asemaan muiden tarjoajien kanssa.<sup>165</sup>

EUTI:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tavoite on edistää tervettä ja tehokasta kilpailua hankintoihin osallistuvien yritysten välillä.<sup>166</sup> EUTI on todennut hankintadirektiivien perustuvan tähän periaatteeseen.<sup>167</sup> KHO on tapauksessa KHO 1999:218 tuonut esiin sen, että tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus asettaa yleisesti rajat sille, minkälaisiin seikkoihin tarjouksen valinta voidaan perustaa eli millaisia vertailuperusteita hankinnoissa voidaan käyttää.

Yleisesti ottaen syrjimättömyysperiaate asettaa varsin konkreettisen säännön syrjinnän kiellosta. Tässä suhteessa ei ole merkitystä sillä onko syrjintä välitöntä vai välillistä. Välittömästä syrjinnästä on kyse silloin, kun erilaisen kohtelun perusteena on tavaroiden alkuperä tai tarjoajan kansalaisuus. Välillisessä syrjinnässä on kyse piilevästä syrjinnästä, jossa kaikkiin hankintamenettelyyn osallistuneisiin sovelletaan muodollisesti samoja perusteita, mutta se tosiasiallisesti asettaa esim. ulkomaiset tarjoajat eri asemaan. Tällaisia ovat esim. vaatimukset paikallistuntemuksesta, silloin kun tällä ei ole yhteyttä hankinnan kohteeseen.<sup>168</sup> Tasapuolisen kohtelun periaate edellyttää, ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tapauksia kohdella samalla tavoin, ellei kohtelulle ole objektiivisesti arvioiden perusteita.<sup>169</sup>

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen on katsottu oikeuskäytännössä asettavan kokonaistaloudellisen edullisuuden käytölle ja vertailuperusteille varsin konkreettisia vaatimuksia ja rajoja, jotka useimmiten koskevat vertailuperusteiden objektiivisuutta. Yleisesti ottaen voidaan todeta, että vaatimuksena on, että kaikki tarjoajat ovat tarjoustensa kanssa samalla viivalla eikä niitä syrjitä missään muodossa.

Objektiivisuuden vaatimus perustuu tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen toteutumiseen, joka edellyttää, että hankintapäätös ylipäänsä perustuu ennalta asetettuihin objektiivisiin valinta- sekä arviointikriteereihin, joita sovelletaan tasapuolisesti kaikkiin

<sup>165</sup> Parikka – Pöykkölä Edilex 2010, s.3.

<sup>166</sup> C-496/99 P CAS (2004) Kok. I-03801, kohdat 110 ja 111.

<sup>167</sup> C-470/99 *Universale-Bau ym* (2002) Kok. I-11617, kohta 91.

<sup>168</sup> *Nenonen* LM 1/2009 s.86. Ks. myös viitatus oikeustapaukset.

<sup>169</sup> *Mäkelä* Edilex 2011, s.8.

tarjoajiin, syrjimättä tai suosimatta ketään.<sup>170</sup> Näin ollen syrjiväksi voidaan katsoa esim. se, että käytetty pisteytys suosii jotain tarjoajaa.

Hankintayksikön käyttäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta sillä on laaja harkintavalta määrittää vertailuperusteet, joiden perusteella se valitsee hankintatarvettaan parhaiten hinta-laatusuhteeltaan vastaavan tarjouksen.<sup>171</sup> Hankintayksikkö tulkitsee subjektiivisesti hankinnantarvettaan ja asettaa kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet tämän tulkintansa pohjalta. Näiden perusteiden on kuitenkin oltava objektiivisia, samoin kuin itse tarjousten vertailunkin.<sup>172</sup> Asetettujen perusteiden pohjalta hankintayksikkö pyrkii määrittämään sen kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen.

Johtuen objektiivisuudesta sekä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnan vaatimuksesta, on hankintayksikön aina kyettävä perustelemaan käyttämänsä vertailuperusteet hankinnan kohteen ja kokonaistaloudellisuuden kannalta. Perusteluvelvollisuus kasvaa mitä välillisimpiä käytetyt perusteet hankinnan kohteen laadun kannalta ovat. Esim. käytettävien perusteiden mennessä enemmän soveltuvuusperusteiden suuntaan tai muuttuessa monimutkaisemmiksi.<sup>173</sup>

Vertailuperusteiden objektiivisuuteen liittyy vaatimus niiden mitattavuudesta, joka käytännössä edellyttää, että tarjoukset pystytään asettamaan käytettävän vertailuperusteiden suhteen paremmuusjärjestykseen, yleisesti hyväksyttävällä ja toistettavalla tavalla.<sup>174</sup> Vertailuperusteiden ja vertailun objektiivisuusvaatimus johtaakin siihen, että tarjousten vertailu, riippumatta siitä kuka vertailun tekee, pitäisi johtaa samaan, tai vähintään hyvin samanlaiseen lopputulokseen eli hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan, jota lainsäädäntökin edellyttää.

Vertailuperusteiden objektiivisuuden vaatimuksen arviossa lähestytään myös vertailuperusteiden tarkoituksenmukaisuuden arviointia, vaikka tämän arvion on katsottu kuuluvan kokonaan hankintayksikön harkintavaltaan.<sup>175</sup> Yleisen objektiivisuuden ja syrjimättömyy-

---

<sup>170</sup> HE 50/2006 vp, s. 6.

<sup>171</sup> HE 50/2006 vp, s.105.

<sup>172</sup> Alkio – Wik 2009, s.1142–1143.

<sup>173</sup> Ekroos – Nissinen Edilex 2007, s. 13

<sup>174</sup> Ekroos – Nissinen Edilex 2007, s.13.

<sup>175</sup> Alkio – Wik 2009, s. 1145.

den kannalta on hyvin todennäköistä, ettei peruste, joka ei ole hankinnan kannalta perusteltu ole myöskään objektiivinen. Tällainen peruste katsotaan myös herkästi syrjiväksi. Esim:

MAO 422/2009: Kiinteistöhoitopalveluita koskevan hankinnan vertailuperusteena ollut ”omistajan osallistuminen työhön” ei ollut tasapuolinen ja perusteltu ottaen huomioon hankinnan kohde ja laadun arviointi.<sup>176</sup>

Vertailuperusteiden objektiivisuuteen liittyy olennaisesti vaatimus siitä, että käytetyt vertailuperusteet ovat todennettavissa. Mikäli vertailuperusteet liittyisivät asioihin joiden todenperäisyyttä ei voitaisi todentaa, ei niiden objektiivista soveltamista voitaisi myöskään osoittaa.<sup>177</sup> Hyvä esimerkki tästä on edellä käsitelty *Wienstrom* –tapaus,<sup>178</sup> jossa EUTI katsoi, ettei vertailuperusteena voi käyttää uusiutuvista energialähteistä tuotetun sähkön määrää ilman todisteita siitä, miten tarjoajien toimittama sähkö on tuotettu. Hankintayksikön tulee pystyä tarkistamaan missä määrin tarjoajat täyttävät asetetut vertailuperusteet.<sup>179</sup> Kotimaisessa oikeuskäytännössä tarjousten vertailulta vaaditaan, että se perustuu tarjouksista ilmeneviin konkreettisiin eroihin. Erojen konkreettisuuteen kytkeytyy olennaisesti myös perusteiden todennettavuus. Jos vertailu ei perustu konkreettisiin tarjouksesta ilmeneviin eroihin, ei se myöskään ole lähtökohtaisesti todennettavissa.<sup>180</sup>

Objektiivisuuden vaatimukseen liittyen oikeuskäytännössä on selkeästi nostettu esiin, ettei tiettyjä perusteita voida lähtökohtaisesti käyttää tarjousten vertailussa. Näiden konkreettisten edellytysten, kuten tarjoajan sijainnin käyttämisen, osalta on kuitenkin huomautettava, että niiden sallittavuus riippuu hankinnan materiaalisesta kontekstista. Tästä syystä seuraavassa käydään läpi näihin konkreettisiin vaatimuksiin liittyviä oikeuskäytännön linjoja vain yleisellä tasolla. On nimittäin mahdollista, että vaikka jokin peruste kuten tarjoajan sijainti on lähtökohtaisesti kielletty peruste, voivat hankinnan materiaaliseen ulottuvuuteen liittyvät syyt aiheuttaa sen, että sijainnin käyttö vertailuperusteena on jossain tapauksissa täysin perusteltua.

<sup>176</sup> Tapauskuvauksesta oli myös selvästi nähtävissä, että ko. peruste oli räätälöity yhtä tarjoajaa silmällä pitäen.

<sup>177</sup> *Euroopan Komissio* 2011, s. 50.

<sup>178</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527.

<sup>179</sup> C-448/01 *Wienstrom* (2003) Kok. I-4527, kohta 72.

<sup>180</sup> Ks. esim. KHO 15.1.2013 t. 152, jossa KHO pysytti MAO:n ratkaisun (MAO 329/2011), voimassa. MAO:n ratkaisussa oli nimenomaan todettu, että tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttää tarjousvertailun perustamista tarjouksista ilmeneviin konkreettisiin seikkoihin. Ks. lisäksi esim. MAO 272/2013.

Yksi oikeuskäytännössä selkeimmin määritetty rajoitus vertailuperusteille on hankintayksikön omaamien aikaisempien myönteisten kokemusten käyttö tarjoajista. Näitä kokemuksia ei voi käyttää vertailuperusteena, mikäli kokemusta ei ole kaikista tarjotuista tuotteista tai tarjoajista. Kielto perustuu siihen, että tällainen peruste syrjii tarjoajaa josta, tai jonka tuotteista, hankintayksiköllä ei ole kokemusta. Negatiivisia kokemuksia sen sijaan voidaan arvioinnissa käyttää, näiden kokemusten tulee kuitenkin olla perusteltuja ja objektiivisesti hyväksyttäviä. Mikäli hankintayksikkö käyttää aiempaa negatiivista kokemusta esim. pisteiden vähentämiseen jonkin vertailuperusteen osalta, tulisi näistä aiemmista kokemuksista olla asianmukaista dokumentaatiota ja niiden tulisi olla objektiivisesti todennettavissa. Tämä perustuu siihen, että tarjousten vertailun on perustuttava konkreettisiin eroihin. Lähtökohtaisesti aikaisemman kokemuksen tulee myös liittyä hankinnan kohteeseen, jotta se voidaan katsoa ylipäänsä hyväksytyksi vertailuperusteeksi. Kokemuksen käyttöä vertailuperusteena on käsitelty mm. tapauksessa KHO 2010:35<sup>181</sup>, jossa KHO totesi: ”...aikaisempien kokemusten käyttäminen vertailussa ei ole omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tilanteessa, jossa hankintayksiköllä ei ole kokemuksia kaikista tarjoajista tai tarjotuista tuotteista.”<sup>182</sup>

Kokemusten käyttö on toisaalta katsottu sallituksi vaikka hankintayksiköllä ei ole ollut kokemusta kaikista tarjoajista tai näiden tuotteista, silloin kun kyseisen vertailuperusteen osalta tarjoaja on voinut osoittaa muuta näyttöä asiasta. Tarjousten vertailun on kuitenkin aina perustuttava annettuihin tarjouksiin, kokemuksia ei siis voida huomioida omakätisesti.

MAO 53/2008: MAO totesi, että ”...vaikka aikaisempien myönteisten kokemusten käyttäminen ei lähtökohtaisesti olekaan omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tilanteessa, jossa hankintayksiköllä ei ole kokemuksia kaikista tarjoajista, on hankintayksikkö antanut tarjoajille mahdollisuuden esittää työelämälähtöisyyden, vaikuttavuuden ja asiakastyytyväisyyden osalta aikaisempien kokemusten puuttuessa myös muuta selvitystä.”<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> Tapauksessa hankintayksikkö oli ilmoittanut vertailevansa tuotteen soveltuvuutta hankintayksikön käyttötarkoitukseen tuotteen teknisiltä ja toiminnallisilta ominaisuuksilta tarjousten ja aiempien käyttökokemusten perusteella. Hankintapäätöksen perusteluissa hankintayksikkö oli todennut, ettei asiassa valittajana olleen yrityksen tuotteista ole käyttökokemuksia julkisen terveydenhuollon osalta Suomessa.

<sup>182</sup> Aikaisempien kokemusten käytöstä vertailuperusteena esim. MAO 615–616/2009 sekä MAO 620/2010, jossa aiempien kokemusten käyttö sallittiin, koska hankintayksiköllä oli kokemusta kaikista tarjotuista tuotteista. Negatiivisista kokemuksista esim. MAO 157/2012.

<sup>183</sup> Ks. lisäksi MAO 179/2008.

Tapauksessa MAO 278/2005 tarjousten vertailu oli perustunut vertailun tehneen henkilön mielikuviin ja kokemuksiin voittaneen tarjoajan aiemmista toimituksista annettujen tarjousten sijasta. Vertailu oli epätasapuolista ja syrjivää.

Aiempien kokemusten käyttämisen lisäksi aiemman toimittajan suosiminen on suosimisen muodosta riippumatta kiellettyä. Esim. tapauksessa MAO 44/2008 hankintayksikkö oli perustellut toimittajan valintaa ja tarjousvertailua aiemman toimittajan hyväksi sillä, että toimittajan vaihtamisesta aiheutuu hankintayksikölle vaivaa ja kustannuksia. Lienee sanomattakin selvää, ettei tällaista katsottu sallituksi.

Tarjoajan sijaintipaikkaan perustuvat vertailuperusteet eivät ole sallittuja silloin, kun tämä ei hankinnan kohde huomioiden ole perusteltua. Esim. edellä kohdassa 3.1.4 esitettyssä tapauksessa MAO 232/2009 katsottiin, että pelkkään sijaintiin perustunut vertailuperuste oli syrjivä. Saimoin tapauksessa MAO 176/2004 katsottiin menettely virheelliseksi, kun hankintayksikkö oli käyttänyt kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteena tarjoajan toimipisteen sijaintia, mikä suosi paikallisia tarjoajia ja syrji muita. Sijaintiin liittyy myös paikallisuuden arvostaminen vertailussa, tämä ei ole sallittua, vaikka paikallisen toimittajan verotuloilla ja työllistämisaikutuksella saattaisikin olla positiivinen vaikutus hankintayksikölle.<sup>184</sup> Paikallisten toimijoiden suosimiseen suhtaudutaan, johtuen hankintasäädännön sisämarkkinoiden luomiseen ja tehokkuuteen tähtäävistä tavoitteista, erityisen kielteisesti.<sup>185</sup>

Myös kriteerit jotka mittaavat välimatkaa ovat lähtökohtaisesti syrjiviä, niiden pohjautuessa pitkälti tarjoajan toimipaikkojen sijaintiin. Matkan mittaaminen osana tieteellisesti todistettua arviointiperustetta, kuten elinkaarikustannuksia, voi olla mahdollista kun matkan pituus on olennainen osa kyseisessä laskelmassa. Tämäkin tosin vaatii, ettei koko vertailuperusteen keskiössä ole pelkkä kuljetusmatka. Kuljetusmatkan käyttäminen kriteeristössä ei kuitenkaan ole suositeltavaa sen korkean riskin vuoksi.<sup>186</sup>

Paikallistuntemuksen käyttäminen vertailuperusteena voi olla syrjivää, riippuen siitä, onko paikallistuntemuksen vaatiminen perusteltua hankinnan kohteeseen nähden ja miten se vaikuttaa hankinnan laatuun. Paikallistuntemuksen käyttäminen edellyttää hankinnan koh-

<sup>184</sup> Hyvönen ym. 2012, s.250.

<sup>185</sup> Hyvönen ym. 2012, s.22–23.

<sup>186</sup> Alhola 2012, s.42

teelta erityispiirteitä, joiden kautta paikallistuntemuksella on olennainen liittymä tarjouksen laatuun.<sup>187</sup> Toisaalta paikallistuntemuksen vaatiminen voi olla syrjivää myös siksi, että se tosiasiallisesti edellyttää aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikköön, kuten tapauksessa MAO 621/2009:

Tapauksessa todettiin pidettävän paikalliskokemuksen käyttämistä tarjousten vertailussa tarjoajia syrjivänä, mikäli tuntemuksen käyttämiselle ei ole hyväksyttävää perustetta. Tapauksessa arvioinnin kohteena ollutta kokemusta pystyi käytännössä kerryttämään vain hankintayksikön kanssa yhteistoiminnassa aikaisemmin toiminut palveluntarjoaja.

---

<sup>187</sup> MAO 313/2012

## 4 VERTAILUPERUSTEIDEN ILMOITTAMINEN JA TULKINTA

### 4.1 Kriteerien ilmoittaminen

Tarjouspyynnön sisältöä koskevissa 41 ja 69 §:issä on säädetty, että tarjouksen valintaperuste, ja käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta myös vertailuperusteet, tulee ilmoittaa näissä asiakirjoissa. Tarjouspyyntöä koskevat 40 § ja 69 § edellyttävät, että tarjouspyyntö laaditaan niin selkeäksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Nämä keskeiset vaatimukset näkyvät kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteereissä niin, että käytettävät kriteerit on ilmoitettava etukäteen ja ne tulee yksilöidä riittävällä tarkkuudella. Vertailuperusteiden etukäteisen sitovasti ilmoittamisen velvollisuus kytkeytyy keskeisesti avoimuusperiaatteeseen ja riittävän avoimuuden toteutumiseen. Lainsäädäntö ei itsessään anna kriteerien ilmoittamisesta tämän konkreettisempia ohjeita, joten näitä onkin syntynyt tuomioistuinten tulkintalinjoissa.

### 4.2 Avoimuusperiaate tarjouksen valinnassa

Samoin kuin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen myös avoimuusperiaatteen tausta on SEUT 18 artiklan syrjimättömyysperiaatteessa. Avoimuusperiaatteen on lainvalmisteluaineistossa katsottu perustuvan erityisesti perussopimuksia koskevaan oikeuskäytäntöön ja kansallisesti yleisesti tunnustettuihin hallinnon avoimuutta koskeviin vaatimuksiin,<sup>188</sup> joista kansallisesti säädelään mm. hallintolaissa (434/2003) ja laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999). Avoimuusperiaate on itsessään johdettu tasapuolisen ja syrjimättömän periaatteen vaatimuksesta.<sup>189</sup> Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus on itsessään negatiivinen toimintavelvoite, joka kieltää hankintayksiköitä harjoittamasta syrjiviä toimia. Julkisten hankintojen avaamisen kilpailulle sekä markkinoille pääsemisen turvaamisen että ylipäänsä hankintasäännösten ja tavoitteiden tehokkaan toteutumisen unionin alueella on katsottu kuitenkin edellyttävän myös positiivista toimintavelvoitetta. Positiivisen toimintavelvoitteen asettaa avoimuuden periaatteesta johtuva avoimuusvelvoite.<sup>190</sup>

Avoimuusperiaatteen keskeiseksi edellytykseksi on hankintojen kontekstissa määritelty hankinnasta julkisesti ilmoittaminen riittävässä laajuudessa, tarjouskilpailun ratkaisemises-

<sup>188</sup> Kyse on ns. hyvän hallinnon vaatimuksista, joista säännellään osittain myös perustuslaissa (731/1999)

<sup>189</sup> C-275/98 *Unitron* (1999) Kok. s. I-8291, kohta 31.

<sup>190</sup> *Nenonen* LM 1/2009, s.89. Ks myös. avoimuusperiaatteeseen kohdistetusta kritiikistä. *Nenonen* LM 1/2009, s. 106–110.

ta tiedottaminen siihen osallistuneille ja hankintaa koskevien asiakirjojen lähtökohtainen julkisuus sekä tietojen salaamattomuus. Periaatetta voivat kuitenkin rajoittaa salassapitovelvoitteet,<sup>191</sup> jotka on yksilöity viranomaisten toiminnan julkisuutta koskevassa laissa.<sup>192</sup> Avoimuusperiaate koskee myös hankintadirektiivien ulkopuolelle jääviä hankintoja samoin kuin perussopimuksista johtuvat muut periaatteet.<sup>193</sup>

Avoimuusvelvoitteessa on kyse tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteesta johdetusta hankintayksikön velvoitteesta. Avoimuusvelvoitteen tarkoitus on taata potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta hankinnat avautuvat kilpailulle. Avoimuusvelvoite mahdollistaa myös hankintatoiminnan valvonnan.<sup>194</sup> Avoimuusperiaatteen pääasiallinen tarkoitus on taata se, etteivät hankintaviranomaiset harjoita suosimista tai käytä mielivaltaa.<sup>195</sup> *Nenonen* on tuonut esiin, että avoimuusvelvoitetta ja hankintoja koskevaa avoimuusperiaatetta käytetään niin komission kannanotoissa kuin oikeuskirjallisuudessa rinnakkain.<sup>196</sup>

*Coname* –tapauksen<sup>197</sup> perusteluista on löydettävissä nimenomainen kannanotto siihen, miksi avoimuusvelvoitteen noudattamatta jättäminen on syrjivää. Tapauksessa oli kyse konsessiosopimuksen tekemisestä, mutta on ilmeistä, että ratkaisun oikeusohje on tarkoitettu hankintoja yleisesti koskevaksi.<sup>198</sup> Tapauksen perusteluissa EUTI totesi, että tilanteessa jossa hankintasopimus saattaa kiinnostaa myös muussa jäsenvaltiossa sijaitsevaa yritystä sillä, ettei tällaisen sopimuksen kilpailuttamisessa olla avoimia rikotaan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan vahingoksi. Tämä johtuu siitä, että avoimuuden puuttuessa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalla yrityksellä ei ole mitään todellista mahdollisuutta ilmaista kiinnostustaan kyseisen sopimuksen tekemiseen. Näin ollen kohtelu, joka sulkee pois kaikki muussa jäsenvaltiossa sijaitsevat yritykset, toimii lähtökohtaisesti niiden vahingoksi ja on niihin kohdistuvaa kiellettyä kansalaisuuteen perustu-

<sup>191</sup> Hyvönen & al. 2012 s.23. Kirjassa mainitaan esimerkkinä liike- ja ammattisalaisuuksien suojaaminen.

<sup>192</sup> HE 50/2006 vp s.47

<sup>193</sup> C-324/98 *Telaustria* (2002) Kok., s. I-10745.

<sup>194</sup> C-324/98 *Telaustria* (2002) Kok., s. I-10745 kohdat 60-62.

<sup>195</sup> C-496/99 P *CAS* (2004) Kok. I-03801, kohta 111.

<sup>196</sup> *Nenonen* LM 1/2009, s.83-84.

<sup>197</sup> C-231/03 *Coname* (2005) Kok. I-07287.

<sup>198</sup> Ks. *Nenonen* LM 1/2009, s. 90–91, joka on myös yleistänyt tapauksen oikeusohjeen.



vaa välillistä syrjintää, jollei se ole perusteltavissa objektiivisilla näkökohdilla.<sup>199</sup> Näin ollen syrjinnän kiellon periaatteen todellinen toteutuminen edellyttää myös avoimuutta.<sup>200</sup>

Avoimuusperiaatteen kytkeytymisessä kokonaistaloudelliseen edullisuuteen on kyse tasa-puolinen ja syrjimätön kohtelun tehokkaasta toteutumisesta hankinnoissa. Hankintayksiköiden joutuessa ilmoittamaan käyttämänsä kokonaistaloudellista edullisuutta määrittävät vertailuperusteet ne samalla avaavat oman toimintansa ja näin ollen käytettyjen menettelyiden valvominen mahdollistuu. Julkisasiamies on tuonut esille *Medipac* -tapauksen<sup>201</sup> ratkaisuehdotuksessaan avoimuusveloitteen tarkoittavan hankintamenettelyn kriteerien osalta sitä, että kriteerien määrittelyn lisäksi esille on tuotava myös se, miten näitä kriteereitä tulkitaan ja sovelletaan. Tämä perustuu yksinkertaisesti siihen, että kaikille tarjoajille taataan näin yhdenvertaiset mahdollisuudet koko hankintaprosessin ajan.<sup>202</sup> Toinen syy kriteerien etukäteen ilmoittamiselle on, että näin potentiaaliset tarjoajat saavat tarvittavat tiedot menettelystä ja pystyvät arvioimaan haluavatko he osallistua tarjouskilpailuun.<sup>203</sup>

Avoimuus voidaan jakaa etukäteiseen ja jälkikäteiseen avoimuuteen. Etukäteinen avoimuus koskee hankintailmoitusta, tarjouspyyntöä sekä kaikkia ennen hankintapäätöstä saatavilla olevia asiakirjoja ja selvityksiä. Jälkikäteisen avoimuuden piiriin kuuluvat hankintapäätös ja erityisesti sen perustelut.<sup>204</sup> Etukäteisen avoimuuden osalta tulkinnan keskiössä ovat vertailuperusteiden, näiden arviointiperusteiden ja soveltamistavan avoimuus ja julki-tuominen ehdokkaille sekä tarjoajille. Tässä suhteessa arviointi keskittyy siihen, miten ehdokkaat ja tarjoajat ovat ymmärtäneet ko. asiakirjojen sisällön ja miten se on vaikuttanut heidän käyttäytymiseensä. Tällöin on tärkeää tarkastella kysymyksiä siitä, miten tarjouspyyntöä ja tähän liittyviä asiakirjoja tulkitaan tuomioistuimissa, ja miten niistä ilmenevään informaatioon suhtaudutaan, sekä mitä vaatimuksia tälle informaatiolle on asetettu. Jälkikäteisen avoimuuden osalta kyse on sen tutkimisesta miten hankintayksikkö on tosiasiallisesti soveltanut ilmoitettuja vertailuperusteita, miten se on toiminut pisteyttäessään tarjouksia ja miten se on päätöksensä perustellut.<sup>205</sup>

<sup>199</sup> C-231/03 *Coname* (2005) Kok. I-07287, kohdat 17–19.

<sup>200</sup> *Nenonen* LM 1/2009, s.91.

<sup>201</sup> C-6/05 *Medipac* (2007) Kok. I-04557.

<sup>202</sup> Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-6/05. Kohta 77.

<sup>203</sup> *Nenonen* LM 1/2009, s. 94. Nenonen puhuu valintaperusteiden ilmoittamisesta, mutta tarkoittaa mitä ilmeisimmin vertailuperusteita.

<sup>204</sup> *Pöykkylä* Edilex 2010, s.15.

<sup>205</sup> Yleisesti ottaen perusteluvollisuus kytkeytyy osaltaan myös oikeussuojaan ja sen toteutumiseen. Esim. *Nenonen* LM 1/2009, s.95. *Mäkelä* Edilex 2011, s.8.

