

**Julkisten hankintojen tarjousvertailun ongelmakohdat vuosien
2008–2009 markkinaoikeuskäytännön perusteella.**

Jukka-Pekka Tyni
Pro Gradu -tutkielma
Itä-Suomen Yliopisto
Yhteiskuntatieteiden- ja kaup-
patieteiden tiedekunta
Ohjaaja: Soili Nystén-Haarala
2010

Tiivistelmä

Tiedekunta Kauppa- ja oikeustieteiden tiedekunta		Yksikkö Oikeustieteet	
Tekijä Jukka-Pekka Tyni			
Työn nimi Julkisten hankintojen tarjousvertailun ongelmakohdat vuosien 2008–2009 markkinaoikeuskäytännön perusteella.			
Pääaine Siviilioikeus	Työn laji Pro Gradu	Aika 3.10.2010	Sivuja 80
Tiivistelmä <p>Suomessa julkisin varoin ostetaan tavaroita, palveluita ja urakoita vuosittain yli 31 miljardilla eurola. Hankintaprosesseissa tapahtuu usein hankintalain (Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) vastaisia menettelyvirheitä, mitkä johtavat kalliisiin oikeusprosesseihin sekä viivästyksiin. Etenkin tarjousvertailuun liittyvät kysymykset ovat usein markkinaoikeuden tutkittavina.</p> <p>Tässä tutkimuksessa pyrittiin selvittämään, mitkä ovat yleisimmät syyt julkisten hankintojen tarjousvertailun epäonnistumiseen ja miten kyseiset virheet voitaisiin jatkossa välttää. Tutkimuksen perustana olivat markkinaoikeuden vuosina 2007–2009 antamat, uudistetun hankintalain mukaista tarjousvertailua koskevat ratkaisut. Tutkimus tehtiin etsimällä tarjousvertailun mahdollisia kompastuskohtia ja ongelmakohtia markkinaoikeuskäytäntöä systematisoimalla ja etsimällä tapauksista yhtäläisyyksiä. Eksaktien prosentti- ja lukumäärien sijaan tarkoituksena oli pyrkiä löytämään erityisiä ongelmakohtia tarjousvertailussa.</p> <p>Markkinaoikeuden ratkaisuista voitiin havaita, että hyvin monet eri syyt johtavat tarjousvertailun epäonnistumiseen. Selkeästi suurin tekijä tarjousvertailun epäonnistumiseen vaikutti olevan vertailuperusteiden asettamisen virheet, joiden seurauksena usein myös tekninen tarjousvertailuprosessi epäonnistui. Lisäksi tarjousvertailun perustelemisen osoittautui haasteelliseksi hankintayksiköille.</p> <p>Epäselvä tai tulkinnanvarainen hankintalaki näytti olevan yhtenä tekijänä tarjousvertailun epäonnistumiseen tutkituissa tapauksissa. Erityisesti tämä näkyi tarjousvertailun perustelemista sekä vertailuperusteiden osatekijöiden painottamista koskevissa tapauksissa. Lisäksi myös hankintaresurssien puutteet näkyivät ratkaisuisissa. Lainsäädäntöä täsmentämällä ja hankintaresursseja lisäämällä ongelmia voitaisiin jatkossa kuitenkin ehkäistä ja vähentää.</p>			
Avainsanat Julkiset hankinnat, tarjousvertailu, markkinaoikeus, hankintaperiaate, avoimuusperiaate, tasapuolinen kohtelu, hankintalaki.			

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHDELUETTELO.....	III
KIRJALLISUUSLÄHTEET	III
SÄÄDÖSLUETTELO	IV
<i>Kotimainen lainsäädäntö.....</i>	<i>IV</i>
<i>Euroopan unionin oikeus.....</i>	<i>IV</i>
VIRALLISLÄHTEET	V
INTERNET-LÄHTEET.....	V
OIKEUSTAPAUKSET	VI
<i>EY-tuomioistuin.....</i>	<i>VI</i>
<i>Korkein hallinto-oikeus.....</i>	<i>VI</i>
<i>Markkinaoikeus</i>	<i>VII</i>
TUTKIMUKSEN KOHTEENA OLLEET MARKKINAOIKEUDEN RATKAISUT	IX
<i>Ratkaisut, joissa hakemus hyväksytty (110kpl).....</i>	<i>IX</i>
<i>Perustelut esitetty oikeudessa, hakemus hylätty (14 kpl).</i>	<i>II</i>
<i>Muut hakemuksen hylkäämiseen päättyneet ratkaisut (49 kpl):.....</i>	<i>XI</i>
LYHENNELUETTELO.....	XII
1. JOHDANTO	1
2. HANKINTALAIN TARKOITUS, SYSTEMATIikka JA YLEISET PERIAATTEET	4
2.1. JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN HISTORIA JA TARKOITUS.....	4
2.2. HANKINTASÄÄNTELYN SYSTEMATIikka ERITYISESTI TARJOUSVERTAILUN OSALTA	6
2.3. JULKISISSA HANKINNOISSA NOUDATETTAVAT PERIAATTEET.....	7
2.3.1. <i>Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu hankintaperiaatteena.....</i>	<i>9</i>
2.3.2. <i>Avoimuusperiaate osana hankintaprosessia.....</i>	<i>11</i>
2.3.3. <i>Suhteellisuusperiaate ja kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen julkisissa hankinnoissa</i>	<i>12</i>

3. TUTKIMUSTULOKSET	14
3.1. YLEISTÄ TUTKIMUSTULOKSISTA.....	14
3.2. VERTAILUPERUSTEIDEN ASETTAMINEN TARJOUSVERTAILUN KOMPASTUSKIVENÄ	17
3.2.1. <i>Vertailuperusteiden valinnan sääntely</i>	18
3.2.2. <i>Kielletyn vertailuperusteen käyttäminen tarjousvertailussa</i>	21
3.2.3. <i>Tarjoajan kelpoisuuden perusteiden ja tarjouksien vertailuperusteiden erillisuus</i> ..	23
3.2.4. <i>Vertailuperusteen yksilöinnin ja täsmentämisen vaatimus</i>	30
3.2.5. <i>Vertailuperusteiden painottamisen ongelmat</i>	37
3.2.6. <i>Yhteenveto vertailuperusteiden asettamisen ongelmista</i>	47
3.3. TARJOUSVERTAILUPROSESSIN ONGELMAKOHDAT	49
3.3.1. <i>Tutkimustuloksista tarjousvertailun osalta</i>	49
3.3.2. <i>Tarjousvertailuprosessin sääntely</i>	51
3.3.3. <i>Tarjousvertailussa sovellettu ylimääräisiä perusteita</i>	53
3.3.4. <i>Kaikkia vertailuperusteita ei sovellettu tarjousvertailussa</i>	56
3.3.5. <i>Vertailuperusteille ilmoitettujen painoarvojen tai tärkeysjärjestyksen muuttaminen kesken vertailuprosessin</i>	59
3.3.6. <i>Yhteenveto vertailuprosessissa esiintyneistä ongelmista</i>	60
3.4. TARJOUSVERTAILUN PERUSTELEMISEN ONGELMAKOHDAT	62
3.4.1. <i>Tutkimustuloksia tarjousvertailun perusteluiden osalta</i>	62
3.4.2. <i>Tarjousvertailun perustelemisen sääntely</i>	63
3.4.3. <i>Tarjousvertailun perusteluiden puuttuminen hankintapäätöksestä</i>	66
3.4.4. <i>Vertailuperusteiden soveltamistavan ja tarjouksille annettujen pisteiden perusteleminen</i>	69
3.4.5. <i>Yhteenveto tarjousvertailun perustelemisesta</i>	74
4. JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	77

Lähdeluettelo

Kirjallisuuslähteet

- Alkio Mikko & Wiik Christian: Kilpailuoikeus, Talentum Media Oy, 2., uudistettu painos, Helsinki 2009.
- Eskola Salla & Ruohoniemi Erkki: Julkiset hankinnat, WSOY, Juva 2007.
- Hytönen Tomi, Lehtomäki Liisa: Valtion hankintakäsikirja, Valtiovarainministeriön julkaisuja, Edita Publishing, Helsinki 2007.
- Hyvönen Olli, Kess Kaija, Piisi Tero, Tuomela Heikki & Uotila Jaakko: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä, Edita Publishing Oy, Helsinki 2007.
- Kalima Kai, Häll, Maija & Oksanen Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ Oy, Helsinki 2007.
- Kuusniemi-Laine Anne & Takala Pilvi: Julkiset hankinnat – käsikirja, Edita Publishing Oy, Helsinki 2008.
- Narikka Jouko: Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen ja hankinta, Tietosanoma Oy, Helsinki 2008
- Pekkala Elise: Hankintojen kilpailuttaminen, Tietosanoma Oy, Helsinki 2007
- Raitio Juha: EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Helsinki 2004.
- Trepte Peter: Public Procurement in the EU, A practitioner's Guide, 2. Painos, Oxford University Press 2007.
- Virtanen Pertti; Suomen hankintalainsäädäntö, teoksessa Aalto-Setälä Ilkka, Aine Antti, Lehto Petri, Parkkila Julius, Petäjaniemi-Björklund Anne, Stenborg Markku, Virtanen Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, Tietosanoma Oy, Helsinki 2008.

Säädösluettelo

Kotimainen lainsäädäntö

- Hallintolaki 434/2003.
- Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349, (erityisalojen hankintalaki).
- Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, (hankintalaki).
- Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 30.4.2010/321.
- Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 621/1999.

Euroopan unionin oikeus

- Euroopan yhteisön perustamissopimus, Rooma 25.3.1957, (Rooman sopimus.)
- Neuvoston direktiivi 71/305, annettu 26 päivänä heinäkuuta 1971, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
- Neuvoston direktiivi 77/62, annettu 21 päivänä joulukuuta 1976, julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta
- Neuvoston direktiivi 92/50/ETY, annettu 18 päivänä kesäkuuta 1992, julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta
- Neuvoston direktiivi 93/36/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta
- Neuvoston direktiivi 93/37/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
- Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, (hankintadirektiivi).
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11.12.2007 neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.

Virallislähteet

- HE 50/2006 vp.
- HE 190/2009 vp.
- TEM 266:00/2008
- The Cecchini-report: Research on the "Cost of Non-Europe", EY:n sisämarkkinoiden toimintaa analysoiva komission valkoinen kirja, 1985.
- Government Procurement Agreement (GPA), WTO:n julkisten hankintojen sopimus, 1995.

Internet-lähteet

- <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/49469.htm>, (22.2.2010), myöhemmin Markkinaoikeuden internetsivut.
- <http://www.kho.fi/uploads/wufnfjrdd99pw.pdf>, (4.8.2010), Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirja 2009.
- http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot_1.1-31.12.2009, (4.8.2010), HILMAssa julkaistut hankintailmoitukset 1.1.2009 – 31.12.2009
- http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf, (4.8.2010), EU-komission 27.4.2010 julkaisema julkisten hankintojen tilasto vuodelta 2008

Oikeustapakset

EY-tuomioistuin

- C-810/79, Peter Überschär
- C-31/87, Beentjes
- C-243/89, Storebelt
- C-324/93, Evans Medical ja Macfarlan Smith
- C-275/98, Unitron Scandinavia
- C-324/98 Telaustria
- C-513/99, Concordia Bus Finland
- C-19/00, SIAC Construction
- C-59/00 Vestergaard
- C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)
- C-21/03 ja C-34/03, Fabricom
- C-210/03, Swedish Match
- C-6/05, Medipac-Kazantzidis
- C-532/06, Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.

Korkein hallinto-oikeus

- KHO 12.12.2003 taltio 3202
- KHO 6.10.2004 taltio 2514
- KHO 26.3.2010 taltio 639

Markkinaoikeus

Tässä luettelossa on mainittu ainoastaan ne ratkaisut, joihin on suoraan viitattu tässä tutkimuksessa.

- MAO 16/I/02
- MAO 130/2005
- MAO 391/2008
- MAO 420/2008
- MAO 450/2008
- MAO 459/2008
- MAO 499/2008
- MAO 502/2008
- MAO 58/2009
- MAO 80/2009
- MAO 111/2009
- MAO 122/2009
- MAO 137/2009
- MAO 138/2009
- MAO 158/2009
- MAO 166/2009
- MAO 183/2009
- MAO 186/2009
- MAO 331/2009
- MAO 335/2009
- MAO 338/2009
- MAO 346/2009
- MAO 354/2009
- MAO 363/2009
- MAO 398/2009
- MAO 427/2009

- MAO 437/2009
- MAO 438/2009
- MAO 439/2009
- MAO 440/2009
- MAO 450/2009
- MAO 481/2009
- MAO 482/2009
- MAO 483/2009
- MAO 484/2009
- MAO 485/2009
- MAO 486/2009
- MAO 491/2009
- MAO 492/2009
- MAO 496/2009
- MAO 497/2009
- MAO 508/2009
- MAO 534/2009
- MAO 547/2009
- MAO 559/2009
- MAO 574/2009
- MAO 575/2009
- MAO 604/2009
- MAO 607/2009
- MAO 615/2009
- MAO 616/2009
- MAO 656/2009
- MAO 222/2010

Tutkimuksen kohteena olleet markkinaoikeuden ratkaisut

Seuraavassa on luetteloituna kaikki ne markkinaoikeuden ratkaisut, jotka ovat olleet tutkimuksen kohteena, mukaan lukien ratkaisut, joissa hakemus hylättiin. Luettelossa on mukana vain vertailuperusteiden asettamista, tarjousvertailua tai vertailun perustelemista koskevia ratkaisuja. Se, että onko jokin ratkaisu katsottu kyseisiä hankintaprosessin osia koskeväksi vai ei, on joissain tapauksissa tulkinnanvarainen asia. Tämä tulee kuitenkin hyväksyä osana tutkimuksen luotettavuuteen vaikuttavia seikkoja. Merkitystä sillä on kuitenkin lähinnä eksakteihin lukumääriin, ei niinkään varsinaiseen tutkimusongelmaan.

Ratkaisut, joissa hakemus hyväksytty (110kpl)

MAO 345/2008	MAO 502/2008	MAO 138/2009
MAO 370/2008	MAO 529/2008	MAO 160/2009
MAO 391/2008	MAO 542/2008	MAO 163/2009
MAO 429/2008	MAO 8/2009	MAO 166/2009
MAO 430/2008	MAO 25/2009	MAO 183/2009
MAO 431/2008	MAO 36/2009	MAO 185/2009
MAO 432/2008	MAO 37/2009	MAO 186/2009
MAO 433/2008	MAO 38/2009	MAO 191/2009
MAO 435/2008	MAO 39/2009	MAO 206/2009
MAO 443/2008	MAO 41/2009	MAO 212/2009
MAO 450/2008	MAO 69/2009	MAO 225/2009
MAO 459/2008	MAO 79/2009	MAO 232/2009
MAO 468/2008	MAO 80/2009	MAO 233/2009
MAO 469/2008	MAO 84/2009	MAO 236/2009
MAO 480/2008	MAO 87/2009	MAO 271/2009
MAO 481/2008	MAO 111/2009	MAO 278/2009
MAO 499/2008	MAO 128/2009	MAO 279/2009

MAO 331/2009	MAO 335/2009	MAO 338/2009
MAO 341/2009	MAO 439/2009	MAO 534/2009
MAO 346/2009	MAO 440/2009	MAO 547/2009
MAO 354/2009	MAO 447/2009 (ään.)	MAO 550/2009
MAO 363/2009 (ään.)	MAO 450/2009	MAO 559/2009
MAO 379/2009	MAO 455/2009	MAO 574/2009
MAO 383/2009	MAO 467/2009	MAO 575/2009
MAO 391/2009	MAO 468/2009	MAO 587/2009
MAO 392/2009	MAO 477/2009	MAO 590/2009
MAO 398/2009	MAO 478/2009	MAO 604/2009
MAO 410/2009	MAO 481/2009	MAO 605/2009
MAO 420/2009	MAO 482/2009	MAO 607/2009
MAO 422/2009	MAO 483/2009	MAO 610/2009
MAO 427/2009	MAO 484/2009	MAO 611/2009
MAO 429/2009	MAO 485/2009	MAO 640/2009
MAO 430/2009	MAO 486/2009	MAO 642/2009
MAO 435/2009	MAO 491/2009	MAO 646/2009
MAO 436/2009	MAO 492/2009	MAO 651/2009
MAO 437/2009	MAO 513/2009	MAO 656/2009
MAO 438/2009	MAO 519/2009	

Perustelut esitetty oikeudessa, hakemus hylätty (14 kpl).

MAO 410/2008	MAO 380/2009	MAO 505/2009
MAO 58/2009	MAO 469/2009	MAO 506/2009
MAO 137/2009	MAO 488/2009	MAO 582/2009
MAO 158/2009	MAO 496/2009	MAO 609/2009
MAO 217/2009	MAO 497/2009	

Muut hakemuksen hylkäämiseen päätyneet ratkaisut (49 kpl):

MAO 209/2008	MAO 159/2009	MAO 449/2009 (ään.)
MAO 346/2008	MAO 167/2009	MAO 508/2009
MAO 370/2008	MAO 184/2009	MAO 536/2009
MAO 381/2008	MAO 189/2009	MAO 542/2009
MAO 420/2008	MAO 208/2009	MAO 545/2009
MAO 458/2008	MAO 209/2009	MAO 546/2009
MAO 493/2008	MAO 267/2009	MAO 575/2009
MAO 513/2008	MAO 275/2009	MAO 576/2009
MAO 527/2008	MAO 277/2009	MAO 578/2009
MAO 7/2009	MAO 313/2009	MAO 581/2009
MAO 77/2009	MAO 327/2009	MAO 589/2009
MAO 78/2009	MAO 361/2009	MAO 598/2009
MAO 84/2009	MAO 362/2009	MAO 601/2009
MAO 88/2009	MAO 365/2009	MAO 602/2009
MAO 89/2009	MAO 381/2009	MAO 637/2009
MAO 90/2009	MAO 404/2009	
MAO 136/2009	MAO 414/2009	

Lyhenneluettelo

ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
GPA	Government Procurement Agreement
HE	Hallituksen esitys
JHTT	Julkishallinnon ja -talouden tilintarkastaja
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAO	Markkinaoikeus
TEM	Työ- ja elinkeinoministeriön mietintö
vp	Valtiopäivät
WTO	Maailman kauppajärjestö

1. Johdanto

Suomessa julkisin varoin ostetaan tavaroita, palveluita ja urakoita vuosittain yli 31 miljardilla eurolla.¹ Tähän arvoon sisältyvät kaikki julkiset hankinnat riippumatta siitä, sovelletaanko niihin hankintalakia vai ei. Kokonaismäärästä arviolta noin puolet kuuluu hankintalain soveltamisalaan.² Näistä EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen (jäljempänä EU-hankinta) osuus on noin 7,3 miljardia euroa. Hankintaprosesseissa tapahtuu usein hankintalain (Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) vastaisia menettelyvirheitä, mitkä johtavat kalliisiin oikeusprosesseihin sekä viivästyksiin. Etenkin tarjousvertailuun liittyvät kysymykset ovat usein markkinaoikeuden tutkittavina. Usein markkinaoikeusprosessiin johtaneet virheet olisivat kuitenkin olleet vältettävissä. Tutkimuksen tavoitteena onkin selvittää, mitkä ovat hankintalain mukaisesti julkisten hankintojen tarjousvertailun epäonnistumiseen johtavia yleisimpiä syitä ja miten virheettömässä tarjousvertailumenettelyssä tulisi toimia, jotta kyseiset virheet voitaisiin välttää. Tutkimukseni perustana ovat markkinaoikeuden vuosina 2007–2009 antamat, uudistetun hankintalain mukaista tarjousvertailua koskevat ratkaisut. Markkinaoikeuden ratkaisuista lähestulkoon jokainen koskee julkisia hankintoja. Näistä noin neljänneksessä kysymys on tarjousvertailun ongelmista. Esimerkiksi vuoden 2009 aikana markkinaoikeus ratkaisi 662 asiaa, joista 617 hankinta-asioita.³ Tutkimuskohteen asettamissa rajoissa pyrin pohtimaan myös mahdollisia keinoja kyseisten ongelmien ennaltaehkäisyyn. Tutkimustavoitteeseen pyrin etsimällä tarjousvertailun mahdollisia kompastuskiviä ja ongelmakohtia tutkimalla markkinaoikeuskäytäntöä ja etsimällä tapauksista yhtäläisyyksiä. Eksaktien prosentti- ja lukumäärien sijaan tarkoituksena on pyrkiä löytämään erityisiä ongelmakohtia tarjousvertailussa. Tarkoitus ei kuitenkaan ole perehtyä jokaiseen markkinaoikeuskäytännössä esiintyneeseen kysymykseen, vaan erityisesti käytännössä toistuviin ongelmiin.

¹ EU-komission 27.4.2010 julkaisema julkisten hankintojen tilasto vuodelta 2008, s. 2.

² TEM 266:00/2008 s. 9.

³ Markkinaoikeuden internetsivut.

Tutkimusaineiston olen rajannut vuoden 2009 loppuun mennessä annettuihin uuden hankintalain mukaisiin ratkaisuihin. Tarkoituksena on käydä läpi, jaotella ja systematisoida tarjousvertailua koskevia ratkaisuja ja sitä kautta löytää yleisimpiä syitä vertailun epäonnistumiseen. Kaikki markkinaoikeuden antamat julkisten hankintojen tarjousvertailua koskevat ratkaisut eivät kuitenkaan kuulu tutkimusaineistoon. Tutkimuksen ulkopuolelle jäävät ne tapaukset, joissa markkinaoikeus on katsonut, ettei hakemuksen käsittelylle ole aihetta. Syynä tällaiseen ratkaisuun on yleensä se, että hakemus on tehty ainoastaan hankintamenettelyn viivyttämiseksi ilman todellista perustetta tai ongelmaa. Nämä tapaukset eivät tuo lisäarvoa tutkimukseen, joten on perusteltua jättää ne tutkimuksen ulkopuolelle. Ratkaisujen määrällisen jaottelun ja systematisoinnin jälkeen pyrin selvittämään, millä tavoin virheettömässä menettelyssä tulisi toimia. Tässä kohdassa tutkimusta työvälineinä ovat lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus, joiden avulla pyrin löytämään vallitsevan oikeudentilan ja tulkintakäytännön. Saatujen tulosten perusteella pyrin lopuksi tuomaan esille myös mahdollisia keinoja tarjousvertailun ongelmien ennaltaehkäisyyn.

Käsiteltävä tutkimuskysymystä en ole rajannut koskemaan tiettyä hankintamenettelyä tai pelkästään tiettyntyyppisiä hankintoja, koska tarjousvertailu on hyvin samankaltainen prosessi kaikissa ja kaikenlaisissa hankinnoissa ja eteen tulevat kysymykset hyvin samankaltaisia. Toisenlaiset seikat tosin saattavat korostua hieman enemmän palveluhankinnoissa kuin tavarahankinnoissa. Tutkimuksen kohteena ovat sekä EU-hankinnat että kansalliset hankinnat. Molempien sääntely tarjousvertailun osalta on hyvin samansisältöistä, lähes yhtenevää, joten en ole katsonut tarpeelliseksi ulottaa tutkimusta koskemaan ainoastaan toista ryhmää. Sen sijaan hankintalain soveltamisalan ulkopuolella olevat pienhankinnat olen rajannut tutkimuksen ulkopuolelle.

En ole rajannut tutkimusta koskemaan joko hinnan tai kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteella tapahtuvaa vertailua, vaikkakin suurimmassa osassa markkinaoikeuteen edenneistä tapauksista oli kokonaistaloudellinen edullisuus valintaperusteena. Ratkaistiinpa hankintakilpailu kummalla tavalla tahansa, tulee hintavertailu suorittaa aina, onhan hinnan olta-

va aina yhtenä vertailuperusteena. Tämän takia katsoin järkeväksi ulottaa tutkimusalueen koskemaan myös pelkästään halvimman hinnan perusteella tapahtuvia hankintojen tarjousvertailua.

Tässä tutkimuksessa tarjousvertailu tulee ymmärtää suppeassa mielessä. Tarkoituksena on tutkia ainoastaan tarjousten vertailua vertailuperusteiden osalta. Näin tarjoajan ja tarjouksen kelpoisuuteen liittyvät seikat jää tutkimusalueen ulkopuolelle. Samoin tutkimuksen ulkopuolelle jäävät tarjouksen täsmentämiseen, tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuteen sekä tarjousten avaamiseen ja muuhun tekniseen käsittelyyn liittyvät seikat. Toisaalta kuitenkin vertailuperusteiden asettamista tai vertailun perustelua ei ole järkevää sulkea tutkimuksen ulkopuolelle, linkittyväthän ne niin läheisesti itse tarjousvertailuun. Näin ollen tarjousvertailulla tulee tässä yhteydessä käsittää vertailuperusteiden asettaminen, varsinainen vertailuprosessi sekä suoritettun vertailun perusteleminen.

2. Hankintalain tarkoitus, systematiikka ja yleiset periaatteet

2.1. Julkisten hankintojen sääntelyn historia ja tarkoitus

Suomessa julkisia hankintoja sääntelevät hankintalaki ja erityisalojen hankintalaki (Laki vesija energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349), jotka pohjautuvat hankintadirektiiviin (2004/18/EY) ja maailman kauppajärjestön julkisten hankintojen GPA -sopimukseen⁴. Sääntely pohjautuu alun perin 1970-luvulla annettuihin Euroopan talousyhteisöä koskeviin hankintadirektiiveihin⁵, joiden avulla pyrittiin hillitsemään järjestäytyneen rikollisuuden ja korruption vaikutusta julkisissa hankinnoissa, sekä lisäämään kilpailua. Tuolloin hankintoja ei kilpailutettu avoimesti, eikä kaikilla yrityksillä ollut mahdollisuutta osallistua tasapuolisesti kilpailutuksiin. Seurauksena tästä oli hankintojen hintojen kasvu, laadun heikkeneminen ja vaihtoehtoisten toteutustapojen puuttuminen.⁶

Vuosikymmentä myöhemmin havahduttiin Euroopassa kilpailukyvyyn heikentymiseen suhteessa Yhdysvaltoihin ja Japaniin. Vapaan kilpailun edistämisen tarpeellisuus tuli entistä ajankohtaisemmaksi. Euroopasta alettiin toden teolla luoda aluetta, jossa yritykset saattoivat kilpailla ja tuottaa tavaroita vapaasti.⁷ Tutkimustulokset osoittivat, että silloiset hankintadirektiivit eivät olleet merkittävästi vähentäneet muista jäsenmaista tulleiden tarjousten syrjintää. Tutkimukset osoittivat myös, että näistä aiheutuvat kustannukset olivat sen verran merkittäviä, että lainsäädäntöuudistusta tarvittiin.⁸ Tämän seurauksena syntyivät hankintadirektiivit 90-luvun alkupuolella.⁹

⁴ WTO:n julkisten hankintojen sopimus, Government Procurement Agreement (GPA), 1995.

⁵ Neuvoston direktiivi 77/62, annettu 21 päivänä joulukuuta 1976, julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta sekä Neuvoston direktiivi 71/305, annettu 26 päivänä heinäkuuta 1971, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

⁶ Pekkala 2007, s. 28.

⁷ Pekkala 2007, s. 29.

⁸ EY:n sisämarkkinoiden toimintaa analysoiva komission valkoinen kirja, 1985.

⁹ Palveluhankintoja koskeva Neuvoston direktiivi 92/50/ETY, annettu 18 päivänä kesäkuuta 1992, julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, tavarahankintoja säännellyt Neuvoston direktiivi 93/36/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta sekä urakkahankinnat käsittänyt Neuvoston direktiivi 93/37/ETY,

Vuonna 2004 hankintadirektiivit uudistettiin. Uudistuksessa ei tehty perustavanlaatuisia muutoksia. Tärkeimmät muutokset olivat kansallisten kynnyksarvojen määrittäminen, ilmoitusvelvollisuuden laajentaminen, uusien menettelyiden mahdollistaminen sekä valintaperusteiden uudistaminen.¹⁰ Suomessa direktiivin minimivelvoitteet saatettiin osaksi kansallista lainsäädäntöä hankintalailla. Lainmuutoksella paitsi saatettiin direktiivi voimaan, pyrittiin vähentämään lukuisia tarjouspyynnön epäselvyydestä ja vertailun perustelemisen puutteista johtuvia oikeusprosesseja.¹¹

Tuorein hankintalain muutos (Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 30.4.2010/321) astui voimaan 1.6.2010, jolloin hankintalakia päivitettiin vastaamaan Euroopan parlamentin ja neuvoston antamaa oikeussuojadirektiiviä.¹² Muutos koskikin lähinnä julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen parantamista. Itse hankintaprosessiin ei juurikaan tehty muutoksia. Tutkimusaihetta koskettava ainoa konkreettinen uudistus koski hankintapäätöksen perustelemista, jota koskevaa säännöstä tarkennettiin vallitsevan oikeuskäytännön mukaiseksi.¹³

Julkisten hankintojen sääntelyllä on useita eri tarkoituksia. Hankintasääntely liittyy läheisesti Euroopan unionin sisämarkkinapolitiikkaan. Hankintadirektiiveillä pyritään edistämään tehokasta kilpailua avaamalla yrityksille mahdollisuuksia tarjota tuotteitaan ja palveluitaan julkiselle sektorille kilpailuttamisen kautta,¹⁴ sekä samalla kilpailun lisääminen ja yritysten kilpailukyvyyn parantaminen markkinoilla.¹⁵ Näin toteutetaan myös osaltaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen tavoitteita tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta, palvelujen tar-

annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimuksetekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

¹⁰ Pekkala 2007, s. 43.

