

**VAASAN YLIOPISTO**  
**FILOSOFINEN TIEDEKUNTA**

Juha-Pekka Liukkonen

**HYVITYSMAKSU OIKEUSTURVAKEINONA JULKISISSA HANKINNOISSA**

Julkisoikeuden  
pro gradu -tutkielma

**VAASA 2010**

## SISÄLLYSLUETTELO

	<b>sivu</b>
<b>LYHENTEET</b>	<b>3</b>
<b>TIIVISTELMÄ</b>	<b>5</b>
<b>1. JOHDANTO</b>	<b>7</b>
1.1. Tutkielman taustana julkiset hankinnat ja niiden sääntely	7
1.2. Hankintalain soveltamisala	10
1.3. Tutkimusongelman määrittely	11
1.4. Keskeiset käsitteet	13
1.5. Tutkimusmenetelmät ja aineisto	17
1.6. Tutkielman rakenne	19
<b>2. HANKINTALAIN OIKEUSTURVAJÄRJESTELMÄ</b>	<b>22</b>
2.1. Oikeusturvakeinojen sääntely	22
2.2. Ensisijaiset oikeusturvakeinot	23
2.3. Uuden oikeussuojadirektiivin vaikutukset	26
<b>3. HYVITYSMAKSUN ERITYISPIIRTEET</b>	<b>28</b>
3.1. Hyvitysmaksusääntelyn kehitys	28
3.2. Hyvitysmaksusäännöksen tavoitteet	31
3.3. Hyvitysmaksun määräämisen perusteet	32
3.4. Hyvitysmaksun suhde vahingonkorvaukseen	35
3.5. Hyvitysmaksun määrä	37
<b>4. TODELLINEN MAHDOLLISUUS VOITTAÄ TARJOUSKILPAILU</b>	<b>41</b>
4.1. Lainsäädännön lähtökohdat	42
4.2. Tarkastelu oikeuskäytännön pohjalta	46
4.2.1. Kilpailuttamisen laiminlyönti	48
4.2.2. Muu hankintamenettelyssä tapahtunut virhe	52
4.3. Oikeuskirjallisuuden tulkintoja	57
<b>5. REAALIKEINOJEN PUNNINTATILANTEET</b>	<b>62</b>
5.1. Haitat hankintayksikölle	62
5.2. Haitat muiden oikeuksille ja yleisen edun näkökulma	65
5.3. Hakemus tehty hankintasopimuksen jälkeen	67

5.4. Markkinaoikeuskäsittelyn viivästyminen	69
<b>6. JOHTOPÄÄTÖKSET</b>	<b>72</b>
6.1. Hyvitysmaksun luonne	72
6.2. Hyvitysmaksun edellytykset	74
6.3. Lopuksi	77
<b>LÄHTEET</b>	<b>79</b>

**LYHENTEET**

BKT	Bruttokansantuote
EU	Euroopan unioni
ETA	Euroopan talousalue
ETY	Euroopan talousyhteisö
EY	Euroopan yhteisö
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
JulkHankL	Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348
JulkHankL 1992	Laki julkisista hankinnoista 23.12.1992/1505
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAO	Markkinaoikeus
MaOL	Markkinaoikeuslaki 12.12.2001/1527
OK	Oikeudenkäymiskaari 1.1.1734/4
PeL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
WTO	World Trade Organization, Maailman kauppajärjestö



---

**VAASAN YLIOPISTO****Filosofinen tiedekunta**

<b>Tekijä:</b>	Juha-Pekka Liukkonen	
<b>Pro gradu -tutkielma:</b>	Hyvitysmaksu oikeusturvakeinona julkisissa hankinnoissa	
<b>Tutkinto:</b>	Hallintotieteiden maisteri	
<b>Oppiaine:</b>	Julkisoikeus	
<b>Valmistumisvuosi:</b>	2010	<b>Sivumäärä: 82</b>

---

**TIIVISTELMÄ:**

Tutkimuksen taustalla on julkisten hankintojen sääntely sekä niihin liittyvään muutoksenhakuun luotu oikeusturvajärjestelmä. Yksi markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvista oikeusturvakeinoista on hankintalain (laki julkisista hankinnoista 348/2007) 76 §:n mukaan määrätä hankintayksikkö maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Tutkimuksen tarkoituksena on ensinnäkin ollut tarkastella hyvitysmaksun erityispiirteitä vahingonkorvauksesta ja muista kilpailuoikeudellisista seuraamusmaksuista erillisenä suorituksena. Toisaalta kaikkein keskeisin tarkastelu on kohdistettu hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiin pääosin markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännön pohjalta. Tarkastelun taustalla vaikuttaa jatkuvasti myös ajatus oikeusturvan tehokkaasta toteutumisesta hankintalain mukaisessa muutoksenhaussa.

Tutkielman kannalta keskeisimmät käsitteet liittyvät pääosin hankintalain mukaisiin julkisen hankinnan, hankintayksikön sekä asianosaisten määritelmiin. Tämän lisäksi oikeusturva perustuslaillisena oikeutena on keskeisenä taustatekijänä tarkastelussa. Tutkielma on metodologisesti tarkasteltuna oikeusdogmatiikkaan eli lainoppiin nojaava. Lainopin tavoitteena on tulkita voimassa olevan oikeuden sisältöä ja sitä kautta luoda tulkintasuosituksia sekä osaltaan edistää oikeusjärjestyksen toteutumista. Tutkielman lähdeaineisto koostuu pitkälti lainsäädännöstä esitöineen sekä oikeuskäytännöstä. Oikeuskirjallisuutta on käytetty soveltuvin osin lähinnä tutkielman viitekehysten luomisessa.

Hyvitysmaksun saaminen edellyttää, että hankintamenettelyä on rasittanut olennainen menettelyvirhe ja ilman kyseistä virhettä hakija olisi todennäköisesti voittanut tarjouskilpailun. Mikäli hankintayksikkö on laiminlyönyt kilpailuttamisen kokonaan, ei oikeuskäytännön mukaan hyvitysmaksua voida määrätä. Tällaisten tapausten kohdalla on nostettava esiin hankintalain oikeusturvajärjestelmän suurin puute; Markkinaoikeus on toimivaltainen tutkimaan asian, mutta todellisia keinoja puuttua menettelyyn tai korvata hakijalle aiheutuneita vahinkoja ei ole. Markkinaoikeus voi käsitellä asiaa hyvitysmaksuasiana myös, mikäli ensisijaisten toimenpiteiden haitat voisivat koitua hyötyjä suuremmiksi. Näiden tilanteiden ilmeneminen on pitkälti tapauskohtaista, mutta useimmiten ne ovat liittyneet hankintakauden kulumiseen, jolloin päätösten kumoaminen ei ole enää ollut tarkoituksenmukaista. Markkinaoikeuskäsittelyn tulisikin olla entistä joutuisampi, jotta tehokkaiden oikeusturvakeinojen käyttö olisi mielekäästä.

Hyvitysmaksua tulee kaikesta huolimatta pitää merkittävänä osana julkisten hankintojen oikeusturvajärjestelmää. Se toimii ennen kaikkea ”kannustimena” hankintasäännösten noudattamiselle ja toisaalta se on monessa tapauksessa ainoa mahdollinen oikeusturvakeino. Sen määräämisen edellytyksiä tulisi tietyissä tapauksissa kuitenkin tulkita lievemmin, jotta esimerkiksi laittomissa suorahankinnoissa olisi edes jonkinasteinen oikeusturvan tae voimassa. Hankintalain viimeisimmässä uudistuksessa nämä epäkohdat on otettu huomioon, mutta osa oikeusturvakeinoihin tehtävistä muutoksista tulee koskemaan ainoastaan pientä osaa hankinnoista (EU-hankinnat), jolloin hyvitysmaksun asema merkittävänä oikeusturvakeinona tulee säilymään myös jatkossa. Samalla kuitenkin myös liian moni hankintalain vastainen menettely tulee edelleen jäämään tehokkaan oikeusturvajärjestelmän ulkopuolelle.

---

**AVAINSANAT:** julkiset hankinnat, oikeusturva, korvaukset



## 1. JOHDANTO

### 1.1. Tutkielman taustana julkiset hankinnat ja niiden sääntely

Julkiset hankinnat ovat prosentuaalisesti varsin merkittävä osa koko Euroopan unionin taloutta, sillä unionin bruttokansantuotteesta niiden osuus on n. 16 %<sup>1</sup>. Suomen BKT:sta julkisten hankintojen osuus on myös lähellä tuota lukua, arvion ollessa 15 %:n tasolla. Julkisten hankintojen yhtenäisellä sääntelyllä on tavoiteltu julkisten varojen käytön tehostamista sekä entistä avoimemman kilpailun mahdollistamista Euroopassa EU:n sisämarkkinatavoitteiden mukaisesti.<sup>2</sup> Julkiset hankinnat ovat jatkuvasti uudistuneen sekä valtavan määrän oikeustapauksia synnyttäneen sääntelyn ansiosta ajankohtainen ja mielenkiintoinen tutkimuskohde.

Euroopan yhteisöjen tasolla julkisten hankintojen sääntelyyn on kiinnitetty huomiota aina 1960-luvulta lähtien<sup>3</sup>. Oman haasteensa tutkimukseen tuo tällä hetkellä tietyllä tapaa kolmella tasolla toimiva hankintojen sääntely; EU:n hankintadirektiiveissä määriteltyjen kynnysarvojen ylittävät hankinnat, kansalliset kynnysarvot ylittävät hankinnat sekä kansalliset kynnysarvot alittavat hankinnat. Viimeisenä mainittuun kategoriaan kuuluvien hankintojen ei ole katsottu kuuluvan lainkaan markkinaoikeuden toimivaltaan, eikä toisaalta hankintalain (laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, myöhempänä hankintalaki) kilpailuttamisvelvoitteen piiriin<sup>4</sup>, mikä jo lähtökohtaisesti sulkee ne pois myös tämän tutkielman piiristä.

Julkisiin hankintoihin on luotu oma muutoksenhakujärjestelmä turvaamaan sääntelyn noudattamista sekä Euroopan unionin tasolla luotujen hankintadirektiivien tavoitteiden toteutumista, pääpainon ollessa markkinoilla toimivien yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden turvaamisessa. Suomen oikeusjärjestelmässä

---

<sup>1</sup> [Http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm)

<sup>2</sup> Eskola 2007:17.

<sup>3</sup> Hankintasääntelyn historiasta Euroopassa tarkemmin Bovis 2007: 17–61.

<sup>4</sup> KHO 2000: 3113.



toimivalta puuttua hankintasäännösten<sup>5</sup> vastaiseen toimintaan on ollut 1.3.2002 lähtien markkinaoikeudella. Hakemukset markkinaoikeuteen hankinta-asioissa ovat jatkuvasti lisääntyneet ja esimerkiksi vuonna 2008 markkinaoikeuteen saapui 451 hankintoihin liittyvää asiaa<sup>6</sup>.

Yhdeksi markkinaoikeuden määräämäksi seuraamukseksi on hankintalaissa (348/2007) säädetty hyvitysmaksun osoittaminen sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Tämän tutkielman tavoitteena on tarkastella nimenomaan hyvitysmaksuun ja ennen kaikkea sen määräämisen edellytyksiin liittyvää problematiikkaa. Hyvitysmaksua on luonnehdittu oikeuskäytännössä mm. summaarisesti seuraamusmaksuksi, jolla yhtäältä pyritään tehostamaan hankintasäännösten noudattamista ja toisaalta korvaamaan väärin kohdellun asianosaisen taloudellisia menetyksiä<sup>7</sup>. Hyvitysmaksusta tekee erityisen mielenkiintoisen tutkimuksen kohteen myös se seikka, että sääntely on Euroopan tasolla tarkasteltuna – yhdenyhteistä hankintasäännöksistä huolimatta – lajissaan ainutlaatuinen.

Julkisia hankintoja koskeva sääntely on Suomen näkökulmasta kokenut monia uudistuksia parin viime vuosikymmenen aikana. Ensimmäiset velvoitteet koskivat Euroopan talousaluetta (ETA) koskevaan sopimukseen liittymistä vuodelta 1994, jolloin ensimmäinen hankintoja koskeva yksityiskohtainen sääntely otettiin käyttöön. Samalla Suomi sitoutui myös Maailman kauppajärjestön (WTO) julkisia hankintoja koskevan sopimuksen velvoitteisiin, jotka liittyvät lähinnä tiettyjen EU:n ulkopuolisten valtioiden ”tunnustamiseen” hankintojen piirissä<sup>8</sup>.

Samana ajanjaksona sääntelyihin liittyi myös sittemmin kumottu laki julkisista hankinnoista (1505/1992). Suomen liittyttyä Euroopan unionin jäseneksi vuonna 1995, tuli myös julkisissa hankinnoissa voimaan ns. direktiivin tasoinen sääntely.<sup>9</sup> Tällöin julkis-

---

<sup>5</sup> Hankintasäännöksiin luetaan hankintalaki tai sen nojalla annetut säännökset, Euroopan yhteisön lainsäädäntö sekä Maailman kauppajärjestön (WTO) julkisia hankintoja koskeva sopimus (Hankintal 76.1 §)

<sup>6</sup> [Http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/45784.htm](http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/45784.htm)

<sup>7</sup> Ks. esim. MAO 2002: 29.

<sup>8</sup> HE 50/2006 vp. s. 7. Ns. GPA-sopimus, johon ovat liittyneet EU:n lisäksi Kanada, Yhdysvallat, Kiinan Hong Kong, Japani, Sveitsi, Norja, Islanti, Israel, Korea, Liechtenstein, Aruba ja Singapore.

<sup>9</sup> Kalima ym. 2007: 1-2.

ta hankinnoista olivat voimassa kolme eri neuvoston direktiiviä, joilla kullakin erikseen säädeltiin julkisia palveluhankintoja<sup>10</sup>, tavarahankintoja<sup>11</sup> sekä rakennusurakoita<sup>12</sup>. Näiden lisäksi oli säädetty kyseisiin hankintoihin liittyvä ns. ensimmäinen valvontadirektiivi<sup>13</sup>, jonka säännöksiä on yhdessä myös toisen valvontadirektiivin kanssa sittemmin muokattu ja tarkennettu uudella ns. oikeussuojadirektiivillä<sup>14</sup>.

Euroopan unionissa hankintasääntelyn kokonaisvaltainen uudistaminen lähti liikkeelle komission vuonna 1996 julkaisemasta ns. vihreästä kirjasta<sup>15</sup>, jossa pohdittiin julkisten hankintojen tulevaisuuden haasteita ja kysymyksiä. Suomessa esimerkiksi suurimpina ongelmina pidettiin aidon kilpailuttamisen ja markkinoiden laiminlyöntiä sekä markkinaoikeuden ruuhkautumista hankintasäännösten tulkintaongelmien takia<sup>16</sup>. Lopulta julkisista hankinnoista annettiin vuonna 2004 kaksi uutta ns. yhdistettyä (consolidated) direktiiviä, joista ensimmäisellä yhdistettiin edellä mainittujen kolmen direktiivit säännökset yhdeksi uudeksi hankintadirektiiviksi<sup>17</sup>. Toisesta tuli vastaavasti nk. erityisalojen hankintadirektiivi<sup>18</sup>. Direktiivien kansallisen täytäntöönpanon takarajaksi määrättiin alustavasti 31.1.2006.<sup>19</sup>

Suomessa uusi laki julkisista hankinnoista (348/2007) tuli voimaan 1.6.2007 samanaikaisesti ns. erityisalojen hankintalain (Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349) kanssa. Julkisissa hankinnoissa, jotka kuuluvat hankintalakien soveltamisalaan, ja joiden prosessin<sup>20</sup> voidaan katsoa alkaneen kyseisen päivämäärän jälkeen, tultaisiin soveltamaan näiden lakien säännöksiä (JulkHankL 87 §).

<sup>10</sup> Neuvoston direktiivi (ETY) 50/1992 (EYVL L N:o 209, 24.7.1992, s. 1–24)

<sup>11</sup> Neuvoston direktiivi (ETY) 36/1993 (EYVL L N:o 199, 9.8.1993, s. 1–53)

<sup>12</sup> Neuvoston direktiivi (ETY) 37/1993 (EYVL L N:o 199, 9.8.1993, s. 54–83)

<sup>13</sup> Neuvoston direktiivi (ETY) 665/1989 (EYVL L N:o 395, 30.12.1989, s. 33–35)

<sup>14</sup> Neuvoston direktiivi (ETY) 36/1993 (EYVL L N:o 199, 9.8.1993, s. 1–53)

<sup>15</sup> Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: Tulevaisuuden kysymyksiä (16/12/96)

<sup>16</sup> Hyvönen ym. 2007: 16.

<sup>17</sup> Parlamentin ja Neuvoston direktiivi (EY) 18/2004 (EUVL N:o L 134,30.4.2004,s.114–240)

<sup>18</sup> Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi (EY) 17/2004 (EUVL N:o L 134,30.4.2004,s.2-113)

<sup>19</sup> Hankintadirektiivin perusteluosaa mukaillen

<sup>20</sup> Hankintamenettely katsotaan aloitetuksi hankintailmoituksen julkaisemisen hetkellä. Hankinnoissa, joissa ei edellytetä hankintailmoituksen julkaisemista, hankinta katsotaan aloitetuksi hetkellä, jona tarjouspyyntö tai neuvottelukutsu lähetetään taikka neuvottelut toimittajien kanssa aloitetaan (JulkHankL 87.3 §).

Myös julkisiin hankintoihin sovellettavissa oikeusturvakeinoissa on tapahtunut kehitystä sekä Euroopan unionin että kansallisen sääntelyn kohdalla. Direktiivintasoisen sääntelyn asettaessa ainoastaan raamit kansalliselle sääntelylle<sup>21</sup>, on esimerkiksi Suomessa muutoksia tällä saralla tehty muutoinkin kuin ylikansalliseen sääntelyyn perustuen. Tämän tutkielman kannalta keskeisimpiä tällaisia muutoksia ovat olleet hyvitysmaksun käyttöönotto oikeusturvakeinona (1.3.1998) sekä hankintalain mukaisten muutoksenhakuasioiden siirtäminen uudelle kilpailuasioita varten perustetulle tuomioistuimelle eli markkinaoikeudelle (1.3.2002). Aikaisemmin julkisiin hankintoihin liittyvät muutoksenhakuasiat kuuluivat kilpailuneuvoston toimivaltaan. Hankintalain uudistamista koskeva lakiesitys hyväksyttiin 16.3.2010, ja uusien säännösten on määrä tulla voimaan 1.6.2010<sup>22</sup>. Tutkielmassa on mahdollisuuksien mukaan otettu huomioon myös tulevat lakiuudistukset, käsittelyn pääpainon ollessa kuitenkin edeltävien hankintalakien (348/2007 ja 1505/1992) säännöksissä ja tulkinnoissa.

## 1.2. Hankintalain soveltamisala

Laki julkisista hankinnoista (348/2007) toimii pohjana valtion ja kuntien sekä muiden hankintayksiköiden hankintojen kilpailuttamiselle. Sääntelyn tarkoituksena on julkisten varojen käytön tehostaminen, laadukkaiden hankintojen edistäminen sekä tasapuolisten mahdollisuuksien turvaaminen yrityksille ja yhteisöille tarjouskilpailuissa. Lain taustavoimana toimii samalla myös Euroopan unionin hankintadirektiivien täytäntöönpano kansallisella lainsäädäntötasolla. (JulkHankL 1 §)

Hankintalain soveltamisala määritellään lain 2 luvussa. Siinä on ensinnäkin määritetty ne toimijat (hankintayksiköt), joiden tulee esimerkiksi tavaroita ja palveluja hankkiesaan lain säädöksiä soveltaa. Hankintayksikön määritelmä onkin keskeinen hankintalain soveltamisen rajaaja, sillä vain hankintayksiköiksi määritellyt toimijat voivat kuulua lain soveltamisen piiriin<sup>23</sup>. Hankintayksiköitä ovat valtion ja kuntien viranomaiset,

---

<sup>21</sup> Ks. EY:n perustamissopimus 249 art. Direktiivit sitovat jäsenvaltioita ainoastaan tavoitteidensa puolesta.

<sup>22</sup> Lakiuudistuksen voimaantulosta <http://www.edilex.fi/saadokset/smur/20070348/muutos20100321>.

<sup>23</sup> Alkio 2009: 1094.

evankelis-luterilainen ja ortodoksinen kirkko seurakuntineen ja muine viranomaisineen, valtion liikelaitokset, julkisoikeudelliset laitokset<sup>24</sup> sekä mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta joltain muulta em. hankintayksiköltä. (JulkHankL 6 §) Poikkeukset hankintalain soveltamisalasta säädetään lain 7–14 §:issä, mutta niiden määrittely jätetään tässä kohtaa yksityiskohtaisen tarkastelun ulkopuolelle. Ne tulevat tämän tutkielman kannalta relevantiksi ainoastaan niissä tilanteissa, joissa hankintayksikkö on poikkeamissäännöksiä virheellisesti tulkiten jättänyt hankintansa kilpailuttamatta esimerkiksi 11 §:n sidosyksiköhankeeseen vedoten. Näissä tapauksissa voi toki myös hyvitysmaksun määrääminen tulla kyseeseen muutoksenhaussa markkinaoikeudessa.

Hankintalakia ei sovelleta myöskään hankintoihin, joiden ennakoitu arvo jää ns. kansallisten kynnyksarvojen alle. Kyseiset kynnyksarvot on määritelty hankintalain 15 §:ssä ja ne vaihtelevat tavara- ja palveluhankintojen 15 000 eurosta rakennusurakoiden 100 000 euroon<sup>25</sup>. Tämän tutkielman kannalta oleellinen seikka kynnyksarvoihin liittyen on juuri se, että markkinaoikeuden toimivalta ei ulotu kansalliset kynnyksarvot alittaviin hankintoihin, ei vaikka menettelyssä olisi vapaaehtoisesti sovellettu hankintalain säännöksiä. Tämä kysymys on ratkaistu korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä 27.11.2000 taltio 3113.

### 1.3. Tutkimusongelman määrittely

Hankintalain (348/2007) 76 §:ssä määritetään ne seuraamukset, joihin markkinaoikeus voi hakemuksesta ryhtyä hankintasäännösten tullessa rikotuiksi. Tässä tutkielmassa keskitytään markkinaoikeuden lähtökohtaisesti toissijaisen oikeusturvakeinon eli hyvitysmaksun luonteeseen ja erityisesti sen määräämisen edellytyksiin liittyviin kysymyksiin julkisten hankintojen muutoksenhaussa. Hankintalain mukaan markkinaoikeus voi hakemuksesta määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asian-

---

<sup>24</sup> Julkisoikeudellisen laitoksen määrittely: ks. JulkHankL 6 § kohta 4.

<sup>25</sup> Kansalliset kynnyksarvot tulevat nousemaan lakiuudistuksen (1.6.2010) yhteydessä; HE 190/2009 vp. s. 46.

osaiselle, jolla olisi virheettömässä hankintamenettelyssä ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu (JulkHankL 76.1, 4 §).

Keskeiseksi tutkimuskysymykseksi nostetaan kysymys siitä, minkälaisissa olosuhteissa todellisen voittomahdollisuuden edellytyksen voidaan katsoa täyttyvän ja mitä todellinen voittomahdollisuus hakijalle kohdistetun näyttötaakan osalta käytännössä edellyttää. Tämän johdosta tulee automaattisesti tarkasteltua myös hyvitysmaksun toista keskeistä edellytystä, eli hankintamenettelyyn liittyviä virheellisyyksiä. Mikäli joissain tapauksissa ei ole mahdollista käyttää mitään hankintalain mukaista oikeusturvakeinoa, ei edes toissijaista hyvitysmaksua, on syytä pohtia myös oikeusturvakeinojen ja sitä kautta oikeussuojan toteutumisen tehokkuutta kokonaisuudessaan.

Toisena keskeisenä osakysymyksenä tutkielmassa tullaan tarkastelemaan hankintalain (348/2007) 76.2 §:n tarkoitusta ja etenkin tilanteita, joissa kyseinen säännös voi tulla ajankohtaiseksi. Säännöksen mukaan hyvitysmaksu olisi toissijainen oikeusturvakeino tilanteissa, joissa markkinaoikeuden ensisijaiset toimenpiteet saattaisivat aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle suurempaa haittaa kuin toimenpiteiden vastaavat hyödyt tulisivat olemaan. Tässä kohtaa keskeistä on tarkastella muun muassa oikeuskäytännön perusteella sitä, minkälaisiin tilanteisiin säännöksen voidaan katsoa soveltuvan. Tulee huomata, että hyvitysmaksun määrääminen myös näissä tilanteissa edellyttää sitä hakevalta todellisen voittomahdollisuuden osoittamista. Tärkeää on myös tarkastella, miten hankintayksikön oma toiminta yksittäiseen hankintatilanteeseen liittyen voi vaikuttaa säännöksen tarkoittamien tilanteiden syntymiseen.

Kolmas tarkasteltava tutkimuskysymys on hyvitysmaksun toimiminen ensisijaisena oikeusturvakeinona, myös tämä hankintalain 76.2 §:n nojalla. Tällainen tilanne syntyy silloin, kun hakemus markkinaoikeuteen on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Markkinaoikeuden toimivalta ei ulotu sopimusten purkamiseen, jolloin virheellisen päätöksen kumoamisella ei enää saavuteta muutoksenhaun kannalta haluttua lopputulosta<sup>26</sup>. Tällöin voidaan nostaa esille etenkin hankintayksikön vastuukysymykset, sillä harvoin hankinnan täytäntöönpano tosiasiallisesti vaatii välitöntä sopi-

---

<sup>26</sup> Alkio 2009: 1162.

muksen allekirjoitusta. Aiempi sääntely mahdollisti tällä tavoin sääntelyn kiertämisen, sillä kilpailuneuvoston tai markkinaoikeuden toimivalta ei tuntenut keinoja puuttua tällaisiin menettelyihin. Nykyisin ns. EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on jo käytössä ns. odotusaikasääntely, jolla tätä epäkohtaa on pyritty korjaamaan.