*Bovis* on tiivistänyt hyvin tarjouksen valintaan liittyvän (etukäteisen)avoimuusvelvoitteen sisällön. Hänen mukaansa avoimuusvelvoite edellyttää, että kaikki tarjouksen valinnan perusteet, ja tarkat säännöt valinnan tekemisessä, täytyy tuoda esiin selvällä, tarkalla ja yksiselitteisellä tavalla joko tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa. Tämä tulee tehdä, jotta kaikki suhteellisen tarkkaavaiset tarjoajat ovat tietoisia kyseisten sääntöjen ja perusteiden merkityksestä sekä yksiselitteisestä soveltamisesta.<sup>206</sup>

### **4.3 Vertailuperusteiden, niiden osatekijöiden ja painoarvojen tai pisteytyksen ilmoittaminen**

Johtuen vertailuperusteiden ennakkoon ilmoittamisen vaatimuksesta on hankintayksikön ilmoitettava käyttämänsä vertailuperusteet itseään sitovasti ennakkoon.<sup>207</sup> Hankintayksikkö ei voi tämän jälkeen enää muuttaa käyttämiään vertailuperusteita, niiden osatekijöitä tai suhteellista merkitystä. Mikäli näin halutaan toimia ainoaksi vaihtoehdoksi jää hankinnan keskeyttäminen ja mahdollisesti korjausilmoituksen tekeminen tai uuden tarjouspyynnön laadinta.<sup>208</sup> Tarjoajien kannalta ennakkoon sitovasti ilmoittamisessa on kyse myös osaltaan hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan periaatteen ilmentymästä hankintaoikeudessa. *Ukkola* tuonut esiin, että avoimuuden ja tasapuolisen periaatteet yhdistettynä siihen faktaan, että tarjouskilpailun ehdokkaiden on reagoitava nopeasti tarjouksillaan hankintayksiköltä tulevaan tietoon, luovat ehdokkaille vahvan oikeuden luottamuksensuojaan.<sup>209</sup> Tähän suuntaan viittaavaa argumentointia löytyy mm. tapauksesta MAO 216–226/2013.<sup>210</sup>

Ennakkoon ilmoittamisen osalta on hyvä pitää mielessä myös hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön välinen hankintalain 40 §:ssä ja 69 §:ssä säädetty etusijajärjestys, jonka mukaan hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön poiketessa toisistaan noudatetaan hankintail-

<sup>206</sup> *Bovis* 2013, s.56.

<sup>207</sup> Ks. KHO on tuonut tämän esille tapauksessa KHO 1999:218, toteamalla, että Tasapuolinen kohtelu voidaan varmistaa ilmaisemalla tarjouspyynnössä etukäteen ne seikat, joihin valinta tullaan perustamaan. Samoin KHO 2010:14 Jossa KHO nimenomaisesti totesi: ”Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus edellyttää, että tarjoajille lähetetyssä tarjouspyynnössä ilmoitetut tiedot ovat lopullisia ja niitä ei muuteta hankintamenettelyn aikana.”

<sup>208</sup> *Pekkala – Pohjonen* 2012, s.464.

<sup>209</sup> *Ukkola* Edilex 2013, s.12. Huomaa lisäksi, että *Ukkola* esittää usean luottamuksen suojan edellytyksen täyttyvän. (Tarjoajien reagoiminen ennen hankkijan muutoksia, odotusten legitiimiys [julkisyhteisön viestien informaatioarvo tarjousten laadinnassa], intressipunninnan kallistuminen toimittajien oikeuksiin [syrjimättömyysperiaate korostaa tiedon samanaikaisuutta ja muuttumattomuutta, sillä kaikki tarjoajat reagoivat informaatioon luottaen lähtökohtaisesti sen paikkansapitävyyteen]).

<sup>210</sup> Ks. s. 72.

moituksessa ilmoitettua.<sup>211</sup> Hankintayksikkö ei siis voi poiketa siitä, mitä se on hankintailmoituksessa ilmoittanut, se voi ainoastaan tarkentaa sitä tarjouspyynnössä.

Vertailuperusteiden ja näihin liittyvien tekijöiden muuttaminen oli esillä EUTI:n *Lianakis* –ratkaisussa.<sup>212</sup> Ratkaisun yhtenä ennakkoratkaisukysymyksenä oli vertailuperusteiden osatekijöiden ja painoarvojen jälkikäteisen määrittäminen. EUTI viittasi keskeisiin ratkaisuihin omassa oikeuskäytännössään ja katsoi, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja siitä seuraava avoimuusvelvoite edellyttää, että kaikki tekijät ja tekijöiden suhteelliset merkitykset, jotka hankintayksikkö ottaa huomioon määritellään taloudellisesti edullisinta tarjousta, ovat potentiaalisten tarjoajien tiedossa kun nämä valmistelevat tarjouksiaan. Tarjoajien on voitava tietää tarjouksia laatiessaan ko. tekijöistä ja näiden merkityksestä, jotta tarjoajien voidaan katsoa saavan yhdenvertaiset mahdollisuudet koko menettelyn ajan. Tätä tukee nimenomaan direktiivin tavoite poistaa palvelujen tarjoamisen vapauden esteet ja suojata toisissa jäsenvaltioissa sijaitsevien toimijoiden intressejä tarjota palveluitaan toisen jäsenvaltion viranomaisille. Näin ollen EUTI totesi, ettei hankintayksikkö voi soveltaa sopimuksen tekemisen perusteisiin painotuksia koskevia sääntöjä tai osatekijöitä, joita se ei ole etukäteen ilmoittanut.<sup>213</sup>

*Lianakis* –tapauksessa myös vahvistettiin *ATI* –tapauksen<sup>214</sup> oikeusohje, jonka mukaan, vertailuperusteiden osatekijöiden painoarvot voidaan määrittää jälkikäteen kuitenkin ennen kuin tarjouksista otetaan selvää. Osatekijöiden painoarvojen jälkikäteisen määrittämisen osalta on kuitenkin edellytetty sitä, että itse sopimuksen tekemisen perusteet ja painoarvot sekä perusteiden osatekijät on määritetty etukäteen ja julkaistu tarjouspyyntöasiakirjoissa. Osatekijöiden painoarvojen jälkikäteiselle määrittämiselle asetettiin vielä kolme vaatimusta:

1. Osatekijöiden painoarvojen jälkikäteinen määrittely ei muuta etukäteen ilmoitettuja sopimuksen tekemisen perusteita.
2. Määrittäminen ei sisällä tekijöitä jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty tarjouksia valmisteltaessa.

<sup>211</sup> Sääntöä sovellettu mm. tapauksessa MAO 274/2010

<sup>212</sup> C-532/06 *Lianakis* (2008) Kok. I-00251.

<sup>213</sup> C-532/06 *Lianakis* (2008) Kok. I-00251, kohdat 33-40.

<sup>214</sup> C-331/04 *ATI* (2005) Kok. I-10109.

3. Määrittämisessä ei oteta huomioon tekijöitä, jotka saattavat vaikuttaa johonkin tarjoajaan syrjivästi.<sup>215</sup>

Vaatimukset ennakkoon ilmoittamisesta ovat samat riippumatta sovellettavista hankintalain osista.<sup>216</sup> Tapauksesta KHO 2010:19, jossa sovellettiin vielä vanhaa hankintalainsäädäntöä, ei myöskään katsottu sallituksi soveltaa ilmoittamattomia vertailuperusteita. Myös kansallisissa hankinnoissa vertailuperusteiden ja niiden painoarvojen sekä alatekijöiden ilmoittamatta jättäminen katsotaan hankintasäännösten vastaiseksi siksi, etteivät tarjoajat ole olleet näin tietoisia tarjouksen valinnassa tarpeellisten tekijöiden merkityksestä, eivätkä näin ole voineet ottaa näitä seikkoja huomioon tarjouksia laatiessaan.<sup>217</sup>

KHO 2010:19 Hankintapäätöksen perusteena olevasta lausunnosta kävi ilmi, ettei tarjouksia ole vertailtu tarjouspyynnössä mainituilla perusteilla. Hankintayksikön katsottiin näin menettelleen julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti, koska se ei ollut suorittanut tarjousten vertailua tarjouspyynnössä ilmoittamiensa hankinnan ratkaisemisen perusteiden mukaisesti ja koska se oli perustanut hankintapäätöksensä sellaisiin seikkoihin, joita se ei ollut ilmoittanut tarjouspyynnössä hankinnan ratkaisemisen perusteiksi. Kyse oli liitteen b mukaisesta palveluhankinnasta.

MAO 430/2009 Kansallisen kynnysarvon ylittävässä jätesarjojen hankinnassa hankintayksikön menettely katsottiin julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaiseksi, kun se oli hankintapäätöksessään ja markkinaoikeudelle toimittamassaan selvityksessä perustellut tarjousten laatuarviointia kriteereillä, joita se ei ollut ilmoittanut tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa.

MAO 292/2012 (Ei lainvoimainen): Kansallisessa tuulivoimanselvityshankinnassa hankintayksikön katsottiin menettelleen virheellisesti sen lisäksi, että se oli käyttänyt yksilöimättömiä ja epätäsmällisiä vertailuperusteita, siksi, että se ei ollut ilmoittanut tarjouspyyntöasia-

<sup>215</sup> C-532/06 *Lianakis* (2008) Kok. I-00251, kohdat 41–43. Sekä C-331/04 *ATI* (2005) Kok. I-10109, kohdat 26–32. Kansallisen oikeuskäytännön osalta MAO 185/2012, jossa on vahvistettu noudatettavan samaa oikeusohjetta myös kansallisessa hankinnassa.

<sup>216</sup> EU-kynnysarvot ylittävältä osalta ks. esim. KHO 2010:69, jossa hankintayksikön toiminta todettiin hankintasäännösten vastaiseksi ja tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantavaksi, kun se ei ollut ilmoittanut tarjouspyynnössä asiantuntijoiden osaamisen ja kokemuksen arvioinnissa käytettävää osatekijöiden painoarvoa. Hankintayksikkö oli myös soveltanut tarjousten vertailussa laskentakaavaa joka ei ollut ilmennyt tarjouspyynnöstä. Lisäksi palvelujen kattavuuden vertailussa hankintayksikkö määrittänyt eri osatekijöiden painoarvoja, jotka eivät olleet ilmenneet tarjouspyynnöstä.

<sup>217</sup> Perustelu kuuluu tuomioistuinten ns. vakioperusteluihin asian tiimoilta, sitä on käytetty mm. esimerkkeinä käytetyissä tapauksissa MAO 430/2009 ja MAO 292/2012 sekä KHO:n osalta KHO 2010:69

kirjoissa tarjousvertailussa ja hankintapäätöstä tehdessään soveltamiaan laatua koskevien vertailuperusteiden pistemääriä tai painoarvoja. Menettely oli myös siltä osin hankintasäännösten vastaista, kun hankintayksikkö oli vasta jälkikäteen tarjousten vertailuvaiheessa määrittänyt laadun vertailuperusteille alakohdat ja pistemäärät.

Koska arvioinnissa kiinnitetään huomiota nimenomaan siihen, miten tulkitsijana olevan tarjoajan on katsottava ymmärtäneen tarjouspyyntö, on tarjouspyynnöstä saatavalla kuvalla väliä siinä, katsotaanko esim. vertailuperusteiden pisteytys tai painotus tasapuoliseksi. Esim. MAO 492/2009:

Tarjouspyynnössä ilmoitetusta 10-kohtaisesta laadun tarkempien vertailuperusteiden luettelosta ei voinut sellaisenaan päätellä, että luettelossa mainitut seikat tultiin vertailemaan keskenään samanarvoisin painoarvoin, kun huomioitiin näiden tarkempien vertailuperusteiden erilaatuiset ja -laajuiset sisällöt.

MAO on tulkinnut kansallisissa hankinnoissa vertailuperusteiden osatekijöiden tai huomioidavien tekijöiden painoarvojen ilmoittamatta jättämistä niin, että tällöin oletuksena on osatekijöiden tai arviointiseikkojen samanarvoisuus.

MAO 180/2013 Vertailuperusteiden osatekijöille tai niiden arvioinnissa huomioon otettaville tekijöille ei ole ilmoitettu painoarvoja. Kunkin vertailuperusteen osatekijöitä on siten lähtökohtaisesti pidettävä keskenään samanarvoisina. Sama koskee myös kunkin osatekijän arvioinnissa ilmoitettuja seikkoja.<sup>218</sup>

#### **4.4 Vertailuperusteiden selkeyden arvioiminen**

Oikeuskäytännön lähtökohta tarjouspyynnön ja hankintaan liittyvien asiakirjojen tulkitsijasta on kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen tarjoaja.<sup>219</sup> Tämä koskee niin hankintalain II-osaa kuin III-osaakin. Asia on tuotu esiin vanhan hankintalain ajalta olevassa MAO:n tapauksessa, jossa samalla käsiteltiin muita avoimuuden lähtökohtia:

MAO:165/I/02 166/I/02 Kyseessä oli liitteen b mukainen palveluhankinta. MAO totesi: ”Arviointiperusteet on sopimusasiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa muotoiltava

<sup>218</sup> Samaa perustelua on käytetty myös tapaukseen läheisesti liittyvässä tapauksessa MAO 181/2013, jossa oli kyse samaan hankintakokonaisuuteen liittyvästä hankinnasta.

<sup>219</sup> C-19/00 *SIAC* (2001). Kok. I-7725, kohta 42.

siten, että kaikki kohtuullisen tarkkaavaiset ja huolelliset tarjoajat voivat tulkita niitä samalla tavalla. Tämä avoimuutta koskeva velvollisuus merkitsee myös sitä, että hankintaviranomaisen on tulkittava arviointiperusteita samalla tavoin koko menettelyn ajan. Tarjouksia arvioitaessa arviointiperusteita on sovellettava objektiivisesti ja yhdenmukaisesti kaikkiin tarjousentekijöihin.”

Arvioitaessa vertailuperusteen yksilöinnin tarkkuutta lähtökohtana toimii ilmoitetun kriteerin sanamuoto ja se, miten edellä esitetty tulkitsija tämän ymmärtää.<sup>220</sup> Jotta kriteeri katsotaan yksilöidyksi, tulisi tulkitsijan riittävällä tavalla pystyä ennakoimaan millä seikoilla tulee olemaan merkitystä vertailuperusteen osalta tarjousvertailussa.

MAO 190/2013: MAO katsoi, että tarjouspyynnössä käytetty käsite ”pakkausmateriaalien valikoiman laajuus” oli niin yksilöimätön ja epätäsmällinen, etteivät tarjoajat voineet sen perusteella riittävällä tavalla ennakoita millä seikoilla on merkitystä vertailuperustetta koskevassa tarjousvertailussa.

Riittävän yksilöinnin tulkinnassa otetaan kuitenkin huomioon kaikki asiassa mahdollisesti saatavilla oleva selvitys ja mitä asiasta on tarjouspyynnön perusteella pääteltävissä. Kyse on siis siitä, miten hyvin hankintayksikön tarkoitus ilmenee tarjouspyynnöstä ja tähän liittyvistä asiakirjoista.

MAO 357–358/2012: ”Vertailuperuste ”verkonrakennusprosessi” on ollut tarjouspyynnöissä esitetyssä muodossaan jossain määrin yleisluonteinen. Ottaen kuitenkin huomioon hankinnan luonteen, tarjouspyyntöjen kohdassa 8 esitetyn tarkennuksen, urakoiden sisällöstä tarjouspyynnöissä ilmoitetun, sekä tarjouspyyntöjen lisäkirjeissä ilmoitetun seikan, jonka mukaan muun ohella tarjoajan toimintakuvauksessaan esittämää verkonrakennusprosessia arvioidaan sen yksityiskohtaisuuden mukaan, markkinaoikeus katsoo, että kyseinen vertailuperuste on tarjouspyynnöissä tullut riittävällä tavalla yksilöidyksi siten, että tarjoajat ovat tienneet mihin seikkoihin tarjousten vertailussa tullaan tältä osin kiinnittämään huomiota, ja vertailuperuste on siten ollut omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.”

Hankintaan liittyvistä asiakirjoista ei sinänsä tarvitse ilmetä suoranaista selostusta vertailuperusteen yksilöinnistä, vaan tämän on ilmentävä ylipäänsä tarjouspyyntömateriaalista.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> Pöykkylä Edilex 2010, s.21.

<sup>221</sup> Tältä osin ks. esim. MAO 190/2013: Jossa MAO katsoi, että ”tarjouspyyntö ja tarjouslomake ovat sisältäneet siinä määrin ristiriitaisia tietoja valikoiman laajuuden arvioinnissa merkityksellisistä pakkausmateriaaleista ja niin niukasti tietoja siitä, minkä seikkojen perusteella pakkausmateriaalien laatua arvioidaan, etteivät

Silloin kun asiakirjoista ei ilmene sellaista selvitystä, jolla vertailuperuste voidaan katsoa riittävän yksilöidyksi, katsotaan vertailuperuste liian yleiseksi ja yksilöimättömäksi. Mikäli on kyse läheisesti soveltuvuusvaatimuksiin liittyvästä perusteesta, katsotaan perusteen olevan pikemminkin soveltuvuuden tarkistamiseen liittyvä vaatimus, koska tällöin kriteerin sanamuoto ratkaisee myös sen luokan.<sup>222</sup>

MAO 621/2009: ”Vertailuperusteeseen sisältyviä ”vertailutoimenpiteitä”, jotka on sanapariina yhdistetty tarjoajan aikaisempaan kokemukseen vastaavista ulkoistamispalveluista, voidaan sen sijaan jo sanallisista syistä pitää sisällöltään epäselvänä. Kohdan epäselvyyden ja tulkinnanvaraisuuden vuoksi tarjouspyynnössä olisi tullut olla muutoin tarkemmin esitettynä, mitä seikkoja hankintayksikkö tulee tältä osin tarjousten vertailussa ottamaan huomioon.”

MAO 543/2011: MAO katsoi, että tarjouspyynnössä ilmoitettu vertailuperuste ”kuvaus hankkeen toteuttamisesta” oli niin yksilöimätön ja epätäsmällinen, etteivät tarjoajat voineet sen perusteella riittävällä tavalla ennakoida millä seikoilla tulee olemaan merkitystä vertailuperustetta koskevassa tarjousvertailussa. Vertailuperusteen yksilöimättömyys oli omiaan antamaan hankintayksikölle lähes rajoittamattoman valinnanvapauden tarjousten vertailussa. Kyseinen vertailuperuste oli näin ollen hankintasäännösten vastainen.

Vertailuperusteiden yksilöimisessä ei kiinnitetä huomiota pelkästään itse sanalliseen vertailuperusteeseen, vaan huomiota kiinnitetään myös alatekijöihin, pisteytykseen/painotukseen ja arviointiaineistoon. Tarjoajien tulee olla itse vertailuperusteiden ja näiden alatekijöiden lisäksi tietoisia siitä, mihin mitäkin heidän toimittamaansa selvitystä käytetään. Tämä käy hyvin ilmi tapauksesta MAO 75/2011:

EU-kynnysarvot ylittäneessä vaihtomattopalveluhankinnassa oli vertailuperusteina käytetty mm. ”toimitukset ja toimitusten seuranta”, ”ratkaisun toiminnallisuus; asiakaspalvelu” ja ”kuvaus jakelupalvelusta”. MAO katsoi ensinnäkin vertailuperusteiden sisällön jääneen tarjouspyynnön perusteella epäselväksi. Toisekseen se totesi, ettei tarjouspyynnössä ollut täsmennetty mihinkään vertailuperusteeseen tarjoajilta pyydyt selvitykset liittyivät. Tarjouspyynnöstä ei myöskään selvinnyt miten vertailuperusteet eroavat toisistaan. Tarjoajat eivät näin voineet tarjouspyynnön perusteella tietää millä konkreettisilla seikoilla on merkitystä

---

tarjoajat ole tarjouspyynnössä annettujen tietojen perusteella voineet antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.”

<sup>222</sup> Jälkimmäisessä tilanteessa on kyse kaksivaiheisuudesta, jonka osalta ks. kohta 6.3.6, Ks. myös MAO 183/2009.

tarjousten keskinäistä paremmuutta arvioitaessa ko. vertailuperusteiden osalta. Hankintayksikön menettely oli näin hankintalain vastaista.

Vertailuperusteiden pisteytyksen tai painoarvojen on myös käytävä riittävän selkeästi ilmi tarjouspyynnöstä, jotta tarjoajien tietoisuus tarjouksen sisällöstä katsotaan riittäväksi jo tarjousten valmisteluvaiheessa. Pelkän vaihteluvälin ilmoittaminen on sinänsä hankintalain säännösten mukaan sallittua, kun painotuksen ilmoittaminen ei ole perustellusti mahdollista.<sup>223</sup> Pelkän vaihteluvälin ilmoittamisessa on kuitenkin huomioitava riittävästi edellä oleva edellytys tarjoajien tietoisuudesta. Mitä suurempi vaihteluväli on, sitä suurempaa huomiota asiaan on kiinnitettävä. Suuri vaihteluväli on omiaan aiheuttamaan sen, ettei tarjouspyynnöstä tosiasiallisesti enää voi riittävällä tarkkuudella ennustaa eri perusteiden suhteellisia merkityksiä. Tästä oli kyse tapauksessa MAO 66/2013:

Hankintayksikkö oli ilmoittanut kodinkoneiden ja näiden asennustöiden kansallisessa hankinnassa vertailuperusteiden prosenttimääräisten painoarvojen vaihteluvälit seuraavasti: ”Tarjottujen laitteiden ja asennustyön laatu” 30–50 %, ”Saadun tarjouksen kokonaishinta laitteiden osalta” 40–60%, ”Saadun tarjouksen kokonaishinta asennustyön osalta” 20–40%. MAO totesi, että painoarvoille asetetut suuret vaihteluvälit ovat aiheuttaneet sen, etteivät tarjoajat ole tarjouksia tehdessään voineet tietää kunkin vertailuperusteen tosiasiallisia painoarvoja vertailussa, eivätkä hinnan ja laadun painoarvon tosiasiallista suhdetta. Menettely mahdollisti painoarvojen jälkikäteisen määrittämisen, joka vaaransi tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Vertailuperusteiden on myös oltava kokonaisuutena katsoen selkeitä. Vaikka perusteet itsessään ja niiden painoarvot olisivatkin ilmoitettu selkeästi, voi epäselvyys niiden arviointikohteista ja etenkin arviointikohteiden päällekkäisyydestä aiheuttaa sen, että tarjouspyynnön tarjouksen valintaa koskeva osuus onkin epäselvä. Epäselvyyden voi aiheuttaa myös itse perusteiden päällekkäisyys.

MAO 556/2013 (ei lainvoimainen): Hankintayksikkö oli määrittänyt hinnan painoarvoksi 30 % ja laadun painoarvoksi 70 %. Laadun vertailuperusteita olivat A (30 %), B (20 %) ja C

---

<sup>223</sup> Ks. MAO 384/2013 Jonka mukaan myös kansallisessa hankinnassa tulee lähtökohtaisesti ilmoittaa etukäteen vertailuperusteiden pisteytykset tai painoarvot, jos niitä aiotaan käyttää. Asiaa on käsitelty myös kohdassa 2.1.



(20 %). Kuitenkin vertailuperusteiden A ja B osalta huomioitavat tekijät<sup>224</sup> olivat osittain päällekkäisiä, josta johtuen ilmoitetut vertailuperusteet olivat yksilöimättömiä ja epätasällisiä. Päällekkäisyydestä johtuen jäi myös epäselväksi mikä eri osatekijöiden painoarvo todellisuudessa oli tarjousten vertailussa. Näin ollen tarjouspyyntö katsottiin tarjouksen valintaan liittyvien seikkojen osalta niin epäselväksi, etteivät tarjoajat ole voineet sen perusteella riittäväällä tavalla ennakoita millä seikoilla on merkitystä tarjousvertailussa. Näin ollen tarjouspyyntö ei ollut myöskään omiaan tuottamaan vertailukelpoisia tarjouksia.

Vertailuperusteiden ja näihin liittyvien tekijöiden yksilöimättömyyden kannalta ei ole merkitystä sillä, onko yksilöimättömyydestä johtuen menettely katsottu hankintasäännösten vastaiseksi siksi, etteivät tarjoajat ole voineet tietää tarjouksen valinnassa tarpeellisten tekijöiden merkityksestä, katsotaanko tarjouspyyntö niin epäselväksi, ettei sen perusteella ole voitu antaa yhteismitallisia tarjouksia vai katsotaanko perusteen jättäneen hankintayksikölle rajoittamattoman harkintavallan. Perustelut nimittäin limittyvät vahvasti toisiinsa. Kaikissa tapauksissa lähtökohtana ovat vertailuperusteiden kommunikoinnin puutteet tai epäselkeydet tarjoajan näkökulmasta. Tarjoaja ei esim. vertailuperusteesta ”laatu” voi tietää mihin vertailu tosiasiasa perustuu. ”Laatu” jättää myös hankintayksikölle rajoittamattoman harkintavallan sen suhteen mitä se katsoo laaduksi. Lisäksi tarjoajat voivat käsittää ”laadun” tarkoittavan hankinnan kontekstissa eri asioita, jolloin tarjoukset eivät myöskään ole vertailukelpoisia. Perusteluiden käyttöä määrittää pikemminkin se, miten nämä puutteet ovat vaikuttaneet. Esim. tarjouspyynnön epäselvyys on voinut johtaa erilaisiin ja vertailukelvottomiin tarjouksiin.<sup>225</sup> Rajoittamaton harkintavalta voi taas johtua siitä, että vertailuperusteen soveltaminen on jäänyt avoimeksi ja lopputulosta ei voi ennustaa.<sup>226</sup>

#### 4.5 Ilmoittamistarkkuuden poikkeukset

Oikeuskäytännöstä on löydettävissä kolmenlaisia tapauksia, joissa vertailuperusteiden yksilöinnin ja ilmoittamisen tarkkuudesta joustetaan. Ensinnäkin vertailuperusteet voivat hankinnan kohteesta johtuen olla tietyllä tapaa yleisluontoisia:

<sup>224</sup> A: ”työhön osallistuvan henkilöstön koulutus ja kokemus vastaavaa osaamista vaativista töistä ja toimeksiantoista”

B: ”työhön osallistuvan henkilöstön perehtyneisyys erilaisten kulttuuriympäristöjen analysointiin, arviointiin ja kuvailuun sekä niiden esittäminen kirjallisessa muodossa suomeksi”

<sup>225</sup> Tapola 2012, s.24

<sup>226</sup> Ks. MAO 202/2010 ja MAO 556/2013 (Ei lainvoimainen).

MAO 130/2010: Kansallisessa myyntijohtaja-valmennusohjelman palveluhankinnassa MAO katsoi, että tällaisen palveluhankinnan ollessa kyseessä voidaan vertailuperusteiden tietynasteista yleisluontoisuutta pitää hankintasäännösten näkökulmasta sallittavana. MAO piti kuitenkin käytettyjä vertailuperusteita, kuten ”sisältö” ja ”laatu” liian yleisluontoisina.

