

VERTAILUPERUSTEINA TARJOAJIEN OMINAISUUDET  
JULKISISSA PALVELUHANKINNOISSA

Itä-Suomen yliopisto  
Yhteiskuntatieteiden ja kauppätieteiden tiedekunta  
oikeustieteet

Pro gradu- tutkielma

26.4.2011

Maria Røykkä, 171 301

Ohjaaja: Tarmo Miettinen

## Tiivistelmä

ITÄ-SUOMEN YLIOPISTO

Tiedekunta <b>Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta</b>		Yksikkö <b>Oikeustieteiden laitos</b>	
Tekijä <b>Maria Røykkä</b>			
Työn nimi <b>Vertailuperusteina tarjoajien ominaisuudet julkisissa palveluhankinnoissa</b>			
Pääaine <b>hallinto-oikeus</b>	Työn laji <b>pro gradu-tutkielma</b>	Aika <b>26.4.2011</b>	Sivuja <b>81</b>
<p>Tiivistelmä</p> <p>Tutkin pro gradu- tutkielmassani tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena julkisissa palveluhankinnoissa. Tutkielmani kohdistuu hankintalain 72.1 §:ään, jonka mukaan ”<i>palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa</i>”. Pohdin tutkielmassani seuraavia osakysymyksiä:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Minkälaisissa hankinnoissa ja millä kriteereillä kyseistä säännöstä voidaan soveltaa?</li> <li>2. Mitä kyseinen säännös tarkoittaa ja pitää sisällään?</li> <li>3. Mitä selvityksiä voidaan pyytää tarjoajien ominaisuuksien arviointia varten?</li> <li>4. Voidaanko kyseistä kansallista säännöstä soveltaa EU-hankinnoissa?</li> </ol> <p>Kyseisen hankintalain säännöksen sisältöä ei ole kukaan tarkasti määritellyt. Hallituksen esityksessä on esimerkinomaisesti kerrottu, millaisiin tapauksiin kyseinen säännös soveltuu. Markkinaoikeudessa on muutamia oikeustapauksia, joissa kyseistä säännöstä on sovellettu. Tarjoajien ominaisuuksiin vertailuperusteena soveltuvat luonnollisesti samat kriteerit, mitä sovelletaan muihin vertailuperusteisiin, mutta näiden edellytysten lisäksi käytettäessä vertailuperusteena tarjoajien ominaisuuksia on otettava tietyt muut seikat huomioon.</p> <p>Mielenkiintoinen kysymys on, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena vain kansallisissa hankinnoissa vai voiko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena myös EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnoissa. Säännös on kirjattu vain kansallisen menettelyn osioon. Hankintalain hallituksen esityksen mukaan EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnoissa tarjoajien ominaisuuksia ei voida arvioida vertailuperusteena. Muun muassa Euroopan unionin ja markkinaoikeuden oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on tästä poikkeavia näkemyksiä.</p>			
Avainsanat julkinen hankinta – vertailuperuste – tarjoaja – ominaisuudet – palveluhankinta – laatu – referenssit			

# SISÄLLYS

<b>LÄHDELUETTELO</b> .....	<b>IV</b>
<b>LYHENNELUETTELO</b> .....	<b>XI</b>
<b>1 JOHDANTO</b> .....	<b>1</b>
1.1 LAADULLISTEN KRITERIEN TAUSTA .....	1
1.1.1 <i>Historia</i> .....	1
1.1.2 <i>Yhteiskunnallinen tausta</i> .....	5
1.2 TUTKIMUSKYSYMYKSIÄ .....	8
1.3 METODI .....	11
1.4 AIEMPI TUTKIMUS .....	12
<b>2 MÄÄRITELMÄT</b> .....	<b>13</b>
2.1 JULKINEN HANKINTA JA HANKINTAYKSIKÖ .....	13
2.2 TOIMITTAJA, EHDOKAS JA TARJOAJA .....	16
2.3 HANKINTASOPIMUS .....	17
2.4 PALVELUHANKINTA.....	18
2.5 HANKINTAMENETTELY .....	19
<b>3 KELPOISUUSEHDOT JA VERTAILUPERUSTEET</b> .....	<b>24</b>
3.1 TAUSTA .....	24
3.2 PERIAATTEET.....	27
3.3 KELPOISUUSEHTOJEN JA VERTAILUPERUSTEIDEN EROTTAMINEN .....	32
3.4 KELPOISUUSEHDOT .....	36
3.5 VERTAILUPERUSTEET .....	40
3.5.1 <i>Vertailuperusteiden kriteerit</i> .....	40
3.5.2 <i>Vertailuperusteiden painotus</i> .....	47
3.6 SELVITYKSET.....	51
3.7 MIKÄ PAINOARVO ON KELPOISUUSEHDOILLA JA VERTAILUPERUSTEILLA? .....	56
<b>4 TARJOAJIEN OMINAISUUKSIEN ARVIOINTI VERTAILUPERUSTEENA</b> .....	<b>59</b>
4.1 SÄÄNNÖKSEN SISÄLTÖ.....	59
4.2 SOVELTAMISALA .....	64
4.3 EU-HANKINNAT.....	67
4.4 EDELLYTYKSIÄ SÄÄNNÖKSEN SOVELTAMISELLE.....	74
<b>5 LOPUKSI</b> .....	<b>79</b>

# LÄHDELUETTELO

## KIRJALLISUUS

Aarnio Aulis: Laintulkinnan teoria, Juva 1989.

Alkio Mikko – Wik Christian: Kilpailuoikeus, Helsinki 2009.

Bovis Christopher: Public Procurement in the European Union, a Critical Analysis of the New Regime. Legal Issues of Economic Integration. Vol. 33, N:o 1. S. 31 2006.

Eskola Saira – Ruohoniemi Erko: Julkiset hankinnat, Juva 2007.

Hemmo Mika: Sopimusoikeus I, Helsinki 1997.

Hyvärinen Olli – Lith Pekka: Kilpailuttamisen laajuus ja taustatekijät Suomen kunnissa, Vammala 2008.

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

Kalima Kai: Havaintoja uusien hankintalakien lastentaudeista, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2006, Helsinki 2007, s. 195 – 200.

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

Kontuniemi Eija: Julkisten hankintojen direktiivi uudistus – viranomaisten hankintoja koskevan direktiivin keskeinen sisältö, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2004, Helsinki 2005, s. 101 – 111.

Koskinen Seppo – Kulla Heikki: Virkamiesoikeuden perusteet, Helsinki 2009.

Kunta-alan ammattiliitto KTV ry:n kilpailuttamistyöryhmä: Kilpailulle luotava pelisäännöt, 1995.

Kuoppamäki Petri: Kilpailuoikeuden perusteet, Vantaa 2000.

Kuoppamäki Petri: Uusi Kilpailuoikeus, Vantaa 2006.

Kuusniemi-Laine Anna – Takala Pilvi: Julkiset hankinnat käsikirja, Helsinki 2008.

Kähkönen Liisa – Volk Raija: Kuntien vanhuspalvelujen kilpailuttamiskokemuksia, Vammala 2008.

Lee, Philip: Implications of the Lianakis decision, julkaistu: Public Procurement Law Review 2010/2.

Lievonen Kirsi-Marja: Kuntien hankinnat ja uudet palveluntuottajat, Turku 1997.

Lindfors Teemu S.: Kirja-arvostelu Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt: teoksessa Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2007, Helsinki 2008, s. 361 – 365.

Lindfors Teemu S.: EY-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen sääntelyn tulkinnassa, Lakimies 1/2005 s. 23 – 48.

Lukkarinen Sami: Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa, Helsinki 2007.

Miettinen Tarmo – Muukkonen Matti: Perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteet ja kunnallinen virantäyttö, Lakimies 2006, s. 511 – 535.

Modeen Tore: Om beaktande av skicklighet vid befordran till statstjänst – bidrag till tolkningen av RF 86 §. Juhlajulkaisu Olavi Rytkölä. Turku 1984, s. 13 – 21.

Narikka Jouko: Sosiaali- ja terveystalvelujen järjestäminen ja hankinta, Tallinna 2008.

Pekkala Elise: Hankintojen kilpailuttaminen, Jyväskylä 2007.

Pekkala Elise – Pohjonen Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot, Latvia 2010.

Pohjonen Mika: Korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaista oikeuskäytäntöä julkisissa hankinnoissa, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2005, Helsinki 2006, s. 271 – 287.

Pohjonen Mika: Julkisia hankintoja koskevaa oikeuskäytäntöä, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2007, Helsinki 2008, s. 345 – 353.

Pohjonen Mika: Markkinaoikeuden ratkaisukäytäntöä, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2009, Vantaa 2010, s. 287 – 299.

Pöykkylä Panu: Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa, Edilex 2010/34.

Salminen Ari – Niskanen Jouni: Markkinoiden ehdoilla? Arvioita markkinaohjautuvuudesta julkisessa sektorissa, Helsinki 1996.

Treumer Steen: The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law – a rule without exception? Julkaistu: Public Procurement Law Review 2009/3.

Vedenkannas Matti: Kumppanuus ja julkiset hankinnat, Lakimies 2/2008, s. 212 – 229.

Virtanen Pertti: Suomen hankintalainsäädäntö, teoksessa: Aalto-Setälä Ilkka – Aine Antti – Lehto Petri – Parikka Julius – Petäjaniemi – Björklund Anne – Stenborg Markku

– Virtanen Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, Tallinna 2008, s. 529 – 819.

Virtanen Pertti: Havaintoja markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännöstä, teoksessa: Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2006, Helsinki 2007, s. 203 – 234.

## **VIRALLISLÄHTEET**

Ammattipätevyyden tunnustamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/36/EY.

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

HE 22/2007 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain muuttamisesta.

HE 26/2007 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ammattipätevyyden tunnustamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 125/2009 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntajakolaiksi

Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: Tulevaisuuden kysymyksiä (16/12/96).

Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY.

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY.

KOM(1998) 143 lopullinen: Julkiset hankinnat Euroopan unionissa.

KOM(2011) 15 lopullinen: Euroopan komission vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta: Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita

## **INTERNETLÄHTEET**

Kynnysarvot, Työ- ja elinkeinoministeriö

<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>, <http://www.tem.fi>: Julkiset hankinnat > Kynnysarvot (16.2.2011).

## **OIKEUSTAPAUKSET**

### **Korkein hallinto-oikeus**

KHO:2003:89

KHO 12.12.2003 t. 3202

KHO 6.10.2004 t. 2514

KHO:2005:78

KHO 16.2.2005 t. 322

KHO 21.3.2006 t. 652

KHO 21.3.2006 t. 662

KHO 10.4.2008 t. 764

### **Markkinaoikeus**

MAO 45/04, 12.3.2004, 204/03/JH

MAO 92/04, 10.5.2004, 26/04/JH

MAO 180/04, 15.9.2004, 82/04/JH

MAO 33/05, 10.2.2005, 244/04/JH



MAO 85/05, 15.4.2005, 287/04/JH  
MAO 210/05, 9.9.2005, 13/05/JH  
MAO 278/05, 14.12.2005, 160/05/JH  
MAO 17/06, 20.1.2006, 21/05/JH  
MAO 30/06, 3.2.2006, 69/04/JH  
MAO 108/06, 31.5.2006, 140/05/JH  
MAO 83- 84/07, 8.3.2007, 422/05/JH, 424/05/JH  
MAO 183/08, 07.05.2008, 387/07/JH  
MAO 300/08, 1.7.2008, 6/07/JH  
MAO 76/09, 11.2.2009, 212/07/JH  
MAO 84/09, 16.2.2009, 362/07/JH  
MAO 232/09, 22.5.2009, 324/08/JH  
MAO 331/09, 30.6.2009, 412/07/JH  
MAO 481/09, 8.10.2009, 134/09/JH  
MAO 492/09, 15.10.2009, 341/08/JH  
MAO 542/09, 6.11.2009, 93/09/JH  
MAO 607/09, 1.12.2009, 54/09/JH  
MAO 625/09, 15.12.2009, 424/08/JH

### **Euroopan yhteisöjen tuomioistuin**

C-76/81, Transporoute.

C-31/87, Beentjes (Kok. Ep. 1988, s. 4635).

C-324/93, Evans Medical ja Macfarlan Smith (Kok. 1995, s. I-563).

C-324/98 (Telaustria Verlags GmbH ym, Kok. 2000, s. I-10745).

C-19/00, SIAC Construction (Kok. 2001, s. I-7725).

C- 513/99, Concordia Bus Finland (Kok. 2002, s. I-7213).

C-315/01, Geschellshaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) (Kok. 2003, s. I-6351).

C-410/04 (ANAV, kok. 2006, s. I-3303).

C-532/06, Lianakis (Kok. 2008, s. I-251).

C-199/07 komissio v. Kreikka tuomio 12.11.2009

**Ensimmäisen asteen tuomioistuin**

T-4/01, Renco (Kok. 2003, s. II-171).

T-211/07, AWWW (Kok. 2008, s. II-106).

## LYHENNELUETTELO

CPV	Common Procurement Vocabulary
ETA	Euroopan talousalue
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EU-hankinnat	Euroopan kynnysarvon ylittävät hankinnat
EY	Euroopan yhteisö
GAT	Gesellschaft für Antriebstechnik
GPA	Government Procurement Agreement
HE	Hallituksen esitys
Hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista (348/2007)
JHTT- tilintarkastaja	Julkishallinnon ja –talouden tilintarkastajat
kansalliset hankinnat	kansallisen kynnysarvon ylittävät hankinnat
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KTV	Kunta-alan ammattiliitto
MAO	Markkinaoikeus

RALA

Rakentamisen laatu

WTO

World Trade Organization = Maailman  
kauppajärjestö

# 1 JOHDANTO

## 1.1 LAADULLISTEN KRITEERIEN TAUSTA

### 1.1.1 Historia

Julkiset hankinnat ovat Suomessa uusi, mutta tällä hetkellä erittäin ajankohtainen aihe. Julkisilla hankinnoilla on eurooppalainen tausta, koska julkisia hankintoja koskevat perimmäiset oikeusperiaatteet pohjautuvat jo Euroopan yhteisön perustamisasiakirjaan, Rooman sopimukseen vuodelta 1957, johon oli kirjattu tavaroiden vapaan liikkumisen periaate. Tästä lähtien julkisia hankintoja on kehitelty yhä enemmän. Ensimmäiset Euroopan talousyhteisön (ETY) julkisia hankintoja koskevat määräykset ovat peräisin 1970-luvulta. Tuolloin julkisia hankintoja ei kilpailutettu lainkaan ja jäsenmaat suosivat oman maansa yrityksiä julkisilla tuilla.<sup>1</sup> Silloisen kansallisen hankinta-asetuksen (1070/1979) 2 §:n mukaan valtion hankinnoissa oli otettava huomioon kotimaisen tuotannon edistäminen ja kotimaisen työvoiman käyttö. Kotimaista tuotantoa tuettiin joko puhtaasti kauppapoliittisista syistä, tiettyjen tuotannonalojen tai alueiden kehittämiseksi tai työllisyyden parantamiseksi<sup>2</sup>. Kilpailun puute nosti julkisten hankintojen hintoja, laatu ei ollut parasta mahdollista eikä vaihtoehtoisia tuotteita tai palveluja ollut tarjolla<sup>3</sup>. Innovatiivisuutta ei ollut ja hankinnan kohteita ei kannustettu kehittämään.

1980-luvulta lähtien hankintamarkkinoita avattiin Euroopan laajuisten sisämarkkinoiden toteuttamiseksi, eli Euroopan kilpailukyvyn lisäämiseen. Alkuisyys tähän kehitykseen tuli erityisesti Yhdysvalloista ja Japanista, joiden voimakas talouskasvu näytti silloisen Euroopan yhteisön (EY<sup>4</sup>) jäsenmaille, etteivät kansalliset toimet enää riitä ratkaisuksi kansainvälisiin kilpailukykyongelmiin.<sup>5</sup> Euroopan maat ymmärsivät, että yhteistyö ja yhteneväiset pelisäännöt ovat tulevaisuuden suunta.

---

<sup>1</sup> Hyvärinen – Lith 2008, s. 18.

<sup>2</sup> Lievonen 1997, s. 13.

<sup>3</sup> Pekkala 2007, s. 28.

<sup>4</sup> Nykyinen Euroopan unioni, EU.

<sup>5</sup> Hyvärinen – Lith 2008, s. 18.

Hankintojen direktiiviuudistus toteutettiin vuonna 1992 osana suurta lainsäädäntöohjelmaa, joka kattoi kaikki keskeiset tavaroiden, palvelujen, pääomien ja työvoiman vapaaseen liikkuvuuteen liittyvät yhteisöoikeuden asiat<sup>6</sup>. Julkisista hankinnoista annettu laki (1505/1992) tuli voimaan 1.1.1994 Suomen liittyessä Euroopan talousalueesta tehtyyn sopimukseen (ETA-sopimus)<sup>7</sup>. Kilpailuttaminen säädettiin pakolliseksi juuri vuonna 1994 lailla julkisista hankinnoista<sup>8</sup>. Suomen liittyttyä EU:n täysivaltaiseksi jäseneksi 1.1.1995 Suomen julkisia hankintoja koskeva keskeinen säännöstö yhdenmukaistettiin EU:n jäsenmaiden säännösten kanssa.

Julkisten hankintojen kilpailuttaminen on avattu myös Maailman kauppajärjestön (WTO) julkisia hankintoja koskevan Government Procurement Agreement – sopimuksen (niin sanottu GPA- sopimus) osapuolten kesken. Voimassaoleva sopimus astui voimaan 1.1.1996 Uruguayneuvottelukierroksen jälkeen. Sopimus koskee valtion keskus- ja aluehallinnon viranomaisten sekä kuntien tavara- ja palveluhankintojen ja rakennusurakoiden kilpailuttamista ja takaa sopijamaiden yrityksille tasapuoliset mahdollisuudet osallistua sopimuksen piiriin kuuluviin tarjouskilpailuihin. Sopimukseen ovat EU:n lisäksi liittyneet Kanada, Yhdysvallat, Kiina, Hong Kong, Japani, Sveitsi, Norja, Islanti, Israel, Korea, Liechtenstein, Aruba ja Singapore. Sopimuksessa on määräyksiä kilpailuttamisvelvoitteesta, kilpailuttamisen menettelytavoista, määräajoista sekä hankinnan kohteen määrittelyssä käytettävistä eritelmistä. Sopimuksessa on määräyksiä myös riitojen ratkaisusta sekä sopimusten tarkastelusta. Euroopan unionin julkisten hankintojen direktiivit ovat GPA- sopimuksen mukaisia.<sup>9</sup> Täten voimassa olevan hankintalain taustalla on Euroopan unionin perustamissopimukseen pohjautuvien oikeudellisten perusperiaatteiden ja direktiivien lisäksi Maailman Kauppajärjestön julkisten hankintojen GPA-sopimus<sup>10</sup>.

En tutki tässä tutkielmassani sen kummemmin yleisesti julkisia hankintoja vaan keskityn sen laadullisiin kriteereihin, tarkemmin sanottuna tarjoajien ominaisuuksiin vertailuperusteena. Vanhan hankintalain (1505/1992) 7 §:n mukaan hankinta on tehtävä mah-

---

<sup>6</sup> Hyvärinen – Lith 2008, s. 19.

<sup>7</sup> HE 50/2006 vp, s. 6.

<sup>8</sup> Salminen – Niskanen 1996, s. 55 – 57.

<sup>9</sup> HE 50/2006 vp, s. 7.

<sup>10</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 1.

dollisimman edullisesti. Voimassa olevassa laissa tarjouksista tulee hyväksyä se, joka on hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin. Vuonna 2007 voimaantullut laki kokosi yhteen julkisia hankintoja koskevia säännöksiä, sillä 1990-luvulla annettiin paljon erillisiä asetuksia julkisiin hankintoihin liittyen, esimerkiksi vuonna 1994 annettiin asetus hankinnoista, joihin ei sovelleta lakia julkisista hankinnoista sekä vuonna 1993 annettiin asetus valtion hankinnoista. Laadun sisältöä muotoiltiin lakien ja asetusten säännöksissä 1990-luvulla vuosien saatossa vähän kerrallaan.

Euroopan komissio on esittänyt tiedonannossaan Vihreä kirja: Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: Tulevaisuuden kysymyksiä (16/12/96) sekä tiedonannossaan Julkiset hankinnat Euroopan unionissa (KOM(1998) 143 lopullinen) unionin julkisten hankintojen lainsäädännön soveltamiseen liittyviä näkemyksiään.<sup>11</sup> Euroopan unionin laajuisesti julkisten hankintojen järjestämisen tavoitteet listattiin komission vuonna 1996 julkaisemaan vihreään kirjaan<sup>12</sup>. Tiedonannossaan vuonna 1998 komissio tunnusti tarpeen muuttaa ja yksinkertaistaa oikeudellista kehystä, huomioida tekninen ja taloudellinen kehitys sekä sisällyttää direktiiviin joustavampia menettelytapoja. Lainsäädäntömuutosten lisäksi tiedonannossa korostettiin tarvetta myös muihin toimenpiteisiin markkinoille pääsyn parantamiseksi, kuten hankintatoimeen liittyvään koulutukseen, hankintamahdollisuuksista tiedottamisen tehostamiseen sekä pienten ja keskisuurten yritysten aseman parantamiseen liittyviin toimiin.<sup>13</sup> Vihreän kirjan ja siitä saatujen kannanottojen perusteella EU:n komissio ryhtyi toimenpiteisiin hankintadirektiivien uudistamiseksi<sup>14</sup>. Vuoden 2004 direktiiviuudistuksen myötä kansallinen hankintalakimme uudistui vuonna 2007.

Hankintalaki astui voimaan 1.6.2007. Taustalla on julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, myöhemmin hankintadirektiivi. Hankintadirektiivi pantiin Suomessa täytäntöön julkisista hankinnoista annetulla lailla. Hallituksen esityksen mukaan tavoitteena on hankintadirektiivien tavoitteiden mukaisesti nykyaikaistaa, yksinkertaistaa ja joustavoittaa julkisia hankinto-

---

<sup>11</sup> HE 50/2006 vp, s. 12.

<sup>12</sup> Kalima 2007, s. 3.

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

<sup>14</sup> Bovis 2006, s. 31.

ja koskevaa oikeudellista kehystä<sup>15</sup>. Uuden kansallisen hankintalain säännöksistä arviolta jopa noin 80 prosenttia perustuu direktiiviin<sup>16</sup>.

Vaikka direktiiviudistuksella toteutettiin merkittäviä muutoksia julkisten hankintojen aiempaan sääntelyyn, hankintadirektiivin tavoitteet ja peruseriaatteet pysyivät ennallaan. Direktiivissä ei nimenomaisesti tuoda esille julkisten hankintojen taloudellisuuteen liittyviä tavoitteita, vaan direktiivin keskeisenä sisältönä on hankintamenettelyn syrjäyttämään ja avoimeen toteuttamiseen liittyvä sääntely. Suomen, ja myös useiden muiden jäsenvaltioiden, kansallisen hankintalainsäädännön yhtenä merkittävänä kirjattuna tavoitteena on kuitenkin ollut myös kilpailuttamisella julkisten varojen käytölle tavoiteltavat kustannussäästö- ja tehokkuusnäkökohdat.<sup>17</sup>

Ennen 1.3.1998 voimaan tullutta Suomen kansallista lain muutosta valintaperusteiden järjestys oli toinen kuin tällä hetkellä. Tuolloin korostettiin ensisijaisesti hankintahinnan halpuutta. Hankintalain (1247/1997) mukaan ”Hankinta on tehtävä mahdollisimman edullisesti. Tarjouksista tulee hyväksyä se, joka on kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin.” Vuoden 2007 hankintalaissa kokonaistaloudellinen edullisuus on lopullisesti nostettu keskeisimmäksi valintaperusteeksi. Niinpä käytännössä tällä hetkellä suurin osa hankinnoista päätetään tällä perusteella.<sup>18</sup>

Voimassa olevan hankintalain hallituksen esityksen mukaan julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä siten, että käytettävissä olevilla rajallisilla resursseilla pystytään hankkimaan laadultaan parhaita tuotteita ja palveluja. Samalla avattiin julkisten hankintojen markkinat koko yhteisön alueella muista jäsenvaltioista tulevalle kilpailulle. Tavoitteena oli lisäksi julkisten palveluiden tehostaminen ja laadun parantaminen sekä talouden kasvun, kilpailukyvyn ja työllisyyden edistäminen.<sup>19</sup> Nykyään julkisten hankintojen sääntely perustuu liberalismiksi luonnehdittavalle talousideologialle. Perusajatuksena julkisten hankintojen sääntelyssä ja sen hankintayksiköille asettamassa kilpailuttamisvelvollisuudessa on hankintojen tekeminen puhtaasti

---

<sup>15</sup> HE 50/2006 vp, s. 25.

<sup>16</sup> Kontuniemi 2005, s. 110.

<sup>17</sup> Kontuniemi 2005, s. 103.

<sup>18</sup> Kalima 2007, s. 203.

<sup>19</sup> HE 50/2006 vp, s. 6.



taloudellisista ja laadullisista näkökulmista. Näin ollen tarjouksen valintaperusteena huomioon ei oteta protektionistisia tai muita itse hankittavaan tavaraan tai palveluun liittymättömiä tekijöitä.<sup>20</sup>

Kuten aiemmin todettiin, hankintojen kilpailuttamista on kehitelty 1950-luvulta lähtien. Tosin kokonaistaloudellista edullisuutta ja laatua on alettu korostamaan vasta 1990-luvun lopulla. Hankinnoissa laatu on siis verraten uusi aihe. Kansallisessa lainsäädännössämme laatua on painotettu kunnolla vasta vuonna 2007 voimaan tulleessa laissa.

### **1.1.2 Yhteiskunnallinen tausta**

Yhteiskunnallinen tilanne vaikuttaa luonnollisesti lainsäädännön kehitykseen. Aiemmin esille tullessiin ongelmakohtiin on puututtu nykyisessä hankintalaissa. Markkinaoikeuden ratkaisut ovat ohjanneet lainsäädännön kehitystä. Ennen nykyistä hankintalakia markkinaoikeuden ratkaisuilla oli tärkeä merkitys, koska laki ei sisältänyt yksityiskohtaisia säännöksiä.

Julkisten hankintojen kehittämisen ja käyttöönoton taustalla piilee muutakin kuin vain eurooppalainen trendi. Julkisia hankintoja ovat ohjanneet erityisesti yhteiskunnasta tulleet tarpeet. Ikääntymisen seurauksia ovat terveydenhuollon ja vanhustalouden tarpeiden kasvu ja suuri eläkepoistuma. Kun tämä yhdistetään kuntatalouden tiukkoihin budjettikehyksiin, se on luonut paineita niin julkisen talouden kantokyvyille kuin henkilöstön saatavuudelle. Jotta kasvavat hyvinvointipalvelujen menot pystytään rahoittamaan, on tuotettava enemmän palveluita pienemmällä työpanoksella. Tässä toimintatilanteessa yhtenä keskeisenä ratkaisuna julkisten palveluiden kehittämisessä on kilpailun ja yksityisen palvelutuotannon lisääminen julkisen sektorin palvelujen tuottamisessa. Kunnissa tapahtuvaan palvelutuotantoon saadaan mahdollisesti lisää tehokkuutta, kun yhdistetään julkisia ja yksityisiä voimavaroja.<sup>21</sup>

Nykyisessä yksityiskohtaisessa hankintalaissa on haluttu säädellä tarkasti, miten julkisten hankintojen kilpailuttaminen toteutetaan, vaikkakin laki antaa hankintayksiköille

---

<sup>20</sup> Lindfors 2008, s. 362.

<sup>21</sup> Hyvärinen – Lith 2008, s. 9.

laajan valinnanvapauden hankinnan toteuttamisen suhteen. Markkinaoikeuteen (MAO) on tullut paljon tapauksia, joissa on kyse tarjouspyynnön puutteellisuudesta tai lain vastaisista perusteista, minkä mukaan tarjoaja on valittu. Nykyisen hankintalain valmisteluvaiheessa on todettu, että osaaminen hankintalainsäädännön menettelytapavelvoitteista vaihtelee suuresti<sup>22</sup>. Tosin nykyisen hankintalain voimaantulon jälkeen myös hankintaosaamisessa on havaittu puutteita, sillä MAO:n tapauksia on edelleen suhteellisen paljon. Markkinaoikeudessa on paljon samankaltaisia tapauksia johtuen muun muassa siitä, että markkinaoikeuteen voi valittaa helposti ilman mitään valituskynnystä.

Markkinaoikeuden oikeuskäytännössä kilpailuttamisosaamisen puutteellisuus on yksi keskeinen syy siihen, että tarjoajia ja ehdokkaita ei aina kohdella tarjousmenettelyssä tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Hajautetusta hankintatoimesta johtuva hankintoja tekevien henkilöiden sivutoimisuus ja kokemuksen puute on ilmennyt esimerkiksi tarjouspyyntöjen heikkona tasona. Tarjousvertailussa tarjoajan ja tarjouksen valintaperusteita ei ole eriytetty tai riittävästi yksilöity. Tarjousvertailussa ja hankintaprosessin eri vaiheissa on muutoinkin ollut puutteita.<sup>23</sup>

Tarjousmenettelyn kulkua pyritään kuvaamaan nykyisessä hankintalaissa aiempaa tarkemmin ottaen huomioon erityisesti oikeuskäytännön esille tuomia ongelmakohtia. Siten voimassa olevassa hankintalaissa säädetään aiempaa täsmällisemmin tarjouspyynnön sisältöön liittyvistä seikoista, ehdokkaiden ja tarjoajien kelpoisuuden arvioinnista, tarjousten valinnasta sekä hankintapäätöksen tekemisestä ja tiedottamisesta. Vanhassa hankintalainsäädännössä ei säädelty yksityiskohtaisesti esimerkiksi tarjoajien kelpoisuuden arvioinnin ja tarjousten valinnan sekä vertailussa käytettävien perusteiden erottamisesta toisistaan, vaikka Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa ja kansallisessa oikeuskäytännössä hankintamenettelyn vaihteellisuus tunnustettiin menettelyn läpinäkyvyyden vuoksi jo ennen nykyisen hankintalain voimaantuloa.<sup>24</sup> Hankintalailla voi olla nyt päinvastainen vaikutus, siten että lain tarkat säännökset nähdään liiankin vaikeina. Hankintalaissa ja erityisalojen hankintalaissa on yhteensä 151 §:ää eli kyse on laajasta lainsäädäntökokonaisuudesta. Uudet lait ovat mahdollisesti vaikeita ymmärtää ja ne

---

<sup>22</sup> HE 50/2006 vp, s. 35.

<sup>23</sup> HE 50/2006 vp, s. 13.

