

EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen
tarjouspyynnön laatiminen sekä tarjousten
vertailu ja valinta uudessa hankintalaissa
– uudistuksia ja tavoitteita

Harri Hyrsky

79613

OTM-tutkielma

Joulukuu 2016

Turun yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta; Kilpailuoikeus ja -taloustiede

HYRSKY, HARRI: EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen tarjouspyynnön laatiminen sekä tarjousten vertailu ja valinta uudessa hankintalaissa – uudistuksia ja tavoitteita

OTM-tutkielma, XII + 90 s.

Kilpailuoikeus

Joulukuu 2016

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

Tutkielma käsittelee hankintamenettelyn vaiheita tarjouspyynnön laatimisesta tarjousten vertailuun valintaan uudessa hankintalaissa lainsäädäntöuudistusten ja tavoitteiden näkökulmasta. Tutkielmassa tarjouspyyntö mielletään hankinnan kohdetta määrittäväksi tekijäksi, joten tarjouspyynnön osalta on tehty joitakin rajauksia. Tutkielma rajautuu klassiseen hankintalakiin ja sen sisällä EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, pois lukien sosiaali- ja terveystaloudelliset hankinnat ja muut erityiset palveluhankinnat sekä käyttöoikeussopimukset. Tutkimus on oikeusdogmaattinen perustuen pääasiassa hankintadirektiivin (2014/24/EU) sekä uuden hankintalain hallituksen esityksen (HE 108/2016) tulkintaan.

Tarkasteltavien hankintamenettelyn vaiheiden lainsäädäntöuudistusten lisäksi tutkielma tarkastelee, kuinka tarjouspyyntöön voitaisiin konkreettisesti sisällyttää hankintadirektiivin ja hankintalain mukaisia tavoitteita niin, että hankintalain säännöt ja julkisten hankintojen oikeusperiaatteet huomioidaan. Tutkielma tarkastelee, kuinka tarjouspyyntöön voitaisiin konkreettisesti sisällyttää yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtia. Tarjouspyynnön laatimisen osalta tehdään jäsentelyä hankinnan kohteen eri kriteerien välillä. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta tarkasteltaessa tutkielma jäsentelee hankintayksikön ja tarjoajan vastuuta tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuudesta sekä sitä, milloin tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous on hylättävä tai milloin sitä voidaan täsmentää ja täydentää. Tarjousten vertailun ja valinnan osalta tutkielma jäsentelee arviointiperusteiden asettamista ja niiden liityntää hankinnan kohteeseen sekä elinkaarikustannusten huomioon ottamista arviointiperusteissa, mutta ennen kaikkea, mitä tosiasiallisia valintaperusteita kokonaistaloudellinen edullisuus sisältää.

Tutkielma kirjoitetaan puhtaasti hankintayksikön näkökulmasta, eikä siinä ole tehty tarkempia erotteluja eri hankintayksiköiden tai eri hankintalajien välille. Tutkielma toimii yleistutkimuksena erilaisille hankintayksiköille. Tutkielma selkeyttää ja jäsentelee uuden hankintalain myötä voimaantulevaa oikeustilaa sekä tarkastelee keinoja hankintadirektiivin ja hankintalain mukaisten tavoitteiden huomioon ottamiseksi tarkasteltavissa hankintamenettelyn vaiheissa.

Asiasanat: julkiset hankinnat, tarjouspyyntö, hankinnan kohteen kriteerit, yhteiskuntapolitiittiset tavoitteet hankinnan kohteen kriteereissä, tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus, tarjouksen täsmentäminen ja täydentäminen, kokonaistaloudellinen edullisuus

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET.....	III
KIRJALLISUUS.....	III
VIRALLISLÄHTEET.....	IV
INTERNET-LÄHTEET.....	V
OIKEUSKÄYTÄNTÖ.....	VII
LYHENTEET.....	XII
1. Johdanto.....	1
1.1 Taustaa.....	1
1.2 Tutkimuksen aihe ja kysymyksenasettelu.....	2
1.3 Tutkimusmetodi ja tutkimuksen tavoitteet.....	9
1.4 Aiheen rajaus, lähdemateriaalit ja tutkielman rakenne.....	10
2. Julkiset hankinnat.....	12
2.1 Yleisesti.....	12
2.2 Sovellettavat oikeuslähteet.....	14
2.3 Yleiset periaatteet.....	16
2.3.1 Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteet.....	16
2.3.2 Avoimuusperiaate.....	18
2.3.3 Suhteellisuusperiaate.....	19
3. Tarjouspyynnön laatiminen.....	21
3.1 Tarjouspyynnön rakenne yleisesti.....	21
3.1.1 Hankinnan kohteen kuvaus.....	25
3.1.2 Merkkien käyttö hankinnan kohteen kuvauksessa.....	29
3.1.3 Testausraportit, sertifikaatit ja muu tekninen selvitys.....	31
3.1.4 Hankintasopimuksen erityisehdot.....	32
3.2 Yhteiskunnalliset ja sosiaaliset, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohdat tarjouspyynnössä.....	38
3.2.1 Kansainvälisiä näkökulmia.....	38
3.2.2 Yhteiskunnalliset ja sosiaaliset näkökohdat.....	43
3.2.3 Ympäristönäkökohdat.....	46
3.2.4 Innovatiivisuusnäkökohdat.....	51

4. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus.....	56
4.1 Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuudesta yleisesti.....	56
4.1.1 Hankintayksikön velvollisuudet.....	56
4.1.2 Tarjoajan velvollisuus osoittaa, että tarjous on tarjouspyynnön mukainen..	58
4.2 Tarjouksen täsmentäminen ja täydentäminen.....	63
4.2.1 Tarjouspyynnön täsmentäminen ja täydentäminen.....	63
4.2.2 Tarjouksen täsmentäminen ja täydentäminen.....	65
5. Tarjousten vertailu ja valinta.....	70
5.1 Arviointiperusteet ja niiden asettaminen.....	70
5.1.1 Arviointiperusteiden asettaminen yleisesti.....	70
5.1.2 Arviointiperusteiden liityntä hankinnan kohteeseen.....	75
5.1.3 Elinkaarikustannusten huomioon ottaminen.....	78
5.2 Kokonaistaloudellinen edullisuus valintaperusteena.....	81
6. Lopuksi.....	85

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

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

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK. Lontoo 2014.

Bovis, Christopher: The Law of EU Public Procurement. Oxford 2015.

Commission Staff Working Document: Guide to Dealing with Innovative Solutions in Public Procurement – 10 elements of Good Practice. Luxemburg 2007.

Eskola, Saira – Helvasto, Anja – Hämäläinen, Riitta-Maija – Kaattari-Manninen, Satu – Kinnunen, Katri – Koivusalo, Jukka – Kokko, Jouko – Lahdenperä, Johanna – Lavikkala, Veera – Luostarinen, Sari – Lehikoinen, Tiia – Lehtinen, Auli – Vääntinen-ala, Merja: Sosiaaliset näkökulmat julkisissa hankinnoissa – lähtökohtia, kokemuksia ja mahdollisuuksia. Tampere 2011.

Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erkki: Julkiset hankinnat. Helsinki 2011.

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

Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi: Julkisten hankintojen käsikirja. Helsinki 2007.

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

Hyvönen, Olli – Kess, Kaija – Piisi, Tero – Tuomela, Heikki – Uotila, Jaakko: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Edilex 14.6.2012. (www.edilex.fi, 19.11.2015)

Nissinen, Ari: Julkisten hankintojen ympäristöopas. Helsinki 2004.

OECD Public Governance Reviews: Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement. Progress since 2008. OECD Publishing 2013.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tallinna 2015.

Pesu, Jarkko: Kokonaistaloudellinen edullisuus uudessa hankintadirektiivissä. Defensor Legis 2015/1.

Pohjonen, Mika: Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus julkisissa hankinnoissa. Edilex 17.11.2010. (www.edilex.fi, 25.10.2016)

Pökkylä, Panu: Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa. Edilex 28.10.2010. (www.edilex.fi, 23.11.2015)

Siikavirta, Kristian: Julkisten hankintojen perusteet. Porvoo 2015.

Ukkola, Markus: Buying Green! But at what price? – Tutkimus ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa Euroopan yhteisössä. Edilex 10.10.2007. (www.edilex.fi, 25.11.2015)

Ukkola, Markus: Hankintamenettelyn kriteerit. Lakimies 2011/2.

Yliherva, Jukka: Tuottavuus, innovaatiokyky ja innovatiiviset hankinnat. Helsinki 2006.

VIRALLISLÄHTEET

Euroopan komissio: Sosiaalinen ostaminen. Opas sosiaalisten näkökohtien huomioonottamisesta julkisissa hankinnoissa. Luxemburg 2011.

Euroopan komissio: Ympäristöä säästäviä hankintoja. Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa. Luxemburg 2005.

Euroopan komissio: Ympäristöä säästäviä hankintoja. Käsikirja ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa. Luxemburg 2011.

Hallituksen julkaisusarja 10/2015: Ratkaisujen Suomi. Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015.

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

KOM(2010) 546 lopull.: Eurooppa 2020 -strategian lippulaivahanke. Innovaatiunioni.

KOM(2010) 2020 lopull.: Eurooppa 2020. Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia.

Työ- ja elinkeinoministeriö: Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat. 2013.

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

Valtiovarainministeriön julkaisuja 48/2010: Valtion hankinta-käsikirja 2010. Tampere 2010.

Valtiovarainministeriön julkaisuja 16a/2014: Eurooppa 2020 -strategia. Suomen kansallinen ohjelma, kevät 2014.

INTERNET-LÄHTEET

Edilex – Uutiset – Työryhmän ehdotus hankintalain muutostarpeista – lakia halutaan yksinkertaistaa ja tasapuolistaa.

<https://www.edilex.fi/uutiset/44331?allWords=julkiset+hankinnat&offset=41&perpage>

[=20&sort=timedesc&typeIds\[\]=127%3Afi&years\[\]=2015&searchSrc=1&advancedSearchKey=641178](#) (17.9.2015)

Euroopan komissio – Eurooppa 2020 – Eurooppa 2020 pähkinänkuoressa – Prioriteetit.
http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/index_fi.htm
(24.9.2015)

Euroopan komissio – Lehdistötiedote.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1580_fi.htm (15.1.2016)

European Commission – Environment – Green Public Procurement – Criteria.
http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm (22.9.2016)

Hankinnat – hankintaprosessi – hankinnasta ilmoittaminen – korjausilmoitus.
<http://www.hankinnat.fi/fi/hankintaprosessi/hankinnasta-ilmoittaminen/korjausilmoitus/Sivut/default.aspx> (6.10.2016)

PTCS – Tietoa julkisista hankinnoista – Hankintalain uudistus.
<http://www.ptcs.fi/fi/hankintalain-uudistus> (8.11.2016)

Sitra – Uutiset – Julkisia hankintoja terävöittämällä jopa puolen miljardin euron säästöt.
<http://www.sitra.fi/uutiset/julkisia-hankintoja-teravoittamalla-jopa-puolen-miljardin-euron-saastot> (23.9.2016)

Turun yliopisto – Funktionaalisten elintarvikkeiden kehittämiskeskus – Palvelut – Kehitysprojektit – Innovatiiviset ja vastuulliset julkiset hankinnat.
<http://www.utu.fi/fi/yksikot/fff/palvelut/kehitysprojektit/innovatiivisethankinnat/Sivut/home.aspx> (3.11.2016)

Valtionvarainministeriö – FI – Vastuualueet – Talouspolitiikka – EU ja talous – Eurooppalainen ohjausjakso – Eurooppa 2020 -strategia.
<http://vm.fi/eurooppa-2020-strategia> (2.11.2016)

OIKEUSKÄYTÄNTÖ

EU:n tuomioistuin:

Asia C-31/87 Gebroeders Beentjes BV vastaan Alankomaat, 20.9.1988.

Asia C-45/87 Komissio vastaan Irlanti, 22.9.1988.

Asia C-243/89 Komissio vastaan Tanskan kuningaskunta, 22.6.1993.

Asia C-359/93 Komissio vastaan Alankomaat, 24.1.1995.

Asia C-324/93 The Queen vastaan Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd, 28.3.1995.

Asia C-87/94 Komissio vastaan Belgia, 25.4.1996.

Asia C-225/98 Komissio vastaan Ranskan tasavalta, 26.9.2000.

Asia C-324/98 Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vastaan Telekom Austria AG, Herold Business Data AG:n osallistuessa asian käsittelyyn, 7.12.2000.

Asia C-19/00 SIAC Construction Ltd vastaan County Council of the County Mayo, 18.10.2001.

Asia C-59/00 Bent Moustén Vestergaard vastaan Spøttrup Boligselskab, 3.12.2001.

Asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002.

Asia C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vastaan Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), 10.10.2002.

Asia C-470/99 Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH vastaan Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, 12.12.2002.

Asia C-448/01, EVN AG ja Wienstrom GmbH vastaan Republik Österreich, 4.12.2003.

Asia C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vastaan ACTV Venezia Spa, Provinzia, 24.11.2005.

Asia C-6/05 Medipac-Kazantzidis AE vastaan Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS), 14.6.2007.

Asia C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis ym., 24.1.2008.

Asia C-147/06 SECAP SpA (C-147/06) ja Santorso Soc. Coop. Arl (C-148/06) vastaan Comune di Torino, 15.5.2008.

Asia C-489/06 Komissio vastaan Kreikka, 19.3.2009.

Asia C-496/99 P Komissio vastaan CAS Succhi di Frutta, 29.4.2009.

Asia C-368/10 Komissio vastaan Alankomaat, 10.5.2012.

Asia C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce ja Universita del Salento vastaan Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym., 19.12.2012.

Asia C-599/10 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vastaan Manova A/S, 10.10.2013.

Asia C-358/12 Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vastaan Comune di Milano, 10.7.2014.

Asia C-549/13 Bundesdruckerei GmbH vastaan Stadt Dortmund, 18.9.2014.

Asia C-601/13 Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA vastaan Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém ja Núcleo Inicial - Formação e Consultoria Lda, 26.3.2015.

EU:n yleinen tuomioistuin:

Asia T-331/06, Evropaïki Dynamiki vastaan Euroopan ympäristökeskus, 8.7.2010

Korkein hallinto-oikeus:

KHO 29.1.2010 t. 174

KHO 19.3.2010 t. 568

KHO 8.3.2013 t. 862

KHO 14.8.2013 t. 2515

KHO 5.5.2014 t. 1460

KHO 27.6.2014 t. 2079

KHO 7.11.2014 t. 3433

Markkinaoikeus:

MAO:204/05

MAO:278/05

MAO:221/07

MAO:315/08

MAO:480–481/08

MAO:485/08

MAO:512/08

MAO:537/08

MAO:87/09

MAO:122/09

MAO:186/09

MAO:232/09

MAO:236/09

MAO:273/09

MAO:359/09
MAO:524/09
MAO:28/10
MAO:33/10
MAO:45/10
MAO:56/10
MAO:59/10
MAO:61/10
MAO:167/10
MAO:280/10
MAO:513/10
MAO:164/11
MAO:317/11
MAO:416/11
MAO:460/11
MAO:531/11
MAO:40/12
MAO:122/12
MAO:123/12
MAO:519/12
MAO:66/13
MAO:83/13
MAO:142/13
MAO:275/13
MAO:367/13
MAO:386/13
MAO:27/14
MAO:138/14
MAO:142/14
MAO:461/14
MAO:638/14
MAO:689/14
MAO:321/16
MAO:333/16

MAO:441/16

MAO:510/16

LYHENTEET

BKT	Bruttokansantuote
ESCO-malli	Energy Service Company -malli
ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
GPA-sopimus	Government Procurement Agreement
GPP-kriteerit	Green Public Procurement -kriteerit
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAO	Markkinaoikeus
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SIB	Social Impact Bond
WTO	World Trade Organisation

1. Johdanto

1.1 Taustaa

Vanha hankintalaki (laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) on ollut muutosten kohteena, sillä Euroopan parlamentti julkaisi alkuvuodesta 2014 uudet julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevat EU-direktiivit¹. Muutostarpeita varten asetetulla työryhmällä² oli selkeänä uudistustavoitteena julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevien direktiivien tuomien muutosten lisäksi vanhan hankintalainsäädännön yksinkertaistaminen ja tasapuolistaminen. Hankintamenettelyjä haluttiin helpottaa ja yksinkertaistaa sekä ennen kaikkea julkisten varojen käyttöä tehostaa.³

Keskeisimmät muutokset varsinaiseen eli ns. klassiseen hankintalakiin koskevat hankintalakiin tuotavia uusia hankintamenettelyjä, uusia kansallisia kynnysarvoja, laadullisten ja sosiaalisten näkökohtien huomioon ottamista kilpailutuksessa, kansainvälisiä yhteishankintoja sekä sosiaali-, terveys- ja muiden erityispalvelujen hankintamenettelyjä. Laadulliset tekijät, sosiaaliset kriteerit sekä innovaatio- ja ympäristöpoliittiset näkökohdat voidaan huomioida kilpailutuksissa entistä paremmin. Kansallisissa hankinnoissa noudatettavaa menettelyä on tarkoitus keventää. Kansallisia kynnysarvoja nostetaan hieman menettelyn helpottamiseksi ja avoimen kilpailun turvaamiseksi. Kunnat voivat jatkossa tehdä helpommin hankintoja vapaamuotoisemmalla kansallisella kilpailutuksella ja pk-yritysten mahdollisuuksia osallistua tarjouskilpailuihin parannetaan. Kaikkien tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa on ensisijaisen tärkeää.⁴

¹ Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU sekä julkisista käyttöoikeussopimuksista annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU.

² Työ- ja elinkeinoministeriön hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä.

³ Edilex – Uutiset – Työryhmän ehdotus hankintalain muutostarpeista – lakia halutaan yksinkertaistaa ja tasapuolistaa.

⁴ Edilex – Uutiset – Työryhmän ehdotus hankintalain muutostarpeista – lakia halutaan yksinkertaistaa ja tasapuolistaa.

Uusi laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista eli (klassinen) hankintalaki korvaa vanhan vuoden 2007 hankintalain, hankinta-asetuksen (24.5.2007/614) sekä vuonna 2011 säädetyn lain sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (17.6.2011/698). Samalla laki vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettu laki eli erityisalojen hankintalaki korvaa vanhan vuonna 2007 säädetyn erityisalojen hankintalain (30.3.2007/349). Vuonna 2007 säädetty julkisten hankintojen valvonta- ja oikeussuojadirektiivi⁵ ja sillä muutetut aikaisemmat oikeusturvadirektiivit⁶ sen sijaan pysyvät voimassa, jolloin niiden mukaiset kansalliset säännöt pysyvät ennallaan. Lisäksi hankinnoista ilmoittamiseen sovelletaan uutta Komission vakiolomakeasetusta (2015/1986).

Tutkielmaa kirjoitettaessa uusi hankintalaki ei ole vielä astunut voimaan, mutta arvioiden mukaan voimaan astuminen tapahtuisi jossain vaiheessa loppuvuodesta 2016. Koska hankintalainsäädännön kansallinen säätämismenettely on myöhästynyt, julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevat direktiivit ovat ehtineet astua voimaan 18.4.2016. Niitä sovelletaan osaksi yhdessä voimassa olevan hankintalainsäädännön kanssa niin sanotun siirtymäkauden ajan.⁷ Tässä tutkielmassa, jossa tarkastelu kohdentuu ja rajautuu tulevaan klassiseen hankintalakiin, tarkoitetaan hankintalailla tai uudella hankintalailla kyseistä tulevaa hankintalakia. Vanhalla hankintalailla viitataan vielä tällä hetkellä voimassa olevaan hankintalakiin. Tämä asettelu siitä syystä, että uuden hankintalain on tarkoitus astua voimaan aivan lähiaikoina.

1.2 Tutkimuksen aihe ja kysymyksenasettelu

Hankintamenettelyn vaiheet tarjouspyynnön laatimisesta tarjousten vertailuun ja valintaan on laaja, mutta yhtenäinen, pykäläkokonaisuus, jossa moni seikka vaikuttaa

⁵ Neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY.

⁶ Julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY.

⁷ PTCS – Tietoa julkisista hankinnoista – Hankintalain uudistus.

toiseen. Tässä tutkielmassa tarkastelun kohteena ovat hankintamenettelyn vaiheet tarjouspyynnön laatimisesta tarjousten vertailuun ja valintaan siten, että yleisempää tarkastelua suoritetaan seikoista, jotka eivät muutu vanhaan hankintalakiin verrattuna ja yksityiskohtaisemmin pureudutaan kyseisten hankintamenettelyn vaiheiden uudistuksiin ja tavoitteisiin. Tarjouspyynnön laatiminen sekä tarjousten vertailu ja valinta on varsin olennainen kokonaisuus hankintaprosessissa ja tilastojen mukaan ne myös aiheuttavat selvästi suurimman osan markkinaoikeuteen saapuvista julkisia hankintoja koskevista valituksista⁸.

Julkisia hankintoja koskevien valitusten määrän voidaan todeta olevan kasvussa, sillä vuonna 2014 hankinta-asioiden valituksia saapui markkinaoikeuteen 591 ja se on 11 prosenttia enemmän kuin vuonna 2013. Vuosina 2010 ja 2011 (7/2010-6/2011) suoritettussa selvityksessä tarkasteltiin hankintaprosessin virheitä markkinaoikeuden käytännössä ja tätä varten käytiin läpi 406 hankinta-asioita koskevaa päätöstä tuona ajankohtana. Markkinaoikeuden päätöksissä eniten virheellisiä menettelyjä katsottiin tapahtuneen tarjouspyynnön laatimisessa ja etenkin tarjousten arviointiperusteiden asettamisessa. Tarjousten käsittelyvaiheessa eniten virheitä katsottiin tapahtuneen tarjousten vertailussa. Tarjousten käsittelyvaiheen toinen ongelmakohta oli tarjouspyyntöä vastaamattomien tarjousten hylkääminen. Virheiden määrissä ja tyypeissä ei nähty merkittävää eroa kansallisen kynnysarvon ja EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskeneiden ratkaisujen välillä.⁹

Tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan kokonaisuuteen kuuluvien pykälien uudistuksilla pyritään yksinkertaistamaan ja selkeyttämään tätä hankintamenettelyn vaihekokonaisuutta sekä tuomaan hankintadirektiivin ja hankintalain mukaisia tavoitteita mukaan tähän kokonaisuuteen ja siten yksittäisiin hankintoihin. Uudistuksilla odotetaan olevan myös vähentävä vaikutus markkinaoikeuteen tehtävien valitusten määrässä ainakin kyseisten hankintamenettelyn vaiheiden osalta. Sikäli kuin kyseisten vaiheiden valitukset muodostavat suurimman osan markkinaoikeuteen saapuvista hankinta-asioiden valituksista, pykälien uudistuksilla voisi odottaa olevan vähentävä vaikutus hankinta-asioiden ruuhkaan ja

⁸ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 64.

⁹ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 64.

käsittelyaikojen pituuteen markkinaoikeudessa. Tällaiset vaikutukset selviävät kuitenkin vasta, kun uusi hankintalaki on ollut jonkin aikaa sovellettavana.¹⁰

Tutkielman tavoitteena on selkeyttää ja jäsentää uuden hankintalain myötä voimaantulevaa oikeustilaa hankintamenettelyn tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheissa, keskittyen kuitenkin lainsäädäntöuudistuksiin ja tavoitteisiin. Julkisiin hankintoihin ja siten myös tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheisiin liittyy olennaisella tavalla keskeisten julkisissa hankinnoissa noudatettavien yleisten oikeusperiaatteiden noudattaminen, joita ovat tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden, avoimuuden sekä suhteellisuuden periaatteet. Kyseisiä julkisten hankintojen yleisiä oikeusperiaatteita tulee noudattaa kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa ja niillä on keskeinen merkitys yksittäisten menettelysäännösten tulkinnassa. Tarkoituksena on tutkia oikeusperiaatteiden merkitystä tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheissa, koska oikeusperiaatteet avaavat lainsäätäjän tarkoitusta merkityksellisesti kyseisissä hankintamenettelyn vaiheissa.¹¹

Hankintalaki on pitkälti menettelylaki, josta on mahdoton säätää kaiken kattavaa normistoa yksittäisiä esille tulevia tulkintatilanteita varten. Näissä yksittäisissä ongelmatapauksissa keskeisessä asemassa ovat edellä mainitut yleiset oikeusperiaatteet, joiden avulla on mahdollista ratkaista nämä yksittäiset tulkintatilanteet. Vaikka menettelysäännöt ovat paikoittain hyvinkin avonaisen ja tulkinnanvaraisen oloisia, auttaa ongelmatilanteiden ratkaisuisissa usein ”maalaisjärki”. Tulkintatilanteessa on suotavaa miettiä, onko menettelyssä kohdeltu kaikkia tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi, onko menettely ollut avointa riittävässä määrin ja ovatko tarjousmenettelylle asetetut vaatimukset olleet oikeassa suhteessa hankinnan kokoon ja laatuun nähden.¹²

Hankintaprosessin varsinainen kilpailuttamisvaihe saa alkunsa tarjouspyynnön laatimisesta ja sen voidaankin katsoa olevan hankintaprosessin tärkein asiakirja. Se on syytä laatia huolella ja sitä varten on hyvä varata riittävästi aikaa ja resursseja.

¹⁰ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 64.

¹¹ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 25.

¹² Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 25.

Tarjouspyynnössä määritellään tuotteen, palvelun tai urakan sisältö ja siihen liittyvät muut vaatimukset ja ehdot, jotka ovat merkityksellisiä tarjouksen laatimisen ja hinnoittelun kannalta. Tässä tutkielmassa tarjouspyynnön käsitteestä rajautuvat pois tarjouspyyntöön muodollisesti kuuluvat tarjoajan (tai ehdokkaan) soveltuvuusvaatimukset sekä tarjouspyynnössä yleensä pyydettyt selvitykset liittyen tarjoajan (tai ehdokkaan) poissulkemisperusteisiin. Tarjouspyynnön niin sanottuja teknisiä tietoja, menettelyllisiä vaatimuksia tai vaatimuksia tarjousten tekemiselle taikka tarjouspyynnössä asetettavia perinteisiä kaupallisia ehtoja (esimerkiksi maksuajat, keskeiset sopimusehdot, immateriaalioikeuksien hallinta ja niin edelleen) ei myöskään käsitellä. Tutkielmassa tarjouspyyntö mielletään asiakirjakokonaisuudeksi, jolla määritetään, mitä halutaan hankkia ja millä ehdoin sekä miten tarjouskilpailun voittaa.

Tarjouspyynnössä esitettyjen tietojen pohjalta tarjoajat laativat tarjouksensa. Tarjousten käsittely tapahtuu tarjouspyynnössä esitettyjen vaatimusten ja ehtojen mukaisesti ja vertailu tapahtuu tarjouspyynnössä ilmoitettujen arviointiperusteiden tai ilmoitetun muun kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteen mukaan. Onnistunut hankintamenettely on riippuvainen nimenomaan siitä, että tarjouspyyntö on laadittu riittävän selkeästi ja siten, että se tuottaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.¹³

Tarjouspyynnön epäselvyydet, virheellisyydet ja puutteet tekevät usein hankintamenettelyn loppuun viemisestä hankintalain edellyttämällä tavalla ongelmallisen. Oikeuskäytännössä tarjouspyynnön puutteellisuudesta, virheellisyydestä tai epäselvästä sisällöstä johtuva tarjousten vertailukelvottomuus on nähty yhtenä merkittävimpänä ongelmana. Mikäli tarjouksista ei saada yhteismitallisia, ei niitä yleensä ole myöskään mahdollista vertailla. Tarjousten vertailukelvottomuus johtaa puolestaan helposti hankintamenettelyn virheellisyyteen. Näissä tilanteissa hankintayksiköt ovat yrittäneet saada tarjouksista yhteismitallisia ja vertailukelpoisia pyytämällä täsmennyksiä ja täydennyksiä tarjouksiin. Tarjousten täsmentämisessä ja täydentämisessä on usein käsillä tarjousten tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantuminen, mikäli tarjoajat voivat jälkikäteen parantaa aikaisempia tarjouksiaan.

¹³ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 246.

Lähtökohtaisesti tarjouspyyntö on lopullinen, eikä sen vaatimuksia ja ehtoja voida jälkikäteen muuttaa, jolloin myös sen pohjalta annetut tarjoukset ovat lopullisia.¹⁴

Tarjouspyynnön epäselvyydestä johtuvat tilanteet ovat täten yleensä ongelmallisia ratkaista. Pienet puutteet ja epäselvyydet voidaan yrittää korjata täsmentämällä ja täydentämällä tarjouspyyntöä ja pyytämällä täsmennysten osalta muokatut tarjoukset (kun tarjousten jättöaika on kulunut jo umpeen), mutta liiallisuuksiin ei voida mennä. Mikäli tarjouspyyntö on epäselvä ja sisältää huomattavia puutteita, oikeuskäytännössä on pääsääntöisesti veloitettu järjestämään uusi tarjouskilpailu¹⁵. Näissä tapauksissa puutteet ovat vaikuttaneet hankinnan kohteeseen ja tarjousten valintaan liittyviin seikkoihin.¹⁶

Uuden hankintalain myötä virheellisiä tai puutteellisia tarjouksia voidaan aiempaa enemmän täsmentää ja täydentää (vaikka tarjouspyyntö olisi seikkaperäinen ja täsmällinen). Tässä on lähtökohtaisesti vaarana tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn epäonnistuminen. Tutkielmassa arvioidaan sitä, milloin tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen on hankintalain ja julkisten hankintojen oikeusperiaatteiden mukaista ja milloin ei. Pääsääntönä on, että tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset on suljettava tarjouskilpailusta. Muutoksen taustalla on ajatus siitä, että tarkoituksenmukaisuussyistä tulisi hankintamenettelyyn lisätä joustavuutta niitä tilanteita varten, jossa ehdokkaiden tai tarjoajien hankinta-asiakirjoissa on epäolennaisia puutteita, ristiriitoja ja virheitä, mutta joiden täydentämisen ja täsmentämisen ei voida katsoa heikentävän muiden ehdokkaiden ja tarjoajien asemaa tarjouskilpailussa.¹⁷

Tarjousten vertailua ja valintaa koskeva keskeinen uudistus on kokonaistaloudellisen edullisuuden käyttö valintaperusteena aina, vanhan halvimman hinnan ja kokonaistaloudellisen edullisuuden vaihtoehtoisuuden sijaan. Kokonaistaloudellisen edullisuuden tosiasiallisena valintaperusteena käytetään jatkossa kuitenkin halvinta hintaa, kustannuksiltaan edullisinta tai hinta-laatusuhteeltaan parasta ratkaisua.

¹⁴ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 249–250.

¹⁵ Ks. esim. MAO:204/05.

¹⁶ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 250.

¹⁷ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 54 ja 190.

Tutkielmassa tarkastellaan, millaisia muutoksia tämä uudistus käytännössä tuo tarjousten valintaan ja muuttuuko siinä tosiasiasa mikään.¹⁸

Julkisissa hankinnoissa ja tutkielman näkökulmasta tarjouspyynnön laatimisen vaiheessa voidaan usealla eri tavoin huomioida ja edistää yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtia. Vanha hankintalaki on mahdollistanut näiden seikkojen huomioon ottamisen jo aikaisemmin. Ympäristö- sekä yhteiskunnallisten ja sosiaalisten näkökohtien huomioon ottamista ei ole kuitenkaan hyödynnetty toivottavissa määrin. Syynä tähän on nähty sääntöjen vajavaisuus siten, etteivät ne ole tarjonneet hankintayksiköille varmuutta erilaisten ratkaisujen sallittavuudesta konkreettisissa tilanteissa. EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö on ollut tässä merkittävässä roolissa. Julkisten hankintojen ohjauspotentiaalin on kuitenkin uskottu olevan paremmin hyödynnettävissä selkeyttämällä lainsäädäntöä tämän osalta.¹⁹

Innovatiivisuus julkisissa hankinnoissa on ollut niin ikään vähäistä vaihtelevista syistä. Tällaisia syitä ovat olleet muun muassa vähäisen riskin ratkaisuja suosivat kannustimet hankintoja tehtäessä, tietojen ja osaamisen puute uuden teknologian ja innovaatioiden hankinnoissa sekä huono (strateginen) yhteys julkisten hankintojen ja poliittisten päämäärien välillä. Euroopan komission laatimassa Eurooppa 2020 -strategian lippulaivahanke innovaatiunionia²⁰ käsittelevässä tiedonannossa on todettu, että esimerkiksi innovatiivisten tuotteiden ja palvelujen hankkimisella julkisella kilpailutuksella on merkittävä rooli julkisten palvelujen laadun parantamisessa ja tehokkuuden lisäämisessä.²¹

Julkiset hankinnat halutaan nähdä Euroopan unionissa ja sen jäsenmaissa osana suurempaa yhteiskunnallista ja poliittista kokonaisuutta. Uuden hankintadirektiivin ja hankintalain myötä julkisilla hankinnoilla halutaan entistä enemmän kannustaa ja edistää yhteiskunnallisten ja sosiaalisten, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtien tukemista Euroopan unionissa ja sen jäsenmaissa. Kyseinen tavoite on osa laajempaa Eurooppa 2020 -strategiaa, jossa on laadittu EU:n kasvustrategia tulevalle vuosikymmenelle. Eurooppa 2020 -strategian tavoitteet koskevat innovointia,

¹⁸ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 54.