Toinen poikkeus liittyy hankinnan kohteen luonteeseen ja tarjoajien ammattitaidon arvioimiseen silloin, kun tarjouspyynnön lukijan katsotaan olevan alalla ammattimaisesti toimiva taho. Tietynlaista yleisyyttä sisältävät vertailuperusteet voivat olla nimenomaan kyseisen alan ja hankinnan kontekstissa selkeitä. Yleismallinen ilmaus voi jollain alalla tarkoittaa varsin spesifiä asiaa. Hankintayksikön määrittelyvelvollisuutta ole tarpeen ulottaa yleisesti tunnettuihin seikkoihin.<sup>227</sup> Esim. MAO 248/2012 (Ei lainvoimainen):

Hankintayksikkö oli kansallisella hankintailmoituksella ilmoittanut rakennusurakkana<sup>228</sup> toteutettavasta uuden päiväkodin hankinnasta. Hankintayksikkö oli pyytänyt tarjouksia elementtirakenteisen, siirtokelpoisen neliryhmäisen päiväkodin rakentamisesta ja vuokraamisesta, KVR-urakkana rakennuttajan toimittamien perustusten varaan.

Tarjouspyynnössä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiksi oli ilmoitettu:

- Suunnitteluratkaisut 50 % painoarvolla. Vertailtavaksi tältä kohdin ilmoitettiin: päiväkotitoimintaan soveltumista, pohjaratkaisujen toimivuutta, tehokkuutta ja muuntojoustoa 20 % painoarvolla, arkkitehtonista ilmettä ja soveltuvuutta ympäristöön 20 % painoarvolla sekä rakennusteknistä toteutusta ja materiaalivalintoja 10 % painoarvolla.
- Energiatehokkuus 10 %, tältä osin vertailtavaksi ilmoitettiin: rakennuksen energiätehokkuutta ja tiiveyttä, jotka tuli todentaa esimerkiksi referenssikohteiden toteutuneilla kulutusluvuilla ja mittaustuloksilla.
- Hinta 35 %
- Aikataulu 5 %

Tarjouspyynnössä edellytettiin vielä, että rakennussuunnitelmien arvioimiseksi tarjoukseen tuli liittää vähintään asema- ja pohjapiirroksiset, väritetyt julkisivut materiaalmäärityksineen, leikkaukset sekä keittiön kalustepiirros.

MAO katsoi, että tarjouspyynnössä asetetut vertailuperusteet olivat hankinnan luonne huomioiden alalla ammattimaisesti toimivalle yrittäjälle riittävän täsmällisiä, jotta niiden perusteella on voitu antaa yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia.

<sup>227</sup> Tapola 2012, s.25.

<sup>228</sup> Hankintayksikkö ilmoitti hankinnan käyttöoikeusurakkana, mutta MAO katsoi kyseessä todellisuudessa olleen rakennusurakan.

Kolmas poikkeus vertailuperusteiden ilmoitustarkkuudesta mahdollistuu silloin, kun hankintamenettelynä on neuvottelumenettely. Tässä suhteessa on huomattava, että neuvottelumenettelyn käyttö jo itsessään rajautuu tapauksiin, joissa tarjouspyynnön tarkka määrittely ei välttämättä ole mahdollista.<sup>229</sup> Tällöin myös tarjouspyynnöltä sinänsä edellytetty tarkkuus on lähtökohtaisesti eritasoinen, koska neuvottelujen tarkoituksena on parhaan tarjouksen valinta,<sup>230</sup> tämä asettaa haasteita vertailuperusteiden ilmoittamiselle.

MAO 357–358/2012: Tapauksessa oli kyse sähkönjakelu- ja ulkovalaistusverkon rakentamisesta ja ylläpitämisestä. Käytetty menetelmä oli neuvottelumenettely. Tarjousvertailun perusteiksi oli ilmoitettu vain yleisluontoisesti mm. ”verkonrakennusprosessi”, ”turvallisuus” ja ”ympäristö”. Tarjouspyyntöjen liitteissä oli kuvattu laajasti hankinnan kohteena olleiden urakoiden sisältöjä, mm. turvallisuusvaatimuksia ja -ohjeita sekä ympäristökysymyksiä. MAO katsoi, että urakan luonne huomioiden alalla toimivien elinkeinonharjoittajien tuli tarjouspyynnön perusteella ymmärtää, että tarjouspyynnössä yleisellä tasolla asetettujen vaatimusten tarkoitettiin täsmentyvän laatuvertailussa huomioitavien toimintakuvausten perusteella. Lisäksi MAO totesi, että vaikka tarjouspyyntöasiakirjoissa oli yleisellä tasolla kuvattu urakoiden sisältöä, turvallisuutta ja ympäristöä sekä esitetty yleisluontoisia vaatimuksia, se ei estänyt käyttämästä valittuja vertailuperusteita.

Erityisesti vertailuperusteen ”verkonrakennusprosessi” MAO katsoi olleen tarjouspyynnössä jossain määrin yleisluontoinen, mutta ottaen huomioon hankinnan luonteen, tarjouspyynnössä esiintyneen tarkennuksen, urakoiden sisällöstä ilmoitetun ja lisäkirjeissä ilmoitetun seikan, jonka mukaan verkonrakennusprosessia arvioidaan sen toimintakuvauksessa esitetyn yksityiskohtaisuuden mukaan, se voitiin katsoa riittävän yksilöidyksi.

---

<sup>229</sup> Hankintalain 25 §:n 2.mom. Kansallisten kynnsarvojen osalta 66 §.

<sup>230</sup> Hankintalain 26 §

## 5 VERTAILUPERUSTEIDEN SOVELTAMINEN JA PERUSTELU

### 5.1 Vertailu ja perustelu lainsäädännössä

Vertailuperusteiden soveltamisen osalta tuomioistuimessa tarkastellaan sitä, että hankintayksikkö on tosiasiallisesti soveltanut vertailuperusteita siten kuin se on ilmoittanut ja tehnyt tarjousten vertailun tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Tämä vaiheen voidaan nähdä ilmentävän jälkikäätistä avoimuutta. Tähän liittyy myös keskeisesti hankintalain 73 §:n mukaisen perustellun hankintapäätöksen tekeminen.

Tarjouskilpailuun osallistuneiden kannalta hankintapäätöksen ja sen perusteluiden keskeinen merkitys on siinä, että he pystyvät arvioimaan hankintayksikön toiminnan lainmukaisuuden ja miten hankintayksikkö on arvioinut tarjouspyynnössä asetettuja kriteereitä suhteessa tarjouksiin. Tässä on kyse viimekätisesti siitä, että tarjoajat pystyvät arvioimaan hankintayksikön menettelyn oikeudenmukaisuutta, objektiivisuutta ja mahdollista oikeusturvan tarvetta omalta osaltaan.<sup>231</sup> Tässä suhteessa on syytä kuitenkin huomata, että kaikkien tarjoajien ei ole välttämätöntä saada tarkasti tietää myös kaikkien muiden tarjousten tarkkaa pisteytystä ja perusteluita, mikäli näin paljastuisi salassa pidettäviä tietoja. Muiden tarjousten pisteytystä ja perusteluita on syytä avata näissä tilanteissa vain siihen asti, että tarjoajat ymmärtävät oman sijoittumisensa tarjouskilpailussa kunnolla.

Hankintayksikön on tarjousten vertailun perusteella tullut valita kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous ja tehdä hankintalain 73 §:n mukainen perusteltu kirjallinen hankintapäätös, jonka osana on oltava hyväksytyjen tarjousten vertailu. Tarjousten vertailun on ilmentävä hankintapäätöksestä tai sen liitteistä. Vertailua ja siihen liittyvää tarjousten pisteytystä ja sen perustelua ei voi jättää tekemättä. Hankintalain 73 §:ssä ei säädellä kovinkaan tarkasti sitä, millainen hankintapäätöksen ja etenkin tarjousten vertailun tulisi olla. Lain kohdassa on yleisesti todettu, että hankintayksikön on tehtävä tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuista sekä tarjousmenettelyn ratkaisuista kirjallinen päätös, joka tulee perustella. Tarjousten vertailusta on säädetty niin, että päätöksestä tai siihen liittyvistä asiakirjoista on ilmentävä ratkaisuun oleellisesti vaikuttaneet seikat, sekä ne perusteet joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty. On kuitenkin huomattava, että hankintayksiköiden kaksoisroolista johtuen hankintayksiköiden on perusteluissaan noudatettava yleisesti myös sitä, mitä

---

<sup>231</sup> *Voutilainen Edilex* 2011, s.19. Alaviitteineen.

niiden toimintaa koskevat muut lait ja oikeuslähteet perusteluista sääntelevät. Tämä tarkoittaa esim. hallintolain ja hyvän hallinnon periaatteiden noudattamista.

HE:ssä edellä kuvattua hankintalain perusteluiden sääntelyä on tarkennettu toteamalla, että ”päättöksen tulisi sisältää olennaiset tiedot tarjouskilpailun ratkaisemisesta sekä siihen vaikuttaneista keskeisistä seikoista, kuten voittaneen tarjoajan nimi, ehdokkaan, tarjoajan ja tarjouksen valintaperusteet ja niiden soveltamistapa.”<sup>232</sup> Oikeuskäytännössä on varsin kattavasti luettavissa melko tarkat perusteet sille, mitä tarjousten vertailusta ja perusteluista on kokonaistaloudellisen edullisuuden suhteen ilmettävä.

Hankintalain 73 § on 62 ja 72 §:ien suhteen kontrollipykälä, jonka avulla tehtyjen ratkaisujen oikeellisuus voidaan jälkikäteen arvioida esim. tuomioistuimissa. Tutkimuksen aiheen kannalta oleellista on, että pykälän asettaman velvoitteen ansiosta on mahdollista arvioida vertailuperusteiden suhteen tehtyjä ratkaisuja myös jälkikäteen. Tässä suhteessa onkin syytä huomata, että perusteluiden ollessa puutteelliset ei ole juurikaan mahdollista enää jälkikäteen luotettavasti selvittää miten tarjousten vertailu on todellisuudessa tehty. Vaikka tällaisessa tapauksessa olisi ilmeistä, että samalla olisi rikottu myös tarjouksen valintaa koskevia säännöksiä, ei tällaista, vaikka se olisi mahdollistakin, kannata prosessiekonomisista syistä enää selvittää.

MAO 272/2013: Hankintayksikkö oli hankintapäätöksen vertailuasiakirjassa esittänyt jo tarjouspyynnössä todetut seikat, joilla katsoi olevan merkitystä tarjousten vertailussa. Vertailuasiakirjassa hankintayksikkö lähinnä selvitti niitä seikkoja, joita se huomioi eri vertailuperusteiden kohdalla, eikä sitä, millä perusteella tarjoukset ovat saaneet pisteitä kustakin kohdasta. Asiakirjasta ei myöskään selvinnyt mihin konkreettisiin eroavaisuuksiin pisteytys perustui. Päätöksestä ei myöskään ilmene miten tarjouksia suhteutettiin eri vertailuperusteiden osalta toisiinsa ja mihin eroihin pisteytys ja hankintapäätös perustuivat. Hankintayksikön katsottiin menetelleen hankintalain 73 §:n vastaisesti.

## 5.2 Tarjousten vertailulle asetetut vaatimukset

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tarjouksia tulee verrata jokaista ilmoitettua vertailuperustetta käyttämällä ja hankintapäätöksessä tulee perustella vertailuperusteiden soveltaminen tarjoukseen. Tarjousvertailusta tulee ilmetä kaikkien tarjousten osalta, miten niitä

---

<sup>232</sup> HE 50/2006 vp, s.117.

on arvioitu minkäkin vertailuperusteen osalta. Jos tarjouksille on annettu toisistaan poikkeavat pisteet, on vertailusta ilmentävä mihin nämä erot perustuvat. Tämä voi valitusta pisteytysmallista riippuen tarkoittaa sitä, että tarjouksia vertaillaan joko suhteessa toisiinsa tai ennakoita asetettuun pisteytysperusteeseen tai molempiin. Itse vertailusta on ilmentävä mihin konkreettisiin tarjouksesta ilmenneisiin seikkoihin vertailu on kunkin perusteen osalta perustunut.<sup>233</sup>

Hankintayksikkö ei voi kiertää perusteluvelvollisuuttaan tarjousten vertailun osalta, eikä ylipäänsä muutenkaan. Perustelut on toimitettava nimenomaan tarjoajille. Hankintayksikkö ei voi jättää hankintapäätöksen osia perustelematta tarjoajille, tai perustella niitä vain yleisellä tasolla. Perustelujen puutteellisuutta ei voida myöskään jälkikäteen korjata esim. esittämällä tuomioistuimessa tarkempia perusteluja. Oikeuskäytännössä on otettu selvä kanta: Jokainen vertailuperuste vaikuttaa tarjoajan asemaan, joten jokaiseen vertailuperusteeseen vaikuttavat ratkaisut on ilmoitettava ja perusteltava.

KHO 19.10.2011 t. 3012: KHO totesi, että hankintapäätöksen perustelematta jättämistä, siten kuin hankintalain 73 §:ssä on edellytetty, ei voi korjata sillä, että hankintayksikkö vasta markkinaoikeudessa esittää selvitystä seikoista, johon suoritettu pisteytys ja hankintapäätös ovat perustuneet. Asiaa ei muuta se, että markkinaoikeus tämän selvityksen perusteella selvittää miten hankintayksikkö on suorittanut tarjousten vertailun ja mihin tarjouksista ilmeneviin eroihin pisteytys on perustunut.

MAO 543/2011: ”Markkinaoikeus toteaa vielä, ettei hankintayksikkö ole hankintapäätöksensä tai sen liitteenä olevassa tarjousten vertailutaulukossa perustellut eri tarjouksille antamiaan pistemääriä laadullisten vertailuperusteiden osalta. Myöskään valittajalle hankintapäätöksen jälkeen toimitetusta kirjeestä ei käy ilmi, mihin konkreettisiin tarjouksista ilmenneisiin seikkoihin vertailu on kunkin laadullisen vertailuperusteen osalta perustunut ja mihin tarjousten piste-erot ovat perustuneet. Hankintayksikkö ei näin ollen ole perustellut hankintapäätöstään hankintalain edellyttämällä tavalla. Hankintasäännösten vastaista menettelyä ei voida tältä osin korjata sillä, että hankintayksikkö on markkinaoikeudessa selvittänyt, miten hankintayksikkö on suorittanut tarjousten vertailun kunkin vertailuperusteen osalta ja mihin tarjouksista ilmeneviin eroavaisuuksiin annetut pisteet ovat perustuneet.”

---

<sup>233</sup> Ks. esim. MAO 604/2011.

Samalla tavoin, kuin vertailuperusteiden ilmoittamatta jättäminen tai lisääminen ei ole sallittua, ei vertailuperusteita tai niiden alaperusteita, painotuksia tai muita vertailuperusteisiin liittyviä tekijöitä voida jälkikäteisesti muuttaa tai jättää soveltamatta. Tämä perustuu siihen, että hankintayksikön on tullut ilmoittaa käyttämänsä perusteet ja toimintatapansa arvioidessaan tarjouksia itseään sitovasti jo tarjouspyyntöasiakirjoissa.<sup>234</sup> Sääntö koskee niin tarjousvertailua yleisesti kuin sen osiakin. Esim. tapauksessa KHO 2010:35 hankintayksikkö oli menetellyt hankintasäännösten vastaisesti, kun se ei ollut vertaillut tarjouksia tarjouspyynnössä esitetyllä tavalla.<sup>235</sup>

MAO 122/2009: Hankintayksikkö oli jättänyt soveltamatta vertailuperusteen ”Laatu ja toiminnalliset ominaisuudet” alakohdan ”Mittarin ja liuskojen käyttömukavuus ja -ominaisuudet” arviointikohteeksi ilmoitetun kohdan ”Liuskojen soveltuvuus useammalle kuin yhdelle mittarityypille”. Hankintayksikkö perusteli soveltamatta jättämistä sillä, että kohta oli tulkinnanvarainen ja epäselvä, eikä sen soveltamatta jättämien syrji yhtään tarjoajaa, koska kaikki tarjoukset saivat ko. perusteen osalta samat pisteet. MAO totesi, että syrjimätön kohtelu edellyttää, että hankintayksikkö soveltaa kaikkia tarjouspyynnössä ilmoittamiaan seikkoja. Jättäessään kohdan soveltamatta hankintayksikkö menetteli hankintasäännösten vastaisesti.

Yhdistetyissä tapauksissa MAO 216–226/2013 MAO on kuitenkin katsonut sallituksi tarjousten pisteytyksessä yhden perusteen osalta käytetyn matemaattisen kaavan muuttamisen, koska muutos tehtiin matemaattisista syistä tarjoajien tasavertaisen kohtelun takaamiseksi sekä yleisen vertailun mahdollistamiseksi. Muutoksen hyväksymisen taustalla vaikutti ilmeisesti myös se, että yksi tarjoajista oli hyödyntänyt laskentakaavan jättämää mahdollisuutta, jolloin se olisi saanut kohdasta täydet pisteet ja muut eivät olisi saaneet kohdasta ollenkaan pisteitä. Huomioi myös, että tapauksen perusteluista voidaan havaita viitteitä edellä käsitellyn luottamuksen suojaan. Tämä ilmenee MAO:n ottaessa kantaa tarjoajille syntyviin perusteluihin ja oikeutettuihin odotuksiin.

---

<sup>234</sup> Pekkala 2007, s.355–356.

<sup>235</sup> Myös esim. MAO 453/2010, jossa hankintayksikkö oli ilmoittanut valintaperusteeksi kokonaistaloudellisen edullisuuden, mutta käyttänyt hintaa valintaperusteena. Samoin MAO 165/I/02 166/I/02, jossa on nimenomaisesti todettu, että hankintaviranomaisen on tulkittava arviointiperusteita samalla tavalla koko hankintamenettelyn ajan.

MAO 216–226/2013<sup>236</sup>: Hankintayksikkö oli muuttanut toimitusaikaa koskeneen pisteytyksen matemaattisen kaavan muodosta: nopein toimitusaika / tarjottu toimitusaika \* pisteet, muotoon:  $1 + \text{nopein toimitusaika} / 1 + \text{tarjottu toimitusaika} * \text{pisteet}$ . MAO katsoi, että kyseessä oleva alkuperäinen laskentakaava oli ilmoitettu tarjouspyynnössä yksiselitteisesti ja selkeällä tavalla. Muutos oli ilmennyt vertailuasiakirjasta, jonka mukaan muutos oli jouduttu tekemään, koska valittaja oli ilmoittanut toimitusajaksi 0 päivää. Muutoksen jälkeenkin MAO katsoi, että alalla ammattimaisesti toimivan tarjoajan on toimitusaikojen koskevan vertailuperusteen osalta tullut ymmärtää miten toimitusaikojen tullaan arvioimaan.

Lisäksi MAO katsoi vielä, ”ettei aineiston toimitusajan tai muovituspalvelun toimitusajan tarjouspyynnössä työpäivissä ilmoitettavaksi pyydetty aika ole luonut tarjoajalle perusteltua ja oikeutettua odotusta siitä, että nollan työpäivän tarjoaminen johtaisi tarjouspyynnön laskentakaavan vastaiseen lopputulokseen ja sitä kautta suhteettomaan etuun tarjousten pisteyttämisessä. Hankintayksikön suorittamassa toimitusaikojen vertailussa ei ole ollut kysymys siitä, että tarjoukset olisi pyritty saattamaan epätasapuolisella tai valittajaa syrjivällä tavalla vertailukelpoisiksi keskenään. Hankintayksiköiden on katsottava voineen ottaa valittajan tarjouksessa esitetyn yllättävänä pidettävän toimitusajan tarjousten vertailussa huomioon siten kuin ne ovat tehneet eivätkä ne ole menettelleet tarjousten vertailussa hankintasäännösten vastaisesti.”

### 5.3 Vertailusta ja pisteytyksestä

Tarjouksen valinnan suhteen oikeuskäytännöstä on nähtävissä selkeitä ohjeita tarjousten vertailulle ja pisteytykselle. Vertailusta tulee käydä ilmi mihin konkreettisiin tarjouksesta ilmeneviin ominaisuuksiin pisteytys on perustettu sekä mihin tarjousten väliset piste-erot perustuvat. Pisteytys ja erot tulee myös perustella, koska ne vaikuttavat tarjoajan asemaan. Tarjouksista ilmeneviin hankinnan kohteen konkreettisiin eroihin perustuva pisteytys tarkoittaa siis myös sitä, ettei tarjousta voi perustaa sellaisiin tekijöihin, joista ei ole varmuutta, kuten esim. tarjoajan omaan ilmoitukseen tai hankintayksikön epäilyksiin. Tarjousten erojen varmuus voi olla varsinkin laadun suhteen joskus osin häilyvää. Erityisesti tämä koskee palveluhankintoja ja rakennusurakoita, joissa todellinen laatu voi selvitä vasta jälkikäteen. Häilyvyys voi johtua myös siitä, ettei hankinnan kohde välttämättä mahdollista kovinkaan konkreettista laatuvertailua, jolloin arvioitavana voivat olla täysin perustellusti esim. palvelukuvaukset.<sup>237</sup>

<sup>236</sup> Kyseessä oli EU-kynnysarvot ylittänyt hankinta.

<sup>237</sup> Ks. esim. MAO 368/2013, jossa tarjouksia vertailtiin toteuttamissuunnitelman perusteella.



MAO:354/2013: ”Vertailuperusteiden käyttäminen tulee perustua konkreettisiin tarjouksista ilmeneviin eroihin. Osaamisen ja toimitusvarmuuden osalta huomioon otettujen seikkojen osalta hankintapäätöksen perusteluissa on lähinnä viitattu yksittäisten tarjoajien tarjouksiin ilmoittamiin tietoihin tai todettu että yksi, useampi tai varsin moni tarjoaja oli tarjouksessaan esittänyt selvitystä johonkin seikkaan liittyen tai että tietty kuvaus on jäänyt kevyeksi ja yleisluonteiseksi.” MAO katsoi, ettei hankintapäätösasiakirjoissa ollut selvitetty mihin konkreettisiin tarjouksista ilmenneisiin seikkoihin pisteytys oli perustunut. Hankintapäätöksestä ei myöskään ollut ilmennyt miten tarjouksia oli arvioitu kunkin vertailuperusteen osalta ja miten tarjouksia oli vertailtu suhteessa toisiinsa. Asiakirjoista ei myöskään ilmennyt mihin annettu pisteytys oli perustunut. Hankintayksikkö oli menetellyt hankintalain 73 §:n vastaisesti.

MAO 420/2011: Hankintayksikön menettely oli virheellistä, kun se oli perustellut hankintapäätöksen pisteytystä ilmastimien osalta mm. niin, että ilmastimista, jotka hankintayksikön laituksella oli jo käytössä sai parhaat pisteet. Tämä suosi perusteettomasti tarjoajia, jotka tarjosivat vastaavia ilmastimia. Lisäksi pisteytystä oli perusteltu luukkujen osalta sillä, että hankintayksikkö epäili valittajan tarjoamien luukkujen pitävyyttä. MAO totesi, ettei pisteytyksen perustaminen epäilyihin ole laillista.

Käytetyn pisteytysmenetelmän tulee olla tasapuolinen ja syrjimätön, lisäksi sen tulee olla johdonmukainen ja tosiasiallisesti mahdollistaa tarjousten vertailu ja pisteytys siten kun hankintailmoituksessa on ilmoitettu. Pisteytyksen ja perusteluiden on myös vastattava toisiaan. Itse pisteytysmallin ei ole pakko ilmetä tarjouspyyntöasiakirjoista, vaan riittävää on, että tarjoajat pystyvät arvioimaan miten pisteytys tapahtuu.<sup>238</sup> Tämän lisäksi itse pisteytysmalli voi sinänsä olla osittain hyvinkin vaativa, jos tämä on käynyt ilmi tarjouspyynnöstä.

MAO 137/2009: ”Tässä asiassa tarjouspyynnön mukainen pisteytysmenetelmä aiheuttaa sen, että halvimman tarjotun hinnan merkitys tarjousten pisteytyksessä korostuu hintapisteiden porrastetun asteikon vuoksi. Kolmanneksi halvimman tarjouksen tehneellä ei ole käytännössä ollut mahdollisuutta tulla valituksi. Tarjouspyyntö ei kuitenkaan ole ollut epätasapuolinen tai hakijaa syrjivä, koska hankintayksikkö on selvästi ilmoittanut kokonaistaloudellisen edul-

---

<sup>238</sup> Ks. MAO 558–559/2013: ”Markkinaoikeus katsoo, että tarjouspyynnöstä on riittävän selvästi käynyt ilmi, mitkä ovat kysymyksessä olevien katetrien osalta kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet, niiden painoarvot ja se, miten tarjousten pisteytys tapahtuu.” Lisäksi esim. MAO 27/2014. Huomioi myös, että tarkan pisteytysmallin tai matemaattisen kaavan ilmoittaminen voi tietyissä tapauksissa mahdollistaa sen, että tarjoajat voivat päätellä toistensa liikesalaisuuksiksi katsottavia yksikköhintoja.

lisuuden vertailuperusteet ja tarjousten tarkemman pisteytysmenetelmän sekä hintaa että laatua koskevien vertailuperusteiden osalta.”

MAO:649–650/2009: Hankintayksikön pisteytysjärjestelmä johti siihen, että vertailuperusteiden alakohdista tarjoajat saivat pelkästään vähimmäisvaatimuksen täyttämällä satunnaisesti joko täydet pisteet, ei lainkaan pisteitä tai jotakin tältä väliltä. Pisteytys riippui ainakin osin siitä, katsoiko hankintayksikkö tarjouksen vastanneen kiitettävästi tilaajan esittämiin vertailuperusteisiin, sekä siitä, oliko jokin toinen tarjous jo ylittänyt vähimmäisvaatimukset kyseisiltä osin. Tämä tarkoitti, että joidenkin alakohtien osalta täysiin pisteisiin riitti, että tarjous täytti vähimmäisvaatimukset, toisten alakohtien osalta tähän vaadittiin vähimmäisvaatimukset ylittäviä ominaisuuksia. Vähimmäisvaatimukset ylittämällä ei kuitenkaan automaattisesti saanut täysiä tai korkeimpia pisteitä. Tarjousten pisteytys oli tarjoajien näkökulmasta sattumanvaraista, eikä pisteytys ollut johdonmukaista ja tasapuolista.

