

HANKINTAYKSIKÖN KORVAUSVASTUU HAN-
KINTAMENETTELYN KESKEYTTÄMISELLÄ AI-
HEUTETUSTA VAHINGOSTA – ERITYISESTI HAN-
KINTALAIN NOJALLA

Teemu Auressalmi
OTM-tutkielma
Velvoiteoikeus
Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Marraskuu 2015

TURUN YLIOPISTO
Oikeustieteellinen tiedekunta

AURESSALMI, TEEMU: Hankintayksikön korvausvastuu hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta vahingosta – erityisesti hankintalain nojalla

Pro-gradu tutkielma, 104 s.

Velvoiteoikeus

Marraskuu 2015

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Tutkielma käsittelee hankintayksikön korvausvastuuta hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta vahingosta erityisesti hankintalain vahingonkorvaus- ja hyvitysmaksusäännösten nojalla. Huomiota kiinnitetään niiden ohella myös sopimuksentekorikkomukseen ja vahingonkorvauslakiin mahdollisina vastuuperusteina. Tutkielman aihepiiri sijoittuu systemaattisesti yksityis- ja julkisoikeuden rajapintaan ja myös sopimusvastuun ja sopimuksen ulkoisen vastuun harmaalle alueelle. Metodi on oikeusdogmaattinen.

Sopimusneuvottelujen sitomattomuus on perusteltu lähtökohta myös julkisissa hankinnoissa. Sitä tukee hankintalainsäädännön taustalla oleva pyrkimys julkisten varojen käytön tehostamiseen. Hankintalaissa hankintayksikön oikeutta keskeyttää hankintamenettely ei olekaan käytännössä rajattu, kunhan tarjoajia kohdellaan yhdenvertaisesti. Hankintayksikön hyvin vapaa oikeus menettelyn keskeyttämiseen on tarjoajien luottamuksensuojan kannalta kuitenkin ongelmallinen. Tämä korostuu erityisesti silloin, kun hankintayksikkö on jo valinnut tarjouskilpailun voittajan hankintapäätöksellä ja näin antanut indision sopimuksentekotahdostaan. Hankintamenettelyn keskeyttämisen tarkoituksenmukaisuussyistä vielä hankintapäätöksen jälleen salliva oikeuskäytäntö on myös ristiriidassa hankinta-oikaisua koskevan säännöksen sanamuodon kanssa.

Hankintalain mukainen korvausvastuu on ankaraa, eikä edellytä hankintayksikön tuotamusta. Vahingonkorvaussäännöksen nojalla korvataan vaihtoehtoisesti ns. positiivinen sopimusetu tai tarjousmenettelystä aiheutuneet kulut. Molempien katsotaan tutkielmassa olevan mahdollisia myös menettelyn keskeyttämisen yhteydessä. Hyvitysmaksun määrä ei sen sijaan ole sidottu aiheutuneeseen vahinkoon, eikä etenään suuremmissa hankinnoissa yleensä riitä kattamaan koko vahinkoa. Hyvitysmaksun suhde samassa tapauksessa mahdollisesti myöhemmin määrättävään vahingonkorvaukseen on epäselvä.

Hankintamenettelyssä on normaalitapauksessakin pääsääntöisesti vain yksi voittaja. Vain tälle tarjoajalle laittomasta keskeyttämisestä aiheutunut vahinko on siten syy-yhteydessä lainvastaiseen menettelyyn ja tulee korvattavaksi. Tarjousmenettelykuluja koskevan vahingonkorvauksen ja hyvitysmaksun osalta syy-yhteyksynnystä on lainsäädännössä alennettu. Tästä huolimatta alusta saakka virheelliset tarjouskilpailut, joissa virheettömän menettelyn kulkua on jälkikäteen vaikea arvioida, muodostuvat ongelmallisiksi. Oikeuskäytännössä syy-yhteyttä koskeva näyttökynnys on näissä tapauksissa asetettu ehkä tarpeettomankin korkealle.

Asiasanat: julkiset hankinnat, sopimus, neuvottelut, vahingonkorvaus, sopimusvapaus, luottamuksensuoja

Sisällysluettelo

SISÄLLYSLUETTELO	III
LÄHTEET	VI
KIRJALLISUUS.....	VI
VIRALLISLÄHTEET.....	XII
OIKEUSKÄYTÄNTÖ	XIII
LYHENTEET	XVII
1 JOHDANTO	1
1.1 KYSYMYKSENASETTELU JA RAJAUS	1
1.2 METODI JA LÄHTEET.....	4
1.3 RAKENNE.....	5
2 VAIHTOEHTOISISTA VASTUUPERUSTEISTA HANKINTAMENETTELYN KESKEYTYESSÄ	7
2.1 ALUKSI.....	7
2.2 HANKINTALAKI – SOPIMUS SOPIMUKSENTEKOMENETTELYSTÄ?.....	10
2.3 SOPIMUKSENTEKORIKKOMUSTA KOSKEVAT PERIAATTEET	14
2.3.1 Korvauksen normiperustasta – delikti- vai sopimusvastuuta?	14
2.3.2 Pitkäaikaisten neuvottelujen vaikutus.....	17
2.3.4 Neuvottelujen epäasianmukainen käyminen tai katkaiseminen	20
2.4 VAHINGONKORVAUSLAKI.....	26
2.4.1 Soveltuuko vahingonkorvauslaki ollenkaan?.....	26
2.4.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen ongelmat.....	28
3 HANKINTALAINSÄÄDÄNNÖN VASTAINEN HANKINTAMENETTELYN KESKEYTTÄMINEN	33
3.1 HANKINTALAINSÄÄDÄNNÖN VASTAINEN MENETTELY VASTUUPERUSTEENA	33
3.1.1 Vastuuperuste korvausvastuun lähtökohtana.....	33
3.1.2 Korvausvastuun ankaruus.....	35
3.2 HANKINTAMENETTELYN KESKEYTTÄMISEN VAPAUS.....	41
3.2.1 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertainen kohtelu.....	41
3.2.2 Uuden hankintamenettelyn asema	43
3.3 ERILAISIA SYITÄ HANKINTAMENETTELYN KESKEYTTÄMISELLE	44
3.3.1 Menettelyssä tapahtunut virhe.....	44

3.3.2	<i>Todellisen kilpailun puuttuminen</i>	46
3.3.3	<i>Hinta ja tarve: julkisten varojen käytön tehokkuus v. tarjoajien luottamuksensuoja</i>	48
3.4	MILLOIN KESKEYTTÄMISPÄÄTÖS VOIDAAN TEHDÄ?	53
3.4.1	<i>Hankintamenettelyn aikana, ei enää hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.</i>	53
3.4.2	<i>Hankintapäätöksen jälkeen vain hankintaoikaisuna?</i>	54
3.4.3	<i>Markkinaoikeuden ratkaisun jälkeen</i>	58
4	LAINVASTAISEN KESKEYTTÄMISEN YHTEYDESSÄ KORVATTAVAT VAHINGOT	62
4.1	VAHINGONKORVAUS – POSITIIVINEN SOPIMUSETU TAI TARJOUSMENETTELYKULUT	62
4.1.1	<i>Vahinko todellisen ja hypoteettisen tapahtumainkulun erotuksena</i>	62
4.1.2	<i>EUTI: vahingon ja sen suuruuden toteaminen kansallisen lainsäädännön varassa</i>	63
4.1.3	<i>Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen nojalla korvattavat vahingot</i>	64
4.2	KORVAUS- JA RANGAISTUSLUONTEINEN HYVITYSMAKSU	67
4.2.1	<i>Hyvitysmaksun suuruudessa huomioitavista tekijöistä</i>	67
4.2.2	<i>Hyvitysmaksun ja vahingonkorvauksen suhde</i>	69
4.3	LAINVASTAISEN KESKEYTTÄMISPÄÄTÖKSEN KUMOAMINEN ENNEN KORVAUSTA.....	70
4.3.1	<i>Hyvitysmaksun toissijaisuus reaalikeynoihin nähden</i>	70
4.3.2	<i>Muutoksenhaun ja sen laiminlyönnin vaikutus vahingonkorvaukseen</i>	73
4.4	MITÄ JOS REAALIKENOJEN SOVELTAMINEN EI KOSKE KOKO HANKINTAKAUTTA?	76
4.4.1	<i>Hankintakauden kulumisen muutoksenhaun aikana</i>	76
4.4.2	<i>Tehottomuusseuraamus tai sopimuskauden lyhentäminen ei kata kaikkia sopimusveloitteita</i>	82
5	SYY-YHTEYS LAINVASTAISEN KESKEYTTÄMISEN JA AIHEUTUNEEN VAHINGON VÄLILLÄ	84
5.1	SYY-YHTEYSPROBLEMATIIKASTA MENETTELYN KESKEYTYESSÄ	84
5.1.1	<i>Lähtökohtia</i>	84
5.1.2	<i>Aiheutuuko laittomasta keskeyttämisestä vahinkoa?</i>	85
5.2	VOITTOAHDOLLISUUS VIRHEETTÖMÄSSÄ MENETTELYSSÄ JA ERI NÄYTTÖKYNNYKSET	87
5.2.1	<i>Positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus – olisi voittanut</i>	87
5.2.2	<i>Hankintamenettelystä aiheutuneet kulut tai hyvitysmaksu – todellinen mahdollisuus</i>	89
5.3	VOITTOAHDOLLISUUKSIEN ARVIOINNISTA, KUN HANKINTAMENETTELY ON KESKEYTETTY LAITTOASTI	93
5.3.1	<i>Voittomahdollisuuksia koskevat todisteluongelmat</i>	93

5.3.2	<i>Virhe vain keskeyttämissäätöksessä.....</i>	94
5.3.3	<i>Virhe myös tarjousvertailussa.....</i>	95
5.3.4	<i>Virhe jo hankintamenettelyn alussa.....</i>	97
6	JOHTOPÄÄTÖKSET.....	101

Lähteet

Kirjallisuus

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

Aarto, Markus – Aho, Tuomas – Regelin, Juha – Uotila, Jaakko – Vatanen, Tuomo: Hankintasopimus. Käytännön käsikirja. Helsinki 2009.

Aho, Tuomas: Yrityssalaisuuksien suojasta julkisissa hankinnoissa ja yhteishankkeissa. DL 1/2006, s. 59–77.

Andersson, Håkan: Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering. UrT 1/2014, s. 11–39.

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. 3rd edition. Sweet & Maxwell 2014.

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement. 2nd edition. Sweet & Maxwell 2005.

Arti, Armas: Vahingonkorvauslaki. Hämeenlinna 1981.

Banks, Fiona – Bowsher, Michael: Damages Remedy in England & Wales and Northern Ireland. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy. Hart Publishing 2011, s. 61–74.

Björklund, Daniel – Madell, Tom: Skadestånd vid offentlig upphandling. SvJT 7/2008, s. 578–602.

Bovis, Christopher: EU Public Procurement Law. 2nd edition. Edward Elgar Publishing 2012.

Bowsher, Michael – Moser, Philip: Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules in United Kingdom. PPLR 4/2006, s. 195–210.

Brown, Adrian: Case C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy v Imatran Kaupunki: the Discretion to Terminate an Award Procedure in Order to Change the Award Criteria. PPLR 3/2004, s. NA64–66.

Burgi, Martin: Damages and EC Procurement Law. German Perspectives. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy. Hart Publishing 2011, s. 19–40.

Caranta, Roberto: Damages for Breaches of EU Public Procurement Law. Issues of Causation and Recoverable Losses. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy. Hart Publishing 2011, s. 167–184.

Dietrich, Joachim: Classifying Precontractual Liability: a Comparative Analysis. LS 2/2001, s. 153–191.

Dischendorfer, Martin: The Reviewability of the Decision to Withdraw an Invitation to Tender: a Note on the Judgment of the Court of Justice in Case C-15/04, *Koppensteiner GmbH v Bundesimmobiliengesellschaft mbH*. PPLR 6/2005, s. NA160–163.

Eiró, Vera – Mealha, Esperança: Damages under Public Procurement. The Portuguese Case. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan: *Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy*. Hart Publishing 2011, s. 41–60.

Eskola, Saila – Ruohoniemi, Erkko: *Julkiset hankinnat*. Helsinki 2011.

Fairgrieve, Duncan – Lichère, François: Procedures and Access to Justice in Damages Claims for Public Procurement Breaches. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): *Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy*. Hart Publishing 2011, s. 185–195.

Fruhmann, Michael – Dischendorfer, Martin: The Reviewability under EC law of the Decision to Withdraw an Invitation to Tender. PPLR 6/2002, s. NA126–132.

Gabayet, Nicolas: Damages for Breach of Public Procurement Law. A French Perspective. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): *Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy*. Hart Publishing 2011, s. 7–18.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuun peruskysymyksistä. DL 4/2009, s. 587–605.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: *Valta ja vahinko. Julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa*. Hämeenlinna 2008.

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

Halonen, Kirsi-Maria: KKO:n ratkaisu virheellisen menettelyn ja vahingon välisestä syy-yhteysvaatimuksesta julkisissa hankinnoissa. Oikeustieto 6/2011, s. 4–6.

Hebly, Jan – Wilman, Folkert: Damages for Breach of Procurement Law. The Dutch Situation. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan: *Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy*. Hart Publishing 2011, s. 75–88.

Hemmo, Mika: *Vahingonkorvausoikeus*. Porvoo 2005.

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus I. 2., uudistettu painos*. Jyväskylä 2003. (Hemmo 2003a)

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus II. 2., uudistettu painos*. Jyväskylä 2003. (Hemmo 2003b)

Hemmo, Mika: Prekontraktuaaliset sopimukset ja neuvotteluvastuun sääntely. Teoksessa Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti (toim.): Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Vammala 1999, s. 77–89.

Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuunudoista. Jyväskylä 1998.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1994.

Husa, Jaakko: Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ”oikeaa oikeusvertailua”? LM 5/2010, s. 700–718.

Kessler, Friedrich – Fine, Edith: Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. HLR 3/1964, s. 401–449.

Kaivola, Juhani – Nybergh, Frey – Ståhlberg, Pauli: Kaksi täysistuntoratkaisua sopimuskumppanin työntekijän vahingonkorvausvastuuta. DL 5–6/1993, s. 383–421.

Kaisto, Janne: Varallisuus oikeus ja julkiset hankinnat. Oikeustiede–Jurisprudentia XLII:2009, s. 121–260.

Kalima, Kai: Julkisyhteisöjen hankintatoimi. Tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja -käytännöstä. Jyväskylä 2001.

Kalima, Kai: Julkiset hankinnat ja eurooppaoikeus. Saarijärvi 1996.

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

Kanninen, Heikki: Oikeuskeinot julkisissa hankinnoissa – havaintoja oikeuskäytännön perusteella. DL 3/2005, s. 527–555.

Kivivuori, Antti: Vahingonkorvauslain soveltamisala. DL 1975, s. 266–276.

Klami-Wetterstein, Paula: Sopimuksen syntyminen hankintamenettelyssä. Oikeustieto 5/2007, s. 19–21.

Kleineman, Jan: Skadestandsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. JT 1/1991–92, s. 125–140.

Kotsonis, Totis: The Basis on which the Remedy of Damages Must Be Made Available under the Remedies Directive: Stadt Graz v. Strabag AG (C-314/09). PPLR 3/2011, s. NA59–63.

Kuoppamäki, Petri: Kilpailunrajoitukset ja julkiset hankinnat. Teoksessa Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Knuts, Märten – Kuoppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Rissanen, Kirsti – Viitanen, Klaus – Wilhelmsson, Thomas:

Yritysoikeus (jatkuvatäydenteinen). Talentum Fokus, viimeisin päivitys 17.1.2014. (fokus.talentum.fi, 4.11.2015)

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. Helsinki 2012.

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

Lappalainen, Juha: Luku V Todistelu. Teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helelius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. (jatkuvatäydenteinen). Talentum Fokus, viimeisin päivitys 17.1.2014. (fokus.talentum.fi, 4.11.2015)

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Jyväskylä 2001.

Leffler, Henrik: Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna? ERT 1/2005, s. 78–85.

Leffler, Henrik: Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions. PPLR 4/2003, s. 151–174.

Mononen, Marko: Huomioita vahingonkorvaus- ja sopimusoikeuden johdonmukaisuudesta. Teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2005. Helsinki 2005, s. 91–118.

Mononen, Marko: Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta? LM 7–8/2004, s. 1379–1397.

Mäenpää, Kalle: Julkisten hankintojen tarjouskilpailuun liittyvä vahingonkorvausvastuu – KKO 2011:54 (ään.). LM 2/2012, s. 340–350.

Mäenpää, Kalle: Contract Negotiations and the Importance of Being Earnest. JFT 4/2010, s. 322–350.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 1. painos. Helsinki 2013.

Mäenpää, Olli: Hallintoprosessioikeus. 2., uudistettu painos. Juva 2007.

Mäkelä, Juha: Sopimus ja erehdys. Sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta. Sastamala 2010.

Mäkinen, Kaisa: Hankintojen oikeussuojauudistus. Edilex 28.10.2010 (www.edilex.fi, 19.10.2015).

Männistö, Jarkko: Siviiliprosessuaalisen oikeusvoimaopin muutoksesta, sen perusteista ja vaikutuksista. LM 1/2004, s. 37–48.

Norros, Olli: Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla. Juva 2009.

Paaso, Ilpo: Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkärintoimessa. Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin. Helsinki 1992.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 6., uudistettu laitos (7. painos). Tallinna 2015.

Pohjonen, Mika: Julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö. Hamina 2002.

Ponzio, Silvia: State Liability and Public Procurement. The Case of Italy. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy. Hart Publishing 2011, s. 89–112.

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. 3., uudistettu painos. Liettua 2013.

Routamo, Eero: Varallisuusvahingon korvaamisen ongelmia. LM 1/1985, s. 74–86.

Rubach-Larsen, Anne: Damages under German Law for Infringement of EU Procurement Law. PPLR 4/2006, s. 179–194.

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

Saarinen, Kirsi-Maria: Vahinkoa korvaavat oikeusturvakeinot julkisissa hankinnoissa. OTM-tutkielma: Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2006.

Saarnilehto, Ari: Todistustaakasta vahingonkorvausasioissa. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Ehdon sovittelusta, todistelusta, vahingonkorvauksesta. Turku 2010, s. 53–102.

Saarnilehto, Ari: KKO 2008:31 ja eri korvausjärjestelmät. DL 3/2009, s. 351–363.

Saarnilehto, Ari: Osakeyhtiölain mukainen korvausvastuu ja rinnakkaisperiaate. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Yhtiöoikeudellisia kirjoituksia VI. Turku 2007, s. 19–48.

Saarnilehto, Ari: Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaaminen. Teoksessa Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti (toim.): Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Vammala 1999, s. 221–234.

Saranpää, Timo: Riita-asian näyttökynnys- ja todistustaakkasäännökset todistelutoimikunnan mietinnössä – Eräitä näkökohtia ja ehdotuksia. DL 6/2013, s. 951–966.

Savola, Mika: Hyvitysmaksusta julkisissa hankinnoissa. DL 2/2000, s. 230–244.

Saxén, Hans: Skadeståndsrätt. Andra oförändrade upplagan. Åbo 1983.

Schebesta, Hanna: Towards an EU Law of Damages. Damages claims for violations of EU public procurement law before national and European judges. European University Institute, Department of Law 2013.

Schebesta, Hanna: Community Law Requirements for Remedies in the Field of Public Procurement: Damages. EPPPL 1/2010, s. 23–37.

Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. 6., uudistettu painos. Liettua 2013.

Taxell, Lars Erik: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.

Treumer, Steen: Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules. Teoksessa Lichère, François – Fairgrieve, Duncan (toim.): Public Procurement Law: Damages As an Effective Remedy. Hart Publishing 2011, s. 149–166.

Treumer, Steen: Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European Regulation and Practice. PPLR 4/2006, s. 159–170.

Treumer, Steen: Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective. EBOR 3/2004, s. 563–576.

Ukkola, Markus: Oikeusvoima ja luottamuksensuojaperiaate julkisissa hankinnoissa. Edilex 28.8.2013. (www.edilex.fi, 8.9.2015)

Virtanen, Pertti: Vahingonkorvaus – laki ja käytännöt. Porvoo 2011.

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.

von Herten, Hannu: Sopimusneuvottelut. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1983.

von Jhering, Rudolph: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. Teoksessa Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Band 4. Jena: Druck und Verlag von Friedrich Mauke 1861, s. 1–112.

Wuolijoki, Sakari: Pankin neuvontavastuu. Varallisuus oikeudellinen tutkimus pankin neuvonta- ja tiedonantovelvollisuuksista. Jyväskylä 2009.

Ylöstalo, Matti: Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n tulkintaa. LM 1–2/1975, s. 238–243.

Ämmälä, Tuula: Ns. negatiivisesta sopimusedusta. Teoksessa Saarnilehto, Ari – Nuutila, Ari-Matti (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta. Turku 1991, s. 547–561.

Virallislähteet

HE 46/2014 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 19/2014 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 32/2012 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi.

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

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

HE 153/2008 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

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

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

HE 217/1995 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

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

HE 187/1973 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.

Km 1990:20. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö. Oikeusministeriö.

OMML 6/2010. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Työryhmän loppumietintö. Mietintöjä ja lausuntoja 6/2010. Oikeusministeriö.

TaVM 24/1997 vp: Talousvaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

TEM 37/2015. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 37/2015.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl v. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)*, tuomio 11. joulukuuta 2014, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV ja De Jonge Konstruktie BV v. Provincie Drenthe*, tuomio 9. joulukuuta 2010, Kok. 2010, s. I-12655.

Asia C-314/09 *Stadt Graz v. Strabag AG ym.*, tuomio 30. syyskuuta 2010, Kok. 2010, s. I-08769.

Asia C-15/04 *Koppensteiner GmbH v. Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, tuomio 2. kesäkuuta 2005, Kok. 2005, s. I-4876.

Asia C-275/03 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta*, tuomio 14. lokakuuta 2004, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

Asia C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy v. Imatran kaupunki*, määräys 16. lokakuuta 2003, Kok. 2003, s. I-12139.

Asia C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v. Stadt Wien*, tuomio 18. kesäkuuta 2002, Kok. 2002, I-05553.

Asia C-81/98 *Alcatel Austria AG ym., Siemens AG Österreich ja Sag-Schrack Anlagentechnik AG v. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, tuomio 28. lokakuuta 1999, Kok. 1999, s. I-07671.

Asia C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH v. Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, tuomio 16. syyskuuta 1999, Kok. 1999, s. I-05697.

Asia C-5/94 *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, tuomio 23. toukokuuta 1996, Kok. 1996, s. I-02553.

Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur SA v. Saksan liittotasavalta ja The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd ym.*, tuomio 5. maaliskuuta 1996, Kok. 1996, s. I-01029.

Julkisasiamies

Julkisasiamies Pedro Cruz Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie ym. v. Provincie Drenthe*. 14. syyskuuta 2010.

Julkisasiamies Antonio Saggion ratkaisuehdotus asiassa C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH v. Amt der Salzburger*

Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. 25. maaliskuuta 1999.

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin

Asia T-160/03 *AFCOn Management Consultants, Patrick Mc Mullin ja Seamus O'Grady v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 17. maaliskuuta 2005, Kok. 2005, s. II-00981.

Asia T-203/96 *Embassy Limousine & Services v. Euroopan parlamentti*, tuomio 17. joulukuuta 1998, Kok. 1998, s. II-04239.

Asia T-13/96 *TEAM Srl v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 29. lokakuuta 1998, Kok. 1998, s. II-04073.

Ulkomaiset tuomioistuimet

Englanti

High Court

Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. Corporate Officer of the House of Commons (2000) 67 Con LR 1; 2 L.G.L.R. 372, QBD (TCC)

Ruotsi

Högsta domstolen

NJA 2013 s. 909

NJA 2013 s. 762

NJA 2007 s. 349

NJA 2001 s. 3

NJA 1998 s. 873

Hovrätten över Skåne och Blekinge

RH 2010:48

Korkein oikeus

KKO 2015:11 (ään.)
KKO 2013:58
KKO 2013:19
KKO 2011:54 (ään.)
KKO 2011:6
KKO 2009:45
KKO 2008:91 (ään.)
KKO 2008:57
KKO 2007:72 (ään.)
KKO 6.7.2007 T 1857
KKO 23.8.2005 T 1921
KKO 2001:136
KKO 2001:134
KKO 1999:48 (ään.)
KKO 1993:130 (ään.)
KKO 1992:89
KKO 1990:26 (ään.)
KKO 1984 II 181 (ään.)
KKO 1983 II 157

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2015:149
KHO 13.10.2015 T 2914
KHO 28.4.2015 T 1093
KHO 27.3.2015 T 875
KHO 27.3.2015 T 862
KHO 27.3.2015 T 861
KHO 14.6.2013 T 2001
KHO 14.6.2013 T 2000
KHO 11.8.2014 T 2357 (LRS)
KHO 2011:59
KHO 8.2.2011 T 268 (LRS)
KHO 2010:35
KHO 2010:19
KHO 25.5.2009 T 1294
KHO 20.9.2007 T 2365
KHO 28.9.2006 T 2514
KHO 15.12.2005 T 3357 (LRS)
KHO 2006:49
KHO 2005:63
KHO 2004:29
KHO 2003:89
KHO 25.11.2002 T 3064
KHO 28.11.2001 T 2973 (ATK)
KHO 15.4.1999 T 770 (ATK)
KHO 1997:124
KHO 1997:63

Hovioikeudet

Turun HO 1.12.2014, S 14/524
Helsingin HO 2014, S 13/1324
Vaasan HO 28.5.2013, S 12/674
Vaasan HO 6.3.2012, S 10/1380
Kouvolan HO 15.12.2010, S 10/276
(KouHO 2010:8)
Turun HO 26.10.2010, S 09/1325
Itä-Suomen HO 30.5.2006, S 05/209
Helsingin HO 11.11.2005, S 03/1208

Markkinaoikeus

MAO 349/15
MAO 335/15
MAO 328/15
MAO 200/15
MAO 143/15
MAO 791/14
MAO 618/14
MAO 386–388/14
MAO 380–382/14
MAO 365–368/14
MAO 317–318/14
MAO 125/14
MAO 115/14
MAO 81/14
MAO 68/14
MAO 289/13
MAO 239/13
MAO 200/13
MAO 15–16/13
MAO 510/12
MAO 405/12
MAO 192/12
MAO 101/12
MAO 608/11
MAO 569/11
MAO 568/11
MAO 234/11
MAO 539–540/09
MAO 453/09
MAO 330/09
MAO 191/09
MAO 518/08
MAO 383/07
MAO 143/05 ja 144/05
MAO 194/04
MAO 193/04

Lyhenteet

ATK	KHO:n ennen 30.9.2002 julkaisema muu kuin vuosikirjapäätös
av.	alaviite
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
DL	Defensor Legis
EBOR	European Business Organisation Law Review
ensimmäinen valvontadirektiivi	neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 395, 30.12.1989, s. 33–35.
EPPPL	European Public Private Partnership Law Review
erit.	erityisesti
erityisalojen hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 243–374.
erityisalojen hankintalaki	laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007)
ERT	Europarättslig Tidskrift
esim.	esimerkiksi
EU	Euroopan unioni
EUTI	Euroopan unionin tuomioistuin (vuoteen 2009 saakka Euroopan yhteisöjen tuomioistuin)
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EUYT	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin (vuoteen 2009 saakka Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin)
EY	Euroopan yhteisöt
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HLR	Harvard Law Review
HE	hallituksen esitys
HO	hovioikeus
hankintalaki	laki julkisista hankinnoista (348/2007)
ibid.	ibidem, viittauksen kohde sama kuin edellisessä
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland

JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
julkisia käyttöoikeuksia koskeva direktiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 1–64.
KKO	korkein oikeus
klassinen hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 65–242.
Km	komiteanmietintö
Kok.	oikeustapauskokoelma
ks.	katso
kurs.	kursivointi
LM	Lakimies
LOU	lagen om offentlig upphandling
LRS	lyhyt ratkaisuseloste (KHO:n 30.9.2002 jälkeen julkaisema muu kuin vuosikirjapäätös)
LS	Legal Studies
mm.	muuan muassa
ns.	niin sanottu
oikeussuojadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi. EUVL L 335, 20.12.2007, s. 31–46.
OikN	oikeusneuvos
OikTL	laki varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista (228/1929)
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
os.	omaa sukua
perussopimukset	SEU ja SEUT
PPLR	Public Procurement Law Review
s.	sivu
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SkL	skadeståndslagen
SvJT	Svensk Juristtidning
T	taltionumero
tasa-arvolaki	laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986)
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
tms.	tai muu sellainen
toim.	toimittanut
toinen valvontadirektiivi	neuvoston direktiivi 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan

UrT	alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 076, 23.3.1992, s. 14–20. Upphandlingsrättslig Tidskrift
v. VahL vanha hankintalaki vp vrt. vuoden 2004 erityisalojen hankintadirektiivi	vastaan vahingonkorvauslaki (412/1974) laki julkisista hankinnoista (505/1992) valtiopäivät vertaa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 31.3.2004, s. 1–113.
vuoden 2004 hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 31.3.2004, s. 114–240.
ym. ään.	ynnä muut äänestyspäätös

1 Johdanto

1.1 Kysymyksenasettelu ja rajaus

Vahingonkorvausoikeudellista tutkielma-aihetta pohtiessani kiinnostuin sopimusneuvottelujen katkaisemiseen liittyvästä korvausvastuusta sopimuksenulkoisen ja sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun välimaastossa olevana kokonaisuutena. Kun sitten sain ohjeen rajata tutkimusaiheeni johonkin tiettyyn aihepiiriin, lähdin tutkailemaan tätä tematiikkaa julkisissa hankinnoissa. Näin sotkeuduin aiheeseen, joka paitsi osuu harmaalle alueelle perinteisessä vahingonkorvausoikeudellisessa deliktivastuu-sopimusvastuu-jaottelussa, sijoittuu myös yksityisoikeuden ja julkisoikeuden rajapintaan. Selvitän siis tutkielmassani hankintayksikön vastuuta hankintamenettelyn keskeyttämisellä menettelyyn osallistuneille aiheuttamastaan vahingosta.

Julkiset hankinnat ovat taloudellisesti järjestyttävän suuri kokonaisuus. Suomessa julkisilla varoilla tehdään hankintoja vuosittain noin 33–35 miljardin euron edestä¹ ja EU:n jäsenvaltioissa vastaava summa on yhteensä liki 2 biljoonaa eli 2000 miljardia euroa.³ Julkisia hankintoja onkin jo 1970-luvulta saakka säännelty EU-oikeudessa⁴ useiden eri tavoitteiden johdosta, perimmäisenä tarkoituksena tietenkin varmistaa yhteismarkkinoiden toimivuus. EU:n hankintadirektiivit uudistettiin keväällä 2014, jolloin hyväksyttiin ns. klassinen hankintadirektiivi,⁵ erityisalojen hankintadirektiivi⁶ sekä julkisia käyttöoikeuksia koskeva direktiivi.⁷ Suomalaisen lainsäädäntö perustuu vielä vuoden 2004 hankintadirektiiviin⁸ ja erityisalojen hankintadirektiiviin,⁹ jotka on meillä pantu täytäntöön julkisista hankinnoista annetulla lailla (hankinta-

¹ Ks. *TEM 37/2015 vp*, s. 15 ja *Pekkala – Pohjonen 2015*, s. 22.

³ Ks. *TEM 37/2015 vp*, s. 15 ja *Bovis 2012*, s. 1–2.

⁴ Käytän tutkielmassani johdonmukaisesti luettavuuden ja yksinkertaisuuden vuoksi termiä EU-oikeus sekä viittaa unionin instituutioihin niiden nykyisillä nimityksillä, vaikka vanhemman aineiston osalta ennen Lissabonin sopimuksen voimaantuloa olisi tarkalleen ottaen oikein puhua EY:stä ja sen toimielimistä.

⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 65–242.

⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 243–374.

⁷ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 1–64.

⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 31.3.2014, s. 114–240.

⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta. EUVL L 134, 31.3.2004, s. 1–113.

laki, 348/2007) sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetulla lailla (erityisalojen hankintalaki, 349/2007). Kyseisillä laeilla muutoksineen on pantu täytäntöön myös hankinta-asioiden oikeussuojaa koskevat direktiivit eli ensimmäinen¹⁰ ja toinen valvontadirektiivi¹¹ sekä niitä muuttanut oikeussuojadirektiivi,¹² joihin hankintadirektiivien uudistus ei vaikuttanut. Kansallisen hankintalainsäädäntömme kokonaisuudistus on paraikaa käynnissä. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä julkaisi mietintönsä toukokuussa 2015 ja uusien lakien on tarkoitus tulla voimaan vuonna 2016. Mietinnön perusteella hankintalain vahinkoa korvaaviin oikeussuojakeinoihin tai menettelyn keskeyttämisen säätelyyn ei ole odotettavissa muutoksia.¹³ Uusista säännöksistä ei kuitenkaan ole vielä varmuutta, joten viittaen tutkielmassani voimassaoleviin kansallisiin säädöksiin. Pysin kuitenkin huomioimaan ne säätelyyn mietinnön perusteella odotettavissa olevat muutokset, joilla on merkitystä tutkielmani kannalta.

Käsittelen tutkielmassani vain hankintalain säännöksiä, joskin esitetyt huomiot soveltuvat *mutatis mutandis* myös erityisalojen hankintalain soveltamisalalla, jossa hankintamenettelyn keskeyttäminen ja oikeussuojakeinot on säännelty hankintalakia vastaavasti. Huomionarvoista on, että vaikka direktiivien velvoitteet koskevat vain EU-kynnysarvot ylittäviä julkisia hankintoja, on sekä hankintamenettelyn keskeyttämisestä että oikeussuojakeinoista säädetty hankintalaissa yhtenevästi kansallistenkin menettelyjen osalta. Täten direktiivit ja niitä koskeva EUTI:n ratkaisukäytäntö on tutkimusaiheeni kannalta relevanttia myös kansallisten hankintamenettelyjen kohdalla. Tarkastelun ulkopuolelle jäävät vain ne hankinnat, jotka eivät ylitä kansallisia kynnysarvoja ja joihin hankintalakia ei siten lainkaan sovelleta.

Julkisten hankintojen asemaa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välimaastossa kuvaa se, että hankintasopimusta pidetään yleensä yksityisoikeudellisena sopimuksena, jota koskevat riidat ratkaistaan siviiliprosessissa, kun taas hankintamenettelyn ja hankintaa koskevan päätöksen-

¹⁰ Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 395, 30.12.1989, s. 33–35.

¹¹ Neuvoston direktiivi 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoinnin alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta. EYVL L 076, 23.3.1992, s. 14–20.

¹² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi. EUVL L 335, 20.12.2007, s. 31–46. Tässä tutkielmassa tarkoitetaan ensimmäisellä ja toisella valvontadirektiivillä kyseisiä direktiivejä sellaisina kuin ne ovat oikeussuojadirektiivillä muutettuina, jollei erikseen toisin mainita.

¹³ Ks. TEM 37/2015, s. 254, 256.

teon lainmukaisuutta arvioidaan hallintoprosessissa.¹⁵ Hankintalaissa on säädetty kahdesta vahinkoa korvaavasta mekanismista, jotka myös ilmentävät tätä jaottelua. Hyvitysmaksu on puhtaasti kansallinen, markkinaoikeuden määrättävissä oleva oikeussuojakeino, joka sijoittuu selkeämmin julkis- kuin yksityisoikeuteen. Oikeudenkäyntiin markkinaoikeudessa sovelletaan hallintolainkäyttölakia (586/1996). Hankintalain vahingonkorvaussäännös taas perustuu valvontadirektiiveihin ja sijoittuu yksityisoikeuden puolelle. Vahingonkorvauksen määrääminen kuuluu yleisille tuomioistuimille oikeudenkäymiskaaren (OK, 4/1734) mukaisessa järjestyksessä.

Tarkastelen tutkielmassani sitä, millä edellytyksillä hankintayksikkö voi hankintamenettelyn keskeyttäessään joutua korvausvastuuseen erityisesti hankintalaissa säädettyjen vahinkoa korvaavien oikeusturvakeinojen nojalla. Toisin sanottuna: milloin hankintamenettelyn keskeyttäminen rikkoo hankintalainsäädäntöä ja millä edellytyksillä hankintayksikkö voi sen johdosta joutua maksamaan hyvitysmaksua tai vahingonkorvausta? Hyvitysmaksun ja hankintalain vahingonkorvaussäännöksen lisäksi kiinnitän huomiota mahdollisuuteen vaatia hankintayksiköltä vahingonkorvausta hankintamenettelyn keskeyttämisestä sopimuksentekorikkomukseen tai vahingonkorvauslakiin (VahL, 412/1974) perustuen. Pääpaino on kuitenkin hankintalainsäädännössä, jonka katsotaan vakiintuneesti velvoittavan vain hankintayksikköä.¹⁶ Tämän johdosta rajaan tarkastelun ulkopuolelle tilanteet, joissa sopimusneuvottelut ovat katkenneet hankintayksikön vastapuolen johdosta.

Rajaan tarkasteluni tilanteeseen, jossa hankintamenettely keskeytetään eikä sitovaa hankintasopimusta ole syntynyt. Hankintasäännökset koskevat vain sopimuksentekomenettelyä: mikäli hankintayksikön ja valitun sopimuskomppanin välille syntyy sopimussuhde, koskevat korvausvastuuta sopijakumppania kohtaan yleiset sopimusoikeudelliset vahingonkorvaussäännökset.¹⁷ Pätevän sopimuksen synnyttyä sopimusoikeudelliset säännöt koskevat myös sopimuksen valmisteluvaiheessa aiheutetun, sopimussuhteen aikana ilmenneen vahingon korvaa-

¹⁵ *Mäenpää* 2007, s. 183–184 ja KKO 2013:19. On jossain määrin epäselvää, voidaanko hankintasopimusta pitää jossain tapauksessa hallintosopimuksena. Ks. *Halonen* 2015, s. 162–164, *HE 50/2006 vp*, s. 50 ja KKO 2013:19. Täm ei sinänsä välttämättä estäisi sopimukseen perustuvan vahingonkorvauskanteen tutkimista yleisessä tuomioistuimessa.

¹⁶ Ks. esim. *Saarinen* 2008, s. 104.

¹⁷ *HE 50/2006 vp*, s. 122 ja *HE 69/1997 vp*, s. 20.

mista.¹⁸ Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen soveltaminen saattaa kuitenkin tulla jälleen ajankohtaiseksi, mikäli hankintasopimus sittemmin määrätään tehottomaksi.¹⁹

1.2 Metodi ja lähteet

Tutkielmani tutkimusmetodi on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen, jonka tarkoitus on systematisoida ja tulkita voimassaolevan oikeuden sisältöä.²⁰ Tällä metodilla pyrin selvittämään, millä edellytyksillä hankintayksikkö voi nykyylainsäädännön valossa joutua korvausvastuuseen hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheuttamastaan vahingosta.

Julkisten hankintojen EU-oikeudellisen sääntelyn vuoksi tutkielmassani on vahvasti kansainvälinen näkökulma. EU-oikeuden ensisijaisuuden vuoksi²¹ otan hankintamenettelyn keskeyttämisen ja vahingonkorvauksen osalta huomioon direktiivien sääntelyn. Direktiiveissä näistä asioista ei ole säädetty kovinkaan yksityiskohtaisesti, mutta jonkin verran oikeusohjeita on löydettävissä EUTI:n ratkaisukäytännöstä. Pyrin myös hyödyntämään muissa jäsenvaltioissa omaksuttuja tulkintoja. Tarkoitukseni ei ole kuitenkaan tehdä erityisemmin oikeusvertailevaa tutkimusta, vaan lähinnä käyttää ulkomaisia lähteitä lainopillisen argumentaation rikastamiseen.²² Hyvitysmaksu puolestaan on todetusti kansallinen oikeussuojakeino, joten sitä koskeva lähdemateriaalikin on kotimaista. Niin ikään tutkielman toisessa luvussa sivuamieni sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden ja VahL:n osalta lähdeaineisto on tarkastelun pinnallisuudesta johtuen pääosin kotimaista oikeuskäytäntöä ja -kirjallisuutta.

Kotimaisen hankintalainsäädännön osalta tutkielman keskeisimmät lähteet ovat hankintamenettelyn keskeyttämistä ja oikeusturvakeinoja koskevat hallituksen esitykset. Olen pyrkinyt hyödyntämään myös mahdollisimman laajalti kotimaista oikeuskäytäntöä. Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen osalta julkaistu oikeuskäytäntö on kuitenkin varsin niukkaa: KKO on antanut kaksi ennakkoratkaisua ja Kouvolan HO yhden julkaistun ratkaisun. Lisäksi tiedossani on yksi muu KKO:n ratkaisu sekä muutamia lähinnä Turun yliopiston oikeustapauskokoelmaan perustuvan Juhani-viitetietokannan avulla löytyneitä hovioikeusratkaisuja.

¹⁸ Ks. esim. KKO 1992:89 ja *Saarnilehto* 1999, s. 228–230.

¹⁹ Tehottomuusseuraamuksen jälkeistä hankintayksikön vahingonkorvausvastuuta tämän entiselle sopijakumppanille on käsitellyt väitöskirjassaan Halonen, ks. *Halonen* 2015, s. 99–169.

²⁰ *Aarnio* 2011, s. 1.

²¹ Ks. esim. *Raitio* 2013, s. 251–281, direktiivien välittömän vaikutuksen ja tulkintavaikutuksen osalta erit. s. 260–268.

²² Ks. *Husa* LM 5/2010, s. 713 ja 717.

KHO:n ja etenkin markkinaoikeuden ratkaisuja hankintamenettelyn keskeyttämisestä ja hyvitysmaksun edellytyksistä puolestaan on melko runsaasti. Näistä olen valikoinut tuoreita ja tutkielmani kannalta olennaisia.

Pääosa kotimaisesta kirjallisuudesta on oppi- ja käsikirjamaisia teoksia, joissa tutkielmani kannalta relevantit vahingonkorvausta ja hankintamenettelyn keskeyttämistä käsittelevät osiot on yleensä kuitattu suhteellisen lyhyesti. Hankintalain mukaisen vahingonkorvauksen ja hyvitysmaksun osalta lienee syytä erikseen mainita Kirsi-Maria Halosen (os. Saarinen) väitöskirja ”Hankintasopimuksen tehottomuus – Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille” sekä aikaisempi teos ”Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa”.

1.3 Rakenne

Aloitin tutkielmani tarkastelemalla toisessa luvussa eri kanneperusteita, joihin kantaja voi vedota vahingonkorvausvaatimuksensa perusteeksi yleisessä tuomioistuimessa, kun hankintamenettely on keskeytetty. Käsittelen jo tässä yhteydessä lyhyesti hankintalakia hankintasioiden sopimuksentekomenettelyä sääntelevänä normistona ja sen jälkeen sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden sekä VahL:n soveltumista hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutettuun vahinkoon.

Tutkielmani loppuosan keskityn tarkastelemaan hankintayksikön korvausvelvollisuuden edellytyksiä nimenomaan hankintalain nojalla – korvausvastuuseen sopimuksentekorikkomukseen tai VahL:iin perustuen en perehdy laajemmin. Korvausvastuun edellytykset voidaan jakaa vastuuperusteeseen, korvattavaan vahinkoon ja niiden väliseen syy-yhteyteen. Tutkielmani rakenne perustuu tälle jaottelulle. Kolmannessa luvussa käsittelen vastuuperustetta: milloin hankintamenettelyn keskeyttäminen on lainvastaista ja perustaa korvausvastuun. Neljännessä luvussa tarkastellaan hankintalain vahingonkorvaus- ja hyvitysmaksusäännösten nojalla korvattavia vahinkoja. Samassa luvussa tarkastellaan myös muutoksenhaun vaikutusta.²³ Hyvitysmaksu on markkinaoikeudessa virheellisen päätöksen kumoamiseen nähden toissijainen vaihtoehto, minkä lisäksi ajoissa onnistunut muutoksenhaku saattaa johtaa siihen,

²³ Systemaattisesti muutoksenhakua ja velvollisuutta siihen voidaan pitää myös syy-yhteyksysymyksenä tai vahingonkärsijän myötävaikutukseen liittyvänä seikkana.

ettei lainvastaisesta hankintapäätöksestä synny lainkaan vahinkoa. Viidennessä luvussa kiinnitetään huomiota syy-yhteytteen laittoman keskeyttämisen ja vahingon välillä. Vaikka hankintamenettely olisi saatettu loppuun, olisi hankintasopimuksen saanut vain yksi tarjoaja. Kenelle tahansa menettelyyn osallistuneelle tarjoajalle ei siten aiheudu vahinkoa laittomasta keskeyttämisestä. Viimeisessä kuudennessa luvussa esitän vielä tutkielmani keskeiset johtopäätökset.

2 Vaihtoehtoisista vastuuperusteista hankintamenettelyn keskeytyessä

2.1 Aluksi

Sopimusneuvotteluissa osapuolet pyrkivät selvittämään edellytyksiä heidän välisensä sopimussuhteen solmimiselle. Neuvottelut voivat päättyä joko sopimuksen tekemiseen tai niiden raukeamiseen tuloksettomina. Koska neuvottelujen nimenomaisena tarkoituksena on selvittää, voidaanko sitovaan sopimukseen päästä, eivät ne lähtökohtaisesti sido osapuolia. Pääsääntöisesti jokainen käykin sopimusneuvotteluita omalla vastuullaan, eikä pelkkä neuvottelujen katkaiseminen hevin johda oikeudelliseen vastuuseen. Tämä lähtökohta ei kuitenkaan merkitse täydellistä vastuun puuttumista.²⁵

Sopimuksen valmisteluun, julkiset hankinnat mukaan lukien, liittyvien vastuukysymysten suhde perinteiseen sopimusvastuu-deliktivastuu-jaotteluun on erityislaatuinen. Kun sopimusta ja sen olennaisina tunnusmerkkeinä pidettyjä pääsuoritusvelvollisuuksia ei ole olemassa, ei kyseessä ole varsinaisen sopimusvastuun tyyppitilanne. Toisaalta osapuolten välillä on nimenomaista yhteistoimintaa, jolloin kyse ei ole myöskään tavanomaisesta deliktivastuusta. Myös deliktivastuulle ominainen puhtaiden varallisuusvahinkojen²⁶ rajoitettu korvauskelpoisuus on ongelmallinen, sillä sopimusta valmisteltaessa aiheutuneet vahingot ovat yleensä yksinomaan taloudellisia.²⁷

Julkiset hankinnat ovat suhteessa ”tavallisiin” sopimusneuvotteluihin siinä mielessä erityisessä asemassa, että niihin liittyvä sopimuksentekomenettely on säänneltyä. Hankinta-asioissa hankintayksikön menettelyn asianmukaisuutta ja mahdollista korvausvastuuta hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta vahingosta arvioidaankin ensisijaisesti hankintalainsäädännön nojalla. Hankintalaissakin sopimusneuvottelujen sitomattomuus on lähtökohtana: hankintamenettely ei välttämättä johda hankintasopimuksen tekemiseen, ja hankintayksikkö voi yleensä keskeyttää menettelyn hankintasopimusta tekemättä ilman seuraamuksia. Hankintamenettelyn keskeyttämiseen on hankintalain 73 a §:n (699/2011) nojalla oltava todellinen ja perusteltu syy.

²⁵ *von Hertzen* 1983, s. 228–230 ja 233–234 ja *Hemmo* 2003a, s. 206–208.

²⁶ Taloudellinen vahinko, joka ei ole yhteydessä esine- tai henkilövahinkoon.

²⁷ *Hemmo* 2003a, s. 205–206 ja 236 ja *Hemmo* 2005, s. 329.

Mikäli hankintamenettelyn keskeyttämisestä valitetaan markkinaoikeuteen, arvioidaan keskeyttämistä ainoastaan tästä näkökulmasta. Markkinaoikeus voi hankintalain 94 §:n (321/2010) nojalla määrätä seuraamuksia ainoastaan, jos hankinnassa on menetelty hankintalainsäädännön vastaisesti.