¹⁹ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 30–31.

²⁰ KOM(2010) 546.

²¹ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 31.

köyhyyden ja sosiaalisen syrjäytymisen torjuntaa sekä ilmasto- ja energiakysymyksiä. Näiden näkökohtien huomioon ottamista ja edistämistä julkisissa hankinnoissa on pyritty yksinkertaistamaan, selkeyttämään ja helpottamaan uuden hankintadirektiivin ja hankintalain myötä. Tutkielmassa tarkastellaan kyseisten näkökohtien edistämistä hankintaprosessissa tarjouspyynnön laatimisen vaiheessa.²²

Tutkielmassa tarkastellaan siten, kuinka tarjouspyyntöön voitaisiin konkreettisesti sisällyttää hankintadirektiivin ja hankintalain mukaisia tavoitteita niin, että hankintalain säännöt ja julkisten hankintojen oikeusperiaatteet huomioidaan. Tarjouspyynnön laatimisen osalta tehdään jäsentelyä hankinnan kohteen eri kriteerien eli vähimmäisvaatimusten (sisältäen vaihtoehtoiset tarjoukset), arviointiperusteiden ja hankintasopimuksen erityisehtojen välillä. Tarkastelu kohdentuu siihen, kuinka yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtia voidaan ottaa huomioon hankinnan kohteen eri kriteereissä.

Tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan kokonaisuudessa olisi ihanteellista, jos tarjouspyynnön laatimista seuraa tarjouspyynnön mukaisten tarjousten jättö. Koska näin ei ole aina asian laita, tarjouspyyntöä vastaamattomia tarjouksia voidaan uuden hankintalain myötä aiempaa enemmän täsmentää ja täydentää. Tutkielmassa tarkastellaan tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta ja jäsenellään hankintayksikön ja tarjoajan vastuuta tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuudesta. Samalla tutkielma selkeyttää ja jäsentelee sitä, milloin tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous on hylättävä tai milloin sitä voidaan täsmentää ja täydentää.

Tarjousten vertailun ja valinnan osalta tutkielmassa selkeytetään arviointiperusteiden asettamista ja niiden liityntää hankinnan kohteeseen sekä elinkaarikustannusten huomioon ottamista arviointiperusteissa. Kokonaistaloudellisen edullisuuden osalta tutkielma jäsentelee kokonaistaloudellisen edullisuuden sisältämiä tosiasiallisia valintaperusteita eli hinta-laatusuhdetta, kustannuksien mukaista edullisuutta ja halvinta hintaa.

²² Euroopan komissio – Eurooppa 2020 – Eurooppa 2020 pähkinänkuoressa – Prioriteetit.

1.3 Tutkimuksen metodi ja tutkimuksen tavoitteet

Tutkielman tavoitteena on tulkita ja systematisoida uuden hankintalain myötä vallitsevaa oikeustilaa tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheissa. Tarkoituksena on kerätä laajasti lähdeaineistoa aiheen selvitystä varten. Tutkielmassa on otettu oikeusdogmaattinen eli lainopillinen lähestymistapa, koska se tarjoaa mahdollisuuden vallitsevan oikeuden sisällön tutkintaan ja tulkintaan sekä oikeuskäytännössä esiin nousseiden argumenttien ja tulkintakriteerien systematisoimiseen.

Lainopillinen lähestymistapa tutkielmassa tarkoittaa tutkielman aiheen tarkastelua uuden hankintalain myötä pätevien oikeusnormien valossa. Pätevät oikeusnormit ovat oikeusdogmatiikalle ominaiseen tapaan yhteiskuntaa velvoittavia eli toisin sanoen vallitsevaa oikeutta. Tutkielmassa tulkitaan ja jäsenellään vallitsevaa oikeustilaa ja tuotetaan siten tieteellistä tietoa tarkasteltavista oikeusnormeista. Tarkastelu luo tulkintakannanottoja voimassa olevista oikeusnormeista ja välittää niiden sisältöä lukijalle.²³

Lainopillinen tarkastelu tutkielmassa ei keskity pelkästään oikeusääntöjen tutkimiseen, vaan samalla tarkastellaan oikeusperiaatteita ja niiden yhteensovittamista. Oikeusääntöjen ja oikeusperiaatteiden tarkastelulla pyritään yhtenäistämään ja johdonmukaistamaan tarkasteltavaa aiheita. Tutkielma pyrkii välittämään lukijalle oikeusnormien tulkintaa ja systematisointi siten, että tulkintakannanotot olisivat lukijan hyödynnettävissä myös käytännön näkökulmasta. Täytyy kuitenkin muistaa, että vaikka lainoppi antaa kuvauksen voimassa olevasta oikeudesta, lainoppi ei ole kuitenkaan puhdas kuvaus oikeudesta, vaan sen tuottama sisältö on voimassa olevan oikeuden merkityssisältöä koskeva kannanotto siitä, kuinka oikeutta pitäisi tulkita, punnita ja systematisoida.²⁴

Tutkielma kirjoitetaan puhtaasti hankintayksikön näkökulmasta, eikä siinä tehdä tarkempia erotteluja eri hankintayksiköiden tai eri hankintalajien (tavarat, palvelut ja urakat) välille. Tutkielma toimii siten yleistutkimuksena erilaisille hankintayksiköille.

²³ Hirvonen 2011, s. 22–23.

²⁴ Hirvonen 2011, s. 24–25.

Tutkielman tavoitteena on selkeyttää ja jäsennellä hankintadirektiivin ja uuden hankintalain myötä vallitsevaa oikeustilaa ja tarkastella keinoja hankintadirektiivin ja hankintalain mukaisten tavoitteiden huomioon ottamiseksi tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheissa.

1.4 Aiheen rajaus, lähdemateriaalit ja tutkielman rakenne

Tutkielma rajautuu klassiseen hankintalakiin ja sen sisällä EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, pois lukien kuitenkin sosiaali- ja terveystalushankinnat ja muut erityiset palveluhankinnat sekä käyttöoikeussopimukset, joita koskevat erilliset säännöt löytyvät hankintalain 12 ja 13 luvuista. Kansallisia hankintoja koskevat erilliset säännöt löytyvät hankintalain 11 luvusta. Tarkastelu rajautuu tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheisiin. Tarkastelun pääpaino on kuitenkin näiden vaiheiden lainsäädäntöuudistuksissa ja tavoitteissa ja siten yleisempää tarkastelua suoritetaan seikoista, jotka eivät vanhaan hankintalakiin nähden juurikaan muutu.

Tarjouspyynnön käsitteestä rajautuvat pois tarjoajien (tai ehdokkaiden) soveltuvuusvaatimukset ja poissulkemisperusteet. Tarjouspyynnön osalta ei myöskään käsitellä sen sisältämiä niin sanottuja teknisiä tietoja, menettelyllisiä vaatimuksia tai vaatimuksia tarjousten tekemiselle taikka perinteisiä kaupallisia ehtoja. Tämä sen takia, että tutkielmassa tarjouspyyntö mielletään asiakirjakokonaisuudeksi, jolla määritetään hankinnan kohdetta sisältö- ja muine vaatimuksineen sekä ehtoineen. Tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaihekokonaisuuden loppupuolelta tutkielmasta rajautuvat pois yksittäiset säännöt poikkeuksellisen alhaisten tarjousten käsittelystä sekä hankintayksikön antaman tuen huomioon ottamisesta tarjousten vertailussa.

Tutkielman tarkastelu pohjautuu pääasiassa voimassa olevan hankintadirektiivin (2014/24/EU) sekä erityisesti sen pohjalta annetun uuden hankintalain hallituksen esityksen (HE 108/2016) tulkintaan. Kuten todettua, tätä tutkielmaa kirjoitettaessa lopullinen hankintalaki ei ole astunut vielä voimaan. Muina lähteinä tutkielmassa käytetään monipuolisesti oikeuskirjallisuutta ulkomaisista lähteistä kotimaisiin sekä ennen kaikkea oikeuskäytäntöä EU-tuomioistuimen ratkaisuksista markkinaoikeuden ja KHO:n ratkaisuihin.

Tutkielman rakenne etenee alun julkisten hankintojen kilpailuttamisvelvoitteen ja yleisten oikeusperiaatteiden pohjustusten myötä tarjouspyynnön laatimiseen. Kolmannessa pääluvussa tarjouspyynnön laatimisen osalta tarkastellaan hankinnan kohteen kriteereistä vähimmäisvaatimuksia ja hankintasopimuksen erityisehtoja. Tarjouspyynnön laatimisen osalta tarkastellaan konkreettisesti, miten hankintadirektiivin ja hankintalain tavoitteiden mukaisia yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, ympäristö- ja innovatiivisuusnäkökohtia voitaisiin ottaa huomioon hankinnan kohteen eri kriteereissä eli vähimmäisvaatimuksissa, arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen erityisehdoissa. Esitysteknisistä syistä arviointiperusteita tarkastellaan tarkemmin vasta tutkielman viidennessä pääluvussa.

Tutkielman neljäs pääluku tarkastelee tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta sekä tarjouksen täsmentämistä ja täydentämistä eri tilanteissa. Viides pääluku käsittää tarjouspyynnön arviointiperusteiden sekä kokonaistaloudellisen edullisuuden valintaperusteen tarkastelun.

2. Julkiset hankinnat

2.1 Yleisesti

Hankintalain 1 ja 2 §:ssä on säädetty lain tarkoituksesta ja tavoitteista. Niiden mukaan ”valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin tässä laissa säädetään. -- Lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailussa.” Lisäksi hankinnat tulee tehdä mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti markkinoilla vallitseva kilpailutilanne hyväksi käyttäen ja ympäristö- ja sosiaaliset seikat huomioon ottaen.²⁵

Hankintalain 3 §:n mukaan ”hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.”²⁶ Näistä keskeisin periaate on Sopimuksen Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) 18 artiklaan pohjautuva syrjinnän kieltö, joka kattaa laajasti kaikenlaisen syrjinnän. Tasapuolisuuden, avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteet on johdettu ajan myötä EU:n oikeuskäytännössä edellä mainitusta syrjinnän kiellosta sekä tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden periaatteista.²⁷

Julkisilla hankinnoilla on aina ollut syvä yhteys EU:n sisämarkkinaoikeuteen ja niiden on todettu perustuvan seuraaviin SEUT:n artikloihin: syrjimättömyys (18. art.), tavaroiden vapaa liikkuvuus (34. art.), palvelujen tarjoamisen vapaus (56. art.), pääomien vapaa liikkuvuus (63. art.), liikkeenperustamisoikeus (49. art.) sekä kilpailun vääristämisen kieltö (101. ja 102. art.) ja laittoman valtiontuen kieltö (107. art.).²⁸

²⁵ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 32.

²⁶ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 34.

²⁷ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 21–22.

²⁸ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 35.

Hankintadirektiivien perimmäisenä tavoitteena on estää julkisia varoja käyttäviä hankintayksiköitä suosimasta lähialueensa toimijoita tai syrjimistä muista EU-jäsenvaltioista tai muilta alueilta tulevia ehdokkaita ja tarjoajia kilpailuttamisprosessissa.²⁹ Tavoitteena on siten julkisten hankintojen sisämarkkinoiden avaaminen kaikille eurooppalaisille yrityksille. Toisena tavoitteena on verovarojen mahdollisimman tehokas käyttö. Julkisella kilpailuttamisveloitteella on tarkoitus lisätä kilpailua ja parantaa eurooppalaisten yritysten kilpailukykyä luomalla mahdollisuuksia tarjota tuotteita ja palveluja julkiselle sektorille avoimen ja tasapuolisen kilpailuttamisprosessin kautta. Hankintayksiköiden on hyödynnettävä vallitseva kilpailutilanne ja pyrittävä löytämään hankintatarpeisiinsa hinta-laatu-suhteeltaan kulloinkin parhaiten soveltuva ratkaisu. Tarjouskilpailutilanne pyrkii jo itsessään järjestämään kilpailutilanteen syntymisen hankintoja tehtäessä.³⁰

Hankintayksikön määritelmä on laajennettu perinteisen viranomaisen ohella kattamaan myös muut tahot, joihin viranomaisen voi käyttää painostusta tai ohjausvaltaa rahoituksellisin tai muilla keinoin. Suoranaisen päätösvallan ohella ohjausvalta voi perustua niin suoraan kuin epäsuoraankin rahoitukseen.³¹ Karkeasti sanottuna kaikki (yli 50 %) verovaroin tehtävät hankinnat tulevat hankintayksikön käsitteen kautta hankintalainsäädännön ja kilpailuttamisveloitteen piiriin.³²

Hankinnan käsitteellä tarkoitetaan tavaroiden ja palveluiden ostamista, vuokraamista tai näihin rinnastettavaa muuta toimintaa sekä urakoinnin muodossa teettämistä. Hankinnan käsite on laaja, vaikka laissa se määritellään tavara- ja palveluhankintoja sekä rakennusurakoita koskevien käsitteiden kautta. Hankintalain hankinnan käsite kattaa karkeasti sanottuna kaikki hankinnat, joissa on kyse tavara- tai palveluhankinnasta taikka rakennusurakasta. Toinen hankinnan kriteeri koskee lopuksi ulkopuolisen tahon kanssa tehtävää hankintasopimusta, jolla tulee olla taloudellista arvoa. Hankinnalla ja hankintasopimuksella katsotaan olevan taloudellista arvoa silloin, kun sopimuksesta maksetaan rahallinen korvaus tai se oikeuttaa muuhun hankintayksikön myöntämään taloudelliseen hyötyyn. Muuta taloudellista hyötyä koskevissa järjestelyissä kysymys on usein useita oikeustoimia (vastavuoroisia suorituksia) sisältävistä sopimuksista taikka

²⁹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 81.

³⁰ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 17–22.

³¹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 81.

³² Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 27.

käyttöoikeussopimuksista, joissa korvaus maksetaan hankinnan kohteeseen liittyvänä käyttöoikeutena ja mahdollisesti lisäksi rahana.³³

Hankintalaista löytyvät säännöt erinäisistä poikkeustilanteista, jolloin hankintayksikön ei tarvitse noudattaa hankintalain mukaista kilpailuttamisvelvoitetta. Kilpailuttamisvelvoitetta ei luonnollisestikaan myöskään ole kansalliset kynnysarvot alittavien hankintojen osalta. Mikäli hankintalain mukaista kilpailuttamisvelvoitetta ei ole, hankinnat voidaan toteuttaa suorahankinnalla. Joidenkin hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta on olemassa erityislainsäädäntöä, kuten esimerkiksi puolustushankintojen osalta³⁴. Hankintalain ulkopuolelle jäävienkin hankintojen (suorahankintojen) osalta pyritään usein hinta-laatu-suhteeltaan parhaaseen ratkaisuun ja niiden toteuttamisessa on noudatettava avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteita.³⁵

2.2 Sovellettavat oikeuslähteet

Julkisten hankintojen sääntely Suomessa perustuu EU:n antamiin hankintadirektiiveihin (2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU, 89/665/ETY, 92/13/ETY, 2007/66/EY) sekä Maailman kauppajärjestön (WTO) laatimaan julkisten hankintojen GPA-sopimukseen.³⁶

Euroopan unionin hankintadirektiivien tarkoituksena on lainsäädännön yhdenmukaistaminen Euroopan unionin yhteismarkkina-alueella. Hankintadirektiivit velvoittavat kaikkia unionin ja ETA-sopimuksen jäsenvaltioita sekä niiden hankintayksiköitä. Vaikka direktiivit voidaan saattaa voimaan halutulla menettelytavalla, ne eivät kuitenkaan jätä suurta liikkumavaraa kansalliselle lainsäätäjälle. Keskeisimmät määräykset, joiden osalta kansallisella lainsäätäjällä on harkintavaltaa, koskevat direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja kuten EU-kynnysarvon alittavia hankintoja sekä määräyksiä, joilla on nimenomaisesti jätetty harkintavaltaa kansalliselle lainsäätäjälle.³⁷

³³ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 48–49.

³⁴ Laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista 1531/2011

³⁵ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 127–128.

³⁶ Kuusniemi-Laine – Takala 2007, s. 34.

³⁷ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, s. 18.

Maailman kauppajärjestön GPA-sopimus poikkeaa soveltamisalaltaan hieman hankintadirektiivien soveltamisalasta henkilöllisen ulottuvuuden sekä soveltamisalaan kuuluvien hankintojen osalta. GPA-sopimuksen soveltaminen suomalaisissa hankinnoissa tarkoittaa sitä, että hankinnan osuessa sopimuksen soveltamisalaan on muista sopimuksen sopijavaltioista tulevia tarjoajia ja tarjouksia kohdeltava samalla tavalla kuin kansallisia tai muista EU:n jäsenvaltioista tulevia tarjoajia ja tarjouksia. GPA-sopimus varmistaa sopijavaltioiden yritysten syrjimättömän ja tasapuolisen osallistumisen EU:n jäsenvaltioissa toteutettuihin hankintoihin, ja päinvastoin.³⁸

Vaikka direktiivien sisältämä sääntely on todella yksityiskohtaista, jättää se toisaalta selkeitä aukkoja joissain sääntelyn osa-alueilla. Tutkielman näkökulmasta tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheessa tarkennettuja oikeusohjeita ei ole annettu lainkaan esimerkiksi tarjousten vertailuun tai pisteytykseen liittyen. Tämän takia vastaavaa tarkkaa sääntelyä ei ole otettu kansalliseenkaan hankintalakiin, vaan oikeuskäytännön rooli on vahva ja se muodostaakin eräiltä osin direktiivejä ja hankintalain sanamuotoa yksityiskohtaisemman menettelytapasäännösten.³⁹

Hankintalain säätämisessä on otettu direktiivien lisäksi huomioon erityisesti EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, mutta myös kansallisten tuomioistuinten (markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden) oikeuskäytäntöä. Käytännössä jo hankintadirektiivien uudistukset aikaisempiin direktiiveihin verrattuna perustuvat pitkälti nimenomaan EU-tuomioistuimen viime aikaiseen oikeuskäytäntöön. Kotimaista oikeuskäytäntöä otetaan huomioon hankintalaissa erinäisinä tarkennuksina sellaisissa kohdissa, joihin direktiivit tai EU-oikeuskäytäntö ei anna suoraa sääntelyä.⁴⁰

Tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan kokonaisuudessa hankintalaki antaa hankintayksikölle esimerkiksi laajan hankintavallan päättää hankinnan sisällöstä ja sen määrittelystä sekä tarjouksille asetettavista arviointiperusteista, mutta ei tarkennettua oikeusohjetta näiden soveltamisesta. Tämä johtuu jo siitä seikasta, että kyseessä on menettelylaki, josta on mahdotonta säätää

³⁸ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 26.

³⁹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 29.

⁴⁰ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 32–33.

kaiken kattavaa normistoa. Mahdollisia soveltamisvariaatioita kun on useita. Tämän seurauksena markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus ovat antaneet tarjouspyynnön ja tarjouksen sisällöstä sekä tarjousvertailusta hyvinkin yksityiskohtaisia ja tiukkoja tulkintoja, joiden sisältö ei selviä laista vaan ainoastaan oikeuskäytännöstä.⁴¹ Sikäli kun laista ei löydy vastausta yksittäistapaukseen, on suotavaa oikeuskäytännön lisäksi turvautua julkisissa hankinnoissa noudatettaviin neljään oikeusperiaatteeseen. Näistä erityisesti tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteilla on edelleen vahva asema ratkaistaessa ongelmia yksittäistapauksissa.⁴²

2.3 Yleiset periaatteet

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat yleiset oikeusperiaatteet pohjautuvat suoraan lakiin ja ne on lueteltu hankintalain 3 §:ssä. Useat hankintatoimen käytännön soveltamis- ja tulkintaongelmat ovat ratkaistavissa soveltamalla näitä hankintalainsäädännön oikeusperiaatteita. Oleellisten menettelyvirheiden mahdollisuus vähenee merkittävästi, mikäli hankintayksikkö sisäistää ja soveltaa oikeusperiaatteita. Kyseisiä hankintamenettelyn oikeusperiaatteita tulee soveltaa kaikissa hankinnan vaiheissa.⁴³ Siten kyseiset oikeusperiaatteet ovat yhteen sovitettavissa myös tutkielmassa tarkasteltaviin tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjous vertailun ja valinnan vaiheisiin jatkuvasti.

2.3.1 Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteet

Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden oikeusperiaatteet liittyvät tiukasti toisiinsa ja niiden mukaan tarjoajia sekä potentiaalisia tarjoajia on kohdeltava samalla tavoin hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen.⁴⁴

⁴¹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 33.

⁴² Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 22–23.

⁴³ Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila 2012, s. 20–21.

⁴⁴ Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila 2012, s. 22.

Tarjouspyynnön laatimisen sekä tarjousten vertailun ja valinnan vaiheessa syrjimättömän kohtelun vaatimus tarkoittaa muun muassa sitä, että hankinnan kohde⁴⁵ ja arviointiperusteet määritellään syrjimättömin kriteerein, ja että hankintapäätös tehdään syrjimättömään ja tosiasialliseen vertailuun perustuen.⁴⁶ Esimerkiksi tarjoajan aikaisempi yhteistyö hankintayksikön kanssa ei saa vaikuttaa hankintapäätöksen tekemiseen. Tarjousten vertailu ja valinta on virheellistä ja syrjivää, mikäli se perustuu vertailun tehneen henkilön suotuisiin mielikuviin ja kokemuksiin voittaneen tarjoajan aikaisemmista toimituksista^{47, 48}. Jokaisella tarjoajalla tulee siis tarjousta laatiessaan olla teoreettisesti yhtäläiset mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa. Kilpailijoiden aseman tulee yleisesti ottaen olla tasa-arvoinen.⁴⁹

Hankinnan määrittelyn osalta hankintayksiköllä on tietyin rajoituksin oikeus päättää, millaisen tuotteen, palvelun tai rakennusurakan se tarvitsee. Hankinnan kohteen kuvauksen ja muiden vaatimusten (esimerkiksi hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvien erityisehtojen) osalta on keskeistä, muodostuuko hankinnan kohteen kuvaus, tekninen eritelmä tai muu vaatimus syrjiväksi⁵⁰. Hankinnan kohteen kuvaus, tekniset eritelmät ja muut vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta tai tarjoajia suosivia taikka syrjiviä⁵¹. Myös arviointiperusteet on asetettava niin, ettei ne suosi tiettyä tarjoajaa.⁵² Sikäli kun hankintayksiköiden olisi suotavaa tulevaisuudessa ajaa enemmän ympäristönäkökohtia, yhteiskunnallisia ja sosiaalisia tavoitteita sekä innovatiivisuutta, ongelmia on varmasti luvassa hankinnan kohteen kuvaamisessa sekä arviointiperusteiden ja hankintasopimuksen erityisehtojen asettamisessa syrjimättömällä tavalla.

Tasapuolisuus edellyttää, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia laatiessaan samat oleelliset tiedot sekoista, joilla on merkitystä tarjouskilpailussa. Kenelläkään tarjoajalla ei tulisi olla hankintayksiköstä johtuvaa tiedollista etulyöntiasemaa, joka saattaa vaarantaa

⁴⁵ Ks. esim. asia C-45/87 Komissio vastaan Irlanti, 22.9.1988 ja asia C-59/00 Bent Moustén Vestergaard vastaan Spøttrup Boligselskab, 3.12.2001.

⁴⁶ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 37.

⁴⁷ Ks. MAO 278/05

⁴⁸ Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila 2012, s. 23.

⁴⁹ Siikavirta 2015, s. 103.

⁵⁰ Ks. asia C-31/87 Gebroeders Beentjes BV vastaan Alankomaat, 20.9.1988, jonka mukaa urakan suoritusmaan pitkäaikaistyöttömien käyttämiseen liittyvä ehto ei ole syrjivä, kunhan määräys ei aseta muiden maiden tarjoajia huonompaan asemaan.

⁵¹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 35–36.

⁵² Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 157–160 ja 208.

rehellisen ja tasapuolisen tarjouskilpailun. Tarjoajilla tulisi olla yhtäläiset tiedot siitä, mitä tarjouksen tietoja käytetään minkäkin asian arvioimiseen ja kuinka niiden arviointi ja vertailu tapahtuu.⁵³ Mikäli tarjouksia joudutaan täsmentämään ja täydentämään tarjouspyynnössä olevan puutteen tai epäselvyyden vuoksi taikka muusta syystä, samassa asemassa oleville tarjoajille tulisi varata yhtäläiset mahdollisuudet tarjouksiensa täsmentämiseen ja täydentämiseen.⁵⁴

Tarjousten vertailu ja valinta tulee tapahtua siten, että hankintayksikkö soveltaa etukäteen ilmoittamiaan arviointiperusteita kaikkiin tarjouksiin tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Hankintapäätöksen on perustuttava kaikkiin tarkasti ennalta ilmoitettuihin arviointiperusteisiin.⁵⁵

2.3.2 Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaatteen voidaan omalla tavalla katsoa sisältyvän syrjimättömyysperiaatteeseen. Sen perimmäisenä tarkoituksena on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnoista ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa. Tämän seurauksena hankinnat avautuvat kilpailulle mahdollisimman laajasti ja hankintasopimusten tekemisen puolueettomuutta voidaan paremmin valvoa.⁵⁶

Tarjouspyynnön sisällön osalta avoimuusvaatimus edellyttää tarjouspyynnössä annettavien tietojen olevan sellaisia, että tarjoajat voivat mahdollisimman tarkkaan jo tarjouksia valmistellessaan huomioida kaikki olennaiset tekijät, joilla on merkitystä kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa sekä näiden tekijöiden suhteellisen merkityksen.⁵⁷ Avoimuusperiaate edellyttää, että hankintapäätös perustuu kaikkiin tarkasti ennalta ilmoitettuihin arviointiperusteisiin ja että arviointiperusteiden keskinäinen painotus, vaihteluväli tai tärkeysjärjestys on ilmoitettu täsmällisesti ennakolta.⁵⁸

⁵³ Ukkola 2011, s. 332–333.

⁵⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 526.

⁵⁵ Pöykkylä 2010, s. 16.

⁵⁶ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 38. Ks. asia C-324/98 Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vastaan Telekom Austria AG, 7.12.2000, kohdat 61 ja 62.

⁵⁷ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 39.

⁵⁸ Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila 2012, s. 23.

Avoimuusvelvoitteeseen liittyy vahvasti EU-tuomioistuimen Medipac-tapaus⁵⁹.

Medipac-tapauksessa oli kyse hankinnan kohteen kuvauksessa käytettävien teknisten eritelmien ilmoittamisesta. Vaikka Medipacin tarjoamat kirurgiset ommeltarvikkeet olivat CE-hyväksytyjä tarjouspyynnön mukaisesti, hankintayksikkö hylkäsi Medipacin tarjouksen siitä syystä, etteivät tarvikkeet vastanneet tarjouskilpailun teknisiä eritelmiä tarvikkeissa olevien teknisten vikojen vuoksi. EU-tuomioistuin katsoi tasapuolisuuden sekä avoimuuden periaatteiden vastaiseksi hylätä tarjous, joka on tarjouspyynnön mukainen, käyttäen hylkäämisperusteena syitä, joita ei ole ilmoitettu etukäteen ja joihin vedotaan tarjouksen tekemisen jälkeen.

Varsinaisen kilpailutusvaiheen läpinäkyvyys merkitsee siis sitä, ettei tarjoajille tule yllätyksenä perusteet, joilla voittajaksi valikoitunut tarjous on tullut valituksi. Kaikilla tarjoajilla on siten teoriassa yhtäläiset mahdollisuudet voittaa tarjouskilpailu, kun ne etukäteen tietävät seikat, joilla on merkitystä tarjouskilpailun voittamiseksi. Läpinäkyvyys on yksi hankintojen kilpailuttamisvaiheen kulmakivistä, joka edistää tasapuolista ja syrjimätöntä kilpailutilannetta yksittäisessä hankinnassa sekä mahdollistaa näiden valvomisen.

2.3.3 Suhteellisuusperiaate

Suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintamenettelylle asetettavat vaatimukset ovat oikeassa suhteessa kulloinkin tavoiteltavan päämäärän kanssa. Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaatteen on katsottu edellyttävän kohtuullisuusvaatimusten huomioon ottamista.⁶⁰

Tarjouspyynnössä asetettavat hankinnan kohteen kuvaus, tekniset eritelmät ja muut vaatimukset (hankintasopimuksen erityisehdot) tulee olla oikeassa suhteessa hankintaan nähden.⁶¹ Myös arviointiperusteet tulee asettaa niin, että ne ovat järkevässä suhteessa hankinnan kohteeseen.⁶² Sikäli kun hankintayksiköllä on lähes vapaa valintaoikeus

⁵⁹ Asia C-6/05 Medipac-Kazantzidis AE vastaan Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS), 14.6.2007. Ks. tuomion kohdat 53–55.

⁶⁰ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 25.

⁶¹ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 25.

⁶² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 39.

hankinnan kohteesta, hankinnan määrittelyyn voidaan suhteellisuusperiaatteella puuttua heikosti. Tarjouspyynnössä edellytettävien erilaisten merkkien sekä testausraporttien, sertifikaattien ja muun teknisen selvityksen osalta suhteellisuusperiaatteella on merkitystä näitä asetettaessa. Arviointiperusteita asetettaessa ei tule käyttää hankinnan kohteeseen objektiivisesti liittymättömiä arviointiperusteita eikä painotuksen osalta tule painottaa suhteettomasti jotain hankinnan kohteen kannalta toisarvoista kriteeriä.⁶³

Koska hankintaan oleellisesti liittymättömiä kriteereitä ei tulisi asettaa eikä asiallisiakaan kriteereitä (arviointiperusteita) tulisi painottaa niin, että ne ratkaisisivat tarjouskilpailun ohittaen painoarvoltaan tosiasiassa oleellisemmat kriteerit, suhteellisuusperiaate on merkityksellinen pohdittaessa, milloin ja miten ottaa yksittäisissä hankinnoissa huomioon yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtia.⁶⁴ Hankintoja tehtäessä on syytä pohtia, milloin yksittäisen hankinnan määrittelyssä, hankinnan toteuttamiseen liittyvien erityisehtojen asettamisessa sekä arviointiperusteiden asettamisessa on tarkoituksenmukaista ajaa näitä näkökohtia, ja milloin ei. Vain vähäiset yhteiskunnalliset ja sosiaaliset, ympäristönsuojelulliset tai innovatiivisuutta edistävät edut saattavat johtaa merkittäviin ja tarkoituksettomiin kustannuksiin veronmaksajille.⁶⁵

⁶³ Aalto-Setälä – Aine – Lehto – Parikka – Petäjäniemi-Björklund – Stenborg – Virtanen 2008, s. 542–543.

⁶⁴ Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila 2012, s. 24.

⁶⁵ Ukkola 2007, s. 68.

3. Tarjouspyynnön laatiminen

3.1 Tarjouspyynnön rakenne yleisesti

Uudessa hankintalaissa käytetään yleistermiä hankinta-asiakirjat, jolla tarkoitetaan mitä tahansa asiakirjaa, jonka hankintayksikkö on laatinut tai johon se viittaa kuvatakseen tai määrittääkseen hankinnan tai menettelyn eri osia. Tästä huolimatta soveltamiskäytännössä vakiintuneesti käytettyä termiä tarjouspyyntö käytetään edelleen hankintalaissa puhuttaessa muun muassa hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen määrittämisestä⁶⁶.

Tarjouspyynnössä (neuvottelukutsussa⁶⁷) ja sen liitteissä on hankintalain 68 §:n mukaan oltava ensinnäkin hankinnan kohteen määrittely tai hankekuvaus sekä hankinnan kohteeseen liittyvät muut laatuvaatimukset. Siinä on selvitettävä myös, miten tarjouksia tullaan arvioimaan eli on tuotava esiin kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet sekä niiden suhteellinen painotus, kohtuullinen vaihteluväli tai poikkeustapauksissa arviointiperusteiden tärkeysjärjestys. Lisäksi tarjouspyyntöön tulee sisällyttää keskeiset sopimusehdot (yleensä sopimusluonnos), johon liittyy olennaisesti hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät erityisehdot, sekä muut tiedot, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyn ja tarjousten laatimisen kannalta.

Toinen merkittävä kokonaisuus tarjouspyynnössä on tarjoajien tai ehdokkaiden soveltuvuusvaatimukset, joilla arvioidaan ehdokkaan tai tarjoajan soveltuvuus hankinnan toteuttamisen kannalta. Tarjouspyynnössä on oltava ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä soveltuvuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat ja muut vaatimukset sekä pyyntö täydentää yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja ja toimittaa muut selvitykset, joilla on merkitystä ehdokkaan tai tarjoajan soveltuvuuden ja poissulkemisperusteiden arvioimiseksi ennen kuin hankintasopimuksen tekeminen olisi mahdollista.

⁶⁶ HE 108/2016 vp, s. 34.

⁶⁷ Neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn osalta 68 §:ssä puhutaan neuvottelukutsun vähimmäisisällöstä, joka on eräänlainen tarjouspyynnön raakaversio ja jonka pohjalta ja käytävien neuvottelujen seurauksena lopullinen tarjouspyyntö muotoutuu.

Kolmas tarjouspyyntöön liittyvä kokonaisuus on luettelo teknisiä tietoja, joiden on ilmentävät tarjouspyynnöstä. Näitä ovat viittaus hankintailmoitukseen, tarjousten tekemisen määräaika, osoite tarjousten toimittamiselle, kielivaatimukset tarjouksille, tarjousasiakirjojen esittämistä ja muotoa koskevat muut vaatimukset, neuvottelujen alkamispäivä kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä ja neuvotteluissa käytettävä kieli tai kielet sekä tarjousten voimassaoloaika.