MAO 35/2014 (Ei lainvoimainen): Hankintayksikön käyttämä pisteytys ei ollut kaikilta osin johdonmukainen, kun se oli ilmoittanut kyseessä olleiden kohtien osalta, että pisteytyskaala oli 1–10 ja perustason vaatimusten täyttämällä sai 8 pistettä. Kohtien sanallisessa arvioinnissa joidenkin tarjousten kohdalla perustason oli ilmoitettu ylittyvän, mutta pistemäärä ei kuitenkaan ylittänyt 8 pistettä.

## 6 HANKINTAMENETTELYN VAIHEITTAISUUS

### 6.1 Vaiheittaisuudesta yleisesti

Viimeisenä on syytä tarkastella kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteiden eroa muihin hankintamenettelyn kriteereihin. Näin saadaan selville myös kriteeriluokkien väliset rajat. Tässä suhteessa erityisesti tarkasteltavaksi tulee soveltuvuusperusteiden ja vertailuperusteiden välinen raja, joka on ollut erityisen ongelmallinen hankintayksiköille kotimaisen ratkaisukäytännön valossa.<sup>239</sup>

Hankintalain 52 § sisältää hankintamenettelyn vaiheittaisuutta koskevan periaatteen<sup>240</sup> tarjoajan soveltuvuuden tarkistamisen ja tarjousten vertailun erillään pitämisestä. Säännöksen mukaan tarjoaja on suljettava tarjouskilpailusta, ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus on muuten arvioitava sekä tarjoaja valittava ennen tarjousten vertailua. Kansallisia hankintoja koskevassa hankintalain III-osassa ei sen sijaan ole omaa säännöstään hankintamenettelyn kaksivaiheisuudesta. III-osassa tarjoajan valintaa koskevan 71 §:n 2. momentissa kuitenkin todetaan, että tarjoajan sulkemisessa tarjouskilpailun ulkopuolelle voidaan noudattaa soveltuvin osin mitä soveltuvuuden arvioinnista säädetään 52–59 §:ssä. Yleisesti ottaen hankintamenettelyn vaiheittaisuus voidaan johtaa myös hankintalain systematiikkaan, jossa hankintamenettelyn vaiheet on selkeästi erotettu toisistaan.

Hankintalain 52 §:n perusteluissa tuodaan esiin, että kaksivaiheisuuden vaatimuksen tuominen lain säännökseen perustuu oikeuskäytäntöön. Perusteluissa viitataan EUTI:n *GAT* –tapaukseen<sup>241</sup>, jossa todetaan, ettei tarjousten vertailussa voida käyttää tarjoajan soveltuvuuteen liittyviä seikkoja. Samassa viitataan myös kahteen KHO:n tapaukseen,<sup>242</sup> joissa KHO on todennut hankintamenettelyn kaksivaiheiseksi prosessiksi.<sup>243</sup> EUTI:n käytäntö on saanut alkunsa *Beentjes* –tapauksessa,<sup>244</sup> jonka perusteluiden 15. kohdassa todetaan tarjoajien soveltuvuuden tarkistamisen ja tarjouskilpailun ratkaisemisen olevan kaksi erillistä toimenpidettä. Tämän tulkinnan tueksi EUTI viittasi silloisen hankintoja koskeneen direktiivin 71/305/EEC rakenteeseen, joka peilaa hankintamenettelyn kulkua, sekä tämän direk-

<sup>239</sup> Kiviniemi, 2011. s.6–9.

<sup>240</sup> Kaksivaiheisuuden periaate, ja vaiheittaisuuden periaate on jossain määrin vakiintunut nimitys hankintamenettelyn vaiheittaisuutta, ja kriteerien erillään pitoa koskevalle säännölle. Kyse ei siis ole oikeusperiaatteesta.

<sup>241</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok. I-06351.

<sup>242</sup> KHO 2003:89 sekä KHO 6.10.2004 t. 2514.

<sup>243</sup> *HE 50/2006 vp*, s.95–96.

<sup>244</sup> C-31/87 *Beentjes* (1987) Kok. 4635.

tiivin artiklaan 20, jonka mukaan tarjouskilpailu ratkaistaan tarjoajien soveltuvuuden ratkaisemisen jälkeen.

Hankintalain kaksivaiheisuutta koskeva 52.1 §:n säännös on selkeyttävä, sillä direktiivit tai EU-tuomioistuinten luoma ratkaisukäytäntö ei vaadi soveltuvuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun tapahtuvan ajallisesti erillään, vaan kyse on kahden hankintamenettelyyn kuuluvan prosessin erillään pitämisestä.<sup>245</sup> Kaksivaiheisuuden periaate koskee kaikkia hankintamenettelyjä, vaikkei se välttämättä näy ulospäin niin selvästi esim. avoimessa menettelyssä.<sup>246</sup> Tarjoajien soveltuvuusvaatimukset ilmoitetaan joko hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Tarjousvertailuun voidaan hyväksyä ainoastaan sellaisten tarjoajien tekemät tarjoukset, jotka ovat täyttäneet kaikki soveltuvuusvaatimukset.<sup>247</sup>

MAO on tuonut esiin, että kansallisen lain osalta kaksivaiheisuuden periaatteen soveltaminen ei poikkea EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen vastaavasta, vaikkei hankintalain III-osassa suoraan kyseiseen periaatteeseen viittaavaa säännöstä olekaan.

MAO 17/2014 (Ei lainvoimainen): ”Markkinaoikeus toteaa, että hankintalain 71–72 § säännökset ilmentävät hankintamenettelyn vaiheittaisuutta eli sitä, että hankintayksikön on ensin tutkittava tarjoajien soveltuvuutta osallistua tarjouskilpailuun ja arvioitava, onko tarjoajalla tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseksi, ja vasta tämän jälkeen suoritettava tarjousten vertailu niiden tarjoajien, joita ei ole suljettu pois tarjouskilpailusta, tekemien tarjouspyynnön mukaisten tarjousten kesken.”

## 6.2 Hankintamenettelyn vaiheittaisuus ja kaksivaiheisuus

Soveltuvuuden erottamisessa tarjousvertailusta on kyse hankintamenettelyn kaksivaiheisuudesta, joka on osa yleisempää hankintamenettelyn vaiheittaisuutta. Vaiheittaisuus juontaa juurensa hankintamenettelyn luonteen vaiheittaisuuteen sekä avoimuuden periaatteeseen. Hankintamenettelyn vaiheittaisuudella on keskeinen merkitys menettelyn läpinäkyvyyden takaamisessa,<sup>248</sup> se myös edistää hankintojen puolueettomuutta, avoimuutta ja pa-

<sup>245</sup> Kalima ym. 2007. s.180. Näin myös C-199/07 *Komissio v. Helleenien tasavalta* (2009) Kok. I-10669, kohta 51.

<sup>246</sup> Hyvönen ym. 2007. s.145.

<sup>247</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s.441.

<sup>248</sup> HE 50/2006 vp, s.30.

rantaa tarjoajien oikeusturvaa.<sup>249</sup> Esim. KHO ja MAO ovat lausuneet kaksivaiheisuudesta yleisesti seuraavaa:

KHO 2013:160 ”Hankintamenettely on kaksijakoinen siten, että hankintalain 71 §:n mukaisesti suoritetaan tarjoajien valinta ja lain 72 §:n perusteella arvioidaan tarjousten paremmuus. Ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan muun ohella, onko tarjoajalla ennalta asetetut taloudelliset, tekniset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseksi. Tarjoaja, jolla ei tällaisia edellytyksiä ole, on suljettava pois tarjouskilpailusta. Tämän jälkeen suoritetaan tarjousten vertailu niiden tarjoajien tekemien tarjousten kesken, joita ei ole suljettu pois tarjouskilpailusta.”

MAO 384/2013: ”Markkinaoikeus toteaa, että hankintamenettely on kaksivaiheinen niin, että hankintayksikön on ensin tutkittava tarjoajien soveltuvuutta osallistua tarjouskilpailuun ja arvioitava, onko tarjoajalla tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseksi, ja vasta tämän jälkeen arvioitava tarjousten paremmuutta niiden tarjoajien, joita ei ole suljettu pois tarjouskilpailusta, tekemien tarjousten kesken. Hankintamenettelyn kaksivaiheisuus edellyttää, että tarjoajien soveltuvuuden arvioinnissa ja tarjousten vertailussa käytettävät seikat on erotettu riittävän selkeästi.”

Sen sijaan hankintamenettelyn yleisemmästä vaiheittaisuudesta:

MAO 556/2013 (ei lainvoimainen): ”Markkinaoikeus toteaa, että tarjouspyynnössä on otettava huomioon hankintamenettelyn vaiheittaisuus. Hankintamenettely etenee vaiheittain niin, että hankintayksikkö arvioi ensi vaiheessa tarjoajien soveltuvuuden eli sen, onko tarjoajalla tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseksi. Tämän jälkeen arvioidaan tarjousten tarjouspyynnön mukaisuus, minkä jälkeen tehdään tarjousten vertailu niiden tarjoajien, joita ei ole suljettu tarjouskilpailusta, tekemien tarjouspyynnön mukaisten tarjousten kesken.”

Edellä olevista tapauksista on nähtävissä, että kaksivaiheisuudella viitataan nimenomaisesti tarjousvertailun ja tarjoajan soveltuvuuden väliseen erottamiseen. Pelkällä vaiheittaisuudella viitataan edellisten lisäksi yleisesti myös tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden tarkistamiseen. Kansallisilla ja EU-hankinnoissa ei tässä suhteessa ole eroa, kumpaan viittausta käytetään molemmissa yhteyksissä.<sup>250</sup>

<sup>249</sup> HE 50/2006 vp, s.95. Sekä esim. tapaus MAO 447/2010

<sup>250</sup> Ks. MAO 556/2013 (EU-hankinta), MAO 26/2013 (Kansallinen hankinta) tapauksissa viitattiin yleisempään vaiheittaisuuteen, vaikka kummassakin tapauksessa vertailuperusteiden katsottiin olleen enemmänkin

Soveltuvuusvaatimusten erottelussa vertailuperusteista ja toisaalta vertailuperusteiden erottamisessa minimivaatimuksista (teknisistä eritelmistä) on näennäisesti kyse hyvin samankaltaisesta erottelusta. Yhtenäistä soveltuvuudelle ja minimivaatimuksille on se, ettei kummallakaan pystytä osoittamaan hinta-laatusuhteeltaan hankintayksikölle parasta tarjousta. Näiden suurin ero on se, ettei soveltuvuuskriteereillä ole samanlaista liityntää hankinnan kohteeseen kuin minimivaatimuksilla ja vertailuperusteilla on, ne eivät kuvaa hankinnan kohdetta.<sup>251</sup>

### 6.3 Kaksivaiheisuuden liittyvät ongelmat

Soveltuvuuden tarkistamisen erottaminen tarjousvertailusta on käytännössä osoittautunut varsin ongelmalliseksi. Palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa hankinnan kohteelle asetettavat kriteerit voivat olla pitkälti samoja kuin soveltuvuus-kriteerit, tai ainakin todella samankaltaisia keskenään. Esim. palvelussa tuotettava lopputuote on suurelta osin riippuvainen palvelun suorittavan henkilön ammattitaidosta.<sup>252</sup> Ongelmallista on myös se, miten monimutkaisessa palveluhankinnassa voidaan ylipäänsä mitata laatua tasapuolisesti ja syrjimättömästi.<sup>253</sup> Lopputuotteen laadun ja suorittajan riippuvuussuhteesta johtuen keskustelua on herättänyt se, voidaanko tarjoajan ominaisuuksia ottaa huomioon tarjousten vertailussa, ja jos voidaan, missä määrin.<sup>254</sup> Hankintalakiä valmisteltaessa kiinnitettiin huomiota palveluhankintojen laadun määrittämisen vaikeuteen, erityisesti mainittiin henkilökohtaisia työsuorituksia vaativien palveluiden laatutekijöiden huomiointi.<sup>255</sup> Rajanvedon ongelmallisuus on huomioitu myös oikeuskäytännössä:

MAO 361/2008: ”Markkinaoikeus toteaa, että kelpoisuusvaatimukset ja kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteen mukaan. Määrätynlaiset seikat voivat liittyä joissakin tapauksissa tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja toisissa tapauksissa taas paremminkin tarjousten taloudellisen edullisuuden arviointiin.”

---

soveltuvuusperusteita. MAO 142/2012 (EU-hankinta), MAO 384/2013 (Kansall.) viitattiin nimenomaan kaksivaiheisuuden, myös näissä tapauksissa vertailuperusteiden katsottiin pikemminkin olleen soveltuvuusperusteita.

<sup>251</sup> Ukkola LM 2/2011, s.326–327.

<sup>252</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s. 556.

<sup>253</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 323.

<sup>254</sup> Ks. esim. Kalima ym. 2007 s.179–182.

<sup>255</sup> HaVL 25/2006 vp, s. 5.

Ongelma voidaan keskeisesti tiivistää siihen, että hankinnan kohde ja käytetyn kriteerin arviointitapa määrittävät kriteerin kuuluvuuden eri luokkiin.<sup>256</sup> Näin ollen ei ole mahdollista etukäteen kategorisesti ratkaista sitä mihin kategoriaan mikäkin kriteeri kuuluu. Varsinkin markkinaoikeuden oikeuskäytännössä tämä ongelma tuodaan varsin usein esille, käyttämällä melko vakioitua fraasia: ”Tarjoajien soveltuvuusvaatimukset ja tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteesta riippuen.”<sup>257</sup> Hankintayksiköiden kannalta ongelmallista tässä suhteessa on se, että ne voivat omasta mielestään tehdä valintaa täysin pätevin ja järkevin kriteerein, mutta oikeuskäytännössä nämä perusteet on katsottu lähtökohtaisesti soveltuvuuteen kuuluviksi ja siten niiden käyttö vertailuperusteena ei ole yksinkertaista. Yleisesti ottaen tällaisten perusteiden käyttö edellyttää huomattavasti suurempaa yksilöintitarkkuutta ja tarkempaa perustelua jo tarjouspyyntöasiakirjoissa. Tämä pitää paikkansa esim. referenssien osalta.

Palveluhankinnan ja rakennusurakan eroavaisuus suhteessa tavarahankintaan voi myös tehdä niiden osalta vertailuperusteiden erottamisen soveltuvuus-kriteereistä vaikeaksi. Tavarahankinnassa on usein mahdollista vertailla fyysisiä hyödykkeitä. Palveluhankintojen osalta mitään konkreettista hyödykettä ei edes välttämättä synny, tai vaihtoehtoisesti hankinnan tulos voi olla konkreettinen hyödyke esim. sairaalarakennus. Keskeistä on huomata, ettei hankittavaa hyödykettä voida juurikaan arvioida etukäteen, vaan joudutaan arvioimaan esim. tarjottuja aineettomia pääomia ja ennustamaan niistä tulevaa, sopimuskaudella tapahtuvaa, suoritusta. Soveltuvuusehdot ovat tässä suhteessa hyvin samankaltaisia, koska niiden täytyminen arvioidaan saatujen selvitysten perusteella, jotka koskevat tarjoajan nykytilaa ja niillä ennustetaan tulevaa, erityisesti sopimuskaudella tapahtuvaa suoritumista.

### 6.3.1 Tarjoajan soveltuvuudesta

Hankintalain systematiikassa tarjoajan kelpoisuutta koskevat vaatimukset jakautuvat kolmeen kategoriaan: Pakollisiin poissulkemisperusteisiin (53 §), harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin (54§) sekä tarjoajien kelpoisuutta koskeviin edellytyksiin (56–60 §). Kansallisten säännösten osalta vastaavaa tarkkaa jaottelua ei ole tehty, hankintalain 71 §:ssä on vain tuotu esiin, että ”tarjoajien soveltuvuus [on] arvioitava kaikissa hankintame-

<sup>256</sup> Lindfors LM 1/2005, s.39–41, sekä Ukkola LM 2/2011, s.329. Arviointitavan vaikutus kriteerin luokkaan on johdettu GAT –ratkaisun perusteluista. Käsitelty kohdassa 6.3.4.

<sup>257</sup> Ks. tapaukset MAO 485/2009, MAO 120/2010, MAO 27/2014.

nettelyissä ennalta ilmoitettuja, tarjoajien taloudelliseen ja rahoitukselliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskyykyyn tai ammatilliseen pätevyYTEEN liittyviä taikka muita objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita noudattaen.” Käsiteltävän aiheen kannalta keskeisiä ovat tarjoajan soveltuvuutta koskevat kriteerit.<sup>258</sup>

Soveltuvuuden arvioiminen eroaa poissulkemisperusteista ensinnäkin siten, että poissulkemisperusteet ilmenevät suoraan laista, soveltuvuusehdot ovat sitä vastoin hankintayksikön itse harkittavissa. Tarjoajien soveltuvuusarvio tehdään suhteessa hankinnan kohteeseen, poissulkemisperusteiden koskiessa tarjoajien yleisen luotettavuuden arviointia.<sup>259</sup> Soveltuvuusvaatimusten tarkoituksena on varmistaa tarjoajan kyky toteuttaa hankinta.<sup>260</sup> Tarkoitus on varmistua hankintasopimuksen ehtojen mukaisesta toteuttamisesta jo hankintamenettelyn yhteydessä. Ehdot myös kohdistuvat lähemmin hankintamenettelyn jälkeiselle sopimuskaudelle, sillä hankintalainsäädäntö ei tarjoa välineitä sopimuskaudella ilmeneviin ongelmatilanteisiin.<sup>261</sup>

Soveltuvuusehtojen asettamisessa hankintayksiköllä on laaja harkintavalta. Ehtojen tulee kuitenkin liittyä tarjoajien mahdollisuuksiin toteuttaa kyseinen hankinta ja ehdot eivät saa vaarantaa tasapuolista kohtelua.<sup>262</sup> Ehtoja koskee keskeisesti myös suhteellisuusperiaate, joka ilmenee hankintalain 56.2 §:stä, ehdot on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käytötarkoitukseen ja laajuuteen. Hankintalain systematiikassa soveltuvuusehdot jakautuvat näennäisesti kolmeen ryhmään: Rahoituksellista ja taloudellista tilannetta koskevat kriteerit, teknistä suorituskyykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevat kriteerit sekä muut soveltuvuus-kriteerit.<sup>263</sup>

Hankintalaissa ei säännellä mitä ominaisuuksia tarjoajilta voidaan vaatia. EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta sääntely koskee sitä, millaisilla asiakirjoilla vaadittujen kriteerien täytyminen voidaan todentaa. Hankintalain 58 § koskee rahoituksellista ja taloudellista tilannetta koskevia selvityksiä. Säännöksen luettelo on esimerkinomainen ja hankintayk-

<sup>258</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s.353. Pakollisten ja harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta ks. Pekkala – Pohjonen 2012, s.353–376.

<sup>259</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s.376–377.

<sup>260</sup> HE 50/2006 vp, s.100

<sup>261</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 327. Ukkola tosin mainitsee myös neljännen, eli sopimusehtojen kategorian, jolla sopimuskauden ongelmiin on mahdollista puuttua, mutta kyseenalaistaa sen tarpeellisuuden viitaten soveltuvuusvaatimuksiin.

<sup>262</sup> HE 50/2006 vp, s. 100

<sup>263</sup> Jaottelu perustuu tarjouspyynnön sisältöä koskeviin säännöksiin: 41.1 § 6. kohta, sekä 69.2 § 2. kohta



sikkö voi pyytää myös muita selvityksiä, jos se on perusteltavissa hankinnan kohteen kannalta, eikä ole syrjivää.<sup>264</sup> Sen sijaan teknistä suorituskkyä ja ammatillista pätevyyttä koskevien kriteerien arviointia varten hankintayksikkö on sidottu hankintalain 59 §:n luetteloon, muita selvityksiä ei ole mahdollista vaatia. Kolmatta kategoriaa eli muita kriteereitä koskevia selvityksiä varten laissa ei ole erillistä kohtaa, vaan asia on käsitelty yleisluontoisesti hankintalain 56 ja 71 §:issä.

Kansallisten hankintojen osalta ei ole erikseen säädetty soveltuvuus-kriteerien täyttymisen osoittavista selvityksistä. Hankintalain 71 §:ssä on viitattu hankintalain 52–59 §:iin ja todettu, että tarjoajien sulkemisesta tarjouskilpailunulkopuolelle voidaan myös soveltuvien osin noudattaa mitä näissä pykälissä on säädetty. Kansallisissa hankinnoissa hankintayksikölle jää näin ollen vielä suurempi harkintavalta ja vapaus soveltumisehtojen täyttämiseen vaadittavien selvitysten vaatimisessa. Täytyy kuitenkin muistaa, että myös kansallisissa hankinnoissa on noudatettava samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa.<sup>265</sup>

Soveltuvuusehtojen tarkoituksena ei ole valita parasta mahdollista tarjoajaa,<sup>266</sup> vaan identifioida se tarjoajien joukko joka pystyy hankinnan tosiasiallisesti toteuttamaan. Hankintayksikön on suhteellisuuden periaatteen mukaan suhteutettava soveltuvuusvaatimukset vastaamaan hankintatarvetta. Kun soveltuvien tarjoajien joukko on ”löydetty”, on vertailuperusteilla tarkoitus määrittää annetuista tarjouksista parhaiten hankintayksikölle sopiva tarjous. Tarjoajan henkilöllä ei pitäisi olla mitään vaikutusta tarjousten vertailuun.<sup>267</sup>

Kansallisia menettelytapoja koskevat säännökset tarjoajan ja tarjouksen vallinnasta sekä soveltuvuuden arvioinnista on tarkoitettu direktiivien menettelytapoja joustavimmaksi. Tämä johtuu siitä, ettei kansallisiin hankintoihin sovelleta hankintadirektiivejä. Tämä ei tarkoita, ettei kansallisissa hankinnoissa tarvitsisi tehdä soveltuvuusperusteiden ja vertailuperusteiden välille eroa. HE:ssä on tarjoajan valintaa koskevan 71 §:n perusteluissa lähdetty siitä, että ehdokkaiden ja tarjoajien valinnassa noudatetaan samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävissäkin hankinnoissa. Kansallisella tasolla ei kuitenkaan ole rakennettu omaa arviointijärjestelmää hankintamenettelyjen suhteen, vaan niissä noudatetaan

<sup>264</sup> HE 50/2006 vp, s.102.

<sup>265</sup> HE 50/2006 vp, s.115–116.

<sup>266</sup> Poikkeuksena PPP-kumppanuussuhteet.

<sup>267</sup> Hyvönen ym. 2012, s. 142–146.

samoja periaatteita kuin direktiiveissä. Kansallisissa hankinnoissa on noudatettava EU:n perussopimuksia ja näistä johtuvia periaatteita. HE:ssä on tässä suhteessa korostettu erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa eli yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.<sup>268</sup>

Hankintalain 72 §:n osalta vertailuperusteille asetetut edellytykset ovat lähtökohtaisesti samat kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Kyseisessä säännöksessä on kuitenkin tarjouksen valintaa koskeva lievennysmahdollisuus, jonka mukaan tarjoajaa koskevia ominaisuuksia voidaan tietyissä tapauksissa käyttää myös tarjouksen valinnassa. HE:ssä lievennystä on perustelut sillä, että *GAT*-tapauksesta<sup>269</sup> johtuvien oikeusohjeiden on katsottu rajoittavan tarjouksen valintaa etenkin toissijaisissa palveluhankinnoissa. Toissijaisissa palveluhankinnoissa on erityisesti tarkoitettu mahdollistaa joustavampien arviointimenettelyiden käyttö.<sup>270</sup>

Joustavuus on nimenomaisesti tuotu esiin hankintalain 72.1 §:n viimeisessä virkkeessä. Lainkohta antaa vain poikkeuksellisesti mahdollisuuden käyttää soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää perusteita tarjouksen valinnassa. Tämä on mahdollista ainoastaan palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa. Näiden hankintalajien sisällä käyttämistä rajaa vaatimus suorittavien henkilöiden asiantuntemuksen, ammattitaidon tai pätevyyden erityisestä merkityksestä hankinnan kannalta. Lainkohdan sanamuodosta voidaan siis *e contrario* päätellä, ettei soveltuvuusehtoja ole mahdollista käyttää muilta osin tarjouksen valinnassa. Sanamuoto edellyttää lisäksi, että huomioitavilla ominaisuuksia on tarvittava hankinnan toteuttamisessa.

Soveltuvuuden vähimmäisvaatimusten mukaanottoa tarjousten vertailuun on käsitelty mm. tapauksessa MAO 120/2010. MAO on perusteluissaan tuonut esiin, että kaikissa tapauksissa vertailuperusteilla on oltava liityntä hankinnan kohteeseen ja niiden on oltava merkityksellisiä arvioidessa kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta.<sup>271</sup> Näin ollen kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioon ei voida ottaa, kansallisellakaan tasolla, mukaan kokonaistaloudellisen edullisuuden kannalta merkityksettömiä kriteereitä. Esim. hankinnassa,

<sup>268</sup> HE 50/2006 vp, s.2, 8 ja 26.

<sup>269</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok. I-06351.

<sup>270</sup> HE 50/2006 vp, s.115–116. Toissijaisiin hankintoihin ja niissä sallittua joustavampaa menettelyä käsitellään kohdassa 6.3.7

<sup>271</sup> Samanlaisia tapauksia on löydettävissä useita, esim. MAO 527/2013, jossa MAO katsoi, että valittajan soveltuvuusvaatimuksiksi väittämät vertailuperusteet olivat täysin päteviä vertailuperusteita.

jonka soveltuvuusvaatimuksena on tietty kokemusvuosimäärä, ei tämän ylittävää kokemusta voida huomioida, jos kokemuksella ei ole vaikutusta myös kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnissa. Soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävän soveltuvuuden käytössä ei siis ole kyse enää soveltuvuusstandardin käytöstä, vaan kyseisen standardin on täytettävä vertailukriteerin tunnusmerkit. Ainoa poikkeus tähän näyttävät olevan liitteen b mukaiset toissijaiset palveluhankinnat, joita käsitellään jäljempänä.

### 6.3.2 Kaksivaiheisuuden taustatekijät

Soveltuvuusvaatimusten ja vertailuperusteiden erillään pitämisen vaatimuksen taustalta voidaan löytää useita kaksivaiheisuuden olemassaoloa perustelevia tekijöitä. Hallituksen esityksessä on kaksivaiheisuutta koskevaa 52 §:ää perusteltu siten, että tarjoajien ominaisuuksien ja kelpoisuuden arvioinnin erottaminen tarjousten sisällön arvioinnista lisää hankintamenettelyn puolueettomuutta, läpinäkyvyyttä ja avoimuutta sekä parantaa tarjoajien oikeusturvaa. HE:ssä on kiinnitetty huomiota myös siihen, että tarjoajien kelpoisuuteen liittyvä arviointi tarjousten vertailussa aiheuttaa raskaita arviointimenettelyitä, koska vertailtavia tekijöitä on niin runsaasti ja avoimuuden vaatimukset eivät täyty riittävästi.<sup>272</sup> Säännöksen perusteluissa ei tämän tarkemmin avata näitä perusteita. Selvää kuitenkin on, että vaiheittaisuuden vaatimus johtuu useista tekijöistä, joista keskeisempänä on syrjinnän kieltö.