Yleisessä tuomioistuimessa käytävässä vahingonkorvausoikeudenkäynnissä tilanne on toinen. Vahingonkorvauskanteen perusteena voivat hankintalain 107 §:n (321/2010) lisäksi tulla kysymykseen myös *sopimuksentekorikkomusta koskevat periaatteet*. Yleistä sopimusneuvottelujen keskeyttämistä koskevaa lainsäädäntöä Suomessa ei ole,²⁸ mutta oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on katsottu, ettei sopimusneuvotteluissa saa menetellä siten, että vastapuoli tulee harhaanjohtetuksi ja kärsii turhia kustannuksia tai vahinkoa. KKO:n mukaan neuvotteluista vetäytyminen voi johtaa korvausvastuuseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta etenkin, jos vastapuolella on tahallaan tai tuottamuksesta herätetty tai ylläpidetty perusteltua luottamusta sopimuksen tekemiseen ja vastapuolelle on siitä johtuen aiheutunut turhia valmistelu- tms. kustannuksia.²⁹

Lisäksi voidaan vielä pohtia VahL:n soveltumista menettelyn keskeyttämisellä aiheutetun vahingon korvaamiseen. VahL on deliktiperusteista vahingonkorvausvastuuta säätelevä yleislaki. VahL 1:1:n soveltamisalasäännös tekee laista toissijaisen muissa laissa säädettyihin korvausnormeihin sekä sopimusoikeudellisiin sääntöihin nähden.

1 §

Vahingon korvaamiseen on sovellettava tämän lain säännöksiä. Tämä laki ei kuitenkaan koske, ellei tässä tai muussa laissa toisin säädetä, sopimukseen perustuvaa tai muussa laissa säädettyä korvausvastuuta.

Vaihtoehtoisten kanneperusteiden tunnistaminen on olennaista kahdesta syystä. Ensinnäkin korvausjärjestelmien erot saattavat johtaa siihen, että aiheutunut vahinko korvataan vain

²⁸ 1990-luvun alussa oikeustoimilakitoimikunta ehdotti varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annettuun lakiin (OikTL, 228/1929) lisättäväksi 1 a §:ää, jossa olisi säädetty sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaamisesta seuraavasti: “Osapuoli on velvollinen korvaamaan toiselle osapuolelle syntymättä jääneen sopimuksen valmistelusta aiheutuneet tai täyttämisestä aiheutuvista toimista turhaan aiheutuneet kulut, jos hän on tahallaan tai huolimattomuudellaan antanut vastapuolelle perusteltua aihetta ryhtyä kuluja aiheuttaviin toimenpiteisiin.” Ks. *Km 1990:20*, s. 135–138, 251–255. Ehdotus ei kuitenkaan johtanut lainsäädäntötoimiin.

²⁹ Sopimusneuvotteluissa vastapuolelle aiheutetun vahingon korvausperusteelle ei ole Suomessa vakiintunutta nimeä. Tässä tutkielmassa käytetään KKO:n omaksumaa termiä *sopimuksentekorikkomus*, ks. KKO 1999:48, KKO 2009:45, kohta 2, KKO 2011:6, kohta 7 ja KKO 2011:54, kohta 21. Oikeuskirjallisuudessa on puhuttu myös *sopimuksentekotuottamuksesta*, esim. *Hemmo* 1998, s. 198–204 ja *Hemmo* 2003a, s. 204–206, *neuvottelujen katkaisemisesta aiheutuvasta vastuusta*, esim. *von Herten* 1983, s. 229–237 ja *sopimusneuvotteluilla aiheutetun vahingon korvaamisesta*, esim. *Saarnilehto* 1999, s. 223.

jonkin niistä nojalla.³⁰ Hankintalain nojalla hankintayksikön korvausvastuu edellyttää, että vahinko on aiheutettu hankintalainsäädännön vastaisella menettelyllä. Sopimuksentekorikkomukseen tai VahL:iin perustuvalla korvausvastuulla ei ole tällaista edellytystä. Toisaalta hankintalain mukainen vastuu on tuottamuksesta riippumatonta, ns. ankaraa vastuuta. Vahingonkorvauksen saaminen VahL:n ja lähtökohtaisesti myös sopimuksentekorikkomuksen nojalla taas edellyttää vahingonaiheuttajan tuottamusta. Lisäksi puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen VahL:n perusteella edellyttää erittäin painavia syitä.

Vahingonkorvausta samasta vahingosta voidaan lähtökohtaisesti vaatia useammalla eri perusteella. KKO:n oikeuskäytännössä on toistuvasti hyväksytty ns. *rinnakkaisperiaate*.³¹ Sen mukaan VahL:a voidaan soveltaa itsenäisenä kanneperusteena rinnakkain muussa laissa säädetyn korvausvastuun tai sopimukseen perustuvan korvausvastuun kanssa, erillään niistä.³² Rinnakkaisperiaate ei kuitenkaan ole ehdoton. Se voi väistyä erityislain säännöksen tai lakiin kirjoittamattoman syyn vuoksi.³³ Ehkä tärkeimpänä esimerkkinä sopimussuhteessa aiheutetut vahingot korvataan sopimusoikeutemme mukaan ainoastaan sopimusoikeudellisten korvaussääntöjen ja korvausvelvollisuutta sopimussuhteessa säätelevien normien mukaisesti, eikä sopimusoikeudellisia korvaussääntöjä voida syrjäyttää deliktinormeihin vetoamalla.³⁴ Hankintalakiin ei sisälly erityistä rinnakkaisperiaatetta koskevaa kirjoitettua normia. Sama pätee luonnollisesti oikeuskäytännössä kehittyneisiin sopimuksentekorikkomusta koskeviin periaatteisiin. Eri vastuuperusteiden soveltamisen kannalta on siten keskeistä, pidetäänkö hankintayksikön korvausvastuuta menettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta vahingosta deliktuaalisena vai sopimusperusteisena.

Toinen syy huomioida vaihtoehtoiset kanneperusteet on se, että nykyisin omaksutun ns. laajan siviiliprosessuaalisen oikeusvoimavaikutuksen vuoksi asiassa annetun tuomion oikeusvoima prekludoi myös vaihtoehtoiset kanneperusteet.³⁵ Eri kanneperusteisiin on siis vedottava sa-

³⁰ Ks. esim. KKO 1983 II 157. Vaikka kanne ilmoitettiin (139/1923) nojalla ajettuna hylättiin vanhentuneena, se ei estänyt tuomitsemasta korvauksia VahL:n nojalla.

³¹ *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 357–358.

³² *Kivivuori* DL 1975, s. 271–273.

³³ *Saarnilehto* 2007, s. 32.

³⁴ *Hemmo* 1998, s. 331–341, *Saarnilehto* 2007, s. 30–32 ja *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 361–362. Sopimussuhteessa osapuolet luovat välilleen erityisen oikeuksien ja velvoitteiden järjestelmän, jota ei olisi ilman sitoutumista. Myös vahingonkorvausta on arvioitava näiden oikeuksien ja velvoitteiden kautta. Osapuolten oikeus disponoida välisestään oikeussuhteesta ja siinä noudatettavista säännöistä rampautuisi, jos sopimusoikeudellisten sääntöjen ohella voimaan jää jokin muu kuin sopimussuhteeseen perustuva vahingonkorvausoikeus.

³⁵ Ks. KKO 2001:136 ja sen johdosta *Männistö* LM 1/2004, s. 41–43 sekä *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 352–353.

massa oikeudenkäynnissä. Tämä ei luonnollisestikaan vaikuta mahdollisuuteen vaatia erikseen hyvitysmaksua markkinaoikeudessa ja vahingonkorvausta yleisessä tuomioistuimessa.

2.2 Hankintalaki – sopimus sopimuksentekomenettelystä?

Hankintalainsäädännön hankintayksikölle asettamia sopimuksentekomenettelyä koskevia velvollisuuksia voidaan verrata ns. *prekontraktuaaliseen sopimukseen*.³⁶ Prekontraktuaalisella sopimuksella tarkoitetaan osapuolten keskinäistä “pääsopimuksen” valmisteluvaihetta koskevaa sopimusta, joka sääntelee osapuolten neuvotteluvaiheen velvoitteita sekä sopimusmekanismia. Prekontraktuaalinen sopimus palvelee vain varsinaisen sopimuksen solmimisen tavoitetta menettämien yleensä merkityksensä, jos tavoiteltu pääsopimus syntyy.³⁷ Rinnastus on osuva: hankintalainsäädännössä säädelään vain hankintasopimukseen johtavaa menettelyä, ei hankintayksikön ja valitun toimittajan välistä sopimussuhdetta.

Prekontraktuaalista sopimusta on käsitelty ratkaisussa KKO 1999:48, jonka perusteluissa KKO totesi, että “urakkakilpailun periaatteet ovat tarjouspyynnön ja sen pohjalta annettujen tarjousten perusteella tulleet rakennuttajaa ja urakkatarjouksen antajia sitoviksi sopimuksenteon ehdoiksi.” Kyse vaikuttaisi näin ollen olleen molemminpuoleisesti velvoittavasta prekontraktuaalisesta sopimuksesta, joskin vastuun on katsottu perustuvan myös yksipuoliseen sitoumukseen.³⁹ Lopputulema on joka tapauksessa sama, koska myös yksipuoliset sitoumukset ovat sitovia.⁴⁰

KKO 1999:48

Rakennusurakan tarjouskilpailun urakkatarjouspyynnössä asunto-osakeyhtiö oli sitoutunut noudattamaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita (RT 16-10182). Se oli noita periaatteita rikkoen tarjousten avaamisen jälkeen ryhtynyt neuvottelemaan tarjouksen tekijöiden kanssa urakkahinnoista ja hyväksynyt sen jälkeen muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tehneen rakennusliikkeen uuden halvemman tarjouksen. Rakennuttaja veloitettiin korvaamaan alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle rakennusliikkeelle urakan menettämisestä aiheutunut vahinko.

KKO katsoi, että “osapuoli, jonka luottamusta ja sopimusneuvottelujen synnyttämiä perustelutuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta.” Vaikka KKO puhuukin sopimuksentekorikkomuksesta johtuvasta korvausvastuusta, voidaan vahingonkorvausvastuun katsoa olevan nimenomaan sopimusoikeudellisten korvaussääntöjen

³⁶ Ks. *Saarinen* 2008, s. 102–106.

³⁷ *Hemmo* 2003a, s. 226–229.

³⁹ *ibid.*, s. 228. Vrt. *Saarinen* 2008, s. 103–104 ja *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 360.

⁴⁰ *Hemmo* 1999, s. 81 ja *Saarinen* 2008, s. 103

mukaista, kun vastuu perustuu sellaisen prekontraktuaalisen sopimuksen rikkomiseen, jossa määritetään kriteerit sopimuskumppanin valinnalle.⁴¹ Vahingonkorvauksen määrää arvioidessaan KKO nimittäin totesi seuraavasti:

“Vaihtoehtona voi tulla kysymykseen sopimuksen saamatta jäämisestä johtuvan taloudellisen menetyksen eli niin sanotun positiivisen sopimusedun korvaaminen, jos siihen on erityisiä perusteita. Sellaisia perusteita voidaan katsoa olevan silloin, kun sopimuksetekorikkomus kohdistuu lakiin perustuvaan velvoitteeseen solmia sopimus edullisimman tarjouksen tehneen kanssa, kuten on asianlaita julkisia hankintoja koskevan lain osalta. Samalla tavoin on asiaa arvioitava, kun velvoite perustuu sopimukseen menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla. Edullisimman tarjouksen tekijällä on myös tällöin oikeus vaatia, että sopimus tehdään hänen kanssaan.”

Vastuu perustuu prekontraktuaalisella sopimuksella luodun velvoitteen rikkomiseen ja käsittää varsinaisen sopimuksen menettämisestä aiheutuvan vahingon.⁴² Vastuuperusteena on tällöin sopimusvelvoitteen rikkominen ja korvattavan vahingon sisältö määräytyy positiivisen sopimusedun mukaisesti, mitä on pidetty sopimukseen perustuvan vastuun toteuttamismuotona⁴³. Velkojalla olisi vaihtoehtoisesti mahdollisuus vaatia myös pääsopimuksen voimaansaattamista eli sopimuksen tekemistä hänen kanssaan.

Samassa kohdassa KKO *obiter dictum* -tyyppisesti rinnasti hankintalainsäädännön hankintayksikölle asettamat velvoitteet prekontraktuaaliseen sopimukseen. Julkisissa hankinnoissa hankintayksiköllä on velvollisuus valita sopijakumppaninsa ennalta määrättyjen kriteerien mukaan ja vahingonkorvaus tämän velvoitteen rikkomisesta voi käsittää positiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen. Tarjoajalla on mahdollisuus vahingonkorvausvaatimuksen ohella valittaa hankintapäätöksestä markkinaoikeuteen, joka voi kumota virheellisen päätöksen⁴⁵.

Halonen on ratkaisuun KKO 1999:48 pohjautuen aiemmin katsonut hankintalainsäädännön perustavan sopimuksetekoprosessissa hankintayksikön ja tarjoajien välille sopimukseen samaistuvia velvoiteoikeudellisia suhteita ja pitänyt hankintalainsäädännön rikkomisesta aiheutuvaa vastuuta sopimusoikeudellisena. Sittemmin hän on kuitenkin katsonut, ettei näin

⁴¹ Ks. Saarinen 2008, s. 105 ja Kaisto 2009, s. 148–149. Ks. myös Dietrich LS 2/2001, s. 156: ”Such process contracts may take a variety of forms and, if enforceable, give rise to contractual (and not precontractual) liability if breached.”

⁴² Näin myös Hemmo 1999, s. 81 ja Hemmo 2005, s. 76–78.

⁴³ Hemmo 1994, s. 90.

⁴⁵ Markkinaoikeudella ei ole toimivaltaa määrätä hankintayksikköä tekemään sopimusta tietyn tarjoajan kanssa, vaan se voi vain määrätä hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä. Luontoissuoritusvelvollisuus ei toki muutoinkaan ole ehdoton, vaikka velkojalla olisi mahdollisuus vaatia pääsopimuksen voimaansaattamista. Ks. Hemmo 2003b, s. 195–199.

olisi, koska hankintasopimus syntyy vasta hankintapäätöksestä erillisellä sopimuksella eikä hankintayksiköllä ole ehdotonta sopimuksetekovelvoitetta.⁴⁷

Itse olen kuitenkin edelleen ensimmäisellä kannalla. Sopimusneuvottelujen katketessa ilman sopimuksen syntymistä on prekontraktuaalisen sopimuksen kannalta merkitystä erityisesti osapuolten neuvotteluvaiheen velvoitteita ja sopimuksen päättämistapaa koskevilla sopimusehdoilla.⁴⁸ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1999:48 relevanteissa rakennusalan urakkakilpailun periaatteissa kielletään neuvottelut tarjoushintojen alentamiseksi ja määrätään hyväksymiskelpoisista tarjouksista valittavaksi se, joka taloudelliset, tekniset ja toiminnalliset seikat huomioon ottaen on rakennuttajalle edullisin. Tällainen prekontraktuaalinen sopimus rajoittaa vapautta sopimuskumppanin valinnassa, vaikkakin valinnanvapaus sopimuksen tekemisen ja siitä kieltäytymisen välillä voi säilyä.⁴⁹ Vastaavalla tavalla julkisissa hankinnoissa hankintayksikön on lain nojalla valittava saamistaan tarjouksista kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin, mutta hankintayksiköllä ei lähtökohtaisesti ole velvoitetta sopimuksen tekemiseen menettelyn päätteeksi. Näin ollen se, ettei hankintayksiköllä ole velvoitetta lopullisen ”pääsopimuksen” tekemiseen, ei estä pitämästä hankintalainsäädännön osapuolien välille luomia suhteita sopimusoikeudellisina prekontraktuaalisina suhteina. Merkitystä ei ole mielestäni myöskään sillä, että hankintasopimus syntyy vasta hankintapäätöksestä erillisellä tahdonilmaisulla. Voidaanhan prekontraktuaalisessa sopimuksessa sopia siitäkin, että pääsopimus syntyy vasta määrämuodossa.

Vaikka hankintalain säännökset velvoittavat vain hankintayksikköä, eivätkä tarjoajia, voidaan hankintalainsäädäntöä tästä huolimatta verrata prekontraktuaaliseen sopimukseen, jossa määrätään kriteereistä, joiden mukaan sopimuskumppani tarjouskilpailussa on valittava.⁵⁰ Kyllähän tällaiset sopimusehdotkin velvoittavat sopimuskumppanin valinnassa nimenomaan tarjouskilpailun järjestäjää, samalla tavoin kuin hankinta-asioissa hankintalaki velvoittaa hankintayksikköä. Tarjoajat puolestaan tietävät, että hankintayksiköllä on oikeus ja velvollisuus valita tarjousten joukosta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin tarjouspyynnössä tarkemmin määriteltyjen kriteerien mukaisesti ja hylätä tarjouspyynnön vastaiset ja

⁴⁷ Ks. Saارين 2008, s. 105. Vrt. Halonen 2015, s. 143.

⁴⁸ Hemmo 2003a, s. 228.

⁴⁹ Hemmo 1999, s. 81–82, erityisesti av. 9.

⁵⁰ Saارين 2008, s. 102–104, joka on katsonut hankintalainsäädännössä olevan siten kyse pikemmin hankintayksikön yksipuoleisista sitoumuksista kuin prekontraktuaalisesta sopimisesta ja pitänyt *oikeustoimiperusteista korvausvastuuta* hankinta-asioiden yhteydessä sopimusperusteista vastuuta selkeämpänä ilmauksena.

muut huonommat tarjoukset. Samalla sitovan tarjouksen hankintamenettelyssä jättämällä tarjoajat sitoutuvat siihen, että hankintayksiköllä on myös oikeus vaatia sopimus tehtäväksi edullisimman tarjouksen jättäneen tarjoajan kanssa⁵¹.

Hankintalainsäädäntö kuitenkin velvoittaa hankintayksikköä aina, kun kyseessä on hankintalaissa tarkoitettu julkinen hankinta ja hankintayksikkö, riippumatta siitä, onko hankintalainsäädäntöön viitattu tarjouspyynnössä.⁵² Tässä mielessä ei kyse ole sinänsä edes hankintayksikön omaehtoisesta velvoittautumisesta. Tämä ei mielestäni kuitenkaan muuta tilannetta. Monissa sopimustyypeissäkin sopimusoikeudelliset velvoitteet saavat sisältönsä ainakin osittain lainsäädännöstä, joten sama on toki mahdollista myös pääsopimuksen valmisteluprosessia koskevan ”sopimuksen” osalta.⁵³

Asiaan on kiinnitetty huomiota myös muualla. Englantilaisessa *Harmon*-tapauksessa katsottiin julkisissa hankinnoissa sopimuksen syntyvän, kun tarjouspyyntöjä lähetetään ja tarjouksia annetaan. Vahingonkorvaus perustuu tällöin sopimusoikeudelliseen vastuuseen, vaikka se onkin laissa määrätty seuraamus.⁵⁴ Ruotsissa HD on ratkaisussaan NJA 1998 s. 873 pitänyt tilannetta ainakin ”sopimuksenkaltaisena”⁵⁵ ja ratkaisussa NJA 2001 s. 3 todennut hankintalain (lagen om offentlig upphandling, LOU) luovan prekontraktuaalisille ja sopimusoikeudellisille suhteille erityisen sopimusoikeudellisen kehyksen yleisten sopimusoikeudellisten sääntöjen rinnalle.⁵⁶ Kuitenkin tuoreessa ratkaisussaan NJA 2013 s. 909 HD totesi, että hankinnoissa vahingonkorvausta voidaan vaatia myös sopimuksen ulkopuoliseen vastuuseen soveltuvan vahingonkorvauslain (skadeståndslagen, SkL) nojalla.

Ajatusmalli sopimusperusteisesta vastuusta soveltuu hyvin, jos tarjouskilpailu on järjestetty ja vahingonkorvausta virheellisestä menettelystä vaatii kilpailuun osallistunut tarjoaja. Näin on mm. silloin, kun hankintamenettelyn keskeyttämisen jälkeen menettelyn osallistunut tarjoaja nostaa kanteen. Osallistuminen hankintamenettelyyn ei kuitenkaan ole edellytys hankintalain

⁵¹ Ks. KKO 2008:57 ja Helsingin HO 2.6.2014 S13/1234.

⁵² *Saarinen* 2008, s. 102–104.

⁵³ Vrt. *Hemmo* 1998, s. 202–203, jonka mukaan oikeussuhdetta koskevien velvoitteiden perustuessa oikeudenalan yleisiin oppeihin tai lakiin, kuten hankinta-asioiden kohdalla, on vaikea puhua sopimusvastuusta.

⁵⁴ *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. Corporate Officer of the House of Commons*. Erit. perustelukappaleet 216: ”-- in the public sector where competitive tenders are sought and responded to, a contract comes into existence whereby the prospective employer impliedly agrees to consider all tenderers fairly.” ja 259: “-- where compensation is sought by a tenderer for being deprived of an opportunity to be awarded the contract, the approach should be to award damages on a ‘contractual’ basis rather than on a ‘tortious’ basis, although the remedy is a statutory remedy and usually the assessment of damages for breach of statutory duty is akin to those for a comparable tort.” Ratkaisua pidetään edelleen tärkeimpänä englantilaisena julkisten hankintojen vahingonkorvausta koskevana tuomiona. Ks. *Bowsher – Moser* PPLR 4/2006, s. 202–203 ja *Banks – Bowsher* 2011, s. 63–64.

⁵⁵ NJA 1998 s. 873: ”– ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontrakttsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds.”

⁵⁶ Kuitenkin vain hankintadirektiivien edellyttämässä laajuudessa. Ks. NJA 2001 s. 3: ” Det finns också skäl att framhålla att syftet med LOU inte – eller att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven.”

mukaisen vahingonkorvauksen määräämiselle.⁵⁷ Hankintalain 107.1 §:ssä mainitaan korvaukseen oikeutettuna tahona “toimittaja”, joka hankintalain 5 §:n 7 kohdassa määritellään luonnolliseksi henkilöksi, oikeushenkilöksi tai julkiseksi tahoksi taikka näiden ryhmittymäksi, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita, palveluja taikka rakennustyötä tai -urakoita. Ajatustapaa sopimusvastuusta on vaikeampi sovittaa tilanteisiin, joissa korvausta vaatii tällainen toimittaja, joka ei ole lainkaan osallistunut hankintamenettelyyn eikä välttämättä ollut missään aiemmassa kontaktissa hankintayksikön kanssa. Hankintalain mukainen vahingonkorvausvastuu vaikuttaa siten rinnastuvan sopimusperusteiseen vastuuseen, kun korvausta vaatii hankintamenettelyyn osallistunut tarjoaja, ja sopimuksenulkoiseen vastuuseen, kun korvausta vaatii toimittaja, joka ei ole osallistunut menettelyyn.

2.3 Sopimuksentekorikkomusta koskevat periaatteet

2.3.1 Korvauksen normiperustasta – delikti- vai sopimusvastuuta?

Mikäli neuvottelumenettelyn sisällöstä on sovittu, ovat sopimusehdot ensisijainen vastuuarvioinnin perusta. Prekontraktuaalinen sopimus yleensä ilmentää neuvotteluvastuun laajentumista, joskin voi toisinaan myös supistaa sitä.⁵⁸ Vastaavasti julkisissa hankinnoissa hankintayksikön menettelyä arvioidaan ensisijaisesti hankintalainsäädännön puitteissa. Hankintalainsäädännöllä ei kuitenkaan suojata sinänsä yksittäisen neuvottelukumppanin luottamusta, vaan ainoastaan tarjoajien yhdenvertaista kohtelua. Näin ollen lienee syytä katsoa, että vahinkoa kärsinyt neuvottelukumppani voi hankintalain ohella vedota myös sopimuksentekorikkomukseen⁵⁹ ja että hankintalainsäädännöllä on vain osaltaan laajennettu hankintayksiköiden neuvotteluvastuuta siitä, mitä se ilman muuta olisi. Näin on esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011:54 tehtykin.

Samankaltaisesti Saksassa vahingonkorvausvaatimus voi perustua sekä Saksan siviililakikirjan (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) sopimuksentekorikkomusta koskeviin säännöksiin että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa kilpailunrajoituslain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) varsinaisesti julkisia hankintoja koskevaan vahingonkorvaussäännökseen.⁶⁰

Huomionarvoista on, että siinä missä hankintalain vahingonkorvaussäännökseen voi vedota myös hankintamenettelyyn osallistumaton toimittaja, edellyttää sopimuksentekorikkomusta

⁵⁷ Toinen asia on se, että menettelyyn osallistumattoman toimittajan on käytännössä äärimmäisen vaikeaa näyttää lainvastaisen menettelyn ja vahingon välistä syy-yhteyttä eli sitä, että virheettömässä menettelyssä hän olisi saanut sopimuksen. Suorahankintojen osalta näin *Saarinen* 2008, s. 108–109.

⁵⁸ *Hemmo* 2003a, s. 229.

⁵⁹ Ks. myös *Halonen* 2015, s. 142.

⁶⁰ Ks. *Rubach-Larsen* PPLR 4/2006, s. 179–181 ja 185–186 ja *Burgi* 2011, s. 20–21.

koskeviin periaatteisiin vetoaminen luonnollisesti sitä, että kantaja on käynyt sopimusneuvotteluja hankintayksikön kanssa.

Sopimuksen valmisteluun liittyvää vastuuta käsiteltäessä nostetaan yleensä esiin saksalaislähtöinen *culpa in contrahendo* -oppi, jolla tarkoitetaan tuottamusta sopimusten tekemisessä.⁶¹ Sen perusajatukset ovat vaikuttaneet useiden civil law -oikeusjärjestelmien kehitykseen,⁶² mutta Suomessa se on pitkään saanut osakseen niukasti huomiota.⁶³ Korvauksen normiperustasta sopimusneuvotteluvaiheessa on kuitenkin käyty keskustelua oikeuskirjallisuudessa, koska VahL:n soveltamista tällöin aiheutettuun vahinkoon ei ole pidetty tyydyttävänä ratkaisuna puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisedellytysten johdosta.⁶⁵

Opin keskeinen ajatus on, että osapuolet sopimuksen valmisteluun ryhtyessään siirtyvät sopimusten ulkoisten negatiivisen velvoitteiden alueelta sopimusoikeudellisten positiivisten velvoitteiden piiriin, jossa moitittavaa on tietynlaisen toiminnan lisäksi myös toimimatta jättäminen.⁶⁶ 2000-luvun aikana KKO on antanut neljä sopimusneuvottelujen vastuukysymyksiä koskevaa ratkaisua, joissa se on todennut vahingonkorvauksen määräytyvän ”sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden mukaisesti”, kun neuvottelut ovat katkenneet ilman sitovaa sopimusta.⁶⁷ Vaikka ratkaisuissa ei perustella tai täsmennetä korvauksen normiperustaa tämän tarkemmin, lienee syytä käsittää KKO:n pitävän sopimuksentekorikkomusta koskeviin periaatteisiin perustuvaa korvausvastuuta itsenäisenä, lakiin perustumattomana *deliktivastuun* lajina. Tämä johtuu siitä, että vastuun sopimusneuvotteluissa aiheutetusta, vasta sopimussuhteen aikana ilmenneestä vahingosta on katsottu olevan nimenomaan sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaista.⁶⁸ Mikäli KKO pitäisi korvausvastuuta sopimusoikeudellisena

⁶¹ Oppi on kehittynyt oikeustieteessä ja -käytännössä ja sen isänä pidetään Rudolph von Jheringia. *von Jhering* 1861, s. 7: ”Damit hatte ich eine feste Abgränzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, nämlich die der culpa bei Abschluß von Contracten: *culpa in contrahendo*.” Nykyään culpa in contrahendo -oppi on Saksassa kodifioitu BGB:iin.

⁶² *Kessler – Fine* HLR 3/1964, s. 403–409.

⁶³ *Hemmo* 2003a, s. 204. Suomessa opin perusteita ovat käsitelleet mm. *von Herten* 1983, s. 158–165 ja *Hemmo* 1998, s. 198–204.

⁶⁵ Ks. alajakso 2.4.2. Kirjallisuudessa esitetyistä vaihtoehdoista kootusti ks. *Saarnilehto* 1999, s. 224–226.

⁶⁶ *von Jhering* 1861, s. 41–42: ”Wer contrahirt, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außercontractlichen Verkehrs in den positiven der Contractsphäre, von dem Gebiete der bloßen culpa in faciendo auf das der culpa in non faciendo”.

⁶⁷ Ks. esim. KKO 2009:45, perustelukappale 2, KKO 2011:6, perustelukappale 7 ja KKO 2011:54, perustelukappale 21. Näin myös edellä käsitellyssä ratkaisussa KKO 1999:48, joka kuitenkin koski erilaista tapahtumainkulkua vastuun perustuessa rikottuun prekontraktuaaliseen sopimukseen.

⁶⁸ Ks. erit. KKO 1992:89 ja sen johdosta *Saarnilehto* 1999, s. 227–230 ja *Hemmo* 1998, s. 80–81. Vastaavasti myös KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91.

silloinkin, kun neuvottelut ovat katkenneet ilman sopimusta, olisi vastuuta perusteltu kaiken järjen mukaan tällöinkin yleisillä sopimusoikeudellisilla periaatteilla.

Omaksuttua kantaa voidaan kuitenkin kritisoida. KKO ei ole juurikaan perustellut kantaansa, joten kiinnitän tässä huomioita niihin seikkoihin, joiden perusteella oikeuskirjallisuudessa Hemmo on sijoittanut sopimuksentekorikkomuksen deliktivastuun piiriin. Hemmon mukaan sopimusvastuulla tarkoitetaan osapuolten keskenään muotoilemien toimintavaatimusten rikkomista, mistä ei sopimuksentekorikkomuksessa ole kyse.⁶⁹ Perustelua voidaan kritisoida. Kysymys liittyy osaksi käsitykseen sopimuksen syntytavasta. Sopijapuolten sitoutumistahtoa korostava käsitys johtaa pistemäiseen sopimuskäsitykseen, jossa raja sopimuksen ja valmistelutoimien välillä on jyrkkä: täysimääräinen sopimusvastuu alkaa sitoutumistoimesta – ja vasta siitä. Toinen käsitystapa lähestyy asiaa siten, että sopimusoikeudellisen vastuun rajat eivät ole tiukan sidottuja sopimuksen syntyyn, vaan sidonnaisuus syntyy vähitellen.⁷⁰ Paitsi että sopimusvastuu on ulotettu neuvotteluvaiheessa aiheutettuun, sopimuksen tekemisen jälkeen ilmenneeseen vahinkoon, on KKO:n oikeuskäytännössä sopimusvastuun soveltamisalaa muutokin toistuvasti laajennettu varsinaisten sopimussuhteiden ulkopuolelle.⁷¹ Tämän lisäksi monissa tilanteissa jommallakummalla osapuolella voi olla velvollisuus sopimuksen tekemiseen tai sopimuksen ehdot voivat määräytyä lakisääteisesti.⁷² Näin ollen sopimusoikeudellisesta vastuusta on kyse verrattaen usein muissakin tilanteissa kuin vain silloin, kun osapuolet ovat vapaaehtoisesti keskenään muotoilleet toisiinsa kohdistuvat toimintavaatimukset.

Hemmon mukaan myös sopimusoikeudellisten vastuuperusteiden, joina hän pitää poikkeuksetonta, ankaraa, kontrolli-, eskulpaatio- ja tuottamusvastuta,⁷³ soveltaminen sopimuksen valmisteluun on ongelmallista velalliselle useimmiten asetettavasta näyttövelvollisuudesta johtuen. Yleinen eskulpaatiosääntö ei sovellu sopimusneuvotteluja koskeviin vastuutilanteisiin, koska pelkkää neuvottelujen katkaisemista ei voida pitää presumoitua vastuuta puoltavana perusteena. Tuottamusarvioinnin on sen sijaan keskityttävä neuvottelumenettelyyn ja

⁶⁹ Ellei kyse sitten ole edellä käsitellyin tavoin prekontraktuaalisen sopimuksen rikkomisesta. Ks. *Hemmo* 1998, s. 202–203.

⁷⁰ Ks. *Mäkelä* 2010, s. 73 ja *Hemmo* 2003a, s. 210–212. Sopimusvastuun pistekäsityksestä ks. *Pöyhönen* 1988, s. 212–213 ja prosessikäsityksestä s. 214–231.

⁷¹ Ks. esim. *Saarnilehto* 1999, s. 231–232 ja *Mononen* LM 7–8/2004, s. 1385–1388.

⁷² *Kessler – Fine* HLR 3/1964, s. 409: ”Often at least one of the parties may be entering into an agreement because he is under an enforceable duty to do so, or the terms of a contract may wholly or in part have been prescribed by statutory fiat.” Sopimuspakosta ja sen lähi-ilmioistä Suomessa ks. *Hemmo* 2003a, s. 77–97.

⁷³ *Hemmo* 2003b, s. 219–220.

perustuttava sopimuksenulkoiselle vastuulle tyypillisesti kantajan todistustaakkaan.⁷⁴ Sopimusoikeudellisen korvausvastuun peruste ja siihen liittyvät todistustaakka säännöt voidaan käsittää myös toisin. Voidaan ajatella, että vastuu syntyy, kun sopimusta rikotaan ja tuottamuksen puuttumista pidetään vastuusta vapauttavana perusteena.⁷⁵ Käännetty todistustaakka sopimussuhteissa koskee siten vain vahingonaiheuttajan tuottamusta ja vahinkoa kärsineen on aina näytettävä vastuuperuste – VahL:n kohdalla tuottamus, sopimusvastuun osalta sopimusvelvollisuuden rikkominen ja sopimusneuvotteluissa niiden käymisen tai katkaisemisen epäasiallisuus. Näin ajateltuna sopimuksentekorikkomukseen perustuva korvausvelvollisuus voitaisiin hyvinkin käsittää sopimusoikeudellisten korvaussääntöjen mukaiseksi.⁷⁶ Lopputulos on kummankin ajattelutavan mukaan asiallisesti sama: osapuolen on korvausta saadakseen näytettävä neuvottelukumppaninsa epäasiallinen menettely.

Olisi hyviä syitä pitää korvausvastuuta katkenneiden sopimusneuvottelujen johdosta sopimusoikeudellisena. Sekä sopimusrikkomukseen että sopimuksentekorikkomukseen perustuvassa vastuussa on kyse siitä, että on rikottu vastapuolella aikaan saatu omaa tulevaa toimintaa koskeva luottamus. Vastuuperusteiden välillä on siten nähtävissä ennemminkin aste- kuin laadullinen ero.⁷⁷ Sopimusoikeudellisten korvaussääntöjen soveltamista sopimuksentekorikkomukseen puoltavat myös laaja isännänvastuu⁷⁸ sekä se, että sopimusneuvotteluja koskevat säännöt, jotka määrittävät muun muassa sen, milloin neuvotteluja on käyty epäasiallisesti, ovat sopimusoikeudellisia.⁷⁹ Kysymys olisi siten vain sopimusoikeudellisten korvaussääntöjen sisällöstä silloin, kun sopimusta ei neuvottelujen seurauksena synny.⁸⁰

2.3.2 Pitkäaikaisten neuvottelujen vaikutus

Sopimusneuvottelujen käymiselle voidaan asettaa tiettyjä vaatimuksia, joiden tarkoituksena on välttää vastapuolen etujen loukkaukset.⁸¹ Arvioitaessa sopimuksentekorikkomukseen

⁷⁴ Hemmo 1998, s. 207–210.

⁷⁵ Taxell 1972, s. 270–271: ”Utgångspunkten är att ersättning skall betalas då avtalet inte fullgjorts riktigt. Ansvar grundas inte på gäldenärens eller hans medhjälparens vållande. -- Frånvaron av vållande framträder som en av de befrielsegrunder som gäldenär kan åberopa.” Ks. myös Saarnilehto 2010, s. 65–66.

⁷⁶ Saarnilehto 1999, s. 230, 233.

⁷⁷ Mäkelä 2010, s. 73, jonka mukaan tällainen käsitystapa vastaisi myös culpa in contrahendo -opin alkuperäistä ajatusta.

⁷⁸ Hemmo 1998, s. 210–213 ja Kessler – Fine HLR 3/1964, s. 406.

⁷⁹ Saarnilehto 1999, s. 230 ja Mononen 2005, s. 106.

⁸⁰ Saarnilehto 1999, s. 230–234. Myös Kessler – Fine HLR 3/1964, s. 406 painottavat culpa in contrahendon olevan sopimusoikeudellista vastuuta. Tämä johtui kuitenkin siitä, ettei saksalainen vahingonkorvausoikeus tuntenut yleistä tuottamusvastuuta vaan koostui itsenäisistä *torteista*.

⁸¹ Hemmo 2003a, s. 217.

perustuvaa vahingonkorvausvelvollisuutta sopimusneuvottelujen katkaisemisesta otetaan yleensä huomioon kaksi asiaa: kuinka vahva luottamus vastapuolella oli sopimuksen solmimiseen ja kuinka moitittavasti neuvottelut katkaissut osapuoli on menetellyt.⁸²

Pelkkä neuvottelujen pitkäaikainen kesto ei lähtökohtaisesti voine johtaa korvausvastuuseen vastapuolelle neuvotteluista aiheutuneista kuluista. Neuvotteluvapaus tarkoittaa juuri sitä, että neuvotteluista voidaan niiden pituudesta riippumatta irrottautua syytä ilmoittamatta.⁸³ Jonkinlainen asiallisen syyn vaatimus on sitä paitsi pitkälti käyttökelvoton. Syy neuvottelujen katkaisemiselle saattaa olla sellainen, jota neuvottelut katkaissut osapuoli ei halua tai voi ilmaista. Lisäksi lähes aina käyttökelpoinen väite olisi, että tarjottu sopimus ei ollut niin kannattava, kuin mihin osapuoli olisi halunnut sitoutua. Neuvottelujen vahvaa sitomattomuutta voidaan perustella silläkin, että periaatteen ollessa yleisessä tiedossa sen mukainen kuluriski tunnustetaan ja valmistelukustannuksien jaosta voidaan sopia.⁸⁵

Tästä huolimatta oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin ajoittain esitetty, että tuottamuksen puutteesta huolimatta voi olla perusteltua katsoa neuvottelut katkaissheen osapuolen olevan korvausvastuussa. Pelkkää neuvottelujen katkaisemista ei voida katsoa tuottamukselliseksi, jos osapuoli neuvottelee ja uskoo sopimuksen syntymiseen vilpittömästi, mutta syystä tai toisesta kuitenkin katkaisee neuvottelut. Tietyissä tilanteissa olisi kohtuutonta, mikäli neuvottelut katkaissheen osapuolen ei olisi osallistuttava vastapuolelle neuvotteluista aiheutuneiden kulujen korvaamiseen. Näin on esimerkiksi, jos osapuoli on nimenomaisesti kehottanut vastapuolta ryhtymään tiettyihin toimenpiteisiin.⁸⁶

Tämänkaltaista ajattelua on nähtävissä ratkaisussa KKO 1984 II 181, jonka perusteluissa nimenomaisesti todetaan, ettei neuvottelujen katkeaminen johtunut kummankaan osapuolen

⁸² *Mononen* 2005, s. 109 ja *Mäenpää* JFT 4/2010, s. 330.

⁸³ *Saarnilehto* 1999, s. 223. Samansuuntaisesti *von Herten* 1983, s. 228–229, 232–233. Ks. myös *Kessler – Fine* HLR 3/1964, s. 412: ”Occasionally, the thesis has been advanced that once parties have entered into negotiations for a contract neither party can break them off “arbitrarily” without compensating the other party for his reliance damages. Case law and literature, on the whole, however, have had the good sense to reject this idea. If the utility of contract as an instrument of self-government is not to be seriously weakened, parties must be free to break off preliminary negotiations without being held to an accounting.”

⁸⁵ *Hemmo* 2003a, s. 211–213.

⁸⁶ *von Herten* 1983, s. 232–239. Ks. myös *Mononen* 2005, s. 105–106, jonka mukaan neuvottelujen edettyä hyvin pitkälle saatetaan tulla tilanteeseen, jossa osapuolet ovat velvollisia tekemään pääsopimuksen tai ainakin korvausvastuu tarpeettomaksi käyneistä neuvottelukuluista voi aktualisoitua.

moitittavasta menettelystä. KKO kuitenkin tuomitsi korvattavaksi puolet suunnittelukustannuksista.

KKO 1984 II 181

A ja B olivat neuvotelleet teollisuushallin rakentamisesta kokonaishintaurakkana. A ei ollut hankkinut tarjouspyyntöön yleensä liitettäviä rakennussuunnitelma-asiakirjoja, vaan B oli hankkinut ne ja piirustukset neuvottelujen aikana tarjouksen antamista ja rakennusluvan hakemista varten. Sopimusneuvottelut katkesivat, kun A ei saanut tarvitsemaansa rahoitusta.

KKO:n mukaan kustannusten korvaamista puolsi rakennusalan käytäntö, jonka mukaan suunnittelija tai urakoitsija ei yleensä kannan rakennuttajan hyväksi tapahtuneen suunnittelun kustannuksia. Toisaalta B:n olisi ammattimaisena rakentajana pitänyt ennakoita huolehtia suunnittelun kustannuksista sopimisesta. Hemmon mukaan kustannusten osittainen korvaaminen johtui juuri rakennusalan urakasuhteissa vallitsevasta käytännöstä.⁸⁷ Toisaalta varmaankaan millään alalla toinen osapuoli ei lähtökohtaisesti lopullisesti vastaa kumppaninsa hyväksi tapahtuneen työn kustannuksista, vaan sopii niiden korvaamisesta tavalla tai toisella. Saarnilehdon tapaan voidaankin huomauttaa, että epätavallinen sopimatta jättäminen olisi voinut perustellusti johtaa kustannusten korvaamatta jättämiseen, ja antaa merkitystä sille, että suunnittelutyötä oli tehty yhdessä toisen osapuolen kustannuksella.⁸⁸ Ratkaisusta voitaneen hakea varovaista tukea pitkäaikaisten neuvottelujen katkaisemisesta aiheutuvalla korvausvastuulla, huomioiden kuitenkin tapauksen olosuhteet.⁸⁹

Myös julkista hankintaa koskeneessa ratkaisussa KKO 2011:54 oli kyse neuvottelujen katkaisemisesta aiheutuneista vahingoista. KKO:ssa korvausvastuuta arvioitiin sekä hankintalakiin että sopimuksentekorikkomukseen perustuen.

KKO 2011:54

Tieliikelaitos oli valittu moottoritien urakoitsijaksi Tiehallinnon järjestämässä tarjouskilpailussa. Hankintapäätös kuitenkin kumottiin markkinaoikeuden päätöksellä. Tieliikelaitos valitti päätöksestä ja muutoksenhaku oli vielä vireillä, kun Tiehallinto keskeytti hankintamenettelyn, aloitti samasta urakasta uuden tarjouskilpailun ja antoi urakan tuon tarjouskilpailun voittaneen yhtiön suorittavaksi. Vasta tämän jälkeen KHO antoi päätöksen, jonka mukaan ensimmäisessä hankintamenettelyssä ei ollutkaan ollut markkinaoikeuden päätöksessä todettuja virheitä.

⁸⁷ Hemmo 2003a, s. 214–215. Vrt.

⁸⁸ Saarnilehto 1999, s. 222.

⁸⁹ Ks. Hemmo 2003a, s. 214 av. 21, jonka mukaan ratkaisusta ei sen olosuhteiden vuoksi saada tukea yleiselle pitkien neuvottelujen katkaisemisesta aiheutuvalla vastuulla, mutta että ”enemmistön ei voitane suoraan päätellä tarkoittaneen hylätä pitkäaikaisiin neuvotteluihin perustuvaa vastuuta”. Ks. myös KKO 2011:54, perustelukappale 21: ”Oikeuskäytännössä (KKO 1984 II 181 ja KKO 2009:45) on kuitenkin katsottu, että perusteeton vetäytyminen neuvotteluista voi johtaa korvausvastuuseen sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden mukaisesti.” ja Mäenpää JFT 4/2010, s. 331, av. 43. Vrt. Saarnilehto 1999, s. 222, jonka mukaan ratkaisu ei ylipäätään perustunut sopimuksentekorikkomusta koskeviin oikeussääntöihin.

Tässäkin tapauksessa KKO ei löytänyt neuvottelut katkaisseeseen Tiehallinnon toiminnasta tuottamuksellisuutta. Vähemmistöön jäänyt OikN Rajalahti katsoi sopimuksentekorikkomukseen perustuvan korvausvastuun syntyneen tuottamuksen puutteesta huolimatta. Hän painotti sitä, että suunnittelutyö oli tapahtunut yhteisymmärryksessä ja että Tiehallinto oli pitänyt suunnittelun aloittamista intressiensä mukaisena. Toisaalta Tieliikelaitoksella olisi ollut mahdollisuus varautua siihen, että suunnittelukustannukset eivät jäisi sen vahingoksi. Punninta on vastaavankaltaista kuin tapauksessa KKO 1984 II 181, ja niin on lopputuloskin. Rajalahti olisi korvannut puolet suunnittelukustannuksista. KKO:n enemmistö ei kuitenkaan hyväksynyt näitä perusteluja, eikä tuominut korvausta juuri tuottamuksen puuttumisen johdosta. Tässäkin tapauksessa suunnitelmia oli laadittu yhteisymmärryksessä, joten suunnittelukulujen korvaamatta jättäminen vaikuttaa kannanmuutokselta ratkaisuun KKO 1984 II 181 verrattuna, tai vähintäänkin korostaa tuossa ratkaisussa huomioitun alan kustannusten jakoa koskevan käytännön merkitystä⁹⁰.

Vaikuttaisi siten siltä, ettei pelkkä pitkäaikainen neuvottelujen tai hankintamenettelyn kesto perusta korvausvastuuta sopimuksentekorikkomukseen perustuen, jos hankintayksikkö ei syyllisty tuottamukseen. Näin on ainakin, jos hankintayksikkö ei hyödy valmistelukuluista. Tämä lienee useimmiten tilanne, kun hankintamenettely keskeytetään hankintaa tekemättä. Tätä voidaan pitää perusteltuna, sillä tuottamuksesta riippumaton korvausvastuu neuvottelujen keskeyttämisestä loisi lakiin perustumattoman ankaran vastuun muodon, joihin on yleensä suhtauduttu pidättyväisesti⁹¹.

2.3.4 Neuvottelujen epäasianmukainen käyminen tai katkaiseminen

Arvioitessa sopimuksentekorikkomukseen perustuvaa korvausvastuuta, on sopimusneuvottelujen kesto olennaisempaa neuvottelut katkaisseeseen osapuolen menettely. Oikeutta neuvotte-

⁹⁰ Vrt. *Mäenpää* LM 2/2012, s. 347, joka vertaa ratkaisun KKO 2011:54 olosuhteita tapaukseen KKO 1984 II 181 ja katsoo ratkaisevaa tapauksessa KKO 2011:54 olleen sen, ettei Tiehallinnon katsottu hyötynneen valmistelukustannuksista. Mikäli se olisi saanut hyötyä, valmistelukulut olisi perustellusti voitu tuomita puolitettavaksi. Päätelyssä on kuitenkin aukko: eihän vuoden 1984 ratkaisussakaan rakennuttaja hyötynyt valmistelukuluista, sillä se ei toteuttanut hanketta. Ks. *Saarnilehto* 1999, s. 222, jonka mukaan ratkaisussa KKO 1984 II 181 valmistelukulut olisi perustellusti voitu korvata vasta, jos rakennuttaja olisi käyttänyt tehtyjä suunnitelmia hyväkseen.