¹¹ HE 50/2006 vp, s. 1 ja 13.

¹² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11.12.2007 neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.

¹³ HE 190/2009 vp, s. 47.

¹⁴ Alkio & Wiik 2009, s. 1085–1086.

¹⁵ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 21.

joamisvapaudesta sekä sijoittautumisvapaudesta.¹⁶ Yhtenä vapaata kilpailua edistävänä tekijänä ovat avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden toteutumisen turvaaminen julkisissa hankinnoissa. Hankintojen kilpailuttamisella ja sääntelyllä pyritään myös tehostamaan julkisten varojen käyttöä niin, että rajallisilla resursseilla pystyttäisiin hankkimaan laadultaan parhaita tuotteita ja palveluita.¹⁷ Tavoitteena mainitaan lisäksi julkisten palvelujen tehostaminen ja laadun parantaminen sekä talouden kasvun, kilpailukyvyn ja työllisyyden edistäminen.¹⁸ Hankintasääntelyn kautta ohjataan hankintayksiköitä myös kohtelemaan tarjouskilpailuun osallistuvia EY-periaatteiden mukaisesti.¹⁹

2.2. Hankintasääntelyn systematiikka erityisesti tarjousvertailun osalta

Suomessa julkisia hankintoja sääntelevä hankintalaki on kolmeosainen, jakaantuen hankinnan arvon mukaan EU-kynnysarvot ylittäviin sekä kansalliset kynnysarvot ylittäviin mutta EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin. Kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin hankintalakia ei sovelleta, joskin hankintalain taustalla vaikuttavat periaatteet vaikuttavat myös näiden ns. pienten hankintojen tekemiseen.

Hankintadirektiivien sääntely on yksityiskohtaista kilpailuttamistekniikkaa koskevaa sääntelyä. Tarjousvertailun perusteiden asettaminen, soveltaminen ja ilmoittaminen ovat tarkkaan säänneltyjä, joten kansallisille sovelluksille ei juuri jää varaa. Tästä syystä joissakin jäsenvaltioissa direktiivit on saatettu voimaan puitelalla, johon direktiivit on liitetty sellaisenaan. Suomessa EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta hankintadirektiivit on saatettu voimaan hankintalalla lähes sanatarkasti ilman kansallisia lisäyksiä ja tulkintoja.²⁰ EU-hankintojen sääntely noudattelee täysin hankintadirektiiviä.

¹⁶ Rooman sopimus, Art. 28, 43 ja 48.

¹⁷ Kuusniemi-Laine & Takala, 2008, s. 1–2.

¹⁸ HE 50/2006 vp, s. 6.

¹⁹ Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela, Uotila 2007, s.16.

²⁰ Pekkala 2007, s. 30.

Hankintadirektiivin mukaisia menettelyjä ei sovelleta sellaisenaan EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin, joskin kansallisten hankintojen sääntely vastaa pääperiaatteiltaan direktiiviä. Useiden menettelysäännösten osalta kansallisten hankintojen sääntely on kuitenkin EU-hankintoja väljempää. Perusteena tähän lain esitöiden mukaan ovat joustavuuden ja yksinkertaisuuden tavoittelu.²¹ Merkittävin eroavaisuus on vertailuperusteiden ilmoittamisessa, joka EU-hankinnoissa on tarkempaa ja yksityiskohtaisempaa, kuin kansallisissa hankinnoissa. Pieniä eroavaisuuksia löytyy myös hyväksyttävistä vertailuperusteista. Huolimatta edellä mainituista eroavaisuuksista tarjousvertailun ongelmakohtia on tarkasteltava kokonaisuutena. Hankintalaki on luonteeltaan pakottavaa minimilainsäädäntöä myös kansallisten hankintojen osalta. Mikään ei näin ollen estä noudattamasta EU-hankintojen mukaista menettelyä myös kansallisissa hankinnoissa.

2.3. Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet

Hankintalain 2 §:n mukaan julkisissa hankintoja ohjaavia periaatteita ovat ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu sekä avoimuus- ja suhteellisuusperiaate. Periaatteet pohjautuvat EY:n perustamissopimukseen, yleisiin EU-oikeusperiaatteisiin sekä hankintadirektiivin 2 artiklaan.²² Lisäksi hankintalaissa kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen on nostettu periaatteen asemaan.²³ Oikeusperiaatteilla on julkisten hankintojen sääntelyssä ja laintulkinnassa suuri merkitys. Hankintamenettelyssä esille tulevia lukuisia yksittäisiä tulkintatilanteita ei voida kattavasti säätää johtuen hankintatilanteiden laajasta kirjosta. Siksi hankintamenettelyn eri vaiheissa tehtävien ratkaisujen tulee perustua toimintavelvoitteiden taustalla olevien periaatteiden soveltamiseen.²⁴

²¹ HE 50/2006 vp, s. 28.

²² HE 50/2006 vp, s. 46, myös mm. Narikka 2008, s. 190–191.

²³ Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 3.

²⁴ Alkio & Wiik 2009, s. 1145, Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007, s. 20.

Hallituksen esityksessä todetaan, että hankintamenettelyä koskevia periaatteita tulee noudattaa kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa.²⁵ Hankintalain 3 §:n mukaan periaatteita on sovellettava myös silloin, kun hankintayksikön omistama yhteisö tai laitos osallistuu tarjouskilpailuun. Hankintalain esitöissä kuitenkin todetaan, ettei syrjimättömyysperiaate kuitenkaan velvoita kilpailuttamaan sellaisia hankintoja, jotka hankintayksikkö toteuttaa omana työnään.²⁶ Omana työnä toteuttamisesta on kuitenkin päätettävä ennen julkisen hankintamenettelyn aloittamista.²⁷

EY-oikeuden oikeusperiaatteita sovelletaan lähtökohtaisesti vain yhteisön oikeuden tulkintaan.²⁸ Tuleeko EU-hankinnoissa sovellettavia hankintadirektiivin ja EY-oikeuskäytännön mukaisia periaatteita soveltaa sellaisenaan myös kansallisiin hankintoihin? Kysymyksellä on oleellinen merkitys hankintalain soveltamiseen kansallisten hankintojen osalta. Hankintalain 1 luvun 2 §:ssä säännellään hankinnoissa noudatettavista periaatteista. Säännös on yhteinen sekä kansallisille että EU-hankinnoille. Sanamuodon mukaisen tulkinnan perusteella näyttäisi siltä, että samoja periaatteita niiden tulkintoineen sovellettaisiin kaikkiin lain sisältämiin hankintoihin. Tätä näkökulmaa tukee myös hallituksen esitys.²⁹ Siinä todetaan, että tarjoajan ja tarjouksen valinnassa tulisi noudattaa samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävisäkin hankinnoissa lukuun ottamatta joitakin prosessuaalisia säännöksiä. Väljemmät menettelysäännökset eivät kuitenkaan tarkoita väljempää periaatteita, vaan päinvastoin. Hallituksen esityksessä todetaankin, että esityksellä pyritään "säätämään yhteisön julkisten hankintojen direktiivien ulkopuolella olevien hankintojen tekemisen menettelytavoista siten, että ne vastaisivat Euroopan yhteisön perustamissopimuksen syrjimättömyys-, suhteellisuus- ja avoimuusperiaatteita".³⁰ Tässä valossa tarkasteltuna periaatteiden ja niiden pohjalta annetun EY-oikeuskäytännön soveltaminen myös kansallisiin hankintoihin on tarkoituksenmukais-

²⁵ HE 50/2006 vp, s. 47.

²⁶ HE 50/2006 vp, s. 48.

²⁷ Virtanen 2008, s. 572.

²⁸ Kalima, Häll & Oksanen 2007, s. 33.

²⁹ HE 50/2006 vp, s. 2.

³⁰ HE 50/2006 vp, s. 25.

ta. Ajatukselle voidaan hakea tukea aina Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta³¹ alkaen. Julkisten hankintojen sääntely liittyy läheisesti yhteismarkkinoiden vapauteen. EU:n mitataavassa pienet hankinnat eivät useinkaan kilpaile yhteismarkkinoilla, jolloin kiinnostus niitä kohtaan kansallisten markkinoiden ulkopuolella on vähäisempi. Toisaalta kansallisten hankintojen määrä on valtava, jolloin ilmoitusmenettely ja menettelyiden valvonta käy tehottomaksi. Näin on ollut tarpeen säätää kynnyksarvoista. Tämä ei sulje pois kuitenkaan niitä EY:n perussopimuksen periaatteita, joille koko hankintasääntely alun perin rakentuu. Kuten todettua, direktiivin hankintaperiaatteet ovat lähtöisin perustamissopimuksen periaatteista ja EY-oikeuskäytännöstä. Vaikka hankintadirektiivin soveltamisalaan on teknisesti rajattu vain tietyn arvoinen osuus hankinnoista, ovat direktiivin ulkopuoliset hankinnat silti osa yhteismarkkinoita ja sitä kautta niitä koskevat samat perustavanlaatuiset EY-periaatteet. Lain tulkinnassa tarjousvertailun osalta enemmän merkitystä onkin menettelytapasäännösten eroavuuksilla. Tätä kantaa tukee myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, joka on tuomioissaan *Teleaustria*³² sekä *Unitron Scandinavia*³³ katsonut, että myös hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella olevissa hankinnoissa on noudatettava yhteisön perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä. Sama käsitys on myös kotimaisessa julkisia hankintoja käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa: hankintaperiaatteet soveltuvat kaikkiin hankintamenettelyihin riippumatta hankinnan arvosta.³⁴

2.3.1. Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu hankintaperiaatteena

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 6 artiklan syrjintäkielto koskee myös julkisia hankintoja. Hankintalain 2 §:n mukaan hankintayksikön on ”kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä”. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ja Euroopan komissio ovat useissa tapauksissa kiinnittäneet huomiota jäsenvaltioiden velvollisuuteen noudattaa perustamissopimuksen sijoittautumisvapauden ja erityisesti kansalaisuuteen perustu-

³¹ Rooman sopimus, art. 48–73.

³² C-324/98 *Teleaustria*.

³³ C-275/98 *Unitron Scandinavia*.

³⁴ Pekkala 2007, s. 42.

van syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta.³⁵ Tämä periaate on koko hankintalainsäädännön kantava perusta ja periaatteista tärkein. Alun perin syrjimättömyyden periaatteella käsitettiin laajasti kansallisuuteen tai maantieteelliseen sijaintiin perustuvaa eriarvoiseen asemaan asettaminen EY:n sisämarkkinoilla. Vähitellen periaatteen sisältö muotoutui ja täsmentyi EY tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Pelkkä kansallisuuteen perustuva syrjinnän kieltä ei ollut riittävä torjumaan vieraita tarkoituseriä ja kilpailun esteitä sisämarkkinoilla. Tästä syystä syrjimättömyysperiaatteen katsottiin käsittävän myös laajemman eriarvoisen kohtelun kiellon, kuin pelkän kansallisuuteen perustuvan kohtelun.³⁶ EY-tuomioistuimen mukaan ”yhdentertaisen kohtelun periaate, josta kansalaisuuden perusteella tapahtuvan syrjivän kohtelun kieltä on vain yksi ilmiö, on yksi yhteisön oikeuden peruseriaatteista. Tämän periaatteen mukaan samankaltaisia tilanteita ei saa kohdella eri tavoin, ainakaan mikäli erilaista kohtelua ei voida perustella puolueettomin syin”.³⁷ Syrjintäperiaatteesta ja tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta on johdettu myös muita periaatteita, kuten avoimuus ja suhteellisuus.³⁸

Julkisten hankintojen yhteydessä syrjinnällä käsitetään laajasti kaikenlainen syrjintä.³⁹ Hallituksen esityksen mukaan tarjoajien syrjimätön kohtelu edellyttää, että ”tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia tekijöitä ovat erityisesti ehdokaiden tai tarjoajien kansallisuus taikka sijoittautuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle”.⁴⁰ Syrjimättömyysperiaatteen on tulkittu tarkoittavan, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta tai tietynkokoisia yrityksiä syrjiviä tai suosivia.⁴¹ Syrjimätön kohtelu edellyttää siten myös, että eri paikkakunnilta olevia ehdokkaita tai tarjoajia kohdellaan samalla tavoin kuin esimerkiksi oman kunnan yrityksiä. Tasapuolisen

³⁵ EY-tuomioistuin on ratkaisukäytännössään viitannut tähän velvollisuuteen muun muassa tuomioissaan C-324/98 *Teleaustria* ja C-59/00 *Vestergaard*.

³⁶ Raitio 2004, s. 136.

³⁷ Asia 810/79, *Peter Überschär*.

³⁸ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 21–22.

³⁹ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 21.

⁴⁰ HE 50/2006 vp, s. 47.

⁴¹ C-31/87 *Beentjes* sekä C-243/89 *Storebelt*, HE 50/2006 vp, s. 47, Pekkala 2007, s. 35.

kohtelun vaatimus edellyttää, että samanlaisia tilanteita ei kohdella eri tavoin, eikä myöskään erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin ilman hyväksyttävää ja objektiivisesti perusteltavissa olevaa syytä.⁴² Toisin sanoen hankintamenettely on pyrittävä hoitamaan niin tasapuolisesti ja tarjoajia kohtelevaan niin yhdenvertaisesti, ettei kukaan tarjoajista saa perusteetonta etua toisiin nähden. Lain perusteluissa mainitaan esimerkkinä tasapuolisen kohtelun periaatteen soveltamistilanteesta EY-tuomioistuimen *Fabricom* -ratkaisu⁴³, jossa todettiin, ettei tarjouspyyntöä saa laatia siten että hankinnan kohteen määrittely suosii perusteetta yhtä toimittajaa. Tarjoajien ja tarjousten arvioinnissa tasapuolisuusvaatimus taas edellyttää, että asetetut vaatimukset koskevat samalla tavoin kaikkia tarjoajia. Syrjintäperiaatteesta ja tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta on johdettu myös muita periaatteita, kuten tasapuolinen kohtelu, avoimuus ja suhteellisuus.⁴⁴

2.3.2. Avoimuusperiaate osana hankintaprosessia

Avoimuusperiaate julkisissa hankinnoissa juontaa juurensa EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka on asettanut hankintayksikölle veloitteen edistää ulkomaalaisten tarjoajien tiedonsaantia hankintaan liittyvistä asioista.⁴⁵ Hankintalain 68 §:ssä säädetty velvollisuus ilmoittaa kaikista kansallisen kynnyksarvon ylittävistä hankinnoista julkisesti on yksi keino toteuttaa avoimuusperiaatetta. Avoimuusperiaatetta perustellaan hankintalaissa myös hallinnon avoimuutta koskevilla vaatimuksilla, joista on säädetty mm. hallintolaissa (434/2003) ja laissa viranomaistoiminnan julkisuudesta (621/1999).⁴⁶

Vuonna 2007 tehdyn lakiuudistuksen suurin periaatteita koskenut muutos oli avoimuusperiaatteen vaikutuksen kasvattaminen hankintamenettelyn eri vaiheissa. Aiemmin periaatetta oli tulkittu niin, ettei se velvoittaisi julkaisemaan kaikkien saatavilla olevaa ilmoitusta, vaan

⁴² Katso esim. Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 21–22, myös useita EY-tuomioistuimen ratkaisuja esimerkiksi yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom* sekä C-210/03 *Swedish Match*.

⁴³ HE 50/2006 vp, s. 47, C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*

⁴⁴ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 21–22.

⁴⁵ Kts. Pekkala s. 36., C-59/00 *Vestergaard*.

⁴⁶ HE 50/2006 vp, s. 47.

riittävää olisi saattaa tarjouspyyntöjä hankinnan laatuun ja kokoon nähden riittävän monelle potentiaaliselle tarjoajalle.⁴⁷ EY-oikeuskäytännössä periaatteen on katsottu myös edellyttävän, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisen laajasti myös direktiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa.⁴⁸ Potentiaalisten tarjoajien tiedonsaantimahdollisuuksien parantamisen lisäksi avoimuusperiaatteen korostunut merkitys näkyy hankintalain uudistuksessa myös hankintamenettelyn osapuolien oikeusturvan parantumisena. Jotta hankintamenettelyä voitaisiin tarvittaessa arvioida oikeudellisesti myös jälkikäteen, on sen oltava riittävän avointa kaikissa vaiheissa. Hallituksen esityksen mukaan tämä tarkoittaa sitä, että hankintamenettelyn tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisu ja sen perustelut ilmoitetaan kaikille siihen osallistuneille, ja että hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia.⁴⁹ Avoimuusperiaate laajassa mielessä ymmärrettynä tarkoittaa myös sitä, että hankintayksikön tulee myös pystyä riittävällä tavalla osoittamaan, että hankintapäätökseen eivät ole vaikuttaneet mitkään sellaiset seikat, jotka eivät ilmene hankintailmoituksesta, tarjouspyynnöstä tai tarjouksista. Lähinnä tämä kuitenkin konkretisoituu hankintapäätöksen huolellisena perustelemisena. Avoimuusperiaatteen soveltamisessa tulee kuitenkin huomioida myös viranomaisen toiminnan julkisuutta koskeva lainsäädäntö, joka aiheuttaa rajoituksia mm. keskeneräisen asian julkisuudelle.⁵⁰

2.3.3. Suhteellisuusperiaate ja kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen julkisissa hankinnoissa

Suhteellisuusperiaate edellyttää, että kaikki hankintamenettelyn vaatimukset ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa.⁵¹ Periaate koskee erityisesti tarjouskilpailuun pyrkiville toimittajille asetettavia vaatimuksia sekä tarjousten valintaperusteita. Lähinnä periaate tarkoittaa sitä, ettei toimittajille asetettavia vaatimuksia saa ylivoimaisesti hankinnan

⁴⁷ Pekkala 2007, s. 36.

⁴⁸ Esimerkiksi C-324/98, *Teleaustria*, tuomion kohta 60 ja C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, tuomion kohta 33

⁴⁹ HE 50/2006 vp, s. 47.

⁵⁰ HE 50/2006 vp, s. 47, kts. Laki viranomaistoiminnan julkisuudesta 621/1999.

⁵¹ HE 50/2006 vp, s. 124.

kohteeseen eli sen laajuuteen ja haastavuuteen nähden. Tarjousten valintaperusteita asetettaessa ei vastaavasti saa valita hankinnan kohteeseen objektiivisesti liittymättömiä arviointiperusteita, eikä myöskään kohtuuttomasti painottaa jotain hankinnan kohteen kannalta vähärvoista kriteeriä.⁵² Suhteellisuusperiaatteen on katsottu merkitsevän myös kohtuullisuuden vaatimusten huomioon ottamista.⁵³

Hankintayksiköiden on käytettävä hyväksi käytettävissä olevat kilpailumahdollisuudet. Vain tätä kautta lain tavoite julkisten varojen tehokkaasta käytöstä toteutuu. Tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on pyrittävä suunnittelemaan ja toteuttamaan hankinnan kaikki vaiheet niin, että ne palvelisivat markkinoiden vapautta. Kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen kytkeytyy läheisesti syrjinnän kiellon päämääriin. Tavoitteena on, ettei vapaata kilpailua pyritä rajoittamaan tai ohjaamaan epäasiallisin keinoin.

⁵² Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007, s. 24.

⁵³ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 24.

3. Tutkimustulokset

3.1. Yleistä tutkimustuloksista

	EU tavara- hankinta	EU palve- luhankinta	EU urakka	Kansalli- nen tavara	Kansallinen palvelu	Kansallinen urakka	Ei var- muutta	YHT
Asettamisen ongelmat	11	16	1	24	27	5	1	85 (77 %)
Vertailuproses- sin ongelmat	6	20	0	16	16	0	0	58 (53 %)
Perustelemisen ongelmat	1	12	2	10	12	2	5	44 (40 %)
Yhteensä ratkai- suja	11 (10 %)	24 (22 %)	2 (2 %)	28 (25 %)	34(31 %)	5 (5 %)	6(5 %)	110

Kaavio 1: Tarjousvertailun eri vaiheissa havaitut virheet hankintalajin ja hankinnan laajuuden mukaan jaoteltuna.

Markkinaoikeus antoi vuosina 2008 ja 2009 uuden hankintalain mukaista tarjousvertailua koskevia ratkaisuja yhteensä 173 kpl. Tähän lukuun eivät sisälly tutkimusaineiston ulkopuolella olevat ratkaisut, jotka koskivat pääasiassa hankintapäätöksen väliaikaista täytäntöönpanokieltoa, sekä tapauksia, joissa markkinaoikeus ei katsonut olevan aihetta hakemuksen tutkimiseen.⁵⁴ Näistä 173 ratkaisusta 63:ssä markkinaoikeus hylkäsi hakemuksen. Isossa osassa hylätyistä hakemuksista oli kysymys hakemuksista, joissa hakemuksen perusteena olleita väitetyt hankintalain vastaisuudet jäivät epäselviksi hakemuksen perusteella. Kyseisistä tapauksista iso osa lienee sellaisia, jotka on tehty hävityn tarjouskilpailun jälkeen ”viimeisenä oljenkortena”. Osassa tapauksista oli kysymys hankintayksikön harkintavallasta tarjoajien valinnassa sekä vertailuperusteiden asettamisessa ja soveltamisessa. Merkittävässä osassa hakemuksen hylkäämiseen päättyneistä ratkaisuista hakija väitti voittaneen tarjouksen olleen tarjouspyynnön vastainen ja sitä kautta tarjousvertailukin olisi ollut virheellinen. Varsinainen oikeudellinen ongelma oli siis muualla, kuin tutkimusaiheessa. Lisäksi määrää nostavat tapa-

⁵⁴ Markkinaoikeuden internetsivut.

ukset, joissa ei ollut muuta epäselvyyttä kuin puuttuneet tarjousvertailun perustelut, jotka kuitenkin pystyttiin osoittamaan jälkikäteen ja hakemus näin ollen hylättiin. Tutkimusongelman kannalta hakemuksen hylkäämiseen päätyneet ratkaisut eivät ole kuitenkaan merkittäviä, vaan kysymys on enemmänkin yksittäisistä tapauksista, joissa isossa osassa ei edes ole varsinaista oikeudellista ongelmaa. Kuitenkin 110 tapauksessa menettely todettiin virheelliseksi, mikä johti hankintalain mukaisiin seuraamuksiin. Suurimmassa osassa epäonnistunut tarjousvertailu johtui epäonnistumisesta vertailuperusteiden asettamisessa. Lähes 77 %:ssa tapauksista yhtenä tai ainoana ongelmana oli juuri vertailuperusteiden asettamisesta johtunut tarjousvertailun epäonnistuminen. Noin joka toisessa tapauksista ongelmia oli itse vertailuprosessin suorittamisessa. Perusteluiden puuttuminen tai niissä olleet ongelmat johti osaltaan tuomioon lähes 40 %:ssa ratkaisuista. Todellisuudessa perusteluiden perusteella markkinaoikeuteen valitettiin useamminkin, sillä hylätyistä hakemuksista yli 20 %:ssa hankintapäätöksen perustelut esitettiin vasta markkinaoikeudessa. Prosentuaaliset osuudet ovat vain suuntaa antavia, eikä niistä tule vetää liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Ongelmien jakaantuminen on todellisuudessa tasaisempaa, sillä isossa osassa ratkaisuja markkinaoikeus ei ottanut edes kantaa väitettyihin perusteluiden puutteellisuuteen tai konkreettisen vertailuprosessin virheisiin, koska hankintaprosessin virheet olivat olleet jo vertailuperusteiden asettamisvaiheessa sen verran vakavia.

Kaikista julkaistuista hankintailmoituksista vuonna 2009 lähes 85 % oli kansallisia hankintoja.⁵⁵ Tutkimusaineiston markkinaoikeuden ratkaisuista sen sijaan 67 koski kansallisia hankintoja, 38 EU-hankintoja. Kuudesta tapauksesta ei selvinnyt markkinaoikeuden ratkaisun perusteella, kummasta oli kyse. Suhdeluku ei sellaisenaan kerro, että toisessa ryhmässä olisi enemmän ongelmia. EU-hankintoja koskeneiden ratkaisujen suurta määrää selittää niiden taloudellinen suuruus: Kynnys hakea muutosta markkinaoikeudesta pienenee, kun hankinnan arvo kasvaa. Toisaalta myös oikeusprosessin riskit suhteessa hankinnan arvoon ovat pienemmät EU-hankinnassa. Osittain EU-hankintojen suhteellisen suurta osuutta selittänee

⁵⁵ HILMAssa julkaistut hankintailmoitukset 1.1.2009–31.12.2009.

myös tiukempi lainsäädäntö etenkin tarjousvertailun osalta. Lisäksi vaikutusta lienee sillä, että hankintaprosessista tutkimuksen kohteena oli ainoastaan tarjousvertailu.

EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen ja kansalliset kynnysarvot ylittävien hankintojen välillä ei näyttäisi olevan eroa tarjousvertailun virheiden suhteellisessa määrässä. Sekä vertailuperusteiden asettamisen, vertailuprosessin kuin perustelemisen ongelmien lukumäärä suhteessa kynnysarvon mukaiseen hankintaan on kutakuinkin sama sekä EU- että kansallisissa hankinnoissa. Sen sijaan yksittäisten hankintatyyppien välillä eroavaisuuksia löytyy. Eniten ongelmia tarjousvertailuprosessissa näyttäisi olevan EU-kynnysarvon ylittävissä palveluhankinnoissa, joiden tarjousvertailun virheet heijastuvat suoraan myös perustelemisen ongelmien määrään. Vertailuperusteiden asettamisen ongelmat sen sijaan näyttäisivät jakaantuvan tasaisemmin eri hankintalajien ja kynnysarvojen välillä. Perustelemisen ongelmista pistää silmään EU-kynnysarvon ylittävien tavara- ja palveluhankintojen määrät. Siinä missä tavarahankinnoissa ongelmia oli ainoastaan yhdessä tapauksessa, palveluhankinnoista 50 %:ssa ilmeni puutteita perusteluissa. Tämä heitto on kuitenkin selitettävissä suhteellisen pienellä otoksella. Palveluhankintojen osalta määrää nostaa myös samasta kilpailutuksesta annetut kuusi erillistä ratkaisua.⁵⁶ Pienestä otoksesta johtuen ei siis voida tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä ongelmien yleisyydestä eri hankintalajien sekä kynnysarvojen välillä. Tämän seurauksena kaikkia eri hankintalajeja sekä kynnysarvon ylittäviä että allittavia hankintojen tarjousvertailun ongelmia tulee tutkia samalla lailla.

Kaikista tapauksista, joissa markkinaoikeus totesi tapahtuneen menettelyvirheen, 19:a oli ongelmia markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella ainoastaan yhdessä yksittäisessä hankintaprosessin osassa. Tämä osoittaa, että tosiasiallisesti vertailuprosessin epäonnistuessa ei useinkaan ole kysymys yhdestä yksittäisestä huolimattomuusvirheestä, vaan ongelmat ovat laajempia. Näistäkin 19 tapauksesta isossa osassa tosiasiallisesti virheitä oli tapahtunut todennäköisesti useammassa vertailuprosessin vaiheessa. Markkinaoikeus nimittäin totesi usein

⁵⁶ Ratkaisuissa MAO 481–486/2009 oli kyseessä sama kilpailutus, josta tehtiin kuusi eri hakemusta markkinaoikeudelle. Hakemukset poikkesivat pieniltä osin toisistaan. Eroavuuksilla ei kuitenkaan ole vaikutusta väitteen kannalta.

yhden virheen toteen näyttämisen jälkeen, että virheen laatu oli niin iso, että se riitti yksistään hankintapäätöksen kumoamiseen, jolloin hakijan muista väitteistä ei ollut tarvetta lausua enempää.

3.2. Vertailuperusteiden asettaminen tarjousvertailun kompastuskivenä

Kuten todettua, yleisin syy tarjousvertailun arvioimiseen markkinaoikeudessa on vertailuperusteiden asettamisen epäonnistumisesta johtuvat ongelmat. Tällaisia tapauksia oli noin 75 % kaikista tapauksista. Useimmiten syynä oli vertailuperusteiden ilmoittaminen liian yleisluontoisesti, jolloin tarjoajat eivät voineet tietää, mitä asioita hankintayksikkö tulee arvioinnissaan arvostamaan ja painottamaan. Tämän seurauksena tarjoajien tarjoukset olivat poikenneet sisällöltään hyvinkin paljon toisistaan. Pahimmissa tapauksissa tämä johti tarjousten täyteen vertailukelvottomuuteen. Yhtenä puutteena vertailuperusteiden asettamisessa nousi esiin myös vertailuperusteiden painottamisen tai tärkeysjärjestyksen asettamisen ongelmat.