Kaksivaiheisuuden vaatimus on vahvasti kytköksissä hankintasäännösten tavoitteisiin ja hankintasäädännön taustaan. Hankinnan kohteeseen liittyvien perusteiden erottaminen tarjoajaan liittyvistä perusteista on avoimuuden kannalta tärkeää, koska tarjoajan ominaisuuksilla ratkaistu kilpailu ei ole kaikille tarjoajille kilpailullisesta näkökulmasta tasapuolista. Toisaalta tarjoajan henkilöön liittyvät perusteet eivät myöskään ole lähtökohtaisesti merkityksellisiä tarjousten hinta-laatusuhteen kannalta. Sisämarkkinoiden toteutumisen ja toimivuuden kannalta on tärkeää, että kaikki voivat tarjota tuotteitaan tasapuolisesti, jolloin kilpailun ratkaisemisessa (tarjousten vertailussa) muuta kuin tarjottua tuotetta koskeva arviointi on lähtökohtaisesti kaksivaiheisuuden vastaista.<sup>273</sup>

Erottelussa on toisaalta kyse hankintamenettelyn kilpailullisten tavoitteiden ja itse kilpailun toteutumisesta, joka liittyy hankintalain sisäänrakennetun tarjouksen valintamekaniikan

<sup>272</sup> HE 50/2006 vp, s. 95.

<sup>273</sup> Pöykkö Edilex 2010, s.23.

noudattamiseen, jossa paras tarjous voittaa.<sup>274</sup> Esim. hankintakilpailun ratkaiseminen liikevaihdon suuruuden perusteella ei kerro mitään tarjouksen hinta-laatusuhteesta. Tällainen menettely myös lähtökohtaisesti suosii kooltaan suurempaa tarjoajaa. Ylipäänsä koko kaksivaiheisuuden taustalla ovat eri kriteerikategorioiden erilaiset funktiot, jotka liittyvät tarjoajien ja tarjousten eri osiin. Keskeisiä ovat myös erot kriteeriluokkien toimintatavoissa, tästä syystä niitä ei tule sekoittaa keskenään.<sup>275</sup>

### 6.3.3 Vertailuperusteiden erottaminen soveltuvuusperusteista oikeuskirjallisuudessa

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia vaihtoehtoja ja malleja siihen, kuinka soveltuvuusperusteet voitaisiin erottaa vertailuperusteista. Kaikkein karkein malli on luonnollisesti sen huomioiminen onko kriteerin kohteena tarjous vai tarjoaja. Tämä malli ei kuitenkaan ole, erityisesti palveluhankintojen ja rakennusurakoiden tarjousten laadun mittaamiseen liittyvien seikkojen vuoksi, täysin toimiva.

*Virtanen* on esittänyt mallia jossa soveltuvuus- ja vertailuperusteiden välinen ero ilmenee siitä, voiko kyseisen perusteen osalta tarjouksia verrata niin, että lopputuloksena on skaala huonommasta parempaan, vai niin, että kriteeriin voidaan vastata vain kyllä tai ei. Ensimmäisessä tapauksessa on kyse tarjousten vertailuperusteesta, jälkimmäisessä soveltuvuusperusteesta.<sup>276</sup> Tämän jaottelun lähtökohtana, ja samalla ongelmana, on kriteerien toiminnallinen luonne. Soveltuvuusehdot ovat toiminnalliselta luonteeltaan binäärisiä, kuten teknisten eritelmien kriteeritkin, eli ne joko täyttyvät tai eivät täyty. Tarjousten vertailuperusteet voidaan kuitenkin toteuttaa myös luonteeltaan binäärisinä, jolloin esim. tietyn kriteerin täytyminen antaa vertailussa pisteen ja täyttymättömyys ei anna. Yleensä vertailuperusteet ovat kuitenkin asteittaisia, jolloin perusteen osittainen täytyminen tuo osapisteitä jne.<sup>277</sup>

*Ukkola* esittänyt, että soveltuvuusehtojen tunnistamiseen ja erottamiseen vertailuperusteista voisi, erityisesti palveluhankinnoissa, käyttää instrumenttina soveltuvuusehtojen sisäsyntyistä välinearvoa suhteessa hankinnan kohteeseen. Soveltuvuusehdot eivät suoraan kuvaa hankinnan sisältöä, mutta niiden täytyminen indikoi sitä, että myös hankinnan sisältöä koskevat vaatimukset täyttyvät. Tällöin monia vastaavia hankkeita aiemmin menestyneesti hoitanut, pätevää henkilöstöä omaava ja taloudellisesti hyvässä asemassa oleva toimittaja

---

<sup>274</sup> Ks. kohta 2.2

<sup>275</sup> *Ukkola* LM 2/2011, s.328.

<sup>276</sup> *Virtanen* 2008, s.695.

<sup>277</sup> *Ukkola* LM 2/2011, s.323–324.

on palvelun laadun osalta hyvässä kilpailuasemassa myös tarjousten vertailussa.<sup>278</sup> Tässä metodissa tarkoitus lienee jaotella kriteerit sillä perusteella mittaavatko ne hankinnan kohteen laatua välillisesti vai välittömästi. Tässä menetelmässä ongelmana on kuitenkin se, että varsinkin palvelun laadun mittaaminen on useimmiten jossain määrin välillistä.<sup>279</sup> Välinearvon osalta on syytä vielä muistaa, ettei soveltuvuusperusteilla ole sallittua lähteä tekemään tarjousten vertailua. Toisekseen on myös syytä huomata, että vaikka soveltuvuusperusteiden täyttäminen voi indikoida myös sisältöä koskevien perusteiden olevan kunnossa, voi soveltuvuusperusteiden asettaminen pelkästään tarjouksen sisällön tason varmistamisen vuoksi muodostua kohtuuttomaksi tai syrjiväksi.

Varmimman käsityksen vaatimuksen luokasta saa niin, että vaatimusta arvioidaan hankinnan kontekstissa, jolloin arviossa merkitykselliset seikat liittyvät hankintayksikön tavoitteisiin, vaatimusten asettamisen tarkoitukseen, hankinnan kohteeseen ja sen markkinoihin.<sup>280</sup> Edellä esitettyjä menetelmiä vertailun ja soveltuvuuden kriteerien erottamisessa voidaan käyttää tunnistamisen lähtökohtana. Varsinkin viimeisenä esitetyllä menetelmällä ollaan lähellä erottelun keskeisiä tekijöitä. Tutkittaessa kokonaistaloudellisen edullisuuden rajoja on kuitenkin syytä selvittää miten jako näiden perusteiden välillä tapahtuu oikeuskäytännössä.

### 6.3.4 Unionin tuomioistuinten käytäntö ja kaksivaiheisuus

GAT-tapaus<sup>281</sup> on yksi keskeisimmistä EUTI:n linjauksista kaksivaiheisuuden suhteen. Tapauksessa otettiin kantaa referenssien käyttöön tarjousvertailussa. Tapauksessa hankintayksikkö oli käyttänyt määrittäessään kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta tarjousten arvioinnissa tarjoajan muille asiakkailleen tarjoamien tuotteiden lukumäärää. EUTI viittasi *Beentjes* –ratkaisun<sup>282</sup> oikeusohjeeseen soveltuvuusarvion ja tarjousvertailun erillisyydestä.<sup>283</sup> Vertailuperusteen osalta EUTI huomautti, että luettelot tärkeimmistä toimituksista sekä tiedot niiden arvosta, ajankohdasta sekä julkisesta tai yksityisestä vastaanottajasta viimeiseltä kolmelta vuodelta ovat nimenomaisesti direktiivin 93/36/ETY 23 artiklassa mainittujen sallittujen teknistä suorituskykyä koskevien soveltuvuusperusteiden täyttämisen todisteluasiakirjojen luettelossa. Tästä johtuen se katsoi, että tarjoajan muille asiakkail-

<sup>278</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 331–332.

<sup>279</sup> Ks. Laadun mittaaminen 3.1.3

<sup>280</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 331–332.

<sup>281</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok. I-06351.

<sup>282</sup> C-31/87 *Beentjes* (1988) Kok. 1988 s. 4635.

<sup>283</sup> C-31/87 *Beentjes* (1988) Kok. 1988 s. 4635, kohta 15.

leen tarjoamien tuotteiden lukumäärä on soveltuvuuteen liittyvä kriteeri, eikä tarjouksen valintaan liittyvä kriteeri. Pelkkä referenssiluettelo, josta ilmenevät ainoastaan tarjoajien nimet ja aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä, ja jossa ei ole täsmennyksiä suoritetuista toimituksista, eikä se sisällä muita täsmällisiä seikkoja joilla voitaisiin arvioida tarjousten keskinäistä paremmuutta, ei voi missään tapauksessa olla sopimuksen tekemisen perusteena. Tämän suhteen EUTI kiinnitti vielä huomiota tarjouspyynnön määräyksen siitä, että hankintayksikön oli arvioitava vain referenssien lukumäärää arvioimatta niitä laadullisesti.<sup>284</sup>

Ratkaisusta nähdään kaksi kaksivaiheisuuden keskeistä tekijää. Ensimmäkin vertailuperusteilta edellytetyn liittymän osalta ratkaisu on johdonmukainen, koska referenssien lukumäärän ei voida katsoa liittyvän hankinnan kohteeseen.<sup>285</sup> Toisaalta kriteerin luokka ei ratkea sen kohteena olevasta informaatiosta, esim. referensseistä, vaan nimenomaan siitä, miten tätä informaatiota arvioidaan. Tästä johtuen esim. referenssien käyttö ei itsessään ole kiellettyä kunhan referenssejä arvioidaan laadullisesti.<sup>286</sup>

*Lianakis* -tapauksessa<sup>287</sup> hankintayksikkö oli kilpailuttanut suunnitelman laatimisesta koskevan palveluhankinnan koskien kiinteistörekisteriin kirjaamista, kaupunkisuunnittelua ja soveltamistoimia. Vertailuperusteina oli käytetty kokemusta, toimiston ja henkilökunnan varustelua sekä mahdollisuutta laatia suunnitelma ennakoidussa aikataulussa. EUTI katsoi ratkaisussaan, etteivät edellä mainitut perusteet ole sopimuksen tekemisen perusteita, vaan niillä mitataan lähinnä tarjoajan kykyä toteuttaa hankinta. EUTI:n ratkaisussa ei analysoida soveltuvuus- ja vertailuperusteiden eroa kovinkaan syvällisesti. EUTI ei myöskään lausunut mitään tapauksen vertailuperusteiden arviointikohteista.<sup>288</sup> Se vain lyhyesti totesi, että tarjoajan soveltuvuus ratkaistaan laadullisten valintaperusteiden eli taloudellista tilannetta, luottokelpoisuutta ja teknistä suorituskkyä koskevien perusteiden mukaan. Tarjouskilpailu taas ratkaistaan alimman hinnan tai taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella. Lisäksi EUTI huomioi, ettei vertailuperusteita ole tyhjentävästi esitetty direktiivissä ja näin ollen jätetään hankintayksikölle harkintavalta määrittää taloudellisesti edullisimman tarjo-

<sup>284</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok. I-06351, kohdat 57, 59 ja 65–67.

<sup>285</sup> *Lindfors* LM 1/2005, s.39–41.

<sup>286</sup> *Lindfors* LM 1/2005, s.39–41, sekä *Ukkola* LM 2/2011, s.329.

<sup>287</sup> C-532/06 *Lianakis* (2008) Kok. I-00251.

<sup>288</sup> Kokemusta oli ilmoitettu arvioitavan laadittujen suunnitelmien arvon perusteella, toimiston henkilökuntaa ja varustelua arvioitiin suunnitteluryhmän koon perusteella ja mahdollisuutta laatia suunnitelma ennakoidussa aikataulussa osalta arvioitiin annettujen sitoumusten arvojen perusteella.

uksen määrittävät vertailuperusteet. EUTI kuitenkin katsoi, että tämä mahdollisuus koskee ainoastaan perusteita joiden perusteella voidaan erottaa tarjousten joukosta kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Ero perustuu EUTI:n mukaan siihen, ettei kokemuksella, resursseilla ja ennakoidussa aikataulussa pysymisellä voida määrittää taloudellisesti edullisinta tarjousta, vaan ne liittyvät tarjoajan kykyyn täyttää sopimus.<sup>289</sup>

Lianakis –tapauksen ratkaisu on saanut osakseen huomattavaa kritiikkiä. Suurelta osin päätöstä on pidetty liian kategorisena. Tämä perustuu siihen, että palveluhankinnoissa hankinnan kohteen laatua on vaikea erottaa tarjoajan ominaisuuksista.<sup>290</sup> Ukkola on tiivistänyt kritiikin ja todennut tällaisen jaottelun viittaavan siihen, ettei hankintamenettelyn kontekstilla olisi mitään merkitystä. Ratkaisua on todella vaikea perustella, koska kaksivaiheisuutta koskeva oikeuskäytäntö juontaa juurensa eri kriteeriluokkien funktionaaliseen tarkastelusta.<sup>291</sup> Lianakis –ratkaisu olisi voitu selittää liittynän vaatimuksen ja tähän liittyvän ensisijaisuuden avulla. Tämä olisi vaatinut, että EUTI olisi ottanut jollain tavalla kantaa käytettyihin vertailuperusteisiin, eikä liittänyt niitä yleisesti soveltuvuusperusteisiin. EUTI:n olisi esim. tullut huomauttaa että tällä tavalla tulkittuna tai sovellettuna perusteet koskivat ensisijaisesti tarjoajan soveltuvuutta.

Tapauksessa *Komissio vs. Helleenien tasavalta*<sup>292</sup> hankinnan kohteena oli rautatieaseman rakentamisen yhteydessä toteutettavien rakennus- ja sähkömekaniikkahankkeita koskevien selvitysten laatiminen. Komissio esitti, että hankintamenettelyn kaksivaiheisuutta oli rikottu koska hankintayksikkö oli sekoittanut toisiinsa tarjoajien laadulliset valintaperusteet ja sopimuksen tekemisen perusteet. Huomiotavat vertailuperusteet asiassa olivat 1. ”Suunnittelijoiden tai suunnittelutoimistojen ja näiden tieteellistä työtä tekevän henkilöstön erityinen ja yleinen kokemus nimenomaisesti selvitystyöstä samankaltaisissa tilanteissa.” 2. ”Tosiasiallinen valmius toimittaa selvitys määräajassa ja noudattaa velvoitteita toteuttaa muita selvityksiä, sekä kyseisen selvityksen laatimista varten määrätty tieteellinen ja operatiivinen henkilöstö sekä selvityksen kohteeseen soveltuva välineistö.”

EUTI aloitti arviointinsa tyylilleen uskollisesti viitaten aiempaan ratkaisukäytäntöönsä ja todeten, että hankintamenettely on kaksivaiheinen ja tarjoajien soveltuvuuden tarkistus sekä kilpailun ratkaiseminen ovat erillään pidettäviä toimenpiteitä, joihin sovelletaan eri sääntöjä.

<sup>289</sup> C-532/06 *Lianakis* (2008) Kok. I-00251, kohdat 27–32.

<sup>290</sup> Esim. *Lee P.P.L.R 2/2010*, *Ukkola Lm 2/2011*, s 330–333.

<sup>291</sup> *Ukkola LM 2/2011*, s 330.

<sup>292</sup> C-199/07 *Komissio vs. Helleenien tasavalta* (2009) Kok. I-10669.

Lisäksi se toisti Lianakis –ratkaisun ohjeen siitä, että sopimuksen tekemisen perusteita voivat olla vain perusteet, joilla voidaan selvittää mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin. Näitä perusteita eivät voi olla perusteet, jotka lähinnä liittyvät tarjoajien sopimuksen täytäntöönpanokyvyn arvioimiseen. EUTI katsoi, että tässä tapauksessa käytetyt sopimuksen tekemisen perusteet koskivat kokemusta ja todellista valmiutta taata sopimuksen asianmukainen täytäntöönpano. Kyseessä olivat siis perusteet jotka koskivat tarjoajan kykyä panna täytäntöön kyseinen sopimus, näiden se ei katsonut olevan direktiiveissä tarkoitettuja sopimuksen tekemisen perusteita. Helleenien tasavalta ei näin ollen ollut noudattanut hankintadirektiivien sääntelyä, koska se ei ollut tehnyt eroa laadullisten valintaperusteiden ja sopimuksen tekemisen perusteiden välille.

Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen (EUYTI) ratkaisukäytäntö on ollut kaksivaiheisuuden tulkinnan suhteen sallivampaa. Ennen Lianakis -ratkaisua annettussa *Renco* -ratkaisussa<sup>293</sup> EUYTI katsoi, että esim. tarjoajan kokemusta ja teknisiä kykyjä voidaan arvioida vertailuperusteina. Tämä johtui siitä, että ne ovat laadullisia seikkoja, jotka voivat vaikuttaa työn suorittamiseen ja aiheuttaa tarvetta ylimääräisille töille. EUYTI on perustanut ratkaisunsa ensinnäkin EUTI:n *Concordia* -ratkaisun<sup>294</sup> perusteluihin, joissa todetaan, ettei vertailuperusteiden tarvitse olla puhtaasti taloudellisia. Ratkaisua se perusteli myös sillä seikalla, että vertailuperusteilla oli todellista merkitystä toteutettavan rakennusurakan arvoon, eli niillä oli liityntä hankinnan kohteeseen. Tapauksessa EUYTI luokitteli vertailuperusteita vain määrällisiin ja laadullisiin perusteisiin. Se totesi, etteivät yrityksen kokemus, tekniset suorituskyvyt ja alihankkijoiden taso ole ehdottomia vaatimuksia, eivätkä epäselviä ja niitä voidaan käyttää objektiivisesti ja konkreettisesti.<sup>295</sup> Tapauksesta on nähtävissä, että EUYTI jätti melko pitkälti hankintayksikön harkintavaltaan sen minkä kriteeriluokan mukaisesti hankintayksikkö saa informaatiota halutessaan arvioida.

EUYTI katsoi myös *AWWW* –tapauksessa<sup>296</sup>, joka annettiin Lianakis –ratkaisun jälkeen, että kokemusta voidaan käyttää vertailuperusteena. Erona Lianakis –tapaukseen linjaan on sen julkittuominen, että arvioitaessa kokemusta vertailuperusteena on arvioinnin kohteena oltava hankinnan todellisen suorittajan kokemus. Ratkaisu perustuu siihen, ettei kriteereitä

<sup>293</sup> T-4/01 *Renco SpA* (2003) Kok. II-00171.

<sup>294</sup> C-513/99 *Concordia* (2002) Kok. I-7213.

<sup>295</sup> T-4/01 *Renco SpA* (2003) Kok. II-00171, kohdat 67–69.

<sup>296</sup> T-211/07 *AWWW* (2008) Kok. II-106.



voida jakaa kategorisesti luokkiin, vaan kuten edellä on todettu, keskeinen merkitys on sillä miten ja missä suhteessa kriteeriä arvioidaan.<sup>297</sup>

Direktiivien tulkinta ei voi olla ristiriidassa kansallisten lakien ja lainulkinnan kanssa. Näin ollen on syytä korostaa keskeisiä tekijöitä, jotka rajoittavat myös kansallista oikeuskäytäntöä. Selkeän kaksivaiheisuuden vaatimuksen lisäksi unionin tuomioistuinten käytäntö viittaa siihen, ettei tarjousten vertailuperusteina voida käyttää kriteereitä jotka ilmenevät tarjoajan soveltuvuuden tarkistamiseen tarkoitettuina perusteina direktiiveissä, ainakaan sellaisenaan. Yleisesti ottaen vertailuperusteina eivät voi olla perusteet, joilla tarkistetaan tarjoajan kykyä toteuttaa hankinta. Soveltuvuuden suhteen GAT -tapaus asettaa varsin selvän säännön referenssien käyttöön vertailussa. Sen sijaan muiden perusteiden osalta sallittavuus ei ole näin selvää. Esim. osaamisen osalta EUYTI:n linjan mukaan on nimenomaisesti erotettava tarjouksen toteuttamisessa tarvittava osaaminen yleisestä osaamisesta, jotta sen käyttö vertailuperusteena olisi sallittua. Tähän verraten EUTI:n ratkaisulinja näyttää siltä, että se jakaa kriteerit kategorisesti hankintamenettelyn eri kriteeriluokkiin, tosin EUYTI:n ratkaistavana ei ole ollut vastaavalla tavalla perusteltua tapausta kuin EUYTI:n ratkaistavana esim. juuri AWWW –tapauksen osalta on ollut.

On kuitenkin syytä huomata, että EUTI:n ja EUYTI:n ratkaisukäytännöt ovat yhteensovittavissa. EUYTI:n ratkaisutapa vastaa kriteerien erottelemisen tarpeeseen nimenomaisesti riittävän yksilöinnin ja tarkkuuden kautta. Jos kriteeriluokkien erottaminen olisi todella tarkoitettu tehtävän kategorisesti, tämä olisi todennäköisesti tuotu selvästi esiin EUTI:n ratkaisukäytännössä ja myös EUYTI:n ratkaisukäytännön tulisi vastata tätä mallia. Näin ei kuitenkaan ole ollut. Edellä on myös tuotu esiin varsin painavia systemaattisia ja reaalisia argumentteja, jotka puhuvat kategorista jaottelua vastaan. Myös kansallinen oikeuskäytäntö näyttää noudattavan EUYTI:n kanssa vastaava mallia, vastauksena EUTI:n ratkaisuihin.

### 6.3.5 Kansallinen käytäntö

Kansalliset lainkäyttäjät joutuvat toimimaan edellä esitetyn Unionin oikeuskäytännön puitteissa, erityisesti tämä vaikuttaa EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. Erot kansallisiin hankintoihin ovat tässä suhteessa kuitenkin varsin pieniä. Konsistenssin, koherenssin ja oikeusvarmuuden kannalta sekä hankintadirektiivien ja lakien pohjautuessa samoihin oike-

<sup>297</sup> T-211/07 AWWW (2008) Kok. II-106, kohdat 59–61, *Lee* P.P.L.R 2/2010 s. 54–56, sekä *Pöykkylä* 2011, s.13.

usperiaatteisiin ei voida katsoa perustelluksi sitä, että käytännöt poikkeaisivat huomattavasti toisistaan.

Kansallisessa käytännössä keskeinen tapaus on KHO 2003:89. Tapaus koski vielä vanhaa hankintalakia, mutta koska uusi laki ei muuttanut oikeustilaa ja ko. ratkaisuun on viitattu nykyisen hankintalain esitöissä, voidaan kyseisen ratkaisun oikeusohjeita pitää edelleen relevanttina.

KHO 2003:89: Tapauksessa oli kyse päällystystyöurakoiden tekemisestä. Ratkaisun perusteissa KHO toteaa yleisesti hankintamenettelyn olevan kaksijakoinen, jossa ensin tarkistetaan tarjoajien kelpoisuus ja sitten arvioidaan tarjousten keskinäinen paremmuus niiden tarjoajien kesken, joita ei ole suljettu tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tapauksessa kelpoisuusvaatimuksena olivat mm. urakoijan luotettavuus, vakavaraisuus ja ammattitaitoisuus. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina oli käytetty hintaa ja laatua, laadun vertailuperusteena olivat luotettavuus (alakohtina: yhteistyökyky, sopimusten täyttäminen, referenssit ja paikallistuntemus), vakavaraisuus (taloudellinen asema), ammattitaito (laatujärjestelmä, RALA ry:n jäsenyys, tekninen kapasiteetti, kalusto) ja kiviainesten laatuluokka (tarjottujen kiviainesten lujusluokat). KHO huomautti vertailukriteerien olleen monin kohdin samoja kuin soveltuvuus-kriteerit. Erityisesti KHO kiinnitti huomiota siihen, ettei hankintaa koskevista asiakirjoista käynyt ilmi oliko hankintayksikkö, ja jos oli, niin miten, tehnyt eron siitä päättämisen välillä, mitkä tarjoajat täyttivät kelpoisuusvaatimukset ja mikä tarjouksista oli kokonaistaloudellisesti edullisin. Hankintayksikkö ei ollut sulkenut tarjousmenettelyä yhtään tarjoajaa. Vertailukriteerien osalta KHO erikseen totesi, että taloudellista asemaa koskeva kriteeri ja eräät muut kriteerit, riippuen niiden soveltamisesta, liittyvät lähinnä tarjoajan kelpoisuusvaatimusten arviointiin. Näin ollen se katsoi hankintamenettelyn olleen hankintalain vastainen, koska siinä ei tehty riittävää eroa tarjoajan taloudellista ja teknistä kelpoisuutta koskevan arvioinnin ja tarjousten vertailun välillä. Lisäksi tarjousten vertailussa KHO katsoi otetun huomioon seikkoja jotka olisi pitänyt ottaa huomioon arvioitaessa tarjoajien kelpoisuutta.

Tapauksessa on syytä kiinnittää huomiota tapaan jolla KHO arvioi kriteerien kuulumista eri luokkiin. Arvioidessaan kriteerien kuulumista soveltuvuuden tai tarjousten vertailun luokkaan KHO ottaa lähtökohdaksi kriteerin sanamuodon, luonteen ja kohteen. Tähän viittaa tapauksessa käytetty ilmaisu ”liittyvät lähinnä”. Lopullinen arvio kriteerin kuulumisesta tai kuulumattomuudesta tarjousten vertailuun ei ratkea puhtaasti sanamuodon mukaan.

Mikäli kriteeri on luonteeltaan enemmän soveltuvuusehtoihin kuuluva eli se sanallisesti tulkittuna on lähempänä soveltuvuusehtoa, on merkitystä vielä sillä, miten kriteeriä sovelletaan ja miten hankintayksikkö on ilmoittanut soveltavansa sekä tosiasiallisesti soveltanut kriteeriä. On kuitenkin huomattava, että jotkin kriteerit koskevat luonteeltaan tarjoajaa niin selvästi, ettei järkevällä ja odotetulla soveltamisella niistä saada tarjouksia koskevia. Tällaiset kriteerit koskevat välttämättä ensisijaisesti tarjoajaa. Hyvänä esimerkkinä tästä voidaan käyttää em. tapauksessakin ollutta taloudellista asemaa koskevaa kriteeriä.