⁹¹ Ankarasta vastuusta ilman kirjoitetun lain tukea ks. *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 170–178. Ks. myös *Kleineman* JT 1/1991–92, s. 132: ”De fall då man genom rättspraxis ålagt någon ett rent strikt ansvar utan stöd i lag, är ju faktiskt fall av liknande beskaffenhet. Trots detta förefaller det något äventyrligt att tänka sig ett ansvar vid vilseledande in contrahendo utan att föra in en värdsloshetsbedömning.”

lujen katkaisemiseen ei saa väärinkäyttää.⁹² Ratkaisussa KKO 1999:48 todettiin, ettei sopimusneuvottelija saa käydä niin, että toinen osapuoli tulee harhaanjohtetuksi tai muuten kärsii vahinkoa. Vastapuoli, jonka luottamusta ja neuvottelujen luomia perusteltuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen.⁹³ Korvausvelvollisuuden johtavan tuottamuksen on katsottu olevan selkeimmin käsillä, kun neuvotteluissa syyllistytään pakottamiseen, petolliseen viettelyyn, kiskomiseen tai muuhun käyttäytymiseen, joka saisi aikaan myös sopimuksen pätemättömyyden OikTL:n nojalla.⁹⁴ Korvausvelvollisuus voi kuitenkin syntyä myös lievemmän, hyvän neuvottelutavan vastaisen käyttäytymisen ilmentämän, tuottamuksen perusteella.⁹⁵ Tällaisena menettelynä voidaan erityisesti mainita sopimusneuvottelujen käyminen ilman aikomustakaan tehdä sopimusta,⁹⁶ mikä tosin johtaa korvausvelvollisuuteen jo hankintalainkin vastaisena menettelynä.⁹⁷

Edellisiä yleisempiä lievät kuitenkin tapaukset, joissa hankintamenettely on aloitettu sinänsä vilpittömässä mielessä eikä neuvotteluissa ole syyllistytty pätemättömyysperusteisiin rinnastuvaan menettelyyn. Tällöinkin korvausvastuun perustava tuottamus on olemassa ainakin, jos neuvottelija jatketaan vielä sen jälkeen, kun osapuoli on todennut, ettei aiokaan tehdä sopimusta.⁹⁸ Tämä tarkoittaisi sitä, että hankintamenettely pitää keskeyttää välittömästi, kun hankintayksikkö on todennut, ettei se aiokaan tehdä hankinnan kohteena olevaa sopimusta. Muutoin hankintayksikölle voisi sopimuksentekorikkomuksen perusteella syntyä korvausvelvollisuus ainakin niistä valmistelukuluista, joita tarjoajalle on syntynyt tämän hetken jälkeen. Samoin voidaan pitää tuottamuksellisena menettelyä, jolla luodaan epärealistisen optimistinen kuva sopimuksen solmimisen todennäköisyydestä tai jätetään oikaisematta tällainen käsitys.⁹⁹ Ratkaisuissa KKO 2009:45, KKO 2011:6 ja KKO 2011:54 onkin todettu perusteettoman vetäytymisen sopimusneuvotteluista saattavan johtaa korvausvelvollisuuteen valmistelu- ja

⁹² *Kessler – Fine* HLR 1/1964, s. 419: ”Even when an agreement has not been reached the law of contract can ill afford to deny protection to an innocent party against abuse of the privilege to break off.”

⁹³ Ratkaisu perustui edellä kuvatuin tavoin prekontraktuaaliseen sopimukseen, mutta mainittuja harhaanjohtamiskieltoa sekä luottamuksensuojaa voidaan pitää merkityksellisinä tekijöinä myös neuvottelujen katkaisemisen kohdalla. Ks. *Hemmo* 2003a, s. 216–217.

⁹⁴ *Hemmo* 2003a, s. 217–218, *Saarnilehto* 1999, s. 222–223 ja *Mononen* 2005, s. 108–110.

⁹⁵ *Hemmo* 2003a, s. 218–219. Ks. myös *von Hertzen* 1983, s. 175–182 vilpittömyyden ja lojaliteetin vaatimuksesta sopimusneuvotteluissa.

⁹⁶ *Hemmo* 2003a, s. 219, *Saarnilehto* 1999, s. 223, *von Hertzen* 1983, s. 229–230 ja *Mononen* 2005, s. 110. Ks. myös *Kessler – Fine* HLR 3/1964, s. 419: ”However much the various legal systems may differ in detail as to the scope of precontractual duties, they do not permit, broadly speaking, a party to break off negotiations with impunity in pursuance of a scheme never to come to terms.”

⁹⁷ *HE* 182/2010 vp, s. 22.

⁹⁸ Ks. *von Hertzen* 1983, s. 229–230.

⁹⁹ *Hemmo* 2003a, s. 209 ja *Mononen* 2005, s. 109–110.

muista kuluista erityisesti silloin, kun neuvottelut katkaissut osapuoli on *tahallaan tai huolimattomuudesta synnyttänyt neuvottelukumppanissaan perustellun luottamuksen sopimuksen solmimiseen* tai on *moitittavalla tavalla ylläpitänyt tätä luottamusta*.¹⁰⁰

Julkisen hankinnan suunnittelu voidaan aloittaa käymällä laissa säätelättömiä keskusteluita potentiaalisten tarjoajien kanssa markkinoiden ja harkintatarpeen kartoittamiseksi. Tällöin on kuitenkin kyse sellaisesta alustavasta vuoropuhelusta, joka ei vielä voi synnyttää luottamusta sopimuksen saamiseen.

Varsinainen hankintamenettely alkaa ensisijaisesti käytettävissä avoimessa menettelyssä ja rajoitetussa menettelyssä siitä, kun hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen ja lähettää tarjouspyyntöasiakirjat halukkaille tai valitsemilleen tarjoajille. Tarjoajat lähettävät tarjouksensa hankintayksikölle, joka tekee niiden perusteella tarjousvertailun ja hankintapäätöksen. Mahdollisuutta varsinaisten sopimusneuvottelujen käymiseen tarjoajien kanssa ei ole.¹⁰¹ Tällöin hankintayksikön ja tarjoajien välillä ei ylipäätään ole sellaista vuorovaikutusta, jossa hankintayksikkö voisi synnyttää tietyssä tarjoajassa perustellun luottamuksen sopimuksen tekemiseen. Tilanne voi olla toinen käytettäessä neuvottelumenettelyä tai kilpailullista neuvottelumenettelyä, joissa tosin niissäkin lopulta pyydetään mukana olevilta tarjoajilta kirjalliset tarjoukset, joiden perusteella tarjousvertailu ja hankintapäätös tehdään.¹⁰² Hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien pitäisi tietää, että hankintalain mukaan mahdollinen hankintasopimus tehdään vasta tarjousvertailun ja hankintapäätöksen jälkeen parhaan tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa. Yksittäiselle tarjoajalle ei siten edes neuvottelumenettelyn tai kilpailullisen neuvottelumenettelyn aikana pitäisi syntyä perusteltua luottamusta sopimuksen saamiseen. Lähinnä voitaisiin ajatella, että hankinnoissa tietyille tarjoajalle voi syntyä perusteltu luottamus siihen, että *jos* hän voittaa tarjouskilpailun, on hänellä oikeus saada sopimus. Oikeastaan vain hankintayksikön tehdessä hankinnan poikkeuksellisesti ilman kilpailutusta suora-hankintana ollaan tilanteessa, jossa sopimuksen saaminen ei riipu tarjouskilpailun voittamisesta.

¹⁰⁰ Vrt. *Mäenpää* JFT 4/2010, s. 332 av. 46, joka katsoi, ettei oikeussääntö ollut ratkaisun KKO 2009:45 perusteella vielä kovin vahva, sillä tapauksessa oltiin hyvin lähellä varsinaisen sopimuksen syntymistä. Nykyään sääntöä voitaneen pitää selkeänä, kun KKO on toistanut sen liki samoin sanankääntein kolmessa ratkaisussaan.

¹⁰¹ Avoimen ja rajoitetun menettelyn kulusta ks. *Kuusniemi-Laine – Takala* 2008, s. 70–71 ja 73–74.

¹⁰² Neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulusta ks. *ibid.*, s. 76–81 ja 85–88.

Arviointi on erilaista, jos hankintayksikön keskeyttäessä hankintamenettelyn se on jo aiemalla hankintapäätöksellä valinnut tarjouskilpailun voittajan. Aiemmin hankintasopimuksen on Suomessa katsottu voivan syntyä jo hankintapäätöksen tiedoksiannolla,¹⁰³ eikä sopimuksen tekemiseen kohdistuvan perustellun luottamuksen syntymiseltä ei voida vaatia ainakaan enempää kuin sitovan sopimuksen syntymiseltä.

EUTI totesi kuitenkin jo asiassa C-81/98 *Alcatel* antamassaan tuomiossa valvontadirektiivien edellyttävän sellaista muutoksenhakumenettelyä, jossa valittaja voi saada hankintapäätöksen kumotuksi.¹⁰⁴ Tämä edellyttää viivettä hankintapäätöksen tekemisen ja sopimuksen syntymisen välillä,¹⁰⁵ minkä johdosta hankintasopimus syntyykin nykyään hankintalain 76 §:n (321/2010) mukaan vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella, joskaan edellytys ei ole täysin ehdoton.¹⁰⁶ Syynä muutokselle ovat kuitenkin olleet muutoksenhaun tehokkuuteen liittyvät seikat, eikä se, että hankintayksiköllä pitäisi olla ikään kuin ylimääräistä aikaa harkita sopimukseen sitoutumista. Siten voidaan nähdäkseni puoltaa tulkintaa, jonka mukaan hankintapäätöksellä valitulle tarjoajalle syntyy herkemmin perusteltu luottamus sopimuksen tekemiseen, vaikka hankintasopimus ei lähtökohtaisesti vielä hankintapäätöksen tekemisellä tai sen tiedoksiannolla synnykään. Tilanne on toki toinen, jos hankintapäätökseen on haettu muutosta.

Toisaalta tarjoajien pitäisi tietää, että hankintalaissa on annettu hankintayksikölle mahdollisuus poistaa tekemänsä virheellinen päätös tekemällä hankintaoikaisu, mikä voi johtaa myös hankintamenettelyn keskeyttämiseen. Oikeuskäytännössä on sallittu hankintamenettelyn keskeyttäminen myös muusta syystä vielä aiemman hankintapäätöksen jälkeenkin.¹⁰⁷ Pelkkä tietämättömyys hankintayksikön mahdollisuudesta keskeyttää hankintamenettely vielä han-

¹⁰³ KKO 6.7.2007 T 1857 ja *Klami-Wetterstein* Oikeustieto 5/2007, s. 20–21. Vrt. kuitenkin Itä-Suomen HO 30.5.2006, S 05/209.

¹⁰⁴ Asia C-81/98 *Alcatel*, kohta 43.

¹⁰⁵ Ks. asia C-81/98 *Alcatel*, kohta 40, *HE 190/2009 vp*, s. 51–52 ja *Saarinen* 2008, s. 55–64. Hankintasopimuksen syntymiseen liittyvästä problematiikasta ks. myös *Kaisto* 2009, s. 187–200.

¹⁰⁶ *HE 190/2009 vp*, s. 52, jonka mukaan hankintasopimus ei ilman erityistä syytä synny ainoastaan hankintapäätöksen tiedoksiannolla. Kansallinen lainsäädäntömme vaikuttaa siten edelleen mahdollistavan hankintasopimuksen syntymisen joissain tapauksissa suoraan hankintapäätöksen tiedoksiannolla. Tätä voidaan pitää valvontadirektiivien vastaisena, mutta kansallisten tuomioistuinten ei edellytetä näissä tapauksissa kumoavan tehtyä hankintasopimusta, ks. asia C-81/98 *Alcatel*, kohta 50. Lisäksi hankintalain 94.2 §:n mukaan markkinaoikeus voi tiettyjä seuraamuksia määrätessään katsoa hankintasopimuksen syntyneeksi olosuhteiden perusteella, jos hankintayksikkö on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen. Ks. myös Turun HO 1.12.2014 S 14/524. Hankintayksikkö oli hyväksynyt tarjouksen ja tarjoaja oli alkanut tarjota tarjouspyynnön ja tarjouksen mukaisia palveluja. Hovioikeus totesi, ettei osapuolten välille ollut allekirjoitusten puuttumisesta johtuen syntynyt ”varsinainen hankintasopimusta”, mutta että osapuolten välille oli kuitenkin syntynyt sitova sopimus.

¹⁰⁷ Ks. alajakso 3.4.2.

kintapäätöksen jälkeen ei lähtökohtaisesti voikaan luoda perusteltua luottamusta sopimuksen tekemistä kohtaan.¹⁰⁸

Korvausvastuu sopimuksentekorikkomuksen perusteella ei kuitenkaan perustu siihen, ettei hankintayksiköllä olisi oikeutta keskeyttää hankintamenettelyä. Onhan tavallisissakin sopimusneuvotteluissa osapuolilla lähtökohtaisesti täysi oikeus katkaista neuvottelut riippumatta siitä, miten pitkälle ne ovat edenneet. Sen sijaan sopimuksentekorikkomus johtaa korvausvastuuseen, koska hankintayksikkö moitittavalla tavalla luo tarjoajalle perustellun luottamuksen siihen, että sopimus tehdään hänen kanssaan eli että hankintayksikkö *ei aio käyttää oikeuttaan hankintamenettelyn keskeyttämiseen*. Keskeisintä on siis se, millaisen kuvan hankintayksikkö antaa sopimuksen tekemisestä hankintamenettelyn aikana sekä varsinkin mahdollisen hankintapäätöksen tekemisen jälkeen.

Suojattavan perustellun luottamuksen syntymiseen vaikuttaa keskeisesti se, mistä syystä hankintamenettely on keskeytetty. Hankintamenettely saatetaan keskeyttää, koska menettelyssä on tapahtunut virhe, joka on johtanut tarjoajan valintaan lain vastaisesti. Tällöin ei useinkaan liene syytä suojata kyseisen tarjoajan luottamusta sopimuksen saamiseen, varsinkin jos menettelyssä tapahtunut virhe on ollut selkeä.¹⁰⁹ Suojattava perusteltu luottamus sopimuksen tekemiseen voinee siten syntyä lähinnä tarjoajalle, joka on jo lainvoimaisella hankintapäätöksellä valittu tarjouskilpailun voittajaksi.¹¹⁰ Vaikka vahingonkorvaus sopimuksentekorikkomuksen perusteella käsittää lähtökohtaisesti vain negatiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen,¹¹¹ voitaisiin tällöin ajatella, että myös positiivisen sopimusetu tulisi korvattavaksi, kun kerran tiedetään, millainen hankintasopimus olisi syntynyt.

Jo edellä mainitussa ratkaisussa KKO 2011:54 hankintamenettelyn keskeyttäminen ja uuden menettelyn aloittaminen oli KKO:n mukaan hankintalain nojalla sallittua. Hankintamenette-

¹⁰⁸ Voimassa olevaa oikeutta koskevaan erehdykseen ei oikeusjärjestyksemme mukaan pääsääntöisesti voi vedota. Ks. esim. liikennevakuutusta koskeva ratkaisu KKO 2001:134 ja *Hemmo* 2003a, s. 393–394. Tämä on kuitenkin vain pääsääntö, ja oikeuserehdykselle onkin annettu merkitystä eri oiekudenaloilla. Erehdyksen vaikutusten kannalta olennaisinta on erehdyksen havaittavuus ja erehtyjän vastapuolen moitittava menettely. Ks. *Mäkelä* 2010, s. 200–255, erit. s. 238.

¹⁰⁹ Ks. *Halonen* 2015, s. 186–191, joka käsittelee sitä, mikä merkitys hankintayksikön entisen sopimuskumppanin tietoisuudella menettelyn lainvastaisuudesta on tämän vaatiessa hankintayksiköltä vahingonkorvausta tehotomuusseuraamuksen jälkeen.

¹¹⁰ Tämä sopii yhteen sen ajatuksen kanssa, että sopimuksentekorikkomuksen perusteella korvausta voi yleensäkin saada vain yksi, parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja, ks. *Hemmo* 2003a, s. 220.

¹¹¹ Ks. KKO 1999:48 ja KKO 2009:45, perustelukappale 8.

lyn keskeyttämisen hankintalainmukaisuus ei kuitenkaan voi suoraan tarkoittaa sitä, että neuvotteluista vetäytyminen olisi sallittua myös sopimuksentekorikkomuksen näkökulmasta.¹¹² Eri korvausjärjestelmien vastuuperusteet ovat erisisältöiset: hankintalaissa hankintamenettelyn keskeyttämisen sääntelyllä suojataan lähinnä tarjoajien yhdenvertaista kohtelua, ei hankintayksikön neuvottelukumppanin luottamusta sopimuksen tekemiseen.

KKO:n mukaan Tiehallinto ei ollut edellyttänyt suunnittelutöiden aloittamista, vaikka se tiesikin niiden aloittamisesta ja osoitti Tieliikelaitoksen käyttöön tiloja suunnittelua varten. Tältä osin ratkaisua voidaan perustellusti kritisoida. Ratkaisusta ei käy ilmi, millaisella aikataululla Tieliikelaitos olisi sopimuksen saadessaan sitoutunut urakan toteuttamaan, mutta tiehanke oli KKO:nkin perustelujen mukaan kiireellinen ja Tieliikelaitos oli valmistellut sen nopean aloittamisen edellyttämiä suunnitelmia. Mikäli tulevan sopimuksen mukaisen suorituksen täyttäminen olisi vaatinut suunnittelutöiden aloittamista jo ennen sopimuksen solmimista, voitaisiin perustellusti katsoa suunnittelutöiden aloittamista edellytetyn Tiehallinnon toimesta¹¹⁶.

Sillä, oliko valmistelutöiden aloittamista edellytetty, ei kuitenkaan välttämättä ollut merkitystä.¹¹⁷ KKO:n mukaan toimijat olivat itse todenneet ottavansa tietoisien riskien tehdessään töitä projektille ennen tiesuunnitelman vahvistamista.¹¹⁸ Lopputuloksen kannalta kaikkein merkityksellisintä lieneekin ollut se, ettei Tiehallinto ollut luonut tai edistänyt Tieliikelaitoksen luottamusta sopimuksen solmimiseen. Tässä kohdin KKO painotti sitä, että Tiehallinto oli päinvastoin useaan otteeseen huomauttanut Tieliikelaitosta siitä, ettei sitovaa sopimusta ole eikä sitä voitu vielä tehdä. KKO totesikin, että Tiehallinto ei ollut luonut hankinta-asioihin liittyvät menettelyt ja muutoksenhakumahdollisuudet hyvin tunteneelle Tieliikelaitokselle sellaisia sopimuksen syntymiseen liittyviä odotuksia, joita tällä ei olisi jo muutoin ollut. Ratkaisua voidaan tässä mielessä pitää oikeaan osuneena: jos tarjoaja itse toteaa ottavansa tietoisien riskien tehdessään valmistelutöitä ennen hankintasopimuksen solmimista ja hankintayksik-

¹¹² Vrt. *Mäenpää* LM 2/2012, s. 345, jonka mukaan sopimuksentekorikkomuksenkin osalta neuvotteluista vetäytymisen kriteerit voidaan johtaa hankintalainsäädännöstä. Käsittelen hankintamenettelyn keskeyttämisen lainmukaisuutta luvussa 3.

¹¹⁶ Ks. *ibid.*, s. 347.

¹¹⁷ Vrt. *ibid.*, jonka mukaan tilannetta olisi pitänyt arvioida toisin, jos Tiehallinnon olisi katsottu kehottaneen Tieliikelaitosta ryhtymään valmistelutoimiin.

¹¹⁸ Tältä osin voidaan asiassa eri mieltä olleen OikN Rajalahden tavoin kiinnittää huomiota siihen, pitivätkö osapuolet kyseisenä riskinä mitään muuta kuin tiesuunnitelmasta tehtyjä valituksia. Markkinaoikeuden asiassa antama virheellinen päätös ei kuitenkaan ollut Tiehallinnon vastuulle kuulunut seikka.

kö lisäksi korostaa, ettei sitovaa sopimusta vielä ole, on vaikea löytää mitään syytä kulujen vyöryttämislle hankintayksikön kannettavaksi.

Selvää on, että markkinaoikeuden kiellettyä ensimmäisen hankintapäätöksen täytäntöönpanon Tiehallinto ei voinut tehdä sen perusteella sopimusta Tieliikelaitoksen kanssa. On kuitenkin syytä pohtia, olisiko Tiehallinnon pitänyt neuvottelukumppaninsa luottamuksen suojaaksi odottaa KHO:n ratkaisua ennen hankintamenettelyn keskeyttämistä, varsinkin kun osapuolet olivat KKO:n mukaan aina markkinaoikeuden päätökseen saakka olleet yhtä mieltä urakkasopimuksen tekemisestä, kunhan tiesuunnitelma on hyväksytty. KKO totesi lyhyesti, ettei kohuudella voitu vaatia, että Tiehallinto olisi markkinaoikeuden päätöksen jälkeen yrittänyt saada sopimuksen aikaan Tieliikelaitoksen kanssa kumotun hankintamenettelyn perusteella. Perustelujen puutteesta huolimatta kantaa voidaan pitää oikeana. Velvollisuus lykätä kiireellisen hankinnan toteuttamista kahdeksi vuodeksi asian käsittelemiseksi KHO:ssa pelkästään neuvottelukumppanin luottamuksen suojaamiseksi olisi turhan ankara.

2.4 Vahingonkorvauslaki

2.4.1 *Soveltuuko vahingonkorvauslaki ollenkaan?*

KKO on VahL:n soveltamisessaan alkutaipaleen ”hapuilun” jälkeen noudattanut johdonmukaisesti ns. *väistymisperiaatetta*.¹²⁰ Sen mukaan muissa laeissa säädetyt korvausjärjestelmät syrjäyttävät VahL:n kokonaisuudessaan, eikä niissä puutteellisesti säänneltyä korvausvastuuta täydennetä VahL:n säännöksillä. Sama pätee sopimusoikeudellisen korvausjärjestelmän kohdalla.¹²¹ Korvausjärjestelmissä olevat aukot täytetään tällöin yleisillä vahingonkorvausoikeudellisilla periaatteilla, joita VahL:n säännökset saattavat ilmentää – tai olla ilmentämättä.¹²²

Tilanne on tietenkin toinen, jos erityislaissa säädetään VahL:a sovellettavan korvausvastuuta täydentävänä normistona. Hankintalaissa näin ei tehdä. Lain vahingonkorvaussäännöksen alkuperäisten esitöiden mukaan säännös kyllä on ”erityissäännös korvattavien vahinkojen

¹²⁰ *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 354–357.

¹²¹ *Kivivuori* DL 1975, s. 270–272.

¹²² *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 357. Ks. myös *Hemmo* 2005, s. 20, jonka mukaan soveltavuuskysymystä on arvioitava säännöskohtaisesti. Vrt. *Virtanen* 2011, s. 11–12, jonka mukaan toissijaisuudesta huolimatta VahL säännökset täydentävät erityislainsäädännön korvausnormeja ja sopimussuhteissa noudatettavia korvaussääntöjä. *Virtanen* viittaa VahL:a koskevaan hallituksen esitykseen *HE 187/1973 vp*, mutta ei huomioi lainkaan sitä, että soveltamisalasäännös sai lopullisen muotonsa vasta lakivaliokunnassa ja rakentui täysin alkuperäisestä valmistelusta poikkeavalle perustalle. Ks. *Kivivuori* DL 1975, s. 269 ja *Saarnilehto* DL 3/2009, s. 353.

osalta suhteessa vahingonkorvauslakiin”. Samaan hengenvetoon esitöissä kuitenkin todetaan hankintalain mukaiseen vahingonkorvaukseen sovellettavan, ei VahL:a vaan, “yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita”.¹²³ Myöhemmissä hankintalain vahingonkorvaussäännöstä koskevissa esitöissä VahL:a ei enää mainita¹²⁴ ja myös oikeuskäytännössä sen soveltamiseen hankintalakia täydentävänä normistona on suhtauduttu kielteisesti.¹²⁵ Näin ollen hankintalain vahingonkorvausjärjestelmää tai sopimuksentekorikkomusta koskevia periaatteita ei lähtökohtaisesti täydennetä VahL:a soveltamalla.

Jo edellä käsitellyn *rinnakkaisperiaatteen* mukaan VahL voi kuitenkin tulla sovellettavaksi muiden korvausjärjestelmien rinnalla, ellei näistä korvausjärjestelmistä muuta johdu. Kuten todettua, sopimusoikeudellisia sääntöjä ei voida kiertää deliktinormeihin vetoamalla. Alaluovussa 2.2 olen sijoittanut hankintalain mukaisen vahingonkorvausvastuun sopimusoikeudellisen vastuun piiriin, jos korvausta vaatii hankintamenettelyyn osallistunut tarjoaja. Tämä tarkoittaisi sitä, ettei VahL:a voitaisi soveltaa hankintalain rikkomisella aiheutettuun vahinkoon. Kun taas korvausta vaatii hankintamenettelyyn osallistumaton toimittaja, ei sen ja hankintayksikön välinen oikeussuhde luontevasti rinnastu sopimukseen. Tällöin VahL voisi tulla sovellettavaksi hankintalain rinnalla. Sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden nojalla aiheutuvaa korvausvastuuta on puolestaan KKO:n käytännössä pidetty lakiin kirjoittamattomana deliktivastuun muotona. Hankintayksikön epäasianmukaisesta neuvottelumenettelystä voitaisiin siten periaatteessa vaatia korvausta sekä sopimuksentekorikkomukseen että VahL:iin nojautuen.

Ruotsissa HD totesi ratkaisussaan NJA 2013 s. 909, että vahingonkorvauksen vaatiminen vahingonkorvauslain SkL:n nojalla ei riipu siitä, soveltuisiko kanteeseen myös LOU:n vahingonkorvaussäännös. Tästä huolimatta Andersson on vastaavalla tavalla esittänyt, että SkL voisi soveltua julkisissa hankinnoissa aiheutetun vahingon korvaamiseen vain, jos hankintayksikön vastuu perustuu muuhun huolimattomuuteen kuin LOU:n rikkomiseen.¹²⁶

Kotimaista oikeuskäytäntöä asiasta ei ole, mutta oikeuskirjallisuudessa VahL:n soveltamista hankintalain korvaussäännöksen rinnalla on lähtökohtaisesti puollettu.¹²⁷ On siis mahdollista,

¹²³ HE 154/1992 vp, s. 14.

¹²⁴ Ks. HE 69/1997 vp, s. 20–21, HE 50/2006 vp, s. 122–123 ja HE 190/2009 vp, s. 78.

¹²⁵ Hankintalain mukaista vahingonkorvausta koskeneissa ratkaisuissa KKO 23.8.2005 T 1921, KKO 2011:54 ja KKO 2015:11 ei viitattu lainkaan VahL:iin. Ratkaisussa KouHO 2010:8 VahL:n soveltamiseen hankintalakia täydentävänä normistona otettiin selkeän kielteinen kanta, joskin hovioikeuden perustelut ovat tältä osin äkkinäiset.

¹²⁶ Andersson UrT 1/2014, s. 33–37, erit. s. 36. Vrt. kuitenkin Halonen 2015, s. 156–157.

¹²⁷ Näin erit. Halonen 2015, s. 158. Ks. myös Kalima 2001, s. 259–261 ja Kuoppamäki 2012, s. 409–410, joiden esitykset tosin jättävät epäselväksi, täydentävätkö he hankintalain vahingonkorvausjärjestelmää VahL:n säännöksillä suoraan tai analogisesti vai soveltavatko he VahL:a rinnakkaisena vastuuperusteena hankintalaista

että hankintayksiköltä voidaan vaatia vahingonkorvausta myös VahL:n nojalla hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta vahingosta riippumatta siitä, onko vahinko aiheutettu hankintalain vastaisella menettelyllä vai ei.

2.4.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen ongelmat

Vaikka VahL:a sinänsä voitaisiin soveltaa hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutettuun vahinkoon, on korvauksen saaminen sen nojalla haasteellista. Tämä johtuu siitä, että VahL on säädetty ensisijaisesti henkilö- ja esinevahinkojen korvaamista varten. Puhtaiden varallisuusvahinkojen, jollaisia sopimusneuvotteluissa ja julkisissa hankinnoissa aiheutuvat vahingot yleensä ovat, korvaaminen edellyttää VahL 5:1:n (509/2004) erityisten edellytysten täyttymistä. Pykälän jälkimmäisen virkkeen mukaan puhtaat varallisuusvahingot korvataan, kun ne on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla, julkista valtaa käytettäessä tai milloin niiden korvaamiseen muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä.

Voitaisiin ajatella, että hankintapäätöksiä tehdessään hankintayksikkö käyttää julkista valtaa. Tämän johdosta ainakin lainvastaisella hankintapäätöksellä aiheutetut puhtaat varallisuusvahingot voisivat tulla korvattaviksi myös VahL:n nojalla. Hankintasopimus on yleensä yksityisoikeudellinen sopimus, mutta tästä ei mielestäni voida suoraan päätellä, onko *sopimuksen tekemisestä päättäminen* julkisen vallan käyttämistä.¹²⁸ Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen esitöissä todettiin alun perin seuraavasti: “[v]ahingonkorvauslain nojalla julkisissa hankinnoissa voisivat korvattaviksi tulla ainoastaan henkilö- ja esinevahingot, kun otetaan huomioon kyseisen lain 3 luvun 1 ja 2 § sekä 5 luvun 1 §. Tämän vuoksi pykäläehdotuksessa olisi erityissäännös korvattavien vahinkojen osalta suhteessa vahinkorvauslakiin. Tämä merkitsee, että myös taloudellinen vahinko tulisi korvattavaksi.”¹²⁹ Lainsäätäjän ajatuksena näyttää siten olleen se, ettei hankintapäätösten tekeminen olisi sellaista julkisen vallan käyttöä, joka johtaisi puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiseen VahL:n nojalla.

Kalima on kritisoinut hallituksen esityksen kantaa. Hänen mukaansa on epäselvää, voidaanko täyden korvauksen periaate perustaa pelkästään hankintalain vahingonkorvaussäännökseen. Mikäli näin ei ole, on katsottava, että korvausvastuu voidaan perustaa julkisen vallan käyttöön

erillään. On myös epäselvää, onko Kalima enää tällä kannalla. Ks. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007, s. 267–271, jossa ei enää viitata lainkaan VahL:iin vahingonkorvausta käsiteltäessä. Ks. myös *Saarinen* 2006, s. 43–44, joka esittää asian niin, että ”vahingonkorvauslakia ei sovelleta ensisijaisena korvaussäännöstönä hankinta-asioissa”.

¹²⁸ Vrt. *Aarto et al.* 2009, s. 31. Hankintasopimuksen luonteen vaikutuksesta tähän ks. *Halonen* 2015, s. 162–164.

¹²⁹ *HE 154/1992 vp*, s. 14.

VahL:n 3:2:ssä tarkoitetulla tavalla, tai vahingonkärsijä joutuisi ajamaan korvauskannetta valtiota vastaan hankintadirektiivien epäasianmukaiseen täytäntöönpanoon perustuen. Kaliman mukaan ainakin merkittävien hankintapäätösten tekemistä ja hankinta-asioiden valmistelua on siten pidettävä VahL:ssa tarkoitettuna julkisen vallan käyttönä.¹³¹ Hankintalain vahingonkorvaussäännöksessä ei kuitenkaan ole millään tavoin rajoitettu täyden korvauksen periaatetta,¹³² joten tällainen tavoiteltavasta lopputuloksesta lähtevä tulkintakannanotto on ongelmallinen.

VahL:n esitöissä julkisen vallan käyttö avautuu vain esimerkinomaisena luettelona, josta ei ole tässä kohtaa apua.¹³³ Luettelo ei myöskään havainnollista rajanvetoa julkisen vallan käytön ja muun hallintotoiminnan välillä.¹³⁴ Julkisen vallan käyttöä määriteltäessä onkin parempi lähteä yhteiskunnan valtarakenteista kuin toimialoista.¹³⁵ Julkisen vallan käytöstä aiheutu- neesta vahingosta on kyse lähinnä silloin, kun vahingon aiheuttaa teko, laiminlyönti tai päätös, johon yhteisöllä on oikeus ainoastaan niiden säännösten nojalla, joilla yksityisen vapautta ja perusoikeuksia on rajoitettu. Julkisen vallan käyttö hahmottuu siten rajoituksina yksityisen henkilön toimintavapauteen siten, että eri yhteisöillä on tietyissä tilanteissa valta tehdä yksilön asemaan vaikuttavia ratkaisuja tämän suostumuksesta riippumatta.¹³⁶ Toisaalta julkisen vallan käyttö voi yksityisten oikeuksiin puuttumisen ohella olla myös positiivisia asioita tuottavaa, produktiivista.¹³⁷ Julkishallinnon toiminnan kehittyessä entistä enemmän yksipuoleisesta vallankäytöstä palvelutuotannon ja etuuksien jakamisen suuntaan on vahingonkärsijän oikeus- suojan näkökulmasta kannatettu julkisen vallan käytön käsitteen laajempaa tulkintaa juuri puhtaiden varallisuusvahinkojen korvausedellytysten vuoksi.¹³⁸

¹³¹ Vrt. *Kalima* 1996, s. 128–131 ja *Kalima* 2001, s. 50–51 ja 259–261. Kalima toteaa VahL 3:2:ssä säädettyä ”julkisyhteisön yleisestä korvausvelvollisuudesta”. Tämä jättää epäselväksi, ymmärtääkö Kalima asian niin, ettei julkisyhteisö olisi VahL:n nojalla korvauvastuussa lainkaan muutoin kuin julkista valtaa käyttäessään. Näinhän ei ole, vaan julkisyhteisö on yksityisoikeudellista toimintaa harjoittaessaan rinnastettu VahL:ssa mihin tahansa työnantajaan ja korvausvastuussa niitä koskevien säännösten mukaisesti. Ks. *HE 187/1973 vp*, s. 16. Se, ettei hankintapäätösten tekemistä pidettäisi julkisen vallan käyttönä, ei siis estäisi vahingonkorvauksen vaatimista VahL:n nojalla, mutta johtaisi kyllä ongelmiin puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen osalta.

¹³² Ks. alajakso 4.1.3.

¹³³ Ks. *HE 187/1973 vp*, s. 17, jossa on mainittu esimerkkeinä julkisen vallan käytöstä oikeudenhoito, poliisitoimi, palontorjunta, terveydenhoito, opetustoimi, teiden, vesiväylien tai satamien hoito, kunnallishallinnon piiriin kuuluva toiminta sekä julkisena tehtävänä hoidettava tarkastustoiminta.

¹³⁴ *Hakalehto-Wainio* 2008, s. 73–74.

¹³⁵ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 233–234. Ks. myös *Paaso* 1992, s. 141–143.

¹³⁶ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 234. Samansuuntaisesti *Mäenpää* 2013, s. 96–97.

¹³⁷ *Paaso* 1992, s. 143.

¹³⁸ *Hakalehto-Wainio* 2008, s. 77–78. Ks. myös *Paaso* 1992, s. 190.

Näistä määritelmistä käsin hankintapäätösten tekemistä on vaikea pitää julkisen vallan käytönä.¹³⁹ Hankintapäätöksen tehdessään hankintayksikkö valitsee hankintalainsäädännön mukaisesti parhaan tarjouksen tekijän sopijakumppanikseen niiden tahojen joukosta, jotka ovat olleet halukkaita sopimuksen tekemiseen, eikä tee näiden asemaan vaikuttavia ratkaisuja niiden suostumuksesta riippumatta. Hankintapäätösten tekemisessä ei ole myöskään kyse (vastikkeettomien) etuuksien myöntämisestä tai palvelujen tuottamisesta tarjoajille, minkä lisäksi vahingonkorvausvastuu myös puhtaista varallisuusvahingoista on toteutettu hankintalain vahingonkorvaussäännöksellä.

Korvauksen saaminen VahL:n nojalla hankintamenettelyn keskeyttämisellä aiheutetusta puhtaasta varallisuusvahingosta edellyttäisi näin ollen sitä, että siihen on VahL 5:1:ssä tarkoitettu erittäin painava syy. Pykälän valmisteluhistoria on sekava, eikä siitä yksiselitteisesti selviä, mitä erittäin painavilla syillä on tarkoitettu.¹⁴⁰ Säännöksen sanamuotoa (erittäin painavia syitä) on pidetty argumenttina korvausedellytysten laajentavaa tulkintaa vastaan.¹⁴¹ Toisaalta on esitetty, että VahL 5:1 on poikkeus VahL 2:1.1:n pääsäännöstä, jonka mukaan tahallisesti tai tuottamuksellisesti aiheutetut vahingot on korvattava. Täten VahL 5:1:n edellytyksiä pitäisi tulkita suppeasti, eli siten, että korvausvastuu toteutuu laajasti.¹⁴² Liki yksimielisiä on oltu siitä, ettei erittäin painavista syistä voida esittää kovin yleisiä sääntöjä, vaan että kriteerin sisältö täsmentyy tapausittain oikeuskäytännössä.¹⁴³

Von Herten on esittänyt, että sopimuksen valmisteluvaiheeseen kohdistuvaa tuottamusta voitaisiin pitää VahL 5:1:ssä tarkoitettuna erittäin painavina syinä.¹⁴⁴ Kirjallisuudessa huomiota on kiinnitetty myös vahingon aiheuttamiseen tahallisella¹⁴⁵ tai hyvän tavan vastaisella¹⁴⁶ menettelyllä. Hemmon mukaan tuottamus sopimusneuvotteluissa voi monesti ilmentää myös hyvän tavan vastaisena pidettävää neuvottelumenettelyä, muttei tee sitä aina.¹⁴⁷

¹³⁹ Ks. myös Halonen 2015, s. 158–164.

¹⁴⁰ VahL 5:1:n säätämisestä ks. Ylöstalo LM 1-2/1975, s. 238–242 ja Routamo LM 1/1985, s. 77–86.

¹⁴¹ Hemmo 1998, s. 206.

¹⁴² Ståhlberg 1993, s. 420.

¹⁴³ Saxén 1983, s. 77, Arti 1981, s. 199, Routamo LM 1/1985, s. 86 ja Ståhlberg 1993, s. 420–421.

¹⁴⁴ von Herten 1983, s. 276–277.

¹⁴⁵ Esim. Arti 1981, s. 198 ja Saxén 1983, s. 73: ”Om A handlar i uppsåt att tillfoga S skada bör A i regel drabbas av ersättningsplikt om skada uppkommer – även då den skada S lider är en ren förmögenhetsskada.”

¹⁴⁶ Esim. Ylöstalo LM 1-2/1975, s. 242–243, Arti 1981, s. 198–199 ja Saxén 1983, s. 73–74.

¹⁴⁷ Hemmo 2003a, s. 235.

Voidaan kuitenkin kysyä: millaista ylipäätään on neuvottelumenettely, jonka pitäisi johtaa minkäänlaiseen vastuuseen? Elinkeinotoiminnassa sallitaan toisinaan toisen varallisuusasemaa huonontava tahallinenkin menettely. Toiminta on oikeudenvastaista ja korvausvastuu realisoituu vain, jos menettely on ollut hyvän tavan vastaista.¹⁴⁸ Näin pitää olla sopimusneuvotteluissakin: itselle edullisten sopimusehtojen neuvottelua ja neuvotteluista vetäytymistä on pidettävä sallittavana, kunhan menettely on hyvän neuvottelutavan mukaista. Tämä on kuitenkin ongelmallista VahL 5:1:n kannalta. Kun neuvottelumenettely ylipäätään on korvausvastuun synnyttävää vain ollessaan hyvän tavan vastaista, ei VahL 5:1:n rajoituksille jää itsenäistä merkitystä, jos hyvän tavan vastaisuutta samalla pidetään johdonmukaisesti pykälässä tarkoitettuina erittäin painavina syinä. Selkeää linjaa ei olekaan muodostunut: hyvän tavan vastaisuutta sekä sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa on oikeuskäytännössä yleensä, mutta ei aina, pidetty erittäin painavina syinä¹⁴⁹.

Erittäin painavia syitä on katsottu olevan perusteltua tulkita tavallista lievemmin, mikäli vastuutilanne on analoginen sellaisen tilanteen kanssa, jossa puhtaat varallisuusvahingot korvataan ilman vahinkolajeihin kohdistuvia rajoituksia.¹⁵⁰ Sopimussuhteiden ja sopimusneuvottelusuhteiden välille voidaan vetää analogiaa, mikä puoltaisi sopimuksen valmisteluvaiheeseen kohdistuvan tuottamuksellisen menettelyn pitämistä erittäin painavana syynä.¹⁵¹ Näin ei kuitenkaan voida kategorisesti katsoa olevan. Tällainen tulkinta olisi ristiriidassa VahL:n kokonaisuuden kanssa sivuuttaen VahL 5:1:n rajoitukset varallisuusvahinkojen korvaamiselle käyttämällä perusteena vahingon aiheutumisyhteyttä ja venyttäen siten säännöstä haluttuun suuntaan. Samalla se loisi VahL:n sisälle vastuulajin, jonka osalta VahL 5:1:n edellytyksillä ei olisi merkitystä. Tulkintaa vastaan puhuu myös KKO:n käytäntö, jossa erittäin painavien syiden täytyminen on ollut tosiseikastosidonnaista, ei tyyppitapauskohistaista.¹⁵²

¹⁴⁸ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 93. Ks. myös *Saxén* 1983, s. 74.

¹⁴⁹ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 325–327 ja *Hemmo* 1994, s. 206.

¹⁵⁰ *Ståhlberg* 1993, s. 420–421, joka mainitsee esimerkkinä sopimussuhteet, yhtiöoikeuden ja immateriaalioikeuden. Ks. myös *Hemmo* 1994, s. 92–93, *Hemmo* 1998, s. 77–82 ja *Paaso* 1992, s. 239, joiden mukaan oikeussuhteen sopimuksenkaltaisia piirteitä voisi pitää VahL 5:1:ssä tarkoitettuna erittäin painavana syynä.

¹⁵¹ Ratkaisussa KKO 1990:26 vahinko oli aiheutettu sopimusneuvottelujen aikana. KKO totesi olleen VahL 5:1:ssä tarkoitettuja erittäin painavia syitä vahingon korvaamiseksi sen ”laatuun nähden”. Neuvottelut olivat kuitenkin johtaneet sopimukseen. Tällaisten tapauksien osalta KKO on sittemmin muuttanut kantaansa ja päätenyt soveltamaan VahL:n sijasta sopimusoikeudellisia normeja myös neuvottelujen aikana aiheutuneen vahingon korvaamiseen. Ks. KKO 1992:89, *Saarnilehto* 1999, s. 227–229 ja *Hemmo* 1998, s. 79–81.

¹⁵² *Hemmo* 1994, s. 92–94, *Hemmo* 1998, s. 71–72, 206 ja *Hemmo* 2003a, s. 235.

Hankintayksikön on sopimuksia tehdessään noudatettava myös hankintalainsäädäntöä. Hankintayksiköltä julkishallinnon toimijana edellytetään erityistä huolellisuutta ja tarkkaa (hankinta)laintuntemusta. Halosen mukaan tämä voi johtaa puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiseen VahL:n nojalla, jos hankintayksikkö ei ole riittävällä tavalla pyrkinyt varmistumaan menettelynsä lainmukaisuudesta. Merkitystä on tapauskohtaisesti sillä, onko hankintayksikkö rikkonut sen toiminnan lainmukaisuuteen kohdistuvaa luottamusta, miten vakava hankintayksikköä velvoittavan lainsäädännön rikkominen on ja onko hankintayksikön menettely ollut erityisen huolimaton.¹⁵³

Halosen tulkintaa voidaan pitää oikeana, jos vahingonkorvausta voidaan VahL:n nojalla todella saada nimenomaan hankintalain vastaisella menettelyllä aiheutetusta vahingosta. Erittäin painavien syiden olemassaolo on kuitenkin aina tapauskohtaista ja tosiseikastosidonnaista. Pelkästään sitä, että hankintayksikkö on rikkonut hankintalainsäädäntöä tai ollut ”tavallisen” huolimaton, ei siten voitane milloinkaan pitää yksinään erittäin painavana syynä.

¹⁵³ Halonen 2015, s. 166–167.

3 Hankintalainsäädännön vastainen hankintamenettelyn keskeyttäminen

3.1 Hankintalainsäädännön vastainen menettely vastuuperusteena

3.1.1 Vastuuperuste korvausvastuun lähtökohtana

Yleisimmin hankintayksikön korvausvastuuta arvioidaan hankintalainsäädännön valossa. Vahingonkorvausoikeudessa yksi korvausvastuun edellytys on vahingon korvaamiseen edellyttävä peruste, eli *vastuuperuste*.¹⁵⁴ Vaadittaessa korvausta hankintalain nojalla vastuuperusteena on hankintalainsäädännön rikkominen: hankintalain 94 §:n ja 107 §:n mukaan sekä hyvitysmaksu että vahingonkorvaus edellyttävät, että hankintayksikkö on menetellyt hankintalainsäädännön vastaisesti. Hankintamenettelyn keskeyttämistapauksissa olennaista on siis se, *milloin hankintamenettelyn keskeyttäminen on hankintalainsäädännön vastaista*.

Hankintamenettelyssä on saatettu ennen sen keskeyttämistä menetellä virheellisesti. Hankintamenettelyn lainmukainen keskeyttäminen kuitenkin korjaa aikaisemmat menettelyssä tapahtuneet virheet ja estää seuraamusten määräämisen markkinaoikeusprosessissa.¹⁵⁵ Vahingonkorvausvelvollisuuden osalta tilanne on monisyisempi. Hankintayksikkö on tällöin hankintamenettelyssä ennen sen keskeyttämistä menetellyt hankintalain vastaisesti. Tarjoajalle aiheutunut vahinko ei kuitenkaan välttämättä ole syy-yhteydessä lainvastaiseen menettelyyn.¹⁵⁶ Nämä tapaukset ovat yhtä moninaisia kuin hankintamenettelyissä tehtävät virheet, eikä korvausvelvollisuus niissä perustu siihen, ettei *menettelyn keskeyttäminen* olisi lainmukaista. En siten käsittele niitä tässä yhteydessä tarkemmin.

Vahingonkorvausoikeudenkäynnissä todistustaakka vastuuperusteen osalta on lähtökohtaisesti vahingonkärsijällä.¹⁵⁷ Näin on myös vaadittaessa vahingonkorvausta hankintalain nojalla.¹⁵⁸ Vahingonkorvausta vaativan tarjoajan vastuulla on siis osoittaa, että hankintayksikkö on hankintamenettelyn keskeyttäessään rikkonut hankintalainsäädäntöä.

Hyvitysmaksun osalta tilanne on hieman erilainen, sillä oikeudenkäyntiin markkinaoikeudessa sovelletaan hallintolainkäyttölakia. Hallintolainkäytössä ei ole todistustaakkasääntelyä, vaan asia jää hallintolainkäyttölain 33 §:n selvittämismenettelyä koskevan säännöksen

¹⁵⁴ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 71–72.

¹⁵⁵ *HE 190/2009 vp*, s. 69, KHO 8.2.2011 T 268 (LRS), MAO 192/12, MAO 569/11, MAO 568/11 ja MAO 234/11.

¹⁵⁶ Ks. alajakso 5.1.2.

¹⁵⁷ Ks. *Lappalainen* 2001, s. 337–338, joka tosin puhuu tässä tuottamusvastuusta.

¹⁵⁸ Ks. *HE 50/2006 vp*, s. 122: ”Korvauksen tuomitsemiseksi riittäisi, että tarjoaja tai ehdokas näyttää toteen hankintalain tai sen perusteella annettujen määräysten vastaisen virheellisen menettelyn ja --”.

varaan.¹⁵⁹ Pykälän mukaan valitusviranomaisen, eli markkinaoikeuden, on huolehdittava asian selvittämisestä. Tuomioistuimen aktiivinen selvitysvelvollisuus on kuitenkin lähtökohtaisesti toissijainen osapuolille kuuluvaan selvitysvelvollisuuteen nähden. Selvitysvastuun jakautumiseen vaikuttavat mm. asian laatu ja asianosaisten väliset suhteet.¹⁶⁰

Lähtökohtaisesti valittajan on esitettävä ainakin jonkinlainen vähimmäisnäyttö vaatimustensa perusteista.¹⁶¹ Hankinta-asioissa selvitysvastuuta voidaan vierittää osapuolille, sillä osapuolet ovat yleensä varsin tasavertaisia ja asiamiehen edustamia.¹⁶² Osapuolten aktiivista selvitysvelvollisuutta korostaa hankintalain 89 § (321/2010), jonka mukaan hankintayksikköä pidetään valituksen tehneen asianosaisten vastapuolena. Säännös ei kuitenkaan poista markkinaoikeudelta hallintolainkäyttölain mukaista selvitysvelvollisuutta, eikä sido sitä osapuolten esittämiin näkemyksiin hankintamenettelyn virheiden oikeudellisesta laadusta.¹⁶³ Hankintamenettelyn keskeyttämisen katsotaan kuitenkin korjaavan hankintamenettelyssä aiemmin tapahtuneet virheet, ja markkinaoikeus varsin vakiintuneesti poistaakin asian käsittelystä keskeyttämisspäätöksen jälkeen, ellei keskeyttämisspäätöksen laillisuutta kyseenalaisteta. Lähtökohtaisesti on siis myös markkinaoikeudessa valittajan asia osoittaa, että hankintamenettelyn keskeyttäminen on hankintalainsäädännön vastaista. Velvollisuus ei ole yhtä jyrkkä kuin yleisissä tuomioistuimissa.

Tarjoaja voi vaatia sekä hyvitysmaksua markkinaoikeudessa että vahingonkorvausta yleisessä tuomioistuimessa.¹⁶⁴ Hankintalain 87 §:n (321/2010) mukaisesta 14 vuorokauden valitusajasta ja markkinaoikeuden yleisiä tuomioistuimia lyhyemmästä käsittelyajasta johtuen markkinaoikeuden päätös tehdään yleensä ennen käräjäoikeuden ratkaisua. Yleinen tuomioistuin arvioi vahingonkorvauksen edellytykset itsenäisesti,¹⁶⁵ mutta markkinaoikeuden tai KHO:n päätök-

¹⁵⁹ HE 217/1995 vp, s. 58–60 ja 79.