	Kaikki yhteen- sä	Yksilöimä- tön vertai- luperuste	Kielletty vertailupe- ruste	Sekoitettu kelpoisuus ja vertailu	Hinnan muoto epä- selvä	Ei paino- tusta	Ei tärkeys- järjestystä
EU- hankinnat	28	25	10	3	10	10	0
Kansalliset hankinnat	56	38	19	17	11	5	10
Ei tietoa	1	1	1	1	0	0	0
YHTEENSÄ	85	64 (75 %)	30 (35 %)	21 (25 %)	21 (25 %)	15 (18 %)	10 (12 %)

Kaavio 2: Virheiden lukumäärät sekä niiden suhteellinen määrä kaikista ratkaisuista vertailuperusteiden asettamista koskeneissa tapauksissa hankinnan laajuuden ja virhe-tyyppien mukaan jaoteltuina.

Vertailuperusteet olivat tutkimusaineiston tapauksissa usein syrjiviä. Kiellettyjä vertailuperusteita koskeneita ratkaisuja oli yli neljännes kaikista tutkimusaineiston ratkaisuista. Tämä osoittaa osaltaan sitä, että hankintoja valmistelevat ja suorittavat tahot eivät ole omaksuneet hankintadirektiivien ja EU-oikeuden syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaatteiden sisältöä ja merkitystä vertailuperusteiden asettamisessa. Hieman yllättävää lienee kuitenkin se, ettei yhdessäkään tapauksista ollut kysymys kielletystä aiemman toimittajan suosimisesta. Tältä osin näyttäisi tiedotus menneen perille ja lain sisältö tulleen tutuksi hankintoja tekevien henkilöiden keskuudessa. Useimmiten kielletyksi vertailuperusteeksi todettiin tarjoajaan kelpoisuuteen liittyvät seikat, joita vertailuperusteiden asettamista koskeneista ratkaisuista oli neljännes. Mikään muu yksittäinen seikka ei noussut yhtä selkeästi esiin ratkaisuista. Markkinaoikeus ottikin usein kantaa vertailuperusteiden laillisuuteen. Tällöin ongelmat koskivat pääasiassa juuri tarjoajan kelpoisuuden ja tarjousvertailun sekoittamista. Tarjousvertailussa käytettiin perusteetta vertailuperusteena usein kiellettyä referenssilistaa. Muita kiellettyjä vertailuperusteita esiintyi erityisesti kansallisissa hankinnoissa.⁵⁷

3.2.1. Vertailuperusteiden valinnan sääntely

Kaikista tutkituista ratkaisuista yli neljänneksessä oli kysymys siitä, että tarjousvertailussa käytettiin hankintalain vastaista vertailuperustetta. Vertailuperusteen valintaan liittyneistä tapauksista osuus oli noin 35 %. Pelkästään näiden lukujen perusteella voidaan todeta, että kyseessä on tarjousvertailun onnistumisen kannalta merkittävästä kysymyksestä. Hankintayksiköllä on harkintavalta kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettamisessa.⁵⁸ Vapaudesta valita käytettävät vertailuperusteet seuraa, ettei markkinaoikeus yleensä puutu itse perusteen valintaan. Näin oli myös ennen lakiuudistusta.⁵⁹ Hankintalain

⁵⁷ Kielletyn vertailuperusteen ja muun kielletyn vertailuperusteen lukumääriä EU-hankintojen osalta nostavat ratkaisut 481–486/2009, joissa oli kysymys samasta asiasta tehdyistä useasta eri hakemuksesta.

⁵⁸ Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007, s. 243.

⁵⁹ HE/2006 s. 105.

perusteluissakin todetaan, että arviointiperusteiden valintaan voidaan puuttua poikkeuksellisesti silloin kun niiden valinta johtaisi joidenkin tarjoajien tai toimittajien syrjintään.⁶⁰

Harkintavaltaa rajoittavat vertailuperusteiden asettamiselle on säädetyt rajoitukset. Hankintalain 62 §:n mukaan⁶¹ ”Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää esimerkiksi laatua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huoltopalveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutus-aikaa taikka elinkaarikustannuksia”. Luettelo ei ole tyhjentävä, vaan hankintayksiköllä on vapaus valita käytettävät vertailuperusteet omien tarpeiden ja hankinnan kohteen mukaan. Vertailuperusteet eivät saa kuitenkaan antaa hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta valita voittava tarjous. Tarjoajan kelpoisuuteen liittyviä seikkoja ei tule kuitenkaan käyttää vertailuperusteena.⁶²

Vertailuperusteina tulee käyttää ainoastaan sellaisia tekijöitä, joiden perusteella voidaan arvioida tarjousten hintalaatusuhdetta sekä tarjousten tuomaa lisäarvoa suhteessa hankinnan kohteen määrittelyihin.⁶³ Perusteina tulisi käyttää sellaisia seikkoja, joiden perusteella voidaan valita kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Käytännössä tämä tarkoittaa, että vertailuperusteiden on liityttävä suoraan hankinnan kohteeseen ja oltava objektiivisia ja syrjimättömiä.⁶⁴ Vertailuperuste liittyy hankinnan kohteeseen silloin, kun se koskee välittömästi hankinnan kohteena olevan palvelun tai tuotteen ominaisuuksia. Samoin jos peruste liittyy han-

⁶⁰ HE 50/2006 vp, s. 105.

⁶¹ Hankintalain 62 § koskee EU-hankintoja. Kansallisten hankintojen osalta sääntely on täysin yhtenevää vertailuperusteiden asettamisen osalta, lukuun ottamatta myöhemmin mainittavia poikkeuksia tarjoajan kelpoisuuteen liittyvien vertailuperusteiden sekä painotuksen osalta.

⁶² HE 50/2006 vp, s. 105, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut edellä mainitut vertailuperusteiden valintaa ohjaavat periaatteet muun muassa tuomioissaan C-31/87 *Beentjes*, C-324/93 *Evans Medical ja Macfarlan Smith*, C-513/99 *Concordia Bus Finland* sekä C-19/00 *SIAC Construction* vahvistanut periaatteen tarjoajien kelpoisuuden ja tarjousten vertailun erillisyydestä ja katsonut, ettei tarjousten vertailussa voida ottaa huomioon tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä seikkoja. Korkein hallinto-oikeus on ratkaisuisaan KHO 12.12.2003 taltio 3202 sekä KHO 6.10.2004 taltio 2514 käsitellyt myös asiaa ja katsonut hankintamenettelyn kaksivaiheiseksi prosessiksi, jossa ensin tulisi arvioida tarjoajan tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseen.

⁶³ HE 50/2006 vp, s. 106.

⁶⁴ HE 50/2006 vp, s. 105.

kinnan kohteen käyttämiseen tai palvelun suorittamiseen, katsotaan sen liittyvän hankinnan kohteeseen.⁶⁵ Vertailuperusteen tulee liittyä siihen ominaisuuteen tai seikkaan, jota sillä halutaan osoittaa.⁶⁶ Hallituksen esityksen mukaan tällaisia vertailuperusteita ovat esimerkiksi hankinnan kohteena olevan tavaran, palvelun tai rakennustyön laatu, hinta ja toimitusaika⁶⁷. Sen sijaan esimerkiksi tarjoajayrityksen toimintaan liittyvät seikat, kuten verojen suorittaminen tai taloudellista tilanne ei liity hankinnan kohteeseen.⁶⁸

Tarjousten valinnassa käytettävillä perusteilla tulisi olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Koska kysymys on julkisten varojen käytöstä, hankinnasta aiheutuville kustannuksille tulisi antaa riittävää painoarvoa tarjousten valinnassa. Yleistä kattavaa ohjetta tähän ei voida kuitenkaan antaa, vaan hankinnan luonteesta riippuu hinnan merkitys tarjouksen valinnassa. Hankinnan hinta ei ole kuitenkaan ainoa seikka, jolla on merkitystä taloudellisen arvon määrittämisessä. Hankinnasta aiheutuvien välittömien kustannusten lisäksi merkitystä voidaan lain mukaan antaa myös koko hankinnan elinkaaren aiheuttamille kustannuksille. Tällaisia kustannuksia ovat esimerkiksi takuehdot, huoltokustannukset, jätteiden käsittelyyn liittyvät kustannukset ja jälleenmyyntiarvo. Vaikka vertailuperusteiden tulisi tuottaa hankintayksikölle taloudellista etua, niiden ei kuitenkaan tarvitse olla puhtaasti taloudellisia. Esimerkiksi ympäristönäkökohtia voidaan lain 61 § 2 mom. mukaan ottaa huomioon, vaikka ne eivät tuota suoraa taloudellista hyötyä hankintayksikölle. Tämän kannan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimien on vahvistanut tuomiossaan *Concordia Bus Finland*. Ratkaisussa tuomioistuin totesi sallituksi ottaa huomioon esteettisten ominaisuuksien lisäksi sellaisia ympäristönäkökohtia, jotka eivät tuota hankintayksikölle välitöntä taloudellista etua.⁶⁹ Hankintalakiuudistuksessa EY-tuomioistuimen kanta ympäristönäkökohtien huomioimiseen sisällytettiin myös hankintalakiin.⁷⁰

⁶⁵ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 299.

⁶⁶ Pekkala 2007, s. 400.

⁶⁷ HE 50/2006 vp, s. 105.

⁶⁸ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 299, myös esim. KHO 12.12.2003 taltio 3202.

⁶⁹ C-513/99, *Concordia Bus Finland*.

⁷⁰ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että vaikka hankintadirektiiveissä annetaan hankintaviranomaiselle mahdollisuus valita ne sopimuksen tekemistä koskevat vertailuperusteet, joita se haluaa soveltaa, tämä mahdollisuus koskee kuitenkin ainoastaan sellaisia vertailuperusteita,

Julkisia hankintoja ohjaavat periaatteet näkyvät myös vertailuperusteiden asettamisen vaatimuksissa. Hankintalain mukaan vertailuperusteiden tulisi olla objektiivisia ja syrjimättömiä. Arvioinnin objektiivisuutta voidaan lisätä käyttämällä ulkopuolista arvioijaa vertailuvaiheessa. Syrjimättömyyden vaatimuksesta seuraa hankintalain esitöiden mukaan se, että sallittua ei ole esimerkiksi käyttää vertailuperusteita, jotka suosivat tiettyjä tarjoajia, edellyttävät aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa tai suosivat paikallista toimittajaa.⁷¹ Hankinnan kohteen sitä vaatiessa voidaan tarjoajalta kuitenkin edellyttää esimerkiksi paikallistuntemusta. Tällaiselle perusteelle ei saa kuitenkaan asettaa liian korkeaa painoarvoa, jottei se estäisi uusien yrittäjien alalle pääsyä⁷². Vertailukriteerit eivät saa olla myöskään niin tiukkoja, että ainoastaan harvat mahdollisista tarjoajista kykenee saamaan niiden osalta täydet pisteet. Kriteerejä ei saa asettaa myöskään niin, että jo etukäteen on selvillä, mikä tarjoaja kilpailun voittaa. Perusteiden asettamisessa on kiinnitettävä erityistä huomiota tarjousten vertailtavuuteen. Vertailuperusteiksi tulisikin valita objektiivisesti mitattavissa olevia tekijöitä. Aina se ei ole kuitenkaan mahdollista, vaan vertailu ja pisteytys joudutaan tekemään vähemmän objektiivisin perustein. Tällöin on suositeltavaa ulkopuolisen riippumattoman asiantuntijan tai asiantuntijaryhmän käyttö.

3.2.2. Kielletyn vertailuperusteen käyttäminen tarjousvertailussa

Tutkituista markkinaoikeuden ratkaisuista noin 35 %:ssa oli kysymys syrjivän tai kielletyn vertailuperusteen käyttämisestä tarjousvertailussa. Useimmiten kysymys oli tarjoajan kelpoisuuteen liittyvistä seikoista, mutta yhdeksässä ratkaisussa oli kysymys muista syrjivistä tai hankinnan kohteeseen liittymättömistä perusteista. Usein tarjousvertailussa oli käytetty sekä tarjoajaan liittyviä vertailuperusteita, että muita syrjiviä seikkoja. Näistä yhdeksästä ratkaisusta yhdessäkään ei ollut kysymys suoraan kansalaisuuteen tai kotipaikkaan perustuvasta syrjivästä vertailuperusteesta. Huomionarvoista on myös se, ettei yhdessäkään vuosien 2008

joiden perusteella voidaan selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle taloudellisesti edullisin (kts. em. asia C-513/99, *Concordia Bus Finland*, kohta 59 sekä asia C-315/01, *GAT*, kohdat 62–64).

⁷¹ HE 50/2006 vp, s. 105, myös Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 299.

⁷² Pekkala 2007, s. 396.

ja 2009 aikana markkinaoikeuden antamista ratkaisuista varsinaisena vertailuperusteena käytetty vanhoja hyviä tai huonoja kokemuksia. Näyttäisikin siltä, että usein hankintaohjeissa, -koulutuksissa ja hankintoja ohjaavassa kirjallisuudessa painotettu kansallisuuteen, kotipaikkaan tai aiempiin kokemuksiin liittyvien vertailuperusteiden käytön kieltäminen on omaksuttu hankintahenkilöstön keskuudessa, ja niiden käyttöä on osattu tietoisesti välttää. Aiempien kokemusten käyttäminen vertailuperusteena ei tässä valossa voida pitää enää voida pitää merkittävänä ongelmana. Ainoastaan yhdessä ratkaisussa hankintayksikkö perusti tarjousvertailunsa aiempiin hyviin kokemuksiin, kun se ratkaisi tarjousvertailussa tasapisteet saaneiden yritysten paremmuuden aiempien hyvien kokemusten perusteella.⁷³ Koska hankintayksiköllä ei ollut kokemusta kaikista tarjoajista eikä hankintayksikkö ollut antanut myös muille tarjoajille mahdollisuutta esittää selvitystä mainitusta seikasta, markkinaoikeus katsoi hankintayksikön menetelleen tältä osin hankintasäännösten vastaisesti ja muita tarjoajia syrjivästi. Muiden syrjivien vertailuperusteiden käyttöä sen sijaan esiintyy edelleen. Usein kysymys on vertailuperusteesta, joka kyseisessä hankinnassa ilmoitetulla tavalla sovellettuna tosiasiallisesti suosii tai syrjii yhtä tai useampaa tarjoajaa. Esimerkiksi terveydenhuoltopalveluja koskeneessa hankinnassa yhtenä vertailuperusteena oli palvelun laadunhallintajärjestelmä.⁷⁴ Sinänsä hyväksyttävä vertailuperuste muuttui syrjiväksi ilmoitetun pisteytyksen vuoksi. Hankintayksikkö ilmoitti tarjouspyynnössä antavansa eniten pisteitä sertifioidusta laadunhallintajärjestelmästä. Sen sijaan vastaavaa pistemäärää ei saanut muulla tavoin osoitetusta laadunhallinnasta. Tämän markkinaoikeus katsoi vaikeuttavan uusien yrittäjien alalle pääsyä ja rajoittavan kilpailua. Vertailuperuste ei myöskään ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa.

Kiinteistöhoitopalveluita koskenut ratkaisu MAO 422/2009 on mielenkiintoinen vertailuperusteen hyväksyttävyyden näkökulmasta tarkasteltuna. Kyseinen tapaus oli ainoa, jossa oli viitteitä tietoisesta ja tarkoituksellisesta yhden tarjoajan suosimisesta vertailuperusteiden asettamisessa. Yhtenä vertailuperusteena oli ilmoitettu yrityksen omistajan osallistuminen työhön. Markkinaoikeuden antaman ratkaisun perusteluiden mukaan asiassa ei ollut ilmen-

⁷³ MAO 331/2009.

⁷⁴ MAO 346/2009.

nyt seikkoja, joiden perusteella omistajan osallistumista työhön koskenutta vertailuperustetta olisi voitu pitää hankinnan kohteeseen ja palvelun laadun arviointiin nähden perusteltuna ja kaikkia tarjoajia kohtaan tasapuolisena vertailuperusteena. Kun tiedetään, että kyseisellä alueella kiinteistöpalveluja hoitavista yrityksistä yhdessä myös omistaja osallistuu työhön, eikä toisaalta aiemman palvelua huonoin kokemuksiin hoitaneen valtakunnallisen kiinteistöhuoltoyrityksen omistaja käytännössä voi osallistua työntekoon, vaikuttaa hankintayksikkö vertailuperustetta asettaessaan pyrkineen joko suosimaan paikallista pienempää yritystä tai syrjimään aiempaa toimittajaa. Vaikka kyseisessä ratkaisussa onkin viitteitä tietoisesta syrjinnästä tai suosimisesta, ei ongelmaa voida pitää yleisesti merkittävänä markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella. Muissa ratkaisuissa ei tällaisia viitteitä näkynyt, mikä osoittaa hankintayksiköiden pyrkivän lain mukaisessa hankintamenettelyssä tehtävien hankintojen osalta noudattamaan hankintaperiaatteita. Liikaa tähän tilanteeseen ei kannata kuitenkaan tuudittautua, sillä se ei anna tietoa hankinnoista, jotka eivät etene markkinaoikeuskäsittelyyn saakka. Lisäksi oma lukunsa ovat ns. laittomat suorahankinnat, joissa syrjivää menettelyä tosiasiallisesti tapahtuu poikkeuksetta.

3.2.3. Tarjoajan kelpoisuuden perusteiden ja tarjouksien vertailuperusteiden erillisuus

Yksi yleisimmistä syistä tarjousvertailun epäonnistumiseen on tarjoajan kelpoisuuden kriteerien ja tarjousvertailun perusteiden sekoittuminen keskenään. Kiellettyä vertailuperustetta koskeneista ratkaisuista 70 prosentissa oli kysymys tarjoajaan liittyvän seikan käyttämisestä vertailuperusteena. Tapaukset eivät ole uuden lain mukanaan tuomia, vaan lainsäädännön sisältö ja oikeuskäytäntö on tältä osin pysynyt samana. Lakiuudistuksessa pyrittiin vähentämään tätä toistuvaa ongelmaa tarkentamalla lakia tältä osin.⁷⁵ Tuloksia ei kuitenkaan ole näkyvissä. Kaikista vertailuperusteen asettamiseen liittyvistä tapauksista tarjoajan kelpoisuuteen liittynyt kielletty vertailuperuste oli kyseessä noin 19 prosentissa tapauksista. Kansalli-

⁷⁵ HE 50/2006 vp, s. 13.

sista hankinnoista suhteellinen määrä oli hieman suurempi, noin 30 %, kun EU-hankinnoissa osuus oli 23 %.

EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevan hankintalain 52 §:n mukaan ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus on arvioitava aina ennen tarjousten vertailua. Säännöksen perusteluissa viitataan⁷⁶ EY-tuomioistuimen ratkaisuun C-315/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)* sekä korkeimman hallinto-oikeuden päätöksiin KHO 12.12.2003 taltio 3202 ja KHO 6.10.2004 taltio 2514. Kyseisten ratkaisujen perusteluissa hankintamenettely on todettu olevan kaksivaiheinen prosessi, jossa ensin tulee arvioida tarjoajan tekniset, taloudelliset ja muut edellytykset hankinnan toteuttamiseen. Jos tällaisia edellytyksiä ei ole, hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Vasta tämän jälkeen hankintayksikkö voi suorittaa varsinaisen tarjousten vertailun niiden tarjoajien tekemien tarjousten kesken, joita ei ole suljettu pois tarjouskilpailusta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön tulee ensin arvioida, soveltuvatko tarjoajat hankinnan toteuttamiseen, ja sen jälkeen vasta suorittaa varsinainen saatujen tarjousten vertailuprosessi.⁷⁷ Tarjousvertailuprosessi tulee näin ollen erottaa kokonaan tarjoajien kelpoisuuden vertailusta. Tämä johtaa siihen, että tarjoajien ominaisuuksien arvioinnissa ja tarjousten vertailussa käytettävät perusteet tulee myös erottaa toisistaan.⁷⁸ EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tarjoajan kelpoisuuteen liittyvät seikat on pidettävä kokonaan erillään tarjousten vertailusta. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on useasti ottanut kantaa kysymykseen. *GAT* -tuomiossa EY-tuomioistuin katsoi lisäksi, ettei tarjousten vertailuperusteina tule käyttää tarjoajan aiempien vastaavankaltaisista toimituksista syntyneitä referenssien lukumäärää.⁷⁹ Ratkaisun perusteluiden mukaan sillä voidaan ainoastaan varmistaa tarjoajan soveltuvuutta hankinnan toteuttamiseen, eli EY-tuomioistuin toteaa kyseessä olevan tarjoajan soveltuvuusperuste.

⁷⁶ HE 50/2006 vp, s. 95.

⁷⁷ Pekkala 2007, s. 398.

⁷⁸ HE 50/2006 vp, s. 105–106.

⁷⁹ C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*.

EU-hankinnoissa ei hankintadirektiivin tai -lain sanamuodon perusteella ole mahdollisuutta poiketa tästä sääntelystä edes monimutkaisimmissa palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa. Lain esityöt vaikenevat myös tällaisesta mahdollisuudesta. *GAT*-ratkaisun perusteella vaikuttaisikin siltä, ettei tarjoajaan liittyviä perusteita voitaisi koskaan käyttää tarjousvertailun perusteena. Kielto käyttää tarjoajaan liittyviä seikkoja vertailuperusteena perustuu vapaan kilpailun esteiden vähentämiseen ja hankintamenettelyn kaksivaiheisuuteen. Tarjoajien soveltuvuuden arvioinnin jälkeen jäljelle jääneiden tarjoajien katsotaan kaikkien olevan sopivia hankinnan toteuttamiseen. Kuitenkin monimutkaisissa hankinnoissa myös vähimmäisvaatimukset ylittävällä laadunhallinnalla saattaa olla merkitystä hankinnan kokonaistaloudellisen edullisuuden kannalta, jolloin kyseisten seikkojen käyttäminen vertailuperusteena liittyy hankinnan kohteeseen ja saattaa vaikuttaa hankinnan edullisuuteen. Tällaisten seikkojen käytön kieltäminen näin ollen ei palvelisi hankintalain ja -direktiivin tarkoitusta.

EU-hankintoja koskeneista ratkaisuista ainoastaan muutamassa oli tarjoajan kelpoisuuteen liittyviä seikkoja käytetty vertailuperusteena. Määrää voidaan pitää hyvänä ja oikean suuntaisena, joskin liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä ei kannata pienen otoksen vuoksi tehdä. Alhaista määrää saattaa selittää se, että EU-hankintojen osalta sääntely on selkeää, eikä hankintalaissa tai -direktiivissä ole säädetty mahdollisuutta säännöksestä poikkeamiseen erityistilanteissa. Täysin kyseistä ongelmaa ei ole saatu poistettua, vaan tapauksia esiintyy edelleen tasaisesti markkinaoikeuskäytännössä. Yksi vaikuttava tekijä tapausten esiintymiseen saattaa olla se, että suurin osa kaikista hankinnoista on kansallisia hankintoja, jolloin yksittäisen työntekijän kohdalle tulee harvemmin suoritettavaksi EU-hankintaprosesseja, etenkin pienemmissä ja vähemmän hankintoja tekevissä hankintayksiköissä. Tällöin saattavat kansalliset kynnysarvot ja EU kynnysarvot ylittävien hankintojen menettelysäännökset sekoittua keskenään tai niissä olevat osittaiset eroavaisuudet eivät muistu mieleen tarjouspyyntöä laatiessa. Tutkimusaineiston ratkaisuissa oli viitteitä siitä, että EU-hankintojen ja kansallisten hankintojen sääntelyt sekoittuivat keskenään. Etenkin pienemmällä hankintayksiköillä oli usein jäänyt EU-hankinnassa tekemättä EU-hankintailmoitus, vaikka hankinta tunnistettiin EU-

hankinnaksi.⁸⁰ Tämä herättää epäilyksen siitä, että myös muissa hankintaprosessin vaiheissa saattaisi EU-hankintojen ja kansallisten hankintojen sääntely sekoittua keskenään.

EU-hankinnoista poiketen kansallisiin hankintoihin on hankintalaissa säädetty mahdollisuus käyttää vertailuperusteena tarjoajaan liittyvää seikkaa. Tällainen on lain 72 §:n mukaan mahdollista "Palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteena voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa". Väljempää sääntelyä on perusteltu sillä, että palvelun tuottajan ominaisuudet ja palvelun sisältö eivät ole aina käytännössä erotettavissa.⁸¹ Käytettäessä vertailuperusteena vähimmäisvaatimukset ylittävää tarjoajaan liittyvää ominaisuutta sovelletaan siihen samoja säännöksiä kuin muihinkin vertailuperusteisiin. Näin ollen sen tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja tuottaa taloudellista arvoa hankintayksikölle, kuten muidenkin vertailuperusteiden.

Vaikka sääntely on väljempää kansallisten hankintojen osalta, silti tarjoajan kelpoisuuden ja tarjousvertailun sekoittamista koskeneista ratkaisuissa useimmiten kyse oli kansallisesta hankinnasta. Tutkimusaineistosta ei nouse selkeästi esiin mitään yksittäistä syytä, miksi tarjoajaan liittyvien seikkojen käyttäminen vertailuperusteena on niin yleistä edelleen, vaikka 2007 uudistetulla lailla niitä pyrittiin vähentämään. Syytä tähän voi kuitenkin olla useita. Hankintayksiköt saattavat tulkita laissa säädettyä poikkeusta liian laajasti. Toisaalta kysymys saattaa olla myös siitä, että hankintoja tekevät henkilöt tekevät niitä oman toimen ohella. Tällöin helposti käy niin, etteivät lainsäädännön muutokset ja oikeuskäytäntö tule riittävän tutuksi.

Useimmin tarjoajaan liittyväksi vertailuperusteeksi todettiin tarjoajilta vaaditut referenssilistat. Markkinaoikeuden tulkintalinja niiden osalta on kuitenkin hyvin selkeä ja yksiselitteinen.

⁸⁰ Esimerkiksi ratkaisut MAO 111/09, jossa hankintayksikkönä Jäähalli -osakeyhtiö.

⁸¹ Pekkala 2007, s. 448.

Sen mukaan referenssien lukumäärän perusteella ei voida osoittaa tarjouksen edullisuutta. Kantansa markkinaoikeus perustaa aiemmin mainittuun GAT -ratkaisuun, jonka perusteluissa EY-tuomioistuin toteaa lisäksi referenssien lukumäärän vaikeuttavan uusien toimijoiden tuloa alalle, ja olevan näin ollen syrjivä vertailuperuste.⁸² Referenssit eivät kuitenkaan olleet ainoita tarjoajaan liittyviä seikkoja, joita käytettiin vertailuperusteina tutkituissa ratkaisuissa. Usein kysymys oli myös tarjoajan taloudellisiin edellytyksiin liittyvistä seikoista, kuten liikevaihdosta tai luottoluokituksesta. Lisäksi tarjoajan kelpoisuuteen liittyviksi seikoiksi katsottiin muun muassa sellaiset vertailuperusteet, kuten henkilökunnan koulutus, ammattipätevyys, työkokemus, henkilökunnan kielitaito, tarjoajan erityisosaaminen ja hankintaan liittyvän toiminnan vastuuhenkilöt.⁸³ Aina rajanveto hankinnan kohteeseen ja tarjoajaan liittyvien seikkojen välillä ei kuitenkaan ole selvä. Jäähallin ilmanvaihtourakkahankinnassa hankintayksikkö oli asettanut yhdeksi vertailuperusteeksi tarjoajan tarjoaman projektihenkilöstön, lähinnä työnjohtajan ja projektipäällikön ominaisuudet ja pyytänyt ansioluettelon liittämistä mukaan tarjoukseen. Markkinaoikeus katsoi, että kyseiset seikat sinänsä voisivat olla osaltaan vaikuttamassa hankinnan laatuun ja sitä kautta kokonaistaloudelliseen edullisuuteen. Vertailuperusteet olivat kuitenkin jääneet yksilöimättä, joten markkinaoikeus totesi niiden kyseisessä tapauksessa liittyvän pikemminkin tarjoajan soveltuvuuteen.⁸⁴

Jotkin seikat voivat liittyä toisissa tapauksissa tarjoajan soveltuvuuden ja toisissa tapauksissa tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioimiseen, joten tyhjentävää luetteloa kielletyistä vertailuperusteista ei voida antaa. Tämä saattaa osaltaan olla vaikuttamassa myös tarjoajan soveltuvuuteen liittyvien vertailuperusteiden käytön yleisyyteen. Yksittäisessä hankinnassa ei tulisi markkinaoikeuden mukaan koskaan 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

⁸² C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*.

⁸³ MAO 481-486/2009, MAO 450/2008, MAO 604/2009.