Tässä tutkielmassa ei ole tarkoitus paneutua tarjouspyynnön teknisiin tietoihin, mutta ei myöskään ehdokkaille tai tarjoajille asetettaviin soveltuvuusvaatimuksiin tai niitä koskeviin poissulkemisperusteisiin. Hankintamenettelyistä avoimessa menettelyssä voidaan lain (79 §:n 2 momentin) mukaan tarkistaa tarjousten vaatimustenmukaisuus ja vertailla tarjoukset ennen tarjoajien soveltuvuuden tarkastamista. Muissa hankintamenettelyissä ehdokkaiden soveltuvuus tarkistetaan jo käytännössä silloin, kun toimittajat pyytävät saada osallistua hankintamenettelyyn laatimalla osallistumishakemukset. Toki lopullinen soveltuvuusvaatimusten tarkistus suoritetaan aina erikseen vielä tarjouskilpailun voittajalta. Poissulkemisperusteita voidaan soveltaa hankintamenettelystä riippumatta läpi koko hankintaprosessin.

Vaikka ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuusvaatimukset ovat olennainen osa hankinta-asiakirjoja ja tarjouspyyntöä, EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä⁶⁸ on jo aikoinaan kehittynyt ajattelumalli, jonka mukaan tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen ja tarjouskilpailun ratkaiseminen ovat kaksi erillistä toimenpidettä, joihin sovelletaan eri oikeussääntöjä. Sen lisäksi EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä⁶⁹ on katsottu, ettei tarjousten vertailussa voida enää ottaa huomioon tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä seikkoja.⁷⁰

Myöhemmässä oikeuskäytännössä⁷¹ ja uuteen hankintalakiin otetussa selkeyttävässä säännössä (93 §:n 2 momentissa) on kuitenkin sallittu tarjoajan henkilöstön

⁶⁸ Asia C-31/87 Gebroeders Beentjes BV vastaan Alankomaat, 20.9.1988.

⁶⁹ Asia C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vastaan Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), 10.10.2002.

⁷⁰ Ukkola 2011, s. 327–328.

⁷¹ Ks. esim. asia C-601/13 Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA vastaan Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém ja Núcleo Inicial - Formação e Consultoria Lda, 26.3.2015. Ko. tapaukseen liittyvässä julkisasiamies Melchior Watheletin ratkaisuehdotuksessa viitataan mielenkiintoisella tavalla siihen, voitaisiinko myös yrityksen osaamista käyttää samalla tavalla tarjousten vertailussa kuin nyt ratkaistua palvelun suorittamisesta vastaavan henkilön osaamista. Hän viittaa

ominaisuuksien (pätevyyden, kokemuksen ja organisoinnin) huomioon ottaminen tarjousvertailussa, jos kyseisillä henkilöstön laatuun liittyvillä tekijöillä voi olla merkittävä vaikutus hankintasopimuksen toteuttamisessa ja siten taloudellista merkitystä. Kysehän on ensisijaisesti tarjoajan soveltuvuusvaatimuksesta. Huomioitavaa on, että tällöinkään soveltuvuusvaatimukset ja arviointiperusteet eivät saa sekoittua tai olla päällekkäisiä, eli arviointiperusteet eivät saa olla samoja perusteita, joita on jo käytetty tarjoajien soveltuvuuden arvioinnissa. Myös tarjoajan referenssit voivat poikkeustapauksissa olla hankinnan kohteeseen liittyviä ja siten arviointiperusteeksi kelpaavia, vaikka niissäkin on lähtökohtaisesti kyse tarjoajan soveltuvuusvaatimuksesta.⁷²

Ehdokkaita tai tarjoajia koskevat soveltuvuusvaatimukset on useimmiten ilmoitettu jo hankintailmoituksessa, ainakin jos käytetään niin sanottua kaksivaiheista hankintamenettelyä. Yksivaiheisen hankintamenettelyn (avoimen menettelyn) osalta tarjoajia koskevat soveltuvuusvaatimukset sekä kaksivaiheisen hankintamenettelyn osalta tarjoajia koskevat mahdolliset lisäsoveltuvuusvaatimukset ilmoitetaan aina myös tarjouspyynnössä. Pääsääntönä on, että varsinaiseen tarjousvertailuun voidaan ottaa mukaan vain sellaisten tarjoajien tekemät tarjoukset, jotka täyttävät kaikki edellytetyt soveltuvuusvaatimukset ja joiden osalta ei ole käsillä poissulkemisperusteita.⁷³ Toisaalta avoimessa menettelyssä, ja uuden yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan⁷⁴ johdosta myös muissakin menettelyissä, tarjousvertailu voidaan suorittaa ennen kuin soveltuvuusvaatimukset varsinaisesti tarkistetaan tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta.

Joka tapauksessa tarjoajien soveltuvuuden ja tarjousten vertailun erillisyyden johdosta, tässä tutkielmassa tarjouspyyntö mielletään asiakirjakokonaisuudeksi, jolla määritetään, mitä halutaan hankkia ja millä ehdoin sekä miten tarjouskilpailun voittaa. Ratkaisevassa

ratkaisuehdotuksen kohdassa 78 Arrowsmithin näkemykseen, jonka mukaan yritysten osaaminen (esim. suorituskyky, toimitusvarmuus, aikataulussa pysyminen) tulisi voida ottaa huomioon tarjousten vertailussa, jos se on relevanttia hankintasopimuksen solmimisen kannalta. Tästä voidaan päätellä, että aiemmin tiukka soveltuvuusvaatimusten ja arviointiperusteiden erottelu saattaisi olla muuttumassa entistä sallivampaan suuntaan.

⁷² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 418 ja HE 108/2016 vp, s. 201–202.

⁷³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 480.

⁷⁴ Yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja (87 §) on asiakirja, joka hankintayksikön on hyväksyttävä alustavaksi näytöksi siitä, että ehdokas tai tarjoaja täyttää soveltuvuusvaatimukset ja että poissulkemisperusteet eivät sovellu.

asemassa ovat hankinnan kohteen määrittely ja muut vaatimukset, arviointiperusteiden asettaminen sekä hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät erityisehdot (jotka kaikki myös neuvotteluja sisältävissä menettelyissä täsmentyvät lopullisessa tarjouspyynnössä⁷⁵). Tarkoitus on keskittyä ainoastaan hankinnan kohteelta vaadittaviin ominaisuuksiin, ei lainkaan perinteisiin kaupallisiin ehtoihin (esimerkiksi maksuajat, keskeiset sopimusehdot, immateriaalioikeuksien hallinta ja niin edelleen).

Keskeisten sopimusehtojen osalta, tarjoajien tulee ainoastaan hyväksyä ne, mutta niiden toteutuminen selviää vasta sopimuskaudella. Erityisehdot toimivat samalla tavalla, mutta ne liittyvät olennaisesti hankinnan kohteen määrittelyyn. Tarjouspyynnössä mahdollisesti olevilla muilla tiedoilla voidaan ensinnäkin antaa tietoa menettelyyn liittyen, mutta ne voivat olla myös tarkennuksia tarjousten tekemiseen siten, että tarjoajat osaisivat laatia yhteismitallisia ja tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia. Tässä tutkielmassa ei tarkastella tarjouspyynnön mahdollisia menettelyllisiä vaatimuksia tai vaatimuksia tarjousten tekemiselle.

Merkittävä seikka tarjouspyynnössä hankinnan kohteen kannalta saattaa olla vaihtoehtoisten tarjousten sallittavuus tai niiden vaatiminen sekä erityisesti niille asetettavat omat vähimmäisvaatimukset. Vaihtoehtoisten tarjousten vähimmäisvaatimusten asettaminen noudattelee kuitenkin samoja hankinnan kohteen vähimmäisvaatimusten sääntöjä. Mikäli vaihtoehtoisia tarjouksia esitetään, hankintayksikön on lisäksi varmistettava, että samat arviointiperusteet soveltuvat sekä vähimmäisvaatimukset täyttäviin vaihtoehtoihin että neutraalit vaatimukset täyttäviin tarjouksiin, jotka eivät ole vaihtoehtoja. Vaihtoehtoisten tarjousten vähimmäisvaatimusten on liityttävä hankinnan kohteeseen ja hankintayksikön on selkeästi ilmoitettava vaihtoehtojen sallittavuudesta tai vaatimisesta hankintailmoituksessa. Hankintayksikön on lisäksi tehtävä erottelu siitä, onko mahdollista tarjota pelkästään vaihtoehtoisia tai neutraalia ratkaisua vai tuleeko tarjota molempia. Rinnakkaiset tarjoukset hankintayksikön tulee tarjouspyynnössä selkeästi kieltää, mikäli näin haluaa. Rinnakkaisten tarjousten on kuitenkin vastattava

⁷⁵ Myös neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä muodostuu aina lopullinen tarjouspyyntö, johon annetaan lopulliset tarjoukset. Käytävissä neuvotteluissa ei saa kuitenkaan neuvotella hankinnan kohteen ehdottomista vähimmäisvaatimuksista ja arviointiperusteista.

tarjouspyynnön yhtä ja samaa hankinnan kohteen määrittelyä eli niille ei aseteta omia erillisiä vähimmäisvaatimuksia.⁷⁶

Uudessa hankintalaissa edellytetään vahvasti suurien hankintakokonaisuuksien pilkkomista ja osatarjousten hyödyntämistä. Vaikka hankintakokonaisuudet pilkotaan tai osatarjoukset sallitaan, se ei silti vaikuta hankintayksikön kokonaishankintatarpeeseen ja muuta siten hankinnan kohteen määrittelyä.

3.1.1 Hankinnan kohteen kuvaus

Hankinnan kohteen kuvausta määrittävä pykälä (71 §) vastaa pitkälti edeltävän hankintalain säännöstä hankinnan teknisestä määrittelystä. Hankinnan kohteen kuvauksella tai hankinnan kohteen määrittelyllä tarkoitetaan hankittavan tavaran, palvelun tai urakan sisällön teknistä määrittelyä tai muuta kuvausta.⁷⁷ Hankinnan kohde tulee määritellä niin tarkasti, että tarjoajat voivat sen perusteella antaa yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia.⁷⁸

Hankinnan kohteen määrittelyssä on kyse hankintayksikön hankinnan kohteelle asetettavista vähimmäisvaatimuksista ja varsinaisen tarjousten vertailu tapahtuu arviointiperusteita soveltaen.⁷⁹ Hankinnan kohteen määrittelyllä hankintayksikkö määrää hankinnan kohdetta koskevat kriteerit, joista hankintayksikkö ei jousta ja joiden on täyttyvä, jotta tarjous otetaan mukaan vertailuun. Hankinnan kohteen määrittely on luonteeltaan binääristä, jossa vaatimukset joko täyttyvät tai eivät täyty ja ovat sen takia vähimmäisvaatimuksia.⁸⁰ Hankintayksiköllä on suhteellisen vapaa valintaoikeus hankinnan kohteen määrittelyn osalta, joten hankinnan vaatimukset voivat kohdistua sellaisiin perusteisiin, joilla hankintayksikkö valitsee omasta näkökulmastaan parhaan tuotteen, palvelun tai urakan. Määritelmien ja vaatimusten tulee kuitenkin liittyä hankintaan. Määritelmät ja vaatimukset eivät saa myöskään olla niin laveita, että ne

⁷⁶ HE 108/2016 vp, s. 176–177

⁷⁷ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 345.

⁷⁸ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 155.

⁷⁹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 155.

⁸⁰ Ukkola 2011, s. 323.

antaisivat hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden valita haluamansa tuote, palvelu tai urakka^{81 82}.

Hankinnan kohteen määrittelyyn liittyy keskeisesti syrjimättömyysperiaate⁸³. Perinteisesti syrjivät määritelmät ovat viittauksia tiettyyn tuotemerkkiin, malliin tai kansalliseen standardiin^{84 85}. Määritelmät on laadittava niin, että ne mahdollistavat tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuun, eivätkä ne saisi luoda perusteettomia esteitä julkisten hankintojen avaamiselle kilpailulle.⁸⁶

Hankinnan kohteen määrittelyssä velvoitetaan ottamaan aiempaa voimakkaammin huomioon vammaisten käyttäjien tarpeet. Lain mukaan luonnollisten henkilöiden käyttöön tarkoitetuissa hankinnoissa määritelmät tulisi asianmukaisesti perusteltuja tapauksia lukuun ottamatta laatia siten, että huomioon otetaan esteettömyys vammaisille henkilöille taikka kaikkien käyttäjien vaatimukset täyttävä suunnittelu. Asianmukaisesti perustellut tapaukset viittaavat selvästi poikkeustapauksiin. Määrittelyssä tulisi ottaa huomioon myös muualla lainsäädännössä olevat velvoitteet, joita löytyy esimerkiksi yhdenvertaisuuslaista (1325/2014) ja sosiaalihuoltolaista (1301/2014). Aina kun mahdollista, hankinnan määrittelyssä tulisi viitata suoraan pakottaviin EU:n lainsäädännön mukaisiin esteettömyysvaatimuksiin.⁸⁷

Tavat määritellä hankinnan kohde eivät ole enää missään etusijajärjestyksessä, vaan määritelmät tulee laatia jollain laissa mainituista tavoista. Rajoittamatta pakollisten kansallisten teknisten sääntöjen soveltamista, sikäli kuin ne ovat unionin oikeuden mukaisia, hankinnan kohde voidaan ilmoittaa paitsi määrittelemällä ja kuvailemalla täsmällisesti hankinnan kohdetta, myös esittämällä ensinnäkin hankinnan kohteelta edellytettäviä suorituskykyä ja toiminnallisia ominaisuuksia koskevia vaatimuksia. Tässä on huomioitava se, että suorituskykyä ja toiminnallisia ominaisuuksia koskevat vaatimukset esitetään riittävän täsmällisesti, jotta tarjouksista saadaan yhteismitallisia ja

⁸¹ Ks. MAO:480–481/08.

⁸² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 346.

⁸³ Ks. esimerkkitapauksia, joissa on arvioitu vaatimusten tasapuolisuutta ja syrjimättömyyttä: KHO 5.5.2014 t. 1460, MAO:512/08 ja MAO:359/09.

⁸⁴ Asia C-45/87 Komissio vastaan Irlanti, 22.9.1988.

⁸⁵ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 346

⁸⁶ HE 108/2016 vp, s. 167. Ks. MAO:317/11 ja MAO:519/12.

⁸⁷ HE 108/2016 vp, s. 168.

vertailukelpoisia ja ettei hankintayksikölle jää rajoittamatonta vapautta valita haluamansa tarjous voittajaksi.⁸⁸

Toiseksi voidaan viitata kansallisiin standardeihin, joilla saatetaan voimaan eurooppalaisia standardeja, eurooppalaisiin teknisiin arviointeihin, yhteisiin teknisiin eritelmiin, kansainvälisiin standardeihin, muihin eurooppalaisten standardointielinten laatimiin teknisiin viitejärjestelmiin, tai mikäli näitä ei ole, kansallisiin standardeihin, kansallisiin teknisiin hyväksyntöihin tai kansallisiin rakennusurakoiden suunnitteluun, laskentaan ja toteuttamiseen sekä tavaroiden käyttöön liittyviin teknisiin määritelmiin⁸⁹. Viittaukseen tulisi aina liittää mukaan ilmaisu ”tai vastaava”, jotta hyväksytään myös sellaiset tuotteet, palvelut tai materiaalit, jotka eivät ole viitatus standardin tai muun teknisen määrittelyn mukaisia, mutta jotka muutoin täyttävät niissä asetetut hankinnan kohteeseen liittyvät vaatimukset. Viime kädessä kyseisiä viittauksia käytettäessä olisi aina erikseen suotavaa varmistua vielä siitä, ettei kyseiseen määritelmään viittaaminen syrji tai suosi jotakin tarjoajaa. Kolmanneksi ja neljänneksi voidaan hankinnan kohteeseen viitata edellä mainittuja määrittelytapoja yhtäaikaaisesti käyttäen. Hankintayksikkö voi esimerkiksi pitää tiettyjä standardeja tai muita teknisiä määritelmiä olettamana suorituskykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia koskevien vaatimusten täyttymisestä.⁹⁰

Suorituskykyä ja toiminnallisia ominaisuuksia koskevien vaatimusten täyttymistä on tulkittava joustavasti siten, ettei tietyn standardin tai muun teknisen määritelmän mukaisuus ole ratkaisevassa asemassa, vaan tarjoajan on voitava myös muulla tavoin osoittaa tarjoavansa tarjouspyynnön mukaista tuotetta. Keskeistä on vaatimusten täsmällisyys, jottei ne suosi esimerkiksi aikaisempia toimittajia, jotka jo valmiiksi tietävät hankintayksikön tarpeet.⁹¹ Asia toimii myös päinvastoin niin, että jokin standardi tai muu tekninen määritelmä voi toimia osoituksena suorituskyvyn ja toiminnallisten ominaisuuksien täyttymisestä, vaikka kyseistä standardia tai muuta teknistä määritelmää ei olisikaan nimenomaisesti edellytetty.⁹²

⁸⁸ HE 108/2016 vp, s. 168.

⁸⁹ Tiettyjen teknisten eritelmien määritelmät löytyvät hankintadirektiivin liitteestä VII ja hankintalain 4 §:n määritelmistä.

⁹⁰ HE 108/2016 vp, s. 168–169.

⁹¹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 157.

⁹² Ks. asia C-489/06 Komissio vastaan Kreikka, 19.3.2009.

Hankinnan kohteen kuvauksessa ja teknisissä määritelmässä ei saa viitata tiettyyn valmistajaan tai tiettyä alkuperää oleviin tavaroihin. Niissä ei saa myöskään edellyttää tiettyä tavaramerkkiä, patenttia, tuotetyyppiä, alkuperää, erityistä menetelmää tai tuotantoa, jos tämä syrjii tai suosii jotakin tarjoajaa ja erittäin helposti näin myös tapahtuu. Kiellon taustalla vaikuttaa vahvasti syrjimättömyyden periaate. Poikkeustapauksissa tällainen viittaus on mahdollinen, mikäli hankinnan kohdetta ei ole mahdollista muutoin kuvata riittävän täsmällisesti ja selvästi. Näissä tilanteissa tulee käyttää ilmaisua ”tai vastaava”⁹³, jotta hyväksytään vastaavanlaiset ratkaisut. Tällainen yksilöity viittaus on täysin viimesijainen keino silloin, kun ei ole muuta tapaa yksilöidä hankinnan kohdetta. Tietyn merkin tai mallin vaatiminen voi olla poikkeustapauksissa mahdollista silloin, kun esimerkiksi tiettyyn laitteistoon liittyvä lisäosa ja yhteensopivuus taikka muut toiminnalliset syyt edellyttävät ehdottomasti tietynlaista tuotetta.⁹⁴

Eräänlainen kiertoteitse tapahtuva tuotemäärittely on myös kiellettyä siten, että hankinnan kohteen olennaiset ominaisuudet määritellään jonkin tietyn tuotteen mukaisesti ilman, että tuotteen nimeä kuitenkaan mainitaan. Taikka tekniset ominaisuudet määritellään viittaamalla esimerkinluonteisesti johonkin tiettyyn valmistajaan⁹⁵ tai malliin. Toisaalta tietyissä hankinnoissa esimerkiksi tietoteknisten laitteiden ja ohjelmien hankinnoissa voi olla hankalaa välttää johtavien kansainvälisten laitemerkkien tai tuotteiden nimien mainitsemista.⁹⁶

Teknisillä määritelmillä voidaan lisäksi asettaa vaatimuksia hankittavan kohteen tuotantomenetelmälle, mutta edellytyksenä on tuotantomenetelmää koskevien vaatimusten välitön liittyminen hankinnan kohteen laatuun tai muihin ominaisuuksiin. Näin ollen voitaisiin viitata hankinnan kohteen tuotantoprosessiin tai -menetelmään tai prosessiin tai menetelmään hankinnan kohteen suorittamisessa taikka prosessiin hankinnan kohteen elinkaaren muussa vaiheessa myös silloin, kun vaatimukset eivät

⁹³ Asia C-359/93 Komissio vastaan Alankomaat, 24.1.1995 ja kansallisten hankintojen osalta asia C-59/00 Bent Moustens Vestergaard vastaan Spøttrup Boligselskab, 3.12.2001.

⁹⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 354–355.

⁹⁵ Ks. KHO 29.1.2010 t. 174.

⁹⁶ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 354–355.

kuulu hankinnan kohteeseen fyysisenä osana, mutta liittyvät hankinnan kohteeseen ja ovat oikeasuhteisia hankintasopimuksen arvoon ja tavoitteisiin nähden.⁹⁷

3.1.2 Merkkien käyttö hankinnan kohteen kuvauksessa

Pykälässä merkkien käytöstä (72 §) säädetään hankinnan kohteen kuvaamisessa, arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvissä erityisehdoissa käytettävistä ympäristöominaisuuksiin, sosiaalisiin ominaisuuksiin ja muihin ominaisuuksiin liittyvistä merkeistä. Pykälä vastaa pääpiirteissään edeltävän hankintalain säännöstä ympäristöominaisuuksia koskevista teknisistä eritelmistä.⁹⁸

Hankintalaissa mahdollistetaan entistä laajemmin viittaaminen ympäristömerkkien lisäksi sosiaalisiin ominaisuuksiin ja muihin ominaisuuksiin perustuviin merkkeihin. Hankintayksikön on mahdollista vaatia suoraan tiettyä merkkiä sen perusteisiin viittaamisen sijaan. Hankintayksiköllä ei ole tähän kuitenkaan velvollisuutta ja siksi sen olisi syytä tapauskohtaisesti harkita merkkien vaatimista välttääkseen markkinoiden kaventumisen. Joukosta löytyy usein tarjoajia kuten esimerkiksi pk-yrityksiä, joilla ei välttämättä ole varaa hankkia vaadittua merkkiä. Hankintayksiköllä on aina mahdollisuus määritellä hankinnan kohde muulla tavalla, kuin viittaamalla suoraan merkkiin. Hankintayksikkö voi esimerkiksi todeta, että tietty merkki täyttää tietyt vaaditut ominaisuudet, mutta merkkiä ei kuitenkaan tarjoukselta vaadita.⁹⁹

Merkkiin viittaaminen helpottaa hankintamenettelyä siinä mielessä, että tarjouspyynnön ja tarjouksen laatiminen yksinkertaistuvat niissä tapauksissa, joissa vaaditut ominaisuudet voidaan todentaa käyttämällä tiettyä merkkiä. Toisaalta hankintayksikön on otettava huomioon myös sellaiset tarjoukset, jotka eivät täytä vaadittua merkkiä, mutta jotka muutoin täyttävät esitetyt vaatimukset.¹⁰⁰

Merkkien asettamiselle on pykälässä asetettu tarkat ehdot, jotka vaaditun merkin tulee täyttää. Merkille asetettavien vaatimusten tulee perustua puolueettomasti todennettaviin ja syrjimättömiin perusteisiin, jotka laatii kolmas osapuoli, johon merkkiä hakeva

⁹⁷ HE 108/2016 vp, s. 167 ja 170.

⁹⁸ HE 108/2016 vp, s. 170.

⁹⁹ HE 108/2016 vp, s. 170.

¹⁰⁰ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 161.

toimittaja ei voi kohdistaa ratkaisevaa vaikutusvaltaa. Merkki vahvistetaan avoimessa menettelyssä, johon kaikilla asianomaisilla tahoilla (esimerkiksi viranomaisilla, kuluttajilla ja valmistajilla) on osallistumisoikeus ja merkin tulee olla kaikkien saatavilla^{101 102}.

Mikäli tiettyä merkkiä edellytetään, merkille asetettujen vaatimusten tulee koskea pelkästään niitä perusteita, jotka liittyvät hankinnan kohteeseen. Jos merkki sisältää vaatimuksia, jotka eivät liity hankinnan kohteeseen, hankintayksikkö voi ainoastaan viitata kyseiseen merkkiin, mutta ei nimenomaisesti vaatia sitä.¹⁰³ Näissä tapauksissa hankintayksikkö voi määrittellä hankinnan kohteen viittaamalla merkin tiettyihin eritelmiin tai osiin, jotka liittyvät hankinnan kohteeseen ja soveltuvat täten hankinnan kohteen ominaisuuksien määrittelemiseen. Hankintayksikkö voi näin ollen ilmoittaa, että tietyllä merkillä varustettu tuote tai palvelu täyttää edellytetyt vaatimukset, mutta merkkiä ei nimenomaisesti vaadita^{104 105}.

Silloin kun hankintayksikkö ei edellytä hankinnan kohteelta kaikkia merkille asetettuja vaatimuksia, tai merkkiin sisältyy vaatimuksia, jotka eivät liity hankinnan kohteeseen, tulee merkistä tarkkaan yksilöidä ne vaatimukset, joita hankintayksikkö hankinnalta edellyttää. Tarjoajille tulee olla selvää se, mitä hankintayksikkö hankinnan kohteelta vaatii. Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden nimissä hankintayksikön tulee hyväksyä kaikki vaadittua merkkiä tai ominaisuuksia vastaavat merkit.¹⁰⁶

Niissä tapauksissa, joissa tarjoajan ei ole mahdollista saada vaadittua merkkiä määräajassa itsestään riippumattomista syistä, hankintayksikön on hyväksyttävä myös muuta asianmukaista näyttöä (esimerkiksi valmistajan tekniset asiakirjat) siitä, että

¹⁰¹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 161.

¹⁰² HE 108/2016 vp, s. 171.

¹⁰³ Kritiikkiä eri keskusteluissa on annettu siitä, että joidenkin merkkien perusteisiin saattaa liittyä erilaisia hallinnollisia tai muita vaatimuksia, jotka eivät ole kovin vahvasti liitoksissa merkin perimmäiseen tarkoitukseen. Näin ollen jos merkkiä edellytetään, ongelmaksi saattaa muodostua se, että nämä tietyt merkin perusteet eivät liity hankinnan kohteeseen ja merkkiä ei näin ollen voitaisi vaatia. Suosituksena hankintayksiköille on ollut se, että jatkettaisiin vanhaan tapaan siten, että halutut merkin perusteet yksilöitäisiin vaatimuksiksi tarjouspyynnössä, merkin edellyttämisen sijaan.

¹⁰⁴ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 265.

¹⁰⁵ HE 108/2016 vp, s. 171.

¹⁰⁶ HE 108/2016 vp, s. 171.

tarjoajan tarjoama rakennusurakka, tuote tai palvelu täyttää vaaditulle merkille asetetut vaatimukset taikka tietyt hankintayksikön edellyttämät vaatimukset.¹⁰⁷

3.1.3 Testausraportit, sertifikaatit ja muu tekninen selvitys

Pykälä testausraporteista, sertifikaateista ja muusta teknisestä selvityksestä (73 §) on uusi säännös, jossa säädetään hankintayksikön mahdollisuudesta vaatia tarjoajilta näyttöä hankinnan kohteen vaatimustenmukaisuudesta. Vaadittavalla näytöllä tarjoajat voivat todistaa, että tarjoukset täyttävät hankinnan kohteen määritelmät tai muut vaatimukset ja että ne ovat arviointiperusteiden tai hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehtojen mukaisia.¹⁰⁸

Arviointilaitoksen laatiman testausraportin tai todistuksen taikka muun kolmannen tahon laatiman sertifikaatin tai testauksen hyödyntäminen voi tulla tarpeeseen silloin, kun hankintayksiköltä puuttuu erityisosaaminen vaatimusten arvioimiseksi. Näytön esittäminen on hyödynnettävissä kaikissa hankinnan kohteelta vaadittavien ominaisuuksien arvioinneissa. Niillä voidaan osoittaa tarjousten vähimmäisvaatimusten, hankintasopimuksen tekoperusteiden eli arviointiperusteiden tai hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehtojen mukaisuus.¹⁰⁹

Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden nimissä hankintayksikön on hyväksyttävä vaaditun erityisen arviointilaitoksen antaman todistuksen sijasta myös vastaavat muiden arviointilaitosten antamat todistukset. Hankintayksikön on hyväksyttävä lisäksi asianmukaista muuta näyttöä (esimerkiksi valmistajan tekniset asiakirjat) silloin, kun tarjoajalla ei ole ollut todistuksia tai testausraportteja käytettävissään eikä sen ole ollut mahdollista niitä määrääjassa hankkia. Käyttömahdollisuuden puuttuminen ei saa johtua tarjoajasta itsestään ja tarjoajan on kyettävä todistamaan, että sen tarjoamat rakennusurakat, tavarat tai palvelut täyttävät vähimmäisvaatimukset, arviointiperusteet tai hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehdot.¹¹⁰

¹⁰⁷ HE 108/2016 vp, s. 171.

¹⁰⁸ HE 108/2016 vp, s. 171.

¹⁰⁹ HE 108/2016 vp, s. 171.

¹¹⁰ HE 108/2016 vp, s. 171–172.

Pykälän 73 lopussa (3:nssa ja 4:nssa momentissa) on vahvistettu säännöin periaate, johon hankinnan kohteen kuvausta koskevassa alaluvussa 3.1.1 jo viitattiinkin, että suorituskykyä ja toiminnallisia ominaisuuksia koskevia vaatimuksia sekä vaatimuksia standardeista ja muusta teknisestä määrittelystä on tulkittava joustavasti. Jos hankintayksikkö on asettanut hankinnan kohteelle tiettyjä suorituskykyä ja toiminnallisia ominaisuuksia koskevia vaatimuksia, se ei saa hylätä tarjousta, joka osoitetaan standardeilla tai muulla teknisellä määrittelyllä olevan tarjouspyynnön mukainen. Vastaavasti, jos hankintayksikkö edellyttää hankinnan kohteelta tiettyjä standardeja tai muuta teknistä määrittelyä, se ei saa hylätä tarjousta, joka osoitetaan jollakin muulla asiamukaisella tavalla olevan tarjouspyynnön mukainen.¹¹¹

3.1.4 Hankintasopimuksen erityisehdot

Säännös hankintasopimuksen erityisehdoista (98 §) on pitkälti edeltävän hankintalain vastaavan säännöksen mukainen. Pykälä perustuu hankintadirektiivin 70 artiklaan, jossa se on säännelty erittäin suppeasti, mutta tästä huolimatta säännös on erittäinkin monipuolinen. Hankintayksikkö voi asettaa erityisiä ehtoja itse hankintasopimuksen toteuttamiselle. Nämä ehdot voivat sisältää taloudellisia tai sosiaalisia taikka innovointiin, ympäristöön tai työllisyyteen liittyviä näkökohtia.¹¹²

Hankintasopimuksen erityisehdot ovat hankintasopimukseen otettavia sopimuslausekkeita, joilla vahvistetaan hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät erityiset vaatimukset. Edellytyksenä ehtojen asettamiselle on, etteivät ne ole välittömästi tai välillisesti syrjiviä, ne liittyvät hankintasopimuksen kohteeseen 94 §:ssä säädetyn mukaisesti ja ne ovat EU-oikeuden mukaisia. Lisäksi ehdoista tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa, neuvottelukutsussa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa, vaikkakin tässä tutkielmassa ne mielletään osaksi tarjouspyynnön kokonaisuutta, koska ne ovat vahvasti osa hankinnan kohteen määrittelyä. Erityisehtojen soveltaminen hankinnan kohteen määrittelyssä on vahvistettu EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tapauksessa C-31/87 Beentjes^{113 114}.

¹¹¹ HE 108/2016 vp, s. 172.

¹¹² Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 159 ja HE 108/2016 vp, s. 207.

¹¹³ Asia C-31/87 Gebroeders Beentjes BV vastaan Alankomaat, 20.9.1988, kohdat 28 ja 37.

¹¹⁴ Eskola – Ruohoniemi 2011, s. 293–294 ja HE 108/2016 vp, s. 207.

Vuosikymmen myöhemmässä ratkaisussa C-225/98 Nord-pas-de-Calais EU-tuomioistuin näytti horjuttavan hankintasopimuksen erityisehtojen asemaa erillisenä hankinnan määrittelyn kriteerinä. Tässä ratkaisussa oli Beentjes -tapauksen tavoin kyse pitkäaikaistyöttömien työllisyyden edistämistä koskevasta edellytyksestä, mutta EU-tuomioistuin ei enää noudattanut Beentjes -ratkaisussa luotua luokittelua erityisehtojen erillisyydestä, vaan näytti katsovan edellytyksen soveltuvan ennemminkin hankintasopimuksen tekoperusteeksi.¹¹⁵

Erityisehdot on kuitenkin omaksuttu omaksi hankinnan vaatimusten kategoriaksi niin nykyisessä kuin jo aikaisemmassakin hankintadirektiivissä. Voimassa olevan hankintadirektiivin johdanto-osan 104 kappaleessa on haluttu korostaa, että hankintasopimuksen tekoperusteet toimivat lähtökohtana tarjousten laadun vertailulle ja erityisehdot ovat kiinteitä puolueettomia vaatimuksia, jotka eivät vaikuta tarjousten arviointiin.

