



Vaasan yliopisto
UNIVERSITY OF VAASA

Roosa Ritakallio

Ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen julkisen hankinnan valmisteluun

Valmistelun puolueettomuus syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta

Johtamisen akateeminen yksikkö
Julkisoikeuden pro gradu -tutkielma

Vaasa 2020

VAASAN YLIOPISTO**Akateeminen yksikkö**

| | |
|--------------------------|--|
| Tekijä: | Roosa Ritakallio |
| Tutkielman nimi: | Ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen julkisen hankinnan valmisteluun : Valmistelun puolueettomuus syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta |
| Tutkinto: | Hallintotieteiden maisteri |
| Oppiaine: | Julkisoikeus |
| Työn ohjaaja: | Kristian Siikavirta |
| Valmistumisvuosi: | 2020 Sivumäärä: 84 |

TIIVISTELMÄ:

Julkisten hankintojen kokonaisvaltainen monimutkaistuminen on johtanut siihen, että hankintayksiköt tarvitsevat yhä lisääntyvässä määrin ulkopuolista asiantuntija-apua hankinnan valmisteluun. Ulkopuolisen asiantuntijan hyödyntämistä hankinnan valmistelussa on kuitenkin pidetty myös ongelmallisena erityisesti tilanteissa, joissa valmisteluun osallistunut markkinatoimija on osallistunut hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa varsinaiseen tarjouskilpailuun ehdokkaana tai tarjoajana. Tämän on katsottu voivan johtaa julkisissa hankinnoissa sovellettavan syrjimättömyysperiaatteen vaarantumiseen.

Tässä tutkielmassa selvitettiin ehdokkaan tai tarjoajan osallistumista julkisten hankinnan valmisteluun tarkastelemalla valmistelun puolueettomuutta syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta. Tutkimusongelmaa lähdettiin käsittelemään purkamalla se seuraaviin osaongelmiin: 1) mihin syrjimättömyysperiaate perustuu, mitä sillä tarkoitetaan ja mihin sillä pyritään, 2) mitä tarkoittaa ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen julkisen hankinnan valmisteluun ja kuinka varmistetaan, ettei kilpailu tarpeettomasti vääristy, 3) millä perusteella julkisen hankinnan valmisteluun osallistuminen voi johtaa ehdokkaan tai tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle, eli milloin valmisteluun osallistunut taho on esteellinen tai eturistiriidassa, 4) miten syrjimättömyysperiaate vaikuttaa esteellisyyden ja eturistiriitojen arviointiin julkisissa hankinnoissa, ja mitkä ovat hankinnan valmistelun lainvastaisuudet. Menetelmänä tutkielmassa käytettiin oikeusdogmatiikkaa, eli keskiössä oli tutkimusongelmaa koskevan oikeuden sisältö.

Julkisen hankinnan valmistelussa ehdokkaan tai tarjoajan puolueellisuuden arviointi poikkeaa esimerkiksi virkamiehiin kohdistuvista esteellisyyсарvioinneista, koska virkasuhteen puuttuessa ehdokkaaseen tai tarjoajaan ei lähtökohtaisesti tule sovellettavaksi hallintolain esteellisyyssäännökset. Markkinaoikeus on vakiintuneesti arvioinut mahdolliset esteellisyysväitteet sen perusteella, onko menettely johtanut syrjimättömyyden vaarantumiseen. Tulkintaa voidaan pitää väljänä, kun sitä verrataan hallintolainmukaiseen esteellisyyсарviointiin, jossa objektiivinen arvio puolueettomuuden vaarantumisesta riittää osoittamaan esimerkiksi päätöksenteon esteellisyyden.

Julkisissa hankinnoissa on kuitenkin huomioitava, että julkisten hankintojen lähtökohdat, niiden avaaminen kilpailulle sekä niissä sovellettavat periaatteet perustuvat keskeisiltä osin EU:n sisämarkkinapoliittisiin ja kilpailullisiin tavoitteisiin. Hankintadirektiiveihin perustuvilla hankintalain säännöksillä pyritään yksinomaan kilpailuneutraliteetin turvaamiseen sekä syrjimättömän ja tasapuolisen kilpailuasetelman palauttamiseen. Mikäli julkisten hankintojen valmistelussa alettaisiin esteellisyyttä järjestäen arvioida hallintolain mukaisen arvioinnin pohjalta, saatettaisiin päätyä kilpailuneutraliteetin palauttamisen sijasta korostamaan kansalaisen objektiivista luottamusta hankintaprosessin muodossa tapahtuvaan hallintotoimintaan.

AVAINSANAT: Esteellisyys, julkiset hankinnat, puolueettomuus, syrjimättömyys, valmistelu

Sisällys

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Johdanto | 5 |
| 1.1 | Tutkielman taustaa | 5 |
| 1.2 | Tutkimusongelma ja rajaus | 8 |
| 1.3 | Metodina oikeusdogmatiikka | 9 |
| 2 | Julkiset hankinnat ja syrjimättömyys | 13 |
| 2.1 | Julkisen hankinnan käsite ja hankintayksiköt | 13 |
| 2.2 | Julkisten hankintojen sääntely ja sääntelyn tavoitteet | 17 |
| 2.3 | Julkisten hankintojen ja syrjimättömyyden EU-oikeudellinen tausta | 21 |
| 2.4 | Syrjimättömyys kansallisessa lainsäädännössä | 25 |
| 3 | Esteellisyys, eturistiriita ja julkisen hankinnan valmistelu | 29 |
| 3.1 | Eturistiriita ja esteellisyys julkisissa hankinnoissa | 29 |
| 3.2 | Julkisen hankinnan valmistelu ja valmisteluun osallistuminen | 35 |
| 3.2.1 | Hankinnan valmistelua koskeva sääntely | 35 |
| 3.2.2 | Ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun | 38 |
| 3.2.3 | Tarjouskilpailusta poissulkemisen edellytykset | 43 |
| 4 | Esteellisyys ja eturistiriidat suhteessa syrjimättömyyteen | 47 |
| 4.1 | Tulkinnallisia haasteita ja näkemuseroja | 47 |
| 4.2 | Valmistelun lainvastaisuudet syrjimättömyyden näkökulmasta | 52 |
| 4.2.1 | Syrjimättömyys arvioinnin lähtökohtana | 52 |
| 4.2.2 | Hallintolainmukainen esteellisyys ja syrjimättömyys | 55 |
| 4.2.3 | Hankintalainmukainen vääristynyt kilpailu ja valmistelun syrjivyyt | 60 |
| 4.2.4 | Hankintalainmukainen eturistiriita hankintamenettelyssä | 64 |
| 4.3 | Kehityssuuntia | 66 |
| 5 | Yhteenveto ja johtopäätöksiä | 70 |
| | Lähteet | 77 |

Lyhenteet

| | |
|--------|---|
| COM | Komissio |
| EK | Elinkeinoelämän keskusliitto |
| ETY | Euroopan talousyhteisö |
| EU | Euroopan unioni |
| EUT | Euroopan unionin tuomioistuin |
| EUVL | Euroopan unionin virallinen lehti |
| EY | Euroopan yhteisö |
| EY | Euroopan yhteisön virallinen lehti |
| HankL | hankintalaki |
| HE | hallituksen esitys |
| HL | hallintolaki |
| KHO | korkein hallinto-oikeus |
| MAO | markkinaoikeus |
| MmVL | maa- ja metsätalousvaliokunnan mietintö |
| RikosL | rikoslaki |
| SEU | Sopimus Euroopan unionista |
| SEUT | Sopimus Euroopan unionin toiminnasta |
| TaVM | talousvaliokunnan mietintö |

1 Johdanto

1.1 Tutkielman taustaa

Julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä tapahtuneista kehitysaskelista ja selkiytyksestä huolimatta hankinnat tunnustetaan edelleen haastaviksi kokonaisuuksiksi. Sen lisäksi, että hankinnan toteuttaminen edellyttää merkittävää hankintaoikeudellista osaamista, vaatii hankinnan onnistuminen kunkin hankinnan kohteena olevan sektorin substanssiosaamista.¹ Julkisiin hankintoihin kohdistuneiden vaatimusten kasvu ja toimintaympäristön sekä itse hankinnan määrittelyn monimutkaistuminen ovatkin johtaneet siihen, että hankintayksiköt tarvitsevat yhä lisääntyvässä määrin asiantuntija-apua hankintojensa valmisteluun. On tavanomaista, ettei yksittäisen hankintayksikön hankintatoimessa ole yhtäaikaisesti saatavilla laaja-alaista asiantuntijuutta esimerkiksi niin tietotekniikan, terveydenhuollon kuin opetustoimenkin aloilta².

Julkisten hankintojen kenttä on vaikeaselkoinen kokonaisuus myös siksi, että hankintojen sisällön oikeudellisia reunaehtoja asetetaan hankintalainsäädännön lisäksi useilla muilla laeilla³. Kun hankinnan onnistuminen riippuu lähtökohtaisesti hankinnan huolellisesta valmistelusta, on tarkoituksenmukaista hyödyntää hankinnan valmisteluvaiheessa kattavaa osaamista ja kokemusta omaavien tahojen asiantuntijuutta hankinnan toteuttamiseksi. Hankintayksikön on sallittua hyödyntää hankinnan valmistelussa ulkopuolista asiantuntija-apua, kun sillä pyritään varmistumaan hankinnan laadukkuudesta ja esimerkiksi hankintamenettelyn tasapuolisuudesta.⁴

Julkisten hankintojen valmistelussa käytettävän ulkopuolisen asiantuntija-avun on kuitenkin katsottu voivan aiheuttaa myös haittoja erityisesti tilanteissa, joissa hankinnan valmisteluun osallistunut markkinatoimija osallistuu hankintamenettelyn

¹ TaVM 31/2016 vp s. 5.

² Mäkelä & Pökkyä 2013: 2–3.

³ TaVM 31/2016 vp s. 4.

⁴ Mäkelä & Pökkyä 2013: 3.

myöhemmässä vaiheessa tarjouskilpailuun ehdokkaana tai tarjoajana. Tilanne voi muodostua tulkinnanvaraiseksi, ja äärimmäisessä tapauksessa tällaisen osallisuuden voidaan katsoa johtavan hankintamenettelyn syrjimättömyyden ja avoimuuden vaarantumiseen.⁵ Julkisissa hankinnoissa sovellettavien oikeusperiaatteiden vaarantuminen hankintamenettelyssä perustuu siihen, että hankinnan valmisteluun osallistuva asiantuntija voi esimerkiksi vaikuttaa tarjouspyyntöasiakirjojen sisältöön. Tämä on merkittävää, koska tarjouspyynnössä hankinnan kohdetta kuvaavien määritelmien lisäksi asetetaan kelpoisuus- ja soveltuvuusvaatimuksia ehdokkaille ja tarjoajille. Siinä voidaan asettaa vaatimuksia koskien ehdokkaan tai tarjoajan taloudellista tilannetta, teknisiä seikkoja, pätevyyttä tai laadullisia tekijöitä, ja hankintayksikkö voi vaatia ehdokasta tai tarjoajaa esittämään myös selvityksiä tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten osalta.⁶ Mikäli tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset eivät ole tarkoituksenmukaisia tai muutoin oikeassa suhteessa hankinnalle asetettaviin tavoitteisiin nähden, saattaa kilpailu rajoittua tarpeettomalla tavalla⁷.

Julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista säädetään julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (hankintalaki, HankL) (1397/2016) 3 §:ssä. Näihin periaatteisiin kuuluu avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteiden ohella tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate. Syrjimättömyysperiaatteen taustat ovat Euroopan unionin (EU) perustamissopimuksen sisämarkkinavapauksia sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevista periaatteista, ja Euroopan unionin tuomioistuimessa (EUT) on tätä nimenomaista kansalaisuuteen perustuvaa syrjinnän kieltoa myös tulkittu varsin laajasti⁸. Julkisissa hankinnoissa oleellisia seikkoja syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta ovat erityisesti kansalaisuus sekä sijoittautuminen jollekin alueelle, sillä syrjimättömyysperiaate edellyttää, että esimerkiksi eri paikkakunnilta olevia ehdokkaita tai tarjoajia on kohdeltava samoin kuin oman kunnan tai seutukunnan vastaavia.

⁵ Mäkelä & Pökkyä 2013: 2.

⁶ Rainiala 2017: 54–55.

⁷ HE 108/2016 vp s. 191.

⁸ Määttä & Voutilainen 2017: 124; Raitio 2016: 663.

Periaatteen soveltamisen on pysyttävä mukana muun ohella EU:n laajentumisen kanssa, vaikka julkista hankintaa valmistelemaan tahoille voi kohdistua koviakin poliittisia paineita.⁹

Syrjimättömyyden periaatteeseen liittyvä tiukka tulkintalinja julkisissa hankinnoissa on sikäli kiinnostavaa, että oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkinnan mukaan esteellisyysväitettä koskeva oikeudellinen arviointi suoritetaan kyseisen periaatteen pohjalta silloinkin, kun hankinnan valmisteluun osallistuneesta ehdokkaasta tai tarjoajasta esitetään tällainen väite tuomioistuomessa¹⁰. Julkisen hankinnan valmisteluun osallistuneen ehdokkaan tai tarjoajan esteellisyyttä tai eturistiriitaa hankintamenettelyssä voi katsoa tulkittavan verrattain väljästi, kun otetaan huomioon perinteiset virkamiehen esteellisyyttä koskevat hallintolain (HL) (434/2003) säännökset sekä se, että julkisissa hankinnoissa ehdokkaan tai tarjoajan sulkemista tarjouskilpailun ulkopuolelle on pidettävä viimesijaisena keinona tällaisten riskien poistamiseksi¹¹.

Uusilla, vuoden 2017 alusta voimaan tulleilla hankintalaeilla uudistettiin lähes kokonaan Suomen hankintalainsäädäntö ja saatettiin voimaan vuonna 2014 annetut EU:n hankintadirektiivit¹². Uusien hankintadirektiivien myötä hankintalakeihin sisällytettiin ensimmäistä kertaa hankinnan valmistelua koskevia säännöksiä. Säännökset eivät sinänsä tuoneet olennaista muutosta aikaisempaan oikeustilaan, vaan niillä pyrittiin vahvistamaan oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintalinjaa hankintayksikön velvollisuudesta kohdella tarjoajia tasapuolisesti sekä oikeudesta käydä vuoropuhelua markkinatoimijoiden kanssa hankinnan valmisteluvaiheessa.¹³

Julkisen hankinnan valmistelua varten toteutettavasta markkinakartoituksesta säädetään uuden hankintalain 65 §:ssä, minkä lisäksi lain 66 §:ssä on säädetty ehdokkaan tai

⁹ Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007: 22–23.

¹⁰ Ks. esim. MAO:272/17 ja KHO 2016:56. Aihetta käsitellään tarkemmin jäljempänä tässä tutkielmassa.

¹¹ HE 108/2016 vp s. 186.

¹² Eskola, Kiviniemi, Krakau & Ruohoniemi 2017: 19.

¹³ Halonen & Sammalmaa 2017: 37.

tarjoajan osallistumisesta hankinnan valmisteluun. Hankintalain 81 §:ssä on vielä säädetty harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Kyseisen säännöksen 1 momentin 7 ja 8 kohdissa on säädetty hankintayksikön mahdollisuudesta sulkea tietyin edellytyksin ehdokas tai tarjoaja pois tarjouskilpailusta eturistiriidan tai hankintamenettelyyn osallistumisen vuoksi. Kaikki mainitut säännökset kuuluvat hankintalain II osaan ja koskevat täten EU-kynnysarvon ylittäviä tavara- ja palveluhankintoja, rakennusurakoita sekä suunnittelukilpailuja (HankL).

1.2 Tutkimusongelma ja rajaus

Tämän tutkielman tavoitteena on selvittää ehdokkaan tai tarjoajan osallistumista julkisen hankinnan valmisteluun syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta. Tutkimusongelman selkeyttämiseksi se voidaan jakaa seuraaviin osaongelmiin:

- Mihin syrjimättömyysperiaate perustuu, mitä sillä tarkoitetaan ja mihin sillä pyritään?
- Mitä tarkoittaa ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen julkisen hankinnan valmisteluun ja kuinka varmistetaan, ettei kilpailu tarpeettomasti vääristy?
- Millä perusteella julkisen hankinnan valmisteluun osallistuminen voi johtaa ehdokkaan tai tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle, eli milloin valmisteluun osallistunut taho on esteellinen tai eturistiriidassa hankintalainsäädännön näkökulmasta?
- Miten syrjimättömyysperiaate vaikuttaa esteellisyyden ja eturistiriitojen arviointiin julkisissa hankinnoissa, ja mitä ovat hankinnan valmistelun lainvastaisuudet?

Tutkielma rajataan koskemaan tilanteita, joissa hankintayksikkö käyttää yksikön ulkopuolista asiantuntija-apua hankinnan valmistelussa, ja joissa hankinnan valmisteluun osallistunut taho osallistuu hankinnan myöhemmässä vaiheessa varsinaiseen tarjouskilpailuun ehdokkaana tai tarjoajana. Pääpaino on hankintalain säännöksissä, vaikka tutkielmassa on myös eräitä viittauksia lakiin vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen

alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (erityisalojen hankintalaki) (1398/2016).

Tutkielman rakenne perustuu edellä lueteltuihin osaongelmiin. Ensimmäisessä pääluvussa selvitetään julkisia hankintoja ja syrjimättömyyttä. Luvussa avataan julkisen hankinnan ja hankintayksikön käsitteitä sekä sisältöä yleisesti, minkä jälkeen selvitetään julkisten hankintojen sääntelyä ja tavoitteita. Lisäksi ensimmäisessä pääluvussa paneudutaan julkisten hankintojen vahvaan EU-oikeudelliseen taustaan ja selvitetään syrjimättömyyden sisältöä sekä sitä, kuinka syrjimättömyyttä on säännelty kansallisessa lainsäädännössä. Toisessa pääluvussa käsitellään esteellisyyttä ja eturistiriitoja julkisen hankinnan valmistelussa syventymällä erityisesti tämän tutkielman kannalta keskeisiin hankintalain 65 ja 66 §:iin sekä 81 § 1 momentin 7 ja 8 kohdissa säädettyihin harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin.

Kolmannessa pääluvussa paneudutaan syvällisemmin syrjimättömyysperiaatteen sekä esteellisyyden ja eturistiriitojen väliseen suhteeseen julkisten hankintojen valmistelussa. Luvussa nostetaan esille oikeuskirjallisuudessa ilmeneviä erimielisyyksiä ja tulkinnanvaraisuuksia koskien vakiintunutta tulkintalinjaa ja arvioidaan esitettyjä näkemyksiä voimassa olevien säännösten sekä julkisten hankintojen sääntelyyn vaikuttavien taustaperiaatteiden pohjalta. Lisäksi tässä luvussa arvioidaan hankinnan valmistelun lainvastaisuuksia käsiteltyjen hankintasäännösten näkökulmasta sekä luodaan lyhyt katsaus niihin kehityssuunnan muutoksiin, joita säännösten soveltamisessa tuomioistuimessa on ollut havaittavissa viimeisimpinä vuosina.