Näistä kolmesta osakysymyksestä voidaan muodostaa lopullinen tutkimusongelma, joka voidaan tiivistettynä ilmaista seuraavassa muodossa: *Mitkä ovat markkinaoikeuden määräämän hyvitysmaksun edellytykset ja minkälainen rooli hyvitysmaksulla on erityisenä oikeusturvakeinona osana julkisiin hankintoihin luotua muutoksenhakujärjestelmää?* Tältä pohjalta tutkitaan myös hankintasäännöksiin lähiaikoina tehtäviä uudistuksia sekä niitä vaikutuksia, joita uudistuksilla mahdollisesti tullaan saavuttamaan suhteessa tutkielmassa havaittuihin johtopäätöksiin.

Keskeistä on nimenomaan pyrkiä arvioimaan hyvitysmaksusääntelyn merkitystä ja käytännön toimivuutta hankintoja koskevan sääntelyn kokonaisuuden kannalta. Samalla tulee tarkastelluksi hyvitysmaksusääntelyn tehokkuuskysymys suhteutettuna oikeusturvan toteutumiseen julkisissa hankinnoissa. Julkisten hankintojen suorittaminen hankintalain nojalla on katsottava hallintopäätösten tekemiseksi viranomaistoiminnassa, jolloin niiden piirissä on oltava käytössä myös tehokas oikeusturvajärjestelmä<sup>27</sup>. Oikeusturvan toteutumisen tarkastelussa korostuu tässä yhteydessä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus<sup>28</sup>.

#### 1.4. Keskeiset käsitteet

Hankintalain mukaisella *julkisella hankinnalla* tarkoitetaan *tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä* (Laki julkisista hankinnoista 1505/1992 4§). Uudesta hankintalaista (348/2007) ei suoranaisesti löydy vastaavaa määritelmää, mutta sen sijaan siinä hankintasopimus määritellään kirjalliseksi sopimukseksi, *joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tava-*

<sup>27</sup> Ks. edellä hankintalain soveltamisala sekä Saarinen 2008: 14 ja Mäenpää 2007: 9–10.

<sup>28</sup> Aer 2000: 242–243.

*ran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan* (Laki julkisista hankinnoista 348/2007 5.1, 1 §).

Hankintasopimuksen tekeminen on kuitenkin vain yksi vaihe hankinnan kokonaisuushahmottelussa, sillä julkinen hankinta voidaan periaatteessa aina nähdä prosessina, joka alkaa hankintailmoituksen tekemisellä ja loppuu edellä määritellyn hankintasopimuksen allekirjoittamiseen ja hankinnan käytännön toteuttamiseen. Hankintasopimuksen määritelmästä keskeinen huomioitava seikka on se, että se sisältää vaatimuksen toiminnan taloudellisesta vastikkeellisuudesta, eli hankintaan tulee liittyä rahallinen tai muu taloudellinen korvaus hankinnan kohteena olevasta tavarasta, palvelusta tai rakennusurakasta<sup>29</sup>. Yhteenvetona edellä sanotusta julkisen hankinnan käsite voidaan tiivistää yhtäältä siihen, että hankkijana on hankintalain mukainen hankintayksikkö, ja toisaalta siihen, että hankinnalla on taloudellista arvoa.<sup>30</sup>

Yksi tutkielman keskeisimpiä käsitteitä on *asianosaisten* määrittely erityisesti hankintalain soveltamisalalla, sillä sen perusteella syntyy myös muutoksenhakuoikeus sekä puhevalta markkinaoikeudessa. Pääsääntönä hankintaa koskevissa asioissa on, että asian voi saattaa markkinaoikeuden käsiteltäväksi se, jota asia koskee ja jolla on oikeudellinen intressi saada asia käsitellyksi. Yhteisön valvontamenettelyä koskevassa asiassa muutoksenhakuoikeus on lisäksi kauppa- ja teollisuusministeriöllä<sup>31</sup>. Valtionapua saavan rakennusurakan kilpailutusasioissa myös hankekohtaista tukea myöntänyt valtion tai kunnan viranomaisen tai muu vastaava taho on oikeutettu saattamaan asian markkinaoikeuteen. (JulkHankL 78 §)

Hankintalakien esitöissä todetaan asianosaisuudesta, että käytännössä hakijana markkinaoikeuteen voisi lähinnä olla alalla toimija yrittäjä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada tarjouksensa hyväksytyksi virheettömässä hankintamenettelyssä. Hakija on yleisimmin joko tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja tai sellainen alalla toimiva yrittäjä, joka ei hankintayksikön virheellisen menettelyn vuoksi ole edes päässyt osallistumaan tarjouskilpailuun. Syitä tällaisiin tilanteisiin voivat olla esimerkiksi hankinnan kilpailut-

<sup>29</sup> Alkio 2009: 1090.

<sup>30</sup> Ks. julkisen hankinnan määrittelystä esim. Aalto-Setälä ym. 2008: 545–582.

<sup>31</sup> Nyk. työ- ja elinkeinoministeriö.

tamatta jättäminen tai tarjouspyynnön toimittamisen laiminlyönti. Myös toimittajat, jotka hankintayksikkö on muutoin lainvastaisesti jättänyt tarjousmenettelyn ulkopuolelle, omaavat asianosaisaseman muutoksenhaun suhteen.<sup>32</sup>

Tutkielman selkeyden takaamiseksi on asianmukaista käydä läpi myös hankintalain mukaiset *toimittajan*, *ehdokkaan* ja *tarjoajan* käsitteet. Näillä määritelmillä on keskeinen merkitys tarkastellessa muutoksenhakuprosessia markkinaoikeuteen ja sitä kautta myös hyvitysmaksun edellytyksiä. Toimittaja on luonnollinen henkilö, oikeushenkilö tai julkinen taho taikka em. tahojen ryhmittymä, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita, palveluja, rakennustyötä tai rakennusurakoita (JulkHankL 5.1, 7 §). Ehdokkaalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on ilmoittanut halukkuutensa osallistua rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn tai kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn. Tarjoajan asema toimittajalle puolestaan syntyy siinä vaiheessa, kun se on jättänyt tarjouksensa. Markkinoilla toimivan yrityksen asema toisin sanoen kehittyy hankintaprosessin myötä toimittajasta (ehdokkaan kautta) tarjoajaksi. Käsitteellä *hakija* tullaan puolestaan tarkoittamaan toimittajaa, ehdokasta tai tarjoajaa, joka on tehnyt hakemuksen markkinaoikeuteen hankintayksikön virheellisen menettelyn korjaamiseksi.

Tutkielman yksi tavoitteista on hyvitysmaksun tarkastelu *oikeusturvan* ja ennen kaikkea sen tehokkaan toteutumisen näkökulmasta<sup>33</sup>. Oikeusturvan asema perusoikeutena turvaa jokaiselle oikeuden

*” – saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi ”* (Suomen perustuslaki 11.6.1999/731 21.1 §)

Tämän lisäksi oikeusturvan toteutumista tehostetaan turvaamalla lainsäädäntöteitse kaikille yhtäläiset oikeudet, joihin sisältyy

<sup>32</sup> HE 50/2006 vp s. 120–121.

<sup>33</sup> Ks. hallintolainkäyttöön soveltuvasta tehokkuuden määritelmästä Siitari-Vanne 2005: 29–33.



” – käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja haakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet – ” (PeL 21.2 §)

Oikeusturvan voidaan näin ollen katsoa muodostuvan kolmesta elementistä, jotka ovat oikeusturvan saatavuus ja pääsy tuomioistuimeen, oikeus asianmukaiseen ja viivytyksettömään käsittelyyn sekä oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Julkisella valalla on myös nimenomainen velvollisuus turvata oikeusturvan toteutuminen.<sup>34</sup>

Tämän tutkielman kannalta oikeusturvan parista tulee nostaa esiin etenkin *jälkikäteisen oikeusturvan* määritelmä. Jälkikäteisen oikeusturvan takeilla pyritään turvaamaan ne keinot, joilla voidaan puuttua hallintotehtävän hoitamisessa ilmenneisiin virheisiin ja lainvastaiseen menettelyyn. Hallintolainkäyttöä voidaan ylipäätään kuvata jälkikäteisen oikeussuojan antamiseksi julkisoikeudellisessa asiassa<sup>35</sup>.

Muutoksenhaku on päätöksen korjaamisen ohella toinen jälkikäteisen oikeusturvan takeista, ja tähän yhteyteen voidaan liittää myös hankintalain mukaisten oikeusturvakeinojen tarkastelu.<sup>36</sup> Oikeusturvan tehokas toteutuminen edellyttää muutoksenhaussa sellaisia keinoja, joilla voidaan tosiasiallisesti ja tehokkaasti puuttua virheellisiin menettelyihin. Se, että pääsy tuomioistuimeen on turvattu, mutta keinot kumota tai korjata virheellinen päätös puuttuvat, ei vielä riitä oikeusturvan tehokkaaseen toteutumiseen.<sup>37</sup>

Julkkisia hankintoja koskevissa asioissa jälkikäteistä oikeusturvaa haetaan *hallintoprosessissa* erityiseltä hallintotuomioistuimelta eli markkinaoikeudelta. Yleisesti määriteltynä hallintoprosessissa on kyse menettelystä, jossa lainvastainen hallintopäätös – tässä tapauksessa hankintapäätös – voidaan kumota, palauttaa uudelleen käsiteltäväksi tai tietyn edellytyksin myös muuttaa. Markkinaoikeuden menettelytapojen kohdalta sovelletaankin pääosin hallintolainkäyttölain (26.7.1996/586) säännöksiä (JulkHankL 80.3 §).<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Mäenpää 2007: 68.

<sup>35</sup> Vihervuori 2006: 666.

<sup>36</sup> Mäenpää 2007: 6–7.

<sup>37</sup> Saarinen 2007: 50 ja Asia C-81/98 Alcatel.

<sup>38</sup> Mäenpää 2007: 9–12 mukailten.

### 1.5. Tutkimusmenetelmät ja aineisto

Husa on määritellyt oikeusdogmatiikan eli lainopin oikeustieteelliseksi tutkimukseksi, jossa tutkitaan oikeusnormeja eristettyinä, tietyllä alueella ja tietyssä aikana voimassa olevina normeina. Oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa etsitään vastausta kysymykseen: *Mikä on voimassa olevan eli positiivisen oikeuden sisältö?*<sup>39</sup> Tällaisen tutkimuksen tavoitteena voidaan ensisijaisesti pitää käytännön tarpeen tyydyttämistä pyrkimällä auttamaan oikeusnormien soveltajia sekä edistämään oikeusjärjestyksen toteuttamista. Tämä tapahtuu tuottamalla systematisointiehdotuksia sekä tulkintasuosituksia oikeudellisille toimijoille ja myös tavallisille kansalaisille.<sup>40</sup>

Edellä kuvattua varsin tiivistä esitystä oikeusdogmatiikan eli lainopin määritelmästä voidaan pitää metodologisena lähtökohtana myös tälle tutkielmalle. Tutkielman tavoitteena on selvittää hankintasäännösten tulkintalinjoja keskittyen erityisesti hyvitysmaksun edellytyksiin ja hyvitysmaksun rooliin oikeusturvan toteuttajana julkisissa hankinnoissa. Tällä pyritään lainopin määritelmään nojaten myös käytännön tarpeiden tyydyttämiseen luomalla yhtenäinen ja kattava esitys julkisten hankintojen oikeusturvajärjestelmän systematiikasta ja tulkinnasta, ottaen samalla huomioon myös sääntelystä esille nousevat kehitystarpeet.

Oikeudenalojen perusjaottelussa tutkielma sijoittuu julkisoikeuden alalle. Pääosin kyseeseen tulee valtiosisäinen julkisoikeus, vaikka elementtejä kansainvälisestäkin julkisoikeudesta tulee huomioiduksi ylikansallisten hankintasäännösten myötä. Liikuttaessa syvemmälle oikeudenalojen jaottelussa tutkielman sijainti voidaan vielä tarkentaa julkisten hankintojen laajasta sääntelypiiristä sekä oikeudenalojen lähentymisestä huolimatta valtio-oikeuden ja erityisesti erityishallinto-oikeuden tasolle. Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) mukaan hankintoihin liittyvistä seuraamuksista päättää erityisenä hallintotuomioistuimena toimiva markkinaoikeus.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Husa 1995: 143, oikeudellisen tutkimuksen jaottelu teoksesta Kultalahti 1990: 74.

<sup>40</sup> Emt. 134–135.

<sup>41</sup> Husan 1995: 2–3 oikeudenalojen perusjakoa tulkiten.

Tutkielman lähdeaineistona tullaan käyttämään lainopin peruseriaatteiden mukaan pääosin lainsäädäntöä esitöineen, oikeuskäytäntöä<sup>42</sup> sekä soveltuvin osin tukeudutaan myös oikeuskirjallisuuden antiin. Hankintasäännöksistä pääpaino tulee olemaan lailla julkisista hankinnoista (348/2007) sekä siihen liittyvällä hallituksen esityksellä laeiksi julkista hankinnoista 50/2006 vp. Toinen keskeinen lainsäädäntöä valmisteleva asiakirja on HE 69/1997, jonka pojalta hyvitysmaksusäntely alun perin otettiin käyttöön. Hyvitysmaksusäntelyn mahdollistama laaja tapauskohtainen harkintavalta tekee oikeuskäytännön roolista lähdeaineistona huomattavan suuren.

Tarvittaessa tarkasteluun otetaan myös Euroopan unionin tasoinen sääntely hankintadirektiivien sekä uuden oikeussuojadirektiivin muodossa. Lähtökohtaisesti niiden sääntely kuitenkin on jo implementoitu osaksi kansallista lainsäädäntöä, jolloin niiden rooli jää tiettyssä mielessä lainvalmisteluaineiston tasolle. Hyvitysmaksun ollessa vielä lähes täysin kansallisen lainsäädäntökoneiston tuotos, vähenee ylikansallisen sääntelyn merkitys entisestään. Direktiivien soveltamiseen läheisesti liittyvä EU-oikeuden tulkintavaikutus<sup>43</sup> voi kuitenkin tulla kyseeseen hankintalain oikeusturvakeinojen osalta.<sup>44</sup> Korkein hallinto-oikeus on toisaalta hylännyt asianosaisen vaatimuksen pyytää ennakkoratkaisua Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta hyvitysmaksua koskevassa asiassa<sup>45</sup>.

Mahdollisia tulevia muutoksia hankintasäännöksiin tullaan tarkastelemaan vireillä olevan lakiuudistuksen<sup>46</sup> kautta, perustuen pitkälti EU:n uuteen em. oikeussuojadirektiiviin. Sen kansallisen täytäntöönpanon määräajaksi on asetettu 20.12.2009 (Parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY s. 46)<sup>47</sup>. Uudistetusta hankintalainsäädännöstä löytyy valtavasti oikeuskirjallisuutta ja tätä tullaan tutkielmassa käyttämään hyväksi luodessa sitä oikeudellista viitekehystä, johon tutkielmassa tullaan tukeutumaan. Erityisesti hyvitysmaksuun liittyen keskeisenä taustamateriaalina tutkielmassa tulevat olemaan Mika Savolan vuonna 2000 julkaistu artikkeli silloin vasta hiljattain käyttöön otetusta

<sup>42</sup> Oikeuskäytäntö pääosin markkinaoikeuden hankinta-asioiden ratkaisutietokannasta (<http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/13986.htm>), josta seulottu hyvitysmaksua käsittelevät ratkaisut.

<sup>43</sup> Siitari-Vanne 2005: 559.

<sup>44</sup> Ks. Aer 2000: 222–223 EU-oikeuden suhteesta kansalliseen lainsäädäntöön.

<sup>45</sup> Ks. KHO 2006: 49.

<sup>46</sup> ks. HE 190/2009 vp. Kirjoitushetkellä vielä voimassa JulkHanKL 348/2007, merkittävimmät toteutuvat uudistukset on mahdollisuuksien mukaan huomioitu myös tässä tutkielmassa.

<sup>47</sup> Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 30.4.2010/321 tulee voimaan 1.6.2010.

uudesta oikeusturvakeinosta sekä Kirsi-Maria Saarisen (2008) teos vahingonkorvauksista julkisissa hankinnoissa.

## 1.6. Tutkielman rakenne

Julkisten hankintojen sääntelyä voidaan kokonaisuuden kannalta pitää varsin monimutkaisena sekä sääntelyalaltaan laajana. Tämä on ymmärrettävää jo julkisten hankintojen rahallisen kokonaisarvon perusteella. Tämä tutkielma tulee painottumaan hankintalain (348/2007) mukaisiin oikeusturvakeinoihin ja näistä erityisesti hyvitysmaksuun ja sen määräämisen edellytyksiin. Tutkielman johdannossa käydään läpi julkisia hankintoja koskevan sääntelyn kehitystä ja sisältöä pääpiirteittäin tutkielman viitekehyksen määrittämiseksi. Johdannossa esitellään myös tutkielman keskeisimmät käsitteet, tutkimusaineisto sekä tutkimusmenetelmät.

Tutkielman toisessa luvussa keskitytään hankintalain mukaisten oikeusturvakeinojen ytimekkääseen läpikäyntiin. Pääpaino on tässä kohtaa sääntelyn taustan ohella markkinaoikeuden ensisijaisissa oikeusturvakeinoissa eli ns. reaaliikeinoissa<sup>48</sup>, joiden käyttöön markkinaoikeuden tulee toiminnassaan aina lähtökohtaisesti pyrkiä hyvitysmaksun määräämisen sijaan. Reaaliikeinojen käsittely tulee tutkielman kannalta relevantiksi siinä vaiheessa, kun hyvitysmaksun määräämiseen päädytään siitä syystä, että näiden keinojen haitat koituisivat toimenpiteiden hyötyjä suuremmiksi. Näissä tilanteissa on siten tärkeä ymmärtää, minkälaiseen punnintaan ja minkälaiden vaihtoehtojen harkitsemiseen markkinaoikeuden ratkaisut perustuvat. Luvussa käsitellään myös lyhyesti Euroopan unionin uutta oikeussuojadirektiiviä sen myötä lainsäädäntöön tulevien uudistusten valossa.

Kolmannessa luvussa tarkastelu siirtyy em. ensisijaisista oikeusturvakeinoista kohti tutkielman keskeisimpiä kysymyksiä hyvitysmaksusääntelyn taustojen sekä erityispiirteiden tullessa käsittelyyn. Luvussa esitellään lyhyesti hyvitysmaksusääntöön liittyvä historia sekä ennen kaikkea ne tavoitteet, joiden takia hankinta-asioiden parissa on pää-

---

<sup>48</sup> Ks. luku 2.2. tarkemmin reaaliikeinojen määrittelystä.

tetty ottaa käyttöön kyseinen sääntely. On huomattavaa, että koko Euroopan unionin katsannossa hyvitysmaksusääntely on Suomessa lajissaan ainutlaatuinen. Tässä yhteydessä tarkastellaan hyvitysmaksun suhdetta myös siitä ainakin prosessuaalisesti irralliseen toiseen oikeusturvakeinoon, eli EU:n direktiivien edellyttämään vahingonkorvaukseen julkisissa hankinnoissa.

Neljännän luvun tarkastelu liittyen todellisen voittomahdollisuuden problematiikkaan on lähtökohtaisesti koko tutkielman ydinaluetta, mikä tekee siitä myös sisällöllisesti laajimman. Keskeisintä on yrittää mahdollisimman tyhjentävästi eritellä yhtäältä niitä tekijöitä, jotka puoltavat todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloa, ja toisaalta niitä, joiden perusteella tämä kriteeri ei täyty. Ratkaisua haetaan oikeusdogmaattisen metodin opein ensisijaisesti hankintasäännöksistä, lainvalmisteluaineistosta sekä oikeuskäytännöstä. Tässä kohtaa pyritään löytämään johdonmukainen tulkintalinja markkinaoikeuden ja/tai korkeimman hallinto-oikeuden päätöksistä sekä löytämään syitä ja perusteita mahdollisiin epäjohdonmukaisuuksiin.

Viidennessä luvussa tarkastellaan hankintalain 76.2 §:n mukaisia tilanteita, joissa ns. ensisijaisten oikeusturvakeinojen käyttö saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteestä koituvat hyödyt olisivat. Kyseinen hyötyjen ja haittojen punnintasäännös on sikälikin varsin mielenkiintoinen, että lain esitöissä ei suoraan eritellä tilanteita, joissa säännös voisi tulla sovellettavaksi<sup>49</sup>. Keskeistä on eritellä ne tilanteet, joissa asia muutoksenhakuelimessä käsitellään hyvitysmaksuasiana muidenkin keinojen vielä ollessa mahdollisia.

Samassa katsannossa tarkasteluun otetaan myös tilanteet, joissa ensisijaisiin oikeusturvakeinoihin turvautuminen on estynyt siitä syystä, että hankintasopimus on tehty ennen hakemuksen tekemistä markkinaoikeuteen. Tällaisia tilanteita on sääntelyä muuttamalla pyritty estämään ottamalla käyttöön ns. odotusaikasääntely hankintapäätöksen ja varsinaisen hankintasopimuksen tekemisen välille. Tilanne on kehittynyt oikeusturvan tehokkuuden kannalta huomattavasti parempaan suuntaan hyvitysmaksusääntelyn alkua ajoista, sillä aikaisemmin kilpailuneuvostolla ei ollut lainkaan toimivaltaa tutkia hankin-

---

<sup>49</sup> Saarinen 2008: 73.

tasopimuksen tekemisen jälkeen saapuneita hakemuksia. Myös uudessa EU:n oikeus-suojadirektiivissä tällaiset epäkohdat ovat saaneet suuren huomion.

Johtopäätöksissä kootaan yhteen varsinaisten käsittelykappaleiden ydinajatuksia sekä pyritään tiivistetysti kertaamaan löydettyjä vastauksia asetettuihin tutkimuskysymyksiin. Lopuksi pohditaan vielä hyvitysmaksusääntelyn toimivuutta yleisellä tasolla sekä pyritään esittämään mahdollisia tulevaisuuden muutoshaasteita sekä kehitysehdotuksia sääntelyyn liittyen. Tutkielman pohjalta havaittuja, hyvitysmaksusääntelyyn liittyviä mahdollisia epäkohtia arvioidaan myös lähiaikoina voimaan tulevan lakiuudistuksen näkökulmasta.

## 2. HANKINTALAIN OIKEUSTURVAJÄRJESTELMÄ

### 2.1. Oikeusturvakeinojen sääntely

Kansallisella tasolla julkisten hankintojen sääntely keskittyy pääosin lakiin julkisista hankinnoista (348/2007) sekä valtioneuvoston asetukseen julkisista hankinnoista (24.5.2007/614), jossa on annettu tarkempia säännöksiä lähinnä EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen teknisiin yksityiskohtiin liittyen. Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen hankinnoista säädetään ns. erityisalojen hankintalailla (349/2007), mutta sitä ei tässä tutkielmassa oteta tarkempaan käsittelyyn siitä syystä, että näissäkin hankinnoissa oikeusturvakeinojen osalta sovelletaan, mitä hankintalaissa (348/2007) säädetään (Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 61 §).

Euroopan unionin hankintadirektiivit ovat myös keskeinen osa julkisten hankintojen sääntelyä, mutta tässä kohtaa lähtökohtana voidaan pitää sitä, että direktiivien vaatimukset on täytetty kansallisen täytäntöönpanon yhteydessä ja näin ollen ei ole tarkoituksenmukaista erikseen nostaa esiin direktiivien yksittäisiä säännöksiä hankintoihin liittyviä määräyksiä tarkastellessa. Sääntelytaustaltaan hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot kuitenkin ovat jo ennen lakiuudistusta perustuneet pääosin EU:n ministerineuvoston ns. valvontadirektiiveihin (89/665/ETY ja 92/13/ETY).<sup>50</sup> Näistä ensin mainitussa säädetään yleisistä tavara- ja palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin liittyvistä oikeusturvakeinojen minimiehdoista, kun jälkimmäinen puolestaan koskee erityisalojen hankintojen oikeusturvakeinoja. Kansallisessa sääntelyssä oikeusturvakeinot ovat kuitenkin siis yhtäläiset, hankintalain säännösten määritellesä myös erityisalojen hankintoihin sovellettavat keinot.<sup>51</sup>

Julkisissa hankinnoissa sovellettavista oikeusturvakeinoista säädetään kansallisesti hankintalain (348/2007) 11 luvussa. Tämän tutkielman kannalta keskeisin luvun säännöksistä on 76 §, jossa säädetään markkinaoikeuden määräämistä seuraamuksista. Markkinaoikeus voi hakemuksesta ryhtyä säännöksen mukaisiin toimenpiteisiin, mikäli han-

<sup>50</sup> HE 50/2006 vp. s. 6–7.

<sup>51</sup> Ks. edellä erityisalojen hankintalaki 61 §.

kinnassa on menetelty hankintalain tai sen nojalla annetun muun säännöksen, Euroopan yhteisön lainsäädännön taikka WTO:n julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesti (JulkHankL 76.1 §). Tässä luvussa tullaan esittelemään keskeisiltä osin markkinaoikeudella käytössä olevat ensisijaiset oikeusturvakeinot<sup>52</sup>, joilla voidaan tosiasiallisesti puuttua virheelliseen hankintamenettelyyn ja velvoittaa hankintayksikkö korjaamaan virheellinen menettelynsä. Näiden keinojen käyttöön markkinaoikeuden tulee myös seuraamuksia määrätessään ensisijaisesti pyrkiä<sup>53</sup>.

Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvien ensisijaisten oikeusturvakeinojen esittelyllä pyritään lähinnä selventämään julkisten hankintojen oikeusturvajärjestelmän systemaatiikkaa, sillä näiden toimenpiteiden käyttö on suurimmassa osassa tapauksia oleellisesti sidoksissa hyvitysmaksusäätelyyn ja hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiin. Oikeuskäytännön mukaan hyvitysmaksua ei esimerkiksi voida määrätä tilanteissa, joissa markkinaoikeus on pystynyt velvoittamaan hankintayksikön korjaamaan virheelliseen hankintamenettelyyn<sup>54</sup>. Tämä korkeimman hallinto-oikeuden tulkintalinjaa on perusteltu sillä, että mikäli menettelyn korjaavat toimenpiteet ovat mahdollisia, ei hyvitysmaksun määräämiselle ole enää perusteita. Hankintaprosessissa virheellisestä menettelystä kärsinyt asianosainen kun saa tällöin uuden mahdollisuuden päästä hankinnan toteuttajaksi.

## 2.2. Ensisijaiset oikeusturvakeinot

Hankintalain 76.1 §:n kohdat 1–3 määrittävät julkisissa hankinnoissa ensisijaisesti käytettävät oikeusturvakeinot. Näitä kutsutaan myös reaalikeynoiksi siitä syystä, että ainoastaan niillä voidaan tosiasiallisesti puuttua virheellisesti suoritettuihin hankintamenettelyihin. Pykälän mukaan markkinaoikeus voi hakemuksesta – hankintasäännösten tultua rikotuiksi – 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan, 2) kieltää hankintayksikköä soveltamasta jotain tiettyä hankintaa koskevan asiakirjan kohtaa tai noudattamasta virheellistä menettelyä taikka 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan vir-

---

<sup>52</sup> Ks. Saarinen 2008:65–67 ensisijaisten oikeusturvakeinojen suhteesta hyvitysmaksuun.

<sup>53</sup> HE 50/2006 vp. s. 119.

<sup>54</sup> KHO 649/2000. Huom! Mikäli hankinta sisältää useita kokonaisuuksia, voi hyvitysmaksua määrätä jo toimeenpantujen kohteiden osalta, ja muuten käyttää reaalikeynoja, ks. esim.. MAO 185/2003.



heellisen menettelynsä. Näistä kohtia 1 ja 3 sovelletaan käytännössä yhtäaikaista, mutta kaikki kolme keinoa muodostavat muuten tyhjentävän luettelon mahdollisuuksista puuttua hankintamenettelyssä havaittuihin virheellisyyksiin<sup>55</sup>.

Markkinaoikeudella ei näin ollen ole esimerkiksi valtuuksia velvoittaa hankintayksikkö valitsemaan jokin tietty tarjoaja virheellisesti valitun tarjoajan sijaan<sup>56</sup>. Tämä seikka on johdettavissa jo hallintoprosessin perimmäisestä tavoitteesta toimia hallinnon (jälkikäteisen) oikeusturvan toteuttajana sekä hallinnon lainalaisuuden valvojana. Tällöin markkinaoikeuden käsitellessä ei ole syytä korostaa tavoiterationaalista toimintaa, vaan huomion tulee keskittyä hankintamenettelyn lainmukaisuuden sekä kyseessä olevan viranomaisen toimivallan ja harkintavallan rajojen arvioimiseen.<sup>57</sup>

Toisaalta asia voitaneen tulkita myös niin, että markkinaoikeuden osoittaessa monissa ratkaisuisaan epäsuorasti virheettömän hankintaprosessin lopputuloksen, voidaan se tulkita käytännössä myös em. velvoitukseksi valita jokin tietty tarjoaja. Tällainen todennäköisen tarjouskilpailun voittajan arviointi koskee kuitenkin lähinnä hyvitysmaksutapauksia, koska reaalikeynojen käyttämisen mahdollistamissa tapauksissa riittää yleensä hankintamenettelyssä todettu virhe. Ensisijaisia oikeusturvakeinoja ei kuitenkaan sovelleta tapauksissa, joissa toimenpiteiden haitat koituisivat hyötyjä suuremmiksi.<sup>58</sup>

Käytännössä reaalikeynoja pyritään käyttämään ainoastaan siinä laajuudessa mikä on tarpeellista tehtyjen menettelyvirheiden eliminoimiseksi. Tällöin markkinaoikeuden tulee ensin paikantaa hankintamenettelystä ne vaiheet, jossa virheet ovat tapahtuneet. Tämän jälkeen voidaan arvioida, riittääkö tapauksessa esimerkiksi uuden tarjouskilpailun suorittamiseen velvoittaminen, vai täytyykö hankintapäätös kumota kokonaisuudessaan täysin uutta menettelyä varten. Huomionarvoista on kuitenkin se, että hankintayksikköä ei voida ehdottomasti velvoittaa suorittamaan uutta hankintamenettelyä. Velvoitus kos-

---

<sup>55</sup> HE 50/2006 vp. s. 119 mukailten.

<sup>56</sup> HE 50/2006 vp. s. 119.

<sup>57</sup> Ks. lisää hallintoprosessin tehtävistä ja tavoitteista Mäenpää 2007: 14–16.

<sup>58</sup> Aalto-Setälä ym. 2008: 807. Tällöin harkittavaksi jää hyvitysmaksun määrääminen.

kee ainoastaan tilanteita, joissa ”hankintayksikkö jatkaa hankintaa julkisena hankintana”.<sup>59</sup>

Reaalikeinojen käytön mahdollisuus on ainakin teoriassa parantunut huomattavasti oikeusturvakeinoihin tehtyjen lakiuudistusten myötä. Alkuvaiheessa (lähinnä kilpailuneuvoston aika) säännöksiä pystyttiin kiertämään tekemällä hankintasopimus mahdollisen nopeasti hankintapäätöksen jälkeen, jolloin asiaan puuttuminen ei enää millään tavalla kuulunut kilpailuneuvoston tai myöhemmin markkinaoikeuden toimivaltaan. Sitten sääntelyyn saatettiin kiireellisesti voimaan muutos<sup>60</sup>, joka toi hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen allekirjoituksen välille 21 vuorokauden odotusajan, jonka aikana hankintapäätöstä ei voitaisi laittaa täytäntöön. Tämä uudistus lisäsi merkittävästi markkinaoikeuden mahdollisuuksia puuttua virheellisiin hankintamenettelyihin reaalikeinojen turvin. Hankintalain (348/2007) voimaantullessa odotusaika vahvistettiin kuitenkin koskemaan ainoastaan EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja, koska sekä hankintayksiköt että tarjoajat pitivät vähemmän merkittävässä hankinnoissa odotusaikaa tarpeettomana.<sup>61</sup> Ensisijaisten oikeusturvakeinojen käytön kannalta muutos oli kuitenkin jälleen askel huonompaan suuntaan.

Hankinta-asioiden oikeuskäytäntöä tarkastellessa voi helposti päätyä sellaiseen lopputulokseen, että toistaiseksi ainakaan ensisijaisten oikeusturvakeinojen järjestelmä ei ole kovin tehokkaasti toiminut. Tämän voidaan katsoa johtuvan lähinnä kahdesta eri tekijästä. Ensinnäkin hankintasopimuksen allekirjoittaminen on estänyt markkinaoikeuden puuttumisen reaalikeinojen avulla hankintamenettelyiden virheellisyyksiin. Toisaalta reaalikeinot ovat käyneet tehottomiksi markkinaoikeuskäsittelyn viivästymisen ja sitä kautta hankintakausien kulumisen takia. Nähtäväksi jää, kuinka lainsäädännön uudistaminen vaikuttaa näiden ongelmien ilmenemiseen jatkossa. Lähtökohtaisesti niille on ainakin annettu suuri painoarvo uusia säädöksiä valmistellessa.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Aalto-Setälä ym. 806–809.

<sup>60</sup> Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 21/2005, annettiin kiireellisenä perustuen ensimmäisen valvontadirektiivin 89/665/ETY sekä EY:n tuomioistuimen päätöksen C-81/98 Alcatel Austria AG ym v. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr tulkintaan. Ks. myös Bovis 2007: 414.

<sup>61</sup> Saarinen 2007: 53.

<sup>62</sup> Ks. HE 190/2009 vp. johdanto-osuus.

### 2.3. Uuden oikeussuojadirektiivin vaikutukset

Vaikka hyvitysmaksun määrääminen hankintasäännösten rikkomisesta johtuen on käytännössä Euroopan unionin antamiin hankintadirektiiveihin perustumaton oikeusturva-keino<sup>63</sup>, on tässä kohtaa kuitenkin oleellista käydä läpi myös uuteen oikeussuojadirektiiviin perustuvat muutokset hankintalain uudistamisessa. Tämä siitä johtuen, että uusien säännösten tulisi parantaa edelleen muutoksenhakutoimielinten mahdollisuuksia puuttua virheellisiin menettelyihin reaali-keinoja käyttäen, jolloin hyvitysmaksun toissijaisuuden tulisi entisestään korostua. Yleisellä tasolla voidaan todeta, että oikeussuojadirektiivin keskeiset tavoitteet liittyvät nopeiden ja tehokkaiden (ensisijaisten) oikeusturvakeinojen kehittämiseen sekä sen varmistamiseen, että hankintadirektiivien 2004/18/EY ja 2004/17/EY tavoitteet saadaan viimein toteutumaan käytännön hankintatoiminnassa<sup>64</sup>. Tärkeää on kuitenkin huomata, että oikeussuojadirektiivin mukaiset uudet oikeusturva-keinot koskevat pääosin ainoastaan ns. EU-kynnysarvot ylittäviä, em. kahden hankintadirektiivin sääntelyalaa kuuluvia hankintoja.<sup>65</sup>

Hankintalain viimeisintä uudistusta valmistelemissä asiakirjoissa käsitellään oikeussuojadirektiivistä johtuvien muutosten lisäksi myös suoraan hyvitysmaksuun liittyviä uudistuksia. Näistä merkittävin on ylärajan asettaminen hyvitysmaksun suuruudelle, johon lähinnä perustuslain 2.3 §:n vaatimuksesta hallinnollisten sanktioiden määrääntymisperusteisiin. Hyvitysmaksun ylärajaksi ehdotetaan kymmentä prosenttia hankinnan arvosta, eikä tätä rajaa voitaisi ylittää kuin erityisestä syystä.

Hyvitysmaksun määräämisen edellytykset pysyisivät käytännössä samoina, mutta hyvitysmaksua ei hallituksen esityksen mukaan enää voitaisi määrätä tilanteissa, joissa hankintayksikkö on oma-aloitteisesti päättänyt pidättäytyä hankintapäätöksen toimeenpanosta markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi. Tällainen menettely mahdollistaisi sen, ettei hankintayksikköä voitaisi enää rangaista taloudellisella sanktiolla siitä johtumattomasta syystä. EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin voitaisiin hyvitysmaksun sijaan soveltaa

---

<sup>63</sup> Vrt. vahingonkorvaussääntely JulkHankL 84 §, joka perustuu ensimmäiseen valvontadirektiiviin 665/89/ETY.

<sup>64</sup> Parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY s. 31–32.

<sup>65</sup> Ks. esim. HE 190/2009 vp. s. 58–78 oikeusturvakeinojen sääntelystä uudistetussa hankintalaissa.

ensisijaisesti myös uusia tehottomuus-, seuraamusmaksu- ja sopimuskauden lyhentämisseuraamuksia.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> HE 190/2009 vp. s. 69–70.

### 3. HYVITYSMAKSUN ERITYISPIIRTEET

Hyvitysmaksun määrääminen on julkisten hankintojen sääntelypiiriin kuuluva, markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluva lähtökohtaisesti toissijainen oikeusturvakeino. Sitä ei määrätä aina hankintasäännösten tullessa rikotuiksi. Sitä ei myöskään määrätä viran puolesta, vaan asianosaisten tulee sitä nimenomaisesti vaatia. Tähän liittyen markkinaoikeus kuitenkin käytännössä pyytää asianosaista täydentämään hakemustaan hyvitysmaksuvaatimuksella, mikäli hakemus on koskenut ainoastaan reaalikeytojen käyttöä<sup>67</sup>. Hyvitysmaksun perusidea hankintayksikköä sanktioivana sekä hakijalle vahinkoja korvaavana suorituksena on pysynyt samana aina sen käyttöönotosta uusimpiin lakiuudistuksiin saakka.<sup>68</sup> Tässä luvussa on tarkoitus tarkastella yleisesti hyvitysmaksusääntelyn kehitystä sekä luoda kokonaiskuva niistä tarkoituspereistä, joita sääntelyn taustalla voidaan nähdä. Samalla luodaan myös pohja seuraavien lukujen yksityiskohtaiselle tarkastelulle hyvitysmaksun määräämisen edellytyksistä lähinnä oikeuskäytännöstä esiin nousevien erilaisten virheellisten hankintamenettelyjen osalta.

#### 3.1. Hyvitysmaksusääntelyn kehitys

Vanhan hankintalain (Laki julkisista hankinnoista 23.12.1992/1505, myöh. JulkHankL 1992) säädöksistä ei vielä löytynyt varsinaista hyvitysmaksusäännöstä, vaan ainoana taloudellisia vahinkoja korvaavana oikeusturvakeinona toimi yleisessä tuomioistuimessa erikseen ajettava, silloisen lain 8 §:n mukainen vahingonkorvauskanne. Säännös oli perua EY:n ensimmäisen valvontadirektiivin oikeusturvakeinoille asetetuista minimivaatimuksista. Kilpailuneuvoston toimivalta mahdollisti ainoastaan – myös voimassa olevan sääntelyn mukaiset ensisijaiset – kolme seuraamusta: hankintayksikön päätöksen poistaminen kokonaan tai osittain, hankinta-asiakirjan kohdan tai virheellisen hankintamenettelyn noudattamisen kieltäminen ja hankintayksikön velvoittaminen korjaamaan virheellinen menettely (JulkHankL 1992 9 §) Sääntelyn ei kuitenkaan tässä vaiheessa katsottu riittävästi turvaavan ensinnäkään hankintadirektiivien tavoitteiden toteutumista

---

<sup>67</sup> Aalto-Setälä ym. 2008: 808.

<sup>68</sup> Ks. esim. HE 69/1997 vp. luku 2.1. ja HE 190/2009 vp. s. 69.

eikä toisaalta oikeusturvakeinoja nähty ylipäättään riittävän tehokkaiksi oikeussuojaa hakevien näkökulmasta<sup>69</sup>.

Vanhaa hankintalakia muutettiin 1.3.1998 voimaan tulleella lailla (Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta 19.12.1997/1247), ja lain merkittävimpiä uudistuksia olivat hyvitysmaksun käyttöönotto kokonaan uutena oikeusturvakeinona sekä kilpailuneuvoston toimivallan laajentaminen. Kilpailuneuvosto voisi lain voimaantulon jälkeen alkaneissa hankintaprosesseissa määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Säännöksen sanamuoto tulisi vastaamaan myös hankintadirektiivien vahingonkorvauksiin yhdistettyä määritelmää ”*would have had a real chance of winning the contract*” korvauksiin oikeutetuista asianosaisista<sup>70</sup>.

Hyvitysmaksu toimisi (toissijaisena) oikeusturvakeinona tilanteissa, joissa jo ennen lakiuudistusta voimassa olleiden ensisijaisten toimenpiteiden käyttö saattaisi aiheuttaa itse hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle enemmän haittaa kuin mitä toimenpiteistä koituisi hyötyä. Näiden hyötyjen ja haittojen arviointi jää viime kädessä aina markkinaoikeuden harkinnan varaan, sillä hankintalakia koskevista valmisteluasiakirjoista ei tarkempia täsmennyksiä ole löydettävissä. Tässä kohtaa voidaan kuitenkin olettaa, että kilpailuneuvoston (markkinaoikeuden) harkintavaltaa ohjaa myös yleisesti hallintotoimintaa ohjaava suhteellisuusperiaate. Näin ollen toimenpiteisiin tulee ryhtyä vain siinä laajuudessa, kuin on asiassa intressin omaavien oikeussuojan kannalta tarpeellista.<sup>71</sup> Tämän lisäksi suhteellisuusperiaatteen huomioiminen varmistaa sen, että toimenpiteiden vaikutukset ovat järkevässä ja kohtuullisessa suhteessa toimenpiteiden seurauksiin<sup>72</sup>.

Ensisijaisena oikeusturvakeinona hyvitysmaksu toimisi tilanteissa, joissa hakemus kilpailuneuvostoon on tehty vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.<sup>73</sup> Käytännössä minkään muun oikeusturvakeinon soveltaminen kun ei näissä tilanteissa ollut enää

<sup>69</sup> HE 69/1997 vp. Luku 1.3.2 Oikeusturvakeinot.

<sup>70</sup> Toinen valvontadirektiivi 2 artiklan 1 kohta

<sup>71</sup> Ks. Mäenpää 2000: 196–202 hallintotoimintaa ohjaavista oikeusperiaateista.

<sup>72</sup> Aer 2000: 230.

<sup>73</sup> Savola 2000: 231.

mahdollista. Aikaisemmin kilpailuneuvoston toimivalta rajoittui ainoastaan hankintoihin, joissa hankintasopimusta ei vielä ollut tehty. Tämä kavensi monissa tapauksissa todellisia mahdollisuuksia puuttua virheellisiin menettelyihin, sillä hankintayksiköt pystyivät kiertämään sääntelyä kiirehtimällä hankintasopimuksen allekirjoitusta.<sup>74</sup> Uudistuksen myötä hyvitysmaksusta tuli mahdollinen oikeusturvakeino tilanteisiin, joissa hankintasopimus oli tehty siitä huolimatta, että hakemus kilpailuneuvostoon oli tehty säädetyn määräajan (14 vrk) kuluessa hankintapäätöksen tiedoksisaannista.<sup>75</sup>

Hyvitysmaksun käyttöönottoa perusteltiin lain valmisteluvaiheessa periaatteessa kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin sillä haluttiin tehostaa hankintasäännösten noudattamista sekä tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden toteutumista asettamalla virheelliseen menettelyyn syyllistyneelle hankintayksikölle sanktionluontoinen korvausvelvollisuus. Toisaalta hyvitysmaksulla voidaan turvata syrjityksi tulleen tarjoajan/ehdokkaan oikeus saada korvausta kärsimästään vahingosta ilman (välttämättömiä) erillisiä oikeusprosesseja yleisessä tuomioistuimessa. Hyvitysmaksun suuruus jätettiin tässä vaiheessa pääosin kilpailuneuvoston ja korkeimman hallinto-oikeuden harkintavaltaan, sillä lain esitöissä todetaan ainoastaan maksun suuruuden määräytyvän hankintayksikön virheen laadun, hankinnan suuruuden sekä kärsityn vahingon perusteella.<sup>76</sup>

Markkinaoikeus aloitti toimintansa 1.3.2002 voimaan tulleen markkinaoikeuslain (12.12.2001/1527) nojalla. Kyseisen lain mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluu muiden ohella ne asiat, jotka määrätään sen toimivaltaan kuuluviksi julkisista hankinnoista annetussa laissa (MaOL 1.1, 3 §). Tämän johdosta lakia julkisista hankinnoista uudistettiin jälleen lailla julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (28.12.2001/1530) sääntelyn yhdenmukaistamiseksi. Hyvitysmaksusäännökset eivät tässä kohtaa sisällöllisesti muuttuneet, toimivalta ainoastaan siirrettiin kilpailuneuvostolta markkinaoikeudelle. Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvat kuitenkin ainoastaan ne julkisiin hankintoihin liittyvät asiat, joissa on menetelty nimenomaan hankintalain säännösten vastaisesti. Näin ollen esimerkiksi kuntalakiin tai hallintolainkäyttölakiin perustuvat oikaisuvaatimukset ja valitukset jäävät tämän tutkielman kohdalla tar-

<sup>74</sup> HE 69/1997 yleisperusteluja mukaillen.

<sup>75</sup> HE 69/1997.

<sup>76</sup> Savola 2000: 230–232. HE 69/1997 mukaillen.

kastelun ulkopuolelle. Myöskään hankintaan avustusta myöntäneen tahon velvoitus kilpailuttaa hankinta hankintalain säännösten mukaisesti ei tee asiasta markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaa.<sup>77</sup>

### 3.2. Hyvitysmaksusäännöksen tavoitteet

Hyvitysmaksun käyttöönotolle oikeusturvakeinona julkisissa hankinnoissa on löydetty useita perusteita. Lähtökohtaisesti sillä haluttiin tehdä mahdolliseksi hankintalain vastaisesti menetelleen hankintayksikön hallinnollinen sanktiointi. Tämän lisäksi tavoiteltiin kaikkien julkisiin hankintoihin liittyvien muutoksenhakuprosessien keskittämistä markkinaoikeudelle. Tällaisen muutoksen katsottiin vähentävän prosessikustannuksia yhtäältä muutosta hakevan toimijan ja toisaalta viranomaistahojen näkökulmasta.<sup>78</sup> Keskeistä on myös huomata, että hyvitysmaksusta tuli sen käyttöönottovaiheessa kilpailuneuvostolle ainoa keino puuttua sellaisiin virheellisiin hankintamenettelyihin, joissa hankintasopimus oli jo allekirjoitettu muutoksenhausta huolimatta. Sääntelyllä pyrittiin näin ollen myös osaltaan tehostamaan hankintasäännösten noudattamista.

Hyvitysmaksusäännöksen tavoitteita voidaan löytää myös sen alkuperäisestä ideasta sekä sanktio- että korvausluonteisena maksusuorituksena<sup>79</sup>. Maksun sanktioluonteisuus perustuu luonnollisesti siihen, että hyvitysmaksun määräämisellä rangaistaan hankintayksikköä hankintalain vastaisesta menettelystä. Maksua määrättäessä ja sen suuruutta harkittaessa tulee ottaa huomioon mm. hankintayksikön tekemän virheen tai laiminlyönnin laatu (JulkHankL 76.2 §), mikä osaltaan tuo esiin hyvitysmaksun sanktioluonetta.<sup>80</sup>

Hyvitysmaksun toinen ominaisuus eli sen korvausluonteisuus ilmenee siinä, että maksu osoitetaan nimenomaan vahinkoa kärsineelle, virheettömässä menettelyssä todellisen voittomahdollisuuden omanneelle toimijalle. Tähän voidaan tulkita viitattavan etenkin

---

<sup>77</sup> Ks. Pohjonen 2002: 170–171 markkinaoikeuden toimivallan sidonnaisuudesta hankintalakiin.

<sup>78</sup> Saarinen 2008: 67–68 ja Aalto-Setälä ym. 2008: 808–809.

<sup>79</sup> Ks. HE 69/1997 vp. hyvitysmaksun luonteen määrittelmä.

<sup>80</sup> Vrt. emt. s. 68.



hankintalain 76.2 §:n kohdassa, jossa mainitaan maksun suuruuden riippuvan myös hakijalle aiheutuneista kustannuksista ja kärsityn vahingon suuruudesta. Näihin voidaan hallituksen esityksen mukaan katsoa kuuluvan mm. menettelyyn osallistumisesta aiheutuneet kustannukset sekä saamatta jäänyt liikevoitto. Seuraavassa alaluvussa tullaan tarkemmin tarkastelemaan niitä tilanteita, joissa vahingonkorvauskannetta ajetaan markkinaoikeuskäsittelyn rinnalla. Etenkin Saarinen (2008) näkee tällaisissa tilanteissa hyvitysmaksun luonteeseen liittyviä epäjohtonmukaisuuksia.

Kaiken kaikkiaan hyvitysmaksua voidaan pitää luonteeltaan varsin erityislaatuisena oikeusturvakeinona. Sen ominaisuudet ovat jossain määrin verrattavissa muiden lakien tuntemiin hyvityksiin, vertailukohtana oikeuskirjallisuudessa on käytetty mm. tasarvolain (609/1986) 11 §:n mukaista hyvitystä. Koska hyvityksen määrääminen ei varsinaisesti edellytä vahinkojen toteutumista, sitä ei voida eikä tulekaan pitää vahingonkorvauksena<sup>81</sup>. Se ei ole verrattavissa myöskään kilpailunrajoituslain 7 §:n mukaiseen seuraamusmaksuun, koska siinä järjestelmässä maksu suoritetaan valtiolle ja se on useimmiten määrätty (yksityiselle) elinkeinonharjoittajalle<sup>82</sup>. Yleisellä tasolla hyvityksillä voidaan periaatteessa katsoa korvattavan asianosaiselle aiheutunutta muuta kuin taloudellista haittaa, jolloin se voidaan lähtökohtaisesti ottaa huomioon myös vahingonkorvausta harkittaessa.<sup>83</sup>

### 3.3. Hyvitysmaksun määräämisen perusteet

Hyvitysmaksun määrääminen edellyttää ensinnäkin, että hankinnan jossain vaiheessa on menetelty hankintasäännösten vastaisesti. Toisaalta tämän todetun virheen tulee keskeisesti liittyä hyvitysmaksua vaativan hakijan mahdollisuuteen menestyä tarjouskilpailussa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että maksun määrääminen edellyttää siten olennaista menettelyvirhettä tai yksiselitteisesti edullisimman tarjouksen valitsematta jättämisestä. Mikä tahansa hankintamenettelyssä tapahtunut virhe ei siten synnytä oikeutusta

<sup>81</sup> Käytännössä hankintalain mukainen hyvitysmaksu edellyttää vahinkojen syntymistä, ks. HE 50/2006 vp. s. 120; ” Hakijalla olisi velvollisuus näyttää toteen virheellisestä menettelystä aiheutuneen vahingon määrä”.

<sup>82</sup> Ks esim. Mäkinen ym. 2006: 230.