<sup>24</sup> HE 50/2006 vp, s. 30.

sisältävät tulkinnanvaraisia ja mutkikkaita säännöksiä.<sup>25</sup>

Lainsäädäntö on kehittyessään ottanut yhä enemmän huomioon laadullisia kriteereitä. Vuonna 2007 voimaan tullut nykyinen lainsäädäntö on taannut laadun huomioimisen julkisissa hankinnoissa usealla tavalla. Lainsäädäntö luettelee erilaisia keinoja, joilla laatua voidaan mitata, ja mitä todistuksia voidaan esittää laadun vakuuttamiseksi. Pätevyyden, kokemuksen ja ammattitaidon huomioiminen tunnustetaan nykyisessä lainsäädännössä. Lainsäädäntö säätelee myös erilaisia hankintamenettelyjä, jotka ottavat huomioon monimutkaiset hankinnat. Julkinen hankinta on muutakin kuin kilpailutus, sillä kilpailutustilanteessa voidaan kehittää hankinnan kohdetta.

Painopiste julkisissa hankinnoissa on hankintalain säätämisen jälkeen (1994) siirtynyt tavarahankinnoista palveluhankintoihin. Perinteisesti palveluhankintojen määrä on ollut suuri sellaisissa palveluissa, jotka eivät ole liittyneet välittömästi hankintayksikön ydintoimintoihin tai jotka edellyttävät erityistä ammattitaitoa. Tällaisia palveluja ovat esimerkiksi tietokone- ja tietojenkäsittelypalvelut, kiinteistöhoitopalvelut, koulutuspalvelut ja liikenteeseen liittyvät palvelut. Hankinnat ovat viime vuosina lisääntyneet muun muassa sosiaali- ja terveydenhuoltopalveluissa.<sup>26</sup>

On hyvä huomata, että myös muunlaisia järjestelyjä on olemassa kuin pelkkä kilpailuttaminen. Esimerkiksi erilaiset julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyö- ja kumppanuushankkeet ovat yleistyneet viime vuosina. Järjestelyjen sisältö vaihtelee rahoitus- ja omistusjärjestelyjä sisältävistä laajoista infrastruktuurihankkeista pieniin palvelukohdaisiin sopimuksiin. Järjestelyjen tavoitteena voi olla esimerkiksi monimutkaisen ja laajan hankkeen suunnittelu ja kehittäminen yhteistyössä yksityissektorin yrityksen kanssa, asiakaskohtaisen joustavuuden saavuttaminen palveluhankinnoissa taikka rakenteellisten yhteistyöjärjestelyjen toteuttaminen esimerkiksi julkisen ja yksityisen sektorin toimijoiden perustaman yhteisyrityksen muodossa. Yhteistyö- ja kumppanuussopimuksia ei ole erityisesti huomioitu unionin julkisten hankintojen lainsäädännössä. Hankintasopimukset kuuluvat lainsäädännön kilpailuttamisvelvoitteen alaan. On huomattava, että palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset ja rakenteelliset yhteistyöjärjestelyt ovat

---

<sup>25</sup> Kalima 2007, s. 195.

<sup>26</sup> HE 50/2006 vp, s. 14.

unionin julkisten hankintojen lainsäädännön soveltamisalan ulkopuolella. Näiden sopimusten tekemisessä on kuitenkin noudatettava unionin perustamissopimuksen periaatteita ja niistä oikeuskäytännössä johdettuja toimintavelvoitteita.<sup>27</sup>

## 1.2 TUTKIMUSKYSYMYKSET

Tutkin pro gradu- tutkielmassani tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena julkisissa palveluhankinnoissa. Aihe on erittäin mielenkiintoinen, koska tutkimani säännös on rajattu tiettyihin tapauksiin ja on tulkinnanvarainen. Tutkin hankintalain 72.1 §:ää, jonka mukaan ”*palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*”. Tutkielmassani pohdin kyseiseen säännökseen liittyviä seuraavia kysymyksiä:

1. Minkälaisissa hankinnoissa ja millä kriteereillä kyseistä säännöstä voidaan soveltaa?
2. Mitä kyseinen säännös tarkoittaa ja pitää sisällään?
3. Mitä selvityksiä voidaan pyytää tarjoajien ominaisuuksien arviointia varten?
4. Voidaanko kyseistä kansallista säännöstä soveltaa EU-hankinnoissa?

Kyseisen hankintalain säännöksen sisältöä ei ole kukaan tarkasti määritellyt. Hallituksen esitykseen on esimerkinomaisesti kirjattu, millaisiin tapauksiin kyseinen säännös soveltuu. Markkinaoikeudessa on muutamia oikeustapauksia, joissa kyseistä säännöstä on sovellettu. Hankintalain 72.1 §:ään soveltuvat luonnollisesti samat kriteerit, joita sovelletaan muihin vertailuperusteisiin kuin tarjoajien ominaisuuksiin, mutta näiden edellytysten lisäksi käytettäessä vertailuperusteena tarjoajien ominaisuuksia on otettava tietyt muut seikat huomioon.

---

<sup>27</sup> HE 50/2006 vp, s. 17 – 18.

Todellista epäselvyyttä on siinä, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena vain kansallisissa hankinnoissa vai voiko säännöstä soveltaa myös EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Säännös on kirjattu vain kansallisen menettelyn osioon. Hankintalain hallituksen esityksen mukaan EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tarjoajien ominaisuuksia ei voida arvioida vertailuperusteena. Muun muassa Euroopan unionin ja markkinaoikeuden oikeuskäytännössä sekä oikeuskirjallisuudessa ilmenee tästä poikkeavia näkemyksiä.

Laadun mittaaminen ja varmistaminen sekä hinta/laatu -suhteeltaan parhaimman tarjouksen valinta on monesti ongelmallista. Hankintalaissa ei suoraan määritellä, mitä arviointikriteerejä tulisi käyttää, eikä myöskään sitä, mitä tietoja tarjouksissa tulisi antaa, jotta vertailu olisi mahdollista<sup>28</sup>. Tämä olisi käytännössä mahdotonta, koska hankinnat vaihtelevat laidasta laitaan. Tarjoajien ja tarjousten vertailuun liittyvät seikat ovat olleet yleisin hankintalainsäädännön oikeussuojakeinojen käytön syy<sup>29</sup>.

Julkisten hankintojen kansantaloudellinen merkitys on suuri. Suomessa julkisiin hankintoihin käytetään vuosittain yli 20 miljardia euroa. Hankintasäätely on puolestaan varsin seikkaperäistä; uudessa hankintalaissa on 87 pykälää, erityisalojen hankintalaissa pykälää on 64. Nämä huomiot kertovat muun ohella hankintalakia koskevan oikeustieteellisen tutkimuksen tarpeesta ja merkityksestä.<sup>30</sup> Muotovaatimukset hankintojen kilpailuttamisesta, tarjouskilpailuiden ilmoittamisesta julkisesti, tarjousten muuttamista koskevasta kiellosta, tarjouspyyntöä vastaamattomien tarjousten hylkäämisestä ja tarjousten vertailuperusteiden nimenomaisesta ilmoittamisesta ovat hyvin tarkat. Hankintayksikön ja tarjoajan kannalta tärkein vaihe julkisissa hankinnoissa eli tarjousten vertailu ja tarjouskilpailun ratkaisu on sitä vastoin suhteellisen vapaamuotoista ja joustavaa.<sup>31</sup>

Jotta tarjoajia tullaan kohtelemaan samalla tavalla ja syrjimättömästi, hankintayksikön on kiinnitettävä erityistä huomiota tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen sisältöön, joka tulee määrittelemään millä kriteereillä valinta tehdään hankintakilpailutuksessa. Toinen oleellinen kysymys on, miten tarjouspyyntö tulee muotoilla, jotta hankintayksi-

---

<sup>28</sup> Virtanen 2008, s. 688.

<sup>29</sup> Lukkarinen 2007, s. 162.

<sup>30</sup> Lindfors 2008, s. 361.

<sup>31</sup> Pohjonen 2008, s. 352.

kön kannalta sopivin tarjoaja tulee valituksi. Laadun kehittäminen on täysin hankintayksikön vastuulla ja tarjouspyynnön sisältö määrää keskeisesti, miten laatu otetaan selville. Laadun mittaaminen palveluhankinnoissa on vaativampaa kuin tavarahankinnoissa, koska tavaroiden ominaisuudet ovat mitattavissa paljon helpommin kuin palveluiden laatu.

Rajaan tutkielmani koskemaan palveluhankintoja, koska tarjoajien ominaisuuksia voidaan käyttää vertailuperusteena vain palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa, ei tavarahankinnoissa. Julkisia hankintoja on hankintalain 5 §:n mukaan palveluhankintojen lisäksi tavarahankinnat, palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset, rakennusurakat ja käyttöoikeusurakat sekä suunnitelman hankkiminen suunnittelukilpailulla. Hankintalaissa on määritelty kilpailuttamisvelvoitteen ulkopuolelle tietyt hankinnat, mutta en tutki pro gradussani yksityiskohtaisesti, mitkä palvelut kuuluvat julkisiin hankintoihin, vaan käsittelen yleisesti palveluhankintoja. Tiettyä hankintakohtetta ei minun kannata valita, koska silloin minun tulisi olla tietyn alan asiantuntija myös hankinnan kohteessa. Näin ollen jätän rakennusurakat tutkielmani ulkopuolelle. Toisaalta palveluhankintoihin kuuluvat säännökset soveltuvat yhtä lailla rakennusurakoihin, joten en näe tarpeelliseksi erotella rakennusurakoita erikseen. Lisäksi rakennusurakoihin liittyy paljon muutakin lainsäädäntöä, joka olisi otettava mukaan tutkielmaan, mikäli en rajaa rakennusurakoita tutkielmani ulkopuolelle. Laadullisina kriteereinä en tutki myöskään ympäristönäkökohtia, koska se on oma tutkimusalueensa.

Johdannossa esittelen julkisten hankintojen kehityksen laatua silmällä pitäen, yhteiskunnallisen taustan, joka on aiheuttanut laadun korostamisen julkisissa hankinnoissa, tutkimuskysymyksen, metodin ja aiemman tutkimuksen. Julkisten hankintojen nykyinen sääntely pohjautuu yksityiskohtaiseen hankintalakiin ja hankintojen oikeuskehys on hyvin monimutkainen, minkä vuoksi kokosin toiseen lukuun hankintojen määritelmät. Käsitteiden määrittely on hyvin tärkeää julkisten hankintojen kokonaisuuden ymmärtämisen kannalta. Kolmas luku käsittelee tarjoajien ominaisuuksien arviointia. Tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida sekä kelpoisuusehtona että vertailuperusteena. Kyseisessä luvussa käyn muun muassa läpi kaksivaiheisen menettelyn, selvitykset ja hankinnoissa käytettävät periaatteet. Luvussa tulee tutuksi kelpoisuusehtojen ja vertailuperus-

teiden eroavaisuudet. Tutkimaani hankintalain 72.1 §:ää käytetään yleensä sellaisissa tilanteissa, joissa halutaan laadukkaita hankintoja ja arvioidaan tarjoajien ominaisuuksia. Ymmärtämättä kelpoisuusehtoja hankintojen kokonaisuuden ymmärtäminen on vaikeaa. Neljännessä luvussa käsittelem tarkemmin tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena ja tulkitsem hankintalain 72.1 §:n sisältöä. Viidennessä luvussa kokoan johtopäätökset.

### 1.3 METODI

Pro gradu- tutkielmassani metodina on lainoppi eli oikeusdogmatiikka, koska tulkitsem voimassa olevan oikeuden sisältöä. Lainoppi sisältää oikeussäännön sisällön selvittämisen ja systematisoinnin<sup>32</sup>. Lainsäädäntö, lain esityöt ja oikeuskirjallisuus ovat luonnollisesti tutkimukseni lähteinä. Lisäksi tutkin tutkielmassani erityisesti KHO:n ja MAO:n ratkaisuja tulkitakseni hankintalainsäädännön soveltamista ja näin avaan säännösten sisältöä. Toisaalta Euroopan unionin oikeuskäytännöstä löytyy useampia ratkaisuja siitä, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena EU-kynnysarvon ylittämissä hankinnoissa.

Lainsäädäntö antaa lähtökohdan laadullisten kriteerien tutkimiselle julkisissa hankinnoissa. Hallituksen esitys avaa laajemmin lain tarkoitusta. Hankintalaki on ollut voimassa vasta lähes neljä vuotta, mutta oikeuskäytäntöä löytyy tähän suhteutettuna melko paljon. Kuitenkin vanhan lain aikaiset oikeustapaukset ovat yhtä lailla analysoitavissa tutkimuksessani, koska oikeus ei ole oleellisilta osin muuttunut vaan oikeustilaa on ennemminkin selvennetty. Verrattuna siihen kuinka vähän aikaa hankintalaki on ollut voimassa, on oikeuskirjallisuutta kirjoitettu varsin paljon, koska hankintalain osaamisen ongelmat on tunnustettu yleisesti.

Euroopan unionin jäsenenä Suomessa sovellettavien oikeussääntöjen joukko muodostuu sekä Euroopan unionin oikeussäännöistä että Suomessa kansallisesti voimaansaattetuista oikeussäännöistä. Unionin oikeussäännöt muodostuvat paitsi perustamissopimusten artikloista myös asetusten ja direktiivien säännöistä sekä EU:n toimielimien päätöksistä

---

<sup>32</sup> Aarnio 1989, s. 57.

ja tuomioistuimen ratkaisuksista.

## 1.4 AIEMPI TUTKIMUS

Nykyisen hankintalain voimaan astumisen jälkeen uudesta hankintalaista on kirjoitettu melko paljon oikeuskirjallisuutta avaamaan vaikeasti tulkittavia säännöksiä. Edilexissä ([www.edilex.fi](http://www.edilex.fi)) on julkaistu vuodesta 2009 lähtien asiantuntijakirjoituksia julkisiin hankintoihin liittyen helpottamaan hankintoihin liittyviä käytännön ongelmia. Toisaalta suoraan tutkimaan aiheeseen eli tarjoajien ominaisuuksiin vertailuperusteena ei ole kukaan syvällisesti perehtynyt. Alan teoksissa on korkeintaan muutamalla lauseella kerrottu, mitä hankintalain 72.1 § tarkoittaa ja mikä tämän säännöksen soveltamisala on. Julkisista hankinnoista onkin oikeastaan kirjoitettu yleisteoksia tai alakohtaisia käytännön oppikirjoja. Julkiset hankinnat on myös monissa teoksissa otettu mukaan suuriin kilpailuoikeuden teoksiin, vaikka jotkut kirjoittajat kritisoivat tätä.

Hankintalain 72.1 §:n sisältöä ei ole kukaan tarkasti määritellyt. Hallituksen esitykseen on esimerkinomaisesti kirjattu, millaisiin oikeustapauksiin kyseinen säännös soveltuu. Markkinaoikeudessa on muutamia tapauksia, joissa kyseistä säännöstä on sovellettu. Oikeuskirjallisuudessa on todella vähän pohdittu säännöksen sisältöä. Oikeastaan ainoastaan Pöckylä on analysoinut kyseisen säännöksen ongelmakohtia artikkelissaan.

Kysymys siitä, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnoissa, on erittäin mielenkiintoinen, sillä oikeuskirjallisuudesta löytyy kantoja sekä puolesta että vastaan. Viime vuosina oikeuskäytännössä on todettu, että tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteena EU-hankinnoissa. Samoin Euroopan komissio on äskettäin vuoden 2011 alussa ottanut vihreässä kirjassa kantaa tähän asiaan.



## 2 MÄÄRITELMÄT

### 2.1 JULKINEN HANKINTA JA HANKINTAYKSIKKÖ

Vanhaan laki- ja asetustasoiseen sääntelyyn tehtiin merkittäviä rakenteellisia muutoksia, kun 2000-luvulla täytäntöön pantiin julkisten hankintojen direktiivejä. Hankintamenetelyä koskevat säännökset koottiin kahteen lakiin, joista toinen koskee viranomaisten hankintoja ja toinen vesi-, energia-, postialan ja liikenteen hankintoja. Vaikka kahdessa laissa olevat säännökset ovat samantyyppisiä ja jopa osittain identtisiä, merkittävään osaan säännöksistä sisältyy sisällöllisiä eroavaisuuksia.<sup>33</sup> Pro gradu keskittyy ensiksi mainittuun julkisista hankinnoista annettuun lakiin. Hankintalaissa hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolella olevien hankintojen, kuten kansallisten hankintojen sekä toissijaisten palveluhankintojen kilpailuttamismenettelystä säädetään omassa osassaan. Kuitenkin EU-kynnysarvon ylittävälle hankinnoille tarkoitettuja säännöksiä voidaan noudattaa kansallisissa hankinnoissa soveltuvin osin.<sup>34</sup>

Hankintalaki jakaantuu neljään osaan: ensimmäinen osa sisältää yhteiset säännökset lain periaatteista ja soveltamisalasta koskien sekä EU-kynnysarvot ylittäviä että alittavia hankintoja, toinen osa koskee vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja ja sisältää säännökset muun muassa hankintamenettelyistä, ilmoitusvelvoitteista, määräajoista, tarjouspyynnöstä ja tarjouksen valinnasta, kolmas osa sisältää muun muassa hankintamenettelyä koskevat säännökset pelkästään EU-kynnysarvot alittavista hankinnoista ja toissijaisista palveluhankinnoista sekä neljäs osa sisältää yhteiset säännökset hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen tekemisestä sekä oikeusturvakeinoista.<sup>35</sup> Hankintalain rakenne vaikuttaa myöhempiin tehtyihin tulkintoihin, joten hankintalain rakenteen kuvaus on tässä vaiheessa perusteltua.

Hankintalaissa erotetaan omaksi ryhmäkseen EU-kynnysarvon ylittävät tavarahankinnat, liitteen A mukaiset ensisijaiset palveluhankinnat, rakennusurakat sekä käyttöoikeusurakoita ja suunnittelukilpailuja koskevat säännökset, joita säännellään hankintalain

---

<sup>33</sup> HE 50/2006 vp, s. 26 – 27.

<sup>34</sup> HE 50/2006 vp, s. 27.

<sup>35</sup> HE 50/2006 vp, s. 27.

toisessa luvussa. Yksinkertaistaen kutsun tätä lukua *EU-hankinnoille* sovellettavaksi osioksi. Kolmannessa luvussa säännellään tarjousmenettelystä EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, hankintalain liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa sekä eräissä muissa hankinnoissa. Kolmatta lukua kutsun *kansallisille hankinnoille* sovellettavaksi osioksi.

Kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ei tarvitse soveltaa hankintalakia. Tällöin voidaan soveltaa organisaation sisäisiä ohjeistuksia. Hankintalain soveltamisen ulkopuolelle jäävät siis ne tavara- ja palveluhankinnat, joiden ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 30 000 euroa. Terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa (hankintalain liitteen B terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut ja koulutuspalvelut) raja on 100 000 euroa<sup>36</sup>, joiden alle jääviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia.

Jotta hankintalaki voisi edes tulla sovellettavaksi, on selvitettävä, liittyykö esillä oleva asia julkisiin hankintoihin vai ei. Ensin on selvitettävä, onko kyseessä hankintayksikkö vai ei. Tämän jälkeen on arvioitava, onko hankintayksikön menettely julkista hankintaa vai muuta hallintotoimintaa tai esimerkiksi sellainen yksityisoikeudellinen oikeustoimi, jota julkisia hankintoja koskevat säädökset eivät koske.<sup>37</sup>

Nykyisen lainsäädännön valossa *julkisilla hankinnoilla* tarkoitetaan tavaroiden ja palvelujen ostamista sekä rakennusurakoiden teettämistä julkisilla varoilla. Hankinnalla tarkoitetaan sellaisen kirjallisen hankintasopimuksen tekemistä, jossa ostajana on hankintayksikkö ja myyjänä yritys tai muu toimittaja. Lisäksi siinä sovitaan tavaroiden hankinnasta, palvelun suorittamisesta tai urakan teettämisestä taloudellista vastiketta vastaan. Julkiseksi hankinnaksi katsotaan niin sanotun kansallisen kynnysarvon ylittävä hankinta (1.6.2010 alkaen tavara- ja palveluhankinnoissa 30 000 euroa ja terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa 100 000 euroa<sup>38</sup>). EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa eli EU-hankinnoissa (tavara- ja palveluhankinnoissa 1.1.2010 alkaen valtion keskushallintoviranomaisen tehdessä hankinnan kynnysarvo on 125 000 euroa ja muilla hankintavi-

<sup>36</sup> Kynnysarvot on tarkistettu 16.2.2011 Työ- ja elinkeinoministeriön sivuilta: <http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>.

<sup>37</sup> Virtanen 2008, s. 545.

<sup>38</sup> Kynnysarvot on tarkistettu 16.2.2011 Työ- ja elinkeinoministeriön sivuilta: <http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>.

ranomaisilla 193 000 euroa<sup>39)</sup> noudatetaan EU-direktiiveistä johtuvia yksityiskohtaisempia menettelyjä.<sup>40)</sup> Muun muassa rakennusurakoissa on omat kynnsarvonsa, joita en lähde käsittelemään tutkielmani rajaukseni vuoksi. Euroopan komissio tarkistaa kynnsarvot asetuksella kahden vuoden välein ja ne korvaavat tällöin aiemmat kynnsarvot<sup>41)</sup>. Kynnsarvon ylittymisen arvioinnissa käytetään hankintasopimuksen ennakoitua arvonlisäverotonta kokonaisarvoa<sup>42)</sup>.

Erityisesti on huomattava, että toissijaisiin palveluihin soveltuvat väljemmät menettelysäännöt hankinnan arvosta riippumatta. Toissijaisiin palveluihin sovelletaan siis aina kansallista menettelyä. Toissijaisia palveluhankintoja ovat hankintalain B-liitteen mukaan hotelli- ja ravintolapalvelut, rautatiekuljetuspalvelut, vesikuljetuspalvelut, tuki- ja avustavat kuljetuspalvelut, oikeudelliset palvelut, työnvälitys- ja henkilöstönhankintapalvelut, tutkinta- ja turvallisuuspalvelut, koulutuspalvelut ja ammatilliset koulutuspalvelut, terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut, virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut. Tällaisten hankintojen osalta EU:n laajuinen ilmoittaminen on katsottu tarpeettomaksi. Palvelun luonteen tarkastelua ei ole syytä jättää vain lain liitteiden A ja B mukaiselle tarkastelulle, vaan palvelun kuulumisen ensisijaisiin ja toissijaisiin palveluihin on varmistettava CPV- viitenumeroiden avulla.<sup>43)</sup> Tutkimani kansallinen säännös soveltuu siis kaikkiin toissijaisiin palveluihin. Näiden palveluiden suhteen halutaan nimenomaisesti joustavampia säännöksiä ja vähimmäisvaatimuksia ylempää laadun arviointimahdollisuutta. Jos EU-kynnsarvot ylittyvät toissijaisessa hankinnassa, on kuitenkin sovellettava EU-kynnsarvot ylittäviä hankintoja koskevia teknisiä eritelmiä ja jälkilmoitusvelvoitteita koskevia säännöksiä sekä 21 päivän odotusaikaa ennen hankintasopimuksen tekemistä<sup>44)</sup>.

Hankintalain 6 §:ssä on määritelty, mitä tarkoitetaan hankintayksiköllä. Tämän mukaan *hankintayksiköitä* ovat ensinnäkin valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset. Lain mukaisia valtion viranomaisia ovat muun muassa valtion keskus-, alue- ja paikallishal-

<sup>39)</sup> Kynnsarvot on tarkistettu 16.2.2011 Työ- ja elinkeinoministeriön sivuilta: <http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>.

<sup>40)</sup> Pekkala 2007, s. 23.

<sup>41)</sup> Virtanen 2008, s. 589.

<sup>42)</sup> HE 50/2006 vp, s. 66 – 67.

<sup>43)</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 39 – 40.

<sup>44)</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 40.

linnon viranomaiset. Lain soveltamisalaan kuuluisivat siten muun muassa ministeriöt, näiden alaiset virastot ja laitokset, aluehallintovirastot, työ- ja elinkeinokeskukset, eduskunta ja sen alainen hallinto sekä tuomioistuinlaitos. Kuntien viranomaisia ovat muun muassa kunnanvaltuustot, kunnanhallitukset, lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat. Lain tarkoittamia hankintayksiköitä ovat myös kuntayhtymät, kuten koulutuskuntayhtymät tai sairaanhoitopiirit. Kuntayhtymien mahdollisesti muodostamat toimielimet ovat myös laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä. Kuntien liikelaitokset ovat 1 momentin 1 kohdan mukaisia hankintayksiköitä, sillä ne kuuluvat välittömästi kuntien organisaatioon.<sup>45</sup>

Hankintalain 6 §:n 2 kohdan mukaan kirkon puolella hankintayksiköitä ovat evankelisluterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset. Kolmanneksi hankintayksiköitä ovat valtion liikelaitokset ja julkisoikeudelliset laitokset. Julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan missä tahansa juridisessa muodossa toimivaa oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu huolehtimaan yleisen edun mukaisista tarpeista, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta. Edellytyksenä lisäksi on, että 1 – 4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö pääasiallisesti rahoittaa laitosta tai, että laitos on 1 – 4 kohdassa tarkoitettun hankintayksikön valvonnassa taikka jonka johto-, valvonta- tai hallintoelimen jäsenistä edellä mainittu hankintayksikkö nimittää yli puolet. Julkisoikeudelliset laitokset voivat olla muodollisesti valtiosta tai kunnista irrallisia oikeushenkilöitä, kuten osakeyhtiöitä, yhdistyksiä tai säätiöitä, joihin valtio, kunta tai liikelaitos harjoittaa määräysvaltaa valvonnan tai rahoituksen suhteen.<sup>46</sup> Hankintalain tarkoittamia hankintayksiköitä ovat myös ne, jota edellä mainittu hankintayksikkö rahoittaa, valvoo tai nimeää yli puolet hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.

## 2.2 TOIMITTAJA, EHDOKAS JA TARJOAJA

Käsitteellä *toimittaja* tarkoitetaan taloudellista toimijaa, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita, palveluja taikka rakennustyötä tai -urakoita. Toimittaja voi olla luonnollinen henkilö tai yksityisellä tai julkisella sektorilla toimiva oikeushenkilö. Ehdokas, tarjoaja tai

<sup>45</sup> HE 50/2006 vp, s. 54.

<sup>46</sup> HE 50/2006 vp, s. 55.

toimittaja voi olla myös tällaisten tahojen yhdessä muodostama taho kuten hankintalain 61 §:ssä tarkoitettu ryhmittymä. *Ehdokkaalla* tarkoitetaan toimittajaa, joka on pyytänyt saada osallistua tarjouskilpailuun. Ehdokkaita ovat siten esimerkiksi sellaiset toimittajat, jotka ovat tehneet osallistumishakemuksen rajoitettuna menettelynä, neuvottelumenettelynä tai kilpailullisena neuvottelumenettelynä toteutettavaan tarjouskilpailuun. *Tarjoajalla* tarkoitetaan toimittajaa, joka on tehnyt tarjouksen eli esimerkiksi avoimessa menettelyssä tarjouksen jättänyt taho taikka rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä sekä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintayksikön valitsema taho, jolta on pyydetty ja joka on antanut tarjouksen.<sup>47</sup>

*Ryhmittymillä* tarkoitetaan toimittajien yhteistyötä hankintasopimuksen saamiseksi. Ryhmittymiä voidaan käyttää erityisesti suurissa, eri alojen ammattitaitoa tai resursseja edellyttävissä hankinnoissa, esimerkiksi isoissa rakennushankkeissa.<sup>48</sup>

## 2.3 HANKINTASOPIMUS

Hankintalain 5 §:n 1 kohdan mukaan *hankintasopimuksella* tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman tarjoajan välillä ja, jonka sisältönä on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Hankintasopimus on yleensä luonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus kahden erillisen oikeushenkilön välillä. Hankintasopimuksen pääasiallisena kohteena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.<sup>49</sup> Hankintalain 5 §:n kohdassa 4 määritellyllä *palveluhankintasopimuksella* tarkoitettaisiin sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen.

---

<sup>47</sup> HE 50/2006 vp, s. 52.

<sup>48</sup> HE 50/2006 vp, s. 104.

<sup>49</sup> HE 50/2006 vp, s. 50.

## 2.4 PALVELUHANKINTA

Palveluhankintasopimuksella tarkoitetaan hankintalain 5 §:n neljännen kohdan mukaan muuta kuin julkista rakennusurakkaa tai julkista tavarahankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen. *Palveluhankintasopimukseksi* katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo.

Hankintalain 8 §:ssä on mainittu erikseen palveluhankintoja koskevat poikkeukset soveltamisalasta. En yksilöi tutkielmassani eri palveluja, joten palveluiden määrittely ei ole tämän enempää tutkielmassani tarpeen. Muutoin tutkielmani eri kohdissa käyn läpi palveluhankintojen erityispiirteitä.

*Palveluhankintojen kilpailuttaminen* on luonteeltaan erilaista kuin tavarahankintojen tai rakennusurakoiden kilpailuttaminen. Palvelun laatuun liittyvien tekijöiden määrittäminen tarjouspyynnöissä on usein vaikeampaa kuin tavarahankinnoissa. Laatutekijöiden huomioiminen on vaativaa erityisesti sellaisissa palveluissa, jotka edellyttävät henkilökohtaista työsuoritusta. Ennen nykyisen hankintalain säätämistä sekä hankintayksiköt että yritykset ovat kokeneet hankintalain mukaisten hankintamenettelyjen soveltuvan huonosti palveluhankintojen kilpailuttamiseen ja menettelytapojen olevan eräiltä osin liian jäykkiä. Etenkin tutkimus- ja kehityspalvelujen sekä sosiaali- ja terveystieteiden palvelujen kilpailuttamiseen kaivattiin aiempaa joustavampia kilpailuttamismenettelyjä, mahdollisuuksia neuvotella hankinnan kohteesta ja ehdoista tarjoajien kanssa sekä arvioida erityisesti henkilökohtaista työsuoritusta edellyttävissä palveluhankinnoissa palvelun tuottamisesta vastaavien henkilöiden pätevyyttä koko hankintamenettelyn ajan.<sup>50</sup> Näihin epäkohtiin reagoitiin vahvasti nykyisessä hankintalaissa.