1.3 Metodina oikeusdogmatiikka

Oikeustieteelle on ominaista se, ettei niin sanottua objektiivista totuutta ole olemassa. Oikeudellisessa kirjoittamisessa on kyse pitkälti sanojen muodossa tapahtuvasta lukijan vakuuttelusta, ja oikeutta itseäänkin voidaan pitää kielen muotoon puettuna valtana. Oikeustiede perustuu argumentointiin, eli punnittujen väitteiden esittämiseen ja

perusteluun. Tämä oikeustieteen perusluonne ei muuksi muutu, vaikka oikeudellinen argumentaatio voikin perustua hyvin monipuoliseen lähdeaineistoon.¹⁴ Oikeudellista perustelua voidaan havainnollistaa vertauskuvallisesti palapelin rakentamisena, jolloin oikeudellisen tulkinnan ja rationaalisen harkinnan periaatteet toimivat pelin sääntöinä ja oikeuslähteet sen palasina. Oikeudellinen perustelu on sitä uskottavampi, mitä suurempi ja ehjempi itse peli on. Oikeudellisella palapelillä on kuitenkin se erityisominaisuus, että rakenteilla oleva kuva ei ole etukäteen tiedossa. Se löytää lopullisen muotonsa vasta pelin kuluessa, mikä asettaa haasteita oikeudelliselle tulkinnalle ja ratkaisutoiminnalle.¹⁵

Tutkielmassa hyödynnetään metodina lainoppia, eli oikeusdogmatiikkaa. Lainoppi rakentuu voimassaolevien oikeuslähteiden varaan, jolloin keskiössä on kyseessä olevan oikeusongelman oikeuden sisältö. Metodina lainopilla pyritään erityisesti oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tulkintaan, eli voimassaolevan oikeuden sisällön selvittämiseen. Toiseksi lainopilla on keskeinen rooli tutkimuskohteen kannalta relevantin voimassa olevan oikeuden jäsentämisessä, eli systematisoinnissa.¹⁶ Lainopissa tulkintaa voidaan kutsua sen praktiseksi ulottuvuudeksi, ja systematisointia teoreettiseksi ulottuvuudeksi. Aarnio on puhunut myös käytännöllisestä ja teoreettisesta lainopista. Näillä kahdella lainopin ulottuvuudella tai tyypillä, miten ne halutaankin mieltää, on omat metodinsa, mutta ne ovat samalla kiinteässä vuorovaikutussuhteessa toisiinsa nähden.¹⁷

Tämän tutkielman oikeusdogmaattiset tavoitteet ovat erityisesti tutkimusongelman kannalta relevantin lainsäädännön ja oikeusohjeiden tulkinnassa sekä näiden jäsentämisessä toisiinsa nähden. Pyrkimys on selkiyttää tutkimusongelmaan liittyviä harmaita alueita lainopin keinoin. Hyödynnän tutkielmassa molempia ydintehtäviä korostaen näiden kahden tehtävän vuorovaikutteisuutta, jolloin teoria tukee käytännön rakentumista ja toisinpäin.

¹⁴ Husa, Mutanen & Pohjolainen (2008): 13.

¹⁵ Aarnio 1997: 52.

¹⁶ Husa ja muut 2008: 20.

¹⁷ Aarnio 1997: 37, viitattu teokseen Aarnio 1989: 302.

Kuten jäljempänä tässä tutkielmassa selvitetään, eivät julkisissa hankinnoissa käytettävät valmistelun tai valmisteluun osallistumisen käsitteet ole täysin yksiselitteisiä. Julkisissa hankinnoissa näillä käsitteillä voidaan viitata useampaankin vaiheeseen. Täten tutkielmassa korostuu tutkimusongelman kannalta relevanttien ydinkäsitteiden avaaminen ja niiden sisällön selkiyttäminen. Käsitteiden merkityssisältöjen avaamisen tärkeys havainnollistuu myös hyvin siitä, mitä Aarnio on käsitteistä kirjoittanut:

”Käsitteet ovat kuin linssi, jonka lävitse katselemme ”oikeustodellisuutta”. Linssi ei saa vääristää kuvaa, se ei saa olla epätarkka eikä samea. Hieman toista kielikuvaa käyttäakseni: käsitteiden avulla voimme ”tarttua” oikeussäännöksiin. Jos käsitteistö on kehittymätön tai huonosti valittu, oikeus on läpinäkymätön eikä oikeudellinen tutkimuskaan saa siitä otetta.”¹⁸

Kun ydinkäsitteet avataan niin, että niiden sisältö ei jää liian abstraktiksi ja epämääräisesti muotoilluksi, mahdollistetaan ilmiölle luonteenomaisten oikeustositteiden ja oikeusseuraamussuhteiden tunnistaminen. Näiden seikkojen ja seuraamussuhteiden selvittäminen on käytännöllisen lainopin perustehtävä.¹⁹ Lisäksi lain tulkinta ja systematisointi kohdistuu oikeusdogmatiikassa yksinomaan vallitsevaan oikeuteen, jolloin on keskeistä pohtia myös sitä, mikä itseasiassa on voimassa olevaa oikeutta ja kuinka se todennetaan. Esimerkiksi tanskalaisen Alf Rossin mukaan esitettäessä väite siitä, että jokin sääntö on voimassa, tarkoittaa ennusteen tekemistä siitä, että säännöstä sovelletaan käytäntöön tulevissa viranomaisratkaisuissa.²⁰

Tutkielman oikeusdogmaattisen luonteen vuoksi voimassa oleva oikeus on tutkielman keskiössä myös lähteiden osalta. Voimassaolevalla kansallisella hankintalainsäädännöllä pannaan täytäntöön EU:n hankintadirektiivit (HankL 1.2 §), ja julkisten hankintojen vapauttamisella kilpailulle on muutoinkin vahva EU-oikeudellinen sekä sisämarkkinapoliittinen tausta²¹. Kun huomioidaan tämä sekä oikeusjärjestyksessä vaikuttava EU-oikeuden

¹⁸ Aarnio 1997: 44.

¹⁹ Aarnio 1997: 40.

²⁰ Jyränki 1997: 76.

²¹ Ks. esim. Kuoppamäki 2018: 422.

*etusijaperiaate*²², korostuvat oikeuslähteiden käytössä kansallisen lainsäädännön rinnalla EU-oikeuslähteet sekä EUT:n ratkaisukäytäntö. Varsinaisen säädöstekstin tulkintaan apua löytyy myös oikeuskirjallisuudesta²³.

Kotimaisen lainsäädännön, EU-oikeuslähteiden sekä oikeuskirjallisuuden ohella apua oikeuden sisällön selvittämiseen saadaan lain esitöistä, erityisesti hallituksen esityksistä. Vaikka lain esitöihin oikeuslähteenä liittyy eräitä rajoituksia, antavat ne kaiken kaikkiaan olennaisesti sääntötietoa tulkintatiedon muodossa – esityöt kertovat, kuinka tiettyä säännöstä on tulkittava.²⁴ Myös markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus soveltavat ratkaisuisaan hallituksen esityksen yksityiskohtaisia perusteluja oikeudellista arviota suorittaessaan²⁵. Tutkimusongelman käsittelyn kannalta keskeisiä lähteitä ovat vielä tuomioistuinratkaisut ja näiden ratkaisujen perusteluista muodostuva oikeuskäytäntö, kun huomioidaan erityisesti ratkaisujen oikeutta luova vaikutus²⁶.

²² Tolonen 2003: 111.

²³ Husa ja muut 2008: 33.

²⁴ Ks. lain esitöistä oikeuslähteenä sekä niihin liittyvistä rajoituksista tarkemmin Tolonen 2003: 115–117.

²⁵ Tuomioistuimet ovat viitanneet hallituksen esityksen yksityiskohtaisiin perusteluihin esimerkiksi tapauksissa MAO:15/20, KHO 2019:84 ja KHO 2019:132.

²⁶ Ks. tuomioistuinratkaisuista ja oikeuskäytännöstä oikeuslähteenä tarkemmin esim. Tolonen 2003: 119–121.

2 Julkiset hankinnat ja syrjimättömyys

2.1 Julkisen hankinnan käsite ja hankintayksiköt

Julkisella hankinnalla tarkoitetaan menettelyä, jossa hankintayksikkö hankkii tarpeitensa mukaisia ja julkisin varoin rahoitettuja tavaroita, palveluita tai rakennusurakoita. Hankinta katsotaan julkiseksi hankinnaksi ja täten julkisia hankintoja koskevan sääntelyn piiriin kuuluvaksi²⁷, mikäli sen arvo ylittää hankintalain 25 §:ssä säädettyt kansalliset kynnysarvot (tavara- ja palveluhankinnoissa 60 000 euroa, urakoissa 150 000 euroa sekä sosiaali- ja terveystaloudessa 400 000 euroa). Mikäli julkisen hankinnan arvo ylittää hankintalain 26 §:ssä säädettyt EU-kynnysarvot (valtion keskushallinnon tavarahankinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa 134 000 euroa, muiden hankintayksiköiden vastaavissa hankinnoissa 207 000 euroa, ja rakennusurakoissa 5 186 000 euroa), noudatetaan hankinnoissa EU-direktiiveistä johtuvaa yksityiskohtaisempaa menettelyä.²⁸

Julkisten varojen käsitettä ei ole määritetty erikseen hankintalaissa, mutta julkisina varoina voidaan yleisesti pitää kaikkia sellaisia viranomaisten ja julkisoikeudellisten laitosten veroina ja maksuina kerrytettyjä varoja sekä muita tällaisille toimijoille kertyneitä varoja, jotka kuuluvat viranomaisten ja julkisoikeudellisten laitosten budjettitalouden

²⁷ Se, että hankinnan arvo ei ylitä kynnysarvoja ja kuulu täten julkisia hankintoja koskevan sääntelyn piiriin ei kuitenkaan tarkoita sitä, että hankintayksikkö voisi menetellä hankintaprosessissa mielivaltaisesti. Kun hankinta ei kuulu hankintalain piiriin, haetaan menettelyä määrittäviä säännöksiä muusta lainsäädännöstä. Esimerkiksi hallintolain 6 §:ssä esitetyt hallinnon oikeusperiaatteet asettavat hankintalain ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa tarjoajien ja ehdokkaiden kohtelulle hyvin samankaltaisia vaatimuksia kuin hankintalain säännökset sen piiriin kuuluvien vastaavien kohtelulle. Tällöin hallinnon oikeusperiaatteiden voidaan katsoa luovan pohjan sille, että lähtökohtaisesti kilpailuttamisvelvollisuutta olisi noudatettava myös hankintalain ulkopuolelle jäävien hankintojen kohdalla. (Määttä & Voutilainen 2017: 113.) Hallinnon oikeusperiaatteiden vaikutuksista ja kilpailuttamisvelvollisuuden suhteesta hankintojen ulkopuolisiin hankintoihin on kuitenkin mahdotonta tehdä tyhjentyviä rajanvetoja tai johtopäätelmiä, koska hankintalakiin ulkopuolelta ei ole löydettävissä varsinaista viranomaisten kilpailuttamisvelvollisuutta koskevaa normipohjaa. Ks. lisää Nenonen 2011: 344, 394.

²⁸ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2017: 19.

piiriin²⁹. Julkisten hankintojen kokonaisvolyymiksi on arvioitu vuosittain Suomessa noin 35 miljardia euroa, mikä vastaa lähes viidennestä bruttokansantuotteesta³⁰.

Hankintayksiköllä eli julkisella ostajalla tarkoitetaan valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaisia, evankelis-luterilaista kirkkoa ja ortodoksista kirkkoa sekä niiden seurakuntia ja muita viranomaisia, valtion liikelaitoksia sekä julkisoikeudellisia laitoksia (HankL 5.1, 1–4 §). Hankintalain mukaisia julkisoikeudellisia laitoksia hankintayksikkönä voivat olla esimerkiksi yliopistot, Oy Yleisradio Ab, Kansaneläkelaitos, Eläketurvakeskus ja kuntien omistamat osakeyhtiöt, joiden ensisijainen tavoite ei ole tuottaa liikevoittoa yhtiön omistajille³¹. Viimeksi mainittujen kaltaisille yhtiöille on tyypillistä, että ne ovat viranomaisten valvonnassa tai viranomaisten rahoittamia, ja että ne palvelevat yleisen edun mukaisia tarpeita. Hankintalain mukaiseksi hankintayksiköksi katsotaan myös mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan toteuttamista varten tukea yli puolet hankinnan arvosta joltain edellä luetelluista viranomaisista tai julkisoikeudellisista laitoksista (HankL 5.1, 5 §). Hankintaa varten saadun tuen on kuitenkin kohdistuttava nimenomaan hankinnan tekemiseen, jotta hankintalain säännökset tulisivat sovellettavaksi.³²

Varsinaisen hankintaprosessin voidaan yleistäen katsoa koostuvan seuraavista vaiheista³³:

1. Hankintayksikön hankintastrategiaan tai -ohjeisiin tutustuminen
2. Hankinnan suunnittelu, eli markkinakartoitus ja hankintatarpeen kartoittaminen
3. Hankintamenettelyn³⁴ valinta
4. Tarjouspyynnön laatiminen

²⁹ Määttä & Voutilainen 2017: 21.

³⁰ Elinkeinoelämän keskusliitto (EK). <<https://ek.fi/mita-tee/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat/>>

³¹ Määttä & Voutilainen 2017: 19; Pekkala ja muut 2017: 19.

³² Määttä & Voutilainen 2017: 19–20.

³³ Hankintaprosessin eri vaiheiden sisällöstä tarkemmin esimerkiksi Pekkala ja muut 2017: 20–23.

³⁴ Hankintamenettelyitä ovat avoin menettely, rajoitettu menettely, neuvottelumenettely, kilpailullinen neuvottelumenettely, innovaatiokumppanuus, suora hankintamenettely, puitejärjestely, suunnittelukilpailu, sähköinen huutokauppa, dynaaminen hankintajärjestelmä ja sähköinen luettelo tarjouksena. Ks. näistä tarkemmin esimerkiksi Pekkala ja muut 2017: 190–194 tai Eskola ja muut 2017: 285–288.

5. Hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön julkaiseminen HILMA-järjestelmässä³⁵
6. Tarjousten laatiminen
7. Tarjousten vastaanottaminen ja avaaminen
8. Tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen
9. Tarjousten vertaileminen
10. Hankintapäätöksen tekeminen
11. Tarjoajien informoiminen
12. Hankintasopimuksen tekeminen
13. Jälki-ilmoituksen julkaiseminen
14. Sopimuksen täytäntöönpano

Julkisen hankinnan käsite itsessään on monitulkintainen, mutta julkisiin hankintoihin kohdistuvien voimakkaiden intressien vuoksi sitä on tarpeen tarkastella ensisijaisesti julkisuuden kautta. Julkisissa hankinnoissa julkisuudella voidaan viitata ainakin hankintaprosessin julkisuuteen, hankinnan rahoittamiseen julkisilla varoilla ja julkisen vallan toimenpiteisiin tuottaessa julkisia palveluita. Julkisissa hankinnoissa ensisijaista julkisuusperiaatteen toteutumisen kannalta on vaatimus hankintamenettelyn avoimuudesta, eli avoimuusperiaate.³⁶ Velvollisuus avoimuuteen merkitsee hankintayksiköiden näkökulmasta positiivista toimintavelvollisuutta edellyttäessään hankinnasta ilmoittamista julkisessa kanavassa³⁷. Ilmoittamisvelvollisuuteen liittyy myös kiinteästi kysymys ilmoittamisella annettavista tiedoista, sillä potentiaalisen ehdokkaan tai tarjoajan on annettujen tietojen perusteella voitava arvioida osallistumistaan tarjouskilpailuun³⁸.

Avoimuuden turvaaman julkisuusperiaatteen toteutumiseen liittyy lisäksi sen perinteinen tehtävä oikeusvarmuuden turvaamisessa sekä valvonnan ja vastuun toteuttamisessa julkisissa hankinnoissa, kun markkinatoimijat ja esimerkiksi tarjoajat voivat avoimuuden

³⁵ Työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämä maksuton, sähköinen ilmoituskanava julkisten hankintojen ilmoittamista varten. < <https://hankintailmoitukset.fi/fi/>>

³⁶ Määttä & Voutilainen 2017: 21.

³⁷ Nenonen 2009: 91.

³⁸ Nenonen 2009: 93.

ja julkisuuden perusteella arvioida hankintamenettelyn oikeudenmukaisuutta ja saattaa tarvittaessa hankintayksikön toiminnan valvontaviranomaisen tai tuomioistuimen arviotavaksi³⁹. Toiminnan julkisuus mahdollistaa myös julkisten varojen käytön valvonnan, sillä avoimuus vaikeuttaa jo lähtökohtaisesti tehokkaalla tavalla väärinkäytösten ja korruption luonteisen toiminnan toteuttamista⁴⁰.

Julkisuuden näkökulmasta tarkasteltuna hankintoihin liittyvät voimakkaat intressit voivat realisoitua hankintaprosesseissa myös viranomaisen tehdessä julkisen vallan käyttöön rinnastettavia toimenpiteitä, kuten ehdokkasiin ja tarjoajiin vaikuttavia päätöksiä ja ratkaisuja⁴¹. Julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan muun ohella sellaisten hallintopäätösten tekemistä, jotka tehdään yksipuolisesti ja joiden vaikutus ulottuu yksityisiin oikeussubjekteihin⁴². Käytännössä tämä tarkoittaa lain nojalla ja soveltamisalalla tehtävää oikeussubjektia koskevaa ratkaisua, jossa julkisen vallan käyttäjä päättää välittömästi hallinnon ulkopuolisen yksityisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta⁴³. Julkisen vallan käytön määrittelemisen ei kuitenkaan ole täysin yksiselitteistä, joten julkisissa hankinnoissa sen suhteesta hankintaprosessissa tehtäviin päätöksiin tai ratkaisuihin ei olla oltu oikeuskirjallisuudessa täysin yksimielisiä⁴⁴.

Julkisissa hankinnoissa on kuitenkin useita piirteitä, jotka tukevat väitettä siitä, että hankintaprosessin eräissä vaiheissa käytetään julkista valtaa. Hankintamenettelyssä esimerkiksi viimekäden ratkaisu koskee lähtökohtaisesti sitä, kenellä tarjoajista on kilpailutuksen jälkeen oikeus toimittaa tavaroita taikka tuottaa palveluita tai rakennusurakoita hankintayksikölle tai sen lukuun.⁴⁵ Ratkaisulla on täten tarjoajiin kohdistuvia taloudellisia vaikutuksia ja päätöksellä sidos tarjouskilpailun voittajan elinkeinotoimintaan, kun hankintayksiköltä saatavan taloudellista hyötyä sisältävän vastikkeen siirtymisen myötä

³⁹ Mäenpää 2016: 9; Määttä & Voutilainen 2017: 21.

⁴⁰ Mäenpää 2016: 9–10.

⁴¹ Määttä & Voutilainen 2017: 48.

⁴² HE 1/1998 vp s. 74. Julkisen vallan ala ei kuitenkaan ole tyhjentävästi määriteltävissä, ja sitä voidaan tarpeen mukaan sekä perustuslain sallimissa rajoissa lainsäädännöllä laajentaa tai supistaa.

⁴³ Husa 2000: 27; Kulla 2015: 30.

⁴⁴ Ks. esim. Nenonen 2011: 365 tai Halonen 2015: 228.