⁸⁴ MAO 111/2009.

tarkoituksessa”⁸⁵. Markkinaoikeus tarkoittaa tällä tiivistetysti sitä, että hankintayksikön olisi aina kyettävä perustelemaan tarjoajaan liittyvän vertailuperusteen käyttö ja tuomaan riittäväällä tavalla esiin, miten se juuri kyseisessä hankinnassa liittyy hankinnan kohteen edullisuuden arviointiin. Riittävää ei kuitenkaan ole todeta hyvän laadun tai ammattitaidon vaikuttavan hankinnan edullisuuteen, sillä huonon laadun tekijät tai ammattitaidottomat tarjoajat kyetään sulkemaan kilpailutuksen ulkopuolelle tarjoajien kelpoisuusehtojen kautta. Toisin sanoen tarjoajan soveltuvuuteen liittyvän vertailuperusteen olisi todella tuotettava lisäarvoa hankinnalle.

Selkeimpänä syynä tarjoajaan liittyvien seikkojen käyttämiseen vertailuperusteena nousee ratkaisujen joukosta kuitenkin esiin epätietoisuus lainsäädännöstä ja etenkin sen vallitsevasta tulkintakäsityksestä. Hankintayksiköillä vaikuttaisi edelleen olevan vaikeuksia hahmottaa hankintamenettelyn selkeä kaksivaiheisuus eli jakautuminen tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja tarjouksen arviointiin. Useissa tapauksissa tarjoajan kelpoisuutta tutkitaan sekä minimivaatimusten osalta, että vertailuvaiheessa minimivaatimukset ylittävältä osalta. Tätä mahdollisuutta eivät kuitenkaan hankintadirektiivi ja -laki anna. Osassa tapauksista on selkeästi puuttunut kokonaan kaksivaiheisuus, jolloin tarjoajia on arvioitu ainoastaan tarjousten vertailuvaiheessa. Ohjausjärjestelmän laajennus-urakkakilpailutuksesta annetussa ratkaisussa MAO 354/2009 vertailuperusteiksi oli tarjouspyynnössä ilmoitettu muun muassa ”yritys” ja ”henkilöstö”, molemmat 30 prosentin painoarvoilla. Yrityksen osalta arvioitiin muun muassa yrityksen toiminnan kuvausta, mahdollisuutta selviytyä urakasta ajallisesti ja laadullisesti, aiempia referenssejä sekä asiakastyytyväisyyttä. Henkilöstön osalta pisteitä annettiin muun muassa avainhenkilöiden koulutuksesta ja referensseistä. Markkinaoikeus totesi näiden kaikkien liittyvän tarjoajan soveltuvuuden arvioimiseen, joka olisi tullut tehdä ennen tarjousvertailua. Perusteluissa todettiin lisäksi, ettei kyseisillä perusteilla voinut selvittää tarjouksen edullisuutta.

⁸⁵ MAO 183/09.

Markkinaoikeuden ratkaisusta löytyy viitteitä siitä, että sinänsä perusteltavissa olevaa poikkeusta ei ole asianmukaisesti kyetty perustelemaan riittävällä tavalla eikä esittämään tarjoajaan liittyvää vertailuperustetta erillisenä tarjoajan kelpoisuuteen liittyvistä seikoista. Esimerkiksi terveydenhuoltopalveluiden hankintaa koskeneessa ratkaisussaan MAO 346/2009 markkinaoikeus totesi hankintayksiköllä olevan harkintavaltaa tarjouspyynnössä tarjoajille asetettavien soveltuvuusvaatimusten ja kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden määrittelyssä. Markkinaoikeus katsoi, että hankinnan kohteen laatu huomioon ottaen tarjoajan aikaisemmalla kokemuksella vastaaventyypisistä ulkoistuksista voitiin sinänsä katsoa olevan merkitystä tarjousten laadun arvioimiseen. Tarjouspyynnössä ilmoitetun mukaan vertailuperusteen pisteytyksessä annettiin kuitenkin suuri painoarvo sopimusten lukumäärälle ja aiempien sopimusten yhteenlasketulle väestöpohjalle. Markkinaoikeuden mukaan näiden seikkojen perusteella ei kuitenkaan voida selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle edullisin. Perusteluissa lisäksi todettiin, että aikaisempien sopimusten lukumäärän ja väestöpohjan suuruuden painottaminen pisteytyksessä johtaa myös helposti tilanteeseen, jossa uutta alalle pyrkivää yritystä kohdellaan muihin tarjoajiin nähden syrjivästi. Näin ollen markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyynnössä ilmoitetulla tavalla tarjoajan aikaisempaa kokemusta mittaavalla vertailuperusteella ei ollut mahdollista selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle edullisin.

Myös kansallisen kynnyсарvon ylittävää tilintarkastuspalvelun kilpailuttamista koskevassa ratkaisun MAO 574/2009 perusteluissa markkinaoikeus totesi, ettei asiassa ollut "ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella vertailuperusteita talouden ja hallinnon analysointi, vertailu ja raportointi sekä yhteistyö kunnan luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden kanssa sekä neuvontatyön resurssit voitaisiin pitää hankinnan kohteeseen ja palvelun laadun arviointiin nähden perusteltuina ja kaikkia tarjoajia kohtaan tasapuolisina vertailuperusteina". Vertailuperusteet olivat markkinaoikeuden mukaan olleet lisäksi sisällöltään niin epäselviä, ettei tarjoajilla ollut niiden perusteella mahdollista tietää tarjouksia laatiessaan, mitä seikkoja hankintayksikkö tulee mainittujen vertailuperusteiden osalta ottamaan huomioon.

3.2.4. Vertailuperusteen yksilöinnin ja täsmentämisen vaatimus

Tutkituista ratkaisuista yli 75 prosentissa oli kysymys vertailuperusteen yksilöimättömyydestä. Määrä on todella suuri, ja se osoittaaakin kyseessä olevan erittäin merkittävästä tekijästä tarjousvertailun epäonnistumisessa. Liian yksilöimättömäksi vertailuperuste on katsottu aina, jos tarjouspyynnössä on mainittu kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena ai-noastaan esimerkiksi "laatu" tai "toiminnalliset ominaisuudet". Käytännössä vertailuperus-teen ilmoittaminen näin yleisluontoisesti johtaa siihen, etteivät tarjoajat tiedä tarjousta laa-tiessaan millä seikoilla on merkitystä kyseisiä kriteereitä arvioitaessa. Tarjoajat eivät näin osaa ilmoittaa tai painottaa oikeita asioita tarjouksessaan. Vertailuvaiheessa tästä seuraa se, että saatu vertailutulos ei välttämättä vastaa todellista tilannetta, vaan tarjouksista menes-tyy se, joka on sattunut mainitsemaan ja painottamaan oikeita asioita tarjouksessaan. Tilan-ne mahdollistaa usein hankintayksikölle myös täyden mielivallan voittavan tarjouksen valin-nassa, sillä hankintayksiköt voivat painottaa haluamiaan asioita vertailussa, koska soveltamis-tapaa ei ole ilmoitettu tarjouspyynnössä.

Vertailuperusteista säädetään hankintalain 62 §:ssä EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen sekä 72 §:ssä kansallisten hankintojen osalta. Vertailuperusteiden ilmoittamisen osalta sään-tely on yhtenevää lukuun ottamatta niiden painottamista. Säännöksissä ei kuitenkaan maini-ta ilmoittamisen tarkkuudesta mitään. Hankintadirektiivin 53 artiklan 2 kohdan mukaan teh-täessä sopimus taloudellisesti edullisimman tarjouksen perusteella hankintaviranomaisen on ilmoitettava sopimusasiakirjoissa tai sopimusta koskevassa ilmoituksessa⁸⁶ ne sopimuksen tekemisen perusteet, joita se aikoo soveltaa. Ilmoittamista ohjaavana säännöksenä voidaan pitää myös hankintalain 40 §:n vaatimusta. Sen mukaan tarjouspyyntö on laadittava niin sel-väksi, että "sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tar-jouksia". Hankintalain esitöissä yhtenä tarjouspyynnön tarkoituksista mainitaan hankinnan toteuttamiseen liittyvien seikkojen riittävä kuvaaminen vertailukelpoisten tarjousten saami-seksi ja tasapuolisen tarjousvertailun toteuttamiseksi⁸⁷ Tästä tavoitteesta lähtee myös EY-

⁸⁶ Hankintalaissa kyseisiä dokumentteja vastaavat hankintailmoitus ja tarjouspyyntöasiakirja.

⁸⁷ HE 50/2006 vp, s. 86.

tuomioistuin ratkaisussaan *Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*⁸⁸, jossa se toteaa hankintamenettelyn avoimuuden ja tasapuolisuuden edellyttävän sitä, että tarjoajilla on jo tarjouksia laatiessaan saatava tietää kaikki ne tekijät sekä niiden merkitys, jotka hankintaviranomainen ottaa huomioon selvittäessään edullisinta tarjousta sekä niiden suhteellinen merkitys voittavan tarjouksen valinnassa.

Hankintalaki ei edellytä, että tarjouspyynnössä kerrottaisiin yksityiskohtaisesti millä tavalla tai kaavalla vertailuperusteita tullaan tarjousten vertailuvaiheessa soveltamaan. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa niin vertailuperusteiden asettamisessa kuin vertailumalliensa luomisessa. Kaavojen ja mallien tulee kuitenkin olla periaatteiden valossa tasapuolisia ja syrjimättömiä, eivätkä ne saa antaa rajoittamatonta vapautta valita voittava tarjous.⁸⁹ Jos pisteytyskaavoilla on sellaista vaikutusta tarjousten vertailuun, joka saattaa vaikuttaa tarjousten laamiseen, tulee myös pisteytyskaavat ilmoittaa. Avoimuusperiaatteen mukaista on ilmoittaa jo tarjouspyynnössä, miten vertailuperusteita tullaan soveltamaan ja pisteyttämään. Soveltamistavan ilmoittaminen lisää tarjoajien tietoa siitä, mitä asioita hankintayksikkö tulee arvostamaan ja millä tavalla. Tämä tieto helpottaa tarjouksen tekemistä ja on omalta osaltaan turvaamassa vertailukelpoisten tarjousten saamista.

Tutkimusaineiston ratkaisut ovat linjassa hallituksen esityksen ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. Ratkaisuista käy selvästi ilmi, että hankintayksiköille on ollut usein epäselvää, millä tarkkuudella vertailuperusteet tulee ilmoittaa. Esimerkiksi Poliisin tekniikkakeskuksen taktisia suojalaseja koskeneessa ratkaisussa oli yhtenä vertailuperusteena ”soveltuvuus käyttötarkoitukseen” painoarvolla 40 %.⁹⁰ Tämä oli vielä jaettu neljään alakohtaan ”soveltuvuus muihin varusteisiin”, ”käyttömukavuus”, ”soveltuvuus käyttötarkoitukseen” sekä ”huurtumisen esto”, joille kaikille oli tarjouspyynnössä ilmoitettu painoarvoksi 10 %. Markkinaoikeus totesi, ettei tarjouspyynnössä ollut ilmoitettu, mitä seikkoja hankintayksikkö tulee ottaa huomioon soveltuvuutta käyttötarkoitukseen arvioidessaan. Hankintayksikkö oli kui-

⁸⁸ Asia C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*

⁸⁹ Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 184.

⁹⁰ MAO 439/2009.

tenkin arvioinut alakohtia useilla erillisillä seikoilla. Markkinaoikeuden mukaan tämä johti siihen, etteivät tarjoajat olleet voineet tietää niiden merkityksestä tarjouksen valinnan kannalta, eikä tarjoajilla näin ollen ollut tasapuolinen mahdollisuus ottaa niitä huomioon tarjouksia laatiessa.

Pöytä tietokoneiden ja kannettavien tietokoneiden hankintaa koskeneessa ratkaisussa MAO 534/2009 valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus vertailuperusteina "hinta ja tuotteen laatu" 60 prosentin ja "toimitusprosessi" 40 prosentin painoarvolla. Tarjouspyynnössä todettiin, että tuotteen laadussa tulitisiin ottamaan huomioon teho, tuotteistus, käyttömukavuus ja energian kulutus. Markkinaoikeus totesi ratkaisun perusteluissaan laadun arvioinnissa käytettyjen vertailuperusteiden osalta, että tarjouspyynnössä ei ollut lainkaan tarkemmin yksilöity sitä, mitä hankintayksikkö laadun arvioinnissa käytetyillä vertailuperusteilla oli tarkoittanut ja mitä seikkoja hankintayksikkö tulisi tarjousvertailussa näiltä osin arvioimaan. Markkinaoikeus katsoi kuitenkin hankinnan kohde huomioiden, että ammattimaisesti alalla toimivien tarjoajien oli vertailuperusteiden "teho" ja "energian kulutus" puuttuneista yksilöineistä huolimatta tullut ymmärtää, millaisia seikkoja hankintayksikkö tulee niiden osalta vertailemaan. Sen sijaan laadun arvioinnissa käytettyjen vertailuperusteiden "tuotteistus" ja "käyttömukavuus" osalta markkinaoikeus katsoi, että kysymyksessä olevat vertailuperusteet olivat olleet hankinnan kohde huomioon ottaenkin niin tulkinnanvaraisia, ettei tarjoajien ollut yksinomaan ilmaisujen perusteella mahdollista tietää varmuudella, mitä seikkoja hankintayksikkö kyseisillä vertailuperusteilla oli tarkoittanut. Tarjouspyyntöä ei siten ollut laadittu niin, että se olisi ollut omiaan tuottamaan sanotuilta osin yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Markkinaoikeus totesi lisäksi, ettei se myöskään ollut omiaan turvaamaan tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Lisäksi kysymyksessä olevat vertailuperusteet olivat jättäneet hankintayksikölle käytännössä lähes rajoittamattoman vapauden tarjousten vertailussa. Näin hankintayksikön todettiin menetelleen hankinnassaan hankintalain vastaisesti.

Ratkaisut osoittavat hyvin, millä tarkkuudella vertailuperusteet on tosiasiaassa ilmoitettava, jotta ne täyttäsivät lain vaatimuksen. Näissäkin tapauksissa riittävän tarkka ilmoittaminen olisi vaatinut osatekijöiden jakamista vielä uusiin yksityiskohtaisempiin alakohtiin tai ainakin luetteloa siitä, millaisia seikkoja kunkin vertailuperusteen kohdalla tulisi arvioida. Markkinaoikeuden mukaan tarjousvertailua ei voida pitää tasapuolisena ja syrjimättömänä, jos ”hankintayksikkö ottaa tarjousvertailussa tarjoajan eduksi tai haitaksi huomioon sellaisia seikkoja, jotka eivät ole ilmenneet tarjouspyyntöasiakirjoista”⁹¹.

Hankintayksikön on jo tarjouspyynnössä kyettävä yksilöimään, millaisia seikkoja se tulee arvioida tarjousten vertailuvaiheessa. Tällöin tarjoajat voivat halutessaan ottaa ne huomioon tarjouksia laatiessaan. Kun vertailuperusteen soveltamisessa huomioitavat seikat on yksilöity tarjouspyynnössä, ei tarjousvertailuvaiheessa saa enää huomioida muita seikkoja. Tämä käy hyvin ilmi tilintarkastuspalveluita koskeneesta ratkaisusta MAO 656/2009, jossa yhtenä tarjousten vertailuperusteena oli vastuullisen JHTT-tarkastajan työn osuus tehtävistä tarkastuksista. Tarjouspyynnössä oli lisäksi pyydetty tietoja useista eri seikoista koskien muun muassa JHTT-tarkastajan ja avustavan tarkastajan tuntiveloitusta sekä avustavan tarkastajan työn osuutta kokonaistarkastuksesta. Hankintapäätöksestä ilmeni, että voittanutta tarjousta oli pidetty parhaana muun muassa siitä syystä, että voittaneella tarjoajalla oli ollut tarjota myös avustavaksi tilintarkastajaksi JHTT-tarkastaja. Tarjouspyynnön perusteella ei ollut markkinaoikeuden mukaan kuitenkaan voinut päätellä, että sanottu seikka voisi vaikuttaa kyseisestä vertailuperusteesta annettaviin pisteisiin.

Hinta on aina yhtenä vertailuperusteena, riippumatta tarjouksen valintaperusteesta. Yksinkertaisessa tavarahankinnassa, saattaa olla riittävää ilmoittaa pelkästään, että tarjouksen vertailuperusteena tullaan käyttämään hintaa. Lähes aina kuitenkin myös ”hintaa” -termiä tulee täsmentää. Usein hankintahinta muodostuu useista eri komponenteista varsinaisen myyntihinnan lisäksi, kuten huoltokustannuksista, toimituskuluista ja käyttökustannuksista. Yhtä aikaa saattaa olla kilpailutettavana myös useita eri hankinnan kohteen komponentteja.

⁹¹ MAO 427/2009.

Mitä moniulotteisemmasta hankinnasta on kysymys, sitä useammin myös hintavertailun perusteiden ilmoittaminen epäonnistuu. Erityisesti tämä korostuu palvelu- ja urakkahankinnoissa, missä hankintahinta saattaa muodostua useista eri hintakomponenteista. Tällöin hankintayksikön tulee erityisesti kiinnittää huomiota pyydettävien hintatietojen vertailtavuuteen.

Yksilöimätöntä vertailuperustetta koskeneista ratkaisuista hinnan ilmoittaminen epäonnistui neljänneksessä tapauksista. Määrä saattaa vaikuttaa suurelta, pidetäänhän hintaa usein helposti määriteltävänä ja yksiselitteisenä vertailuperusteena. Tutkimusaineiston ratkaisut nostavat kuitenkin esiin todellisia kompastuskiviä myös hinnan ilmoittamisessa yhtenä vertailuperusteena. Lähes kaikissa ratkaisuissa, joissa vertailuperusteen yksilöimättömyys johtui hinnan muodon epäselvyyksistä, seurauksena olivat vertailukelvottomat tarjoukset. Usein vertailuperusteeksi oli mainittu ainoastaan "hinta" täsmentämättä lainkaan, mitä sillä tarkoitettiin, millaisia asioita hinnan osalta tulitisiin ottamaan huomioon ja missä muodossa hinta tuli ilmoittaa. Hinnan muodon epäselvyydet johtivatkin lukuisissa tapauksissa markkinaoikeusprosessiin ja hankintapäätöksen kumoamiseen.

Hinnan muodon ilmoittamisessa on itse asiassa kysymys juridisessa mielessä samasta asiasta, kuin muiden vertailuperusteiden ilmoittamisessa. Ilmoittaminen on tehtävä riittävällä tarkkuudella, jotta tarjoajilla on tarjouksia laatiessaan mahdollisuus ottaa huomioon niitä seikkoja, joita hankintayksikkö tulee arvottamaan tarjousvertailussa. Lisäksi vertailuperusteet on ilmoitettava tarjouspyynnössä niin yksiselitteisesti, että tarjoajat ymmärtävät ne samalla lailla, jolloin tarjousten vertailukelpoisuus ei vaarannu. Useissa tapauksissa tässä kuitenkin epäonnistuttiin. Tarjoajat ilmoittivat tarjoushintansa useissa eri muodoissa, jolloin tarjousten vertailu ei ollut mahdollista. Ongelmaksi näyttäisi muodostuneen se, ettei hankintayksikkö ymmärrä ilmoittaa tarjouspyynnössään, missä muodossa tarjoushinta tulee antaa kunkin hintakomponentin osalta.

Toinen tyypillinen virhe hinnan osalta vaikuttaisi olevan tietämättömyys hankinnan kohteen tarkasta tilausmäärästä tarjouspyyntöhetkellä. Näin tarjoajat eivät voi tarjouksia hinnoitellessaan ottaa huomioon riittävällä tavalla hankittavan erän suuruutta. Erityisesti ongelma korostuu silloin, kun hankinta muodostuu useista eri komponenteista, joiden tarkat tilattavat määrät eivät ole tarjouspyyntövaiheessa selvillä. Tällöin pienetkin muutokset tarjouspyynnössä arvioiduista määristä vääristävät tarjouksia, ja saattavat tosiasiasa johtaa jopa hankintalain tarkoitusperien kannalta vieraaseen lopputulokseen. Hyvänä esimerkkinä tästä on markkinaoikeuden antama rintaproteeseja ja kudostenvenyttimiä koskeva ratkaisu.⁹² Tarjouspyynnössä oli pyydetty erittelemään verottomat yksikköhinnat, joiden tulee olla kiinteitä koko sopimuskauden ajan. Rintaproteesien ja kudostenvenyttimien kokonaishankintamäärät oli myös ilmoitettu. Tarjouspyynnöstä ei kuitenkaan käynyt ilmi, kuinka monta tiettyä mallikoodia olevaa tuotetta hankintayksikön oli ollut tarkoitus hankkia, vaikka hankittavien tuotteiden määrääarviot olivat olleet hankintayksikön käytössä jo ennen hankintapäätöksen tekemistä. Tarjoajilla ei markkinaoikeuden mukaan siten voinut olla tiedossa tarjouksia tehdessään, mikä vaikutus tuotteiden yksikköhinoilla tulee olemaan tarjousten vertailussa. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että tosiasiasa tarjoajat eivät voineet tarjouspyynnön perusteella tietää kunkin tuoteryhmän painoarvoa kokonaishinnan määrittelyssä, joten menettely katsottiin hankintalain vastaiseksi.

Tutkituista ratkaisuista muutamassa oli kysymys siitä, että hankintayksikkö pyysi osalle hankinnan hintakomponenteista kappalehintoja, osalle kuukausi- tai tuntihintoja. Tällaisen menettelyn markkinaoikeus totesi kuitenkin virheelliseksi. Kotihoitopalveluita koskeneen ratkaisun perusteluissa markkinaoikeus totesi, etteivät kuukausittaiset ja kertaluonteiset maksut olleet lähtökohtaisesti vertailukelpoisia siten, että halvin kokonaishinta olisi voitu todeta tarjouspyynnössä ilmoitettujen palvelun osatekijöiden hintojen yhteenlasketusta summasta. Lisäksi hankintayksikkö menetteli virheellisesti, kun ilmoitti vasta tarjouksen valintavaiheessa sen, miten tarjouksissa annetut hintatiedot tullaan vertailemaan. Markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyyntö ei ollut hintatietojen monimuotoisuudesta johtuen ollut riittävän selvä, jotta

⁹² MAO 607/2009.

tarjoajat olisivat tarjousta hinnoitellessaan voineet ennakoida, miten palvelun kokonaishinta tarjousvertailussa lasketaan.⁹³

Tutkimusaineiston ratkaisujen perusteella ei voida tehdä yksiselitteisiä johtopäätöksiä siitä, miksi hankintayksiköt ilmoittavat vertailuperusteet usein liian ylimalkaisesti. Yksi syy saattaa olla se, että hankintayksiköt tulkitsevat 72 §:ää eri tavoin kuin tuomioistuin. Tapausten perusteella useat hankintayksiköt vaikuttavat ajatelleen vertailuperusteen täsmentämisen osatekijöihin jakamalla olevan riittävä vertailuperusteiden ilmoittamisen muoto. EY-tuomioistuin ja sen ratkaisukäytäntöön tukeutuva markkinaoikeus ovat kuitenkin linjassaan tiukempia: Osatekijöihin jakokaan ei itsessään ole riittävä, vaan merkitystä on ainoastaan sillä, mitä tarjoajat voivat tarjouspyynnön perusteella päätellä tarjousvertailussa vaikuttavista seikoista. Näin ollen tarjouspyynnöstä tulee vertailuperusteiden täsmentämisen sijaan käydä yksiselitteisesti ilmi vertailuperusteen soveltamisessa huomioon otettavat seikat. Tällä tavoin onnistutaan toisaalta kitkemään hankintayksikölle jäävää liian suurta harkintavaltaa vertailuperusteiden soveltamisessa, toisaalta lisäämään avoimuutta ja tasapuolisuutta hankintaprosessissa. Samalla se on omalta osaltaan kannustamassa hankintayksiköitä entistä parempaan hankinnan etukäteissuunnitteluun. Tulkinta onkin täysin sopusoinnussa lain hengen ja tarkoituksen kanssa. Lakitekstiä voidaan pitää kuitenkin tältä osin puutteellisena, sillä siitä ei käy lainkaan ilmi vertailuperusteen ilmoittamisen muodolle asetetut vaatimukset. Ilman hyvää perehtyneisyyttä hankintaprosessiin ja sille asetettuihin vaatimuksiin sekä oikeuskäytäntöön ei hankintalakia työssään tulkitseva voi pelkästään 62 ja 72 §:ien perusteella ymmärtää, mikä on riittävä tarkkuus vertailuperusteen ilmoittamisessa. Hankintaprosessiin osallistuvat henkilöt tekevät hankintoja usein kuitenkin oman toimensa ohella. Tällöin helposti käy niin, että hankintoja tekevien henkilöiden ammattitaidon puutteellisuudet näkyvät herkästi hankintaprosessissa ja sen lopputuloksessa. Tämä toisaalta kielii hankintoja suorittavien henkilöiden ammattitaidon puutteesta, toisaalta liian vähäisistä resursseista.

⁹³ MAO 499/2008.

3.2.5. Vertailuperusteiden painottamisen ongelmat

Hankintalain 62 §:n 3 mom. mukaan kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet on painotettava EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, ja painotus ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Sen mukaan painotus voidaan ilmoittaa myös suhteellisella vaihteluvälillä. Lisäksi kyseisessä lainkohdassa todetaan, että ”Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä”. Perusteet on asetettava siis suhteellisten painoarvojen mukaiseen tärkeysjärjestykseen, ja niiden painoarvot on ilmoitettava. Painoarvot voidaan ilmoittaa asettamalla myös suhteellinen vaihteluväli. Painotuksen ilmoittamisen tapa on hankintayksikön harkinnassa. Se voidaan ilmoittaa esimerkiksi prosentteina tai suhteellisena osuutena toisesta perusteesta.⁹⁴ Menettelyn tarkoituksena on lisätä hankinnan avoimuutta ja mahdollistaa menettelyn jälkikäteinen arviointi.⁹⁵ Tällä tavoin toimimalla tarjoajat pystyvät ottamaan vertailuperusteet huomioon laatiessaan tarjouksia, mikä osaltaan edistää samalla tarjousten vertailukelpoisuutta.⁹⁶

Kun valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus, hankintadirektiivin 36 artiklan 2 kohdan mukaan hankintaviranomaisen on ilmoitettava tarjouspyynnössä ne sopimuksen tekemisen perusteet, joita se aikoo soveltaa. Perusteet on ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan alenevassa järjestyksessä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan C-532/06⁹⁷ katsonut hankintadirektiivin vastaiseksi menettelyn, jossa hankintayksikkö määrää jälkikäteen painoarvoja tai osatekijöitä tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetyille perusteille. EY-tuomioistuin totesi myös, että tarjoajilla tulee kyseisen säännöksen mukaan olla tiedossa tarjouksia tehdessään kaikki tarjousten vertailussa käytettävät perusteet sekä niiden suhteellinen merkitys.

⁹⁴ Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 184, Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007, s. 183.

⁹⁵ Pekkala 2007, s. 401.

⁹⁶ HE 50/2006 vp, s. 107.

⁹⁷ C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*

Tutkimusaineiston markkinaoikeuden ratkaisuista, joissa ongelmia oli vertailuperusteiden asettamisessa, lähes kolmanneksessa oli kysymys painotuksen tai tärkeysjärjestyksen puuttumisesta tai niiden puutteellisesta ilmoittamisesta. Nämä katsottiin poikkeuksetta riittäviksi edellytyksiksi hankintapäätöksen kumoamiseen tai hyvitysmaksun määräämiseen. Vertailuperusteiden painotusta koskeneita tapauksia oli vertailuperusteiden asettamista koskeneista ratkaisuista noin kuudesosa. Useimmiten kysymyksenä oli painotuksen puuttuminen, ei niinkään virheellisesti ilmoitettu painotus. Painotuksen ongelmia koskeneista tapauksista puolessa oli kysymys painotuksen puuttumisesta kokonaan.