<sup>83</sup> Saarinen 2008: 70–72.

hyvitysmaksuun. Hyvitysmaksua hakevan asianosaisen on siis hyvitysmaksua saadaksen osoitettava, että menettelyssä on tapahtunut oleellinen virhe ja ilman kyseistä virhettä sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Virheen tahallisuudella ei periaatteessa ole merkitystä, mutta se voitaneen ottaa huomioon hyvitysmaksun määrää harkittaessa.<sup>84</sup>

Hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen sekä todellisen voittomahdollisuuden osoittamisesta muodostuvat näin ollen hyvitysmaksun määräämisen keskeiset edellytykset. Markkinaoikeuskäsittelyn osalta voidaan todeta, että hakijan voittomahdollisuuden arviointi tapahtuu aina käsittelyn viimeisessä vaiheessa. Ensin on todettava asian kuuluminen markkinaoikeuden toimivaltaan ja tämän jälkeen menettelyssä mahdollisesti tapahtuneet virheellisyudet. Mikäli reaalikeytojen käyttö todetaan mahdottomaksi syystä tai toisesta, jää jäljelle enää hyvitysmaksun määräämisen harkinta. Tällöin jää harkittavaksi, pystytäänkö asiassa jälkikäteen arvioimaan hakijan asemaa virheettömän hankintamenettelyn lopputuloksen kohdalta.<sup>85</sup>

Lähtökohtaisesti hankintamenettelyssä hyvitysmaksun kannalta olennaiset menettelyvirheet voivat liittyä varsin moniin hankintalain (348/2007) säännöksiin. Periaatteessa virheen vakavuutta voitaneen kuitenkin arvioida ensinnäkin lain tarkoitusta arvioimalla;

*”Lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa” (JulkHankL 1.2 §)*

Toisaalta hankinnoissa sovellettavista periaatteet voidaan nostaa esille virheellisyyksien vakavuutta arvioidessa;

*”Hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.*

*Hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Hankintatoimintaan liittyvien hallinnollisten tehtävien*

<sup>84</sup> Savola 2000: 235–236.

<sup>85</sup> Markkinaoikeuskäsittelyn kulku: Ks. esim. Kalima ym. 2007: 246–248.

*vähentämiseksi hankintayksiköt voivat käyttää puitejärjestelyjä sekä tehdä yhteishankintoja tai hyödyntää muita yhteistyömahdollisuuksia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.*

*Jos tarjouskilpailussa ehdokkaana tai tarjoajana on hankintayksikön omistama yhteisö tai laitos taikka toinen hankintayksikkö, sitä on kohdeltava samalla tavoin kuin muita ehdokkaita ja tarjoajia.” (JulkHankL 2 §)*

Hankinnoista annetuista tarkemmista säännöksistä keskeisimmät (hankinnoista ilmoittaminen, hankintamenettelyt ym.) perustuvat aina lähtökohtaisesti hankintalain tavoitteiden ja periaatteiden toteutumisen turvaamiseen, jolloin olennaisen menettelyvirheen arviointi voidaan ainakin lähtökohtaisesti yhdistää edellä mainittuihin periaatteellisiin säännöksiin.<sup>86</sup> Menettelyvirheen ja voittomahdollisuuden erillinen tarkastelu ei kuitenkaan myöhemmässäkään tarkastelussa liene tarkoituksenmukaista, sillä niitä ei näennäisesti erillisestä käsittelystä huolimatta voida erottaa toisistaan. Yhteenvetona edellä sanotusta voidaankin todeta, että hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen ollessa varsin helposti osoitettavissa, jää hyvitysmaksun määräämisen harkinta aina viime kädessä todellisen voittomahdollisuuden arvioinnin varaan.

Hyvitysmaksun muut edellytykset tai pikemminkin realisoitumisen tilanteet liittyvät lähinnä reaalikeynojen vaikutusten punnintaan. Hyvitysmaksukäsittelyyn voidaan markkinaoikeudessa siirtyä tilanteissa, joissa reaalikeynot eli ensisijaiset toimenpiteet saattaisivat aiheuttaa suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteistä koituisi hyötyä. Näitä hyötyjä ja haittoja voidaan arvioida hankintayksikön, muiden oikeuksien sekä yleisen edun kannalta.<sup>87</sup> Tutkielman myöhemmissä luvuissa tullaan yksityiskohtaisesti arvioimaan hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä suurimman huomion kiinnittyessä oikeuskäytännön tarkasteluun.

---

<sup>86</sup> Vrt. Savola 2000: 236–237. Artikkelissa käsitelty kilpailuneuvoston hyvitysmaksupäätöksiin liittyviä hankintalain (1505/1992) säännöksiä.

<sup>87</sup> Esim. HE 50/2006 vp. s. 119.

### 3.4. Hyvitysmaksun suhde vahingonkorvaukseen

Voimassa olevassa hankintalaissa on säädös myös hankintamenettelyssä muutoin kuin sopimusrikkomuksella aiheutetun vahingon korvaamisesta. Tällöin kyseeseen tulee yleisessä alioikeudessa<sup>88</sup> ajettava hyvitysmaksusta erillinen vahingonkorvauskanne. Vahingonkorvaukseen voidaan tuomita taho, joka minkä tahansa hankintasäännöksiin luetta- van normin vastaisella toiminnalla aiheuttaa ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle vahinkoa. (JulkHankL 84 §) Vahingonkorvauskanteen mahdollistamisen säädöstausta on alun perin johdettu ns. ensimmäisestä valvontadirektiivistä<sup>89</sup>, jossa määritellään jäsen- valtioille hankinta-asioiden oikeusturvakeinojen vähimmäisvaatimukset. Direktiivin 2 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyihin liit- tyviin toimenpiteisiin sisältyvät mm. valtuudet määrätä virheellisestä menettelystä kär- sineen vahingot korvattaviksi tietyt vähimmäisvaatimukset täyttävässä tuomioistuimes- sa.

Vaikka markkinaoikeuden määräämä hyvitysmaksu ja yleisessä alioikeudessa ajettava vahingonkorvauskanne ovat muodollisesti erillisiä prosesseja, tulee mahdollisen vahin- gonkorvauksen suuruutta arvioitaessa ottaa huomioon myös määrätyn hyvitysmaksun suuruus. Eli käytännössä vahinkoa kärsinyt taho voi hakea vahingonkorvausta tilantees- sa, jossa vahingot ovat muodostuneet (merkittävästi) suuremmiksi kuin mitä hyvitys- maksulla on jo ”korvattu”. Kuten hyvitysmaksun kohdalla, myös vahingonkorvauksen osalta on voimassa varsin korkea näyttökynnys kärsityn vahingon suuruudesta. Korva- uksen hakijan on näin ollen pystyttävä osoittamaan menettelyssä tapahtuneen virheen lisäksi se, että se olisi virheettömässä menettelyssä, ilman kyseistä virhettä jopa toden- näköisesti päässyt hankinnan toteuttajaksi. Tätä edellyttää kuitenkin ainoastaan korva- usvaatimus menetetyistä liikevoitosta, tarjouksenlaadintakuluissa ollessa käytössä ns. alennettu näyttötaakka.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Yleisellä alioikeudella tarkoitetaan OK 10 luvun mukaisesti käräjäoikeutta, jonka tuomiopiirissä oikeushenkilöllä on kotipaikka.

<sup>89</sup> Julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 89/665/ETY.

<sup>90</sup> Esim. Saarinen 2008: 117 ja HE 67/1997 vp.

Käytännössä vahingonkorvauskanteet hankintamenettelyjen osalta ovat olleet harvinaisia. Tässä mielessä hyvitysmaksusääntelyn tavoitteen prosessien keskittämisestä markkinaoikeuteen voidaan katsoa toteutuvan myös käytännössä. Edellistä hankintalain uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp.) nostetaan kuitenkin esille kaksi esimerkinomaista tapausta erilaisista tilanteista, joissa on päädytty vahingonkorvausten tuomitsemiseen. Helsingin hovioikeuden tuomiossa 3684/2005 hankintayksikkö tuomittiin maksamaan tarjoajalle korvausta sekä saamatta jääneestä liikevoitosta että myös hankintamenettelyyn liittyvien selvitystöiden kuluista. Vastaavanlaisessa tapauksessa 3985/2004 korvaus tuomittiin ainoastaan menetetyistä liikevoitosta, koska tarjoaja oli myöhemmin hyötynyt hankintaa varten tekemästään selvitystyöstä. Näin ollen vahingonkorvausprosessin periaate todellisia vahinkoja vastaavasta korvauksen määrästä on nostettu esille myös oikeuskäytännössä.<sup>91</sup>

Hyvitysmaksun luonteen voidaan katsoa merkittävästi muuttuvan tilanteissa, joissa hyvitysmaksun saaja hakee myös vahingonkorvausta yleisessä tuomioistuimessa. Ongelman taustalla on se, että vahingonkorvausta määrättäessä hyvitysmaksu otetaan huomioon täysimääräisesti. Saarinen (2008) katsoo, että tällöin hyvitysmaksun sanktioluonteisuuden voidaan käytännössä katsoa menettävän merkityksensä tilanteessa, jossa vahingonkorvausasiaa käsiteltäessä todetaan kärsittyjen vahinkojen olevan jo määrätyn hyvitysmaksun suuruisia. Näin hyvitysmaksu todettaisiin ikään kuin käyväksi vahingonkorvauksen määräksi, ja samalla hyvitysmaksun ”sanktio-osuus” menettäisi merkityksensä.<sup>92</sup> Tämän näkökulman johdosta tulee aiheelliseksi pohtia, olisiko hyvitysmaksun luonteeseen yhdistetyille kahdelle funktiolle mahdollista luoda yhtenäisempi tulkintalinja.

Tämän luvun aiemmassa käsittelyssä hyvitysmaksu on teorian tasolla siis jaettu luonteensa perusteella varsin jyrkästi kahtia sanktio-osuuteen ja korvausosuuteen. Tällaisen jaottelun ymmärtäisi paremmin, mikäli sanktio-osuus olisi eroteltu esimerkiksi valtiolle suoritettavaksi sakkoluonteiseksi maksuksi korvausosuuden mennessä vahinkoa kärsineelle hakijalle. Kun hyvitysmaksu kuitenkin on yksi maksu, joka voidaan lähtökohtaisesti määrätä yhdelle asianosaiselle, voisi yhtä hyvin olla perusteltua pohtia sanktio- ja

---

<sup>91</sup> HE 190/2009 vp. s. 8–9.

<sup>92</sup> Saarista 2008: 68–73 mukailten.

korvausominaisuuksien yhtenäisempää tulkintaa. Edellä käsitelty ongelmatilanne, jossa vahingonkorvauksen suuruus arvioidaan jo maksetuksi määrätyn hyvitysmaksun suuruiseksi, ei tällaisessa ajattelussa välttämättä olisikaan hyvitysmaksun luonnetta merkittävästi muuttava.

Ydinajatuksena on se, että jo hyvitysmaksun määrääminen sinänsä toimii sanktiona hankintayksikölle, vaikka maksun luonteesta ei varsinaisesti pystyisi erittelemään sanktio-osuuden suuruutta. Mahdollisesti tästä syystä myöskään lainvalmisteluaineistosta ei löydy perusteita sille, kuinka hyvitysmaksu on tarkoitus ”jakaa” kahden eri tavoitteen ja funktion välillä. Tällainen jaottelu ei ole edes tarpeellista, mikäli hyvitysmaksun luonne nähtäisiin vähemmän jakaantuneena eli sen nähtäisiin toteuttavan kahta funktiotansa ilman tarvetta erotella niitä toisistaan. Kysymykseen hyvitysmaksun luonteesta ja erillistä funktioista tullaan palaamaan mahdollisuuksien mukaan myös käsiteltäessä oikeuskäytännöstä esiin nousevia tulkintoja. Tällöin keskeisiä ovat ne perusteet, joilla markkinaoikeus tai korkein hallinto-oikeus on perustellut hyvitysmaksun määrää.<sup>93</sup>

### 3.5. Hyvitysmaksun määrä

Voimassa olevassa hankintalainsäädännössä ei hyvitysmaksulle ole määritelty kiinteitä ylä- eikä alarajoja, jolloin maksun suuruus perustuu markkinaoikeuden tapauskohtaiseen kokonaisharkintaan. Tässä harkinnassa tulee ottaa huomioon hankintayksikön tekemän virheen laatu, ko. hankinnan arvo sekä hakijalle aiheutuneiden kustannusten ja vahinkojen suuruus. Vahingon määrän osoittaminen on aina hakijan vastuulla.<sup>94</sup> Uusin hankintalain uudistamiseen liittyvä lainvalmistelumateriaali sisältää ehdotuksen hyvitysmaksun ylärajan asettamisesta kymmeneen prosenttiin hankintasopimuksen arvosta, eikä tätä voitaisi ylittää kuin erityisestä syystä.

Ylärajan säätäminen pohjautuu perustuslaista (731/1999) johdettavaan vaatimukseen siitä, että hallinnollisten sanktioiden määräytymisperusteet tulee olla lailla säädetty, mutta esityksen perusteluiden mukaan sääntelyllä ei kuitenkaan ole tarkoitus muuttaa

---

<sup>93</sup> Vrt. Saarinen 2008: 68–73.

<sup>94</sup> HE 50/2006 vp. s. 120.

merkittävästi markkinaoikeuden vakiintunutta oikeuskäytäntöä hyvitysmaksun suhteen<sup>95</sup>. Tässä mielessä kyseessä on vain tekninen tarkennus sääntelyyn, jossa hyvitysmaksun määrät ovat oikeuskäytännössä vakiintuneet lähelle em. kymmenen prosentin kokoluokkaa, vaihtelun kuitenkin ollessa edelleen varsin suurta<sup>96</sup>.

Kuten jo kilpailuneuvoston aikana, myös markkinaoikeuden ratkaisujen perustelut ovat varsin kaavamaisia noudattaen välillä jopa varsin identtisiä sanamuotoja. Tästä johtuen ratkaisuista ja niiden perusteluista pystyy muodostamaan suhteellisen hyvin tulkintoja vallitsevasta oikeuskäytännöstä. Toisaalta tämän kaavamaisuuden takia esimerkiksi hyvitysmaksun määrästä ja sen määräytymisen perusteista on vaikea luoda yhtenäistä tulkintalinjaa. Päätöksistä on vaikea eritellä, missä määrin esimerkiksi hankintayksikön virhe, kärsityn vahingon esitetty suuruus tai hankinnan koko tosiasiaissa vaikuttavat hyvitysmaksun määrään. Päätöksissä on ainoastaan todettu niiden otetun määrää harkittaessa huomioon.<sup>97</sup> Hyvitysmaksun määrän voidaan siis todeta olevan pitkälti markkinaoikeuden kokonaisharkinnan varassa.<sup>98</sup>

Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaisi kuitenkin siltä, että hyvitysmaksua voidaan määrätä korkeintaan hakijan vaatima määrä.

Kyseessä olevassa asiassa hankinnan ennakoitu kokonaisarvo oli ollut 120 000 euroa vuodessa kolmen vuoden hankintakaudelta, ja hankintasopimus oli allekirjoitettu jo ennen hakemuksen vireilletuloa markkinaoikeudessa. Hakijan (toissijainen) hyvitysmaksuvaatimus asiassa oli suuruudeltaan 10 euroa. Markkinaoikeus katsoi menettelyssä ilmenneiden virheiden lisäksi tulleen näytetyksi, että hakijalla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Hyvitysmaksun määräksi osoitettiin vaadittu 10 euroa. (MAO 2005: 112)

Kun otetaan huomioon edellä esitetyt hyvitysmaksun määrään vaikuttavat seikat virheen laadusta, hankinnan arvosta sekä hakijalle aiheutuneista kustannuksista ja vahingoista, ei 10 euron suuruista hyvitysmaksua voida millään tavalla pitää lain mukaisesti perusteltuna. Ainoa ratkaisusta esiin nouseva tulkintamahdollisuus on se, että hyvitysmaksun määrä ei voi ylittää hakijan vaatimusta. Tätä hyvitysmaksun piirrettä ei kuitenkaan ole

<sup>95</sup> HE 190/2009 vp. s. 70.

<sup>96</sup> Ks. esim. Saarinen 2008: 92; Hyvitysmaksun ”vaihteluväli” ollut 0,2–22,5 % hankinnan arvosta.

<sup>97</sup> Ks. esim. KHO 2003:89 perustelut hyvitysmaksun määrälle.

<sup>98</sup> Vrt. Savola 2000: 240–243.

esitetty hankintalaissa tai sen valmisteluaineistossa. Ratkaisu korostaa kuitenkin osaltaan edellytystä siitä, että syntyneiden vahinkojen suuruuden osoittaminen on aina hakijan vastuulla<sup>99</sup>.

Hyvitysmaksun on oikeuskäytännössä<sup>100</sup> katsottu olevan korkolain mukaisesti perusteeltaan julkisoikeudellinen maksu, jolloin siihen ei voida soveltaa korkolain mukaisia viivästyskorkoon liittyviä säännöksiä. Tämän korkeimman hallinto-oikeuden tulkintalinjan, sekä erityissääntelyn puuttumisen johdosta hyvitysmaksu määrätään aina maksettavaksi sellaisenaan ilman viivästyskorkoa. Monessa markkinaoikeuden tapauksessa hyvitysmaksua on vaadittu määrättäväksi korkoineen, mutta tämä vaatimus tulee näin ollen markkinaoikeuden toimesta lakiin perustumattomana hylätyksi<sup>101</sup>. Ennen em. KHO:n päätöstä markkinaoikeus saattoi määrätä myös hyvitysmaksulle korkolain mukaista viivästyskorkoa<sup>102</sup>.

Hyvitysmaksun luonteen ja ennen kaikkea määrättyjen hyvitysmaksujen suuruuden arvioimiseen on oikeuskirjallisuudessa sovellettu myös ns. *loss of chance* -periaatetta, joka perustuu menetetyn mahdollisuuden korvaamiseen. Mallissa on kyse siitä, että hyvitysmaksua voitaisiin määrätä sitä enemmän, mitä todennäköisemmin hakija olisi virheettömän tarjouskilpailun voittanut. Hankintalaki mahdollistaa periaatteessa hyvitysmaksun määräämisen myös useammalle kuin yhdelle hakijalle, mikä käytännössä tukisi ajatusta siitä, että hankintayksikön virheestä johtuva mahdollisuuden menettäminen riittäisi hyvitysmaksun edellytysten täyttymiseen.

Esimerkiksi Luxemburgissa vahingonkorvauskanteen menestyksekkääseen ajamiseen – myös menetetyn liikevoiton osalta – riittää näyttö siitä, että siitä johtumattoman virheen seurauksena se on menettänyt mahdollisuuden tarjouskilpailuun osallistumiseen. Hyvitysmaksu ei kuitenkaan ole luokiteltavissa vahingonkorvaukseksi, joten vahingonkorvauskäytäntöihin liittyviä periaatteita ei ainakaan suoraan voida siihen soveltaa. Hyvitysmaksun erityinen luonne voisi kuitenkin periaatteessa mahdollistaa myös tähän rin-

---

<sup>99</sup> Esim. HE 50/2006 vp. s. 120.

<sup>100</sup> KHO 2509/2003

<sup>101</sup> Ks. esim. MAO 287/2008, jossa viitataan suoraan KHO:n em. päätökseen 2509/2003.

<sup>102</sup> Ks. MAO 18/2002, Kilpailuneuvoston päätös 19.11.2009 Dnro 85/690/99 sekä Pohjonen 2002: 195..



nastettavan tulkinnan.<sup>103</sup> Suomen oikeuskäytännössä tällainen tulkinta tarkoittaisi käytännössä vaatimuksiin nähden kohtuullistettuja hyvitysmaksuja sekä näyttötaakan alentamista todelliseen voittomahdollisuuteen liittyen. Se voisi tällöin koskea lähinnä laitomia suoramarkintatilanteita, joissa tarjouskilpailun jälkikäteen arvioinnin on jo lähtökohtaisesti katsottu olevan hankalaa<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Saarinen 2008: 117–120.

<sup>104</sup> Esim. HE 50/2009 vp. s. 119.

#### 4. TODELLINEN MAHDOLLISUUS VOITTAÄ TARJOUSKILPAILU

Kaikkein keskeisin ja viime kädessä ratkaiseva hyvitysmaksun määräämisen edellytyksistä on se, että hakijalla olisi virheettömässä menettelyssä ollut *todellinen mahdollisuus* päästä hankinnan toteuttajaksi. Useimmissa tapauksissa tällä tarkoitetaan mahdollisuutta tarjouskilpailun voittamiseen (JulkHankL 76.1 §)<sup>105</sup>. Hyvitysmaksua ei siis voida määrätä, mikäli tätä todellista voittomahdollisuutta ei voida katsoa tulleen näytetyksi. Tässä luvussa tullaan käsittelemään sitä problematiikkaa, joka liittyy tämän ”todellisen mahdollisuuden” oikeusdogmaattiseen tulkintaan sekä käytännön kysymyksiin. Keskeistä on arvioida, kuinka korkeaksi voittomahdollisuuden näyttökynnys on asetettu ja onko tähän liittyvää linjaa käytännön ratkaisuisissa sovellettu johdonmukaisesti.

Tarkastelu aloitetaan luomalla pääosin lainsäädäntöön perustuva tulkinta siitä, milloin hakijalla voidaan lähtökohtaisesti katsoa olevan todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Tästä näkökulmasta siirrytään oikeuskäytännön pariin ja tutkitaan markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja kiinnittäen huomio niihin perusteisiin, joilla todellisen voittomahdollisuuden on joko katsottu olevan olemassa tai vastaavasti miksi sen on katsottu puuttuvan. Oikeuskirjallisuuden kannanottoja otetaan tarkasteluun mukaan muun käsittelyn ohella myös omassa osiossaan.

Vaikka käytännössä oikeusdogmaattisen tutkimuksen aineistoja (lainsäädäntö, oikeuskirjallisuus ym.) ei ole mahdollista käsitellä täysin toisista irrallaan, on tässä kohtaa turvaututtu kyseiseen periaatteelliseen jaotteluun. Ajatuksena on – joistain käsittelyssä ilmenevistä päällekkäisyyksistä huolimatta – erotella toisistaan hyvitysmaksun edellytysten tavoite (lainsäädäntö), käytännön taso (oikeuskäytäntö) sekä näistä johdettavat erilaiset tulkinnat (oikeuskirjallisuus).

Hankintamenettelyssä tapahtuneita virheellisyyksiä hyvitysmaksun edellytyksenä ei ole tarkoituksenmukaista erillisesti käydä läpi, sillä hyvitysmaksun määräämisen harkinta perustuu viime kädessä aina todellisen voittomahdollisuuden arviointiin. Tämä arviointi

---

<sup>105</sup> Lain sanamuoto viittaa nimenomaan tarjouskilpailun voittamiseen, HE 50/2006 vp. laajentaa tulkintaa käyttämällä muotoa ”-todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi”, jolloin voidaan huomioida myös kilpailuttamatta jääneet hankinnat.

jää näin ollen markkinaoikeuskäsittelyn ulkopuolelle tapauksissa, joissa hankintayksikön ei ole todettu menetelleen hankintalain mukaisten oikeusohjeiden vastaisesti. Hyvitysmaksun määräämiseen liittyvissä oikeustapauksissa on siis jo käsittelyn alkuvaiheessa todettu menettelyssä tapahtuneet virheellisydet. Hankintayksikön tekemät virheet on myöhemmässä käsittelyssä jaettu kuitenkin kilpailumahdollisuuksien laiminlyöntiin sekä muihin, yleensä tarjousperusteiden asettamiseen tai tarjousvertailuun liittyviin virheisiin. Periaatteessa kuitenkin mikä tahansa hankintalain vastainen menettely voi johtaa hyvitysmaksun määräämiseen, mikäli tällä virheellä voidaan katsoa olevan suora yhteys hakijan mahdollisuuteen päästä hankinnan toteuttajaksi.<sup>106</sup>

#### 4.1. Lainsäädännön lähtökohdat

Voimassa olevassa hankintalaissa (348/2007) säädetään, että mikäli julkisessa hankinnassa on menetelty hankintalain tai sen nojalla annettujen säännösten, Euroopan yhteisön lainsäädännön tai WTO:n julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesti, voi markkinaoikeus hakemuksesta mm. määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus<sup>107</sup> voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä<sup>108</sup>. Tämän alaluvun tarkoituksena on luoda pohja myöhemmin tarkasteltavalle oikeuskäytäntö-osuudelle, jolloin lainsäädännöstä johdettua tulkintaa voidaan verrata voimassa oleviin markkinaoikeuden (ja KHO:n) tulkintalinjoihin.

Hankintalain esitöiden mukaan hyvitysmaksun määräämisen edellytyksenä on, että hankintamenettelyssä on tapahtunut virhe ja että ilman (nimenomaan) tätä virhettä hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan *toteuttajaksi*<sup>109</sup>. Näiden molempien ehtojen on täytyttävä, jotta hyvitysmaksua voidaan määrätä maksettavaksi. Hyvitysmaksua voitaisiin määrätä sellaiselle tarjouskilpailuun osallistuneelle asianosaiselle (tarjoajalle), jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Hakijan on ky-

<sup>106</sup> Vrt. Pohjonen 2002: 179–182 hankintayksikön virheiden suhteesta hyvitysmaksuun.

<sup>107</sup> Ks. valvontadirektiivin määritelmä ”would have had a real chance of winning the contract”.

<sup>108</sup> Ks. Hankintalain 76 §.

<sup>109</sup> Vrt. HE 50/2006 vp. s. 119; käytetty sanamuotoa hankinnan toimittajaksi, sekaannuksen välttämiseksi johdantokappaleen käsitteiden kanssa käytetty nimikettä toteuttaja.

ettävä osoittamaan tämän voittomahdollisuuden olemassaolo.<sup>110</sup> Pelkkä hankintamenetelyssä tapahtunut virhe ei siis ole peruste hyvitysmaksun määräämiselle.