⁴⁵ Määttä & Voutilainen 2017: 49.

yksittäisen markkinatoimijan liiketoiminta lisääntyy ja markkina-asema paranee suhteessa muihin toimijoihin⁴⁶. Hankintayksikkö tekee myös toisen oikeutta koskevan yksipuolisen ratkaisun esimerkiksi silloin, kun se päättää yksittäisen ehdokkaan sulkemisesta pois tarjouskilpailusta. Yleistäen voitaisiin kuitenkin todeta julkisten hankintojen toteuttamisen olevan julkisen vallan käyttöä jo yksin sillä perusteella, että ainakin viranomais-toiminnassa tehtävät hankintaan liittyvät päätökset ovat *hallintopäätöksiä*. Hallintopäätöksistä tulee kuitenkin erottaa kilpailutuksen päätteeksi toimittajaksi valitun kanssa tehtävä hankintasopimus, joka on yksityisoikeudellinen sopimus. Tällaisen sopimuksen solmiminen ei ole julkisen vallan käyttöä.⁴⁷

2.2 Julkisten hankintojen sääntely ja sääntelyn tavoitteet

Suomessa julkisista hankinnoista säädetään laissa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista sekä laissa vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista. Näillä uusilla, vuoden 2017 alussa voimaan astuneilla laeilla uudistettiin lähes kokonaan julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö⁴⁸ ja saatettiin voimaan vuonna 2014 annetut EU:n hankintadirektiivit, joita ovat

- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä (käyttöoikeusdirektiivi)⁴⁹
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (hankintadirektiivi)⁵⁰

⁴⁶ Nenonen 2011: 365; Ukkola 2011: 292.

⁴⁷ Määttä & Voutilainen 2017: 50.

⁴⁸ Vaikka julkisuudessa ja kirjallisuudessa puhutaan laajalti hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksesta, ei muutos oikeustilaan viime kädessä ole ollut kovinkaan radikaali (Määttä 2017: 2). Täten tässäkin tutkielmassa on joiltain osin voitu nojautua myös aikaisempaan oikeustilaan, erityisesti oikeuskäytäntöön.

⁴⁹ EUVL N:o L 94, 28.3.2014, s. 1.

⁵⁰ EUVL N:o L 94, 28.3.2014, s. 65.

- neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja posti-palveluiden alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kuomoamisesta (erityisalojen hankintadirektiivi)⁵¹.

Näiden lisäksi hankintalainsäädäntöön sisältyy oikeussuojakeinoja koskevat säännökset, joilla saatettiin kansallisesti voimaan Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY^{52, 53}.

Hankintalain tarkoituksesta säädetään lain 1 §:ssä, jonka mukaisesti lain lähtökohtana on hankintayksiköjä koskeva kilpailuttamisvelvollisuus. Kilpailuttamisvelvollisuudella veloitetaan hankintayksiköitä järjestämään hankintatoimintansa siten, että ne tulevat hyödyntäneeksi voimassa olevat kilpailuolosuhteet⁵⁴. Kilpailuolosuhteet tulevat hyödynnetyiksi ennen muuta avointa ilmoitusmenettelyä noudattamalla, jolloin mahdollisimman monen potentiaalisen ehdokkaan saadessa tietää sopimusmahdollisuudesta hintoja laskevan kilpailun odotetaan syntyvän kuin itsestään. Toisinaan hankintayksiköllä saattaa kuitenkin olla muu kuin hankinnan edulliseen hintaan liittyvä intressi sen valitessa toimittajaa. Kilpailuttamisvelvoitteella pyritäänkin sulkemaan pois se mahdollisuus, että hankintayksiköt toimisivat hankintoja tehdessään muiden kuin rationaalisten taloudellisten perusteiden pohjalta.⁵⁵

Kilpailuttamisvelvoitteella voidaan katsoa olevan taloudellisesti tärkeä rooli, sillä kilpailun puuttuminen voisi julkisyhteisöjen näkökulmasta johtaa tuhlailevaan ja epätarkoituksenmukaiseen varainkäyttöön julkisissa hankinnoissa. Tämä on merkittävää, koska edellä mainitun mukaisesti julkisten hankintojen arvon Suomessa on arvioitu olevan vuosittain

⁵¹ EUVL N:o L 94, 28.3.2014, s. 243.

⁵² EYVL N:o L 335, 20.12.2007, s. 31.

⁵³ Eskola ja muut 2017: 19–20.

⁵⁴ Määttä & Voutilainen 2017: 162.

⁵⁵ Kalima, Häll & Oksanen 2007: 106–107. Perinteisesti kansallisvaltiot ovat saattaneet esimerkiksi pyrkiä suuntaamaan julkisen sektorin hankintoja oman maan yrityksille. Menettelyä on saatettu perustella työllisyyden turvaamisella tai maksutaseen tasapainottamisena. Viime kädessä oman maan yritysten suosiminen on kuitenkin omiaan nostamaan hyödykkeiden yleistä hintatasoa sekä aiheuttamaan muitakin tehokkuustappioita. (Kuoppamäki 2020: ”7. Julkiset hankinnat”.)

lähes viidenneksen bruttokansantuotteesta. Lisäksi erilaisten eurooppalaisten selvitysten mukaan julkisten hankintojen kilpailuttamisella saavutettujen säästöjen on arvioitu voivan nousta äärimmillään jopa kymmeneen prosentteihin.⁵⁶ Viime kädessä hankintäsäännösten todellinen edunsaaja on siten veronmaksaja⁵⁷.

Hankintayksikön kilpailuttamisella saavuttamien säästöjen lisäksi kilpailuolosuhteiden hyödyntäminen voi edesauttaa omalta osaltaan myös niiden luomista. Näin kilpailutuksella näyttäisi olevan vaikutus hankintayksikön lisäksi myös yrityksiin. Kilpailun puuttumisen tai sen vähäisyyden on uskottu monessa tapauksessa johtaneen yritysten kannattavuuden heikkenemiseen. Täten kilpailuttamista voidaan pitää tärkeänä, kun kilpailukykyisyyden parantamisella on yhä suurempi merkitys ulkomaankaupassa. Oikeuskirjallisuudessa on pidetty suomalaistenkin yritysten näkökulmasta tarkoituksenmukaisena ”karaista” niitä kansainvälisessä kilpailussa.⁵⁸

Hankintoja koskevalla lainsäädännöllä pyritään julkisten varojen käytön tehostamisen ohella laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemiseen. Tämän lisäksi laeilla pyritään turvaamaan suuremmalle joukolle yrityksiä ja yhteisöjä tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa. Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että hankinnat on toteutettava tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ja ne on pyrittävä järjestämään siten, että myös pienet ja keskiuuret yritykset ja muut yhteisöt pääsevät osallistumaan muiden tarjoajien kanssa tarjouskilpailuihin. (HankL 2 §, erityisalojen hankintalaki 2 §.) Hankintamenettelyyn osallistuvia ja muita toimittajia on myös kohdeltava tasapuolisesti ja syrjimättömästi, ja hankintayksikön tulee toimia avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen (HankL 3 §, erityisalojen hankintalaki 3 §).

⁵⁶ Kalima ja muut 2007: 17–18.

⁵⁷ Kuoppamäki 2020: ”7. Julkiset hankinnat”.

⁵⁸ Kalima ja muut 2007: 19. Ks. myös Kuoppamäki 2020: ”7. Julkiset hankinnat”.

Hankintalain tavoitteiden mukaisen julkisten varojen tehokkaan käytön ja hankinnan ta-
loudellisen toteuttamisen vaatimukset ovat jakaneet mielipiteitä. Yksi näkökulma on,
että hyödyn on voitu katsoa koituvan nimenomaan hankintayksiköille, kun hyvin suunni-
tellun hankinnan kautta hankintayksiköt ovat voineet selvittää hankintojensa optimaali-
set hinnat tai hinta-laatusuhteet markkinoita sekä kilpailua hyödyntäen. Toisaalta kilpai-
luttaminen voi luoda talouskasvua alueellisesti, kansallisesti tai jopa EU-tasolla, kun
mahdollistetaan useamman yrityksen ja yhteisön, pk-yritykset mukaan lukien, pääsy mu-
kaan kilpailutukseen. Hankintalakiin ja sen tavoitteisiin liittyvä kritiikki puolestaan on
kohdistunut siihen, etteivät hankintayksiköt voisi ostaa juuri sitä, mitä haluavat tai tarvit-
sevat lainsäädännön vaatimusten vuoksi.⁵⁹

Lain keskeisin tavoite rajoittuu kuitenkin kilpailutusvelvollisuuden asettamiseen, jolloin
sillä veloitetaan hankintojen kilpailutukseen ja sen avoimuuteen ja tasapuolisuuteen⁶⁰.
Täten hankintalain säännökset koskevat vain kilpailuttamista, eivätkä ne kata koko han-
kintaprosessia. Hankintalain veloitteet eivät näin ollen koske sitä, pitäisikö esimerkiksi
kunnan tai muun viranomaisen ulkoistaa yksittäisen palvelun tuotanto. Päätäntävalta or-
ganisaatiosta ja sen palveluntuotannosta säilyy hankintayksiköllä itsellään. Hankintalaki
ei aseta veloitteita myöskään hankintasopimuksen toteuttamiseen ja valvontaan liitty-
vistä seikoista. Hankintalaki tulee sovellettavaksi ensisijaisesti silloin, kun hankintayk-
sikkö ostaa tuotteita, palveluita tai urakoita viranomaiskoneiston ulkopuoliselta toimit-
tajalta tai palveluntuottajalta.⁶¹

Hankintalakia voidaan pitää menettelytapalakina, koska se ei sääntele sitä, mitä hankin-
tayksiköiden tulisi hankkia ja millaisin ehdoin⁶². Näin ollen hankintayksikkö voikin itse

⁵⁹ Eskola ja muut 2017: 23–24.

⁶⁰ HE 108/2016 vp s. 70.

⁶¹ Pekkala ja muut 2017: 20. Hankintalakia ei kuitenkaan sovelleta viranomaisen omaan toimintaan eikä sellaiseen hankintayksiköiden väliseen hankintaan, jolla hankintayksiköt toteuttavat yhteistyössä sekä yh-
teisten tavoitteiden saavuttamiseksi niiden vastuulla olevia yleisen edun mukaisia julkisia palveluja. Han-
kintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät niin ikään sidosyksikköhankinnat eli hankinnat sellaiselta yksi-
költä, johon hankintayksiköllä on vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä. Hankintalaki tu-
lee kuitenkin sovellettavaksi, mikäli hankintayksikkö hankkii palveluja, tuotteita tai urakoita esimerkiksi
yksityiseltä yritykseltä. (Mäenpää 2017: 68.)

⁶² HE 108/2016 vp s. 70.

määritellä hankinnan kohteen ja päättää esimerkiksi hinnoittelusta sekä sopimusehdoista. Hankintalain 2 § ei sisällä konkreettisia velvoitteita hankintayksikölle, joten hankinnan huono suunnittelu, kalliilla ostaminen tai keskittämättä jättäminen ei ole suoraan hankintalain vastaista toimintaa, jonka perusteella tuomioistuimien voisi määrätä hankintayksikölle sanktioita.⁶³ Kääntäen voitaisiin todeta, että vaatimus kokonaisedullisimman tarjouksen hyväksymisestä tai parhaasta hinta-laatu-suhteesta ei tarkoita sitä, että hankintayksikön tulisi tehdä hankintapäätös pelkästään halvimman hinnan perusteella⁶⁴.

2.3 Julkisten hankintojen ja syrjimättömyyden EU-oikeudellinen tausta

Perinteisesti Euroopan yhteisön taloudellisen toiminnan peruseriaatteet ovat perustuneet erityisesti liberalismiin ihanteisiin, mistä on seurannut myös tavoite yhtenäisen vapaakauppa-alueen luomisesta unionin alueelle. Mainituista periaatteista ponnistavan ajatustavan mukaan yksityiset yritykset tekevät hankintansa sekä taloudelliset ratkaisunsa lähtökohtaisesti taloudellisuuden periaatteeseen nojaten, jolloin ne yleensä tulevat hankkineeksi hyödykkeen, joka on taloudellisesti ja toiminnallisesti kokonaisedullisin. Tämän seurauksena tehokkaimmin toimiva yritys saavuttaa kilpailuedun markkinoilla. Tähän tehokkuuteen perustuen Euroopan yhteisön julkisia hankintoja koskeva ajattelu-tapa korostaa, että julkisyhteisöjen tulisi tehdä omat hankintaratkaisunsa unionin alueelta olevilta yrityksiltä samoin perustein.⁶⁵ Julkisia hankintoja koskevilla direktiiveillä onkin pyritty edistämään EU:n toiminnasta annetun sopimuksen mukaisia tavoitteita tavaroitten vapaasta liikkuvuudesta, palvelujen tarjoamisvapaudesta ja sijoittautumisvapaudesta⁶⁶. Vuonna 2014 annettujen hankintadirektiivien mukaisesti lainsäädännön uudistamisella pyrittiin nykyaikaistamaan, yksinkertaistamaan ja joustavoittamaan julkisten hankintojen oikeudellista kehystä⁶⁷.

⁶³ Eskola ja muut 2017: 24.

⁶⁴ Pekkala ja muut 2017: 20.

⁶⁵ Kalima ja muut 2007: 15.

⁶⁶ HE 108/2016 vp s. 5.

⁶⁷ HE 108/2016 vp s. 32.

Siitä huolimatta, että julkisten hankintojen alan merkitys on EU:n sisämarkkinaoikeuden kannalta varsin huomattava, ei varsinaisissa perussopimuksissa ole edelleenkään materiaalisia säännöksiä jäsenvaltioiden viranomaisten ja julkisyhteisöjen hankintamenetelystä. Perussopimuksissa on kuitenkin tiettyjä artikloja, joilla katsotaan olevan yhtymäkohtia julkisiin hankintoihin ja joihin on perinteisesti viitattu julkisia hankintoja koskevassa tulkintakäytännössä. Esimerkiksi Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT)⁶⁸ 37(1) artiklan on tulkittu viittaavan julkisiin hankintoihin, vaikka kyseisen artiklan suppea viittaus koskee sananmukaisesti tulkittuna ulkomaankauppamonopoleja julkisten viranomaisten sijaan.⁶⁹ Kyseisellä artiklalla veloitetaan jäsenvaltioita mukautamaan kaupallisia valtion monopoleja niin, että tavaroiden hankintaa tai myyntiä koskevissa ehdoissa ei syrjitä jäsenvaltioiden kansalaisia. Vakiintuneen tulkinnan mukaan sillä kielletään kaikki tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevat esteet. Tulkinnan tukena on usein viitattu myös SEUT 34 artiklaan, jolla kielletään kaikki jäsenvaltioiden välisen tuonnin määrälliset rajoitukset ja muut vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet. Julkisten hankintojen kontekstissa voitaisiin vastaavasti katsoa palvelujen liikkuvuuden ja sijoittautumisvapauden rajoitukset kielletyiksi SEUT 56 ja 49 artiklojen perusteella.⁷⁰

Perustamissopimuksista juontuvat periaatteet, vapaudet ja kiellot ovat sikäli merkittäviä oikeudellisia työvälineitä, että ne muodostavat julkisten hankintojen vapaakaupan oikeudellisen perustan ja siten julkisia hankintoja koskevien direktiivien sekä niiden kansallisen implementoinnin perustan ja tulkintataustan. Käytännössä direktiivien vaietetessa EU:n tuomioistuin siis soveltaa muun muassa perustamissopimuksen määräyksiä ja yleisiä oikeusperiaatteita julkisia hankintoja koskeviin asioihin ja tapauksiin.⁷¹

⁶⁸ Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL N:o C 326, 26.10.2012, s. 47.

⁶⁹ Raitio 2016: 665.

⁷⁰ Raitio 2016: 665. Toisaalta on huomioitava, että syrjimättömyys ei EU-oikeudessakaan tarkoita ainoastaan sitä, että asetetaan *ulkomaiset* tarjoajat samaan asemaan kotimaisten tarjoajien kanssa (Kuoppamäki 2020: ”7. Julkiset hankinnat”). Ks. esim. asia C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA* vastaan *Unità sanitaria locale nro 2 di Carrara*, EU:C:1990:121, jossa tuomioistuin sovelsi hankintadirektiivin sijasta suoraan Rooman sopimuksen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaa 34 artiklaa, vaikka valittaja olikin samasta jäsenvaltiosta (Italia).

⁷¹ Kalima ja muut 2007: 16.

Oikeusperiaatteisiin liittyy joustava muotoilu sekä laaja soveltamisala, jolloin niillä pyritään täyttämään kirjoitettuun oikeuteen jääviä aukkoja⁷².

EU- oikeudellisesta näkökulmasta katsottuna julkisten hankintojen sääntelyn ja tavoitteiden taustalla voidaan tulkita olevan ainakin seuraavat periaatteet, joihin tiivistyy myös hankintasäännösten yksittäisissä pykälissä asetettujen toimintavelvoitteiden ydinsisältö:

- syrjimättömyysperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate
- avoimuusperiaate
- suhteellisuusperiaate
- taloudellisuusperiaate
- kilpailuperiaate
- vilpittömän yhteistyön periaate.⁷³

Oikeusperiaatteista syrjimättömyysperiaatteen voidaan tulkita olevan lähes keskeisimmässä roolissa, koska julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle perustuu jo lähtökohdiltaan SEUT 18 artiklan kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoon⁷⁴. Nykyisessä SEUT 18 artiklassa kielletään kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä perussopimusten soveltamisalalla, tämän kuitenkin rajoittamatta perussopimusten erityismääräysten soveltamista. Eurooppa-oikeuden kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellolla pyritään turvaamaan muun muassa toisista jäsenvaltioista peräisin olevien tavaroiden, henkilöiden, palveluiden ja pääoman syrjimättömyys suhteessa oman maan vastaaviin⁷⁵.

Yleisesti Eurooppa-oikeudellisella syrjimättömyysperiaatteella edellytetään, ettei samanlaisia tilanteita saa kohdella lainsäädännössä eri tavoin tai erilaisia samalla tavoin⁷⁶. Siten jäsenvaltion omia kansalaisia tai oikeushenkilöitä ei saa suosia muiden maiden

⁷² Kalima ja muut 2007: 28.

⁷³ Kuoppamäki 2018: 428; Raitio 2016: 663.

⁷⁴ Raitio 2016: 663.

⁷⁵ Raitio 2016: 268.

⁷⁶ Joutsamo, Aalto, Kaila & Maunu 2000: 38.

vastaavien kustannuksella. Periaate on talousyhteisön aikana tyypillisesti mielletty lähinnä tuotannontekijöiden vapauttamista ja yhteismarkkinoiden avaamista tukevaksi, ja sitä voidaan käsitellä erityisesti sisämarkkinaoikeudellisesti merkityksellisenä perussopimukseen sisältyvänä oikeusperiaatteena. Syrjimättömyysperiaate ilmeneekin useissa sellaisissa perussopimuksen artikloissa, joilla on liittymäkohtia sisämarkkina- tai kilpailuoikeuteen. Syrjintäkielto kohdistuu jäsenvaltioiden lisäksi myös EU:n toimielimiin, elimiin ja laitoksiin sekä yksityisiin luonnollisiin henkilöihin ja oikeushenkilöihin.⁷⁷

Syrjinnän kieltö on EU:n tuomioistuinkäytännössä käsitetty laajasti, sillä periaate kattaa niin henkilöihin, tuotteisiin kuin palveluihinkin kohdistuvan syrjinnän⁷⁸. Oikeuskirjallisuudessa on viitattu syrjimättömyysperiaatteen ohella yhdenvertaisuusperiaatteeseen, joka on soveltamisalaltaan hyvin lähellä syrjimättömyysperiaatetta. Toisinaan yhdenvertaisuusperiaatteeseen on kirjallisuudessa rinnastettu myös tasapuolisen kohtelun periaate syrjimättömyysperiaatteen ohella.⁷⁹

Oikeuskäytännössä EU-tuomioistuin on linjannut, että hankintayksiköiden tulee hankinnoissaan noudattaa perussopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, erityisesti syrjimättömyysperiaatetta⁸⁰. Tällaisesta tulkinnasta voisi päätellä, että esimerkiksi avoimuusperiaate yhdenvertaisuuden ja tasapuolisen kohtelun ohella linkittyy yksinomaan syrjimättömyysperiaatteeseen. Syrjimättömyyden toteutuminen edellyttää avoimuutta, jotta hankintaviranomaiset voivat varmistua syrjimättömästä menettelystä.⁸¹ Myös Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU)⁸² 4(3) artiklan vilpittömän yhteistyön periaate pyrkii edistämään sisämarkkinoiden tehokkuutta vahvistamalla syrjimättömyysperiaatteen toteutumista julkisissa hankinnoissa⁸³.