Helpointa on mitata laadun tuottamiseen tarvittavia resursseja, kuten henkilöstön määrää ja koulutusta tai tilojen kokoa ja varustusta. Jossain määrin voidaan mitata myös laatuun liittyviä prosesseja, kuten esimerkiksi sitä, kuinka nopeasti johonkin pyyntöön vastataan. Vaikeampaa on mitata esimerkiksi, kuinka asiakkaita kohdellaan. Laadun

---

<sup>50</sup> HE 50/2006 vp, s. 14 – 15.

tulosmittareina voidaan käyttää myös asiakaspalautetta. Luvanvaraisessa palvelutuotannossa aluehallintovirastot valvovat laatua ja asiakkailta on mahdollisuus tehdä kanteluja, mikä luo paineita myös palvelujen tuottajille luoda laadunseurantajärjestelmiä. Toisaalta epäonnistuneet kilpailutukset tai laatuongelmat joutuvat usein negatiivisen julkisuuden kohteiksi lehtien palstoille.<sup>51</sup>

Hankinnoissa on haasteena löytää nämä kriteerit, joilla saadaan tarpeita vastaava hankinta. Tavarahankinnoissa on helpompi määritellä, mitä haluaa, kun on kyse konkreettista tavaroista. Ennen hankintaa tiedetään, minkälaisia tavaroita ollaan haluamassa. Palveluhankinnat eroavat suuresti tavarahankinnoista. Palveluhankinnoissa nähdään hankinnan toteutuminen vasta palvelun tuottamisen jälkeen eli jälkikäteen, kun palvelu on tuotettu. Palvelua ja urakkaa hankittaessa ei voida luotettavasti arvioida itse hankittavaa tuotetta, vaan vain sen tuottajaa.<sup>52</sup>

## 2.5 HANKINTAMENETTELY

Hankintayksiköllä on tietty valinnanvapaus sen suhteen, mitä menettelyä hankinnoissa käytetään. Talousvaliokunta katsoi kannanotossaan lainvalmisteluvaiheessa, että uudet hankintamenettelyt antaisivat hankintayksiköille mahdollisuuden nykyistä paremmin ottaa huomioon erityisesti palveluhankintoihin liittyvät erityispiirteet. Hankintalain mukaan sekä kansallisissa hankinnoissa että EU-hankinnoissa avoin ja rajoitettu menettely ovat ensisijaisia vaihtoehtoja. Vain poikkeuksellisesti hankinta voidaan tehdä suorahankintana, kilpailullisena menettelynä tai neuvottelumenettelyä käyttäen. Uusina menettelytapoina lakiin on otettu säädökset kilpailullisesta neuvottelumenettelystä ja sähköisestä huutokaupasta sekä dynaamisista hankintajärjestelyistä<sup>53</sup>. Näitä käytetään poikkeustapauksissa laissa säädettyjen edellytysten täytyessä.

Hankintalain 5 §:n kohdassa 10 määritellyllä *avoimella menettelyllä* tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja jossa kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen. Hankintayksikkö voi määri-

<sup>51</sup> Kähkönen – Volk 2008, 88 – 89.

<sup>52</sup> Pökkylä 2010, s. 3.

<sup>53</sup> Virtanen 2008, s. 609.

telmän mukaan hankintailmoituksen julkaisemisen lisäksi lähettää soveliaaksi katsomilleen toimittajille myös suoraan tarjouspyynnöt.

Hankintalain samaisen pykälän 11 kohdan mukaan *rajoitetussa hankintamenettelyssä* hankintayksikkö julkaisee hankinnasta ilmoituksen ja, johon toimittajat voivat pyytää oikeutta osallistua. Hankintayksikkö valitsee osallistumishakemuksen jättäneiden joukosta ne toimittajat, joille tarjouspyyntö lähetetään ja jotka voivat tehdä tarjouksen. Neuvottelumenettelyn prosessi on samankaltainen kuin rajoitetun menettelyn. Lain kohdan 12 mukaan *neuvottelumenettelyllä* tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta ilmoituksen ja, johon kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä osallistumishakemuksen. Hankintayksikkö valitsee ne ehdokkaat, joiden kanssa se neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista.

Säännöksen 2 momentin 1 kohdan mukaan neuvottelumenettelyä voidaan käyttää tavaraja palveluhankinnoissa sekä rakennusurakoissa, joissa hankintojen luonteen vuoksi tarjouspyynnön laatiminen ennen hankintamenettelyn aloittamista on erityisen vaikeaa tai epätarkoituksenmukaista. Neuvottelumenettelyä voidaan soveltaa laajemmin kansallisissa hankinnoissa kuin EU-hankinnoissa, joissa se on käytettävissä lähinnä asiantuntija- ja muissa henkisissä palveluissa ja rahoituspalveluissa. Lainkohdan mukaisia käyttötilanteita ovat esimerkiksi palveluhankinnat, joissa palvelujen tulee joustaa palvelujen käyttäjien tarpeiden mukaan, kuten erityisryhmien palveluasumiseen liittyvissä palveluissa sekä palveluhankinnoissa, joissa palvelujärjestelmä on vasta kehitymässä eikä palvelua tämän vuoksi voida etukäteen määrittellä tarkoituksenmukaisella tavalla. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää myös esimerkiksi valtion omistajapoliittiseen päätöksentekoon liittyvien asiantuntijapalveluiden hankinnoissa, jos hankinnan luonne ei mahdollista tarjouspyynnön laatimista ennen tarjousmenettelyä.<sup>54</sup>

Henkilökohtaista työsuoritusta edellyttävien tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankintojen tekemisessä neuvottelumenettely mahdollistaisi palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden arvioinnin menettelyn aikana. Hallituksen esityksen mukaan asiantuntemus ja pätevyys ovat pääsääntöises-

---

<sup>54</sup> HE 50/2006 vp, s. 111.



ti tarjoajien kelpoisuuteen liittyviä edellytyksiä, joita tulee arvioida tarjoajien ominaisuuksien arvioinnin yhteydessä tarjouksen valintaperusteista erillisinä perusteina. Lainkohdan tarkoittamissa hankinnoissa palvelun tarjoamisesta vastaavan henkilön pätevyyteen ja asiantuntemukseen liittyvät näkökohdat liittyvät yleensä välittömästi hankinnan kohteeseen, ja niiden arviointi pelkästään tarjousasiakirjojen perusteella on usein mahdotonta. Tällaisia ominaisuuksia ovat esimerkiksi kehitysyhteistyöhankkeiden suunnittelu- ja arviointitehtävissä vaadittavat kommunikointi- ja käytännön kielitaidot sekä täsmällinen osaaminen vaaditulta aihealueelta. Nämä seikat ovat keskeisiä hankinnan onnistumisen kannalta. Siksi näiden seikkojen perusteellinen arviointi on yleensä välttämätöntä hankintamenettelyn aikana. Kyseisissä hankinnoissa hankinnan kohde usein määräytyy lisäksi tarkemmin palveluhankinnasta kiinnostuneiden tarjoajien tultua kartoitetuksi ja haastatelluiksi.<sup>55</sup>

Neuvottelumenettelyn käyttötilanteet voivat liittyä julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksiin. Yhteistyösopimukset voisivat koskea joko yksittäistä hanketta tai ne voisivat olla pidempiaikaisia tai pysyviä rakenteellisia kumppanuussopimuksia. Yhteistyösopimukset voivat koskea esimerkiksi infrastruktuurin rakentamista tai palvelujen tuottamista. Tunnusomaista tällaisille sopimuksille on kiinteä yhteistyön tarve sopimus-suhteen aikana esimerkiksi laadun parantamiseksi tai kehittämistyön tekemiseksi. Palveluhankinnoissa kehitysluonteisuus voi toteutua esimerkiksi uusien palvelutyyppeiden kohdalla, jolloin palvelujen sisällön tarkka määrittäminen etukäteen voi olla vaikeaa. Vanhassa hankintalainsäädännössä ei ollut vastaavaa edellytystä neuvottelumenettelyn käytölle.<sup>56</sup>

*Suorahankinnalla* tarkoitetaan hankintalain 5 §:n mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai usean toimittajan, jonka kanssa hankintayksikkö neuvottelee sopimuksen ehdoista. Suorahankinta tarkoittaa, että kilpailutusta ei järjestetä ollenkaan, jolloin suorahankintaa pystyy käyttämään vain lain edellytysten täytyessä.

---

<sup>55</sup> HE 50/2006 vp, s. 111.

<sup>56</sup> HE 50/2006 vp, s. 111 – 112.

Kohdassa 14 määritellyllä *kilpailullisella neuvottelumenettelyllä* tarkoitetaan hankintamenettelyä, josta julkaistaan ilmoitus ja, johon kaikki toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Hankintayksikkö neuvottelee menettelyyn hyväksytyjen kanssa ratkaisuehdotuksista, joihin pohjautuvaan tarjouspyyntöön tarjoajat voivat tulla mukaan. Kilpailullinen neuvottelumenettely on aiempiin hankintadirektiiveihin ja vanhaan hankintalainsäädäntöön sisältymätön uusi hankintamenettely, jolla voidaan aiempaa joustavammin toteuttaa hankintoja, joissa hankinnan monimutkaisuudesta johtuen tarjouspyynnön laatiminen ennakolta on vaikeaa tai epätarkoituksenmukaista. Menettely mahdollistaa hankinnan toteuttamiseen liittyvien neuvottelujen käymisen ennen tarjousten pyytämistä. Menettelyllä pyritään helpottamaan monimutkaisten hankintojen tekemistä ja mahdollistamaan uusien ja erityisesti innovatiivisten ratkaisujen huomioimisen hankintojen toteuttamisessa.<sup>57</sup>

*Puitejärjestelyllä* tarkoitetaan pykälän 15 kohdassa yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa suunnitellun määrän osalta.

*Suunnittelukilpailulla* tarkoitetaan kohdassa 16 menettelyä, jolla hankintayksikkö voi hankkia erityisesti kaavoitukseen, kaupunkisuunnitteluun, arkkitehtuuriin, tekniseen suunnitteluun tai tietojenkäsittelyyn liittyvän suunnitelman tai hankkeen. Kilpailun tuomaristo valitsee suunnittelukilpailun voittajan.

Tarjouspyyntö täydentää hankintailmoitusta. Käytännössä hankintailmoituksessa ei voida tila- ja muiden rajoitteiden vuoksi kuvailla hankintaan liittyviä asioita kovin täsmällisesti, joten tarjouspyyntö yleensä laaditaan erikseen.<sup>58</sup> Tarjouspyynnön yksityiskohtaiseen sisältöön liittyvät vaatimukset vaihtelevat eri hankintamenettelyissä. Avoimessa menettelyssä lähtökohtana on, että tarjouspyynnössä ilmoitetaan kaikki hankinnan kohteeseen ja toteuttamiseen liittyvät vaatimukset, tarjoajaan liittyvät vaatimukset sekä tarjouksen valintaperuste ja vertailuperusteet. Rajoitetussa menettelyssä tarjoajan kelpoisuusehdot, tarjouksen valintaperuste sekä vertailuperusteet ilmoitetaan jo kehotettaessa

<sup>57</sup> HE 50/2006 vp, s. 53.

<sup>58</sup> HE 50/2006 vp, s. 86.

ehdokkaita osallistumishakemusten jättämiseen ja niitä sovelletaan jo aiemmassa tarjousmenettelyn vaiheessa. Rajoitetussa menettelyssä tarjouspyynnössä ei siten ole enää tarpeen ilmoittaa tarjoajan kelpoisuuteen ja valintaan liittyviä vaatimuksia. Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintailmoituksessa on ilmoitettava tarjouksen valintaperuste.<sup>59</sup>

Mielenkiintoista on, miten esimerkiksi hankintamenettelyn valinta vaikuttaa hankinnan laadullisiin tekijöihin. Uusi hankintalaki sallii neuvottelumenettelyn käytön aiempaa useammassa tilanteissa, jotka edellyttävät asiantuntemuksen erityistä arviointia<sup>60</sup>. Neuvottelumenettely on perusteltu esimerkiksi silloin, jos hankintaa ei sen luonteen puolesta ole tarkoituksenmukaista määritellä etukäteen, tilanteissa, joissa markkinoilla on erilaisia vaihtoehtoisia tapoja toteuttaa hankinta sekä tilanteissa, joissa hankinta edellyttää palveluntarjoamisesta vastaavan henkilön ominaisuuksien arviointia. Neuvottelumenettely mahdollistaa joustavan sekä nopean tavan toteuttaa hankinta.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> HE 50/2006 vp, s. 87.

<sup>60</sup> Hyvärinen – Lith 2008, s. 22.

<sup>61</sup> HE 50/2006 vp, s. 30.

## 3 KELPOISUUSEHDOT JA VERTAILUPERUSTEET

### 3.1 TAUSTA

Hankintalain tarkoituksena on mahdollistaa paras mahdollinen kilpailutus. Millainen on onnistunut kilpailutus? Monesti puhutaan laadusta eli kilpailu on onnistunut, kun rahoilla saadaan vastinetta. Vielä parempaa on, mikäli saadaan hinta/laatu -suhteeltaan hyvä hankinta. Hankintalaissa puhutaan kokonaistaloudellisesta edullisuudesta. Toisaalta hinta/laatu -suhteeltaan hyvä hankinta ei pääse oikeuksiinsa, jos hankintayksikkö ei tarvitse kaikkia hankinnan ominaisuuksia. Onnistunut kilpailutus on siis hankintayksikön kannalta sellainen, joka *vastaa hankintayksikön tarpeita*. Hankintayksikön tarkoittama ”laatu” ei siis ole objektiivisesti katsoen välttämättä paras laatu vaan se on yleensä hankintayksikön tarpeisiin nähden sopivin<sup>62</sup>.

Tarjousmenettelyn kuluessa voi käydä ilmi erilaisia vastoinkäymisiä. Esimerkiksi, että hankintayksikkö on saattanut arvioida hintatason olennaisesti liian alas, jolloin varat määrärahat eivät riitä hankinnan suorittamiseen tarjouspyynnössä tarkoitetulla tavalla. Voi myös ilmetä, että saadut tarjoukset sisällöllisesti poikkeavat siitä, mitä hankintayksikkö on olettanut saavansa. Tehokkain keino tällaisten ongelmien välttämiseksi on panostaminen tarjouspyyntövaiheeseen. Oikeuskäytännön perusteella on selkeästi todettavissa, että riittävän selkeä ja kaikki olennaiset valintakriteerit sisältävä tarjouspyyntö muodostaa yhden keskeisimmistä edellytyksistä kilpailuttamisen onnistumiseksi.<sup>63</sup>

Laissa ei yksiselitteisesti määritellä, mitä *kokonaistaloudellisella edullisuudella* tarkoitetaan. Määrittely suoritetaan kussakin hankinnassa erikseen hyödykekohtaisesti *vertailu- eli arviointiperusteiden* avulla. Kun valintaperusteeksi on valittu halvin hinta, hankintayksikkö ei saa asettaa laadullisia vertailuperusteita, vaan tarjouskilpailu on ratkaistava ainoastaan hinnan perusteella. Kaliman mukaan hankinnoissa on lähes poikkeuksetta tarkoituksenmukaisinta ilmoittaa valintaperusteeksi kokonaistaloudellinen edullisuus. Hänen mukaansa pelkän hinnan käyttäminen tarjousten valintaperusteena ei yleensä ole perusteltua, koska hyödykkeen elinkaarikustannuksia ajatellen hankintahinta on

<sup>62</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 369.

<sup>63</sup> Kuoppamäki 2000, s. 244.

vain yksi kustannuserä. Lisäksi tällaisessa arvioinnissa helposti sivuutetaan hyödykkeen laatuominaisuudet, jotka saattavat olennaisella tavalla vaikuttaa tuotteen käyttöikäen pidentävästi. Tämä on muistettava varsinkin palveluhankinnoissa, joissa palvelun laatu on koko palveluhankinnan ydin.<sup>64</sup> Mielestäni asia ei ole niin yksioikoinen. Palveluhankinnoissa on joskus perusteltua valita valintaperusteeksi halvin hinta, koska korkea laatu voidaan varmistaa myös kelpoisuusehdoilla ja sopimusehdoilla, esimerkiksi laadunseurannalla, sopimussakoilla ja -bonuksilla.

Palvelun laadukkuus on katsojan silmässä, eli jokaisen sitä arvioivan *subjektiivisesta kokemuksesta riippuvainen*. Halosen mukaan laadukas palvelu voidaan taata huolellisesti laaditulla ja yksityiskohtaisella palvelukuvauksella sekä laatimalla tarvittaessa palvelutasosopimus. Halonen tuo esille, että tilaajat usein odottavat, että palvelu on automaattisesti laadukasta tai että palvelun laatu voidaan varmistaa hyvillä hankintasopimusehdoilla. Halonen muistuttaakin, että laatua ei voida varmistaa määrittelemättä ensin sitä, minkälaista palvelun tulee olla. Kilpailutukseen on osallistettava alan asiantuntijoita eli niitä henkilöitä, jotka tuntevat hankittavan palvelun ja osaavat määritellä hankinnan yksityiskohdat riittävällä tarkkuudella.<sup>65</sup>

Palveluhankinnassa tehtävän sisältö tulee *määritellä* riittävän selkeästi ja täsmällisesti. Ensinnäkin on kyettävä määrittelemään ja optimoimaan haluttu lopputulos ja sen saavuttamiseksi tarvittavat toimenpiteet. Tämä on erittäin tärkeää, sillä muutoin ei voida arvioida itse palvelua eli lopputuotetta. Lisäksi tarjouspyynnössä on kyettävä antamaan tarjouskilpailuun osallistuville selkeä kuva tehtävän laajuudesta, edellytetyistä palvelun laatutasosta ja muista vaatimuksista sekä työmäärästä, jotta tarjoajat ymmärtävät kokonaisuuden samalla tavalla kuin hankintayksikkö ja tarjoajat kykenevät antamaan *vertailukelpoisia ja yhteismitallisia tarjouksia*.<sup>66</sup>

Tehtävän sisällön selkeä määrittely vaikuttaa tarjottaviin hintoihin. Mikäli tehtävän sisältöä ei ole määritelty selkeästi, tarjoajat joutuvat ottamaan hinnoittelussaan huomioon mahdollisista epävarmuuksista aiheutuvat riskit. Täsmällinen palvelutehtävän määrittely

---

<sup>64</sup> Kalima 2007, s. 203.

<sup>65</sup> Halonen 2010, s. 4.

<sup>66</sup> KTV:n kilpailuttamistyöryhmä 1995, s. 2 ja 33.

tukee myös myöhemmin tapahtuvaa palvelun tuotantoa ja seuranta. Kummallakin osapuolella täytyy olla sama käsitys siitä, mitä tulisi tehdä ja saada aikaan. Toisaalta on muistettava, että pitkäkestoisen palveluhankinnan määrittelyssä tulisi mahdollistaa *palvelun tarjoajan innovatiivisuuden ja kehitysideoiden hyödyntäminen*.<sup>67</sup> Tehtävän sisällön selkeä määrittäminen ja innovatiivisuuden vaatiminen eivät ole välttämättä ristiriidassa keskenään. Yleensä kilpailuttaminen tuleekin nähdä osana pitkällä aikavälillä tapahtuvaa palvelujen kehittämistä. Yksinkertaistaen hankintalaki lähtee liikkeelle siitä, että palvelutuotannon kilpailuttamisen ainoina kriteereinä tulee olla palvelutuotannon parantaminen ja kustannusten säästäminen.<sup>68</sup>

*Teknisiä eritelmiä* voidaan käyttää hankintasopimuksen kohteena olevan tavaran, palvelun tai materiaalien teknisessä määrittelyssä ja siten liittyä tehtävän sisällön määrittämiseen. Tekniset eritelmat voivat liittyä erilaisiin ominaisuuksiin, kuten laatuun, ympäristönsuojeluun, turvallisuuteen, mittoihin, testausmenetelmiin tai tuotantoprosesseihin.<sup>69</sup> Tekniset eritelmat ovat *hankinnan ominaisuuksien määrittelyä*.<sup>70</sup>

Palveluhankinnoissa soveltuvat erityisesti palveluihin liittyvien vaatimusten kuvaaminen suorituskyvyn tai toiminnallisten vaatimusten perusteella. Palvelujen osalta käytettävissä on myös joitakin *standardeja*, jotka voivat soveltua hankinnan kohteen määrittelyyn.<sup>71</sup> Oleellista on, että käytettäessä tällaista viittausta standardiin tai muuhun tekniseen määrittelyyn, myös sellaiset tuotteet, palvelut tai materiaalit, jotka eivät ole viitattun standardin tai muun teknisen määrittelyn mukaisia, mutta jotka täyttävät niissä asetetut, hankinnan kohteeseen liittyvät vaatimukset, on hyväksyttävä. Tämän vuoksi tarjouspyynnössä viittaukseen tulee liittää ilmaisu ”*tai vastaava*”.<sup>72</sup>

Hankintayksikkö voi antaa tarjoajille tilaisuuden esittää teknisiä *ratkaisuvaihtoehtoja*, jotka eivät ehkä ole olleet hankintayksikön tiedossa. Usein yritykset tuntevat tuotteet ja kyseeseen tulevat optimaaliset ratkaisut hankintayksikköä paremmin, jolloin aloite voisi

<sup>67</sup> Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 221 – 222.

<sup>68</sup> KTV:n kilpailuttamistyöryhmä 1995, s. 2 ja 33.

<sup>69</sup> HE 50/2006 vp, s. 54.

<sup>70</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 32.

<sup>71</sup> HE 50/2006 vp, s. 88.

<sup>72</sup> HE 50/2006 vp, s. 89.

tulla enemmän tarjoajilta tai ehdokkailta. Mikäli *vaihtoehtoiset tarjoukset* ovat sallittuja, tulee tästä mainita tarjouspyynnössä. Vaihtoehtoisten tarjousten käyttäminen ei saa kuitenkaan johtaa siihen, että hankinnan kohde muuttuu olennaisesti toiseksi. Oleellista on, että yritys tekemänsä innovaation perusteella tarjoaa edullisempaa ratkaisua, joka täyttää tarjouspyynnön alkuperäiset vaatimukset.<sup>73</sup>

Tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida *kelpoisuusehtoina* tai *vertailuperusteina*, joten kilpailutuksessa on tärkeää ymmärtää näiden eroavaisuudet. Kelpoisuusehdot täytyvät tai eivät täyty, mikä vaikuttaa tarjoajan tai ehdokkaan pääsemiselle mukaan tarjouskilpailuun. Vertailuperusteilla arvioidaan, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Esittelen luvussa 3.3 kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden erottamista toisistaan sekä luvussa 3.4 kelpoisuusehtojen erityispiirteitä. Oikeuskäytännössä kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden erottaminen toisistaan on nähty suurena ongelmana.

## 3.2 PERIAATTEET

Hankintalain 2.1 §:n mukaan julkisissa hankinnoissa sovellettavia periaatteita ovat *kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen*, ehdokkaiden ja tarjoajien *tasapuolinen kohtelu*, *avoimuus* ja *suhteellisuus*. Lisäksi laki ohjeistaa hankintayksiköitä hoitamaan hankintatoimea siten, että hankintoja voidaan toteuttaa taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Edellä mainittuihin lauseisiin sisältyy paljon asioita, joita pitää ottaa huomioon tarjouskilpailussa. Kilpailumahdollisuuksien hyödyntäminen on saanut hankintalaissa yleisen periaatteen aseman. Kyseinen periaate ei sisälly tässä muodossa EU-sääntelyyn, vaikka hankintojen kilpailuttamista muutoin säännellään yksityiskohtaisesti.<sup>74</sup>

Julkisten hankintojen direktiiveillä pyritään edistämään Euroopan yhteisön perustamisopimuksen mukaisia tavoitteita tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta, palvelujen tarjoamisvapaudesta sekä sijoittautumisvapaudesta. Hankintasäännösten tavoitteisiin pyri-

<sup>73</sup> Kuoppamäki 2000, s. 244.

<sup>74</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 3.

tään avoimella kilpailuttamisella sekä tarjoajien tai ehdokkaiden tasapuolisella ja syrjimättömällä kohtelulla. *Avoimuuden periaate* edellyttää, että julkisista hankinnoista tiedotetaan riittävän laajasti, *tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaate* puolestaan sitä, että hankintapäätös perustuu ennalta asetettuihin objektiivisiin valinta- ja arviointikriteereihin, joita sovelletaan samalla tavoin kaikkiin tarjoajiin, ketään suosimatta tai syrjimättä.<sup>75</sup>

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut edellä mainitut periaatteet muun muassa tuomioissaan C-31/87, Beentjes (Kok. Ep. 1988, s. 4635), C-324/93, Evans Medical ja Macfarlan Smith (Kok. 1995, s. I-563), C- 513/99, Concordia Bus Finland (Kok. 2002, s. I-7213) sekä C-19/00, SIAC Construction (Kok. 2001, s. I-7725). Kansallisessa oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että hankintayksikön harkintavaltaan voidaan puuttua vain silloin, jos valintaperusteen tai vertailuperusteiden asettamisessa on syllistytty syrjintään.<sup>76</sup>

Ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate perustuu EY:n perustamissopimuksen periaatteisiin sekä hankintadirektiivin 2 artiklaan<sup>77</sup>. On muistettava, että EU-oikeuden periaatteet soveltuvat sekä EU-hankintoihin että kansallisiin hankintoihin<sup>78</sup>.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan C-324/98 (Telaustria Verlags GmbH ym, Kok. 2000, s. I-10745) todennut, että vaikka hankinta jäisi hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle, hankintayksiköiden on kuitenkin yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta. Tämä Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen perustavanlaatuisten periaatteiden soveltamista koskeva näkemys on vahvistettu myös muun muassa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa C-410/04 (ANAV, kok. 2006, s. I-3303).

Yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia tekijöitä ovat esimerkiksi ehdokkaiden tai tarjoajien kansallisuus taikka sijoittautuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle. Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen on katsottu yhteisön oikeudessa edellyttävän, ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua.<sup>79</sup> *Objektiivisuuden vaatimus* tarkoittaa sitä, ettei jokin yksittäinen kelpoisuusvaatimus ole hyväksyttävä

<sup>75</sup> HE 50/2006 vp, s. 6.

<sup>76</sup> HE 50/2006 vp, s. 105.

<sup>77</sup> HE 50/2006 vp, s. 47.

<sup>78</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 205.

<sup>79</sup> HE 50/2006 vp, s. 47.



pelkästään sillä perusteella, että sen asettaminen on hankintayksikön oman subjektiivisen näkemyksen mukaan tarpeellista tai välttämätöntä, vaan vaatimuksen asettamisen on oltava tarpeen hankinnan kohteen laadun ja laajuuden kannalta myös ulkopuolisen ja riippumattoman tarkastelijan silmin tarkasteltuna jälkikäteen arvioitaessa<sup>80</sup>.

Kilpailumahdollisuuksien hyväksikäyttäminen ja ehdokkaiden ja tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttävät julkisissa hankinnoissa seuraavien asioiden noudattamista: Hankintayksikön suorittaman tarjousvertailun tulee vastata hankintayksikön tarjouspyyntöä ja tarjoajien antamia tarjouksia, hankintayksikön tekemän hankintapäätöksen tulee vastata hankintayksikön suorittamaa tarjousvertailua sekä hankintayksikön tekemän hankintasopimuksen ja toteuttaman hankinnan tulee vastata hankintapäätöstä.<sup>81</sup> Loogisuus pätee siis koko hankintamenettelyn ajan. Mikäli hankintayksikön ja sen valitseman tarjoajan olisi mahdollista muuttaa hankinnan sisältöä ja ehtoja tarjousvertailun ja tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen, hankintalainsäädännöltä putoaisi pohja pois. Hankinta ei enää vastaisi kilpailuolosuhteita eikä tarjouskilpailun hankintalainsäädännön mukaista lopputulosta.<sup>82</sup>

Tasapuolisuuden vaatimus ei edellytä sitä, että hankintayksikkö ei ennen hankintamenettelyn käynnistämistä hankkisi tai ottaisi vastaan markkinoilla olevaa informaatiota hankinnan kohteesta. Tasapuolisuuden oikeusperiaatetta kuitenkin rikotaan, jos ennen hankintamenettelyn käynnistämistä saatu tieto vaikuttaa hankintamenettelyn valintaan, asetettuihin valintakriteereihin, tarjousvertailuun tai päätöksentekoon siten, että jollakin tarjoajalla on etulyöntiasema suhteessa muihin tarjoajiin.<sup>83</sup> Ennen tarjouskilpailua hankitun tiedon pitää siis olla objektiivista.

Vertailuperusteiden tulee olla syrjimättömiä. Syrjivistä vertailuperusteista on monia oikeustapauksia. Sallittua ei ole esimerkiksi käyttää vertailuperusteita, jotka suosivat tiettyjä tarjoajia, edellyttävät aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa tai suosivat paikallista toimittajaa. Hankinnan kohteen sitä vaatiessa voidaan kuitenkin joissain tapauksissa edellyttää esimerkiksi paikallistuntemusta. Tällaiselle perusteelle ei kuiten-

<sup>80</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 147 – 148.

<sup>81</sup> Pohjonen 2006, s. 286.

<sup>82</sup> Pohjonen 2006, s. 287.

<sup>83</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 22.

kaan saa antaa sellaista painoarvoa, joka estäisi uusien yrittäjien alalle pääsyä.<sup>84</sup>

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 92/04 kiellettiin aikaisempien toimittajien suosimisen. Tarjouspyynnössä ilmoitettiin, että tutkimuspaikan valinnassa pyritään jatkuvuuteen. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että tarjouksen kelpoisuusvaatimuksena tai kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena ei ole hyväksyttävää käyttää seikkaa, joka suosii hankintayksikölle tuttua aikaisempaa toimittajaa. Hankintayksikön ilmoitus siitä, että se pyrkii valitsemaan tarjoajan jatkuvuuden perusteella, oli ollut omiaan vaikeuttamaan uusien yrittäjien pääsyä markkinoille sekä vähentämään kilpailua ja kohdellut siten tarjoajia epätasapuolisesti.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 607/09 hankintayksikkö otti tarjousvertailussa huomioon aiemmat kokemukset tarjoajista. Markkinaoikeus totesi, että tarjousten vertailussa ei sinänsä ole kiellettyä ottaa huomioon hankintayksiköllä itsellään olevia kokemuksia tarjoajan aikaisemmin toimittamien tuotteiden huonosta laadusta. Mainittujen kokemusten tulee kuitenkin olla perusteltuja ja objektiivisesti hyväksyttäviä, minkä lisäksi ne pitää tarvittaessa pystyä todentamaan. Sen sijaan hankintayksikön aikaisempien myönteisten kokemusten käyttäminen tilanteessa, jossa hankintayksiköllä ei ole kokemuksia kaikkien tarjoajien toimitusten osalta, ei ole omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta.

Hankintayksiköiden on erityisesti varottava paikallisten, seutukunnallisten tai suomalaisten tarjoajien suosimista valintakriteerien räätälöimisellä. Tarjoajan aikaisempi yhteistyö hankintayksikön kanssa ei saa vaikuttaa hankintapäätökseen. Yleiseen tapaan tehdä pitkiä sopimuksia harvojen toimittajien kanssa on saattanut vaikuttaa se, että hankintayksikkö on ottanut päätöksessään huomioon joko avoimesti tai piilevästi aiemmat hyvät kokemukset toimittajasta. Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 278/05 on todettu, että tarjousten vertailu oli virheellisesti perustunut vertailun tehneen henkilön mielikuviin ja kokemuksiin voittaneen tarjoajan aikaisemmista toimituksista. Tähän perustuva vertailu oli epätasapuolista ja muita tarjoajia syrjivää.<sup>85</sup>

Hankintalain 56.2 §:n mukaan ehdokkaiden tai tarjoajien rahoitukselliseen ja taloudelliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskykyyn ja ammatilliseen pätevyyteen liittyvien vaatimusten ja tarjoajien valinnassa käytettävien perusteiden on oltava *suhteellisia, puolueettomia ja perusteltavissa hankinnan kohteen kannalta*. Suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintamenettelyn vaatimukset ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Siten esimerkiksi tarjoajien kelpoisuusehtojen asettamisessa on huomioitava *hankinnan luonne ja arvo*. Samaten tarjouspyynnön sisältöön tai tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden. Suhteellisuusperiaatteen on katsottu oikeuskäytännössä merkitsevän *kohtuullisuuden*

<sup>84</sup> HE 50/2006 vp, s. 105 – 106.