Painotuksen puuttumisessa näyttää olevan kysymys yleensä hankintayksikön virheellisestä käsityksestä lain sisällöstä tai sen tulkinnasta. Osassa tapauksista painotuksen ilmoittamatta jättämiselle ei esitetty edes markkinaoikeusprosessin kuluessa mitään syytä. Tämä viittaa siihen, ettei lainsäädäntöä ole tunnettu riittävästi tai sitä ei tietoisesti ole haluttu noudattaa. Mahdollisesti syynä painotuksen puuttumiselle tarjouspyynnöstä on huolimaton hankinnan ja tarjouspyynnön valmistelu. Huolellisen hankinnan valmistelun jälkeen ei pitäisi olla mahdollista niinkin perusasian, kuin vertailuperusteiden painotuksen puuttuminen tarjouspyynnöstä. Vertailuperusteiden painottaminen on uuden hankintadirektiivin ja hankintalain myötä tullut hankintaprosessin vaatimus. Se ei kuitenkaan yksistään riitä selittämään tapausten suurta määrää, vaan taustalla on oltava muitakin syitä. Lainsäädäntö on selkeä ja yksiselitteinen painottamisen osalta, joten erehtymisen mahdollisuutta ei ole. Tämä toisaalta osoittaa hankintahenkilöstön ammattitaidon puutteita, erityisesti lainsäädännön tuntemisen osalta. Mahdollista on, että tarjouspyyntöä laatineet henkilöt eivät ole ymmärtäneet kyseessä olevan EU-hankinta, vaan erehtyneet valmistelemaan hankintaa kuin kansallista hankintaa. Tämä voikin olla hyvin mahdollista, onhan suurin osa hankinnoista kansallisia hankintoja.⁹⁸ Toisaalta tätä vastaan puhuvat ne seikat, että kyseisissä tapauksissa hankinnoista oli kuitenkin julkaistu EU-hankintailmoitus ja menettely oli muuten hoidettu EU-hankintojen vaatimusten mukaisesti.

⁹⁸ HILMAssa julkaistut hankintailmoitukset 1.1.2009 – 31.12.2009.

Osassa tapauksista hankintayksikkö yritti jälkeinpäin perustella painoarvojen puuttumista poikkeuksellisella tilanteella. Hankintalain ja -direktiivin mukaan vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen tai kohtuullisen vaihteluvälin ilmoittamatta jättäminen on mahdollista vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Hankintayksikkö voi poiketa vertailuperusteiden painoarvojen ilmoittamisesta ainoastaan perustelluissa tapauksissa.⁹⁹ Poikkeaminen on mahdollista esimerkiksi silloin, kun kysymyksessä on monimutkainen ja laaja hankinta, joka voidaan toteuttaa erilaisin tavoin, eikä hankintayksiköllä ole hankintaprosessia aloittaessaan vielä tarkkaa tietoa siitä, millä tavoin menettely tullaan toteuttamaan.¹⁰⁰ Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän EU-kynnysarvon ylittävässä tavarahankinnassa poikkeamaa perusteltiin hankinnan kohteiden suurella määrällä. Hankittavana oli yli 200 erilaista sairaalatavaraa. Markkinaoikeus ei pitänyt hankinnan kohteen suurta määrää riittävänä perusteena poikkeamiselle painotuksen ilmoittamisvelvollisuudesta.¹⁰¹ Tutkimusaineiston ratkaisuista yhdessäkään ei markkinaoikeus todennut painotuksesta poikkeamisen perusteluiden olleen riittävät. Tätä voidaan pitää osoituksena siitä, että poikkeaminen on mahdollista vain hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa, joissa on mahdotonta ilmoittaa painotus tarjouspyynnössä. Tällainen voi tulla kysymykseen muun muassa erilaisissa suunnittelukilpailuissa, joissa hankinnan kohteen lopullinen muoto ei ole vielä selvillä tarjouspyynnön laatimishetkellä.

Vertailuperusteiden painottamisesta säädettiin ensimmäisen kerran vuonna 2007 uudistettussa hankintalaissa. Sääntely noudattelee hankintadirektiivin vaatimuksia. Kyseessä on siis vielä suhteellisen tuore menettelyvaatimus, mikä saattaa olla osaltaan syynä siihen, että painotusta ei syystä tai toisesta ole ilmoitettu tarjouspyynnössä. Tietämättömyys lain sisällöstä tuskin on kuitenkaan syynä painotuksen puuttumiseen, sillä kaikissa tapauksissa hankintayksikkönä oli useiden kuntien muodostama hankintarengas, kuntayhtymä, sairaanhoidopiirin hankintayksikkö tai muu säännöllisesti hankintoja suorittava taho. Hankintamenettelyt oli lisäksi aloitettu yhtä vaille kaikissa tapauksissa vuoden 2008 aikana, joten muuttuneen lainsäädännön aiheuttamasta yllätyksestä tuskin tässäkään valossa on kysymys. Aukottomasti ei

⁹⁹ Lain säännös perustuu hankintadirektiivin 53 artiklan 2 kohtaan.

¹⁰⁰ HE 50/2006 vp, s. 107, Trepte 2007, s. 472–473.

¹⁰¹ MAO 615–616/2009.

ole mahdollista löytää syytä painoarvojen puuttumiselle. Olipa varsinainen syy mikä tahansa, on sen seuraukset hankintaprosessin loppuun viemisen kannalta aina vakavia.

Lain valmistelutöissä, oikeuskirjallisuudessa ja hankintaohjeistuksissa korostetaan usein vaatimusta hinnan riittävän suuresta painoarvosta. Hankinnoissa on kyse aina pyrkimyksestä julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön. Vaikka hankintayksikkö saakin määritellä harkintansa mukaan asetettavat painoarvot, on hinnalle asetettava aina riittävän suuri painoarvo.¹⁰² Hinnan painoarvon ollessa liian alhainen on vaarana muiden ominaisuuksien, esimerkiksi laatu- tai ympäristöominaisuuksien liiallinen korostuminen, jolloin hinnaltaan ylivoimaisesti kallein saattaa voittaa kilpailun. Riittävää painoarvoa ei voi yksiselitteisesti määritellä, vaan huomioon tulee ottaa hankinnan laatu ja laajuus. Yksinkertaisissa tavarahankinnoissa painoarvon tulee olla huomattavasti korkeampi, kuin monimutkaisissa urakka- ja palveluhankinnoissa. Oikeuskäytännössä riittäväksi painoarvoksi palveluhankinnassa on hyväksytty jopa 30 % painoarvo suhteessa muihin vertailuperusteisiin.¹⁰³ Tätä voidaan pitää kuitenkin hyvin alhaisena, poikkeuksellisen pienenä arvona, jonka käyttäminen pitäisi pystyä perustelemaan. Oppi näyttäisi menneen perille, sillä läpi käydyistä markkinaoikeuden ratkaisuissa ongelmia hinnan painotuksen riittävydessä ei ollut.

3.2.5.1. Osatekijöiden painottamisen vaatimus

Tapauksissa, joissa ongelmana oli vertailuperusteiden painotuksen puuttuminen, oli usein kysymys siitä, että varsinainen vertailuperusteiden painotus oli ilmoitettu asianmukaisesti, mutta ongelmia aiheutti vertailuperusteen osatekijöiden painotuksen puuttuminen. Vaatimus osatekijöiden painottamisesta ei suoraan käy ilmi lakitekstistä, mutta painoarvojen ilmoittamisen tarkoitus ja niiden tavoitteiden valossa on selvää, että myös osatekijöiden painottaminen sisältyy kyseisen säännöksen vaatimukseen. Osatekijöiden painotuksen ilmoit-

¹⁰² HE 50/2006 vp, s. 106, Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 308, Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007, s. 188.

¹⁰³ MAO 16/1/02.

tamisvelvollisuus on perusteltu vaatimus myös hankintaperiaatteiden valossa. Ennalta ilmoitettu painotus lisää tarjoajien tietoisuutta siitä, miten vertailu tullaan suorittamaan ja millä asioilla tulee olemaan vaikutusta. Tämä on omiaan vahvistamaan tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Samalla se lisää hankintamenettelyn avoimuutta. Ilmoittamalla painotukset hankintayksikkö osoittaa valmistelleensa hankinnan ja tarjousvertailun huolellisesti ja tasapuolisesti. Tällöin minimoituu myös riski siitä, että hankintayksikkö tarjoukset saatuaan vielä voisi vaikuttaa vertailuperusteisiin.

Vertailuperusteiden osatekijöiden painottamisen vaatimus vaikuttaakin olevan epäselvää niin hankintoja suorittaville henkilöille kuin hankinta kirjallisuutta ja ohjeistusta kirjoittaville. Markkinaoikeus on kuitenkin ratkaisuisaan johdonmukainen. Jos painotetulle vertailuperusteelle ilmoitetaan osatekijöitä, osatekijät tulee myös painottaa.¹⁰⁴ Poikkeuksena tästä on oikeuskirjallisuudessa mainittu tilanne, jossa kaikkien osatekijöiden painoarvo on sama.¹⁰⁵ Tätä ei kuitenkaan voida pitää jokaiseen hankintaan pätevänä sääntönä, vaan viime kädessä samanarvoisten osatekijöiden painotuksen puuttumisen hyväksyttävyyden ratkaisevat kyseisen hankinnan olosuhteet. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisun C-532/06 perusteluissa todetaan hankintamenettelyn avoimuuden ja tasapuolisuuden vaatimusten edellyttävän, että tarjoajilla on jo tarjouksiaan laatiessaan tieto siitä, mihin seikkoihin hankintayksikkö tulee kiinnittämään huomiota tarjouksia vertaillessaan ja tarjousta valitessaan.¹⁰⁶ Näin ollen tärkeintä onkin, ettei tarjouspyyntö jätä tulkinnanvaraa myöskään osatekijöiden painotuksen suhteen.

Osatekijöiden painottamisen vaatimusta selventää myös markkinaoikeuden antama kansallisen kynnysarvon ylittävää tavarahankintaa koskeva ratkaisu MAO 492/2009. Painotettu "laatu" -vertailuperuste oli tarjouspyynnössä jaettu kymmeneen alakohtaan, joiden painotuksia ei ollut ilmoitettu tarjouspyynnössä. Hankintapäätöksestä ilmeni, että vertailuperusteen alakohtat olivat kaikki samanarvoisia. Markkinaoikeuden mukaan luettelosta ei voinut sellaise-

¹⁰⁴ Katso esimerkiksi ratkaisut MAO 186/09 ja MAO 656/2009.

¹⁰⁵ Virtanen 2008, s. 691.

¹⁰⁶ C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*

naan päätellä, että alakohdat arvioitaisiin samanarvoisiksi, kun huomioon otettiin näiden tarkempien vertailuperusteiden erilaajuiset sisällöt. Menettely katsottiin näin ollen puutteelliseksi ja riittäväksi perusteeksi hankintapäätöksen kumoamiselle.

Rajan riittävän selkeän ja puutteellisen painotuksen ilmoittamisen välillä on asetettu markkinaoikeuskäytännössä korkealle. Tätä osoittaa markkinaoikeuden ratkaisu työasemien ja niihin liittyvien palveluiden ja oheistarvikkeiden hankintaa koskeneessa tapauksessa.¹⁰⁷ Hankintayksikkö oli tarjouspyynnössä ilmoittanut, että ”vertailukriteerinä ovat tarjoajien tarjouslomakkeella antamien kaikkien hintojen volyymipainotettu summa”. Lisäksi oli ilmoitettu kaikkien pyydettyjen hintojen vaikuttavan vertailuhintaan. Hinnoittelun perusteeksi hankintayksikkö antoi arvion hankittavasta määrästä, mutta ilmoitti lopullisten määrien selviävän vasta jälkeenpäin. Tätä arviota tarjoajat käyttivät hinnoittelun perustana. Hankintapäätöksestä selvisi, että todelliset määrät vaihtelivat suuresti verrattuna arvioon, jolloin markkinaoikeuden mukaan kunkin hankinnan komponentin painoarvo muuttui. Tämä johti siihen, etteivät tarjoajat voineet tietää, mikä painotus kullekin tuotteelle tarjotulla hinnalla on vertailussa. Markkinaoikeuden ratkaisun perusteella kyseessä oli itse asiassa vertailuperusteen ”hinta” osatekijöiden painotuksen puuttuminen tai painotuksen muuttuminen vertailuvaiheessa. Tapaus osoittaa myös, miten tiukka linja tarjouspyynnön yksiselitteisyyden vaatimuksessa on ja miten herkästi tarjouspyyntö katsotaan epäselväksi tai monitulkintaiseksi.

Osatekijöiden painotuksen puuttumiselle on löydettävissä kaksi syytä, jotka nousevat ylitse muiden: hankinnan huolimaton valmistelu sekä tietämättömyys vallitsevasta tulkintakäytännöstä. Tahallisuudesta tuskin on kysymys, sillä tapauksissa oli kuitenkin ilmoitettu varsinaisten vertailuperusteiden painoarvot asianmukaisesti. Osatekijät ovat saattaneet kuitenkin jäädä painottamatta epähuomiossa, mikä on johtanut osaltaan markkinaoikeusprosessiin. Yhtenä tekijänä on saattanut olla myös monimutkainen useista komponenteista koostuva hankinta, jolloin epätietoisuus todellisista hankintamääristä tarjouspyyntöhetkellä on tosiasiallisesti johtanut osatekijöiden painotuksen muuttumiseen. Hankintayksikkö on saattanut

¹⁰⁷ MAO 437–438/2009.

myös olla siinä uskossa, ettei samanarvoisten osatekijöiden painotusta erikseen tarvitsisi koskaan ilmoittaa. Markkinaoikeus on tulkinnut asiaa kuitenkin toisin.¹⁰⁸ Sen mukaan ratkaisevaa on se, mitä tarjoaja voi tietää tarjouspyynnön perusteella. Ratkaisua ja valittua tulkintalinjaa voidaan kuitenkin kritisoida, aiheuttaahan se yhä enemmän pieniä nyansseja tarjouspyynnön laatimiseen ja täsmällisyyden vaatimukseen. Sen tuoma lisäarvo tarjoajille on vähäinen, sillä voitaisiinhan lähtökohtaisestikin olettaa alakohtien painoarvojen olevan yhtä suuret, jos niitä ei erikseen olisi ilmoitettu. Toisaalta ratkaisu kuitenkin on osaltaan ohjannut hankintamenettelyä avoimempaan suuntaan, mistä syystä kyseinen tulkintalinja lie-
nee valittu.

3.2.5.2. Vertailuperusteiden tärkeysjärjestys ja painottaminen kansallisissa hankinnoissa

Kansallisia hankintoja koskevan hankintalain 72 §:n 1 mom. mukaan ”Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta myös arvioinnissa käytettävät vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä”. Tässä suhteessa kansalliset hankinnat eroavat EU-kynnysarvon ylittävistä hankinnoista. Kansallisissa hankinnoissa riittää aina perusteiden asettaminen tärkeysjärjestykseen. Laki ei kuitenkaan estä painottamista vertailuperusteita myös kansallisissa hankinnoissa, vaan 72 §:n 2 momentissa todetaan, että vertailuperusteiden asettamiseen voidaan noudattaa myös, mitä EU-kynnysarvon ylittävistä hankinnoista säädetään. Painotuksen ilmoittaminen myös kansallisissa hankinnoissa lisää avoimuutta ja läpinäkyvyyttä, ja helpottaa menettelyn jälkikäteisarviointia. Jos painoarvot ilmoitetaan, tulee sitä noudattaa hankintamenettelyssä loppuun saakka. Tällöin itse asiassa menettelyn arviointiin sovelletaan samoja säännöksiä painotuksen osalta, kuin EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin.

Tutkimusaineiston oikeustapauksista seitsemäsosassa eli kymmenessä oli kysymys tärkeysjärjestyksen puuttumisesta kansallisissa hankinnoissa. Toisin sanoen lähes joka viidennessä kansallisen kynnysarvon ylittävän hankinnan kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailupe-

¹⁰⁸ Katso aiemmin selostettu ratkaisu MAO 492/2009.

rusteiden asettamiseen liittyvässä tapauksessa oli kysymys vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen puuttumisesta. Määrä vaikuttaa suurelta siihen nähden, että kyseessä ei pitäisi olla mitenkään tulkinnanvarainen tai muuten vaikeasti hahmotettavissa oleva asia. Kaikissa tapauksissa oli kiistatonta se, ettei tarjouspyynnössä ollut mainittu vertailuperusteiden olevan tärkeysjärjestyksessä. Tapauksia tarkemmin tutkittaessa löytyy mielenkiintoisia yhtäläisyyksiä niiden väliltä. Tärkeysjärjestystä koskevat ratkaisut voidaan jakaa kahteen ryhmään: tapauksiin, joissa ei edes ollut ilmoitettu vertailuperusteita tai ei ollut noudatettu järjestystä, jossa vertailuperusteet oli ilmoitettu sekä tapauksiin, joissa vertailuperusteet oli ilmoitettu tärkeysjärjestyksessä, mutta tämä ei ollut käynyt yksiselitteisesti ilmi tarjouspyynnöstä.

Vertailuperusteiden puuttuminen tarjouspyynnöstä johtaa luonnollisesti siihen, ettei myöskään niiden tärkeysjärjestys käy ilmi. Kyseisen kaltaisia ratkaisuja oli aineistossa kaksi kappaletta.¹⁰⁹ Lisäksi yhdessä tapauksessa hankintayksikkö totesi markkinaoikeudelle antamassaan vastauksessa, etteivät vertailuperusteet olleet tarjouspyynnössä tärkeysjärjestyksessä.¹¹⁰ Näissä tapauksissa syynä tarjousvertailun ongelmiin oli huolimaton hankinnan valmistelu, ei niinkään lainsäädännöstä johtuvat ongelmat.

Tärkeysjärjestyksen puuttumista koskevista ratkaisuista varmuudella kolmessa, todennäköisemmin useamassakin¹¹¹ kysymys oli siitä, että hankintayksikkö oli vertailuperusteet ilmoittaessaan asettanut ne tärkeysjärjestykseen, mutta jättänyt mainitsematta tämän tarjouspyynnössä. Esimerkiksi teknisen työn koneita ja laitteita koskeneessa ratkaisussa¹¹² tarjouksen valintaperusteeksi oli valittu kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteina oli ilmoitettu hinta sekä esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet. Hankintapäätöksestä ilmeni, että tarjousten vertailu oli suoritettu niin, että ilmoitettujen vertailuperusteiden painoarvot olivat olleet tarjouspyynnön mukaisessa tärkeysjärjestyksessä. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että "tarjouspyynnöstä ei ole pelkästään sen perusteella, että hinta on mai-

¹⁰⁹ MAO 398/2009 ja MAO 491/2009.

¹¹⁰ MAO 335/2009.

¹¹¹ Markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella ei varmuudella selviä kaikista tapauksista, ovatko tarjousten vertailussa kaikki ilmoitetut perusteet olleet tärkeysjärjestyksessä.

¹¹² MAO 363/2009.

nittu siinä vertailuperusteista ensimmäisenä, ollut yksiselitteisesti pääteltävissä, että hinnalla olisi tarjouksen valinnassa suurempi painoarvo kuin tuotteen esteettisillä ja toiminnallisilla ominaisuuksilla”. Näin ollen tarjouspyyntö todettiin puutteelliseksi vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen ilmoittamisen osalta. Tutkimusaineiston tapauksista vastaavansisältöisiä ratkaisuja markkinaoikeus antoi useita.¹¹³ Hankintayksiköt siis olivat ilmoittaneet lain sanamuodon mukaisesti vertailuperusteet tärkeysjärjestyksessä tarjouspyynnössä, mutta olivat jättäneet mainitsematta, että kyseessä on tärkeysjärjestys. Lain sanamuodon mukaan tulkittuna vertailuperusteiden olemista tärkeysjärjestyksessä ei nimenomaisesti tarvitsisi ilmoittaa. Hankintayksiköt näyttäisivät tulkinneen säännöstä juuri tällä tavoin.

Hankintalain 72 § 1. momentissa säännelty vertailuperusteiden ilmoittaminen tärkeysjärjestyksessä vaikuttaisikin aiheuttavan epäselvyyttä ja olevan tulkinnanvarainen. Sekä markkinaoikeuden, että hankintayksiköiden tekemät tulkinnat ovat perusteltavissa. Hankintayksiköt ovat mahdollisesti ajatelleet, ettei erillistä mainintaa vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksestä tarvita, vaan ovat pitäneet sitä selvyyttenä lainsäädännön perusteella. Tällainen tulkinta olisikin järkevä, onhan 72 § 1. momentin säännöksellä nimenomaan haluttu turvata se, että tarjoajat tietäisivät ilmoitettujen vertailuperusteiden olevan tärkeysjärjestyksessä. Näin ollen erillistä ilmoitusta siitä ei tarvittaisi, vaan lähtökohtana olisi tuo säännöksen sanamuodon viesti. Markkinaoikeus on kuitenkin tulkinnut säännöstä sen säätämisen taustalla olevan avoimuuden lisäämisen tavoitteen sekä hankintalain tarkoituksen valossa, jolloin yhdellekään tarjoajalle ei voi jäädä epäselvyyttä vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksestä, tiesivätpä he lain sisällöstä tai eivät. Tämä on omalta osaltaan myös takaamassa tarjoajien tasavertaisen kohtelua. Hankintaperiaatteet ohjaavatkin markkinaoikeuden tulkintaa vahvasti.

Markkinaoikeuden ratkaisua voidaan kuitenkin kritisoida. Valitulla tulkintalinjalla ei saavuteta juuri mitään lisäarvoa hankintamenettelyn toimijoiden kannalta, päinvastoin: Se on omiaan lisäämään kompastuskiviä hankintaprosessin tehokkaaseen läpiviemiseen. Säännöksen tarkoituksena on nimenomaan ollut taata, että tarjoajat tietävät vertailuperusteiden olevan tär-

¹¹³ Katso esimerkiksi MAO 166/2009 sekä MAO 391/2008.

keysjärjestyksessä ja voivat näin ottaa sen huomioon tarjouksia laatiessaan. Eikö näin ollen riittäisi, että 72 §:n säännöksen noudattamista valvottaisiin pelkästään hankintapäätöksestä ilmenevien seikkojen perusteella?

Vaikka markkinaoikeuden ratkaisuilla ei olekaan samanlaista ennakkoratkaisuarvoa, kuin korkeimman hallinto-oikeuden päätöksillä, voidaan näistä kyseisistä ratkaisusta tehdä johtopäätöksiä. Markkinaoikeus on erityistuomioistuimien, jossa ratkaisuja antavat tuomarit ovat perehtyneet erityisesti hankinta-asioihin. Suurimmassa osassa hankintojen muutoksenhakuista hakija tyytyy markkinaoikeuden ratkaisuun.¹¹⁴ Näin ollen korkein hallinto-oikeus antaa suhteellisen vähän ratkaisuja koskien hankinta-asioita, jolloin markkinaoikeuden ratkaisujen painoarvo kasvaa. Markkinaoikeuden ratkaisulinja näyttäisikin olevan käsiteltävän säännöksen tulkinnan kannalta selvä ja yksiselitteinen: Tarjouspyynnöstä on selvästi käytävä ilmi vertailuperusteiden olevan tärkeysjärjestyksessä. Jos sitä ei nimenomaisesti ole mainittu, katsotaan menettely herkästi lain vastaiseksi. Pelkästään se, että jokin vertailuperuste mainitaan ensimmäisenä, ei markkinaoikeuden tulkinnan mukaan riitä osoittamaan kyseessä olevan tärkein vertailuperuste. Valittu tulkintalinja aiheuttaa myös käytännön ongelmia. Hankintalakiä tulkitsevat usein henkilöt, jotka tekevät hankintoja oman toimensa ohella, jolloin lainsäädäntö ja tulkintalinjat eivät ole tuttuja. Tämä aiheuttaa sen, että ilman säännöksen täsmenämistä jatkossakin markkinaoikeus tulee törmäämään vastaavan kaltaisiin tapauksiin.

Mielenkiintoisen kokonaisuuden tutkimusaineistossa muodostavat kansallisen kynnsarvon ylittäviä, mutta EU-kynnsarvon alittavia hankintoja koskevat tapaukset, joissa todettiin hankintayksikön menetelleen virheellisesti vertailuperusteiden painottamisessa. Tällaisia tapauksia tutkimusaineistossa oli neljä. Kaikissa niissä oli tarjouspyynnössä ilmoitettu vertailuperusteille painoarvot. Tarjoajien tietoon ei ollut kuitenkaan tullut riittävällä tavalla vertailuperusteiden osatekijöiden painotus, joten menettelyt katsottiin virheellisiksi.¹¹⁵ Tapaukset

¹¹⁴ Väitteen perustana on markkinaoikeuden vuonna 2009 antamien ratkaisujen lukumäärä ja niistä korkeimmalle hallinto-oikeudelle tehtyjen valitusten määrä vuonna 2009. Markkinaoikeuden internetsivut sekä korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirja 2009.

¹¹⁵ Kyseiset ratkaisut ovat MAO 656/2009, MAO 439/2009, MAO 440/2009 sekä MAO 492/2009.

osoittavat paitsi osatekijöiden painottamisen tarkoituksen, myös vertailuperusteiden painottamisen merkityksen kansallisissa hankinnoissa suhteessa sovellettaviin säännöksiin. Jos tarjouspyynnössä ilmoitetaan painoarvoja vertailuperusteille, noudatetaan tämän jälkeen painottamiseen samoja säännöksiä ja periaatteita, kuin EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Syynä tähän on se, että hankintamenettelyn on oltava avointa ja ennakoitavaa.

3.2.6 Yhteenveto vertailuperusteiden asettamisen ongelmista

Vertailuperusteiden asettamisen ongelmat ovat selkeästi suurin kokonaisuus tarjousvertailun epäonnistumisessa. Joitakin yksittäisiä toistuvasti esiintyviä tekijöitä sieltä voidaan löytää, kuten vertailuperusteiden yksilöimättömyys, kiellettyjen vertailuperusteiden käyttö sekä vertailuperusteiden painottamisen ongelmat. Lisäksi tarjousvertailun epäonnistumiseen on syytä useat muut seikat, jotka johtuvat kyseisen hankinnan erityispiirteistä. Näin ollen niitä ei voida pitää tutkimusongelman kokonaisuuden kannalta merkittävänä.

Kiellettyjen vertailuperusteiden käyttö tarjoajan kelpoisuuteen liittyviä seikkoja lukuun ottamatta ei näyttäisi olevan yhtä merkittävä ongelma, kuin joitakin vuosikymmeniä sitten.¹¹⁶ Aiemmin yleiset tarjoajan kansallisuuteen, sijaintiin tai vanhoihin kokemuksiin liittyvien vertailuperusteiden käyttö on vähentynyt huomattavasti, lähes kokonaan loppunut. Tätä voidaan pitää merkittävänä saavutuksena. Uudistetut hankintasäännökset sekä entistä avoimempi kilpailutus ja tehostunut tiedottaminen lienevät merkittävimmät tekijät tässä. Tähän tilanteeseen ei kuitenkaan tule tuudittautua, vaan ongelmia vertailuperusteiden asettamisessa esiintyy edelleen, joskin erityyppisiä kuin aiemmin.

Tarjoajan kelpoisuuteen liittyvien seikkojen sekoittuminen tarjousten vertailuperusteiden kanssa näyttäisi olevan erityisesti kansallisten hankintojen ongelma. Usein hankintayksiköt ovat ottaneet tarjoajaan liittyviä seikkoja vertailuperusteeksi palvelu- ja urakkahankinnoissa, joissa kyseinen poikkeus on erityistilanteissa säädetty mahdolliseksi. Ongelmaksi näyttää

¹¹⁶ EY:n sisämarkkinoiden toimintaa analysoiva komission valkoinen kirja, 1985.

muodostuneen se, etteivät hankintayksiköt osaa havaita, milloin edellytykset poikkeamiselle ovat olemassa ja millä määrin kyseisten seikkojen käyttäminen vertailuperusteena tulisi perustella. Tämä onkin kysymys, jota ei ole lainkaan käsitelty myöskään oikeuskirjallisuudessa. Tällä hetkellä vaikuttaisi siltä, että hankintayksiköt liittyvät monimutkaisiin urakka- ja palveluhankintoihin "automaattisesti" tarjoajaan liittyviä seikkoja vertailuperusteiksi. Vaikka niiden käyttämiselle saattaisikin olla lain mukaiset edellytykset, ei sitä kuitenkaan osata perustella tai osoittaa riittävästi. Usein myös tarjoajaan liittyvät seikat ovat sen luonteisia, ettei niillä voida osoittaa perustasoa ylittävää laadunhallintaa tai vastaavaa seikkaa. Markkinaoikeuden ratkaisujen perusteella voidaankin todeta, että tuomioistuin on asettanut tulkintalinjansa hyvin paljon korkeammalle, kuin hankintayksiköt. Poikkeukselle on aina oltava olemassa perusteet, ja sitä tulee käyttää vain harkiten ja tarvittaessa.

Yksilöimättömien vertailuperusteiden yleisyys on huolestuttava ilmiö. Hankintoja suorittavat henkilöt eivät selvästi ole sisäistäneet avoimuuden periaatteen merkitystä hankintaprosessissa. Samalla tavoin laatuvertailuperusteiden kanssa myös tarjoushinta vertailuperusteena näyttää aiheuttavan ongelmia hankintayksiköille. Usein ei ymmärretty hinnan muodostuvan useista sellaisista komponenteista, jotka eivät ole keskenään vertailukelpoisia. Samoin tilattavien määrien ilmoittamisessa oli puutteita, mikä vaikutti etenkin useista eri tuotteista koostuvan hankinnan hintojen vertailukelvottomuuteen. Myös painottamisen ja tärkeysjärjestyksen puutteet ovat yllättävän yleisiä. Lukumäärää tosin nostaa vertailuperusteiden osatekijät, joille useinkaan ei ole ymmärretty merkityä painoarvoja. Samoin hankintamäärien muuttuessa saattaa käydä herkästi niin, että myös painotukset tosiasiallisesti muuttuvat. Kyseiset vertailuperusteiden asettamisen ongelmat olisivat kuitenkin helposti ehkäistävissä hieman paremmalla hankinnan suunnittelulla ja huolellisuudella.