⁷⁷ Raitio 2016: 267–268.

⁷⁸ Joutsamo ja muut 2000: 502.

⁷⁹ Raitio 2016: 664.

⁸⁰ Ks. esim. asia C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH* vastaan Telekom Austria AG, EU:C:2000:669, kohta 60.

⁸¹ Raitio 2016: 663.

⁸² Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL N:o C 326, 26.10.2012, s. 13.

⁸³ Raitio 2016: 664–665.

2.4 Syrjimättömyys kansallisessa lainsäädännössä

Suomen lainsäädännössä julkisissa hankinnoissa noudatettavasta syrjimättömyysperiaatteesta on säädetty hankintalain ja erityisalojen hankintalain 3 §:ssä, ja se perustuu edellä käsiteltyjen Euroopan unionin perustamissopimuksen sisämarkkinavapauksia ja erityisesti kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevien periaatteiden lisäksi hankintadirektiivin hankintaperiaatteita koskevaan 18 artiklaan⁸⁴. Artiklan 1 kohdassa todetaan muun ohella, että hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen, jolloin hankintaa suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan. Muilta osin artikla ei itsessään määrittele syrjimättömyyden periaatteen sisältöä kovin laaja-alaisesti.

Direktiiviin perustuvaa syrjinnän kieltoa koskevaa lakipykälää voidaan pitää esimerkkinä EU:n julkisia hankintoja koskevan oikeuden tulkintaa ohjaavan aineksen implementoinnista. Sikäli, kun kansallisen lain säännökset joutuvat törmäyskurssille tai aukkotilanteeseen, tulee asiasta annettavan ratkaisun myös perustua unionin oikeudellisten periaatteiden soveltamiseen. Vaikka lähtökohtaisesti eri oikeusjärjestysten omia oikeusperiaatteita sovelletaankin lähinnä niiden omaa oikeutta sovellettaessa, eikä kyseisiä periaatteita sovi automaattisesti olettaa sisällöltään identtisiksi, on huomioitava, että EU:n oikeusperiaatteita on kunnioitettava hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolellakin.⁸⁵

Syrjimättömyysperiaate on pysynyt samansisältöisenä lakiuudistuksessa⁸⁶. Aiemman hankintalain esitöissä yhdenvertaisuusperiaatteen ohella syrjimättömän kohtelun vaatimuksella on pyritty siihen, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa kohdellaan ehdokkaita ja tarjoajia samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Esitöissä on korostettu tällaisten tekijöiden liittymistä erityisesti

⁸⁴ HE 108/2016 vp s. 74.

⁸⁵ Kalima ja muut 2007: 37–38.

⁸⁶ HE 108/2016 vp s. 74.

ehdokkaiden tai tarjoajien kansallisuuteen taikka sijoittautumiseen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle. Syrjimättömällä kohtelulla edellytetään näin myös sitä, että eri paikkakunnilta olevia ehdokkaita tai tarjoajia kohdellaan samalla tavoin kuin esimerkiksi oman kunnan yrityksiä.⁸⁷ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä syrjimättömyysperiaatteen on katsottu tarkoittavan myös sitä, että hankinnalle asettavat vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta suosivia tai syrjiviä⁸⁸.

Tapauksessa MAO:611–612/14 oli kyse siitä, kun Mikkelin Oppilaitoskiinteistöt Oy ja Kiinteistökehitys Naistinki Oy (jäljempänä hankintayksiköt) olivat ilmoittaneet 28.1.2014 julkaistulla kansallisella hankintailmoituksella toteutettavasta Mikkelin alueen pieninvestointi- ja korjaushankkeiden rakennuttamis- ja valvontatehtävistä. Hankinnan pääkohteena olivat rakentamiseen liittyvät konsulttipalvelut. Valittaja esitti, että hankintayksiköt olivat pyrkineet tarjouspyynnöllään suosimaan tarjouskilpailun voittanutta Itä-Suomen Controlteam Oy:tä. Tarjouspyynnössä oli edellytetty muun muassa, että päävastuullisella projektin vetäjällä olisi vähintään viiden vuoden kokemus soveltuvista oppilaitosrakennuttamistehtävistä. Tarjoajan oli tullut esittää selvitys myös tämän vetäjän erityisosaamisesta oppilaitosrakentamisesta ja paikallistuntemuksesta. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että vaikka tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimukset eivät poista mahdollista tosiasiallista etua tapauksessa, jossa tietyllä yrityksellä on kokemusta aiemmista vastaavantalaisista hankinnoista, ei käsillä olevassa asiassa ollut esitetty selvitystä siitä, että hankinnan kohteena oleviin palveluihin liittyisi sellaisia paikallistuntemusta edellyttäviä erityispiirteitä, jotka olisi voitu perustellusti huomioida tarjoajien soveltuvuutta tai tarjousten laatua arvioitaessa. Tämän vuoksi vaatimukset olivat asettaneet tarjoajat eriarvoiseen asemaan sen perusteella, olivatko tarjoajien aiemmat tehtävät kohdistuneet Mikkelin alueelle vai eivät. Tarjouspyyntö oli täten laadittu syrjivästi.

Tapauksessa MAO:167/11 oli taas kyse siitä, kun Kuopion kaupungin sosiaali- ja terveyskeskus (jäljempänä hankintayksikkö) oli pyytänyt 15.2.2010 päivätyllä tarjouspyynnöllä tarjouksia hoito-, hoiva- ja palvelukodeissa annettavista asumispalveluista ja sulkenut myöhemmin päätöksellään Pielaveden Palvelukoti Ky:n (jäljempänä valittaja) tarjouksen tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena. Valittaja katsoi, että tarjouskilpailussa asetettu vaatimus palvelukodin sijaitsemisesta Sisä-Savon tai Koillis-Savon kunnissa taikka enintään 60 kilometrin etäisyydellä Kuopiosta oli ollut syrjivä, koska kyseisten alueiden kuntia koskevat käsitteet ovat epämääräisiä, ja koska nämäkin alueet sisältävät sellaisia alueita, joilta olisi yli 60 kilometrin matka Kuopioon. Markkinaoikeus katsoi kuitenkin ratkaisussaan, että hankintayksikkö ei ollut ylittänyt sille kuuluvaa harkintavaltaa tai menettelyt syrjivästi asettaessaan sijainnillisia vaatimuksia palvelukodeille, koska kyseessä olleen palvelun järjestämisessä palvelukodin sijainnilla saattoi olla merkitystä, kun huomioitiin toiminnan alueellinen luonne ja palvelujen saavutettavuus.

⁸⁷ HE 50/2006 vp s. 47.

⁸⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen käytännöstä ks. esim. asia C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV* vastaan Alankomaat, EU:C:1988:422 tai asia C-243/89, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Tanskan kunin-gaskunta, EU:C:1993:257.

Kuten edellä on käynyt ilmi, niputetaan julkisissa hankinnoissa syrjimättömyysperiaate usein yhteen tasapuolisuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteiden kanssa. Oikeuskäytännössäkin syrjimättömyys ja tasapuolisuus huomioidaan usein yhdessä hankintamenettelyn lainmukaisuutta arvioitaessa⁸⁹. Kansallisten oikeuslähteiden osalta syrjimättömyydellä voidaan myös katsoa olevan kiinnekohtia perustuslain (731/1999) yhdenvertaisuutta turvaavan 6 §:ään, jonka mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä, eikä ketään saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän suun perusteella. Julkisissa hankinnoissa velvoittavan syrjimättömyysperiaatteen varsinainen yhteys perustuslain yhdenvertaisuussäännökseen on kuitenkin sikäli välillistä, että yhteisöjä koskevaa tasapuolista kohtelua ei voida suoraan johtaa pääasiassa luonnollisia henkilöitä koskevista perusoikeuksista.⁹⁰ Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on myös luonnollisten henkilöiden perusoikeuksiin viitaten esitetty, että puuttuminen yhteisön tai oikeushenkilön asemaan voi merkitä myös sen muodostavien luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan puuttumista⁹¹.

Hankintayksikön on kohdeltava ehdokkaita ja tarjoajia samalla tavoin, eli syrjimättömästi, hankinnan kaikissa vaiheissa⁹². Hankintamenettelyn on annettava ulospäin uskottava vaikutelma siitä, että kaikilla tarjoajilla on yhtäläiset mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa⁹³. Tämä korostuu erityisesti hankintayksikön laatiessa tarjouspyyntöasiakirjoja, sillä hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti laaja harkintavalta sen suhteen, mitä se hankkii ja millaisin vaatimuksin. Tarjouspyyntöä, neuvottelukutsua tai näiden liitteitä ei tule laatia siten, että niiden perusteella ei voida antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia (HankL 67.1 §), sillä hankintayksikön harkintavaltaan voidaan puuttua, mikäli hankinnan kohteen määrittelyssä tai valintaperusteiden asettamisessa on syyllistytty syrjintään.⁹⁴

⁸⁹ Määttä & Voutilainen 2017: 128.

⁹⁰ Määttä & Voutilainen 2017: 124, 127.

⁹¹ Saraviita 2011: 132.

⁹² Hyvönen ja muut 2007: 21.

⁹³ Ks. esim. MAO:464/19.

⁹⁴ Määttä & Voutilainen 2017: 125, 127.

Korkein hallinto-oikeus on ratkaisun KHO 2014:55 perusteluissa korostanut hankintamennettelyn osallistujien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun edellyttävän muun muassa, että tarjouspyynnössä asetettavat tarjousten vertailuperusteet ilmoitetaan hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä, ne ovat hankintalain mukaisia ja mahdollistavat näin yhteismitalliset ja keskenään vertailukelpoiset tarjoukset. Perusteiden tulee koskea välittömästi hankinnan kohdetta, niiden on oltava objektiivisia ja syrjimättömiä, eivätkä ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Syrjimättömyydellä tarkoitetaan sitä, että vertailuperusteet eivät saa olla esimerkiksi sellaisia, että ne suosivat tiettyjä tarjoajia, edellyttävät aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa tai suosivat paikallista toimijaa. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että tarjousten valinnassa käytettävillä perusteilla tulee pääsääntöisesti olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle.

Toisaalta hankintayksikön laaja harkintavalta hankinnan sisällön suhteen havainnollistuu hyvin tapauksessa MAO:15/20, jossa valittaja katsoi, että tarjouspyyntö oli ollut syrjivä, ja että hankintayksiköt olivat tarjouspyynnössä asettamallaan vaatimuksilla rajoittaneet kilpailua sekä käytännössä varmistaneet, että valituksi oli voinut tulla vain yksi tarjoaja. Valittaja katsoi, että syrjivät vaatimukset eivät olleet olleet tarpeellisia hankinnan toteuttamisen kannalta, vaan ne oli räätälöity vastaamaan voittaneen ryhmittymän tarjousta. Markkinaoikeus totesi kuitenkin ratkaisussaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun sekä suhteellisuusperiaatteen huomioiden, että hankintayksiköllä on oikeus päättää hankintojensa sisällöstä sekä laaja harkintavalta sen suhteen, miten se määrittelee hankinnan kohteen. Lisäksi markkinaoikeus totesi, että hankinnan kohdetta koskevaa vaatimusta ei voida lähtökohtaisesti pitää syrjivänä, vaikka alalla olisi vain yksi tai muutama vaaditunlaisen palvelun tarjoaja. Hankintayksikön ei tarvinnut julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden perusteella sopeuttaa tarjouspyynnön ehtoja olemassa olevaan tarjontaan, jos hankkeessa oli perustellusti pyritty hankintayksikön tarpeita palvelemaan lopputulokseen. Niin ikään hankintayksiköllä oli ollut oikeus pyrkiä tekemään myös sellaisia hankintoja, jotka osaltaan rohkaisevat markkinoiden tuotetarjontaa kehittämään käyttäjien tarpeita palvelemaan suuntaan. Hankintamennettelyä ei voitu pitää virheellisen myöskään sen vuoksi, että yksittäisen tarjouskilpailuun osallistuneen yrityksen valikoima ei ollut sisältänyt hankintayksikön tarvetta vastaavaa ratkaisua. Tarjoajalla oli ollut mahdollisuus kehittää omaa tarjontaansa tai ostaa puuttuvia ratkaisuja ja osaamista muilta toimittajilta.

3 Esteellisyys, eturistiriita ja julkisen hankinnan valmistelu

3.1 Eturistiriita ja esteellisyys julkisissa hankinnoissa

Julkisiin hankintoihin kohdistuu vahvoja taloudellisia intressejä, minkä lisäksi niihin liittyy olennaisesti julkisen ja yksityisen sektorin välinen läheinen vuorovaikutus. Tämän vuoksi ne ovat alttiita sääntöjenvastaisille liiketoimintakäytännöille, kuten eturistiriidoille, suosinnalle ja korruptiolle.⁹⁵ Eturistiriitojen osalta on huomioitava, että vaikka ne tosiasiallisina, potentiaalisina tai epäiltyinä eivät välttämättä johda suoraan esimerkiksi korruptioon, on hyvinkin mahdollista, että ne vaikuttavat epäasianmukaisesti hankintoja koskeviin päätöksiin vääristäen samalla kilpailua ja vaarantaen ehdokkaiden ja tarjoajien syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun⁹⁶. Täten hankintadirektiivillä veloitettiin jäsenvaltioita antamaan kansallisesti sellaiset säännöt, joilla estettäisiin ja havaittaisiin tehokkaasti sekä poistettaisiin viipymättä sellaiset eturistiriidat, jotka syntyisivät muun ohella hankinnan suunnittelun ja valmistelun aikana⁹⁷.

Hankintadirektiivin 24 artiklassa eturistiriidoille on annettu seuraava määritelmä:

« Eturistiriidoilla tarkoitetaan vähintään tilannetta, joissa hankintaviranomaisen tai sen puolesta toimivan hankintapalvelun tarjoajan palveluksessa olevilla henkilöillä, jotka osallistuvat hankintamenettelyn toteuttamiseen tai jotka voivat vaikuttaa menettelyn tulokseen, on välitön tai välillinen rahallinen, taloudellinen tai muu henkilökohtainen intressi, jonka voitaisiin nähdä vahingoittavan heidän puolueettomuuttaan ja riippumattomuuttaan hankintamenettelyssä. »

Hankintadirektiiviin sisällytetty eturistiriitoja koskeva erityissäännös kattaa sellaiset tosiasialliset, mahdolliset tai epäillyt eturistiriidat, jotka liittyvät menettelyssä mukana oleviin hankintaviranomaisen tai hankintapalvelujen tarjoajan henkilöstön jäseniin sekä

⁹⁵ COM(2011) 896 lopull. s. 12.

⁹⁶ COM(2011) 896 lopull. s. 17.

⁹⁷ COM(2011) 896 lopull. s. 55.

hankintaviranomaisen johdon jäseniin, jotka pystyvät vaikuttamaan hankintamenettelyn tulokseen, vaikka eivät olisikaan muodollisesti mukana siinä⁹⁸.

Eturistiriita ei ole sisällöllisesti sama asia kuin virkamiehen⁹⁹ esteellisyys, josta säädetään hallintolain 27–30 §:ssä. Julkisia asioita (ml. julkiset hankinnat) hoidettaessa esteellinen eli jäävi henkilö ei saa osallistua asian käsittelyyn tai olla läsnä asiaa käsiteltäessä (HL 27 §). Hallintolain esteellisyyssäännöksessä käytetyt ilmaisut käsittelyyn osallistumisesta ja läsnäolosta asiaa käsiteltäessä on tarkoitettu sisällöltään laajoiksi, jolloin ne kattavat ratkaisun tekemisen lisäksi myös ratkaisua edeltävät toimet, kuten asian esittelyn tai *valmistelun*¹⁰⁰. Oikeuskirjallisuudessa esteellisyydellä terminä on vakiintuneesti tarkoitettu sitä, että virkamies on käsiteltävään asiaan, sen asianosaisiin tai asiassa tehtävän ratkaisun vaikutuspiiriin muuten kuuluviin henkilöihin sellaisessa suhteessa, joka saattaa vaarantaa hänen puolueettomuutensa¹⁰¹. Kyseessä ei ole fyysinen tilanne tai tosiasiallinen este, vaan juridinen olosuhde, jonka vallitessa henkilön puolueettomuuden katsotaan vaarantuneen sen vuoksi, että asioiden ratkaisuun saattavat vaikuttaa asian käsittelyyn osallistuneen henkilön sellaiset mieltymykset ja edut, joiden laatu ylittää pelkän näkemys tason. Esteettömyyden vaatimus voi kohdistua vain yksittäiseen henkilöön.¹⁰²

Hallintolain esteellisyyttä koskevat säännökset on laajennettu koskemaan muitakin kun virkamiehiä¹⁰³. Se, mitä virkamiehen esteellisyydestä säädetään, koskee myös

⁹⁸ COM(2011) 896 s. 12.

⁹⁹ Kuntalain (410/2015) 97 §:ssä säädetään kunnallisen viranhaltijan esteellisyydestä. Säännös sisältää myös eräitä kunnallisen viranhaltijan esteellisyyttä koskevia poikkeustilanteita. Esimerkiksi kyseisen pykälän 3 momentissa säädetään, että hallintolain 28 § 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettu palvelussuhde kuntaan ei kuitenkaan tee luottamushenkilöä, viranhaltijaa eikä työntekijää esteelliseksi asiassa, jossa kunta on asianosainen. Jos luottamushenkilö on palvelussuhteensa perusteella esitelty tai muuten vastaavalla tavalla käsitelty asiaa, hän on kuitenkin esteellinen. Niin ikään kuntalain 97 § 4 momentissa säädetään, että hallintolain 28 §:n 1 momentin 5 kohtaa ei sovelleta kunnan luottamushenkilöön, viranhaltijaan tai työntekijään, vaikka tämä olisi mainitussa lainkohdassa tarkoitettussa asemassa kunnallisessa liikelaitoksessa tai kuntayhtymässä. Henkilö on kuitenkin esteellinen, jos kunnan edut ovat ristiriidassa liikelaitoksen tai kuntayhtymän etujen kanssa taikka asian tasapuolinen käsittely edellyttää, ettei henkilö osallistu asian käsittelyyn.

¹⁰⁰ HE 72/2002 vp s. 86.

¹⁰¹ Laakso, Suviranta & Tarukannel 2006: 191.

¹⁰² Heuru, Mennola & Ryyänen 2008: 244.