Toinen tapauksesta esiin nouseva seikka on riittävän eron tekeminen tarjoajien soveltuvuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun välille. Tältä osin oikeusohje on hyvin selvä, hankintayksikön on tehtävä ero soveltuvuusperusteiden ja vertailuperusteiden välille. Tämän erotelun ja miten se tehdään, on ilmentävä tarjousasiakirjoista. Riittävän eron tekeminen näyttääkin olevan vastaus EUTI:n ratkaisukäytäntöön, jossa soveltuvuus-kriteereitä ei voida sellaisenaan käyttää tarjousten vertailussa. Jäljempänä käsitellyistä markkinaoikeuden tapauksista nähdään, että MAO:n käytäntö perustuu keskeisesti näiden seikkojen huomioimiseen.

Kaksivaiheisuuden kannalta onkin syytä erottaa tilanteet, joissa hankintayksikkö ei ole noudattanut hankintamenettelyn vaiheittaisuutta ja sotkenut soveltuvuusperusteet ja vertailuperusteet *de facto* keskenään. Tällaiset sotketut kriteerit eivät voi edes täyttää vaiheittaisuuden vaatimusta. Toisaalta on tilanteita, joissa hankintayksikkö on periaatteessa oikein erotellut soveltuvuuden tarjousten vertailusta. Näissä tilanteissa tarkasteltavaksi tulee se, millä tavoin riittävä ero on tehty ja ilmeneekö se selvästi hankintaa koskevista asiakirjoista. Jälkimmäinen tilanne kytkeytyy hankintamenettelyn kriteereitä koskevaan avoimuusvelvoitteeseen.

### *6.3.6 Riittävän eron tekeminen*

Mikäli hankintayksikkö haluaa käyttää tarjousten vertailussa läheisesti soveltuvuus-kriteeriltä vaikuttavaa kriteeriä, on sen tehtävä riittävä ero soveltuvuuden arvioimisen ja tarjousten vertailun välille. Tässä doktriinissa on erotettavissa kaksi asiaa, jotka hankintayksikön on tehtävä, jotta sen katsotaan tehneen riittävä ero kriteeriluokkien välille. Ensimmäinen on sen osoittaminen, että käytettävällä kriteerillä on vertailukriteeriltä edellytettävä ensisijainen liityntä hankinnan kohteeseen. Toinen on avoimuuden vaatimuksen mukaisesti tämän eron selväksi tekeminen tarjoajille tarjouspyyntöasiakirjoissa.

Ensimmäisessä, liittynän vaatimukseen kytkeytyvässä, eron tekemisessä hankintayksikön on osoitettava käyttävänsä kriteeriä tarjouksen funktionaalisen tai horisontaalisen laadun mittaamiseen, ja ettei käytetyllä kriteerillä ole ensisijaisesti tekemistä soveltuvuusarvion kanssa. Hankintayksikön tulee juridisesta näkökulmasta osoittaa, että kyseisellä kriteerillä on vertailuperusteelta edellytetty liittynä hankinnan kohteeseen, eikä kyse ole soveltuvuusperusteen mukaisesta liittynästä.<sup>298</sup> Keskeistä tässä osoittamisessa on se, että käytetyllä kriteerillä tulee olla ensisijaisesti merkitystä tarjouksen laadun kannalta.<sup>299</sup> Tämä tarkoittaa sitä, ettei kyse ole ensisijaisesti soveltuvuus-kriteeristä, jolla on välinearvoa myös laadun kannalta, kuten soveltuvuus-kriteereillä voi tietyissä tapauksissa olla.<sup>300</sup> Sillä, että vertailuperusteella on välinearvoa soveltuvuusarvioon, ei ole merkitystä, koska soveltuvuus on tullut tarkistaa ennen tarjousten vertailua.<sup>301</sup> Toisaalta hankintalaki ei kiellä sitä, että kriteereillä on välillistä arvoa toisilleen. Vertailussa käytettävän tarjoajan ominaisuuden liittynän hankinnan kohteeseen tulisi olla oleellinen ja selkeä. Lisäksi itse arvioinnin tulisi olla laadullista<sup>302</sup>.

Koska vertailuperusteen on oltava merkityksellinen tarjousten vertailun kannalta, on eron tekemisessä erityisen tärkeää se, että tarjousten arvioinnin kannalta keskeinen osa-alue, jolla on todellista merkitystä tarjousten arvioinnissa, erotetaan yleisestä lähtökohtaisesti soveltuvuutta koskevasta perusteesta. Teoreettisesti tarkasteltuna liittynän vaatimus kohdistetaan hankinnan kohteen ja sen laadun kannalta keskeisen tekijän kohdalle, samalla kääntäen soveltuvuus-kriteerin välinearvon vertailuperusteelle välittömäksi ja ensisijaiseksi. Tällöin käytetystä lähtökohtaisesti tarjoajaa koskevasta kriteeristä tosiasiallisesti muodostuu vertailukriteeri. Tämä näkyy esim. siinä, että mikäli arvioinnin kohteena on tarjoajan osaaminen, tulee tämä osaamisvaatimus kohdistua läheisesti hankinnan tosiasiallisesti suorittavan henkilöstön osaamiseen. Tällä osaamisella on oltava myös todellista merkitystä tarjouksen laatutekijänä.

<sup>298</sup> *Ukkola LM 2/2011, s.326–327.* Soveltuvuusperusteen liittynän vaatimus täyttyy silloin kun kyse on perusteesta joka koskee ehdokkaan tai tarjoajan edellytystä toteuttaa hankinta. Vertailuperusteelta edellytettyä liittynän vaatimusta on käsitelty edellä.

<sup>299</sup> Huomioi tässä suhteessa lisäksi kriteerin objektiivisuusvaatimus, eli kriteerin tulee myös objektiivisesti arvioiden mitata tarjouksen laatua kyseiseltä osalta.

<sup>300</sup> Ks. s. 84–85.

<sup>301</sup> Esim. Hankinnan kohteen toteuttajan ammattitaito on osa koko tarjoajan ammattitaitoa.

<sup>302</sup> *Pöykkylä Edilex 2010, s.7 Ekroos – Nissinen Edilex 2007, s.13,* tuovat esiin saman olennaisuuden vaatimuksen myös käytettäessä ympäristöllisiä vertailuperusteita.

MAO 268/2013 (Ei lainvoimainen): Tapauksessa oli kyse EU-kynnysarvot ylittävästä lehden kustantamista koskevasta palveluhankinnasta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden laatua koskevana vertailuperusteina olivat mm: kustannuspäällikön pätevyys, kustannuspäällikön kokemus alasta sekä esimiestehtävistä, palvelun toimitusjärjestelmä ja ohjelmistot, menetelmät, palaute- ja kehittämisjärjestelmät ja journalistinen ja tekninen tuki. Soveltuvuutta oli arvioitu osin päällekkäisellä perustella ”ammattillinen pätevyys”. Tarjoajan ammatilliselle pätevyydelle oli soveltuvuuden vähimmäisvaatimukseksi asetettu vähintään kolme referenssiä yli 10 000 kappaleen viikoittain ilmestyvän lehden kustantamisesta tarjouspyynnön päiväystä edeltäneen kolmen vuoden ajalta. Tarjousten vertailussa ammatillista pätevyyttä oli mitattu ainoastaan kustannuspäällikön osalta. Arviointiperusteina olivat: kustannuspäällikön koulutus, henkilötyövuosina laskettu kokemus, alaisten määrä ja kustannuspäällikön tuottamien lehtien lukumäärä, ilmestymistiheys ja monipuolisuus. MAO katsoi, että kyseiset vertailuperusteet voivat vaikuttaa palvelun toteuttamisen tehokkuuteen ja laatuun. MAO myös totesi, että tarjouspyynnön perusteella oli tullut selväksi, että näitä kohtia koskevia selvityksiä tullaan käyttämään tarjousten vertailussa. Erityisesti MAO huomautti, että kustannuspäällikön pätevyys ja kokemus liittyy palvelun tuottamiseen ja tarjoajan tekniselle suorituskyvyille sekä ammatilliselle pätevyydelle asetetut soveltuvuusvaatimukset kosivat vain tarjoajayritystä. MAO katsoi, että tarjouspyynnössä oli riittävästi eroteltu tarjoajan soveltuvuus tarjousten vertailusta.

Edellä kuvatussa tapauksessa olivat vertailuperusteena ja soveltuvuusperusteena käytetyt kriteerit osin päällekkäiset. Varsinkin vertailuperusteiden osalta, ilman selvennystä, kyse oli helposti soveltuvuudeksi katsottavasta kriteeristä. Vertailukriteerillä oli mitattu palvelun toteuttamisen kannalta keskeisen henkilön eli kustannuspäällikön osaamista, jolla oli merkitystä tarjousten laadun kannalta, ei koko tarjoajan ammatillista pätevyyttä yleisesti.<sup>303</sup>

MAO 536/2009: Hankinnan kohteena olivat lakisääteiset tilintarkastuspalvelut sekä ko. toimintaan liittyvät valmistelutehtävät ja kuntakonserniin kuuluvien yhtiöiden ja yhteisöjen tilintarkastus sekä EU-projektien tarkastus. Kyseessä oli EU-kynnysarvot ylittävä hankinta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina olivat: hinta, vastuullisen tilintarkastajan kokemus julkisyhteisön tarkastuksesta, tarjottavan avustavan tarkastajan työkokemus kuntien taloushallinnosta ja tilintarkastuksesta, valmistelupalveluita tuottavan henkilön työkokemus kunnallishallinnon valmistelutehtävistä sekä vastuullisen tarkastajan HTM/KHT-

---

<sup>303</sup> Huomaa vastaavuus EUYTI:n AWWW –tapaukseen. (T-211/07 AWWW (2008) Kok. II-106.) Käsitelty edellä.

pätevyys. Kaikkia kokemusta koskevia perusteita arvioitiin kokemusvuosiin perustuvien taulukoiden perusteella.

MAO kiinnitti huomiota siihen, että hankinnan kohteena olevat tilintarkastuspalvelut ovat lailla säänneltyä toimintaa jossa lainsäädäntö asettaa jo kokemusta koskevia vaatimuksia. MAO katsoi, että kyse on kuitenkin sellaisesta palvelusta jossa toteuttamiseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaisella kokemuksella ja osaamisella on merkitystä palveluiden toteuttamisen tehokkuuden ja laadun kannalta. Näin ollen kokemuksen ja osaamisen arvioiminen hankinnan kohteeseen liittyvinä vertailuperusteina oli mahdollista. Kyseisiä seikkoja ei voitu pitää vain soveltuvuuden arviointiin liittyvinä tekijöinä. Huomiota kiinnitettiin vertailuperusteiden esitettyyn sisältöön eli siihen, että kokemusta on arvioitu hankinnan kohteen kannalta merkityksellisillä kokemusvuosilla. Esim. vastuulliselta tilintarkastajalta edellytettiin kokemusta julkisyhteisön tarkastamisesta, avustavalta tarkastajalta työkokemusta kuntien taloushallinnosta ja kuntien tilintarkastuksesta jne. Vertailu perustui tilintarkastajien ansioluettelosta ilmeneviin yksilöityihin tietoihin aikaisempien tarkastuskokemusten sisällöstä, eikä pelkästään alalta yleisesti saatuun kokemukseen. MAO katsoi, että vertailuperusteet olivat liittyneet palveluiden laadukkaaseen ja tehokkaaseen suorittamiseen ja olivat siten hankinnan kohteen kannalta merkityksellisiä.

Koska kriteeriä voidaan käyttää vain siltä osin, kun sillä on todellisuudessa vaikutusta tarjousten kokonaistaloudellisuuden arvioinnissa, ei tarjoajan koko soveltuvuuden arvioiminen uudelleen tarjousten vertailuvaiheessa (lähes) sellaisenaan ole mahdollista. Tämä tarkoittaa myös sitä, ettei eroa voida tehdä pelkästään antamalla kriteereille eri nimitykset tai vertailemalla näennäisesti jotain soveltuvuuden osatekijää vertailuperusteena kuin soveltuvuusvertailussa. Tällöinhän ei tosiasiallisesti tehdä riittävää eroa tarjoajan ominaisuuksien ja kelpoisuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun välille. Saman selvitysmateriaalin käyttäminen on sinänsä mahdollista, näitä täytyy kuitenkin lähtökohtaisesti arvioida eri tavoin eri kriteeriluokkien kohdalla.

MAO 406/2012: Hankintayksikkö oli kilpailuttanut EU-hankintailmoituksella maastomallipalveluiden hankinnan. Soveltuvuutta oli arvioitu mm. toimeksiantoihin osallistuneen henkilöstön referensseillä ja annetuilla selvityksillä työhön perehtyneiden asiantuntijoiden pätevydestä ja kokemuksesta. Toisaalta tarjousten laadun vertailussa oli arvioitu projektipäälliköiden, mittausdatakäsittelijän ja mittaajien osaamista ja kokemusta heidän referenssiensä vastaavuuden, tuoreuden ja lukuisuuden sekä kokemusalojen ja kokemusvuosien perusteella. Markkinaoikeus totesi, että soveltuvuuden arvioinnissa huomioitiin samoja seikkoja kuin tar-

jousten vertailussa. Erityisesti se kiinnitti huomiota siihen, että avainhenkilöiden osaamisen ja kokemuksen osalta oli tullut huomioida samoja asioita. Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö olivat tältä osin hankintasäännösten vastaisia.<sup>304</sup>

Vertailuperusteiden ja soveltuvuusvaatimusten erottelussa on aina tarkasteltava kriteerin käyttötarkoitusta hankinnan kontekstissa ennen kuin sen luokka on määritettävissä. Ainoa tilanne jossa ilman tätä tarkastelua voidaan todeta riittävän eron jääneen tekemättä, on tilanne jossa soveltuvuusperusteena ja vertailuperusteena on käytetty täysin samaa perustetta.<sup>305</sup>

Toisessa eron tekemisen osa-alueessa on kyse tarjouspyynnön selkeydestä. Tarjoajien täytyy olla tietoisia siitä minkä selvityksen perusteella minkäkin kriteerin täyttymistä arvioidaan. Tässä on kyse tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteesta johtuvasta edellytyksestä ja avoimuuden periaatteeseen kytkeytyvästä vaatimuksesta, että tarjoajat pystyvät itse arvioimaan mikä merkitys milläkin heidän toimittamallaan selvityksellä, asiakirjalla ja liitteellä on tarjouksen eri vaiheiden arvioinnin kannalta. Hankintayksikön on siis hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa kommunikoitava tarjoajille mitä arvioidaan, mitä selvityksiä arvioinnissa käytetään ja miten arviointi tehdään.<sup>306</sup>

Mikäli hankinnassa käytetään samaa tai samankaltaista seikkaa niin soveltuvuuden arvioinnissa kuin tarjousvertailussakin on eron tekemisessä myös varmistettava se, että tarjoajat ymmärtävät miltä osin on kyse tarjousten vertailusta ja miltä osin soveltuvuuden arvioinnista. Riittävä ero soveltuvuuden ja tarjousvertailun välille on tehtävä siitä huolimatta onko soveltuvuusperusteena todellisuudessa käytetty samaa tai samankaltaista seikkaa kuin tarjousvertailussa. Tämä johtuu siitä, että tarjoaja voi käsittää sinänsä validin vertailuperusteen olevankin soveltuvuusperuste, jos eroa ei ole tehty. Tämä vaikuttaa taas suoraan kriteerin luokan arviointiin. Tällaisen eron tekeminen koskee tilanteita, jossa vertailuperuste näyttää ensi näkemältä pikemminkin soveltuvuusperusteelta. Kyse on siis pitkälti samasta avoimuuden velvoitteesta kuin tarjouspyynnöltä ja vertailuperusteilta muutenkin edellytetään. Tässä suhteessa hankintayksiköltä edellytetään kuitenkin suurempaa tarkkuutta ja sitä, että se tekee tarjoajille selväksi varsinkin soveltuvuusperusteen ja samaa aihetta koskevan vertailuperusteen välisen eron.

---

<sup>304</sup> Ks. myös MAO 142/2012.

<sup>305</sup> *Ukkola* LM 2/2011, s. 333.

<sup>306</sup> Ks. kappale 4.

Saatavien perintäpalveluita koskeneessa kansallisessa hankinnassa MAO 183/2009 on tuotu esiin tämä avoimuutta koskeva velvoite hyvin: ”Eräät seikat voivat liittyä joissakin tapauksissa tarjoajan soveltuvuuden ja toisissa tapauksissa taas tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioimiseen. Hankintamenettelyn avoimuus ja tasapuolisuus kuitenkin edellyttävät, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla on merkitystä yhtäältä tarjoajien soveltuvuutta ja toisaalta tarjousten kokonaistaloudellista paremmuutta arvioitaessa. Yksittäisessä hankinnassa ei näistä syistä tulisi lähtökohtaisesti käyttää samoja seikkoja sekä tarjoajan soveltuvuusvaatimuksina että tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina ainakaan yksilöimättä jo tarjouspyyntöasiakirjoissa, mitä tietoja tarjoajilta edellytetään minkäkin asian arvioimiseen ja kuinka nimettyjä seikkoja on tarkoitus soveltaa kussakin tarkoituksessa.”

Eron tekeminen ei lähtökohtaisesti ole erilaista vaikka hankintayksikkö soveltaisi 72 §:n mukaisia soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittäviä perusteita tarjousten vertailussa. Tältä osin hankintayksikön on selvitettävä miltä osin se aikoo soveltaa kyseisiä vähimmäisvaatimukset ylittäviä perusteita tarjousten vertailussa, ja tehdä näin selvä ero soveltuvuuden arvion ja tarjousten vertailun välille.

Esim. tapauksessa MAO 94/2011 hankintayksikkö oli asettanut vertailuperusteiksi perusteita, joita se käytti myös soveltuvuuden arvioinnissa. MAO katsoi, ettei hankintayksikkö ollut tehnyt riittävää eroa soveltuvuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun välille, kun tarjousasiakirjoista ei käynyt ilmi miten vähimmäisvaatimuksia ylittäviä selvityksiä tullaan arvioimaan hankintalain 72 §:ssä tarkoitettulla tavalla tarjousten vertailussa.

Kaksivaiheisuuden kriteerien jaottelun osalta keskeisessä osassa ovat samat asiat kuin kohdassa 4.4 käsitellyssä vertailukriteerien oikeudellisessa arviossa on esitetty. Tulkitsija on kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen henkilö. Vertailu- ja soveltuvuus-kriteerien jaossa selkeänä lähtökohta on hankinnan kohde sekä tarjouspyynnöstä ilmenevä kriteerin sanamuoto. Jaottelussa otetaan huomioon mitä tarjouspyyntöasiakirjoista ilmenee kyseisten kriteerien osalta (arviointikohdat, soveltaminen) ja tuomioistuimien tulkitsee sitä, miten edellä esitetty tulkitsija ne ymmärtää. Arviointi etenee myös samalla tavalla. Ensin tutkitaan ilmoitettujen vertailuperusteiden hyväksyttävyyttä, tämän jälkeen arvioidaan itse arviointikohde, jos sen katsotaan olevan tarpeellista. Kansallisessa oikeudellisessa arvioinnissa ei ole löydettävissä tapauksia, joissa kriteerit olisi jaettu kategorisesti eri luokkiin niiden pel-



kän sanamuodon perusteella. Ylipäänsä tällaisen jaottelun välttäminen käy selväksi yleisesti ratkaisuisissa käytettävistä sanavalinnoista, joissa kriteerin katsotaan kuuluvan esim. ”ositain”, ”enemmän”, ”lähtökohtaisesti” soveltuvuuden arviointiin kuin tarjousten vertailuun. Kotimaisessa oikeuskäytännössä kriteerien jakamisen kohdalla otetaan huomioon kaikki selvitys, jonka perusteella katsotaan, miten edellä esitetty tarjouspyynnön tulkitsija on kriteerien käytön ymmärtänyt.

MAO 183/2009: ”Vertailuperusteet ”taloudellinen vakavuus” ja ”referenssit” kuten myös kolmas yritystä koskeva vertailuperuste ”tekniset valmiudet ja välineet, kapasiteetti” ovat jo luonteeltaan viitanneet lähtökohtaisesti enemmän tarjoajan soveltuvuuden kuin tarjousten keskinäisen paremmuuden arviointiin liittyviin seikkoihin. Hankintayksikkö ei ole tarjouspyynnössä yksilöinyt edellä mainittujen vertailuperusteiden sisältöä tarkemmin. Kun kaikki tarjouspyynnössä yrityksen osalta pyydetty selvitykset ovat tarjouspyynnössä ilmoitetunkin mukaisesti liittyneet nimenomaisesti tarjoajan soveltuvuuden eivätkä tarjousten keskinäisen paremmuuden arviointiin liittyviin seikkoihin, markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö ei ole tehnyt tarjouspyynnössään riittävää eroa tarjoajan soveltuvuuden ja tarjousten laadun arviointiin liittyvien seikkojen välillä vaan on käytännössä sanottujen seikkojen osalta samastanut tarjoajien soveltuvuusarvioinnin ja tarjousten laatuvertailun.”<sup>307</sup>

Koska kriteerin määrittymistä vertailuperusteeksi määrittää sen ensisijainen liityntä hankinnan kohteeseen, on hankinnoissa mahdollista, että lähtökohtaisesti enemmän soveltuvuuskriteeriltä vaikuttava tai tarjoajan ominaisuutta koskeva kriteeri on todellisuudessa vertailuperuste. Tästä syystä huomioidaan jokaisen kriteerin osalta kaikki tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetty selvitys, jonka perusteella päätellään koskeeko kriteeri tarjouspyynnön mukaan tulkittuna enemmän tarjoajaa ja soveltuvuutta vai tarjousten vertailua. Huomioon otetaan siis niin kriteerin nimi, kuin arviointikohde tai -kohteet, miten näitä on ilmoitettu arvioitavan ja on todellisuudessa arvioitu. Mikäli tällaista selvitystä ei tarjouspyyntöasiakirjoista ilmene, kohdistuu arvio pelkästään kriteerin sanamuotoon. Tämä menettely on looginen kun huomioidaan kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen tarjoajan lähtökohta. Selvityksen puute aiheuttaa sen, että kriteeriä pidetään soveltuvuuden alaan kuuluvana, joka johtuu puhtaasti kriteerin sanamuotoon perustuvasta tulkinnasta.

---

<sup>307</sup> Ks. myös MAO 503/2011.

Kriteerin luokan määräytyessä liitynnän vaatimuksen kautta on ilmeistä, että niin hankintalain 62 kuin 72 §:nkin kannalta on tarjoajan ominaisuuksien ja osaamisen huomioiminen mahdollista kokonaistaloudellisen edullisuuden määrittämisessä. Tämä edellyttää tietenkin, että hankinnan kontekstissa käytetyllä kriteerillä on vaikutusta hankinnan kohteen laadun kannalta. Tässä suhteessa herääkin kysymys mikä ero pykälillä on voimassa olevan oikeuden kannalta?

Hankintalain 72 §:n mukaisessa kokonaistaloudellisuuden arvioissa lainsäätäjä on jo tehnyt kannanoton siihen, että tietyillä lähtökohtaisesti soveltuvuuden arvioon kuuluvilla perusteilla voi olla vaikutusta myös tarjousten keskinäisen paremmuuden arvioimisessa. Näin ollen 72 §:n mukaisessa arvioissa ei välttämättä tarvitse erikseen ottaa kantaa siihen, että lähtökohtaisesti enemmän soveltuvuuteen kuuluvalta vaikuttavalla kriteerillä voi olla merkitystä tarjousten keskinäisen paremmuuden arvioinnissa. Sen sijaan 62 §:n mukainen arvio edellyttää näissä tapauksissa ko. kannanottoa. Asiassa on kuitenkin huomattava se, että hankinta voi edellyttää 72 §:n mukaista kannanottoa siihen, että hankinnan kohde on sellainen jossa hankinnan toteuttamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammatitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys.

Esimerkkinä tästä voidaan käyttää kohdassa 3.3.3 esiteltyä tapausta MAO 84/2009. Tapauksessa MAO katsoi, ettei hankinnan kohteena olleessa kansallisessa vakuutusmeklaripalveluhankinnassa ollut kyse 72 §:n mukaisesta, siinä määrin tarjoajan erityisestä ammattitaitoa tai kokemusta edellyttävästä hankinnasta, että sen perusteella hankintayksikkö olisi voinut arvioida tarjouksen vertailuperusteena esitetyjä referenssejä. Tämä johtui siitä, että vakuutusedustuksen alaan kuuluvia palveluita valvotaan jo vakuutusedustuksesta annetun lain mukaisesti ja ko. laissa säännellään jo vakuutusedustajien ammattipätevyydestä. Mikäli kyseiseen hankintaan olisi sovellettu 62 §:ää, olisi tuomioistuimen tullut ottaa kantaa yleisemmin käytetyn perusteen sallittavuuteen. Arvio olisi siis edellyttänyt kannanottoa siihen, voiko kyseisellä perusteella olla merkitystä hankinnan kohteen laadun kannalta. Hankintalain 72 §:n osalta tämä arvio sisältyy jo itsessään lain säännökseen. Kannanoton jälkeen tuomioistuin olisi vasta voinut todeta, ettei kyseisellä perusteella ole voinut arvioida tarjousten laatua.

Johtuen *GAT* -tapauksen<sup>308</sup> oikeusohjeesta ei EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa voida käyttää vertailuperustetta, joka todellisuudessa mittaa pelkkää referenssien lukumäärää, koska pelkällä referenssien lukumäärällä ei saada tietoa tarjousten paremmuudesta. Kansallisten hankintojen osalta on oikeuskäytännössä omaksuttu referenssien osalta sama linja kuin EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnoissa. Asiaa on selvennetty esim. tapauksessa MAO 232/2009. Tapauksessa oli kyse kansallisella hankinnalla toteutettavasta toissijaisesta pesulapalveluhankinnasta, jonka yhdeksi vertailuperusteeksi oli ilmoitettu referenssit:

MAO viittasi ensin *GAT* -tapauksen oikeusohjeeseen, josta se nosti esiin EUTI:n näkemyksen referenssilistojen käytön kiellolle eli sen, ettei referenssilistojen perusteella voida selvittää hankintayksikölle taloudellisesti edullisinta tarjousta. Tämän jälkeen MAO toi esiin hankintalain 72 §:n mukaisen mahdollisuuden käyttää soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittäviä perusteita, kun palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys.

Koska kyse oli toissijaisesta palveluhankinnasta, MAO otti lisäksi huomioon esitöissä esitetyn huomion, että *GAT* -tapauksen oikeusohje voi olla liian rajoittava ja näin ollen siitä on kansallisella tasolla tarkoitettu jätettävän mahdollisuus joustaa arvioinnissa tarvittaessa. Samalla MAO korosti kuitenkin sitä, että myös kansallisessa hankinnassa tarjousten valinnassa käytettävien vertailuperusteiden tulee pääsääntöisesti liittyvä hankinnan kohteeseen ja ettei kansallisen 72 §:n mukaisen hankintamenettelyn poikkeamismahdollisuus saa johtaa EU:n perustamissopimusten vastaisella tavalla tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun.