<sup>85</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 23.

*vaatimusten* huomioimista. Suhteellisuusperiaatteesta on mainittu hankintadirektiivin johdanto-osan 2 kappaleessa.<sup>86</sup> Soveltumattomat tai liian ankarat vaatimukset voivat rajoittaa tarpeettomalla tavalla kilpailua. Vaadittavien selvitysten osalta tulisi myös harkita niiden laatimisen ja toimittamisen edellyttämää, ehdokkaille tai tarjoajille koituvaa työmäärää ja kustannuksia.<sup>87</sup> Esimerkiksi tekniseen huoltoon liittyvissä tavarain tai palveluiden hankinnassa huoltohenkilökunnan kielitaitovaatimuksen voidaan katsoa kuuluvan sallittujen arviointiperusteiden piiriin. Tosin joissakin tapauksissa ylimitoitettu kielitaitovaatimus voi muodostua syrjiväksi.<sup>88</sup> Markkinaoikeuden ratkaisun perusteluisa näkyä myös seuraavanlainen periaate, jonka mukaan vain olennaiset ja merkitykselliset virheet johtavat hankintapäätöksen kumoamiseen tai hyvitysmaksun määräämiseen<sup>89</sup>.

*Taloudellisella tarkoituksenmukaisuudella* julkisissa hankinnoissa tavoitellaan hankintayksikön tarpeita hinta/laatu -suhteiltaan parhaiten vastaavaa ratkaisua. Välittömien ja välillisten kustannusten lisäksi tavoitteena tulisi olla myös laatuun liittyvien tekijöiden huomioon ottaminen erityisesti palveluhankinnoissa.<sup>90</sup> Hankintayksiköiden tulisi siten hyödyntää markkinoilla jo olevaa kilpailua hinta/laatu -suhteeltaan ja muutenkin hankintatarpeisiin parhaiten soveltuvan ratkaisun löytämiseksi.<sup>91</sup> Taloudellisuuden vaatimukset tulisi ottaa huomioon myös hankintamenettelyyn liittyvissä ratkaisuisa, kuten soveltuvan hankintamenettelyn valinnassa sekä hinta/laatu -suhteeseen liittyvien näkökohtien arvioimisessa tarjouspyyntöä laadittaessa.<sup>92</sup> Taloudellinen tarkoituksenmukaisuus tarkoittaa osaltaan hankintalainsäädännön joustavuuden ja lain mahdollistamien eri menettelyiden ja seikkojen hyödyntämistä.

Tarjousten valinnassa käytettävillä perusteilla tulisi pääsääntöisesti olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Koska kysymys on julkisten varojen käytöstä, hankinnasta aiheutuville kustannuksille tulisi antaa *riittävä painoarvo* tarjousten valinnassa. Kansallisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että julkisten hankintojen edullisuuden vaati-

---

<sup>86</sup> HE 50/2006 vp, s. 47.

<sup>87</sup> HE 50/2006 vp, s. 100.

<sup>88</sup> Kalima 2007, s. 212.

<sup>89</sup> Kuoppamäki 2006, s. 302.

<sup>90</sup> HE 50/2006 vp, s. 46.

<sup>91</sup> HE 50/2006 vp, s. 46 – 47.

<sup>92</sup> HE 50/2006 vp, s. 48.

muksista johtuen hinnalle on annettava hankinnan luonteesta riippuen riittävä merkitys.<sup>93</sup>

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan C-513/99, Concordia Bus Finland (Kok. 2002, s. I-7213) katsonut, ettei jokaisen kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteista ole välttämättä kuitenkaan tuotettava taloudellista etua hankintayksikölle, vaan myös sellaiset seikat, jotka eivät ole puhtaasti taloudellisia voivat vaikuttaa tarjouksen edullisuuteen. Ratkaisussaan tuomioistuin katsoi sallituksi ottaa huomioon esteettisiä ominaisuuksia sekä sellaisia ympäristönäkökohtia, jotka eivät tuota hankintayksikölle välitöntä taloudellista etua.<sup>94</sup> Hankintayksiköllä on siten oikeus ottaa tarjousten arvioinnissa huomioon myös sellaisia hankinnan kohteeseen liittyviä laadullisia ja taloudellisia tekijöitä sekä ympäristöominaisuuksia, jotka eivät tuota välitöntä etua hankintayksikölle, mutta joilla voidaan vastata asianomaisen yleisön tarpeisiin<sup>95</sup>. Nykyisessä hankintalain ympäristöominaisuuksien ja ympäristöystävällisyyden huomioon ottaminen hankinnassa on otettu huomioon useassa hankintalain kohdassa.

On huomattava, että *yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet* soveltuvat myös kilpailutettaessa julkisia hankintoja. Hallintolain (434/2003) 6 §:n mukaan viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Suurin osa näistä on kirjattu hankintalakiin, mutta on huomioitava, että hankintamenettelyssä on noudatettava hyvän hallinnon periaatteita, joten on esimerkiksi hyvän hallinnon periaatteen mukaista ilmoittaa saman tien tarjoajalle, jos tarjoaja suljetaan pois tarjouskilpailusta, eikä vasta hankintapäätöksen tiedoksiannon yhteydessä.

### 3.3 KELPOISUUSEHTOJEN JA VERTAILUPERUSTEIDEN EROTTAMINEN

Julkisten hankintojen kilpailuttaminen toteutetaan *kaksivaiheisella prosessilla* seuraavalla tavalla: ensin arvioidaan tarjoajia ja sitten vertaillaan tarjouksia. Hankintalain 52 §:n mukaan ehdokas tai tarjoaja on suljettava pois tarjouskilpailusta, ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus muuten arvioitava sekä tarjoajat valittava *ennen tarjousten vertai-*

<sup>93</sup> HE 50/2006 vp, s. 106.

<sup>94</sup> HE 50/2006 vp, s. 106.

<sup>95</sup> HE 50/2006 vp, s. 106 – 107.

lua. Vaikka kaksivaiheisuus on pakollista vain EU-hankinnoissa, sovelletaan tätä menettelyä yleisesti myös kansallisissa hankinnoissa<sup>96</sup>. Tietty laissa luetellut asiat veloitavat tai voivat velvoittaa hankintayksikön sulkemaan ehdokkaita tai tarjoajia pois tarjouskilpailusta. On kuitenkin huomattava, että EU-hankinnoissa sovellettava, tiettyihin rikoksiin syyllistyneiden tarjoajien pakollinen poissuljenta on kansallisissa hankinnoissa harkinnanvaraista<sup>97</sup>. Hankintayksikkö voi itse määritellä myös kelpoisuusehdot ehdokkaille ja tarjoajille, mistä kerron 3.4 luvussa.

Kyseinen hankintalain 52 § tarkoittaa hankintayksikön asettamia *minimivaatimuksia* tarjouskilpailussa mukana olleille. Kelpoisuusehtoja sääntelee hankintalain 56.1 §, jonka mukaan hankintayksikkö voi esittää ehdokkaiden tai tarjoajien rahoituksellista ja taloudellista tilannetta, teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä sekä laatua koskevia vaatimuksia sekä vaatia ehdokkaita ja tarjoajia esittämään niihin liittyviä selvityksiä. Tässä vaiheessa ei saa käytännössä pisteyttää tarjoajia millään lailla, vaan ainoastaan todeta, täyttävätkö toimittajat ennalta asetetut vähimmäiskriteerit vai ei<sup>98</sup>. Hankintalain mukaan mikäli ehdokas tai tarjoaja ei täytä kelpoisuusehtoja eli minimivaatimuksia, niin se on suljettava pois tarjouskilpailusta. Toisaalta menettelyä voidaan pitää myös kolmivaiheisena, jos erotetaan toisistaan toimittajan kelpoisuuden arviointi ja tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arviointi<sup>99</sup>. Kaikissa tapauksissa, jos tarjous ei vastaa tarjouspyyntöä, niin tarjoaja on suljettava pois tarjouskilpailusta.

Hankintayksikön olisi ennen tarjousvertailuun ryhtymistä harkittava, tuleeko ehdokas tai tarjoaja sulkea tarjouskilpailusta hankintalaissa säädettyjen poissulkemisperusteiden vuoksi, arvioida täyttävätkö ehdokkaat ja tarjoajat tarjouspyynnössä esitetyt vähimmäisvaatimukset sekä suorittaa rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä sekä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä tarjouskilpailuun mukaan otettavien tarjoajien valinta<sup>100</sup>. Kaksivaiheisuus koskee kaikkia hankintamenettelyjä, vaikka avoimessa menettelyssä kaksivaiheisuus ei näy ulospäin tarjoajille samalla tavoin kuin rajoitetussa

<sup>96</sup> Kansallisia hankintoja koskevan hankintalain 71.2 §:n mukaan “voidaan noudattaa soveltuvin osin myös, mitä ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden arvioinnista 52 – 59 §:ssä säädetään”. Laki ei suoraanaisesti velvoita toimimaan kaksivaiheisesti kansallisissa hankinnoissa.

<sup>97</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 222.

<sup>98</sup> Pöykkö 2010, s. 3.

<sup>99</sup> Virtanen 2008, s. 709.

<sup>100</sup> HE 50/2006 vp, s. 95.

menettelyssä, neuvottelumenettelyssä tai kilpailullisessa menettelyssä<sup>101</sup>.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Gesellschaft für Antriebstechnik -tuomiossa (Asia C-315/01 GAT (2003) Kok. I-6351) on vahvistettu periaate tarjoajien kelpoisuuden ja tarjousten vertailun erillisyydestä. Tuomioistuimen mukaan tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden *referenssien lukumäärää* ei voida käyttää tarjouksen edullisuuden arviointiperusteena, mutta sitä voidaan käyttää tarjoajan soveltuvuuden arvioinnissa. Tuomion perustelujen mukaan sellaista referenssiluetteloa, josta ilmenevät ainoastaan tarjoajan aikaisempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä, mutta ei muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei voida käyttää tarjouksen valinnan perusteena, koska tällaisen luettelon avulla ei voida osaltaan selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle taloudellisesti edullisin. Ratkaisu on johdonmukainen, sillä tarjoajan muista asiakkaistaan esittämien referenssien lukumäärällä ei ole välitöntä yhteyttä tuotteiden laatuun tai edullisuuteen.<sup>102</sup> Vuonna 2008 annetussa Lianakis-ratkaisussa periaatetta on vielä tarkennettu, mistä kerron myöhemmin<sup>103</sup>.

Korkein hallinto-oikeus on katsonut päätöksessään KHO 6.10.2004 taltio 2514, että tarjousten arvioinnissa ei tulisi käyttää tarjoajien teknisiin, taloudellisiin ja muihin edellytyksiin liittyviä perusteita, vaan toteutettavan hankinnan kohteeseen liittyviä perusteita. Kyseisessä korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä vertailuperusteet olivat seuraavat: Urakoitsijan ja mahdollisten alurakojen kyky suoriutua tehtävistään, työn laatu, tarjouksen vastaavuus verrattuna tarjouspyyntöön ja lisäselvityksiin, huolto- ja varikkopalvelut sekä ympäristöasioiden huomioiminen ja hinta. Kysymyksessä olevaan hankintaan sovellettiin hankintalain lisäksi asetusta kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista. Kyseessä oli siis EU-hankinta.

KHO:n ratkaisun perustelujen mukaan urakkaohjelmassa tarjousten valinnan vertailuperusteeksi ilmoitettu urakoitsijan ja mahdollisten alurakojen kyky suoriutua tehtävistään liittyy sen soveltamisalasta riippuen lähinnä tarjoajan kelpoisuuden tutkimiseen. Tarjousten valinnan vertailuperusteeksi ilmoitettu tarjouksen vastaavuus verrattuna tarjouspyyntöön ja lisäselvityksiin liittyy puolestaan arviointiin siitä, onko tarjous hylättävä tarjouspyyntöä vastaamattomana. Markkinaoikeus totesi, että tarjoajien kelpoisuuden arviointi teknisen ja taloudellisen suorituskyvyn tai ammatillisen pätevyyden perusteella tulee tehdä ennen tarjousten vertailua. Tarjousten vertailuvaiheessa ei tule käyttää perusteita, jotka liittyvät tarjoajien kelpoisuuteen.

Tarjouksen vertailuperusteen on varsinaisia tarjouksia vertailtaessa liityttävä vain hankintaan tai tarjoajaan, ei enää *tarjoajan kykyyn toteuttaa hankinta*<sup>104</sup>. Yrityksen soveltuvuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun erillisyyden on oikeuskäytännössä vakiintunut

<sup>101</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 145.

<sup>102</sup> Lindfors 2005, s. 39 – 40.

<sup>103</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 350.

<sup>104</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 402.

periaate ja nyt kirjattu lakiin. Kaksivaiheisuuden tarkoituksena on kohdistaa kilpailun vertailuvaihe eli päätöksentekoperusteet nimenomaan hankinnan kohteeseen eikä kilpailun osallistuvan yrityksen ominaisuuksiin.<sup>105</sup>

Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO:2003:89 hankintayksikkö menetteli virheellisesti julkisessa hankinnassa, kun se ei tehnyt riittävää eroa tarjoajien kelpoisuuden tutkimisen ja tarjoustensa kokonaistaloudellista edullisuutta koskevan arvioinnin kesken. Vertailupisteet painotettiin seuraavasti: hinta 70 prosenttia ja laatu 30 prosenttia. Laatupisteisiin kuuluivat luotettavuus (sisältäen yhteistyökyvyn, sopimusten täyttämisen, referenssit ja paikallistuntemuksen), vakavaraisuus (sisältäen taloudellisen aseman), ammattitaito (sisältäen laatujärjestelmän, RALA ry:n pätevyuden, teknisen kapasiteetin ja kaluston) sekä kiviainesten laatuluokka (sisältäen tarjottujen kiviaineksen lujuusluokat yli vähimmäisvaatimusten).

Korkein hallinto-oikeus totesi, että hankintaa koskevista asiakirjoista ei käy ilmi, onko ja miten hankintayksikkö tehnyt eron, mitkä tarjoajat täyttivät kelpoisuusvaatimukset, ja mikä tarjous on kokonaistaloudellisesti edullisin. Hankintayksikkö ei ollut sulkenut pois tarjousmenettelyä yhtään tarjoajaa. Korkein hallinto-oikeus totesi päätöksessään, että tarjousmenettely oli tarjouspyynnön ja tarjousvertailun osalta ollut julkisista hankinnoista annetun lain vastainen sikäli, ettei niissä ole riittävästi tehty eroa tarjoajan taloudellista ja teknistä kelpoisuutta koskevan arvioinnin ja tarjoustensa vertailun välillä. Tarjoustensa vertailussa oli otettu huomioon sellaisia seikkoja, jotka olisivat tulleet ottaa huomioon arvioitaessa tarjoajien kelpoisuutta.

Valittajan mukaan ainoastaan hinta ja kiven laatu ovat olleet hankinnan kannalta relevantteja vertailuperusteita. Muut tapauksessa käytettävät vertailuperusteet eivät olleet hyväksyttäviä tai hankinnan kannalta relevantteja, koska niillä ei ollut merkitystä urakkasuorituksen lopputuloksen kannalta. Korkein hallinto-oikeus ei ottanut kantaa kyseisiin vertailuperusteisiin, vaikka näyttää selvältä, että luotettavuutta ja yhteistyökykyä on varsin vaikea mitata ja vertailuperuste antaa hankintayksikölle mielivaltaisen päätösvallan perusteille.

Markkinaoikeudessa on paljon tapauksia, joissa ei ole erotettu kelpoisuuden arviointia ja tarjoustensa vertailua:

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO:85/05 on eritelty hyväksyttävät vertailuperusteet. Tapauksessa Sisäasiainministeriön poliisiosasto oli pyytänyt tarjouksia suomalaisten passien tuottamiseen ja yksilöintiin liittyvistä palveluista. Markkinaoikeus totesi ratkaisun perusteluissaan, että kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina mainittujen ”Turvatekijät sekä turvallisuus tuotteen, tuotantojärjestelmän ja varastoinnin osalta”, ”Tarjoajan varmuus aikataulussa pysymisessä ja työn loppuun saattamisessa”, ”Tuotantojärjestelmästä Suomen passeille varattu kapasiteetti” ja ”Tarjoajan palvelukyky ja tulevaisuuden näkymät” on katsottava liittyvän lähinnä tarjoajien kelpoisuusvaatimusten arviointiin. Täten on erittäin tärkeää erotella, kuuluuko haluttu vaatimus kelpoisuusehtoihin vai vertailuperusteisiin. Kyseisestä MAO:n tapauksesta valitettiin KHO:een, mutta valituksen syynä oli, että osatarjouksia sallittiin, vaikka tarjouspyynnössä oli sanottu, että kyseessä oli jakamaton kokonaihankinta.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 83 – 84/07 tarjouspyynnössä oli lueteltu useita tarjoajien kelpoisuuteen liittyviä edellytyksiä ja toisaalta ilmoitettu, että tarjouskilpailua ratkaistaessa 50 prosentin painoarvolla vaikuttavaa tarjoustensa laatua arvioidaan nimenomaan samojen seikkojen perusteella. Hankintayksikkö ei ollut siten tehnyt tarjouspyynnössään eroa tarjoajien kelpoisuuden ja tarjoustensa laadun arviointiin vaikuttavien seikkojen välillä. Hankintayksikkö oli menetellyt kelpoisuusehdot ja arviointiperusteet käytännössä samaistaessaan julkisia hankintoja koskevien

<sup>105</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 110.

oikeusohjeiden vastaisesti. Oikeustila ei ole uuden hankintalain myötä muuttunut, joten samoja kelpoisuusehtoja ei voi siis käyttää vertailuperusteina nykyäänkään.

Seuraavassa tapauksessa on käytetty näytteitä toteutetuista tuotteista vertailuperusteena, vaikka sitä olisi pitänyt käyttää kelpoisuusehtona:

Markkinaoikeuden tapauksessa 625/09 Sisäasiainministeriön poliisiosasto oli pyytänyt tarjouksia henkilökorttien, oleskelulupakorttien ja eräiden muiden korttien ja niihin liittyvien sirujen vuosille 2009 - 2013 ajoittuvasta suunnittelusta, valmistamisesta, yksilöimisestä, varmenteiden käsitteystä ja korttien toimittamisesta niitä myöntäville viranomaisille sekä mahdollista optiota vuosille 2014 - 2015. Kyseessä oli EU-kynnysarvot ylittävä hankinta. Markkinaoikeus totesi, että kysymyksessä on ollut erityistä asiantuntemusta vaativa hankinta. Ottaen huomioon hankinnan kohde, markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyynnössä tarkoitetut näytteet toteutetuista tuotteista ovat liittyneet tarjoajien soveltuvuuden arviointiin eivätkä tarjousten keskinäisen paremmuuden arviointiin. Näin ollen aikaisempien toimitusten tuotteita ei ole voitu käyttää tarjousten laatuvertailussa.

Samaisessa tapauksessa tarjousten vertailun suhteen markkinaoikeus katsoi, että turvallisuusasiakirjojen alalla toimivan elinkeinonharjoittajan on tullut ymmärtää, millä seikoilla on merkitystä laadun vertailussa. On siis alakohtaista, kuinka tarkkaan asiat on selvitettävä tarjouspyynnössä. Oleellista kuitenkin on, että hankintayksikkö on ilmoittanut vertailuperusteet riittävän selvästi ja siten, että tarjoajat ovat voineet tarjouksia laatimassaan tietää, millä seikoilla on merkitystä kutakin vertailuperustetta arvioitaessa.

### 3.4 KELPOISUUSEHDOT

Hankintalaissa ei käytetä kelpoisuusehdon nimitystä, vaan nimitystä käytetään oikeuskirjallisuudessa puhuttaessa minimivaatimuksista julkisissa hankinnoissa. Hankintalaissa puhutaan ehdokkaiden ja tarjoajien *soveltuvuuden* arvioinnista. Yleisesti kelpoisuusehtoa tai -vaatimusta käytetään muissakin asiayhteyksissä, esimerkiksi virkaan voi olla asetettu kelpoisuusehto. Kelpoisuus liittyy yleensä henkilön ominaisuuksiin. Kelpoisuusehto on kansankielinen ja asiaa kuvaava termi, jonka takia käytän kyseistä nimitystä.

Yrityksen kelpoisuuteen eli soveltuvuuteen liittyvät tiedot liittyvät nimenomaan yritykseen, eivät tarjoukseen eli hankinnan kohteeseen<sup>106</sup>. Kelpoisuusehdon avulla varmistetaan, että valittu tavarantoimittaja, palveluntuottaja tai urakoitsija kykenee suoriutumaan hankinnan kohteena olevasta toimeksiannosta antamansa tarjouksen mukaisesti. On erittäin tärkeää huomata, että soveltuvuutta arvioidaan nimenomaan suhteessa tehtävään hankintaan, eikä kyse ole poissulkemisperusteiden luonteisesta tarjoajien luotettavuuden

<sup>106</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 126.



yleisestä arvioinnista. Kelpoisuusehdolla pyritään arvioimaan sitä, onko toimittaja riittävän laadukas juuri kyseessä olevaan hankintaan. Hankintalaissa ei säädetä yksityiskohtaisesti siitä, mitä ominaisuuksia tarjoajilta voidaan vaatia, vaan ainoastaan siitä, minkälaisilla asiakirjoilla näitä vaatimuksia voidaan vaatia todennettavaksi.<sup>107</sup>

Hankintayksikkö voi vaatia ehdokkailta tai tarjoajilta kelpoisuusvaatimuksia, jotka liittyvät ehdokkaan tai tarjoajan rahoitukselliseen asemaan, taloudellisen tilanteeseen, tekniseen suorituskyykyyn, ammatilliseen pätevyyteen tai laatua koskeviin ominaisuuksiin. Näitä ehdokkaan tai tarjoajan soveltuvuuteen liittyviä vaatimuksia voidaan nimittää kelpoisuusvaatimuksiksi. Vaadittujen kelpoisuusvaatimusten ja niihin liittyvien selvitysten tulee aina olla oikeassa suhteessa hankinnan kohteeseen eli suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Vaatimusten tulee olla lisäksi objektiivisia ja aina jälkikäteen perusteltavissa. Hankintayksikön velvollisuutena on kyetä tarvittaessa perustelemaan kunkin vaatimuksen taustalla olevat syyt. Lisäksi vaatimusten on liityttävä ehdokkaan tai tarjoajan kyykyyn toteuttaa hankinta.<sup>108</sup>

Seuraavassa korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO:2005:78 asetettiin edellytykseksi tarjoajan hyväksymiselle mukaan tarjouskilpailuun vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus. Valittajayhtiön tarjous oli merkitty hankintayksikön laatimaan tarjousvertailun sisältävään pisteytystaulukkoon, mutta tarjoukselle ei kuitenkaan annettu taulukossa pisteitä, vaan tältä osin oli viitattu tarjouksen hylkäämiseen liikevaihdon määrän perusteella.

Korkeimman hallinto-oikeuden perustelujen mukaan hankintayksiköllä oli oikeus asettaa tarjoajille vaatimuksia, joiden perusteella hankintayksikkö voi arvioida tarjoajien kelpoisuutta urakan suorittamiseen. Tarjoajille asetettavat vaatimukset on suhteutettava hankinnan laatuun ja taloudelliseen arvoon ja vaatimuksia asetettaessa on meneteltävä tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus voidaan asettaa vain, jos siihen on erityinen syy, jonka on liityttävä hankinnan kohteeseen. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että kyseisissä olosuhteissa hankintayksiköllä oli ollut perusteltu aihe varmistua urakoitsijan riittävästä suorituskyykyistä. Kyseessä oli melko suuri rakennuskohde ja urakan valmistumisella on ollut työsuojelupiirin määräyksen johdosta poikkeuksellisen kiireellinen aikataulu. Tämä oli edellyttänyt urakoitsijalta välittömästi käytettävissä olevia resursseja työn aloittamiseksi. Liikevaihto kriteerinä voi osaltaan osoittaa urakoitsijan suorituskyykyyn laajuutta ja tehokkuutta. Asiassa ei myöskään tullut esiin, että kyseistä vaatimusta asetettaessa olisi pyritty valittajayhtiön sulkemiseen pois tarjouskilpailusta julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisella tavalla.

Tapauksessa vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus tulkittiin tuomioistuimessa kelpoisuusehdoksi, vaikka vaatimus oli laitettu pisteytystaulukkoon. Tapaukseen sovellettiin vanhaa hankintalakia, mutta oikeustila ei ole muuttunut uuden lain myötä.

<sup>107</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 343.

<sup>108</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 146 – 147.

Hankintayksikön tulee miettiä tarkkaan ennen kilpailutusta, mitä kilpailutuksessa haluaa painottaa. On selvitettävä, minkälainen hankinta vastaa parhaiten hankintayksikön tarpeita. Tämän jälkeen on kirjattava tarjouspyyntöön ja hankintailmoitukseen selkeästi ja avoimesti nämä perusteet. Samoin hankintapäätöksessä on perusteltava päätös tarkkaan.

Esimerkiksi hankintayksiköiden tulisi ennen varsinaisen tarjouskilpailun käynnistämistä harkita minkälaista luotettavuutta hankinnan kohde edellyttää ja minkälaisia selvityksiä tämän luotettavuuden osoittamiseksi ehdokkaiden tai tarjoajien tulee toimittaa. Erilaiset hankinnat edellyttävät hyvinkin erilaisia ominaisuuksia toimittajalta. Esimerkiksi henkilökohtaista palvelua tai asiakaskontaktia edellyttävissä palveluhankinnoissa voidaan yleensä vaatia tiukempia luotettavuuteen ja uskottavuuteen liittyviä näyttöjä kuin tavanomaisissa tavarahankinnoissa.<sup>109</sup>

Ehdokkaiden ja tarjoajien ominaisuuksiin liittyvillä vaatimuksilla voidaan edistää laatuun liittyvien tekijöiden huomioimista hankinnan toteuttamisessa. Erityisesti palveluhankinnoissa ehdokkaiden ja tarjoajien ammattitaitoon, pätevyYTEEN ja kokemukseen liittyvät vähimmäisvaatimukset voivat parantaa palvelujen laatua.<sup>110</sup> Mitä arvokkaampi tai monimutkaisempi hankinta on kyseessä, sitä perustellumpaa tiukempien kelpoisuusvaatimusten asettaminen on. Huomattavaa on, että hankintayksikkö ei voi asettaa vaatimuksia, ellei hankinnan kohde ja sen toteuttaminen niitä edellytä. Kelpoisuusvaatimukset tulee siten johtaa itse hankinnan kohteesta ja niitä on pohdittava sitä taustaa vasten, mitä kulloinkin ollaan hankkimassa.<sup>111</sup>

Rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä sekä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö valitsee rahoitukselliseen ja taloudelliseen tilanteeseen, tekniseen suorituskykyyn ja ammatilliseen pätevyYTEEN liittyviä arviointiperusteita käyttäen tarjoajat, jotka otetaan mukaan tarjouskilpailuun<sup>112</sup>. Hankintayksikön tulisi ilmoittaa hankintailmoituksessa vähimmäisvaatimusten lisäksi myös sellaiset perusteet, joita käyttäen ehdokkaat valitaan rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn sekä kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn. Nämä voivat olla samoja perusteita kuin kelpoi-

<sup>109</sup> HE 50/2006 vp, s. 99.

<sup>110</sup> HE 50/2006 vp, s. 100.

<sup>111</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 144.

<sup>112</sup> HE 50/2006 vp, s. 100.

suusvaatimukset. Vaatimukset ja perusteet voivat liittyä esimerkiksi ehdokkaiden tai tarjoajien vakavaraisuuteen, ammattipätevyyteen tai kokemukseen. Tarjoajien valinnassa käytettävien perusteiden osalta hankintayksikön ei tarvitse ilmoittaa perusteiden painotuksia.<sup>113</sup>

Kelpoisuusehdot eivät voi olla mitä tahansa, vaan hankintalain periaatteet soveltuvat myös kelpoisuusehtoihin. Pääsääntö on hankintalain 2.1 §:ssä, jonka mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Periaatteista kerroin luvussa 3.2.

Seuraavassa markkinaoikeuden tapauksessa on asetettu kelpoisuusvaatimukseksi asianajajan pätevyys:

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 183/08 valtiokonttori oli pyytänyt kansallisella hankintailmoituksella tarjouksia valtion kuolinpesien pesänhoidosta hankintakaudelle 1.1.2008 – 31.12.2011. Tapaukseen sovellettiin uutta hankintalakia. Hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön mukaan tarjoajan on tullut olla asianajaja tai asianajotoimisto. Markkinaoikeus katsoi, että valtiokonttori on voinut palvelujen luotettavuuden varmistamiseksi sekä julkiseen valvontaan liittyvien seikkojen johdosta edellyttää, että tarjoajan on oltava asianajaja tai asianajotoimisto. Mainitut seikat ovat liittyneet tarjoajan edellytyksiin toteuttaa hankinta ja ne ovat olleet hankinnan luonteeseen ja laajuuteen nähden perusteltuja. MAO viittasi 56 §:ää koskeviin esitöihin (HE 50/2006, s. 100), jossa on todettu, että hankintayksiköllä on harkintavaltaa ehdokkaiden ja tarjoajien ominaisuuksiin liittyvien vaatimusten asettamisessa ja että menettelyyn voidaan puuttua vain tilanteissa, joissa vaatimukset eivät liity ehdokkaiden tai tarjoajien mahdollisuuksiin toteuttaa hankinta tai joissa vaatimuksilla vaarannetaan ehdokkaiden tai tarjoajien tasapuolista kohtelua. Siten hankintayksikkö voi halutessaan edellyttää myös esimerkiksi lakisääteistä ammatillista pätevyyttä korkeampaa pätevyyttä.

Kelpoisuusvaatimus voi perustua myös esimerkiksi erityislainsäädäntöön. Tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa on ilmoitettava, mikäli palvelun suorittaminen on rajattu tietylle ammattikunnalle. Ilmoituksen ohessa on mainittava laki, asetus tai hallinnollinen määräys, johon rajausta perustuu. Tätä rajausta käytetään erityisesti silloin, kun tietyllä toimialalla toimimiseen vaaditaan erityisiä viranomaislupia tai pätevyyttä. Tällaisia ovat muun muassa sähkötyöt, teleliikenteen palvelut ja useat terveydenhoitoon tai liikenteeseen liittyvät palvelut.<sup>114</sup> Esimerkiksi sosiaalihuollon ammatillisen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista annetun lain (272/2005) mukaan kelpoisuusvaatimuksena sosi-

<sup>113</sup> HE 50/2006 vp, s. 101.