¹⁰³ HE 72/2002 vp s. 86–87.

monijäsenisen toimielimen jäsentä ja *muuta asian käsittelyyn osallistuvaa* sekä tarkastuksen suorittavaa tarkastajaa (HL 27.2 §). Lain esitöiden perusteella virkamiehen esteellisyttä koskevia hallintolain säännöksiä sovelletaan 2 momentin perusteella myös muuhun asian käsittelyyn osallistuvan henkilöön, jolloin virkamiehen käsite ulottuu myös rikoslaissa (RikosL) (39/1889) määriteltyyn julkista valtaa käyttävään henkilöön¹⁰⁴. Kyseisen määritelmän mukaisesti julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan muun ohella sellaista henkilöä, jonka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua päätöksen *valmisteluun* tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla (RikosL 40:11.1, 5). Hallintolain esitöiden esteellisyyssäännösten yksityiskohtaisissa perusteluissa on lisäksi todettu, että viranomaisen voi pyytää myös lausuntoja ulkopuolisilta asiantuntijoilta. Tällöin arvio lausunnonantajan esteellisyydestä perustuu siihen, mikä merkitys asianomaisella lausunnolla on asian ratkaisemisen kannalta.¹⁰⁵

Yleisesti esteellisyyttä koskevilla säännöksillä sekä virka- ja rikosoikeudellisilla normeilla vahvistetaan hallintolain 6 §:ään sisällytettyä vaatimusta viranomaisten toimien puolueettomuudesta, eli objektiviteettiperiaatetta. Periaatteella pyritään turvaamaan luottamus hallintotoiminnan puolueettomuuteen ja asianmukaisuuteen.¹⁰⁶ Virkamiehen esteellisyyttä koskevien säännösten päätarkoitus on turvata puolueettomuus sekä lisätä luottamusta päätöksenteon moitteettomuuteen yksittäisen asian käsittelyssä¹⁰⁷. Hallinto-oikeudellista esteellisyyttä arvioitaessa kysymys ei siis ole siitä, onko yksittäinen päätös sisällöllisesti oikein tehty, vaan siitä, *kuka* sen on tehnyt¹⁰⁸. Hallintolain esteellisyyttä ei siten arvioida konkreettisesti eli sen perusteella, onko esteellisyys tosiasiallisesti vaarantunut. Kyseessä olevissa tilanteissa riittää, että puolueettomuus asian käsittelyssä on objektiivisesti tarkastellen saattanut vaarantua.¹⁰⁹ Asian käsittelyyn osallistuvalla

¹⁰⁴ HE 72/2002 vp s. 87.

¹⁰⁵ HE 72/2002 vp s. 87.

¹⁰⁶ Mäenpää 2008: 73.

¹⁰⁷ Kulla 2015: 182.

¹⁰⁸ Kuusikko 2018: 5.

¹⁰⁹ Kulla 2015: 183.

virkamiehellä on velvollisuus itse ottaa esteellisyytensä huomioon, ja virkamies ratkaisee häntä koskevan esteellisyyksymyksen itse myös silloin, kun asia tulee esille ulkopuolisen väitteen perusteella¹¹⁰.

Julkisissa hankinnoissa käytettävän ”esteellisyyden” käsitteen merkityksen ei ole katsottu olevan samansisältöinen arvioitaessa esimerkiksi virkamiehen ja ulkoista asiantuntija-apua tarjoavan konsultin toimintaa näiden osallistuessa hankinnan valmisteluun¹¹¹. Hallintolain 27–30 §:ssä esitetyjä hallinto-oikeuden mukaisia esteellisyyssäännöksiä sovelletaan valtion virkamiehiin, kuntien viranhaltijoihin, muihin julkisyhteisöjen ja eduskunnan virkamiehiin sekä muihin virkasuhteeseen verrattavissa julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa oleviin henkilöihin (HL 2 §). Virkasuhteen puuttuessa ulkoisena asiantuntijana julkisen hankinnan valmisteluun osallistuneeseen tahoon ei lähtökohtaisesti tule sovellettavaksi hallintolain esteellisyyssäännökset, vaikka tällaisten tahojen puolueettomuutta koskevissa tuomioissa tyypillisesti puhutaankin sananmukaisesti ”esteellisyydestä”¹¹². Ulkoisen asiantuntijan esteellisyyksymyksistä on löydettävissä ainakin kaksi keskeistä eroa verrattuna hallinto-oikeudellisiin esteellisyyksymyksiin¹¹³.

Selkein ero verrattaessa hallinto-oikeudellisia ja hankintaoikeudellisia esteellisyyksymyksiä liittyy ensinnäkin arvioinnin henkilölliseen ulottuvuuteen. Arvioitaessa hallinto-oikeudellista jääviyttä valitus kohdistuu tyypillisesti siihen, että päätöksen tehneen virkamiehen tai muun päätöksentekoon osallistuneen henkilön väitetään olleen esteellinen. Arvioitaessa sen sijaan valmisteluun osallistuneen tarjoajan ”kaksoisroolia” hankintamenettelyssä, kyse on tyypillisesti tarjoajan aiemmin saamasta kilpailuedusta suhteessa muihin tarjoajiin, jolloin olennaista on tilanteen vaikutus hankintamenettelyyn ja viime kädessä tarjouskilpailun lopputulokseen sen sijaan, että valitus perustuisi konsulttiin henkilönä.¹¹⁴

¹¹⁰ Kulla 2015: 182, 212.

¹¹¹ Mäkelä & Pöykkylä 2013: 6.

¹¹² Mäkelä & Pöykkylä 2013: 6.

¹¹³ Mäkelä & Pöykkylä 2013: 14.

¹¹⁴ Mäkelä & Pöykkylä 2013: 14.

Toiseksi julkisten hankintojen hallinto-oikeudellisten ja hankintaoikeudellisten esteellisyyssyyskysymysten arvioinnissa on tyypillisesti eroavaisuuksia sen suhteen, mihin hankinnan vaiheeseen arviointi kohdistuu. Siinä, missä hallinto-oikeudellisen jääviyden arviointi kohdistuu ensisijaisesti päätöksentekovaiheeseen, tulee hankintalain mukainen esteellisyys pääsääntöisesti arvioitavaksi tilanteissa, joissa valmisteluun osallistuneella tarjoajalla on mahdollisesti ollut vaikutusvaltaa hankinnan kohteen sekä tarjoajia koskevien kriteerien määrittelyssä yksinomaan hankinnan valmisteluvaiheessa.¹¹⁵

Tulkinnallinen ero hallintolain ja hankintalain säännösten mukaisia esteellisyyssyyskysymyksiä punnittaessa on sikäli merkillepantava, että ulkopuoliselle asiantuntijataholle kehittyvä eräänlainen ”kaksoisrooli” niin valmistelussa avustavana yrityksenä kuin tarjouskilpailuunkin osallistuvana markkinatoimijana ei suoraan johda siihen, että puolueettomuuden hankinnan valmistelussa katsottaisiin vaarantuneen¹¹⁶. Tulkintaa voidaan pitää väljänä, kun sitä verrataan hallinto-oikeudelliseen esteellisyyteen, jota arvioitaessa edellä mainitun mukaisesti riittää, että objektiivisesti tarkastellen viranomaisen tai muun hallintolain soveltamisalaan kuuluvan henkilön puolueettomuus on saattanut vaarantua. Rajanveto ei ole yksiselitteistä, sillä käytännön tilanteissa ei hallinto-oikeudellista tai hankintaoikeudellista esteellisyyttä arvioitaessa aina toteudu edellä kuvatut tyypillisten eroavaisuuksien tunnusmerkit koskien joko henkilöllistä ulottuvuutta tai sitä, mihin hankintaprosessin vaiheeseen arviointi kohdistuu. Tämä havainnollistuu ainakin seuraavasta korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisusta.

Tapauksessa KHO 2012:100 oli kyse siitä, kun kuntayhtymän ylläpitämän Kuopion yliopistollisen sairaalan (KYS) magneettikuvauspalveluita koskeva hankinta oli annettu yhteistyösopimuksen perusteella kaupungin organisaatioon kuuluvan Kuopion seudun hankintatoimikunnan hoidettavaksi. KYS:n ja hankintatoimikunnan välisessä hankinta-asiaa koskevassa yhteistyössä asiantuntemus hankintakilpailun kohteena olleista magneettikuvauspalveluista oli ollut KYS:llä ja sen viranhaltijoilla, joten KYS:n ylilääkäri A oli osallistunut hankintakilpailua koskeneen tarjouspyynnön valmisteluun osana hänen asemaansa sekä ylilääkärin viran virkatehtäviä. Ylilääkärin virkansa ohella A toimi myös Itä-Suomen Sydäntutkimus Oy:n sivutoimisena työntekijänä radiologian erikoislääkäripalvelujen tuottajana, minkä seurauksena A työskenteli Itä-Suomen Sydäntutkimus Oy:n ja Suomen Terveystalo

¹¹⁵ Mäkelä & Pöykkö 2013: 14.

¹¹⁶ Mäkelä & Pöykkö 2013: 5.

Oyj:n sopimalla tavalla viimeksi mainitussa yhtiössä yhteensä noin kuusi tuntia kuukaudessa lausuen tavallisia röntgennatiivikuvaustutkimuksia. Vaikka A ei ollut suorassa taloudellisessa suhteessa Suomen Terveystalo Oyj:öön, katsoi korkein hallinto-oikeus A:n olleen hallintolain 28 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettulla tavalla palvelussuhteessa tai käsiteltävään asiaan liittyvässä toimeksiantosuhteessa tarjouksen tehneeseen Suomen Terveystalo Oyj:öön. Täten A oli ollut esteellinen käsitellessään kyseessä olevaa hankintamennettelyä koskevaa asiaa, ja hankintapäätös oli syntynyt virheellisessä järjestyksessä.

Korkein hallinto-oikeus totesi perusteluissaan ratkaistun asian olleen oikeudellisesti epäselvä, ja tapauksesta voidaankin nostaa esille kiinnostavia seikkoja. Ensinnäkin A:n osallistuminen hankinnan valmisteluun ei ollut johtunut seudullisen hankintoimikunnan hänelle antamasta toimeksiannosta, vaan se oli perustunut yhteistyöhön hankinta-asiassa, jossa asiantuntemus magneettikuvauspalveluista oli ollut yliopistollisella sairaalalla ja sen viranhaltijoilla. Varsinaisen hankinnan toteuttaminen oli kuitenkin hankintatoimikunnan tehtävä. Tyypillisistä hallinto-oikeudellisista esteellisyyсарvioinneista poiketen tapauksessa ei myöskään arviointi kohdistunut virkamiehen tekemään päätökseen, vaan ennemminkin siihen vaikutusvaltaan, mikä A:lla oli mahdollisesti ollut tarjouspyyntöä laadittaessa, eli hankinnan valmisteluvaiheessa.

Tapaus on mielenkiintoinen, sillä se herättää ainakin kysymyksen siitä, missä vaiheessa lääkäri A:n olisi pitänyt ilmoittaa esteellisyydestään, ja missä määrin tämän olisi ennen hankinnan valmisteluun osallistumista pitänyt ymmärtää ottaa se seikka huomioon, että yhtiö, johon hänellä ei ole ollut (ainakaan valituksen mukaan) suoraa taloudellista yhteyttä, voisi olla potentiaalinen ehdokas tai tarjoaja hankintaa koskevassa tarjouskilpailussa. Kiinnostavaa on pohtia sitäkin, onko kyseessä olevassa tapauksessa ollut sellaiset olosuhteet, joissa mahdollinen eturistiriita olisi pitänyt estää etukäteisesti henkilöstö- ja organisatorisilla toimenpiteillä siten kuin hankintalain 81 § 1 momentin 7 kohdassa on tarkoitettu¹¹⁷.

¹¹⁷ Ks. HE 108/2016 vp s. 186. Eturistiriitoja ja hankinnan valmisteluun osallistumista harkinnanvaraisina poissulkemisperusteina (HankL 81.1, 7–8 §) käsitellään syvemmin tämän tutkielman luvuissa 3.2.3, 4.2.3 ja 4.2.4.

3.2 Julkisen hankinnan valmistelu ja valmisteluun osallistuminen

3.2.1 Hankinnan valmistelua koskeva sääntely

Julkisten hankintojen valmistelusta, tarjouspyynnöstä ja hankinnan kohteen kuvauksesta säädetään hankintalain 9 luvussa. Nykyisten hankintadirektiivien myötä uusiin hankintalakeihin sisällytettiin ensimmäistä kertaa hankinnan valmisteluvaihetta koskevia säännöksiä. Kyseiset säännökset eivät sikäli tuoneet olennaista muutosta aikaisempaan oikeustilaan, vaan niillä pyrittiin vahvistamaan velvollisuutta tarjoajien tasapuoliseen kohteluun sekä oikeutta käydä vuoropuhelua hankinnan valmisteluvaiheessa.¹¹⁸ Tätä voidaan havainnollistaa seuraavan tapauksen avulla.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO:771/14 oli kyse siitä, kun Kärsämäen kunta (jäljempänä hankintayksikkö) oli ilmoittanut kansallisella hankintailmoituksella toteutettavasta kunnan sosiaali- ja terveystalouden hankinnasta ajalle 1.6.2014-31.12.2021. Tekemällään päätöksellä hankintayksikkö oli valinnut Attendo Oy:n ja Attendo Terveystalouden Oy:n ryhmittymänä tekemän tarjouksen. 5.6.2014 tekemällään hankintaoikaisupäätöksellä hankintayksikkö oli oikaissut tarjousvertailua tämän kuitenkään vaikuttamatta mainitun hankintapäätöksen lopputulokseen. Valituksessaan Suomen Terveystalo Oy, Oulun Diakonissalaitoksen Säätiö, Kainuun Hoivataito Oy ja Med Group Oy olivat vaatineet hankintapäätöksen kumoamista. Valittajien mukaan tarjouskilpailun voittanut tarjoaja olisi tullut sulkea tarjouskilpailusta, koska tarjouspyynnön liitteiden 3–6 metatiedoista oli ilmennyt, että voittaneen tarjoajan palveluksessa oleva lakimies oli luonut kyseiset tiedot. Hankintayksikön tarjouspyyntöasiakirjat oli ilmoituksen mukaan laadittu ainakin osaksi sellaisten asiakirjojen perusteella, jotka voittanut tarjoaja oli sille toimittanut ennen lopullisten tarjouspyyntöasiakirjojen laatimista, ja jotka olivat liittyneet aiempaan vastaavan kaltaiseen hankintaan. Markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja perusteli päätöstään sillä, että voittaneen tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun todetulla tavalla oli ollut omiaan vaarantamaan avoimuuden periaatteen toteutumisen sekä tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Markkinaoikeuden tapauksesta käy ilmi hyvin se, kuinka hankinnan valmisteluksi on katsottu myös ennen lainsäädäntöuudistusta sellainen toiminta, joka on ajoittunut aikaan ennen varsinaisen hankintamenettelyn alkamista. Perusteluissaan markkinaoikeus puhuu toteutuneesta hankinnan *valmisteluun* osallistumisesta ja viittaa yksinomaan

¹¹⁸ Halonen & Sammalmaa 2017: 37. Ks. myös HE 50/2006 vp s. 89.

vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, eikä esimerkiksi päätöksen antamisen hetkellä jo julkaistuun hankintadirektiiviin.

Valmistelun käsite on jokseenkin laaja, sillä sitä on myös oikeuskirjallisuudessa käytetty hieman toisistaan poikkeavissa merkityksissä. Sillä voidaan viitata toimintaan, jossa varsinaisesti osallistutaan tai vaikutetaan hankintamenettelyyn laatimalla tarjouspyyntöasiakirjoja tai olemalla osallisena hankintakohteen määrittelyssä esimerkiksi konsulttina tai toimeksiantosuhteen perusteella¹¹⁹. Valmisteluvaiheesta puhuttaessa voidaan viitata myös niin sanotusti hankinnan suunnittelun vaiheeseen, jossa hankintayksikkö käy esimerkiksi vuoropuhelua potentiaalisten tarjoajien kanssa. Hankinnan suunnittelun vaihe ajoittuu aikaan ennen varsinaisen hankintamenettelyn alkua.¹²⁰ Tässä tutkielmassa hankinnan valmisteluun osallistumisena on huomioitu niin hankinnan suunnitteluvaiheessa toteutunut vuorovaikutus kuin toimeksianto- tai konsulttisuhteen perusteella tapahtunut hankintamenettelyyn osallistuminenkin.

Kuten edellä on mainittu, hankinnan valmistelua koskevat säännökset otettiin hankintalakeihin lakiuudistuksen myötä, vaikka vakiintuneessa oikeuskäytännössä suunnitteluvaiheessa tehtävät markkinakartoitukset tai vuoropuhelut eivät olleet vieraita aiemminkaan. Tästä huolimatta on aiheellista luoda katsaus uusiin hankintalakeihin otettuihin markkinakartoitusta ja vuoropuhelua koskeviin säännöksiin.

Hankintalain 65 §:ssä, samoin kuin erityisalojen hankintalain 69 §:ssä, todetaan, että

« Ennen hankintamenettelyn aloittamista hankintayksikkö voi tehdä markkinakartoituksen hankinnan valmistelua varten ja antaa tietoa toimittajille tulevaa hankintaa koskevista suunnitelmistaan ja vaatimuksistaan.

Markkinakartoituksessa hankintayksikkö voi käyttää riippumattomia asiantuntijoita, muita viranomaisia tai toimittajia. Näiden tahojen neuvoja voidaan käyttää apuna hankintamenettelyn suunnittelussa ja toteuttamisessa, mutta neuvojen

¹¹⁹ Ks. esim. Mäkelä & Pöykkö 2013: 3.

¹²⁰ Ks. esim. Halonen & Sammalmaa 2017: 42.

käyttäminen ei kuitenkaan saa johtaa kilpailun vääristymiseen eikä 3 §:ssä tarkoitettujen syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden vastaiseen menettelyyn. »

Pykälässä markkinakartoituksesta puhutaan siis toimenpiteenä, joka tehdään *ennen hankintamenettelyn aloittamista ja valmistelua varten*. Lain esitöidenkin mukaan markkinakartoitus on osa hankinnan suunnittelua ja ajoittuu nimenomaan aikaan ennen varsinaisen hankintamenettelyn aloittamista¹²¹. Markkinakartoitusta koskeva hankintalain 65 § perustuu hankintadirektiivin 40 artiklaan, jonka mukaisesti hankintaviranomaisten sallitaan *ennen hankintamenettelyn aloittamista* toteuttavan markkinakartoituksia *hankintoja valmistellakseen*. Direktiivin sanamuodon perusteella hankinnan valmisteluksi voidaan täten tulkita myös hankinnan suunnitteluvaiheessa toteutettu yhteistyö.

Markkinakartoitusta ei ole täysin tyhjentävästi määritelty hankintalaeissa tai esitöissä, mutta yleisesti sillä voidaan viitata kaikkeen siihen markkinoilla olevaan informaatioon, joka hankintayksiköllä on saatavillaan ja jota sen on mahdollista hyödyntää hankintaa suunnitellessaan¹²². Markkinakartoituksessa hankintayksikkö voi tehdä julkisten hankintojen ilmoituspalvelussa HILMA-järjestelmässä hankinnassa kyseessä olevan alan edustajille ja toimittajille tietopyynnön ja pyytää näitä käymään vapaamuotoista dialogia sen kanssa hankinnan kohteesta ja määrittelystä. HILMA-järjestelmässä hankintayksiköllä on myös mahdollisuus esittää kutsu tarkempaan tekniseen vuoropuheluun. Se voi kutsua toimittajia esittelemään tuotteitaan hankintayksikölle tai selvittää markkinoilla tarjolla olevia vaihtoehtoja täysin itsenäisesti.¹²³

Markkinakartoituksessa merkittävää julkisen hankinnan valmistelun kannalta on se, että siinä ei ole kyse pelkästään yksipuolisesta tiedon hankinnasta, vaan hankintayksikkö voi myös antaa tietoa toimittajille niistä suunnitelmista ja vaatimuksista, joita hankintaan kohdistuu¹²⁴. Markkinakartoitusta tehtäessä ja erityisesti teknistä vuoropuhelua käytäessä kilpailun säilyminen on pidettävänä kuitenkin tärkeimpänä prioriteettina.