Alun perin hyvitysmaksun käyttöönottoa valmistelleissa asiakirjoissa (HE 69/1997 vp.) hyvitysmaksun määräämisen edellytykseksi oli asetettu vaatimus siitä, että hakija olisi ”jokseenkin varmasti” voittanut virheettömän tarjouskilpailun<sup>111</sup>. Edellytykset oli näin ollen viety vielä pidemmälle kuin hankintalain sanamuodon todellisesta mahdollisuudesta saattoi päätellä. Tätä näkökulmaa korosti myös se, että hyvitysmaksua voidaan lähtökohtaisesti määrätä maksettavaksi ainoastaan yhdelle hakijalle, ts. virheettömän menettelyn todennäköiselle voittajalle.<sup>112</sup> Kuitenkin tämän ilmeisen sanamuotoihin liittyvän sävyeron tulkinnassa suurempi painoarvo tulisi antaa nimenomaan lakisäännöksen tekstille<sup>113</sup>. Myöhemmässä julkisten hankintojen uusimista käsittelevässä hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp.) ei enää mainita, että hyvitysmaksun määrääminen edellyttäisi em. jokseenkin varman voiton osoittamista. Lähtökohtaisesti tarjouskilpailun voittamisen näyttötaakan voisi näin ollen tulkita madaltuneen, vaikka tällaista tulkintaa ei suoraan ilmaista.<sup>114</sup>

Hankintalaissa on määritelty myös tilanteet, joissa hyvitysmaksun määrääminen on jo lähtökohtaisesti poissuljettu. Hyvitysmaksua ei voida määrätä, mikäli hakijana on aiemmin käsiteltyihin asianosaisuusmääritelmiin perustuen kauppa- ja teollisuusministeriö<sup>115</sup> taikka hanketukea myöntänyt valtion tai kunnan viranomainen tai muu taho<sup>116</sup>. Hyvitysmaksu on näin ollen tarkoitettu lähinnä alalla toimiville yrittäjille, joita kohtaan hankintayksikkö on menetellyt julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti.

Hankintalain (348/2007) esitöissä on jo etukäteen, lähinnä edeltäviin oikeustapauksiin perustuen, huomioitu myös hyvitysmaksun edellytyksenä olevaan todelliseen voittomahdollisuuteen ja sen osoittamiseen liittyviä ongelmatilanteita. Hankalimmiksi mielle-

<sup>110</sup> HE 50/2006 vp. s. 119.

<sup>111</sup> HE 69/1997 vp. 9 §:n perustelut.

<sup>112</sup> HE 69/1997 vp. 9 §:n perustelut.

<sup>113</sup> Pohjonen 2002: 180.

<sup>114</sup> Vrt. HE 69/1997 vp. ja HE 50/2006 vp. sanamuodot.

<sup>115</sup> Nyk. Työ- ja elinkeinoministeriö.

<sup>116</sup> HE 50/2006 vp. s. 119.

tään tilanteet, joissa tarjouskilpailua ei ole lainkaan järjestetty tai jos hakijaa ei ole hyväksytty tarjoajien joukkoon. Hyvitysmaksun määräämisen on todettu olevan mahdollista myös tällaisissa tilanteissa, mikäli hakija pystyy osoittamaan, että olisi omannut todellisen mahdollisuuden tarjouskilpailun voittamiseen, sikäli kuin sellainen olisi järjestetty. Lähtökohtaisesti tällaisen mahdollisuuden osoittaminen voi käytännössä osoittautua liki mahdottomaksi tehtäväksi. Hankintalain esitöissä on kuitenkin esimerkkinä mainittu tapaus, jossa hyvitysmaksua määrättiin maksettavaksi hakijalle, joka oli aiemmin voittanut kaksi saman hankintayksikön tarjouskilpailua. Hakija oli aiemmin tarjoamiensa yksikköhintojen perusteella pystynyt osoittamaan todellisen voittomahdollisuutensa myös riidanalaisessa tapauksessa.<sup>117</sup> Ne tilanteet, joissa mahdollisesti myös muunlaisilla perusteilla voidaan todellisen voittomahdollisuuden olleen olemassa, jäävät oikeuskäytäntö-osuudessa selvitettäväksi.

Hankintalain (348/2007) 2 luvussa on määritelty lain soveltamisala ja siihen liittyvät poikkeukset. Poikkeussäännöt yhdistyvät hyvitysmaksusäntelyyn siinä mielessä, että joissain tapauksissa hankintayksikkö on jättänyt hankinnan kilpailuttamatta niiden perusteella. Kun hankinta on usein vielä toteutettu nopealla aikavälillä, ei näissä tapauksissa oikeusturvakeinoista tule kyseeseen muuta kuin hyvitysmaksun harkitseminen. Oikeuskäytännöstä tulee sittemmin selvittää, minkälaiset mahdollisuudet esimerkiksi muilla alalla toimivilla yrittäjillä on vaatia hyvitysmaksua näissä ns. laittomissa suorahankintatapauksissa. Kuten jo edellä esitettiin, lainsäädäntö ei ainakaan suoraan sulje pois tätä mahdollisuutta.

Pelkästään lainsäädännön ja siihen liittyvien esitöiden perusteella hyvitysmaksun edellytyksenä oleva todellisen voittomahdollisuuden osoittaminen sisältää etenkin muutosta hakevien kannalta tiettyjä ongelmakohtia. Monesti nämä liittyvät tilanteisiin, joissa hankintasopimus on jo tehty, ja näin ollen muut keinot hyvitysmaksua lukuun ottamatta ovat poissuljettuja. Hyvitysmaksua voidaan, kuten jo edellä on tullut ilmi, määrätä maksettavaksi sillä edellytyksellä, että menettelyssä on tapahtunut virhe ja ilman tätä virhetä hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Markkinaoikeuteen tehtävien hakemusten määrää lisää varmasti se, että lain sanamuoto hyvi-

---

<sup>117</sup> HE 50/2006 vp. s. 119–120, kyseessä oli kilpailuneuvoston päätös 143/690/2001.

tysmaksun suhteen on lievempi todelliseen käytäntöön verrattuna. Tästä johtuen onkin varsin perusteltua asettaa lähtökohdaksi väite, että tilanteissa, joissa hyvitysmaksun määrääminen on olosuhteista johtuen ainut mahdollinen oikeusturvakeino, ei oikeusturvajärjestelmää voida pitää kovinkaan tehokkaana. Toisin sanoen hankintayksikön tekemät virheet saattavat johtaa oikeusprosesseihin, jotka päätyvät korkeintaan oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen siihen perustuen, että tehdyn virheen yhteyttä virheettömän hankintamenettelyn lopputulokseen ei kyetä osoittamaan. Lähtökohtaisesti lainsäädäntö ei luonnollisestikaan saisi olla sellainen, että sitä vastaan rikkonut osapuoli hyötyisi virheellisestä menettelystään.

Voimassa olevan lainsäädännön pohjalta voitaisiin esimerkiksi kuvitella tilanne, jossa hankintayksikkö on kohdellut jotain tarjoajaa syrjivästi siten, että tälle ei ole pyynnöstä huolimatta toimitettu tarjouspyyntöasiakirjoja. Mikäli hankintasopimus on hakemuksen tullessa vireille markkinaoikeudessa tai käsittelyn venyessä jo allekirjoitettu, eikä hakijalle ole (markkinaoikeuden tulkinnan mukaan) riittävää näyttöä omasta mahdollisuudesta päästä virheettömästi suoritettuna toteuttajaksi, mitkä ovat tällöin hakijan oikeusturvan takeet? Pitääkö tällaisissa tilanteissa tyytyä toteamaan, että muutoksenhakuprosessiin ryhtyminen on tosiasiaa ajanhukkaa. Erillisen vahingonkorvauskanteen ajaminen on toki mahdollista, mutta näissäkin tapauksissa korvauksen saaminen pohjautuu pitkälti näyttöön siitä, että hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Edellä sanottuun pohjaten ja seuraavaa oikeuskäytäntöön painottuvaa jaksoa silmälläpitäen voidaan todeta, että lähtökohtaisesti hyvitysmaksuun liittyvä todellisen voittomahdollisuuden osoittaminen sisältää epäselvyyksiä, jotka jäävät viime kädessä tuomioistuimissa päätettäväksi. Yksi keskeinen kysymys liittyy siihen, jäävätkö hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot tehottomiksi tilanteissa, joissa hyvitysmaksu on ainut mahdollinen oikeusturvakeino ja samalla (kiistaton) näyttö todellisesta mahdollisuudesta voittaa tarjouskilpailu puuttuu.

#### 4.2. Tarkastelu oikeuskäytännön pohjalta

Hankintalakiin liittyvistä lainvalmisteluasiakirjoista on nähtävissä markkinaoikeudelle suotu laajahko harkintavapaus hyvitysmaksun määräämiseen liittyen. Tämä piirre on pysynyt mukana säännöksiin ajan myötä tehdyistä muutoksista huolimatta.<sup>118</sup> Tästä syystä on löydettävissä myös joitain sinänsä samankaltaisiin tapauksiin liittyviä eroavaisuuksia tapausten ratkaisuisa. Tarkastelua tullaan jatkamaan edellisessä alaluvussa esitettyjen näkökulmien valossa ja tutkimaan yleisesti markkinaoikeuden ja etenkin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuisaan luomaa tulkintalinjaa liittyen todellisen voittomahdollisuuden problematiikkaan.

Päähuomio pyritään tässä kohtaa keskittämään yhtäältä tapauksiin, joissa hankintamenettelyssä virheen on todettu tapahtuneen, mutta virheettömän menettelyn lopputuloksen ollessa mahdotonta osoittaa, ei myöskään hyvitysmaksun määräämiselle ole katsottu olleen edellytyksiä. Toisaalta keskitytään ratkaisujen perusteluihin tapauksissa, joissa hakijalla on todettu olleen todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi virheettömässä menettelyssä, ja näin ollen hyvitysmaksun edellytykset ovat täyttyneet.

Ydinajatuksena on tutkimusongelmaan vedoten edelleen tulkita, *mitkä ovat hyvitysmaksun määräämisen edellytykset* ja kuinka näiden edellytysten täyttymistä on perusteltu oikeuskäytännössä. Käsitellyt tapaukset on seulottu markkinaoikeuden ja KHO:n ratkaisuisista, joissa on nimenomaisesti ratkaistu hyvitysmaksua koskeva vaatimus<sup>119</sup>. KHO:n ratkaisut nousevat automaattisesti painoarvoltaan tärkeimmiksi, sillä niillä voidaan tiettyissä tapauksissa katsoa olevan myös jonkinasteista ennakkotapausarvoa. Tulee kuitenkin huomata, että varsinaista oikeudellista sitovuutta niillä ei myöhemmin ratkaistavien asioiden suhteen kuitenkaan ole<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Vrt. HE 69/1997 vp. ja HE 50/2006 vp. perustelut.

<sup>119</sup> Tietokantoina käytetty <http://www.finlex.fi/fi/oikeus/kho/> ja <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/13986.htm>

<sup>120</sup> Mäenpää 2007: 511; Hallintotuomioistuimen päätöksen on aina perustuttava lakiin.

Todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloa on perusteltu markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä mm. sillä, että kahdesta saadusta tarjouksesta voittanut tarjous olisi tullut hylätä tarjouspyynnön vastaisena.

Muutoksenhaun kannalta relevanttiin tarjouskilpailuun oli osallistunut kaksi tarjoajaa. A:n tarjous oli tosin ollut voittanutta, B Oy:n tarjousta kalliimpi. Muita tarjouksia ei oltu annettu. Kun B Oy:n hyväksyty tarjous ei kaikilta osin vastannut tarjouspyyntöä, olisi se pitänyt hylätä. A:n tarjous oli vastannut tarjouspyyntöä. Näin ollen A:n tarjouksella olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu ja asiassa tuli määrättäväksi hyvitysmaksu. (MAO 2002: 22)

Asiassa oli käynyt ilmi, että tarjouskilpailuun saaduista kahdesta tarjouksesta voittaneen tarjoajan tarjous olisi virheettömässä hankintamenettelyssä tullut sulkea pois tarjouskilpailusta myöhään annettuna. Näin ollen markkinaoikeus katsoi selvitetyn, että hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Asiassa tuli näin ollen määrättäväksi hyvitysmaksu. (MAO 2004: 201)

Yllä esitetyissä tapauksissa on ollut varsin yksiselitteistä todeta hävinneen, mutta toisaalta ainoan tarjouspyyntöä vastanneen tarjouksen omanneen todellisen voittomahdollisuuden virheettömässä menettelyssä. Samalla hyvitysmaksun edellytykset ovat täyttyneet, koska hankintapäätös on pantu täytäntöön muutoksenhausta huolimatta tai vaihtoehtoisesti hankintakausi ehtinyt pääosin kulua. Hankintayksikön tekemä virhe on tapahtunut tarjousten vertailuvaiheessa yhdistettynä tarjouspyyntöä vastaamattomaan tarjoukseen, ja näin ollen hakijan oikeus hyvitysmaksun saamiseen varsin mutkatonta osoittaa. Tällöin ei ole jäänyt epäselväksi esimerkiksi se, montako tarjousta hankintayksikkö olisi voinut saada tai millaiseksi tarjousten vertailu olisi osoittautunut virheettömässä menettelyssä.<sup>121</sup>

Toinen kiistaton esimerkki todellisesta voittomahdollisuudesta liittyy tapauksiin, joissa tarjouskilpailuun saatu ainoa tarjous on virheellisesti hylätty tarjouspyyntöä vastaamattomana ja hankinta on näin ollen keskeytynyt.

Asiassa oli kyse koululaiskuljetusten järjestämisestä, ja tarjouskilpailuun oli osallistunut ainoastaan tarjoaja A. Hankintayksikkö oli lakiin perustumattomalla syyllä sulkenut tämän ainoan tarjouksen tarjouskilpailun ulkopuolelle, ja siirtynyt neuvottelumenettelyyn A:n ja B:n kanssa. Kun osa kuljetuksista sitemmin myönnettiin B:lle, vaati A markkinaoikeutta määräämään sille hyvitysmaksua näiden kuljetusten osalta. Markkinaoikeuden mukaan A:lla olisi alkuperäisessä virheettömässä menettelyssä ainoana tarjoajana ollut

---

<sup>121</sup> Vrt. esim. MAO 2009: 587 tapauksen perustelut.



todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Näin ollen hyvitysmaksun edellytykset täytyivät, sillä virheellistä menettelyä ei enää pystytty korjaamaan. (MAO 2002: 29)

Hankintasäännökset eivät varsinaisesti sinänsä sisällä säännöksiä hankinnan keskeyttämisestä<sup>122</sup>. Mikäli hankintalakiin perustuvaa syytä sulkea tarjous tarjouskilpailun ulkopuolelle ei kyetä hankintayksikön toimesta osoittamaan, on hakijalla luonnollisesti ollut ainoana tarjoajana todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Tällöin ei voida myöskään katsoa olleen perusteltua syytä keskeyttää hankintamenettely.

Edellä mainituissa tilanteissa on markkinaoikeuden ollut varsin helppo osoittaa hakijalla olleen todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi ilman menettelyssä tapahtuneita virheitä. Virheiden vaikutus oikeussuojaa hakevan asemaan on ollut kiistatonta. Tällaisissa tapauksissa tarjouskilpailu on lähes poikkeuksetta järjestetty, mutta menettelyvirhe on tapahtunut esimerkiksi valittaessa tarjouskilpailun voittajaa. Seuraavaksi käsitteilyyn otetaan tilanteet, joissa markkinaoikeus ja mahdollisesti korkein hallinto-oikeus on varsinaisesti joutunut punnitsemaan todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloa. Lähtökohtana voitaneen pitää sitä, että kyseisissä tapauksissa ei täydellisellä varmuudella voida tietää virheettömän hankintamenettelyn kulkua ja lopputulosta. Vaikka tapauskohtaiselle harkinnalle jää tällöin poikkeuksellisen suuri rooli, tulisi ratkaisuksista kuitenkin olla löydettävissä yhtenäinen linja samankaltaisia tosiseikkoja sisältävien tapausten perusteluihin liittyen.

#### 4.2.1. Kilpailuttamisen laiminlyönti

Kuten jo hankintalaista ja sen esitöistä kävi ilmi, hankalimmiksi hankintalain mukaisissa muutoksenhakuasioissa muodostuvat tapaukset, joissa tarjouskilpailua ei virheellisesti ole lainkaan järjestetty. Joissain tapauksissa kyse voi olla siitä, että hankintayksikkö on tulkinnut väärin hankintalain sallimia poikkeuksia kilpailuttamisvelvoitteesta. Markkinaoikeus on varsin poikkeuksetta hylännyt hyvitysmaksuvaatimukset kilpailuttamatta jääneiden hankintojen kohdalla.

---

<sup>122</sup> Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että hankinnan keskeyttämiselle on oltava perusteltu syy, ja että toiminnassa noudatetaan syrjimätöntä ja tasapuolista kohtelua. Ks. esim. MAO 2009:600.

*”Huomioon ottaen, että hakemuksessa tarkoitettun hankinnan osalta ei ole tehty tarjouspyyntöä eikä esitetty tarjouksia hankinnan suorittamisesta, asiassa ei ole perusteita todeta, että hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tämän vuoksi edellytyksiä määrätä hakijalle maksettavaksi hyvitysmaksua ei ole.” (MAO 2003: 206)*

Myös korkein hallinto-oikeus näyttäisi kilpailuttamatta jääneisiin hankintoihin ottaneen lähtökohdaksi sen, ettei hyvitysmaksua voida määrätä.

*”Rakennuksen julkisivun korjaustöitä koskevassa urakassa ja siihen liittyvissä hankinnoissa oli menetelty julkisista hankinnoista annetun lain 9 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla virheellisesti, kun hankinnat oli ilman hyväksyttävää syytä toteutettu suorahankintoina. Hankintayksikkö oli näin ollen laiminlyönyt julkisista hankinnoista annetun lain 5 §:n 1 momentissa säädetyn kilpailuttamisvelvoitteen.*

*Markkinaoikeus hylkäsi kyseessä olevia hankintoja koskevissa kahden yhtiön hakemuksissa esitetyt hyvitysmaksua koskevat vaatimukset sillä perusteella, että kun tarjouskilpailua ei ollut järjestetty, asiassa ei jälkikäteen ollut perusteita todeta, että yhtiöillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Julkisista hankinnoista annetun lain 9 §:n 1 momentin 4 kohdassa säädetyt hyvitysmaksun määräämisen edellytykset eivät näin ollen täytyneet, ja markkinaoikeus hylkäsi hakemukset. Korkein hallinto-oikeus pysytti markkinaoikeuden päätöksen lopputuloksen.” (KHO 2006: 49)*

KHO:n yllä mainittuun ratkaisuun liittyvässä asiassa keskeistä on nostaa esiin se seikka, että hankinta on tehty ennakkoon ilmoittamatta suorahankinnalla. Hyvitysmaksua on kuitenkin vaadittu määrättäväksi siihen perustuen, että hakijoilla olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi, mikäli asiassa olisi järjestetty asianmukainen tarjouskilpailu.

Markkinaoikeus totesi alkuperäisessä päätöksessään 24.1.2005, että asiassa voitiin kiistattomasti katsoa olleen kyse laittomasta suorahankinnasta, tai vielä tarkemmin eriteltynä lakiin perustumattomasta suoraan neuvottelumenettelyyn siirtymisestä yhden tarjoajan kanssa.

Hankinnassa oli näin ollen menetelty hankintasäännösten vastaisesti, jolloin hankintalain (1505/1992) 9 § 1 momentin mukaiset seuraamukset tulisivat harkittaviksi. Koska kyseessä ollut rakennusurakka oli kuitenkin jo suoritettu, kyseeseen saattoi enää tulla hyvitysmaksun määräämisen harkinta. Markkinaoikeus katsoi kuitenkin tarjouskilpailun puuttumiseen vedoten, ettei tällaisessa tapauksessa voitu riittävällä varmuudella tietää, minkälaiseksi hankinta olisi muodostunut virheettömässä menettelyssä. Hyvitysmaksun määräämiselle ei näin ollen ollut edellytyksiä. (MAO 17,18,19/2005)

Ratkaisussa on päädytty käytännössä sellaiseen lopputulokseen, jossa varsinaisia oikeusturvakeinoja ei ole lainkaan käytössä. Tämä siis siitä huolimatta, että hankintayksikkö on sivuuttanut hankintasäännösten vaatimukset käytännössä vakavimmalla mahdollisella tavalla.

Markkinaoikeudessa asianosaisina olleet yhtiöt hakivat päätökseen muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Hakijat perustelivat hyvitysmaksuvaatimuksiaan pääasiassa sillä perusteella, että muutoin hankintasäännösten laiminlyöminen koituisi itse asiassa hankintayksikölle suosiolliseksi tavaksi menetellä. C Oy on vaatimuksissaan vedonnut myös hyvitysmaksun luonteeseen sekä rangaistusluonteisena että vahinkoja korvaavana maksuna, menettelyssä tapahtunut selkeä virhehän todettiin jo markkinaoikeuden käsittelyssä. Hakijat ovat myös mahdollisuuksien rajoissa pyrkineet erinäisillä laskelmilla osoittamaan, että tarjouskilpailussa heidän tarjouksensa olisivat muodostuneet hankinnan toteuttajaksi valitun A:n tarjousta edullisimmiksi. Näillä perusteilla sekä B Oy että C Oy katsoivat tulleen näytetyksi, että molemmilla yhtiöillä olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Hyvitysmaksun edellytykset olisivat näin ollen toteutuneet.

Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussaan todennut asiassa olevan pääosin kyse siitä, täytyvätkö asiassa hyvitysmaksun määräämiselle laissa asetetut edellytykset. Ratkaistavaksi tulee kysymys näiden edellytysten täyttymisestä B Oy:n, C Oy:n tai poikkeuksellisesti jopa molempien kohdalta. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan – käsittelyssä esitetyistä jälkikäteisistä tarjouslaskelmista ja muusta näytöstä huolimatta – ei asiassa pystytty riittäväällä varmuudella osoittamaan, että kumpikaan yhtiö olisi virheettömässä menettelyssä omannut todellisen mahdollisuuden päästä hankinnan toteuttajaksi. Näin ollen hyvitysmaksun määräämiselle ei ollut edellytyksiä ja markkinaoikeuden päätöksen lopputuloksen muuttamiseen ei ollut perusteita. (KHO 2006 49)

Ratkaisun keskeiset perustelut koskevat niitä epävarmuustekijöitä, jotka liittyvät hankintamenettelyn jälkikäteisen arvioinnin hankaluuteen. Avoimiksi kysymyksiksi jäävät vastaavissa tapauksissa, KHO:n päätöstä lainaten, ainakin seuraavat kysymykset: ”*miltä yrityksiltä tarjouksia olisi pyydetty, mitkä yritykset olisivat jättäneet tarjouksensa, millaisia tarjoukset olisivat olleet ja millaisia tarjoajien kelpoisuusperusteita ja tarjousten valintaperusteita hankinnassa olisi sovellettu.*”

Tapauksessa on näin ollen päädytty tilanteeseen, jossa hankintasäännöksiä rikkonutta hankintayksikköä ei ole mahdollista sanktioida millään tavalla. Muutosta hakeneiden yhtiöiden oikeusturvatilanne jää puolestaan sikäli epäselväksi, että tarkemmin tapauksen yksityiskohtaiseen materiaaliin perehtymättä on vaikea lausua suuntaan tai toiseen hakijoiden todellisesta mahdollisuudesta voittaa kyseinen tarjouskilpailu, sikäli kun sellainen olisi järjestetty. Ratkaisussahan ei suoranaisesti oteta kantaa hakijoiden tarjousten

edullisuuteen A Oy:n tarjoukseen verrattuna. Johtopäätöksenä on suoraan se, että kilpailuttamatta jääneissä hankinnoissa ei ylipäätään ole mahdollista arvioida todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloa.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisusta täten kuitenkin tulkittavissa, että vastaavalaisissa tapauksissa, joissa kilpailuttaminen on kokonaan laiminlyöty, ei hyvitysmaksua lähtökohtaisesti voitaisi määrätä. Tämä on sikäli ristiriidassa hyvitysmaksusäännöksen tavoitteiden<sup>123</sup> kanssa, että hankintasäännösten rikkomisesta ei sanktoida väärin menettellyttä hankintayksikköä, eikä toisaalta myöskään korvata menettelystä (mahdollisesti) kärsineen osapuolen vahinkoja. Toisaalta pitää huomata, että ainakin ko. tapauksessa päädyttiin ainakin epäsuorasti siihen lopputulokseen, ettei vahinkoja voitu osoittaa syntyneen.

Tässä kohtaa voitaneen palata aikaisemmin esitettyyn tulkintaan siitä, etteivät hyvitysmaksun kahden ominaisuuden funktiot ole välttämättä eroteltavissa toisistaan. Kiistatomissakaan virhetapauksissa ei siis voida käyttää hyvitysmaksun rangaistusfunktioita, jos korvausfunktion edellytys ei riittävällä varmuudella toteudu. Ratkaisu kuitenkin kokonaisuudessaan antaa varsin tehottoman kuvan hankintalain mukaisen oikeusturvajärjestelmän toimivuudesta. Ratkaisu sai aikanaan paljon huomiota ja julkisuutta myös mm. tiedotusvälineissä<sup>124</sup>.

Vastaaviin lopputuloksiin on päädytty myös tilanteissa, joissa kilpailuttaminen on kyllä sinänsä tehty, mutta tarjouksia on pyydetty liian pieneltä määrältä tarjoajia. Tämä ilmenee markkinaoikeuden perusteluista tulkitsemalla.