MAO myös huomioi sen, ettei tässä tapauksessa ollut kyse sellaisesta hankinnasta, joita oli esimerkkeinä mainittu hallituksen esityksessä. Toisaalta MAO huomioi myös sen, että vertailuperusteen soveltamisen lähtökohtana oli referenssien lukumäärä ja vertailu olennaisesti perustui kyseiseen lukumäärään. Näin ollen se katsoi, että johtuen EUTI:n oikeuskäytännöstä sekä hankintalain 72 §:n säännöksistä myös kansalliset kynnysarvot ylittävässä hankinnoissa on lähtökohtana se, että käytetyt vertailuperusteet ovat laadultaan sellaisia, että niillä voidaan selvittää mikä tarjouksista on hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisin tarjoajan erityisen ammattitaidon tai kokemuksen vuoksi.

MAO päätteli näin, että pelkkä referenssiluettelon käyttö vertailuperusteena ei ole sallittua. Käytettäessä referenssejä tulisi niillä olla merkitystä kysymyksessä olevan hankinnan suorittamisen kannalta ja tästä johtuen myös merkitystä sen suhteen, mikä tarjouksista muodostuu

<sup>308</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok, I-06351.

hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi. Kyseisen hankinnan osalta se tote-  
 si, ettei tarjouspyynnön referenssejä koskenut vertailuperuste ollut omiaan tuomaan tietoa  
 hankinnan kohteen kannalta tarjoajilla olevasta olennaisesta pätevyydestä, kokemuksesta tai  
 ammattitaidosta. Näin ollen perusteella ei myöskään voitu selvittää mikä tarjouksista muo-  
 dostuu hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi. Lopuksi MAO vielä huo-  
 mautti, että referenssien käyttö vertailuperusteena johtaa helposti tilanteeseen jossa alalle  
 pyrkivää yritystä kohdellaan muihin alalla jo oleviin toimijoihin nähden syrjivästi.<sup>309</sup>

Referenssien käyttö on katsottu kansallisessa oikeuskäytännössä sallituksi, niin EU-  
 hankinnoissa kuin kansallisissakin hankinnoissa, silloin kun se on oleellisesti liittynyt han-  
 kinnan tehokkuuteen ja laatuun ja hankintayksikkö on määritellyt käytettävät referenssit  
 laadullisesti. Laadullisella määrittelyllä näytetään tarkoittavan sitä, että referenssikohteiksi  
 käyvät hankinnan kohteen kannalta olennaiset referenssit.

MAO 528/2011: EU-kynnysarvot ylittänyt hankinta koski peruskorjaushankkeen näyttämö-  
 tekniikkatöitä. Hankintayksikkö oli käyttänyt vertailuperusteena tarjotun henkilökunnan ko-  
 kemusta. Kokemuksen kohdalla se oli arvioinut urakoitsijan nimeämien projektipäällikön ja  
 vastuullisen suunnittelijan kokemusta vastaavista vähintään 1 miljoonan euron arvoisista te-  
 atteri- tai oopperaprojekteista. Arvio tehtiin referenssien lukumäärällä. MAO katsoi, että  
 hankintayksikkö oli määritellyt käytettävät referenssit laadullisesti koska pisteitä pystyi saa-  
 maan ainoastaan vähintään miljoonan euron suuruista vastaavanlaisista teatteri- ja ooppe-  
 raprojekteista.

Käytettävien referenssien määrittely kuitenkin siten, että niissä huomioidaan vain hankin-  
 taysyksikölle itselleen tai siihen läheisesti liittyvälle yksikölle tehdyt työt katsotaan tasapuo-  
 lisen ja syrjimättömän kohtelun vastaiseksi. Tämä johtuu siitä, että kriteeri edellyttää sil-  
 loin käytännössä aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa. Aikaisemman sopi-  
 mussuhteen vaatiminen on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kiellettyä, koska vaati-  
 mus suosii aiemmin hankintayksikön kanssa sopimussuhteessa olleita tarjoajia.

---

<sup>309</sup> Markkinaoikeuskäytännöstä on löydettävissä vastaavia tapauksia useampia, esim. MAO 185/2009: jossa  
 MAO kiinnitti lisäksi huomiota siihen, ettei tarjouksen vertailuperusteena tule käyttää sellaisia perusteita,  
 jotka liittyvät ehdokkaiden tai tarjoajien ominaisuuksiin. Lisäksi MAO toi tapauksessa esiin sen, että hankin-  
 taysyksikön on kyettävä perustelemaan käyttämänsä vertailuperusteiden hyväksyttävyyden. Tässä tapauksessa  
 perustelukyky tarkoitti, että hankintayksikön olisi tullut pystyä esittämään seikkoja, joiden perusteella refe-  
 renssien lukumäärällä on hankintayksikölle perusteltua merkitystä hankinnan kohteen taloudellisen edulli-  
 suuden kannalta.

MAO 406/2012: Pohjanmaan ELY-keskuksen toteuttamassa maastomallipalveluiden EU-hankinnassa soveltuvuuden ja tarjousten vertailussa käytettäviksi referensseiksi hyväksyttiin ainoastaan ELY-keskuksille ja Liikennevirastolle tehdyt työt. Menettely katsottiin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen vastaiseksi, koska se käytännössä edellytti aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikköön.

Edellä esitetyssä tapauksessa, jossa referenssien käyttö katsottiin sallituksi, kannattaa huomioida se, että pisteitä jaettiin asteikon mukaan. Maksimipisteet sai tapauksessa MAO 528/2011, jos referenssikohteita oli enemmän kuin 8. Näin ollen käytäntö ei myöskään muodostu samalla tavalla helposti syrjiväksi kuin MAO toi esiin tapauksen MAO 232/09 perusteluissa. Tässä suhteessa myös käytetty pisteytysmenetelmä voi vaikuttaa syrjimättömyyden arviointiin.

### *6.3.7 Liitteen B mukaisten palveluhankintojen joustavuusmahdollisuus*

Hankintalain 72 §:n osalta on HE:n perusteluihin kirjattu mahdollisuus joustaa etenkin toissijaisten palveluhankintojen osalta tarjousten valinnassa siitä mitä EU-kynnysarvot ylittävältä osalta on sääntely. HE:n perusteluissa on huomioiden erityisesti *GAT* – tapauksen<sup>310</sup> oikeusohje sekä hankintadirektiivin 44 artikla, jotka voivat perusteluiden mukaan rajoittaa kohtuuttomasti tarjousten valintaa. Lainsäätäjä on, perustuen tähän joustamismahdollisuuteen, asettanut hankintalain 72 §:ään mahdollisuuden käyttää soveltuvuuden ylittäviä perusteita kun palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityistä merkitystä.<sup>311</sup> Tämä kuitenkin jättää edelleen avoimeksi mahdollisuuden joustaa hankintamenettelyssä tarjouksen valintaa koskevassa sääntelyssä kansallisella tasolla, erityisesti toissijaisten palveluhankintojen suhteen, tukeutuen lainsäätäjän tarkoitukseen. Kansallisessa oikeuskäytännössä tätä mahdollisuutta on myös käytetty.

Seuraava tapaus on 72 §:n joustavuuden soveltamisen kannalta keskeinen kun hankinnan kohteena ovat liitteen b mukaiset palveluhankinnat. KHO otti tapauksessa nimenomaisesti kantaa MAO:n ratkaisukäytäntöön. Asian keskeinen oikeuskysymys KHO:ssa oli: ”Onko markkinaoikeus voinut mainitsemillaan tai muutoin markkinaoikeudessa tältä osin esiteillä perusteilla katsoa hankintayksikön menetelleen tarjouspyynnön laatimisessa ja tarjo-

<sup>310</sup> C-315/01 *GAT* (2003) Kok, I-06351.

<sup>311</sup> *HE 50/2006 vp*, s.116.

usten vertailussa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti ja kumota hankintapäätöksen tällä perusteella.”

KHO 2013:160 Hankintalain liitteen b mukaisessa hankinnassa oli kyse EU-kynnysarvon ylittäneessä yhteysalusliikennepalveluhankinnasta ja sen ohella tuotettavista öljyntorjuntapalveluista. Tarjousten vertailu oli jaettu kahteen osaan, laadun ja hinnan vertailuun. Tarjousten laadullinen arviointi ilmoitettiin tehtävän tarjoajan toimittaman alustavan toiminta- ja laatusuunnitelman perusteella. Tarjoajien tuli laatia ko. suunnitelma noudattaen tarjouspyyntöasiakirjan ohjeistusta, jossa todettiin, että asiakirjassa on esitetty palvelun tuottajan toiminta- ja laatusuunnitelman sisältöä koskevat vähimmäisvaatimukset niin tarjousvaiheen kuin tarjousvaiheen suunnitelmaa täydentävän yksityiskohtaisen suunnitelman osalta.

Tarjouspyynnössä mukana olleen pistetaulukon mukaan laadun arviointikohdat olivat:

- sopimuksen toteuttamiseen osallistuvan henkilöstön osaaminen ja sen kehittäminen sekä tiedonkulusta huolehtiminen 10 %
- toiminnan kuvaus sekä käytettävä kalusto (ikä rakenne/investoinnit) 25 %
- ali- ja materiaalihankintojen käytön periaatteet 5 %
- tavoitettavissa oloon liittyvät suunnitelmat sekä toimenpiteiden käynnistäminen ja tiedonkulku 20 %
- toiminnan laadunvarmistus ja dokumentointi 15 %
- työturvallisuus 5 %
- ympäristöön liittyvien asioiden huomiointi 5 %
- matkustajien huomiointi ja palvelu 15 %

Tapauksessa soveltuvuusperusteet koskivat tarjoajan taloudellista ja rahoituksellista tilannetta sekä teknistä suorituskykyä. Näistä ensimmäiseen kohtaan viittaavia vertailukriteereitä ei tarjouspyynnössä ollut. Teknisen suorituskyvyn osalta soveltuvuutena oli vaadittu, että tarjoajalla on vähintään yksi työsuhteessa oleva henkilö, jolla on vähintään vuoden kokemus Suomen olosuhteita vastaavasta vesiliikenteestä. Toinen soveltuvuus kriteeri tässä kategoriasa yksinkertaisesti ilmoitti, että hankintayksikköön sopimussuhteessa oleva palveluntuottaja saa käyttää palvelun toteuttamisessa alihankkijoita sopimuksessa määrättyä hyväksyttämismenettelyä noudattaen ja, että päivittäistä liikenteenhoitoa ei saa edelleen ketjuttaa ensimmäistä alihankintaporrasta pidemmälle.

Tarjouspyynnössä arviointi ilmoitettiin tehtävän tältä osin niin, että asiantuntijoista muodostava arviointiryhmä arvioi jokaisen kohdan kerrallaan siten, että jokainen arvioija arvioi itse-

näisesti koko aineiston ja antaa pisteet joista lasketaan keskiarvo ko. kohdalle. Arviointi tehtiin asteikolla 1-10. Yksittäisessä kohdassa viiden pisteen saaminen tarkoitti, että arvioijan käsityksen mukaan kyseinen kohta vastaa toiminnan toteuttamisen edellytyksiä. Jostain arviointikohdasta alle 0,5 pisteen saaminen antoi hankintayksikölle oikeuden hylätä tarjouksen. Kohdista ”toiminnan kuvaus ja käytettävä kalusto” sekä ”tavoitettavissa oloon liittyvät suunnitelmat sekä toimenpiteiden käynnistäminen ja tiedonkulku” hylkäämisen raja oli kuitenkin alle 3,6 pistettä. Lopuksi arviointikohteet kerrottiin painoarvokertoimella, jolloin saatiin tarjouksen laatuasteet kohdittain. Laskemalla nämä pisteet saatiin kokonaislaatuasteet. Kokonaisasteiden minimivaatimus oli 450 pistettä. Tarjouspyynnön mukaan tällaisella laatuasteinnolla varmistetaan, että tarjoajan laatusuunnitelma täyttää vähimmäisvaatimukset. Laatuasteinnon hyväksytysti läpäisseiden tarjoajien hintatarjoukset avattiin ja alimman hinnan tarjonnut voitti tarjouskilpailun.

MAO katsoi ratkaisussaan, että laatuvertailua oli todellisuudessa käytetty tarjoajien soveltuvuuden ja tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arviointiin, eikä tarjousten välisen kokonaistaloudellisen paremmuuden arviointiin. MAO katsoi, ettei hankintayksikkö ollut ottanut huomioon hankintalain edellyttämää vaihteellisuutta eikä sitä, että valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus, koska voittava tarjous oli valittu sen mukaan tosiasiallisesti vain hinnan perusteella. MAO kiinnitti arviossaan huomiota mm. siihen, ettei tarjouspyynnössä ollut palvelun toteuttamiseksi asetettu kuin matkustajakapasiteettia, lastikantta, yleisiä teknisiä ominaisuuksia, öljyntorjuntalaitteistoa, reittejä ja vuorovälejä koskevia minimivaatimuksia. Muuton hankinnan kohdetta oli vain kuivailtu yleisellä tasolla. Laadullisiksi ilmoitettujen vertailuperusteiden osalta MAO lausui vielä, että ne olivat sinänsä koskeneet seikkoja, joilla olisi voitu selvittää tarjousten keskinäinen paremmuus ja kokonaistaloudellinen edullisuus. Lisäksi se kiinnitti huomiota siihen, että tarjouspyynnön päällekkäisesti esitettyjen minimivaatimusten, soveltuvuusvaatimusten ja laadullisten vertailuperusteiden vuoksi. Tarjoajille jäi epäselväksi, mitkä seikat liittyivät minkäkin kohdan arviointiin. Tarjouspyyntö oli MAO:n mukaan virheellinen, koska se ei ollut tuottanut yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia, eikä näin ollen turvannut tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.

KHO kumosi MAO:n ratkaisun vedoten ensisijaisesti siihen, että hankintalain 72 §:llä on tarkoitettu säädettävän hankintadirektiiveistä poikkeavasta menettelystä, koska hankintadirektiivin ja GAT-tapauksen mukainen menettely voi rajoittaa kohtuuttomasti tarjouksen valintaa. KHO katsoi, että tällaisissa tapauksissa on nimenomaan tarkoitettu joustettavan hankintadirektiivistä. Hankintayksikön toiminnassa KHO kiinnitti huomiota siihen, että hankintayksikkö oli ilmoittanut tarjoajien taloudelliseen tai rahoitukselliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskykyyn ja ammatilliseen pätevyyyteen liittyvät soveltuvuusperusteet tarjouspyynnössä

ja nämä perusteet eivät olleet sisällöltään päällekkäisiä vertailuperusteiden kanssa. KHO katsoi että kyseessä oli sellainen hankinta, jossa voidaan hankintalain 72.1 §:n nojalla ottaa huomioon soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävä laadunhallinta, pätevyys, kokemus ja ammattitaito. Se myös katsoi, etteivät säännökset olleet esteitä sille, että hankintayksikkö suorittaa tarjouksen valinnan niin, että se valitsee halvimman tarjouksen laatuarvioinnin hyväksytysti läpäisseistä tarjouksista. Tällainen oli mahdollista, koska kyseisen menettelyn kulku ja perusteet olivat ilmenneet tarjouspyynnöstä.

KHO kiinnitti, samoin kuin MAO oli tehnyt, huomiota siihen, että hankinnan kohteelle asetetut minimivaatimukset olivat osittain tarjouspyynnössä erillään ja ne olivat osin mukana tarjousten vertailussa. KHO piti tätä suhdetta jossain määrin epäjohtonmukaisena, erityisesti kalustoa koskevien vaatimusten osalta. KHO totesikin tarjouspyynnön näyttäneen mahdollistaneen sen, että tarjousten vertailuun on päässyt mukaan tarjouksella, joka ei ollut täyttänyt kaikkia vähimmäisvaatimuksia. Tällä epäjohtonmukaisuudella ei kuitenkaan ollut hankintamenettelyn lopputuloksen kannalta asiallista merkitystä, koska kaikki tarjoajat olivat saaneet ko. arviointikriteerien osalta yli 5 pistettä ja ylittäneet selvästi kokonaispisteiden vähimmäismäärän. KHO myös totesi, että tarjouspyynnöstä oli riittävällä tavalla ymmärrettävissä hankinnan kohteelle asetetut vaatimukset sekä tarjousten arvioinnissa ja vertailussa noudatettava menettely ja perusteet. Näin ollen tarjouspyynnön perusteella oli voitu antaa yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Menettelyn ei katsottu olevan hankintalain tarkoittamalla tavalla epätasapuolista tai syrjivää.

MAO:n tulkinnan lähtökohta näyttää olevan koheesio ja analogia 62 §:n tulkinnan kanssa, jossa hankintojen eri kriteeriluokat on pidettävä selvästi erillään. MAO nimittäin sovelsi asiassa tiukempaa linjaa tarjouspyynnön selkeyden suhteen kuin KHO katsomalla, ettei tarjouspyynnön eri kriteerien välillä ollut riittävää eroa niiden päällekkäisyydestä johtuen. Nimenomaisesti MAO toi esiin, että tarjousvertailussa oli osin selvitetty tarjouksen tarjouspyynnönmukaisuutta ja tarjoajan soveltuvuutta. KHO:n ratkaisu lähtee taas siitä, ettei päällekkäisyyttä soveltuvuusehtojen ja tarjousten vertailun välillä ollut.

KHO katsoi, että tarjoajan soveltuvuus oli tarkistettu tarjouspyynnössä esiintyneiden soveltuvuusvaatimusten mukaisesti ja vertailuperusteina olleet kriteerit koskivat vain tarjousten vertailua. KHO:n ratkaisu näyttääkin viittaavan siihen, että vertailuperusteena on mahdollista käyttää tarjoajan ominaisuuksiin tai soveltuvuuteen lähtökohtaisesti kuuluvaa kriteeriä, vaikka sitä ei sellaisenaan vaadittaisi soveltuvuusehtona. Tulkinta näyttää poikkeavan



säännöksen sanamuodosta. Mikäli säännöksen sanamuotoa tulkitaan *sensu stricto*, se näyttäisi edellyttävän soveltuvuusehtojen asettamista. Tämä johtuu siitä, että säännöksessä puhutaan ”tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset *ylittävästä* laadunhallinnasta, jne.” KHO:n ratkaisu näyttääkin perustuvan siihen tosiasiaan, että soveltuvuuden vähimmäisvaatimusten määrittäminen kuuluu hankintayksikön harkintavaltaan. Hankintayksikön ei kuitenkaan ole välttämätöntä määrittää soveltuvuuden vähimmäisvaatimuksia, eikä se aina ole hankinnan kohde huomioiden välttämättä järkevää. Muilta osin on syytä pitää mielessä, että myös MAO katsoi, että kyseiset kriteerit olisivat sinänsä olleet täysin valideja vertailuperusteita eli niillä olisi voitu arvioida tarjousten keskinäistä paremmuutta ja kokonaistaloudellista edullisuutta. MAO:n ratkaisusta ei kuitenkaan selvinnyt se mitä perusteita MAO piti soveltuvuuden tarkistamiseen kuuluvana ja mitä tarjousten vertailuun kuuluvana.

KHO:n totesi, etteivät soveltuvuusvaatimukset ja tarjousten vertailuperusteet tarjouspyyntöasiakirjojen sisällön perusteella olleet päällekkäisiä. Tämä näyttää tarkoittavan sitä, ettei soveltuvuusperusteena olleen asian täytymisestä voinut saada tarjousten vertailussa pisteitä. KHO ei kuitenkaan näytä tarkoittavan sitä, ettei soveltuvuusperusteissa ja vertailuperusteissa voitaisi arvioida samoja asioita. Tähän viittaa se, että tapauksessa soveltuvuusperusteena oli alihankintojen hyväksyttäminen hankintayksiköllä ja päivittäisen liikennöinnin alihankintaketjutusta koskeva kielto. Toisaalta vertailussa oli voinut saada pisteitä alihankintojen käytön periaatteista.

Tulkinnan osalta on syytä huomata, että soveltuvuusvaatimusten asettamista kansallisessa hankinnassa koskevan 71 §:n ei voida tulkita pakottavan hankintayksikköä asettamaan soveltuvuusvaatimuksia. Tämä johtuu siitä, että 71 §:n mukainen ehdokkaiden ja tarjoajien valinta ja soveltuvuuden arviointi on tarkoitus olla joustavampaa kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa.<sup>312</sup> EU-kynnysarvot ylittävissä soveltuvuussäännöksissä ei ole asetettu hankintayksikölle pakkoa asettaa soveltuvuusvaatimuksia. Hankintalain 56 §:ssä todetaan, että hankintayksikkö *voi* esittää teknistä suorituskykyä, ammatillista pätevyyttä sekä laatua koskevia vaatimuksia. Näin ollen 72 §:ää on mahdollista tulkita edellä esitetyllä, KHO:n käyttämällä tavalla, jossa soveltuvuuden minimivaatimuksia ei ole pakko asettaa, mutta soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittäviä soveltuvuuden osia voidaan kuitenkin käyttää tarjousten vertailussa. Tällainen tulkinta on kuitenkin avoin kritiikille. Ensin-

---

<sup>312</sup> HE 50/2006 vp, s.115.

näkin voidaan nojautua jo edellä esitettyyn 72 §:n *sensu stricto* tulkintaan. Toinen tulkinnan kritiikin mahdollistava asia on hankintalain 71.2 §:ssä säännös, jonka mukaan tarjouskilpailusta tulee sulkea pois tarjoaja tai ehdokas jolla ei ole teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä hankinnan toteuttamiseksi. Sanamuodoltaan säännös on ehdoton. Tarjoajan soveltumattomuudesta johtuvan tarjouskilpailusta sulkemisen hankintayksikkö voi tehdä hankintalain mukaan vain asettamalla soveltuvuusvaatimuksia ja tarkastamalla näiden perusteella tarjoajan soveltuvuuden. Tämä tulee tehdä ennen tarjousten vertailua.<sup>313</sup>

Näyttää siis siltä, että liitteen b mukaisissa hankinnoissa 72 §:ää voidaan soveltaa siten, että hankintayksikkö voi suoraan käyttää 72 §:ssä ilmoitettuja soveltuvuuden perusteita myös kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailussa, asettamatta ensin soveltuvuuden vähimmäisvaatimuksia. Toisaalta tällainen käytäntö on myös täysin mahdollinen muissakin hankinnoissa<sup>314</sup>. Eri asia kuitenkin on, että liitteen b mukaisissa hankinnoissa yhtä vahvaa liitynnän vaatimusta ei näytetä edellytettävän. Tämä näyttää perustuvan siihen, ettei hankintalain 72 §:n sanamuoto edellytä käytettäviltä ylittävän soveltuvuuden kriteereiltä niiden suoranaista vertailuperustemaisuutta, vaikka tätä lähtökohtaisesti oikeuskäytännössä edellytetään. Tulkintojen ero voidaan palauttaa siihen, mitä tarkoitetaan 72 §:ssä hankinnan toteuttamisessa ”tarvittavalla” soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävällä laadunhallinnalla jne. Sinänsä on selvää, että soveltuvuusvaatimuksia ylipäänsä tarvitaan hankinnan toteuttamiseen, niillähän nimenomaan varmistetaan että tarjoaja pystyy hankinnan toteuttamaan. Selvää sen sijaan ei ole, onko tällä hankinnan toteuttamisessa tarvittavalla perusteella oltava yhteys hankinnan laatuun tai ylipäänsä tarjousten vertailuun. Muissa tapauksissa lähtökohtaisesti soveltuvuusperusteiksi katsottavien vertailuperusteiden käyttö vaikuttaakin jossain määrin mahdolliselta liitteen b mukaisissa hankinnoissa, kunhan niillä ei tarkisteta tarjoajan soveltuvuutta vasta vertailuvaiheessa.<sup>315</sup>

Joustavuutta näyttää esiintyvän myös riittävän eron tekemisessä hankintamenettelyn asiakirjoissa eli kommunikoimisessa tarjoajille. Tarjouspyynnön selkeyttä arvioitaessa KHO

<sup>313</sup> Hankintalain 71 §:n problematiikan tarkastelu sekä hankintalain 71 §:n tulkinta suhteessa 72 §:ään ei kuitenkaan kuulu tämän tutkimuksen piiriin, joten aihetta ei ole syytä käsitellä enempää. Tarkoitus on vain osoittaa tulkinnan avoimuus kritiikille.

<sup>314</sup> Tällöin kyse on siitä, että hankintayksikkö osoittaa käyttämänsä perusteen liittyvän oleellisesti tarjousten vertailuun, vaikka se vaikuttaisi pikemminkin soveltuvuusperusteelta.

<sup>315</sup> Ks. ELY-keskus, 2014, joka on tapauksessa käytetyn tarjouspyyntöasiakirjaan liitetyn ohjeistuksen viimeisin versio. Kyseisessä asiakirjassa eräät vertailuperusteiksi tarkoitetut kohdat, kuten toiminnan laadunvarmistus ja dokumentointi, vaikuttavat hyvin pitkälti soveltuvuusperusteilta, koska niissä puhutaan palveluntuottajan laadunvarmistuksesta jne.

tyytyi ottamaan kantaa siihen, että tarjouspyynnöstä on ollut riittävällä tavalla ymmärrettävissä minimivaatimusten ja tarjousvertailun erillisuus. Sen sijaan soveltuvuuden ja vertailuperusteiden välisestä eron tekemisestä ei tarjouspyynnön osalta lausuttu mitään, toisin kuin MAO:n perusteluissa. MAO osaltaan kiinnitti huomiota juurikin tähän epäselvyyteen ja siihen, että se oli potentiaalisesti tarjoajille epäselvyyttä aiheuttavaa. KHO näytti pikemminkin hyväksyneen tältä osin valittajan perustelut, joissa valittaja oli ilmoittanut, että hankintamenettely oli ollut vaiheittaista ja soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset oli ilmoitettu selkeästi.