¹²¹ HE 108/2016 vp s. 163.

¹²² Halonen & Sammalmaa 2017: 38.

¹²³ HE 108/2016 vp s. 163.

¹²⁴ HE 108/2016 vp s. 163.

Markkinatoimijoille ei tule antaa liikaa valtaa, vaan harkintavallan on säilyttävä hankintayksiköllä.¹²⁵

3.2.2 Ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun

Hankintalain 66 §:n ja erityisalojen hankintalain 70 §:n mukaan hankintayksikön on varmistettava, ettei ehdokkaan, tarjoajan tai tarjoajaan liittyvän yrityksen osallistuminen hankinnan valmisteluun vääristä kilpailua. Pykälillä veloitetaan lähtökohtaisesti hankintayksikköä varmistumaan siitä, ettei yksikään hankinnan valmisteluun osallistunut ehdokas tai tarjoaja saavuta sellaista etulyöntiasemaa, joka johtaisi hankintamenettelyssä tasapuolisen ja syrjimättömän kilpailutilanteen vaarantumiseen¹²⁶.

Hankintadirektiivin 41 artiklassa on mainittu eräitä toimenpiteitä, joiden avulla hankintaviranomaisen on mahdollista varmistua kilpailuneutraliteetin säilymisestä. Toimenpiteenä voidaan pitää sellaisten tietojen toimittamista muille ehdokkaille ja tarjoajille, jotka on annettu tai saatu ehdokkaan tai tarjoajan osallistuessa hankintamenettelyn valmisteluun, sekä tietoja, jotka ovat syntyneet hankinnan valmisteluun osallistumisen tuloksena¹²⁷. Tämä hankintayksikköä koskeva tiedonantovelvollisuus ei sikäli ole uutta, koska ehdokkaiden ja tarjoajien saattamista tiedollisesti samalle tasolle on korostettu kotimaisessa oikeuskäytännössä jo ennen hankintalakien uudistusta¹²⁸.

Tapauksessa KHO 2003:74 oli kyse siitä, kun Tiehallinto oli sulkenut Oy VR-Rata Ab:n (jäljempänä yhtiö) kahteen rakennushankkeeseen liittyvästä projektinjohtopalveluhankinnan tarjouskilpailusta sen perusteella, että yhtiö oli osallistunut kohteena olleen hankinnan suunnitteluun. Tiehallinto perusteli yhtiön sulkemista tarjouskilpailun ulkopuolelle sillä, että hankkeeseen liittyvän Haravakylän alikulkusillan suunnitelmien teettäminen ja silta-suunnitelmien tarkastaminen oli ollut yhtiön vastuulla. Tiehallinnon mukaan yhtiölle oli tämän seurauksena syntynyt muihin projektinjohtopalvelujen tarjoajiin verrattuna huomattavaa kilpailuetua, kun se oli johtanut yksityiskohtaista sillan rakennussuunnitelman suunnittelua ja saanut perehtyä merkittävään osaan koko hankekokonaisuutta useita

¹²⁵ Mäkelä 2011: 9.

¹²⁶ HE 108/2016 vp s. 164.

¹²⁷ HE 108/2016 vp s. 164. Ks. myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU art. 41.

¹²⁸ Halonen & Sammalmaa 2017: 45.

kuukausia ennen muita tarjoajia. Valittanut yhtiö lausui, ettei sen sulkemiselle pois tarjouskilpailusta ollut laillista perustetta (silloisessa) hankintalainsäädännössä. Perusteluissaan korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi, että niin hankintayksiköltä kuin suunnitteluun osallistuneelta taholta edellytetään erityistä objektiivisuutta, jotta suunnitteluun osallistunut voisi osallistua tarjouskilpailuun tasapuolisuuden vaatimuksen rikkoutumatta. Tapauksessa saadun selvityksen perusteella *muille tarjoajille ei ollut toimitettu kaikkea sel-laista aineistoa*¹²⁹, joka oli ollut suunnitteluun osallistuneen yhtiön tiedossa ja joka muille olisi voitu toimittaa. Tiehallinto ei siten ollut menetellyt hankintalainsäädännön vastaisesti jättäessään yhtiön tarjouksen käsittelyn ulkopuolelle.

Toisena keinona kilpailuneutraliteetin säilyttämiseksi pidetään riittävän pitkien määräaika-kojen vahvistamista tarjousten jättämiselle (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU art. 41). Riittävän pitkä määräaika turvaa sen, että myös niillä ehdokkailla ja tarjoajilla, jotka eivät ole osallistuneet hankintamenettelyn valmisteluun, on tarpeeksi aikaa hakemustensa tai tarjoustensa laatimiseen¹³⁰. Määräajan pidentyessä valmisteluun osallistuneen tarjoajan saaman lisätiedon merkitys pienenee¹³¹.

Tapauksessa KHO 30.10.2015/3067 oli kyse siitä, kun Espoon kaupunki oli 10.7.2013 julkaistulla EU-hankintailmoituksella ilmoittanut toteutettavasta palvelunhallintajärjestelmän hankinnasta. Espoon kaupungin palveluliiketoimen toimialan liiketoimintajohtaja oli 3.9.2013 tekemällään hankintapäätöksellä sulkenut Efecte Oy:n tarjouskilpailusta sekä valinnut palvelunhallintajärjestelmän sopimustoimittajaksi Sofigate Oy:n ja varatoimittajaksi Symfoni Finland Oy:n. Asiassa saadun selvityksen mukaan Espoon kaupunki oli järjestänyt toimittajatapaamisia sekä julkisen markkinavuoropuhelun kyseessä olleeseen tarjouskilpailuun liittyen. Maaliskuussa 2013 kaupunki oli tavannut neljä toimittajaa, minkä jälkeen se oli antanut toimittajille mahdollisuuden toimittaa yhteenvedon toimittajien näkemystistä järjestelmävaatimuksin sekä käyttöönottoprojektin osaamisvaatimuksiin. Kaupunki oli järjestänyt tapaamisen voittaneen tarjoajan, Sofigate Oy:n, kanssa 21.3.2013. Tapaamisessa yhtiötä oli edustanut yhtiön konsultti. Yhtiö oli toimittanut tapaamisen jälkeen kaupungille Excel-tiedostoja, joita kaupunki oli päättänyt käyttää tarjouspyyntöasiakirjojen pohjana. Lopullinen tarjouspyyntö oli päivätty 3.7.2013, ja tarjoukset tuli jättää 16.8.2013 mennessä. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että edellä kuvatulla menettelyllä Espoon kaupunki oli asettanut voittaneen tarjoajan kysymyksessä olevassa tarjouskilpailussa lähtökohtaisesti muita tarjoajia parempaan asemaan, kun otettiin erityisesti huomioon *voittaneen tarjoajan tiedostojen toimittamisen ja lopullisten tarjouspyyntöasiakirjojen laatimisen välinen läheinen ajallinen yhteys*¹³².

¹²⁹ Kursivointi vain tässä.

¹³⁰ HE 108/2016 vp s. 164; Halonen & Sammalmaa 2017: 45.

¹³¹ Eskola ja muut 2017: 324.

¹³² Kursivointi vain tässä.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty muitakin keinoja välttää hankintalainmukaisuuden rikominen edellä hankintadirektiiveissä ja lain esitöissä lueteltujen keinojen lisäksi. Esimerkiksi Mäkelä ja Pöykkö¹³³ ovat suositelleet, että hankintayksikkö suorittaisi arvioinnin valmisteluun osallistuneen asiantuntijakonsultin tai vastaavan tahon vaikutuksista hankintamenettelyyn joko menettelyn alkaessa tai hankintapäätöstä tehtäessä. He ovat ehdottaneet, että hankintayksikkö voisi avoimuuden periaatetta noudattaen mainita ulkoisen asiantuntijan hyödyntämisestä tarjouspyynnössä taikka julkistaa perustellun arviotonsa käytetyn ulkoisen avun vaikutuksista hankintapäätöksen liitteenä tai erillisenä alotsikkona hankintapäätöksessä. Samaa periaatetta noudattaen olisi heidän mukaansa tarkoituksenmukaista kertoa kaikille tarjoajille, kuka tai mikä taho hankinnan valmisteluun on osallistunut ja mitä toimenpiteitä tämä on suorittanut. Tämän lisäksi arviointiin voisi sisällyttää kaikki ulkoisen asiantuntijan toteuttamat toimenpiteet sekä ilmaista, miten tämän asiantuntijan saama tai luoma tieto on vaikuttanut tarjouspyyntöön, ja miten yksittäiset vaiheet ovat tai eivät ole vaikuttaneet tämän esteellisyyteen.

Tällaista edellä kuvattua menettelyä voisi nimittää erityiseksi avoimuudeksi, sillä avoimuuden periaate sellaisenaan on jo yksi hankintalain 3 §:ään sisällytetyistä julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista. Huomionarvoista kuitenkin on, että vaikka avoimuusperiaatteen näkyvin ilmentymä hankintalaissa onkin sen keskeinen ilmoittamisvelvoite, edellytetään avoimuusperiaatteella hankintamenettelyn järjestämistä siten, että hankintapäätöksen syrjimättömyys voidaan varmistaa. Täten avoimuuden periaatteen voisi jo itsessään katsoa velvoittavan edellä mainitun kaltaiseen menettelyyn tarjouspyyntöasiakirjoja laadittaessa. Tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn toteutuminen on alisteista tasapuolisesti jaetulle informaatiolle, ja ehdokkailla ja tarjoajilla ei ole hankintayksikön laatimien asiakirjojen lisäksi muuta informaatiota käytettävissään osallistumishakemustensa ja tarjoustensa pohjaksi.¹³⁴ Huomionarvoista on sekin, kuinka julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet nivoutuvat yhteen; hankintamenettelyn syrjimättömyydestä voidaan varmistua ensisijaisesti avoimuuden avulla.

¹³³ Mäkelä & Pöykkö 2013: 26–27.

¹³⁴ Pekkala ja muut 2017: 46.

Unionin tuomioistuin on arvioinut avoimuuden periaatetta ainakin asioissa C-699/17, C-336/14 ja C-49/16. EUT on näiden ratkaisujen arvioinneissa todennut samansuuntaisesti, että avoimuusveloitteen, joka on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen välitön seuraus, pääasiallisena tarkoituksena on varmistaa, että kaikki kiinnostuneet toimijat voivat päättää jättää tarjouskilpailussa tarjouksen kaikkien merkityksellisten tietojen perusteella, ja taata, *ettei hankintaviranomainen suosi ketään tai toimi mielivaltaisesti*¹³⁵. Lisäksi tuomioistuin on todennut avoimuusperiaatteen edellyttävän, että kaikki sopimuspuolen valintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt esitetään selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti siten, että yhtäältä mahdollistetaan kaikille kohtuullisen valistuneille ja tavanomaisen huolellisille tarjoajille niiden täsmällisen merkityksen ymmärtäminen ja *niiden tulkitseminen samalla tavalla*^{136, 137}.

Mäkelä ja Pöykkylä¹³⁸ ovat kuitenkin mielenkiintoisesti nostaneet esille, kuinka tietoisuuden ja avoimuuden ilmaisu ulkoista asiantuntijaa hyödynnettäessä ei ole keskeistä ainoastaan muille ehdokkaille ja tarjoajille, vaan myös hyödynnettävälle asiantuntijalle itselleen. Heidän mukaansa tällaisessa tilanteessa mahdollisesti syntyvä esteellisyys, eturistiriita sekä näistä seuraava poissulkeminen tarjouskilpailusta eivät tulisi kummallekaan osapuolelle yllätyksenä, ja yhteisen tietoisuuden myötä hankintamenettelyn avoimuus ja tasapuolisuus toteutuisivat vain entistä todennäköisemmin verrattuna tilanteeseen, jossa vaikutuksista ei puhuta avoimesti. Mäkelä ja Pöykkylä ovatkin esittäneet, että otettaessa tilanne esille jo ulkoisen asiantuntijan toimeksiannon alkaessa myös tämä voi arvioida tilannetta liiketaloudelliselta kannalta siten, onko varsinaiseen hankintamenettelyyn osallistumisen takaaminen hankintaoikeuden esteellisyysarvioinnin mukaisesti olennaisempaa kuin syrjivän tarjousmateriaalin laatiminen.

Hankintalain 66 §:llä valmisteluun osallistuvien tahojen piiri on laajentunut koskemaan myös *tarjoajaan liittyviä yrityksiä* sen sijaan, että sillä viitattaisiin ainoastaan varsinaisiin toimittajiin. Tarjoajaan kytkeytyvän yrityksen problematiikka liittyy käytännössä tilanteisiin, joissa esimerkiksi valmisteluun osallistunut yritys ja kilpailuun tarjoajana osallistuva

¹³⁵ Kursivointi vain tässä.

¹³⁶ Kursivointi vain tässä.

¹³⁷ Asia C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse AG* vastaan Itävallan ylin hallintotuomioistuin, EU:C:2019:290, kohta 62; Asia C-336/14 *Sebat Ince* vastaan Amtsgericht Sonthofen (Saksa), EU:C:2015:724, kohta 87; Asia C-49/16 *Unibet International Ltd* vastaan Budapestin hallinto- ja työtuomioistuin (Unkari), EU:C:2017:491, kohta 46.

¹³⁸ Mäkelä & Pöykkylä 2013: 27.

yritys ovat muodollisesti erillisiä tahoja, mutta tosiasiaassa yhteydessä konsernisuhteen tai muun taloudellisen tai tosiasiallisen kytköksen kautta.¹³⁹ Oikeuskäytännössä tällainen voi ilmetä niin sanottuina peräkkäisten kilpailutusten tapauksina, joissa hankintayksikkö toteaa jo hankinta-asiakirjoissa, että suunnittelu- tai valmisteluvaiheen kilpailutuksen voittaneeseen tarjoajaan liittyviltä yrityksiltä voidaan kieltää osallistuminen varsinaista hankinnan toteutusta koskevaan tarjouskilpailuun¹⁴⁰. Näin yksittäisen hankinnan ja sen valmistelun tarkastelussa korostuu hankinnan arviointi kokonaisuutena, mukaan lukien ehdokkaiden ja tarjoajien yhteyksiin perustuvan poissulkemisehdon hankintalainmukaisuuden erillisarviointi¹⁴¹.

Tapauksessa KHO 2016:56 oli kyse siitä, kun Liikennevirasto oli hankintailmoituksessa ilmoittamansa poissulkemisehdon perusteella sulkenut Finnmap Consulting Oy:n (jäljempänä valittaja) pois tarjouskilpailusta. Aiemmassa siltasuunnittelijoiden valintaa koskevassa hankintailmoituksessa Liikennevirasto oli ilmoittanut, että tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun varmistamiseksi yritys tai samaan konserniin kuuluva toinen yritys ei voisi todennäköisesti tulla valituksi myöhemmässä tarjouskilpailussa. Suunnitteluttajakonsultiksi Pissararata-hankkeeseen valitun Sweco PM Oy:n (jäljempänä konsulttiyritys) vahva ja keskeinen rooli jatkui läpi sopimuskauden ja sen sopimusvastuisiin kuului muun ohella projektisuunnitelman laadinta, hankintojen valmistelu ja niissä avustaminen, työn ohjaus, suunnitelmien tarkastaminen, viranomaisyhteistyö, sidosryhmäyhteistyö, raportointi sekä eräät talouden hallintaan ja seurantaan liittyvät tehtävät. Tämän lisäksi konsulttiyritykselle kuului muita merkittäviä valmisteluun, neuvotteluihin ja seurantaan liittyviä tehtäviä. Korkein hallinto-oikeus katsoi, toisin kuin markkinaoikeus, että Liikennevirasto oli saanut harkintavaltansa puitteissa sulkea valittajan pois tarjouskilpailusta, kun otettiin huomioon konsultin ja valittajan taloudellinen ja organisatorinen yhteys sekä se, että valittajan osallistuminen tarjouskilpailuun olisi aiheuttanut konsultin esteelliseksi tuleminen sopimuskauden aikana.

Käytettäessä hankintayksikön ulkopuolista asiantuntija-apua hankinnan valmistelussa on huomionarvoista, että hankintalain ja erityisalojen hankintalain 1 §:n mukaisesti hankintalakien säännökset on suunnattu valtion ja kuntien viranomaisille sekä muille 5 §:ssä tarkoitetuille hankintayksiköille, jolloin hankintalakien noudattaminen on ensisijaisesti *hankintayksiköiden* velvollisuus. Hankintalaista ei ole täten löydettävissä esimerkiksi sellaisia säännöksiä, joilla veloitettaisiin hankinnan valmisteluun osallistunut asiantuntija

¹³⁹ Eskola ja muut 2017: 325.

¹⁴⁰ HE 108/2016 vp s. 187.

¹⁴¹ Eskola ja muut 2017: 325; HE 108/2016 vp s. 187.

laatimaan hankintalain mukaisia hankinta-asiakirjoja taikka pyrkimään määritelmien tai tarjoajille asetettavien vaatimusten syrjimättömyyteen. Vastuu hankintamenettelystä ja lopputuloksen tarkastamisesta sekä näiden oikeellisuudesta ja syrjimättömyydestä kuuluu hankintayksikölle, eikä minkään ulkoisten asiantuntija-avun käyttäminen vähennä tai siirrä hankintayksikön vastuuta.¹⁴² Koska hankinnan valmisteluun osallistunutta tarjoajaa ei saa myöskään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ”varmuuden vuoksi” ja vastuu hankintaprosessin syrjimättömyydestä on hankintayksiköllä, on yksinomaan hankintayksikön vastuulla osoittaa, mikäli tarjoaja on valmisteluun osallistuttuaan saanut kilpailuetua hankintaprosessissa¹⁴³.

3.2.3 Tarjouskilpailusta poissulkemisen edellytykset

Hankintalain¹⁴⁴ 10 luvussa säädetään hankinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Hankintalain 81 § 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, jonka eturistiriitaa hankintamenettelyssä ei voida tehokkaasti poistaa muilla toimenpiteillä (7 kohta), tai jonka osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun on vääristänyt kilpailua, eikä vääristymää voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä (8 kohta). 8 kohdan säännöksellä pyritään ehkäisemään kilpailua vääristäviä tilanteita, joissa tarjouskilpailun valmisteluun osallistuva taho voisi kyetä vaikuttamaan joko siihen, mitä hankintayksikkö hankkii ja millaisin vaatimuksin, tai saada valmisteluun osallistuessaan sellaista lisätietoa, jota se pystyisi

¹⁴² Mäkelä & Pökkyä 2013: 26.

¹⁴³ Mäkelä 2011: 8.

¹⁴⁴ Mikäli kyse on erityisalojen hankintalain soveltamispiiriin kuuluvasta asiasta, voi hankintayksikkö myös tässä tilanteessa soveltaa ehdokkaan ja tarjoajan soveltuvuutta arvioidessaan hankintalain 81 §:ssä säädettyjä poissulkemisen perusteita (erityisalojen hankintalaki 83.2 §).

hyödyntämään tarjouskilpailussa kilpailuetunaan¹⁴⁵. Molemmat lainkohdat on otettu hankintalakiin hankintadirektiiveihin perustuneen lakiuudistuksen myötä¹⁴⁶.