<sup>114</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 139.

aalityöntekijän tehtäviin on ylempi korkeakoulututkinto, johon sisältyy tai jonka lisäksi on suoritettu pääaineopinnot tai pääainetta vastaavat yliopistolliset opinnot sosiaalityössä.

Tietyissä hankinnoissa kuuluu ottaa huomioon viranomaiselle kuuluvia velvollisuuksia. Annettaessa julkisia hallintotehtäviä muiden kuin viranomaisten hoidettavaksi tulee varmistaa, että esimerkiksi toiminnassa ylläpidetään kielilain (423/2003) edellyttämää palvelutasoa. Kielilaissa säädetään yksilön kielellisistä oikeuksista ja viranomaisten kielellisistä palvelutavoitteista. Hankintalaki ei tuo muutoksia näihin. Hankintayksikkö määrittelee itse hankinnan kriteerit ja esimerkiksi kunnilla on itsehallintonsa mukaisesti oikeus päättää ostettavan palvelun sisällöstä ja laadusta. Jos kunta ostaa julkisia palveluja yksityiseltä yritykseltä, sen on varmistettava, että asiakkaat saavat heille kuuluvan kielellisen palvelun.<sup>115</sup>

Hankintalaki ei ota kantaa siihen, mitä ammattitaito- tai muita laatuvaatimuksia palveluntarjoajalle asetetaan; se ainoastaan rajaa sitä, millä dokumenteilla tämä hankintayksikön vaatima osaaminen todennetaan ja mitataan, mitä esittelen luvussa 3.6. On kuitenkin muistettava, että palvelu- tai tuotekohtaisia määräyksiä voidaan kuitenkin asettaa erityislainsäädännössä tai erilaisissa alakohtaisissa viranomaismääräyksissä, mikä on otettava huomioon tarjouspyyntöä laatiessa.<sup>116</sup>

## 3.5 VERTAILUPERUSTEET

### ***3.5.1 Vertailuperusteiden kriteerit***

Hankintalain 62 §:n mukaan kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina eli arviointiperusteina voidaan käyttää esimerkiksi laatua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huolto- palveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia.

---

<sup>115</sup> HE 50/2006 vp, s. 27.

<sup>116</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 356.

Hankintayksikkö voi kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidessaan ottaa huomioon myös asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita, jos tällaiset perusteet ovat mitattavissa ja liittyvät hankinnan kohteeseen. Samoin edellytyksin hankintayksikkö voi ottaa huomioon myös hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestöosan tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät on määritelty teknisissä eritelmissä. Säännöksessä luetellaan esimerkinomaisesti sellaisia vertailuperusteita, joita käytetään tarjousten vertailussa käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta<sup>117</sup>.

Oheinen luettelo ei ole tyhjentävä. Erilaisissa hankinnoissa on voitava käyttää erilaisia vertailuperusteita ja niiden keskinäisiä painoarvoja, kunhan valitut arviointikriteerit täyttävät hankintalaissa asetetut yleisvelvoitteet esimerkiksi tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta<sup>118</sup>. On kuitenkin huomattava, että useat laissa luetelluista vertailuperusteista, kuten esimerkiksi ”laatu” ovat hyvin yleisiä ja vaativat hankintakohtaisia lisätäsmennyksiä<sup>119</sup>.

Kokonaistaloudellisuutta ei ole missään sitovasti määritelty, eikä näin ollen myöskään tarjousten valinnassa hyväksyttävistä arviointikriteereistä voida lainsäädännössä etukäteen päättää hankintakohtaisuuden takia. Laadun merkitys voi olla jopa ratkaiseva, mutta toisaalta se voi olla vain vähäisessä roolissa. Esimerkiksi hinnan painoarvo voi olla 80 % ja laadun 20 %. Eri hankinnoissa painotetaan erilaisia arvoja, ja hankintalaki sallii tällaisen menettelyn. Laatuvertailun ongelma on usein paitsi arviointiperusteiden epäselvyys, mutta myös se, että tarjousten laatuerojen arviointi ei ole samalla tavalla tarkkaa kuin tavarahankinnoissa. Tarjoaja X:n tarjous saattaa esimerkiksi olla tiettyjen laaturekijöiden osalta Y:n tarjousta parempi, mutta toisaalta Y voi samankin arviointiperusteiden osalta tehdä joltain osin laadukkaamman tarjouksen.<sup>120</sup> Vertailuperusteiden painotamisesta kerron lisää seuraavassa luvussa 3.5.2.

---

<sup>117</sup> HE 50/2006 vp, s. 105.

<sup>118</sup> Alkio – Wik 2009, s. 1145.

<sup>119</sup> Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 298.

<sup>120</sup> Virtanen 2008, s. 775.

Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettaminen on hankintayksikön harkittavissa. Vertailuperusteiden on täytettävä kaikki lain asettamat vaatimukset ja periaatteet. Muun muassa vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen, oltava objektiivisia ja syrjimättömiä eivätkä ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Käsittelin periaatteita tarkemmin luvussa 3.2.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 45/04 tarjouspyynnössä oli ilmoitettu hankinnan valintaperusteeksi kokonaistaloudellisen edullisuuden. Yhtenä vertailuperusteena oli käytetty tarjoajan markkina-asemaa. Markkinaoikeus totesi ratkaisun perusteluissaan, että tarjouspyynnössä ei määritelty tarkemmin sitä, mitä edellä mainitulla tarjoajan markkina-asemaa koskevalla vertailuperusteella oli tarkoitettu. Myös hankinnan laatuun nähden tarjoajan markkina-asemaa ei voida pitää sellaisena seikkana, jonka perusteella on osaltaan voitu selvittää, mikä tarjouksista on ollut taloudellisesti edullisin. Tarjoajan markkina-asemaa sinänsä on lähtökohtaisesti pidettävä seikkana, joka on luonteeltaan syrjivä. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menetellyt asiassa julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti, kun se oli käyttänyt tarjouspyynnössä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena seikkaa, joka ei ollut kysymyksessä olevassa hankinnassa hyväksyttävä.

Hankintalain mukaan vertailuperusteina voidaan käyttää tietyissä tapauksissa ominaisuuksia. Hankintalain 72 §:n mukaan palveluhankinnoissa, joissa palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa. Koskeeko tämä hankintalain kohta vain kansallisia hankintoja ja millaisissa hankinnoissa tätä säännöstä voidaan ylipäätään soveltaa? Käsittelen luvussa neljä kyseisen hankintalain 72 §:n soveltamisalaa ja kriteerejä.

Direktiivimuutoksilla ei ole muutettu EU:n laajuisen hankintasääntelyn peruseriaatteita<sup>121</sup>. Hankintadirektiivit sääntelevät niin sanottujen EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen hankintamenettelyitä. Euroopan unionin tuomioistuin (entinen EY-tuomioistuin) ja komissio ovat kuitenkin useissa tapauksissa kiinnittäneet huomiota jäsenvaltioiden velvollisuuteen noudattaa perustamissopimuksen tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta.<sup>122</sup> Kansallisissa hankinnoissa sekä kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa on noudatettava EU:n periaatteita.

<sup>121</sup> HE 50/2006 vp, s. 35.

<sup>122</sup> HE 50/2006 vp, s. 8.

Monessa tuomioistuimen päätöksessä on saatettu todeta jokin tarjoajan ominaisuuteen liittyvä vertailuperuste kielletyksi. Tällaisista ratkaisuista ei kuitenkaan voida vetää suoria johtopäätöksiä siitä, mikä on kiellettyä ja mikä ei, jo pelkästään siksi, että hankintayksiköiden tarpeet ja hankinnan kohteet vaihtelevat merkittävästi. Varsin usein tuomioistuin ei niinkään ole todennut jonkin tietyn tarjoajan ominaisuuden vertailemisen mahdottomaksi. Toisaalta Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on selvästi nähtävissä eräitä tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä, joita ei voida käyttää vertailuperusteena.<sup>123</sup>

Oikeuskäytännöstä löytyy runsaasti esimerkkejä syrjivistä ja tulkinnanvaraisista vertailuperusteista. Liian yleisinä ja yksilöimättöminä on pidetty esimerkiksi seuraavia ilmaisuja: käyttökustannukset, muut perusteet, yleiset vaatimukset, muut tarjouspyynnössä ja sen liitteissä esitetyt seikat, yhteistyökyky, tarjousten vastaavuus hankintaohjelmassa osakokonaisuuksittain esitettyihin tavoitteisiin, palvelun järjestämisen toimintamalli, laadulliset asiat, teknilliset perusteet, kokonaislaatu, kokonaiskustannukset, koneen tekniset ominaisuudet, arviointitehtävän sisällön ja tavoitteiden ymmärtäminen, tutkimusstrategia ja sen kattavuus sekä sopimusehdot. Tarjouspyynnössä tulee selkeästi ilmoittaa, mitä yllä mainitun tyyppillisillä vertailuperusteilla tarkoitetaan, miten niitä vertaillaan, painotetaan ja mahdollisesti pisteytetään tai miten seikkoja muuten sanallisesti arvioidaan.<sup>124</sup>

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 300/08 tarjouspyynnössä oli todettu, että hankinnan valintaperusteena oli ollut kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteita ovat olleet vuotuiset kokonaiskustannukset 51 prosentin painoarvolla sekä toiminnan laatu ja henkilöstöjärjestelyt 49 prosentin painoarvolla. Tarjouspyynnössä oli laadun kriteereiksi ilmoitettu seuraavat seikat: toimintasuunnitelma terveysaseman palvelujen tehokkaaksi ja asiakaslähtöiseksi tuottamiseksi huomioiden erityisesti palvelujen saavutettavuus kyseisen kaupungin toimintaympäristössä, palvelun tuottajan valmius perusterveydenhuollon palvelun tuottajaksi sekä luotettavuus ja yhteistyökyky, laadunhallintajärjestelmän kuvaus ja sen soveltaminen kyseisen terveysaseman avohoitoon sekä kokemukset ja tulokset vastaavista palveluista. Tämän lisäksi laadun kriteereiksi ilmoitettiin suunnitelma ja kokemukset moniammatillisen työyhteisön henkilöstön johtamisesta, toimintavarmuuden ja saatavuuden varmistaminen, esitys lääkärihenkilöstön pätevyysvaatimuksista sekä esitys sitoutuneiden lääkäreiden määrästä ja kokemuksesta ja viimeisenä selvitys vastaavan lääkärin pätevyydestä ja työkokemuksesta.

Markkinaoikeus totesi perusteluissaan, että tarjoajien kelpoisuusvaatimukset ja kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteen mukaan. Määrätynlaiset seikat voivat liittyä joissakin tapauksissa tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja toisissa tapauksissa taas paremminkin tarjousten taloudellisen edullisuuden arviointiin. Hankintamenettelyn avoi-

<sup>123</sup> Pökkylä 2010, s. 7 – 8.

<sup>124</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 410.

muus ja tasapuolisuus edellyttävät, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla on merkitystä yhtäältä tarjoajien kelpoisuutta arvioitaessa ja toisaalta tarjouskilpailua ratkaistaessa. Yksittäisessä hankinnassa ei siten tulisi lähtökohtaisesti käyttää samoja seikkoja sekä tarjoajien kelpoisuusvaatimuksina että tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteina ainakaan yksilöimättä tarjousasiakirjoissa riittävän selvästi sitä, mitä tietoja tarjoajilta edellytetään seikkojen arvioimiseksi ja kuinka nimetyt seikkoja on tarkoitus soveltaa kussakin tarkoituksessa.

Hakija väitti hakemuksessaan tietyt vertailuperusteet virheellisiksi. Markkinaoikeus otti kantaa *kokemuksiin ja tuloksiin vastaavista palveluista* -kohtaan seuraavalla tavalla: Saaduista tarjouksista ja asiassa esitetystä selvityksestä on ilmennyt, että arviointi on mainituilta osin perustunut aikaisempien toimitusten laadulliseen arviointiin, eikä vain luettelomaisen referenssilistan huomioon ottamiseen. Ottaen huomioon hankinnan kohteen laadun sekä asiassa arvioidun tarjoajien aikaisempaa kokemusta osoittavan aineiston sisällön sekä tarjousvertailua koskevasta muistiosta ilmenevät perustelut markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö on voinut ilmoittaa tarjouksen laatua määrittäviksi tekijöiksi myös tarjoajien aikaisempaan kokemukseen liittyneet seikat sekä vertailla tarjouksia näiden vertailuperusteiden suhteen.

Laatujärjestelmän, laatumittareiden ja seurantajärjestelmien suhteen markkinaoikeus totesi, että hakijan ja voittaneen tarjoajan tarjousten välillä oli ollut laadullisia eroavaisuuksia, jotka hankintayksikkö oli harkintavaltansa puitteissa voinut ottaa tarjouksia vertailtaessa huomioon. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli voinut harkintavaltansa puitteissa arvioida tarjoukset tarjousvertailussa suorittamallaan tavalla.

Suunnitelmasta ja kokemuksesta moniammatillisen työyhteisön henkilöstön johtamisesta markkinaoikeus totesi, että tarjousasiakirjoista ilmeni, että molemmilla tarjoajilla oli ollut kokemusta moniammatillisen työyhteisön johtamisesta, mutta voittaneen tarjoajan kokemus oli tältä osin ollut tarjousasiakirjojen perusteella hakijaa laajempaa. Erikoista tapauksessa on, että markkinaoikeus eikä hakija kommentoinut vertailuperusteina olleita luotettavuutta ja yhteistyökykyä.

Vertailuperusteet tulee yksilöidä riittävästi, sillä ne eivät saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta harkintavaltaa vertailtavien seikkojen sisällön määrittelyssä. Tämä koskee erityisesti sanan ”laatu” yksilöintiä. Vertailuperusteena ei voi sellaisenaan käyttää ”laatua” tai ”kokonaislaatua”, vaan ne on tarkennettava esimerkiksi liiteasiakirjoissa.<sup>125</sup>

Vertailuperusteena voi käyttää vain sellaisia tekijöitä, joiden perusteella voidaan arvioida tarjouksen suoritustasoa suhteessa hankinnan kohteen määrittelyyn sekä tarjousten hinta/laatu -suhdetta. Perusteiden asettamista koskevassa harkinnassa olisi siten huomioidava tarjousten vertailtavuus vertailuperusteita soveltaen eli vertailuperusteiden on synnyttävä vertailukelpoisia tarjouksia. Oikeuskäytännön mukaan hankintayksikkö on oikeutettu ottamaan tarjousten vertailussa huomioon vain tarjoajien tarjouksissaan esittämät tiedot.<sup>126</sup> Tiettyssä mielessä hankintasäännöt rajoittavat hankintayksikön sopimusvapautta. Valinnan tulee kohdistua juuri siihen tarjoajaan, jonka tarjous on hankintayk-

<sup>125</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 412.

<sup>126</sup> HE 50/2006 vp, s. 106.



sikön etukäteen ilmoittamien vertailuperusteiden mukaan objektiivisesti edullisin.<sup>127</sup>

Markkinaoikeuden ratkaisun perusteluissa käytetään seuraavanlaista perusfraasia, jota on sovellettu seuraavissakin MAO:n tapauksissa: ”Markkinaoikeus katsoo, että kyseiset arviointiperusteet ovat olleet siinä määrin yksilöimättömiä, etteivät tarjoajat ole voineet tietää, millä seikoilla mainitun arviointiperusteen osalta tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun. Mainitut arviointiperusteet eivät siten ole olleet omiaan tuottamaan vertailukelpoisia tarjouksia ja turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa. Mainitut arviointiperusteet ovat myös olleet omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa.”

Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 16.2.2005 taltio 322 Valtiovarainministeriö oli pyytänyt tarjouksia vuoden 2003 valtionhallinnon virkamiesmatkustuksen kansainvälisistä lentokuljetuspalveluista. Kysymyksessä oli EU-kynnysarvot ylittävä hankinta. Tarjouspyyntöasiakirjoissa ei yksilöity, mitä seikkoja laadun osalta tulee arvioidavaksi. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei tarjouksia ole tästä syystä voitu arvioida laadun osalta tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantumatta. Perusteita sille, että voittaneelle toimittajalle voitaisiin antaa tältä osin enemmän pisteitä kuin valittajalle, ei ilmennyt.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 210/05 tarjouspyynnön mukaan valintaperusteena tulostinlaitteiden valinnassa oli ollut kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteina olivat olleet ”hinta, laatu, tekniset ansiot, toimittajan tuki- ja huoltopalvelut, käyttöönoton vaatima koulutus ja työaikapanos.” Tarjouspyynnössä ei lainkaan määritelty sitä, mitä laatu -nimisellä vertailuperusteella oli tarkoitettu ja miten sitä tullaan arvioimaan. Markkinaoikeus katsoi, että kyseinen vertailuperuste oli ollut siinä määrin yksilöimätön, että sillä oli voitu tarkoittaa sattumanvaraisesti mitä tahansa laadullisia ominaisuuksia.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 92/04 tarjouspyynnössä ilmoitettiin hinnan lisäksi vaikuttaviksi tekijöiksi palvelun kokonaislaatuun ja kokonaiskustannuksiin liittyvät tekijät. Markkinaoikeuden ratkaisun perustelujen mukaan tarjouspyynnössä ei määritelty sitä, mitä palvelun kokonaislaatuun ja kokonaiskustannuksiin liittyvillä tekijöillä oli tarkoitettu. Markkinaoikeus katsoi, että kyseinen kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperuste oli ollut luonteeltaan siinä määrin yleisluonteinen, että se oli antanut hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousten vertailun toteuttamisessa ja ollut siten omiaan vaarantamaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO:30/06 tarjouspyynnön mukaan tarjousten kokonaistaloudelliset vertailuperusteet olivat olleet synergiaedut, käyttökustannukset, laatu, logistiset kokonaisjärjestelyt (tilausmenettely, tilausaika, toimitusvarmuus, kuljetusjärjestelyt, toimitusajankohta ja laskutus) sekä hinta. Tarjouspyynnössä ei yksilöity, mitä vertailuperusteilla ”synergiaedut”, ”käyttökustannukset” ja ”laatu” on tarkoitettu ja miten mainittuja vertailuperusteita tullaan arvioimaan. ”Logistiset kokonaisjärjestelyt” -vertailuperusteen osalta hankintayksikkö oli ilmoittanut tarjouspyynnössä ne osatekijät, joiden perusteella kyseistä vertailuperustetta tullaan arvioimaan. Markkinaoikeus katsoi, että kyseinen vertailuperuste ja sen eri osatekijät olivat tulleet hankinnan kohde huomioon ottaen tarjouspyynnössä riittävällä tarkkuudella yksilöidyksi. Samoin markkinaoikeus katsoi, ettei hankintayksikkö menetellyt ketään tarjoajaa syrjivästi tai muutoin hankintasäännösten vastaisesti, kun se oli tarjousvertailussa muodostanut lääketieteellisesti tai menetel-

<sup>127</sup> Hemmo 1997, s. 69 – 70.

mäteknisesti hankintakokonaisuuksia, vaikka se ei ollut ilmoittanut niitä tarjouspyynnössä.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 17/06 tarjouspyynnön mukaan tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteita olivat hinta, henkilökunta, laitteet ja kalusto sekä yhteistyökyky. Markkinaoikeuden mukaan yhteistyökykyä oli pidettävä ylimalkaisena. Tarjouspyynnössä ei kuvattu sitä, millä tavoin hankintayksikön on ollut tarkoitus arvioida tarjoajien sanottua ominaisuutta, eikä liioin pyydetty esittämään selvitystä siihen mahdollisesti liittyvistä tekijöistä. Kyseisen vertailuperusteen käyttäminen oli muutoinkin pidettävä varsin kyseenalaisena perusteen avatessa mahdollisuuden aikaisemman tarjoajan suosimiselle ja tarjoajien epätasapuoliselle kohTELulle.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 180/04 valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus, jossa vertailuperusteina olivat olleet hinta, haalussuunnitelma, suunnitelman taloudellinen vaikutus, tekniset valmiudet ja referenssit. Tarjouspyynnössä tai muissakaan tarjouspyyntöasiakirjoissa ei lähemmin yksilöity, mitä kyseisillä vertailuperusteilla tarkoitettiin. Markkinaoikeus katsoi, että vertailuperuste ”suunnitelman taloudellinen vaikutus” on ollut siinä määrin yksilöimätön, että sillä on voitu tarkoittaa sattumanvaraisesti mitä tahansa taloudellisia vaikutuksia. Tarjoajat eivät tarjouta laatiessaan voineet tietää, millä seikoilla mainitun vertailuperusteen osalta tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun. Mainittu vertailuperuste ei siten ollut omiaan tuottamaan vertailukelpoisia tarjouksia ja turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa. Mainittu vertailuperuste oli myös ollut omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa.

Esimerkkinä rajoittamattoman harkintavallan antavasta perusteesta on myös markkinaoikeuden ratkaisu MAO 108/06, jossa hankinnan koskiessa liikenneopetuksen teoriaosuuden järjestämistä vertailuperusteeksi asetettiin muun muassa ”tilaajan mielipide järjestelyn sopivuudesta koulun toimintaan”. Samaisessa tapauksessa on käsitelty myös laatua vertailuperusteena. Mistä laatu muodostuu, tulee siten aina kirjoittaa tyhjentävästi auki. MAO:n ratkaisusta valitettiin KHO:een, mutta KHO totesi ratkaisussaan, että MAO:n päätöksen muuttamiseen ei ole syytä.

Samankaltainen tapaus on MAO:33/05, jossa tarjouspyynnössä on yhtenä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena mainittu ”tuotteiden ja palvelujen sopivuus koulutuskuntayhtymän tarpeisiin. Tarjouspyynnössä ei selitetty sen tarkemmin, mitä seikkoja kyseisellä vertailuperusteella oli tarkoitettu ja miten niitä tullaan arvioimaan. Markkinaoikeus katsoi, että kyseinen vertailuperuste oli hankinnan kohde huomioon ottaen ollut siinä määrin yksilöimätön, etteivät tarjoajat ole voineet tietää, millä seikoilla mainitun vertailuperusteen osalta tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun. Mainittu vertailuperuste oli omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa.

Markkinaoikeudessa on monia tapauksia, joissa on käytetty epäselviä vertailuperusteita tai kelpoisuusehdot ja vertailuperusteet ovat menneet tarjouspyynnössä sekaisin. Vertailukelvottomuus on yleinen perustelulause markkinaoikeuden ratkaisun perusteluissa: ”Markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksikön laatiman tarjouspyynnön voida katsoa olleen omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia”.

Hankinnan kohde on kuvattava sillä tarkkuudella, mitä hankinnan kohde edellyttää ja tarjouspyynnössä ilmoitettuja vertailuperusteita on käytettävä vertailussa:

Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 21.3.2006 taltio 652 hankintayksikkö oli pyytänyt FinWest – Suomen Lännen matkailukeskittymien vientihanke 2003 – 2006 -nimisen yhteistyöhankkeen nimissä tarjouksia Länsi-Suomen kierto- ja kulttuurimatkailureittien tuotteistami-

sesta ulkomaan markkinointia varten. KHO totesi ratkaisun perusteluissa, että kyseessä olevan tarjouskilpailun tarkoituksena voidaan päätellä olleen tarjoajien omia ideoita ja ehdotuksia sisältävien ja siten sisällöltään erilaisten tarjousten saaminen. Näin ollen asiassa ei voida katsoa markkinaoikeuden päätöksessä tarkoitettulla tavalla, että tarjouspyyntö olisi puutteellinen, koska tarjouspyynnössä ei ole yksilöity informaatio-, markkinointi- ja opastusmateriaalien muotoa, laajuutta ja edellytetyjä kieliversioita eikä ole tarkemmin määritelty, mitä tarkoitetaan esimerkeillä valmiista tuotekokonaisuuksista. Lisäksi tarjouspyynnön mukaan tarjoajien oli tullut tarjouksessaan ilmoittaa tuotteistamispalvelujen aikataulu ja kustannukset.

Tarjouspyynnössä oli ilmoitettu tarjouksia arvioitaessa kiinnitettävän huomiota niiden kokonaisvaltaisuuteen, konkreettiseen markkinointiehdotukseen ja hinta/laatu -suhteeseen. KHO ei ottanut kantaa vertailuperusteiden hyväksyttävyyteen, vaan totesi, että asiassa esitetty selvitys osoitti, ettei tarjouksia ole vertailtu tarjouspyynnössä ilmoitettujen vertailuperusteiden osalta. KHO katsoi, että hankinnassa oli menetelty tarjousten vertailun osalta julkisista hankinnoista annetun lain vastaisesti.

Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 21.3.2006 taltio 662 tarjouspyynnössä ilmoitetut vertailuperusteet olivat koulutuksen hinta, koulutuksen toteuttamissuunnitelma, opettajaresurssit, asiakastyytyväisyys, koulutuksen vaikuttavuus ja toimitusvarmuus. Valittajan mukaan vaikuttavuuden osalta palautteessa vastataan sellaiseen kysymykseen, jolla ei ole mitään tekemistä hankittavaksi tulevan koulutuksen kanssa. KHO totesi vain tähän, että asiassa ei ilmennyt, että voittaneen tarjoajan tarjouksen pisteytys olisi ollut koulutuksen vaikuttavuuden osalta virheellinen valittajan valituksessa ilmoitetulla tavalla. KHO katsoi, ettei markkinaoikeuden päätöksen lopputuloksen muuttamiseen ole syytä. KHO:n mukaan valittajan korkeimmassa hallinto-oikeudessa esittämällä voittaneen tarjoajan tarjouksen käsittelyä koskevilla seikoilla ei ole merkitystä tarjouskilpailun lopputuloksen kannalta, minkä vuoksi näistä seikoista ei ollut tarpeen enemmälti lausua. Täten KHO ei ottanut millään lailla kantaa vertailuperusteiden hyväksyttävyyteen. On erikoista, että KHO ei perustellut ratkaisuaan millään lailla.

Lähtökohtaisesti mikä tahansa vaatimus voi olla vertailuperusteena, jos se on syrjimätön ja suhteessa hankinnan kokoon ja luonteeseen. Myös pelkästään laatutekijöillä kilpailutettava rakennustyö eli niin sanottu ranskalainen urakka on hyväksytty. Kyseisessä urakkamuodossa hinta määritellään etukäteen ja kilpailu käydään laadusta. Hankintayksikkö ilmoittaa käytettävissä olevan määrärahan tai kiinteän urakkahinnan ja tarjoajien tehtävänä on tarjota haluttu kohde tai esimerkiksi palveluratkaisu tuolla hinnalla. Näissä urakoissa hinnan osuus painotuksessa on siten periaatteessa 0 % ja laatutekijöiden osuus 100 %.<sup>128</sup>

### **3.5.2 Vertailuperusteiden painotus**

Tarjouspyynnön tarkoituksena on hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen kuvaaminen siten, että sen perusteella saadaan lopullisia, yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia, joiden perusteella tarjouksia voidaan tasapuolisesti vertail-

<sup>128</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 414.

la. Tarjouspyyntöjen sisällön puutteellisuudesta johtuva tarjousten vertailukelvottomuus on oikeuskäytännössä katsottu yhdeksi merkittävimmistä hankintamenettelyjä koskevaksi yksittäiseksi ongelmaksi. Yhteismitattomat tarjoukset ovat käytännössä johtaneet tarpeeseen täsmentää tarjouspyyntöä tai tarjouksia hankintamenettelyn aikana tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaarantavalla tavalla.<sup>129</sup> Esimerkiksi yhteistyökykyä tai henkilön todellista pätevyyttä on vaikea mitata, koska kuka tahansa voi kirjoittaa paperilla olevansa yhteistyökykyinen<sup>130</sup>. Kilpailutusta on turha järjestää, jos tarjouksia ei voi verrata objektiivisesti keskenään. Tämän takia on tärkeää painottaa vertailuperusteet tai asettaa ne tärkeysjärjestykseen.

Tarjousten vertailussa ei vertailla tarjoajien ominaisuuksia tai muitakaan vertailuperusteita, elleivät kyseiset vertailuperusteet ole kirjattu tarjouspyyntöön. Hankintalain 62 §:n mukaan EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä. Poikkeaminen olisi mahdollista esimerkiksi silloin, jos kysymyksessä on monimutkainen hankinta, joka voidaan toteuttaa erilaisin tavoin<sup>131</sup>. Hankintayksikön olisi tällöin kuitenkin ilmoitettava vertailuperusteiden tärkeysjärjestys

Jos EU-hankinnoissa hankinnan kilpailutuksessa painotetaan vertailuperusteet ennakolta, niin vertailussa pisteytys on tehtävä numeroperäisin arvoin ja nämä vaatimukset eivät saa kohdentua liian tiukasti johonkin tiettyyn suorittajaryhmään, ellei tämä ole perusteltua<sup>132</sup>. Muutoin vertailuperusteet voidaan painottaa melkein miten tahansa, jolloin hankintayksiköllä on suuri harkintavalta pisteytysperusteiden ja muiden vertailumenetelmien käytön suhteen. Tämä on todettu oikeuskäytännössä, sillä markkinaoikeus on harvoin puuttunut pisteytysmenetelmien käyttöön. MAO on puuttunut esimerkiksi sellaisiin selviin tapauksiin, joissa tarjousten vertailussa käytetty menetelmä on johtanut tarjouspyynnössä ilmoitettujen painoarvojen syrjäytymiseen tai pisteytys on jollain lail-

<sup>129</sup> HE 50/2006 vp, s. 86.

<sup>130</sup> Pökkylä 2010, s. 20.

<sup>131</sup> HE 50/2006 vp, s. 31.

<sup>132</sup> Pökkylä 2010, s. 20.

la ollut epälooginen. Ennen nykyisen lain voimaantuloa vertailuperusteita ei ole tarvinnut painottaa.

Hankintalain 72.2 §:n mukaan kansallisessa menettelyssä käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta myös arvioinnissa käytettävät vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Vertailuperusteiden asettamisessa voidaan noudattaa soveltuvin osin myös, mitä 62 §:ssä säädetään. Hankintalaissa sanamuoto eroaa EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa ja kansallisessa menettelyssä painotuksen osalta. Hallituksen esityksen mukaan kansallisessa menettelyssä tarjoajan ja tarjouksen valinnassa noudatettaisiin samoja pääperiaatteita kuin EU-kynnysarvot ylittävissäkin hankinnoissa, mutta esimerkiksi vertailuperusteita ei tarvitsisi painottaa ennakolta<sup>133</sup>.