Markus Ukkola artikkelissaan kyseenalaistaa erillisen sopimusehtoja koskevan kategorian luomisen, koska niiden käytännön toteutuminen sijoittuu ajallisesti vasta sopimuskaudelle. Toisin kuin vähimmäisvaatimusten ja hankintasopimuksen tekoperusteiden osalta, joiden tarjouspyynnön mukaisuus selviää jo hankintamenettelyssä, sopimusehtoja (mukaan lukien erityisehtoja) koskevien vaatimusten täyttymisen arviointi suoritetaan vasta hankintamenettelyn ulkopuolella. Ukkolan mukaan, koska erityisehdot hyväksytetään jo hankintamenettelyn vaiheessa, ne voitaisiin sijoittaa niiden sisällöstä riippuen joko vähimmäisvaatimuksiin tai jopa tarjoajan soveltuvuusvaatimuksiin (eli vaatimuksiin, joiden asettamisella pyritään varmistamaan sopimusehtojen todennäköinen täytyminen).¹¹⁶

Lisäksi Ukkola nostaa esille sen, että erityisehtojen liityntä hankinnan kohteeseen - vaatimuksen täytyminen ei ole niin selkeä ja yksiselitteinen kuin vähimmäisvaatimusten ja sopimuksen tekoperusteiden osalta, joissa arviointi tapahtuu

¹¹⁵ Asia C-225/98 Komissio vastaan Ranskan tasavalta, 26.9.2000, kohdat 46–54. EU-tuomioistuin katsoi työttömyyden torjuntaa koskevan ehdon jostain syystä sopimuksen tekoperusteiden lisäperusteeksi, joka ei ole määräävä ja jonka perusteella tarjoukset voidaan vertailla vasta, kun tarjoukset on vertailtu ns. taloudellisilla perusteilla. Lisäperuste aktivoituu siis silloin, kun parhaat tarjoukset ovat täysin samanarvoisia, mikä on käytännössä todella harvinaista. Lisäperustetta perusteltiin sillä, ettei se liity hankintasopimuksen kohteeseen. Itse näkisin, että kyseessä on nimenomaan Beentjes -tapauksen tavoin hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvä erityisehto.

¹¹⁶ Ukkola 2011, s. 335–336.

välittömästi hankintamenettelyssä. Hänen mukaansa hankinnan kohteen vaatimuksia olisi helppo siirtää hankintasopimuksen erityisehtojen kategoriaan ja näin naamioida vähimmäisvaatimuksia tai sopimuksen tekoperusteita erityisehdoiksi sekä samalla horjuttaa liityntä hankinnan kohteeseen -vaatimusta.¹¹⁷

Tähän on tullut uuden hankintalain myötä selkeyttä, sillä lain 94 §:ssä on määritelty se, milloin arviointiperusteet ja erityisehdot liittyvät hankinnan kohteeseen. Sääntö on näiden kahden kategorian osalta yhtäläinen, eikä siten olisi merkitystä mikäli vaatimuksia näiden kahden kategorian välillä siirreltäisiin. Toisaalta vähimmäisvaatimusten osalta laissa ei oteta kantaa siihen, milloin ne liittyvät hankinnan kohteeseen. Näkisin kuitenkin, että noudatettaisiin vanhaa oikeuskirjallisuudessakin¹¹⁸ muodostunutta kantaa vähimmäisvaatimusten liitynnästä hankinnan kohteeseen, jossa vähimmäisvaatimusten liityntä hankinnan kohteeseen -vaatimuksen osalta ei olisi aivan sellaista joustovaraa, jota uuden lain 94 § antaa arviointiperusteille ja erityisehdoille.

Vähimmäisvaatimustenkaan osalta vaatimusten ei tarvitsisi aina kuulua hankinnan kohteeseen sen fyysisenä osana (vertaa tuotantomenetelmiä koskevat vaatimukset), mutta niiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja olla oikeasuhteisia hankintasopimuksen arvoon ja tavoitteisiin nähden. Tämä mielestäni viittaa olennaisempaan liitynnän vaatimukseen, kun vertaa edellä lausuttua lain 94 §:n sisältöön, johon palataan tarkemmin tutkielman edetessä. Vähimmäisvaatimuksilla asetetaan hankinnan kohteen niin sanottu perustaso, jolloin olisi selkeästi huomattavissa, milloin on kyse vähimmäisvaatimuksesta ja milloin vaatimus liittyy hankinnan kohteeseen ja milloin ei. Käytännön hankintatoimessa vähimmäisvaatimukset eivät siten mielestäni olisi kovin helposti sekoitettavissa tai naamioitavissa hankintasopimuksen erityisehdoiksi.

Hankintasopimuksen erityisehtojen kategoria on sinänsä ongelmallinen, koska kyse on vasta hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvistä vaatimuksista, joiden täyttymistä ei voida arvioida hankintamenettelyssä. Toisaalta kun ajattelee, hankintasopimuksen täytäntöönpano olisi syytä mieltää hankintamenettelyn sijasta varsinaiseksi hankintatoimeksi, koska silloin hankintaa koskevat suoritukset täytetään ja varsinainen

¹¹⁷ Ukkola 2011, s. 336–337.

¹¹⁸ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 346.

hankinta ajallisesti tapahtuu. Näin ollen ei olisi mielestäni ongelmallista ajatella hankintasopimuksen erityisehtoja omaksi hankinnan kohdetta koskevien vaatimusten kategoriaksi, vaikka niiden täyttymistä ei arvioida hankintamenettelyssä ja niiden laiminlyönti arvioidaan sopimusrikkomuksena.

Vanhaa oikeuskäytäntöä ei ole sittemmin lähdetty muuttamaan, vaan päinvastoin sitä on vahvistettu nykyisessä ja nykyistä edeltävässä hankintadirektiivissä luomalla erityisehdoista omat sääntönsä. Erityisesti voimassa olevan hankintadirektiivin johdanto-osan perusteluissa erityisehtojen roolia yhteiskunnallisten ja sosiaalisten, ympäristö- sekä työllisyysnäkökohtien huomioon ottamisessa on haluttu korostaa (kohdat 97, 98 ja 99).

Ukkolan nostama näkökohta erityisehtojen liitynnästä hankintasopimuksen kohteeseen sekä 98 §:ssä oleva viittaus liityntä hankinnan kohteeseen koskevaan pykälään (94 §) korostavat sitä, että asetettujen erityisehtojen on oltava riittävän täsmällisiä ja yksiselitteisiä. Tämä ensinnäkin sen takia, että sopimuksen osapuolilla olisi yhteneväinen käsitys niistä, mutta erityisesti sen takia, että ehtojen liityntä hankintasopimuksen kohteeseen voitaisiin arvioida objektiivisesti jo hankintamenettelyn vaiheessa.¹¹⁹

Komissio on todennut aikoinaan ympäristöystävällisiä hankintoja koskevassa oppaassa, etteivät sopimusehdot saisi olla ratkaisevassa asemassa päätettäessä, kuka tarjoajista saa sopimuksen. Tämä on todettu erityisehtojen osalta direktiivin johdanto-osan perusteluissa (kohta 104) puhumalla kiinteistä puolueettomista vaatimuksista, jotka eivät vaikuta tarjousvertailuun. Hankintamenettelyssä sopimusehdot ainoastaan hyväksytetään tarjoajilla. Ne eivät saa olla naamioituja vähimmäisvaatimuksia tai sopimuksen tekoperusteita, vaan kenen tahansa tarjoajan pitäisi periaatteessa pystyä noudattamaan niitä. Tämä tarkoittaa siis sitä, että tarjoajaa ei voida erityisehdot hyväksytyään sulkea tarjouskilpailusta tai se ei voi saada huonompia pisteitä eli erityisehdot eivät vaikuta tarjoajan asemaan tarjouskilpailussa siten, kuin vähimmäisvaatimukset tai sopimuksen tekoperusteet. Vaikka ehtoja pidetään

¹¹⁹ HE 108/2016 vp, s. 207.

sopimuksentekomenettelyn ulkopuolisena tekijänä, ne on silti määriteltävä selvästi tarjouspyynnössä^{120 121}.

Erityisehdot tulee määritellä selvästi myös siitä syystä, että tarjoajat voivat realistisesti arvioida ehdon merkitystä osana tarjousta¹²². Niillä on yleensä hintavaikutus, joten tarjoajien on voitava arvioida ehtojen hintavaikutuksia. Koska kyse on hankintamenettelyn ulkopuolisesta tekijästä, ehtojen noudattamatta jättäminen ei voi vaikuttaa enää hankintamenettelyyn, vaan kyse on sopimusrikkomuksesta. Ehtojen asettaminen vaatii hankintayksiköltä mahdollisuutta, osaamista ja resursseja ehtojen aktiiviseen valvontaan sopimuskaudella.¹²³

Erityisehdot mahdollistavat monia soveltamistilanteita. Direktiivin johdanto-osan 104 kohdan mukaan hankintasopimuksen kohteeseen sisältyvät kaikki tiettyyn tuotantoprosessiin, toimittamiseen tai kaupallistamiseen liittyvät seikat. Johdanto-osan 97 kohdan mukaan raja vedetään kuitenkin yrityksen yleiseen toimintapolitiikkaan siten, että esimerkiksi tiettyä yrityksen yhteiskunta- tai ympäristövastuuta koskevaa toimintapolitiikkaa ei voida vaatia yrityksen muussakin kuin kyseistä hankintaa koskevassa toiminnassa. Yrityksen yleisellä toimintapolitiikalla katsotaan olevan liian etäinen yhteys ostettavien rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen tuotantoprosessin tai toimittamisen kannalta.¹²⁴

Direktiivin johdanto-osan 98 kappaleessa on annettu esimerkkejä hankintasopimuksen toteuttamisen ehdoissa huomioon otettavista seikoista. Tässä on tärkeää huomata, että edellytys ehtojen liitynnästä hankintasopimuksen kohteeseen (94 §) sallii erityisehdoissa (ja arviointiperusteissa) myös sellaisten ehtojen (ja perusteiden) vaatimisen (ja arvioimisen), jotka liittyvät ainoastaan hankintasopimuksen toteuttamiseen, ei niinkään hankinnan kohteeseen. Ehdot voivat koskea esimerkiksi naisten ja miesten tasa-arvon edistämistä työpaikalla, naisten osallistumista työmarkkinoihin, työn ja yksityiselämän yhteensovittamista, ympäristönsuojelun tai

¹²⁰ Asia C-496/99 P Komissio vastaan CAS Succhi di Frutta, 29.4.2009, kohdat 115–121.

¹²¹ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2005, s. 38.

¹²² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 503.

¹²³ HE 108/2016 vp, s. 207.

¹²⁴ HE 108/2016 vp, s. 207.

eläinten hyvinvoinnin edistämistä sekä epäedullisessa asemassa olevien henkilöiden työllistämisen edistämistä.¹²⁵

Johdanto-osan 99 kohdan mukaan erityisehdoilla voidaan edistää esimerkiksi vammaisten, työttömien, maahanmuuttajien tai nuorten palkkaamista hankinnan toteuttamiseksi ja siten edistää tiettyjen väestöryhmien integroitumista yhteiskuntaan taikka muutoin edistää työssä oppimista. Kohdan 97 mukaan erityisehdoilla voidaan vaatia hankinnan kohteeseen liittyvien reilun kaupan periaatteiden noudattamista, kuten tuottajille maksettavia vähimmäishintoja tai hinnanlisää.¹²⁶

Direktiivin 18 artiklan 2 kohta asettaa jäsenvaltioille aktiivisen toimimisvelvoitteen huolehtia siitä, että toimittajat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan suorituspaikassa sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, jotka on vahvistettu laeilla, asetuksilla ja päätöksillä sekä kansallisella että unionin tasolla sekä työehtosopimuksissa, edellyttäen lisäksi, että säännöt ovat unionin oikeuden mukaisia (johdanto-osa kohta 37). Tämä toimimisvelvoite vastaa paljolti edeltävän hankintalain poistunutta 50 §:ää. Uudessa laissa 18 artiklan 2 kohdan velvoitteet on asetettu pakollisiin ja harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin, mutta niiden noudattamista tavoitellaan myös osana hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehtoja.¹²⁷

Johdanto-osan 37 ja 98 kohtien mukaan erityisehdoilla voidaan edellyttää hankintalain liitteen C¹²⁸ mukaisten kaikkien jäsenvaltioiden ratifioimien ympäristöoikeudellisten sekä sosiaali- ja työoikeudellisten sopimusten noudattamista hankintoja toteutettaessa. Hankintayksikkö voi siten vaatia liitteessä C mainittujen kansainvälisen työjärjestö ILO:n sopimusten sekä tiettyjen ympäristösopimusten mukaisten velvoitteiden noudattamista. ILO:n sopimusten noudattaminen ei saa kuitenkaan estää työntekijöille edullisempien työehtojen ja -olojen soveltamista.¹²⁹

¹²⁵ HE 108/2016 vp, s. 207.

¹²⁶ HE 108/2016 vp, s. 207.

¹²⁷ HE 108/2016 vp, s. 207–208.

¹²⁸ Hankintadirektiivin liite X.

¹²⁹ HE 108/2016 vp, s. 208. On huomioitava, että laki mahdollistaa liitteen C mukaisten kaikkien jäsenvaltioiden ratifioimien sopimusten velvoitteiden vaatimisen hankintoja toteutettaessa, mutta ei sanamuodon mukaisesti siihen velvoita. Kuitenkin direktiivin 18 artiklan 2 kohta ja erityisesti johdanto-osan perusteluiden 37 kohta antavat ymmärtää, että sopimusten velvoitteet nimenomaan tulisi ottaa huomioon hankintojen toteuttamisessa. Direktiivin perustelujen kohdassa 37 todetaan, että

Erityisehdoissa voidaan myös vaatia, että toimittajat ja niiden alihankkijat noudattavat työsuhteissaan rakennusurakan tai palvelun suorituspaikan taikka tavaroiden tuottamispaikan asianmukaisen työehtosopimuksen vähimmäisvaatimuksia (esimerkiksi lainsäädännön tai työehtosopimuksen mukaisia vähimmäispalkkavaatimuksia)¹³⁰. Raja kulkee kuitenkin siinä, ettei hankintayksikön sijaintivaltion työehtosopimusten noudattamista voida vaatia, mikäli toimittaja ja alihankkijat ovat sijoittautuneet eri jäsenvaltioon kuin hankintayksikkö¹³¹. Hankintalain (98 §) mukaan valtion keskushallintoviranomaisten hankinnoissa on vaadittava, että Suomessa toteutettavassa hankintasopimukseen sisältyvässä työssä on noudatettava samanlaatuista työtä koskevia Suomen lain ja työehtosopimusten mukaisia työsuhteen vähimmäisehtoja. Sama koskee kaikkien hankintayksiköiden rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia.¹³²

3.2 Yhteiskunnalliset ja sosiaaliset, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohdat tarjouspyynnössä

3.2.1 Kansainvälisiä näkökulmia

Hankintoihin halutaan usein yhdistää ja kannustetaan tulevaisuudessa yhdistämään yhä enemmän varsinaisen hankinnan määrittelyn ohella myös sellaisia tavoitteita, jotka eivät suoranaisesti liity hankintayksikön hankintatarpeeseen. Nämä tavoitteet voivat koskea sosiaalisia tai muita yhteiskunnallisia, ympäristö- taikka innovatiivisuustavoitteita. Vaikka vähimmäisvaatimuksilta sekä arviointiperusteilta ja hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehdoilta vaaditaan tietyn asteista liityntää hankinnan kohteeseen, EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on aikoinaan hyväksytty vaatimuksia, jotka eivät välttämättä suoraan liity tai vaikuta itse tuotteen tai palvelun ominaisuuksiin.¹³³

”hankintasopimusten toteuttamisessa olisi noudatettava” liitteen C mukaisten kaikkien jäsenvaltioiden ratifioimien sopimusten velvoitteita.

¹³⁰ Lähetettyjen työntekijöiden vähimmäistyöehtoja ja -oloja koskeva sääntely on turvattu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 96/71/EY palvelujen tarjoamisen yhteydessä tapahtuvasta työntekijöiden lähettämisestä työhön toiseen jäsenvaltioon.

¹³¹ Ks. asia C-549/13 Bundesdruckerei GmbH vastaan Stadt Dortmund, 18.9.2014, jossa tarjoajaa ei voitu edellyttää maksamaan alihankkijalleen hankintayksikön sijaintivaltion lainsäädännössä määriteltyä vähimmäispalkkaa, koska alihankkija, jota tarjoaja käytti kokonaisuudessaan palvelun tuottamiseen, sijaitsi eri jäsenvaltiossa kuin hankintayksikkö ja tarjoaja.

¹³² HE 108/2016 vp, s. 208.

¹³³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 358.

Hyvä esimerkkitapaus tähän liittyen on C-513/99 Concordia Bus Finland¹³⁴.

Tapauksessa tarjousten vertailussa oli mahdollista saada lisäpisteitä muun ohessa tietyn typpioksidipäästörajan alittavasta ja tietyn melutason alittavasta bussikalustosta. Typpidioksidipäästöjen tasoa ja melutasoa koskeneiden perusteiden katsottiin liittyvän hankinnan kohteeseen, joka oli kaupungin sisäisen bussiliikenteen hoitaminen. Melun ja päästöjen vähenemisestä aiheutui etua paitsi bussin matkustajille ja tilaajalle, myös ”asianomaiselle yleisölle” eli kaupungin muille asukkaille.

Sittemmin uudessa hankintadirektiivissä (myös osaksi jo vanhassa hankintadirektiivissä) sekä uudessa hankintalaissa on haluttu säädännän keinoin selkeyttää ja tehdä houkuttelevammaksi yhteiskunnallisten ja sosiaalisten, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtien mukaan tuomisen hankintoihin luomalla lain 94 §:n arviointiperusteiden ja erityisehtojen liitynnästä hankinnan kohteeseen. Tällä säännöksellä pyritään selkeyttämään asiaintilaa ja poistamaan epävarmuutta siitä, milloin tällaisia näkökohtia voitaisiin liittää mukaan hankintaan.

Niin sanottujen yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden mukaisia vaatimuksia asetettaessa voidaan ottaa huomioon (ja on jo aikaisemminkin voitu ottaa huomioon) hankintayksikön tarpeiden lisäksi asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä perusteita¹³⁵. Taloudellisten ja laadullisten perusteiden ei tarvitse tuottaa välitöntä etua varsinaiselle hankintayksikölle, vaan etu voi myös kohdistua asianomaiseen yleisöön, joka viittaa melko lähellä hankintayksikön tarpeita olevaan ryhmään. Yleinen etu sen sijaan katsotaan liian laajaksi ja irralliseksi käsitteeksi hankinnan tuoman edun ja hankintatarpeen kannalta. Yleinen etu on siten selvästi asianomaista yleisöä laajempi käsite. Asianomainen yleisön ei voida katsoa kattavan kaukana hankintayksiköstä olevaa toimintaa, esimerkiksi laajemmin Suomessa asuvia henkilöitä^{136 137}.

¹³⁴ Asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002, kohta 65.

¹³⁵ Valtion hankintakäsikirja 2010, s. 96.

¹³⁶ Vrt. asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002, jossa asianomaiseksi yleisöksi katsottiin kaupungin asukkaat.

¹³⁷ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 368.

OECD:n vuonna 2013 julkaisemassa raportissa on tutkittu syitä jäsenmaiden viime aikaiseen tarpeeseen uudistaa julkisten hankintojen lainsäädäntöä. Yhteiskunnalliset ja sosiaaliset, ympäristö- sekä innovatiivisuustavoitteet julkisissa hankinnoissa ovat olleet yksi merkittävä tekijä uudistaa julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sekä ylipäätään kehittää julkisten hankintojen roolia osana yhteiskunnallista kokonaisuutta.¹³⁸

Julkiset hankinnat tulisi mieltää verovaroin tehtävien hankintatarpeiden tyydyttämisen ohella strategiseksi välineeksi ajaa yhteiskuntapoliittisia tavoitteita. Toisaalta, kun julkisilla hankinnoilla tavoitellaan yhteiskuntapoliittisia päämääriä, tulisi aina yksittäisissä hankinnoissa arvioida, mitä riskejä ja kustannuslisiä tavoitteiden ajaminen voi kulloisellekin yksittäiselle hankinnalle aiheuttaa. Läheskään aina yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden ottaminen osaksi julkisia hankintoja ei ole tarkoituksenmukaista. Hankintoja tehtäessä tulisi arvioida, onko yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden ajaminen hankinnoin kustannustehokkaampaa kuin mahdollisilla muilla keinoin. Tilastojen mukaan tarjouskilpailut tavoittavat usein vain murto-osan alunperin tavoitelluista markkinoista, jolloin kilpailutilanteen luoma kannustus esimerkiksi innovaatioihin tai ympäristöystävällisiin ratkaisuihin jää hyvin rajalliseksi.¹³⁹

Yhteiskuntapoliittisten päämäärien ajaminen julkisin hankinnoin edellyttää tarkkaa suunnitelmallisuutta sekä sen tuomien mahdollisten riskien kartoittamista ja minimoimista. Jos yhteiskuntapoliittisia tavoitteita otetaan osaksi hankintaa, tällä ei tulisi olla heikentävää vaikutusta hankinnanprosessin tehokkuuden ja varsinaisen hankintatarpeen tyydyttämisen kannalta. Tavoitteiden ajaminen ei saa myöskään vääristää kilpailua, johon erityisten vaatimusten asettaminen voi huomaamatta johtaa, vaatimusten suosiessa tai syrjiessä tiettyjä kilpailijoita. Kilpailun vääristyminen voi olla käsillä myös silloin, kun hankinnoilla halutaan ohjata tavoitteiden tuomia vaikutuksia tietyille aloille tai tahoille, jotka toimivat kilpailluilla markkinoilla.¹⁴⁰

Julkisia hankintoja on eri maissa haluttu hyödyntää osana elvytystoimenpiteitä 2000-luvun talouskriisissä. Talouskriisin tuomaa painetta on voitu helpottaa ajamalla

¹³⁸ OECD 2013, s. 11–12.

¹³⁹ OECD 2013, s. 97 ja 101.

¹⁴⁰ OECD 2013, s. 102.

sosioekonomisia tavoitteita julkisissa hankinnoissa. Hankinnoilla edistettäviä sosioekonomisia päämääriä ovat olleet esimerkiksi työllisyyden kasvattaminen sekä syrjäytyneiden ja heikommassa asemassa olevien aktivoiminen takaisin yhteiskuntaan.¹⁴¹

OECD:n luomassa strategisessa suunnitelmassa myös innovaatiot on nähty keinona helpottaa taluskriisin tuomaa painetta. Vaikka innovaatioiden kehittäminen julkisissa hankinnoissa tuo yleensä lisäkustannuksia yksittäisessä hankinnassa, toisivat innovatiiviset ratkaisut hankintayksiköille ja valtiolle säästöjä pitkällä tähtäimellä. OECD:n mukaan innovaatioiden kehittäminen julkisin hankinnoin edesauttaisi rakentamaan vakaamman, reilumman ja elinvoimaisemman talouden kriisin jälkeen. Hankinnoilla voitaisiin vauhdittaa innovatiivisia ratkaisuja tietyillä aloilla, joissa julkinen sektori on merkittävä ostaja. Lisäksi julkinen sektori voisi toimia esimerkkinä markkinoille ja yksityiselle kulutukselle innovatiivisten hankintojen edelläkävijänä investoimalla hankintojen kautta innovatiiviseen tuotekehittelyyn sekä luomalla innovatiivisin hankinnoin uusia kilpailevia markkina-alueita.¹⁴²

Kasvava huoli maapallon tulevaisuudesta on vahvistanut ympäristönäkökohtien huomioon ottamista julkisissa hankinnoissa entisestään. OECD:n raportin mukaan useassa jäsenmaassa ympäristönäkökohtia on otettu huomioon hankinnoissa jo pitkään, mutta tulevaisuudessa vihreiden hankintojen ennustetaan kasvavan selvästi. Hankinnoilla julkinen sektori voisi toimia suunnannäyttäjänä muulle kulutukselle tekemällä ympäristöystävällisiä valintoja (niin sanottu kickstart -efekti). Samalla julkinen sektori kannustaisi toimittajia kehittämään ja tuottamaan ympäristöystävällisempiä tuotteita ja palveluja markkinoille.¹⁴³

Kun EU:ssa lähdettiin uudistamaan julkisia hankintoja koskevaa sääntelyä, taustalla vaikuttivat vahvasti EU:n Eurooppa 2020 -strategian mukaiset tavoitteet. EU:n jäsenvaltioissa julkinen sektori käyttää keskimäärin 18 prosenttia BKT:stä tavaroihin, palveluihin ja urakoihin. Koska useammassa jäsenvaltiossa kärsitään talousvaikeuksista ja budjetteihin olisi tehtävä leikkauksia, on selvää, että julkisilla hankinnoilla on

¹⁴¹ OECD 2013, s. 56.

¹⁴² OECD 2013, s. 57.

¹⁴³ OECD 2013, s. 66.

entistäkin merkittävämpi rooli niin valtion kuin kuntien budjettivarojen optimaalisen käytön varmistamisessa sekä kasvun ja työllisyyden tukemisessa.¹⁴⁴

Eurooppa 2020 -strategian päämääränä on Euroopan nousu talous- ja finanssikriisistä entistäkin vahvempana. Julkiset hankinnat ovat yksi osa-alue, joilla voidaan myötävaikuttaa strategian mukaisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Strategian viidestä päätavoitteesta julkisilla hankinnoilla voitaisiin tukea innovaatioita, köyhyyden ja sosiaalisen syrjäytymisen torjuntaa sekä ilmasto- ja energiataavoitteita.¹⁴⁵

Hankintadirektiivin johdanto-osan perusteluissa Eurooppa 2020 -strategian tavoitteet on huomioitu monessakin kohtaa. Julkisilla hankinnoilla on olennainen merkitys Eurooppa 2020 -strategiassa yhtenä markkinapohjaisista ohjauskeinoista, joilla voidaan saada aikaan älykästä, kestävä ja osallistavaa kasvua ja varmistaa samalla julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö (kohta 2).

Tutkimus ja innovointi, ekoinnovointi sekä sosiaalinen innovointi kuuluvat tärkeimpiin kasvua edistäviin tekijöihin ja hankintayksiköiden tulisi käyttää julkisia hankintoja strategisesti parhaalla mahdollisella tavalla edistääkseen näitä tekijöitä. Innovatiivisten hankintojen tekeminen vaikuttaa olennaisesti julkisten palvelujen tehostumiseen ja niiden laadun paranemiseen sekä edesauttaa suuriin yhteiskunnallisiin haasteisiin vastaamista. Kun yhdistetään julkisten varojen tehokas kohdentuminen ja uudet innovatiiviset ideat, on mahdollista saavuttaa laajempia taloudellisia, ympäristöön liittyviä ja yhteiskunnallisia hyötyjä ja edistää siten kestävä talouskasvua (kohta 47).

Julkisten hankintojen potentiaalin täysimittainen hyödyntäminen olisi ehdottoman tärkeää, jotta voitaisiin saavuttaa Eurooppa 2020 -strategian mukaisia tavoitteita. Julkisilla hankinnoilla on merkittävä potentiaali innovoinnin edistämiseksi, joka taas on erittäin tärkeää Euroopan tulevalle kasvulle. Koska markkinoiden ja yksittäisten sektoreiden välillä on suuria eroja, ei olisi kuitenkaan toimivaa asettaa yleisiä pakollisia vaatimuksia ympäristön, yhteiskunnan ja innovoinnin kannalta tärkeille hankinnoille (kohta 95).

¹⁴⁴ Euroopan komissio – Lehdistö tiedote.

¹⁴⁵ KOM(2010) 2020, s. 2 ja 5.

Täytyy kuitenkin muistaa, että SEUT itsessään edellyttää tasa-arvoa (8 artikla), korkeaa työllisyyttä ja sosiaalisen syrjäytymisen torjumista (9 artikla) sekä ympäristönsuojelua (11 artikla) koskevien vaatimusten sisällyttämistä unionin politiikkaan sekä toiminnan määrittelyyn ja toteuttamiseen.

3.2.2 Yhteiskunnalliset ja sosiaaliset näkökohdat

Julkiset hankinnat voivat omalla ostotoiminnallaan vaikuttaa oman toimintansa yhteiskuntavaikutuksiin, mutta kannustaa samalla yrityksiä ja yksityisiä ostajia huomioimaan yhteiskunnan kannalta tärkeitä näkökohtia. Perusteiltaan yhteiskunnalliset ja sosiaaliset näkökohdat ovat osittain samat, sillä yhteiskunnallisesti tärkeä hankintatoimen ohjausvaikutus liittyy nimenomaan sosiaaliseen vastuullisuuteen.¹⁴⁶ Sosiaalisesti vastuullisilla hankinnoilla tarkoitetaan hankintoja, joilla otetaan huomioon esimerkiksi seuraavanlaisia näkökohtia: työllisyysmahdollisuudet, ihmisarvoinen työ, sosiaalisten oikeuksien ja työoikeuksien noudattaminen, sosiaalinen osallisuus (esimerkiksi vammaiset henkilöt), yhdenvertaiset mahdollisuudet, kaikille sopiva suunnittelu, eettistä kauppaa koskevat kysymykset sekä laajempi yritysten vapaaehtoinen yhteiskuntavastuun noudattaminen.¹⁴⁷

Tarjouspyyntövaiheessa hankintoihin voidaan yhdistää sosiaalisia vaatimuksia asettamalla niitä osaksi vähimmäisvaatimuksia, arviointiperusteita tai hankintasopimuksen erityisehtoja. Ensinnäkin, mikäli sosiaalisia vaatimuksia otetaan osaksi vähimmäisvaatimuksia¹⁴⁸, ne on laadittava selkeästi ja tarkasti sekä niiden on liityttävä hankinnan kohteeseen. Hankintayksikön on varmistettava, että vaatimukset ovat avoimia ja syrjimättömiä ja että ne liittyvät tuotteiden tai palveluiden ominaisuuksiin taikka tuotantoprosessiin.¹⁴⁹

Tapoja sosiaalisten näkökulmien tuomiseksi hankinnan kohteen määrittelyyn ovat ensinnäkin viittaaminen suoraan standardeihin tai muihin teknisiin määrittelyihin taikka hankinnan kohteen suorituskyvyn ja toiminnallisten ominaisuuksien määrittely.

¹⁴⁶ Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat 2013, s 7.

¹⁴⁷ Sosiaalinen ostaminen 2011, s. 7.

¹⁴⁸ Ks. esim. MAO:138/14.

¹⁴⁹ Eskola – Helvasto – Hämäläinen, – Kaattari-Manninen – Kinnunen – Koivusalo – Kokko – Lahdenperä – Lavikkala – Luostarinen – Lehikoinen – Lehtinen – Vanttinen-ala 2011, s. 40–41.

Jälkimmäisen etuna on tilan antaminen markkinoiden luovuudelle, mikä voi haastaa markkinat kehittämään innovatiivisempia ratkaisuja.¹⁵⁰

Vaihtoehtoisten tarjousten sallimisella hankintayksikkö voi tuoda tarjouspyynnön vähimmäisvaatimukseen myös sellaisia sosiaalisia vaatimuksia, joiden toteutumisen mahdollisuudesta se on epävarma, ilman riskiä siitä, että hankinta kokonaan epäonnistuisi. Tällöin hankintayksikkö laatii vähimmäisvaatimukset, joita sovelletaan sekä neutraaleihin ratkaisuihin että sosiaalisesti vastuullisiin ratkaisuihin ja hankintayksikkö asettaa lisäksi erikseen sosiaalisesti vastuullisia ratkaisuja varten sosiaaliset vähimmäisvaatimukset. Hankintayksikkö voi näin käyttää vaihtoehtoisia tarjouksia sosiaalisen ulottuvuuden tukemiseen, kun se sallii vertailun sekä tavanomaisten ratkaisujen että sosiaalisesti vastuullisten ratkaisujen kesken. Vertailemalla neutraaleja ja sosiaalisesti vastuullisia vaihtoehtoja keskenään samoja arviointiperusteita käyttäen, hankintayksikkö näkee, ovatko sosiaaliset vaatimukset kyseisen hankinnan kannalta kannattavia ja onnistuneita, ilman riskiä siitä, että hankintayksikkö ei välttämättä saisi lainkaan tarjouksia tai tarjousten hinnat nousisivat resursseihin nähden korkeiksi sosiaalisten vaatimusten takia.¹⁵¹

Hankintayksikkö voi vaatia hankinnan kohteelta sosiaalisen vastuun merkkejä tai sertifikaatteja (esimerkiksi Reilu kauppa ja Fairtrade). Tässä täytyy kuitenkin huomioida se, ettei merkkejä tai sertifikaatteja saa vaatia, mikäli vain osa taustalla olevista alakohtaisista perusteista liittyvät kyseessä olevan hankinnan kohteeseen. Hankintayksikkö voi vaatia vain hankintaan liittyviä alakohtaisia perusteita. Sosiaalisten näkökohtien huomioon ottaminen tuotanto- ja käsittelymenetelmissä voidaan sisällyttää nimenomaan vähimmäisvaatimukseen. Tuotanto- ja käsittelymenetelmiin liittyvien vaatimusten ei tarvitse liittyä hankintaan sen fyysisenä osana, mutta niiden on liityttävä hankinnan kohteeseen ja oltava oikeasuhteisia hankintasopimuksen arvoon ja tavoitteisiin nähden. Vammaisten henkilöiden tarpeet tulee perusteltuja tapauksia lukuun ottamatta ottaa huomioon vähimmäisvaatimuksissa jo lain perusteella.^{152, 153}

¹⁵⁰ Sosiaalinen ostaminen 2011, s. 30.