¹⁶⁰ Mäenpää 2007, s. 374.

¹⁶¹ *ibid.*, s. 370.

¹⁶² Ks. Saarinen 2008, s. 35.

¹⁶³ HE 190/2009 vp, s. 63. Ks. myös KHO 13.10.2015 T 2914. KHO:n mukaan hankintalain ja hallintolainkäyttölain säännökset edellyttävät, että asianosaisten esittämistä vaatimuksista ja selvityksistä riippumatta markkinaoikeus huolehtii asian selvittämisestä ja oikeaan lopputulokseen päätymisestä. KHO:n mukaan markkinaoikeus saattoi täten ottaa asiassa viran puolesta tutkittavakseen muitakin menettelyn lainmukaisuuden arviointia koskevia perusteita kuin ne, joihin valittaja oli nimenomaisesti nojautunut.

¹⁶⁴ HE 50/2006 vp, s. 120.

¹⁶⁵ Ks. KKO 2015:11.

sellä hankintamenettelyn lainvastaisuudesta on vahingonkorvausoikeudenkäynnissä käytännössä suuri näyttöarvo.¹⁶⁶

3.1.2 Korvausvastuun ankaruus

Hyvitysmaksu ei ole vahingonkorvaus, vaan korvaus- ja rangaistusluoteinen seuraamus¹⁶⁷. Se rinnastuukin vahingonkorvausta paremmin muihin lainsäädännössä määriteltyihin asianosaiselle suoritettaviin rangaistusluonteisiin korvauksiin. Erityisesti verrokkina voidaan käyttää naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa (tasa-arvolaki, 609/1986) säädettyä hyvitystä, sillä sekä hankinta- että tasa-arvoasioiden sääntelyn takana on tavoite turvata toisensa kanssa kilpailevien tahojen syrjimätön kohtelu.¹⁶⁸ Hyvitysmaksun, kuten muidenkaan rangaistusluonteisten hyvitysten määrääminen,¹⁶⁹ ei ole sidottu tahallisuutta tai tuottamusta koskeviin edellytyksiin. Hyvitysmaksun määrääminen edellyttää vain sitä, että hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe ja että ilman virhettä valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.¹⁷⁰

Vahingonkorvauksen osalta on sen sijaan käyty paljonkin keskustelua siitä, onko korvausvastuun seurattava millaisesta tahansa hankintalainsäädännön rikkomisesta, vai edellyttääkö vastuu hankintayksikön tuottamusta. Hankintalain 107 §:n sanamuodossa sitä ei edellytetä. Tuottamusvastuu on kuitenkin vahingonkorvausoikeudessamme pääsääntö¹⁷¹.

Esimerkiksi vanhan arvopaperimarkkinalain (495/1989) vahingonkorvaussäännöksen sanamuoto oli vastaavanlainen, eikä lainkohdan esitöissä ei otettu selkeää kantaa tuottamuskysymykseen. Säännöksen vallitsevaksi tulkinnaksi muodostui kuitenkin tuottamusvastuu.¹⁷²

Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen esitöistä ei saada selkeää kannanottoa siihen, onko tuottamusvastuusta ollut tarkoitus poiketa.¹⁷³ Vanhan julkisista hankinnoista annetun lain

¹⁶⁶ Saارين 2008, s. 109. Hankintamenettelyn virheellisyys osoitettiin markkinaoikeusprosessissa annetulla päätöksellä ratkaisuisissa KKO 2015:11, Vaasan HO 6.3.2012 S 10/1380, Turun HO 26.10.2010 S 09/1325, KouHO 2010:8 ja Helsingin HO 11.11.2005 S 03/1208. Ratkaisussa KKO 23.8.2005 T 1921 hankintayksikkö myönsi vastuuperusteen markkinaoikeuden ratkaisun johdosta. Ratkaisussa Vaasan HO 28.5.2013 S 12/674 hovioikeus arvioi hankintamenettelyn virheellisyyttä itsenäisesti, mutta päätyi markkinaoikeuden kanssa samalle kannalle.

¹⁶⁷ HE 69/1997 vp, s. 21.

¹⁶⁸ Saارين 2008, s. 70–73, joka mainitsee muina lakeina, joissa on määrätty rangaistusluonteisista korvauksista, työsopimuslain (55/2001) ja tekijänoikeuslain (404/1961). Rinnastuksesta tasa-arvoasioihin ks. myös *Leffler* PPLR 4/2003, erit. s. 154–155 ja 158–159.

¹⁶⁹ Tasa-arvolain mukaisen hyvityksen osalta ks. Saارين 2008, s. 71 sekä HE 153/2008 vp, s. 5 ja yhdenvertaisuuslain (1325/2014) mukaisen hyvityksen osalta HE 19/2014 vp, s. 89.

¹⁷⁰ HE 190/2009 vp, s. 69 ja HE 50/2006 vp, s. 119.

¹⁷¹ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 73, 75 ja *Hemmo* 2005, s. 23.

¹⁷² Ks. *Norros* 2009, s. 26–27 ja *Wuolijoki* 2009, s. 413–414. Uudessa arvopaperimarkkinalaissa (746/2012) tuottamusedellytys kirjattiin selvyyden vuoksi lakitekstiin, ks. HE 32/2012 vp, s. 169.

(vanha hankintalaki, 505/1992) esitöiden mukaan vahingonkorvaussäännös on erityissäännös VahL:iin korvattavien vahinkojen osalta ja vahingonkorvaus määräytyy muutoin yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden mukaisesti.¹⁷⁴ Tämän voidaan nähdä viittaavan tuottamusvastuun suuntaan. Nykyisen säännöksen esitöissä näitä viittauksia ei enää ole. Kantajan on katsottu olevan velvollinen osoittamaan vain hankintayksikön virheellinen menettely, aiheutunut vahinko ja näiden välinen syy-yhteys. Pykälän on kuitenkin sisällöltään katsottu vastaavan pitkälti vanhemman lain vahingonkorvaussäännöstä.¹⁷⁵ Kirjallisuudessa tuottamusedellytyksen osalta on esitetty erilaisia näkemyksiä.¹⁷⁶

Tuottamuskysymykseen on haettava johtoa EU-oikeudesta. Valvontadirektiiveissä ei ole juuri määrätty vahingonkorvaussääntelyn yksityiskohdista,¹⁷⁷ vaan niistä säätämisen on lähtökohteisesti katsottu jäävän jäsenvaltioiden vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden rajaamaan päätösvaltaan.¹⁷⁸ Vastaavuusperiaate edellyttää, että kansalliset säännöt, jotka koskevat unionin oikeuden rikkomisesta aiheutuneen vahingon korvaamista, ovat vähintään yhtä edullisia kuin vastaanvanluonteisen jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön rikkomista koskevat säännöt. Tehokkuusperiaate puolestaan vaatii, ettei korvauksen saaminen unionin oikeuden rikkomisesta saa olla käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.¹⁷⁹ Hankintalaissa oikeussuojakeinot on säännelty yhtenevästi EU-kynnysarvot alittavien ja ylittävien hankintojen osalta, eikä vastaavuusperiaate siten aiheuta ongelmia.

Mitä tehokkuusperiaate sitten vaatii? Hankintayksiköiden korvausvastuuta voidaan ensinnäkin lähestyä EUTI:n oikeuskäytännössä kehittyneen jäsenvaltion korvausvastuun periaatteen

¹⁷³ Vrt. *Halonen* 2015, s. 113–114, 120

¹⁷⁴ *HE 154/1992 vp*, s. 13–14.

¹⁷⁵ Ks. *HE 50/2006 vp*, s. 122–123 ja *HE 190/2009 vp*, s. 78.

¹⁷⁶ Suomessa ankaraa vastuuta ovat EU-oikeuslähteiden johdosta kannattaneet esim. *Saarinen* 2008, s. 71, 110 ja *Kanninen* DL 3/2005, s. 537 ja suoraan hankintalain 107 §:n sanamuodon perusteella *Kaisto* 2009, s. 237 ja *Hemmo* 2003a, s. 243. Vrt. tuottamusvastuuta puoltavat *Virtanen* 2008 s. 812–813 ja *Kalima* 2001 s. 259–261. *Halonen* 2015, s. 119, katsoo, että vastuun edellytyksiä voidaan pitää tulkinnanvaraisina.

¹⁷⁷ Ensimmäisen valvontadirektiivin 2 artiklan 1 kohdan c alakohdan ja toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 1 kohdan d alakohdan mukaan oikeussuojakeinoihin on kuuluttava mahdollisuus määrätä vahingonkorvausta virheellisen menettelyn johdosta vahinkoa kärsineelle. Toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohdassa on lisäksi määrätty alennetusta näyttökynnyksestä vaadittaessa vahingonkorvausta tarjouksenlaadintakuluista.

¹⁷⁸ Asia C-568/08 *Spijker*, kohta 90, asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohdat 33–34, *Leffler* PPLR 4/2003, s. 153, *Treumer* PPLR 4/2006, s. 160 ja *Treumer* 2011, s. 150

¹⁷⁹ Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohta 67, asia C-568/08 *Spijker*, kohta 91 ja *Leffler* PPLR 4/2003, s. 152.

näkökulmasta, sillä hankintayksikkö on tavallisesti julkinen taho.¹⁸⁰ Yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* EUTI totesi jäsenvaltion korvausvastuun edellyttävän muun muassa sitä, että yhteisön oikeuden rikkominen on riittävän ilmeinen.¹⁸¹ Arvioinnin kannalta on keskeistä, onko jäsenvaltio ilmeisesti ja vakavasti ylittänyt sen harkintavallalle asetetut rajat.¹⁸² Vastuun edellytyksenä ei ratkaisun mukaan kuitenkaan kansallisen lainsäädännön nojalla saa olla tuottamuksellisuus, sikäli kuin se olisi rikkomisen riittävää ilmeisyyttä rajoittavampi korvausvastuun edellytys.¹⁸³

Jäsenvaltion korvausvastuun periaate johtuu suoraan perussopimuksista,¹⁸⁴ kun taas julkisissa hankinnoissa hankintayksikön korvausvastuulla on perustansa valvontadirektiiveissä. Johdettuun oikeuteen kuuluvina direktiivit voivat vain tiukentaa perussopimuksista johtuvaa jäsenvaltion korvausvastuun periaatteen mukaista vahingonkorvausvelvollisuuden ”minimitasoa”. Tuottamus ei voi olla korvausvastuun edellytys ainakaan siinä määrin kuin se asettaisi vastuulle tiukempia edellytyksiä kuin hankintalainsäädännön rikkomisen riittävän ilmeisyyden.¹⁸⁵

On huomattava, että yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* koskivat jäsenvaltion korvausvastuuta *lainsäädäntötoimilla* aiheutetusta vahingosta. Asia C-5/94 *Hedley Lomas* sen sijaan koski vahingonkorvausta hallinnollisella toimella, perussopimuksen vastaisella vientilisenssin myöntämättä jättämisellä, aiheutetusta vahingosta. Ratkaisussa sovellettiin jäsenvaltion korvausvastuun mukaista riittävän ilmeisen rikkomisen kriteeriä. EUTI kuitenkin totesi, että pelkästään yhteisön oikeuden rikkomisen voidaan katsoa olevan riittävän ilmeinen, mikäli jäsenvaltio on tilanteessa, jossa se ei joudu tekemään lainsäädäntöön liittyviä valintoja ja jossa sen harkintavalta on oleellisesti vähentynyt tai olematon.¹⁸⁶ Hankintadirektiivien sääntely on hyvin yksityiskohtaista, eikä hankintayksiköillä ole juurikaan harkintavaltaa. Mitä tahansa hankintalainsäädännön rikkomista voitaisiin näin ollen pitää riittävän ilmeisenä.¹⁸⁷

Valvontadirektiivien osalta tuottamusedellytykseen on otettu kantaa ensin asiassa C-275/03 *komissio v. Portugali*. EUTI katsoi muutoksenhaun tehokkuustavoitteen edellyttävän, ettei korvausvelvollisuus hankintalainsäädännön rikkomisesta riipu hankintayksikön tuottamuksen toteamisesta, koska tuottamusedellytys voisi estää korvauksen saamisen tai ainakin viivästy-

¹⁸⁰ *Treumer* EBOR 3/2004, s. 566–567 ja *Schebesta* EPPPL 1/2010, s. 26–28. Periaate soveltuu aina jäsenvaltion rikkoessa EU-oikeutta riippumatta siitä, mikä jäsenvaltion toimielin on jättänyt noudattamatta jäsenyyssvelvoitteita. Ks. yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohta 32.

¹⁸¹ Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohta 51.

¹⁸² *ibid.*, kohdat 55–56.

¹⁸³ *ibid.*, kohdat 79–80. Ks. KKO 2013:58, kohdat 30–31, jossa tämän vuoksi sivuutettiin VahL 3:2:n säännös.

¹⁸⁴ Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohta 31.

¹⁸⁵ *Arrowsmith* 2005, s. 1421–1422, erit. av. 86. Ks. myös *Leffler* PPLR 4/2003, s. 154–155.

¹⁸⁶ Asia C-5/95 *Hedley Lomas*, kohdat 25–28.

¹⁸⁷ *Schebesta* EPPPL 1/2010, s. 30–31.

tää sitä.¹⁸⁸ EUTI totesi Portugalin rikkoneen ensimmäisestä valvontadirektiivistä johtuvia velvoitteitaan, kun se ei ollut kumonnut kansallista säädöstä, jonka nojalla vahingonkorvaus julkisia hankintoja koskevan sääntelyn rikkomisesta edellytti näyttöä tahallisuudesta tai tuottamuksesta.¹⁸⁹ Tuomio koski jäsenyysvelvoitteiden laiminlyömistä valvontadirektiivien täytäntöönpanon osalta. Ratkaisussa ei kuitenkaan otettu kantaa siihen, millä edellytyksillä jäsenvaltio on vastuussa vahingosta, joka johtuu implementoinnissa tapahtuneesta laiminlyönnistä. Kyse oli sen sijaan siitä, mitä direktiivien asianmukainen täytäntöönpano *hankintayksikön* vastuulta edellyttää:¹⁹⁰ korvausperusteen ankaruutta, tai ainakin tuottamuksen osalta käännettyä todistustaakkaa.¹⁹¹

Ratkaisu asiassa C-314/09 *Strabag ym.* sulkee pois jälkimmäisen vaihtoehdon. EUTI piti ensimmäisen valvontadirektiivin vastaisena myös sellaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan vahingonkorvauksen saaminen hankintalainsäädännön rikkomisesta edellyttää hankintayksikön tuottamusta, vaikka tuottamusta koskeva todistustaakka olisi käännetty.¹⁹² Ratkaisu perustui pitkälti asiaa C-275/03 *komissio v. Portugali* vastaavasti muutoksenhaun tehokkuustavoitteeseen ja sen taustalla olevaan tehokkuusperiaatteeseen.¹⁹³

Muutoksenhaun tehokkuustavoite huomioiden vaikuttaakin perustellulta katsoa, että korvausvastuuta on ollut tarkoitus kiristää siitä, mitä se jäsenvaltion korvausvastuun periaatteen nojalla olisi.¹⁹⁴ Tämän lisäksi, kuten asiassa C-314/09 *Strabag ym.* todettiin, vahingonkorvaus saattaa toisinaan hankinta-asioissa olla ainoa käytettävissä oleva oikeussuojakeino. Sikäli ei

¹⁸⁸ Asia C-275/03 *komissio v. Portugali*, kohdat 28–31.

¹⁸⁹ Koko tuomio on saatavilla vain ranskaksi ja portugaliksi. Tuomiolauselman suomenkielisessä versiossa käytetään termejä ”virhe” ja ”vilppi”, mutta ranskankielisessä tuomiossa käytetty ”preuve d’une faute ou d’un dol” kääntyy meikäläiseen terminologiaan paremmin näytöksi ”tuottamuksesta” tai ”tahallisuudesta”. Ks. *ibid.*, kohta 32 ja tuomiolauselman kohta 1.

¹⁹⁰ Vrt. *Halonen* 2015, s. 117, joka vaikuttaa rinnastavan ratkaisun yhdistettyihin asioihin C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* katsoen molemmissa olevan kyse jäsenvaltion, ei hankintayksikön vastuusta.

¹⁹¹ Ks. *Arrowsmith* 2005, s. 1421, erit. av. 86, *Schebesta* EPPPL 1/2010, s. 32 ja *Schebesta* 2013, s. 231–232. Ks. myös *Treumer* PPLR 4/2006, s. 154.

¹⁹² Asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohta 45. Ks. myös *Treumer* 2011, s. 160, jonka mukaan ratkaisu myös käytännössä kieltää asettamasta hankintalainsäädännön rikkomisen riittävää ilmeisyyttä korvausvastuun kriteeriksi. Vrt. aiemmin *Arrowsmith* 2005, s. 1421–1422, jonka mukaan asian C-275/03 *komissio v. Portugali* perusteella oli epäselvää, voiko vastuu edellyttää rikkomisen riittävää ilmeisyyttä ja *Treumer* EBOR 3/2004, s. 567 sekä PPLR 4/2006, s. 165–166, joka puolsi kriteeriä.

¹⁹³ Asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohdat 39–43. En siten allekirjoita *Treumerin* kritiikkiä, jonka mukaan ratkaisu olisi yllättävä. Vrt. *Treumer* 2011, s. 160.

¹⁹⁴ Ks. *Leffler* PPLR 4/2003, s. 154–159, joka hakee analogiaa tasa-arvoasioiden säätelystä ja kannattaa ankaraa korvausvastuuta millaisella tahansa hankintalainsäädännön rikkomisella aiheutetusta vahingosta.

ole perusteltua, että se, toisin kuin muut oikeussuojakeinot, edellyttäisi hankintayksikön tuottamusta.¹⁹⁵

EUTI totesi ratkaisussaan, että ensimmäisen valvontadirektiivin ja oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltioilla oli oikeus asettaa kohtuullisia määräaikoja hankintapäätöksen poistamiseen johdettaville muutoksenhakukeinoille ja myös säätää vahingonkorvaus ainoaksi hankintasopimuksen tekemisen jälkeen käytettävissä olevaksi oikeussuojakeinoksi.¹⁹⁶ Oikeussuojadirektiivin säätämisen jälkeen vaikuttaa nykyään mahdolliselta säätää myös vahingonkorvauksen vaatimiselle tiukka määräaika,¹⁹⁷ minkä lisäksi hankintasopimuksen tekemisen jälkeen voidaan soveltaa tehottomuusseuraamusta tai sopimuskauden lyhentämistä.

Ratkaisun johtopäätös on kuitenkin edelleen validi.¹⁹⁸ Muutkaan oikeussuojakeinot eivät edelleenkään edellytä tuottamusta. Lisäksi tehottomuusseuraamus tai sopimuskauden lyhentäminen ei ole ehdoton seuraus, ja jäsenvaltioiden on myös mahdollista rajata niiden käyttö koskemaan vain velvoitteita, jotka olisi edelleen pantava täytäntöön.¹⁹⁹ Vahingonkorvaus on siis edelleen tietyissä tilanteissa ainoa mahdollinen oikeussuojakeino.

Asiassa C-314/09 *Strabag ym.* saadun ratkaisun jälkeen tuottamuskysymys vaikutti ratkaistulta kolmen kuukauden ajan, kunnes EUTI antoi tuomionsa asiassa C-568/08 *Spijker*. EUTI katsoi, että ensimmäisessä valvontadirektiivissä edellytetty mahdollisuus määrätä vahingonkorvausta hankintalainsäädännön vastaisesta menettelystä ilmentää jäsenvaltion korvausvastuun periaatetta.²⁰⁰ EUTI totesi, että vahingonkärsijällä on oikeus korvaukseen silloin, kun unionin oikeussäännön rikkominen on riittävän ilmeinen, ja painotti jäsenvaltioiden autonomiaa vahingonkorvaussäätelyssä.²⁰¹ Ratkaisussa omaksuttu perustelulinja on erilainen kuin edellä mainituissa tuomioissa, mutta siinä myös otettiin kantaa eri asiaan. Kysymys, johon EUTI vastasi, oli seuraava: ”*mikäli katsotaan, että hankintaviranomaisen on korvattava julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden rikkomisesta aiheutuva vahinko, sisältykö unionin oikeuteen arviointiperusteita, joiden avulla vahinko on todettava ja sen suuruus on määritettävä, ja jos näin on, mitä nämä arviointiperusteet ovat (kurs. tässä).*”²⁰²

Toisin kuin aiemmissa tapauksissa, EUTI:n ennakkoratkaisu ei siis nyt koskenut niinkään vastuuperusteen sisältöä vaan aiheutuneen vahingon määrittämistä.²⁰³ Näin ollen ratkaisua on

¹⁹⁵ Asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohta 39. Ks. myös *Kotsonis* PPLR 3/2011, s. NA62.

¹⁹⁶ Asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohdat 37–38.

¹⁹⁷ Ks. ensimmäisen ja toisen valvontadirektiivin 2 c artiklat ja *Kotsonis* PPLR 3/2011, s. NA63.

¹⁹⁸ Näin myös *Kotsonis* PPLR 3/2011, s. NA63.

¹⁹⁹ Ks. ensimmäisen ja toisen valvontadirektiivin 2 d ja 2 e artiklat.

²⁰⁰ Asia C-568/08 *Spijker*, kohta 87.

²⁰¹ *ibid.*, kohta 92 ja tuomiolauselmaan kohta 3.

²⁰² *ibid.*, kohta 85.

²⁰³ Vrt. kuitenkin julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohdat 81–83. Ratkaisuehdotuksessa ei kuitenkaan ole pureuduttu millään tavoin tuottamuskysymykseen ja kohdissa 100 ja 104 on myös tiedostettu ratkaisu asiassa C-275/03 *komissio v. Portugal*.

mielestäni tulkittava siten, että se on linjassa aiemman oikeuskäytännön kanssa.²⁰⁴ Jäsenvaltion korvausvastuun periaate toimii ikään kuin pohjana korvausvastuulle. Vahingonkorvausvelvollisuuden johtavan rikkomuksen vakavuuden osalta valvontadirektiivit asettavat kansalliselle lainsäädännölle kuitenkin tätä tiukempia edellytyksiä – aiheutuneen vahingon ja sen suuruuden arvioimisen osalta eivät. Vahingonkorvausvastuu ei siten voi edellyttää hankintalainsäädännön rikkomisen ilmeisyyttä eikä hankintayksikön tuottamusta.

Suomessa KKO ei ole ottanut tuottamuskysymykseen toistaiseksi kantaa, mutta asiassa C-275/03 *komissio v. Portugali* ja asiassa C-314/09 *Strabag ym.* annettujen ratkaisujen vaikutuksesta hovioikeuskäytännössä on päädytty soveltamaan ankaraa vastuuta.²⁰⁵ Korvausvastuun ankaruus on omaksuttu laajasti myös muualla.²⁰⁶ Hankintalain mukaista vahingonkorvausvastuuta onkin syytä pitää tuottamuksesta riippumattomana. Edellä olen esittänyt, että EUTI:n oikeuskäytäntö edellyttää edelleen vastuun ankaruutta. Vaikka ratkaisua asiassa C-568/08 *Spijker* tulkittaisiin toisin, ei tuottamus kansallisen lainsäädännön nojalla voine kuitenkaan olla korvausvastuun edellytys siinä määrin kuin se asettaisi vastuulle tiukempia edellytyksiä kuin hankintalainsäädännön rikkomisen riittävän ilmeisyyden. Joka tapauksessa on selvää, ettei valvontadirektiiveissä missään tapauksessa *edellytetä* tuottamusvastuuta²⁰⁷.

Yleensä tuottamusvaatimuksella ei ole käytännön merkitystä, sillä hankintayksikön lainvas- taista menettelyä voidaan pitää jo sinänsä tuottamuksellisena.²⁰⁸ Kuitenkin erityisesti tapauksissa, joissa muutoksenhakuelimet ovat ottaneet hankintayksikön menettelyn lainmukaisuuteen eriävät kannat, voisi hankintayksikkö vapautua korvausvastuusta vetoamalla puuttuvaan tuottamukseensa.²⁰⁹

²⁰⁴ Tuomio myös annettiin tavallisessa kolmen tuomarin kokoonpanossa eikä siinä viitattu lainkaan tuomioon asiassa C-275/03 *komissio v. Portugali* eikä tuottamuksesta riippumattomasta vastuuta edellyttäviin tuomion kohtiin asiassa C-314/09 *Strabag ym.* Vrt. kuitenkin *Treumer* 2011, s. 160–161. Ks. myös *Halonon* 2015, s. 118, jonka mukaan ratkaisujen perusteella ”on vaikea arvioida sitä, mitä tehokkuusperiaatteen toteutuminen muutoksenhakumenettelyssä käytännössä kansallisessa lainsäädännössä tuottamusvaatimuksen osalta edellyttää”, mutta ”on toisaalta otettava huomioon se mahdollisuus, ettei ratkaisun tarkoituksena ollut muuttaa aiempaa oikeuskäytäntöä.”

²⁰⁵ Ks. Turun HO 26.10.2010 S 09/1235, KouHO 2010:8 ja Vaasan HO 6.3.2012 S 10/1380.

²⁰⁶ Näin on tehty ainakin Ruotsissa, ks. NJA 2007 s. 349, Saksassa, ks. *Burgi* 2011, s. 25–26, Ranskassa, ks. *Gabayet* 2011, s. 8, ja Portugalissa, ks. *Eiró – Mealha* 2011, s. 48. Vrt. kuitenkin Italian osalta *Ponzio* 2011, s. 99.

²⁰⁷ Ks. oikeussuojadirektiivin johdantokappale 20.

²⁰⁸ Ks. *Halonon* 2015, s. 119, huomaa kuitenkin av. 464, *Virtanen* 2008, s. 812–813 ja *Kalima* 2001, s. 261. Yleisesti ns. normiperusteisesta tuottamusarvioinnista *Hemmo* 2005, s. 27–30 ja *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 84–86.

²⁰⁹ Ks. esim. KouHO 2010:8, jossa käräjäoikeus oli soveltanut Vahl 3:2:n mukaista tuottamusedellytystä ja perusteli hankintayksikön puuttuvaa tuottamusta osaksi sillä, että markkinaoikeus ei ollut katsonut hankintayksi-

3.2 Hankintamenettelyn keskeyttämisen vapaus

3.2.1 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertainen kohtelu

Milloin hankintamenettelyn keskeyttäminen sitten on hankintalainsäädännön vastaista? Hankintayksiköiden oikeutta hankintamenettelyn keskeyttämiseen ja hankinnan hylkäämiseen tai uuden menettelyn aloittamiseen ei ole hankintalainsäädännössä juurikaan rajattu. Hankintadirektiiveissä asiaa ei eksplisiittisesti säädellä. Klassisen hankintadirektiivin 55 artiklan 1 kohdassa todetaan, että:

”Hankintaviranomaisten on annettava kullekin ehdokkaalle ja tarjoajalle mahdollisimman pian tiedoksi päätökset, jotka koskevat puitejärjestelyn tai hankintasopimuksen tekemistä tai dynaamiseen hankintajärjestelmään hyväksymistä, mukaan lukien perustelut *mahdollisille päätöksille olla tekemättä puitejärjestelyä tai tarjouskilpailun kohteena ollutta hankintasopimusta*, aloittaa menettely uudelleen tai olla toteuttamatta dynaamista hankintajärjestelmää (kurs. tässä).”

Vastaavanlaiset säännökset ovat myös erityisalojen hankintadirektiivissä sekä julkisia käyttöoikeuksia koskevassa direktiivissä, joiden lisäksi aiemmin voimassa olleet direktiivit sisälsivät asiallisesti samansisältöiset säännökset. Niiden perusteella on EUTI:n ja EUYT:n oikeuskäytännössä toistuvasti todettu, että direktiiveissä on implisiittisesti hyväksytty hankintayksikön mahdollisuus olla tekemättä tarjouskilpailun kohteena olevaa sopimusta.²¹⁰ EU-oikeus ei aseta paljonkaan aineellisia edellytyksiä hankintamenettelyn keskeyttämiselle. EUTI päinvastoin totesi ensimmäisessä hankintamenettelyn keskeyttämistä koskeneessa ratkaisussaan asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, ettei mahdollisuus hankintamenettelyn keskeyttämiseen koske vain poikkeustilanteita eikä keskeyttäminen edellytä vakavia syitä.²¹¹

Yksityiskohtaisten säännöksiön puuttumisesta huolimatta EUTI huomautti asiassa C-92/00 *HI*, että menettelyn keskeyttämissä päätökseen on kuitenkin sovellettava EU-oikeuden perustavanlaatuisia sääntöjä. Näitä ovat erityisesti sijoittumisoikeutta ja palveluiden tarjoamisen vapautta sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltöä koskevat periaatteet.²¹² Vastaavasti hankintamenettelyn keskeyttämissä päätöstä tehtäessä on EUTI:n mukaan noudatettava myös yhden-

kön menetelleen virheellisesti. Ks. myös asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohdat 15–17 ja 41. Hankintayksikkö oli tehnyt hankintasopimuksen, kun ensimmäisen asteen muutoksenhakuviranomainen oli hylännyt muutoksenhakuvaatimuksen. Päätös kumottiin ylemmässä tuomioistuimessa. EUTI katsoi, että hankintayksikkö olisi jopa saattanut kyetä kumoamaan sitä kansallisen lainsäädännön nojalla rasittaneen tuottamusolettaman.

²¹⁰ Asia T-203/96 *Embassy Limousine*, kohta 54, asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohdat 23 ja 25, asia C-92/00 *HI*, kohdat 39–41, asia C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*, kohdat 27–30 ja asia C-440/13 *AREU*, kohdat 31–32.

²¹¹ Asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohdat 23 ja 25.

²¹² Asia C-92/00 *HI*, kohdat 42 ja 47.

vertaisen kohtelun periaatetta.²¹³ EU-oikeus ei vaikuta asettavan muita aineellisia edellytyksiä hankintamenettelyn keskeyttämiselle, mutta kansallisesti näin voidaan toki tehdä.²¹⁴

Syrjinnän kiellon vuoksi ei ole sallittua keskeyttää hankintaa esimerkiksi sen takia, ettei kotimainen tarjoaja ole voittanut.²¹⁵ Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisena taas voidaan pitää tarjouskilpailua, jonka ainoa tarkoitus on yleisen hintatason kartoittaminen myöhempää tinkimistä varten.²¹⁶ Näin epäilemättä onkin, sillä menettely syrjii tällaisessa tapauksessa tarjoajaa, joka jätti parhaan tarjouksen ja jolla olisi ollut oikeus hankintasopimuksen saamiseen.

Yhdenvertaisen kohtelun vastaista on myös hankintamenettelyn keskeyttäminen ja järjestäminen uudestaan sen vuoksi, ettei tietty ”suosikkitarjoaja” ole jättänyt parasta tarjousta ja tälle halutaan antaa uusi mahdollisuus tarjouskilpailun voittamiseen.²¹⁷ Sama pätee toisinkin päin. Ei ole yhdenvertaista keskeyttää menettelyä siitä syystä, että tietty ei-toivottu tarjoaja on jättänyt parhaan tarjouksen, ja muille tarjoajille pyritään antamaan uusi mahdollisuus tämän päihittämiseen. Yleisesti ottaen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisena voidaan pitää mitä tahansa hankintamenettelyn keskeyttämispäätöstä, joka tehdään sen vuoksi, että halutaan joko suosia tai syrjiä tiettyä tarjoajaa.

Laaja oikeus hankintamenettelyn keskeyttämiseen on omaksuttu myös hankintalaissa, johon lisättiin vuonna 2011 hankintamenettelyn keskeyttämistä koskeva 73 a §. Pykälän 1 momentin mukaan hankintamenettely voidaan keskeyttää vain todellisesta ja perustellusta syystä. Säännöksellä ei tavoiteltu muutosta vallinneeseen oikeuskäytäntöön, jossa hankintamenettelyn keskeyttämiseen on suhtauduttu suhteellisen sallivasti.²¹⁸

Säännöksen sanamuoto kuvaakin tällaista suhtautumista. Keskeyttämisen syyn ”todellisuus” ei juuri rajaa niitä syitä, joiden perusteella hankintayksikkö voi keskeyttää menettelyn. Lähinnä se sulkee pois mahdollisuuden keskeyttää hankintamenettely esittämällä fiktiivinen syy,

²¹³ *ibid.*, kohdat 45–46 ja asia C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*, kohta 36.

²¹⁴ *Arrowsmith* 2014, s. 857 ja asia C-440/13 *AREU*, kohdat 35–36.

²¹⁵ *Arrowsmith* 2014, s. 856.

²¹⁶ *ibid.* Tinkimiskiellosta yleisesti ks. *Virtanen* 2008, s. 743–749.

²¹⁷ Ks. *Brown PPLR* 3/2004, s. NA65.

²¹⁸ Ks. HE 182/2010 vp, s. 22 ja OMMML 6/2010, s. 68, jossa todetaan hankintamenettelyn keskeyttämistä koskevan oikeuskäytännön olevan vakiintunutta ja linjakasta, ja toimivan näin tukena keskeyttämisen peruseriaatteista säätämiseksi. Esitöissä onkin lähinnä referoitu aiempaa oikeuskäytäntöä.

kun keskeyttämisen todellinen motiivi on syrjinnän kiellon tai yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastainen. Tähän viittaa myös se esitöissä lausuttu, ettei keskeyttäminen ole sallittua, jos tarkoituksena on kiertää lain säännösten soveltaminen tai estää tarjoajan mahdollisuus saada oikeussuojaa.²¹⁹ Se, että syyn on oltava perusteltu, ei puolestaan tuo lisäarvoa direktiiveissä ja hankintalain 73 §:ssä (321/2010) ja 73 a §:n 2 momentissa asetettuun velvollisuuteen perustella hankintamenettelyn keskeyttämistä koskeva päätös.

3.2.2 Uuden hankintamenettelyn asema

Hankintamenettelyn keskeyttäminen voi johtaa joko hankinnan hylkäämiseen tai uuden hankintamenettelyn aloittamiseen. Hallituksen esityksessä on kuvattu mahdollisen uuden hankintamenettelyn olevan keskeytettyyn hankintamenettelyyn nähden erillinen ja uusi prosessi.²²⁰

Periaatteessa näin onkin, ja samat edellytykset koskevat hankintamenettelyn keskeyttämistä riippumatta siitä, hylkääkö hankintayksikkö hankinnan toteuttamisen kokonaan vai käynnistääkö se uuden hankintamenettelyn. Käytännössä on kuitenkin nähtävissä, että hankintamenettelyn keskeyttämispäätöksen lainvastaisuus ilmenee herkemmin silloin, kun hankintayksikkö käynnistää pian uuden hankintamenettelyn.²²¹ Vaikka menettelyn keskeyttämisen motiivi olisikin hankintalainsäädännön vastainen, se harvemmin on osoitettavissa, mikäli hankintayksikkö luopuu hankinnan toteuttamisesta.

Jos hankintamenettely aloitetaan keskeyttämisen jälkeen uudelleen, on tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun näkökulmasta keskeisessä asemassa se, etteivät ensimmäisessä tarjouskilpailussa annetut tarjoukset tulisi julkisiksi. Mikäli näin käy, on uuden menettelyn alkaessa ensimmäiseen tarjouskilpailuun osallistuneiden tarjoajien hinnoittelu sekä näiden toistensa että kokonaan ensimmäiseen kilpailuun osallistumattomien tarjoajien tiedossa. Tätä ei voida pitää tasapuolisena.

Virtanen onkin katsonut, että hankintayksiköllä olisi jonkinasteinen velvollisuus huolehtia, ettei hankintamenettely tästä syystä muodostu jotain tarjoajaa syrjiväksi.²²² Sittemmin hallituksen esityksessä on esitetty ”tulkintaohjeena”, että tarjousasiakirjat pidettäisiin salassa,

²¹⁹ HE 182/2010 vp, s. 22.

²²⁰ *ibid.*

²²¹ Ks. myös Virtanen 2008, s. 752.

²²² *ibid.*, s. 765.

kunnes hankintayksikkö on päättänyt luopua hankinnasta tai tehnyt uudessa menettelyssä ratkaisunsa.²²³ Tämä olisikin asianmukaista. Hankintamenettelyn keskeyttäminen ei kuitenkaan hankintalain mukaan edellytä tarjousten salassa pitämistä. Oikeuskäytännössä onkin katsottu, ettei pelkkä tarjousten julkisiksi tuleminen tee hankintamenettelyn keskeyttämisestä lainvastaista.²²⁴

3.3 Erilaisia syitä hankintamenettelyn keskeyttämiselle

3.3.1 Menettelyssä tapahtunut virhe

Hankintamenettelyn keskeyttäminen saattaa johtua erilaisista syistä. Ensimmäisen joukon tilanteita muodostavat ne, joissa menettely keskeytetään siinä sattuneen virheen takia. Jos alusta asti virheellinen hankintamenettely saatettaisiin loppuun asti, kumoaisi markkinaoikeus mahdollisen valituksen johdosta hankintapäätöksen ja velvoittaisi hankintayksikön uuden menettelyn aloittamiseen. Hankintamenettelyn keskeyttäminen on tällöin nopeampi keino virheen korjaamiseen. Keskeyttämisen salliminen tällaisen menettelyssä sattuneen virheen johdosta on perusteltua.

Asiassa C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy* EUTI totesikin hankintamenettelyn keskeyttämisen olevan sallittua, kun hankintayksikkö oli tarjousvertailun jälkeen havainnut tehneensä virheitä arvioinneissaan ennen tarjouskilpailua sillä tavoin, ettei tarjouspyynnön sisällön vuoksi ole mahdollista valita taloudellisesti edullisinta tarjousta.²²⁵ Menettelyn keskeyttäminen tarjouspyynnön epäselvyydestä johtuen on sallittu esimerkiksi ratkaisuisissa KHO 2004:29²²⁶ ja KHO 28.4.2015 T 1093 sekä julkaisemattoman hankintailmoituksen vuoksi ratkaisuisissa KHO 27.3.2015 T 875 ja KHO 27.3.2015 T 862.

Virheellisen tarjouspyynnön osalta menettely voidaan kuitenkin keskeyttää vain, mikäli kyseessä on objektiivisesti arvioiden todellinen virhe. Sellaista on syytä epäillä, jos kaikki tarjoukset ovat täysin toisistaan poikkeavia tai muutoin vertailukelvottomia. Jos taas vain joku tarjoajista on käsittänyt tarjouspyynnön väärin ja jättänyt vertailukelvottoman tarjouksen,

²²³ HE 182/2010 vp, s. 23.

²²⁴ Ks. MAO 317–318/14 ja MAO 608/11.

²²⁵ Asia C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*, kohta 36.

²²⁶ Ratkaisu liittyi samaan asiaan kuin edellä mainittu EUTI:n määräys asiassa C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*.

hankintaa ei voida keskeyttää. Hankinnan keskeyttäminen syrjisi vertailukelpoiset tarjoukset jättäneitä.²²⁷

Hankintaa ei voida keskeyttää myöskään pelkästään sellaisen virheen johdosta, joka on esimerkiksi korjattavissa suorittamalla uusi tarjousvertailu.²²⁸ Tällöin virheen oikaiseminen ei vaadi koko hankintamenettelyn uusimista.

Virtasen mukaan hankinnan keskeyttäminen tapauksissa, joissa hankintayksikkö on erheellisesti olettanut tehneensä virheen, ei johda keskeyttämiss päätöksen kumoamiseen, jos keskeyttäminen ei ole ollut ketään syrjivää.²²⁹

MAO 143/05 ja 144/05

Hankintayksikön mukaan se oli keskeyttänyt hankinnan katsottuaan, sittemmin virheelliseksi osoittautuneella tavalla, että hankinnan arvo olisi ylittänyt hankinta-asetuksessa asetetun kynnyksarvon. Hankintayksikkö oli ilmoittanut menettelyn keskeyttämisestä tarjoajille paljastamatta hinta- tai muita vastaavia tietoja.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli sinänsä menetellyt virheellisesti, kun se oli hankinta-asetuksen virheellisen tulkinnan perusteella keskeyttänyt hankinnan. Markkinaoikeuden mukaan asiassa ei kuitenkaan ilmennyt, että menettely olisi ollut hakijaa tai muita tarjoajia syrjivää. Markkinaoikeus hylkäsi valituksen.

Näkemyks on sinänsä perusteltu, mikäli keskeyttäminen ei todellakaan syrji ketään siihen osallistunutta tarjoajaa. Hankintayksikön erheellistäkin olettamusta virheen tekemisestä voidaan pitää hankintalain 73 a §:ssa tarkoitettuna todellisena ja perusteltuna syynä, koska syitä menettelyn keskeyttämiselle ei ole juurikaan rajattu. Kyseisessä tapauksessa hankinnan virheellinen keskeyttäminen oli kuitenkin johtanut siihen, että uudessa tarjouskilpailussa tarjouksen jätti useampi tarjoaja kuin ensimmäisessä. Ratkaisusta ei käy ilmi, oliko uudessa tarjouskilpailussa voittanut tarjoaja osallistunut ensimmäiseen kilpailuun. Etenkin jos ei ollut, voitaisiin menettelyn keskeyttämistä pitää ensimmäiseen tarjouskilpailuun osallistuneita tarjoajia kohtaan syrjivänä. Tällöinhän hankintasopimuksen sai tarjoaja, jonka ei sitä olisi virheettömässä menettelyssä kuulunut saada.

Mikäli hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe, on luonnollista, että hankintayksikkö käynnistää uuden hankintamenettelyn, jossa se pyrkii korjaamaan tekemänsä virheen. Tehty virhe

²²⁷ Virtanen 2008, s. 758–759.

²²⁸ Ks. MAO 289/13.

²²⁹ Virtanen 2008, s. 752.

on kuitenkin uudessa menettelyssä korjattava, eikä hankinnan keskeyttäminen menettelyssä tapahtuneen virheen perusteella olekaan sallittua, jos lainvastaista menettelyä jatketaan.

MAO 330/09

Markkinaoikeus totesi, että hankintayksikön olisi sinällään pitänyt keskeyttää hankintamenettely, koska se ei ollut julkaissut hankintailmoitusta. Tälle ei kuitenkaan annettu merkitystä, sillä hankintayksikkö ei hankintaa jatkaessaan ollut edelleenkään tehnyt hankintailmoitusta. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli pyrkinyt saamaan uudessa tarjouskilpailussa halvempia tarjouksia ja mahdollistanut siten kielletyn tinkimisen. Hankintayksikkö oli näin vaarantanut tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun ja menettelyt hankintalainsäädännön vastaisesti.

3.3.2 *Todellisen kilpailun puuttuminen*

Myös toinen keskeyttämistapausten ryhmä liittyy hankintalainsäädännön erityispiirteisiin. EUTI totesi ratkaisussaan asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta tehdä sopimusta ainoan tarjouskilpailuun soveltuvaksi osallistujaksi katsotun tarjoajan kanssa.²³⁰ Tämä perustuu siihen, että hankintalainsäädännön tavoitteena on kilpailun luominen.²³¹ Jo pelkkä avoimen tai rajatun menettelyn järjestäminen toki sinänsä luo kilpailua antamalla kaikille halukkaille mahdollisuuden osallistua menettelyyn.²³² Todellisen kilpailun syntyminen pyritään kuitenkin hankintalainsäädännössä takaamaan järjestämällä hankintamenettelyt siten, että hankintayksikkö voi verrata eri tarjouksia ja valita niistä edullisimman. Tarjousvertailu ei ole mahdollista, jos menettelyssä jää jäljelle vain yksi tarjous.²³³

Tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia voi olla vain yksi, koska vain yksi tarjoaja on osallistunut hankintamenettelyyn. Oikeus menettelyn keskeyttämiseen on tällöin selkeä.²³⁴ Tilanne voi olla sama myös sen vuoksi, että muut saadut tarjoukset on hylätty tarjouspyynnön vastaisina. Tällöin hankintamenettelyn keskeyttämisen lainmukaisuus riippuu siitä, onko muiden tarjousten hylkääminen ollut hankintasäännösten mukaista.²³⁵

²³⁰ Asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohdat 33–34.

²³¹ *ibid.*, kohdat 26–27.

²³² *Virtanen* 2008, s. 753.

²³³ Asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohdat 31–32.

²³⁴ KHO 28.11.2001 T 2973 (ATK) ja KHO 20.9.2007 T 2365, joissa hankintayksikkö oli tosin perustellut hankinnan keskeyttämistä ainoan saamansa tarjouksen kalleudella, sekä MAO 81/14 ja MAO 405/12.

²³⁵ *Virtanen* 2008, s. 755. Esim. ratkaisussa KHO 14.6.2013 T 2001 ja MAO 380–382/14 hankintayksikkö ja valittaja olivat yksimielisiä muiden tarjousten hylkäämisen lainmukaisuudesta. Jos näin ei ole, olisi markkinaoikeudella olevan selvitysvelvollisuuden kannalta asianmukaista, että markkinaoikeus arvioisi muiden tarjousten hylkäämisen lainmukaisuuden. Esim. ratkaisussa MAO 200/15 näin on tehty, kun taas ratkaisu MAO 386–388/14 perustui siihen, ettei valittaja ollut kiistänyt hankintayksikön väitettä toisen tarjoajan tarjouspyynnön vastaisuudesta.

Samassa hankintamenettelyssä voidaan monesti kilpailuttaa useampi eri hankinta tai hankinnan osa-alue. Mikäli hankinnan eri osa-alueita ei ole toteutettava yhdessä, voidaan hankintamenettely kilpailun puuttumisesta johtuen keskeyttää vain niiden osa-alueiden osalta, joissa tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia ei ole saatu tarpeeksi.²³⁶ Koko hankinnan keskeyttäminen on toki tällöinkin mahdollista, jos hankintayksikkö voi toisten osa-alueiden osalta esittää toisen keskeyttämiseen oikeuttavan perusteen.²³⁷

Montako tarjousta hankintayksikön pitää saada, että todellista kilpailua katsotaan syntyneen siten, ettei hankinnan keskeyttäminen ole enää sallittua? Ratkaisu MAO 518/08 viittaisi siihen, että jo kaksikin tarjouspyynnön mukaista tarjousta olisi tarpeeksi.

MAO 518/08

Hankintayksikkö oli hylännyt kaikki neljä tiettyä kohdetta koskenutta tarjousta eli käytännössä keskeyttänyt hankintamenettelyn. Hankintayksikkö oli tarjousten hylkäämisen perusteena viitannut valittajan tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuuteen. Markkinaoikeus totesi, ettei valittajan tarjous vaikuttanut muiden tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuteen. Markkinaoikeuden mukaan siinäkin tapauksessa, että hankintayksikkö olisi aidosti, joskin perusteettomasti, pitänyt valittajan tarjousta tarjouspyynnön vastaisena ja lisäksi ottanut huomioon yhden toisen tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuuden tarjouksesta puuttuneen kokonaishinnan perusteella, hankintayksiköllä ei ollut ollut aihetta ainakaan kahden muun tarjouksen hylkäämiselle.

Ratkaisussa MAO 328/15 markkinaoikeus sen sijaan salli menettelyn keskeyttämisen, kun alle 10 % saaduista 113 tarjouksesta, eli noin kymmenkunta tarjousta, oli tarjouspyynnön mukaisia. Vaikka julkisten varojen käytön tehokkuuden tavoite sinänsä puoltaa mahdollisuutta keskeyttää hankintamenettely, kun valtaosa tarjoajista ei ole jättänyt tarjouspyynnön mukaista tarjousta, on menettelyn keskeyttäminen tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun näkökulmasta kyseenalaista. Tapauksessa kilpailutus ei ehkä onnistunut täydellisesti, mutta todellista kilpailua oli syntynyt. Hankintayksikön mukaan se oli tarjouspyynnössään määritellyt tarjouksille hankinnan laatuun nähden liian yksityiskohtaiset vaatimukset. Kyse ei kuitenkaan ollut siitä, että tarjouspyyntö olisi ollut virheellinen ja tehnyt tarjousten vertailusta mahdotonta, tai ainakaan tällaisella ei argumentoitu. Tällöin on tarjoajien itsensä vika, jos he jättävät puutteellisen tarjouksen. Menettelyn keskeyttämisen voitaisiin katsoa syrjivän virheettömän tarjouksen jättäneitä tarjoajia.

Kun hankintamenettely keskeytetään todellisen kilpailun puuttumisesta johtuen, on hyvin luonnollista, että tämän jälkeen aloitetaan uusi menettely, jossa todellista kilpailua pyritään

²³⁶ Ks. MAO 386–388/14.