Tarjousvertailun perustarkoituksena on tuoda esille tarjousten erot ja paremmuusjärjestys. Pelkästään yhden tarjoajan paremmuutta tai valitsemista tukevien seikkojen esittely ei täytä hankintalain tarjousvertailulle asettamia vaatimuksia.<sup>134</sup> Vertailussa tehdyt virheet ovat tyypillisiä. Pelkästään tarjousten ”esittelemine” tarjottujen tuotteiden ominaisuuksien osalta ei ole riittävää, vaan tarjouksia on aidosti vertailtava ja nimenomaan ilmoitettujen vertailuperusteiden osalta. Tarjoukset on vertailussa laitettava paremmuusjärjestykseen tai todettava ne samanarvoisiksi kaikkien vertailuperusteiden osalta ja tämän jälkeen tehtävä ilmoitettujen painoarvojen mukainen yhteenveto ja loppupäätelmä siitä, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin.<sup>135</sup>

Laissa ei edellytetä vertailuperusteiden painotusten tai pisteytysperusteiden ilmoittamista ennakolta, mutta käytännössä nämä seikat on mainittava, jos niillä on merkitystä tarjouksen tai osallistumishakemuksen tekemiselle. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on Lianakis -tuomiossaan edellyttänyt kaikkien vertailuun vaikuttavien alakriteerienkin painottamista ennakolta, jos niitä käytetään vertailuperusteina. Tuomioistuimen mukaan tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että hankintayksikkö ilmoittaa kaikki tekijät, jotka se ottaa huomioon määritellessään kokonaistaloudellisesti edullisin-

---

<sup>133</sup> HE 50/2006 vp, s. 2.

<sup>134</sup> Virtanen 2007, s. 226.

<sup>135</sup> Virtanen 2007, s. 230.

ta tarjousta. Näin ollen myös tarjoajaa koskeva painotus ja niiden alakriteerit on ilmoitettava ennakolta eikä niitä voi määrittellä tarkemmin enää sen jälkeen, kun tarjoukset on saatu.<sup>136</sup>

Markkinaoikeus on tuomion antamisen jälkeen viitannut vertailuperusteiden ilmoittamisen tarkkuutta koskevissa ratkaisuisaan Lianakis -tuomioon ja todennut, että tasavertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite edellyttävät, että hankintayksikkö ei myöhemmin hankintamenettelyssä määrää painoarvoja ja osatekijöitä tarjouspyyntöasiakirjoissa mainituille sopimuksen tekemisen perusteille<sup>137</sup>. Markkinaoikeus on oikeuskäytännössään nyttemmin todennut, että mikäli hankintayksikkö painottaa kansallisessa hankinnassa vertailuperusteita, sen tulee huolehtia siitä, että painoarvojen suhteellinen merkitys on etukäteen tarjoajien tiedossa hankintamenettelyn avoimuuden sekä tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi. Käytännössä tämän oikeusohjeen noudattaminen tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on noudatettava painotuksen ja pisteytyksen osalta samoja periaatteita sekä kansallisissa että EU-hankinnoissa.<sup>138</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin todettu, että kansallisissa hankinnoissa vertailuperusteet tulee ilmoittaa tärkeysjärjestyksessä, ei siis samalla tavalla suhteellisesti painotettuina kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa<sup>139</sup>. Seuraavassa markkinaoikeuden tapauksessa MAO ottaa selvästi kantaa siihen, että jos hankintayksikkö haluaa painottaa vertailuperusteet, niin ne on ilmoitettava tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 492/09 Työterveyslaitos oli pyytänyt tarjouksia kenttämasaspektrometristä. Tapaukseen sovellettiin uutta hankintalakia ja kyseessä oli kansallinen hankinta. Kyseisessä tapauksessa MAO viittasi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen 24.1.2008 antamaan tuomioon (asia C-532/06, Emm. G. Lianakis AE ym. vastaan Dimos Alexandroupolis ym.), jossa EY-tuomioistuin oli katsonut, että julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY 36 artiklan 2 kohdan, kun sitä luetaan taloudellisten toimijoiden yhdenvertaista kohtelua koskevan periaatteen ja siitä seuraavan avoimuusvelvoitteen valossa, vastaista on, että hankintamenettelyssä hankintaviranomainen määrää myöhemmin painoarvoja ja osatekijöitä tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa mainituille sopimuksen tekemisen perusteille. MAO totesi ratkaisussaan, ettei kansallinen lainsäädäntö sanamuotonsa mukaan edellytä kansallisissa hankinnoissa, että hankintayksikkö ilmoittaa tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa vertailuperusteiden painoarvot

<sup>136</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 345.

<sup>137</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 406 – 407.

<sup>138</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 509.

<sup>139</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 204.

etukäteen. MAO kuitenkin totesi EY-tuomioistuimen tuomion mukaisesti, että mikäli hankintayksikkö käyttää tarjousten vertailuperusteissa erilaisia painoarvoja, sen tulee myös kansallisessa hankinnassa huolehtia siitä, että painoarvojen suhteellinen merkitys on etukäteen tarjoajien tiedossa hankintamenettelyn avoimuuden sekä tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi.

Vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus, painoarvojen kohtuullinen vaihteluväli tai vertailuperusteiden tärkeysjärjestys tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Painotus voidaan ilmoittaa eri muodoissa, muun muassa prosentteina tai suhteellisena osuutena toisesta vertailuperusteesta. Joustavuuden säilyttämiseksi painotus voidaan ilmoittaa myös suuruusluokkana tai vaihteluvälinä, johon kustakin vertailuperusteesta saadun arvon on sijoitettava. Vertailuperusteiden ilmoittamisveloitteella pyritään edistämään hankintamenettelyn avoimuutta ja mahdollistamaan menettelyn jälkikäteinen arviointi.<sup>140</sup>

### 3.6 SELVITYKSET

Hankintalain 59 §:ssä esitetään tyhjentävä luettelo selvityksistä, joita voidaan vaatia ehdokkaan tai tarjoajan teknisen suorituskyvyn tai ammatillisen pätevyyden arvioimista varten. Kyseinen säännös perustuu hankintadirektiivin 48 artiklaan. Laissa lueteltuja selvityksiä ei voi pyytää missä tahansa hankinnoissa, vaan hankintalain 56.2 §:n mukaan selvitysten tulee liittyä ehdokkaan ja tarjoajan edellytyksiin toteuttaa hankinta, ja ne on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen.

Vaatimusten tulee olla kohtuullisessa suhteessa hankinnan toteuttamiseen liittyvien riskien minimointitavoitteen kanssa. Huomiota tulisi kiinnittää siihen, millä tavoin vaatimukset vaikuttavat ehdokkaiden tai tarjoajien määrään tarjouskilpailussa. Perusteettomat tai ylimitoitettavat vaatimukset voivat sulkea tarjouskilpailusta muuten soveliaita yrityksiä, mikä ei ole tarkoituksenmukaista tarjouskilpailun onnistumiseksi.<sup>141</sup> Hallituksen esityksessä todetaan suoraan, että hankintalain 59 §:ssä on kyseessä tyhjentävä luettelo, mikä tarkoittaa, että EU-hankinnoissa muita selvityksiä ei saa pyytää ehdokkaan tai tarjoajan teknisen suorituskyvyn ja ammatillisen pätevyyden arvioimista varten. Tämän

<sup>140</sup> HE 50/2006 vp, s. 107.

<sup>141</sup> HE 50/2006 vp, s. 102.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tapauksessa *Transporoute*<sup>142</sup>.

Asiassa C-76/81, *Transporoute*, Luxemburgin valtio esitti, että vaaditun perustamisluvan myöntäminen voitiin rinnastaa rekisteröintiin viralliseen hyväksytyjen taloudellisten toimijoiden luetteloon, joka on direktiivin mukaan sallittu. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin totesi, että vaikka tällainen rinnastus olisikin mahdollinen, ei direktiiviä tullut tulkita niin, että se oikeuttaisi jäsenvaltion vaatimaan ehdokkailta tai tarjoajilta rekisteröitymistä sen maan toimittajalistaan, jossa hankintayksikkö sijaitsee. Hankintayksikön tulee hyväksyä vaihtoehtoisena selvityksenä toimittajan kelpoisuudesta rekisteröityminen minkä tahansa jäsenmaan viralliseen toimittajalistaan vastaavuoisen tunnistamisen periaatteen ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuskäytännön mukaisesti. Tuomioistuin totesi ratkaisun perusteluissa, että lista on tyhjentävä.

Hankintalain systematiikassa 59 § liittyy selvästi kelpoisuuden arviointiin. Vasta lain 62 §:ssä on kyse tarjousten valinnasta eli vertailusta, eikä tässä lainkohdassa mitenkään viitata 59 §:ään tai rajata hankintayksikön oikeutta pyytää erilaisia asiakirjoja tarjousten valinnan pohjaksi. Kun hankintalain 71.2 §:ssä viitataan kelpoisuusarvioinnin osalta ”soveltuvien osien” 52 – 59 §:iin, jää erityisesti kansallisten hankintojen osalta avoimeksi se, mitä asiakirjoja hankintayksikkö ylipäätään saa pyytää. Virtasen mukaan kansallisissa hankinnoissa ei hankintayksikkö voi kelpoisuuden selvittämisen osalta vaatia muita asiakirjoja.<sup>143</sup> Sitä vastoin Pekkala toteaa, että kansallisissa hankinnoissa ehdokkaiden ja tarjoajien valinnassa voidaan käyttää mitä tahansa syrjimätöntä luottokelpoisuutta, teknistä kelpoisuutta tai ammatillista pätevyyttä koskevaa ehtoa ja niiden todentamiseen vaadittavaa asiakirjaa<sup>144</sup>. Näin ollen oikeuskirjallisuudessa näkemykset poikkeavat keskenään tässä asiassa.

Tarjousten vertailua koskevassa lain 62 §:ssä ei viitata 59 §:ään, ja kansallisissa hankinnoissa voidaan käyttää vähimmäisvaatimukset ylittävää ammattitaitoa tarjousten arviointiperusteena. Virtanen katsoo tällä perusteella, että hankintayksikkö voi tarjousten vertailua varten vaatia ja ottaa vastaan myös muita kuin 59 §:ssä mainittuja asiakirjoja, vaikka vaadittavat tiedot voisivat liittyä myös kelpoisuusarviointiin.<sup>145</sup> Muut oikeuskirjailijat eivät ole ottaneet tähän asiaan kantaa.

Hankinnassa on tärkeää erottaa tarjoajaa koskeva vaatimus selkeästi sitä todentavasta selvityksestä. Tyypillinen virhe on, että hankintayksikkö pyytää pelkkiä selvityksiä tai

<sup>142</sup> Kalima 2007, s. 196.

<sup>143</sup> Virtanen 2008, s. 699.

<sup>144</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 482.

<sup>145</sup> Virtanen 2008, s. 699.



asiakirjoja, mutta ei yksilöi, mitä varten näitä asiakirjoja pyydetään eli mitä tarjouksessa vaadittua ominaisuutta niillä mitataan ja arvioidaan. Jos hankintayksikkö esimerkiksi pyytää tarjoajia liittämään tarjoukseen henkilöiden ansioluetteloita, on samalla kerrottava, mitä vaatimuksia näillä asiakirjoilla halutaan todentaa. Esimerkiksi ansioluettelolla voidaan pyytää osoittamaan tarjouspyynnössä vaaditun koulutuksen tai kokemuksen.<sup>146</sup>

Hankintalain 59 §:ssä on lueteltu selvitykset, joita voidaan pyytää tarjouspyynnössä palveluhankintoihin liittyen:

Hankintalain 59 §:n 1 kohdan mukaan toimittajan johtohenkilöiden tai palvelun tai urakan suorittamisesta vastaavien henkilöiden koulutusta ja ammatillista pätevyyttä koskevat selvitykset voivat olla esimerkiksi tutkintotodistukset tai ansioluettelot. Koulutusta ja ammatillista pätevyyttä koskevien selvitysten vaatiminen on perusteltua erityisesti henkilökohtaista työsuoritusta edellyttävissä palveluhankinnoissa<sup>147</sup>.

Hankintalain 59 §:n 2 ja 3 kohdan mukaan hankintayksikkö voi pyytää toimittajilta referenssiluetteloja rakennusurakoiden osalta enintään viimeksi kuluneen viiden vuoden aikana toteutetuista rakennusurakoista sekä tavara- ja palveluhankintojen osalta enintään viimeksi kuluneen kolmen vuoden aikana toteutetuista tärkeimmistä toimituksista. Hankintayksikkö voi edellyttää referenssiluetteloilta yksityiskohtaista erittelyä hankintojen ajankohdista, arvoista ja asianmukaisesta toteuttamisesta. Hankintayksikkö voi pyytää myös asianmukaisia varmuksia, kuten tilaajan vahvistusta tai tarjoajan vakuutusta. Referenssejä koskevien selvitysten vaatimisessa ja niihin perustuvien ehdokkaiden tai tarjoajien teknistä kapasiteettia koskevissa vaatimuksissa tulee huomioida referenssien merkitys hankinnan kohteen kannalta. Tarjoajien tasapuolisen kohtelun periaatteen ja kilpailuolosuhteiden hyödyntämistä koskevien vaatimusten kanssa ristiriitaista voi olla menettely, jossa painoarvoa annetaan yrityksen sellaisille referensseille, jotka eivät koske hankinnan kohteena olevaa tavara- tai palveluhankintaa taikka rakennusurakkaa.<sup>148</sup>

Hankintalain 59 §:n 4 kohdan mukaan hankintayksiköllä on oikeus pyytää tarjoajilta ja urakoitsijoilta selvityksiä niiden omista ja ulkopuolisista teknisistä asiantuntijoista tai toimielimistä, erityisesti niistä, jotka ovat vastuussa laadunvalvonnasta.

Säännöksen 6 kohdan mukaan hankintayksikkö voi vaatia tarjoajaa esittämään todistuksen tarjoajan tuotantokapasiteettia tai palveluntarjoajan teknistä suorituskykyä, tutkimus- tai kokeilujärjestelmiä tai laadunvalvontatoimenpiteitä koskevasta tarkastuksesta.

Säännöksen 1 momentin 11 kohdan mukaan sijoittamis- ja asennustoimia edellyttävissä hankinnoissa hankintayksikkö voi pyytää ehdokailta tai tarjoajilta selvityksiä ammattitaidosta, tehokkuudesta, kokemuksesta ja luotettavuudesta. Tällaisina selvityksinä voivat tulla kysymykseen esimerkiksi tarjoajan omat kuvaukset, aiempia töitä koskevat asiakkaiden lausunnot tai ammatillista pätevyyttä koskevat todistukset<sup>149</sup>.

Pykälän 3 momentin mukaan hankintayksikön vaatiessa selvitystä laadunvarmistustoimenpiteistä sen tulee viitata alan eurooppalaisiin standardisarjoihin perustuviin laadunvarmistusjärjestelmiin.

<sup>146</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 344 – 345.

<sup>147</sup> HE 50/2006 vp, s. 103.

<sup>148</sup> HE 50/2006 vp, s. 103.

<sup>149</sup> HE 50/2006 vp, s. 104.

Hankintayksikön on hyväksyttävä muiden jäsenvaltioiden toimielinten vastaavat todistukset sekä ehdokkaiden ja tarjoajien kuvaukset laadunvarmistuksen tasosta. Kuten aiemmin mainittu, jos käytetään tiettyä teknistä eritelmää, niin on mahdollistettava myös vastaava.

Selvitysten lisäksi palveluhankinnoissa tarjoajien ominaisuudet voidaan selvittää haastattelulla. Haastattelun tulee perustua johonkin asetettuun vertailuperusteeseen ja haastattelussa on mitattava juuri tuon vaaditun ominaisuuden täyttymistä. Hankintayksikkö voi esimerkiksi palveluhankinnoissa pyrkiä varmistamaan tarjoajien osaamista ja kielitaitoa. Haastattelu ei siten voi olla yleistä eikä se saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta valita mieleistään henkilöä.<sup>150</sup> Seuraavassa MAO:n tapauksessa ei ole eritelty, miten haastattelua on arvioitu vertailuperusteena.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 331/09 kunnan pelastuslaitos oli julistanut haettavaksi piirinuohoojan tehtävät toistaiseksi voimassaolevalle sopimuskaudelle. Tarjouspyynnössä oli ilmoitettu hankinnan valintaperusteeksi kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteita olivat ammatillinen koulutus 35 prosenttia, työkokemus nuohousalalla 25 prosenttia, kalusto ja välineistö 10 prosenttia, toimintavarmuus ja tavoitettavuus 10 prosenttia sekä haastattelu 20 prosentin painoarvolla. Vertailuperusteisiin kuuluneesta haastattelusta oli tarjouspyynnössä todettu, että hankintayksikkö haastattelee neljän ensimmäisen vertailuperusteen mukaan tehdyn vertailutuloksen perusteella enintään 3–5 tarjoajaa ja että haastattelun perusteella saatu pisteytys lisätään tämän jälkeen kokonaisvertailutulokseen. Haastattelua koskenut vertailuperuste on jaettu taulukon mukaan perusteisiin ”yleinen käyttäytyminen ja asiallisuus” sekä ”arvio toimimisesta asiakaspalvelijana ja palvelualltius”. Pisteet on näiden perusteiden sisällä jaettu asteikolla hyvä ja tyydyttävä. Viimeksi mainitun osaperusteen arvioinnin osalta vertailutaulukossa on vielä hakijan ja toisen samansuuruisen pistemäärän saaneen tarjoajan osalta todettu, että haastattelijoiden arvio on tämän perusteen osalta perustunut haastattelutilanteessa saatuun kuvaan.

MAO totesi ratkaisun perusteluissaan, että haastattelua koskeneen vertailuperusteen osalta hankintapäätöksestä ei ilmennyt niitä seikkoja, joiden perusteella mainitun vertailuperusteen alla huomioon otettuja tekijöitä on arvioitu. Haastattelua koskeneen vertailuperusteen osalta MAO totesi, että tarjouspyynnössä todetun perusteella ei ole tämän vertailuperusteen osalta ollut mahdollista päätellä, mitä seikkoja hankintayksikkö tulee perustetta arvioidessaan ottamaan huomioon. Markkinaoikeus näin ollen katsoi, että kysymyksessä oleva vertailuperuste on tarjouspyynnössä esitettyssä muodossaan jättänyt hankintayksikölle käytännössä lähes rajoittamattoman vapauden tarjousten vertailussa. Näiltä osin hankintayksikkö oli siten menetellyt tarjouksia vertaillen ja hankintapäätöstä perustellessaan hankintasäännösten vastaisesti.

Hankintayksikkö voi myös oma-aloitteisesti hankkia erilaisia ehdokkaita ja tarjoajia koskevia selvityksiä esimerkiksi yhteisötietojärjestelmästä tai luottotietojärjestelmästä. Tällaisista viran puolesta hankittavien selvitysten käyttämisestä ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuuden arvioinnissa on suositeltavaa ilmoittaa tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa. Jotta menettely ei johtaisi syrjintään, muista jäsenvaltioista tulevien

<sup>150</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 460.

tarjoajien antamat vastaavat todistukset on hyväksyttävä. Viran puolesta hankituissa selvityksissä tulee huomioida tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimukset.<sup>151</sup>

Laissa lueteltu tyhjentävä selvitysluettelo soveltuu kirjaimellisesti kelpoisuusehtojen todentamiseen EU-hankinnoissa. Laki ei selvästi kerro soveltuuko tyhjentävä selvitysluettelo kelpoisuuden todentamiseen kansallisissa hankinnoissa eli voiko kelpoisuusehtojen todentamiseen pyytää kansallisissa hankinnoissa, mitä tahansa selvityksiä. Oikeuskirjallisuudessa tähän seikkaan on esitetty eriäviä näkemyksiä heikohkoilla perusteilla. Onko hankintalain 71.2 §:ssä tarkoitettu ”voidaan noudattaa soveltuvin osin” velvoittava? Mielestäni kyseinen hankintalain säännös ei ole velvoittava, koska säännöksessä todetaan, että ”voidaan noudattaa”, ei ”on noudatettava”. Olen siis samoilla linjoilla Pekkalan kanssa siitä, että kansallisissa hankinnoissa voidaan pyytää mitä tahansa selvityksiä kelpoisuusvaatimusten todentamiseen, jos ne täyttävät lain vaatimukset.

Mielestäni selkeämpi tapaus on selvitysten pyytäminen vertailuperusteiden kohdalla, mikä liittyy myös suoraan tutkimaani hankintalain 72 §:ään. Tarjousten vertailua koskevista säännöksistä ei viitata millään lailla hankintalain 59 §:ään, joten mikään ei viittaa siihen, että hankintalain tyhjentävä selvitysluettelo soveltuisi myös vertailuperusteisiin. Hankintalain 59 §:ssä sanotaan, että hankintayksikkö voi pyytää ehdokasta tai tarjoajaa osoittamaan teknisen suorituskykynsä ja ammatillisen pätevyytensä laissa luetelluilla asiakirjoilla. Vertailuperusteena voi olla vaikka minkälaisia ominaisuuksia (myös muunlaisia kuin hankintalain 59 §:ssä tarkoitettuja ominaisuuksia) hankinnan kohteesta riippuen, joten selvitysten vaatiminen muissa kuin hankintalain 59 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa on oltava mahdollista. Täten tulkitseen, että vertailuperusteisiin liittyen voidaan pyytää mitä tahansa selvityksiä, jos ne täyttävät muut lain vaatimukset.

---

<sup>151</sup> HE 50/2006 vp, s. 100 – 101.

### 3.7 MIKÄ PAINOARVO ON KELPOISUUSEHDOILLA JA VERTAILUPERUSTEILLA?

Usein hankinnan sisältö pyritään määrittelemään yksityiskohtaisesti. Hankinnan kohteen tarkalla määrittämisellä voidaan osittain suojautua tulevaisuuden epävarmuutta vastaan ja varmistaa, että kaikki tarjoajat tai ehdokkaat ymmärtävät hankinnan kohteen samalla tavalla. Toisaalta tekniikkaan, jossa hankinnan kohteen kuvaus pyritään määrittämään mahdollisimman tarkkarajaisesti, liittyy kuitenkin myös ongelmia. On mahdollista, että etukäteen yksityiskohtaisesti laaditut määritelmät sitovat hankintayksikön kädet jo tunnettujen ratkaisujen soveltamiseen.<sup>152</sup> Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä markkinaoikeus on sallinut hankintayksikön määritellä hankinnan kohde hyvinkin konkreettisesti ja tarkasti hankintayksikön tarpeiden mukaan, vaikka tämä voi osaltaan vähentää kilpailua hankinnasta. Hankintayksikön tarpeiden toteuttaminen voi näissä tilanteissa hyväksyttävästi sivuuttaa mahdollisimman laajan kilpailun.<sup>153</sup>

Laadun eri osatekijöiden määrittely voi olla käytännössä ongelmallista erityisesti palvelujen kohdalla. Liian korkealle asetetut vaatimukset voivat karsia tarjoajien määrää liikaa, kun liian yleisesti määritelty laatu taas aiheuttaa helposti tulkintariitoja. Liian alhaisiksi asetetut laatuvaatimukset pakottavat hankkimaan heikkolaatuisia tuotteita tai palveluja silloin, kun on olemassa myös hinta/laatu -suhteeltaan kilpailukykyistä tarjontaa. Ostajan kannalta olennaista onkin tuntea ostettava tuote tai palvelu niin, että laatuvaatimukset osataan riittävästi yksilöidä ja asettaa tarjontaan nähden oikein.<sup>154</sup> Tällöin markkinoiden tunteminen edesauttaa hankinnan laatuvaatimusten määrittämistä.

Toisaalta hankintayksikkö voi mitata laatua vertailuperusteina. Lisäpisteitä antamalla tarjousten vertailussa voidaan saavuttaa riittävä laatutaso, koska hyvät ja laadukkaat tarjoajat voivat saada laadustaan etua varsinaisessa tarjousvertailussa. Tämä kannustaa yrityksiä ylläpitämään minimivaatimuksia korkeampaa palvelutasoa.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Vedenkannas 2008, s. 217.

<sup>153</sup> Pohjonen 2010, s. 287.

<sup>154</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 412.

<sup>155</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 508 – 509.

Soveltuvuusvaatimuksilla on erittäin suuri merkitys tarjoajien menestymismahdollisuuksille tarjouskilpailussa. Soveltuvuusvaatimusten tarkka ja konkreettinen ilmoittaminen on tärkeää siitä näkökulmasta, että tarjoaja voi harkita yhteistarjouksen tekemistä tai alihankkijoiden käyttämistä, jos tarjoajan omat resurssit eivät yksin riitä soveltuvuusvaatimusten täyttämiseen. Lisäksi on otettava huomioon, että soveltuvuusvaatimusten tarkka ja konkreettinen ilmoittaminen ei millään tavoin rajoita hankintayksikköä toteuttamasta hankintaa mahdollisimman laadukkaasti ja kustannustehokkaasti. Pääasia, että hankintayksikkö ilmoittaa hankintaansa koskevat ehdot ja muut tekijät avoimesti ja tarkasti etukäteen hankintailmoituksessaan tai tarjouspyynnössään.<sup>156</sup>

Pökkylä on pohtinut tätä asiaa artikkelissaan. Pökkylä tuo esille, että yksinkertaisin tapa on asettaa tarjoajien kelpoisuusvaatimukset tarjouspyynnössä mahdollisimman korkeaksi, jolloin tarjousvertailussa ainoana vaikuttavana tekijänä on hinta. Ongelmana pelkkään hintaan perustuvassa mallissa on kuitenkin hankinnan toteutustavan todennäköinen tiukka rajautuminen ja mahdollisten kustannustehokkaimpien ja innovatiivisten toteuttamistapojen sulkeminen pois tarjouskilpailun ulkopuolelle. Toinen merkittävä ongelma liittyy tarjoajien lukumäärään, sillä suhteellisten tiukat ehdot vähentävät tarjoajien määrää merkittävästi ja voivat johtaa kilpailun vähenemiseen. Jos markkinat suljetaan liian tiukoilla ehdoilla, uudet yrittäjät eivät pääse mukaan.<sup>157</sup>

Myös Halonen on yleisesti todennut asian tiimoilta, että tarjoajan soveltuvuusvaatimukset, palvelun vähimmäisvaatimukset ja hankintasopimuksen ehdot tulee asettaa niin tiukoiksi, kun tilaaja katsoo olevan tarpeen. Kaikki tilaajan mukaan välttämättömät laatuun vaikuttavat seikat, kuten palveluntuottajan kokemus vastaavista hankkeista ja palveluun liittyvät lisäominaisuudet, on otettava tarjouspyyntöön pakollisina vaatimuksina.<sup>158</sup> Toisin sanoen, jos tiedetään, mitä halutaan, niin ne kannattaa kirjata kelpoisuusehtoihin.

Jos tarjouspyynnössä ei ole mainittu mitään kriteerejä, tarjoajat voivat olettaa, että valinta tehdään halvimman hinnan perusteella. Tämä ei aiheuta ongelmia, jos hankinnan kohde on määritelty riittävän tarkasti ja selkeästi, jolloin pelkkä hintakilpailu on riittävä.

---

<sup>156</sup> Pohjonen 2010, s. 299.

<sup>157</sup> Pökkylä 2010, s. 19.

<sup>158</sup> Halonen 2010, s. 4.

Käytännössä ongelmia aiheutuu, jos tarjouksia saadaan niin erilaatuisista tuotteista tai palveluista, että puhdas hintavertailu ei onnistu.<sup>159</sup>

Se käytetäänkö ominaisuuksien arvioimiseksi kelpoisuusehtoja vai vertailuperusteita, liittyy oleellisesti siihen, vaaditaanko tiettyjä laatuvaatimuksia tai ominaisuuksia pakollisina vaatimuksina vai saako niistä lisäpisteitä tarjousten vertailussa. Vaikka kyseessä on yksinkertainen kysymys, kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden painotus vaikuttaa ratkaisevasti tarjousten määrään ja siten kilpailutuksen lopputulokseen. Oleellista painotuksessa kuitenkin on, onko ominaisuus tai laatuvaatimus välttämätön vai onko se vain eduksi. Markkinoiden tunteminen on toisaalta tärkeää, jotta ei vaadittaisi mahdottomuuksia ja laatu saataisiin hankintayksikön tarpeiden mukaan selville.

---

<sup>159</sup> Virtanen 2008, s. 688.

## 4 TARJOAJIEN OMINAISUUKSIEN ARVIOINTI VERTAILUPERUSTEENA

### 4.1 SÄÄNNÖKSEN SISÄLTÖ

Hankintalain 72.1 §:n mukaan ”*palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*”. Kyseinen säännös soveltuu palveluhankintoihin ja rakennusurakoihin. Hankintalain systematiikasta johtuen käytän tutkielmassani laadunhallinnasta, pätevyydestä, kokemuksesta ja ammattitaidosta yhteistä nimitystä tarjoajien ominaisuudet. Myös MAO käyttää nimitystä *tarjoajien ominaisuudet* puhuttaessa kyseisen hankintalain sisällöstä.

Luvussa kolme olen käynyt läpi kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden erityispiirteet, hankinnoissa noudatettavat periaatteet ja lain puitteissa pyydettävät selvitykset kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden todentamiseksi. Tässä luvussa tutkin edellä mainittua hankintalain 72.1 §:n säännöstä palveluhankintojen kannalta.

Säännöksen mukaan tarjoajien ominaisuuksien arviointi pitää kohdistua juuri palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden ominaisuuksiin. Näin ollen ei voida arvioida yleisesti tarjoajien ominaisuuksia. Tarjoajan ominaisuudella pitää olla yhteys hankinnan kohteeseen ja säännöksellä voidaan arvioida vain palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden ominaisuuksia. On selvää, että säännös kohdistuu ainakin *luonnollisiin henkilöihin*, koska yhteisössä palveluista vastaavat nimetyt luonnolliset henkilöt. Voidaanko säännöksen mukaan arvioida *oikeushenkilöä* eli itse tarjoajan ominaisuuksia? Mielestäni tämä on hankintakohtaista, koska ominaisuuksien pitää liittyä hankinnan kohteeseen. Mikäli kyse on esimerkiksi terveysaseman ulkoistamisesta, voidaan vaatia referenssejä, eli kokemusta lääkäripalveluiden tuottamisesta. Ketkä henkilöt vastaavat palvelun tuottamisesta? Tulkitsen tämän laajasti markkinaoikeuden oikeuskäytäntöön vedoten, että vastaavat henkilöt tarkoittavat kaikkia luonnollisia henkilöitä, jotka osallis-

tuvat hankintaan. Esimerkiksi myöhemmin laajemmin kuvaamassani MAO:n tapauksessa MAO: 542/09 vertailuperusteina käytettiin tilintarkastuspalveluiden hankinnassa kokemusta kuntien tilintarkastuspalveluista. Täten, kun yrityksen työntekijöinä oli vain tilintarkastajia, voidaan selvästi käyttää vertailuperusteena kokemusta tilintarkastuspalveluista. Entä, jos tilintarkastajien vaihtuvuus on suuri ja suurin osa tilintarkastajista ei ole ollut mukana pyydetyissä referensseissä? Tämä riski on luonnollisesti hankintayksikön vastuulla ja päätettävissä, sillä hankintayksikkö voi halutessaan pyytää henkilöstöluettelon, jossa on yksilöitynä jokaisen työntekijän kohdalla pätevyys ja kokemus.