Niin mainituissa lainkohdissa kuin hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan e) ja f) alakohdissa kuitenkin todetaan poissulkemisen olevan mahdollista vain, mikäli eturistiriidan tai hankinnan valmisteluun osallistumisen vaikutuksia ei voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. Kun huomioidaan voimassa olevan hallintolain esteellisyyttä koskevat säännökset sekä hankintalainsäädännön suhteellisuusperiaate, on ehdokkaan tai tarjoajan poissulkemista tarjouskilpailusta poikkeuksellisesti pidettävä viimesijaisena toimenpiteenä estämään hankintadirektiivin tarkoittama eturistiriidan syntyminen hankintamenettelyssä. Ehdokkaan tai tarjoajan poissulkeminen hankintalain 81 § 1 momentin 7 kohdan perusteella tilanteessa, jossa hankintayksikkö voisi muilla keinoin ehkäistä eturistiriidan syntymisen, voi myös olla syrjimättömyysvaatimuksen vastaista. Hankintayksiköiden tulisivat mahdollisuuksien mukaan ehkäistä eturistiriidan syntyminen ennalta muilla toimenpiteillä, kuin ehdokkaan tai tarjoajan poissulkemisella.¹⁴⁷

Hankinnan valmistelun osalta hankintalain 81 §:n 1 momentin 8 kohdassa todetaan kuitenkin myös, että *”ehdokkaalle tai tarjoajalle on annettava mahdollisuus osoittaa, ettei sen osallistuminen hankinnan valmisteluun ole johtanut tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen”*. Poissulkemisperusteen olemassaolosta huolimatta ehdokas tai tarjoaja voi siis esittää näyttöä luotettavuudestaan. Mikäli hankintayksikkö pitää annettua näyttöä luotettavana ja riittävänä, ei se saa sulkea kyseistä tarjoajaa tai ehdokasta tarjouskilpailun ulkopuolelle.¹⁴⁸ EU-tuomioistuimen käytännöstä löytyy joitain ratkaisuja, joissa tuomioistuin on ottanut kantaa hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien väliseen valmisteluvaiheessa tapahtuneeseen yhteistyöhön. EU-

¹⁴⁵ HE 108/2016 vp s. 187. Poissulkemisperusteista olisi kuitenkin erotettava tilanteet, joissa hankintayksikkö jo hankinta-asiakirjoissa toteaa, että tiettyyn suunnittelupalvelun tai muun hankinnan valmisteluun liittyvän konsulttipalvelun kilpailutukseen osallistuvilta tarjoajilta kielletään osallistuminen suunnitteluun perustuvaan kokonaan toiseen tarjouskilpailuun. Kyseisen ehdon hankintalainmukaisuus myös arvioidaan erillisessä arvioinnissa.

¹⁴⁶ HE 108/2016 vp s. 186.

¹⁴⁷ HE 108/2016 vp s. 186.

¹⁴⁸ Pekkala ja muut 2017: 371.

tuomioistuimen ratkaisusta tunnetuimmat lienevät yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio¹⁴⁹ (jäljempänä *Fabricom*-ratkaisu).¹⁵⁰

EU-tuomioistuin otti *Fabricom*-ratkaisussa kantaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymykseen siitä, onko sellainen kansallinen sääntö, jonka mukaan rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskevaan julkiseen hankintaan ei saa osallistua eikä tehdä tarjousta henkilö, joka on osallistunut kyseisen hankinnan valmisteluun laatimalla hankintaan koskevan tutkimuksen, kokeilun, selvittelyn tai kehittelyn, kun tälle henkilölle ei ole jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ole voinut vääristää kilpailua¹⁵¹. Kyseessä olevassa kansallisessa säännöksessä oli huomionarvoista se, että sillä kiellettiin tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneen henkilön osallistuminen julkista hankintaa koskevan hankintasopimuksen tekomenettelyyn kaikissa olosuhteissa¹⁵². EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että tällaisen säännön soveltamisesta saattaa seurata, että tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneita henkilöitä suljetaan pois tarjouskilpailusta ilman, että heidän osallistumisensa hankinnan valmisteluun sisältäisi minkäänlaista ehdokkaiden ja tarjoajien väliseen kilpailuun kohdistuvaa riskiä¹⁵³. Täten tällaisen säännön katsottiin olevan ristiriidassa hankintadirektiivin kanssa¹⁵⁴.

Fabricom-ratkaisun perusteluissa havainnollistavaa ja merkillepantavaa on nimenomaan se, kuinka EU-tuomioistuimen mukaan potentiaalisen tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun ei saa lähtökohtaisesti tai automaattisesti johtaa samaisen tahon sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle. Ratkaisussa tiedostetaan kuitenkin se, ettei tavarahankinnan, urakan tai palvelun hankinnan valmisteluun osallistunut henkilö ole samassa tilanteessa kuin henkilö, joka ei ole suorittanut vastaavia valmisteluja¹⁵⁵, sekä se, että valmisteluja suorittanut henkilö voi hyötyä omaa tarjousta laatiessaan joko tiedosta, jonka tämä on valmistelun ohella saanut¹⁵⁶, tai kilpailuedusta, joka tälle on voinut syntyä henkilön osallistuttua tarjouksentekijöitä koskevien ehtojen määrittelyyn¹⁵⁷. Edellä

¹⁴⁹ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127.

¹⁵⁰ Halonen & Sarmalmaa 2017: 38–39.

¹⁵¹ Ks. kohta 25.

¹⁵² Ks. kohta 32.

¹⁵³ Ks. kohta 35.

¹⁵⁴ Ks. kohta 36. Vaikka *Fabricom*-ratkaisun antamisen ajankohtana sovellettiin kyseessä olevaan ennakkoratkaisukysymykseen vanhoja neuvoston direktiivejä 92/50/ETY, 93/36/ETY, 93/37/ETY sekä 93/38/ETY, on tähän kysymykseen annettu ratkaisu yhdenmukaisessa linjassa ajankohtaisen ja vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa. *Fabricom*-ratkaisuun on viitattu muun muassa uuden hankintalain esitöissä (HE 108/2016 vp s. 187).

¹⁵⁵ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 28.

¹⁵⁶ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 29.

¹⁵⁷ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 30.

mainituin perustein EU-tuomioistuim onkin *Fabricom*-ratkaisussa todennut, ettei hankintayksikkö ole kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa velvollinen kohtelevaan hankinnan valmisteluja suorittanutta tahoa tarjouskilpailussa samalla tavoin kun muita tarjoajia yksinomaan *yhdenvertaisen kohtelun periaatteen* nojalla¹⁵⁸.

Fabricom-ratkaisussa ratkaisevaksi tekijäksi muodostuikin nimenomaan se, että kysymyksessä olevan säännön kaltaisella säännöllä ei jätetä hankinnan valmisteluun osallistuneelle henkilölle mitään mahdollisuutta osoittaa, että häntä koskevassa yksittäistapauksessa ei esiinny edellä mainitun kaltaisia riskejä¹⁵⁹. Tällaisella säännöllä luodaan myös erilainen kohtelu ehdokkaiden ja tarjoajien välille, mitä ei voida unionin tuomioistuimen mukaan pitää objektiivisesti katsoen perusteltuna. Huomionarvoista on myös, että ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertainen kohtelu voidaan saavuttaa myös arvioimalla aina jokaisessa yksittäistapauksessa erikseen, onko hankinnan valmisteluun osallistuminen antanut jollekin tarjoajalle kilpailuedun suhteessa muihin tarjoajiin.¹⁶⁰ Tällaista yksittäistapauksen kokonaisarviointiin perustuvaa menettelyä voidaan pitää hankintalain 81 § 1 momentin 7 ja 8 kohtien tarkoittamana *muuna* tai *vähemmän rajoittavana* toimenpiteenä verrattuna *Fabricom*-ratkaisussa kyseessä olleeseen erittäin rajoitettavaksi katsottavaan sääntöön.

¹⁵⁸ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 31.

¹⁵⁹ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 33.

¹⁶⁰ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127, kohta 32.

4 Esteellisyys ja eturistiriidat suhteessa syrjimättömyyteen

4.1 Tulkinnallisia haasteita ja näkemyseroja

Julkisen hankinnan valmisteluun ja hankintaa koskevaan päätöksentekoon osallistuva henkilö ei saa olla esteellinen. Esteellisyyden vaatimus koskee myös henkilöä, joka osallistuu hankintaa koskevan sopimuksen tai sen tulkintaa koskevan asian käsittelyyn tai osallistuu tavarun tai palvelun tarkistamiseen.¹⁶¹ Vaikka tätä voitaneen pitää yleisenä lähtökohtana, ei hankintalaissa ole varsinaisia hankintamenettelyyn osallistuvien henkilöiden esteellisyyttä koskevia säännöksiä. Toisaalta esimerkiksi Kuusikko on todennut, ettei hankintalaissa ole säännöksiä siitäkään, miksi hallintolain esteellisyyssäännökset eivät tulisi sovellettavaksi sellaisenaan hankintayksiköiden päätöksenteossa.¹⁶²

Sikäli kun markkinaoikeus käsittelee esteellisyysskysymyksiä, on näiden osalta huomioitava, että markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluu hankintalain 154 § 1 momentin nojalla sen ratkaiseminen, onko hankinnassa menetelty hankintalain tai muiden julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti. Esteellisyyden näkökulmasta tämä on tarkoittanut sitä, että markkinaoikeus on arvioinut julkisissa hankinnoissa käytettyjen menettelytapojen puolueettomuutta hankintalain tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusten perusteella, eikä ole näin katsonut olevansa toimivaltainen tutkimaan sellaisia tapauksia, joiden laillisuusskysymykset eivät liity itse hankintasäännösten soveltamiseen.¹⁶³ Täten markkinaoikeus ei ole katsonut olevansa toimivaltainen tutkimaan suoraan esteellisyyttä koskevia väitteitä¹⁶⁴.

Hankintamenettelyn laillisuuden tutkiminen on toisinaan välillisesti johtanut markkinaoikeuden antamaan esteellisyyttä koskevaan kannanottoon, kun hankintamenettelyssä ilmennyt esteellisyys on johtanut käsittelyn syrjivyyteen ja epätasapuolisuuteen, jotka

¹⁶¹ Oksanen 2010: 67.

¹⁶² Kuusikko 2017: 5.

¹⁶³ Mäkelä & Pöykkö 2013: 12. Ks. myös Kuusikko 2018: 618–621.

¹⁶⁴ Kuusikko 2018: 619.

ovat hankintalaissa säädettyjä varsinaisia virheellisyysperusteita¹⁶⁵. Täten avoimuusvelvollisuus ja esteettömyysvaatimus kietoutuvat julkisissa hankinnoissa yhteen syrjimättömän kohtelun vaatimuksen kanssa¹⁶⁶.

Oikeuskirjallisuudessa markkinaoikeuden tulkintakäytäntöä ei olla aina pidetty täysin johdonmukaisena¹⁶⁷. Esimerkiksi Kuusikko¹⁶⁸ on pitänyt julkisiin hankintoihin kohdistuvan puolueettomuusvaatimuksen kannalta ongelmallisena markkinaoikeuden tiukkaa kantaa siitä, että se ei tutkisi muita kuin hankintalain soveltamisalaan kuuluvia valitusperusteita, jolloin se lähtee arvioinnissaan liikkeelle hankintalain syrjimättömyysvaatimuksesta. Kuusikko on katsonut, ettei sille olisi estettä, etteikö markkinaoikeus voisi tarkastella esikysymyksenä hallinto-oikeudellisten esteellisyyssäännösten noudattamista ja arvioida tapauskohtaisesti olosuhteiden merkitystä hankintalain syrjimättömyysvaatimuksen näkökulmasta. Kuusikko nostaakin esille, että myös hallinto-oikeuksien esteellisyysarviointi toteutetaan viimekädessä päätöksen lopputuloksen näkökulmasta.

Markkinaoikeus voisi myös virallisperiaatteen puitteissa virkansa puolesta puuttua sellaisiin hankinnassa tapahtuneisiin menettelyvirheisiin, joita koskeva arviointi ei kuulu hankintalain tai -säännösten soveltamisalaan. Virallisperiaatteen mukaan muutoksenhakuviranomainen voi ilman vaatimustakin puuttua alemman viranomaisen tekemiin muodollisiin virheisiin, kuten hallintolain määrittämän esteellisyyteen, jotka se havaitsee valitusta käsitellessään. Virallisperiaate toimii yhtenä keinona aineellisen totuuden selvittämisessä. Ylemmän viranomaisen on virkansa puolesta huomioitava valituksen kohteena olevan päätöksen mitättömyys, toimivaltavirheet, muut menettelyn sekä valituksen edellytykset sekä olennaiset ja ilmeiset menettelyvirheet.¹⁶⁹ Hallintolain oli tarkoitus tulla yleisesti sovellettavaksi hallinnossa, mihin suhteutettuna markkinaoikeuden omaa

¹⁶⁵ Kuusikko 2018: 619.

¹⁶⁶ Kuusikko 2018: 621.

¹⁶⁷ Ks. esim. Kalima ja muut 2007: 242–244. Myös Mansikka on katsonut, että hankintalain edellyttämät tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimukset mahdollistaisivat sen, että markkinaoikeus voisi tutkia myös mahdollisesti esitetyt esteellisyysväitteet (Mansikka 2014: 38).

¹⁶⁸ Kuusikko 2018: 623.

¹⁶⁹ Sutela 2004: 1001.

tulkintakäytäntöä puolueettomuuden vaarantumisesta yksinomaan tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn toteutumatta jäämisenä on pidetty ongelmallisena. Kuusikko on katsonut, että markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä ei ole otettu huomioon tätä hallintolain soveltamisalan lähtökohtaa. Hän on todennut, että julkisten hankintojen sisälle on muodostumassa kahdenlaiset esteellisyyssäännökset.¹⁷⁰

Edellä kuvatun problematiikan vastapainoksi voidaan toisaalta kysyä, että missä määrin olisi tosiasiallisesti aiheellista arvioida julkisten hankintojen valmisteluun osallistuvan ulkopuolisen asiantuntijan puolueettomuutta hallintolain sääntelyn perusteella, kun hankintojen valmistelun puolueettomuutta arvioitaessa painoarvo on lähtökohtaisesti tasapuolisen ja syrjimättömän kilpailuasetelman palauttamisessa¹⁷¹. Hallintolain mukaista esteellisyyttä arvioitaessa painoarvo on objektiivisessa arvioinnissa, jolloin kiinnitetään huomiota siihen, onko puolueettomuus asian käsittelyssä objektiivisesti tarkastellen voinut vaarantua. Hallinto-oikeudellinen arviointi ei perustu konkretiaan eli siihen, onko esteellisyys tosiasiallisesti vaarantunut.¹⁷² Mikäli nykykäytännöstä siirryttäisiin arvioimaan ulkopuolisen asiantuntijan puolueettomuutta hallintolain painotusten mukaisesti, voitaisiin mahdollisesti päätyä tilanteeseen, jossa syrjimättömän kilpailuasetelman palauttamisen sijaan arvioitaisiin kansalaisten objektiivista luottamusta hankintaprosessin muodossa tapahtuvaan hallintotoimintaan¹⁷³. Lisäksi on huomioitava, että julkiset hankinnat ja niitä koskeva lainsäädäntö muodostavat jo itsessään hallintoprosessin ja yleisen lainkäytön välimaastoon sijoittuvan erityismenettelyn¹⁷⁴.

Ukkola¹⁷⁵ ei ole jakanut Kuusikon näkemystä siitä, että esimerkiksi hallinto-oikeudellisia esteellisyyteen liittyviä kysymyksiä voisi tai tulisi arvioida esikysymyksinä markkinaoikeudessa, tai että selkein asiantila saavutettaisiin sillä, että markkinaoikeus ratkaisisi kynnysarvot ylittävien hankintojen valitusten yhteydessä erityisenä hallintotuomioistuimena

¹⁷⁰ Kuusikko 2017: 5.

¹⁷¹ Ukkola 2019: 26.

¹⁷² Kulla 2015: 183.

¹⁷³ Ukkola 2019: 26.

¹⁷⁴ Mäenpää 2019: 145.

¹⁷⁵ Ukkola 2019: 29. Ukkolan argumentaatiosta tarkemmin ks. Ukkola 2019: 24–30.

hankintayksikön menettelyn oikeellisuuden kokonaisuudessaan kaikkien valitusperusteiden osalta. Hän pitää myös hallinnon lainalaisuusnäkökohtien, hankintojen sisältökysymysten kasvavan merkityksen, markkinaoikeuden ja hallinto-oikeuksien toimivaltasäännösten johdonmukaisuuden ja erityisesti hankintalainsäädännön erityispiirteiden vuoksi perusteltuna, että markkinaoikeus arvioisi jatkossakin lähinnä hankintasäännösten lainvastaisuutta, ja että muiden lakien mukaisuus arvioitaisiin toimivaltasäännösten mukaisissa tuomioistuimissa riippumatta siitä, mikä on arvioinnin yhteys hankintamenettelyyn ja hankintayksiköiden ratkaisuihin. Käytännössä tämä tarkoittaisi siis sitä, että markkinaoikeus arvioisi jatkossakin julkisen hankinnan valmisteluun osallistumisen vaikutuksia sen perusteella, onko menettelyllä asetettu ehdokkaat tai tarjoajat eriarvoiseen asemaan tai muutoin menetelty syrjivästi.

On korostettava, että edellä kuvattu markkinaoikeuden kiistelty tulkintalinja koskee yksinomaan sitä, ettei se katso olevansa toimivaltainen tulkitsemaan *hallintolain* esteellisyyssäännöksiä hallinto-oikeuden toimialaan kuuluvana asiana. Huomionarvoista on myös se, ettei tulkinnallinen ongelma esteellisyyssäännöksiä sovellettaessa kohdistu varsinaisesti kysymykseen siitä, sovelletaanko hankinta-asiassa ulkopuoliseen asiantuntijaan esteellisyyssäännöksiä, koska esteellisyyssäännökset on ulotettu koskemaan myös työsopimus- tai toimeksiantosuhteisiin hallintoasian käsittelyyn osallistuviin tahoihin¹⁷⁶.

Tilanteissa, joissa hankinnan valmisteluun osallistunut ulkopuolinen taho osallistuu myöhemmässä vaiheessa tarjouskilpailuun, esteellisyyssarviointi muodostaa tulkintaongelman yleensä siitä näkökulmasta, onko esimerkiksi konsultti osallistunut ulkopuolisen asiantuntijan ominaisuudessa tosiasiallisesti *hallintoasian käsittelyyn*. Tällaisia tapauksia on tyypillisesti tulkittu siten, ettei asiantuntijoiden lausuntoihin sovelleta *hallintolain* esteellisyyttä koskevia säännöksiä, koska lausunnon antaminen asiassa ei ole varsinaista asian käsittelyä. Lisäksi *hallintolain* esteellisyyssääntelyt eivät välttämättä tällaisissa tilanteissa tule kyseeseen jo yksin sillä perusteella, että kyse on tyypillisesti hankinnan suunnittelun

¹⁷⁶ Kuusikko 2018: 625.

vaiheesta, ja säännösten soveltamiseksi hankinnan suunnitteluun osallistumiselta edellytettäisiin selkeästi odotettavissa olevaa hyötyä yritykselle jo tässä vaiheessa.¹⁷⁷

Markkinaoikeudessa on arvioitu tilanteita, joissa ulkopuolinen asiantuntija on osallistunut sekä hankinnan valmisteluun esimerkiksi konsultin ominaisuudessa että tarjouskilpailuun tarjoajana myöhemmässä vaiheessa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että markkinaoikeudelta näyttäisi puuttuvan yhtenäinen linja sen ratkaisukäytännöstä¹⁷⁸. Arvioitaessa prosessin oikeellisuutta on esimerkiksi seuraavissa tapauksissa päädytty vastakkaisiin ratkaisuihin.