²³⁷ Ks. MAO 81/14.

saamaan aikaiseksi. Mielenkiintoinen kysymys on se, voidaanko jo kilpailun puuttumisen johdosta keskeytetty ja uudelleen aloitettu hankintamenettely keskeyttää vielä toisen tai useamman kerran, jos sama tarjoaja on jälleen ainoa tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen jättänyt. Periaatteellista estettä tälle ei nähdäkseni ole, mutta useampi perättäinen keskeyttäminen voinee joissain tapauksissa viitata siihen, ettei hankintayksikkö syrjivistä syistä halua tehdä hankintasopimusta juuri kyseisen tarjoajan kanssa.

3.3.3 Hinta ja tarve: julkisten varojen käytön tehokkuus v. tarjoajien luottamuksensuoja

Kolmannessa ryhmässä tapauksia keskeyttämisen syy ei liity hankintamenettelyyn, kuten menettelyssä tapahtuneen virheen tai kilpailun syntymättä jäämisen kohdalla, vaan menettelyn keskeyttäminen johtuu hankintayksiköstä riippuvista tarkoituksenmukaisuussyistä. Nämä tapaukset voidaan rinnastaa ”tavallisissa” sopimusneuvotteluissa tapahtuvaan sopimuksenteosta vetäytymiseen.

Julkisten varojen käytön tehokkuus puoltaa hankintamenettelyn keskeyttämisen sallimista myös silloin, kun kilpailua on syntynyt, mutta hankintayksikkö ei syystä tai toisesta tarvitsekaan hankinnan kohdetta tai kun saadut tarjoukset osoittautuvatkin liian kalliiksi.²³⁸ Virtasen mukaan hankintayksikön pitäisi kuitenkin yleensä jo etukäteen selvittää, millaiset vaihtoehdot täyttävät sen hankintatarpeen ja myös millainen todennäköinen hintataso on.²³⁹ Esitetty ilmentää sitä, että menettelyyn osallistuvien tarjoajien pitäisi voida luottaa siihen, että hankintayksikkö tietää mitä se on hankkimassa ja on hankinnassa jossain määrin ”tosissaan”.

Näkökanta on sinänsä puollettava, sillä menettelyn keskeyttäminen hankinnan tarpeettomuuden tai hinnan takia tapahtuu erityisesti hankintayksikön omasta intressistä. Toisaalta pitää huomioida, että liian kallis hinta tai tarpeettomaksi käynyt kohde on tavallisestikin täysin validi syy sopimusneuvotteluista vetäytymiseen. Hankintayksiköiltä ei liene syytä edellyttää tässä mielessä enempää kuin muiltakaan sopimusta valmistelevalta toimijoilta. Hankintayksikköjenkin pitää lähtökohtaisesti voida jättää hankintasopimus tekemättä, jos sopimusta ei voida tehdä sellaisilla ehdoilla, joihin hankintayksikkö on valmis sitoutumaan.

²³⁸ Virtanen 2008, s. 756–757.

²³⁹ *ibid.*

Hankintalainsäädännössä säännelty hankintamenettely alkaa vasta hankintailmoituksen julkaisemisesta tai tarjouspyynnön taikka neuvottelukutsun lähettämisestä, eikä laissa tällä hetkellä ole hankinnan suunnittelua ja valmistelua koskevia säännöksiä. Hankintamenettelyn keskeyttämisen sääntely taas turvaa lähinnä tarjoajien yhdenvertaista kohtelua, ei yksittäisen tarjoajan luottamusta sopimuksen saamiseen. Hankintalain nojalla kiellettyä pidetään ainoastaan menettelyn aloittamista ilman aikomustakaan tehdä hankintasopimusta.²⁴⁰ Keskeyttäessään menettelyn hankintayksikkö ei siis lähtökohtaisesti riko hankintalainsäädäntöä, vaikkei se olisi millään tavalla selvittänyt hankinnan tarvetta ja hintatasoa etukäteen, eikä voi tällöin myöskään joutua hankintalain nojalla korvausvastuuseen.²⁴¹ *De lege ferenda* voidaan kuitenkin huomata, että joissakin tilanteissa voisi olla perusteltua suojata tarjoajien luottamusta menettelyn loppuun saattamiseen.

Ensimmäisen joukon tapauksia muodostavat ne hankinnat, joiden toteuttaminen julkisina hankintoina on alun alkaenkin toissijainen keino niiden järjestämiseen ja hankintamenettely keskeytetään ensisijaisen keinon käytyä sittenkin mahdolliseksi.

KHO 15.12.2005 T 3357 (LRS)

Tarjouspyynnössä oli ilmoitettu, että tarjouspyyntö on voimassa vain siinä tapauksessa, ettei mikään yhtiö ilmoittaudu hoitamaan kyseessä olevaa lentoliikennereittiä kaupallisin ehdoin. Hankintayksikkö ei menetellyt virheellisesti keskeyttäessään hankintamenettelyn hankintaa tekemättä yhden tarjouskilpailuun osallistuneista lentoyhtiöistä ilmoitettua, että yhtiö alkaa lentää kyseessä olevaa reittiä kaupallisin ehdoin.

Jos jo tarjouspyyntöasiakirjoissa on ilmoitettu hankinnan toteuttamisen julkisena hankintana olevan toissijainen vaihtoehto ja tarjouspyynnön olevan voimassa vain, jos ensisijainen tapa hankinnan toteuttamiseksi ei ole mahdollinen, on myös tarjoajille menettelyn alusta asti selvää, että hankinta saattaa mainitusta syystä keskeytyä. Tällöin tarjoajat eivät tarvitse luottamuksensuojaa. Tällaisten ehtojen liittäminen tarjouspyyntöön voidaan lähtökohtaisesti edelleen pitää sallittuna, sillä hankintalaissa hankinnan keskeyttämistä ei ole juurikaan rajoitettu. Tarjouspyyntöasiakirjoihin otetuista ehdoista huolimatta hankintayksikkö ei kuitenkaan voine keskeyttää hankintaa sellaisesta syystä, joka olisi syrjivänä tai epäyhdenvertaisena hankintalainsäädännön vastainen.

²⁴⁰ HE 182/2010 vp, s. 22.

²⁴¹ Vrt. Virtanen 2008, s. 756 ja Pohjonen 2002, s. 210, jotka puoltavat hankintayksikön korvausvastuuta turhan tarjouskilpailun aiheuttamista tarpeettomista tarjousmenettelykuluista. Ks. kuitenkin Saarinen 2008, s. 134.

Tilanne on vastaavankaltainen silloin, kun palvelujen hankkiminen julkisena hankintana on toissijainen keino niiden järjestämiseen suoraan lain nojalla. Tällöinkin tarjoajien pitäisi tietää, että hankintamenettely saattaa tästä syystä keskeytyä, mikäli ensisijainen tapa palvelujen järjestämiseen käykin hankintamenettelyn aikana mahdolliseksi.

KHO 1997:124 ja KHO 15.4.1999 T 770 (ATK)

Vanhan luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain (343/1991) mukaan liikenne voitiin järjestää joko linjaliikenteenä liikenneluvan nojalla tai ostoliikenteenä, jota hankittaessa oli noudatettava julkisia hankintoja koskevaa säätelyä

KHO totesi ratkaisuisaan, ettei aloitetun hankintamenettelyn keskeyttämisestä tekemättä hankintaa ei ole ilmoittamisvelvollisuutta koskevaa säännöstä lukuunottamatta annettu säännöksiä. Liikenteen järjestäminen ostopalvelulla oli sitä koskevan tarjouksen suuruudesta riippumatta toissijaista linjaliikenneluvan nojalla asiakastulojen varassa hoidettavaan liikenteeseen nähden. KHO katsoi, että hankintayksiköt olivat voineet luopua liikenteen järjestämisestä ostopalveluna sen jälkeen, kun niiden tietoon oli tullut, että liikenteen hoitaminen oli mahdollista hoitaa linjaliikenneluvan nojalla asiakastulojen varassa.

Hankintayksikön toimintaa ratkaisussa KHO 15.4.1999 T 770 (ATK) voidaan kuitenkin moittia. Lääninhallitusten kautta suunnattavasta joukkoliikennepalvelujen valtion rahoituksesta annetussa liikenneministeriön päätöksessä (329/1995) edellytettiin, että hankintayksikkö varmistautuu *ennen* hankintaan ryhtymistä siitä, ettei uutta liikennettä saada syntymään linjaliikenneluvan nojalla asiakastulojen varassa. Näin hankintayksikkö ei ollut tehnyt. Kun hankintayksikkö laiminlyö tällaisen selkeän lakiin perustuvan hankinnan valmisteluun liittyvän velvoitteen, pitäisi menettelyyn osallistuneille tarjoajille tarjota oikeussuojaa.

Ylipäätään hankintamenettelyn keskeyttämistä voidaan pitää perusteltuna, mikäli hankinnan toteuttaminen käy tarpeettomaksi tai kannattamattomaksi.²⁴² Erityisesti hankintapäätökseen kohdistuva muutoksenhaku saattaa viivästyttää hankinnan tekemistä huomattavastikin. Hankintamenettelyn keskeyttäminen on tällöin sallittua.²⁴³ Tämä onkin perusteltua. Hankintayksiköille ei ole syytä vyöryttää velvollisuutta varautua johdonmukaisesti toteuttamaan hankinta mahdollisen muutoksenhakukierroksen jälkeenkin. Hankintamenettelyyn osallistuneet tarjoajat sitä paitsi tietävät, että hankintamenettely saattaa muutoksenhaun johdosta viivästyä ja hankinta saattaa tästä syystä käydä tarpeettomaksi ja jäädä toteuttamatta.

²⁴² Virtanen 2008, s. 758.

²⁴³ Esimerkiksi ratkaisussa KHO 14.6.2013 T 2000 hankintamenettely keskeytettiin muutoksenhaun viivästytyä sen toteuttamista yli vuodella. Keskeyttäminen saattaa kuitenkin hankinnan luonteesta riippuen olla perusteltua huomattavasti lyhyemmänkin viivästymisen johdosta. Esimerkiksi ratkaisuisissa MAO 193/04 ja MAO 194/04 hyväksyttiin hankintamenettelyn keskeyttäminen noin puoli vuotta tarjouspyyntöjen jälkeen.

Merkitystä ei kuitenkaan ole sillä, onko hankinta käynyt tarpeettomaksi tai sen tarve muuttunut muutoksenhaun vai jonkin muun syyn johdosta. Hankintayksiköllä on laaja harkintavalta päättää hankintamenettelyn keskeyttämisestä, mikäli se ei tarvitsekaan hankinnan kohdetta.²⁴⁴ Menettelyn keskeyttäminen katsottiin lainmukaiseksi esimerkiksi ratkaisussa MAO 143/15, jossa hankintayksikkö perusteli keskeyttämistä sillä, että hankinnan perusteena ollut halu osoittaa arvostusta hankittavan muotokuvamaalauksen kohteelle oli käynyt mahdottomaksi hankinnan aiheuttaman poikkeuksellisen ja ennakoimattoman julkisen keskustelun takia. Tämänkaltaisissa tapauksissa tarjoajille voisi olla aiheellista tarjota oikeussuojaa, etenkin jos menettely keskeytetään vasta hyvin myöhäisessä vaiheessa.

Jos hankintayksikkö perustelee hankintamenettelyn keskeyttämistä hankinnan tarpeen muuttumisella, on kiinnitettävä huomiota siihen, että näin on aidosti tapahtunut. Jos hankintaa koskevissa suunnitelmissa on tosiasiaa tapahtunut muutoksia, on hankintamenettelyn keskeyttäminen ja uuden menettelyn aloittaminen sallittua.²⁴⁵ Sen sijaan ratkaisussa MAO 539–540/09 ja MAO 581/08 hankintamenettelyn keskeyttäminen katsottiin lainvastaiseksi, kun hankintayksikkö jatkoi käytännössä saman hankinnan toteuttamista.

MAO 539–540/09

Hankintayksikön mukaan se oli tarvinnut hankinnan kohteena olleen selvitystyön tuloksia huhtikuussa 2009. Markkinaoikeuden määrättyä väliaikaisen täytäntöönpanokiellon hankintayksikkö oli katsonut, ettei tämä ollut enää mahdollista. Hankintayksikkö oli keskeyttänyt hankintamenettelyn ja päättänyt jatkaa selvitystyön tekemistä omin voimin, mutta todennut omat resurssinsa riittämättömäksi kokonais selvitykseen. Hankintayksikkö oli päättänyt tehdä osan selvitystyöstä omana työnään ja hankkinut osan työstä suora hankintana ensimmäisessä menettelyssä valitsemaltaan tarjoajalta. Markkinaoikeus totesi, että hankinnan viivästyminen voi sinänsä olla hyväksyttävä peruste keskeyttää hankinta.

Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että suora hankinnassa saatu tarjous oli hyvin pitkälle alkuperäistä tarjousta vastaava, supistettuja osuuksia lukuun ottamatta käytännössä identtinen. Uuden tarjouksen sisällöllinen kuvaus työmäärältään supistetuiksi ilmoitetuista osuuksista vastasi aikaisemman tarjouksen mukaista sisältöä. Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikön tarve hankinnan kohteelle ei siten ollut poistunut, kun hankintayksikkö oli hankkinut hyvin pitkälle alkuperäisen hankintamenettelyn kohteena ollutta palvelua vastaavan palvelun alkuperäisen hankintamenettelyn voittaneelta tarjoajalta suora hankintana.

MAO 518/08

Hankintayksikkö oli perustellut menettelyn keskeyttämistä ja neuvottelumenettelyyn siirtymistä sillä, että erään koulun lakkauttamisen johdosta sen olisi tarvinnut määritellä koululaiskulkutusten reitit uudelleen alkuperäisessä tarjouspyynnössä esitetystä poikkeavalla tavalla. Markkinaoikeus piti tätä sinänsä sellaisena synä, jonka johdosta hankintayksikkö voi keskeyttää hankinnan ja päättää sen kilpailuttamisesta muutetuilla ehdoilla uudelleen.

²⁴⁴ Vrt. *Virtanen* 2008, s. 758, jonka mukaan hankintayksiköllä pitäisi olla “objektiivinen peruste hankinnan keskeyttämiselle”.

²⁴⁵ Ks. esim. KHO 27.3.2015 T 861.

Markkinaoikeus kuitenkin katsoi, etteivät olosuhteet vielä hankinnan keskeyttämisestä päätettäessä olleet muuttuneet siten, että hankintayksikön olisi ollut välttämätöntä kilpailuttaa hankintaa muutetuin ehdoin. Tarjouspyyntöasiakirjoihin kuuluneen sopimuslomakkeen ehtojen mukaan hankintayksiköllä olisi myös ollut mahdollisuus olosuhteiden muutoksen takia myöhemmin purkaa syntynyt hankintasopimus, mihin nähden oli markkinaoikeuden mukaan kyseenalaista, oliko hankintayksiköllä tarvetta varautua olosuhdemuutokseen hankintamenettely keskeyttämällä. Hankintayksikkö ei muutoinkaan ollut keskeytettyään hankintamenettelyn ja siirryttyään neuvottelumenettelyyn muuttanut hankittavan kohteen ehtoja siitä, miten ne oli ilmoitettu jo ensimmäisen tarjouskilpailun tarjouspyynnössä.

Hankintamenettely voidaan keskeyttää myös hankintayksikön muuttuneen rahoitustilanteen²⁴⁶ tai ylipäättään saatujen tarjousten liian korkean hintatason takia.²⁴⁷ Hintataso oikeuttaa keskeyttämiseen ainakin silloin, kun hankintayksikkö voi esittää budjetin, jonka mukaisesti hankintaan varatut määrärahat eivät riitä saatujen tarjousten hintatasolle.²⁴⁸ Mikäli hankintaa tai sen osaa ei toteuteta ollenkaan, ei hankinnan keskeyttäminen hintatason takia muutoinkaan yleensä aiheuta ongelmia.²⁴⁹

Jos taas keskeyttämisen jälkeen aloitetaan uusi hankintamenettely, on kiinnitettävä huomiota siihen, ettei uudelleen aloitetussa hankintamenettelyssä ole kyse kielletystä tinkimisestä. Periaatteessa ei ole kiellettyä keskeyttää hankintaa korkean hinnan takia ja kilpailuttaa sitä uudelleen esimerkiksi suhdanteiden muututtua.²⁵⁰ Uusi, samansisältöinen kilpailutus lyhyen ajan sisään on kuitenkin herkästi kiellettyä tinkimistä.

MAO 330/09

Hankintayksikkö oli pyytänyt uusia tarjouksia kaksi päivää keskeyttämisspäätöksen ja alle kaksi kuukautta alkuperäisen tarjouspyynnön julkaisemisen jälkeen. Markkinaoikeudessa hankintayksikkö perusteli keskeyttämistä urakka-ajan siirtämisellä korkeasuhdanteen aiheuttaman urakkahintojen nousun johdosta. Markkinaoikeus kuitenkin katsoi, että hankintayksikkö oli pyrkinyt menettelyllään siihen, että tarjoajat antaisivat uudessa tarjouskilpailussa halvempia tarjouksia. Hankintayksikön menettely oli ollut lainvastaista mahdollistaessaan tarjousten tinkimisen ja vaarantaessaan siten tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Oma kysymyksensä on se, voidaanko hankintamenettelyä keskeyttää ja hankinnasta luopua hankinnan kalleuden tai tarpeen muuttumisen perusteella, jos hankinta kuitenkin toteutetaan omana työnä. Hankintalain 2.3 §:n mukaan tarjouskilpailuun osallistuvaa hankintayksikön

²⁴⁶ HE 182/2010 vp, s. 22.

²⁴⁷ Ks. esim. KHO 28.11.2001 T 2973 (ATK) ja KHO 20.9.2007 T 2365, joissa hankintamenettelyn keskeyttäminen olisi tosin ollut sallittua jo silläkin perusteella, että tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia oli vain yksi.

²⁴⁸ Virtanen 2008, s. 752. Ks. esim. KHO 28.9.2006 T 2514, MAO 335/15 ja MAO 81/14.

²⁴⁹ Virtanen 2008, s. 757. Tätä on painotettu ratkaisussa KHO 28.9.2006 T 2514, jossa KHO totesi, että "[t]arjouskilpailun keskeyttämistä koskevan ilmoituksen paikkansa pitävyys osoittaa myös se, että hankintayksikkö on sittemmin luopunut hankinnan toteuttamisesta ostopalveluna eikä ketään muutakaan tarjoajaa ole valittu kyseisten koulutuspalvelujen toimittajaksi."

²⁵⁰ Virtanen 2008, s. 757.

omistamaa yhteisöä tai laitosta tai toista hankintayksikköä on kohdeltava yhdenvertaisesti muiden tarjoajien kanssa. Esitöiden mukaan tällaisen oman yksikön tekemä tarjous ei oikeuta hankintayksikköä keskeyttämään menettelyä toteuttaakseen hankinnan sittenkin omana työnään.²⁵¹ Hankintamenettely voidaan toki keskeyttää esimerkiksi korkeasta hinnasta tai tarpeen muuttumisesta johtuen, jos hankinnan toteuttamisesta aidosti luovutaan. Jos taas hankinta toteutetaan omana työnä, ei menettelyn keskeyttäminen hankinnan kalleuden²⁵² tai tarpeettomuuden vuoksi ole sallittua.

Hankintalain 2.3 § ei suoraan sovellu, jos hankintayksikön oma yksikkö ei ole osallistunut tarjouskilpailuun. Esitöiden mukaan omien yksiköiden asemaa koskevan arvioinnin pitäisi olla osa tarjouskilpailua edeltävää hankintayksiköiden toimintojen suunnittelua.²⁵³ Virtanen on tämän johdosta katsonut, että hankintamenettelyn keskeyttäminen olisi lainvastaista myös silloin, jos hankinta toteutetaan sen jälkeen omana työnä, vaikka oma yksikkö ei ole osallistunut tarjouskilpailuun.²⁵⁴ Jälleen voidaan kuitenkin todeta, että hankintalainsäädännössä ei säädellä hankintamenettelyn suunnittelua ja valmistelua. Oikeuskäytännössä ei vakiintuneesti annetakaan painoarvoa väitteille, joiden mukaan hankintamenettelyn keskeyttäminen olisi laitonta, jos hankinta kuitenkin toteutetaan omana työnä.²⁵⁵

3.4 Milloin keskeyttämisspätös voidaan tehdä?

3.4.1 Hankintamenettelyn aikana, ei enää hankintasopimuksen tekemisen jälkeen

Hankintalainsäädännössä ei ole säännöksiä siitä, milloin hankintamenettelyn keskeyttämistä koskeva päätös on viimeistään tehtävä. Menettelyn keskeyttämistä koskeva ratkaisu on hankintalain 73.1 §:ssä tarkoitettu tarjousmenettelyn ratkaisu,²⁵⁶ josta hankintayksikön on tehtävä kirjallinen päätös. Selvää siis on, että päätös menettelyn keskeyttämisestä voidaan tehdä menettelyn aikana. Virtasen mukaan menettely on syrjimistä koskevien väitteiden välttämiseksi yleensä keskeytettävä ennen tarjousvertailua.²⁵⁷ Edellytys hankintamenettelyn keskeyt-

²⁵¹ HE 50/2006 vp, s. 48–49.

²⁵² Virtanen 2008, s. 760.

²⁵³ HE 50/2006 vp, s. 49.

²⁵⁴ Vrt. Virtanen 2008, s. 760–761.

²⁵⁵ Ks. esim. MAO 68/14 ja MAO 791/14.

²⁵⁶ Vrt. Virtanen 2008, s. 751, jonka mukaan keskeyttämisspätös on 73.1 §:ssä tarkoitettu “toimittajien ja tarjoajien asemaan vaikuttava päätös”. Keskeyttämisspätös kuitenkin tarkoittaa menettelyn päättämistä hankintaa tekemättä, ja mahdollinen uusi hankintamenettely on erillinen ja uusi prosessi. Ks. HE 182/2010 vp, s. 22. Käytännön merkitystä erottelulla ei tässä kohdin ole.

²⁵⁷ Virtanen 2008, s. 749.

tämiselle tämä ei ole, mutta on mahdollista, että ensimmäiseksi sijoittunut tarjoaja valittaa päätöksestä herkemmin, jos keskeyttämisspätöksessä mainitaan tehdyn tarjousvertailun lopputulos. Menettelyn keskeyttämistä tarjousvertailun jälkeen ei kuitenkaan voida sinällään pitää indisiona keskeyttämisen syrjivyydestä, etenkin jos on osoitettavissa, että hankintayksikkö on vasta vertailun jälkeen huomannut syyn menettelyn keskeyttämiseen.

Yhtä selkeää on, ettei menettelyä voida tehokkaasti keskeyttää enää, kun hankintasopimus on jo tehty. Syntyneen hankintasopimuksen osapuolten välisiä suhteita säätelevät yleiset sopimusoikeudelliset säännöt, eivät hankintalain normit. Hankintayksikkö ei siten voi purkaa tehtyä hankintasopimusta hankintamenettelyn keskeyttämiseen vedoten. Hankintaoikaisun osalta on hankintalain 80.2 §:ssä (321/2010) vielä yksiselitteisesti todettu, ettei hankintayksikkö voi korjata tehtyä päätöstä, jos hankintasopimus on jo tehty.²⁵⁸

Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän ehdotuksessa hankintaoikaisun soveltamisalaa laajennetaan myös tilanteisiin, joissa hankintasopimus on jo tehty. Hankintayksikkö ei kuitenkaan jatkossakaan voi yksipuolisesti irtautua tehdystä hankintasopimuksesta, vaan hankintaoikaisu on mahdollinen sopijapuolten irtautuessa hankintasopimuksesta sen ehtojen mukaisesti.²⁵⁹

3.4.2 *Hankintapäätöksen jälkeen vain hankintaoikaisuna?*

Mielenkiinto kohdistuukin näiden kahden tilanteen välimaastoon eli tilanteeseen, jossa tarjouskilpailun voittaja on jo valittu hankintapäätöksellä, mutta hänen kanssaan ei ole vielä tehty hankintasopimusta. Voiko hankintayksikkö tällöin päättää keskeyttää menettelyn? EUTI on toistuvasti todennut, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta tehdä hankintasopimusta hankintamenettelyn päätteeksi.²⁶⁰ Lähtökohtaisesti tapauksissa on kuitenkin ollut kyse hankintamenettelyn keskeyttämisestä ennen tarjoajan valintaa koskevan hankintapäätöksen tekemistä.²⁶¹ Ainoastaan asiassa C-440/13 *AREU* hankintayksikkö oli alustavasti valinnut sopimuskumppaninsa. Tapauksessa Italian kansallinen lainsäädäntö kuitenkin mahdollisti hankin-

²⁵⁸ Rajausta on perusteltu sillä, että hankintasopimukseen kohdistuvien oikeussuojakeinojen eli hankintasopimuksen tehottomuuden ja sopimuskauden lyhentämisen osalta toimivalta kuuluu markkinaoikeudelle, ks. *HE 190/2009 vp*, s. 55. Näin pitääkin olla. Toimivalta puuttua sopimuskumppaneiden suhteisiin hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen vuoksi pitää olla riippumattomalla tuomioistuimella, ei yksipuolisesti toisella sopimusosapuolella.

²⁵⁹ *TEM 37/2015*, s. 245–256.

²⁶⁰ Asia C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohta 34, asia C-92/00 *HI*, kohta 41, asia C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*, kohta 30 ja asia C-440/13 *AREU*, kohta 32.

²⁶¹ Ks. myös julkisasiamies Saggion ratkaisuehdotus asiassa C-27/98 *Fracasso ja Leitschutz*, kohta 12: ”-- niin kauan kuin sopimuksen tekemistä koskevaa lopullista päätöstä ei ole tehty, hankintaviranomainen on pääasiallisesti vapaa olemaan tekemättä sopimusta --”.

tapäätöksen peruuttamisen yleisen edun tai tosiasiallisen tilanteen muuttumisen johdosta.²⁶² EUTI:n mukaan unionin oikeus ei ollut esteenä tällaiselle lainsäädännölle.²⁶³

Suomessa hankintayksikkö voi hankintalain 80 §:n mukaan hankintaoikaisuna poistaa virheellisen päätöksensä ja ratkaista asian uudelleen asianosaisen suostumuksesta riippumatta. Hankintalain 81 §:n (321/2010) 1–2 momenttien nojalla hankintayksikkö voi ottaa hankintaoikaisuasian käsiteltäväkseen myös omasta aloitteestaan 60 päivän kuluessa hankintapäätöksen tekemisestä, eli vielä muutoksenhaun määräajan umpeuduttuakin. Pykälän 3 momentin mukaan hankintaoikaisu voikin koskea sekä päätöstä, johon on haettu muutosta markkinaoikeudelta, että päätöstä, joka on tullut lainvoimaiseksi, koska asiaa ei ole saatettu markkinaoikeuteen.

Hallituksen esityksessä on kuvattu, että hankintaoikaisun yhteydessä saatetaan havaita tarjouspyynnön lainvastaisuutta tarkoittava virhe, joka voi johtaa myös menettelyn keskeyttämiseen.²⁶⁴ Menettelyn keskeyttäminen hankintaoikaisun seurauksena on siten sallittua, jos hankintaoikaisuavaiheessa havaitaan, että menettelyssä on tehty tarjouspyyntöön tai hankintailmoitukseen liittyvä virhe, jonka johdosta koko hankintamenettely olisi uusittava.²⁶⁵ Hankintaoikaisu tarkoittaa aikaisemman hankintapäätöksen poistamista ja uuden tekemistä. Näin ollen hankintamenettely voidaan hankintaoikaisun yhteydessä keskeyttää myös muusta hankintalain 73 a §:n nojalla sallitusta syystä, jos hankintamenettelyssä on ollut virhe, jonka johdosta aiempi hankintapäätös poistetaan. Esimerkiksi ratkaisussa MAO 239/13 hankintayksikkö poisti virheellisen päätöksensä ja keskeytti menettelyn, kun hankintaoikaisun yhteydessä jäljelle jäi vain yksi tarjouspyynnön mukainen tarjous, ja ratkaisussa MAO 618/14, kun se ei enää tarvinnutkaan hankinnan kohdetta.

Hankintaoikaisun tekeminen edellyttää hankintalain 80 §:n nojalla kuitenkin aina sitä, että poistettava päätös perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Hankintapäätöksen poistamisen hankintaoikaisuna on siten mahdollista vain laillisuusperusteella, ei tarkoi-

²⁶² Asia C-440/13 *AREU*, kohta 12.

²⁶³ *ibid.*, kohta 35.

²⁶⁴ *HE 190/2009 vp*, s. 55.

²⁶⁵ Ks. esim. KHO 28.4.2015 T 1093, KHO 27.3.2015 T 862 ja MAO 349/15.

tuksenmukaisuusperusteella.²⁶⁶ Hankintalaissa ei ole säädetty muusta keinosta, jolla hankintayksikkö voisi puuttua aikaisempaan päätökseensä. Täten hankintayksikkö ei voi muuttaa aikaisempaa päätöstään, ellei päätös ole lainvastainen.

MAO 365–368/14

Hankintayksikkö oli 26.8.2013 tekemällään päätöksellä kumonnut 10. ja 11.12.2012 tehdyt hankintapäätökset ja valinnut toisen tarjoajan toimittajaksi. Markkinaoikeus totesi ensin, että hankintayksikön mahdollisuus itse poistaa päätöksensä tai peruuttaa muu vastaava toimenpide sekä ratkaista päättämänsä asia uudelleen määräytyy hankinta-asioissa lähtökohtaisesti hankintalain hankintaoikaisua koskevien säännösten perusteella.

Hankintaoikaisun tekeminen ei ollut mahdollista, sillä hankintayksikkö oli ottanut hankintapäätökset omasta aloitteestaan tarkasteltavakseen selvästi myöhemmin kuin 60 päivän kuluessa niiden tekemisestä, eivätkä hankintayksikön kumoamat päätökset olleet perustuneet lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

Markkinaoikeus tarkasteli vielä hallintolain (434/2003) 50 §:n (581/2010) säännöksiä virheelisen päätöksen poistamisesta ja asian ratkaisemisesta uudelleen, mutta katsoi, etteivät nämäkään säännökset mahdollistaneet hankintapäätösten korjaamista tapauksen olosuhteissa.

Hankintalain mukaan hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta keskeyttää hankintamenettelyä, vaikka tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia olisi ollut vain yksi, tai vaikka hankinnan tarve olisi muuttunut tai tarjousten hintataso ollut liian korkea. Hankintayksikkö voi tällaisessa tapauksessa tehdä päätöksen hankinnasta tietyltä tarjoajalta, eikä kyseessä ole lainvastainen päätös, joka voitaisiin korjata hankintaoikaisuna.²⁶⁷ Aikaisempaan hankintapäätökseen puuttuminen ja menettelyn keskeyttäminen johtuu pikemminkin tarkoituksenmukaisuussyistä, mitä ei lainsäädännössämme ole sallittu.

Käytännössä menettelyn keskeyttäminen aiemman hankintapäätöksen jälkeen kuitenkin sallitaan. Esimerkiksi ratkaisussa MAO 15–16/13 hankintayksikkö keskeytti hankintamenettelyn 7 kuukautta alkuperäisen hankintapäätöksen jälkeen asian ollessa vireillä markkinaoikeudessa, koska urkuja koskeva hankinta, joka olisi tullut toteuttaa samanaikaisesti kirkon sisäremontin kanssa, oli viivästynyt valituksen vuoksi, eikä sitä siten voitu toteuttaa. Käytännön näkökohdat puoltavatkin sallivaa suhtautumista menettelyn keskeyttämiseen niissä tapauksissa, joissa hankinta käy muutoksenhakuprosessin keston johdosta tarpeettomaksi. Tällöinhän hankintayksikkö ei ole tehnyt mitään väärää, vaan hankinta on siitä johtumattomasta syystä käynyt

²⁶⁶ Ks. *Mäkinen* 2010, s. 5. Myös lainkohdan esitöissä on korostettu, että ”[e]dellytyksenä hankintaoikaisun käytölle olisi *kaikissa* tapauksissa se, että hankintayksikön päätös tai toimenpide perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen” (kurs. tässä). Ks. *HE 190/2009 vp*, s. 54.

²⁶⁷ Päätöksen korjaaminen ei tällöin liene mahdollista myöskään hallintolain nojalla, sillä hallintolain 50.2 §:n mukaan päätöksen korjaaminen asianosaisen vahingoksi edellyttää, että asianosainen suostuu tähän.

tarpeettomaksi valitusprosessin kestäessä. Vaikka hankintapäätöksistä valitetaankin verrattain usein, olisi epärealistista edellyttää hankintayksiköiltä sitä, että ne johdonmukaisesti varautuisivat siihen, että hankinta välttämättä pitää toteuttaa mahdollisesti vuosia kestävä valitusprosessin jälkeen.

Hankintamenettelyn keskeyttämisen salliminen muuten hankinnassa tapahtuneista suunnitelmanmuutoksista tms. syistä johtuen on sen sijaan problemaattisempaa. Käytännössä näin kuitenkin tehdään, eikä kiinnitetä huomiota siihen, että hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksiköllä pitäisi olla hankintaoikaisun tekemiseen oikeuttava syy.

KHO 27.3.2015 T 861

Hankintayksikkö oli hankintapäätöksellä valinnut palvelun toimittajan. Vain kuukautta myöhemmin asian olleissa vireillä markkinaoikeudessa hankintayksikkö keskeytti hankintamenettelyn hankintaa koskevista suunnitelmissa tapahtuneista muutoksista johtuen.

Markkinaoikeus katsoi keskeyttämisen perustuneen todellisiin ja perusteltuihin syihin. KHO hyväksyi markkinaoikeuden lopputuloksen todeten, että “[h]ankintamenettelyn keskeyttämisen lainmukaisuuden arvioinnin kannalta ei käsillä olevassa asiassa ole oikeudellista merkitystä sillä, että keskeyttämisen perusteena olevat seikat olisivat saattaneet olla hankintayksikön havaittavissa jo ennen keskeyttämispäätöksen tekemistä.”

MAO 143/15

Hankintayksikön katsottiin menetelleen lainmukaisesti, kun se oli kuukausi hankintapäätöksen jälkeen päättänyt perua tekemänsä päätöksen, keskeyttää hankinnan ja purkaa maalausta koskevan suullisen hankintasopimuksen, koska hankinnan perusteena ollut halu osoittaa arvostusta muutokuvan kohteelle oli käynyt mahdottomaksi.

Ratkaisuissa on arvioitu vain sitä, onko hankintamenettelyn keskeyttämiseen todellinen ja perusteltu syy. Niissä ei ole sen sijaan viitattu hankintaoikaisuun eikä muutoinkaan kiinnitetty lainkaan huomiota siihen, että hankintayksikkö voi puuttua aikaisempaan päätökseensä vain hankintaoikaisuna. Ratkaisut ovat siten ristiriidassa ratkaisun MAO 365–368/14 kanssa ja jättävät avoimeksi, mihin hankintayksikön oikeus poistaa aiempi hankintapäätöksensä perustuu. Tällaisen tulkinnan omaksuminen ilman lain tukea on hyvin ongelmallista voittaneen tarjoajan luottamuksensuojan kannalta, sillä tarjoajan valitseminen hankintapäätöksellä on selkeä indisio sopimuksetekotahdosta, vaikkei sitova hankintasopimus vielä hankintapäätöksen tekemisellä synnykään²⁶⁸.

²⁶⁸ Ks. edellä alajakso 2.3.4. Ks. myös *Ukkola* 2013, s. 14 ja OikN Rauloksen eriävä mielipide ratkaisussa KKO 2011:54: ”Kun Destia Oy:n tarjouksen on todettu olleen sanotussa lainkohdassa tarkoitettu [kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin] tarjous ja siitä on yhtiölle ilmoitettu, Tiehallinnolle on syntynyt julkisista hankinnoista annettuun lakiin perustunut velvollisuus solmia urakkasopimus Destia Oy:n kanssa ja sanotulle yhtiölle puolestaan oikeus vaatia, että sopimus tehdään juuri sen kanssa.”

Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä ehdottaa hankintaoikaisun käsittelyalaa laajennettavaksi lainsoveltamisvirheiden lisäksi tilanteisiin, joissa hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ”asiaan on tullut sellaista uutta tietoa, joka voi vaikuttaa päätökseen, ratkaisuun tai hankintasopimuksen tekemisen edellytyksiin”. Valmisteluryhmä viittaa erityisesti tilanteisiin, joissa voittanut tarjoaja ei olekaan soveltuva tai kykene toteuttamaan hankintaa tai sopimusneuvottelut voittaneen tarjoajan ja hankintayksikön välillä kariutuvat.²⁶⁹

Vaikka esitetyissä tilanteissa tarve hankintaoikaisulle onkin perusteltu, antaa ehdotettu sanamuoto ”uutta tietoa, joka voi vaikuttaa -- hankintasopimuksen tekemisen edellytyksiin” kuitenkin hankintayksikölle melko vapaat kädet hankintaoikaisuun ja menettelyn keskeyttämiseen myös silloin, kun se ei hankintapäätöksen jälkeen sittenkään enää halua tehdä hankintasopimusta. Nykyiseen oikeuskäytäntöön verrattuna tilanne ei toki sinänsä muutu, mutta sitä voidaan pitää edellä kuvatulla tavalla voittaneen tarjoajan luottamuksensuojan kannalta hyvin ongelmallisena.

3.4.3 Markkinaoikeuden ratkaisun jälkeen

Markkinaoikeus hylkää valituksen, jos hankintayksikkö ei ole menetellyt virheellisesti. Markkinaoikeuden päätöksen jäädessä lopulliseksi tai KHO:n pysyttäessä hankintayksikön päätöksen on olemassa sellainen tuomioistuinratkaisun kautta lainvoiman saanut hankintayksikön päätös hankintamenettelyn ratkaisusta, johon hankintaoikaisu ei voi kohdistua (hankintalain 81.3 § 2 virke *e contrario*).²⁷⁰ Hankintaoikaisun tekeminen ei ole myöskään mahdollista, vaikka markkinaoikeuden ratkaisusta valitettaisiin KHO:een. Hankintalain 81.3 §:n mukaan muutoksenhaku markkinaoikeuteen ei estä hankintaoikaisun tekemistä, mutta muutoksenhaku KHO:een estänee.²⁷¹ Tätä tulkintaa puoltaa hankintalain 106.1 § (1532/2011), jonka mukaan markkinaoikeuden päätöstä on muutoksenhausta huolimatta noudatettava, ellei KHO toisin määrää.

Olisikin erikoista, että hankintayksikkö voisi vielä markkinaoikeuden päätöksen jälkeen omin päin katsoa hankintamenettelyssä tehdyn hankintaoikaisuun oikeuttavia virheitä, mikäli markkinaoikeus ei virheitä ole todennut. Tällöinkään hankintayksiköllä ei ole hankintalain mukaan mahdollisuuksia puuttua tehtyyn hankintapäätökseen. Sallivaa suhtautumista menettelyn keskeyttämiseen voidaan jälleen puoltaa, mikäli hankinta käy muutoksenhakuprosessin keston johdosta tarpeettomaksi.

²⁶⁹ TEM 37/2015, s. 245 ja 366.

²⁷⁰ Ks. HE 190/2009 vp, s. 56.

²⁷¹ Tulkintaa ei tosin voi johtaa suoraan momentin sanamuodosta, sillä hankintalaissa on surkealla tavalla mainittu monessa kohdoin vain markkinaoikeus, vaikka olisi tarkoitettu myös KHO:tta. Esimerkiksi hankintalain 94 §:ssä puhutaan vain markkinaoikeuden määrättävissä olevista seuraamuksista.

Jos sen sijaan alkuperäisessä hankintapäätöksessä on menetelty lainvastaisesti, markkinaoikeus puuttuu virheelliseen hankintamenettelyyn ensisijaisesti hankintalain 94.1 §:n 1–3 kohdan ns. reaalikeynoja käyttämällä, eli kumoaa hankintapäätöksen, kieltää virheellisen menettelyn tai velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä.²⁷² Reaalikeynoja sovelletaan usein kaikkia yhdessä.²⁷³ Mikäli markkinaoikeuden päätös hankintapäätöksen kumoamisesta tulee lainvoimaiseksi, tai KHO antaa tällaisen ratkaisun, ei ole olemassa hankintalain 73.1 §:ssä tarkoitettua päätöstä tarjouskilpailun ratkaisusta, jonka hankintayksikkö voisi laittaa täytäntöön. Tällöin hankintayksikön on tehtävä uusi päätös, joka voi hankintalain 73 a §:n rajoissa olla myös päätös menettelyn keskeyttämisestä. Hankintamenettely saatetaan keskeyttää esimerkiksi muutoksenhaun viivästytettyä hankinnan toteuttamista,²⁷⁴ tai jos kaikki jäljelle jääneet tarjoukset ovat tarjouspyynnön vastaisia²⁷⁵ tai liian kalliita.

Käytännössä markkinaoikeus reaalikeynoja soveltaessaan palauttaa hankintamenettelyn siihen vaiheeseen, jossa menettelyssä sattuneet virheet voidaan korjata. Jos virhe on tapahtunut jo hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä, koko hankintamenettely voidaan joutua uusiaan.²⁷⁶ Markkinaoikeuden antaessa tällaisen ratkaisun on tilanne mielenkiintoinen, mikäli ratkaisusta valitetaan. Hankintalain 106.1 §:n mukaan markkinaoikeuden ratkaisua on muutoksenhausta huolimatta noudatettava, joten hankintayksikkö ei voi tällaisessa tilanteessa jatkaa hankintaa aloittamatta uutta hankintamenettelyä. Toisaalta muutoksenhakuelin ei voi velvoittaa hankintayksikköä hankinnan toteuttamiseen,²⁷⁷ joten menettelyn keskeyttäminen ja uuden aloittaminen riippuu hankintayksiköstä. Menettelyn keskeyttäminen tässä vaiheessa ei aiheuta ongelmia, mikäli KHO yhtyy markkinaoikeuden kantaan. Jos sen sijaan KHO toteaa, ettei alkuperäisessä hankintapäätöksessä ollutkaan virheitä, voi menettelyn keskeyttäminen johtaa siihen, ettei hankintasopimusta saakaan se tarjoaja, jolle se olisi kuulunut.

Ratkaisussa KKO 2011:54²⁷⁸ menettelyn keskeyttämisen markkinaoikeuden päätöksen jälkeen katsottiin olevan lainmukaista, vaikka asia oli vireillä KHO:ssa. KHO kumosi markkinaoikeuden päätöksen ja Tieliikelaitoksen olisi siten kiistatta kuulunut saada hankintasopimus

²⁷² HE 50/2006 vp, s. 119.

²⁷³ Saarinen 2008, s. 65–66.

²⁷⁴ MAO 125/14, MAO 193/04 ja MAO 194/04.

²⁷⁵ MAO 200/15.

²⁷⁶ Kuusniemi-Laine – Takala 2008, s. 230.

²⁷⁷ Ks. HE 190/2009 vp, s. 8, KKO 2011:54, KHO 25.11.2002 T 3064 ja KHO 1997:63.

²⁷⁸ Ratkaisussa sovellettiin vanhaa hankintalakia, jonka 12.1 §:ssä säädettiin hankintalain 106.1 §:ää vastaavasti markkinaoikeuden päätöksen noudattamisesta muutoksenhausta huolimatta.

virheettömässä ensimmäisessä hankintamenettelyssä. Ensimmäisen valvontadirektiivin 2 artiklan 3 kohdan nojalla muutoksenhaun sinänsä ei tarvinnut estää sopimuksentekomenettelyn jatkamista, vaan 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan muutoksenhakuelimellä oli oltava valtuudet ryhtyä täytäntöönpanon keskeyttämistä koskeviin toimenpiteisiin. KKO katsoikin sinänsä johdonmukaisesti, ettei ollut syytä katsoa muutoksenhaun itsessään estävän myöskään valituksenalaisen hankinnan keskeyttämistä ja uuden hankintamenettelyn aloittamista. KKO:n mukaan hankinnan keskeyttämistä voitiin toisinaan käyttää muutoksenhakua joustavampana keinona virheellisen hankintamenettelyn korjaamiseksi ja moottoritiehankkeen edistäminen “vallitsevassa epäselvässä tilanteessa” oli hyväksyttävä syy ensimmäisen hankintamenettelyn keskeyttämiselle ja uuden aloittamiselle.

KKO:n mukaan ensimmäisen tarjouskilpailun voittajan oikeussuoja olisi ollut turvattavissa täytäntöönpanoa koskevilla määräyksillä. KKO moittikin Tieliikelaitosta siitä, ettei se ollut vaatinut täytäntöönpanokieltoa KHO:een valittaessaan eikä valittanut ensimmäisen hankintamenettelyn keskeyttämistä ja uuden aloittamista koskevasta päätöksestä tai toisen tarjoajan valintaa koskeneesta ratkaisusta, ja näiden valitusten yhteydessä vaatinut päätösten täytäntöönpanon kieltämistä. Ensimmäisen valvontadirektiivin 2 artiklan 3 kohtaa on muutettu oikeussuojadirektiivillä. Nykyään jäsenvaltioiden on muutoksenhaun yhteydessä varmistettava, ettei hankintayksikkö voi tehdä sopimusta ennen kuin muutoksenhakuelin on ratkaissut joko väli-toimia koskevan hakemuksen tai pääasian. KKO:n perustelulinja on tästä huolimatta edelleen validi. Tämän ns. automaattisen täytäntöönpanokiellon noudattamista edellytetään vain ensimmäisen oikeusasteen elimen, eli Suomessa markkinaoikeuden, käsittelyn ajan. Hankintayksikkö voi siis edelleen heti markkinaoikeuden päätöksen jälkeen tehdä hankintasopimuksen, vaikka päätöksestä valitettaisiin KHO:een, ellei KHO määrää täytäntöönpanokieltoa.²⁷⁹ Näin ollen myös hankintamenettelyn keskeyttäminen on tässä kohdin edelleen sallittua.

Ensi alkuun KKO:n ratkaisu näyttää johdonmukaiselta: olihan Tieliikelaitos laiminlyönyt useiden oikeusturvakeinojen käyttämisen. Logiikassa on kuitenkin kaksikin aukkoa. Ensimmäisenä KKO ei pitänyt hankintamenettelyn keskeyttämistä tai toisen tarjoajan valintaa hankintalain vastaisena, joten näitä päätöksiä koskeva muutoksenhaku ei olisi vaikuttanut lopputulokseen mitenkään. Ei voida olla varmoja myöskään siitä, että KHO tai markkinaoikeus olisi suostunut Tieliikelaitoksen täytäntöönpanomääräystä koskevaan vaatimukseen.

Toiseksi on toki sinänsä totta, että muutoksenhaku itsessään ei estä hankintasopimuksen tekemistä. Riski siitä, että hankintapäätös tai sen vahvistanut markkinaoikeuden ratkaisu on oikea, on kuitenkin hankintasopimuksen muutoksenhausta huolimatta tekevällä hankintayksiköllä. Tarjoaja, jonka olisi virheettömässä menettelyssä kuulunut saada hankintasopimus, voi

²⁷⁹ Halonen 2015, s. 65–66.

saada hyvitysmaksua tai vahingonkorvausta, mikäli päätös todetaan virheelliseksi.²⁸⁰ Vastavasti myös riski siitä, että hankintapäätöksen kumoava markkinaoikeuden ratkaisu on oikea, pitäisi olla hankintayksiköllä,²⁸¹ joka muutoksenhaun vireilläollessa keskeyttää hankintamennettelyn ja kiirehtii aloittamaan uuden.

²⁸⁰ Ks. asia C-314/09 *Strabag ym.*, kohdat 15–17 ja 41. Hankintayksikkö oli tehnyt hankintasopimuksen, kun ensimmäisen asteen muutoksenhakuviranomainen oli hylännyt muutoksenhakuvaatimuksen. Päätös kumottiin ylemmässä tuomioistuimessa. EUTI totesi, ettei vahingonkorvausoikeudenkäynnissä voida ottaa riskiä siitä, että hankintayksikkö voisi kumota sitä koskevan tuottamusolettaman vetoamalla ensimmäisen asteen muutoksenhakuviranomaisen päätökseen.

²⁸¹ Vrt. *Halonen* Oikeustieto 6/2011, s. 6, jonka mukaan hankintayksikkö ei voi ankarassakaan vastuussa vastata tuomioistuimen virheistä.