Vertailuperusteiden asettamisen suurimpana kompastuskivenä voidaankin tutkittujen ratkaisujen perusteella todeta olevan heikko hankintojen suunnittelutyö. Tämä näkyy erityisesti epäselvien ja monitulkintaisten vertailuperusteiden yleisyytenä. Synnä suunnittelun huonoon laatuun on rajalliset taloudelliset resurssit. Riittävän hyvä etukäteissuunnittelu vaatii aikaa ja

rahaa, mitä julkisilla varoilla toimivilla hankintayksiköillä on rajallinen määrä. Valitettavasti hankintojen suunnittelusta nipistetyt varat johtavat pahimmassa tapauksessa kalliiseen oikeusprosessiin ja hankinnan viivästymiseen. Vähäiset taloudelliset resurssit heijastuvat myös hankintahenkilöstön ammattiosaamiseen. Hankintayksiköillä ei ole mahdollisuutta palkata riittävän osaavaa henkilökuntaa eikä tarjota mahdollisuuksia ammattitaidon ylläpito- ja täydennyskoulutuksiin. Henkilöstöresursseihin ja suunnitteluun panostetut varat saattaisivat kuitenkin pitkällä aikavälillä maksaa itsensä takaisin vähentyneinä oikeudenkäyntikuluina, ammattitaidon lisääntymisen kautta tehostuneena toimintana, hankintojen viivästymisen ja uudelleen suorittamisen vähentymisenä sekä vähäisinä hyvitysmaksuina ja vahingonkorvauksina.

3.3. Tarjousvertailuprosessin ongelmakohdat

3.3.1. Tutkimustuloksista tarjousvertailun osalta

	Yhteensä tapaukset	Sovellettu määräisiä rusteita	ylipe-	Muutettu paino- arvoja tai tärkeysjärjestystä	Kaikkia vertailuperusteita ei sovellettu
EU-hankinnat	18	15		2	7
Kansalliset hankinnat	37	16		6	6
YHTEENSÄ	55	31 (56 %)		8 (15 %)	13 (24 %)

Kaavio 3: Tarjousvertailuprosessin virheet hankinnan laajuuden ja virhetyypin mukaan jaoteltuna.

Tutkituista markkinaoikeuden ratkaisuista vajaassa kuudessakymmenessä oli kysymyksessä varsinaisen vertailuprosessin ongelmat. Vertailuprosessin ongelmat hajaantuivat suhteellisen tasaisesti eri tapausten kesken, eikä joukossa ollut yhtään tapausta, jossa olisi epäonnistuttu kaikessa mahdollisissa vertailuprosessiin liittyvissä seikoissa. Vertailuprosessin epäonnistumiseen johtaneet syyt jakaantuivat tasaisesti myös kansallisten hankintojen ja EU-

hankintojen kesken. Yleisin syy tarjousvertailun epäonnistumiseen johtui siitä, että vertailuvaiheessa sovellettiin ylimääräisiä perusteita. Tapausten määrä kuitenkin hämää hieman, sillä osasyynä vertailuprosessin ongelmien yleisyyteen voidaan pitää sitä, että markkinaoikeus tulkitsi liian ylimalkaisesti ilmoitettujen vertailuperusteiden soveltamisen tosiasiasa ylimääräisten vertailuperusteiden soveltamiseksi. Samoin lukuun sisältyvät muutamat ratkaisut, joissa hankintayksikkö ei ollut antanut tarjouspyyntöä lainkaan. Osassa tapauksista kyse oli kuitenkin selkeästi sellaisen vertailuperusteen soveltamisesta, jota ei ollut ilmoitettu tarjouspyynnössä. Rajanveto epäonnistuneen vertailuprosessin ja epäonnistuneen vertailuperusteen asettamisen välillä ei tässä mielessä ole yksiselitteinen. Merkitystä rajanvedolla on kuitenkin lähinnä eksakteihin ongelmien lukumääriin, ei varsinaiseen ongelman syntymiseen ja ennaltaehkäisyyn. Tästä syystä rajanvetokysymys voidaan sivuuttaa merkityksettömänä tutkimuksen tavoitteiden kannalta katsottuna.

Ongelmia aiheutti lähes neljänneksessä vertailuprosessia koskeneista tapauksista se, että kaikkia ilmoitettuja vertailuperusteista ei ollut sovellettu tarjousvertailussa. Markkinaoikeuden ratkaisuselostusten perusteella kyseisissä tapauksissa ei ollut mitään sellaista erityistä syytä, joka olisi selittänyt jonkin vertailuperusteen huomiotta jättämisen. Kyseessä oli siis puhdas huolimattomuus tai tietoinen ratkaisu. Olipa kyse sitten kummasta tahansa, jokaisessa kyseisistä tapauksista menettely todettiin virheelliseksi ja riittäväksi perusteeksi hankintapäätöksen kumoamiseen.

Ilmoitettujen painoarvojen tai tärkeysjärjestyksen muuttaminen kesken vertailuprosessin johti kahdeksassa tapauksessa markkinaoikeuden tuomioon. Osassa tapauksista ilmoitettuja painoarvoja oli muutettu yksiselitteisesti. Osassa taas kysymys oli tarjouspyynnössä painotamattomien alakohtien tosiasiallisesta painotuksesta vertailuvaiheessa. Mitään poikkeuksia ei tällaiselle menettelylle löydy, vaan ilmoitettujen painoarvojen muuttaminen on aina tuomittavaa ja hankintaperiaatteiden vastaista.

Vertailun osalta ei ilmennyt kuitenkaan muita sellaisia seikkoja, jotka olisivat määrältään tai tutkimusongelman kannalta merkittäviä, vaan kyse oli yksittäistapauksista, jotka johtuivat kunkin tapauksen erityispiirteistä. Yhdessä oli kysymys tasatilanteen ratkaisusta, yhdessä pisteytyksen pyöristämisessä tapahtuneesta virheestä, muutamassa pisteytyksessä tapahtuneesta laskuvirheestä ja yhdessä kielletyn valtiontuen huomiotta jättämisestä. Tapausten pienen lukumäärän ja virheiden laadun takia en katso tarpeelliseksi keskittyä tässä tutkimuksessa myöskään virheellisen pisteytykseen enempää.

3.3.2. Tarjousvertailuprosessin sääntely

Tarjousvertailulla tässä yhteydessä tarkoitetaan ainoastaan teknistä arviointikriteerien pisteyttämistä kunkin tarjoajan osalta ja niiden vertailua keskenään. Tarjousvertailu tulee siis ymmärtää suppeasti tässä tutkimuksessa. Näin esimerkiksi tarjoajan kelpoisuuden ja tarjouksen kelpoisuuden arviointi jää kokonaan tässä yhteydessä tarkoitetun tarjousvertailun ulkopuolelle.

Laissa ei suoraan säännellä itse vertailuprosessin suorittamista tai vertailuperusteiden soveltamista, mutta hankintaperiaatteet ohjaavat vahvasti niitä. Hallituksen esityksessä mainitaan ainoastaan, että jokaista ilmoitettua vertailuperustetta on sovellettava.¹¹⁷ Tämä on vakiintunut kanta niin oikeuskäytännössä kuin -kirjallisuudessakin.¹¹⁸ Selvää on, että ilmoitetun vertailuperusteen soveltamatta jättäminen rikkoo niin avoimuuden kuin tarjoajien tasapuolisen kohtelun periaatteita ja antaa hankintayksikölle rajattoman harkintavallan voittavan tarjouksen valinnassa. Toisaalta avoimuusperiaatteen ja tasapuolisen kohtelun toteutumiseksi liepee selvää, ettei vertailuvaiheessa aseteta uusia perusteita. Lain esitöissä viitataan lisäksi vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan hankintayksikkö saa ottaa tarjousvertailussa huomioon ainoastaan tarjouksista ilmeneviä tietoja.¹¹⁹ Näin esimerkiksi aiempia hyviä ja

¹¹⁷ HE 50/2006 vp, s. 106.

¹¹⁸ Katso esimerkiksi Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 213 sekä Pekkala 2007, s. 402.

¹¹⁹ HE 50/2006 vp, s. 106, Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 215.

huonoja kokemuksia, ennestään tiedossa olevia tietoja tai vaikkapa Internetistä hankittuja tietoja ei lähtökohtaisesti saa käyttää tarjousvertailussa.¹²⁰

Markkinaoikeus on johdonmukaisesti todennut, että hankintayksiköllä on harkintavaltaa tarjouspyynnössä ilmoittamiensa vertailuperusteiden soveltamisessa.¹²¹ Usein markkinaoikeuden edenneissä tapauksissa kysymys onkin tämän harkintavallan rajojen hakemisesta. Tosi-asiallisesti harkintavalta on hyvin rajallista. Sitä rajoittavat hankintaperiaatteet, joille on hankintaprosessissa annettu merkittävä ohjaava tehtävä. Tiukoista periaatteista johtuen hankintayksiköllä ei käytännössä ole juurikaan liikkumavaraa perusteiden arvioinnissa. Lähinnä harkintavalta konkretisoituu yksittäisten huonosti mitattavan vertailuperusteiden pisteyttämisessä.

Vertailuperusteiden asettamista koskeva sääntely on hyvin lähellä tarjousvertailun sääntelyä hankintaperiaatteiden näkökulmasta tarkasteltuna. Aiemmin mainitun ratkaisun C-532/06¹²² tulkinta koskee tarjousvertailua yhtä lailla. Ratkaisulla on merkitystä paitsi arvioitaessa tarjouspyynnön laatimista vertailuperusteiden osalta, myös itse vertailuprosessissa. Se vahvistaa kotimaisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön kantaa siitä, ettei tarjousvertailuvaiheessa saa enää muuttaa ilmoitettuja perusteita tai niiden suhteellista painotusta. Tuomioistuimen mukaan tarjoajille on annettava tieto myös vertailuperusteiden merkityksestä tarjouksen valinnassa. Tämän voidaan katsoa tarkoittavan erityisesti sitä, ettei tarjousten avaamisen jälkeen enää voida tehdä päätöksiä siitä, miten ilmoitettuja perusteita tullaan soveltamaan tai millaisia seikkoja tullaan arvottamaan.

¹²⁰ Aiempien kokemusten huomioimisesta lisää esim. Kalima, Häll & Oksanen 2007, s. 209–211 sekä Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 300–301.

¹²¹ Katso esimerkiksi ratkaisut MAO 420/2008, MAO 496/2009, MAO 508/2009 sekä MAO 604/2009.

¹²² Asia C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.*

3.3.3. Tarjousvertailussa sovellettu ylimääräisiä perusteita

Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimukset edellyttävät, että hankintayksikkö soveltaa tarjousvertailussaan ainoastaan ennalta ilmoittamia vertailuperusteita. Näin tarjoajat voivat tarjouksia laatiessaan ottaa huomioon seikkoja, joilla saattaa olla merkitystä tarjousvertailussa. Myös avoimuuden periaatteen edistämismääräyksen kanssa on ristiriidassa ajatus ylimääräisten vertailuperusteiden soveltamisesta tarjousten vertailuprosessissa. Hankintalain tulkintakäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on selkeä kanta menettelyn lainvastaisuudesta.¹²³ Sellaisen vertailuperusteen soveltaminen, jota ei ole ilmoitettu tarjouspyynnössä tarjouksen valintaperusteena, johtaa aina syrjimättömyyden vaatimuksen rikkomiseen. Vaikka ylimääräisen vertailuperusteen soveltaminen johtuisikin hankintayksikön unohduksesta liittyy se mukaan tarjouspyynnössä ilmoitettuihin arviointiperusteisiin, ei se koskaan voi olla niin objektiivisesti valittu, ettei se suosisi yhtä tarjoajista enemmän kuin toista. Tällöin sekä tarjoajien että ulkopuolisten näkökulmasta tarkasteltuna myös hankintamenettelyn avoimuuden tavoitteet eivät toteudu.

Ylimääräisten arviointiperusteiden soveltamiselle tarjousvertailussa johtuu monista eri syistä. Yleensä hankinta on suunniteltu huonosti eikä arviointiperusteiden soveltamista ole testattu ennen tarjouspyynnön julkistamista. Tällöin on saattanut jäädä kokonaan sellainen tärkeä vertailuperuste huomaamatta tai ilmoittamatta, jonka oli tarkoitus olla tarjousvertailun osana tai joka hankintayksikön näkökulmasta tarkasteltuna olisi tullut ottaa vertailuperusteeksi. Ylimääräisen perusteen soveltaminen vaikuttaisikin tutkimusaineiston perusteella johtuvan lähes yksin omaa epäonnistuneesta tarjouspyynnöstä. Tarjouspyynnöstä ei ole usein käynyt riittävän selvästi ilmi, millä seikoilla tulee olemaan merkitystä tarjouksia vertailtaessa. Vaikka hankintayksikkö olisikin tarkoittanut seikan A yhdeksi vertailuun vaikuttavaksi tekijäksi ja toiminut täysin vilpittömällä mielellä, on vertailu katsottu lain vastaiseksi, jos kyseinen seikka ei ole käynyt riittävän selvästi tarjoajille ilmi tarjouspyynnöstä. Vaikka tosiasiallisesti kysymys onkin pääasiassa epäonnistuneesta vertailuperusteiden ilmoittamisesta johtuvasta ongel-

¹²³ Esim. ratkaisut KHO 26.3.2010 taltio 639, MAO 450/2009 ja MAO 604/2009.

masta, kannattaa sitä tarkastella kuitenkin erillisenä kysymyksenä. Tällä tavoin avautuu paremmin myös käsitys siitä, miten ja miksi vertailuperusteet tulee ilmoittaa tarjouspyynnössä.

Tutkimusaineistosta käy ilmi, että vertailuperusteiden soveltamisen ongelmassa on usein kysymys tosiasiallisesti vertailuperusteiden alakohtien soveltamisesta. Alakohtia ei välttämättä ole ilmoitettu tarjouspyynnössä lainkaan tai ainakaan riittävällä tarkkuudella. Usein arviointiperusteet ovat siis olleet niin ylimalkaisia, että niiden sisällön ymmärtäminen olisi vaatinut täsmennyksiä. Tätä tarkoitusta varten peruste olisi tullut jakaa alakohtiin, joista olisi käynyt ilmi ne seikat, mistä kyseinen vertailuperuste koostuu. Jos tarjouksen laatimisen kannalta merkityksellistä alakohtaa tai soveltamistapaa ei ole ilmoitettu tarjouspyynnössä, on se markkinaoikeuskäytännössä katsottu ylimääräisen vertailuperusteen soveltamiseksi. Menettely on katsottu aina olevan riittävän vakava virhe hankintamenettelyn kumoamiseksi.

Tilintarkastuspalveluita koskeneessa ratkaisussa¹²⁴ hankintayksikkö oli antanut tarjouksille pisteitä vertailuperusteen ”tilintarkastajan ja tilintarkastusyhteisön kokemus kuntien tarkastuksesta” osalta muun muassa vastuullisen tilintarkastajan kielitaidon perusteella. Markkinaoikeus totesi, että kyseinen peruste liittyi pikemminkin tarjoajan kelpoisuuteen kuin tarjousten paremmuuteen. Oleellista kuitenkin vertailuperusteen soveltamisen kannalta oli, että tarjouspyyntöasiakirjoista ei ollut ilmennyt, että kielitaitoa käytettäisiin osana tarjousten vertailua. Vaikka tarjoajia oli pyydetty liittämään tarjouksiinsa selvitys kielitaidosta, ei markkinaoikeuden mukaan ollut kuitenkaan tullut selväksi, että sitä tulisi käyttää tarjousten vertailussa. Markkinaoikeus totesi hankintayksikön soveltaneen sellaista vertailuperustetta, jota ei oltu ilmoitettu tarjouspyynnössä. Menettely todettiin lain vastaiseksi. Tapaus on hyvä esimerkki siitä, miten herkästi itse tarjousvertailu todetaan virheelliseksi. Kyseessä ei ollut asian ratkaisun kannalta merkittävä virhe. Tästä huolimatta markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen. Syynä tähän oli se, että tarjoajat eivät olleet osanneet ottaa huomioon tarjouksissaan kielitaitovaatimusta vertailuperusteiden osana. Tällöin osa tarjoajista hyötyi vertailuperusteen soveltamisesta, jollainen menettely katsottiin syrjiväksi. Toisaalta markkinaoikeus

¹²⁴ MAO 604/2009.

halusi mahdollisesti myös viestittää hankintaperiaatteiden erityislaatuista merkitystä hankintaprosessissa ja että periaatteiden rikkominen on itsessään riittävä hankintapäätöksen kumoamiseen. Huolellisemmalla hankinnan valmistelulla olisi virheen syntyminen voitu välttää tässäkin tapauksessa.

Ratkaisujen perusteella näyttäisi siltä, että ongelmissa oli useimmiten kysymys yksittäisten vertailuperusteiden soveltamisesta. Tämä viittaisi siihen, että jo hankinnan valmistelussa olisi tehty virheitä. Vertailuperusteita ei joko oltu testattu riittävästi ennen niiden ilmoittamista tarjoajille tai sitten niitä ei oltu havaittu moniselitteisiksi. Laissa tai sen tulkinnassa ei sen sijaan näyttäisi olevan epäselvyyttä tai ristiriitaa, joka olisi johtanut kyseisiin ongelmiin, vaan kyse on enemmänkin epähuomiossa ja kiireessä tehdyistä virheistä. Toisaalta yksiselitteinen ja selvärajainen laintulkintakaan ei johda hankintalain mukaiseen lopputulokseen, jos hankintoja suorittavalla henkilöllä ei ole riittävää tuntemusta lain tulkintakäytännöstä.

Aina ylimääräisten vertailuperusteiden soveltamisessa ei kuitenkaan näyttäisi olevan kysymys yksittäisestä vertailuperusteesta. Lukuisissa ratkaisuissa hankintayksikön todettiin soveltaneen ylimääräisiä vertailuperusteita, kun se ei ollut ilmoittanut niitä lainkaan tarjouspyynnössä. Kyseessä ei ole varsinainen vertailuprosessin ongelma, vaan virhe on tapahtunut jo aiemmin vertailuperusteita asetettaessa ja niitä ilmoitettaessa. Tutkimusongelman kannalta tarkasteltuna tällä jaottelulla ei kuitenkaan ole merkitystä, vaan tätäkin konkreettista ongelmaa voidaan yhtä hyvin tarkastella osana tarjousvertailuprosessia, aktualisoituhan virhe juuri siinä.

Ylimääräisten vertailuperusteiden soveltamisessa saattaa olla joskus kysymys siitä, että hankintayksikkö on vasta vertailuvaiheessa tehnyt päätöksen, millä tavoin soveltaa vertailuperusteita ja mistä seikoista tarjouksille annetaan pisteitä. Tällaista menettelyä ei voida pitää tasapuolisen kohtelun periaatteen mukaisena, vaan vertailuvaiheessa tehtäviä päätöksiä soveltamistavasta on aina pidettävä tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaisina. Vaarana on erityisesti yhden tai useamman tarjoajan joutuminen epäedulliseen asemaan suhteessa mui-

hin. Menettely antaa myös rajattoman harkintavallan hankintayksikölle valita voittava tarjous. Vaikka menettely ei johtaisikaan tarjoajan syrjimiseen tai suosimiseen ja toiminta olisi täysin tasapuolista, ei menettelyä voida pitää kuitenkaan hyväksyttävänä.

Vertailuperusteiden ilmoittamatta jättäminen tai niiden hyvin ylimalkainen ilmoittaminen johtaa hankintapäätöksen kumoamiseen poikkeuksetta. Menettely on vastoin avoimuuden ja tasapuolisen kohtelun vaatimuksia. Tämän on todennut markkinaoikeuskin toistuvasti, kuten nestemäisen tyypin toimituspalvelua koskeneessa ratkaisussa MAO 338/2009. Siinä vertailuperusteeksi oli ilmoitettu "toimitusvarmuus" ja "tukitoimet" lainkaan täsmentämättä, mitä niillä tarkoitettiin. Markkinaoikeus totesi, ettei hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ollut ilmoitettu hankintalain 62 §:n mukaisia tarjousten vertailuperusteita, ja näin hankintapäätös kumottiin.

3.3.4. Kaikkia vertailuperusteita ei sovellettu tarjousvertailussa

Kolmessatoista tapauksessa kysymys oli siitä, että hankintayksikkö ei ollut tarjousvertailuvaiheessa soveltanut kaikkia ilmoittamiaan vertailuperusteita. Menettely katsottiin kaikissa tapauksissa hankintaperiaatteiden vastaiseksi. Erityisesti se rikkoo yhdenvertaisuus- ja syrjimättömyysperiaatteita, mutta myös hankintamenettelyn avoimuuden voidaan katsoa kärsivän sen seurauksena. Tässä mielessä kysymys ei juuri poikkea ylimääräisen vertailuperusteen soveltamisesta. Juridinen arviointi ja seuraukset ovat yhtenevät molemmissa. Näitä hankintamenettelyn virheitä erottavat kuitenkin virheen taustalla olevat syyt. Ilmoitettujen vertailuperusteiden sivuuttamisesta tarjousvertailussa on selkeämmin kysymys tietoisesta toiminnasta. Tarjousvertailuvaiheessa saatetaan havaita ilmoitettujen perusteiden soveltamisen johtavan epämiellyttävään lopputulokseen, ja tästä syystä "unohtaa" yksi peruste kokonaan tarjousvertailusta. Toisaalta unohtaminen saattaa huonosti valmistellussa hankinnassa johtaa myös hankintayksikön kannalta edullisempaan lopputulokseen. Pekkalan mukaan esimerkiksi edullinen hinta saattaa houkutella hankintayksiköitä soveltamaan ilmoitettuja ver-

tailuperusteita väljästi, tai vaihtoehtoisesti soveltamaan ylimääräisiä perusteita.¹²⁵ Tämänkaltaista toimintaa ei voida kuitenkaan pitää hankintaperiaatteiden valossa hyväksyttävänä, vaan se on selkeästi tarjoajien tasapuolisen kohtelun periaatteen vastaista. Myöskään vertailuperusteiden etukäteisilmoittamisella tavoiteltava hankintamenettelyn avoimuus ei toteudu.

Aina kyse ei kuitenkaan ole syrjintätarkoituksessa tehdystä virheestä. Useimmiten ongelmat olivat seurausta epäonnistuneesta tarjouspyynnön laatimisesta. Ylimalkaisesti tai moniselitteisesti ilmoitetut vertailuperusteet johtivat siihen, etteivät tarjoukset olleet vertailukelpoisia, jolloin hankintayksiköillä ei käytännössä olisi ollut muuta mahdollisuutta kuin keskeyttää hankinta tai täsmentää tarjouksia. Tätä ei kuitenkaan kyseisissä tapauksissa oltu tehty, vaan hankintayksikkö turvautui toisenlaiseen ratkaisuun. Jos tarjouspyynnön epäselvyys koski vain yhtä vertailuperustetta, hankintayksikkö saattoi jättää kokonaan tekemättä tarjousvertailun tältä osin. Menettely katsottiin kuitenkin virheelliseksi ja hankintasääntelyn vastaiseksi. Esimerkiksi verensokerimittareita ja niissä käytettäviä testiliuskoja koskeneessa tapauksessa¹²⁶ oli kyseessä sekä vertailuperusteiden asettamisen että tarjousvertailun epäonnistuminen. Hankintayksikkö oli jättänyt tarjousvertailussa kokonaan soveltamatta vertailuperusteen "Laatu ja toiminnalliset ominaisuudet" alakohdan "Mittarin ja liuskojen käyttömukavuus ja -ominaisuudet" osalta yhdeksi vertailukriteeriksi ilmoittamansa seikan. Hankintayksikkö perusteli kyseisen vertailukriteerin soveltamatta jättämistä sillä, että se oli tulkinnanvarainen ja epäselvä. Hankintayksikön mukaan sen soveltamatta jättäminen ei myöskään syrjinyt ketään yksittäistä tarjoajaa, koska kaikki tarjoukset olisivat saaneet kyseisen vertailuperusteen osalta yhtä paljon pisteitä.

Ratkaisun perusteluissa markkinaoikeus totesi, että tarjouskilpailuun osallistuneiden tarjoajien syrjimätön kohtelu edellyttää, että hankintayksikkö soveltaa tarjouksia vertaillessaan kaikkia tarjouspyynnössä tarjosten vertailuperusteiksi ilmoittamiaan seikkoja. Hankintayksikkö oli tässä tapauksessa jättänyt yhden tarjouspyynnössä vertailtavaksi ilmoitetun vertai-

¹²⁵ Pekkala 2007, s. 410.

¹²⁶ MAO 122/2009.

lukriteerin tarjousvertailussa kokonaan soveltamatta. Hankintayksikön menettely oli siten ollut tältä osin hankintasäännösten vastaista. Markkinaoikeus ei antanut lainkaan merkitystä sille, oliko menettely tosiasiallisesti syrjinyt tarjoajia. Myöskään hankintayksikön väitteeseen tarjousten tasavertaisuudesta kyseisen kriteerin osalta ei otettu kantaa. Tapaus osoittaa muiden vastaavien ohella, ettei hankintalain vastaiseen syrjivään menettelyyn edellytetä syrjintätarkoitusta tai että syrjintää tosiasiallisesti tapahtuisi. Tässä mielessä laki on ehdoton, eikä siitä voida poiketa missään tilanteessa.

Ratkaisu osoittaa myös hankinnan valmistelun merkityksen. Kyseisessä tapauksessa hankinnan valmisteluun oli varmasti käytetty aikaa. Tästä huolimatta tarjouspyyntöön oli jäänyt virheitä. Hankintayksikkö oli tarjousvertailuvaiheessa havainnut vertailuperusteen epäselvyyden, muttei ollut ryhtynyt hankintalain mukaisiin toimiin sen korjaamiseksi.¹²⁷ Huolellisemmalla valmistelulla ja lain mukaisella menettelyllä vertailuvaiheessa olisi vertailuprosessin virheet voitu välttää. Ratkaisusta ei selviä, millä tavoin hankintayksikkö oli valmistellut hankintaa ja miten paljon aikaa oli käytetty vertailuperusteiden asettamiseen. Kuten lähes jokaisessa hankintaprosessissa, hankintayksikön olisi tässäkin tapauksessa kannattanut kokeilla vertailuperusteiden toimivuutta käytännön vertailutilanteessa useampaan kertaan erilaisilla kuvitelluilla tarjouksilla. Vaikka menettely olisi vienyt aikaa, olisi se saattanut ehkäistä kalliin ja aikaa vievän oikeusprosessin syntymisen. Koskaan ei oikeusprosesseja voida kuitenkaan välttää täysin. Tärkeää on kuitenkin pyrkiä ehkäisemään niiden syntymistä ennakoimalla mahdollisia ongelmakohtia ja laatimalla tarjouspyyntö niitä silmällä pitäen.

¹²⁷ Hankintayksiköllä olisi ollut mahdollisuus tilanteesta riippuen joko pyytää täsmentämään tarjouksia tai keskeyttää hankinta. Katso lisää tarjouksen täsmentämisestä Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 288–289 ja Kuusniemi-Laine & Takala 2008, s. 201–203 sekä hankintamenettelyn keskeyttämisestä esim. Pekkala 2007, s. 455–458 ja Trepte 2007, s. 668–669.

3.3.5. Vertailuperusteille ilmoitettujen painoarvojen tai tärkeysjärjestyksen muuttaminen kesken vertailuprosessin

Tutkimusaineiston ratkaisuista kahdeksassa oli kysymys vertailuperusteille ilmoitettujen painoarvojen tai vertailuperusteiden tärkeysjärjestyksen muuttumisesta kesken vertailuprosessin. Painoarvojen muuttamisessa kesken tarjousvertailuprosessin on juridisesti kysymys täysin samasta asiasta kuin vertailuperusteiden muuttamisessa: Tarjoajat eivät ole voineet tarjouksia laatiessaan varautua sopimuksen perusteiden muuttumiseen kesken vertailuprosessin, jolloin hankintayksikölle on tullut lähes rajaton valinnanvapaus voittavan tarjouksen valinnassa. Painoarvojen muuttamista koskevat tapausten lukumäärään sisältyvät sekä EU-hankinnat, että kansalliset kynnyksarvot ylittävät hankinnat. Tutkimuksen tavoitteen kannalta en nähnyt tarpeelliseksi tutkia niitä erillisinä johtuen menettelyiden samankaltaisuudesta. Vaikkei kansallisissa hankinnoissa tarvitsekaan asettaa vertailuperusteille painoarvoja, on velvollisuus asettaa tärkeysjärjestykseen periaatteelliselta idealtaan sama, onhan myös tärkeysjärjestyksen rikkomisessa tosiasiallisesti kysymys suhteellisten painoarvojen rikkomisesta. Painoarvojen muuttamista vertailuvaiheessa ei voidakaan missään tilanteessa pitää hyväksyttävänä. Lain ja oikeuskäytännön perusteella on selvää, että muutettaessa painoarvoja kesken hankintaprosessin syyllistytään poikkeuksetta hankintasäännösten rikkomiseen. Menettelyä ei voida missään tilanteessa pitää tasapuolisena ja syrjimättömänä, saati avoimuuden velvoitteen mukaisina.