*”Virheettömässä hankintamenettelyssä tarjouksia olisi pyydetty useammalta kuin kolmelta tarjoajalta. Siihen, millaiseksi virheettömästi toteutettu tarjousmenettely olisi muodostunut, liittyy kuitenkin useita epävarmuustekijöitä, kuten miltä muilta yrityksiltä tarjouksia olisi pyydetty, mitkä yritykset olisivat jättäneet tarjouksensa ja millaisia tarjoukset olisivat olleet. Edellä mainittuun nähden asiassa ei näin jälkikäteen ole riittävällä varmuudella perusteita todeta, että hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tämän vuoksi edellytyksiä määrätä hakijalle maksettavaksi hyvitysmaksua ei ole. Hyvitysmaksun suorittamista koskeva vaatimus on siten hylättävä.” (MAO 2006: 234)*

<sup>123</sup> Ks. luku 3.2. hyvitysmaksusäännöksen tavoitteista.

<sup>124</sup> Saarinen 2008: 97.

Tällöin hankintayksikön ei ole hankinnoissaan katsottu riittävällä tavalla hyödyntäneen markkinoiden todellisia kilpailumahdollisuuksia. Tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimijalla ei ole katsottu olevan oikeutta hyvitysmaksun saamiseen, sillä virheettömän menettelyn kulkua on näissäkin tapauksissa hankala jälkikäteen arvioida. Periaatteessa tällainen tulkinta johtaa kuitenkin siihen päätelmään, ettei myöskään tarjouskilpailuun osallistuneella tarjoajalla ole tällöin mahdollisuutta hyvitysmaksun saamiseen, koska varmuudella ei voida tietää, millaisia mahdolliset muiden toimijoiden tarjoukset olisivat olleet.

Kaiken kaikkiaan tilanteet, joissa kilpailuttaminen on osittain tai kokonaan laiminlyöty, jäänevät pääosin hyvitysmaksusääntelyn, mutta samalla myös voimassa olevan hankintalain mukaisten oikeusturvakeinojen ulkopuolelle.<sup>125</sup> Tällaisen tilanteen on katsottava olevan kestävä ja perustuslaillisen oikeusturvan toteutumisen kannalta. Edelleen on syytä korostaa huomiota siitä, ettei hankintayksikkö saisi tällä tavoin hyötyä menettelyssä tekemistään virheistä, vaikka virheet sinänsä eivät olisikaan olleet tahallisia.

#### 4.2.2. Muu hankintamenettelyssä tapahtunut virhe

Mikäli markkinaoikeudessa hyvitysmaksua hakeva asianosainen on ollut hankinnassa ehdokkaan tai tarjoajan asemassa, näyttäisi mahdollisuus hyvitysmaksun määräämiseen olevan lähtökohtaisesti suurempi kuin edellä esitetyn kaltaisessa kokonaan kilpailuttamatta jääneessä hankinnassa. Hankintayksikön virhe on nyt tapahtunut esimerkiksi tarjousten vertailussa taikka yhden tai useamman tarjoajan tai tarjouksen poissulkemisessa. Näissä tapauksissa keskeisimmäksi muodostuneeksi kysymykseksi siitä, ovatko tarjoukset olleet vertailukelpoisia tai onko niitä jälkikäteen mahdollista saattaa vertailukelpoisiksi keskenään, mahdollista näin todellisen voittomahdollisuuden arvioinnin.

Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa 2003:89 on päädytty hyvitysmaksun määräämiseen siitä huolimatta, että virheettömästi toteutetun tarjousvertailun todellista lopputulosta on ollut jälkikäteen vaikea osoittaa. Ratkaisu on hyvitysmaksun suh-

---

<sup>125</sup> Ks. myös. MAO 2007:269.

teen sikälikin mielenkiintoinen, että hyvitysmaksua on haettu vasta valituksessa korkeimpaan hallinto-oikeuteen markkinaoikeuden hylätessä alkuperäisen hakemuksen vaatimukset hankintayksikön virheellisen menettelyn korjaamisesta. Markkinaoikeuden käsittelyssä ei siis vielä edes otettu kantaa todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloon. Vielä merkittävämmäksi ratkaisun tekee kuitenkin se, että hyvitysmaksua on määrätty maksettavaksi siitä huolimatta, että virheettömän menettelyn lopputulos on todettu periaatteessa mahdottomaksi arvioida.

Asiassa oli sisällöllisesti kyse päällystystyöurakoiden suorittamisesta, johon oli pyydetty tarjouksia yhteensä 14 eri urakoitsijalta. Lopullisessa, ja asian kannalta keskeisessä kokonaistaloudellisuuden perustuvassa tarjousvertailussa olivat kuitenkin mukana ainoastaan kahden hinnaltaan halvimman urakoitsijan tarjoukset. Markkinaoikeudessa muutosta hakeneen yhtiön mukaan sen tarjous olisi oikein suoritettussa kokonaistaloudellisuuden perustuvassa vertailussa voittanut tarjouskilpailun. Hinnaltaan hakijan tarjous oli ollut tarjouskilpailun voittaneen yhtiön tarjousta halvempi, mutta kokonaistaloudellista edullisuutta mittaavissa laatuasteissa hakija oli jäänyt voittajasta huomattavasti. Keskeisenä argumenttina muutosta hakeneella yhtiöllä oli se, että osa hankintayksikön käyttämisestä kokonaistaloudellista edullisuutta mittaavista kriteereistä olivat olleet epäolennaisia kyseisen hankinnan toteuttamiseen liittyen. Markkinaoikeuden ratkaisussa todettiin kuitenkin hankintayksikön vastineen perusteella myös näiden kriteereiden olleen hyväksyttäviä arvioitaessa päällystysurakan kokonaistaloudellista edullisuutta, ja näin ollen hakemus hylättiin kokonaisuudessaan.

Asian edetessä korkeimpaan hallinto-oikeuteen markkinaoikeudessa ”hävinnyt” yhtiö uudisti vaatimuksensa menettelyn korjaamisesta sekä vaati toissijaisesti hyvitysmaksun määräämistä.

KHO päätyi lopulta ratkaisussaan siihen, että hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti, kun se ei ole tehnyt riittävää eroa tarjoajien kelpoisuuden tutkimisen ja tarjousten kokonaistaloudellisuuden vertailun kesken. Käytännössä tämä tarkoitti sitä, että tietyt hankintayksikön käyttämisestä vertailuperusteista olivat sinänsä hyväksyttäviä, mutta niitä olisi tullut käyttää ainoastaan tarjoajien kelpoisuuden arvioinnissa, eikä enää tarjousten vertailuvaiheessa. Tämän hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen johdosta harkittavaksi tuli hankintalain (1530/2001) 9.1, 4 §:n mukaisen hyvitysmaksun määrääminen. Reaalikeino-

jen käyttäminen ei ollut mahdollista, koska kyseinen päällystysurakka oli jo pääosin suoritettu ratkaisun antohetkellä.

Korkeimmassa hallinto-oikeudessa valittajana ollut yhtiö vaati 137 386 euroa hyvitysmaksua, perustuen yhtiön laskemaan 10 prosentin katteeseen kyseessä olleen urakan suorittamisesta. KHO:n mukaan hankintayksikön tekemät virheet tarjouspyynnön laatimiseen ja tarjousvertailun tekemiseen liittyen olivat sellaisia, ettei virheettömästi toteutetun hankinnan lopputulosta tai ylipäätään hankinnan etenemistä ollut mahdollista jälkikäteen kiistattomasti osoittaa. Tässä kohtaa on monissa tapauksissa päädytty toteamaan, ettei tästä syystä myöskään hyvitysmaksun määräämiselle ole edellytyksiä. Kyseessä olevassa tapauksessa KHO kuitenkin päätyi sille kannalle, että asiassa voitiin katsoa näytetyksi muutosta hakeneen yhtiön todellinen mahdollisuus voittaa oikein suoritettu tarjouskilpailu. Tämän johtopäätöksen tärkein perustelu oli se, että menettelyssä tapahtuneet olennaiset virheet koskivat juuri tarjouspyynnön laatimista ja tarjousvertailun suorittamista. Hyvitysmaksun määräksi KHO määräsi 20 000 euroa, eli huomattavasti vähemmän mitä yhtiö oli laskelmiinsa perustuen valituksessaan esittänyt. (KHO 2003: 89)

Päätöksestä on tulkittavissa KHO:n antama suuri painoarvo hankintalain mukaiselle halvin hinta -kriteerille, jonka painoarvo kyseisessä hankinnassa oli asetettu 70 %:iin, laatukriteereille jäädessä 30 %. Hankintalain (1505/1992) 7.1 §:n mukaan tarjouksista tulee hyväksyä hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin. KHO:n päätöksestä on epäsuorasti tulkittavissa, että kokonaistaloudellisuuden kriteerien ollessa osittain virheellisesti asetettu, on lopullinen hyvitysmaksuun liittyvä myönteinen päätös tehty ainakin osittain halvimpaan hintaan perustuen. Tätä korostanee tapauksen laatuvertailussa alun perin ilmennyt suuri ero valittajayhtiön tappioksi ja tästä seurannut KHO:n toteamus virheettömästä menettelystä:

*”Hankintamenettelyssä on laatukriteereiden osalta kuitenkin olennainen virhe, minkä seurauksena laatupisteissä yhtiöiden kesken ei ole ainakaan niin suurta eroa kuin hankintayksikön suorittama vertailu osoittaa.”* (KHO 2003:89)

Perusteluissa ei siis ole edes pyritty osoittamaan, että yhtiö olisi *jokseenkin varmasti* tai todennäköisesti voittanut tarjouskilpailun virheettömässä menettelyssä. Itse asiassa ratkaisussa ei ainakaan suoraan oteta lainkaan kantaa tarjousten paremmuuteen eli siihen, kumpi tarjoajista olisi virheettömän tarjouskilpailun voittanut. Perusteluista puuttuu näin ollen myös tarkemmat viittaukset niihin yksityiskohtiin, jotka lopulliseen päätökseen ovat vaikuttaneet.

Yksi mahdollinen tulkinta tapauksen ratkaisusta on nähdä päätös hyvitysmaksun määräämisestä jonkinlaisena kompromissiratkaisuna<sup>126</sup>, lähinnä määrätyn hyvitysmaksun alhaiseen määrään sekä tarjousten paremmuuteen liittyviin epävarmuustekijöihin perustuen. Alkuperäiseen hankintapäätökseen tyytymätön yhtiö vaati hyvitysmaksun määräksi n. 137 000 euroa todeten valituksessaan vielä, että hankinnasta saamatta jäänyt todellinen kate olisi ollut vieläkin suurempi. Voidaan siis kohtalaisella varmuudella olettaa, että KHO:n määräämä 20 000 euron hyvitysmaksu ei ole kokonaisuudessaan voinut vastata yhtiön kärsimien vahinkojen suuruutta. Ainakin KHO:n päätöksessä olisi tullut tarkemmin perustella, miksi määrätty hyvitysmaksu on huomattavasti esitettyä määrää pienempi. Tapauksen näin päättyessä yhtiölle jäi nyt periaatteessa intressi ajaa erillistä vahingonkorvauskannetta yleisessä alioikeudessa, mikä puolestaan olisi ristiriidassa hyvitysmaksusäännöksen keskeisten tavoitteiden kanssa.

Ratkaisun kokonaisuuden ja hyvitysmaksun määrän tulkitsemista kompromissiluonteiseksi tukee myös se, ettei asiassa varmuudella voitu osoittaa virheettömän menettelyn lopputulosta. Asiassa ei siis ole haluttu liian tuntuvasti rangaista hankintayksikköä, muttei toisaalta myöskään korvata hakijayhtiön vahinkoja täysimääräisesti asiassa ilmenneisiin epävarmuustekijöihin liittyen. Markkinaoikeudelle, ja tässä tapauksessa korkeimmalle hallinto-oikeudelle suotu laaja harkintavalta hyvitysmaksun määrän suhteen nousee selvästi esiin kyseisessä ratkaisussa.

Huomattavasti tuoreammassa ja osittain samankaltaisessa tapauksessa on markkinaoikeus kuitenkin päätenyt hylkäämään asianosaisen hyvitysmaksuvaatimuksen.

Asiassa oli kyse jäteautoklaavin hankkimisesta, hankintayksikön saadessa tarjoukset kolmelta tarjoajalta. Hankintayksikön valitessa jäteautoklaavin toimittajaksi A Oy:n, on B Oy hakemuksessaan markkinaoikeuteen vaatinut päätöksen kumoamista ja virheellisen menettelyn korjaamista sekä toissijaisesti hyvitysmaksun määräämistä. Hakijayhtiön mukaan A Oy:n tarjous on ollut tarjouspyynnön vastainen ja se olisi näin ollen tullut sulkea tarjouskilpailusta. Tämän lisäksi tarjoajilla on ollut hankintayksikön virheellisestä menettelystä johtuen erilaiset tiedot, mikä on asettanut tarjoajat eriarvoiseen asemaan. Tarjouksen valintaperusteena on ollut kokonaistaloudellinen edullisuus. (MAO 2009: 587)

---

<sup>126</sup> Vrt. aiemmin esille nostettu loss of chance -tulkinta s. 37–38.



Markkinaoikeus on päätöksessään todennut tulleen näytetyksi, että hankintayksikkö on sekä tarjousten vertailuperusteita asettaessaan, että antaessaan hankinnan kohdetta koskevan täsmennyksen vain yhdelle tarjoajalle, menetellyt hankintalain vastaisesti. Reaalikeinojen käyttö oli tässäkin tapauksessa poissuljettu, koska hankintasopimus oli jo tehty. Näin ollen ainoaksi mahdolliseksi oikeusturvakeinoksi jäi enää hyvitysmaksun määrittämisen harkinta. Markkinaoikeuden mukaan asiassa ei voida jälkikäteen osoittaa, millaisiksi tarjouskilpailu ja sen lopputulos olisivat muodostuneet tilanteessa, jossa kokonaistaloudellisuuden vertailuperusteet olisivat asetettu asianmukaisesti. Myöskään sen merkitystä, että yhdelle tarjoajalle oli annettu hankinnan kohdetta koskeva täsmennys, ei pystytty hankinnan lopputuloksen kannalta osoittamaan.

Kuten edellä käsitellyssä korkeimpaan hallinto-oikeuteen saakka edenneessä tapauksessa, myös tässä tapauksessa hakijayhtiön tarjous oli ollut hinnaltaan voittanutta tarjousta halvempi<sup>127</sup>. Tarjouksen valinta on, kuten edellisessä tapauksessakin, tapahtunut virheellisesti asetettujen kokonaistaloudellisten laatuksien perusteella. Markkinaoikeus toteaa kuitenkin, samalla hakijayhtiön hakemuksen hyläten, että

*”–hakijan ja voittaneen tarjoajan tarjousten välillä ei annettujen tarjoustensa perusteella voida todeta olleen sellaisia laatueroja, joiden perusteella hakijan tarjousta olisi tullut pitää kokonaistaloudellisesti voittaneen tarjoajan tarjousta parempana.*

*Edellä lausutun perusteella markkinaoikeus katsoo, ettei asiassa voida riittäväällä varmuudella todeta, että hakijalla olisi ollut hankintalain 76 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.” (MAO 2009: 587)*

Tapauksen perustelut ovat siis lopputulosta lukuun ottamatta varsin samankaltaiset edellä käsitellyn KHO:n ratkaisun kanssa. Markkinaoikeus olisi yhtä hyvin päätyä toteamaan, että hakijayhtiöllä olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, koska myöskään KHO ei ratkaisussaan edellyttänyt aiemmin esille tullutta jokseenkin varman voiton kriteeriä. Myös tässä tapauksessa olisi halvin hinta -kriteerille voitu antaa enemmän painoarvoa, kun hankintayksikön virheet liittyivät pääosin kokonaistaloudellisen edullisuuden kriteerien asettamiseen. Hyvitysmaksun

---

<sup>127</sup> Ratkaisussa ei ole esitetty, miten tarjouskilpailussa mukana ollut kolmas tarjous oli menestynyt, ja mikä sen vaikutus on ollut asian kokonaiskäsittelyssä.

määrääminen ei aina edellytä myöskään jälkikäteistä virheettömän menettelyn kulun osoittamista, kuten aiemmin tuli ilmi.

Oikeuskäytännön osalta voidaan edellä käsiteltyjen tapausten perusteella todeta, että todellisen voittomahdollisuuden arviointi on vähänkin monimutkaisimmissa asioissa pitkälti tapauskohtaista, perustuen markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden laajaan harkintavaltaan. Yhtä selkeää tulkintalinjaa hyvitysmaksun edellytysten täyttymisestä ”todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu” -kriteerin pohjalta on vaikeaa luoda. Näyttäisi siltä, että kaikissa tapauksissa ei vaadita näyttöä *jokseenkin varmasta* tarjouskilpailun voitosta, vaan *todellinen mahdollisuus* todella riittää. Useimmiten juuri kielteisissä hyvitysmaksupäätöksissä saatetaan mainita jokseenkin varman voiton edellytys, kun taas myönteisissä ratkaisuissa puhutaan todellisesta voittomahdollisuudesta. Huomiota herättävä piirre on etenkin se, että markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus näyttävät tulkitsevan tarjouskilpailun voiton näyttökysymystä eri tavoin<sup>128</sup>. Hankintojen kilpailuttamatta jättäminen ei saisi suoraan toimia perusteena sille, että hyvitysmaksua ei voida määrätä.

#### 4.3. Oikeuskirjallisuuden tulkintoja

Kaiken kaikkiaan hyvitysmaksulle ja sen erityispiirteille ei ole oikeuskirjallisuudessa kovinkaan suurta huomiota annettu. Valtaosassa julkisia hankintoja koskevista teoksista hyvitysmaksu esitellään lyhyesti hankintalain oikeusturvakeinoihin kuuluvana elementtinä siihen kuitenkin yksityiskohtaisemmin syventymättä.<sup>129</sup> Tässä kohtaa tarkasteluun pyritään ottamaan sellaisia esityksiä, joissa on nimenomaan otettu kantaa hyvitysmaksun luonteeseen ja ennen kaikkea sen määräämisen edellytysten arviointiin.

Mika Savola on käsitellyt hyvitysmaksua koskevassa artikkelissaan<sup>130</sup> todellista mahdollisuutta tarjouskilpailun voittamiseen ja siihen liittyvää oikeuskäytäntöä. Vaikka artikkelissa esitetyt näkökulmat ovat vanhan hankintalain (1505/1992) ja kilpailuneuvos-

<sup>128</sup> Myös Saarinen (2000: 80–81) nostaa esiin tuomioistuinten erilaiset näkemykset näyttökynnyksestä.

<sup>129</sup> Ks. esim. Saarinen 2008: 9.

<sup>130</sup> Savola 2000

ton ajalta, sopivat ne hyvitysmaksusääntelyn pysyvyyden ansiosta myös tässä tutkielmassa tarkasteltaviksi. Artikkelissa hyvitysmaksun edellytyksistä todellista voittomahdollisuutta on käsitelty periaatteessa tasavertaisesti muiden edellytysten kanssa, mutta käytännössä tämä kriteeri seuraa aina mukana myös muiden edellytysten täyttymistä arvioidessa.

Kilpailuneuvoston ratkaisukäytännössä on todellista mahdollisuutta päästä hankinnan toteuttajaksi tulkittu vaihtelevin sanamuodoin. Alkuperäisissä hyvitysmaksusääntelyn esitöissä (HE 69/1997) on esitetty, että hyvitysmaksun määrääminen edellyttää hakijalta näyttöä siitä, että se olisi jokseenkin varmasti voittanut tarjouskilpailun virheettömässä menettelyssä. Kilpailuneuvosto on saattanut kuitenkin joissain ratkaisuissa todeta, että hakija *olisi voittanut* virheettömän tarjouskilpailun. Toisaalta toisissa vähintään yhtä selvissä tapauksissa on saatettu tyytyä lausumaan, että hakijalla on ollut todellinen mahdollisuus tarjouskilpailun voittamiseen. Näistä sanamuotojen vaihtelusta ei Savolan mukaan kuitenkaan voida vetää johtopäätöksiä hyvitysmaksun edellytyksiin liittyen, vaan ne voidaan tulkita periaatteessa tahattomiksi eroavaisuuksiksi päätösten perusteissa. Lähtökohtaisesti ei hyvitysmaksun määrääminen näin ollen edellytä absoluuttisesti varman voiton osoittamista. Se, että joissain tapauksissa tarjouskilpailun voittaja on pystytty varmuudella osoittamaan, ei tee siitä edellytystä muihin vastaaviin tapauksiin.<sup>131</sup>

Myös Pohjonen on teoksessaan nostanut kilpailuneuvoston ratkaisukäytännöstä esiin erilaisia tilanteita, joissa hyvitysmaksua on määrätty maksettavaksi. Näin on pyritty löytämään sellaiset hankintamenettelyä rasittavat virheet, jotka voivat johtaa hyvitysmaksun määräämiseen. Yleisimmin hyvitysmaksun edellytysten on katsottu täytyvän tilanteissa, joissa tarjouskilpailun ratkaisuperusteet on ilmoitettu virheellisesti. Tulee kuitenkin muistaa, että menettelyssä todetut virheellisyydet eivät vielä suoraan tarkoita hyvitysmaksun edellytysten täyttymistä, minkä johdosta monissa vastaavissa tapauksissa hyvitysmaksua ei lopulta määrätä.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Savola 2000: 235 ja Saarinen 2008: 78.

<sup>132</sup> Pohjonen 2002: 180–184.

Hyvitysmaksu voidaan hankintalain esitöiden mukaan määrätä lähtökohtaisesti vain yhdelle hakijalle. Savola tulkitsee tämän hyvitysmaksun piirteen niin, että sen määräämistä voi käytännössä vaatia ainoastaan virheellisessä tarjouskilpailussa toiseksi tullut tarjoaja. Vaikka asiasta on esitetty myös esimerkkinä toimiva kilpailuneuvoston ratkaisu, ei tätä voitane kuitenkaan pitää varsinaisena edellytyksenä hyvitysmaksun määräämiselle. Mikäli esimerkiksi tarjouskilpailun kokonaistaloudellista edullisuutta mittaavat kriteerit todetaan hankintalain vastaisiksi, voi virheettömän tarjouskilpailun lopputulos koitua myös muiden kuin kahden kärjen osalta aivan toisenlaiseksi.<sup>133</sup>

Myös Saarinen on päätenyt tälle kannalle todeten, ettei virheellisesti järjestetyssä tarjouskilpailussa hakijan sijoituksella ole sinänsä merkitystä, vaan mahdollisuus voittoon tulee liittää nimenomaan kokonaisuudessaan virheettömän menettelyn arviointiin<sup>134</sup>. Tarjouskilpailussa toiseksi tulleen oikeutta hyvitysmaksuun voitaneen perustella ainoastaan tilanteessa, jossa voittanut tarjous tulkitaan ainoaksi poissuljettavaksi tarjoukseksi.

Saarinen on kiinnittänyt todelliseen voittomahdollisuuteen liittyen huomiota myös siihen, että markkinaoikeus tulkitsee näyttökynnystä edelleen varsin tiukasti, huolimatta korkeimman hallinto-oikeuden myös edellä käsitellystä vuosikirjaratkaisusta KHO 2003:89. Yleisesti ottaen ei voida katsoa olevan tarkoituksenmukaista, ettei alempi tuomioistuinnaste ei ole käytännössä omaksunut ylemmässä asteessa määriteltyä tulkintalinjaa.<sup>135</sup> Huomionarvoista kyseisessä KHO:n ratkaisussa on kuitenkin se, että asiassa oli järjestetty tarjouskilpailu. Monet todellisen voittomahdollisuuden näyttötaakkaan kaatuvat tapaukset ovat kuitenkin sellaisia, missä kilpailuttaminen on kokonaisuudessaan laiminlyöty<sup>136</sup>. Markkinaoikeuden tiukka tulkintalinja on nähtävissä kuitenkin myös kilpailutetuissa hankinnoissa, ja vasta tämä seikka tekee tuomioistuinten tulkintaeroista sinänsä merkittäviä.

Hankintayksikön tekemät virheet eivät saisi vaikuttaa alalla toimivien yrittäjien oikeus-suojan hakemisen mahdollisuuksiin. Hyvitysmaksun saamisen mahdollisuutta ei saisi

---

<sup>133</sup> Vrt. Savola 2000: 235.

<sup>134</sup> Saarinen 2008: 83.

<sup>135</sup> Emt. 81.

<sup>136</sup> Ks. esim. edellä käsitelty tapaus KHO 2006: 49.

poistaa se, että asianosainen on suljettu pois tarjouskilpailusta hankintayksikön virheelisen menettelyn takia. Näissä tapauksissa, kuten oikeuskäytäntöä tarkastellessa kävi ilmi, virheettömän menettelyn lopputulosta voi olla markkinaoikeuden mukaan lähes mahdotonta osoittaa, jolloin myöskään hyvitysmaksun määräämiselle ei voida katsoa olevan edellytyksiä. Näiden tapausten käsittelyssä todellisen voittomahdollisuuden osoittamiseen voitaisiin soveltaa vahingonkorvausprosessin tavoin matalampaa näyttökynnystä, jotta hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot säilyttäisivät tehokkuutensa. Tämä tehostaisi hyvitysmaksusääntelyn tavoitteiden toteutumista ja varmasti osaltaan myös edistäisi hankintasäännösten noudattamista sanktioimisen uhan ollessa suurempi. Näin ei nykyisen markkinaoikeuden käytännön mukaan tällä hetkellä voida katsoa olevan.<sup>137</sup>

Saarinen on ottanut kantaa myös tulkintaan hyvitysmaksun tietyissä tapauksissa esille nousevasta kompromissiluonteesta<sup>138</sup>. Asiaa on teoksessa käsitelty *loss of chance* -mallin pohjalta, mikä käytännössä tarkoittaa korvauksen (hyvitysmaksun) määrän riippuvan tarjouskilpailun voiton todennäköisyydestä<sup>139</sup>. Mallin perusteella voitaisiin perustella esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden päätöstä (KHO 2003: 89) määrätä hyvitysmaksua huomattavasti hakemuksessa esitettyä vähemmän. Tapauksessahan ei ollut mahdollista osoittaa hakijan jokseenkin varmaa tarjouskilpailun voittoa, ainoastaan todellisen voittomahdollisuuden todettiin olleen olemassa. Tämän vuoksi hyvitysmaksun määrä voidaan nähdä kohtuullistetuksi ottaen huomioon hankintayksikön tekemien virheiden laatu sekä todennäköisyys siihen, että hakija olisi virheettömässä menettelyssä päässyt hankinnan toteuttajaksi.