4 Lainvastaisen keskeyttämisen yhteydessä korvattavat vahingot

4.1 Vahingonkorvaus – positiivinen sopimusetu tai tarjousmenettelykulut

4.1.1 Vahinko todellisen ja hypoteettisen tapahtumainkulun erotuksena

Vastuuperusteen täytyminen ei johda velvollisuuteen korvata kaikenlaisia vahinkoja. Olen-
naista on, että on aiheutunut juuri kyseessä olevan vastuuperusteen mukaan korvausvelvolli-
suuden piiriin kuuluva vahinko.²⁸² Vahingolla tarkoitetaan differenssiopissa erotusta kahden
tapahtumainkulun välillä: toteutuneen ja hypoteettisen, johon ei liity korvausvastuuta perusta-
vaa seikastoa.²⁸³ Kun hankintamenettely keskeytetään lainvastaisesti, on periaatteessa kaksi
vaihtoehtoa hypoteettiseksi tapahtumainkuluksi. Ensinnäkin voitaisiin verrata toteutunutta
tapahtumainkulkua siihen, ettei hankintayksikkö olisi lainkaan aloittanut hankintamenettelyä.
Toisena vaihtoehtona on ottaa vertailukohdaksi se, että hankintayksikkö olisi saattanut han-
kintamenettelyn asianmukaisesti päätökseen ja tehnyt hankintasopimuksen korvauksen vaati-
jan kanssa. Aiheutunutta vahinkoa voidaan siten periaatteessa arvioida joko negatiivisen tai
positiivisen sopimusedun mukaisesti.

Negatiivisen sopimusedun mukaisella korvauksella vahingonkärsijä saatetaan siihen taloudel-
liseen asemaan, jossa hän olisi ollut, mikäli sopimuksen valmisteluun ei olisi lainkaan ryhdyt-
ty. Positiivisen sopimusedun mukainen korvaus puolestaan saattaa vahingonkärsijän siihen
asemaan, jossa hän olisi ollut osapuolten täytettyä sopimusvelvoitteensa virheettömästi. Posi-
tiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus on perinteisesti nähty ennen kaikkea sitovan
sopimuksen rikkomiseen perustuvaa vastuuta toteuttavana oikeuskeinona ja sopimuksen
valmisteluvaiheessa on puolestaan pidetty mahdollisena vain negatiivisen sopimusedun kor-
vaamista.²⁸⁴ Molemmilla voidaan korvata erilaisia vahinkoeriä, mutta negatiivinen sopi-
musetu ei missään tapauksessa sisällä korvausta saamatta jääneestä voitosta.²⁸⁵ Julkisissa
hankinnoissa onkin kiinnitetty huomiota siihen, voidaanko korvausta myöntää myös saamatta
jääneestä voitosta.

²⁸² *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 289.

²⁸³ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 393–399 ja *Hemmo* 2005, s. 144–149. Ks. myös *Schebesta* 2013, s. 235–238.

²⁸⁴ *Ämmälä* 1991, s. 547, 550–556, *Hemmo* 1994, s. 88–90, *Hemmo* 1998, s. 148–151 ja *Hemmo* 2005, s. 309–
310 ja *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 448, av. 67.

²⁸⁵ Ks. *Ämmälä* 1991, s. 560.

4.1.2 EUTI: vahingon ja sen suuruuden toteaminen kansallisen lainsäädännön varassa

Kuten edellä on jo todettu, ei valvontadirektiiveissä juurikaan määrätä vahingonkorvaussäätelyn yksityiskohdista. Toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohdan ja sen implentoivan hankintalain 107 §:n 2 momentin²⁸⁶ mukaan vahingonkorvausvaatimuksen koskiessa tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja korvauksen tuomitsemiseksi riittää, että korvauksen vaatija näyttää hankintalainsäädännön vastaisen menettelyn ja sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, mikä ei virheen johdosta ole toteutunut. Kirjallisuudessa on esitetty tästä johtuvan, että myös menetetyn liikevoiton pitäisi olla korvattavaa vahinkoa, koska säännöksillä ei muutoin olisi itsenäistä merkitystä.²⁸⁷

Vahingonkorvaus menettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kuluista ei kuitenkaan ole yhtä kuin negatiivisen sopimusedun mukainen korvaus, johon voi kuulua muitakin eriä.²⁸⁸ Tämän lisäksi hankintalainsäädännön vastainen menettely voinee johtaa korvausvastuuseen myös muuntyyppisistä kuin hankintasopimuksen saamatta jäämisestä aiheutuneista vahingoista.²⁸⁹ Näyttökynnystä koskevalla säätelyllä on siten merkitystä, vaikkei saamatta jäänyttä liikevoittoa korvattaisi. Myös julkisasiamies on katsonut, ettei toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohdassa oteta kantaa korvattavien vahinkojen laajuuteen yleisesti²⁹⁰.

EUTI:n oikeuskäytännössä korvattavien vahinkojen on katsottu lähtökohtaisesti jäävän tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden rajaaman kansallisen autonomian varaan.²⁹¹ Yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* EUTI piti yhteisön oikeuden vastaisena sitä, että tulon ja ansion menetys eivät voisi olla yhteisön oikeuden rikkomisesta aiheutuvaa korvattavaa vahinkoa. EUTI:n mukaan tämä tekisi vahingonkorvauksen saamisen todellisuudessa mahdottomaksi.²⁹² Tähän sekä eräisiin kilpailuoikeuden alalla annettuihin

²⁸⁶ Toinen valvontadirektiivi koskee vain vesi-, energia- ja liikennealoja, mutta sen 2 artiklan 7 kohta on Suomessa laajennettu koskemaan kaikkia julkisia hankintoja niiden arvosta ja hankintayksikön toimialasta riippumatta. Ks. *HE 69/1997 vp*, s. 20–21. Ks. myös julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohta 97. Julkisasiamies oli valmis omaksumaan kohdasta valmistelukustannuksia koskevat syy-yhteyteen ja näyttöön liittyvät seikat myös ensimmäisen valvontadirektiivin tulkintaa varten.

²⁸⁷ Vrt. *Leffler* PPLR 4/2003, s. 161, *Kuoppamäki* 2012, s. 409 ja *Saarinen* 2008, s. 130.

²⁸⁸ *Halonen* 2015, s. 137 ja *Schebesta* 2013, s. 238. Ks. esim. KKO 2009:45, jossa on negatiivisena sopimusetuna korvattu saamatta jääneitä vuokria.

²⁸⁹ Ks. *HE 50/2006 vp*, s. 122, jossa on katsottu vahingolla tarkoitettavan kaikentyyppisiä menetyksiä ja *Aho* DL 1/2006, s. 74, jonka mukaan salassapitovelvollisuuden rikkomisen voisi johtaa korvausvelvollisuuteen.

²⁹⁰ Ks. julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohdat 89–90 ja 96.

²⁹¹ Ks. esim. yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohta 83 ja asia C-568/08 *Spijker*, kohdat 90–92.

²⁹² Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohdat 87 ja 90.

ratkaisuihin pohjautuen julkisasiamies katsoi ratkaisuehdotuksessaan asiassa C-568/08 *Spijker* tehokkuusperiaatteen edellyttävän myös julkisissa hankinnoissa sitä, ettei kansallisessa lainsäädännössä suljeta pois mahdollisuutta ottaa huomioon saamatta jääneen voiton käsite.²⁹³

EUTI ei kuitenkaan asiassa C-568/08 *Spijker* maininnut mitään saamatta jääneestä voitosta, vaan totesi vain, että hankintalainsäädännön rikkomisesta aiheutuva vahingon toteamisen ja suuruuden määrittämisen perusteet jäävät kansallisen lainsäädännön varaan, kunhan vastavuus- ja tehokkuusperiaatteita noudatetaan.²⁹⁴ Ratkaisusta yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* ei voidakaan vetää suoraan analogiaa hankintasioihin. Ratkaisu ei koskenut hankintayksikön korvausvastuuta. Se myös perustui siihen, että tulon ja ansion menetyksen korvaamatta jääminen olisi voinut johtaa siihen, ettei vahingonkärnsijä olisi välttämättä saanut lainkaan korvausta vahingostaan. Näin ei julkisissa hankinnoissa ole, mikäli vahingonkärnsijä saa negatiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen tai korvauksen edes tarjousmenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kustannuksista. Kaiken kaikkiaan vaikuttaa siltä, että kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää korvattavien vahinkojen piiristä melkoisen vapaasti.

Korvattavien vahinkojen piiri vaihtelee maasta toiseen. Ruotsissa HD on ratkaisuisaan NJA 1998 s. 873 ja NJA 2007 s. 349 katsonut, että positiivinen sopimusetu voi tulla korvattavaksi. Näin on myös Ranskassa.²⁹⁵ Saksassa on puolestaan katsottu, ettei menetetty liikevoitto voisi tulla korvattavaksi GWB:n nojalla.²⁹⁶ Joissain maissa vahingonkorvausta lähestytään ns. loss of chance -säännön kautta siten, että vahingonkorvaus on yhtä suuri prosenttiosuus menetetystä liikevoitosta kuin millä todennäköisyydellä kantaja olisi virheettömässä menettelyssä saanut sopimuksen.²⁹⁷

4.1.3 *Hankintalain vahingonkorvaussäännöksen nojalla korvattavat vahingot*

Mitä vahinkoja hankintalakimme vahingonkorvaussäännöksen nojalla sitten korvataan? Puh-taiden varallisuusvahinkojen on ilman erityislain tukea katsottu olevan sopimussuhteiden ulkopuolella muita vahinkoja suppeammin korvattavia.²⁹⁸ Hankintalain mukaisen vastuun luokittelulla sopimus- tai deliktivastuuksi ei kuitenkaan ole tässä kohtaa merkitystä. Hankintalain 107 §:ssä ei rajata korvattavien vahinkojen piiriä ja jo vanhan hankintalain säätämisestä

²⁹³ Julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohdat 106–112.

²⁹⁴ Asia C-568/08 *Spijker*, kohdat 90–92.

²⁹⁵ *Gabayet* 2011, s. 8.

²⁹⁶ *Burgi* 2011, s. 32–33.

²⁹⁷ Ks. esim. *Eiró – Mealha* 2011, s. 49–51.

²⁹⁸ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 321–322 ja *Hemmo* 2005, s. 149–152.

asti on ollut selvää, että myös puhtaat varallisuusvahingot ovat korvattavia.²⁹⁹ Tämä onkin perusteltua, sillä julkisissa hankinnoissa ei käytännössä voi aiheutua muita vahinkoja. Hankintalain korvaussäännökset olisivat kuolleita kirjaimia, mikäli puhtaita varallisuusvahinkoja ei korvattaisi. Tätä ei voitaisi pitää myöskään tehokkuusperiaatteen mukaisena.

Hankintalain vahingonkorvaussäännöksessä ei rajata korvattavien vahinkojen piiriä. Säännöksen voidaankin nähdä ilmentävän vahingonkorvausoikeudessamme voimassa olevaa niin sanottua täyden korvauksen periaatetta. Periaatteen mukaan korvausta on suoritettava niin paljon, että vahingonkärsijä pääsee asemaan, jossa hän olisi ollut ilman vahinkotapahtumaa.³⁰⁰ Tästä ei kuitenkaan saada vielä vastausta menetetyn liikevoiton korvaamista koskevaan kysymykseen.³⁰¹ Täysi korvaus voidaan nimittäin laskea differenssiopin mukaisesti joko positiivisen tai negatiivisen sopimusedun mukaan. Niiden erona on vain hypoteettisen tapahtumainkulun valinta.³⁰²

Perinteisesti positiivisen sopimusedun mukaisella korvauksella on korvattu vain sitovan sopimuksen rikkomisesta aiheutuvaa vahinkoa. Positiivisen sopimusedun korvaamatta jättämisestä sopimuksen valmisteluvaiheessa voidaan kuitenkin pitää ennen kaikkea käytännön syistä johtuvana ratkaisuna. Ellei ole tietoa siitä, millainen sopimus olisi syntynyt, ei positiivista sopimusetua pystytä laskemaan.³⁰³ Julkisissa hankinnoissa positiivisen sopimusedun laskeminen ei kuitenkaan tuota ongelmia, jos käytetään apuna tarjouspyyntöä ja tarjousta.³⁰⁴

Ratkaisussa KKO 1999:48 positiivisen sopimusedun katsottiin tulevan korvattavaksi, kun vastuu perustuu prekontraktuaalisen sopimuksen rikkomiseen. Samassa yhteydessä KKO *obiter dictum* -tyyppisesti hyväksyi positiivisen sopimusedun korvaamisen myös julkisissa hankinnoissa. Positiivisen sopimusedun korvaaminen on hyväksytty myös hankintalain vahingonkorvaussäännöksen esitöissä. Nykyisen lain esitöiden mukaan vahingolla tarkoitetaan hankintamenettelystä aiheutuneiden kulujen ohella kaikentyyppisiä muitakin menetyksiä.³⁰⁵ Maininnat saamatta jääneestä voitosta ja positiivisen sopimusedun periaatteesta sisältyivät jo

²⁹⁹ Ks. HE 154/1992 vp, s. 14.

³⁰⁰ Ståhlberg – Karhu 2013, s. 397–398, Hemmo 2005, s. 144.

³⁰¹ Vrt. Kuoppamäki 2014, luku VIII, alaluku 7., kohta Oikeusturvakeinot, Vahingonkorvaus, Positiivinen sopimusetu. Kuoppamäki johtaa positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen täyden korvauksen periaatteesta ja hankintalain sanamuodosta.

³⁰² Ämmälä 1991, s. 557, Saarinen 2008, s. 128–129 ja Halonen 2015, s. 135.

³⁰³ Ks. Saarnilehto 1999, s. 234.

³⁰⁴ Saarinen 2008, s. 129.

³⁰⁵ HE 50/2006 vp, s. 122.

vanhan hankintalain esitöihin.³⁰⁶ Korvausta menetetystä liikevoitosta on hankinta-asioissa tuomittu ratkaisuisissa KKO 23.8.2005 T 1921, Helsingin HO 11.11.2005 S 03/1208, KouHO 2010:8, Vaasan HO 6.3.2012 S 10/1380 ja Vaasan HO 28.5.2013 S 12/674.

Hankintalainsäädännössä määritetään kriteerit sopimuskumppanin valinnalle. Kun hankintayksikkö näitä säännöksiä rikkoen tekee hankintasopimuksen ”väärän” sopimuskumppanin kanssa, on perusteltua valita hypoteettiseksi tapahtumainkuluksi sellainen, jossa sopimus olisi tehty ”oikean” tarjoajan kanssa. Positiivisen sopimusedun korvaaminen on hankintojen yhteydessä täten perusteltua.

Arviointiin ei mielestäni vaikuta se, että vastuuperusteena on lainvastainen hankintamenettelyn keskeyttäminen. Yleensä keskeyttäminen on hankintalainsäädännön vastaista vain, jos hankintayksikkö kuitenkin pyrkii toteuttamaan hankinnan keskeyttämisen jälkeen. Tällöin on perusteltua valita hypoteettiseksi tapahtumainkuluksi se, jossa hankintamenettelyä ei olisi keskeytetty vaan hankintasopimus olisi tehty parhaan tarjouksen jättäneen tarjoajan kanssa. On vaikea kuvitella, että esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011:54 Tieliikelaitokselle ei olisi korvattu positiivista sopimusetua, mikäli hankintamenettelyn keskeyttämistä olisi pidetty lainvastaisena. Tilanne ei muutu, vaikka hankintayksikkö todella luopuisi hankinnan toteuttamisesta. Tällöinkään hankintamenettelyn aloittaminen ei sinänsä ole ollut hankintalainsäädännön vastaista – vain sen keskeyttäminen on. Vahinkoa kärsineen tarjoajan näkökulmasta on myös sinänsä täysin irrelevanttia, onko joku toinen tarjoaja saanut sopimuksen. Vahingonkorvaus on siis syytä lasketa positiivisen sopimusedun mukaisesti.

Kirjallisuudessa on esitetty, ettei korvausta voisi saada samaan aikaan menetetystä liikevoitosta ja tarjousmenettelystä aiheutuneista kustannuksista.³⁰⁷ Näin onkin, sillä valmistelukustannukset eivät kuulu positiivisen sopimusedun mukaiseen vahingonkorvaukseen.³⁰⁸ Liikevoiton käsitteen määrittely on kuitenkin tärkeää. Positiivisen sopimusedun mukaisella vahingonkorvauksella vahingonkärsijä saatetaan siihen asemaan, jossa hän olisi ollut saatuaan hankintasopimuksen. Vahinkona korvattava saamatta jäänyt liikevoitto on tällöin laskettava niin, että

³⁰⁶ HE 69/1997 vp, s. 20 ja TaVM 24/1997 vp, s. 3–4. Tämän katsottiin käyvän ilmi jo voimassa olleen lain esitöistä, joissa oli tosin alun perin katsottu olevan kyse lähinnä ”tarjouksen laatimisesta ja muusta hankintaan osallistumisesta aiheutuneiden kulujen korvaamisesta”, ks. HE 154/1992 vp, s. 14. Vanhempien esitöiden lausumien on katsottu suhtautuvan torjuvasti positiivisen sopimusedun korvaamiseen. Ks. Hemmo 1999, s. 77, av. 1.

³⁰⁷ Leffler PPLR 3/2004, s. 160 ja Pohjonen 2002, s. 210.

³⁰⁸ Ammälä 1991, s. 559.

tarjoajan tarjouksen mukaisesta tuotosta vähennetään vain ne kustannukset, jotka olisivat aiheutuneet sopimuksen täyttämistä,³⁰⁹ mutta ei jo realisoituneita sopimuksen hankkimisesta eli hankintamenettelystä aiheutuneita kuluja.³¹⁰

Toisaalta vahingonkorvaus voi hankintalain 107.2 §:n nojalla kattaa myös pelkästään tarjousmenettelystä aiheutuneet kulut. Kantajalla on tällöin kevennetty näyttövaatimus siitä, että hän olisi virheettömässä menettelyssä saanut hankintasopimuksen, eli virheellisen menettelyn ja vahingon välisestä syy-yhteydestä. On kuitenkin huomattava, että tällöin vahingonkorvaus kattaa vain hankintamenettelystä aiheutuneet kulut, ei muita negatiivisen sopimusedun mukaisia eriä³¹¹.

4.2 Korvaus- ja rangaistusluonteinen hyvitysmaksu

4.2.1 Hyvitysmaksun suuruudessa huomioitavista tekijöistä

Hankintalain 95.1 §:n (321/2010) mukaan hyvitysmaksua määrättäessä otetaan huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu, valituksen kohteena olevan hankinnan arvo ja hakijalle aiheutuneet kustannukset ja vahinko. Rangaistus- ja korvausluonteisena seuraamuksena hyvitysmaksun on tarkoitus vahingon korvaamisen ohella myös rankaista virheelliseen menettelyyn syyllistynyttä hankintayksikköä. Aiheutunut vahinko onkin hyvitysmaksun suuruuden harkinnassa vain yksi tekijä.³¹²

Hyvitysmaksun määrän arvioinnissa huomioitavien seikkojen keskinäistä suhdetta ei nykyisen lain hyvitysmaksusäännöksen esitöissä ole juurikaan avattu. Valittajan on vain katsottu olevan velvollinen näyttämään kärsimänsä vahingon määrä.³¹³ Vanhan hankintalain osalta talousvaliokunnan mietinnössä esitettiin aikanaan jokseenkin ristiriitaisia lausumia aiheutuneen vahingon korvaamisesta. Valiokunta katsoi, että hyvitysmaksuun sisältyy positiivisen sopimusedun periaate ja että lähtökohtana on kaikkien varallisuusvahinkojen korvaaminen.³¹⁴ Tähän ja esitöissä mainittuun tavoitteeseen vähentää tarvetta vahingonkorvauskanteille³¹⁵

³⁰⁹ *Leffler* PPLR 3/2004, s. 161 ja *Pohjonen* 2002, s. 210.

³¹⁰ Ks. *Saarinen* 2008, s. 131–133.

³¹¹ Vrt. *Kalima* 2001, s. 262–264.

³¹² *Saarinen* 2008, s. 68, *HE 190/2009 vp*, s. 70, *HE 50/2006 vp*, s. 120 ja *HE 69/1997 vp*, s. 21.

³¹³ *HE 190/2009 vp*, s. 70, *HE 50/2006 vp*, s. 120 ja *HE 69/1997 vp*, s. 21.

³¹⁴ *TaVM 24/1997 vp*, s. 5.

³¹⁵ *HE 69/1997 vp*, s. 21.

tukeutuen kirjallisuudessa on esitetty, että hyvitysmaksun pitäisi korvata koko aiheutunut vahinko.³¹⁶

Toisaalta talousvaliokunta piti tarkoituksenmukaisena hyvitysmaksun suuruuden rajaamista 1–15 prosenttiin hankinnan kokonaisarvosta³¹⁷ ja nykyään hankintalain 95.2 §:ssa hyvitysmaksu onkin rajattu lähtökohtaisesti enintään 10 prosenttiin hankintasopimuksen arvosta. Rajan ylittämiseen oikeuttavaksi erityiseksi syyksi on tosin katsottu muun muassa valittajalle aiheutunut vahinko, eikä säännöksellä ole ollut tarkoitus muuttaa oikeuskäytäntöä.³¹⁸ Etukäteen prosentuaalisten korvausmäärien määrittely ei kuitenkaan sovi yhteen positiivisen sopimusedun korvaamisen kanssa.³¹⁹

Saarinen ja Savola ovat tarkastelleet määrättyjen hyvitysmaksujen suuruutta suhteessa hankintojen kokonaisarvoihin. Molempien tarkasteluissa tulokset ovat samansuuntaisia. Hyvitysmaksun suuruus on keskimäärin noin 8 % hankinnan kokonaisarvosta, mutta vaihtelee huomattavasti noin 0,2–23 %:n välillä.³²⁰ Ilman ratkaisujen tarkempaa analyysiä on mahdollista esittää johtopäätöksiä siitä, onko korvaushaarukka sopiva, liian suuri vai liian pieni.³²¹ Kussakin yksittäistapauksessa aiheutuneen vahingon määrä riippuu ennen kaikkea siitä, millaisella katteella tarjoaja olisi toteuttanut saamansa hankintasopimuksen. Voi todella olla niin, että tarjoaja on tehnyt tarjouksensa käytännössä nolla- tai toisaalta huomattavan suurella katteella.

Hyvitysmaksun osuus hankinnan kokonaisarvosta on kuitenkin johdonmukaisesti suurissa hankinnoissa prosentuaalisesti pienempi kuin pienemmissä hankinnoissa.³²² Saarisen mukaan myös tämä kuvaa sitä, ettei todellisen vahingon määrällä ole merkitystä, ja pienet korvaukset suurissa hankinnoissa kuvaavat hankintayksiköiden huomioimista ja korvauksen kohtuullis-

³¹⁶ Savola DL 2/2000, s. 243–244, Kanninen DL 3/2005, s. 545 ja Saarinen 2008, s. 88, 92–93.

³¹⁷ TaVM 24/1997 vp, s. 5.

³¹⁸ HE 190/2009 vp, s. 70.

³¹⁹ Ks. Savola DL 2/2000, s. 243 ja Saarinen 2008, s. 88.

³²⁰ Saarinen 2008, s. 89–92, on tarkastellut 69:ää vuosina 2002–2007 määrättyä hyvitysmaksua, joiden suuruus on ollut 0,2–22,5 % hankinnan kokonaisarvosta, keskimäärin 7,6 %. Savola DL 2/2000, s. 237–238, on tarkastellut 19:ää vuosina 1998–2000 määrättyä hyvitysmaksua, joiden suuruus on ollut 0,2–23,7 % hankinnan kokonaisarvosta, keskimäärin 8,6 %.

³²¹ Vrt. kuitenkin Saarinen 2008, s. 92, jonka mukaan suurehko ”korvaushaarukka” ei kuvasta todellisten vahinkojen huomioon ottamista.

³²² Saarisen tarkastelemissa tapauksissa yli 800 000 euron hankinnoissa hyvitysmaksu on ollut keskimäärin 2,0 prosenttia ja alle 20 000 euron hankinnoissa keskimäärin 11,8 prosenttia, ks. Saarinen 2008, s. 89–92. Savolan tarkastelemien tapausten osalta yli 4 000 000 markan hankinnoissa hyvitysmaksu on ollut keskimäärin 3,7 % ja alle 150 000 markan hankinnoissa keskimäärin 11,7 % prosenttia, ks. Savola DL 2/2000, s. 237–238.

tamista.³²³ Tältä osin johtopäätökseen voi yhtyä. Arvoltaan suuret hankinnat lienevät lähtökohtaisesti myös monimutkaisempia ja niiden hinnoittelussa kate on myös korkeampi kuin ”massatuotantoisissa” yksinkertaisemmissa hankinnoissa. Jos aiheutunut vahinko todella huomioitaisiin, pitäisi hyvitysmaksun olla suurissa hankinnoissa prosentuaalisesti suurempi kuin pienissä.

Kirjallisuudessa on katsottu, ettei oikeuskäytännössä edellytetä kovinkaan tarkkaa – jos mitään – selvitystä aiheutuneesta vahingosta.³²⁴ Hyvitysmaksu voi siten olla suurempi tai pienempi kuin aiheutunut vahinko, koska sen määrä ei ole myöskään sidottu aiheutuneeseen vahinkoon.³²⁵ Markkinaoikeus ja KHO eivät käytännössä perustelekaan hyvitysmaksun suuruutta koskeneita ratkaisujaan, vaan vakiintuneesti toteavat vain harkitsevansa hyvitysmaksusäännöksessä mainitut seikat huomioon ottaen hyvitysmaksun määräksi tietyn euromäärän.³²⁶

Näin on myös hankintamenettelyn lainvastaista keskeyttämistä koskeneiden hyvitysmaksuratkaisujen osalta. Ratkaisussa MAO 539–540/09 valittajan tarjouksen arvo oli noin 16 900 euroa ja ratkaisussa MAO 518/08 noin 32 000 euroa, joiden suuruisia hyvitysmaksuja valittajat vaativat. Markkinaoikeus määräsi hyvitysmaksuina 2 000 euroa ja 3 000 euroa. Ratkaisussa MAO 330/09 valittaja oli tehnyt noin 21 300 euron arvoisen tarjouksen ja vaati hyvitysmaksuna 5 000 euroa. Ratkaisussa markkinaoikeus määräsi hyvitysmaksun suuruudeksi 3 000 euroa. Selvää toki on, ettei positiivisen sopimusedun mukainen korvaus yleensä voi olla yhtä suuri kuin tarjouksen kokonaisarvo, sillä tällöin ei huomioitaisi lainkaan sopimuksen toteuttamisesta aiheutuvia kustannuksia. Markkinaoikeus ei kuitenkaan ratkaisuissaan hyvitysmaksun suuruutta arvioidessaan millään tavoin analysoinut aiheutuneen vahingon suuruutta. Kaiken kaikkiaan voidaankin todeta, ettei hyvitysmaksun suuruus yksittäistapauksessa välttämättä korreloi aiheutuneen vahingon kanssa.

4.2.2 Hyvitysmaksun ja vahingonkorvauksen suhde

Hankintalain esitöiden mukaan vahingonkorvausta voidaan tuomita hyvitysmaksun ohella, mutta vain mikäli todellisen vahingon määrä ylittää määrätyn hyvitysmaksun.³²⁷ Hyvitysmaksu otetaan tällöin vahingonkorvausta tuomittaessa huomioon täysimääräisesti, mikä vie poh-

³²³ Saارين 2008, s. 92.

³²⁴ Savola DL 2/2000, s. 239–243 ja Saارين 2008, s. 87, 92.

³²⁵ Kanninen DL 3/2005, s. 545, Virtanen 2008, s. 809 ja Saارين 2008, s. 87.

³²⁶ Ks. esim. lainvastaista keskeyttämistä koskeneet tapaukset MAO 518/08, MAO 330/09 ja MAO 539–530/09.

³²⁷ HE 190/2009 vp, s. 70, HE 50/2006 vp, s. 120 ja HE 69/1997 vp, s. 21.

jan hyvitysmaksun rangaistusluonteisuudelta ja muuttaa sen kokonaisharkintaan perustuvasta seuraamuksesta pelkäsi vahingonkorvaukseksi.³²⁸

Mikäli hyvitysmaksu halutaan nähdä esitöissä kuvatulla tavalla sekä korvaus- että rangaistusluonteisena seuraamuksena, pitäisi se suhteessa vahingonkorvaukseen rinnastaa muihin lain-säädännössä määriteltyihin hyvityksiin ja ottaa huomioon vahingonkorvauksen määrässä vain osittain.³²⁹ Käytännön ongelmaksi muodostuu se, etteivät markkinaoikeus ja KHO perustele hyvitysmaksuratkaisujaan saati erottele hyvitysmaksun rangaistus- ja korvausosia. Näin ollen jäisi vahingonkorvauskannetta käsittelevän yleisen tuomioistuimen arvioitavaksi, missä määrin markkinaoikeus tai KHO on hyvitysmaksulla tarkoittanut korvata tarjoajalle aiheutunutta vahinkoa (ja missä määrin se siten voidaan vähentää tuomittavasta vahingonkorvauksesta) ja missä määrin rankaista virheellisesti menetellyttä hankintayksikköä. Prejudikaattia asiasta ei ole.

4.3 Lainvastaisen keskeyttämispäätöksen kumoaminen ennen korvausta

4.3.1 Hyvitysmaksun toissijaisuus reaalikeynoihin nähden

Laittomasta hankintamenettelyn keskeyttämisestä ei aiheudu tarjoajalle vahinkoa, jos hankintayksikön lainvastainen päätös kumotaan, hankintayksikkö korjaa virheensä ja tekee hankintasopimuksen tarjoajan kanssa. Markkinaoikeus puuttuukin lainvastaiseen hankintamenettelyyn valituksen johdosta ensisijaisesti hankintalain 94.1 §:n 1–3 kohtien ns. reaalikeynoja soveltamalla, eli kumoamalla lainvastaisen hankintapäätöksen, kieltämällä virheellisen menettelyn jatkamisen ja velvoittamalla hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä.

Hyvitysmaksu on näihin ns. reaalikeynoihin nähden toissijainen oikeussuojakeino. Hankintalain 95.1 §:ssä mainitaan vain kaksi tilannetta, joissa hyvitysmaksu voidaan määrätä: 1) reaalikeynojen soveltaminen saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat taikka 2) valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.

Jos hankintayksikkö ei lainvastaisen keskeyttämisen jälkeen ole aloittanut uutta hankintamenettelyä tai ei ole sen perusteella ehtinyt solmia hankintasopimusta, markkinaoikeus lähtökoh-

³²⁸ Saarinen 2008, s. 69.

³²⁹ *ibid*, s. 73.

taisesti kumoo lainvastaisen keskeyttämispäätöksen.³³⁰ Hyvitysmaksua ei tällöin pääsääntöisesti määrätä. Esimerkiksi ratkaisussa MAO 386–388/14 markkinaoikeus kumosi lainvastaisen keskeyttämispäätöksen ja kielsi hankintayksikköä jatkamasta uudella hankintailmoituksella aloitettua uutta hankintamenettelyä. Myös ratkaisussa MAO 289/13 kumottiin hankintayksikön virheellinen päätös, jolla se oli päättänyt keskeyttää hankintamenettelyn ja aloittaa uuden tarjouskilpailun.

Hankintamenettelyn keskeyttämisen jälkeen hankintayksikkö voi käynnistää uuden menettelyn ja EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa myös tehdä hankintasopimuksen heti hankintapäätöksen jälkeen. Reaalikeinojen soveltaminen ei ole enää mahdollista ja hyvitysmaksu tulee lähtökohtaisesti määrättäväksi, jos hankintasopimus on jo tehty kun hankintapäätös katsotaan lainvastaiseksi.³³¹ Hankintalain 95.1 §:n sanamuodon mukaan hyvitysmaksun määrääminen edellyttäisi, että hankintasopimus on tehty jo ennen kuin valitus markkinaoikeuteen on pantu vireille. Tällöin hankintasopimuksen tekeminen markkinaoikeusprosessin aikana kuitenkin estäisi sekä hyvitysmaksun että reaalikeinojen käytön. Esitöiden mukaan hyvitysmaksua voidaan lähtökohtaisesti määrätä, kun reaalikeinojen käyttö on mahdotonta, *koska hankintasopimus on jo tehty*.³³² Oikeuskäytännössä hyvitysmaksua määrätäänkin vakiintuneesti myös silloin, kun hankintasopimus on tehty markkinaoikeusprosessin aikana.³³³ Hyvitysmaksua voidaan siis määrätä silloin, kun hankintayksikkö on kynnysarvot alittavissa hankinnoissa lainvastaisesti ensin keskeyttänyt hankintamenettelyn, aloittanut uuden menettelyn ja tehnyt sen perusteella hankintasopimuksen.³³⁴

EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hankintayksikkö ei sen sijaan hankintalain 77 §:n (321/2010), 79 §:n (321/2010), ja 90 §:n (321/2010), nojalla saa tehdä hankintasopimusta ennen kuin valitusaika markkinaoikeuteen on kulunut eikä mahdollisen markkinaoikeuskäsittelyn aikana. Mikäli hankintayksikkö näissä tapauksissa tekee hankintasopimuksen, ovat ensisijaisia oikeussuojakeinoja tehottomuusseuraamus, sopimuskauden lyhentäminen ja seuraamusmaksu. Tehottomuusseuraamus muuttaa hankintapäätöksen käytännössä vaikutukset-

³³⁰ EUTI:n mukaan myös keskeyttämispäätös pitää voida kumota, eikä esim. pelkkä vahingonkorvauksen saamisen mahdollisuus ole riittävää lainvastaisissa keskeyttämistapauksissa. Ks. asia C-15/04 *Koppensteiner*, kohdat 29–31, asia C-92/00 *HI*, kohdat 53–55 ja *Dischendorfer* PPLR 6/2005, s. NA162. Vrt. *Fruhmann – Dischendorfer* PPLR 6/2002, s. NA132–133.

³³¹ Ks. *HE 190/2009 vp*, s. 69.

³³² *HE 50/2006 vp*, s. 119 ja *HE 190/2009 vp*, s. 69.

³³³ Ks. esim. KHO 2005:63, jossa hankintapäätös oli tehty 4.4.2000, päätöstä koskeva valitus 26.4.2010 ja hankintasopimus oli allekirjoitettu 5.7.2000. Vrt. vielä aiemmin *Savola* DL 2/2000, s. 234.

³³⁴ Ks. MAO 539–540/09, MAO 330/09 ja MAO 518/08.

tomaksi, ja markkinaoikeus voi samalla käyttää reaali-keinoja.³³⁵ Asiaa ei tällöin lähtökohtaisesti käsitelläkään hyvitysmaksuasiana.³³⁶ Kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hyvitysmaksua ei siten pääsääntöisesti määrätä, vaikka virheellisen keskeyttämisspätöksen jälkeen on uudessa menettelyssä tehty hankintasopimus.

Hankintalain 95.1 §:n mukaan hyvitysmaksu voidaan määrätä myös, jos reaali-keinojen käyttäminen saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat. Esitöissä ei juurikaan selvennetä, mitä lausumalla käytännössä tarkoitetaan. Talousvaliokunnan mietinnössä on aikanaan todettu hyvitysmaksun tulevan kyseeseen silloin, kun virheellistä hankintamenettelyä ei olisi taloudellisesti tarkoituksenmukaista korjata.³³⁷ Kirjallisuudessa on katsottu hyvitysmaksun käyttämisen reaali-keinojen sijaan olevan aina korostetun tapauskohtaista³³⁸ ja sidoksissa lainkohdan edellytyksiin.³³⁹

Saarisen mukaan valittajan kannalta on yleensä huomattavasti tärkeämpää saada hankinta toteutettavaksi kuin saada hyvitysmaksua, joka harvoin vastaa tarjouskilpailun voittamisesta saatavaa taloudellista hyötyä.³⁴⁰ Reaali-keinojen etuna voidaan siten ainakin valittajan kannalta nähdä se, että niitä soveltamalla hankintamenettelyssä päästään ”oikeaan” lopputulokseen. Milloin hankintamenettelyn korjaamisesta sitten aiheutuisi hankintayksikön, muiden oikeuksien tai yleisen edun kannalta haittaa, joka ylittää oikeaan lopputulokseen pääsemisestä koituvan hyödyn?

Yleiseen etuun ja muiden oikeuksiin liittyvänä syynä on pidetty tarvetta hankinnan toteuttamisen kiireelliseen aloittamiseen esimerkiksi valtionavun tai muun rahoituksen ehdoista, ympäristönäkökohdista tai rakennusteknisistä seikoista johtuen, sekä sitä, että asian laajuuden tai vaikeaselkoisuuden vuoksi sen selvittäminen viivyttäisi hankkeen toteuttamista kohtuuttomasti.³⁴¹ Muiden oikeuksiin liittyvänä syynä on pidetty myös tilannetta, jossa virheellisen

³³⁵ HE 190/2009 vp, s. 69 ja 72.

³³⁶ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 669. Ks. esim. MAO 510/12.

³³⁷ TaVM 24/1997 vp, s. 3.

³³⁸ Pohjonen 2002, s. 179.

³³⁹ Ks. Pekkala – Pohjonen 2015, s. 669, joiden mukaan hankintayksiköllä tai valittajalla ei ole oikeutta saada asiaa käsitellyksi hyvitysmaksuasiana. Vrt. Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 249–250.

³⁴⁰ Saarinen 2008, s. 65.

³⁴¹ Pohjonen 2002, s. 177–178. Ks. myös Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 252, joiden mukaan asian käsittely hyvitysmaksuasiana voi olla perusteltua rakennusurakoissa, joissa saadaan huomattavia säästöjä urakan valmistumisen aikaistumisella.

menettelyn voittanut tarjoaja on vilpittömässä mielessä ryhtynyt huomattaviin investointeihin hankinnan toteuttaakseen, eikä näitä investointeja voida peruuttaa aiheuttamatta kyseiselle tarjoajalle huomattavaa taloudellista vahinkoa.³⁴²

Erityisesti keskeyttämistilanteissa voitaisiin hankintayksikköön liittyvänä syynä pitää tilannetta, jossa hankintayksikkö on aidosti luopumassa hankinnan toteuttamisesta. Yleensä menettelyn keskeyttäminen on tällöin lainmukaista, mutta vaikka ei olisi, ei liene syytä pakottaa hankintayksikköä sen taloudellisen kantokyvyn ylittävän³⁴³ tai muutoin tarpeettoman hankinnan toteuttamiseen. On myös huomattava, ettei hankintayksikköä voida velvoittaa hankinnan tekemiseen.³⁴⁴ Reaalikeinojen soveltaminen ei siis käytännössä tarjoa keskeyttämistapauksissa valittajalle mitään oikeussuojaa, jos hankintayksikkö ei tosiasiallisesti aio jatkaa hankinnan toteuttamista. Tällöin hyvitysmaksun määräämistä reaalikeinojen soveltamisen sijaan voidaan pitää perusteltuna.

4.2.2 Muutoksenhaun ja sen laiminlyönnin vaikutus vahingonkorvaukseen

Täyden korvauksen periaatteen toisena ulottuvuutena on se, ettei vahingonkorvauksen pitä olla ylikompensatorinen. Vahingonkärtsijää ei pidä vahingonkorvauksella saattaa parempaan asemaan kuin ennen vahinkotapahtumaa. Tätä tavoitetta toteuttaa rikastumiskielto, jonka mukaan vahingonkorvausta vähentävänä tekijänä on huomioitava se hyöty, jonka vahingonkärtsijä on saanut vahinkotapahtumasta tai sen jälkeisistä toimenpiteistä.³⁴⁵ Tämän valossa on tietenkin selvää, ettei vahingonkorvausta laittomasta hankintamenettelyn keskeyttämisestä ”aiheutuneesta” liikevoiton menetyksestä tai turhaksi jääneistä menettelykustannuksista voi saada, jos virheellinen menettely muutoksenhaun johdosta korjataan ja tarjoaja saa hankintasopimuksen. Samoin on selvää, että mahdollisesti määrätty hyvitysmaksu otetaan ainakin joltain osin huomioon vahingonkorvauksen määrässä.

Epäselvempää sen sijaan on, täytyykö tarjoajan myös hakea laittomaan hankintapäätökseen muutosta vahingonkorvausoikeuden menettämisen uhalla. Vahingonkorvauksen tuomitseminen kuuluu yleisille tuomioistuimille, eikä hyvitysmaksun kaltaisesti riipu siitä, voidaanko

³⁴² Pohjonen 2002, s. 179.

³⁴³ Ks. *Dischendorfer* PPLR 6/2005, s. NA163. Kalliin hinnan osalta voidaan tosin huomauttaa, että julkisina tahoina hankintayksiköt eivät yksittäisen hankintasopimuksen hyvinkään korkean hinnan johdosta yleensä voi joutua maksuvaikeuksiin.

³⁴⁴ Ks. *HE 190/2009 vp*, s. 8, KKO 2011:54, KHO 25.11.2002 T 3064 ja KHO 1997:63.

³⁴⁵ *Hemmo* 2005, s. 204.

markkinaoikeusprosessissa soveltaa reaali-keinoja. Hankintalaissa ei ole ensimmäisen valvontadirektiivin 2 artiklan 6 kohdan mahdollistamalla tavalla säädetty siitä, että hankintapäätöksen lainvastaisuuteen perustuva vahingonkorvausvaade voitaisiin käsitellä vasta, kun muutoksenhakuelin on ensin poistanut riitautetun päätöksen. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, ettei vahingonkorvauskanteen nostamista ja tutkimista estä se, ettei hankintapäätökseen ole haettu muutosta markkinaoikeudelta³⁴⁶.

Vaikka vahingonkorvausvaatimus voidaan sinänsä tutkia muutoksenhaun laiminlyönnistä huolimatta, ei tästä kuitenkaan nähdäkseni johdu, ettei muutoksenhaun laiminlyönti voisi johtaa vahingonkorvauksen epäämiseen tai vähentämiseen.³⁴⁷ VahL 3:4:n mukaan ”[j]os valtion tai kunnan viranomaisen virheellisen ratkaisun johdosta vahinkoa kärsinyt on pätevä-tä syyttä jättänyt hakematta muutosta siihen, ei hänellä ole oikeutta saada valtiolta tai kunnalta korvausta vahingosta, jolta hän hakemalla muutosta olisi voinut välttyä.” Säännös koskee nimenomaisesti vain kunnan tai valtion viranomaisia, ei kaikkia hankintayksiköitä. Kuten luvussa 2 on esitetty, ei VahL:n säännöksillä muutoinkaan automaattisesti täydennetä hankintalain mukaista korvausjärjestelmää. Toisaalta eri korvausjärjestelmien aukot täytetään yleisillä vahingonkorvausoikeudellisilla periaatteilla, jollainen VahL 3:4:n ilmentämä vahingonkär-sijän vahingonrajoittamisvelvollisuus eittämättä on³⁴⁸. Ratkaisussa KouHO 2010:8 on yleisemmällä tasolla todettu, että hankinta-asioissakin vahingonkär-sijällä on velvollisuus pyrkiä torjumaan ja rajoittamaan vahinkoa.

Myös EUTI katsoi yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, että jäsenvaltioiden oikeusjärjestykselle yhteisen periaatteen mukaan vahinkoa kärsi-neen on osoitettava toimineensa kohtuullisella huolellisuudella vahingon välttämiseksi tai rajoittamiseksi. EUTI:n mukaan kansalliset tuomioistuimet voivat selvittää, onko vahingonkär-sijä toiminut näin ja erityisesti onko hän käyttänyt kaikkia käytettävissä olleita oikeussuo-jakeinoja.³⁴⁹ Hankintojen osalta muutoksenhakuvelvollisuudelle voidaan hakea tukea ratkai-susta KKO 2011:54, jossa Tieliikelaitosta moitittiin siitä, ettei se ollut hakenut muutosta hankintamenettelyn keskeyttämis päätökseen tai vaatinut täytäntöönpanomääräyksiä. Ratkai-

³⁴⁶ Kanninen DL 3/2005, s. 543, Saarinen 2008, s. 109 ja Kaisto 2009, s. 243.

³⁴⁷ Ks. Halonen 2015, s. 210–215. Näin myös Ruotsissa, ks. RH 2010:48, *Leffler* ERT 1/2005, s. 80–82 ja *Björklund – Madell* SvJT 7/2008, s. 592, Saksassa, ks. *Burgi* 2011, s. 26 ja Italiassa, ks. *Caranta* 2011, s. 181. Vrt. kuitenkin *Fairgrieve – Lichère* 2011, s. 189 ja Hollannin osalta *Hebly – Wilman* 2011, s. 84–85.

³⁴⁸ Ks. *HE 187/1973 vp*, s. 18 ja *Hemmo* 2005, s. 212.

³⁴⁹ Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohdat 84–85.

sun painoarvoa tältä osin vähentää toisaalta se, ettei Tieliikelaitokselle aiheutunut vahinko ollut alun perinkään syy-yhteydessä hankintayksikön virheelliseen menettelyyn³⁵⁰.

Vahingonkorvauslain 3:4:ää mukaillen lähtökohtana pitänee olla se, että lainvastainen hankintapäätös olisi valituksen johdosta kumottu ja että vahingonkärsijä menettää tällöin kokonaan oikeutensa korvaukseen. Muutoksenhaun laiminlyönnillä ei kuitenkaan ole vahingonkorvauksen kannalta merkitystä, jos kantaja ei olisi valituksen tekemällä kyennyt rajoittamaan hänelle aiheutunutta vahinkoa.³⁵¹ Virheellisen hankintamenettelyn keskeyttämisen yhteydessä onkin kyseenalaista, milloin kantaja olisi muutoksenhaulla kyennyt rajoittamaan kärsimäänsä vahinkoa. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, ettei hankintayksikköä voida markkinaoikeudessa velvoittaa hankintasopimuksen tekemiseen, vaikka menettelyn keskeyttäminen olisikin laitton. Tarjoaja ei siten markkinaoikeuteen valittamalla saa hankintasopimusta, jos hankintayksikkö luopuu hankinnan toteuttamisesta. Muutoksenhaun laiminlyönnin ei tällöin pitäisi johtaa vahingonkorvauksen rajoittamiseen.

Toisaalta myös silloin, kun hankintayksikkö virheellisen keskeyttämisspäätöksen jälkeen aloittaa uuden hankintamenettelyn ja tekee tämän menettelyn seurauksena hankintasopimuksen, saattaa vahingon rajoittaminen valituksella markkinaoikeuteen olla haasteellista. Kynnysarvot alittavissa hankinnoissa hankintapäätöstä ei ole mahdollista kumota enää silloin, kun hankintasopimus on jo tehty. Muutoksenhaku ei tällöinkään rajoita vahinkoa, eikä sen laiminlyönti siten oikeutta korvaukseen.³⁵² Kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on hankintasopimuksen tekemisen jälkeen määrättävissä tehottomuusseuraamus, mutta se ei välttämättä kata koko kilpailutettua hankintaa eikä silloin täysimääräisesti rajoita aiheutunutta vahinkoa. Tällöinkään muutoksenhaun laiminlyönnin ei pitäisi johtaa ainakaan koko vahingonkorvauksen epäämiseen.

Oikeastaan vain yhdessä tilanteessa voidaan ajatella, että muutoksenhaku olisi estänyt koko vahingon aiheutumisen. Mikäli hankintayksikkö virheellisen keskeyttämisspäätöksen jälkeen aloittaa uuden hankintamenettelyn, mutta ei tee hankintasopimusta ennen uuden hankintapäätöksen lainvoimaiseksi tulemistä, voisi tarjoaja muutoksenhaulla markkinaoikeuteen saada uuden hankintapäätöksen kumotuksi ja markkinaoikeuden velvoittamaan hankintayksikön

³⁵⁰ Näin myös *Halonen* 2015, s. 212–213.

³⁵¹ *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 465–467 ja *Hakalehto-Wainio* DL 4/2009, s. 590–591.

³⁵² Ks. myös *Leffler* ERT 1/2005, s. 84.

tekemään ratkaisun laittomasti keskeytetyn menettelyn perusteella. Tällöin muutoksenhaun laiminlyönnin voitaisiin ajatella johtavan koko vahingonkorvauksen epäämiseen. Toisaalta silloinkin on huomioitava, ettei markkinaoikeus voi velvoittaa hankintayksikköä hankintasopimuksen tekemiseen. Muutoksenhaku ei välttämättä tällöinkään rajoittaisi aiheutunutta vahinkoa. Lisäksi on aina otettava huomioon se, että hankinnan sopimuskausi kuuluu muutoksenhaun aikana. Onnistunutkaan muutoksenhaku ei siten välttämättä rajoita vahinkoa.