Tapauksen sisältämä oikeusohje ja sen yleistettävyyys liitteen b mukaisten palveluhankintojen osalta 72 §:n tulkinnasta ei ole täysin selvä. Tapauksen ratkaisussa on useasti korostettu hankinnan laajuutta ja laatua. Hankinta oli arvoltaan 20–23 miljoonaa euroa ja sopimus pituudeltaan 10 vuotta. Hankinnan laadulla KHO on ilmeisesti tarkoittanut 72 §:n mukaisesti sitä, että ko. hankinnassa erityisen merkityksen vaatimus täyttyy eli hankinnan kohde on sellainen jossa ko. kriteereillä on vaikutusta soveltuvuuden lisäksi myös tarjousten vertailussa. Laajuudella KHO lienee tarkoittanut nimenomaan hankintasopimuksen pituutta ja hankinnan arvoa. Hankinnan suuri laajuus myös osaltaan puoltaa varsin yleisesti tarjoajan toimintaa koskevien perusteiden katsomista vertailuperusteiksi. Mitä suuremman osan hankinta tarjoajan kokonaiskapasiteetista sitoo, sitä läheisempi yhteys tarjoajan yleisellä toiminnalla voidaan katsoa olevan hankinnan kohteen laadun kanssa.<sup>316</sup>

#### **6.4 Tekniset eritelmät ja vertailuperusteet**

Teknisistä eritelmistä<sup>317</sup> ja niiden käytöstä säädetään hankintalain 44 §:ssä. Tekninen eritelmä on hankinnan kohteen sisällön tekninen määritelmä tai kuvaus. Tekninen eritelmä samoin kuin tarjousten vertailuperusteet sekä tarjoajien kelpoisuusehdot esitetään tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa tai (kilpailullisessa) neuvottelumenettelyssä hankintamenettelyn aikana esitettyjen ratkaisuehdotusten perusteella.<sup>318</sup>

<sup>316</sup> Esim. jos hankinnan toteuttaminen sitoo 100 % tarjoajan henkilökunnasta, ei sinänsä ole merkityksellistä onko laadun kohdalla vertailtu osaamista joka tarjoajalla on yleisesti käytettävissä, vai hankinnan tosiasiallisesti toteuttavan henkilöstön osaamista, koska ne ovat tällaisessa tapauksessa sama asia.

<sup>317</sup> Tässä käydään läpi teknisten eritelmien osia vain siltä osin kuin niillä on liityntä käsiteltävään aiheeseen, kattavampi esitys aiheesta esim. *Pekkala – Pohjonen*, 2012 s.313–352, ja *Kalima ym.* 2007, s.155–161.

<sup>318</sup> *HE 50/2006 vp.* s.88–89.

Teknisellä eritelmällä tarkoitetaan hankinnan kohteen määrittelyä, jossa on nimenomaisesti kyse hankinnan kohteelle asetettavien vähimmäisedellytysten ilmoittamisesta.<sup>319</sup> Näistä minimivaatimuksista hankintayksikkö ei joustaa. Näiden vaatimusten on täytyttävä, jotta tarjous pääsee mukaan vertailuun. Johtuen teknisten eritelmien luonteesta vähimmäisvaatimuksena, ne ovat luonteeltaan binäärisiä eli ne joko täyttyvät tai eivät täyty. Tämä on niiden keskeinen ero verrattuna vertailuperusteisiin. Toinen keskeinen ero koskee kriteerin täyttymättömyyden vaikutusta. Teknisten eritelmien osalta kriteerin täyttymättömyys aiheuttaa tarjouksen hylkäämisen, koska se ei ole tarjouspyynnön mukainen, eikä näin ollen vertailukelpoinen. Vertailuperusteen osalta vastaavassa tilanteessa tarjous saa vain huommat pisteet arvioitavan kohdan osalta.<sup>320</sup>

Hankintayksikkö voi käyttää teknisestä eritelmästä erilaisia nimiä, esim. tekninen spesifikaatio, tekninen vaatimus jne. Hankintayksikön käyttämästä nimestä riippumatta lakitekni- sesti kyse on aina teknisestä eritelmästä. Teknisen eritelmän tarkoituksena on kuvata halut- tu hankinnan kohde niin selkeästi ja yksityiskohtaisesti, että tarjoajat käsittävät mitä han- kintayksikkö haluaa ja pystyvät näin ollen tuottamaan keskenään yhteismitallisia ja vertai- lukelpoisia tarjouksia.<sup>321</sup>

Hankintalain vaiheittaisuus tarkoittaa siis tältä osin sitä, ettei tarjousten vertailuvaiheen kriteereillä tule tarkistaa tarjouksen tarjouspyynnönmukaisuutta, koska tällä ei ole tosiasial- lisesti yhteyttä siihen mikä tarjous on hinta-laatusuhteeltaan paras.<sup>322</sup> Tarjouspyyntöä vas- taamattomat tarjoukset olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta jo ennen tarjousten vertailua.

MAO 390/2012: ”Hankintalain mukainen hankintamenettelyn vaiheittaisuus on otettava huomioon jo tarjouspyynnössä. Näin ollen tarjouksen hyväksymiselle asetettuja vähimmäis- vaatimuksia ja niiden täyttymistä ei voida sellaisenaan käyttää tarjousten vertailuperusteina.” Tapauksessa MAO näin ollen katsoi hankintayksikön menettelyn olleen virheellistä, koska se oli käyttänyt vertailuperusteena tarjottujen tuotteiden vastaavuutta tarjouspyyntöön.

Koska kyseiset kriteeriluokat ovat yhteneviä siinä, että ne liittyvät nimenomaan hankinnan kohteeseen, ei erottelua pystytä rakentamaan liittynän vaatimuksen kautta, kuten soveltu-

<sup>319</sup> Kalima ym. 2007, s.155–156.

<sup>320</sup> Ukkola LM 2/2011, s. 323–325.

<sup>321</sup> Pekkala – Pohjonen 2012, s.312–313.

<sup>322</sup> Ks. MAO 106/2009.

vuuskriteereissä. Näin ollen ero niiden välille voidaan ainoastaan tehdä riittävän selvällä tarjouspyynnöllä. Eroa ei voida tehdä myöskään mitattavuuden kautta, koska myös minimaatimukset voivat olla mitattavissa. Esim. laadun vähimmäistason määrittelyssä käytetyt kriteerit ovat todennäköisesti mitattavia.

Eron tekeminen näiden kahden välille kytkeytyy avoimuusperiaatteen vaatimukseen, että tarjoajat kykenevät erottamaan myös tekniset eritelvät vertailuperusteista. Tässä on siis kysymys siitä, että tarjoajat tietävät jo tarjousta laatiessaan mitkä tekijät ovat tarjousvertailuun pääsyn ehdottomia edellytyksiä ja mitkä vaikuttavat ainoastaan tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiin.

MAO 28/2010: Tarjouspyynnöstä ei ollut selkeästi ilmennyt, että tarjoukselle asetetut vähimmäisvaatimukset oli esitetty tarjouspyynnön kohdassa 2 ja tarjouspyynnön kohdassa 5 ilmoitetut vertailuperusteet eivät sisältäneet tarjoukselle asetettuja vähimmäisvaatimuksia. Tarjouspyynnön kohdassa 5 esitetyt vertailuperusteet sisälsivät osittain samoja ehtoja kuin tarjouspyynnön kohta 2. Näin ollen tarjouspyynnössä ei ollut riittävällä tavalla erotettu toisistaan hankinnan kohdetta koskevia vähimmäisvaatimuksia kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailussa huomioon otettavista tekijöistä. Tarjoajat eivät olleet voineet tarjousta laatiessaan tietää mitkä tekijät ovat ehdottomia edellytyksiä tarjousvertailuun pääsemiseksi ja mitkä tekijät vaikuttavat ainoastaan tarjouksen kokonaistaloudelliseen edullisuuteen. Hankintayksikön menettely katsottiin tältä osin ollut hankintasäännösten vastaiseksi.

Kriteeriluokkien yhteneväisyys myös aiheuttaa sen, että teknisistä eritelmistä ilmenevien vähimmäisvaatimusten ylittävä taso voidaan huomioida myös vertailuperusteena silloin, kun tällä tasolla on vaikutusta tarjouksen laadun kannalta. Esim. hankintayksikön hankinnassa sähköautoja, se voi asettaa teknisessä eritelmässä vähimmäisvaatimukseksi 200km toimintasäteen. Toisaalta se voi myös antaa tämän tason ylittävistä toimintasäteistä lisäpisteitä tarjousten vertailussa.

Varsinkin oikeuskirjallisuudessa on esitetty yleisesti näkemystä siitä, ettei vähimmäisvaatimusten täyttymistä saa ottaa vertailussa ja pisteytyksessä huomioon.<sup>323</sup> Kanta perustuu vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jossa on tuotu esiin, ettei tarjousten vertailussa voida

<sup>323</sup> Halonen Edilex 2010, s.5. Tapola 2012, s.29.

tarkistaa tarjouksen yleistä tarjouspyynnönmukaisuutta.<sup>324</sup> Sen sijaan oikeuskäytännössä ei aina ole katsottu kielletyksi sitä, että täyttämällä vähimmäisvaatimukset saa tarjousten vertailuvaiheessa joitain pisteitä. Esim. edellä esitetyssä tapauksessa KHO 2013:160 tuomioistuimien piti hankinnan kohdetta koskevien vähimmäisvaatimusten ja tarjousten vertailussa huomioitavien seikkojen välistä suhdetta jossain määrin epäjohdonmukaisena. Tapauksessa vähimmäisvaatimukset täyttämällä sai tietyistä kohteista 5 pistettä vertailuun, mutta toisaalta jos tarjous sai tietyiltä osin pisteitä alle 3.6 pistettä, oli hankintayksikkö pidättänyt itselleen oikeuden hylätä tarjouksen. Salliminen tosin perustui siihen, ettei mainitulla epäjohdonmukaisuudella katsottu olevan hankinnan lopputuloksen kannalta merkitystä.<sup>325</sup>

Edellä esitetystä voidaan vetää johtopäätös, ettei vähimmäisvaatimuksen täyttämällä ole sinänsä kiellettyä antaa pisteitä myös tarjousten vertailuun. Vaatimusten on koskettava tarkasti tiettyjä ominaisuuksia, eikä yleistä tarjouspyynnönmukaisuutta.<sup>326</sup> Tällöin tulee myös huomioida se, että jokaisen tarjousten vertailuvaiheeseen pääsevän tarjouksen on saatava minimivaatimusten täyttymisen osalta samat pisteet. Tämä johtaa siihen, ettei hankintayksikölle tosiasiallisesti ole minimivaatimusten pisteytyksestä mitään hyötyä. Tarjousvertailuun ei kuitenkaan voi päästää tarjouksia jotka eivät vähimmäisvaatimuksia täytä, tällainen menettely on yksiselitteisesti hankintasäännösten vastaista.

---

<sup>324</sup> Ks. MAO 106/2009 ja MAO 241/2010. Esim. tapauksista jälkimmäisessä MAO katsoi hankintayksikön toimineen hankintasäännösten vastaisesti, kun se oli laskenut tarjousvertailuun mukaan tarjouksia, jotka eivät täyttäneet vähimmäisvaatimuksia. Tarjousvertailussa oli voinut saada ”tarjouspyynnön mukaisuudesta” 0–3 pistettä.

<sup>325</sup> Ks. vastaavasti MAO 649–650/2009, jossa MAO kiinnitti huomiota vain siihen, että pisteytysmalli oli tarjoajien kannalta epäjohdonmukainen, ei siihen, että vähimmäisvaatimukset täyttämällä oli saanut pisteitä.

<sup>326</sup> Tässä suhteessa kannattaa huomioida myös hankintayksikön laaja harkintavalta pisteytysmenetelmän määrittämisessä, sekä se että tällöin vähimmäisvaatimuksen kohteella tulee olla merkitystä myös tarjouksen vertailussa.

## 7 LOPUKSI

Kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous määräytyy jokaisen hankinnan kontekstissa hankinnan kohteen, hankintayksikön harkintavallan ja näiden perusteella asetettujen vertailuperusteiden lopputuloksena. Tästä johtuen konkreettiset kokonaistaloudellisuuden arvioinnin rajat määräytyvät myös jokaisessa hankintaprosessissa erikseen. Kokonaistaloudellisuudelta ja sen arvioinnilta edellytetään kuitenkin yleisesti tiettyjä ominaisuuksia, jotta hankintayksikön toimintaa pidetään hankintalain mukaisena. Yleisesti ottaen hankintayksikön olisi hyvä olla tietoinen siitä hankintalainsäädännön taustasta, että hankinnoilla pyritään tehokkuuteen julkisten varojen käytössä ja sisämarkkinoiden luomiseen, joka selittää osaltaan hankinnoilta edellytettäviä ominaisuuksia, kuten syrjimättömyyttä ja optimaalisen hinta-laatusuhteen omaavan tarjouksen valintaa. Tämä myös osaltaan selventää hankintayksiköiden asemaa hankintatoimijana, se ei voi toimia yksityisen ostajan kaltaisella tavalla ja perustaa hankintaansa mielivaltaisesti mihin tahansa hyvänä pitämiinsä perusteisiin.

Kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous määräytyy käytettyjen vertailuperusteiden mukaan. Vertailuperusteiden rajat ovat siis myös kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajoja. Kokonaistaloudellisen edullisuuden rajojen määrittämisessä onkin pitkälti kyse siitä, millainen kriteeri on hyväksytty vertailukriteeri? Vastauksen saaminen edellyttää siis ymmärrystä itse kriteerien valinnasta, asettamisesta ja käytöstä, kuin julkituomisesta tarjoajillekin. Vertailuperusteiden asettaminen on hankintayksikön tehtävä. Hankintayksikkö saa harkintavaltansa puitteissa asettaa hinnan ja laadun perusteet, jotka se näkee hankinnan kohteen kannalta perustelluiksi. Tältä osin hankintayksikön on noudatettava kokonaistaloudellisuuden systematiikkaa, hinnan vertailuperusteilla tulee mitata hintaa ja laadun perusteilla laatua. Hinnan kriteerien tulee aina mitata suoraan hankintayksikölle tulevan hinnan halpuutta. Muutoin hankintayksikölle jää kriteerien määrittämisessä melko vapaat kädet. Vertailuperusteilta itseltään edellytetään kahta asiaa, liityntää hankinnan kohteeseen ja hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämistä.

Liitynnän vaatimus edellyttää, että käytetyillä kriteereillä on ensisijainen ja välitön liityntä hankinnan kohteeseen. Vertailuperusteen ei tarvitse koskea hankinnan kohteen erottamontonta ominaisuutta eli vaatimuksen kohteella ei tarvitse sinänsä olla materiaalista yhteyttä hankinnan kohteeseen. Ainoa edellytys on, että vertailuperusteella voidaan osoittaa olevan

relevantti yhteys halutun laadun ja hankinnan kohteen välillä. Tämä mahdollistaa esim. tuotantomenetelmien huomioimisen osana vertailuperusteita. Ensisijaisuus tarkoittaa liittynän vaatimuksessa, että hankinnan kohteen ominaisuuden mittaamisessa käytetty kriteeri myös ensisijaisesti mittaa hankinnan laadun (tai hinnan) kannalta relevanttia ominaisuutta. Mikäli kriteeri mittaa toissijaisesti hankinnan kohteen kannalta relevanttia ominaisuutta, mitaten ensisijaisesti johonkin toisen hankintamenettelyn luokkaan kuuluvaa kriteeriä, se ei lähtökohtaisesti täytä liittynän vaatimusta. Liittynän vaatimuksen kohdalta on vielä syytä huomata, että horisontaalisia tavoitteita sisältävien vertailuperusteiden kohdalla se edellyttää kaksisuuntaista liittyntää. Tämä tarkoittaa sitä, että vertailuperusteen pitää mitata hankintayksikön mielestä hankinnan kohteen relevanttia ominaisuutta ja tämän lisäksi, vertailuperusteella mitattavan ominaisuuden tulee olla relevantti horisontaalisen tavoitteen saavuttamisessa. Liittynän välittömyys edellyttää, että käytetty vertailuperuste mittaa jotain hankinnan kohteen välitöntä ominaisuutta. Se, että vertailuperusteen arviointikohde on, varsinkin laadun mittaamisessa, yleensä kuitenkin jossain määrin välillinen ei vaikuta välittömyyden vaatimukseen. Itse vertailuperusteen tulee mitata hankinnan kohteen välitöntä ominaisuutta. Käytetyllä arviointiperusteella tulee kuitenkin objektiivisesti arvioiden aina pystyä relevantisti mittaamaan ilmoitettua vertailuperustetta.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittämisen vaatimus on osaltaan hie-man kaksijakoinen. Vaikka sanamuodossa puhutaan taloudellisuudesta, vaatimuksen ainoa todellinen edellytys on, että kriteeri mittaa hankintayksikölle ominaisuudesta koituvaa hyö-tyä. Hyödyn ei välttämättä tarvitse olla taloudellista, vaikka tämä onkin lähtökohta. Tässä suhteessa on kuitenkin huomattava, että hankintalain julkisten varojen käytön tehostamisen tavoitteen ja suhteellisuusperiaatteen yhteisvaikutuksesta muuta kuin taloudellista etua mittaavien perusteiden käyttö on jossain määrin rajoitetumpaa verrattuna taloudellista etua tuoviin perusteisiin. Taloudellisen hyödyn ei myöskään tarvitse olla välitöntä, paitsi mää-rällisten kriteerien osalta.

Hankintayksikön tulee aina huomioida hankinnan kohdetta koskettava muu lainsäädäntö vertailuperusteita asettaessaan. Tällainen lainsäädäntö saattaa nimittäin vaikuttaa vertailu-perusteiden sallittavuuteen ja rajojen arviointiin. Vaikutus voi ylettyä pelkästä muun lain-säädännön normien huomioimisesta jopa vertailuperusteiden yksilöinnin vaatimusta korot-tavasti.



Oikeuskäytännössä on hankintamenettelyn hankintalaissa ilmaistujen periaatteiden katsottu asettavan varsin konkreettisia vaatimuksia vertailuperusteiden asettamiselle, käytölle ja soveltamiselle. Vertailuperusteiden asettamisessa varsinkin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen on katsottu asettavan konkreettisia vaatimuksia vertailuperusteille. Periaatteen on katsottu myös oikeuskäytännössä asettavan karkeat rajat sille, mihin ja millaisiin perusteisiin tarjouksen valinta voidaan perustaa. Pelkän syrjimättömyyden vaatimuksen lisäksi periaatteen katsotaan vaativan vertailuperusteilta varsin korkeaa objektiivisuutta. Objektiivisuuden vaatimuksessa lähestytään sekä asetettujen perusteiden tarkoituksenmukaisuuden että mitattavuuden arviointia. Objektiivisuuden kannalta on oikeuskäytännössä luotu ratkaisulinjoja, joissa aikaisempien positiivisten kokemusten käyttö ja tarjoajan sijaintiin ja paikallistuntemukseen liittyvät perusteet ovat lähtökohtaisesti kiellettyjä vertailuperusteita. Ratkaisulinjat perustuvat pitkälti siihen, ettei tällaisilla perusteilla ole lähtökohtaisesti riittävää yhteyttä hankinnan kohteeseen ja täten kokonaistaloudelliseen edullisuuteen. Tällaisten perusteiden lähtökohtainen kieltäminen on myös yhdenmukaista sen tavoitteen kanssa, ettei hankintaa ratkaista tarjoajan vaan tarjouksen perusteella. Periaatteiden osalta on vielä syytä tuoda esiin, että hankintayksiköiden on aina huomioitava myös suhteellisuuden vaatimukset, vaikkeivät nämä yleisesti ottaen aseta kovinkaan konkreettisia vaatimuksia vertailuperusteille.

Tarjouksen valintaa koskevassa vertailuperusteiden ilmoittamisessa ja tähän liittyvässä oikeudellisessa arvioinnissa kokonaistaloudellisuuden rajat ovat määriteltävissä hankintayksikön avoimuusveloitteesta johtuvaan yksilöinnin vaatimukseen. Ensinnäkin hankintayksikön on yksilöitävä käyttämänsä vertailuperusteet ja näiden painoarvot sekä muut tekijät sellaisella tarkkuudella, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia valmistellessaan mikä merkitys milläkin vertailuperusteella tulee olemaan ja miten näitä perusteita sovelletaan. Tämän lisäksi tarjoajien tiedossa tulee olla mitä seikkoja tai selvityksiä minkäkin vertailuperusteen arvioinnissa tullaan hyödyntämään. Hankintayksikön tulee ilmoittaa ja yksilöidä käyttämänsä vertailuperusteet. Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö sitovat hankintayksikköä. Hankintayksikkö ei voi enää tarjouspyynnön julkistamisen jälkeen muuttaa, lisätä tai poistaa vertailuperusteita eikä näihin liittyviä tekijöitä. Ainoana poikkeuksena tähän on oikeuskäytännössä katsottu mahdollisuus määrittää vertailuperusteiden alaperusteiden painoarvot ennen tarjousten avaamista, tällöinkin kuitenkin itse vertailuperusteiden painoarvojen tulee olla määriteltynä.

Yksilöinnin vaatimusta selventää oikeuskäytännössä käytetty tapa arvioida vertailuperusteita. Vertailuperusteiden arvioinnissa arvioijan katsotaan olevan kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen tarjoaja. Itse vertailuperusteiden arvioinnin lähtökohtana on vertailuperusteen sanamuoto, arvioinnissa kuitenkin huomioidaan kaikki hankintayksikön tarjoajille kommunikoima aineisto. Arviointi on kokonaisarviointia ja koskee siis kaikkea, mm. painoarvoja. Yksilöinnin arviointi määräytyykin täysin hankintayksikön välittämän aineiston pohjalta. Arvioinnissa arvioidaan sitä, miten arvioijan katsotaan ymmärtäneen vertailuperusteen sisältö. Yleisesti ottaen yksilöinnin tarkkuudesta sallitaan joitain poikkeuksia, silloin kun tarjouspyynnön tarkempi yksilöinti ei perustellusta syystä ole mahdollista, tai kun jokin yleisesti yksilöimätön peruste on kuitenkin hankinnan kohteen alalla vakiintunut termi.

Vertailuperusteiden soveltamisessa ja tarjousten pisteyttämisessä sekä perustelemisessä on keskeistä se, että hankintayksikkö soveltaa jokaista ilmoittamaansa vertailuperustetta tarjouksiin objektiivisesti, tasapuolisesti ja ennakoitavalla tavalla. Tarjouspyynnön ollessa hankintayksikköä sitova, ei vertailuperusteita tai näiden soveltamista voi enää tarjouspyynnön julkaisemisen jälkeen muuttaa. Vertailuperusteita on sovellettava nimenomaan tarjouksiin ja näistä ilmeneviin konkreettisiin hankinnan kohteen ominaisuuksiin. Vertailuperusteiden soveltamisesta tarjouksiin syntyvät tarjousten pisteytys ja vertailun sekä näiden perustelut, joiden objektiivisuutta on syytä korostaa. Jokaisen objektiivisen arvioijan tulisi päätyä samankaltaiseen lopputulokseen vertailuperusteiden soveltamisessa. Tällaiseen lopputulokseen pyrkiminen takaa myös sen, että jos nämä soveltamisen perusteet on pystytty riittävästi ilmoittamaan, on prosessin läpinäkyvyys tarjoajille myös hoidettu hyvin. Pisteytyksen tulee itsessään olla tasapuolinen ja syrjimätön sekä johdonmukainen. Perusteluiden osalta on vielä syytä todeta, että perustelut on pakko tehdä ja toimittaa tarjoajille, samoin pisteytys tulee samalla tulla tarjoajan tietoon, koska hankintayksikön tarjouksia päätökset vaikuttavat aina tarjoajien asemaan.

Kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerikategoriaan liittyvien kriteerien erottaminen soveltavuuteen kuuluvista kriteereistä perustuu kansallisessa oikeuskäytännössä riittävän eron tekemiseen. Riittävän eron tekeminen edellyttää kahta asiaa, ensinnäkin vertailuperusteilta edellytettävän ensisijaisen liittynän vaatimuksen osoittamista ja toisekseen riittävää perusteiden yksilöintiä tarjouspyynnössä. On nimittäin huomioitava, ettei kriteerien luokkaa voida ratkaista niiden kohteena olevan informaation perusteella, vaan sillä miten tätä

informaatiota on arvioitu. Käytännössä riittävän eron tekeminen ilmenee siis vertailuperusteen yksilöinnin kautta. Tulkinnan lähtökohta on sama kuin yleisesti riittävän yksilöinnin osalta eli kriteerin sanamuoto ja kaikki kriteeriä koskeva selvitys. Tässä suhteessa on kuitenkin huomattava, että yksilöinnin tarkkuuden on oltava normaalin yksilöinnin tarkkuutta korkeampaa. Myös liitynnän vaatimus on kohdennettava tarkasti, jotta riittävä avoimuus toteutuu. Teknisten eritelmien ja vertailuperusteiden ollessa lähtökohtaisesti niin samanlaisia näiden välille riittävä ero voidaan tehdä ainoastaan riittävän yksilöinnin kautta.

Tässä tutkimuksessa pyrittiin selvittämään kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnin rajoja. Tutkimuskysymyksen selvittämisessä varsinkin tarjousten pisteytyksen, perusteluiden ja vertailuperusteiden soveltamisen kannalta tutkimuksen rajaaminen yleisesti hankintoja käsitteleväksi tutkimukseksi jättää selvitystarkkuudessa toivomisen varaa. Tarkempi selvittäminen olisi edellyttänyt tutkimuksen näkökulman määrittämistä jonkin materiaallisen hankinnan kohteen mukaan. Tällainen näkökulman määrittely olisi vaikuttanut muihin tutkimuksen aihepiiriin kuuluvien asiakokonaisuuksien ja tutkimustulosten yleistettävyyteen.

Avoimuutta koskevien säännösten tuominen oikeuskäytännön pohjalta hankintalakiin, kokonaisuudistuksen yhteydessä, olisi suositeltavaa, koska *de lege lata* tilanne on jotakuinkin sellainen, etteivät hankintayksiköt voi enää pelkän hankintalain pohjalta tietää kaikkia niitä vaatimuksia, joita niiden edellytetään tietävän. Varsinkin vertailuperusteiden ilmoittamisessa olisi hyvä tuoda esiin se, että hankintayksikön on yksilöitävä mitä se vertailuperusteella tarkoittaa ja miten se aikoo perustetta soveltaa. Kaksivaiheisuutta koskevien ongelmien osalta olisi myös hyvä tuoda esiin se, että tarjouspyynnöstä tulee nimenomaan selvittää tarjoajille selkeästi eri vaiheiden kriteerit ja näiden merkitys.

Hankintalakiuudistuksen ja uusien hankintadirektiivien myötä tapahtuvien uudistusten osalta on mielenkiintoista seurata kuinka kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointi tulee kehittymään. Erityisellä mielenkiinnolla tulee suhtautua EUTI:n ratkaisukäytännön kehittymiseen koskien kriteerien jaottelua hankintamenettelyn eri kategorioihin. Tämä edellyttäisi, että EUTI:n arvioitavaksi tulisi tapaus, jossa vertailuperusteena käytetty kriteeri vaikuttaisi ensi näkemältä pikemminkin soveltuvuusperusteelta, mutta sen erottelu niin liitynnän vaatimuksen kuin yksilöinnin osalta olisi tehty sellaisella tarkkuudella, ettei sitä ainaakaan kansallisessa oikeuskäytännössä tulkittaisi soveltuvuusperusteeksi.