Säännöstä voidaan soveltaa vain silloin, kun asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on *erityinen merkitys*. Mitä tarkoittaa ”erityinen merkitys”? Sitä on tulkittava tapauskohtaisesti hankinnan sisältö huomioon ottaen, eikä tässä kohdin ole tarpeen pohtia sitä tarkemmin. Mitä tarkoittaa ”tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävä”? Omin sanoin tulkiten se tarkoittaa tarjoajien ominaisuuksien arviointia enemmän kuin pelkästään kelpoisuusehtoina. Kyseinen hankintalain 72.1 § ei tuo ehdottomia vaatimuksia tarjouskilpailuun, vaan vaatimusten täyttäminen tuo pisteitä tarjousvertailuun.

Kyseisen säännöksen mukaan vertailuperusteina voidaan käyttää säännöksessä mainittuja ominaisuuksia: *laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*. Koska säännöksessä mainitaan ”voidaan”, ei ole pakko käyttää kaikkia säännöksessä mainittuja ominaisuuksia vaan halutessaan yhtä niistä tai tarvittaessa kaikkia mainittuja ominaisuuksia vertailuperusteina. Kyseiset ominaisuudet toki liittyvät läheisesti toisiinsa ja joskus on vaikeaa erotella, mihin ominaisuuteen kyseinen vertailuperuste kuuluu, koska esimerkiksi pätevyys ja ammattitaito ovat osittain päällekkäisiä ominaisuuksia, jota tutkin seuraavaksi. On kuitenkin selvää samoin kuin sanan ”laadun” kohdalla, että pelkästään kyseisiä sanoja (laadunhallinta, pätevyys, kokemus ja ammattitaito) ei voida käyttää tarjouspyyntöasiakirjoissa, vaan kyseisiä ominaisuuksia on täsmennettävä, jotta tarjoajat tietävät, mitä kyseisellä vertailuperusteella arvioidaan.

Mitä laadunhallinta, pätevyys, kokemus ja ammattitaito pitävät sisällään? Kyseisiin ominaisuuksiin liittyvät läheisesti Suomen perustuslain (731/1999) 125.2 §:n nimitys-



harkinnan perusteet: taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Muun muassa Kulla on tarkentanut näitä perusteita. Kullan mukaan virkaa täytettäessä ratkaistaan, mitä näillä yleisillä nimitysperusteilla on juuri siinä tapauksessa ymmärrettävä. Vaikkakin lähtökohtana on yleinen kriteeri tai standardi: ”mitä menestyksellinen viranhoito edellyttää”, tarkentavina perusteina ovat Kullan mukaan ensi sijassa kelpoisuusehdot, viran nimi ja tehtäväpiiri sekä konkreettiset työtehtävät.<sup>160</sup> Kyseisiä perusteita voidaan siis tarkentaa erilaisilla kelpoisuusehdoilla, määrittelemällä virka ja kuvaamalla työtehtävät.

Erityisesti taidon määritelmä liittyy hankintalain 72.1 §:ään. Hallituksen esityksessä Eduskunnalle uudeksi Suomen hallitusmuodoksi on määritelty taito koulutuksella ja kokemuksella hankituiksi tiedoiksi ja taidoiksi. Täten esimerkiksi ammattitaito pitää sisällään sekä *koulutuksella* että *kokemuksella* hankitun ammattitaidon. Miettinen ja Muukkonen huomauttavat, etteivät taidon sisällä käytännöllinen ja teoreettinen taito ole yhteismitallisia<sup>161</sup>. Täten hankinnassa vertailuperusteina koulutus ja kokemus eivät ole vertailukelpoisia keskenään. Koulutus ja kokemus ovat erotettava toisistaan ja näille on annettava eri pisteet eikä voida arvioida pelkästään ammattitaitoa, johon kuuluvat nämä molemmat.

Kullan mukaan taito on yleiskielessä harjaantumiseen ja oppimiseen perustuvaa kykyä, hallintaa ja taitamista.<sup>162</sup> Taito on sellainen kyky, joka johtuu pääasiassa luontaisiksi katsottavista ominaisuuksista. Toisaalta taidon vanhahtava merkitys viittaa ymmärrykseen ja järkeen. Jos otetaan huomioon alkuperäinen ruotsinkielinen termi ”*skicklighet*”, se tarkoittaa pätevyyttä.<sup>163</sup>

Kullan mukaan vuoden 1985 virkamieslain valmistelussa esitettyä ja perustuslain perusteluissa toistettua seuraavanlaista taidon määrittelyä voidaan pitää nykyään vakiintuneena: ”Taidolla tarkoitetaan koulutuksen avulla hankittuja tietoja ja taitoja sekä tutkinnoilla, julkaisuilla tai muulla tavoin osoitettua tietopuolista *perehtymistä* virkaan kuuluviin

<sup>160</sup> Koskinen – Kulla 2009, s. 87 – 88.

<sup>161</sup> Miettinen – Muukkonen 2006, s. 513.

<sup>162</sup> Koskinen – Kulla 2009, s. 88.

<sup>163</sup> Modeen 1984, s. 16 – 17.

asioihin. Teoreettisten opintojen ohella ja lisäksi hakija voi käytännön virkatoiminnassa saavuttamallaan kokemuksella osoittaa hankkineensa tarvittavia tietoja ja taitoja.”<sup>164</sup>

Pätevyydellä on yhtymäkohtia muihin lakeihin. Ammattipätevyyden tunnustamisesta annetun lain (1093/2007) 2 §:n 2 kohdan mukaan *ammattipätevyydellä* tarkoitetaan pätevyyttä, josta on osoituksena muodollista pätevyyttä osoittava asiakirja, pätevyystodistus tai ammattikokemus taikka molemmat. Kyseinen kohta perustuu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2005/36/EY ammattipätevyyden tunnustamisesta<sup>165</sup>. Voiko pätevyys olla muutakin kuin ammattipätevyyttä? Pätevyys voi varmasti olla muutakin kuin ammattipätevyyttä, mutta kyseisessä säännöksessä tarkoitetaan juuri ammattipätevyyttä, koska säännös liittyy tarjoajien ominaisuuksiin palveluhankinnoissa. Hankintalain 72.1 §:n mukaisina vertailuperusteina voivat tulla kyseeseen esimerkiksi koulutus tai kokemus ammatista tietyltä ajalta. Näitä voidaan todentaa tutkinto- tai työtodistuksella.

Kokemus ja asiantuntemus mainitaan muissa laissa. Esimerkiksi kuntajakolain (1698/2009) 17 §:n 3 momentin mukaan tehtävään määrättävällä henkilöllä tulee olla tehtävän hoitamiseen riittävä asiantuntemus ja kokemus. Kyseisen lain hallituksen esityksessä ei mainita suoranaisesti sitä, mitä kyseisellä säännöksellä tarkemmin tarkoitetaan. Siinä ainoastaan todetaan, että ministeriö vastaa selvittäjää asettaessaan siitä, että tehtävään määrättävällä henkilöllä on riittävä asiantuntemus ja kokemus ja, että hän on muutoinkin tehtävänsä sopiva<sup>166</sup>. Lauseen jälkeen hallituksen esityksessä tosin kuvataan kuntajakoselvittäjän asemaa ja tehtäviä. Loppujen lopuksi riittävän asiantuntemuksen ja kokemuksen arviointi on harkintavallan rajoissa ja tapauskohtaista. Asiantuntemus voidaan saavuttaa sekä koulutuksella että kokemuksella. Tässä kohdin on huomautettava, että tarjouskilpailussa hankintayksikölle ei saa jättää liikaa harkintavaltaa asiantuntemuksen ja ammattitaidon arvioinnissa, vaan arvioitavat seikat on ilmoitettava tarjouspyynnössä.

---

<sup>164</sup> Koskinen – Kulla 2009, s. 88.

<sup>165</sup> HE 26/2007 vp, s. 16.

<sup>166</sup> HE 125/2009 vp, s. 67.

Ammattitaito tarkoittaa omin sanoin kirjaimellisesti ”taitoa suorittaa ammattia”. Terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (1200/2007) 2.2 §:n mukaan nimesuojattujen ammattihenkilöiden ammatissa voivat toimia muutkin henkilöt, joilla on riittävä koulutus, kokemus ja ammattitaito. Hallituksen esityksen 2 momentin perusteissa viitataan 3 momenttiin, jossa säädetään opiskelijan oikeudesta toimia terveydenhuollon ammattihenkilön tehtävissä<sup>167</sup>. Täten esimerkiksi opiskelijalla voi olla työtehtävän edellyttämä ammattitaito koulutuksensa puitteissa, vaikka hän ei olisi tehtävään muodollisesti pätevä. Tällöin oleellista on, kuinka paljon opintoja opiskelija on suorittanut.

Laadunhallintaa ei ole suoranaisesti määritelty missään laissa. Hankintalain 72.1 § mahdollistaa laadunhallintajärjestelmien painottamisen tarjouskilpailussa. Voutilainen on käsitellyt väitöskirjassaan hyvää laadunhallintatapaa sähköisessä hallinnossa. Voutilainen esittelee kolme laadunhallinnan keskeistä elementtiä. Ensimmäisenä on *laatuvaatimusten määrittely ja ylläpito*<sup>168</sup>. On selvää, että myös julkisissa hankinnoissa laadunhallinta ei ole mahdollista, ellei määritellä ensin laatuvaatimuksia. Toisena on *laadunvarmistus*, jolla tarkoitetaan menettelyitä, joiden avulla varmistetaan lainmukaisuus ja se, että toiminnot toimivat määritellyllä tavalla<sup>169</sup>. On huomioitavaa, että Voutilainen liittää laadunhallintaan lainmukaisuuden. Toisaalta hankinnoissa on erittäin tärkeää varmistua siitä, että yksityinen palvelun tuottaja noudattaa lakisääteisiä säännöksiä, joita hankintayksikön on myös noudatettava. Ulkoistamalla hankintayksikkö ei voi siis kiertää säännöksiä. Kolmantena on *riskienhallinta*, jolla tarkoitetaan toimenpiteitä, joilla pyritään kartoittamaan ja estämään uhat ennakkoon.<sup>170</sup>

Tämän lisäksi Voutilainen on eritellyt toimenpiteet hyvän laadunhallintatavan toteuttamiseksi. Laatuvaatimusten ja menettelyiden määrittelyn lisäksi on *kuvattava laadunvarmistuksen menetelmät* ja laadittava *säännönmukainen aikataulukutus* laadunhallintaa varten. Laadunhallintaan liittyy, miten laatua seurataan (esim. raportointi, auditointi) ja kuinka usein laatua seurataan. Näiden lisäksi on määriteltävä ja kuvattava *laadunhallinnan vastuut* ja näistä vastaavat tahot. On luonnollista, että laadunhallintaa ei tehdä, ellei

<sup>167</sup> HE 22/2007 vp, s. 10.

<sup>168</sup> Voutilainen 2007, s. 171.

<sup>169</sup> Voutilainen 2007, s. 171.

<sup>170</sup> Voutilainen 2007, s. 171.

siihen ole nimetty vastuuhenkilöitä. Samoin hankinnoissa on erittäin tärkeää, että tarjouspyyntöasiakirjoissa on hankintayksikön ja palvelun tuottajan vastuunjako määriteltä selkeästi. Voutilaisen mukaan laadunhallinnan toimenpiteillä pyritään varmistamaan hyvän sähköisen hallinnon toteutuminen ennen kuin jokin tietojärjestelmä tai sähköinen palvelu otetaan käyttöön.<sup>171</sup> Tämä pätee myös hankintoihin. Laadunhallinnan määrittelyllä ja arvioimisella varmistetaan palvelun *laadukas toteutuminen sopimuskaudella*.

Hankinnoissa on erityisen tärkeää, että laatu on koko sopimuskauden sellaista, mitä kilpailuttamisvaiheessa on luvattu. Laadunhallinta tarkoittaa *laadun varmistamista* ja *seuraamista*. Erityisesti sosiaali- ja terveystalveissa on kyse inhimillisestä hoidosta ja luottamuksellisista asiakassuhteista. Sosiaali- ja terveystalveja koskevissa hankinnoissa voidaan nykyisen säännöksen avulla ottaa huomioon asiakasnäkökulmaan liittyvät inhimilliset tekijät ja muut näiden palvelujen erityispiirteet esimerkiksi asiakaslautejärjestelmän avulla. Palveluja käyttävän asiakkaan tai potilaan oma käsitys saamansa palvelun tai hoidon laadusta on hyvin merkityksellinen, kun arvioidaan palvelujen toteutunutta laatua myöhemmin.<sup>172</sup> Tässä tapauksessa palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla ja pätevyydellä on erityinen merkitys ja vertailuperusteena voidaan käyttää esimerkiksi laadunhallintajärjestelmän kattavuutta.

## 4.2 SOVELTAMISALA

Tutkimaani säännöstä sovelletaan tietyissä tapauksissa. Minkälaisissa hankinnoissa kyseistä hankintalain 72.1 §:ää voidaan soveltaa? Selvää on, että mitä vaativammasta, monimutkaisesta ja suuremmasta hankkeesta on kysymys, sitä enemmän voidaan painottaa myös tarjoajien osaamista<sup>173</sup>.

Säännöksen mukaan hankintayksiköllä on mahdollisuus antaa tarjousten arvioinnissa lisäpisteitä *vähimmäisvaatimukset ylittävästä* ammattitaidosta, kuten lisätutkinnosta, jolla on merkitystä palvelun suorittamiselle. Vähimmäisvaatimukset ylittävän kelpoi-

<sup>171</sup> Voutilainen 2007, s. 206 – 207.

<sup>172</sup> Narikka 2008, s. 102 ja 187.

<sup>173</sup> Pökkylä 2010, s. 7.

suuden huomioiminen soveltuisi käytännössä esimerkiksi tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävissä suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutushankinnoissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa. Lisäksi säännös soveltuisi erityistä ammattitaitoa edellyttäviin rakennushankkeisiin, kuten vaativia saneeraustöitä tai vanhoja työtapoja edellyttäviin hankkeisiin.<sup>174</sup> Hallituksen esityksessä on edellä kuvatulla tavalla *esimerkinomaisesti* kuvattu soveltamisala eikä kyseessä ole tyhjentävä luettelo.

Esimerkiksi konsultointia koskevassa sopimuksessa vähimmäisedellytyksenä voi olla alan korkeakoulututkinto. Jos kuitenkin tutkimuksen tekijä on alan tohtori ja hänen väitöskirjansa aihe tai muu tutkimus liittyy hankinnan aiheeseen, tästä voidaan antaa lisäpisteitä myös varsinaisia tarjouksia vertailtaessa. Hoivapalveluissa voidaan esimerkiksi kielitaidosta antaa lisäpisteitä siten, että vähimmäisvaatimuksena on suomen kielen osaaminen, mutta muista kielistä saa lisäpisteitä. Samalla tavalla jos palveluyritys on esimerkiksi kehittänyt palvelujaan tavanomaista pidemmälle tai kehittänyt erityisiä työtapoja, tämä voidaan huomioida.<sup>175</sup> Vertailuperusteet pitää muistaa määritellä tarkkaan etukäteen eikä ottaa huomioon arviointiperusteita, jos niitä ei ole määritelty tarjouspyynnössä.

Seuraavaan tapaukseen sovellettiin uutta hankintalakia ja ratkaisussa on todettu, että tapauksessa on kysymys palveluista, joissa palveluiden toteuttamiseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaisella kokemuksella ja osaamisella on merkitystä palveluiden toteuttamisen tehokkuuden ja laadun kannalta:

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO: 542/09 kaupunki oli pyytänyt tarjouksia kaupungin lakisääteisistä tilintarkastuspalveluista valtuuston vuosien 2009 – 2012 toimikautta vastaavalle ajalle. Tarjouksen valintaperusteena oli tarjouspyynnön mukaan ollut kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteita ovat olleet kokonaishinta sopimuskaudelle 60 prosentin painoarvolla ja laatu 40 prosentin painoarvolla. Laadun osatekijöiksi tarjouspyynnössä oli ilmoitettu vastuullisen JHTT-tilintarkastajan työosuus 11 prosentin painoarvolla, kokemus kuntien tilintarkastuksesta 11 prosentin painoarvolla, tarkastuskohteessa tehtävän työn osuus 9 prosentin painoarvolla ja osallistuminen laadunvarmistukseen 9 prosentin painoarvolla. Vastuullisen tilintarkastajan osalta tarjouspyynnössä oli todettu, että tarjouksessa tulee ilmoittaa vastuulliseksi tilintarkastajaksi esittävä henkilö ja hänen vaihtoehtonsa sekä heidän kokemuksensa liikevaihdoltaan tai menotiloudeltaan huomattavan suurten yhteisöjen vastuullisena tilintarkastajana.

”Osallistuminen laadunvarmistukseen” vertailuperusteen osalta tarjousten vertailutaulukosta ilmeni, että hankintayksikkö oli tämän vertailuperusteen alla huomionut alaperusteet ”laadunvar-

<sup>174</sup> HE 50/2006 vp, s. 116.

<sup>175</sup> Pekkala – Pohjonen 2010, s. 508.

mistusjärjestelmä tarkastustoimen perustana”, ”selvitys tarkastuksen raportoinnista” ja ”erityisosaaminen”. Edellä mainittujen perusteiden alla oli tarjoajakohtaisesti käyty läpi muun ohella sitä, miten tarkastusprosessissa varmistetaan raportointi asiakkaalle ja miten tarkastusprosessissa kokeneemmat tarkastajat tarkastavat nuorempien tarkastajien työn tulokset tarkastusprosessin kuluessa tarkastuksen laadun turvaamiseksi.

Kokemuksen osalta markkinaoikeus totesi, että tapauksessa on kysymys palveluista, joissa palveluiden toteuttamiseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaisella kokemuksella ja osaamisella on merkitystä palveluiden toteuttamisen tehokkuuden ja laadun kannalta. Siten markkinaoikeus katsoi, että seikat voivat sinänsä tulla arvioitavaksi hankintasäännösten mukaisina ja hankinnan kohteeseen liittyvinä vertailuperusteina. Kyseisiä seikkoja ei voida yleisesti siis pitää vain tarjoajien soveltuvuuden arviointiin liittyvinä tekijöinä vaan hankintalain 72 §:n mukaisina tarjoajien ominaisuuksiin liittyvinä vertailuperusteina. Hankinnan kohde huomioon ottaen on hyväksyttävää, että mainittua perustetta on tarjousten vertailussa arvioitu nimenomaan tilintarkastajien kokemuksen pituuden ja tarkastuskohteiden määrän perusteella. Vertailuperusteiden pisteytyksessä ratkaisevaa ei ole ollut pelkästään pisin mahdollinen alalla hankittu kokemus, vaan vertailu on perustunut tilintarkastajien ansioluetteloista ilmeneviin yksilöityihin tietoihin kunkin tarkastajan aikaisemman tarkastuskokemuksen sisällöstä. Täten markkinaoikeus totesi, että hankintayksikkö ei ollut toiminut vertailuperusteiden asettamisessa ja tarjousten vertailussa hankintasäännösten vastaisesti.

Seuraavassa oikeustapauksessa on käytetty erityisosaamista vertailuperusteena *vanhan lain aikaan* eli ennen nykyisen hankintalain voimaantuloa 1.6.2007:

Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 10.4.2008 taltio 764 kaupunki oli kilpailuttanut kuntalain 9 luvun tarkoittaman tilintarkastuksen tilivuosille 2005 – 2008. Valittaja oli tarjouspyynnön osalta katsonut, että vaikka referenssit ja kokemus liittyvät tarjoajan kelpoisuuden arviointiin, hankintayksikkö oli käyttänyt niitä laadun arviointiperusteina. On huomattava, että vanhassa laissa ei ole nykyistä hankintalain 72.1 §:ää. Tarjouspyynnössä oli tarjouksen kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteiden osalta, osaamisen ja luotettavuuden alakohtina mainittu referenssit, erityisosaaminen ja kehittämismahdollisuudet. Referensseillä oli tarjouspyynnön mukaan todettu tarkoitettavan tarjoajan kokemusta liikevaihdoltaan tai menotaloudeltaan huomattavan suurten yhteisöjen tarkastamisesta sekä vastuunalaisen ja avustavan tilintarkastajan kokemusta yli 50 000 asukkaan kokoisista kunnista tai yhteisöistä. Tarjouspyynnössä kehittämismahdollisuuksien arvioinnissa huomioon otettaviksi seikoiksi oli mainittu ”Selvitys miten ja millä resursseilla tarjoaja tekee kehitystyötä, kehittämistyön laajuus, esimerkkejä sekä mitä uutta kehittämistyö voi tuoda toimeksiannolle”.

KHO totesi, että hankintayksikkö oli ilmoittanut arviointiperusteet yksilöidysti ja yksityiskohtaisesti sekä perustellut pisteytyksen ja varmistanut siten tarjoajien yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun. Arviointi oli suoritettu puolueettomasti ja syrjimättä. Hankintayksikön oli tarjouspyynnön mukaisesti tullut arvioida referenssit. KHO totesi, että asiantuntijapalvelun hankinnassa osaamisella on merkitystä. Valittajan referenssit oli arvioitu tarjousvertailussa ja asianmukaisesti perustellen todettu olevan heikommat kuin muilla tarjoajilla. Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettaminen on hankintayksikön harkittavissa. Kehittämismahdollisuudet liittyvät hankinnan kohteeseen. Asiantuntijapalveluiden luonteeseen kuuluu, että toimintaa kehitetään sopimuskauden aikana. Harkintavaltansa rajoissa hankintayksikkö oli voinut käyttää arviointiperusteena myös erityisosaamista. Markkinaoikeuden päätöstä ei siten ollut syytä muuttaa.

Näin ollen myös vanhan hankintalain aikaan eli ennen 1.6.2007 vertailuperusteena on voinut käyttää tarjoajien ominaisuuksia, vaikka asiasta ei ollut nimenomaista säännöstä.

## 4.3 EU-HANKINNAT

Tarjouksen vertailuperusteina EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa ei voi käyttää sellaisia perusteita, jotka liittyvät ehdokkaiden tai tarjoajien ominaisuuksiin. Tämä on kirjattuna hallituksen esitykseen osioon, joka käsittelee EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja. On huomattava, että kuten aikaisemmin totesin sivulla 15, toissijaisiin palveluihin sovelletaan aina kansallista menettelyä, joten epäselvyys ei tule vastaan esimerkiksi sosiaali- ja terveystalouksissa. Hallituksen esityksessä on kuitenkin varsin tiukasti otettu asiaan kantaa. Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden arviointi on tehtävä 52 §:n mukaisesti ennen tarjousten arviointia ja se tulee erottaa tarjousten arvioinnista. Tarjousten vertailuun tulisi ottaa vain sellaisten tarjoajien tarjoukset, joilla voidaan katsoa olevan edellytykset hankinnan toteuttamiseksi. Ehdokkaiden ja tarjoajien ominaisuuksien arvioinnissa ja tarjousten arvioinnissa käytettävät perusteet tulisi myös erottaa toisistaan.<sup>176</sup>

Euroopan unionin (entisen Euroopan yhteisön) oikeuskäytännössä on otettu kansallisesta hallituksen esityksestä poikkeava kanta tähän asiaan:

Ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi ratkaisussaan T-4/01 Renco, että sellaiset vertailuperusteet kuten yrityksen kokemus, tekniset kyvyt ja mahdollisten ehdotettujen alihankkijoiden taso, ovat seikkoja, jotka voivat vaikuttaa tarjouksen arvoon ja kuuluvat vertailuperusteisiin. Tämän tapauksen mukaan tarjoajan ominaisuuksia voidaan käyttää vertailuperusteena EU-hankinnoissa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-532/06 Lianakis on herättänyt keskustelua siitä, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteena.

Kyseisessä tapauksessa kreikkalaisen Alexandroupolin kaupunginvaltuusto kilpailutti vuonna 2004 kiinteistörekisteriin kirjaamista, kaupunkisuunnittelua ja soveltamistoimia koskevan suunnitelman laatimisen. Hankintailmoituksen mukaan sopimuksen tekemisen perusteina olivat tärkeysjärjestyksessä asiantuntijan toteen näytetty kokemus viimeisten kolmen vuoden aikana laadituissa suunnitelmissa, henkilökunta ja varustelu sekä mahdollisuus laatia suunnitelma ennakoidussa ajassa, kun otetaan huomioon velvoitteet, joihin toimisto on sitoutunut ja sen tieteelliset voimavarat.

Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että sopimuksen tekemisen perusteita eivät voi olla perusteet, joiden nojalla ei voida selvittää, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin, vaan jotka lähinnä liittyvät sen arvioimiseen, kykenevätkö tarjoajat täyttämään kyseisen sopimuksen. Tuomioistuin jatkoi perusteluissaan, että kyseisessä tapauksessa kokemusta, pätevyyttä ja resursseja koskevat perusteet liittyvät tarjoajien kykyyn kyseisen sopimuksen täyttämiseen, eivätkä ole direktiivin 92/50 36 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja ”sopimuksen tekemisen perusteita”.

---

<sup>176</sup> HE 50/2006 vp, s. 106.

Oikeuskirjallisuudessa Lee on katsonut, että Lianakis- tuomiossa ei pois suljeta ajatusta siitä, että tarjousvertailussa arvioidaan suorittavaa henkilöstöä. Lee toteaa, ettei vanhan eikä uuden direktiivin sanamuodossa millään tavoin pois suljeta mahdollisuutta huomioida tarjoajan ominaisuuksia vertailuperusteina, jolloin EY-tuomioistuin ei ole tulkinnut direktiivejä aiemmasta oikeuskäytännöstä poikkeavalla tavalla.<sup>177</sup> Pökkylän mukaan Lianakis- tapauksessa hankintayksikön pisteytysjärjestelmässä kokemusta arvioitiin tarjoajien esittämien aiempien toteutettujen hankkeiden euromääräisen arvon perusteella (suurempi euromääräinen arvo on saanut enemmän pisteitä). Samalla tavoin arvioitiin myös resursseja: kenellä oli eniten resursseja käytössä, sai parhaimmat pisteet. Pökkylän mukaan arvioinnissa katsottiin puhtaasti asiaa numeropohjalla ilman tarkempaa laadullista arviointia. Näin ollen kyseisestä ratkaisusta ei voida vetää yleistä johtopäätöstä siitä, mikä on kiellettyä ja mikä ei.<sup>178</sup> Tällöin EY-tuomioistuimen ratkaisun syynä ei ollut tarjoajien ominaisuuksien arviointi vertailuperusteena, vaan kyseisillä vertailuperusteilla ei selvitetty, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Vertailuperusteena sattui vaan juuri olemaan muun muassa kokemus.

Sanamuoto on ratkaisun perusteluissa hieman epämääräinen, mutta olen samaa mieltä Pökkylän kanssa, että ratkaisu on selvä, sillä ratkaisussa ei pois suljeta referenssien käyttöä vertailuperusteena, vaan vain käsillä olevassa tapauksessa referenssejä kuuluu käyttää kelpoisuusehtona eikä vertailuperusteena ottaen huomioon, miten referenssit on kirjoitettu hankintailmoitukseen. Referensseillä vertailuperusteena pitää mitata kokonaistaloudellista edullisuutta.

Eri maiden tuomioistuimet ovat oikeuskäytännössään tulkinneet Lianakis- ratkaisua eri tavoin. Joissakin maissa ratkaisua on tulkittu tiukasti, jolloin tarjoajien ominaisuuksien arviointi vertailuperusteena on ollut täysin pois suljettua. Toisissa maissa on taas katsottu, että tarjoajien ominaisuuksia voidaan vertailla edellyttäen, että kyseisillä vertailuperusteilla on hankinnan kannalta merkitystä. Tällöin on oleellista, että tarjoajien valintavaihe ja varsinainen tarjousvertailu on pidetty kaksivaiheisena.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Lee 2010, s. 47 – 56.

<sup>178</sup> Pökkylä 2010, s. 11.

<sup>179</sup> Treumer 2009, s. 103.



Yhteisöjen ensimmäinen tuomioistuin katsoi Lianakis- ratkaisun jälkeen annetussa AWWW-ratkaisussaan (T-211/07) suoranaisesti, että kokemusta voidaan pitää vertailuperusteena. Tapauksessa hankintayksikkö oli pitänyt tarjoavan yrityksen henkilöstön kokemusta vähimmäisvaatimuksena eikä vertailuperusteena. Tuomioistuin totesi tuomiossaan, että vaikka kysymys oli tarjoajille asetetusta vaatimuksesta, kyseistä kokemusta olisi voitu arvioida myös vertailuperusteena. EY-tuomioistuin halusi nimenomaisesti selventää oikeustilaa.

Euroopan komission vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta: Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita KOM(2011) 15 lopullinen, julkaistiin äskettäin 27.1.2011. Vihreän kirjan mukaan ”unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomaisten on pidettävä valinta- ja sopimuskentekoperusteet erillään toisistaan. Sopimuspäätös saa perustua ainoastaan tarjottuja tuotteita ja palveluja koskeviin perusteisiin. Huomioon ei saa ottaa seikkoja, jotka liittyvät tarjouksen tekijän valmiuksiin toteuttaa sopimus, kuten hänen kokemukseensa, työvoimaansa ja kalustoonsa.” Tässä kohdin viitataan tuomioihin Beentjes, Lianakis ja komissio v. Kreikka. Tämän jälkeen vihreässä kirjassa todetaan, että myös GPA -sopimuksessa tehdään ero valinnan ja sopimuspäätöksen välillä: ”Tämä ero ei kuitenkaan ole yhtä tiukka kuin edellä mainitussa oikeuskäytännössä, sillä GPA -sopimuksessa ei nimenomaisesti kielletä ottamasta huomioon sopimuskentekovaiheessa perusteita, jotka eivät liity tarjottuihin tavaroihin ja palveluihin, ja näin ollen sallitaan tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden huomioonottaminen.”<sup>180</sup>

Vihreässä kirjassa oleva kanta on varsin erikoisesti ilmaistu. Euroopan komissio ei viitannut muun muassa aiemmin esittelemääni ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisuihin T-4/01 Renco tai T-211/07 AWWW. Ratkaisu C-31/87 Beentjes on yli 20 vuotta vanha ja mielestäni mikään näistä (Beentjes, Lianakis ja komissio v. Kreikka) tapauksista ei koske tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena EU-hankinnoissa.

Beentjes -ratkaisussa todetaan, että tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen ja tarjouskilpailun ratkaiseminen ovat kaksi erillistä toimenpidettä, joihin sovelletaan eri oikeussääntöjä. Hankintaviranomaiset tarkistavat tarjoajien soveltuvuuden taloudellista tilannetta, luottokelpoisuutta ja teknistä suorituskyyä koskevilla perusteilla.