4.4 Mitä jos reaalikeynojen soveltaminen ei koske koko hankintakautta?

4.4.1 Hankintakauden kuluminen muutoksenhaun aikana

Hankintapäätöksestä tehdyn valituksen käsittely markkinaoikeudessa ja KHO:ssa saattaa kestää useampia vuosia. Tällöin nousee esiin kysymys siitä, voidaanko hankintapäätöstä enää tehokkaasti kumota ja velvoittaa hankintayksikköä virheellisen menettelynsä korjaamiseen, jos hankinta on ollut sidottu tiettyyn ajanjaksoon.

Halonen on reaalikeynojen ensisijaisuutta painottaen katsonut, että kilpailutetun hankinnan sopimuskauden pitäisi jäädä muutoksenhaun ajaksi ”varastoon”, jos hankintapäätöstä ei laiteta täytäntöön, vaikka hankintaa toteutettaisiin muutoksenhaun ajan väliaikaisilla järjestelyillä.³⁵³ Tällainen tulkinta olisi sinänsä perusteltu, jos hankinnan kohteena on esimerkiksi kunnan lakisääteisesti järjestettävä tehtävä, jota sen on jatkossakin hoidettava. Lähtökohtaisesti hankinnan väliaikainen järjestäminen onkin hankintalain 93 §:n (321/2010) nojalla sallittua juuri silloin, kun hankintayksiköllä on lakisääteinen velvollisuus hankittavan palvelun järjestämiseen³⁵⁴.

Toisissa tilanteissa tulkinta kuitenkin johtaisi ei-toivottaviin lopputuloksiin. Valitusprosessin jälkeen päädyttäisiin todennäköisesti vain hankintamenettelyn keskeyttämiseen, jos hankintayksikkö ei enää tarvitsisi ”varastossa” ollutta hankintaa. Olisi myös periaatteessa erikoista, jos esimerkiksi ”vuosille 2016–2017” kilpailutettua hankintaa alettaisiin muutoksenhaun jälkeen toteuttaa vuonna 2018.

³⁵³ Vrt. Saarinen 2008, s. 76–77 ja Halonen 2015, s. 127.

³⁵⁴ Ks. HE 190/2009 vp, s. 68.

Päätöksissä KHO 2010:19 ja KHO 2010:35 asiaan on otettu selkeältä vaikuttava kanta. Ratkaisujen valossa vaikuttaa selvältä, että hankinnan sopimuskausi kuuluu muutoksenhaun aikana, kun hankintaa hoidetaan väliaikaisin järjestelyin.

KHO 2010:19 ja KHO 2010:35

Kyseessä olivat kahden sairaanhoitopiirin vuodet 2007–2008 ja 2007–2009 käsittäneet hankinnat, joihin hankintayksiköt olivat lisäksi varanneet kahden vuoden optiot. Hankintapäätöksiä ei ollut pantu täytäntöön sitovia sopimuksia tekemällä, vaan hankintoja oli muutoksenhaun ajan hoidettu väliaikaisilla järjestelyillä.

KHO totesi, että kun hankinnan kohteena olleet varsinaiset sopimuskaudet olivat jo kuluneet kokonaan, ei reaalikeynojen soveltaminen voinut tulla asiassa kysymykseen. KHO arvioi hyvitysmaksun edellytyksiä. Reaalikeynoja sovellettiin siltä osin kuin tarjouspyynnöissä varattuja optiokausia oli vielä jäljellä.

Hankintalain 95.1 §:ssa ei ole mainittu hankintakauden kulumista muutoksenhaun aikana tilanteena, jossa hyvitysmaksu voisi tulla määrättäväksi. Hyvitysmaksun määräämistä voidaan tällöin kuitenkin puoltaa. Lainsäätäjä on huomionnut hyvitysmaksun olevan määrättävissä muutoksenhaun keston estäessä reaalikeynojen käytön ja lisännyt näitä tilanteita varten hankintalain 95.1 §:ään 3 virkkeen.³⁵⁵ Hyvitysmaksusäännöksen esitöissä on jo aiemmin todettu hyvitysmaksun tulevan sovellettavaksi, kun “markkinaoikeudella ei olisi käytettävissään” reaalikeynoja laittomaan menettelyyn puuttumiseen.³⁵⁶ Tämän valossa hyvitysmaksun määräämisen kannalta olennaista onkin se, että reaalikeynojen käyttäminen on mahdotonta – sen ei välttämättä tarvitse johtua hankintasopimuksen solmimisesta.

Hankintalain 93 §:n 2 momentin mukaan hankinnan väliaikainen järjestäminen muutoksenhaun ajaksi ei saa estää reaalikeynojen käyttöä. Säännös kuitenkin edellyttää vain, että hankintayksikön on rajoitettava väliaikaisjärjestely päätymään markkinaoikeuden tai KHO:n antamaan ratkaisuun tai viimeistään siihen, kun menettelyssä mahdollisesti ollut virhe on annetun ratkaisun perusteella korjattu.³⁵⁷ Säännös ei siten vaikuta omaksuttuun tulkintaan.

Hyvitysmaksun määräämistä voidaan puoltaa myös reaalisin argumentein. Jos muutoksenhaun jälkeen tehtävä uusi hankintapäätös kattaa vain osan alun perin kilpailutetusta hankinnasta, olisi asianmukaista, että virheen johdosta osan hankintakautta menettänyt tarjoaja saisi tältä osin hyvitysmaksua.

Tuoreessa ratkaisussa KHO 2015:149 on omaksuttu erilaiselta vaikuttava kanta. Hyvitysmaksun edellytyksiä ei arvioitu, vaan KHO totesi reaalikeynojen soveltamisen tulevan kysymykseen. Ratkaisuselosteesta ei käy ilmi, että hankintaa olisi toteutettu väliaikaisin järjestelyin.

³⁵⁵ Ks. HE 190/2009 vp, s. 70.

³⁵⁶ HE 190/2009 vp, s. 69 ja HE 50/2006 vp, s. 119. Samansuuntaisesti myös TaVM 24/1997 vp, s. 3.

³⁵⁷ HE 190/2009 vp, s. 68.

Tästä voitaisiin vetää johtopäätös, ettei hankinnan sopimuskausi kulu muutoksenhaun aikana vaan on kilpailutettavissa kokonaan uudestaan, jos väliaikaisia järjestelyjä ei ole käytetty.

KHO 2015:149

Hankinnan sopimuskaudeksi oli ilmoitettu 1.6.2013–31.12.2016. Hankintapäätöstä ei ollut pantu täytäntöön hankintasopimusta tekemällä. KHO totesi, että hankintakaudesta oli siten jäljellä vielä noin yksi kolmasosa ja näin ollen asiassa tuli kysymykseen reaalikeynojen määrääminen.

Reaalikeynojen soveltaminen on kuitenkin tällaisissa tapauksissa ongelmallista, jos hankintayksikkö ei enää tarvitsekaan hankinnan kohdetta eikä kilpailuta sitä uudelleen. Tällöin reaalikeynot eivät tarjoa todellista oikeussuojaa. Johtopäätöstä, jonka mukaan hankinnan sopimuskauden kulumisen muutoksenhaun aikana riippuisi hankinnan väliaikaisesta järjestämisestä, voidaan siten pitää ongelmallisena. Ratkaisun valossa on myös hieman epäselvää, onko KHO todella tarkoittanut tällaista. KHO:n toteamus ”hankintakaudesta on siten jäljellä noin yksi kolmasosa” viittaa siihen, että hankinnan sopimuskausi kului tässäkin tapauksessa ja vain jäljellä ollut kolmasosa oli kilpailutettavissa uudelleen muutoksenhaun jälkeen. Olisi-kin täysin epä johdonmukaista, että hankintakauden katsottaisiin kuluvan muutoksenhaun aikana vain silloin, jos se ehtii kulua kokonaan, mutta muissa tapauksissa ei.

Hyvitysmaksu pitäisi siten olla määrättävissä, vaikkei hankintasopimusta olisi tehty, jos hankintamenettelyn keskeyttämistä koskeva päätös katsotaan lainvastaiseksi vasta kun ainakin osa hankinnan kohteena olleesta sopimuskaudesta on muutoksenhaun aikana jo kulunut³⁵⁸. Hyvitysmaksua ei kuitenkaan välttämättä hankintalain 95.1 §:n 3 virkkeen johdosta määrätä. Lainkohdan mukaan hyvitysmaksu voidaan jättää määräämättä, jos hankintayksikkö on pidättänyt hankintapäätöksen täytäntöönpanosta markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi.

Hyvitysmaksun rangaistusluonteisuuden takana oli tarve rankaista hankintayksikköjä siitä, että ne hankintasopimuksen tekemisellä tietoisesti estivät tehokkaan muutoksenhaun. Tätä tarvetta ei ole, kun hankintayksikkö ei edes yritä solmia hankintasopimusta. Hyvitysmaksun määräämistä voidaan näissä tilanteissa perustella siten lähinnä muutoksenhakijan korvauksen tarpeella. Toisaalta muutoksenhakijoiden oikeussuojaa turvaa tällöinkin hankintalain vahin-

³⁵⁸ Vrt. kuitenkin MAO 289/13, jossa markkinaoikeus ei mitenkään huomionnut sitä, että sen kumotessa keskeyttämispäätöksen oli hankintakaudesta 2013–2016 kulunut jo puoli vuotta.

gonkorvaussäännös³⁶⁵. Hyvitysmaksun määräämättä jättämistä voitaneen pitää suotavana, kun reaalikeynojen soveltamisen mahdottomuus ei johdu hankintayksiköstä.³⁶⁶

Hyvitysmaksun määräämättä jättämistä koskeva säännös on epäilemättä tarkoitettu tilanteisiin, joissa hankintayksikkö sinänsä haluaa tehdä hankintasopimuksen, mutta pidättäytyy siitä valitusprosessin ajaksi ja näin mahdollistaa reaalikeynojen käytön. En kuitenkaan näe syytä, miksei säännöstä voitaisi soveltaa myös hankintayksikön keskeytettyä menettelyn hankintaa tekemättä. Tällöinkään reaalikeynojen soveltamiskelvottomuus ei johdu hankintayksikön syyksi luettavasta seikasta, vaan valitusprosessin kestosta.

Myös vahingonkorvausasioissa on lähdetty siitä, että hankinnan sopimuskausi kuluu muutoksenhakuprosessin aikana ja vahingonkärsijä voi saada korvausta tältä osin menettämästään liikevoitosta.

KKO 23.8.2005 T 1921

A oli osallistunut Tammisaaren kaupungin järjestämään tarjouskilpailuun kaupungin sairaankuljetuspalvelujen hoitamisesta. Kaupunki oli ensin päättänyt jatkaa toimintaa pelastuslaitoksensa toimesta ja hylätä A:n tarjouksen. Kilpailuneuvosto ja KHO kuitenkin kumosivat hankintapäätöksen ja palauttivat asian kaupungille. Uudessa käsittelyssä kaupunki hylkäsi A:n tarjouksen alihintaisena, mutta Kilpailuneuvosto kumosi tämänkin päätöksen. Lopulta kaupunki hyväksyi A:n tarjouksen ja teki tämän kanssa kolmivuotisen sopimuksen sairaankuljetuspalvelujen hoitamisesta. Hankintasopimus tuli voimaan 1.8.2002.

Sairaankuljetustoiminta olisi alkuperäisen tarjouskilpailun perusteella voitu siirtää A:n hoidettavaksi 1.7.1999 alkaen. Alemmissä oikeusasteissa A:lle oli tuomittu vahingonkorvausta saamatta jääneestä liikevoitosta A:n vaatimalta ajalta 1.7.1999–31.12.2000. KKO:ssa arvioitiin vain sitä, oliko vahingonkorvauskanne menettänyt perusteensa A:n saatua hankintasopimuksen vuonna 2002. Kaupunki väitti, ettei A sopimuksen sittemmin saatuaan ollutkaan kärsinyt vahinkoa vaan liikevoiton saaminen oli vain viivästynyt.

KKO totesi vuonna 2002 tehdyn sopimuksen merkitystä arvioidessaan huomioineensa kaupungin kansanterveystlain (66/1972) mukaisen velvollisuuden hankinnan kohteena olleiden sairaankuljetuspalveluiden jatkuvaan järjestämiseen ja sen, että tarjouspyynnön voitiin katsoa tarkoittaneen toistaiseksi voimassa olevaa sopimusta. KKO:n mukaan tehty hankintasopimus ei ollut vähentänyt sitä vahinkoa, joka A:lle oli kaupungin virheellisen menettelyn johdosta 1.7.1999–31.12.2000 välisenä aikana aiheutunut eikä vahingonkorvausta ollut siten syytä alentaa.

Positiivisen sopimusedun mukaisella korvauksella kantaja saatetaan siihen asemaan, jossa tämä olisi ollut saatuaan sopimuksen ilman virheellistä menettelyä. Tällöin täytyy verrata vahingonkärsijän valitusprosessin jälkeen hankintasopimuksesta mahdollisesti saamaa liike-

³⁶⁵ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 673–674.

³⁶⁶ Vrt. Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 426, jotka suosittelevat hyvitysmaksun määräämättä jättämistä vain poikkeuksellisissa tilanteissa, sillä tällöin ei oteta huomioon muutoksenhakijan oikeussuojan tarvetta.

voittoa siihen liikevoittoon, jonka vahingonkärsijä olisi hankintasopimuksesta kokonaisuudessaan saanut, mikäli hankintayksikkö olisi menetellyt virheettömästi. Kun lähdetään siitä, että hankinnan sopimuskausi kuluu muutoksenhakuprosessin aikana, ei merkityksellistä ole se, onko hankintaa toteutettu muutoksenhaun aikana, vaan se, miltä osin tarjoaja saa alun perin kilpailutetun hankinnan toteutettavakseen muutoksenhakuprosessin jälkeen.³⁶⁷ Kantaja on siten oikeutettu vahingonkorvaukseen menetetyistä liikevoitosta valitusprosessin aikana kulu- neen sopimuskauden ajalta, mutta ei enää saatuaan sopimuksen jäljellä olevan sopimuskauden ajaksi. KKO:n ratkaisu onkin tässä mielessä aivan oikea.

Tapauksessa on kuitenkin mielenkiintoista se, että KKO katsoi tarjouspyynnön tarkoittaneen toistaiseksi voimassa olevaa sopimusta, vaikka hankintasopimus tehtiin lopulta määräaikaisena. Hankintayksikkö ei voi tehdä rajoittamattoman pitkiä hankintasopimuksia rikkomatta hankintalain mukaista kilpailuttamisvelvollisuuttaan, vaikka toistaiseksi voimassaolevat hankintasopimukset ovatkin sinänsä sallittuja.³⁶⁸ Vahinkoa kärsinyttä tarjoajaa ei siten voida pitää oikeutettuna vahingonkorvaukseen liikevoiton menetyksestä määrittämättömän pitkältä ajanjaksolta, vaikka tarjouspyyntö koskisikin toistaiseksi voimassaolevaa hankintasopimusta. Nyt kantaja sai liikevoittoa tehdyn hankintasopimuksen perusteella kolme vuotta 1.8.2002 lähtien ja lisäksi vahingonkorvausta menetetyistä liikevoitosta vaatimaltaan ajanjaksolta 1.7.1999 alkaen. Tällä logiikalla kantaja olisi siten ollut oikeutettu hankintasopimuksesta saatavaan liikevoittoon yhteensä yli kuuden vuoden ajalta, 1.7.1999–31.7.2005. Herää kysymys, olisiko tämä ollut virheettömän hankintamenettelyn lopputulos. Olisiko kaupunki voinut tehdä kuusivuotisen määräaikaisen hankintasopimuksen tai pitää toistaiseksi voimassaolevaa sopimusta voimassa kuuden vuoden ajan rikkomatta hankintalain mukaista kilpailuttamisvelvollisuuttaan? Mikäli ei, saatettiin kantaja vahingonkorvauksella parempaan asemaan, kuin missä hän olisi ollut virheettömän hankintamenettelyn seurauksena.

Vastaavalla tavalla ratkaisussa Vaasan HO 6.3.2012 S 10/1380 vahingonkorvausta tuomittiin muutoksenhakuprosessin ajalta. Ratkaisun perusteluita voidaan kritisoida, mutta lopputulos on tältä osin oikea.

Vaasan HO 6.3.2012 S 10/1380

³⁶⁷ Vrt. *Halonen* 2015, s. 127. Olen Halosen kanssa täysin samaa mieltä siitä, että korvausta ei pidä määrätä kuin siltä osalta hankintaa, jota ei voida muutoksenhaun jälkeen palauttaa kilpailun piiriin. Toisin kuin hän, lähdän kuitenkin edellä esitetyllä tavalla siitä, että hankinnan sopimuskausi kuluu muutoksenhaun aikana. Vrt. myös *Saarinen* 2008, s. 136–137, joka piti ratkaisussa ratkaisevana juuri palvelujen lakisääteisyttä.

³⁶⁸ Ks. MAO 101/12.

Hankintayksikkö oli kilpailuttanut kiinteistöhoitopalveluita 1.10.2006 alkavaksi kolmivuotiskaudeksi. KHO kumosi alkuperäisen hankintapäätöksen 25.5.2009, minkä jälkeen hankintayksikkö järjesti uuden tarjouskilpailun, jonka tarjousaika päättyi 20.1.2010. Hankintayksikkö katsoi, ettei se ollut korvausvastuussa, koska se ei ollut laittanut valituksenalaista hankintapäätöstä täytäntöön.

Hovioikeus kuitenkin totesi, etteivät kilpailutetut kiinteistöhoitotehtävät olleet riippuvaisia hankinnan aikataulusta vaan ne oli hoidettava jatkuvasti. KHO antoi päätöksensä vasta hankintakauden loppupuolella ja hankintayksikkö oli hoitanut kilpailutuksen kohteena olleet tehtävät koko valitusmenettelyn ajan väliaikaisella sopimuksella lainvastaisella päätöksellä valitsemansa tarjoajan kanssa. Hovioikeus katsoi näissä olosuhteissa hankintayksikön tosiasiaissa laittaneen lainvastaisen hankintapäätöksen täytäntöön. Hovioikeus totesi, ettei hankintapäätöksen täytäntöönpanolla, tai sillä, ettei kantaja ollut osallistunut uuteen tarjouskilpailuun, ollut tämän takia merkitystä.

Hankintalain mukainen hankinnan väliaikainen järjestäminen muutoksenhaun aikana ei tarkoita hankintapäätöksen täytäntöönpanoa. Kantajalle aiheutuu kuitenkin alkuperäisestä virheellisestä hankintapäätöksestä vahinkoa siltä osin kuin tämä menettää liikevoiton muutoshakuprosessin ajalta. Näin ollen hovioikeuden johtopäätös hankintapäätöksen täytäntöönpanon, tai oikeammin hankinnan väliaikaisen järjestämisen, vaikutuksen osalta on oikea.

Sille, ettei kantaja ollut osallistunut muutoksenhaun jälkeen järjestettyyn uuteen tarjouskilpailuun, voitaisiin sen sijaan normaalitapauksessa antaa painoarvoa vahingonkäräjien vahingonrajoittamisvelvollisuuden näkökulmasta. Tässä tapauksessa tällä ei kuitenkaan kahdestakaan syystä ollut merkitystä. Ensinnäkin uudessa hankintamenettelyssä vahingonkäräjä olisi voinut saada sopimuksen vasta koko alkuperäisessä hankintamenettelyssä kilpailutetun hankintakauden kuluttua. Uuteen menettelyyn osallistuminen ei siis olisi rajoittanut vahinkoa tältä osin. Toiseksi kantaja oli virheellisen hankintapäätöksen johdosta joutunut lopettamaan koko liiketoimintansa, eikä siten olisi edes voinut osallistua uuteen hankintamenettelyyn.

Lopputuloksena voidaan todeta, että vaikka virheellinen keskeyttämisspätös kumottaisiin eikä sitovaa hankintasopimusta olisi tehty, voi tarjoaja saada hyvitysmaksua ja vahingonkorvausta siltä osin kuin kilpailutetun hankinnan sopimuskausi on muutoshakuprosessin aikana ehtinyt jo kulua. Hyvitysmaksu saatetaan tällöin kuitenkin hankintalain 95.1 §:n nojalla jättää määräämättä. Oikeutta korvaukseen ei sen sijaan ole siltä osin, kuin tarjoaja pääsee toteuttamaan alun perin kilpailutetun hankinnan.

4.2.4 Tehottomuusseuraamus tai sopimuskauden lyhentäminen ei kata kaikkia sopimusvelvoitteita

Jos markkinaoikeus EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa määrää tehottomuusseuraamuksen, muuttuu hankintapäätös käytännössä vaikutuksettomaksi ja markkinaoikeus voi samalla käyttää reaali-keinoja. Markkinaoikeus voi kuitenkin hankintalain 96.4 §:n (321/2010) mukaan määrätä tehottomuusseuraamuksen koskemaan vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita ja hankintalain 97 §:n (321/2010) nojalla jättää tehottomuusseuraamuksen määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Näissäkin tapauksissa reaali-keinoja ei siten voida soveltaa koko kilpailutetun sopimuksen osalta, joten edellä esitettyä mukailten voitaisiin ajatella, että hyvitysmaksua voitaisiin määrätä siltä osin kuin sopimusvelvoitteet on jo ehditty täyttää tai jos tehottomuusseuraamusta ei määrätä.

Tehottomuusseuraamuksen lisäseuraamuksena on kuitenkin säädetty valtiolle maksettavasta seuraamusmaksusta juuri siitä syystä, että pelkän tehottomuusseuraamuksen vaikutukset saattavat jäädä pieniksi, kun sopimusvelvoitteita on jo täytetty.³⁶⁹ Myös seuraamusmaksu nähdään hankintalain esitöissä hyvitysmaksuun nähden ensisijaisena oikeussuojakeinona,³⁷⁰ mikä puhuisi sitä vastaan, että hyvitysmaksua voitaisiin tällöin määrätä. Toisaalta se, että hankintayksikkö välttäisi hyvitysmaksun tekemällä hankintasopimuksen muutoksenhausta huolimatta ja vieläpä lainvastaisesti, sotisi koko hyvitysmaksujärjestelmän alkuperäistä ajatusta vastaan. Ratkaisuissa MAO 510/12 ja MAO 200/13 hyvitysmaksun määräämisedellytyksiä onkin arvioitu. Ensimmäisessä tapauksessa tehottomuusseuraamus koski vain osaa hankintasopimuksesta, jälkimmäisessä tehottomuusseuraamusta ei hankintalain 97 §:n nojalla määrätty.

Näin ollen hyvitysmaksu voidaan määrätä myös silloin, kun hankintayksikkö on EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa ensin lainvastaisesti keskeyttänyt hankintamenettelyn ja sitten uuden menettelyn seurauksena tehnyt hankintasopimuksen, jota tehottomuusseuraamus ei kata kokonaan. Vastaavalla tavalla tarjoajalla on mahdollisuus vahingonkorvaukseen menetetystä liikevoitosta siltä osin kuin hän saa vain osaa sopimusvelvoitteista koskevan tehotto-

³⁶⁹ HE 190/2009 vp, s. 72.

³⁷⁰ *ibid.*, s. 69.

muusseuraamuksen jälkeen ainoastaan jäljellä olevan osan alun perin kilpailutetusta hankinnasta toteutettavakseen³⁷¹.

³⁷¹ Vastaavasti *Ponzo* 2011, s. 105.

5 Syy-yhteys lainvastaisen keskeyttämisen ja aiheutuneen vahingon välillä

5.1 Syy-yhteysproblematiikasta menettelyn keskeytyessä

5.1.1 Lähtökohtia

Korvausvelvollisuuden syntymisen edellytyksenä on vastuuperusteen ja korvattavan vahingon olemassaolon lisäksi myös niiden välinen syy-yhteys.³⁷² Syy-yhteyttä tarkastellaan yksinkertaisimmillaan klassisen *condition sine qua non* -opin, eli välttämättömän syyn opin, avulla. Arvioitaessa välttämätöntä syytä kysytään, olisiko vahinko aiheutunut, jos sen syyksi epäiltyä tapahtumaa ei olisi sattunut.³⁷³ Tarkasteltaessa sitä hypoteettista tapahtumainkulkua, joka olisi toteutunut ilman arvioitavaa syytä, voidaan suunnata huomio siihen, että syyn tilalle olisi tullut joko toimijan passiivisuus taikka norminmukainen tai muuten normaalina pidettävä käyttäytyminen seuraamuksineen.³⁷⁴

Julkisissa hankinnoissa on kyse hankintojen kilpailuttamisesta, jossa hankintayksikön on meneteltävä hankintalainsäädännön mukaisesti. Mikäli hankintayksikkö rikkoo hankintalainsäädäntöä valitessaan tarjouskilpailun voittajan tai keskeyttäessään hankintamenettelyn sopimusta tekemättä, verrataan toteutunutta tapahtumainkulkua siihen, miten menettely olisi päättynyt, jos hankintayksikkö olisi menetellyt säännösten mukaisesti. Korvauksen tuomitsemiseksi ei riitä pelkästään se, että hankintalakia on rikottu ja että korvauksenvaativalle on syntynyt vahinkoa. Vahingon on myös johduttava virheellisestä menettelystä. Tämän merkitys on nähtävissä konkreettisesti ratkaisussa KKO 2011:54.

KKO 2011:54.

Tiehallinto oli menetellyt hankintasäännösten vastaisesti jättäessään ilmoittamatta tarjoajille hankinnan keskeyttämisestä. KHO:n ratkaisun perusteella oli myös selvää, että Tieliikelaitoksen olisi kuulunut keskeytetyssä hankintamenettelyssä saada hankintasopimus. Sille oli siten syntynyt positiivisen sopimusedun mukainen vahinko urakan mentyä hankintamenettelyn keskeyttämisen jälkeen uudessa tarjouskilpailussa toiselle tarjoajalle. Vahingonkorvausta ei kuitenkaan tuomittu. KKO:n mukaan hankintamenettelyn keskeyttäminen, uuden aloittaminen ja toisen tarjoajan valinta eivät itsessään olleet hankintalain vastaisia. Tieliikelaitos oli myös tosiasiassa tiennyt hankintamenettelyn keskeyttämisestä ja olisi voinut hakea sitä koskevaan päätökseen muutosta. Tiehallinnon menettelyvirhe ei siten ollut syy-yhteydessä Tieliikelaitokselle aiheutuneeseen vahinkoon.³⁷⁵ Vahinko olisi syntynyt, vaikka Tiehallinto olisi asianmukaisesti ilmoittanut ensimmäisen hankintamenettelyn keskeyttämisestä.

³⁷² *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 335.

³⁷³ *Hemmo* 2005, s. 112 ja *Ståhlberg – Karhu* 2013, s. 341–342.

³⁷⁴ *Hemmo* 2005, s. 113.

³⁷⁵ Ks. KKO 2011:54, kohta 16 ja *Halonen Oikeustieto* 6/2011, s. 6.

5.1.2 Aiheutuuko laittomasta keskeyttämisestä vahinkoa?

Keskeyttämistapausten osalta Andersson on katsonut positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen olevan käytännössä mahdoton. Tämä johtuu hänen mukaansa siitä, että on ongelmallista näyttää syy-yhteyttä virheen ja vahingon välillä, kun menettely ei pääty sopimukseen, jonka mukaisen voiton kantajan voitaisiin katsoa menettäneen. Samasta syystä Andersson pitää myös valmistelukustannusten korvaamista ongelmallisena. Kun hankintamenettely ei pääty sopimukseen, on vaikea katsoa virheen vaikuttaneen mahdollisuuksiin saada sopimus. Andersson vaikuttaa perustavan kantansa ratkaisuun NJA 2013 s. 762, jossa hankintayksikkö oli keskeyttänyt kaksi hankintamenettelyä muutoksenhakutuomioistuimen kumotua virheelliset hankintapäätökset.³⁷⁶

NJA 2013 s. 762

Muutoksenhakutuomioistuimen oli todennut, että hankintayksikön olisi kahdessa tarjouskilpailussa pitänyt hylätä muut kuin Fidelian tarjoukset, ja määrännyt, että hankintayksikkö sai saattaa hankintamenettelyt loppuun vasta hylättyään kyseiset tarjoukset. Hankintayksikkö hylkäsi tarjoukset ja keskeytti hankintamenettelyn. Fidelia vaati hankintayksiköltä vahingonkorvausta hankintamenettelyssä sattuneista virheistä.

HD totesi, että vahingonkorvausvastuu on olemassa, jos vahinkoa ei saada muutoksenhaussa estettyä. HD kuitenkin katsoi, etteivät väärät hankintapäätökset perustaneet Fidelialle oikeutta korvaukseen menetetyistä liikevoitosta. HD:n mukaan sellainen vahinko syntyy vasta, kun virheellisen hankintapäätöksen seurauksena tehdään sopimus: vastuuperuste on siten sopimuksen tekeminen. HD hylkäsi myös toissijaisen vaatimuksen valmistelukulujen korvaamisesta. HD:n mukaan hankintapäätösten korjaaminen johti siihen, että Fidelia oli samassa tilanteessa kuin jos hankintayksikkö olisi alun alkaenkin hylännyt muut tarjoukset. Lainvastaisten päätösten ei siten voitu katsoa vaikuttaneen Fidelian mahdollisuuksiin saada hankintasopimus.

Vastaavankaltaista tilannetta on Suomessa arvioitu Turun HO:n ratkaisussa 26.10.2010 S 09/1325.

Turun HO 26.10.2010 S 09/1325

Markkinaoikeus oli kumonnut lainvastaisen hankintapäätöksen ja edellyttänyt, että mikäli hankintayksikkö aikoo toteuttaa hankinnan, on sen tehtävä uusi ja asianmukaisesti perusteltu hankintapäätös, jossa huomioidaan markkinaoikeuden päätöksessä mainitut seikat. Tämän jälkeen hankintayksikkö oli keskeyttänyt hankintamenettelyn ja todennut luopuvansa hankinnan toteuttamisesta, koska se ei ollut sille enää tarpeellinen.

Alkuperäisestä hankintapäätöksestä valittanut tarjoaja nosti vahingonkorvauskanteen. Hovioikeus määräsi hankintayksikön maksamaan kantajalle vahingonkorvausta tarjousmenettelystä aiheutuneista kuluista, kun tämä oli osoittanut omanneensa todellisen mahdollisuuden voittaa virheetön tarjouskilpailu. Saamatta jäänyttä liikevoittoa koskeva vaatimus hylättiin, koska virheettömän hankintamenettelyn lopputulosta ei voitu varmuudella arvioida, eikä yhtiö siten ollut näyttänyt, että se olisi saanut hankintasopimuksen, jos hankintayksikkö ei olisi menetellyt hankintalainsäädännön vastaisesti.

³⁷⁶ Vrt. Andersson UrT 1/2014, s. 19 ja 30–31.

Ratkaisut vaikuttavat ensisilmäyksellä ristiriitaisilta, mutta eivät oikeastaan ole sitä. Jos virheellinen hankintapäätös saadaan ennen hankintasopimuksen tekemistä kumottua, on hankintamenettelyn ratkaisu edelleen ”auki”, eikä virheellisestä menettelystä aiheudu vahinkoa saamatta jääneenä voittona tai turhina valmistelukustannuksina. HD:n ratkaisua voidaan sinänsä pitää täysin oikeana. Hankintamenettely palautettiin siihen pisteeseen, jossa se olisi ollut ilman virheellistä menettelyä: vain Fidelian tarjous oli tarjouspyynnön mukainen. Se, ettei Fidelia saanut hankintasopimusta ei johtunut hankintayksikön virheellisestä menettelystä, vaan hankintamenettelyn keskeyttämisestä. Aina näin ei kuitenkaan ole, ja myös Turun HO:n ratkaisua voidaan pitää oikeaan osuneena. Tuossa tapauksessa hankintayksikkö olisi virheettömässä hankintamenettelyssä tehnyt hankinnan parhaan tarjouksen jättäneeltä tarjoajalta, eikä keskeyttänyt menettelyä muutoksenhaun jälkeen hankinnan viivästyisestä johtuen. Virheellisestä menettelystä aiheutui siten vahinkoa riippumatta siitä, oliko hankintamenettelyn keskeyttäminen sittemmin lainmukaista vai ei.

Kummassakaan ratkaisussa ei kuitenkaan ollut kysymys siitä, oliko menettelyn keskeyttäminen itsessään lainmukaista.³⁷⁷ Lainvastaisen keskeyttämisen ja aiheutuneen vahingon välisen syy-yhteyden osalta voidaan palata samoihin huomioihin, joita on esitetty jo aiheutuneen vahingon määrittämistä koskeneessa alajaksossa 4.1.3. Hankintamenettelyn keskeyttäminen on yleensä lainvastaista vain silloin, kun hankintayksikkö pyrkii keskeyttämisestä huolimatta tavalla tai toisella tosiasiaassa toteuttamaan hankinnan. Hankintayksikön norminmukaisena toimintana on tällöin pidettävä sitä, että hankintayksikkö olisi tehnyt sopimuksen parhaan tarjouksen ensimmäisessä tarjouskilpailussa jättäneen tarjoajan kanssa.

Tilanne on mielestäni sama, vaikkei hankintayksikkö keskeyttämisen jälkeen pyrkisi hankinnan toteuttamiseen. Arvioitaessa positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta on olennaista yleensäkin arvioida sitä sopimusta, joka korvausta vaativan tarjoajan ja hankintayksikön välille olisi virheettömässä menettelyssä syntynyt – merkitystä ei tältä osin ole sillä hankintasopimuksella, joka virheellisessä menettelyssä mahdollisesti on syntynyt hankintayksikön ja toisen tarjoajan välille. Laittomasti keskeytetyssä menettelyssä parhaan tarjouksen jättänyt tarjoaja menettää hankintasopimuksen ja siitä saatavissa olevan liikevoiton, ellei hän saa sopimusta uudessa menettelyssä. Aiheutunut vahinko on tällöin selkeästi syy-yhteydessä

³⁷⁷ Ks. NJA 2013 s. 762, kohta 18 ja Turun HO 26.10.2010 S 09/1325, s. 6 ja 11. Ks. myös *Andersson Urt* 1/2014, s. 30–31: ”måhända finns i denna formulering, en öppning för framtida skadeståndsdiskussioner i fall av icke sakligt motiverad avbruten av upphandling.”

laittomaan keskeyttämispäätökseen, vaikka uusi menettely itsessään toteutettaisiin lainmukaisesti.

Silloin, kun hankintayksikkö on aloittanut hankintamenettelyn ilman aikomustakaan tehdä hankintasopimusta menettelyn päätteeksi, voitaisiin norminmukaisen käyttäytymisen ajatella tarkoittavan sitä, ettei hankintayksikkö olisi edes aloittanut hankintamenettelyä. Tällöin hankintayksikön virheellinen menettely olisi syy-yhteydessä kaikille tarjoajille menettelyyn osallistumisesta johtuneina kuluina aiheutuneeseen vahinkoon.³⁷⁸ Hankintamenettelyn aloittaminen ei sinällään ole tällöinkaan hankintalainsäädännön vastaista, vain menettelyn keskeyttäminen sopimusta tekemättä on. Vertailtavaksi hypoteettiseksi tapahtumainkuluksi on tällöinkin syytä ottaa se tilanne, että hankintamenettely olisi saatettu päätökseen tekemällä hankintasopimus parhaan tarjouksen jättäneen tarjoajan kanssa.

5.2 Voittomahdollisuus virheettömässä menettelyssä ja eri näyttökynnykset

5.2.1 Positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus – olisi voittanut

Tarjouskilpailussa voi pelkistetysti olla aina vain yksi voittaja. Muut tarjoajat eivät virheettömässäkään menettelyssä olisi saaneet hankintasopimusta ja niille menettelyyn osallistumisesta aiheutuneet kulut olisivat silloinkin jääneet turhiksi³⁷⁹. Periaatteessa vain sen tarjoajan, jonka olisi virheettömässä menettelyssä kuulunut saada hankintasopimus, vahinko on siten syy-yhteydessä hankintayksikön lainvastaiseen keskeyttämispäätökseen.

Sikäli kun vahingonkorvausoikeudenkäynnissä vaaditaan positiivisen sopimusedun korvaamista, tai ylipäättään korvattavaksi muuta vahinkoa kuin valmistelukustannuksia, ei syy-yhteydeltä edellytettävästä todennäköisyyden asteesta ole erikseen säädetty valvontadirektiiveissä tai hankintalaissa. Vanhan hankintalain esitöissä ja toisen valvontadirektiivin johdanto-osiossa on todettu direktiivin 2 artiklan 7 kohdan ja sen implementoivan hankintalain vahingonkorvauspykälän 2 momentin lieventävän korvauksenvaattijan velvollisuutta näyttää että hän olisi voittanut tarjouskilpailun ilman virheellistä menettelyä.³⁸⁰ Nykyisen hankintalain

³⁷⁸ Tämä vastaisi Arrowsmithin esittämää ajatusta siitä, että vahingonkorvausta voisi saada tarjoaja, joka osoittaa, ettei olisi virheettömässä menettelyssä osallistunut tarjouskilpailuun. Ks. *Arrowsmith* 2005, s. 1381. Halonen ei kuitenkaan pidä vahingonkorvausta tällaisissa tapauksissa mahdollisena hankintalain korvausjärjestelmän perusteella. Ks. *Halonen* 2015, s. 123–124.

³⁷⁹ Yleisesti vahingonkäräjistä, kun tarjouksia on pyydetty ilman sopimuksentekotarkoitusta ks. *Hemmo* 2003a, s. 219–220.

³⁸⁰ Ks. *HE 154/1992 vp*, s. 14 ja toisen valvontadirektiivin johdanto-osio.

vahingonkorvaussäännöksen on katsottu vastaavan vanhan hankintalain vahingonkorvaussäännöstä.³⁸¹ Vastaavanlaisia ”olisi voittanut tarjouskilpailun” tai ”on menettänyt sopimuksen” -ilmaisuja on käytetty myös EUYT:n oikeuskäytännössä sekä kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä.³⁸² Positiivinen sopimusetu kuuluu vain sille tarjoajalle, jonka olisi kuulunut saada hankintasopimus virheettömässä tarjouskilpailussa. Onkin perusteltua edellyttää tällaista korvausta vaativan näyttävän, että nimenomaan hän olisi menestynyt virheettömässä tarjouskilpailussa.

Syy-yhteyden, kuten muidenkaan seikkojen, olemassaololta ei siviiliprosessissa kuitenkaan edellytetä mitenkään täyttä varmuutta.³⁸³ Päinvastoin, syy-yhteyden osalta on katsottu olevan syytä asettaa näyttökynnys sellaiselle tasolle, jolla näyttövaikeudet eivät tee korvaussäännöstä tehottomaksi.³⁸⁴ Tätä edellyttää myös EU-oikeudesta juontuva tehokkuusperiaate. Yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame* ja asiassa C-568/08 *Spijker* annettujen tuomioiden valossa syy-yhteyden arviointi on sekä jäsenvaltion korvausvastuun periaatteen että julkisten hankintojen oikeussuojasääntelyn kannalta alisteinen tehokkuusperiaatteelle, eikä syy-yhteysvaatimus saa siten tehdä korvauksen saamisesta käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Enemmästi syy-yhteysarviointi vaikuttaa kuitenkin jääneen kansallisen lainsäädännön ja tuomioistuinten varaan.³⁸⁵

Ilmaisu ”olisi voittanut” ei sisälläkään varsinaisesti kannanottoa siihen, millaisella todennäköisyydellä kantajan on osoitettava voittaneensa tarjouskilpailun hypoteettisessa virheettömässä menettelyssä. Kirjallisuudessa on katsottu, että näyttökynnyksen ylittymiseen siviiliprosessissa riittää useimmiten jonkinlainen ”järkevä” tai ”kohtuullinen” näyttöenemmyys

³⁸¹ Ks. *HE 50/2006 vp*, s. 122–123, jossa on todettu, että kantajan on näytettävä toteen, että hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Todellisella mahdollisuudella tarkoitetaan kuitenkin pykälän 2 momentissa alennettua näyttökynnystä vaadittaessa korvausta valmistelukustannuksista. Näin myös *Kaisto 2009*, s. 239. Vastaavalla tavalla virheellisesti ilmaisua ”todellinen mahdollisuus” on käytetty ratkaisussa Vaasan HO 6.3.2012 S 10/13.

³⁸² Ks. *Pekkala – Pohjonen 2015*, s. 688, *Virtanen 2008*, s. 813 ja Vaasan HO 28.5.2013 S 12/674 toisen tarjouskilpailun osalta. Ks. myös *Saarinen 2008*, s. 109: ”-- yritys on virheellisen menettelyn seurauksena menettänyt sopimuksen” ja Turun HO 26.10.2010 S 09/1235, jossa on katsottu korvausvastuun edellyttävän, että virheellinen menettely on ollut syynä sopimuksen saamatta jäämiseen. EUYT:n komission korvausvastuuta koskeista ratkaisuista, jotka eivät sinänsä perustu valvontadirektiiveihin, ks. asia T-13/06 *TEAM*, kohta 79 ja asia T-160/03 *AFCOn*, kohdat 112–113, joissa on todettu saamatta jääneen liikevoiton korvaamisen edellyttävän, että kantajalla ”olisi ollut oikeus” saada sopimus.

³⁸³ *Hemmo 2005*, s. 125.

³⁸⁴ *Lappalainen 2001*, s. 346–347.

³⁸⁵ Yhdistyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur ja Factortame*, kohdat 65 ja 67 ja asia C-568/08 *Spijker*, kohdat 87, 91 ja 92.

tietyin oikeustositseikan puolesta verrattuna sen vastakohtaan.³⁸⁶ Syy-yhteyden osalta juttutyy-
pistä riippuen jo suhteellisen vähäinenkin todennäköisyydenemmyys voi olla riittävää.³⁸⁷
Jonkinlaisen todennäköisyydenemmyyden puolesta puhuvat hankintoja koskevassa oikeuskir-
jallisuudessa ja -käytännössä käytetyt ilmaukset, joiden mukaan korvausvastuu aktualisoituu
kantajan osoittaessa, että tämä olisi virheettömässä menettelyssä jokseenkin varmasti, varsin
todennäköisesti, hyvin todennäköisesti tai todennäköisesti voittanut tarjouskilpailun tai että
hän on virheellisen menettelyn johdosta todennäköisesti menettänyt sopimuksen³⁸⁸.

Myöskään esimerkiksi Ranskassa ei edellytetä mitenkään täyttä näyttöä, vaan korvausta mene-
tetystä liikevoitosta voi saada kantaja, jolla olisi ollut ”vakavasti otettava” mahdollisuus tar-
jouskilpailun voittamiseen.³⁸⁹ Portugalissa taas edellytetään näyttöä tarjouskilpailun voittami-
sesta ”kaikella todennäköisyydellä”, mikä käytännössä tarkoittaa lähes varmuutta.³⁹⁰

5.2.2 Hankintamenettelystä aiheutuneet kulut tai hyvitysmaksu – todellinen mahdollisuus

Virheettömän tarjouskilpailun lopputulosta ja siten vastuuperusteen ja vahingon välistä syy-
yhteyttä voi toisinaan olla vaikea osoittaa. Valmistelukustannuksia koskevan vahingonkor-
vausvaatimuksen ja hyvitysmaksun osalta korvauksenvaattijan näyttötaakkaa onkin tältä osin
laskettu.³⁹¹ Hankintalain 107.2 §:n mukaan korvauksenvaattijan on vaatiessaan korvausta
valmistelukustannuksista näytettävä toteen, että hänellä olisi ollut virheettömässä menettelyssä
todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Vastaavasti hyvitysmaksua voidaan hankin-
talain 94.1 §:n 4 kohdan nojalla määrätä asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdolli-
suus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Hankintalain 107.2 §:n säännös perustuu toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohtaan, jossa
on määrätty alennetusta syy-yhteyttä koskevasta näyttövaatimuksesta.³⁹² Hankintalain esitöis-
sä on katsottu myös hyvitysmaksusäännöksessä edellytetyn todellisen mahdollisuuden poh-

³⁸⁶ *Lappalainen* 2012, luku V, alaluku 3., kohta Todistustaakka, Todistustaakka siviiliprosessissa, Näyttökynnys, Joustava näyttökynnys ja *Lappalainen* 2001, s. 347. Vuoden 2016 alusta voimaan tulevan OK 17:2.2:n (732/2015) mukaan seikan asettaminen tuomion perustaksi edellyttää, että asianosainen on esittänyt siitä uskot-
tavan näytön. Myös momentin esitöissä on viitattu järkevään näyttömenemmyyteen ja todettu, ettei oikeustilaa ole
tarkoitettu muuttaa. Ks. *HE 46/2014 vp*, s. 46.

³⁸⁷ *Lappalainen* 2001, s. 346–347.

³⁸⁸ *Kalima* 2001, s. 261, 264 ja 267, *Saarinen* 2008, s. 110, Vaasan HO 28.5.2013 S 12/674 ensimmäisen tar-
jouskilpailun osalta ja *Halonen* 2015, s. 124.

³⁸⁹ *Gabayet* 2011, s. 10.

³⁹⁰ *Eiró – Mealha* 2011, s. 48–49.

³⁹¹ *HE 50/2006 vp*, s. 123 ja *HE 154/1992 vp*, s. 14.

³⁹² *Leffler* PPLR 4/2003, s. 160 ja *Caranta* 2011, s. 171.

jautuvan kyseiseen kohtaan sekä hyvitysmaksu- ja vahingonkorvaussäännöksissä edellytettävien todellisten mahdollisuuksien vastaavan toisiaan.³⁹³

Toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohdan mukaan vaadittaessa vahingonkorvausta tarjouksen teon tai sopimuksentekomenettelyyn osallistumisen aiheuttamista kuluista korvauksen vaattijaa voidaan vaatia osoittamaan vain, että hankintalainsäädäntöä on rikottu, että hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus saada sopimus, ja että virheellisen menettelyn vuoksi tämä mahdollisuus ei ole toteutunut. Direktiivin johdanto-osiossa on todettu, että korvauksen vaattijan ei tällöin tarvitse näyttää, että ilman virheellistä menettelyä sopimus olisi tehty hänen kanssaan. EUYT on vastaavankaltaisesti katsonut asiassa T-13/96 *TEAM* tarjouspyyntömenettelyyn osallistumisesta aiheutuvien kulujen tulevan korvattavaksi, jos virheellinen menettely on vaikuttanut tarjoajan mahdollisuuksiin saada sopimus.³⁹⁴

Edellä käsitellyssä asiassa C-568/08 *Spijker* annetusta ratkaisusta ei pitäisikään suoraan päätellä, etteivät valvontadirektiivit aseta mitään vaatimuksia syy-yhteydeltä edellytettävälle näytölle. Ennakkoratkaisukysymys koski tuossa tapauksessa ennen kaikkea aiheutuneen vahingon toteamista ja sen suuruuden määrittämistä, ei syy-yhteyttä. Ratkaisu ei myöskään koskenut toisen valvontadirektiivin soveltamista. Myös julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen valossa toisen valvontadirektiivin 2 artiklan 7 kohta ei ehkä muutoin rajaa jäsenvaltioiden itsemääräämisoikeutta, mutta valmistelukustannuksia koskevan korvausvaatimuksen osalta siinä kyllä määrätään syy-yhteydeltä edellytettävästä alennetusta näyttökynnyksestä.³⁹⁵ Ratkaisuehdotuksessa ei muutoinkaan suljeta pois mahdollisuutta, että valvontadirektiiveissä puututtaisiin syy-yhteyden osoittamiseen, joskin tähän suhtaudutaan varauksellisesti.³⁹⁶ Tässä mielessä onkin erikoista, että juuri asiaan C-568/08 *Spijker* viitaten KKO katsoi ennakkoratkaisun pyytämisen todellisen mahdollisuuden käsitteestä olevan tarpeetonta.³⁹⁷

³⁹³ *HE 50/2006 vp*, s. 119 ja *HE 69/1997 vp*, s. 21.

³⁹⁴ Asia T-13/96 *TEAM*, kohdat 74–75 ja asia T-160/03 *AFCon*, kohdat 98–103. Komission korvausvastuuta koskeneet ratkaisu eivät kuitenkaan sinänsä perustunu valvontadirektiiveihin.

³⁹⁵ Julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohdat 96–97. Vrt. kuitenkin KKO 2015:11, kohta 11.

³⁹⁶ Ks. julkisasiamies Villalónin ratkaisuehdotus asiassa C-568/08 *Spijker*, kohdat 101–104.