Syyt painoarvojen muuttamiseen kesken hankintaprosessin johtuvat poikkeuksetta hankintayksikön tietoisista ratkaisuista, joiden ei tosiasiallisesti ymmärretä johtavan hankintalain vastaiseen tarjouspyynnössä ilmoitettujen tietojen muuttamiseen. Tutkimusaineiston perusteella voidaan väittää, että syinä tällaisiin virheisiin on hankintayksiköiden huolimattomuus ja asiantuntemuksen puute. Mitään viitteitä tietoisesta syrjinnästä tai suosimisesta ei ratkaisuista ilmene, vaan virheet ovat pikemminkin luonteeltaan tuottamuksellisia. Usein painoarvojen muuttamista koskeneissa tapauksissa oli kyseessä suhteellisen monimutkainen hankinta, joka koostui useista eri komponenteista. Mitä enemmän ja mitä yksityiskohtaisempia ver-

tailuperusteita on, sitä suuremmaksi kasvaa luonnollisesti riski vertailuvaiheen huolimattomuusvirheistä.

Tutkimusaineiston tapauksista muutamassa oli tarjousvertailuvaiheessa jaettu ilmoitetut vertailuperusteet alatekijöihin ja painotettu ne. Selkeimmin ongelma näkyi ohjelmistohankintaa koskeneessa EU-hankinta ratkaisussa, jossa hankintayksikkö jakoi ilmoitetut vertailuperusteet jälkikäteen alakohtiin.¹²⁸ Nämä alakohdat hankintayksikkö painotti niin, että kunkin vertailuperusteen alakohtien yhteenlasketut painoarvot vastasivat kyseiselle vertailuperusteelle ilmoitettua painoarvoa. Markkinaoikeus totesi, että menettelyssä oli tosiasiallisesti kysymys osittain muiden, kuin ilmoitettujen painoarvojen soveltamisesta. Tästä syystä menettely todettiin hankintalain vastaiseksi. Kyseinen ratkaisu osoittaa myös osaltaan sitä, että usein virheen taustalla ovat huolimattomuudesta tai taitamattomuudesta johtuvat toimenpiteet. Hankintoja suorittavien henkilöiden asiantuntemuksen lisäämisellä lisäkoulutuksen kautta sekä hankintojen huolellisemmalla etukäteissuunnittelulla ja testauksella todennäköisesti myös vertailuperusteiden painotuksen muuttumista koskevien markkinaoikeuskäsittelyjen määrä saataisiin laskusuuntaan. Tämä tosin vaatii merkittävästi lisäresurssien saamista, mikä ei jo ennestään tiukoilla olevan julkisen talouden aikana ole helppoa.

3.3.6. Yhteenveto vertailuprosessissa esiintyneistä ongelmista

Tarjousvertailua koskeneista ratkaisuista näkyi selvästi vertailuperusteiden asettamisen epäonnistumisen seuraukset. Hankintaa ei yleensä oltu suunniteltu tarpeeksi huolellisesti, jolloin se usein johti vertailuperusteiden vertailukelvottomuuteen. Tämän seurauksena hankintayksikkö yritti muuttaa ilmoitettuja vertailuperusteita tai painotuksia tarjousten saattamiseksi vertailukelpoisiksi. Hankintayksikkö saattoi vertailuvaiheessa havaita asettamiensa vertailuperusteiden vertailukelvottomuuden. Tällöin hankintayksikkö yritti korjata vertailukelvottomuutta soveltamalla perusteita eri tavoin kuin on ilmoitettu. Toisinaan hankintayksikkö yritti saattaa tarjouksia vertailukelpoisiksi menetelmillä, jotka eivät olleet hankintalain mukaisia.

¹²⁸ MAO 502/2008.

Joskus saattoi kysymys olla myös siitä, ettei monimutkaista hankintaa valmisteltaessa ollut tarjouspyyntövaiheessa ollut edes selvillä mitä täsmällisesti ollaan hankkimassa.

Kaikki yleisimmät havaituista vertailuprosessin ongelmista muistuttavat toisiaan monessa mielessä. Täysi vertailukelvottomuus, vertailukelvottomuuden korjaaminen, vertailuperusteen soveltamatta jättäminen ja ylimääräisten vertailuperusteiden soveltaminen rikkovat kaikki yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteita. Lähes joka kerta edellä mainittujen ongelmien syntymiseen näyttäisi olevan merkittävimpänä tekijänä epäonnistunut hankinnan valmistelu. Muita yhtä merkittäviä syitä ei näyttäisi olevan vertailuprosessin ongelmien syntymiseen. Tässä tutkimuksessa tosin on mahdotonta arvioida, mikä osuus tapauksista johtuu tietoisesta tai tarkoitushakuisesta hankintasäännösten rikkomisesta. Tietoista tai huolimattomuudesta johtuvaa syrjintää joka tapauksessa esiintyy, erityisesti juuri ylimääräisten vertailuperusteiden soveltamiskysymyksissä. Oleellisinta on kuitenkin tiedostaa myös tietoisien säännösten rikkomisen mahdollisuuden, sekä sen seuraukset. Olipa kyse tahallisuudesta tai huolimattomuudesta johtuvasta säännösten rikkomisesta vertailuprosessissa, on seuraamus sama. Tuottamuksen asteelle ei tässä mielessä näyttäisi jäävän mitään merkitystä hankintalain mukaisessa hankintaprosessin arvioinnissa.

Sen sijaan soveltamiskaavoissa ei näyttäisi olevan lainvastaisuuksia. Yhdessäkään ratkaisussa markkinaoikeus ei puuttunut vertailuperusteiden soveltamismallin oikeellisuuteen, vaan kysymys oli aina poikkeamisesta ilmoitetuista vertailuperusteista ja painotuksista. Tarjousten vertailuprosessin sääntelyssä ei näin ollen vaikuttaisi olevan epäselvyyttä tai tulkintaerimielisyyksiä. Vaikka vertailuprosessia ei juuri ole laissa säännelty, riittävät hankintaperiaatteet hyvin ohjaamaan vertailuprosessia. Vertailuprosessin virheet ovatkin laadultaan sellaisia, ettei niiden vähentämiseen tai ennaltaehkäisyyn voida tehokkaasti vaikuttaa lainsäädännöllisin keinoin, vaan muutoksen on lähdettävä hankintayksiköistä itsestään. Avainasemassa tässä on hankintoja suorittavien henkilöiden ammattitaidon kehittäminen sekä riittävät taloudelliset resurssit.

3.4. Tarjousvertailun perustelemisen ongelmakohdat

3.4.1. Tutkimustuloksia tarjousvertailun perusteluiden osalta

	Perusteleminen ongelmat yhteensä	Ei selvyyttä, miten vertailuperusteita sovellettu	Piste-eroja ei perusteltu	Jälkikäteen esitetty hyväksyttävät perustelut ¹²⁹	Ei lainkaan perusteltu
EU-hankinnat	23	14	14	8	2
Kansalliset hankinnat	31	27	25	7	6
Ei tietoa	6	0	0	1	0
YHTEENSÄ	60	41 (68 %)	39 (65 %)	16 (27 %)	8(13 %)

Kaavio 4: Virheiden lukumäärät vertailun perustelemista koskevissa tapauksissa virhetyyppien mukaan jaoteltuina

Tutkituista markkinaoikeuden ratkaisuista 60 tapauksessa vertailun perustelemisen todettiin puutteelliseksi. Näistä kuudessatoista hakemus kuitenkin hylättiin markkinaoikeudessa, koska hankintayksikkö pystyi oikeusprosessin aikana osoittamaan luotettavat ja riittävät perustelut tehdyille vertailulle, eikä menettelyssä ollut muuta huomautettavaa. Yleisimmin kysymys oli tehdyn perustelun puutteellisuudesta. Perusteluista ei usein ilmennyt, miten tarjouksia oli vertailtu keskenään, miten vertailuperusteita oli sovellettu ja mihin piste-erot olivat perustuneet. Lisäksi joissain tapauksissa perustelut olivat puuttuneet kokonaan. Vaikka perustelemisen ongelmia oli vähiten kaikista tarjousvertailuun liittyvistä ratkaisuista, yksittäisen ongelman osalta perustelemisen tarkkuus toistui useimmiten ratkaisuissa kaikki tarjousvertailua koskeneet ratkaisut huomioon ottaen. Tässä mielessä voidaan ajatella käsiteltävänä olevan jopa tutkimuksen tavoitteen näkökulmasta tärkein yksittäinen asia.

¹²⁹ Ne tapaukset, joissa hyväksyttävät perustelut esitettiin jälkikäteen, eivät sisälly lukumääriin piste-erojen perusteluiden puutteista, vertailuperusteiden soveltamisen epäselvyydestä tai perustelemattomista tapauksista.

Vuoden 2007 hankintalakiuudistuksessa vertailun perustelua koskevat säännökset säilytettiin vanhan käytännön mukaisia. Siksi syytä perustelemisen ongelmille ei voitane hakea lakiuudistuksesta johtuvista seikoista. Tosin avoimuuden periaatteen aiempaa korostunut merkitys saattaa olla yhtenä vaikuttavana tekijänä tapausten suuressa määrässä. Tämän tutkiminen edellyttäisi vanhan lain aikaisen oikeuskäytännön tutkimista ja vertailua nykytilanteeseen, johon tässä tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta.

Vertailuperusteiden soveltamisen perustelemisen puutteet johtivat lähes joka kerta siihen, ettei tarjoajien saamia piste-erojakaan perusteltu. Kyseessä on jossain määrin kaksi eri ongelmaa, joskin hyvin lähekkäisistä asioista on kysymys. Onnistunut piste-erojen perusteleminen edellyttää aina vertailuperusteiden soveltamisen perustelemista. Ratkaisukäytännön perusteella ongelmana ei näyttäisi olevan kuitenkaan piste-erojen perustelemisen puuttuminen muutoin onnistuneissa perusteluissa, sillä kaikki perustelemisen ongelmat johtuivat nimenomaan soveltamisen sanallisen perustelemisen puutteellisuuksista. Tästä syystä en katsonut tarpeelliseksi käsitellä niitä erillisinä asioina.

3.4.2. Tarjousvertailun perustelemisen sääntely

Kuten kaikissa muissakin, myös hankintapäätöksen perustelemista koskevissa ratkaisuissa on sovellettu 1.6.2007 voimaantullutta hankintalakia. Hankintalain säännöksiä perusteluiden osalta päivitettiin vallitsevaa tulkintalinjaa vastaavaksi 1.6.2010¹³⁰. Oikeudentilaa ei ole kuitenkaan muutettu uudistetulla sääntelyllä. Kuitenkin tässä tutkimuksessa esitettävät lainkohdat, lain valmistelutyöt ja oikeuskäytäntö perustuu 2007 voimaantulleeseen lain mukaisiin säännöksiin. Vaikka kyseinen säännös on jo kumottu uudella lailla, perustelemista koskevaa oikeuskäytäntöä on tutkittava vanhemman lainsäädännön ajalta ja peilattava sitä kyseisenä hetkenä voimassa olleeseen lainsäädäntöön. Tutkimusongelman näkökulmasta kyseisten

¹³⁰ Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 321/2010 vp.

ratkaisujen tutkiminen ei kuitenkaan ole tullut merkityksettömäksi säännöksen kumoamisen myötä, sillä tosiasiaassa uudistettu säännös vastaa sisällöltään lähes täysin vuoden 2007 lakia.

Vuonna 2007 voimaantulleen hankintalain lakitekstistä ja kyseisen lain valmistelutöistä ilmenee hyvin suppeasti riittävän perustelemisen vaatimukset. Laissa mainitaan ainoastaan, että hankintayksikön on perusteltava päätöksensä ja siihen johtaneet seikat kirjallisesti (Hankintalaki 73 §). Perusteluista on sen mukaan käytävä ilmi muun muassa tarjousmenettelyn ratkaisu. Lain esityöt valottavat hieman lisää perustelemisen vaatimuksen sisältöä. Riittävää ei ole kuitenkaan ilmoittaa pelkästään voittaneen tarjoajan nimeä, vaan hankintapäätöksessä on perusteltava tarjousvertailussa käytettyjen arviointiperusteiden soveltaminen tarjouksiin.¹³¹ Esityksessä viitataan tältä osin aiempaan oikeuskäytäntöön, jonka mukaan perusteluista on ilmentävä selvästi kaikkien tarjousten osalta, miten niitä on arvioitu kunkin vertailuperusteen osalta. Riittävää ei siten ole ainoastaan ilmoittaa tarjouksille annettua pisteytystä, vaan tarjousten piste-erot on myös perusteltava.¹³² Perusteluiden on siis oltava niin yksityiskohtaisia, että tarjoajilla on mahdollisuus arvioida vertailun oikeellisuutta ja omaa oikeusturvaansa. Riittävän yksityiskohtaisella ja avoimella perusteluilla hankintayksikkö osoittaa toimineensa tarjousvertailussa lain mukaisesti, hankintaperiaatteita noudattaen. Muilta osin niin laki kuin sen esityöt vaikenevat itse tarjousvertailun perustelemisesta. Perusteluille ei ole asetettu muotovaatimuksia, mutta käytännössä sille asetetut vaatimukset johtavat siihen, että perustelut on esitettävä sanallisesti. Usein tarjoukset on myös pisteytetty, mutta pelkkä pisteytys on harvoin 73 §:n vaatimukset täyttävä perustelu tarjousvertailulle. Hankintaperiaatteista voidaan myös hakea tukea perusteluiden sisällölle. Avoimuusvaatimus huomioiden hankintapäätös saa perustua ainoastaan niihin seikkoihin, joita tosiasiallisesti on otettu sitä tehtäessä huomioon. Perusteluiden on oltava myös objektiivisia. Hankintapäätöstä ei saa rakentaa myöskään niin, että se selvästi suosii yhtä tarjoajaa.

¹³¹ HE 50/2006 vp, s. 106.

¹³² HE 50/2006 vp, s. 117, piste-erojen perustelemisesta mainintoja myös joissain julkisia hankintoja käsittelevissä teoksissa, esim. Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 315.

Vuoden 2007 hankintalain mukaisessa oikeuskirjallisuudessa perustelemiseen on otettu hallituksen esityksen tapaan kantaa viittaamalla aiempaan oikeuskäytäntöön. Tavallista on, että perusteluiden vähimmäisisällöstä on esitetty luettelo.¹³³ Hyvin harvoin kuitenkin perusteluiden sisällöstä kirjoitettaessa on mainittu tarjoajien saamien piste-erojen perustelemisen vaatimus.¹³⁴ Usein julkisia hankintoja käsittelevät teokset ovat ns. käsikirjoja hankintaprosessin suorittamiseen. Tämä varmasti on osaltaan vaikuttamassa siihen, etteivät hankintayksikötkään ole ymmärtäneet perustella piste-eroja.

Niukkaa perustelemista koskevaa lainsäädäntöä selittää hankintojen vaihteleva luonne ja laajuus, jonka takia ei ole mahdollista säätää riittävän yksiselitteisesti ja tyhjentävästi perusteluiden sisällöstä niiden merkitys huomioiden. Oikeuskirjallisuudessa onkin otettu kanta, että riittävä perusteluiden sisältö ei ole vakio, vaan on riippuvainen hankinnan luonteesta.¹³⁵ Näin yksinkertaiset, hinnan perusteella tehtäviä hankintoja ei tarvitsisi perustella niin laajasti, kuin vaikkapa monimutkaisia kokonaistaloudellisen edullisuuden mukaan tehtäviä palveluhankintoja. Tällaisten yleistysten tekeminen ei kuitenkaan liene tarkoituksen mukaista, vaan oleellista olisi ymmärtää perusteluiden merkitys hankintalain tavoitteiden ja periaatteiden yhtenä toteuttajana. Yleistyksen saattavat pahimmassa tapauksessa johtaa liian mekaaniseen hankintaprosessiin, jolloin tosiasiallisesti hankinnan luonteen huomioiminen jää kokonaan pois. Juridisesti perustelemisen vaatimukseen ja sen tarkkuuteen ei liity ongelmaa. Sitä ohjaa vahvasti avoimuuden periaate, jonka mukaista on antaa objektiivisesti perusteltu tarjousvertailua koskeva päätös. Riittävän tarkat perustelut ovat edellytys hankintamenettelyn objektiivisuuden ja syrjimättömyyden osoittamiseksi.

¹³³ Katso lisää esim. Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 315.

¹³⁴ Esimerkiksi seuraavista teoksista ja ohjeista puuttuu kokonaan maininta piste-erojen perustelemisesta: Hytönen & Lehtomäki 2007, Kalima, Häll & Oksanen 2007, Kuusniemi-Laine & Takala 2007, Narikka 2008 ja Pekkala 2007.

¹³⁵ Esim. Virtanen 2008, s. 780–783.

3.4.3. Tarjousvertailun perusteluiden puuttuminen hankintapäätöksestä

Niissä tapauksissa, joissa tarjousvertailun perusteleminen todettiin puutteelliseksi, oli usein tehty kuitenkin jonkinlainen perustelu. Ainoastaan muutamassa tapauksessa markkinaoikeus totesi perusteluiden puuttuneen kokonaan. Perusteluiden puuttuminen kokonaan osoittaa välinpitämättömyyttä hankintayksiköltä. Niin hankintapäätöksen, kuin muidenkin hallintopäätösten tulee sisältää perustelut. Tämän pitäisi olla itsestäänselvyys kaikille, erityisesti hallintopäätöksiä tekeville henkilöille. Myös hankintalaista käy yksiselitteisesti ilmi hankintapäätöksen perustelemisen vaatimus. Siinä mielessä perusteluiden puuttumista voidaan pitää vakavana rikkomuksena, jollaista ei saisi tapahtua.

Hyväksyttäviä syitä perusteluiden puuttumiselle on vaikea löytää. Laki ei anna missään tilanteessa mahdollisuutta hankintapäätöksen perusteluiden puuttumiselle, vaan vaatimus on ehdoton. Lain 73 § on hyvin yksiselitteinen tässä, eikä väärinkäsitysmahdollisuutta ole. Mistä syystä perustelut sitten jäävät antamatta? Yksiselitteistä vastausta tähän ei voida antaa tämän tutkimuksen perusteella, mutta oikeuskäytännöstä voidaan löytää tahallisuutta puoltavia merkkejä. Piittaamattomuus hankintasääntelystä näkyy näistä ratkaisuista. Usein prosessi on epäonnistunut jo aiemmissa vaiheissa, jolloin menettelyn lain mukainen perusteleminen ei ole enää edes mahdollista. Hankintamenettelyn aiemmat virheet ovat olleet vakavia, selkeästi lain vastaisia menettelyvirheitä. Tällöin hankintaprosessia on saatettu yrittää viedä väkisin loppuun saakka, vaikkakin se on sisältänyt riskin päätöksen kumoamisesta ja kalliista oikeusprosessista. Oikein tehty perusteleminen olisi toisaalta osoittanut aiemmissa vaiheissa ilmenneet vakavat puutteet hankintamenettelyssä. Näin hankintayksikkö on katsonut paremmaksi jättää päätös perustelematta. Vakavaa piittaamattomuutta tai jopa tahallisuutta puoltaa myös se seikka, että kaikissa tapauksissa, joissa perustelut puuttuivat kokonaan, oli hankintaprosessin muutkin vaiheet toteutettu selkeästi lainvastaisesti. Usein myös hankintasopimus oli ehditty tehdä ennen valitusajan umpeutumista, jolloin markkinaoikeus ei enää voi kumota päätöstä.

Räikeimpiä esimerkkejä tästä on maisemointiurakkaa koskeva ratkaisu.¹³⁶ Hankintayksikkö oli ilmoittanut hankintailmoituksessa valintaperusteeksi kokonaistaloudellisen edullisuuden. Tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa ei ollut kuitenkaan ilmoitettu yksittäisiä vertailuperusteita eikä niiden tärkeysjärjestystä, vaan tarjouspyynnössä valintaperusteeksi mainittiin halvin hinta. Hankintayksikkö valitsi voittajaksi tarjouksen, joka olisi pitänyt hylätä tarjouspyynnön vastaisena. Tämän lisäksi hankintayksikkö oli käyttänyt vertailussa sellaisia perusteita, joita ei ollut ilmoitettu vertailuperusteiksi. Hankintapäätöksessä ainoastaan ilmoitettiin voittajan nimi, mutta valintaan johtaneita perusteita ei ilmoitettu. Hankintayksikkö ei kyennyt osoittamaan perusteluita myöskään markkinaoikeudessa. Markkinaoikeus totesi menettelyn ja perusteluiden olleen hankintalain vastaisia. Koska hankintapäätös oli pantu jo täytäntöön ja hyvitysmaksulle ei ollut perusteita, kaikki vaatimukset hylättiin.

Tapaus on hyvä esimerkki siitä, miten koko hankintaprosessi voi epäonnistua. Suoraan ratkaisusta ei voida lukea, onko menettely ollut tietoista vai onko kyseessä ollut yksinkertaisesti hankintaprosessiin osallistuneiden henkilöiden ammattitaidon puute. Menettelyvirheiden selkeys osoittaa kuitenkin suurta välinpitämättömyyttä. Olipa kysymys sitten tietoisesta säästöjen rikkomisesta tai tietämättömyydestä, ovat menettelyn epäonnistumiseen johtaneet syyt pitkälti samat. Hankintayksikkö ei ollut valmistellut hankintaa riittävän hyvin etukäteen. Tätä väitettä puoltaa sekä valintaperusteen vaihtuminen kesken hankintamenettelyn, että vertailuperusteiden puuttuminen. Ilmeisesti alussa on ollut ajatuksena valita kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous, mutta tarjouspyyntövaiheessa ajatukset ovat syystä tai toisesta muuttuneet. Hankintalaki ei kuitenkaan mahdollista tällaista menettelyä, vaan hankinta on valmisteltava niin hyvin että kaikki hankintavaiheet ja -asiakirjat ovat johdonmukaisia ja hankintaperiaatteiden mukaisia.

Koulujen musiikkivälineiden hankkimista koskeneessa ratkaisussa¹³⁷ hankintayksikkö ei ollut myöskään perustellut päätöstään lainkaan. Markkinaoikeuteen toimittamassaan selvityksessään hankintayksikkö esitti vertailuperusteittain tarjoajien saamat pisteet sekä tarjousten

¹³⁶ MAO 491/2009.

¹³⁷ MAO 559/2009.

hinnat. Hankintayksikkö oli tarjousvertailussaan soveltanut osin muita perusteita, kuin oli tarjouspyynnössä ilmoittanut. Markkinaoikeus katsoi tehdyt virheet niin vakaviksi, ettei katsonut tarpeelliseksi lausua muista väitetyistä virheistä. Hankintapäätös kumottiin.

Tapauksessa näkyy samanlaisia viitteitä, kuin kaikissa muissakin perustelemattomissa tapauksissa. Tarjousvertailussa on tehty vakavia virheitä. Syynä virheisiin vaikuttaisi tässäkin tapauksessa olevan hankinnan huono valmisteleminen. Vertailuvaiheessa on sovellettu ylimääräistä takuuehtoja koskenutta vertailuperustetta. Tämä on johtanut siihen, että tarjousvertailun hyväksyttävä perusteleva ei ole ollut enää mahdollista. Perusteleva on jäänyt tekemättä. Tietoisesta yhden tarjoajan suosimisesta ei ole selkeitä viitteitä, toisaalta mikään ei puhu sitä vastaan. Ilmeisesti hankintayksikkö ei ole suorittanut lain mukaista objektiivista tarjousten vertailua, ainoastaan pisteyttänyt tarjoukset. Pisteytyksen perusteluiden puuttuessa ei voida jälkikäteen arvioida, onko pisteytys tapahtunut syrjivästi. Tapausten perusteella ei siten voida vetää johtopäätöksiä siitä, ovatko hankintayksiköt pyrkineet tietoisesti suosimaan yhtä tarjoajista, ja tästä syystä jättäneet syrjivän vertailunsa perustelematta.

Toisaalta tutkimusaineistossa oli useita ratkaisuja, joissa hankintayksikkö ei ollut perustellut tarjousvertailua lainkaan hankintapäätöksessä, mutta kykeni esittämään markkinaoikeuskäsittelyn aikana luotettavat perustelut tarjousvertailulle. Kun muita virheitä ei hankintamenettelyssä havaittu, totesi markkinaoikeus perusteluiden jälkikäteisen selvittämisen osoittaneen hankintayksikön toimineen hankintasäännösten mukaisesti ja näin hylkäsi hakemuksen.¹³⁸ Vaikka hankintayksiköt olivat menetelleet virheellisesti perusteluiden osalta, katsottiin virheiden luonteen asiassa esitetyt jälkikäteisselvitykset huomioon ottaen olleen niin vähäinen, ettei perusteita hankintapäätöksen kumoamiselle ollut. Nämä ratkaisut osoittavat, että aina hankintapäätöksen perusteleva ei johdu tietoisesta ratkaisusta salata hankintamenettelyssä tapahtuneita virheitä, vaan tosiasiallisesti kysymys saattaa olla myös lainsäädännön tuntemattomuudesta tai puhtaasti huolimattomuudesta.

¹³⁸ Esimerkiksi ratkaisut MAO 58/2009, MAO 137/2009, MAO 158/2009 sekä MAO 497/2009.

3.4.4. Vertailuperusteiden soveltamistavan ja tarjouksille annettujen pisteiden perustelevminen

Markkinaoikeuskäytännön perusteella tarjousvertailun perustelemisessa yleinen virhe näyttäisikin olevan, että tarjousvertailua perustellaan pisteytystaulukolla, mutta pisteytyksen mittaamista ja tarjousten keskinäisiä eroavaisuuksia ei perustella tarkemmin. Käytännössä kaikissa perustelemiseen liittyneissä tapauksissa ongelmana olivat vertailuperusteiden soveltamisen perustelevminen puutteet. Hankintapäätöksestä ilmeni usein tarjouskilpailun voittaja sekä kaikkien tarjoajien saamat pisteet vertailuperusteittain. Ongelmana oli kuitenkin, ettei perusteluista selvinnyt, miten kyseisiin pisteisiin oli päädytty. Tällainen näennäinen avoimuus ei takaa hankintaperiaatteiden tavoitteiden toteutumista. Ainoastaan pisteytystaulukon perusteella tarjoajat eivät voi varmistua siitä, onko heitä kohdeltu tasapuolisesti. Tällöin jää epäselväksi kysymys siitä, mihin seikkoihin tarjousten eroavat pisteet perustuvat. Lainsäädäntö ei aseta rajoituksia siihen, missä muodossa tarjousvertailun perustelut tulisi ilmoittaa. Ilmoittaminen on täten mahdollista sekä laskennallisin kaavioin että sanallisesti perustellen, vertailuperusteista riippuen. Tärkeintä on, että tarjoajille tulee selväksi, millä tavoin heitä on arvioitu kunkin vertailuperusteen osalta.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 481–486/2009 oli kysymys alueellisen hankintarenkaan kilpailuttamasta EU-kynnysarvon ylittävästä tilintarkastuspalveluhankinnasta. Tarjouksen valintaperusteeksi oli ilmoitettu kokonaistaloudellinen edullisuus. Hankintapäätöksen perusteluissa mainittiin, että voittaneen tarjous on tarjouksista kokonaistaloudellisesti edullisin. Päätöstä ei oltu perusteltu sanallisesti laajemmin. Tarjousten vertailusta oli kuitenkin laadittu tarjousten vertailutaulukko, josta olivat ilmenneet tarjoajien saamat pisteet vertailuperusteittain sekä luettelo kunkin vertailuperusteiden kohdalla huomioituista seikoista. Vertailutaulukosta ilmenivät myös tarjoajien saamat kokonaispisteet. Markkinaoikeus totesi, että yksinomaan tarjousten pisteytystä ei ole pidettävä hankintalain 73 §:n kannalta riittävänä perusteluna hankintapäätöksen tekemiselle. Markkinaoikeus viittasi hankintalain esitöihin, joiden mukaan tarjouksia on vertailtava jokaista vertailuperustetta käyttäen ja hankintapäätöksestä on ilmettävä, mihin tarjouksista ilmeneviin konkreettisiin seikkoihin annetut pisteet

kunkin tarjouksen ja vertailuperusteen osalta perustuvat. Hankintayksikkö perusteli hankintapäätöstään käytännössä yksinomaan tarjousten vertailutaulukosta ilmenevillä tarjouksille annetuilla pisteillä perustelematta suoritettua pisteytystä sanallisesti. Markkinaoikeus totesi hankintayksikön menetelleen hankintasäännösten vastaisesti ja kumosi hankintapäätöksen. Tämän ja useiden muiden markkinaoikeuden ratkaisujen pohjalta voidaan tehdä johtopäätös, että tarjousvertailua on perusteltava myös sanallisesti, jotta se olisi hankintaperiaatteiden mukainen. Ilman sanallista perustelua ei hankintayksikkö käytännössä pysty perustelemaan tarjoajien saamia piste-eroja ja arviointiperusteiden soveltamistapaa eli mistä asioista ja miten paljon kukin on saanut pisteitä. Tämä ei ole ristiriidassa hankintayksikön hankintavallan kanssa. Riittävää ei ole ilmoittaa, että voittanut tarjous oli jonkin vertailuperusteen osalta häviäjää "selvästi parempi" tai "hieman parempi" tai tarjoukset olivat "tasavertaisia", vaan hankintayksikön tulee selvittää myös, millä perusteilla kyseisiin arvioihin on päädytty.¹³⁹ Hankintayksiköllä on perusteluvollisuudesta huolimatta vapaus arvostaa haluamiaan seikkoja haluamallaan tavalla, hankintalain ja -periaatteiden asettamissa rajoissa. Sanallista perustelua ei kuitenkaan tarvitse yleensä tehdä, jos tarjous valitaan halvimman hinnan perusteella. Niissä sanallinen perustelu harvoin tuo lisäarvoa hinnan laskennalliseen pisteytykseen.