Loss of chance -tulkinnan omaksuminen saattaisi kuitenkin käytännössä olla turhan radikaali peruste hyvitysmaksun määräämistä harkittaessa. Tällöin hyvitysmaksun ainoa edellytyksenä voitaisiin enää katsoa olevan sen, että menettelyssä on tapahtunut virhe, ja tuo virhe on jollain tavoin huonontanut yksittäisen tarjoajan asemaa hankintamenettelyssä. Enää ei siis tarvitsisi osoittaa menettelyssä tapahtuneen virheen yhteyttä todellisen voittomahdollisuuden menettämiseen, vaan esimerkiksi mahdollisuuden menet-

<sup>137</sup> Saarista 2008: 83 mukailten.

<sup>138</sup> Vrt. tapauksen KHO 2003: 89 tulkinta s. 39–40.

<sup>139</sup> Ks. Saarinen 2008: 117–120 ja luku 3.4. Hyvitysmaksun määrä.

täminen osallistua tarjouskilpailuun ylipäättään riittäisi. Myös hankintalain edellytys todellisen voittomahdollisuuden olemassaolosta vaatisi periaatteessa sellaista tulkintaa, että tuo mahdollisuus on ollut lähtökohtaisesti kaikilla alalla toimivilla yrityksillä. Etenkin markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä muodostunut korkea näyttökynnys hyvitysmaksun suhteen osoittaa selkeästi, ettei tällaiseen tulkintaan olla kuitenkaan siirtymässä.

## 5. REAALIKEINOJEN PUNNINTATILANTEET

Hankintalain mukaista hyvitysmaksua voidaan määrätä maksettavaksi tilanteissa, joissa hankintalain 76.1 § 1–3 kohdissa määritellyt toimenpiteet (reaalikeinot) saattaisivat aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempia haittoja kuin mitä toimenpiteen hyödyt olisivat (JulkHankL 76.2 §). Tässä luvussa tarkastellaan kohta kohdalta tilanteita, joissa jonkin edellä mainituista ehdoista voidaan katsoa toteutuvan tehden samalla hyvitysmaksun määräämisestä käytännössä ensisijaisen oikeusturvakeinon. Tarkastelu tulee painottumaan hankintalain esitöiden lisäksi oikeuskäytäntöön lisättyä oikeuskirjallisuuden näkökulmilla. Lähtökohtaisesti hankintalain sanamuodosta on tulkittavissa, että myös näiden näkökulmien todentamisessa markkinaoikeudella on laaja harkintavalta. Markkinaoikeus arvioi käytännössä tilannekohtaisesti mahdollisten toimenpiteidensä hyötyjä ja haittoja, minkä perusteella sitten mahdollisesti päättää siirtymisestä asian käsittelyyn hyvitysmaksuasiana.

Oikeusturvan toteutumisen kannalta mielenkiintoisemmiksi noussevat tapaukset, joissa reaalikeynoja ei käytetä niiden mahdollisesti hyötyjä suurempiin haittoihin vedoten, mutta myöskään hyvitysmaksulle ei sittemmin katsota olevan edellytyksiä. Edellytys todellisen voittomahdollisuuden osoittamisesta kun säilyy myös näissä tilanteissa. Näissä tilanteissa voisi ajatella reaalikeynojen käytön kynnyksen olevan sitä matalammalla, mitä vaikeampi virheettömän menettelyn lopputulosta on jälkikäteen arvioida. Näin toimimalla turvattaisiin koko oikeusturvajärjestelmän tehokkuutta. Tässä kohtaa on syytä huomioida myös tilanteet, joissa hankinta on jo toteutettu asian käsittelyn pitkittyessä markkinaoikeudessa. Tällöinhän reaalikeynojen käyttö ei myöskään ole tarkoituksenmukaista eikä useimmiten ylipäätään mahdollista.

### 5.1. Haitat hankintayksikölle

Markkinaoikeus voi hakemuksesta määrätä hyvitysmaksua maksettavaksi hakijalle, jolla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Näin voidaan toimia jo ensisijaisesti ohi reaalikeynojen, mikäli näiden keino-

jen haitat voisivat koitua hankintayksikölle kohtuuttoman suuriksi. Sinänsä reaali-keinojen haitat ovat tässä tapauksessa hankintayksikön kannalta useimmiten hyötyjä suuremmat, koska toimenpiteillä sanktioidaan nimenomaan virheen tehnyttä hankintayksikköä. Harkittaviksi tulevat näin ollen tilanteet, joissa voidaan jopa virheellisesti menettelyyn hankintayksikön kannalta katsoa olevan kohtuutonta, että tehty hankintapäätös kumottaisiin ja hankintayksikkö määrättäisiin korjaamaan virheellinen menettelynsä (tekemään uusi hankintapäätös). Lähtökohtaisestihan voitaisiin olettaa, että harvemmin hankintayksikkö itse hyötyy oikeusturvakeinojen käytöstä. Tällainenkin tilanne voi kuitenkin syntyä, kun otetaan huomioon hankintasääntelyn tavoitteet sisältäen pyrkimyksen julkisten varojen käytön tehostamiseen.

Markkinaoikeuden päätöksessä oikeuskäytännössä on viitattu tilanteeseen, jossa reaali-keinojen käytöstä koituisi hankintayksikölle itselleen kohtuuttoman suurta haittaa.

Asiassa oli kyse lakisääteisten vakuutuspalvelujen hankkimisesta, ja muutosta hakeneen yhtiön mielestä tarjouskilpailun kriteerit olivat epäselvästi asetettu ja niitä oli sovellettu väärin. Hakijan mukaan tarjouspyyntö oli kokonaisuudessaan laadittu sellaiseksi, ettei sen perusteella ollut mahdollista tehdä vertailukelpoisia tarjouksia. Kokonaistaloudellisuuden edullisuuden kriteerien ollessa hankintalain vastaisia, olisi hakijan hinnaltaan selvästi halvin tarjous tullut hyväksyä tarjouskilpailun voittajaksi. Hankintayksikkö ei ollut vielä allekirjoittanut hankintasopimusta tarjouskilpailun voittajaksi valitun tarjoajan kanssa, joten markkinaoikeudella olisi ollut mahdollisuus hankintamenettelyn virheelliseksi todettuaan soveltaa asiaan ensisijaisia reaali-keinoja.

Markkinaoikeuden käsittelyssä tuli ilmi, että hankintayksikkö oli hyväksynyt tarjousvertailuun kaikki saamansa tarjoukset, vaikka yksikään niistä ei ollut vastannut tarjouspyynnön vaatimuksia. Tässä mielessä hankintayksikön ei voitu katsoa menetelleen tarjoajia kohtaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen vastaisesti. Tarjouspyyntö oli kuitenkin todettu hankintalain säännösten vastaiseksi, koska siinä ilmoitetut päätöksenteon perusteet ovat olleet yleisluonteisia ja epäselviä. Ratkaisussa on korostettu vielä, että ”Erityisesti monimutkaisten ja laajojen vakuutuspalveluiden hankinnassa tulee kiinnittää erityistä huomiota tarjouspyynnön laatimiseen ja sen tarkkaan yksilöimiseen.”

Myös hankintayksikön tekemän hankintapäätöksen perustelut ovat olleet puutteelliset, sillä niistä ei ole riittäväällä tarkkuudella ilmennyt niitä seikkoja, joilla tarjousten väliset erot ovat syntyneet. Oikein suoritettuna tarjousvertailussa olisi ollut mukana ainoastaan todellisen vertailun mahdollistaneet arviointiperusteet, sillä nyt ilmenneisiin eroihin ei näitä perusteita ole pystytty soveltamaan. Johtopäätöksenä edellä mainituista virheistä markkinaoikeuden on tullut harkita hankintalain (1505/1992) 9 §:ssä mainittuja seuraamuksia. (MAO 2002: 176)



Koska hankintasopimusta ei vielä ollut allekirjoitettu, oli markkinaoikeudella tämän tutkielman katsannossa poikkeuksellisesti käytössään kaikki hankintalain mahdollistamat oikeusturvakeinot. Lähtökohtaisestihan markkinaoikeuden tulee aina pyrkiä reaali-keinojen käyttöön, koska vain niillä voidaan tosiasiallisesti korjata hankintayksikön virheellinen menettely. Tässä tapauksessa asiaa päädyttiin kuitenkin käsittelemään hyvitysmaksuasiana, koska markkinaoikeus totesi reaali-keinojen saattavan aiheuttaa hankintayksikölle suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteistä koituisi hyötyä. Toisaalta asiaan liittyvät haitat koskisivat tässä tapauksessa myös kolmannen osapuolen, hankintayksikön työntekijöiden oikeuksia.

Sisällöllisesti ratkaisu reaali-keinojen sivuuttamisesta kyseisessä tapauksessa perustui siihen, että menettelyn korjaaminen olisi jättänyt hankintayksikön tilanteeseen, jossa sillä ei olisi ollut voimassa lakisäteisiä tapaturmavakuutuksia työntekijöilleen. Aikaa uuden tarjouskilpailun ja tarjousvertailun järjestämiseen ei katsottu olevan riittävästi, sillä hankintayksikkö oli tehnyt alkuperäisen hankintapäätöksenkin ainoastaan 14 päivää ennen edellisten vakuutusten viimeistä irtisanomispäivää. Reaali-keinojen soveltumattomuuden tapaukseen on katsottava näin ollen johtuneen pääosin hankintayksikön jonkinasteisesta viivytystä hankintaan liittyen.

Hyvitysmaksun edellytyksiin liittyen markkinaoikeus on ratkaisussaan todennut, ettei hakija ole pystynyt osoittamaan että se olisi virheettömässä menettelyssä joksikin varmasti voittanut tarjouskilpailun. Sitä, miksi ratkaisussa ei puhuta todellisen voittomahdollisuuden käsitteestä, ei kuitenkaan ole perusteltu. On vain tyydytty toteamaan, että huolimatta mahdollisesti hinnaltaan halvimmasta tarjouksesta, hakija ei olisi voittanut tarjouskilpailua. Asiassa on näin ollen otettu käyttöön varsin ehdoton linja voittomahdollisuuden näyttötaakan osalta.

Päätöksen voidaan katsoa olevan jossain määrin ristiriidassa korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen KHO 2003: 89 kanssa. Asiassa esitettyjen tosiseikkojen valossa olisi voitu päätyä myös johtopäätökseen todellisen voittomahdollisuuden olemassaolosta. Hakijan tarjousta oli kuitenkin pidettävä hinnaltaan halvimpana oleellisten virheiden liittyessä myös tässä tapauksessa tarjouspyynnön laadintaan sekä tarjousvertailun kritee-

reihin. Hyvitysmaksun harkinnassa olisi voitu ottaa huomioon myös se seikka, että myös reaalikeynojen käytön poissulkeminen oli ainakin pääosin johtunut hankintayksikön menettelyistä. Tämä seikkahan lopulta tässä tapauksessa esti sen, ettei uutta tarjouskilpailua ”ehditty” järjestämään ja tällä tavoin todentamaan virheettömän hankintamenettelyn lopputulosta. Edellisessä luvussa pohdittu hyvitysmaksun kompromissiluontein johdosta asiassa olisi voitu määrätä ainakin alkuperäiseen hakijan vaatimukseen suhteutettuna kohtuullinen määrä. Muuten hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot on todettava tämänkin tapauksen kohdalla varsin tehottomiksi. Myös hankintayksikön pidättäytymistä hankinnan toimeenpanosta voidaan pitää siinä mielessä kyseenalaisena, että tiedossa on kuitenkin ollut jonkinasteinen hankinnan toteuttamisen kiireellisyys edellä mainituilla perusteilla.

## 5.2. Haitat muiden oikeuksille ja yleisen edun näkökulma

Markkinaoikeus voi sivuuttaa hankintalain mukaiset ensisijaiset reaalikeynot, mikäli niiden käytöllä voisi olla muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempia haittoja kuin mitä toimien hyödyt olisivat. Tämän näkökulman käytännön soveltaminen jää myös pitkälti toimivaltaisten tuomioistuinten harkintavaltaan, sillä lainsäädännöstä tai lakien esitöistä ei varsinaisesti ole löydettävissä perusteita tai esimerkkejä tällaisille tilanteille. Lähtökohtaisesti tällaisina yleistä etua koskevinä tilanteina voitaneen pitää esimerkiksi hankintoja, jotka liittyvät välttämättömiin ja monesti elintärkeisiin sosiaali- ja terveysalan taikka pelastustoimen hankintoihin. Yleisen edun kohdalla tulee kuitenkin huomioida myös käsitteen tietty epämääräisyys. Yleistä etua ei voida käytännössä asettaa muiden etunäkökulmien yläpuolelle, koska siinäkin on viime kädessä aina kyse jonkin tietyn tahon edusta. Yleisen edun näkökulmaan vetoaminen on kuitenkin käytännössä perusteltua, sillä muuten tulisi määritellä kaikki ne yksittäiset intressit, joita asiat saattaisivat koskea.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Aer 2000: 94–95.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 2002:18<sup>141</sup> on ratkaistu siinä mielessä erikoislaatuinen hyvitysmaksukysymys, että hankintayksikkö on nimenomaan pyytänyt, että asia käsiteltäisiin hyvitysmaksuasiana.

Asiassa oli sisällöllisesti kyse terveyskeskuksen potilashallinnon tietojärjestelmän hankimisesta. Kilpailuneuvosto oli alun perin ensimmäisen hakemuksen johdosta edellyttänyt hankintayksikköä korjaamaan virheellisen menettelynsä väliaikais määräyksellä ja nyt tehty hakemus koski hankintayksikön uutta hankintapäätöstä. Hakemuksessa vaadittiin jälleen päätöksen kumoamista sekä virheellisen menettelyn korjaamista yhdistettynä hyvitysmaksuvaatimukseen.

Hankintapäätöksen tehnyt kunnan hyvinvointilautakunta esitti vastineessaan, että asia käsiteltäisiin kokonaisuudessaan hyvitysmaksuasiana, koska hankinnan viivästyessä kunnan toiminnalle on aiheutunut vaikeuksia. Hankintayksikkö siis esitti suoranaisesti hankintalakiin kuitenkin vetoamatta, että kunnan kokonaisedun kannalta on tärkeää, ettei hankinta enää lisää pitkittyisi. Hankintalain (1505/1992) mukaan kilpailuneuvoston (markkinaoikeuden) tulee oikeusturvaseuraamuksista päättäessään kiinnittää huomiota siihen, ettei toimenpiteestä aiheudu mm. muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteen hyödyt olisivat. (MAO 2002: 18)

Tässä tapauksessa, hankintayksikön vielä erikseen tätä vaatiessa kunnan etuun vedoten, kilpailuneuvosto ei päätenyt antamaan uutta väliaikais määräystä hankinnan toimeenpanon estämiseksi. Tätä näkökulmaa tuki se, ettei asiassa oltu esitetty perusteita, joiden mukaan väliaikais määräyksen edut tulisivat olemaan haittoja suurempia. Asia tuli näin ollen käsitellä pelkästään hyvitysmaksuasiana perustuen siihen, että reaalikeynojen käyttö olisi aiheuttanut yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin toimenpiteiden edut olisivat olleet. Tapausta voitaneen tulkita myös ottamalla huomioon haitat muiden oikeuksille -käsite siinä mielessä, että tässä tapauksessa hankintayksikkö (hyvinvointilautakunta) ei varsinaisesti ollut tekemässä hankintaa omiin tarpeisiinsa, vaan kunnan muille toimijoille aiheutuisi haittaa hankinnan viivästyemisestä.

Tapauksista, joissa reaalikeynojen käytöstä on luovuttu hyötyjä suurempiin haittoihin vedoten, voidaan kaiken kaikkiaan muodostaa varsin yhteneväinen tulkintalinja. Punnintatilanteet liittyvät useimmiten riidattomiin tosiseikkoihin, jolloin on periaatteessa kaikkien etujen mukaista, ettei hankintaa entisestään pitkitetä. Tällöin tulisi kuitenkin arvioida myös sitä, minkälaiset mahdollisuudet virheettömän menettelyn lopputuloksen,

---

<sup>141</sup> Asia siirretty kilpailuneuvostolta markkinaoikeudelle markkinaoikeuslain tullessa voimaan 1.3.2002.

ja sitä kautta hyvitysmaksun määräämisen edellytysten arviointiin ovat olemassa. Hankintalaki ei kuitenkaan suoraan edellytä markkinaoikeudelta tämänkaltaista punnintaa.

### 5.3. Hakemus tehty hankintasopimuksen jälkeen

Mikäli hankintayksikkö allekirjoittaa hankintasopimuksen ennen hakemuksen vireilletuloa markkinaoikeudessa, voidaan hyvitysmaksua määrätä asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi virheettömässä menettelyssä. Hankintasääntelyn kehittymisen myötä nykyisin hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen tekemisen välille tulleen odotusajan myötä kyseiset tilanteet ovat jo harvinaisempia. Tulee kuitenkin huomata, että odotusaikasääntely on peräisin EU-lainsäädännön sekä EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännön tulkinnasta, ja näin ollen se kansallisesti ulottuu ainoastaan EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. Näihinkin hankintoihin on säädetty tietyt tilanteet, joissa hankintasopimus voidaan poikkeuksellisesti allekirjoittaa välittömästi. Nämä seikat tekevät kyseisistä tilanteista hyvitysmaksusääntelyn piiriin siirtyviä asioita liittäen ne myös tässä tutkielmassa tarkasteltaviksi.

Oikeuskäytäntöä tarkastellessa tulee ottaa huomioon hankintasäännösten jatkuva kehitys. Tästä johtuen suurin osa käsitellyistä tapauksista on sellaisia, joissa hankintasopimus on erinäisistä syistä allekirjoitettu ennen markkinaoikeuden päätöksen antamista, monissa tapauksissa jo ennen hakemuksen vireille tuloa. Hyvitysmaksu on näin ollen ollut tosiasiallisesti ainoa mahdollinen oikeusturvakeino siitä huolimatta, että hakemuksissa on ensisijaisesti vaadittu virheellisen menettelyn korjaamista. Pääosin tässä kohtaa pyritään tarkastelemaan niitä tilanteita, joissa hakemus on tosiasiallisesti tullut vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Markkinaoikeuden toimivaltahan on jo aiemmin todettu sikäli rajoitetuksi, ettei se ulotu tehtyjen hankintasopimusten purkamiseen.

Lähtökohtaisesti suurin osa tapauksista, joissa hankintasopimus on tehty jo ennen hakemuksen saapumista markkinaoikeuteen, koskee jonkinasteisia laittomia suorahankintoja tai suoraan neuvottelumenettelyyn siirtymisiä. Näiden kohdalta todellista voitto-

mahdollisuutta ja sitä kautta hyvitysmaksun edellytyksiä on käsitelty jo aiemmin kilpailuttamisen laiminlyöntiä koskevassa luvussa, joten tällaisia tapauksia ei ole syytä enää tässä kohtaa uudelleen tarkastella.

Markkinaoikeuden käsittelemässä asiassa oli kyse EU-kynnysarvot ylittävästä hankinnasta, joka liittyi sähkön ostamiseen puitesopimuksella. Hankinta oli pantu täytäntöön vain seitsemän päivää hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Tarjouskilpailussa mukana ollut yhtiö B vaati markkinaoikeutta kumoamaan päätöksen ja velvoittamaan hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä sekä toissijaisesti hyvitysmaksun määräämistä. Yhtiön mukaan voittaneen tarjoajan tarjous olisi tullut hylätä tarjouspyynnön vastaisen, jolloin jäljelle jääneistä vertailukelpoisista tarjouksista sen tekemä tarjous olisi ollut kaikkien tarjouspyynnön kohtien osalta halvin. Hankintayksikkö on puolestaan omassa vastineessaan vedonnut siihen, että hakijan tarjous on tarjouksen voimassaoloajan osalta ollut tarjouspyynnön vastainen.

Markkinaoikeus on ratkaisussaan asian tosiseikkojen osalta päätenyt samalla kannalle muutosta hakeneen yhtiön kanssa. Päätöksen mukaan voittaneen tarjoajan tarjous olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta tarjouspyyntöä vastaamattomana, mutta hakijan tarjouksen voimassaolokysymystä ei puolestaan katsottu sellaiseksi perusteeksi, jolla olisi ollut vaikutusta tarjousten vertailtavuuteen. Markkinaoikeus totesi hankintayksikön menettelleen virheellisesti myös siinä mielessä, että hankintapäätös ei ole tosiasiallisesti perustunut tarjouspyynnössä esitettyihin (kokonaistaloudellisuutta mittaaviin) vertailuperusteisiin. Näin ollen asiassa tuli harkittavaksi hankintalain (348/2007) mukaisten seuraamusten määrääminen.

Asiassa on päädytty määräämään hakijalle hyvitysmaksua, koska tarjouspyynnön mukaisista tarjouksista hakijan tarjous on hinnaltaan ollut yksiselitteisesti halvin, eikä hankintayksikkökään ollut osoittanut tarjousten välisiä kokonaistaloudelliseen edullisuuteen vaikuttavia laatueroja. Näin ollen hakijalla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. (MAO 2009: 341)

Markkinaoikeus ei ratkaisussaan suoranaisesti ottanut kantaa siihen, että hankintapäätös oli pantu täytäntöön ennen 21 vuorokauden odotusajan täyttymistä. Tällaisen menettelyn ei siten voida katsoa tässä tapauksessa olleen virheellistä. Päätöksessä on ainoastaan tyydytty toteamaan, että hankinnan ollessa jo pantu täytäntöön, voi seuraamukseksi tulla enää hyvitysmaksun määrääminen.

Hyvitysmaksun määräksi kyseisessä asiassa markkinaoikeus määräsi 13 000 euroa, mikä oli myös suunnilleen hakijan esittämä määrä. Tässäkään tapauksessa selkeitä määrittämisperusteita hyvitysmaksun suuruudelle ei ole esitetty. Hankinnan ennakoitu kokonaisarvo on kuitenkin ollut 1,2 miljoonaa euroa, minkä valossa hyvitysmaksun määrä on jäänyt huomattavan vähäiseksi. Määrään ei voida näin ollen katsoa merkittävästi

vaikuttaneen esimerkiksi sen, että hankinta on pantu täytäntöön ennen odotusajan päättymistä. Tällaisissa tapauksissa tämänkaltaisten seikkojen vaikutukset ratkaisujen lopputuloksiin olisivat merkittäviä hyvitysmaksukäytännön johdonmukaisuutta arvioidessa.

#### 5.4. Markkinaoikeuskäsittelyn viivästyminen

Markkinaoikeuden ratkaisukäytännöstä löytyy monia tapauksia, joissa reaalikeynojen käyttäminen on käynyt mahdottomaksi sen takia, että asian käsittely ja ratkaisun antaminen ovat viivästyneet merkittävästi. Usein koko kyseessä oleva hankintakausi on jo ehtinyt kokonaan tai ainakin suurimmaksi osaksi kulumaan ratkaisua annettaessa. Markkinaoikeuskäsittelyt kestävät nykyisin keskimäärin jopa yli 14 kuukautta, jolloin asioissa on monissa tapauksissa mahdollista enää hyvitysmaksun harkitseminen<sup>142</sup>. Viimeisimmässä lakiuudistuksessa on myös tämä otettu huomioon selkeyttämällä mm. markkinaoikeuskäsittelyssä käytettäviä tuomarikokoonpanoja.<sup>143</sup>

Oikeuskäytännössä hankintakauden kulumisen raja-arvoksi on katsottu määräytyneen noin puolet hankintakaudesta.<sup>144</sup> Tällaiset tapaukset liittyvät läheisesti edellä käsiteltyihin markkinaoikeuden toimenpiteiden punnintatilanteisiin, sillä hyvitysmaksukäsittelyyn siirrytään tällöin reaalikeynojen käytännön hyödyttömyyteen vedoten. Keskeiseksi nousee tällöin kysymys siitä, miten hyvitysmaksun harkitsemiseen vaikuttaa se, että hankintayksikkö on saattanut asian käsittelyn ajaksi pidättäytyä omaehtoisesti hankintapäätöksen toimeenpanosta. Onko tällöin asianmukaista sanktioida hankintayksikköä taloudellisesti sen takia, että reaalikeynojen käyttö on käynyt mahdottomaksi siitä johtumattomasta syystä. Jatkossa sääntely muuttuu todennäköisesti sellaiseksi, ettei hyvitysmaksua voitaisi määrätä hankintayksikön pidättäytyessä hankintapäätöksen toimeenpanosta.<sup>145</sup>

Markkinaoikeuden ratkaisussa 2007:384 oli muutoksenhakuun liittyviltä osin kyse EU-projektien tarkastusten hankkimisesta vuosille 2006–2008. Hankintapäätöksestä markki-

<sup>142</sup> HE 190/2009 vp. s. 10.

<sup>143</sup> HE 190/2009 vp. s. 30.

<sup>144</sup> Esim. Aalto-Setälä ym. 2008: 808.

<sup>145</sup> Vrt. luku 2.3. Uuden oikeussuojadirektiivin vaikutukset ja mahdollinen muutos sääntelyyn.

naoikeudelle tehdyn hakemuksen johdosta hankintayksikkö ilmoitti pidättäytyvänsä lopullisen hankintasopimuksen tekemisestä markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi. Hakemuksessa vaadittiin ensisijaisesti hankintapäätöksen kumoamista ja toissijaisesti hyvitysmaksun määräämistä.