³⁹⁷ Ratkaisussa otettiin kantaa erityisesti siihen todennäköisyyteen, jolla korvauksenhakijan pitäisi osoittaa voittaneensa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä vaatiessaan korvausta valmistelukuluista. Täten vaikuttaa siltä, että ”kysymyksellä” tarkoitetaan nimenomaan tai ainakin syy-yhteydeltä edellytettävää näyttöä, vaikkei KKO sitä suoraan sanokaan.

Millaista todennäköisyyttä tarjouskilpailun voittamisesta “todellinen mahdollisuus” sitten käytännössä tarkoittaa, on epäselvää. Lienee kuitenkin selvää, että vahingonkärsijän syyteyhteyttä koskeva näyttötaakka on tällöin selkeästi tavallista matalampi.³⁹⁸ Jo tehokkuusperiaate edellyttää, ettei korvauksen saaminen saa olla suhteettoman vaikeaa. Kun tähän lisätään se, että näyttökynnystä on haluttu tietoisesti alentaa, ei näyttökynnyksen pitäisi olla kovinkaan korkealla korvausvaatimuksen koskiessa valmistelukustannuksia tai vaadittaessa hyvitysmaksun määräämistä.

Hankintalain esitöissä ei selvennetä, miten paljon näyttötaakkaa on normaaliin verrattuna kevennetty. Hyvitysmaksusäännöksen ja hankintalain 107.2 §:n on katsottu vastaavan vanhan lain vastaavia säännöksiä³⁹⁹ ja todellista mahdollisuutta edellyttävät sanamuodot ovatkin säilyneet vanhaan hankintalakiin nähden samanlaisena. Valmistelukustannuksia koskevan vahingonkorvauksen osalta vanhan lain esitöissä on todettu kantajan olevan velvollinen näyttämään, että hän olisi “melko varmasti” voittanut tarjouskilpailun ja että näyttökynnys on tällöin “huomattavasti korkeampi kuin pelkkä todennäköisyys”.⁴⁰⁰ Hyvitysmaksua saadaakseen valittajan taas pitäisi esitöiden mukaan osoittaa, että hän olisi “jokseenkin varmasti” voittanut tarjouskilpailun.⁴⁰¹ Lausumat viittaavat siihen, että korvauksen vaatijan tulisi esittää omanneensa korkeampi todennäköisyys virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen vaatiesaan vahingonkorvausta valmistelukuluista kuin vaatiessaan hyvitysmaksua. Tällaista tulkintaa ei voida puoltaa, sillä säännösten sanamuoto on yhtenevä ja niiden on myös esitöissä katsottu vastaavan toisiaan. Säännöksiä pitäisikin tulkita samalla tavalla.⁴⁰²

KHO ei ole hyvitysmaksun edellytyksiä koskevassa käytännössään tarkemmin määritellyt, mitä todellisella mahdollisuudella tarkoitetaan. Vakiintuneesti KHO vain toteaa, että valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen, tai sitten ei.⁴⁰³ Valmistelukustannuksia koskevan vahingonkorvausvaatimuksen osalta Turun HO on katsonut ratkaisussaan 26.10.2010 S 09/1325, että ei voida vaatia “absoluuttista näyttöä” tarjouskilpailun voitosta. KKO taas katsoi ratkaisussaan KKO 2015:11 todellisen mahdollisuuden tarkoittavan “varteenotettavaa todennäköisyyttä” voittaa tarjouskilpailu. KKO:n mu-

³⁹⁸ Ks. *Caranta* 2011, s. 171 ja 177: ”-- a ”real chance” falls quite short of a standard of proof requiring certainty --” ja ”-- a slim chance will normally be sufficient in order to claim costs incurred in taking part in the procedure.”

³⁹⁹ *HE 50/2006 vp*, s. 119 ja 122 ja *HE 190/2009 vp*, s. 69 ja 78.

⁴⁰⁰ *HE 154/1992 vp*, s. 14.

⁴⁰¹ *HE 69/1997 vp*, s. 21.

⁴⁰² *Saarinen* 2008, s. 80 ja 121.

⁴⁰³ Ks. esim. KHO 2010:35, KHO 2010:19, KHO 2006:49 ja KHO 2003:89.

kaan kyse ei ole siitä, että tarjoajan olisi näytettävä olevansa tarjouskilpailun varma tai ilmeinen voittaja. Riittävää ei toisaalta myöskään ole, että voitto on ainoastaan mahdollinen tai vain todennäköinen.

Erilaisten todennäköisyyden tasoa määrittelevien ilmaisujen merkityssisältö on subjektiivisen tulkinnan varainen.⁴⁰⁴ Yleisesti ottaen todennäköisyyden tasolla olevan näyttökynnyksen on kuitenkin katsottu tarkoittavan sitä, että seikasta on oltava näyttöenemmyys sen vastakohtaan todennäköisyyteen verrattuna.⁴⁰⁵ Näyttöenemmyyden ja ”järkevä” tai ”kohtuullisen” näyttöenemmyyden erona puolestaan voidaan katsoa lisämääreiden ilmentävän sitä, ettei aivan vähäinen näyttöenemmyys riitä seikan ottamiseen tuomion perusteeksi.⁴⁰⁶ Tähän nähden esitöiden ja KKO:n lausumat ovat mielenkiintoisia, sillä ne nostavat voittomahdollisuudelta edellytettävää alennettuakin näyttökynnystä todennäköisyyttä korkeammalle. Voidaan kysyä, jääkö vartenotettavan todennäköisyyden ja järkevä näyttöenemmyyden väliin enää mitään eroa, vai onko hyvitysmaksulta ja valmistelukustannuksia koskevalta vahingonkorvaukselta edellytettävä alennettu näyttökynnys liki identtinen muulta vahingonkorvaukselta edellytettävään tavalliseen näyttökynnykseen nähden.

Tällaista ratkaisua voidaan tuskin pitää ideaalina, vaan näyttökynnysten välillä pitäisi aidosti olla eroa.⁴⁰⁷ Ensinnäkin voidaan huomauttaa, että esitöissä⁴⁰⁸ ja ratkaisussa KKO 2015:11 käytetyt ilmaiset ovat hankintalain ja toisen valvontadirektiivin sanamuotoon verrattuna huomattavasti tiukempia. Todellinen mahdollisuus ei sanamuodon mukaisesti tulkittuna edellyttäisi edes mitenkään erityisen korkeaa todennäköisyyttä.

Ranskassa tarjoaja voi saada korvausta valmistelukustannuksista, kunhan hän ei ollut vaillo mahdollisuutta sopimuksen saamiseen.⁴⁰⁹ Myöskään Saksassa ja Ruotsissa ei edellytetä, että kantajaa pidettäisiin tarjoajista selkeästi kaikkein parhaana.⁴¹⁰

Toiseksi esitöissä on todettu, että hyvitysmaksua voidaan pääsääntöisesti määrätä vain yhdelle valittajalle.⁴¹¹ Tämän valossa hyvitysmaksua, ja siten myös vahingonkorvausta valmistelukus-

⁴⁰⁴ *Lappalainen* 2012, luku V, alaluku 3., kohta Todistustaakka, Todistustaakka siviiliprosessissa, Näyttökynnys, Lakitekstit ja *Lappalainen* 2001, s. 343.

⁴⁰⁵ *Lappalainen* 2001, s. 343. Ks. myös *Saranpää* DL 6/2013, s. 964–965, joka pitää syy-yhteystilanteissa edellytettävää todennäköisyysnäyttöä ja näyttöenemmyysvaatimusta asiallisesti samansisältöisenä. Vrt. *Hemmo* 2005, s. 126–127.

⁴⁰⁶ *Saranpää* DL 6/2013, s. 960.

⁴⁰⁷ Vrt. *Saarinen* 2008, s. 121, jonka mukaan ei voida tehdä suurta eroa kahden näyttöedellytyksen välille.

⁴⁰⁸ Hyvitysmaksun osalta näin *Saarinen* 2008, s. 78 ja vahingonkorvauksen osalta *Kalima* 2001, s. 263.

⁴⁰⁹ Ks. *Gabayet* 2011, s. 9–10: ”-- not having been devoid of a chance of winning the contract.”

⁴¹⁰ Ks. NJA 2000 s. 721 *Burgi* 2011, s. 32: ”-- it is common conception that it is not necessary that the claimant is to be considered the best of all participants.”

tannuksista, pitäisi olla joissakin tilanteissa mahdollista tuomita useammallekin tarjoajalle.⁴¹² Tällaisesta tilanteesta voitaisiin ajatella olevan kyse esimerkiksi silloin, kun hankintamenettelyyn on osallistunut kaksi tasavahvaa tarjoajaa, ja on mahdotonta arvioida, kumman tarjous olisi virheettömässä menettelyssä ollut parempi. Korvauksen tuomitseminen useammalle tarjoajalle ei kuitenkaan ole mahdollista, jos korvauksen saaminen edellyttää aina sitä, että korvauksen vaatijan on osoitettava omanneensa virheettömässä menettelyssä yli 50 %:n todennäköisyys tarjouskilpailun voittamiseen.

5.3 Voittomahdollisuuksien arvioinnista, kun hankintamenettely on keskeytetty laittomasti

5.3.1 Voittomahdollisuuksia koskevat todisteluongelmat

Sekä vahingonkorvauksen että hyvitysmaksun osalta on vahinkoa kärsineen tarjoajan vastuulla näyttää, että hänellä olisi ollut mahdollisuus menestyä virheettömässä hankintamenettelyssä.⁴¹³ Tästä päästään todisteluongelmiin, jotka ovat yleensäkin syy-yhteysproblematiikan ytimessä.⁴¹⁴

Periaatteessa vaikuttaa yksinkertaiselta verrata virheellisen ja virheettömän hankintamenettelyn lopputuloksia toisiinsa ja päätellä tästä, kenen olisi tullut voittaa tarjouskilpailu. Hypoteettisen virheettömän hankintamenettelyn jälkikäteinen konstruointi kuitenkin muuttuu sitä vaikeammaksi, mitä enemmän, mitä vakavampia ja mitä varhaisemmassa vaiheessa hankintamenettelyä on tehty virheitä⁴¹⁵. Virheellisen hankintamenettelyn lopputulos ei välttämättä annakaan osviittaa siitä, kuka tarjoajista olisi menestynyt virheettömässä tarjouskilpailussa.⁴¹⁶

⁴¹¹ HE 50/2006 vp, s.119 ja HE 69/1997 vp, s. 21.

⁴¹² Hyvitysmaksun osalta näin Saarinen 2008, s. 83 ja Virtanen 2008, s. 809, jonka mukaan tällaisia ratkaisuja ei kuitenkaan ole. Vahingonkorvauksen osalta Virtanen 2008, s. 814, vaikuttaa varovasti puoltavan tätä.

⁴¹³ Ks. HE 50/2006 vp, s. 119 ja 122 ja HE 190/2009 vp, s. 69 ja 78.

⁴¹⁴ Hemmo 2005, s. 123.

⁴¹⁵ Kanninen DL 3/2005, s. 553 ja Caranta 2011, s. 176. Ks. laitonta suorahankintaa koskenut ratkaisu KHO 2006:49: ”-- lopputuloksen jälkikäteiseen arviointiin liittyvä lukuisia epävarmuustekijöitä, kuten miltä yrityksiltä tarjouksia olisi pyydetty, mitkä yritykset olisivat jättäneet tarjouksensa, millaisia tarjoukset olisivat olleet ja millaisia tarjoajien kelpoisuusperusteita ja tarjousten valintaperusteita hankinnassa olisi sovellettu.” Voittomahdollisuuksien osoittamisen vaikeudesta suorahankintojen yhteydessä ks. Saarinen 2008, s. 97–98.

⁴¹⁶ Näin myös Saarinen 2008, s. 83. Vrt. Savola DL 2/2000, s.235, jonka mukaan hyvitysmaksua voisi käytännössä saada vain virheellisessä menettelyssä toiseksi tullut tarjoaja.

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että näyttökynnyksen korkeus vaihtelee ainakin juttutyypeittäin, ellei tapauksittain,⁴¹⁷ ja että näyttökynnyksen tasoa asetettaessa on kiinnitettävä huomiota muun muassa asianosaisten mahdollisuuksiin hankkia näyttöä.⁴¹⁸ Tarjouskilpailussa annetut tarjoukset ovat yhteismitallisia ja vertailukelpoisia, jos virhe on tapahtunut vasta myöhäisessä vaiheessa hankintamenettelyä, kuten tarjousvertailussa tai menettelyn keskeyttämisessä. Tällöin korvauksenvaativaltajalta voidaan edellyttää korkea-asteista näyttöä tarjouksensa paremmuudesta.

Jos taas virhe on tapahtunut jo aiemmin menettelyssä, voi olla vaikea jälkikäteen määrittää, millainen esimerkiksi virheetön tarjouspyyntö olisi ollut tai keitä tarjouskilpailuun olisi osallistunut, jos hankintailmoitus olisi julkaistu. Virheettömän tarjouskilpailun konstruoinnin ja siten syy-yhteysarvioinnin vaikeus johtuu hankintayksikön menettelyssä tekemästä virheestä, eikä sitä ole syytä kaataa ainakaan täysin korvauksenvaativaltajan harteille.⁴¹⁹

5.3.2 *Virhe vain keskeyttämispäätöksessä*

Keskeyttämistapauksissa syy-yhteyden arviointi ja osoittaminen on kaikkein yksinkertaisinta silloin, kun hankintamenettelyn keskeyttäminen on ainoa menettelyssä tapahtunut virhe. Mikäli hankintayksikkö on ennen keskeyttämispäätöstä tehnyt tarjousvertailun ja tässä kohtaa valinnut parhaan tarjouksen hankintalainsäädännön mukaisesti, on melko selkeää, että kyseisen tarjoaja olisi saanut hankintasopimuksen, ellei menettelyä olisi keskeytetty.

Kyseisen tarjoajan on siten helpohkoa osoittaa, että hän olisi voittanut virheettömän tarjouskilpailun positiivisen sopimusedun mukaiseen vahingonkorvaukseen oikeuttavalla tavalla. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011:54 syy-yhteys keskeyttämispäätöksen ja vahingon välillä olisi ollut lähtökohtaisesti selvä, kun KHO oli todennut, että alkuperäinen Tieliikennelaitoksen valinnut hankintapäätös oli ollut hankintalainsäädännön mukainen. Toisaalta taas kukaan muu tarjoaja ei voine tällöin osoittaa omanneensa edes todellista mahdollisuutta virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen. Vertailukohtana voidaan käyttää tilanteita, joissa parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja on virheellisesti suljettu pois tarjouskilpailusta. Esimerkiksi ratkaisussa Helsingin HO 11.11.2005, S 03/1208 hankintayksikkö oli tehnyt hankintasopimuksen toisen

⁴¹⁷ *Lappalainen* 2012, luku V, alaluku 3., kohta Todistustaakka, Todistustaakka siviiliprosessissa, Näyttökynnys, Joustava näyttökynnys ja *Lappalainen* 2001, s. 345.

⁴¹⁸ *ibid.* Ks. myös *Hemmo* 2005, s. 125–126.

⁴¹⁹ Ks. vastaavasti *Saarinen* 2008, s. 84 ja *Pohjonen* 2002, s. 185.

tarjoajan kanssa, vaikka KHO oli todennut kantajan tarjouksen olleen kokonaistaloudellisesti edullisin. Kantaja sai positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen..

Hankintayksikkö ei välttämättä ole ehtinyt tehdä tarjousvertailua ennen keskeyttämispäätöstä. Tällöin jää menettelyn keskeyttämistä koskevassa oikeudenkäynnissä arvioitavaksi, kuka olisi saanut hankintasopimuksen, mikäli menettelyä ei olisi laittomasti keskeytetty.

MAO 518/08

Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikkö ei ollut vielä tarjouskilpailun yhteydessä vertailut saamiaan tarjouksia, joita oli tarjouspyynnössä ilmoitettu vertailtavan hinnan ja tarjouspyyntöasiakirjoissa määriteltujen laatutekijöiden (yhteensä 14 %) perusteella.

Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että hankintayksikkö oli esittänyt toimittamassaan vastineessa taulukon, josta oli sen mukaan katsottava ilmenevän hankintayksikön käsitys tarjouksille tarjouspyynnön ehtojen mukaan laskettavista vertailuhinnoista. Valittajan tarjous oli 31 889 euron kokonaishinnallaan ollut kahta muuta tarjousta (40 824 euroa ja 52 920 euroa) halvempi, eikä neljännessä tarjouksessa ollut ilmoitettu kokonaishintaa ollenkaan. Markkinaoikeuden mukaan valittajan tarjous oli siten ollut hinnaltaan halvin ja tarjousten järjestys oli pysynyt hankintayksikön vastineen perusteella samana vielä laatutekijöiden huomioimisen jäkeenkin.

Tämän perusteella markkinaoikeus katsoi valittajan tarjouksen olleen tarjouksista kokonaistaloudellisesti edullisin ja että valittajalla oli näin ollen katsottava olleen todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hankintayksikkö määrättiin maksamaan valittajalle hyvitysmaksua.

Lopputuloksella on epäilemättä oikea. Kun menettely oli ollut virheetöntä keskeyttämiseen saakka, olisi markkinaoikeuteen valittanut tarjoaja pystynyt luultavasti osoittamaan myös vahingonkorvausoikeuskäynnissä positiivisen sopimusedun mukaiseen vahingonkorvaukseen oikeuttavalla tavalla sen, että hän olisi virheettömässä menettelyssä saanut hankintasopimuksen. Markkinaoikeuden ratkaisu on kuitenkin erikoinen sikäli kuin se vaikuttaa perustuvan vain hankintayksikön käsitykseen siitä, mikä tarjouksista oli kokonaistaloudellisesti edullisin. Ainahan hankintayksikön tarjousvertailu ei pääty oikeaan lopputulokseen.

5.3.3 *Virhe myös tarjousvertailussa*

Ratkaisussa MAO 539–540/09 hankintayksikkö oli ensin tehnyt hankintapäätöksen ja keskeyttänyt hankintamenettelyn vasta kun siitä oli valitettu. Todettuaan hankintamenettelyn keskeyttämisen laittomaksi markkinaoikeus totesikin, että virheetöntä hankintamenettelyä määriteltäessä on huomioitava myös väitteet tarjousten vertailuun ja hankintapäätöksen lopputulokseen liittyvistä virheistä.

Virheellinen tarjousvertailu tuo hypoteettisen virheettömän hankintamenettelyn arvioimiseen yhden lisämuuttujan. Tällöin korvauksenvaattajan voittomahdollisuuksien osoittamisen osalta keskeisessä asemassa on, miten selkeitä eroja tarjousten välillä on. Tapauksessa valittajan tarjous oli melko selkeästi paras, koska se oli hinnaltaan halvin eikä tarjousten välillä ollut juurikaan laadullisia eroja. Valittaja oli saattanut saada vahingonkorvausoikeudenkäynnissä korvausta myös menetetyistä liikevoitosta.

MAO 539–540/09

Tarjouspyynnön mukaan tarjouksen valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus, jonka vertailuperusteita ovat olleet tärkeysjärjestyksessä 1) laatu- ja sisältötekijät sekä 2) kokonaishinta. Laatu- ja sisältötekijöitä oli täsmennetty alatekijöillä alustavan projektisuunnitelman sisältö, osaaminen ja kokemus vastaavista tehtävistä sekä konsultointipäivien määrä.

Valittajan tarjouksessa ilmoitettu konsultointipäivien määrä oli 30 ja voittaneen tarjoajan 28. Hankintapäätöksen pohjana olleen esityksen mukaan kaikkien tarjouksen jättäneiden konsulttiyritysten alustava projektisuunnitelma oli ollut tarjouspyynnön mukainen ja täyttänyt projektisuunnitelmalle asetetut sisältövaatimukset. Markkinaoikeuden mukaan tästä oli pääteltävissä hankintayksikön pitäneiden tarjouksia alustavan projektisuunnitelman sisällön suhteen samanarvoisina.

Osaamista ja kokemusta koskeneen vertailuperusteen osalta markkinaoikeus totesi, että sekä valittajan että voittaneen tarjoajan tarjouksessa oli ilmoitettu useita referenssejä, jotka ovat koskeneet hankinnan kohteen kaltaisia ruokapalveluiden konsulttiselvityksiä. Hankintayksikön hankintapäätösesityksessä on pidetty voittanutta tarjousta tältä osin hakijan tarjousta vahvempänä. Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että kyseinen vertailuperuste oli ollut vain yksi laatua koskeneen vertailuperusteen alla huomioon otettavista tekijöistä.

Valittajan tarjouksen hinta oli 16 914 euroa ja voittaneen tarjoajan tarjouksen hinta 23 800 euroa. Markkinaoikeus totesi, että hakijan tarjous oli tarjouksista selvästi halvin ja myös voittaneeseen tarjoukseen nähden huomattavasti halvempi. Tarjouksissa ei markkinaoikeuden mukaan muutoinkaan ollut havaittavissa merkittäviä laadullisia eroja. Tämän perusteella markkinaoikeus katsoi, että valittajalla oli katsottava olleen todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hankintayksikkö määrättiin maksamaan valittajalle hyvitysmaksua.

Sikäli kuin vertailuperusteena käytetään hintaa, on halvin tarjous yleensä selvitettävissä objektiivisesti. Laatuksiteerien osalta tuomioistuimet eivät sen sijaan aina ole jälkikäteen halukkaita arvioimaan, miten pisteytys olisi tullut tehdä.

Turun HO 26.10.2010, S 09/1325

Markkinaoikeus oli ratkaisussa MAO 383/07 katsonut hankintayksikön menetelleen virheellisesti sen lisäessä hintavertailussa muiden kuin voittaneen tarjoajan tarjousten hintoihin 2 000 euron suuruisen kustannuserän. Hankintayksikön menettely oli virheellistä myös laatuksiteerien arvioinnin osalta. Hovioikeus totesi, että virheettömässä menettelyssä kantajan pistemäärä olisi noussut ja voittaneen tarjoajan laskenut kokonaishinnan osalta, mutta laatuksiteerien osalta piste-ero olisi voinut joko pienentyä tai kasvaa. Hovioikeus katsoi, että kantajalla oli ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, mutta asiassa ei voitu todeta, että se olisi varmuudella voittanut tarjouskilpailun. Kantajalle myönnettiin vahingonkorvausta hankintamenettelystä aiheutuneista kuluista, mutta ei menetetyistä liikevoitosta.

5.3.4 Virhe jo hankintamenettelyn alussa

Arvioitaessa korvausvastuuta hankintamenettelyn keskeyttämisen yhteydessä saattaa tilanne olla myös se, että tarjouspyyntö on ollut virheellinen tai hankintailmoitus on jätetty tekemättä. Kuten alajaksossa 3.3.1 todettiin, tällainen menettelyn alkuvaiheessa tehty virhe oikeuttaa yleensä keskeyttämään hankintamenettelyn ja aloittamaan uuden. Keskeyttämistä ei kuitenkaan voida perustella menettelyssä tapahtuneella virheellä, mikäli virheellistä menettelyä jatketaan. Tällaisesta tilanteesta oli kyse ratkaisussa MAO 330/09.

MAO 330/09

Markkinaoikeuden mukaan hankintailmoituksen julkaisemisen laiminlyönnin vuoksi on jälkikäteen vaikea arvioida, millaiseksi tarjouskilpailu olisi virheettömässä menettelyssä muodostunut ja erityisesti miten hankintailmoituksen julkaiseminen hankintalaissa tarkoitetulla tavalla olisi vaikuttanut hankintayksikön saamien tarjousten määrään.

Hankintayksikkö oli tapauksessa kuitenkin julkaissut tarjouskilpailusta ilmoituksen kunnan internet-sivuilla olleessa hankintakalenterissa ja saanut useita tarjouksia. Markkinaoikeuden mukaan tarjousten määrä huomioon ottaen asiassa voitiin arvioida toteutuneen kohtuullisen aidon tarjouskilpailun.

Valittaja oli jättänyt ensimmäisellä kierroksella halvimman tarjouksen ennen hankintayksikön hintojen tinkimisen mahdollistanutta hankintamenettelyn keskeyttämistä. Markkinaoikeus katsoi, että käsillä olevat olosuhteet huomioon ottaen hakija oli esittänyt perusteet hyvitysmaksun määräämiselle.

Markkinaoikeuden ratkaisua voidaan pitää perusteltuna. Tarjoaja oli jo osoittanut jättäneensä tarjouskilpailussa parhaan tarjouksen, ja toteutunutta kilpailua saatettiin pitää hankintailmoituksen julkaisematta jäämisestä huolimatta kohtuullisen aitona. Olisi melko kohtuutonta edellyttää lisäksi näyttöä siitä, että hankintailmoituksen julkaiseminen ei olisi johtanut sellaisten tarjoajien osallistumiseen, jotka olisivat jättäneet vielä parempia tarjouksia. Tällaisessa tilanteessa voitaisiin puoltaa jopa positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen tuomitsemista. Jos taas tarjouskilpailuun olisi hankintailmoituksen laiminlyönnin johdosta osallistunut selkeästi ”aitoa” tarjouskilpailua vähemmän tarjoajia, olisi voittomahdollisuuksien osoittaminen vaikeampaa. Tällöinkin on korvauksenvaattijan kannalta liki mahdotonta osoittaa, ettei hankintailmoituksen julkaiseminen olisi johtanut parempia tarjouksia jättävien tarjoajien osallistumiseen. Toisaalta todennäköisyys sille, että näin olisi virheettömässä menettelyssä tapahtunut, olisi paljon suurempi.

Markkinaoikeuden ratkaisun voidaan myös nähdä olevan linjassa ratkaisun KHO 2003:89 kanssa. Siinäkin KHO määräsi hyvitysmaksua, vaikka virheettömän menettelyn lopputulosta

oli KHO:n mukaan vaikeaa määrittää tarjouspyynnössä olleesta laatuksiteerejä koskeneesta olennaisesta virheestä johtuen.

KHO 2003:89

Tarjouspyynnön mukaan hinnan osuus arviointikriteeristä oli 70 % ja laatuksiteerien osuus 30 %. Valittajan tarjous oli ollut hinnaltaan noin 2 % voittaneen tarjoajan tarjousta halvempi, kun taas laatuksiteereissä voittaneen tarjoajan tarjous oli ollut parempi pistein 400,5 – 298,5.

KHO:n arvioinnissa vaikutti eittämättä useampikin seikka. Tarjouspyyntö oli ensinnäkin virheellinen vain laatuksiteerien osalta. KHO:n mukaan laatuksiteerien virhe johti valittajan ja voittaneen tarjoajan välillä todellista suurempaan eroon. Virheettömässä menettelyssä tämä ero olisi ollut pienempi tai kääntynyt jopa valittajan eduksi. Valittajan mahdollisuuksia tuki myös se, että tämä oli antanut hinnaltaan halvemmän tarjouksen, mikä oli kahdesta arviointikriteeristä painavampi. KHO totesikin, että ”vaikka hintaero ei ole ollut suuri ja vertailun mukaisissa laatuksiteereissä on suurempi ero, tarjouspyyntöä ja tarjousvertailua koskevien olennaisten virheiden vuoksi voidaan kuitenkin päätellä, että virheettömässä tarjousmenettelyssä [valittajalla] olisi ollut -- todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.”

Tällaisessakaan tapauksessa ei ole syytä vierittää virheellisen tarjouspyynnön johdosta aiheutuneita näyttövaikeuksia täysin korvauksenvaattijalle. KHO:n näkemystä valittajalla olleesta todellisesta mahdollisuudesta voidaan siten pitää perusteltuna.⁴²⁰ Hovioikeuskäytännössä on hieman vastaavissa tilanteissa myönnetty myös positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta, vaikka virheettömän hankintamenettelyn lopputulosta on ollut vaikea arvioida.

Vaasan HO 6.3.2012, S 10/1380

KHO oli todennut hankintayksikön menettelyn virheelliseksi ratkaisussaan KHO 25.5.2009 T 1294 ja katsonut tarjouspyynnössä olleen virheen korjaamisen edellyttävän uuden tarjouskilpailun järjestämistä. Hovioikeus totesi ilman hankintasopimusta jääneen kantajan liiketoiminnan loppumisen olleen syy-yhteydessä hankintayksikön virheelliseen menettelyyn ja arvioi näin vahingonkorvausta koko sopimuskauden menetetyksi liikevoiton perusteella.

Vaasan HO 28.5.2013, S 12/674

Markkinaoikeus oli ratkaisussa MAO 453/09 todennut hankintamenettelyn olleen virheellinen, kun hankintayksikkö oli laiminlyönyt hankintailmoituksen julkaisemisen. Tarjouskilpailuun oli osallistunut kaksi tarjoajaa. Hovioikeus katsoi, että voittanut tarjoaja olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta ja että kantaja olisi todennäköisesti voittanut tarjouskilpailun. Kantaja sai positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen.

Ensimmäisessä tapauksessa kantajan liiketoiminta olisi saattanut loppua hankintamenettelyssä sattuneesta virheestä huolimatta, mikäli tämä ei olisi saanut hankintasopimusta virheettömässäkään menettelyssä. Hovioikeudessa ei kuitenkaan millään tavoin arvioitu kantajan menes-

⁴²⁰ Näin myös *Saarinen* 2008, s. 82.

tymismahdollisuuksia virheettömässä menettelyssä. Käräjäoikeus oli todennut kantajan halvimman tarjouksen olleen vahva näyttö siitä, että tämä olisi voittanut tarjouskilpailun. Jälkimmäisessä tapauksessa ei taas huomioitu sitä, että virheettömään hankintamenettelyyn olisi hankintailmoituksen julkaisemisen johdosta saattanut osallistua muitakin tarjoajia.

Ratkaisut vaikuttavat siltä, ettei hovioikeuksissa huomioida sitä, ettei alusta saakka virheellisessä tarjouskilpailussa annetuista tarjouksista voida vetää suoraan johtopäätöksiä virheettömän hankintamenettelyn lopputuloksesta. Ratkaisuissa omaksuttua tulkintaa voidaan pitää melko kantajamyönteisenä, ja siihen liittyvistä ongelmista huolimatta puoltaa sikäli, ettei hankintayksikön virheellisestä menettelyssä johtuvaa näyttövaikeutta ole syytä täysin säilyttää vahingonkärsijälle. Kirjallisuudessa on kuitenkin jo aiemmin esitetty, että markkinaoikeuskäytännössä todellista mahdollisuutta tulkitaan epäselvän tarjouspyynnön ja vertailukelvottomien tarjousten kohdalla kuitenkin yleensä ratkaisua KHO 2003:89 tiukemmin⁴²¹.

Myös sittemmin ratkaisuissa KHO 2010:35 ja KKO 2015:11 omaksuttu linja vaikuttaakin edellä esitettyä tiukemmalta. Ratkaisut koskivat tapausta, jossa hankintayksikkö oli valinnut kaksi proteesitoimittajaa ja todennut valinnan asetettavasta proteesista tehtävän kulloisessakin tilanteessa lääketieteellisten johtopäätösten perusteella. Toinen toimittajista, B Oy, valitti hankintapäätöksestä väittäen, että se olisi tullut valita ainoaksi toimittajaksi. KHO piti menettelyä hankintalain vastaisena, mutta se ja KKO eivät katsoneet B Oy:llä olleen todellista mahdollisuutta virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen.

KHO 2010:35

KHO totesi, että virheettömässä menettelyssä tarjouspyyntö olisi ollut toisenlainen, sillä tarjouspyynnössä ilmoitetut kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet eivät soveltuneet valinnan tekemiseen kysymyksessä olevan kaltaisessa hankinnassa. KHO katsoi, että kun vielä otetaan huomioon, mitä asiassa on ilmennyt hankinnan kohteena oleville tuotteille asetetuista vaatimuksista ja toisaalta niistä tuotteista, joita B Oy oli tarjonnut, asiassa ei ole mahdollista todeta, että B Oy:llä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

KKO 2015:11

KKO totesi, että B Oy:n valinta toiseksi toimittajaksi viittasi lähtökohtaisesti B Oy:n todelliseen mahdollisuuteen voittaa tarjouskilpailu. KKO:kin kuitenkin lähti siitä, että tarjouspyyntö olisi virheettömässä hankintamenettelyssä ollut toisenlainen. Tämän johdosta KKO katsoi, että B Oy:n tosiasiallisten menestymismahdollisuuksien arviointiin liittyi useita epävarmuustekijöitä. Pelkästään siitä seikasta, että B Oy oli virheellisessä tarjousmenettelyssä valittu toiseksi toimittajaksi, ei voitu päätellä, että se olisi varteenotettavalla todennäköisyydellä menestynyt myös virheettömässä tarjouskilpailussa.

⁴²¹ *ibid.*, s. 81–82.

KKO:n kahden vähemmistöön jääneen jäsenen lausunnon kaltaisesta voidaan argumentoida sillä, että virheettömän tarjouskilpailun konstruoinnin vaikeus johtui hankintayksikön virheettömyydestä, eikä tällaisessa tapauksessa olisi syytä vaatia virheettömyydessä menestyneeltä korvauksenvaativalta enää enempää näyttöä voittomahdollisuuksista virheettömyydessä tarjouskilpailussa.⁴²² KHO:n mukaan hankintayksikkö olisi sinänsä voinut valita molemmat toimittajat sopimuskumppaneikseen, mutta sen olisi pitänyt joko tarjouspyynnössä tai hankintapäätöksessä ilmoittaa riittävän selkeä peruste, jonka mukaan proteesien tilaukset jakautuvat valittavien toimittajien kesken. Perustelut kuulostavat siltä, ettei tarjouspyyntö sinänsä ollut tältä osin välttämättä virheettömyydessä. Tarjouspyyntö oli selkeästi virheettömyydessä osin, kuin aikaisempia käyttökokemuksia käytettiin vertailuperusteena tilanteessa, jossa hankintayksiköllä ei ollut kokemuksia kaikista tarjoajista tai tuotteista. Kyseinen vertailuperuste taas oli B Oy:lle epäsuotuisa. Tämän olisi ratkaisun KHO 2003:89 kaltaisesta voitu nähdä puoltavan B Oy:n parempaa voittomahdollisuutta virheettömyydessä menettelyssä.

KKO viittasi perusteluissaan virheettömän tarjouskilpailun konstruoinnin vaikeuden lisäksi siihen, ettei B Oy ollut esittänyt mitään näyttöä muiden yliopistosairaaloiden järjestämistä virheettömyydessä tarjouskilpailuista ja menestyksestään niissä, vaikka B Oy oli tällaisiin tarjouskilpailuihin osallistunut. KKO:n perustelut avaavat portin sille, että voittomahdollisuus alusta asti virheettömyydessä hankintamenettelyssä on osoitettavissa esittämällä näyttöä muista, vertailukelpoisista tarjouskilpailuista.⁴²³ Hieman vastaavalla tavalla ratkaisussa KHO 2011:59 valittajan todellista mahdollisuutta suorahankinnan yhteydessä arvioitiin tämän aiemmin saman hankintayksikön järjestämässä tarjouskilpailussa jättämän tarjouksen perusteella. Tällainen näyttö voi toki olla olennaista, mutta sellaista ei ole aina saatavilla. Korvauksen saamisen ei siten pitäisi aina riippua tällaisesta näytöstä, kun virheettömän hankintamenettelyn arviointi on hankintayksikön virheettömyydestä johtuen hankalaa.

⁴²² KKO:n ratkaisun ennakkopäätösarvo ei ole todellisen mahdollisuuden arvioinnin kannalta kovinkaan vahva. Kaksi oikeusneuvosta katsoi B Oy:llä olleen todellinen mahdollisuus virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen, kaksi ei. Jälkimmäinen kanta menestyi, koska viidennen oikeusneuvoksen mukaan B Oy:lle ei ollut lainkaan aiheutunut korvattavaa vahinkoa ja hän oli näin samaa mieltä korvausvaatimuksen hylkäämisestä.

⁴²³ Vrt. MAO 115/14, jossa markkinaoikeus hylkäsi hyvitysmaksuvaatimuksen, vaikka valittaja oli osoittanut voittaneensa kaikki kolme aikaisempaa Suomessa järjestettyä vastaavankaltaista tarjouskilpailua.

6 Johtopäätökset

Hankintalainsäädännön näkökulmasta hankintamenettelyn keskeyttämiseen johtavat tilanteet voidaan jakaa periaatteessa kolmeen kategoriaan. Ensimmäisessä kategoriassa keskeyttäminen johtuu hankintamenettelyssä aiemmin tehdystä virheestä. Virheettömään lopputulokseen pääsemisen jouduttamiseksi on perusteltua, että virheellisen hankintamenettelyn ”itse-oikaisu” keskeyttämisen ja uuden menettelyn aloittamisen kautta on tällöin sallittua. Tehdyllä virheellä ei kuitenkaan voida perustella menettelyn keskeyttämistä, jos virheen korjaaminen ei edellytä menettelyn aloittamista alusta tai jos virhettä ei edes yritetä korjata.

Toisessa kategoriassa menettelyn keskeyttäminen johtuu siitä, ettei kilpailutuksen tarkoitus eli todellisen kilpailun luominen ole onnistunut. Keskeyttämisen salliminen on tällöinkin lähtökohtaisesti perusteltua. Nykyinen oikeuskäytäntö ei kuitenkaan ole erityisen linjakasta sen osalta, kuinka montaa tarjouspyynnön mukaista tarjousta todellisen kilpailun syntyminen edellyttää. Tarjoajien luottamuksensuojan ja oikeusvarmuuden vuoksi voisikin olla syytä säädellä tästä jollain tavalla suoraan laissa.

Kolmannen kategorian tapaukset rinnastuvat siinä mielessä ”tavallisten” sopimusneuvottelujen katkaisemiseen, että niissä hankintamenettelyn keskeyttäminen ei johdu hankintamenettelyyn liittyvästä syytä, vaan siitä, ettei hankinnan toteuttaminen ole enää hankintayksikön näkökulmasta tarkoituksenmukaista. Hankintalainsäädännön tavoitteena on muun muassa tehostaa julkisten varojen käyttöä. Tähän nähden ei ole syytä rajoittaa hankintayksiköiden mahdollisuutta vetäytyä sopimusneuvotteluista enempää kuin muidenkaan toimijoiden.

Näissä tilanteissa on kuitenkin valitettavaa, ettei hankintalainsäädännössä ja sitä koskevassa oikeuskäytännössä ole juurikaan huomioitu kolikon toista puolta, eli tarjoajien luottamuksensuojaa. Laaja oikeus menettelyn keskeyttämiseen näyttäytyy joissain tapauksissa sen kannalta hyvin ongelmallisena. Tätä korostaa se, ettei hankintayksiköillä ole lain nojalla minkäänlaista velvollisuutta valmistella hankintamenettelyä tai varmistua siitä, mitä ne ovat hankkimassa, vaikka lain esitöissä ja kirjallisuudessa esitetään varsin vakiintuneesti, että hankintamenettelyn pitäisi lähtökohtaisesti johtaa hankintasopimuksen tekemiseen.

E erityisen ongelmallista hankintamenettelyn keskeyttäminen on tarjoajien luottamuksensuojan kannalta silloin, kun hankintayksikkö on jo lainmukaisesti tehdyllä hankintapäätöksellä valin-

nut parhaan tarjouksen jättäneen tarjoajan. Hankintapäätöksen tekeminen ja hankintasopimuksen syntyminen on hankintalaissa erotettu toisistaan, mutta vain tehokkaan muutoksenhaun mahdollistamiseksi – ei antamaan hankintayksikölle ylimääräistä harkinta-aikaa sopimuksen tekemisestä päättämiseen. Voittanut tarjoaja voi tällöin olla täysin perustellusti siinä käsityksessä, että hän saa sopimuksen toteutettavakseen. Hankintamenettelyn keskeyttäminen tarkoituksenmukaisuussyistä on tällöin erittäin ongelmallista kyseisen tarjoajan luottamussuojan kannalta. Markkinaoikeuden ja KHO:n oikeuskäytäntö, jossa suhtaudutaan sallivasti hankintamenettelyn keskeyttämiseen tässä vaiheessa menettelyä, myös ohittaa täysin hankintalain hankintaoikaisua koskevan säätelyn edellytykset hankintayksikön aikaisemman hankintapäätöksen itsenäiselle muuttamiselle.

Erityisesti näissä tilanteissa voi tosin tulla kysymykseen vahingonkorvaus ns. sopimuksetekorikkomusta koskeviin periaatteisiin nojautuen. Pelkästään hankintapäätöksen tekemisen jälkeinen hankintamenettelyn keskeyttäminen ei kuitenkaan aiheuttane korvausvastuuta myöskään sopimusetekorikkomukseen perustuen, sillä tarjoajien pitäisi tietää hankintayksiköillä olevan tällöinkin hankintalainsäädännön nojalla oikeus menettelyn keskeyttämiseen sopimusta tekemättä. Keskeistä on näissä tapauksissa se, millaisen kuvan hankintasopimuksen tekemisestä hankintayksikkö on antanut voittaneelle tarjoajalle. Mikäli hankintayksikkö luo voittaneessa tarjoajassa luottamusta sopimuksen tekemiseen ja mahdollisesti vielä kehottaa ryhtymään kustannuksia aiheuttavaan valmistelutyöhön, saattaa korvausvelvollisuus aktualisoitua.

Hankintalaissa ei ole rajattu korvattavien vahinkojen piiriä. Sekä lain esitöissä, oikeuskirjallisuudessa että -käytännössä on nykyään jo laajasti hyväksytty kanta, että vahingonkorvaus lasketaan ns. positiivisen sopimusedun mukaisesti. Tämä on perusteltua myös hankintamenettelyn keskeyttämisen yhteydessä. Menettelyn keskeyttäminen todetaan yleensä laittomaksi vain, mikäli hankinta on kuitenkin todellisuudessa pyritty toteuttamaan. Tällöin on selkeää, että laittomasti keskeytetyssä hankintamenettelyssä parhaan tarjouksen jättänyt tarjoaja on virheen johdosta menettänyt hankintasopimuksen ja siitä saatavissa olevan voiton. Toisaalta tällainen tarjoaja menettää aivan samalla tavalla saatavissa olleen liikevoiton, vaikei hankintasopimusta tehtäisikään jonkin toisen tarjoajan kanssa. Myös tällöin on perusteltua korvata positiivinen sopimusetu.

Hyvitysmaksusäännös on sen sijaan sekä vahingonkorvaus- että rangaistusluonteinen seuraamus. Aiheutunut vahinko ei ole sen määrässä ainoa huomioon otettava tekijä, ja hyvitysmaksu voikin periaatteessa olla vahinkoa suurempi tai pienempi. Hyvitysmaksuratkaisuja ei juurikaan perustella, mutta vaikuttaa siltä, että etenkin suuremmissa hankinnoissa hyvitysmaksu ei yleensä korvaa koko aiheutunutta vahinkoa. Mahdollisesti määrätty hyvitysmaksu otetaan huomioon vahingonkorvausta määrättäessä. Lain esitöiden mukaan tämä tehdään koko hyvitysmaksun määrästä, mikä kuitenkin tarkoittaisi hyvitysmaksun rangaistusluontoisuuden katoamista.

Hyvitysmaksu on hankintapäätöksen kumoamiseen nähden toissijainen seuraamus. Keskeyttämistapausten yhteydessä hyvitysmaksu voidaan lähtökohtaisesti määrätä vain, mikäli hankintayksikkö on todellisuudessa jatkanut hankinnan toteuttamista ja on jo ehtinyt tehdä hankintasopimuksen. Hyvitysmaksuseuraamus voinee kuitenkin tulla kysymykseen siitä syystä, etteivät muutoksenhakuviranomaiset voi velvoittaa hankintayksikköä hankintasopimuksen tekemiseen. Mikäli hankintayksikkö todella luopuu hankinnan toteuttamisesta, ei lainvastaisesta keskeyttämisspätöksestä seuraisi tällöin tosiasiaa minkäänlaista seuraamusta. Vahingonkorvausta vaaditaan yleisissä tuomioistuimissa, eikä hankintapäätökseen kohdistuva muutoksenhaku ole vahingonkorvauskanteen tutkimisen edellytys. Muutoksenhaun laiminlyönti voinee kuitenkin johtaa vahingonkorvauksen epäämiseen, jos aiheutunut vahinko olisi ollut muutoksenhaulla vältettävissä.

Vaikka hankintasopimusta ei olisi tehty, ei hankintapäätöksen kumoaminen aina johda siihen, että parhaan tarjouksen jättänyt tarjoaja pääsisi toteuttamaan koko hankinnan. Kilpailutetun hankinnan sopimuskausi saattaa muutoksenhaun aikana kulua, tai mahdollisesti määrättävä tehottomuusseuraamus tai sopimuskauden lyhentäminen ei välttämättä kata koko kilpailutettua hankintaa. Tällöin vahinkoa kärsineellä tarjoajalla pitäisi olla oikeus korvaukseen siltä osin, kuin hän ei muutoksenhaun jälkeenkään saa koko hankintaa toteutettavakseen. KHO:n hyvitysmaksua koskeva oikeuskäytäntö on tältä osin kuitenkin ristiriitaista. Oikeutta korvaukseen ei luonnollisesti ole siltä osin kuin tarjoaja muutoksenhaun ansiosta saa hankinnan toteutettavakseen.

Laittomasta hankintamenettelyn keskeyttämisestä aiheutuu positiivisen sopimusedun mukaisesti laskettavissa olevaa vahinkoa, sillä virheettömässä menettelyssä menettelyä ei olisi keskeytetty vaan hankintasopimus olisi tehty. Tähän ei vaikuta se, pyrkiikö hankintayksikkö

toteuttamaan hankinnan vai ei tai mistä syystä hankinta on keskeytetty – hankintamenettelyn aloittaminen ei milloinkaan ole kiellettyä, vain sen keskeyttäminen saattaa olla. Tarjouskilpailussa voi kuitenkin lähtökohtaisesti olla vain yksi voittaja, joten keskeyttämisestä aiheutuu periaatteessa vahinkoa vain tälle yhdelle tarjoajalle.

Positiivisen sopimusedun mukaista korvausta vaativan tarjoajan onkin näytettävä, että hän olisi virheettömässä menettelyssä saanut hankintasopimuksen. Syy-yhteyttä koskevan näytön ei kuitenkaan pidä olla mitenkään täyttä varmuutta osoittavaa, vaan lähtökohtaisesti jonkinlainen ”järkevä näyttöenemmys” riittää. Valmistelukustannuksia koskevan vahingonkorvauksen sekä hyvitysmaksun osalta laissa on säädetty alennetusta näyttökynnyksestä. Periaatteessa useammallakin tarjoajalla, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen, pitäisi olla mahdollista saada niitä. Oikeuskäytännössä näyttökynnystä on kuitenkin hilattu myös todellisen mahdollisuuden osalta niin ylös, että sen voidaan nähdä olevan ristiriidassa lain ja toisen valvontadirektiivin sanamuodon sekä alennetun näyttökynnyksen tavoitteen kanssa.

Syy-yhteyden näyttämiseen vaikuttaa olennaisesti se, missä kohdin hankintamenettelyä on menetelty virheellisesti. Pelkästään keskeyttämisen tai sen lisäksi tarjousvertailun ollessa virheellistä ovat annetut tarjouksen vertailukelpoisia ja tällöin parhaan tarjouksen jättäneellä tarjoajalla on usein hyvä mahdollisuus osoittaa, että hän olisi saanut hankintasopimuksen virheettömässä menettelyssä. Jos taas virhe on tehty jo hankintamenettelyn alussa, liittyy virheettömän hankintamenettelyn jälkikäteiseen konstruointiin useita epävarmuustekijöitä. Näistä aiheutuvaa näyttövaikeutta ei olisi syytä vierittää kokonaan virheeseen syyttömän tarjoajan niskoille, mutta käytännössä voittomahdollisuuksien näyttäminen edes todellisen mahdollisuuden tasolla on näissä tapauksissa usein hyvin hankalaa.

Vanhastaan on todettu, että sopimusneuvottelut eivät sido. Tämä on hyvä lähtökohta myös hankintasopimukseen johtavan hankintamenettelyn aloittamisen osalta. Hankintasopimukseen johtava hankintamenettely kuitenkin sitoo toista osapuolta vahvemmin kuin toista. On epäkohta, ettei hankintalainsäädännössä eikä etenkin markkinaoikeuden ja KHO:n oikeuskäytännössä juurikaan suojata tarjoajan luottamusta sopimuksen tekemiseen, vaikka tarjoaja on toisaalta tiukasti sidottu hankintamenettelyssä antamaansa tarjoukseen⁴²⁴.

⁴²⁴ Ks. KKO 2008:57 ja Helsingin HO 2.6.2014 S13/1234.