Markkinaoikeuden ratkaisut osoittavat, että vertailuperusteiden soveltamisen ohella yhtä tärkeää on myös tarjoajien saamien piste-erojen perusteleminen. Vaikka kyseessä on vertailuperusteiden soveltamistavan perustelemista lähellä oleva asia, kannattaa sitä käsitellä kokonaan erillisenä kysymyksenä. Tällöin on myös helpompi hahmottaa hankintalain ja -periaatteiden mukaisten perusteluiden vaatimus. Piste-erojen perustelemisessa on kysymys siitä, että hankintayksikön tulee vertailuperusteiden soveltamistavan lisäksi kyetä selvittämään hankintapäätöksessä, mihin konkreettisiin seikkoihin tarjoajien saamat piste-erot ovat perustuneet. Riittävää ei siis ole kertoa, miten vertailuperusteita on sovellettu ja millaisista seikoista on annettu pisteitä, vaan hankintayksikön tulee myös kyetä perustelemaan, miksi tarjoukset on todettu samanarvoisiksi tai eriarvoisiksi eli mihin seikkoihin perustuu tarjoajien saamat pistemäärät kunkin vertailuperusteen osalta. Tätä vaatimusta selventää hyvin mark-

¹³⁹ Katso esimerkiksi ratkaisut MAO 130/05 ja MAO 222/2010.

kinaoikeuden ratkaisu MAO 459/2008. Kyseisessä tapauksessa hankintayksikkö oli pisteyttänyt tarjoukset arviointitaulukoissa tarjouspyyntöasiakirjoissa asetettuja vertailuperusteita noudattaen. Tarjousten arvioinnista oli tehty myös sanallinen osio, joissa oli kerrottu mistä seikoista pisteitä oli annettu. Markkinaoikeus totesi kuitenkin, ettei tarjousten välisiä piste-eroja ollut kuitenkaan kaikkien arviointikriteerien osalta kattavasti perusteltu. Myös ratkaisussa MAO 222/2010 markkinaoikeus totesi, että hankintayksikkö oli toiminut hankintasääntösten vastaisesti, kun hankintapäätöksestä ei ollut kaikkien vertailuperusteiden osalta ilmennyt, miten tarjousten keskinäistä paremmuutta oli arvioitu ja mihin konkreettisiin seikkoihin piste-erot olivat perustuneet. Hankintapäätöksen liitteinä olevista vertailuasiakirjoista oli tosin käynyt ilmi, että hankintayksikkö oli arvioinut tarjousten kokonaistaloudellisen paremmuuden tarjouspyynnössä ilmoitettuja vertailuperusteita soveltamalla. Tarjousten arviointi oli kuitenkin suoritettu niin, että eri tarjouksia oli arvioitu sen mukaan, miten hyvin se täyttää kunkin vertailuperusteen vaatimukset. Arviointi oli suoritettu arvosanoin "huonosti", "melko huonosti", "kohtalaisesti" ja "hyvin". Markkinaoikeus katsoi, että kyseinen perustelutapa ei ollut kyseisessä hankinnassa riittävä.

Tarjousten saamien piste-erojen perustelemisen puutteita koskeneista ratkaisuista lähes kaikki olivat niitä, joissa ei myöskään vertailuperusteiden soveltamistapaa oltu perusteltu riittävällä tavalla. Tämä osaltaan osoittaa kyseisten seikkojen olevan hyvin lähellä toisiaan. Niistä ratkaisuista, joissa perustelut oli esitetty jälkikäteen markkinaoikeusprosessin aikana, suuressa osassa oli kysymys nimenomaan piste-erojen perustelemisen puutteista. Hankintayksiköille ei näyttäisi olleen selvää se, että piste-erojen osalta tulee nimenomaan osoittaa ne konkreettiset seikat, miksi tarjousten saamat pisteet eroavat toisistaan. Vaikka vaatimus vaikuttaa selkeältä markkinaoikeuskäytännönkin perusteella, yksiselitteistä ohjetta piste-erojen riittävään perustelemiseen ei voida kuitenkaan antaa. Tapaukset ovat usein hyvin erilaisia kuten myös niissä sovellettavat vertailuperusteet. Se mikä yhdessä tapauksessa on riittävää, ei toisessa riitä alkuunkaan. Perusteluille ei tule kuitenkaan asettaa liian tiukkoja vaatimuksia. Oleellista on, että tarjouskilpailuun osallistuneet voivat hankintapäätöksen perusteella saada tietoa siitä, millaisin perustein heitä on arvioitu vertailuprosessissa ja miksi. Samoin

tarjoajien tulee pystyä varmistumaan piste-erojen perusteluiden avulla siitä, ettei heitä ole kohdeltu syrjivästi tarjousvertailussa. Helpoiten tämä onnistuu, kun hankintayksikkö pitää pöytäkirjaa koko hankintaprosessin ajan, ja kirjaa siihen erityisen huolellisesti tarjousvertailussa esiin nousseita seikkoja. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että tarjousvertailun tulisi olla mekaaninen toimitus, joka koostuu tarjouksille kustakin vertailuperusteesta kaavamaisesti annettavista pisteistä ja pisteytyksen perustelemisesta, vaan myös tarjousten keskinäisen paremmuuden selvittämisessä voidaan ja tuleekin käyttää harkintavaltaa. Tätä ajatusta tukee myös markkinaoikeuden antama ratkaisu 420/2008, jossa oli kysymys työvoimapolitiittisen aikuiskoulutuksen kilpailuttamisesta. Kilpailutuksessa saatiin kaksi tarjousta. Vertailuperusteina olleiden koulutussuunnitelman ja toimitusvarmuuden osalta suorittamasta tarjousvertailusta ilmeni, että hankintayksikkö oli todennut molemmista tarjouksista sekä etuja että puutteita suhteessa toisiinsa. Hankintayksikkö oli näin ollen vertaillut tarjouksia toisiinsa sanan varsinaisessa merkityksessä. Toisin sanoen hankintayksikkö ei ainoastaan antanut pisteitä tarjouksille ennalta päätetyn soveltamiskaavan mukaan, vaan peilasi tarjouksia myös suhteessa toisiinsa. Markkinaoikeus totesi hankintayksiköllä olevan harkintavaltaa sen suhteen, miten se soveltaa ilmoittamiaan kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteita tarjousvertailussa, kunhan vertailu muuten on tarjoajien kannalta tasapuolista. Menettelyssä ei ollut moitittavaa. Tarjousten saamia piste-eroja hankintayksikkö perusteli sanallisesti. Koulutussuunnitelman osalta hankintayksikkö perusteli voittaneen tarjoajan tarjouksen lievää paremmuutta muun muassa sillä, että hakijan koulutusta koskevat suunnitelmat olivat olleet yleisluonteisempia ja niukempia kuin voittaneella tarjoajalla. Toimitusvarmuuden osalta hankintayksikkö perusteli taasen tarjousten piste-eroa sillä, että hakijan tarjouksessa ei voittaneen tarjoajan tarjouksesta poiketen ollut tarjousten pisteytysperusteiksi ilmoitettuja kone- ja laiteluetteloita eikä opetushallituksen koulutusala-arvioita. Markkinaoikeus katsoi, ettei tarjousten pisteytys ollut hakijan esittämällä tavalla sitä syrjivää, ja näin ollen hylkäsi hakemuksen.

Vuonna 2007 annetussa hankintalaissa on hyvin vähän mainittu perusteluiden sisällöstä, mikä saattaa olla osasy syy turhien oikeusprosessien suureen määrään. Tämän merkitystä korostaa vielä se, että oikeuskirjallisuudesta ja hankintaohjeista sanallisen perustelemisen merkitys ei usein käy yksiselitteisesti ilmi. Suurimmassa osassa hankintamenettelyä läpikäyviä teoksista mainitaan riittävän perustelemisen vaatimus kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden soveltamisen perustelemisessa, vaikkakin perusteluiden sisällön vähimmäisvaatimukset on kirjoitettu niin, ettei niitä noudattamalla tosiasiallisesti muuta mahdollisuutta jää kuin perustella hankinnat sanallisesti.¹⁴⁰ Hankintoja tekevät henkilöt kuitenkin tulkitsevat lakia, ohjeita ja kirjallisuutta omista lähtökohdistaan, jolloin myös päinvastaiset tulokset ovat mahdollisia. Tarjousvertailun ja piste-erojen sanallisen perustelemisen vaatimuksen korostaminen kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteella tehtävissä hankinnoissa saattaisikin omalta osaltaan vähentää turhia markkinaoikeusprosesseja. Etenkin tapaukset, joissa perustelut esitettiin markkinaoikeudessa, olisivat todennäköisesti jääneet kokonaan käymättä. Näissä kysymys oli pääasiassa siitä, että vertailuvaiheessa oli tehty asianmukaisesti vertailupöytäkirja, jossa oli myös perusteltu tarjoajien saamia piste-eroja. Näitä perusteluita ei ollut kuitenkaan laitettu osaksi hankintapäätöksen perusteluita. Hankintayksiköt pystyivät kuitenkin osoittamaan, että perustelut olivat olleet olemassa ja tehty lain vaatimusten mukaan. Koska menettelyissä ei ollut muita virheitä, ei jälkikäteen esitettyjä perusteluita pidetty riittävänä virheenä hankintapäätöksen kumoamiseen. Usein kuitenkin hankintayksiköt joutuivat maksamaan oikeudenkäyntikulut.¹⁴¹

Osassa tapauksista oli kysymyksessä tilanne, jossa hankintayksikkö ei ollut riittävällä tavalla ymmärtänyt hankinnan kohteen määrittelyn ja tarjousten vertailun erillisyyttä. Tarjouksia pisteytettiin sen mukaan, täyttivätkö ne kohteelle asetetut minimivaatimukset vai eivät. Markkinaoikeus ei kuitenkaan yleensä ottanut ratkaisuisaan kantaa suoraan edellä mainitun menettelyn oikeellisuuteen, vaan tapaukset todettiin hankintalain vastaisiksi muista syistä.¹⁴²

¹⁴⁰ Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 314–315, Hytönen & Lehtomäki 2007, s. 91–92.

¹⁴¹ Esimerkkinä tapaukset: MAO 137/2009, MAO 158/2009 ja MAO 497/2009.

¹⁴² Esimerkiksi ratkaisut MAO 547/2009 ja MAO 80/2009.

Ainoastaan maisemanhoitopalveluja koskeneessa ratkaisussa¹⁴³ markkinaoikeus ohimennen mainitsi kyseisen kaltaisen menettelyn olevan lain vastainen. Tapauksessa esitetyn selvityksen mukaan hankintayksikkö oli käyttänyt ilmoittamiaan vertailuperusteita lähinnä tarjoajien soveltuvuuden arviointiin ja sen selvittämiseen, ovatko tarjoukset hankintayksikön arvion mukaan täyttäneet vertailuperusteiden vähimmäisedellytykset. Voittavan tarjouksen valinta oli tehty sen jälkeen yksinomaan hinnan perusteella. Markkinaoikeus totesi, ettei tällainen menettelytapa täytä tarjousvertailun ja kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettamisen tarkoitusta, vaan johtaa tosiasiallisesti hintavertailuun kaikkien minimivaatimukset täyttävien tarjoajien välillä.

3.4.5. Yhteenveto tarjousvertailun perustelemisesta

Perustelemisessä on tarkoituksena osoittaa tarjoajille, että vertailuperusteita on sovellettu tasapuolisesti ja syrjimättömästi tarjouspyynnössä ilmoitettujen perusteluiden mukaisesti. Jotta tämä tarkoitus toteutuu, on vertailuperusteiden soveltamisen yhteydessä kyettävä sanelisesti perustelevaan, mistä seikoista on annettu pisteitä ja millä tavalla, sekä mihin konkreettisiin seikkoihin tarjoajien saamat piste-erot perustuvat.

Tutkimuksen perusteella voidaan perustelemisen ongelmista tehdä joitakin johtopäätöksiä. Vertailun perustelemiselle asetettujen vaatimusten hahmottaminen ovat vaikuttaneet olleen hankintayksiköille vaikeita. Yhtenä syynä tähän saattaa olla se, että avoimuusperiaatteen sisältöä ei ole sisäistetty vielä riittäväällä tavalla. Kuten jo aiemmin on käynyt ilmi, avoimuusperiaatteen soveltamisessa vaikuttaakin olevan ongelmia tarjousvertailun kaikissa vaiheissa. Markkinaoikeudessa ratkaistuista tapauksista käytännössä jokaisessa toistuivat samat virheet: perusteluista ei selvinnyt, miten vertailuperusteita oli sovellettu kunkin tarjoajan osalta, ja tarjoajille annettuja piste-eroja ei ollut perusteltu. Kysymyksessä ei ole juridisesti erityisen tulkinnanvarainen asia. Mikä sitten kiikastaa perusteluissa? Lainsäädäntöä voidaan tietysti omalta osaltaan syyttää asiasta, sillä hankintalakikin vaikennee perustelemisen vaatimuk-

¹⁴³ MAO 138/2009.

sen sisällöstä. Lain esitöissä, oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin hyvin selkeästi ja yksiselitteisesti avattu perustelemisen laajuutta. Ongelmana ei siis pitäisi olla yleinen epätietoisuus lain sisällöstä. Yksittäisten henkilöiden osalta näin toki voi olla, ja se selittäisikin tapausten suurta lukumäärää. Hankintapäätöksiä perustelevien henkilöiden puutteellinen asiantuntemus ja huolimattomuus saattavatkin olla suurimpia syitä mainitun kaltaisten ongelmien yleisyydelle, onhan kyseessä kuitenkin hyvin yksinkertainen, helposti täytettävä vaatimus.

Unohtaa ei sovi myöskään hankintamenettelyn aiemmissa vaiheissa tehtyjen virheiden vaikutusta perustelemisen onnistumiseen. Jos tarjousvertailua ei ole suoritettu asianmukaisesti, vaan tarjousvertailussa on tehty virheitä, kuten sovellettu ylimääräisiä perusteita tai alakoh- tia on painotettu tarjousvertailuvaiheessa, vaikuttaa se suoraan perusteluihin. Tällöinhän lain vaatimukset täyttävän perusteluiden esittäminen osoittaisi hankintayksikön menetelleen vir- heellisesti aiemmissa vaiheissa, jolloin hankintayksikkö saattaa tietoisestikin jättää perustelut avoimiksi.

Kesällä 2010 hankintalakia muutettiin ja yhtenä osana muuttui myös perustelemisen säänte- ly. Uudelleen muotoillulla säännöksellä pyrittiin tarkentamaa säännöstä vallitsevan oikeusti- lan mukaiseksi. Varsinaista muutosta lainsäädäntöön ei siis tältä osin tehty. Hankintalain 73 §:ssä tarkennettiin seikkoja, mitä hankintapäätöksestä tulee käydä ilmi tarjousvertailun osal- ta. Sen mukaan hankintapäätöksestä tai sen liitteistä on käytävä ilmi ratkaisuun "olennaisesti vaikuttaneet seikat, joita ovat ainakin ehdokkaan, tarjoajan tai tarjouksen hylkäämisen pe- rusteet sekä ne perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty". Hankintalain muuttamisesta annetusta hallituksen esityksen perusteluissa todetaan, että "Tarjousvertai- lun osalta perustelut tulisi esittää sellaisella tarkkuudella, että tarjoajalle käy ilmi oman tar- jouksen sijoittuminen tarjouskilpailussa suhteessa muihin tarjouksiin". Tämä tarkoittaa halli- tuksen esityksen mukaan sitä, että tarjousvertailusta selkeästi käy ilmi, miten tarjouksia on arvioitu kunkin vertailuperusteen osalta ja mihin konkreettisiin tarjouksista ilmenneisiin seik- koihin vertailu on kunkin vertailuperusteen osalta perustunut sekä mihin tarjousten piste-

erot perustuvat.¹⁴⁴ Vastaava maininta oli kuitenkin myös vuoden 2007 hankintalain perusteluissa.¹⁴⁵ Uudesta säännöksestä ei kuitenkaan tarkennuksista huolimatta valitettavasti käy konkreettisesti ilmi perusteluiden vertailun perusteluiden sisältö. Näin ollen tarkennettu säännös tuskin tulee alentamaan merkittävästi tarjousvertailun perustelemista koskevien markkinaoikeuskäsittelyjen määrää, joskaan se ei myöskään aiheuta uusia tulkintaongelmia aiempaan oikeuskäytäntöön nähden.

¹⁴⁴ HE 190/2009 vp, s. 47.

¹⁴⁵ HE 50/2006 vp, s. 106.

4. Johtopäätöksiä

Tutkimuksessa käytiin läpi markkinaoikeuden antamat julkisten hankintojen tarjousvertailua koskeneet uuden hankintalain mukaan tehdyt ratkaisut vuosilta 2008 ja 2009. Tarkoituksena oli pyrkiä löytämään yleisimpiä tarjousvertailun epäonnistumiseen johtavia syitä, sekä etsimään keinoja kyseisten ongelmakohtien välttämiseen. Markkinaoikeuden ratkaisuista voitiin havaita, että hyvin monet eri syyt johtavat tarjousvertailun epäonnistumiseen. Selkeästi suurin tekijä tarjousvertailun epäonnistumisessa näyttäisi ratkaisujen perusteella olevan kuitenkin vertailuperusteiden asettamisen virheet, joiden seurauksena usein myös tekninen tarjousvertailuprosessi epäonnistui. Lisäksi tarjousvertailun perusteleminen osoittautui haasteelliseksi hankintayksiköille.

Uudistamalla hankintalakia pyrittiin osaltaan vähentämään ongelmia tarjousvertailussa. Aiemmin suurin osa tarjousvertailuun liittyvistä ratkaisuista kohdistui vertailuperusteiden epäselvyyteen ja niiden soveltamisen ongelmista johtuvaan vertailukelvottomuuteen.¹⁴⁶ Lain säädäntöä tarkennettiin, ja muutettiin mm. vertailuperusteiden painottamisen osalta. Tuloksia ei kuitenkaan ole näkyvissä. Tutkimuksessa nousi selkeästi esiin hankinnan valmistelun merkitys tarjousvertailun onnistumisen kannalta. Huolimaton hankinnan suunnittelu ja vertailuperusteiden testaaminen johti usein epäselviin tarjouspyyntöihin, epätasmaisuuksiin vertailuperusteisiin ja niiden osatekijöihin sekä painotuksen epäselvyyteen. Tämän seurauksena myös varsinainen tarjousten vertailu epäonnistui, koska saadut tarjoukset eivät olleet vertailukelpoisia eivätkä ilmoitetut vertailuperusteet olleet yhteneviä vertailussa käytettyjen perusteiden kanssa. Näin myöskään vertailua ei voitu perustella lain vaatimusten mukaisesti.

Usein hankintayksiköt päätyivät kuitenkin ratkaisuihin, jotka eivät olleet lain ja hankintaperiaatteiden mukaisia. Tapausten perusteella vaikuttaisi siltä, että hankintayksiköt ovat tulkinneet periaatteiden velvoittavuutta oikeuskäytännöstä poikkeavalla tavalla. Useista tapauksis-

¹⁴⁶ HE 50/2006 vp, s. 13, Virtanen 2008, s. 693.

ta käy ilmi, että hankintayksiköt ajattelivat vain tosiasiallisen syrjinnän olevan hankintalain ja periaatteiden vastaista. Näyttääkin siltä, että yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden laajuus ja merkitys eivät ole olleet selkeitä hankintaprosessin parissa työskennelleille. Kuitenkin markkinaoikeuden ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä käy selkeästi ja yksiselitteisesti ilmi, että hankintamenettelyn arviointi periaatteiden valossa tulee tehdä puhtaasti periaatteen tavoitteiden perusteella. Tosiasiallista syrjinnän syntymistä ei siis edellytetä. Hankintaperiaatteet näyttävätkin tässä mielessä poikkeavan muista yleisistä oikeusperiaatteista niiden velvoittavuuden osalta. Hankintaperiaatteet ovat oikeuskäytännön perusteella ajatuksellisesti yhä lähempänä säädettyä oikeutta niiden velvoittavuutta tarkasteltaessa.

Julkisista hankinnoista puhuttaessa usein väitetään, että hankintalakia jätetään tietoisesti noudattamatta ajan ja vaivan säästämiseksi sekä ennen kaikkea mieluisen hankintapäätöksen saamiseksi. Tutkimuksessa löytyi joitakin viitteitä, jotka viittaavat tietoiseen lain rikkomiseen, etenkin tarjouksia vertailtaessa. Toisaalta tutkimuksen kautta esiin nousseiden tapaus-ten määrää ei voida kuitenkaan pitää kovin suurena suhteessa muihin ongelmiin, etenkin kun huomioidaan se, että todennäköisesti suuri osa tietoista syrjintää sisältävistä tapauksista etenee markkinaoikeuskäsittelyyn. Oikeuskirjallisuudessa ja hankintakoulutuksissa painotetaan tasapuolista kohtelua ja nostetaan usein esimerkiksi syrjintätapauksia. Oppi näyttäisi tässä mielessä menneen perille, sillä kansalaisuuteen tai kotipaikkaan liittyviä syrjintätapauksia ei tutkimusaineistosta ilmennyt.

Menettelyvirheiden suurta määrää saattaa selittää vasta muutaman vuoden vanha lainsäädäntö. Etenkin avoimuusperiaatteen lisääntynyt merkitys hankintalainsäädännössä ei ole vielä kirkastunut hankintoja suorittaville tahoille. Niin vertailuperusteiden asettamisessa kuin tarjousten vertailussa ja etenkin vertailun perustelemista koskeneissa ratkaisuisissa näkyi tietämättömyys periaatteen ulottuvuudesta. Tämä näkyy erityisesti vertailuperusteiden asettamisen epäselvyyksien suuressa määrässä sekä suoritettujen tarjousvertailun puutteellisena perustelemisena. Sen sijaan uudistetussa hankintalainsäädännössä ensimmäistä kertaa sää-

dettyä vertailuperusteiden painotuksen ilmoittamista koskeneiden tapausten määrään uudella lailla ei näyttäisi olevan vaikutusta, vaan kysymys on enemmänkin vertailuperusteiden osatekijöiden painottamisen puutteista. Varsinaiset vertailuperusteet on osattu painottaa lain vaatimuksen mukaisesti, mutta niiden soveltamistapojen kautta syntyneet osatekijät ja niiden painotuksen puuttuminen vaikuttaisi olevan todellinen ongelma. Toisaalta uuden menettelyvaatimuksen myötä tulkintakäytäntö elää hieman, jolloin hankintoja suorittavien henkilöiden tulisi olla erityisen tarkkana seuraamassa muuttuvia käsityksiä. Näin ei kuitenkaan ole käynyt, vaan osatekijöiden painottamista koskeva tulkintakäytäntö näyttäisi jääneen huomaamatta osalta hankintahenkilöstöstä.

Lukuisista virheistä huolimatta on kuitenkin huomattava, että pääasiassa epäonnistuneissa tarjousvertailuprosesseissa on tutkimuksen perusteella kysymys teknisistä virheistä, ei niinkään juridisista ongelmista muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta. Tämä tieto toisaalta helpottaa ongelmien ennaltaehkäisyssä, toisaalta harmittaa, onhan kyseessä julkisten varojen tarpeeton kuluminen. Turhat markkinaoikeusprosessit aiheuttavat kustannuksia sekä hankintayksiköille että julkisin varoin rahoitettavalle markkinaoikeudelle. Nykytilanne ei voi jatkua, vaan teknisiä menettelyvirheitä on pystyttävä karsimaan tarjousvertailuprosesseista. Niiden vähetessä markkinaoikeuskin pystyy entistä paremmin keskittymään "oikeiden" juristen ongelmien ratkaisemiseen.

Epäselvä tai tulkinnanvarainen hankintalaki saattaa olla yhtenä tekijänä tarjousvertailun epäonnistumiseen tutkituissa tapauksissa, erityisesti tarjousvertailun perustelemista sekä vertailuperusteiden osatekijöiden painottamista koskevista tapauksista. Perustelemisen osalta lainsäädäntöä on jo tarkennettu vallitsevaa tulkintakäytäntöä vastaavaksi. Tehdyt täsmennykset eivät kuitenkaan vaikuttaisi olevan kyllin riittäviä, sillä varsinaiseen ongelma-kohtaan, suoritettujen tarjousvertailun perusteluiden sisällön sääntelyyn, ei uusi säännös tuonut muutosta. Tulevissa hankintalain uudistusprosesseissa tulisikin pohtia mahdollisuutta lisätä vertailun perustelemista koskevaan säännökseen myös vaatimus tarjoajien saamien piste-erojen sekä vertailuperusteiden soveltamistapojen perustelemisesta. Vaikkei sillä pyrit-

täisikään muuttamaan oikeudentilaa, olisi se tervetullut vakiintuneen tulkintakäytännön mukainen täsmennys lain säännökseen. Myös osatekijöiden painottamisen vaatimuksen lisäämistä hankintalakiin tulisi jatkossa harkita, saattaisihan selkeämpi lainsäädäntö jo yksistään vaikuttaa alentavasti turhien markkinaoikeusprosessien määrään. Toisaalta hankintalain selkiyttäminen yksittäisten tekijöiden osalta ei kuitenkaan ole ainoa keino menettelyvirheiden vähentämiseen. Lainsäädännön muuttaminen ei yksistään auta yksinkertaisten menettelyvirheiden radikaalissa alentamisessa niin kauan kun hankintoja suorittavien ammattitaito ei riitä viemään hankintaprosessia läpi vallitsevan oikeuden mukaisesti.

Lakitekstiä voidaan pitää myös vertailuperusteiden ilmoittamisen osalta puutteellisena. Ilman hyvää perehtyneisyyttä hankintalainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön ei hankintalakia työssään tulkitseva voi pelkästään 62 ja 72 §:ien perusteella ymmärtää, millä tarkkuudella vertailuperusteet tulisi ilmoittaa. Hankinnan suunnittelun ja valmistelun epäonnistumisen taustalla olevat syyt ovat kuitenkin korjattavissa. Syynä lienee vain ja ainoastaan resurssien puute: Aikaa ja työvoimaa ei ole riittävästi, ei myöskään määrärahoja niihin. Lisäksi hankintoja suorittavien henkilöiden ammattitaidossa olevat puutteet ei voi olla näkymättä prosessissa. Lainsäädännön ja oikeuden tuntemattomuus vaikuttaa työn jälkeen. Hankintalainsäädäntö on kuitenkin hyvin moniulotteinen ja täynnä pieniä yksityiskohtia, joiden hallinta on välttämätöntä. Ilman kunnollista perehtymistä hankintajuridiikkaan ei hankintaprosessi voi onnistua. Hankintahenkilöstöä ei kuitenkaan tule syyllistää, vaan riittämättömät ammattitaidolliset resurssit hoitaa hankintaprosesseja ovat seurausta julkisten varojen riittämättömyydestä. Hankintayksiköiden tulisikin jatkossa panostaa yhä enenevässä määrin hankintahenkilöstön ammattitaitoon. Yksi tapa toteuttaa tätä on perustaa ja ylläpitää suurempia hankintayksiköitä, joihin palkataan hankintajuridiikan asiantuntijoita. Pelkkä juridiikan tuntemus ei kuitenkaan riittäne, vaan henkilöstöä on oltava riittävästi, jotta pienimmätkin epäkohdat tarjouspyynnössä ehditään etsimään ja havaitsemaan ennen hankintaprosessin aloittamista. Tähän ei auta kuin yksi lääke: raha. Ilman riittäviä resursseja ei ongelmia jatkossakaan saada vähenemään.