¹⁵¹ Sosiaalinen ostaminen 2011, s. 30–31.

¹⁵² Hankintadirektiivin johdanto-osan perustelujen kolmannessa kohdassa on kehoitettu ottamaan vammaisten henkilöiden tarpeet huomioon myös arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen erityisehdoissa.

¹⁵³ Sosiaalinen ostaminen 2011, s. 31–33.

Arviointiperusteissa¹⁵⁴ yhteiskunnallisia ja sosiaalisia vaatimuksia voidaan ottaa huomioon joko asettamalla vaatimukset pelkästään arviointiperusteisiin taikka määrittelemällä vaatimuksille vähimmäisvaatimuksissa jokin vähimmäistaso, jonka tulee täytyä ja tämän vähimmäistason ylittävältä osin on mahdollista saada lisäpisteitä tarjousvertailussa. Samat vaatimukset olisivat siten osittain päällekkäisiä vähimmäisvaatimuksissa ja arviointiperusteissa, koska vähimmäisvaatimuksissa olisi asetettu vaatimusten perustaso ja vaatimusten perustason ylittävä osuus olisi pisteytetty. Huomioitavaa on, että vaatimusten ollessa pelkästään arviointiperusteissa, vaatimusten täyttymättä jääminen ei vielä johda tarjouksen hylkäämiseen, vaan tarjous saa ainoastaan tältä osin huonot pisteet. Vaatimusten asettaminen vähimmäisvaatimukseen ja arviointiperusteisiin on järkevää, koska näin yhteiskunnallisesti ja sosiaalisesti vastuullisemmat tarjoukset, jotka ylittävät vähimmäisvaatimuksissa olevan vähimmäistason, menestyisivät tältä osin paremmin tarjousvertailussa. Asteittainen arviointiperusteiden pisteytysjärjestelmä kannustaa markkinoita kehittämään ja tarjoamaan yhteiskunnallisesti ja sosiaalisesti vastuullisempia ratkaisuja^{155 156}.

Otettaessa yhteiskunnallisia ja sosiaalisia näkökohtia huomioon arviointiperusteissa, hankintayksikön tulisi noudattaa tapauskohtaisesti erityistä suunnitelmallisuutta siinä mielessä, että tarjousvertailu vaikuttaa merkittävästi tarjouskilpailun lopputulokseen, laatuun ja tarjoajien etusijajärjestykseen.¹⁵⁷ Mikäli arviointiperustetta ei painoteta tarpeeksi, sillä ei ole käytännön merkitystä tarjousvertailussa. Jos taas arviointiperustetta painotetaan erittäin paljon, toimittajilla ei välttämättä ole intressiä lähteä ollenkaan mukaan tarjouskilpailuun ajatellessaan, ettei tarjouskilpailussa kuitenkaan menesty taikka saadut tarjoukset voivat nousta resursseihin nähden hyvin kalliiksi.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Ks. esim. KHO 8.3.2013 t. 862, jossa päiväkotipalveluja koskevassa hankinnassa edellytettiin hoitohenkilökunnan toistaiseksi voimassa olevia työsuhteita. KHO yhtyi markkinaoikeuden näkemykseen siitä, että hoito- ja kasvatusalalla oli pidettävä hyväksyttävänä tavoitteena pyrkiä saamaan päivähoitopalveluihin koulutettua henkilöstöä mahdollisimman pysyviin ja pitkäkestoisiin työsuhteisiin. Todettakoon, että hoitohenkilökunnan pysyvyyttä perusteltiin myös laatuun liittyvillä seikoilla siten, että pysyvyys korreloi korkeamman hoitotyön laadun kanssa ja että toistaiseksi voimassa oleviin työsuhteisiin saadaan pidempää kokemusta ja parempaa koulutusta omaavia henkilöitä.

¹⁵⁵ Esimerkkeinä mainittakoon asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002, jossa oli kyse yhteiskunnallisista joskin myös ympäristöön liittyvistä näkökohdista.

¹⁵⁶ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 369.

¹⁵⁷ Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat 2013, s 25.

¹⁵⁸ Eskola – Helvasto – Hämäläinen, – Kaattari-Manninen – Kinnunen – Koivusalo – Kokko – Lahdenperä – Lavikkala – Luostarinen – Lehikoinen – Lehtinen – Vänttinen-ala 2011, s. 44.

Euroopan komissio suosittelee sosiaalisten näkökohtien huomioon ottamista vasta hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvissä erityisehdoissa.¹⁵⁹ Sama kannustus on havaittavissa hankintadirektiivin johdanto-osan perusteluissa (kohdissa 97, 98 ja 99). Etuna sosiaalisten näkökohtien huomioon ottamisella vasta sopimuksen toteuttamiseen liittyvissä ehdoissa on se, että ehdot kohdistuvat voittajaan neutraalisti eikä vaatimuksia voida soveltaa enää tässä vaiheessa muita tarjoajia syrjivästi. Erityisehdothan ovat kiinteitä puolueettomia vaatimuksia, jotka ainoastaan hyväksytetään tarjoajilla hankintamenettelyssä, eivätkä ne vaikuta tarjousvertailuun.¹⁶⁰ Erityisehtojen tulee liittyä hankinnan kohteeseen hankintalain 94 §:n mukaisesti.

Hankintasopimuksen erityisehtoja asetettaessa on syytä miettiä, miten ehdot vaikuttavat tarjousten tekemiseen. Liian hankalat erityisehdot voivat johtaa siihen, ettei ehtoihin välttämättä suostuta ja yhtään tarjousta ei saada tai saadaan tarjouspyyntöä vastaamattomia tarjouksia. Hankalat erityisehdot voivat nostaa tarjoushintoja tarjoajien laskiessa ehtojen sisältämän riskin tarjoushintaan mukaan. Syrjimättömyysperiaate on tärkeää huomioida, sillä erityisehtojen yhteiskunnalliset ja sosiaaliset vaikutukset halutaan usein kohdistaa johonkin tiettyyn alueeseen tai kansallisuuteen taikka ehdot laaditaan muutoin helposti syrjiviksi.^{161, 162} Selvää on, ettei yhteiskunnallista ja sosiaalista vastuuta koskevilla sopimuslausekkeilla ole merkitystä, mikäli niiden toteutumista ei sopimuskaudella aktiivisesti valvota.¹⁶³

3.2.3 Ympäristönäkökohdat

Tarjouspyyntövaiheessa ympäristönäkökohtia voidaan ottaa huomioon kaikissa kolmessa hankintasopimuksen kohdetta ja toteuttamista määrittävässä kategoriassa. Jokaisen yksittäisen hankinnan yhteydessä on mahdollista ottaa huomioon joukko erilaisia ympäristövaikutuksia. Lisäksi tavarahankintoihin, palveluhankintoihin ja rakennusurakoihin liittyy kaikkiin hieman erilaisia näkökohtia.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Sosiaalinen ostaminen 2011, s. 49.

¹⁶⁰ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 372.

¹⁶¹ Ks. asia C-243/89 Komissio vastaan Tanskan kuningaskunta, 22.6.1993 eli ns. Iso Beltin sillan rakennusurakka, jossa urakkatarjouspyynnössä edellytettiin mahdollisimman laajaa tanskalaisten rakennusaineiden, kulutustavaroiden, tanskalaisen työvoiman ja välineistön käyttöä.

¹⁶² Eskola – Helvasto – Hämäläinen, – Kaattari-Manninen – Kinnunen – Koivusalo – Kokko – Lahdenperä – Lavikkala – Luostarinen – Lehikoinen – Lehtinen – Vänttinen-ala 2011, s. 55.

¹⁶³ Sosiaalisesti vastuulliset hankinnat 2013, s. 26.

¹⁶⁴ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 31.

Vähimmäisvaatimuksissa voidaan edellyttää periaatteessa mitä tahansa ympäristöystävällisyyteen liittyvää seikkaa, kunhan se ei tosiasiallisesti syrji tai suosi mitään tarjoajaa tai tarjoajaryhmää¹⁶⁵.¹⁶⁶ Vähimmäisvaatimukset voidaan laatia standardein ja/tai suorituskykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia koskevien vaatimusten perusteella. Moniin standardeihin sisältyy ympäristöominaisuuksia, jolloin hankinnan määrittelyssä voidaan hyödyntää tällaisia standardeja. Apuna voidaan käyttää lisäksi ympäristömerkkejä ja GPP-kriteereitä¹⁶⁷.¹⁶⁸

Suorituskykyyn tai toiminnallisuuteen perustuvissa vaatimuksissa kuvataan haluttu tulos ja odotetut tuotokset (esimerkiksi määrän, laadun ja luotettavuuden suhteen) ja se, miten ne mitataan. Tarjoajien vapaudeksi jää päättää tuotantopanoksista ja menetelmistä, mikä taas voi haastaa markkinat innovatiivisiin ratkaisuihin. Tärkeää on varmistaa, että ympäristövaatimukset ovat riittävän täsmällisiä ja mitattavissa aivan kuten muutkin tekniset määritelmät¹⁶⁹. Oma haasteensa on se, miten suorituskykyyn tai toiminnallisuuteen perustuvia vaatimuksia arvioidaan ja mitataan sekä miten niitä arviointiperusteisiin otettuina vertaillaan oikeudenmukaisesti ja avoimesti.¹⁷⁰

Vähimmäisvaatimuksissa voidaan ottaa huomioon hankintaan liittyvät materiaalit ja tuotantomenetelmät. Se, mistä tuote on tehty ja miten se on tehty, saattaa muodostaa merkittävän osan tuotteen ympäristövaikutuksista. Sikäli kun teknisten määritelmien on aina liityttävä hankinnan kohteeseen, vaatimusten materiaaleista ja tuotantomenetelmistä on liityttävä tuotteen valmistukseen ja ominaisuuksiin, vaikka ne eivät välttämättä ole näkyviä. Mikäli hankinnan kohteelta edellytetään tiettytasoisia ympäristöystävällisiä materiaaleja, syrjimättömyyden kannalta materiaalirajoitusten on perustuttava objektiiviseen arviointiin (esimerkiksi ympäristömerkkeihin tai GPP-kriteereihin). Tuotantomenetelmien osalta on erityisesti huomioitava

¹⁶⁵ Ks. esim. MAO:524/09, jossa invataksien koko oli rajattu M1-luokan (1+8) ajoneuvoihin, koska suurin osa kuljetuksista oli yksittäisiä matkoja ja rajaus oli myös ympäristösyistä tarkoituksenmukainen.

¹⁶⁶ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 360.

¹⁶⁷ GPP-kriteerit on tuotteille, palveluille ja urakoille kehitetty ympäristöystävällisten hankintojen kriteeriluettelo, jota voidaan hyödyntää sellaisenaan ympäristöystävällisiä hankintoja tehtäessä. Sitä voidaan vähimmäisvaatimusten lisäksi hyödyntää arviointiperusteissa ja sopimuksen toteuttamisen ehtoissa. EU:n ympäristökriteerit 21 tuoteryhmälle löytyvät osoitteesta: http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

¹⁶⁸ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 33–34 ja 40.

¹⁶⁹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 361.

¹⁷⁰ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 35–36.

suhteellisuusperiaate, jotta voidaan varmistaa tuotantomenetelmää koskevien vaatimusten korrelaatio niihin ympäristötavoitteisiin, joita halutaan edistää.¹⁷¹

Vaihtoehtojen salliminen tarjouspyynnössä tuo joustavuutta vähimmäisvaatimukseen, jolloin tarjouspyyntö voi jättää liikkumavaraa tarjouksille myös ympäristönäkökohtien kannalta. Tarjoajat voivat ehdottaa vaihtoehtoisia ratkaisuja, jotka täyttävät neutraalit vähimmäisvaatimukset ja (laajemmin) ympäristönäkökohtia koskevat vähimmäisvaatimukset taikka tarjoajat voivat tarjota neutraaleja ratkaisuja, jotka täyttävät neutraalit vähimmäisvaatimukset (joissa on otettu huomioon ympäristönäkökohdat vähän tai ei ollenkaan). Neutraaleihin vähimmäisvaatimukseen perustuvat tarjoukset ja vaihtoehtoiset tarjoukset arvioidaan samoja arviointiperusteita käyttäen. Vaihtoehdot antavat hankintayksikölle jälkikäteen mahdollisuuden arvioida ympäristönäkökohtien kannattavuutta hankinnassa sekä niiden mahdollisia toteutusvaihtoehtoja, etukäteen asetettujen arviointiperusteiden mukaisesti.¹⁷²

Arviointiperusteissa¹⁷³ ympäristönäkökohtia on järkevämpää ottaa huomioon suhteessa vähimmäisvaatimukseen silloin, kun ei ole esimerkiksi täyttä varmuutta ympäristötavoitteiden mukaisten tuotteiden, palveluiden tai urakoiden saatavuudesta ja/tai hinnasta markkinoilla. Sisällyttämällä ympäristötavoitteet osaksi arviointiperusteita, niitä voidaan arvioida muita tekijöitä, erityisesti hintaa vasten siten, että saadaan valituksi hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin ratkaisu. Aina voidaan toki asettaa ympäristövaatimusten perustaso vähimmäisvaatimuksissa. Se tuo hankinnan määrittelyyn myös joustavuutta, kun asetetaan vähimmäisvaatimuksissa ympäristövaatimuksille vähimmäisvaatimustaso (jolla saadaan varmistettua ympäristövaatimuksille jokin perustaso) ja annetaan lisäpisteitä vähimmäisvaatimustason ylittäviltä osin.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 36–38.

¹⁷² Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 38.

¹⁷³ Ks. asia C-448/01, EVN AG ja Wienstrom GmbH vastaan Republik Österreich, 4.12.2003, jossa edellytettiin hankittavan sähkön olevan tuotettu uusiutuvista energialähteistä. Vihreän sähkön painoarvoksi hankinnassa oli asetettu 45%. MAO:232/09 pidettiin syrjivänä arviointiperustetta, joka pohjautui pelkästään kuljetusmatkan pituuteen. ”Kuljetuksiin liittyvät ympäristötekijät” arviointiperusteen mukaan tarjousvertailussa sai sitä paremmat pisteet, mitä lyhyempi hankintaan liittyvä kuljetusmatka oli. MAO:164/11 ja KHO 27.6.2014 t. 2079 ympäristöystävällisyyttä koskevat vaatimukset oli asetettu liian yleisesti ja epäselvästi, että se antoi tosiasiaassa hankintayksikölle rajoittamattoman harkintavallan tarjousten vertailussa.

¹⁷⁴ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 52.

Arviointiperusteiden painotukseen on ympäristönäkökohdissakin kiinnitettävä tapauskohtaisesti erityistä huomiota. Se, että arviointiperustetta on painotettu liian vähän tai se on liian dominoiva muihin arviointiperusteisiin nähden, vaikuttaa merkittävästi tarjousvertailun lopputulokseen. Yleensä arviointiperusteiden painotus heijastelee sitä, missä määrin ympäristönäkökohdat on saatettu ottaa huomioon jo vähimmäisvaatimuksissa. Mikäli vähimmäisvaatimuksissa on tiukkoja vähimmäisympäristövaatimuksia, niitä on suotavaa painottaa arviointiperusteissa vähemmän ja päinvastoin taikka niitä ei välttämättä tarvitse ottaa arviointiperusteisiin mukaan ollenkaan, jos perustaso on vähimmäisvaatimuksissa asetettu hyvin korkeaksi.¹⁷⁵

Jos ympäristövaatimus on painotukseltaan dominoiva, vaatimuksen heikkoa täyttymistä ei ole juurikaan mahdollista kompensoida muilla arviointiperusteilla, jolloin tarjousten hinta saattaa nousta sekä muu laatu kärsiä, kun toimittajat panostavat vaatimuksen täyttämiseksi. Jos taas painotus on vähäinen, se saattaa jäädä muiden arviointiperusteiden varjoon. Myöskään vähimmäisvaatimuksissa ei ole suotavaa asettaa liian ankaria vaatimuksia, jollei ole täyttä varmuutta markkinoiden tarjonnasta sekä vaatimusten saatavuudesta.

Arviointiperusteissa on mahdollista hyödyntää GPP-kriteereitä sekä ympäristömerkkejä siten, että niihin liittyviä ympäristövaatimuksia käytetään apuna laadittaessa ja arvioitaessa sopimuksen tekoperusteita. Vähimmäisvaatimuksissa voidaan esimerkiksi asettaa vähimmäistaso ympäristömerkkeihin tai GPP-kriteereihin perustuen (edellyttäen että vaatimukset liittyvät hankintaan) ja tarjoukset saisivat lisäpisteitä vähimmäisvaatimusten ylittäviltä osin.¹⁷⁶ Jossain erityistapauksissa toimittajan sitoutumista ympäristöasioiden hallintajärjestelmän noudattamiseen voidaan hyödyntää myös arviointiperusteissa¹⁷⁷. Täytyy kuitenkin muistaa, että ympäristöasioiden

¹⁷⁵ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 52.

¹⁷⁶ Esimerkiksi vähimmäisvaatimuksissa voitaisiin vaatia ympäristömerkin tiettyjä alakohtaisia perusteita, jotka liittyvät hankinnan kohteeseen ja lisäpisteitä saisi, mikäli tarjous sisältäisi koko kyseisen ympäristömerkin (edellytyksenä että ympäristömerkki liittyy hankinnan kohteeseen 94 §:n mukaisesti). Lisäksi ympäristömerkki toimisi todisteena vähimmäisvaatimusten täyttymisestä.

¹⁷⁷ Ks. asia T-331/06, Evropaïki Dynamiki vastaan Euroopan ympäristökeskus, 8.7.2010, kohta 76. Unionin yleinen tuomioistuin hyväksyi arviointiperusteen, jolla myönnettiin enemmän pisteitä tarjoajalle, jolla oli kolmannen osapuolen sertifioima ympäristöasioiden hallintajärjestelmä kuin tarjoajille, jolla sellaista ei ollut ja jotka ilmoittivat ainoastaan hyvistä aikomuksista näiden ympäristötoimien osalta. Huomattavaa on, että hankintadirektiivit eivät koske kyseistä hankintayksikköä, mutta yleinen tuomioistuin hyväksyi laadullisen lähestymistavan ympäristöön liittyvien arviointiperusteiden

hallintajärjestelmä on lähtökohtaisesti tarjoajan soveltuvuuskaiteeri ja soveltuvuuskaiteerit sekä arviointiperusteet olisi pidettävä tiukasti erillään. Kaiteerien päällekkäisyys on joka tapauksessa vältettävä.¹⁷⁸

Arviointiperusteita asetettaessa kannustettaisiin entistä enemmän elinkaarikustannusajatteluun. Kustannusten huomioon ottaminen koko hankinnan kohteen käyttöiän ajalta on järkevää riippumatta, onko hankintayksiköllä suoranaisia ympäristöllisiä tavoitteita. Elinkaarikustannusmallissa otetaan huomioon resurssien käytöstä, huollosta ja hävittämisestä aiheutuvat kustannukset, jotka eivät normaalisti sisälly hankintahintaan. Useimmiten ympäristöystävällinen tuote, palvelu tai urakka on myös kokonaistaloudellisesti edullisempi¹⁷⁹. Tietyissä tilanteissa voidaan ottaa huomioon hankintayksikölle syntyvien kustannusten lisäksi ympäristöön kohdistuvat ulkoisvaikutukset eli koko yhteiskunnalle aiheutuvat kustannukset. Tässä on tärkeää huomioida, että vaatimukset ovat konkreettisia ja mitattavissa olevia sekä ne liittyvät hankintasopimuksen kohteeseen tai toteuttamiseen hankinnan kohteen elinkaaren¹⁸⁰ aikana.¹⁸¹ Elinkaarikustannusten huomioon ottamista tarkastellaan lähemmin luvussa 5.

Hankintasopimuksen toteuttamisen erityisehdoissa voidaan lisätä ympäristönäkökohtia sopimuksen toteutusvaiheeseen, kunhan ne eivät ole tarjoajan soveltuvuuskaiteereitä eikä vähimmäisvaatimuksia tai arviointiperusteita¹⁸². Omasta kategoriastaan huolimatta erityisehtojen sopimuslausekkeet soveltuisivat usein myös arviointiperusteiksi¹⁸³. Hankintayksikkö voi vaatia, että tavarat toimitetaan tai palvelut/urakat suoritetaan ympäristövaikutukset minimoiden. Ympäristötehokkuuteen voidaan pyrkiä liittämällä bonuksia sopimusehtoihin sekä sopimalla asianmukaisista seuraamuksista ympäristösitoumusten rikkomisen varalle.¹⁸⁴

Erityisehtoja ei saa käyttää sellaisten ympäristövaatimusten asettamiseen, joilla olennaisesti muutetaan vähimmäisvaatimuksissa ja arviointiperusteissa määriteltyä

arviointissa. Lisäksi tapaus antaa viitteitä soveltuvuuskaiteerien ja arviointiperusteiden tiukan erottelun muuttumisesta entistä sallivampaan suuntaan.

¹⁷⁸ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 53–54.

¹⁷⁹ OECD 2013, s. 98.

¹⁸⁰ Elinkaaren käsite on määritelty hankintalain 4 §:ssä.

¹⁸¹ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 55–56.

¹⁸² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 369.

¹⁸³ Nissinen 2004, s. 44.

¹⁸⁴ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 59.

sopimuksen kohdetta. Erityisehdot ovat hankintamenettelyn kannalta neutraaleja vaatimuksia, jotka eivät vaikuta tarjousten vertailuun ja joita kaikkien valittujen tarjoajien pitäisi pystyä noudattamaan. Ehtojen on oltava syrjimättömiä ja niiden on liityttävä hankinnan kohteeseen 94 §:n mukaisesti. Ehdot liittyvät hankinnan toteuttamiseen. Liittyminen hankintasopimuksen toteuttamiseen edellyttää liityntää tehtäviin, jotka ovat tarpeen hankittavien tavaroiden, palvelujen sekä urakoiden tuottamiseksi ja toimittamiseksi.¹⁸⁵

Hankintadirektiivin johdanto-osan perusteluiden mukaan (kohta 97) tuotanto- tai toimitusprosessiin liittyvissä arviointiperusteissa tai sopimuksen toteuttamisen ehdoissa voidaan edellyttää esimerkiksi, ettei tuotteiden valmistuksessa käytetä myrkyllisiä kemikaaleja tai että ostettavien palvelujen suorittamisessa käytetään energiatehokkaita koneita. Sopimuksen toteuttamisen ehdoissa voitaisiin lisäksi ottaa huomioon esimerkiksi tuotteiden jakeluun, pakkaamiseen ja hävittämiseen liittyvät ympäristöseikat sekä rakennusurakka- ja palvelusopimusten osalta jätteen minimointi tai resurssitehokkuus. Mahdollisuuksia on lukuisia niin tavara-, palvelu-, kuin urakkahankinnoissa¹⁸⁶. GPP-kriteereitä voidaan käyttää apuna vähimmäisvaatimusten ja arviointiperusteiden lisäksi myös hankintasopimuksen toteuttamisen ehdoissa.

3.2.4 Innovatiivisuusnäkökohdat

Hankintaprosessin eri vaiheissa voidaan omalta osaltaan edesauttaa innovatiivisten ratkaisujen syntymiseen julkisissa hankinnoissa. Tarjouspyynnön laatiminen ja hankintatarpeen määrittely on innovatiivisuuden kannalta tärkeä vaihe, sillä tässä vaiheessa vapautetaan ja lukitaan tekijöitä, jotka joko edistävät luovuuden ja osaamisen hyödyntämistä taikka estävät sitä.¹⁸⁷ Hankinnan kohteen kuvauksessa on suotavaa keskittyä suorituskyvyn ja toiminnallisten ominaisuuksien määrittelyyn standardien käytön sijasta tai ohella. Kun suorituskyvyn tai toiminnallisten ominaisuuksien kuvaus jätetään väljäksi siten, että kuvataan tarkasti ainoastaan hankintayksikön tarpeet, mutta

¹⁸⁵ Ympäristöä säästäviä hankintoja 2011, s. 59–60.

¹⁸⁶ Nissinen 2004, s. 44.

¹⁸⁷ Yliherva 2006, s. 55 ja 65.

ei mahdollisia keinoja, toimittajille jää tilaa kehittää ja tarjota innovatiivisia ratkaisuja.¹⁸⁸

Vaihtoehtoisten ratkaisujen salliminen tarjouspyynnössä on myös keskeinen innovatiivisten tarjousten mahdollistaja. Hankintayksikkö määrittelee vaihtoehdoille vaatimukset ylittävät vähimmäisvaatimukset, jolloin sekä vähimmäisvaatimukset täyttäviin vaihtoehtoihin että vaatimukset täyttäviin neutraaleihin tarjouksiin, sovelletaan samoja arviointiperusteita.¹⁸⁹ Vaihtoehdot mahdollistavat hankintayksikölle joukon erilaisia toteutusvaihtoehtoja, joita voidaan arvioida ja vertailla keskenään samoja arviointiperusteita käyttäen.

Innovaatiot voivat tuoda kustannussäästöjä, mutta yleensä niiden avulla voidaan parantaa hankinnan laatua. Uusien innovatiivisten ratkaisujen kannalta on tärkeää se, että arviointiperusteissa (hinta-laatusuhteessa) painotetaan laatua ja erityisesti elinkaarikustannuksia, pelkän hinnan sijasta. Tapauskohtaisesti tulisi punnita, missä suhteessa painottaa laatua ja elinkaarikustannuksia hintaan nähden, jotta tämä kannustaisi markkinoita innovatiivisempiin ratkaisuihin. Hinnan merkitys voidaan arviointiperusteissa asettaa myös nolnaan (hankintayksikkö määrää hankinnan hinnan), jolloin kilpailu käydään pelkästään laatutekijöillä¹⁹⁰. Tämä niin sanottu käänteinen tarjouskilpailu (ranskalainen urakka) tuo tarjouskilpailuun varmasti toisistaan poikkeavia ja eri asteisia ratkaisuja¹⁹¹. Täytyy muistaa, että halvin hinta ei aina takaa kustannuksiltaan edullisinta, hinta-laatusuhteeltaan parasta tai innovatiivisinta ratkaisua.¹⁹²

Käytännön hankintatoiminnassa innovaatioihin kannustaminen tarjouspyynnössä ei ole ongelmatonta. Hankintayksikön ensisijaisena tavoitteena on kuitenkin hankintatarpeen tyydyttäminen, jolloin halu nimenomaan innovatiivisten uutuustuotteiden ostamiseen voi olla vähäistä. Hankinnan kohteen määrittely ja arviointiperusteiden asettaminen voivat olla vaikeaa laatia niin, että ne antaisivat etusijan juuri uutuustuotteille. Innovatiivisissa hankinnoissa toteutusvaihtoehtoja ja ominaisuuksiltaan erilaisia

¹⁸⁸ Commission Staff Working Document 2007, s. 13–14.

¹⁸⁹ Commission Staff Working Document 2007, s. 13.

¹⁹⁰ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 385.

¹⁹¹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 385.

¹⁹² Commission Staff Working Document 2007, s. 15.

tarjouksia on usein monia, jolloin tarjousvertailu voi olla vaikeaa ja helposti syrjivää. Innovatiivisten uutuustuotteiden vertailu saattaa vaatia erityisosaamista (lakimiehiä, teknistä osaamista), mikä lisää hankinnan kustannuksia entisestään. Uutuustuotteet ovat usein lisäksi kalliimpia ja riskialttiimpia, mikä lisää hankintayksikön halua tyytyä tavanomaisiin, markkinoilta helposti saatavilla oleviin tuotteisiin.¹⁹³

Innovatiivisten hankintojen lisääminen vaatii resursseihin sekä hankintoja tekevien henkilöiden osaamiseen panostamista. OECD:n raportin mukaan innovatiivisten hankintojen pohjimmaisina ongelmina ovat hankintoja tekevien henkilöiden erityisosaamisen puute sekä virallisen innovatiivisia hankintoja tukevan strategian puute, vaikka lähes kaikki OECD maat jo säännöllisesti käyttävätkin julkisia hankintoja innovaatioiden tukemiseen.¹⁹⁴

Panostaminen hankintoja tekevien henkilöiden osaamiseen tuo uskallusta ja varmuutta soveltaa hankintamenettelyissä uutta, tavanomaisten menettelyjen sijaan. Tarjouspyyntövaiheessa osaaminen toisi uskallusta hankinnan määrittelyyn innovatiivisuuteen kannustavalla tavalla sekä erityisesti varmuutta arviointiperusteissa laatusuhteiden ja elinkaarikustannusten soveltamiseen pelkästään halvimman hinnan sijasta ja mahdollistaisi näin uusien ideoiden suosimisen. Hankintadirektiivi tavoittelee selkeästi laatusuhteiden ja elinkaarikustannusten huomioon ottamista pelkän halvimman hinnan sijaan, vaikkakin halvin hinta on edelleen täysin sallittu valintakriteeri. Tällä tavoitteellisuudella kannustetaan nimenomaan laadukkaisiin ja kehittyviin hankintoihin.

Hankintasopimuksen erityisehdoissa innovatiivisuuteen ja hankinnan kohteen kehittelyyn voidaan kannustaa erityisillä kannustimilla ja ansaintamalleilla. Myös rutiininomaistenkin hankintojen yhteyteen kannattaa liittää kehitystavoitteita, joilla voisi olla taloudellista arvoa pitkällä aikavälillä. Erinomainen tapa toteuttaa kehitystavoitteita on määrittää sopimuksessa rahallinen bonus- ja sanktiojärjestelmä. Kun tavoitteita liitetään sopimukseen bonus- ja sanktiojärjestelmällä, hankintaa on mahdollisuus kehittää vielä sopimuskaudellakin, eikä se pysähdy vain tarjouskilpailun voittoon. Bonus- ja sanktiojärjestelmä tulee tavalliseen tapaan liittää hankintasopimuksen toteuttamisen ehtoihin jo tarjouspyynnön laadinnan vaiheessa.

¹⁹³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 385.

¹⁹⁴ OECD 2013, s. 62.

Bonus- ja sanktiojärjestelmän kaltaisia kannustin- ja ansaintamalleja on olemassa useita erilaisia^{195, 196}.

Jotta kannustimia ja ansaintamalleja voitaisiin soveltaa, ehdoissa on luonnollisesti määriteltävä hyvän ja heikon suorituksen erottelu eli milloin esimerkiksi bonus myönnetään ja milloin sanktio lankeaa. Innovatiivisuutta lisääviä eroja on nähty myös siinä, mitä maksuperustetta kulloisessakin hankinnassa käytetään. Normaalisopimusehdoissa asetetaan aina maksuperusteet, joiden mukaan hankinnan perussisällöstä maksetaan korvausta. Järjestyksessä eniten innovaatioihin kannustavat tilastojen mukaan maksuperusteet, joissa sovitaan tavoitehinnasta, kokonaishinnasta, ranskalaisesta hinnasta (hankintayksikön etukäteen ilmoittama hinta), yksikköhinnasta tai prosenttipalkkiosta. Vähiten innovatiivisuuteen kannustaa laskutustyö eli aikaperusteinen laskutus. Tarkennuksena maksuperusteet ovat siis tavanomaisia (perinteisiä) sopimusehtoja, joissa sovitaan hankinnan laskutustavasta, eivätkä ne varsinaisesti aseta hankinnalle vaatimuksia siten kuin erityisehdot.¹⁹⁷

Koska innovatiiviset hankinnat ovat usein riskialttiita ja kalliita toteuttaa, hankintasopimuksen erityisehtoihin voidaan sisällyttää keinoja taloudellisen riskin jakamiseksi siten, että osa hankinnasta maksetaan saavutetuilla säästöillä. Tällöin riski innovatiivisen hankinnan hyödyistä siirtyy osaksi tarjoajalle. Esimerkiksi rakennusten energiatehokkuutta parantavissa hankkeissa käytetään niin sanottua ESCO-mallia (Energy Service Company), jossa hankintayksikkö maksaa osan energiansäästöinvestoinneista säästöillä, jotka kertyvät energiakustannusten alenemisesta.¹⁹⁸

Hankintoja kannustettaisiin jatkossa tekemään enemmän tulosperusteisesti, mikä toisi ennen kaikkea lisää säästöjä, mutta voisi samalla kannustaa markkinoita innovatiivisempiin ratkaisuihin. Tulosperusteisissa hankinnoissa hankintayksikkö

¹⁹⁵ Esimerkkeinä: Palkkiomallit: suoritehinnoittelu, tuloshinnoittelu, hyödynjakomallit, palkkionpidätysmallit. Kannustemallit: sopimusbonus/sanktio, sopimuskauden pidennys, kokonaishintamalli, seurantamalli, populaatiomallit, benchmarking. Suoritustasomallit: välitavoitemallit, porrasmallit. Ks. Turun yliopisto – Funktionaalisten elintarvikkeiden kehittämiskeskus – Palvelut – Kehitysprojektit – Innovatiiviset ja vastuulliset julkiset hankinnat, s. 17–20.

¹⁹⁶ Yliherva 2006, s. 70–72.

¹⁹⁷ Yliherva 2006, s. 73.