Ratkaisussa C-199/07 komissio v. Kreikka tuomio 12.11.2009 Portugali oli tarjouskilpailussa vaatinut toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneita rakennuspalvelujen tarjoajia täyttämään kaikki ne edellytykset, jotka kyseisessä kansallisessa järjestelmässä asetetaan sellaisen luvan saamiselle, jonka nojalla Portugalissa voidaan harjoittaa toimintaa rakennusalalla. Näin ollen se on sulkenut

---

<sup>180</sup> Euroopan komissio 2011, s. 17.

pois sen mahdollisuuden, että otettaisiin asianmukaisesti huomioon vastaavat velvollisuudet ja viranomaisten tarkistukset toisessa Euroopan jäsenvaltiossa.

Toisaalta vihreän kirjan sanamuoto on mielestäni tulkinnanvarainen. ”Huomioon ei saa ottaa seikkoja, jotka liittyvät tarjouksen tekijän valmiuksiin toteuttaa sopimus, kuten hänen kokemuksensa, työvoimansa ja kalustonsa”. Jo kansallisessa oikeuskirjallisuudessa on kiistatta todettu, että vertailuperusteena ei saa mitata tarjoajien kykyä toteuttaa hankinta, vaan vertailuperusteilla on mitattava kokonaistaloudellista edullisuutta ja erityisesti laatua. On kuitenkin erikoista, että vihreässä kirjassa mainitaan esimerkkinä kokemuksen. On erityisen outoa, että kokemus nähdään enemmän valmiutena toteuttaa sopimus kuin lisäpiteitä saatavana laatutekijänä.

Vihreän kirjan teksti kuitenkin jatkuu seuraavalla tavalla: ”Valinta- ja sopimuksentekoperusteiden erottaminen toisistaan takaa tasapuolisuuden ja objektiivisuuden tarjousten vertailussa. Tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden, kuten kokemuksen ja pätevyyden, hyväksyminen sopimuksentekoperusteiksi voisi heikentää huomioonotettavien tekijöiden vertailukelpoisuutta ja viime kädessä olla vastoin yhtäläisen kohtelun periaatetta. Tarjouksen tekijään liittyviin perusteisiin nojautuminen saattaa siksi johtaa myös kilpailun vääristymiseen. Jos tähän suuntaan tähtääviä ehdotuksia ylipäättään esitetään, niitä tulisi harkita *vain rajatuissa olosuhteissa*, esimerkiksi tietyn tyyppisissä sopimuksissa, joissa käytettävissä olevan henkilöstön pätevyydellä ja ansioilla on erityinen merkitys. Joka tapauksessa olisi tarkasteltava hyvin varovasti kaikkia muutoksia, jotka vaikuttavat valinta- ja sopimuksentekoperusteiden erillisyyden periaatteeseen. Voidaan tarvita lisätakeita menettelyjen tasapuolisuuden ja objektiivisuuden varmistamiseksi.”<sup>181</sup>

Täten juuri julkaistun vihreän kirjan mukaan tarjouksen tekijään liittyvien perusteiden kuten kokemuksen ja pätevyyden arvioiminen vertailuperusteena on mahdollista, mikäli käytettävissä olevan henkilöstön pätevyydellä ja ansioilla on erityinen merkitys. Täten Euroopan komissio on varovasti sitä mieltä, että tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteina kriteerien täytyessä. Komissio kuitenkin muistuttaa, että joissakin tilanteissa voidaan tarvita lisätakeita tasapuolisuuden ja objektiivisuuden varmistamiseksi.

---

<sup>181</sup> Euroopan komissio 2011, s. 18.

Myös monet kansalliset oikeuskirjailijat ovat ottaneet tähän asiaan kantaa. Näkemykset ovat jakautuneet suunnilleen puoliksi, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia arvioida vertailuperusteina EU-hankinnoissa.

Kuten aiemmin mainittiin, Pöykkylän mukaan kysymyksessä ei ole sinänsä niin vakava tai merkittävä poikkeus, vaan ennemminkin EU-säännöstä täydentävä ilmaisu. Hänen mielestään myös EU-hankinnoissa voitaneen tietyn varauksin huomioida tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena.<sup>182</sup> Eskola ja Ruohoniemi ovat samalla linjalla ja toteavat, että hankintalain perusteluissa otetut kannat hankintalain 72 §:ään liittyen perustuvat erittäin ahtaaseen EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön ja hankintadirektiivin säännöksen tulkintaan, jolle ei ole saatavissa tukea GAT -päätöksen tai hankintadirektiivin 44 artiklan sanamuodosta. Lisäksi kaikki perusteluissa mainitut esimerkit palveluhankinnoista koskevat sellaisia tilanteita, joissa mainittuja vertailuperusteita voitaisiin todennäköisesti käyttää myös EU-hankinnoissa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön tai direktiivin säännösten sitä estämättä.<sup>183</sup>

Virtanen Aalto-Setälän ja kumppaneiden teoksessa ottaa kantaa myös hallituksen esitykseen kyseisestä kohdasta ja katsoo, että esityöt ja oikeuskäytäntö eivät täysin estä ominaisuuksien huomioimista EU-hankinnoissa<sup>184</sup>. Virtanen pitää tätä mahdollisena, jos tarjouspyynnössä ja koko hankintamenettelyssä riittävästi erotetaan toisistaan kelpoisuutta koskevat vaatimukset ja tarjousten vertailu<sup>185</sup>.

Kalima on osittain samalla linjalla. Kaliman mukaan kaksivaiheisissa menettelyissä<sup>186</sup> EU-hankinnoissa, joissa tarjoajien määrää voidaan rajoittaa, on mahdollista antaa lisäpisteitä vähimmäisvaatimukset ylittävistä tarjoajan henkilöön liittyvistä seikoista valittaessa tarjoajia seuraavaan vaiheeseen. Tarjoajien on siis mahdollista kilpailla myös tarjoajien ominaisuuksiin liittyvillä näkökohdilla EU-hankinnoissa eikä kaksijakoisuus

---

<sup>182</sup> Pöykkylä 2010, s. 6.

<sup>183</sup> Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 304.

<sup>184</sup> Virtanen 2008, s. 697.

<sup>185</sup> Virtanen 2008, s. 688.

<sup>186</sup> Huom. Kalima määrittelee kaksivaiheisen menettelyn eri tavalla kuin minä aikaisemmin. Kaliman mukaan kaksivaiheinen menettely on niissä hankintamenettelyissä, joissa tarjoajien määrää voidaan rajoittaa.

siis sinänsä johda laadukkaan toiminnan ylläpitämisen merkityksettömyyteen kynnysarvojen yläpuolellakaan. Avoimen menettelyn osalta tilanne ei ole niin selvä. Kalima muistuttaa, että erottamisella on pyritty suojaamaan tarjoajien tasapuolista kohtelua ja syrjimättömyyttä sekä takaamaan markkinoillepääsyä, ei estämään laadun huomioonottamista.<sup>187</sup>

Kuusniemi-Laine ja Takala tulkitsevat asiaa niin, että yrityksen laadunhallinta sekä pätevyys, kokemus ja ammattitaito ovat lain määritelmän mukaan lähtökohtaisesti yrityksen soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä, joten poikkeusta ei ilmeisesti voida soveltaa EU-tavarahankinnoissa, rakennusurakoissa eikä listan A palveluhankinnoissa<sup>188</sup>. Kontuniemi toteaa, että direktiivin 53 artiklassa edellytetään valintakriteerien liittyvän hankinnan kohteeseen, joten sellaiset kriteerit, joilla ei ole liittymää hankinnan kohteena olevaan tavarahan, palveluun tai rakennustyöhön eivät ole tarjousten valinnassa sallittuja. Siten esimerkiksi tarjoajayrityksen toimintaan liittyvät kriteerit eivät sovellu käytettäväksi tarjousten valinnassa. Tarjoajayritykseen liittyvien vaatimusten esittäminen on kuitenkin edelleen mahdollista tarjoajien tekniseen ja ammatilliseen pätevyyteen, taloudelliseen ja rahoitukselliseen asemaan sekä muuhun kelpoisuuteen liittyvinä vaatimuksina.<sup>189</sup>

Hyvönen kumppaneineen toteaa teoksessaan hallituksen esityksen mukaisesti, että ”toisin kuin EU-kynnysarvot sisältävissä hankinnoissa, voidaan kansallisen kynnysarvon sääntelyn piiriin kuuluvissa palveluhankinnoissa, joissa vastaavien henkilöiden pätevyydellä ja asiantuntemuksella on erityinen merkitys, vertailuperusteena käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien kelpoisuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää pätevyyttä, kokemusta, ammattitaitoa ja laadunhallintaa”<sup>190</sup>. Hyvönen kumppaneineen jatkaa, että tarjousten valinnassa käytettävien vertailuperusteiden tulee pääsääntöisesti liittyä hankinnan kohteeseen. Siten vastaavasti kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, kansallisissa hankinnoissa ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä ei tulisi käyttää tarjousten arvioinnissa.<sup>191</sup> Hankintalain 72.1 §:n mukainen säännös on siis poikkeus pääsääntöön.

<sup>187</sup> Kalima 2007, s. 201.

<sup>188</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 189.

<sup>189</sup> Kontuniemi 2005, s. 107.

<sup>190</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 204.

<sup>191</sup> Hyvönen – Kess ym. 2007, s. 245.

Alkio ja Wik ovat pelkästään todenneet, että kansallisissa hankinnoissa voidaan, toisin kuin EU-hankinnoissa, ottaa huomioon myös tarjoajaa koskevia vertailuperusteita<sup>192</sup>. Tällöin EU-hankinnoissa ei voida ottaa vertailuperusteeksi tarjoajien ominaisuuksia.

Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 481/09 otettiin kantaa, voivatko tarjoajien ominaisuudet olla vertailuperusteena EU-hankinnoissa (laskentatoimen, tilintarkastus- ja kirjanpito palvelut kuuluvat hankintalain ensisijaisiin palveluihin eli kyseessä oleviin palveluihin sovelletaan EU-hankintoja koskevia säännöksiä):

Kyseisen MAO:n ratkaisun perusteluissa viitataan ensin hankintalain esitöihin: ”Tarjouksen vertailuperusteina ei esitöiden mukaan tule käyttää sellaisia perusteita, jotka liittyvät ehdokkaiden tai tarjoajien ominaisuuksiin. MAO jatkaa, että tarjoajien soveltuvuusvaatimukset ja tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteesta riippuen. Hankintalaissa ei ole säännöksiä siitä, mitkä seikat hankintamenettelyssä tulee huomioida tarjoajien soveltuvuutta arvioitaessa ja mitkä seikat tarjousten vertailussa. Tarjouspyynnössä on kuitenkin selvästi yksilöitävä, miltä osin tarjoajilta ja tarjouksilta edellytetyjä ominaisuuksia on tarkoitus käyttää tarjoajien soveltuvuusarvioinnissa ja miltä osin tarjousten vertailussa. Hankintayksikön on myös kyettävä perustelemaan käyttämiensä soveltuvuusehtojen ja vertailuperusteiden asianmukaisuus. Vertailuperusteilla on oltava merkitystä arvioitaessa, mikä tarjouksista on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin.

Markkinaoikeus totesi ratkaisun perusteluissa, että hankinnan kohteena olevat tilintarkastuspalvelut ovat sinänsä lailla säädettyä toimintaa, joihin liittyy jo lainsäädännön vaatimuksista johtuen kokemusta koskevia vaatimuksia. Kysymys on toisaalta palveluista, joissa palveluiden toteuttamiseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaisella kokemuksella ja osaamisella on merkitystä palveluiden toteuttamisen tehokkuuden ja laadun kannalta. MAO katsoi, että palvelujen toteuttamiseen osallistuvien henkilöiden kokemusta ja osaamista koskevat seikat voivat sinänsä tulla arvioitavaksi hankintasäännösten mukaisina ja hankinnan kohteeseen liittyvinä vertailuperusteina. Kyseisiä seikkoja ei siten voida yleisesti pitää vain tarjoajien soveltuvuuden arviointiin liittyvinä tekijöinä.

Nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa tarjouspyynnössä ei oltu selvitetty, mitä seikkoja vertailuperusteiden alla on ollut tarkoitus ottaa huomioon ja miten kokemusta on siten ollut tarkoitus tarjousten vertailussa arvioida. Ottaen huomioon tarjouspyynnössä esitetyt seikat MAO katsoi, että tarjoajat eivät ole tarjouspyynnön perusteella voineet tietää, miten hankintayksikkö tulee kokemukseen perustuvia vertailuperusteita arvioimaan tarjousten vertailussa. Tarjouspyyntö oli siten ollut kyseisten vertailuperusteiden osalta epäselvä. MAO katsoi, että tarjouspyynnössä asetetut vastuullisen tarkastajan ja tarkastusryhmän kokemusta koskevat vertailuperusteet, sellaisina kuin ne on tarjouspyynnössä ilmoitettu ja sellaisina kuin niitä on sovellettu, eivät ole olleet hankintasäännösten mukaisia.

Oheisen tapauksen perusteet ovat erittäin mielenkiintoiset hankintalain 72.1 §:n soveltamisen kannalta EU-hankinnoissa. MAO halusi tietoisesti ottaa kantaa kyseiseen oikeusongelmaan ja todeta, että tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteina, mutta tässä tapauksessa kyseiset vertailuperusteet olivat liian epäselvästi kirjattu

<sup>192</sup> Alkio – Wik 2009, s. 1144.

tarjouspyyntöön.

Tarjoajien ominaisuuksien arviointi vertailuperusteena EU-hankinnoissa on erittäin mielenkiintoinen asia, koska tutkijoiden näkemykset poikkeavat toisistaan. Lisäksi tutkijoiden perustelut ovat varsin puutteelliset. Ainoastaan Pöykkylä on analysoinut asiaa kunnolla. On huomionarvoista, että hankintalaki on vain vajaa neljä vuotta vanha ja hallituksen esityksessä on suoraan otettu asiaan kantaa. Kansallisessa oikeuskäytännössä markkinaoikeus on äskettäin vuonna 2009 ottanut nimenomaisesti kantaa asiaan hallituksen esitystä poikkeavalla tavalla. Näyttäisi siltä, että tarjoajien ominaisuuksien käyttäminen vertailuperusteena EU-hankinnoissa olisi direktiivien ja Euroopan unionin oikeuskäytännön mukainen, mutta hallituksen esityksen mukaan lain vastaista.

Loppujen lopuksi herää kysymys, mihin tarvitaan kyseistä kansallista säännöstä, jos säännöstä voidaan soveltaa myös EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Hankintalaissa tarjoajien ominaisuuksien arviointi vertailuperusteena on kirjattu vain kansallisen menettelyn osioon. Muutoinkin hankintalain säännökset ovat pitkälti ohjaavia ja neuvovia säännöksiä, joten kirjauksen poistaminen laista ei estä soveltamasta kyseistä säännöstä. On muistettava, että vaikka laissa ei ole mainintaa jostain asiasta, se ei estä soveltamasta kyseistä asiaa. Tässä tapauksessa olisi tarpeen selventää olemassa olevaa oikeustilaa, koska monen kunnan hankintaohjeissa todetaan, että tarjoajien ominaisuuksia ei voi arvioida vertailuperusteena EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa.

#### 4.4 EDELLYTYKSIÄ SÄÄNNÖKSEN SOVELTAMISELLE

Kun hankintalain 72.1 §:ssä on sana ”myös”, vertailuperusteina tulee olla muitakin kuin kyseisessä säännöksessä mainittuja tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä vertailuperusteita. Pöykkylän mukaan oikeuskäytännössä on todettu, että palveluita ja urakoita hankittaessa tarjoajien ominaisuuksia koskevat vertailuperusteet on laskettava tarjousten laatupisteytykseen osana<sup>193</sup>. Hankintalain 72 §:ssä on viittaus hankintalain 62.1 §:ään, sillä hankintalain 72.2 §:n mukaan vertailuperusteiden asettamisessa voidaan noudattaa soveltuvin

---

<sup>193</sup> Pöykkylä 2010, s. 7.

osin myös, mitä 62 §:ssä säädetään. Hankintalain 62 §:n mukaan 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 toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia. Kyseinen luettelo ei ole tyhjentävä, koska lauseessa on sana ”esimerkiksi”. Asiaa tulkiten vertailuperusteina pitää olla muitakin kuin tarjoajan ominaisuuksia.

Jos tarjouskilpailun voittaja eli paras tarjottu tuote, palvelu tai suoritus voitaisiin valita yrityksen ominaisuuksien perusteella, silloin yritykset, jotka ovat esimerkiksi liikevaihdoltaan, kalustoltaan tai henkilöstöltään suuria, olisivat helposti epätasapuolisesti paremmassa asemassa sekä yrityksen soveltuvuutta arvioitaessa että tarjousten vertailussa. Tällaisella mallilla pienillä yrityksillä tai juuri toimintansa aloittaneilla yrityksillä ei olisi tasapuolisia mahdollisuuksia menestyä tarjousten vertailussa.<sup>194</sup>

*Referensseiksi* kutsutaan tarjoajien kokemusta ja pätevyyttä. Markkinaoikeuden tapauksessa 232/09 oli otettu kantaa hankintalain 72.1 §:ään ja tarkennettu referenssien käyttöedellytyksiä. Ratkaisun perusteluissa myös todetaan, että kokemusta ja pätevyyttä on voitava mitata tarkasti, jotta vertailu on mahdollista.

Markkinaoikeus totesi, että kysymyksessä olevassa toissijaisessa palveluhankinnassa ei ole ollut kysymys mistään hankintalain esitöissä esimerkkinä mainitusta hankinnasta. Markkinaoikeus totesi, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön sekä hankintalain 72 §:n säännösten perusteella yleisenä lähtökohtana myös kansalliset kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on pidettävä sitä, että vertailuperusteiden tulee olla laadultaan sellaisia, että niiden perusteella voidaan selvittää, mikä tarjouksista on hankintayksikölle taloudellisesti edullisin tarjoajan erityisen ammattitaidon tai kokemuksen vuoksi. Vaikka tarjouspyynnön mukaan vertailuperusteiden pisteytyksessä enemmän pisteitä onkin voinut saada laajasta ja monipuolisesta aikaisemmasta kokemuksesta, markkinaoikeus totesi, että vertailuperusteiden asettaminen on olennaisella tavalla perustunut kuitenkin referenssien lukumäärään. Markkinaoikeus katsoi siten, että tarjouspyynnön referenssejä koskeva vertailuperuste ei ole ollut omiaan tuottamaan tietoa tarjoajien hankinnan kohteen kannalta olennaisesta pätevyydestä, kokemuksesta tai ammattitaidosta eikä siten selvittämään sitä, mikä tarjouksista on hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisin. Jos kokemusta ja pätevyyttä olisi mitattu tarkemmin ja täsmennetty ominaisuuden sisältöä, niin tulkintani mukaan vertailuperuste olisi markkinaoikeuden mukaan ollut hyväksyttävä.

Markkinaoikeudessa on ollut muutamakin tapaus, jossa hankinnassa on käytetty kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteena referenssien lukumäärää. Esimerkiksi tapauksissa MAO 76/09 ja MAO 84/09 markkinaoikeus oli katsonut, että asiakassuhteiden lukumäärän käyttäminen

<sup>194</sup> Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 110.

vertailuperusteena ei ole ollut hankintalain 72 §:n mukainen. Jälkimmäiseen tapaukseen sovelletaan nykyistä hankintalakia ja ensimmäiseksi mainittuun vanhaa hankintalakia. Tulkinta on kuitenkin sama Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkotapauksen ansiosta. Oikeustila ei ole siis muuttunut uuden lain myötä.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan C-315/01, *Geschellshaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)* (Kok. 2003, s. I-6351) katsonut, ettei tarjousten vertailuperusteina tule käyttää tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden referenssien lukumäärää, vaan kysymyksessä on peruste, jolla varmistetaan tarjoajan soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen. Luettelomaista referenssilistaa, josta ilmenee vain tarjoajien aikaisempien asiakkaiden nimet ja lukumäärä, mutta ei täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei voida käyttää tarjouksen valinnan perusteena. Korkein hallinto-oikeus on myös katsonut päätöksissään KHO 6.10.2004 sekä KHO 12.12.2003 taltio 3202, että tarjousten arvioinnissa ei tulisi käyttää tarjoajien teknisiin, taloudellisiin ja muihin edellytyksiin liittyviä perusteita, vaan toteutettavan hankinnan kohteeseen liittyviä perusteita.<sup>195</sup>

Jos kansallisissa hankinnoissa arvioidaan referenssejä eli tarjoajien kokemusta ja pätevyyttä vertailuperusteena, niin minkälaisia referenssejä voidaan pyytää? Luvussa 3.6 käsittelin selvityksiä ja totesin, että vertailuperusteiden toteamiseksi voidaan pyytää muitakin kuin hankintalain 59 §:n selvitysluettelossa mainittuja selvityksiä. Kuitenkin hankintalain 59 §:n 2 ja 3 kohdan mukaan hankintayksikkö voi pyytää toimittajilta referenssiluetteloja rakennusurakoiden osalta enintään viimeksi kuluneen viiden vuoden aikana toteutetuista rakennusurakoista sekä tavara- ja palveluhankintojen osalta enintään viimeksi kuluneen kolmen vuoden tärkeimmistä toimituksista. Aiemmin totesin sivulla 52, että hankintalain systematiikassa 59 § liittyy selvästi kelpoisuuden arviointiin. Vasta lain 62 §:ssä on kyse tarjousten valinnasta eli vertailusta, eikä tässä lainkohdassa mitenkään viitata 59 §:ään tai rajata hankintayksikön oikeutta pyytää erilaisia asiakirjoja tarjousten valinnan pohjaksi. Virtanen katsoi tällä perusteella, että hankintayksikkö voi tarjousten vertailua varten vaatia ja ottaa vastaan myös muita kuin 59 §:ssä mainittuja asiakirjoja, vaikka vaadittavat tiedot voisivat liittyä myös kelpoisuusarviointiin<sup>196</sup>. Edellä mainitusta voidaan todeta, että käytettäessä referenssejä vertailuperusteena, voidaan pyytää mitä tahansa asiakirjoja ja kuinka pitkältä ajalta tahansa, kunhan referenssi täyttää muut vertailuperusteille asetettavat vaatimukset. Oikeuskirjallisuudessa ei ole tutkitu suoranaisesti referenssien käyttöä vertailuperusteena.

On muistettava, että hankintalain 72 §:ään soveltuvat samat kriteerit, mitä sovelletaan muihin vertailuperusteisiin kuin tarjoajien ominaisuuksiin. Nämä olen käynyt jo aiem-

<sup>195</sup> HE 50/2006 vp, s. 106.

<sup>196</sup> Virtanen 2008, s. 699.



min läpi, mutta tässä ne ovat vielä koottuina. Hankintayksikön harkintavaltaa vertailuperusteita asetettaessa rajoittavat seuraavat seitsemän kohtaa:

1. vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen,
2. vertailuperusteiden on oltava objektiivisia ja syrjimättömiä,
3. vertailuperusteiden tulee koskea lähtökohtaisesti sellaisia seikkoja, joilla on taloudellista arvoa hankintayksikölle, mutta niiden ei tarvitse olla puhtaasti taloudellisia,
4. vertailuperusteina tulee käyttää vain sellaisia seikkoja, joiden perusteella voidaan selvittää, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin,
5. vertailuperusteena ei tule käyttää sellaisia seikkoja, joilla vain varmistetaan tarjoajan soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen,
6. vertailuperusteet eivät saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta tarjousten vertailun toteuttamiseen ja
7. vertailuperusteet on ilmoitettava hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä niin tarkasti, että tarjoajat voivat niiden perusteella tietää tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun laatiakseen yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia.<sup>197</sup>

Tyypillisesti hankintojen kilpailuttamisessa ongelmat liittyvät siihen, että käytetyt kriteerit eivät ole sallittuja tai ne ovat epämääräisiä. Laatuvertailussa ei voida vertailla ominaisuuksia, joita koskevaa tietoa ei ole tarjousasiakirjoissa tai jotka edellyttävät aikaisempaa yhteistyösuhdetta hankintayksikön kanssa. Laatuvertailussa ei myöskään luonnollisesti tule vertailla ominaisuuksia, jotka jo sisältyvät jo pakollisiin vaatimuksiin kelpoisuusehdoissa, palvelukuvauksessa tai sopimusehdoissa.

Laadunhallinta, pätevyys, kokemus ja ammattitaito voivat pitää sisällään mitä tahansa kyseisiin ominaisuuksiin liittyvää, kunhan ne on yksilöity riittäväällä tavalla tarjouspyynnössä. On mahdotonta esitellä tässä ja nyt kaikki asiat, mitä edellä mainitut ominaisuudet pitävät sisällään, koska ne pitävät sisällään erilaisia ominaisuuksia. Oleellisempaa on, että valitut ominaisuudet täyttävät muut kriteerit, jotka hankintalainsäädäntö ja direktiivit asettavat.

---

<sup>197</sup> Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 298.

On esimerkiksi mahdollista, että kilpailutustilanteessa yhtenä laadullisena tekijänä käytetään organisaation innovaatio- ja yhteistyökykyä. Kysymys on tällöin siitä, että hankintaorganisaatio pyrkii valitsemaan yhteistyökumppanikseen organisaation, jolla on potentiaalia kehittää uudenlaisia ratkaisuja yhteistyösuhteen kuluessa.<sup>198</sup> Tällöin on vaan muistettava täsmentää, mitä innovaatio- ja yhteistyökyky tarkoittaa ja miten ominaisuuksia mitataan. Mikään vertailuperuste ei ole siis lähtökohtaisesti kielletty, kunhan se on oikein kirjoitettu tarjouspyyntöön.

---

<sup>198</sup> Vedenkannas 2008, s. 218.

## 5 LOPUKSI

Tutkimassani hankintalain 72.1 §:ssä on monia mielenkiintoisia seikkoja. Unohtamatta säännöksen sanamuotoa ”*palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*”. Säännös on erittäin pitkä ja sisältää monia määrittelyä kaipaavia sanoja, mitä olen tulkinut neljännessä luvussa.

Hallituksen esityksessä on määritelty esimerkinomaisesti, minkälaisissa hankinnoissa kyseistä säännöstä on tarkoitus soveltaa. Hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävissä suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutus-hankinnoissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa voidaan soveltaa kyseistä hankintalain 72.1 §:n säännöstä. Loppujen lopuksi oleellista on, onko hankinnassa vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla ja pätevyydellä erityinen merkitys ja onko kyseisillä ominaisuuksilla merkitystä hankinnan toteuttamiseksi. Hankintalain 72.1 §:ssä on sana ”myös”, joten vertailuperusteina tulee olla muitakin kuin kyseisessä säännöksessä mainittuja tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä vertailuperusteita.

Vertailuperusteiden erityispiirteiden ymmärtämiseksi on osattava tunnistaa kelpoisuusehdot. Tarjoajien soveltuvuuden arvioiminen on erotettava tarjousten vertailusta. Tämän takia olen kolmannessa luvussa käsitellyt kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden eroavaisuuksia. Koko tarjouskilpailun läpäisevät kuitenkin periaatteet, joihin hankintalain yksittäiset säännökset loppujen lopuksi perustuvat, joten periaatteet ovat erittäin tärkeitä. Periaatteita käsitelin luvussa 3.2.

Hankintalain 72 §:ään soveltuvat samat kriteerit, mitä sovelletaan muihinkin vertailuperusteisiin kuin tarjoajien ominaisuuksiin. Tärkeimpänä vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen, niiden on oltava objektiivisia ja syrjimättömiä, vertailuperusteiden

den on synnyttävä vertailukelpoisia tarjouksia ja selvitettävä, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Vertailuperusteet eivät saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta tarjousten vertailun toteuttamiseen. Hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä on ilmoitettava vertailuperusteet niin tarkasti, että tarjoajat voivat niiden perusteella tietää tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla tulee olemaan vaikutusta asian ratkaisuun, ja laatia yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia.

Hankinnoissa tarjoajien ominaisuudet voidaan asettaa vertailuperusteeksi, jos kyseiset vertailuperusteet täyttävät vertailuperusteille asetetut vaatimukset. Kuten harjoittelupaikkani ylituomari antoi neuvoksi pro gradua työstävälle opiskelijalle ”Muista ettet löydä totuutta, vaan etenet vain jotain kohti.” Tämän pro gradun päätökseksi totean, että totuus löytyy hankintakohtaisesti, kunhan ottaa huomioon kaikki kriteerit. Toinen vertailuperuste on toisissa hankinnoissa kielletty ja toisissa sallittu, sillä vertailuperusteen on liityttävä hankintaan.

Hankinnoissa tärkeintä on huolellisuus tarjouspyynnön laatimisessa, jossa kuvataan hankinta ja määritellään kelpoisuusehdot ja vertailuperusteet. Vertailuperusteiden on synnyttävä vertailukelpoisia tarjouksia eli tarjousten on oltava vertailukelpoisia keskenään. Hankinnan tekee haasteelliseksi se, että hankinnoilla voi tavoittaa mitä vain, jos omaa kunnianhimoiset tavoitteet. Yhteistoiminnan eli kumppanuuden syventäminen voi mahdollistaa myös innovaationäkökulman yhdistämisen tilaajan ja tuottajan yhteistyöhön<sup>199</sup>.

Vertailuperusteiden todentamiseksi voidaan pyytää muitakin kuin hankintalain 59 §:n selvitysluettelossa mainittuja selvityksiä, koska kyseinen 59 § liittyy selvästi kelpoisuuden arviointiin. Täten hankintalaki hiljenee vertailuperusteiden selvitysten pyytämisen suhteen, vaikkakin hankintalaissa on esimerkiksi määritelty, kuinka pitkältä ajalta voidaan pyytää referenssiluetteloja soveltuvuuden toteamiseksi.

Hankintalain 72.1 §:ään ei suoranaisesti liity eurooppaoikeudellista sääntelyä muutoin kuin se kysymys, voiko kansallisen hankintalakimme 72.1 §:ää soveltaa EU-

---

<sup>199</sup> Vedenkannas 2008, s. 212.

kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Hallituksen esityksessä on otettu tähän asiaan tiukka kanta, mutta oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on esitetty poikkeavia näkemyksiä. Tämän vuoden 2011 alussa julkaistiin Euroopan komission vihreä kirja, jonka mukaan tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteena rajatuissa olosuhteissa silloin, kun pätevyydellä ja ansioilla on erityinen merkitys. Vaikkakin vihreässä kirjassa tämä ilmaistaan erittäin varovasti, on vihreän kirjan viesti loppujen lopuksi selkeä: tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteena EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa.

Luvun 4.3 loppupäätelmänä ihmettelen, mihin tarvitaan kyseistä kansallista säännöstä, kun säännöstä voidaan soveltaa myös EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Hankintalaissa tarjoajien ominaisuuksien arviointi vertailuperusteena on kirjattu vain kansallisen menettelyn osioon. Muutoinkin hankintalain säännökset ovat pitkälti ohjaavia ja neuvovia säännöksiä, joten kirjauksen poistaminen laista ei estä soveltamasta kyseistä säännöstä. Toinen vaihtoehto olisi kirjata samansisältöinen säännös EU-hankintoja koskevaan osioon. On kuitenkin mielestäni selvää, että tarjoajien ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteena EU-hankinnoissa, vaikka hallituksen esityksessä todetaan muuta.