Markkinaoikeus päätyi ratkaisussaan siihen, että hankintayksikkö oli tarjousten vertailussa sekä hankintapäätöksen perustelemisen osalta menetellyt asiassa hankintalain (1505/1992) vastaisesti. Markkinaoikeus totesi asiassa olevan vielä periaatteessa mahdollista kumota virheellisesti syntynyt hankintapäätös. Koska pääosan hankintakaudesta todettiin kuitenkin jo olevan kulunut, olisi tällaisiin toimenpiteisiin ryhtyminen markkinaoikeuden mukaan saattanut aiheuttaa suurempaa haittaa kuin mitä mahdolliset edut olisivat. Näin ollen kyseeseen voisi tulla enää hyvitysmaksun määräämisen harkitseminen. Asiassa ei lopulta katsottu näytetyn toteen hakijan todellisen voittomahdollisuuden olemassaoloa, eikä hyvitysmaksun määräämiselle näin ollut perusteita. (MAO 2007:384)

Ratkaisussa ei kuitenkaan otettu kantaa siihen seikkaan, että reaalikeynojen käytön esityminen ei ollut johtunut hankintayksikön toiminnasta vaan asian käsittelyn viivästyisestä ja sitä kautta hankintakauden kulumisesta. Näin ollen jäi epäselväksi, olisiko hyvitysmaksun määrään vaikuttanut hankintayksikön oikeusturvakeinojen mahdollistamista edistänyt toiminta.

Tapauksissa, joissa hankintayksikkö ei ole vielä allekirjoittanut hankintasopimusta, tulee arvioida myös hankinnan tosiasiallista toteutumista. Hyvitysmaksukäsittely tulee ajankohtaiseksi, mikäli hankintayksikön voidaan katsoa suorittaneen hankinnan, vaikka varsinaista hankintasopimusta ei olisikaan allekirjoitettu.

Asiaan liittyvässä hankinnassa hankintasopimusta ei vielä ollut allekirjoitettu, mutta tosiasiasa hankinnan kohteena olleet laitteet oli kuitenkin hankittu tarjouskilpailun voittajaksi katsotulta tarjoajalta. Näin ollen markkinaoikeus katsoi, että hankinta oli tosiasiasa pantu täytäntöön, jolloin harkittavaksi tuli ainoastaan hyvitysmaksun määrääminen. (MAO 2004: 172)

Tässä tapauksessa ei voitu perustellusti katsoa, että hankintayksikkö olisi hankintasopimuksen allekirjoituksesta pidättäytymällä edistänyt mahdollisuuksia virheellisen menettelyn korjaamiseen. Hyvitysmaksu määrättiin lopulta maksettavaksi, koska hankinta oli tosiasiasa jo suoritettu ja hakijalla voitiin katsoa olleen todellinen mahdollisuus virheettömän tarjouskilpailun voittamiseen. Hyvitysmaksun määrää perusteltaessa hankintayksikön näennäistä hankinnasta pidättäytymistä ei kuitenkaan otettu huomioon.

Tähän mennessä markkinaoikeuden hyvitysmaksupäätöksissä ei ole käytännössä otettu huomioon hankintayksikön mahdollista pidättymistä hankintapäätöksen täytäntöönpanosta. Tällainen menettely ei siis ole estänyt hyvitysmaksun määräämistä, toisin kuin vireillä olevan lakiuudistuksen myötä tulee näillä näkymin olemaan. Markkinaoikeuskäsittelyn tulisi jatkossa olla entistä joutuisampi, jotta julkisissa hankinnoissa käytettävät oikeusturvakeinot toimisivat tehokkaasti. Reaalikeinojen käytön kun ei useimmissa tapauksissa voida enää pitkän käsittelyn jälkeen katsoa olevan tarkoituksenmukaista.

Kaiken kaikkiaan markkinaoikeuden ratkaisujen perusteluista jää usein kaipaamaan yksityiskohtaisempaa tietoa hyvitysmaksupäätösten taustoista. Tällaisiin voidaan lukea mm. hankintayksikön virheiden vakavuuden vaikutus hyvitysmaksun määrän ja ylipäättään edellytysten täyttymisen arvioinnissa. Nykyisen kaltaisella käytännöllä hyvitysmaksuun liittyvästä oikeuskäytännöstä jää tietyllä tapaa liian vaihteleva ja jopa epämääräinen vaikutelma.



## 6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Tämän luvun tarkoituksena on tiivistetysti kerrata löydettyjä vastauksia tutkielman johdannossa asetettuihin tutkimuskysymyksiin. Tutkielman keskeisenä tavoitteena on ollut tutkia hyvitysmaksun määrittämisen edellytyksiä julkisten hankintojen muutoksenhakuprosessissa, sekä yleisemmällä tasolla tarkastella hyvitysmaksuun ja sitä koskevaan sääntelyyn liittyviä erityispiirteitä. Johtopäätöksissä otetaan ensin kantaa näihin hyvitysmaksun luonteeseen liittyviin kysymyksiin, koska sillä pystytään ikään kuin teorian tasolla avaamaan sen edellytysten toteutumista. Näiden edellytysten piiristä pyritään sitten nostamaan esiin keskeiset elementit sekä erilaiset tilanteet, joihin hyvitysmaksusääntelyyn voidaan katsoa olevan sovellettavissa. Viimeisessä osiossa tullaan tarkastelemaan keskeisiä tulevaisuuden näkymiä hyvitysmaksusääntelyyn liittyen, ottaen samalla kantaa myös vireillä olevaan hankintalain uudistamisprosessiin.

### 6.1. Hyvitysmaksun luonne

Hyvitysmaksu on lainsäädännössä ja sen esitöissä nähty kahta erillistä funktiota toteuttavana erityisenä seuraamusmaksuna hankintalain vastaiseen menettelyyn liittyen. Markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla ilman hankintamenettelyssä tehtyjä virheitä olisi ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Hyvitysmaksun määrittäminen on lähtökohdaisesti toissijainen oikeusturvakeino, koska sillä ei enää voida tosiasiallisesti puuttua virheellisiin hankintamenettelyihin eikä korjata niitä. Ensisijaisena oikeusturvakeinona hyvitysmaksu toimii tilanteissa, joissa hakemus markkinaoikeuteen on tehty vasta hankintasopimuksen allekirjoittamisen jälkeen.

Hyvitysmaksun sanktioluonnetta on perusteltu sillä, että hankintasäännösten vastaisesti menetellyttä hankintayksikköä rangaistaan virheellisestä menettelystä. Korvausluonteen on puolestaan katsottu johtavan taustansa siitä, että sillä korvataan hankintamenettelyssä väärin kohdellulle asianosaiselle aiheutuneita vahinkoja. Hyvitysmaksusääntelyllä on myös pyritty keskittämään julkisia hankintoja koskevat muutoksenhakumenettelyt yk-

sistään markkinaoikeudelle, perustuen lähinnä erillisten vahingonkorvauskanteiden tarpeen vähentymiseen.

Tässä tutkielmassa käsitellyn aineiston perusteella hyvitysmaksun luonne on pyritty tulkitsemaan aiempiin esityksiin verrattuna yksinkertaisemmaksi. Hyvitysmaksua on aiemmin kritisoitu siitä, että sanktio-osuutta ja korvausosuutta ei ole riittäväällä tavalla eroteltu toisistaan, joissain tapauksissa sanktio-osuuden menettäessä jopa kokonaan merkityksensä. Kun nämä kaksi eri funktiota tulkitaan toimivan ja vaikuttavan yhtäaikaaisesti, ei em. jaotteluun ole edes tarvetta. Hyvitysmaksun voidaan näin ollen todeta toteuttavan molempia funktioitaan tilanteesta riippumatta samanaikaisesti. Tällaista tulkintaa tukee myös se, että hyvitysmaksun on todettu olevan sekä suuruudeltaan että tietyssä mielessä jopa määräytymisen perusteiltaan laajaan kokonaisharkintaan perustuva.

Hyvitysmaksusääntelyn yksi tavoite on ollut prosessikustannusten pienentyminen, kun tarve erillisiin vahingonkorvauskanteisiin vähenee. Vahingonkorvauskanteet julkisiin hankintoihin liittyen ovat jääneet varsin harvinaisiksi, joten tässä mielessä tuon tavoitteen voidaan katsoa täyttyneen. Hyvitysmaksun määrät ovat kuitenkin oikeuskäytännössä jääneet pääsääntöisesti esitettyjä vahinkoja pienemmiksi, jolloin hakijalle on jäänyt ainakin periaatteellinen intressi ajaa myös vahingonkorvauskannetta. Tulee myös ottaa huomioon, että markkinaoikeuskäsittelyiden lisääntyminen on ainakin osittain johtunut varmasti hyvitysmaksun mahdollistamisesta. Markkinaoikeusprosessia kun voidaan hakijan kannalta lähtökohtaisesti pitää varsin kevyenä menettelynä yleisiin tuomioistuinprosesseihin verrattuna.

Hyvitysmaksun todettiin omaavan myös tietynasteisen kompromissiluonteen, joka voidaan liittää myös oikeuskirjallisuudesta esiin nousseeseen loss of chance -malliin. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että hyvitysmaksun määrä riippuu siitä, kuinka todennäköisesti hakija olisi virheettömän tarjouskilpailun voittanut. Tämän mallin omaksumiselle oli löydettävissä myös käytännön esteitä, mutta sen voitiin toisaalta todeta nousseen esiin myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännössä.

Hyvitysmaksun erityispiirteet voidaan lyhyesti tiivistää seuraaviin määritelmiin:

- 1) Hyvitysmaksua tulee aina nimenomaisesti vaatia, sitä ei määrätä viran puolesta. Hakemusta voidaan kuitenkin pyytää täydennettävän sen osalta.
- 2) Hyvitysmaksu on vahingonkorvauksesta muodollisesti itsenäinen seuraamus, sen määrä kuitenkin otetaan täysimääräisesti huomioon mahdollisessa vahingonkorvausprosessissa.
- 3) Hyvitysmaksun määrä on aina kokonaisharkinnan tulos; huomioon otetaan hankintayksikön virheen laatu, hankinnan arvo sekä hakijalle aiheutuneet vahingot. Tähän kohtaan voidaan liittää myös hyvitysmaksun kompromissiluonne, eli sen suuruuteen voidaan tulkita vaikuttavan myös tarjouskilpailun voiton todennäköisyys.
- 4) Hyvitysmaksulle ei voida oikeuskäytäntöön sekä erityissääntelyn puutteeseen perustuen määrätä viivästyskorkoa.

## 6.2. Hyvitysmaksun edellytykset

Hyvitysmaksun määräämisen keskeisin edellytys on se, että hakijalla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus päästä hankinnan toteuttajaksi. Näyttötaakka tämän osoittamisesta on aina hyvitysmaksua vaativalla asianosaisella. Todellisen voittomahdollisuuden osoittamisen kynnystä on alkuperäisessä hallituksen esityksessä nostettu viittaamalla jokseenkin varman voiton edellytykseen. Tätä edellytystä tutkittaessa päähuomio on kiinnitetty nimenomaan siihen, kuinka korkealle hakijan näyttökynnyksen voidaan katsoa asettuneen oikeuskäytännössä. Virheellisen menettelyn osalta hyvitysmaksun määräämisen voidaan katsoa edellyttävän olennaista menettelyvirhettä, joka usein merkitsee ainakin jollain tasolla tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden loukkaamista. Virheet saattavat toisaalta jossain tapauksissa perustua kuitenkin puhtaasti hankintalainsäädännön monimutkaisuuteen ja tulkintavaikeuksiin.

Markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus ovat varsin poikkeuksetonta linjaa noudattaen evänneet hyvitysmaksun määräämisen tilanteissa, joissa hankinta on jäänyt kokonaan kilpailuttamatta. Tätä on johdonmukaisesti perusteltu sillä seikalla, että virheettömän

hankintamenettelyn kulkua on tällöin jälkikäteen hankala arvioida, jolloin myöskään todellista voittomahdollisuutta on käytännössä mahdoton osoittaa. Samanlaisen lopputulokseen on päädytty tapauksissa, joissa tarjouksia on pyydetty lukumääräisesti liian pieneltä joukolta tarjoajia. Se johtopäätös, että hyvitysmaksua ei voida määrätä kilpailuttamattomissa sekä kilpailuolosuhteiden hyödyntämättömyyteen liittyvissä hankinnoissa, voidaan periaatteessa pohjata korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuun KHO 2006: 49. Suurin puute julkisten hankintojen nykyisessä oikeusturvajärjestelmässä liittyy juuri tehokkaiden keinojen puuttumiseen kilpailuttamatta jääneissä hankinnoissa.

Korkeimman hallinto-oikeuden toisesta keskeisestä vuosikirjaratkaisusta KHO 2003: 89 on puolestaan tulkittavissa alhaisempi näyttötaakka todelliseen voittomahdollisuuteen liittyen. Tapauksessa hyvitysmaksua määrättiin maksettavaksi siitä huolimatta, että virheettömän menettelyn lopputulosta oli jälkikäteen lähes mahdoton arvioida. Keskeinen ero kilpailuttamattomiin hankintoihin oli kuitenkin siinä, että hankintayksikön virheet liittyivät kilpailutetussa hankinnassa lähinnä tarjousten vertailuperusteisiin. Päätöksen perusteluissa ei kuitenkaan todettu hakijan tarjousta sinänsä alkuperäisen voittajan tarjousta paremmaksi, mikä on omiaan laskemaan todellisen voittomahdollisuuden näyttökynnyksen tulkintaa. Hyvitysmaksun määräämisen ei näin ollen voida aina katsoa edellyttävän sitä, että virheettömän menettelyn lopputulos pystytään jälkikäteen varmasti osoittamaan.

Todellisen voittomahdollisuuden edellytyksen arviointia on vaikeuttanut markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden osittain toisistaan eroavat näkökannat tapaus-ten perusteluihin liittyen. Markkinaoikeus ei vaikuttaisi noudattavan sitä tulkintaa, jonka KHO linjasi päätöksessään 2003: 89. Tästä syystä keskeisenä johtopäätöksenä on todettava, että todellista voittomahdollisuutta arvioidessa tapauskohtaiselle harkinnalle jää jatkossakin erittäin suuri rooli. Vähänkin epäselville tapauksille on näin ollen lähes mahdotonta muodostaa yhtenäistä tulkintalinjaa. Tarjousten paremmuuden jälkikäteistä todentamista ei voida kuitenkaan pitää poikkeuksettomana edellytyksenä hyvitysmaksun määräämiselle. Oikeusturvan tehokas toteutuminen jää monessa tilanteessa liian tapauskohtaiseksi, mitä ei voida pitää ideaalina oikeudentilana.

Hyvitysmaksua voidaan määrätä maksettavaksi myös tilanteissa, joissa virheellisen menettelyn korjaaminen eli reaalikeynojen käyttö saattaisi aiheuttaa suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteistä olisi hyötyä. Näissä tapauksissa on tärkeä huomata, että todellisen voittomahdollisuuden edellytys seuraa edelleen mukana. Eli vaikka reaalikeynojen käytöstä siirryttäisiin asian käsittelyyn hyvitysmaksuasiana, se ei vielä tarkoita hyvitysmaksun lopullista määräämistä. Markkinaoikeuden ratkaisuista on löydettävissä useita tilanteita, joissa reaalikeynojen käytöstä on luovuttu niiden todennäköisiin hyötyjä suurempiin haittoihin vedoten. Hyvitysmaksukäsittelyyn siirryttäessä tulisi kuitenkin entistä enemmän ottaa huomioon hankintamenettelyn virheiden laatu. Käytännössä tämä tarkoittaisi sen huomioimista, kuinka hyvin virheettömän menettelyn lopputulosta voidaan jälkikäteen arvioida.

Yleisin syy hyvitysmaksukäsittelyyn siirtymiseen on ollut asian käsittelyn viivästyminen ja sitä kautta hankintakauden kuluminen. Tällöin on usein jo hankintayksikönkin edun näkökulmasta selvää, että hankintapäätöstä ei ole tarkoituksenmukaista kumota ja viivyttää hankintaa entisestään edellyttämällä uutta menettelyä. Yleisen edun ja muiden toimijoiden näkökulmasta reaalikeynojen käytön estyminen on enemmän tapauskohtaista. Nämä tilanteet tulevat käytäntöön esimerkiksi kunnallisissa hankinnoissa, joissa esimerkiksi kunnan jäsenille voisi aiheutua haittaa hankinnan viivästyisestä. Kaiken kaikkiaan reaalikeynojen punnintatilanteet ovat aina tapauskohtaisen harkinnan varassa. Hyvitysmaksua harkittaessa tulisi kuitenkin ottaa huomioon yhä enemmän hankintayksikön menettely reaalikeynojen käytön mahdollistamiseksi. Aloittamalla hankintamenettely hyvissä ajoin sekä hankinnan toimeenpanosta pidättäytyminen ovat sellaisia seikkoja, joilla hyvitysmaksusääntelyn tarve lähtökohtaisesti vähenisi.

Hyvitysmaksun määrääminen on ensisijaisesti mahdollista tilanteissa, joissa hakemus markkinaoikeuteen on tullut vireille hankintasopimuksen ollessa jo allekirjoitettu. Odotusaikäsääntely vähentää lähtökohtaisesti tällaisia tilanteita, mutta lakiin perustumattomat suoraankinnat sekä poikkeukset mahdollistava sääntely ovat puolestaan tällaisia tilanteita esiin tuovia tekijöitä. Hankintalain mukaan tällaisissa tilanteissa hyvitysmaksu on ensisijainen oikeusturvakeino, koska käytännössä markkinaoikeuden rajoitettu toi-

mivalta estää muihin toimenpiteisiin ryhtymisen. Tällöin harkittavaksi jää enää todellisen voittomahdollisuuden arvioiminen, jolloin voidaan tässä yhteydessä palata sitä käsittelevien johtopäätösten piiriin. Ensisijaisena oikeusturvakeinona toimiessaan hyvitysmaksu ei kuitenkaan saisi olla niin ”tehoton” kuin tällä hetkellä sen voidaan katsoa olevan. Sen määrittämisen kynnyks ei saisi olla korkein tapauksissa, joissa se on katsottava ainoaksi mahdolliseksi oikeusturvakeinoksi.

### 6.3. Lopuksi

Hyvitysmaksu suhteellisen tuoreena oikeusturvakeinona hakee tietyssä mielessä vielä paikkaansa julkisten hankintojen muutoksenhakujärjestelmässä. Sen merkitystä ei kuitenkaan kokonaisuuden kannalta voi vähätellä, sillä monissa markkinaoikeuteen tai korkeimpaan hallinto-oikeuteen etenevissä hankinta-asioissa se on tosiasiasa ainoa käytössä oleva oikeusturvakeino. Vaikka oikeusturvajärjestelmään ollaan tuomassa uusia, niemiensä ja tavoitteidensa perusteella tehokkaita vaikuttavia oikeusturvakeinoja, tullaan niitä pääsääntöisesti soveltamaan lukumääräisesti ainoastaan pieneen osaan julkisia hankintoja (EU-hankinnat). Tässä mielessä hyvitysmaksusääntely tulee jatkossakin säilymään ainakin lähtökohtaisesti merkittävänä oikeusturvakeinona.

Mikäli hyvitysmaksua ei jatkossakaan voitaisi määrätä kokonaan kilpailuttamatta jääneissä hankinnoissa, tulisi oikeusturvajärjestelmään saada käyttöön jokin muu keino taikka keinoja turvaamaan hankintasäännösten noudattaminen ja sitä kautta oikeusturvan, avoimuuden ja syrjimättömyyden tehokas toteutuminen. Tällä hetkellä markkinaoikeuden keinovalikoima on liian rajoitettu ottaen huomioon sen, että käytännössä vakavimmat hankintasäännösten vastaiset menettelyt jäävät monissa tapauksissa sen sanktioivallan ulkopuolelle. Mikäli tällaiset tapaukset etenisivät entistä useammin yleisten tuomioistuinten vahingonkorvauskäsittelyihin, ei hyvitysmaksusääntelyn tavoite prosessikustannusten alentumisesta toteutuisi käytännön tasolla.

Hyvitysmaksusääntelyyn olisi nähdäkseni osittain mahdollista soveltaa tutkielmassa esiin nostettua menetetty mahdollisuuden tulkintamallia. Tällöin voitaisiin myös kilpai-

luttamatta jääneissä hankinnoissa käyttää voittomahdollisuuden todennäköisyyteen suhteutettua hyvitysmaksua. Näin voitaisiin entistä paremmin ottaa huomioon myös hankintayksikön tekemien virheiden vakavuus, kilpailuttamisen laiminlyönnin toimiessa maksua korottavana tekijänä. Markkinaoikeuteen tehtävien hakemusten määräkään ei todennäköisesti nousisi tällaisen sääntelyn myötä. Tätä väittämää tukee se tosiasia, että jo nyt hakemuksia markkinaoikeuteen tehdään pienimpienkin hankintamenettelyssä tapahtuneiden virheiden johdosta.

Mikäli tällä tavoin hyvitysmaksun käytöstä ei saada käytännössä tehokasta oikeusturvakeinoa, ainoaksi mahdollisuudeksi jää markkinaoikeuden reaalikeytojen käyttömahdollisuuksien tehostaminen. Tämä tarkoittaisi käytännössä hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen välisen odotusajan ulottamista myös ns. kansallisiin hankintoihin sekä mahdollisesti uuden tehottomuusseuraamuksen laajaa käyttöönottoa laittomissa suora-hankintatapauksissa. Tällaisia muutoksia vastaan puhuvat kuitenkin hankintojen turha pitkittyminen sekä mahdollisesti jopa liiallisten resurssien kohdistuminen julkisten hankintojen suorittamiseen. Samalla ”virheellisen” sopimuksen saaneen tarjoajan oikeusuoja asettuisi epämääräiselle tasolle.

Julkisten hankintojen sääntelyn tavoite julkisten varojen tehokkaasta käyttämisestä tuleekin aina pitää mielessä sääntelyn uudistuksia harkittaessa. Edes oikeusturvakeinot eivät saa liiaksi rajoittaa tämän tavoitteen toteutumista. Tällä hetkellä on kuitenkin todettava, että edes oikeusturvakeinojen ajankohtainen uudistus ei todennäköisesti korjaa tutkielmassa esiin nostettuja ongelmia. Myös jatkossa monet hankintalain vastaiset menettelyt tulevat jäämään tehokkaan oikeusturvajärjestelmän ulottumattomiin.

## LÄHTEET

### KIRJALLISUUS JA ARTIKKELIT

Aalto-Setälä, Ilkka, Antti Aine, Petri Lehto, Julius Parikka, Anne Petäjäniemi-Björklund, Markku Stenborg & Pertti Virtanen (2008). Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Aer, Janne (2000). Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: Hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Alkio, Mikko, Christian Wik (2009). Kilpailuoikeus. Helsinki: Talentum.

Bovis, Christopher H. (2007). EU public procurement law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Eskola, Saira, Erkkö Ruohoniemi (2007). Julkiset hankinnat. Helsinki: WSOYpro Oy.

Husa, Jaakko (1995). Julkisoikeudellinen tutkimus. Tampere: Finnpublishers Oy.

Hyvönen, Olli, Kaija Kess, Tero Piisi, Heikki Tuomela & Jaakko Uotila (2007). Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Helsinki: Edita Prima Oy.

Kalima, Kai, Maija Häll & Antero Oksanen (2007). Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Helsinki: Suomalaiset oikeusjulkaisut.

Lukkarinen, Sami (2007). Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa. Helsinki: Talentum Media Oy.



- Maunu, Antti (2005). Ajankohtaista Eurooppaoikeutta: Jäsenvaltion perusvelvoitteet direktiivin normatiivisessa, rakenteellisessa ja tosiasiallisessa täytäntöönpanossa. *Defensor Legis* 1:2005, 151–162.
- Mäenpää, Olli (2000). *Hallinto-oikeus*. Helsinki: Werner Söderström lakitieto.
- Mäenpää, Olli (2007). *Hallintoprosessioikeus*. Helsinki: WSOYpro Oy.
- Mäkinen, Pentti, Paula Paloranta, Hannu Pokela & Kristiina Vuori (2006). *Markkinaoikeuden perusteet*. Helsinki: Talentum Media Oy.
- Neimala, Antti (2006). Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi. Kauppa- ja teollisuusministeriön julkaisuja 18:2006. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Ojanen, Tuomas (2006). *EU-oikeuden perusteita*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Pohjonen, Mika (2002). *Julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö*. Hamina: Yrityssanoma Oy.
- Saarinen, Kirsi-Maria (2008). *Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Savola, Mika (2000). Hyvitysmaksusta julkisissa hankinnoissa. *Defensor Legis* 2:2000, 230–244.
- Siitari-Vanne, Eija (2005). *Hallintolainkäytön tehostaminen: Tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Vihervuori, Pekka (2006). Näkökulmia oikeussuojan kustannuksiin hallintolainkäytössä. *Defensor Legis* 4:2006, 666–687.

## VIRALLISLÄHTEET

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

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

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

TaVM 5/2009 vp. Valtioneuvoston selonteko hankintalakiuudistuksesta.

## OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Helsingin hovioikeus 2004: 3985

Helsingin hovioikeus 2005: 3684

Kilpailuneuvosto 27.2.2002 dnro 143/690/2001

Kilpailuneuvosto 19.11.2009 dnro 85/690/99

KHO 27.11.2000/3113

KHO 12.12.2003/3202 (KHO 2003: 89)

KHO 12.7.2006/1781 (KHO 2006:49)

MAO 2002: 12

MAO 2002: 22

MAO 2002: 29

MAO 2002: 176

MAO 2004: 172

MAO 2004: 201

MAO 2005: 112

MAO 2008: 287

MAO 2009: 290

MAO 2009: 341

MAO 2009: 455

MAO 2009: 587

MAO 2009: 600