¹⁹⁸ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 387.

määrittelee hankinnan vaikuttavuustavoitteet sekä niiden saavuttamista koskevat mittarit. Tarjoajien tehtäväksi jää tarjouskilpailussa ehdottaa keinoja, joilla asetetut tavoitteet tehokkaimmin saavutetaan, mikä puolestaan panee tarjoajat kehittämään uusia ratkaisuja. Parhaimmassa tapauksessa korvausta ei sopimuskaudella suoriteta ennen kuin tavoitteiden mukaiset tulokset on saavutettu. Yksi tulosperusteisuuden toteutusmuodoista olisi tulosperusteinen rahoitussopimus eli niin sanottu SIB-malli (Social Impact Bond). SIB-mallissa yksityiset sijoittajat rahoittavat esimerkiksi hyvinvointia edistävän hankinnan¹⁹⁹ ja kantavat hankintaan liittyvän taloudellisen riskin. Mikäli taloudelliset tavoitteet ja hyvinvointitavoitteet saavutetaan, hankintayksikkö säästää aiempiin kustannuksiin verrattuna ja se maksaa osan tuosta säästöstä sijoittajille. Sijoittajat saavat siten pääomansa takaisin ja pääomalle kohtuullisen tuoton. Sijoittajat kantavat myös riskin siitä, mikäli tavoitteisiin ei päästäkään. Tulosperusteisuus ei tietenkään sovellu jokaiseen hankintaan, mutta suoriteperusteisissa hankinnoissa tulosperusteisuus on mahdollinen.²⁰⁰

Vaikka uusi hankintalaki mahdollistaa innovaatiohankinnoille täysin oman hankintamenettelynsä, innovaatiokumppanuuden (jonka käyttö on rajallista), innovatiivisuutta ja uusia ideoita on tärkeää edistää myös muissa hankinnoissa. Hankinnan kohteen määrittelyvaihe arviointiperusteiseen ja sopimusehtoiseen on avainasemassa uusien ideoiden kannustamiseksi kulloisessakin hankinnassa.

¹⁹⁹ Esimerkkinä mainittakoon jo eräs SIB-mallilla toteutettu työterveyspalveluhankinta, jonka on tarkoitus samalla edistää työhyvinvointia julkisella sektorilla. Tavoitteiksi on asetettu hyvinvoinnin lisääminen ja sairauspoissaolopäivien määrän vähentyminen, jolloin tulostittarina toimii sairauspoissaolopäivien määrä.

²⁰⁰ Sitra – Uutiset – Julkisia hankintoja terävöittämällä jopa puolen miljardin euron säästöt.

4. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus

4.1 Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuudesta yleisesti

4.1.1 Hankintayksikön velvollisuudet

Hankintalain 67 §:n mukaan ”tarjouspyyntö, neuvottelukutsu ja niiden liitteet on laadittava niin selviksi, että niiden perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Jos tarjouspyyntö ja hankintailmoitus eroavat sisällöltään, noudatetaan hankintailmoitusta.” Tarjouspyynnöstä ja neuvottelumenettelyjen neuvottelukutsusta sekä niiden liitteistä käytetään kuitenkin hankintalaissa myös yleistermiä hankinta-asiakirjat.

Käytännön hankintatoimessa hankintailmoituksessa²⁰¹ ei voida tilarajoitteiden vuoksi määritellä hankintaa kovin tarkasti, vaan tämä tehdään tarjouspyynnössä. Kuitenkin hankintailmoitus on eräänlainen tarjouspyynnön perusta, jonka päälle varsinainen tarjouspyyntö rakentuu taikka sitten samat hankinnan määrittelyä koskevat tiedot kuvataan identtisesti sekä hankintailmoituksessa että tarjouspyynnössä. Ristiriitaisissa tapauksissa hankintailmoitus menee tarjouspyynnön edelle.²⁰²

Kaksivaiheisissa hankintamenettelyissä²⁰³ toimittajien määrän rajausta ja toimittajille asetettavat soveltuvuusvaatimukset ilmoitetaan osaksi tai kokonaan jo hankintailmoituksessa. Tarjouspyynnössä ei tarvitse näin ollen asettaa kyseisiä soveltuvuusvaatimuksia uudestaan ja tarjouspyyntö voidaan antaa osallistumishakemusten perusteella valittujen ehdokkaiden saataville. Huomioitavaa on se, että neuvottelumenettelyjen osalta laissa puhutaan tarjouspyynnön sijasta

²⁰¹ Hankintailmoituksen sisältö on määritelty hankintadirektiivin liitteen V C osassa. Hankintailmoitukselta vaadittavat tiedot sisältävät myös tarjouspyynnölle ominaisia tietoja sekä päällekkäisyyksiä 68 §:ssä vaadittavien tietojen kanssa.

²⁰² HE 108/2016 vp, s. 164.

²⁰³ Kaksivaiheisia menettelyjä ovat rajoitettu menettely ja dynaaminen hankintajärjestelmä, mutta kaksivaihesuutta voidaan hyödyntää myös neuvottelumenettelyssä, kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä, innovaatiokumppanuudessa, suunnittelukilpailussa tai hankintamenettelyssä, jossa voidaan hyödyntää rajoitettua menettelyä.

neuvottelukutsusta. Neuvottelukutsu on eräänlainen tarjouspyynnön raakaversio, jonka pohjalta ja käytävien neuvottelujen seurauksena lopullinen tarjouspyyntö muotoutuu²⁰⁴.

Vaikka jo hankintailmoituksessa ja neuvottelukutsussa määritellään hankintaa osaksi, kaikissa hankintamenettelyissä laaditaan erillinen tarjouspyyntö sen määrittämiseksi, mitä hankinnalta tarkemmin halutaan. Hankintailmoitus ja neuvottelukutsu voivat kuitenkin pohjustaa ja tukea erillistä tarjouspyyntöä ja ristiriitapauksissa hankintailmoituksen tiedot menevät tarjouspyynnön ja neuvottelukutsun edelle. Tässä tutkielmassa termi tarjouspyyntö mielletään asiakirjakokonaisuudeksi, jolla määritetään, mitä halutaan hankkia ja millä ehdoin sekä miten tarjouskilpailun voittaa, riippumatta siitä, missä asiakirjassa kyseiset tiedot tarkalleen on ilmoitettu. Käytännön hankintatoimessa on säännönmukaista laatia erillinen tarjouspyyntö, jossa on kuvattuna kaikki hankinnan kohteelta vaadittavat kriteerit eli hankinnan kohteen määrittely ja muut vaatimukset, mahdollisine vaihtoehtoisine tarjouksineen ja niiden vähimmäisvaatimuksineen, arviointiperusteet sekä hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät erityisehdot, joskin erityisehdot voi olla luontevaa esittää tarkemmin tarjouspyyntöön liitettävässä hankintasopimusluonnoksessa.

Tarjouspyynnön perimmäisenä tarkoituksena on hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen kuvaaminen siten ja sellaisella tarkkuudella, että sen perusteella saadaan lopullisia, yhteismitallisia ja siten keskenään vertailukelpoisia tarjouksia, joita voidaan verrata tasapuolisesti ja syrjimättömästi tarjouspyynnössä asetettuja arviointiperusteita soveltaen. Tarjouspyynnön sisällön puutteellisuus tai epätäsmällisyys on oikeuskäytännön mukaan selvästi yksi merkittävimpiä hankintamenettelyjä koskevia yksittäisiä ongelmia^{205 206}.

Hankintalain 79 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan hankintayksikön on ennen tarjousten valintaa tarkistettava, että tarjous on hankintailmoituksessa ja hankinta-asiakirjoissa asetettujen vaatimusten, ehtojen ja perusteiden mukainen. Tarkistamisella varmistetaan,

²⁰⁴ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 130.

²⁰⁵ Tarjouspyynnön epäselvyyttä on käsitelty esimerkiksi markkinaoikeuden tapauksissa MAO:510/16, MAO:441/16, MAO:333/16 ja MAO:321/16.

²⁰⁶ HE 108/2016 vp, s. 164.

että kaikki vertailuun otettavat tarjoukset ovat tarjouspyynnön ja muiden hankinta-asiakirjojen mukaisia ja näin ollen keskenään yhteismitallisia ja vertailukelpoisia.²⁰⁷

Arviointiperusteiden osalta hankintalaissa (93 §:n 5 momentissa) on direktiivin mukaisesti säädetty, että arviointiperusteet tulee asettaa niin, että tarjoaja pystyy todentamaan niihin perustuvat tiedot tarjousten vertailua varten. Arviointiperusteiden asettamiseen palataan tarkemmin tutkielman viidennessä luvussa, mutta relevanttia tässä on se, että hankintayksikön itsensä on myös kyettävä tarkistamaan tarjoajien arviointiperusteita varten antamien tietojen paikkansapitävyys²⁰⁸. Hankintayksikkö voi turvautua subjektiiviseen arviointiin annettujen tarjoustietojen perusteella, mutta epäselvissä tapauksissa, joissa hankintayksiköllä on syytä epäillä kirjallisessa tarjousaineistossa olevan tiedon paikkansapitävyyttä, hankintayksiköllä on velvollisuus tosiasiallisesti tarkistaa tarjoajien antamien tietojen ja näytön paikkansapitävyys. Jos näin ei tehtäisi, ei olisi minkäänlaista varmuutta siitä, ansaitseeko jokin tarjous todellisuudessa sellaiset pisteet (ja siten sellaisen sijoituksen tarjousvertailussa), jotka se annetun tarjousaineiston perusteella ansaitsisi.²⁰⁹

4.1.2 Tarjoajan velvollisuus osoittaa, että tarjous on tarjouspyynnön mukainen

Hankintalain 74 §:n 1 momentin mukaan ”tarjoajan tulee tarjouksessaan osoittaa tarjoamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan olevan tarjouspyynnössä ja muissa hankinta-asiakirjoissa esitettyjen vaatimusten mukainen”. Tarjoajalla on näyttövelvollisuus tarjouksensa tarjouspyynnönmukaisuudesta. Jo tasapuolisuuden periaate edellyttää, että vertailtavat tarjoukset ovat hankinta-asiakirjoissa asetettujen ehtojen, kriteerien, kuvausten ja vaatimusten mukaisia. Tarjousten hankinta-asiakirjojen mukaisuus omalta osaltaan varmistaa tarjousvertailun tasapuolisuuden.²¹⁰

Momentin toisen lauseen mukaan ”hankintayksikön on suljettava tarjouspyyntöä tai tarjousmenettelyn ehtoja vastaamattomat tarjoukset tarjouskilpailusta”. Tarjoukset (ja

²⁰⁷ HE 108/2016 vp, s. 178–179.

²⁰⁸ EU-tuomioistuimen tapauksessa C-448/01, EVN AG ja Wienstrom GmbH vastaan Republik Österreich, 4.12.2003, on katsottu, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta loukkaa se, jos hankintayksikkö ei kykene todentamaan asettamia arviointiperusteita varten annettujen tarjoustietojen paikkansapitävyyttä. Tällainen hankintamenettely ei olisi avointa eikä objektiivista.

²⁰⁹ HE 108/2016 vp, s. 203 ja Arrowsmith 2014, s. 773.

²¹⁰ HE 108/2016 vp, s. 172.

osallistumishakemukset), jotka eivät vastaa hankinta-asiakirjoissa (ja hankintailmoituksessa) esitettyjä vaatimuksia, hylätään²¹¹. Tarjousten tarjouspyynnön mukaisuutta arvioidaan ainoastaan tarjouksista ilmenevien tietojen perusteella²¹². Vaihtoehtoiset tarjoukset on suoraan hylättävä, mikäli niitä ei hankintailmoituksessa ole ilmoitettu sallituksi, vaikka vaihtoehtoinen tarjous olisikin hankintayksikön kannalta erinomainen toteutusmalli²¹³. Myös myöhässä saapuneet tarjoukset hylätään ehtoja vastaamattomina. Oikeuskäytännön²¹⁴ mukaan tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen hylkääminen ei ole pelkästään hankintayksikön oikeus, vaan hankintayksikkö on myös velvollinen hylkäämään tarjouksen, joka ei vastaa tarjouspyyntöä²¹⁵. Tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen hyväksyminen merkitsee syrjivää kohtelua muita tarjouskilpailuun osallistuneita tarjoajia kohtaan, mutta se syrjii myös niitä mahdollisia tarjoajia, jotka, luottaen siihen, että hankintayksikkö noudattaa tarjouspyynnön vaatimuksia ja ehtoja, jättäytyvät tarjouskilpailun ulkopuolelle^{216 217}.

Tarjousta, josta puuttuu tarjouksen vertailukelpoisuuden kannalta merkityksetön tieto, ei kuitenkaan saa hylätä. Ainoastaan, mikäli vertailukelpoisuuden kannalta merkityksettömällä tiedolla voi olla merkitystä sopimuksen myöhemmässä toteutusvaiheessa (esimerkiksi mahdollisten muutos- tai lisätöiden hinnat), tarjous saadaan hylätä tiedon puuttuessa. Hankintayksiköllä ei ole oikeutta hylätä tarjousta, mikäli tarjouksessa oleva puute tai virhe on niin vähäinen²¹⁸, että se ei vaaranna tarjoajien tasapuolista kohtelua tarjousvertailussa eikä se vaikuta tarjousvertailuun.²¹⁹ Markkinaoikeus²²⁰ on todennut, että ”hankintayksikkö on velvollinen sulkemaan tarjouskilpailusta tarjouspyyntöä vastaamattoman tarjouksen silloin, kun tarjouksen

²¹¹ Se, milloin tarjous on tarjouspyyntöä vastaamaton, on aina tapauskohtaista. Yksittäistapauksia joudutaan ratkotaan viime kädessä tuomioistuimissa. Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuutta on käsitelty esimerkiksi tapauksissa MAO:461/14, MAO:61/10, MAO:56/10, MAO:59/10, KHO 14.8.2013 t. 2515 ja MAO:416/11.

²¹² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 525.

²¹³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 521.

²¹⁴ Ks. KHO 19.3.2010 t. 568.

²¹⁵ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 173.

²¹⁶ HE 108/2016 vp, s. 172.

²¹⁷ Pohjonen 2010, s. 5.

²¹⁸ Vähäisiä puutteita ja virheitä on käsitelty esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa MAO:315/08, MAO:485/08, MAO:83/13, MAO:236/09 ja MAO:167/10.

²¹⁹ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 518 ja 532. Merkityksetön puute voi olla esimerkiksi seikka, jonka hankintayksikkö voi itse havaita ja ottaa huomioon tarjouksen perusteella tai muutoin ilman asian selvittelyä. Se voi olla myös esimerkiksi tarjouksen tekniseen esittämistapaan, käytettyihin lomakkeisiin tai asiakirjojen lähettämistapaan liittyvä puute. Puutteella tai virheellä ei kuitenkaan saa olla merkitystä tarjousvertailun kanssa.

²²⁰ Ks. MAO:531/11.

puutteellisuus tai tarjouspyynnön vastaisuus vaarantaa tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa”. Tähän kohtaan on hyvä todeta, että tarjousten tarjouspyynnön mukaisuudella ja siten yhteismitallisuudella on suora yhteys niiden vertailtavuuteen. Lähtökohtaisesti, mikäli tarjous ei ole täysin tarjouspyynnön mukainen, se voi vaarantaa tarjousten tasapuolisen ja syrjimättömän vertailun. Aina näin ei kuitenkaan ole.²²¹

Hankintayksikön velvollisuudesta olla hylkäämättä tarjousvertailun kannalta merkityksetöntä ja vähäistä virhettä tai puutetta sisältävää tarjousta, päästään siihen, että hankintayksiköllä on myös harkintavaltansa rajoissa oikeus hyväksyä vähäisiä puutteita tai virheitä sisältäviä tarjouksia. Hankintayksikkö voi harkintavaltansa rajoissa hyväksyä vähäisen virheen tai puutteen tarjouksessa, jos se katsoo, ettei sillä ole tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantavaa vaikutusta tarjousvertailussa.²²²

Se, milloin hankintayksikkö ei saa hylätä tarjousvertailun kannalta merkityksetöntä ja vähäistä puutetta tai virhettä sisältävää tarjousta tai milloin hankintayksikkö saa harkintavaltansa rajoissa hyväksyä tarjouksen, jonka vähäisellä virheellä tai puutteella se ei katso olevan tasapuolisen ja syrjimättömän tarjousvertailun vaarantavaa vaikutusta, on tulkinnanvaraista. Hankintayksiköllähän ei periaatteessa olisi velvollisuutta harkintavaltansa rajoissa hyväksyä tarjousta, jos se osaa objektiivisesti perustella, miksi vähäisellä puutteella tai virheellä on tarjousvertailun tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaarantava vaikutus²²³.

²²¹ Pohjonen 2010, s. 5.

²²² Ks. MAO:531/11. Esimerkiksi tapauksessa hankintayksikkö on voinut hyväksyä tarjouksen, jossa on ilmoitettu pyydetty hinnat, mutta ei näiden muodostamaa (kokonais)vertailuhintaa. Vertailuhinta on osa tarjousvertailua, koska sen perusteella tarjoukset asetetaan etusijajärjestykseen. Kuitenkin, kun hankintayksikkö on voinut vaivatta itse laskea annettujen hintojen perusteella tarjouksen vertailuhinnan, kyseisen puutteen ei ole katsottu vaikuttavan tarjousvertailuun. Itse ajattelen, että puute kyllä vaikuttaa suoraan tarjousvertailuun, mutta sillä ei ole tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantavaa vaikutusta tarjousvertailussa. Vrt. tarjousvertailun kannalta merkityksettömät ja vähäisen puutteet ja virheet tarjouksessa, joiden perusteella hankintayksikkö ei saa hylätä tarjousta. Nämä vähäiset puutteet ja virheet eivät ole kuitenkaan millään lailla kytköksissä varsinaiseen tarjousvertailuun tai muutoinkaan vaarana tarjousten sisällön yhteismitallisuutta. Tapauksessa toisena esimerkkinä hankintayksikkö on voinut hyväksyä tarjouksen, joka ei asuinhuoneita koskevan ehdon osalta täysin ole tarjouspyynnön mukainen, mutta tarjoaja on kuitenkin sitoutunut vastaavaan ehtoon. Jos tarjous ei vastaa tarjouspyyntöä, se poikkeaa muista tarjouksista (ja yhteismitallisuudesta) ja voi vaarantaa tasapuolisen ja syrjimättömän tarjousvertailun. Tässä ei kuitenkaan katsottu tarjouksen sisällön sillä tavoin poikkeavan tarjouspyynnöstä, että se voisi vaarantaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa.

²²³ Ks. MAO:280/10, jossa tarjoushinnat oli ilmoitettu tarjouspyynnön vastaisesti ilman arvonlisäveroa. Kyseisellä virheellä on vaikutus suoraan tarjousvertailuun (hintoihin), mutta hankintayksikön olisi tullut silti harkintavaltansa rajoissa hyväksyä tarjous, koska virheellä ei ollut tasapuolisen ja syrjimättömän

Selkeämpiä näistä kahdesta asetelmasta ovat mielestäni tilanteet, joissa vähäinen puute tai virhe tarjouksessa on tarjousvertailun kannalta merkityksetön, eikä puute tai virhe muutoinkaan vaaranna tarjousten sisällön yhteismitallisuutta (esimerkiksi tarjouksen kaksoiskappaleen puuttuminen). Tällöin hankintayksikkö ei saa tarjousta hylätä. Harkintavallan käyttö riippuu siitä, kykeneekö hankintayksikkö objektiivisesti perustelemaan tarjouksen hylkäämisen tai hyväksymisen sillä perusteella, että se katsoo vähäisen virheen tai puutteen tarjouksessa vaarantavan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa taikka se ei katso näin tapahtuvan. Asian taustalla vaikuttavat merkityksellisesti tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteet. Harkintavallan käytön mahdollistavissa tilanteissa samassa asemassa olevia tarjouksia (esimerkiksi samanlaisia vähäisiä virheitä tai puutteita sisältäviä tarjouksia) on kohdeltava samalla tavoin. Harkintavallan käyttö ei voi missään nimessä olla mielivaltaista, vaan sen tulee olla objektiivisesti perusteltua. Viime kädessä (tulkintatilanteessa) tuomioistuin ratkaisee, onko tarjouksen hyväksyminen tai hylkääminen objektiivisesti perusteltua.

Pääsääntö on se, että tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset, jotka eivät sisällöltään ole yhteismitallisia muiden tarjousten kanssa ja voivat siten vaarantaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa, tulee sulkea tarjouskilpailusta. Niin vanhassa kuin uudessa hankintalaissa hankintayksiköllä on mahdollisuus pyytää täsmennyksiä ja täydennyksiä tarjouksiin (ja osallistumishakemuksiin). Lain sanamuodon (74 §:n 2 momentin) ja esitöiden²²⁴ mukaan hankintayksiköllä ei ole tähän kuitenkaan velvollisuutta, vaan se voi täysin oman harkintansa mukaan päättää, pyytääkö se täsmennyksiä ja täydennyksiä tarjouksiin vai ei. Säännös mahdollistaa sen, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta hylätä tarjouksia kokonaisuuden kannalta vähämerkityksellisten puutteiden tai virheiden takia tilanteissa, joissa sillä muutoin olisi velvollisuus hylätä tarjoukset²²⁵.

Mikäli hankintayksikkö pyytää täydentämään tai täsmentämään vähäisiä virheitä tai puutteita, joilla ei ole vaikutusta tarjousvertailussa, tällaisissa tilanteissa ei käytännössä

tarjousvertailun vaarantavaa vaikutusta. Tämä sen takia, että hankintayksikkö olisi itse voinut (tarjouksen perusteella ja ilman omaa selvittelyä) ottaa arvonlisäveron määrän huomioon tarjouksen hinnoissa. Vaihtoehtoisesti tarjousta olisi voitu pyytää täsmentämään virheen osalta.

²²⁴ HE 108/2016 vp, s. 173.

²²⁵ HE 108/2016 vp, s. 173.

voi olla vaarana tarjousvertailun tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantuminen, koska jo annetut tarjoukset ovat vertailtavissa sellaisenaan. Samat täsmennykset tai täydennykset tulee kuitenkin pyytää samassa asemassa olevista tarjouksista, eikä tarjouksia tule voida parantaa millään tavoin. Näissä tilanteissahan hankintayksikkö ei saa tarjouksia hylätä yksinomaan tällaisen virheen tai puutteen takia ja tarjoukset tulisi mahdollisista täsmennyksistä ja täydennyksistä huolimatta joka tapauksessa hyväksyä.²²⁶

Tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen ovat niin ikään mahdollisia harkintavallan käytön mahdollistavissa tilanteissa, joissa hankintayksikkö hyväksyy tarjouksia, joiden sisältämät vähäiset puutteet tai virheet voivat periaatteessa olla suoraan jopa osa tarjousvertailua (esimerkiksi kokonaishinnan puuttuminen), mutta jotka eivät vaaranna tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa²²⁷. Täsmentäminen ja täydentäminen ovat lisäksi mahdollisia tarjousten sisältämien puutteiden tai virheiden kohdalla, jotka voivat olla suoraan jopa osa tarjousvertailua²²⁸, mutta jotka ovat kokonaisuuden kannalta hyvin pieniä ja epäolennaisia puutteita, ristiriitoja tai virheitä. Viimeksi mainituissa tilanteissahan hankintayksikön tulisi muutoin hylätä tarjoukset tarjouspyyntöä vastaamattomina.²²⁹

Samat täsmennykset tai täydennykset tulee aina pyytää samassa asemassa olevista tarjouksista, eikä tarjouksia tule voida parantaa millään tavoin. Täytyy kuitenkin muistaa, että tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset, jotka voivat vaarantaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa, tulee aina sulkea tarjouskilpailusta, eikä niitä tule täsmentää tai täydentää. Kielletystä täsmentämisestä ja täydentämisestä olisi kyse silloin, jos täsmennetään tai täydennetään olennaista puutetta tai virhettä, joka vaikuttaa tarjoajan asemaan tarjouskilpailussa.²³⁰

²²⁶ Tilanne voisi esimerkiksi olla seuraavanlainen: Hankintayksikkö on asettanut tietyt vähimmäisvaatimukset (koulutus, työkokemus) henkilöstölle, joka tulee tuottamaan ostettavaa palvelua. Tarjoaja ilmoittaa tarjouksessaan sekä vaatimukset täyttäviä henkilöitä, että vaatimukset täyttämättömiä henkilöitä. Tarjous täyttää henkilöstön osalta vähimmäisvaatimukset, eikä näin ollen tulisi hylätyksi. Hankintayksikkö voi pyytää tarjoajaa täsmentämään tarjoustaan siten, että tarjouksessa ilmoitetaan ainoastaan vähimmäisvaatimukset täyttävät henkilöt, mutta tarjous tulisi joka tapauksessa hyväksyä. Henkilöstövaatimukset eivät olisi tarjousvertailuun vaikuttava seikka, koska vertailu tapahtuisi pelkästään hinnalla.

²²⁷ Ks. MAO:531/11 ja alaviite 222.

²²⁸ Esimerkiksi osahinnat, joiden merkitys hintavertailussa on hyvin pieni.

²²⁹ HE 108/2016 vp, s. 173.

²³⁰ HE 108/2016 vp, s. 173–174.

Vaikka markkinaoikeus²³¹ on todennut, että ”hankintayksikön velvollisuutena on toisaalta myös saattaa saamansa tarjoukset tarvittaessa vertailukelpoisiksi, jotta tarjousten vertailukelvottomuus ei vaarantaisi tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa” tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen on lain sanamuodon mukaan täysin hankintayksikön harkinnassa. Eri asia on silloin, jos tarjouspyyntö on ollut epäselvä, mikä on aiheuttanut tarjousten vertailukelvottomuuden. Tällöin voisi olla hankintayksikön velvollisuus saattaa tarjoukset vertailukelpoisiksi, hankintalain asettamissa rajoissa. Lisäksi niissä tapauksissa, joissa tarjouspyyntö on seikkaperäinen ja täsmällinen, mutta tarjous on syystä tai toisesta epäselvä siten, ettei sen voida suoraan todeta olevan tarjouspyynnön vastainen tai tarjouspyynnön mukainenkaan, tarjoajalta olisi pyydettävä lisäselvitystä²³².

4.2 Tarjouksen täsmentäminen ja täydentäminen

4.2.1 Tarjouspyynnön täsmentäminen ja täydentäminen

Tarjouspyyntö (ja neuvottelumenettelyissä lopullinen tarjouspyyntö) sekä tarjous ovat aina lopullisia ilmaisuja siitä, mitä hankintayksikkö haluaa ostaa ja mitä tarjoaja kykenee tarjoamaan. Niihin ei pääperiaatteen mukaan missään hankintamenettelyssä ole tarkoitus tai edes lupa tehdä mitään muutoksia.²³³ Tähän jäykkyyteen tuo joustavuutta hankintalain 74 §:n 2 momentti, jossa sen yksityiskohtaisine perusteluineen on pyritty entistä tarkemmin määrittelemään ne edellytykset, jolloin tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen on mahdollista.

Tarjousten täsmentämis- tai täydentämistarve voi helposti johtua tarjouspyynnön virheestä tai tulkinnanvaraisuudesta. Hankintayksikkö voi joutua täydentämään tarjouspyyntöään tietyiltä osin saattaakseen tarjoukset yhteismitallisiksi²³⁴. Momentin yksityiskohtaisissa perusteluissa on katsottu hankintayksikön velvollisuudeksi korjata tai selventää tarjouspyyntöä, jos tarjousten täsmentämisen tarve johtuu tarjouspyynnön virheestä tai tulkinnanvaraisuudesta.²³⁵ Tällöin tarjoajien tai mahdollisten

²³¹ Ks. MAO:531/11.

²³² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 518 ja KHO 7.11.2014 t. 3433.

²³³ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 170.

²³⁴ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 170.

²³⁵ HE 108/2016 vp, s. 174.

potentiaalisten tarjoajien olisi saatava yhtäläinen mahdollisuus ottaa muutokset huomioon jo annetuissa tai annettavissa tarjouksissa. Hankintayksikkö voisi joutua tekemään täsmennyksiä ja tarkennuksia tarjouspyyntöön tarjousten jättöaikana eli ennen kuin tarjouksia todennäköisesti on vielä jätetty taikka tarjousten jättämisen jälkeen.

Niissä tilanteissa, joissa tarjousten jättöaikaa on vielä jäljellä, täsmennysten tai täydennysten tekeminen tarjouspyyntöön edellyttää usein hankintailmoituksen korjausilmoitusta²³⁶. Toisaalta korjausilmoitus on lähtökohtaisesti tulkittava uudeksi hankintailmoitukseksi, joka laukaisee uudet tarjousajan vähimmäismääräajat. Ainoastaan hyvin vähäisten muutosten osalta (esimerkiksi teknisen kirjoitusvirheen tai muiden sellaisten virheiden osalta), joilla ei ole käytännön merkitystä tarjouskilpailussa, ei välttämättä tarvitse laskea uutta tarjousaikaa. Harkinta on viime kädessä hankintayksiköllä. Tarjousten jättöajan sulkeutumisen jälkeen tehtävässä tarjouspyynnön täsmentämisessä ja täydentämisessä ei julkaista enää korjausilmoitusta. Tässä tilanteessa oman ongelmansa muodostaa se, että tarjouspyyntöön tehtävät muutokset saattavat tehdä hankinnasta kiinnostavan sellaisten potentiaalisten tarjoajien silmissä, jotka eivät tarjouskilpailuun alun perin osallistuneet. Tehtävät muutokset ovat siten tältä osin vieläkin tiukemman seulan alla, kuin niissä tilanteissa, jossa tarjousten jättöaikaa on vielä jäljellä.²³⁷

Toisaalta, jos tarjouspyynnön virheet ovat niin olennaisia, että niiden täydentäminen tai täsmentäminen vaikuttavat hankinnan kohteen määrittelyyn, muuttaen hankinnan kohteen toiseksi, pelkkä korjausilmoitus ja uusi tarjoustenjättöaika ei välttämättä riitä. Samaten tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen (tarjousten jättöajan jälkeen) muutetun tarjouspyynnön pohjalta voi helposti muodostua hankintalain vastaiseksi, jos voidaan ajatella, että mahdolliset muut potentiaaliset tarjoajat voisivat tässä kohtaa kiinnostua hankinnasta. Näissä tilanteissa hankintalaki mahdollistaa muita keinoja.²³⁸

Tarjouspyyntöön voidaan siten tehdä marginaalisia täydennyksiä ja täsmennyksiä, jotka eivät muuta hankinnan kohdetta. Kun hankintayksikkö tekee tarjouspyyntöön täsmennyksiä ja täydennyksiä, sen on huolehdittava, ettei tarjoajien ja mahdollisten

²³⁶ HE 108/2016 vp, s. 174.

²³⁷ Hankinnat – hankintaprosessi – hankinnasta ilmoittaminen – korjausilmoitus.

²³⁸ Hankinnat – hankintaprosessi – hankinnasta ilmoittaminen – korjausilmoitus.

potentiaalisten tarjoajien keskinäin tasa-arvo vaarannu. Hankintayksikön on huolehdittava, että samat tarjousten tekemisessä tai jo annettujen tarjousten täsmentämisessä ja täydentämisessä merkitykselliset lisätiedot annetaan samansisältöisinä ja samanaikaisesti kaikkien tarjoajien ja mahdollisten potentiaalisten tarjoajien tietoon.²³⁹

Jokaiselle tarjoajalle ja mahdolliselle potentiaaliselle tarjoajalle on varattava yhtäläinen mahdollisuus ottaa täsmennykset ja täydennykset huomioon tarjousten tekemisessä tai jo annettujen tarjousten täsmentämisessä ja täydentämisessä. Käytännössä tämä toteutetaan korjausilmoituksella ja mahdollisesti tarjouspyynnöstä (tarjousten jättöaikana) esitettyihin kysymyksiin annettavilla vastauksilla taikka muilla (tarjousten jättöajan päättymisen jälkeen annettavilla) lisätiedoilla. Täytyy kuitenkin muistaa, että tarjouspyynnökään täsmentämis- ja täydentämistapauksissa jo annettujen tarjousten (eli tilanteissa joissa tarjousten jättöaika on kulunut umpeen) täsmentäminen ei saa johtaa tarjouksen muuttamiseen toiseksi, saati sitten parantamiseen^{240 241}.

4.2.2 Tarjouksen täsmentäminen ja täydentäminen

Markkinaoikeus on todennut, että ”hankintayksikkö ei voi tarjousten jättämiselle asetetun määräajan jälkeen sallia tarjoajan täsmentää tarjoustaan, ellei tarjouksen epäselvyys tai puutteellisuus ole johtunut tarjouspyynnön epäselvyydestä. Tällöinkään tarjouksen täsmentäminen ei saa johtaa tarjouksen sisällön muuttumiseen. Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen vuoksi hankintayksikkö ei voi myöskään korjata havaitsemiaan tarjouksen sisältöön vaikuttavia virheitä.”

Kuten aikaisemmin on todettu, vanha hankintalaki ja uusi hankintalaki mahdollistavat tarjousten (ja osallistumishakemusten) täsmentämisen ja täydentämisen tarjousten jättämiselle asetetun määräajan jälkeen tietyin edellytyksin ilman, että tarjouspyynnössä tarvitsee olla epäselvyyttä tai puutteellisuutta. Hankintayksiköllä ei ole oikeutta itse selvittää puutteellisia taikka virheellisiä ja ristiriitaisia tietoja tarjouksessa, vaikka tietojen saaminen olisikin helppoa ja vaivatonta. Ainoastaan tarjouksesta

²³⁹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 170.

²⁴⁰ Ks. MAO:33/10.

²⁴¹ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 170.

yksiselitteisesti pääteltävissä olevat tiedot voidaan ottaa huomioon. Näitä ovat esimerkiksi kokonaishinnan laskeminen annettujen yksikköhintojen mukaisesti tai tarjouksen perusteella pääteltävissä oleva ilmeinen asiavirhe. Muutoin tulee pyytää täsmennyksiä ja täydennyksiä, mutta selvää on, että milloin tahansa täsmennyksiä ja täydennyksiä ei voida pyytää pitääkseen tarjous mukana tarjouskilpailussa.²⁴²

Jos täsmennyksiä ja täydennyksiä pyydetään, on sama pyyntö lähetettävä kaikille vastaavassa asemassa oleville, toisin sanoen tarjouksissaan vastaavan virheen tai puutteen omaaville tarjoajille. Pyyntö lähetetään sen jälkeen, kun kaikki saapuneet tarjoukset on tarkastettu. Täsmennyskehoitus kohdistetaan kaikkiin havaittuihin epätarkkuuksiin ja saapuneiden vastausten jälkeen arvioidaan vielä uudestaan, tuleeko tarjous saapuneesta lisäselvityksestä huolimatta hylätä.²⁴³

Tarjouksessa olevaa seikkaa voidaan pyytää hankintayksikön asettamassa määräajassa täsmentämään tai täydentämään, jos se ei vaaranna tarjoajien tasapuolista kohtelua.²⁴⁴ Julkisten hankintojen oikeusperiaatteet tulee tässäkin ottaa huomioon jo hankintalain sanamuodon mukaisesti (74 §:n 2 momentti). Jos kyseessä on vähäinen puute tai virhe, joka ei vaikuta tarjousten sisällön yhteismitallisuuteen eikä siten tarjousvertailuun, hankintayksikkö ei saa tällaista tarjousta edes hylätä ja täydentäminen ja täsmentäminen ovat täysin mahdollisia. Jos hankintayksikkö harkintavaltansa rajoissa hyväksyy tarjouksessa olevan seikan (puutteen tai virheen), joka ei vaaranna tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa, täsmentäminen ja täydentäminen ovat myös mahdollisia. Kyseessä voi olla tarjousten sisällön yhteismitallisuuteen liittyvä seikka tai periaatteessa suoraan tarjousvertailuun liittyvä seikka (esimerkiksi kokonaishinnan puuttuminen²⁴⁵).

Uusi hankintalaki mahdollistaa hankintayksikölle vanhaa lakia laajemmat mahdollisuudet pyytää tarjoajia toimittamaan, lisäämään, selventämään tai täydentämään puutteellisia tai virheellisiä tietoja tai asiakirjoja niissä tilanteissa, joissa

²⁴² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 526.

²⁴³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 526.

²⁴⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 527.

²⁴⁵ Ks. alaviite 222.

hankintayksikön tulisi muutoin sulkea tarjous ulos tarjouskilpailusta. Kyseeseen tulevat kuitenkin vain kokonaisuuden kannalta vähämerkitykselliset virheet tai puutteet.²⁴⁶

Täsmentämisen ja täydentämisen suppeaa sääntöä on aikanaan tarkennettu EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. EU-tuomioistuimen ratkaisussa²⁴⁷ on katsottu, että yksittäisiä kohtia voidaan korjata ja täydentää sillä perusteella, että niitä selvästi vain täsmennetään. Kuten jo aikaisemmin on todettu, täsmennyspyyntö on lähetettävä kaikille samassa asemassa oleville tarjoajille ja kaikkia täsmennystä vaativia kohtia on pyydetty täsmentämään.²⁴⁸

Tärkeintä on, ettei täsmentäminen tai täydentäminen johda tarjouksen parantamiseen millään tavoin taikka ettei yksittäisen kohdan korjaaminen näyttäydy uuden tarjouksen esittämisenä. Osallistumishakemusten sekä muutoinkin soveltuvuusvaatimusten osalta täsmennys voi koskea vain seikkoja, jotka voidaan objektiivisesti arvioiden todeta olevan peräisin ajalta ennen osallistumishakemusten tai tarjousten jättöajan päättymistä. Tällä varmistetaan se, ettei ehdokkaalla tai tarjoajalla ole mahdollisuutta parantaa soveltuvuustasoaan, vaan tarkoitus on ainoastaan täsmentää seikkaa, joka on ollut vallitseva jo ennen osallistumishakemusten tai tarjousten jättöajan päättymistä. Soveltuvuuteen liittyvään täydentämiseen ja täsmentämiseen sovelletaan samoja periaatteita kuin muuhunkin tarjouksen täsmentämiseen ja täydentämiseen.²⁴⁹

Täsmentämisessä ja täydentämisessä hankintayksikön on kohdeltava tarjoajia (ja ehdokkaita) tasapuolisesti. Tarjouksen parantamiskieltoon ja kieltoon esittää uutta tarjousta liittyy olennaisesti periaate siitä, että hankintamenettelyn päätyttyä ja sen lopputuloksen valossa, täsmennyspyynnöstä ei tule saada sellaista vaikutelmaa, että täsmentäminen ja täydentäminen on perusteettomasti suosinut tai syrjinyt tiettyä tarjoajaa (tai ehdokasta).²⁵⁰

Täsmentäminen ja täydentäminen voi kohdistua vain epäolennaisiin puutteisiin, ristiriitoihin tai virheisiin. Sallittua olisi siten esimerkiksi muotovirheen korjaaminen,

²⁴⁶ HE 108/2016 vp, s. 173.

²⁴⁷ Ks. asia C-599/10 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vastaan Manova A/S, 10.10.2013.

²⁴⁸ HE 108/2016 vp, s. 173.

²⁴⁹ HE 108/2016 vp, s. 173–174.

²⁵⁰ HE 108/2016 vp, s. 173.

kuten puuttuva allekirjoitus tai puuttuva tarjouksen voimassaoloa koskeva tieto. Täsmentää voitaisiin vähäinen hinnoittelua koskeva virhe, kuten väärä valuutta tai hinnoitteluyksikkö taikka ilmeinen hinnan suuruusluokkaa koskeva virhe (esimerkiksi pilkkuvirhe), joka voisi olla pääteltävissä muusta tarjouksesta. Täydentää voitaisiin jopa puuttuvia hintatietoja²⁵¹, jotka ovat kokonaisuuden kannalta epäolennaisia. Näitä olisivat muun muassa hinnat, joita ei käytetä tarjousten vertailussa tai osahinnat, joiden merkitys tarjousvertailussa on todella pieni. Soveltuvuuteen liittyvänä seikkana voitaisiin tarkentaa esimerkiksi referenssin sisältöä.²⁵²

Tarjouksia voitaisiin pyytää täsmentämään myös suoranaisten tarjouspyynnön vastaisuuksien vuoksi, jotka eivät ole olennaisia. Tarjouspyynnön vastaisuudella (tarjousten sisällön yhteismitattomuudella) on lähtökohtaisesti suora yhteys tarjousten epätasapuoliseen ja syrjivään vertailtavuuteen. Epäolennainen tarjouspyynnönvastaisuus olisi esimerkiksi tarjouspyynnöstä poikkeava maksuehto tai puuttuva liite, jota ei käytetä tarjousvertailussa ja jolla ei ole muuta olennaista merkitystä, mutta joka olisi tarpeen esimerkiksi hankintasopimuksen tekemisen kannalta.²⁵³

Kiellettyä täsmentämistä ja täydentämistä olisivat sen sijaan tarjousten (ja osallistumishakemusten) olennainen muuttaminen. Kiellettyä olisi pyytää täsmennyksiä, korjauksia ja täydennyksiä niin, että sillä olisi olennainen vaikutus tarjoajan (tai ehdokkaan) asemaan tarjouskilpailussa. Näin ollen kiellettyä olisi esimerkiksi pyytää tarjoajaa vaihtamaan tarjouspyynnön vastainen tuote tai toimittamaan tarjousvertailussa käytettävä merkityksellinen hinta- tai laututieto. Kiellettyä olisi pyytää toimittamaan kokonaan puuttuva olennainen asiakirja, joka olisi tullut olla mukana tarjouksessa. Tarjouksessa olevia selkeitä ja tietoisia varauksia (esimerkiksi sopimusehtoihin tai hinnoitteluun) ei voida pyytää poistamaan. Varauman poistaminen voi tulla kuitenkin kyseeseen, jos tarjouksessa on tämän osalta ilmeinen ristiriita. Tällaisessa tilanteessa esimerkiksi sopimusehtoihin on yhtä aikaa sekä sitouduttu että samalla niihin liittyy jokin varaus. Soveltuvuuteen liittyen kiellettyä olisi esimerkiksi pyytää tarjoajaa vaihtamaan vaatimukset täyttämätön referenssi toiseen.²⁵⁴

²⁵¹ Ks. MAO:367/13.

²⁵² HE 108/2016 vp, s. 173–174.

²⁵³ HE 108/2016 vp, s. 173.

²⁵⁴ HE 108/2016 vp, s. 174.

Täsmennyksiä ja täydennyksiä voidaan pyytää kaikista hankintamenettelyssä annetuista asiakirjoista, kuten (osallistumishakemuksista ja) tarjouksista sekä niihin liitettävistä selvityksistä ja liitteistä. Koska hankintayksiköllä on harkintavalta päättää siitä, pyytääkö se tarjouksiin mahdollisia täsmennyksiä tai täydennyksiä, tarjoajalla ei ole myöskään oikeutta vaatia tarjoukseensa täsmennyksiä ja täydennyksiä, jos tarjousaika on kulunut umpeen.²⁵⁵

Loppukaneettina voisi todeta, että tarjousten täsmentäminen ja täydentäminen on tapauskohtaista harkintaa, jossa julkisten hankintojen oikeusperiaatteet, erityisesti tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteet, ovat merkittävässä asemassa. Oikeuskäytännön²⁵⁶ rooli on ja tulee olemaan tässäkin asiassa merkittävä.

²⁵⁵ HE 108/2016 vp, s. 174.

²⁵⁶ Tarjouksen täsmentämistä ja täydentämistä on käsitelty esimerkiksi tapauksissa MAO:367/13, MAO:142/14, MAO:273/09, MAO:221/07, MAO:689/14 ja MAO:638/14.

5. Tarjousten vertailu ja valinta

5.1 Arviointiperusteet ja niiden asettaminen

5.1.1 Arviointiperusteiden asettaminen yleisesti

Hankintalain 93 §:ssä on säädetty kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnasta. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa valintaperusteeksi voidaan tosiasiallisesti valita hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras ratkaisu. Kun tosiasiallisena valintaperusteena käytetään hinta-laatusuhteeltaan parasta (vanhan lain mukaista kokonaistaloudellisesti edullisinta) ratkaisua, hintatekijöiden lisäksi otetaan huomioon laatutekijät, jolloin nämä tekijät yhdessä muodostavat arviointiperusteet.

Hankintayksikkö saa vapaasti päättää arviointiperusteet eli kriteerit, jotka otetaan huomioon hinta-laatusuhteeltaan parasta ratkaisua arvioitaessa. Arviointiperusteilla tulee lähtökohtaisesti olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle, mutta niillä voidaan ottaa huomioon myös esimerkiksi yhteiskunnallisia ja sosiaalisia, innovatiivisuus- sekä ympäristönäkökohtia (esimerkiksi elinkaarikustannuksia). Arviointiperusteina voidaan joissain tapauksissa ottaa huomioon tekijöitä, joiden todelliset kustannukset selviävät vasta myöhemmin, eivätkä siten ole tarkasti todennettavissa vielä tarjousvertailussa. Esimerkkitalanne voisi olla toimitusten luotettavuus, joka selviää vasta sopimuskaudella. Nämä tekijät tulee voida kuitenkin yksilöidä tarkasti tarjouspyynnössä, eikä tasapuolinen ja syrjimätön tarjousvertailu saa vaarantua niiden takia. Taloudellisen merkityksen ei tarvitse aina välttämättä kohdistua suoraan hankintayksikköön ja sen välittömiin hankintakustannuksiin. Tästä hyvänä esimerkkinä toimivat elinkaarikustannukset, joihin palataan myöhemmin tutkielmassa.²⁵⁷

Arviointiperusteiden asettamiselle on EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistettu seuraavat periaatteet: Arviointiperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen 94 §:ssä asetetulla tavalla ja niiden tulee olla objektiivisia ja syrjimättömiä.

²⁵⁷ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 473.

Arviointiperusteita ei saa asettaa liian yleisiksi niin, että ne mahdollistavat hankintayksikölle rajoittamattoman valinnanvapauden tarjousten välillä. Niiden ei tule suosia tai syrjiä tiettyä tarjoajaa ja niiden olisi varmistettava todellisen kilpailun mahdollisuus tarjouskilpailussa.²⁵⁸

Kokonaistaloudellisen edullisuuden peruste tai vaihtoehtoisesti suoraan hintalaatusuhteen arviointiperusteet ilmoitetaan hankintailmoituksessa, neuvottelukutsussa tai tarjouspyynnössä, mutta ne ovat myös samalla osa tarjouspyynnön vähimmäissisältöä. Arviointiperusteet on ilmoitettava riittävän yksilöidysti ja niiden suhteellinen painotus tulee ilmoittaa. Vaihtoehtoisesti voidaan painotus ilmaista ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Poikkeustapauksessa arviointiperusteet voidaan ilmoittaa alenevassa tärkeysjärjestyksessä, jos suhteellista painotusta ei perustellusta syystä voida määritellä, esimerkiksi sopimuksen monitahoisuuden vuoksi.^{259 260}

Arviointiperusteina tulisi vähintään ilmoittaa varsinaiset kriteerit painotuksineen, jotka useimmiten ovat hinta ja kustannustehokkuusmalli(elinkaarikustannukset)²⁶¹ (esimerkiksi 50 %) sekä laadulliset ominaisuudet (esimerkiksi tekniset ominaisuudet 50 %). Mikäli asetetuille arviointiperusteille asetetaan erillisiä alakriteerejä, myös näille on ilmoitettava painotukset²⁶². Jos laadullisten arviointiperusteiden alakriteerit ovat vain arviointiperusteiden kuvailua tai määrittelyä, kuvailun tai määrittelyn painotuksia ei tarvitse ilmoittaa.²⁶³ Tarkka arviointiperusteiden määrittely painotuksineen on edellytys hankintamenettelyn avoimuudelle ja siten tasapuolisuudelle ja syrjimättömyydelle. Jos arviointiperusteita ei määritellä etukäteen riittävän yksityiskohtaisesti, tarjoajat eivät tarjouksia laatiessaan tiedä, millä seikoilla on vaikutusta sekä kuinka paljon yksittäisellä seikalla on vaikutusta tarjousvertailussa. Tämä on omiaan antamaan hankintayksikölle

²⁵⁸ HE 108/2016 vp, s. 202. Kyseiset periaatteet on vahvistettu esimerkiksi EU-tuomioistuimen ratkaisuissa C-31/87 Gebroeders Beentjes BV vastaan Alankomaat, 20.9.1988; C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002; C-324/93 The Queen vastaan Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd ja Macfarlan Smith Ltd, 28.3.1995; C-19/00 SIAC Construction Ltd vastaan County Council of the County Mayo, 18.10.2001.

²⁵⁹ Ks. esimerkiksi MAO:28/10.

²⁶⁰ HE 108/2016 vp, s. 202 ja Pekkala – Pohjonen 2015, s. 474.

²⁶¹ Kansallisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että hintatekijällä on oltava hankinnan luonteesta riippuen riittävä merkitys. Käytännössä hintatekijän merkitys on keskimäärin 40–60 prosenttia. Vrt. ranskalainen urakka.

²⁶² Ks. asia C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis ym., 24.1.2008.

²⁶³ HE 108/2016 vp, s. 202.

rajoittamattoman valinnanvapauden tarjousvertailussa, mikä puolestaan vaarantaa tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun tarjousvertailussa^{264, 265}.

Käytännössä tavallisinta on asettaa arviointiperusteiksi hinta (mukaan lukien kustannustehokkuusmalli) ja laadullisia ominaisuuksia. Arviointiperusteiksi voidaan kuitenkin asettaa pelkästään laadullisia tekijöitä, jolloin hankintayksikkö määrää hankinnalle kiinteän hinnan tai kustannukset. Tämä käänteinen kilpailutus eli niin sanottu ranskalainen urakka voi haastaa toimittajat tarjoajamaan toinen toistaan parempia ja kehittyneempiä ratkaisuja, vaikka hankinnan kustannukset pysyvät kiinteinä. Tärkeää tässä olisi tarkasti huomioida hinnan määrittely, jotta se mahdollistaisi tosiasiallisesti laadultaan sellaiset tarjoukset, jotka vastaavat hankintayksikön tarpeita.²⁶⁶

Se, mitä laatu kulloisessakin hankinnassa tarkoittaa, ei ole aina kovin helppo määritellä. Lisäksi, kun arviointiperusteet tulee määritellä tarkasti ja yksilöidysti painotuksineen, laadun määrittely arviointiperusteissa aiheuttaa helposti epävarmuutta ja mahdollisesti hankintamenettelyyn lisää kustannuksia. Laatutekijöitä voidaan siirtää osaksi vähimmäisvaatimuksia ja vertailla pelkällä hinnalla, mikä onkin usein hankintamenettelynä paljon helpompaa, mahdollisesti kustannustehokkaampaa ja siten houkuttelevampaa.²⁶⁷

Laatutekijöiden täyttymisen arviointi on vähimmäisvaatimuksissa helpompaa, koska vähimmäisvaatimusten luonteen vuoksi, vaatimukset joko täyttyvät tai ne eivät täyty. Arviointiperusteita käytettäessä tarjoajien roolina on tarjousasiakirjojen perusteella vakuuttaa hankintayksikkö tarjouksensa tietyn asteisesta laadusta ja vielä siten, että tarjouksia voidaan vertailla keskenään ilman epäselvyyksiä. Hankintayksikkö joutuu puolestaan tarjoustietojen perusteella arvioimaan laatutekijöiden täyttymisen tasot sekä epäselvissä tapauksissa tarkistamaan niiden paikkansapitävyys.²⁶⁸ Ainoastaan sellaisten ominaisuuksien olemassaolosta voidaan pyytää vähimmäisvaatimusten tyyppinen

²⁶⁴ Ks. asia C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vastaan ACTV Venezia Spa, Provinzia, 24.11.2005.

²⁶⁵ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 486.

²⁶⁶ HE 108/2016 vp, s. 202.

²⁶⁷ Siikavirta 2015, s. 155.

²⁶⁸ Siikavirta 2015, s. 155.

”kyllä” tai ”ei” -vastaus, joita ei arvioida tarjousvertailussa yksityiskohtaisesti tai syvällisesti. Muutoin laatutekijöiden vertailu vaatii väistämättä laajempaa selvitystä.²⁶⁹

Laadullisten arviointiperusteiden ottaminen mukaan hankintaan, pelkän hinnan lisäksi, useimmiten monipuolistaa tarjottavia ratkaisuja ja niiden avulla on mahdollista kannustaa toimittajia tarjoamaan toinen toistaan parempia ratkaisuja, kun laadullisten arviointiperusteiden mukaiset paremmat ratkaisut, suhteutettuna hintaan, menestyvät paremmin tarjouskilpailussa. Samanlaista kannustinta ei saada aikaan pelkällä hintavertailulla. Hinta-laatusuhde tarjouksen valintaperusteena ja siten erilaisten laadullisten arviointiperusteiden rooli hankintamenettelyissä tulee korostumaan entisestään, mikäli tavoitteena on ajaa yhä enemmän yhteiskunnallisesti ja sosiaalisesti parempia, innovatiivisempia ja ympäristöystävällisempiä ratkaisuja eri hankinnoissa. Hankinnan määrittely, arviointiperusteet ja hankintasopimuksen erityisehdot ovat keskeisessä asemassa kyseisten tavoitteiden edistämisessä.

Hankintalaissa (93 §:n 2 momentissa) on lueteltu arviointiperusteiden voivan liittyä laadullisiin, yhteiskunnallisiin, ympäristö- tai sosiaalisiin näkökohtiin tai innovatiivisiin ominaisuuksiin. Laadullisia ominaisuuksia voisivat olla esimerkiksi tekniset ansiot, esteettiset ja toiminnalliset ominaisuudet, esteettömyys, kaikkien käyttäjien vaatimukset täyttävä suunnittelu, käyttökustannukset, kustannustehokkuus, tuottavuus, tuotteen tai työn laadukkuus, myynnin jälkeinen palvelu ja tuki, huolto ja huoltovarmuus sekä toimitusehdot kuten toimituspäivä tai toimitus- tai toteutusaika. Lista ei ole lainkaan tyhjentävä, vaan toimii pikemminkin suuntaa antavana tekijöistä, joita voitaisiin laadullisina ominaisuuksina hankinnoissa arvioida. Hankintayksikön on aina erikseen hankintakohtaisesti mietittävä, millä tekijöillä se voisi parhaiten hankinnan laatua ja tarjousten paremmuutta arvioida.²⁷⁰

Kun arviointiperusteet on etukäteen²⁷¹ asetettu, niitä ei saa kesken tarjouskilpailun saati sitten tarjousten vertailuvaiheen muuttaa, lisätä tai poistaa. Neuvotteluja sisältävissä menettelyissä on lähtökohtaisesti sama periaate, ainoastaan pieniä täsmennyksiä

²⁶⁹ HE 108/2016 vp, s. 203.

²⁷⁰ HE 108/2016 vp, s. 201 ja Bovis 2015, s. 478–479.

²⁷¹ Ks. asia C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis ym., 24.1.2008. Avoimuuden sekä tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteet edellyttävät, että arviointiperusteet on ilmoitettu tarkasti ja etukäteen.

arviointiperusteisiin voidaan neuvottelujen aikana tehdä. Täsmäntämisessä on kuitenkin huomioitava tarkasti edellä mainitut arviointiperusteiden asettamisen periaatteet.²⁷²

Arviointiperusteet on asetettava ja ilmaistava sellaisella tarkkuudella ja ymmärrettävyydellä, että kaikkien kyseisellä alalla toimivien ammattimaisten toimittajien on mahdollisuus tavanomaisella osaamisellaan ymmärtää ne samalla tavalla. Hankintalaissa (93 §:n 5 momentissa) on tämän osalta todettu, että tarjoajien on pystyttävä todentamaan arviointiperusteisiin perustuvat tiedot tarjousten vertailua varten. Kaikkia tarjouksia tulee verrata täsmällisesti jokaista ilmoitettua arviointiperustetta käyttäen ja kaikkien perusteiden soveltaminen, pisteytys ja mittaaminen kuhunkin tarjoukseen on tapahduttava objektiivisesti ja syrjimättömästi.²⁷³ Arviointiperusteiden asettaminen yksilöidysti ja täsmällisesti painotuksineen (pisteytyksineen) on ensisijaisen tärkeää, jottei tarjousten vertailu tuota myöhemmin ongelmia²⁷⁴. Arviointiperusteiden painotus voidaan ilmoittaa esimerkiksi prosentteina tai suhteellisena osuutena toisesta arviointiperusteesta. Vaihtoehtoisesti painotus voidaan ilmoittaa suuruusluokkana tai vaihteluvälinä, johon kullekin arviointiperusteelle annetun arvon on sijoitettava.²⁷⁵

Pisteytyksen käyttäminen painotuksissa on käytännössä hyvin säännönmukaista ja muutoinkin aina suositeltavaa, ellei käytännössä jopa välttämätöntä. Pisteytyksen ilmoittaminen antaa tarjoajille tarkemman kuvan siitä, kuinka iso merkitys eri arviointiperusteilla on hankinnan kokonaisuuden kannalta. Tämä lisää hankinnan läpinäkyvyyttä entisestään. Se on myös hankintayksikön kannalta kaikkein selkein ja varmin tapa painottaa arviointiperusteet. Mikäli pisteytys vain hieman tarkentaa ilmoitettuja painotuksia, mutta pisteytyksellä ei ole ratkaisevaa merkitystä tarjousten vertailun kannalta, pisteytystä ei välttämättä tarvitsisi ilmoittaa. Suositeltavaa sen käyttäminen olisi toki tässäkin tapauksessa.²⁷⁶ Tärkeintä on, että arviointiperusteiden painottaminen täyttää avoimuuden vaatimukset ja että painottaminen mahdollistaa arviointiperusteiden soveltamisen täsmällisesti, objektiivisesti ja syrjimättömästi kaikkiin tarjouksiin.

²⁷² HE 108/2016 vp, s. 201 ja alaviite 258.

²⁷³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 482–483.

²⁷⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 549.

²⁷⁵ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 482–483. Arviointiperusteiden painottamista on käsitelty esimerkiksi markkinaoikeuden tapauksissa MAO:66/13, MAO:275/13 ja MAO:27/14.

²⁷⁶ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 484–485.

Arviointiperusteiden asettamista ja soveltamista on käsitelty useassa EU-tuomioistuimen ratkaisussa²⁷⁷. Kotimainen runsas oikeuskäytäntö koostuu lähinnä arviointiperusteiden asettamisen ja painottamisen lainmukaisuuden arvioimisesta. Oikeuskäytäntöä löytyy monenlaisista erilaisista tilanteista²⁷⁸, mutta yksi tyypillinen tilanne on liian epäselvät tai laajan harkintavallan antavat arviointiperusteet. Tällaisia olisivat esimerkiksi seuraavat ilmaisut ilman tarkempaa avaamista tai määrittelyä: ”käyttökustannukset”, ”yhteistyökyky”, ”palvelun järjestämisen toimintamalli”, ”työturvallisuus”, ”huoltopalvelut, tekninen tuki, toimitus”, ”toimintavarmuus” ja ”koneen tekniset ominaisuudet”²⁷⁹. Lista ei ole lainkaan tyhjentävä, vaan kuvastaa sitä, että arviointiperusteet tulee olla aina tarkoin avattu ja määritelty. Toimittajien tulee tarkkaan tietää, mitä kullakin arviointiperusteella tarkoitetaan ja haetaan.

5.1.2 Arviointiperusteiden liittyntä hankinnan kohteeseen

Hankintalain 94 §:ssä säädetään arviointiperusteiden ja hankintasopimuksen erityisehtojen liitynnästä hankinnan kohteeseen. Säännös on uusi ja pyrkii selkeyttämään oikeuskäytännössä²⁸⁰ tehtyjä linjauksia siitä, milloin arviointiperusteen katsotaan liittyvän hankinnan kohteeseen.

Pykälän mukaan hinta-laatusuhteen arviointiperuste tai hankintasopimuksen erityisehto liittyy hankinnan kohteeseen, jos se liittyy kyseisen sopimuksen perusteella toimitettaviin rakennusurakoihin, tavarahankintoihin tai palveluihin liittyvään sopimukseen miltä tahansa osin ja missä tahansa niiden elinkaaren vaiheessa. Tätä sovelletaan myös tilanteisiin, joissa vertailuperusteina tai hankintasopimuksen erityisehtoina mainitut tekijät eivät kuulu hankinnan kohteeseen sen fyysisenä osana. Lisäksi direktiivissä (67 artiklan 3 kohdassa), mutta ei hankintalain 94 §:ssä, on säädetty

²⁷⁷ Ks. muun muassa asia C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis ym., 24.1.2008; asia C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl ja Viaggi di Maio Snc vastaan ACTV Venezia Spa, Provinzia, 24.11.2005; asia C-470/99 Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH vastaan Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, 12.12.2002; asia C-87/94 Komissio vastaan Belgia, 25.4.1996.

²⁷⁸ Hyvinä esimerkkitapauksina toimivat ainakin tapaukset MAO:186/09, MAO:537/08, MAO:122/09, MAO:480–481/08, MAO:28/10, MAO:87/09 ja MAO:45/10.

²⁷⁹ HE 108/2016 vp, s. 202. Ks. myös esimerkiksi tapaukset MAO:460/11, MAO:122/12, MAO:142/13, MAO:40/12, MAO:513/10, MAO:123/12 ja MAO:386/13.

²⁸⁰ Ks. esimerkiksi asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002 ja asia C-368/10 Komissio vastaan Alankomaat, 10.5.2012.

sellaisten tekijöiden liittymisestä hankinnan kohteeseen, jotka ovat osana urakoiden, palvelujen tai tavaroiden tiettyä tuotanto-, suorittamis- tai kaupankäyntiprosessia tai tiettyä prosessia niiden elinkaaren muussa vaiheessa.²⁸¹

Pykälä lain esitöineen on aika suppea ja selvästi oikeuskäytännön pohjalta laadittu yleissäännös. Rajatapauksissa siitä ei mielestäni hirveästi ole apua ja yksittäistapauksia voidaan useimmiten joutua ratkomaan tuomioistuimissa. Säännös on kuitenkin joustava ja mahdollistaa yhteiskunnallisten ja sosiaalisten sekä ympäristönäkökohtien (elinkaarikustannusten) huomioon ottamisen arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen erityisehdoissa. Rajatapauksia voi erityisesti syntyä juuri yhteiskunnallisten ja sosiaalisten sekä ympäristönäkökohtien huomioon ottamisessa arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen erityisehdoissa²⁸². Muun muassa näiden kriteerien liityntää hankinnan kohteeseen hankintayksikkö voi joutua tarkemmin arvioimaan.

Tutkielman alaluvussa 3.1.4 ”Hankintasopimuksen erityisehdot” läpikäytyjä esimerkinomaisia seikkoja, joita voidaan ottaa huomioon hankintasopimuksen erityisehdoissa, voitaisiin hyödyntää myös arviointiperusteissa, kunhan vain liityntä hankinnan kohteeseen -vaatimus (94 §) täyttyy, joka on molemmille siis sama. Kummassakaan kriteerissä ei voida kuitenkaan asettaa yrityksen yleiseen toimintapolitiikkaan liittyviä seikkoja siten, että arvioitaisiin tai edellytettäisiin esimerkiksi tiettyä yrityksen yhteiskunta- tai ympäristövastuuta koskevaa toimintapolitiikkaa yrityksen muussakin, kuin kyseistä hankintaa koskevassa toiminnassa. Samoin liian etäinen yhteys olisi jollain muulla yleisesti yrityksen toimintaan liittyvällä arviointiperusteella tai erityisehdolla, joka ei liity hankintaan eikä ole lakiin perustuva, mutta joka saattaisi muutoin olla eettisesti hyväksyttävä ja tavoiteltava²⁸³.

Vallitseva käytäntö on ollut se, että tarjouksen valinnassa käytettävillä arviointiperusteilla tulisi lähtökohtaisesti olla jonkinlaista taloudellista merkitystä hankintayksikölle²⁸⁴. Vaikka liityntä hankinnan kohteeseen -vaatimus (94 §) on arviointiperusteille ja erityisehdoille sama, ei mielestäni erityisehdoilla tarvitse

²⁸¹ HE 108/2016 vp, s. 203.

²⁸² Pekkala – Pohjonen 2015, s. 477.

²⁸³ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 477.

²⁸⁴ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 478.

kuitenkaan olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Ovathan erityisehdot vain neutraaleja vaatimuksia, jotka eivät vaikuta tarjousten vertailuun ja joita kaikkien valittujen tarjoajien pitäisi pystyä noudattamaan. Joten, vaikka 94 §:n vaatimus arviointiperusteille ja erityisehdoille on sama, eroaisivat arviointiperusteet ja erityisehdot hankinnan kohteeseen liittymän osalta siinä mielessä, ettei erityisehdoilla tarvitse olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Eri asia on, voisiko tämä käytännössä sittenkin aiheuttaa seikoittamisen tai naamioimisen vaaraa arviointiperusteista erityisehdoiksi.

Uuden lain myötä riittäisi, että arviointiperusteet ja erityisehdot liittyvät hankinnan kohteeseen 94 §:n edellyttämällä tavalla. Sääntö tuo joustavuutta arviointiperusteiden osalta siihen, että taloudellisen merkityksen -vaatimusta ei mielestäni voitaisi edellyttää niin vahvasti, varsinkin jos tavoitteena on arviointiperusteissa ja erityisehdoissa ajaa yhä enemmän esimerkiksi yhteiskunnallisia ja sosiaalisia sekä ympäristönäkökohtia²⁸⁵. Selväähän on, että esimerkiksi yhteiskunnallisilla ja sosiaalisilla tai ympäristönäkökohdilla arviointiperusteissa tai erityisehdoissa harvemmin on taloudellista merkitystä hankintayksikölle²⁸⁶ tai ainakaan välitöntä taloudellista merkitystä.

Toki aikaisemminkaan vaatimusta arviointiperusteiden taloudellisesta merkityksestä ei ole tulkittu liian ankarasti. Esimerkiksi arviointiperusteiden ei tarvitse liittyä taloudellisuuteen, mikäli asia voidaan perustella hankinnan luonteella²⁸⁷. Lisäksi elinkaarikustannukset on voitu ottaa huomioon, vaikka niillä ei ole ollut välittömiä vaikutuksia hankintakustannuksiin, ainoastaan välillisiä kustannusvaikutuksia²⁸⁸. Vanhan hankintalain (62 §:n 2 momentin) mukaan arviointiperusteissa on voitu ottaa huomioon myös asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristönäkökohtien täyttymiseen liittyviä perusteita, jos tällaiset perusteet liittyvät hankinnan kohteeseen ja ovat mitattavissa²⁸⁹. Samoin edellytyksin

²⁸⁵ Ks. hankintadirektiivin johdanto-osan perustelut kohdat 97, 98 ja 99.

²⁸⁶ Esimerkiksi taloudellista merkitystä hankintayksikölle ei olisi sellaisella arviointiperusteella, jossa lisäpisteitä annetaan, jos tarjoaja käyttää (hankinnan kohteeseen liittyen) reilun kaupan tuotteita.

²⁸⁷ Esimerkiksi elintarvikehankinnoissa makua ja muita laatutekijöitä voidaan käyttää arviointiperusteina.

²⁸⁸ Esimerkiksi huoltokustannukset, jätteiden käsittely ja kierrätyksen kustannukset tai jälleenmyyntiarvo.

²⁸⁹ Ks. asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, 17.9.2002, jossa bussien melu- ja saastevaikutuksia voitiin ottaa huomioon myös asianomainen yleisön (kaupungin muiden asukkaiden) kannalta. Melu- ja saastevaikutukset eivät tuottaneet hankintayksikölle välitöntä taloudellista etua, mutta välillisesti ne vaikuttivat esimerkiksi tarpeeseen rakentaa meluvalleja.

arviointiperusteissa on voitu ottaa huomioon hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan (esimerkiksi vammaisten henkilöiden) tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät (perustaso) on ensin määritelty vähimmäisvaatimuksissa.²⁹⁰

Hankintalain 94 §:llä ja elinkaarikustannusten huomioon ottamisella (95 §) halutaan selvästi helpottaa esimerkiksi yhteiskunnallisten ja sosiaalisten sekä ympäristönäkökohtien huomioon ottamista arviointiperusteissa ja erityisehdoissa. Elinkaarikustannusajattelua hintaan vaikuttavana tekijänä ei kuitenkaan lähtökohtaisesti ole tarkoitus soveltaa erityisehdoissa, koska erityisehdoilla ei tarvitse olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Selvää on kuitenkin se, että 94 § ja elinkaarikustannusmalli 95 §:n sallimalla tavalla etäännyttää arviointiperusteiden taloudellisen merkityksen -vaatimusta, koska esimerkiksi yhteiskunnallisten ja sosiaalisten tai ympäristötavoitteiden ajaminen arviointiperusteissa olisi todella vaikeaa, jos tavoitetta koskevalla arviointiperusteella tulisi aina olla hankintayksikölle välitön taloudellinen merkitys tai edes välillinen taloudellinen merkitys.

5.1.3 Elinkaarikustannusten huomioon ottaminen

Vaikka elinkaarikustannuksia on voitu käyttää hankinnan kustannusten arvioimisen perusteena jo ennestään, hankintalain uudella 95 §:llä halutaan nyt selkeyttää ja viedä elinkaarikustannusajattelua entistä pidemmälle. Uudella 95 §:llä säädetään elinkaarikustannusten arvioimisesta tarjousten vertailussa. Elinkaarikustannusmallia voitaisiin hyödyntää kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa hintaan vaikuttavana tekijänä silloin, kun tosiasiallisena valintaperusteena käytetään hintalaatusuhteeltaan parasta tai kustannuksiltaan edullisinta ratkaisua. Halvinta hintaa käytettäessä elinkaarikustannusmalli ei soveltuisi.²⁹¹

Hankintalain (4 §:n) määritelmissä elinkaarella tarkoitetaan ”tuotteen olemassaolon tai rakennusurakan tai palvelun suorittamisen kaikkia peräkkäisiä tai toisiinsa liittyviä vaiheita; elinkaari kattaa vaiheet raaka-aineiden ostosta tai resurssien kokoamisesta niiden uudelleen käyttöön, kierrättämiseen, hyödyntämiseen tai loppukäsittelyyn.”

²⁹⁰ Pekkala – Pohjonen 2015, s. 479.

²⁹¹ HE 108/2016 vp, s. 203 ja hankintadirektiivin johdanto-osan perustelut kohta 96.

Hankinnan kohteen elinkaaren huomioon ottaminen tarjousvertailussa mahdollistaa hankintayksikölle hankinnan vaikutusten huomioon ottamisen laajemmin kuin pelkät välittömät hankintakustannukset²⁹². Pykälän (95 §) mukaan elinkaarikustannuksia olisivat ”hankintayksikölle tai muille hankinnan kohteen käyttäjille aiheutuvat hankintakustannukset, huoltokustannukset sekä kierrätys- ja jätevaiheen kustannukset ja muut rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen elinkaaren aikaiset kustannukset.”

Elinkaarikustannusmallissa voitaisiin siten ottaa huomioon kaikki rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen elinkaaren aikaiset kustannukset. Tällaisia kustannuksia olisivat esimerkiksi tutkimus-, kehitys-, tuotanto-, kuljetus, käyttö-, ylläpito- ja käytöstä poistokustannukset. Käyttökustannuksia olisivat esimerkiksi energian ja muiden resurssien kulutuksen kustannukset ja käytöstä poistokustannuksia puolestaan esimerkiksi keräys-, jäte- ja kierrätyskustannukset. Huomioitavaa on, että arvioitavat kustannukset voisivat kohdistua paitsi hankintayksikköön, mutta myös hankinnan kohteen käyttäjiin.²⁹³

Elinkaarikustannusmallin käyttämisen tulee olla avointa ja läpinäkyvää sekä muutoinkin julkisten hankintojen oikeusperiaatteiden mukaista. Elinkaarikustannusmallia käytettäessä tarjoajille (tai ehdokkaille) on oltava selvää, mitä tietoja kustannusten laskemista varten on toimitettava sekä miten hankintayksikkö kustannukset tulee laskemaan. Pyydetty tiedot ja käytettävä laskentamenetelmä ilmoitetaan hankinta-asiakirjoissa. Erilaisten elinkaarikustannusten laskentaa varten on olemassa valmiita menetelmiä, mutta hankintayksikkö voi myös itse selvittää ja määrittää, mitkä ovat tietyn hankinnan elinkaareissa tärkeimmät kustannuksia aiheuttavat tekijät ja siten laskea vertailtavat kustannukset omin menetelmin, avoimuusperiaate ja muut oikeusperiaatteet tietenkin huomioiden.²⁹⁴

Elinkaarikustannusmallin käyttäminen viedään pykälän 2 momentissa entistä pidemmälle, kun elinkaarikustannukset voidaan ulottaa koskemaan myös kustannuksia, jotka johtuvat ulkoisista ympäristövaikutuksista. Ehtoina kuitenkin on, että kustannukset liittyvät hankinnan kohteeseen sen elinkaaren aikana ja että kustannukset

²⁹² HE 108/2016 vp, s. 203.

²⁹³ HE 108/2016 vp, s. 203.

²⁹⁴ HE 108/2016 vp, s. 204.

ovat rahallisesti mitattavissa sekä seurattavissa. Ulkoisilla ympäristövaikutuksilla tarkoitetaan ulkoiskustannuksia, jotka ilmenevät kaupankäynnin tai taloudellisen toiminnan ulkopuolella ja koskevat siten kolmansia osapuolia, jotka eivät osallistu tehtävään hankintaan. Ulkoisia ympäristövaikutuksia koskevia kustannuksia voisivat olla esimerkiksi kasvihuonepäästöjen ja muiden epäpuhtauspäästöjen kustannukset sekä muut ilmastonmuutoksen hillitsemisen kustannukset.²⁹⁵

Ulkoisten ympäristövaikutusten huomioon ottamisessa on erikseen asetettu edellytykset aiheutuvien kustannusten laskemiseen käytettävälle arviointimenetelmälle. Arviointimenetelmän on perustuttava puolueettomasti todennettavissa oleviin ja syrjimättömiin perusteisiin. Arviointimenetelmä ei saa aiheettomasti suosia tai syrjiä tiettyjä toimittajia. Arviointimenetelmän on oltava kaikkien asianomaisten osapuolten saatavilla ja käytettävissä. Lisäksi kustannusten laskemiseksi vaadittavien tietojen toimittaminen ei saa vaatia kohtuuttomia ponnistuksia tavanomaista huolellisuutta noudattavilta toimittajilta.²⁹⁶

Kyseiset edellytykset täyttävä arviointimenetelmä voidaan kehittää myös kansallisesti, alueellisesti tai paikallisesti, mutta kilpailun vääristymisen välttämiseksi, menetelmää ei voida laatia vain tietyille toimittajille tai tuotteille. Menetelmät olisi laadittava yleisinä, eikä niitä lähtökohtaisesti tulisi perustaa esimerkiksi tiettyä hankintaa varten. Mikäli yksittäistä hankintaa varten joudutaan kuitenkin perustamaan oma arviointimenetelmä, korostuu kielto aiheettomasta suosimisesta tai syrjimisestä tiettyjä toimittajia kohtaan.²⁹⁷

Elinkaarikustannusmallia voitaisiin käyttää arviointiperusteissa osana hintatekijää tai sitä voitaisiin käyttää laskettaessa kustannuksiltaan edullisinta tarjousta. Elinkaarikustannusmallin käyttäminen tarjousten vertailussa on täysin hankintayksikön harkinnassa, eikä siihen hankintalaki millään tavoin velvoita. Tietyissä tapauksissa muualla lainsäädännössä on kuitenkin määrätty pakollisista kustannusten laskemiseen tarkoitetuista menetelmistä, joita tulee hankinnoissa käyttää, jos elinkaarikustannukset otetaan huomioon^{298 299}.

²⁹⁵ HE 108/2016 vp, s. 204.

²⁹⁶ HE 108/2016 vp, s. 204.

²⁹⁷ HE 108/2016 vp, s. 204.

²⁹⁸ Tällaisia pakollisia menetelmiä löytyy esimerkiksi laista ajoneuvojen energia- ja ympäristövaikutusten huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa (2011/1509) sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston

5.1.4 Kokonaistaloudellinen edullisuus valintaperusteena

Tarjoustensa valinnan systematiikka on uuden lain myötä muuttunut siten, että ainoana tarjoustensa valintaperusteena on käytettävissä enää kokonaistaloudellinen edullisuus, vanhan kokonaistaloudellisen edullisuuden ja halvimman hinnan vaihtoehtoisuuden sijaan. Käytännössä mikään ei ole kuitenkaan tämän myötä muuttunut, vaan uuden lain mukainen kokonaistaloudellinen edullisuus jakautuu kolmeksi tosiasialliseksi valintaperusteeksi, jotka ovat hinta-laatusuhde, kustannuksien mukainen edullisuus ja halvin hinta.³⁰⁰

Kokonaistaloudellinen edullisuus on siten hankintayksikön subjektiivinen näkemys siitä, miten sille paras tarjous valikoituu yksittäisessä hankinnassa. Hankintayksikkö voi ensinnäkin valita vanhan lain mukaisen kokonaistaloudellisen edullisuuden, joka siis uudessa laissa määritellään hinta-laatusuhteeltaan parhaaksi ratkaisuksi. Hinta-laatusuhteen käyttö valintaperusteena on selvästi hankintadirektiivin tavoitteen ja kannustusten mukainen, vaikka hintaa tai kustannuksia ei olekaan kokonaan suljettu pois. Tosin direktiivin 67 artiklan 2 kohdassa kansalliselle lainsäätäjälle on jätetty harkintavaltaa rajoittaa hinnan tai kustannusten käyttöä ainoana valintaperusteena. Tähän ei olla kuitenkaan uudessa hankintalaissa ryhdytty.³⁰¹

Muista valintaperusteista hankintayksikkö voi valita kustannuksien mukaisen edullisuuden, jolla viitataan varsinaisen hankintahinnan lisäksi muihin hankintaan liittyviin kustannuksiin, esimerkiksi 95 §:n mukaisiin elinkaarikustannuksiin. Kolmantena vaihtoehtona hankintayksikkö voi valita tarjoukset halvimman hinnan mukaan, jossa halvimalla hinnalla viitataan ainoastaan varsinaiseen hankintahintaan, toimien samalla tavalla kuin vanhan lain mukainen halvin hinta valintaperusteena.³⁰²

Kansallinen lainsäätjä on suoran hinnan tai kustannusten rajoittamisen sijasta lisännyt perusteluvollisuuden halvimman hinnan mukaan tehtäville muille kuin tavarahankinnoille. Valinta käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden

asetuksesta (EY) N:o 106/2008 toimistolaitteiden energiatehokkuutta osoittavia merkintöjä koskevasta yhteisön ohjelmasta.

²⁹⁹ HE 108/2016 vp, s. 204.

³⁰⁰ Pesu 2015, s. 196.

³⁰¹ Pesu 2015, s. 192 ja 195.

³⁰² HE 108/2016 vp, s. 201.

valintaperusteena ainoastaan halvinta hintaa on perusteltava hankinta-asiakirjoissa esimerkiksi tarjouspyynnössä taikka vaihtoehtoisesti hankintapäätöksessä tai hankintamenettelyä koskevassa erillisessä kertomuksessa silloin, kun on kyse muista kuin tavarahankinnoista. Tällä pyritään kiinnittämään hankintayksikön huomio laadullisiin seikkoihin erityisesti palveluhankinnoissa ja rakennusurakoissa. Tämä on selkeästi kansallisen lainsäätäjän askel kohti suunnitelmallisempia ja laadukkaampia hankintoja hankintadirektiivin hengen mukaisesti.³⁰³

Perusteluvollisuus koskisi hankintalain (93 §:n 1 momentin) sanamuodon mukaisesti hankintoja, joissa on kyse muista kuin tavarahankinnoista ja joissa kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena käytetään halvinta hintaa. Perusteluvollisuus ei siten koskisi esimerkiksi kustannuksien mukaista edullisuutta kokonaistaloudellisen edullisuuden valintaperusteena käytettäessä. Perustelujen avulla hankintayksikön tulisi tehdä läpinäkyväksi se, miten laatusikat on otettu huomioon hankinnassa. Hankintayksikkö voisi kuvata, miten laatusikat on otettu huomioon jo esimerkiksi tarjoajan soveltuvuusvaatimuksissa, hankinnan kohteen vähimmäisvaatimuksissa, hankintasopimuksen erityisehdoissa tai muussa hankinnan kohteen määrittelyssä ja kuvauksessa. Hankintayksikön harkintavaltaan jäisi se, miten perustelut tarkemmin rakennetaan ja missä asiakirjassa ne esitetään. Tavarahankintojen osalta perusteluvollisuuden tarvetta ei ole nähty, koska kyseisissä hankinnoissa laatusikat liittyvät olennaisesti itse tuotteen määrittelyyn.³⁰⁴

Suurin muutos valintaperusteena käytettävän kokonaistaloudellisen edullisuuden seurauksena on se, että enää hankintayksikön ei tarvitse tarjouspyynnössä tehdä nimenomaista valintaa käytettävästä valintaperusteesta, koska teoriassa valintaperusteita on vain yksi³⁰⁵. Toisaalta hankintalaissa (93 §:n 4 momentissa) asetetaan hankintayksikölle velvollisuus ilmoittaa etukäteen kokonaistaloudellisen edullisuuden peruste tai suoraan hinta-laatusuhteen arviointiperusteet. Tämän mukaan, mikäli kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa ei tehdä hinta-laatusuhteen mukaisesti, tulee hankintayksikön ilmoittaa kokonaistaloudellisen edullisuuden muu tosiasiallinen valintaperuste, toisin sanoen halvin hinta tai kustannuksien mukainen

³⁰³ HE 108/2016 vp, s. 201.

³⁰⁴ HE 108/2016 vp, s. 201.

³⁰⁵ Pesu 2015, s. 194.

edullisuus. Näin ollen näkisin, että eräänlainen tarjousten valintaperusteen ilmoitusvelvollisuus säilyy edelleen.

Vaikka (soveltuvuusvaatimukset täyttävien sekä pakollisista että harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista selviytyneiden tarjoajien) tarjouspyynnön mukaiset tarjoukset on vertailtu ja tarjousten joukosta on valikoitunut 93 §:n mukainen kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous, hankintayksikölle on hankintalaissa (79 §:n 3 momentissa) jätetty vielä yksi hätävara olla tekemättä hankintasopimusta voittaneen tarjoajan kanssa. Nimittäin ”hankintayksikkö voi päättää olla tekemättä hankintasopimusta 93 §:ssä tarkoitetun kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen jättäneen tarjoajan kanssa, jos se on todennut, ettei tarjous ole 81 §:n 1 momentin 5 kohdassa tarkoitettujen ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden mukainen”.

Kyseinen hankintalain 81 §:n 1 momentin 5 kohta koskee tarjoajan (tai ehdokkaan) harkinnanvaraista poissulkemisperustetta sillä perusteella, että tarjoaja (tai ehdokas) ”on rikkonut Suomen tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten taikka liitteessä C lueteltujen kansainvälisten sopimusten ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita”. Hankintayksikön harkintavallassa olisi siten päättää olla tekemättä hankintasopimusta voittaneen tarjoajan kanssa, jos hankintayksikkö toteaa (perustellusti), ettei tarjoajan jättämä tarjous ole Suomen (tai muun EU:n jäsenvaltion³⁰⁶) tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten tai hankintalain liitteessä C lueteltujen kansainvälisten sopimusten ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden mukainen. Kyseisten ympäristö-, sosiaali-, ja työoikeudellisten velvoitteiden täyttymistä olisi arvioitava nimenomaan jätetyn tarjouksen osalta, ei tarjoajan osalta³⁰⁷.

Hankintayksikön mahdollisuus huomioida tarjouksen edellä mainittujen ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden noudattaminen ennen hankintasopimuksen tekemistä 93 §:n mukaisen kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen jättäneen tarjoajan kanssa on suoraan seurausta hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdasta. Tässä

³⁰⁶ Esimerkiksi hankintayksikön sijaintivaltion työlainsäädännön ja työehtosopimusten noudattamista ei voida vaatia, mikäli toimittaja ja alihankkijat ovat sijoittautuneet eri jäsenvaltioon kuin hankintayksikkö. Vrt. lähetetyt työntekijät, joita koskee oma sääntely.

³⁰⁷ HE 108/2016 vp, s. 179.

säännöksessä on asetettu kansalliselle lainsäätäjälle aktiivinen toimimisvelvoite huolehtia siitä, että toimittajat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan suorituspaikassa sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, jotka on vahvistettu unionin oikeudessa, kansallisessa lainsäädännössä, työehtosopimuksissa tai hankintalain liitteessä C luetelluissa kansainvälisissä ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisissa säännöksissä.

6. Lopuksi

Hankintalainsäädännönkin uudistamisessa suoranaisten lainsäädäntöuudistusten sekä tavoitteellisten ja ohjailevien uudistusten lisäksi hankintalakia on pyritty selkeyttämään ja yksinkertaistamaan. Tutkielmassa läpikäytyjen tarjouspyynnön laatimiseen sekä tarjousten vertailuun ja valintaan liittyvien pykälien osalta voidaan yleisesti ottaen todeta, että selkiyttämistä ja yksinkertaistamista on tapahtunut verrattuna edelliseen hankintalakiin.

Hankintalain luonne pitkälti menettelylakina tarkoittaa sitä, että hankintalakiin on mahdoton säätää kaiken kattavia normistoja yksittäisiä esille tulevia tulkintatilanteita varten. Päinvastoin, mielestäni tarjouspyynnön laatimiseen sekä tarjousten vertailuun ja valintaan liittyvissä pykälissä on uuden hankintalain myötä jätetty hankintayksiköille enemmän liikkumavaraa ja joustavuutta ja samalla säädännän painopistettä on enemmän siirretty julkisten hankintojen yleisten oikeusperiaatteiden varaan. Pykälissä asetettaisiin siten vain säädännän perusraamit, jolloin julkisten hankintojen yleisten oikeusperiaatteiden rooli korostuisi yksittäistapauksissa.

Erityisesti tarjouspyynnön laatimisen yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen pyrkii edesauttamaan ja tekemään houkuttelevammaksi direktiivin ja hankintalain mukaisten tavoitteiden (yhteiskunnallisten ja sosiaalisten, ympäristö- sekä innovatiivisuusnäkökohtien) huomioon ottamisen hankinnan vähimmäisvaatimuksissa, arviointiperusteiden asettamisessa ja hankintasopimuksen erityisehtojen asettamisessa. Vaikka kyseisiä niin sanottuja yhteiskuntapoliittisia tavoitteita voidaan ottaa huomioon hankintamenettelyissä muutoinkin, esimerkiksi tarjouspyynnössä tarjoajan soveltuvuusvaatimuksissa, tarjouspyynnön laatiminen hankinnan kohdetta määrittävänä tekijänä on keskeisessä asemassa yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden huomioon ottamiseksi yksittäisissä hankinnoissa.

Hankinnan kohteen kuvauksella, teknisillä eritelmillä ja muilla vaatimuksilla voidaan asettaa hankinnan kohteen, mukaan lukien hankintaan sisällytettävien yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden mukaiset, ehdottomat eli vähimmäisvaatimukset. Vaihtoehtoisten tarjousten sallimisella voidaan hankintaan sisällyttää esimerkiksi

yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden mukaisia vaatimuksia ilman riskiä siitä, että hankintayksikkö ei vaatimusten takia saisi lainkaan tarjouksia tai että vaatimusten takia tarjousten hinnat nousisivat resursseihin nähden korkeiksi. Arviointiperusteita asettamalla on mahdollista saada aikaan asteittainen kannustin, joka saattaa haastaa toimittajat tarjoamaan toinen toistaan parempia ratkaisuja suhteutettuna hintaan. Sama mekaniikka toimii yhtä lailla yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden edistämiseksi. Hankintasopimuksen erityisehtoja asettamalla voidaan asettaa ehtoja hankinnan toteuttamiselle. Kyseisillä hankinnan toteuttamiselle asetettavilla ehdoilla voidaan edellyttää ennen kaikkea yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden mukaisia seikkoja.

Kyseiset yhteiskuntapoliittiset tavoitteet ovat osa Euroopan unionin laajempaa Eurooppa 2020 -strategiaa, jossa on laadittu EU:n kasvustrategia tulevalle vuosikymmenelle. Uusien hankintadirektiivien myötä julkisten hankintojen roolia kyseisten tavoitteiden saavuttamiseksi on haluttu parantaa ja helpottaa. Julkiset hankinnat halutaan selkeästi nähdä yhtenä varteenotettavana tekijänä myötävaikuttaa strategian mukaisten tavoitteiden saavuttamiseksi nyt ja tulevaisuudessa.

Strategian tavoitteet koskevat innovointia, köyhyyden ja sosiaalisen syrjäytymisen torjuntaa sekä ilmasto- ja energiakysymyksiä. Eurooppa-neuvosto asetti tavoitteet vuonna 2010 ja EU:n jäsenmaiden tulisi pyrkiä tavoitteisiin vuoteen 2020 mennessä. Viidessä EU:n jäsenmaille yhteisesti asetetussa tavoitteessa tulisi pyrkiä seuraavaan: (1) työllisyyden tulisi nousta siten, että vähintään 75 % 20–64-vuotiaista ihmisistä käy töissä. Nuorten ja ikääntyneiden työntekijöiden sekä kokemattomien työntekijöiden osallistumista työelämään tulee pyrkiä lisäämään. Samoin lailliset maahanmuuttajat halutaan osallistaa aiempaa paremmin yhteiskuntaan. (2) Tutkimus-, kehitys- ja innovaatiotoimintaa halutaan edistää siten, että kolme prosenttia bruttokansantuotteesta käytetään tutkimus- ja innovaatiotoimintaan. (3) Ilmastonmuutosta tulee ehkäistä siten, että kasvihuonepäästöjä vähennetään voimassa olevien päätösten mukaisesti. (4) Koulutusta tulee lisätä siten, että vähintään 40 % 30–34-vuotiaista ihmisistä on suorittanut korkea-asteen tai sitä vastaavan tason koulutuksen. Koulukäynnin keskeyttäneiden määrä ei saa nousta yli 10 %:iin. (5) Köyhyyttä tulee torjua ja

sosiaalista osallisuutta lisätä niin, että köyhyysriski poistetaan vähintään 20 miljoonalta ihmiseltä Euroopan unionissa.³⁰⁸

Jäsenmaat ovat yleisten tavoitteiden pohjalta asettaneet vastaavat kansalliset tavoitteensa. Suomessakin tavoitteena on, että vuoteen 2020 mennessä vähintään 78 % 20–64-vuotiaista suomalaisista käy töissä, 4 % bruttokansantuotteesta käytetään tutkimus-, kehitys- ja innovaatiomenoihin, 42 % 30–34-vuotiaista suomalaisista suorittaa korkeakoulututkinnon ja koulunkäynnin keskeyttäneiden määrä on enintään 8 %, 150 000 ihmisen riski köyhtyä tai syrjäytyä poistetaan sekä EU:n energia- ja ilmastotavoitteet saavutetaan. Nämä vuonna 2011 vahvistetut EU:n yleistavoitteet ylittävät kansalliset tavoitteet ovat välttämättömiä julkisen talouden kestävyyden kannalta. Kestävä talous ja sen kasvu mahdollistavat julkisten palvelujen ja etuuksien rahoittamisen, kun suuret ikäluokat ovat eläkkeellä.³⁰⁹

Osa asetetuista kansallisista tavoitteista on jo saavutettu, mutta osan tavoitteista kanssa on vuoteen 2020 mennessä vielä tekemistä³¹⁰. Edellä mainittuja tavoitteita olisi tarkoitus pyrkiä edistämään soveltuvin osin myös julkisin hankinnoin. Julkisilla hankinnoilla tavoitteisiin pääsyä voitaisiin edistää ennen kaikkea välittömin keinoin, mutta myös välillisten vaikutusten kautta³¹¹. Tämän tutkielman näkökulmasta ja yksittäisten hankintojen ruohonjuuritasolta katsottuna, edellä mainittuja tavoitteita edistäviä seikkoja on mahdollista sisällyttää hankintoihin tarjouspyyntövaiheessa hankinnan kohdetta määritettäessä (eli vähimmäisvaatimuksissa, arviointiperusteissa ja hankintasopimuksen erityisehdoissa) lukemattomin eri tavoin. Nykyisessä hallitusohjelmassa on asetettu erikseen innovatiivisia hankintoja koskeva tavoite. Kyseisen tavoitteen mukaan innovatiivisten hankintojen osuus tulisi nostaa 5 %:iin kaikista julkisista hankinnoista³¹².

Vaikka lainsäädäntöuudistusten kautta tavoitteiden edistämistä hankinnoissa on pyritty selkeyttämään ja helpottamaan, vaatii se silti hankintayksiköiltä erityisosaamista ja

³⁰⁸ Valtionvarainministeriö – FI – Vastuualueet – Talouspolitiikka – EU ja talous – Eurooppalainen ohjausjakso – Eurooppa 2020 -strategia.

³⁰⁹ Valtionvarainministeriö – FI – Vastuualueet – Talouspolitiikka – EU ja talous – Eurooppalainen ohjausjakso – Eurooppa 2020 -strategia.

³¹⁰ Eurooppa 2020 -strategia. Suomen kansallinen ohjelma, kevät 2014, s. 39.

³¹¹ Esimerkiksi syrjäytymisen riskin vähentäminen voisi edesauttaa koulutustavoitteisiin pääsemistä.

³¹² Ratkaisujen Suomi. Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015, s. 27.

strategista halua toimia hankinnoissaan tavoitteita edistävästi. Hankintalaki ei näiden tavoitteiden edistämiseen velvoita, vaan ainoastaan mahdollistaa tavoitteiden mukaisten seikkojen huomioon ottamisen hankinnoissa.

Huomion arvoista on se, että hankintayksiköitä on erilaisia ja eri kokoisia, esimerkiksi valtion yksiköistä pieniin yksittäisiin kuntiin. Selväähän on, että resurssit hankintojen tekemiseen ja kehittämiseen ovat esimerkiksi pienessä kunnassa paljon heikommat kuin isossa valtion yksikössä, joka monesti vielä saattaa hoitaa kilpailutukset valtion yhteishankintayksikön kautta. Toisaalta sosiaali- ja terveystalouden (sote) uudistuksen myötä kuntien sosiaali- ja terveystaloushankinnat keskitetään maakunnille, mikä mielestäni mahdollistaisi paremmin sosiaali- ja terveystaloushankintojen kehittämisen tavoitteiden suuntaisesti. Yleensäkin hankintojen keskittäminen mahdollistaisi mielestäni paremmin hankintojen kehittämisen, esimerkiksi kyseisten tavoitteiden suuntaisesti, koska tällöin on yleensä käytettävissä enemmän resursseja ja osaamista.

Tarjouspyynnön laatimista seuraa ihannetapauksessa tarjouspyynnön mukaisten tarjousten jättö. Tarjousten tarjouspyynnön vastaisuudessa voi olla ensinnäkin kyse tarjouspyynnön sisällön puutteellisuudesta tai epätasaisuudesta. Tämä ongelma on yksi merkittävimpiä yksittäisiä ongelmia hankintamenettelyissä. Toisaalta tarjouspyynnön vastaisuus voi johtua tarjoajan (tai ehdokkaan) vastuulle kuuluvasta seikasta, jos tarjouspyyntö on ollut seikkaperäinen ja täsmällinen. Tilanne voi myöskin olla sellainen, että tarjouspyyntö on seikkaperäinen ja täsmällinen, mutta tarjous on syystä tai toisesta epäselvä siten, ettei sen voida suoraan todeta olevan tarjouspyynnön mukainen tai tarjouspyynnön vastainenkaan. Tällöin hankintayksikön olisi pyydettävä tarjoajalta lisäselvitystä. Tällaiset tilanteet ovat käytännössä kuitenkin melko harvinaisia.

Tarjousten tarjouspyynnön vastaisuuden johtuessa tarjouspyynnön puutteellisuudesta tai epätasaisuudesta, hankintayksikön velvollisuutena olisi saattaa saamansa tarjoukset vertailukelpoisiksi korjaamalla tai selventämällä tarjouspyyntöä hankintalain asettamissa rajoissa. Muutoin pääperiaate on, että tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset tulee hylätä.

Hankintayksiköllä ei ole kuitenkaan oikeutta hylätä tarjousta, mikäli tarjouksessa oleva puute tai virhe on niin vähäinen, ettei se vaaranna tarjoajien tasapuolista kohtelua tarjousvertailussa eikä se vaikuta tarjousvertailuun. Nämä vähäiset puutteet ja virheet eivät siten ole kytköksissä varsinaiseen tarjousvertailuun tai muutoinkaan vaaranna tarjousten sisällön yhteismitallisuutta (esimerkiksi tarjouksen kaksoiskappaleen puuttuminen). Hankintayksiköllä on myös harkintavaltansa rajoissa oikeus hyväksyä vähäisiä puutteita tai virheitä sisältäviä tarjouksia. Hankintayksikkö voi taikka käänteisessä tulkinnassa hankintayksikön tulee harkintavaltansa rajoissa hyväksyä vähäinen virhe tai puute tarjouksessa, jos se katsoo tai on katsottava, ettei sillä ole tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantavaa vaikutusta tarjousvertailussa. Kyseessä voi olla tarjousten sisällön yhteismitallisuuden liittyvä seikka tai periaatteessa suoraan tarjousvertailuun liittyvä seikka (esimerkiksi kokonaishinnan tai arvonlisäveron puuttuminen). Harkintavallan käytön tulee olla aina objektiivisesti perusteltua. Viime kädessä tuomioistuin tulkitsee, onko tarjouksen hyväksyminen tai hylkääminen objektiivisesti perusteltua ja siten hankintalain mukaista.

Tarjousten (ja osallistumishakemusten) täsmentäminen ja täydentäminen ovat mahdollisia edellä mainituissa tilanteissa, joissa hankintayksiköllä ei ole oikeutta hylätä tarjousta virheen tai puutteen vähäisyyden takia taikka hankintayksikkö harkintavaltansa rajoissa hyväksyy tarjouksen, jonka osalta se objektiivisesti perustellen katsoo, ettei tarjouksen sisältämällä virheellä tai puutteella ole tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantavaa vaikutusta tarjousvertailussa. Hankintayksiköllä on tietyissä tapauksissa oikeus pyytää tarjoukseen (ja osallistumishakemukseen) täsmennyksiä ja täydennyksiä, vaikka tarjous normaalisti tulisi hylätä tarjouspyyntöä vastaamattomana. Täsmentäminen ja täydentäminen voi kohdistua vain epäolennaisiin puutteisiin, ristiriitoihin tai virheisiin.

Tarjousten vertailu ja valinta tapahtuu uuden hankintalain myötä aina kokonaistaloudellisen edullisuuden mukaisesti, mikä on kuitenkin vain hankintayksikön subjektiivinen näkemys siitä, miten sille paras tarjous tai ratkaisu valikoituu. Kokonaistaloudellinen edullisuus jakautuu kolmeksi tosiasialliseksi valintaperusteeksi, jotka ovat hinta-laatusuhde, kustannuksien mukainen edullisuus ja halvin hinta. Koska julkisissa hankinnoissa on pohjimmiltaan kyse verovarojen mahdollisimman tehokkaasta käytöstä ja kohdentumisesta, ei uudessakaan hankintalaissa ole lähdetty

liikaa rajoittamaan hintaa tai kustannuksia valintaperusteena saati sitten kokonaan poistamaan näitä kahta. Hankintalaki pyrkii kuitenkin hankintadirektiivin hengen mukaisesti ohjailemaan hankintayksiköitä käyttämään mieluummin hinta-laatusuhdetta tai ainakin kustannuksien mukaista edullisuutta valintaperusteena, pelkän halvimman hinnan sijaan.