Markkinaoikeuden tapauksessa 253/04 oli ollut kyse Oulun kaupungin (hankintayksikkö) teknisen keskuksen ”Oulun kaupungin keskustan kalliotilat” -nimistä hankintaa koskeneesta hankintailmoituksesta. 22.6.2004 päivätyllä päätöksellään hankintayksikkö oli valinnut Oulun keskustan kalliotilojen luonnos- ja rakennussuunnittelijaksi JP-Suoraplan Oy:n (voittanut tarjoaja). Hakemuksellaan Kalliosuunnittelu Oy Rockplan Ltd (hakija) oli vaatinut, että markkinaoikeus poistaisi tehdyn hankintapäätöksen ja perusteli vaatimustaan sillä, että hankintayksikkö ei ollut kohdellut tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättä, kun voittaneen tarjoajan kanssa samaan konserniin kuuluneen yhtiön rakennuttajapäällikkö oli esteellisyydestään huolimatta osallistunut tarjouskilpailua koskevaan päätöksentekoon. Perusteissaan markkinaoikeus totesi asiassa ilmenneen, että voittaneen tarjoajan kanssa samaan konserniin kuuluneen yhtiön palveluksessa toiminut rakennuttajakonsultti oli ollut mukana suunnittelutarjouspyyntöjen valmistelussa, hoitanut laatuarvioinnin valmistelutyöt ja sihteeritehtäviä sekä ollut läsnä hakijan ja voittaneen tarjoajan kanssa käydyissä tarjousneuvotteluissa. Näissä neuvotteluissa hän oli laatimiensa neuvottelumuistioiden mukaan toiminut sihteerinä. Kun rakennuttajakonsultti ei kuitenkaan ollut osallistunut hankintapäätöksen tekemiseen, markkinaoikeus katsoi, ettei hankintayksikkö ollut menettellyt hankintasäännösten vastaisesti.

Vastakkaiseen ratkaisuun päädyttiin tapauksessa MAO:122/11. Tapauksessa oli kyse siitä, kun Oulunkaaren kuntayhtymä (hankintayksikkö) oli pyytänyt tarjouspyynnöllään tarjouksia logistiikkaselvityksen hankinnasta sopimuskaudelle. Oulunkaaren kuntayhtymän johtaja oli valinnut palvelun toimittajaksi Liidea Oy:n. Hakemuksessaan X, TJR-LogisInfo -nimisen toiminimen haltijana (hakija), oli vaatinut Oulunkaaren kuntayhtymän johtajan tekemän hankintapäätöksen kumoamista. Hakija katsoi, että sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, mikäli hankintayksikkö olisi toiminut hankintasäännösten mukaisesti. Asiassa saadun selvityksen mukaan hankintayksikön elinkeinotiimin puheenjohtajan otettua yhteyttä hakijaan oli järjestetty palaveri, jossa oli sovittu, että hakija laatii tarjouspyynnön logistiikkaselvityksen tekemiseksi. Tarjouspyynnössä oli edellytetty selvityksen tekemistä käyttäen hakijan hallitsemaa baseline-järjestelmää, jota muut toimijat Pohjois-Suomen alueella eivät edes käyttäneet. Hakija oli palaverissa luvannut jättää

¹⁷⁷ Kuusikko 2018: 625.

¹⁷⁸ Mäkelä 2011: 8–9.

tarjouksen selvitystyön tekemisestä. Asiassa esitetyn selvityksen mukaan hankintayksikkö oli hyväksynyt tarjouspyynnön ja julkaissut sen sellaisenaan. Myöhemmin hakija oli osallistunut tarjouskilpailuun. Markkinaoikeus katsoi, että hakija oli tosiasiallisesti laatinut itse kohteena olevaa hankintaa koskevan tarjouspyynnön, vaikka hakijan aikomus jättää tarjous oli ollut hankintayksikön tiedossa käydyn palaverin perusteella. Menettelyllään hankintayksikkö oli asettanut hakijan muita tarjoajia parempaan asemaan tulevassa tarjouskilpailussa, sillä hakija oli saanut muita tarjoajia varhaisemmassa vaiheessa yksityiskohtaista tietoa hankinnasta, minkä seurauksena hakijalla oli ollut enemmän aikaa valmistautua tarjouskilpailuun. Hankintayksikkö oli lisäksi edellyttänyt tarjouspyynnöllä logistiikkaselvityksen tekemistä sellaisella järjestelmällä, joka oli vain hakijalla käytössä Pohjois-Suomen alueella. Hankintayksikön edellytysten vuoksi hakija oli vaikuttanut tarjouskilpailun ehtoihin itselleen edullisesti tarjouspyynnön laatiessaan. Markkinaoikeus totesi hankintayksikön menetelleen hankinnassa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

4.2 Valmistelun lainvastaisuudet syrjimättömyyden näkökulmasta

4.2.1 Syrjimättömyys arvioinnin lähtökohtana

Julkisia hankintoja koskevalla kansainvälisellä sääntelyllä on pyritty avaamat markkinat ja torjumaan protektionismia, ja EU:ssa julkisten hankintojen avaaminen vapaalle kilpailulle on ollut keskeinen osa sen sisämarkkinapoliittisten tavoitteiden toteuttamista. EU-alueelle sijoittautuneille tarjoajille on direktiiveissä turvattu muun ohella tarjoajan syrjimätön kohtelu tarjouskilpailuissa, kun hankintayksiköiksi määritellyille organisaatioille on asetettu velvollisuus ilmoittaa avoimesti käynnistyvistä hankinnoista sekä velvollisuus hankinnan kilpailuttamiseen.¹⁷⁹ Hankintasäännösten keskeinen tavoite onkin kilpailun aikaansaaminen, ja hankintasäännösten taustalla vaikuttavalla syrjimättömyysperiaatteella turvataan myös vapaata markkinoille pääsyä¹⁸⁰.

Euroopan unionin tuomioistuimen voisi katsoa tulkinnallaan konkretisoineen näitä julkisiin hankintoihin liittyviä sisämarkkinaoikeudellisia ja erityisesti markkinoille pääsyyn liittyviä tavoitteita ainakin *Fabricom*-ratkaisun yhteydessä. Aiemmin tässä tutkielmassa käsitellyn *Fabricom*-ratkaisun käsittely unionin tuomioistuimessa muodostui

¹⁷⁹ Kuoppamäki 2018: 422–424.

¹⁸⁰ Kuoppamäki 2018: 427, 429.

mielenkiintoiseksi nimittäin senkin vuoksi, että unionin tuomioistuimen ratkaisu erosi keskeisiltä osin merkittävästi julkisasiamies Philippe Légerin asiassa antamasta ratkaisuehdotuksesta¹⁸¹. Ratkaisuehdotuksessaan Léger katsoi, toisin kuin tuomioistuin lopullisessa ratkaisussaan, ettei sellainen kansallinen säännös, jonka mukaan julkisen hankinnan valmisteluun osallistuneilta henkilöiltä evätään järjestelmällisesti mahdollisuus jättää osallistumishakemus tai tarjous varsinaisessa tarjouskilpailussa, ollut ristiriidassa (silloisten) hankintadirektiivien kanssa¹⁸².

Léger totesi¹⁸³ tarkastelussaan, ettei hankintaan liittyvien teknisten neuvojen pyytäminen tai vastaanottaminen valmisteluvaiheessa potentiaaliselta myöhemmältä tarjouskilpailuun osallistuvalla taholta ollut yhteisöjen lainsäädännön vastaista muussa kuin siinä tapauksessa, että kyseinen toimenpide vahingoittaisi kilpailun tehokkuutta. Direktiivin sanamuodon vastaista ei ollut se, että henkilö tai taho osallistuu niin hankinnan valmisteluun kuin sitä koskevaan tarjouskilpailuunkin¹⁸⁴. Léger katsoi¹⁸⁵ kuitenkin, ettei hankintayksikön mahdollisuudella pyytää tai vastaanottaa teknisiä neuvoja hankinnan valmisteluvaiheessa pyritty sinänsä laajentamaan mahdollisuutta tällaisten toimenpiteiden toteuttamiseen, vaan yksinomaan estämään se, että toimenpiteellä vahingoitettaisiin vilpittömän kilpailun toteutuminen. Hänen mukaansa tällaiset viittaukset myös ilmaisivat tiettyä epäluuloa sellaista henkilöä kohtaan, jolle muodostuisi tällainen kaksoisrooli hankintamenettelyssä.

Léger¹⁸⁶ siis viime kädessä katsoi, että Belgian kansallisessa lainsäädännössä olleen säännöksen kaltainen säännös, jolla evättiin hankinnan valmisteluun osallistuneen tahon osallistuminen tarjouskilpailun myöhemmässä vaiheessa tarjouskilpailuun jo lähtökohdaisesti, oli oikeasuhtainen toimenpide hankintadirektiivien tarkoituksiin ja niiden

¹⁸¹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, Philippe Léger: yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2004:709.

¹⁸² Ks. kohta 55 alakohta 1.

¹⁸³ Ks. kohta 29.

¹⁸⁴ Ks. kohta 30.

¹⁸⁵ Ks. kohta 33.

¹⁸⁶ Ks. kohta 40.

perustana vaikuttaneisiin taustaperiaatteisiin nähden. Hän korosti¹⁸⁷ tarkastelussaan, että jokaisella on mahdollisuus omien intressiensä pohjalta tehdä valinta sen suhteen, osallistuuko hankinnan valmisteluun vaiko hankinnan toteuttamista koskevaan tarjouskilpailuun. Tämän lisäksi Léger katsoi¹⁸⁸, että käytännön tilanteissa on lähes mahdotonta suunnitella sellaista menettelyä, jossa valmisteluun osallistuneen tahon saamat tiedot tai kokemus eivät tuottaisi tälle etua tarjouksen laatimisessa. Saatu kokemus on Légerin mukaan pitkälti subjektiivisesti arvioitavissa sekä vaikeasti tunnistettavissa, ja tällainen etu saattaa vaikuttaa myös kyseessä olevan tahon tiedostamatta sekä vilpittömässä mielessä tapahtuvasta toiminnasta huolimatta.

EUT päätyi kuitenkin erilaiseen lopputulokseen ratkaistessaan *Fabricom*-tapauksen siten, että säännös, jolla lähtökohtaisesti evätään hankinnan valmisteluun osallistuneen tahon osallistuminen hankintaa koskevaan tarjouskilpailuun, on hankintadirektiivien kanssa ristiriidassa¹⁸⁹. Kyseisessä ratkaisussa valitun tulkintalinjan perusteella voidaan katsoa, että hankintadirektiivien perustavanlaatuinen tarkoitus on yksinomaan kilpailun avaaminen sekä sen turvaaminen. Täten ne toimenpiteet, jotka johtavat tosiasiallisesti kilpailun kaventumiseen tarjouskilpailusta poissulkemisen myötä, ovat mahdollisia vain, mikäli ne perustuvat relevantin lainsäädännön määrittelemään sekä sen näkökulmasta hyväksyttävään perusteeseen. Lisäksi on pystyttävä osoittamaan, että menettelyn voidaan katsoa vaikuttaneen kilpailuun sitä vääristäen tai että tapauksessa on muutoin menetelty hankintasäännösten vastaisesti. Poissulkemisperusteen on siis oltava olemassa, todennettavissa, ja kokonaisarviointi tulee suorittaa aina yksittäistapauksena sen erityispiirteet huomioiden. EUT:n tulkintalinjaa myötäillen hankintalaissa on säädetty ehdokkaan tai tarjoajan mahdollisuudesta osoittaa, ettei tämän osallistuminen hankinnan valmisteluun ole johtanut syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen (HankL 81.1, 8 §).

Koska hankintalailla on implementoitu yksinomaan unionin hankintadirektiivit osaksi kansallista lainsäädäntöä (hankintalaki 1.2, 1–4 §), turvataan hankintalailla nimenomaan

¹⁸⁷ Ks. kohta 41.

¹⁸⁸ Ks. kohta 42.

¹⁸⁹ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127. Ks. kohta 36.

näiden direktiivien tavoitteita niiden sisältämine periaatteineen. Hankintalain EU-lähtökohtien myötä lain tavoitteet ovat syvällä sisämarkkinaoikeuksien turvaamisessa sekä kilpailun takaamisessa ja vapaassa markkinoille pääsyssä, eikä hankintalailla täten edistetä esimerkiksi hallintolainmukaisen esteettömyyden toteutumista. Koska hankintayksiköt koostuvat pääsääntöisesti viranomaisista, viranhaltijoista tai ne ovat muutoin pääosin julkisin varoin rahoitettuja, voi hallintolaki tulla niihin sovellettavaksi tältä osin¹⁹⁰. Tämän lisäksi julkisissa hankinnoissa sovellettavilla periaatteilla, kuten avoimuus- tai suhteellisuusperiaatteella, voi myös katsoa olevan eräänlaisia liittymäkohtia viranomaisia velvoitaviin säännöksiin¹⁹¹. Tästä huolimatta tässä tutkielmassa käsiteltyjen hankintalain taustalla vaikuttavien direktiivien ja näissä määriteltyjen periaatteiden perusteella voitaneen katsoa, ettei hankintalailla pyritä sinänsä turvaamaan hallintolain eräiden säännösten taivoin kansalaisten objektiivista luottamusta hankintamenettelyssä.

Edellä tässä tutkielmassa on selvitetty hankintasäännösten ja syrjimättömyysperiaatteen tavoitteita ja sisältöä sekä hankinnan valmisteluun liittyviä esteellisyys- ja eturistiriitaseikkoja. Kun tarkastellaan ulkopuolisen asiantuntijan osallistumista hankinnan valmisteluun erityisesti esteellisyyden, hankintalain 66 §:n ja 81 § 1 mom. 7–8 kohtien sekä syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta, voidaan hankintamenettelyyn liittyvät virheet ja lainvastaisuudet jaotella kolmeen erilaiseen tilanneryhmään. Jaottelu on karkea, eikä sitä voida pitää tyhjéntävänä, mutta tämän tutkielman kannalta keskeisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön huomioiden jaottelua voidaan pitää loogisena sekä perusteltuna.

4.2.2 Hallintolainmukainen esteellisyys ja syrjimättömyys

Edellä tässä tutkielmassa käsitellyn mukaisesti hallintolain esteellisyyssäännökset on laajennettu koskemaan virkasuhteisten henkilöiden lisäksi myös muuhun hallintoasian käsittelyyn osallistuvaan henkilöön. Hallintolain 27 §:ssä käytetyt ilmaisut käsittelyyn

¹⁹⁰ Vrt. hankintalain 1.1 §, 2 § ja 5 § sekä hallintolain 2 §.

¹⁹¹ Vrt. hankintalain 3 § ja julkisuuslain (621/1999) 3 § sekä hallintolain 6 §.

osallistumisesta ja läsnäolosta asiaa käsiteltäessä on tarkoitettu sisällöltään laajoiksi, joloin niihin on sisällytetty myös asian ratkaisemista edeltävät toimet, kuten asian esittely ja valmistelu.¹⁹² Hallintolain esitöissä viitataan¹⁹³ julkista valtaa käyttävän henkilön määrittelyn osalta rikoslain 40 luvun 11 § 5 kohtaan, jonka mukaisesti julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan varsinaisen päätöksentekijän ohella sitä, joka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua päätöksen valmisteluun pykälässä säädetyllä tavalla. Silloin kun pyydetään hallintoasiassa lausuntoa ulkopuoliselta asiantuntijalta, arvioidaan esteellisyys sen perusteella, mikä merkitys asianomaisella lausunnolla on asian ratkaisemisen kannalta¹⁹⁴.

Hallintolain laajennetulla soveltamisalalla yleisesti on pyritty vastaamaan muun ohella yksityistämiskehityksen haasteisiin. Nykyisen hallintolain pääsäännön mukaan lain soveltaminen määräytyykin nimenomaan tehtävien laadun perusteella. Täten viranomaiskohtainen soveltamisala on toissijainen lain asialliseen soveltamisalaan nähden siten, että viranomaisissa sovellettaisiin hallintolain säännöksiä ainoastaan hallintoasiassa noudatettavaan menettelyyn. Hyvän hallinnon perusteet tulee ottaa huomioon kaikessa julkisen hallintotehtävän hoitamiseen liittyvässä toiminnassa.¹⁹⁵

Kun huomioidaan edellä mainitut seikat sekä rikoslain julkisen vallan käyttöä koskevan säännöksen sanamuoto, ei voitane lähtökohtaisesti sulkea täysin pois sitä mahdollisuutta, etteikö esimerkiksi jonkinlaisen valmistelua koskevan toimeksiannon tai asiantuntijalausnon perusteella hankinnan valmisteluun osallistuvaan ulkopuoliseen tahoon voisi tulla sovellettavaksi hallintolain esteellisyyttä koskevat säännökset. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että näin jää pääsääntöisesti tapahtumatta toimeksianto tai hallintoasian käsitteelyyn osallistumista koskevan tulkinnan pohjalta. Mansikka¹⁹⁶ on todennut, että vaikka

¹⁹² HE 72/2002 vp s. 86–87.

¹⁹³ HE 72/2002 vp s. 87.

¹⁹⁴ HE 72/2002 vp s. 87.

¹⁹⁵ Niemivuo, Keravuori-Rusanen & Kuusikko 2010: 106.

¹⁹⁶ Mansikka 2014: 31.

esimerkiksi kunnassa tapahtuva kaavoitus katsottaneen lähtökohtaisesti julkisen vallan käyttöksi, ei konsulttipalveluna hankittua kaavoitustyön valmistelua vaikuttaisi katsottavan rikoslain tarkoittamalla tavalla lain tai asetuksen nojalla saaduksi toimeksiannoksi. Mikäli hallintolain soveltamisalaan kuuluvassa asiassa julkisen vallan käyttö tulkitaan mainitun rikoslain pykälän pohjalta, ja tiettyä konsulttipalveluna hankittua valmistelutyötä ei tulkita toimeksiannoksi, voidaan katsoa, ettei hallintolain esteellisyyssäännökset tule välttämättä hankintojen kohdalla ulkopuoliseen asiantuntijaan sovellettavaksi tältäkin osin.

Myös asiantuntijalausuntojen kohdalla on vakiintuneesti katsottu, etteivät hallintolain esteellisyyssäännökset tulisi sovellettavaksi asiantuntijalausunnon antajiin, koska lausunnon antamisen ei ole katsottu olevan varsinaista hallintoasian käsittelyä¹⁹⁷. Hallintolain esitöiden perusteella esteellisyyttä koskevien säännösten sovellettavaksi tuleminen arvioidaan yksittäistapauksessa sen pohjalta, mikä merkitys asiantuntijalausunnolla on asian ratkaisemisen kannalta¹⁹⁸. Kun huomioidaan se, että lausunnon antaminen ajoittuu julkisissa hankinnoissa tyypillisesti hankinnan suunnittelun vaiheeseen, eivät esteellisyyssäännökset pääsääntöisesti tule sovellettavaksi myöskään sen vuoksi, että tällöin lausunnon antamiselta edellytettäisiin selkeästi odotettavissa olevaa hyötyä lausunnon antajalle jo tässä vaiheessa¹⁹⁹.

Siihen, katsotaanko jokin valmistelutyö viranomaisen lain tai asetuksen nojalla antamaksi toimeksiannoksi, asiantuntijalausunnon antaminen hallintoasian käsittelyyn osallistumiseksi tai voiko hallintolain esteellisyyssäännökset tulla sovellettavaksi ulkoiseen asiantuntijaan, ei ole tarpeen syventyä tässä tutkielmassa syvällisemmin. Tutkimusongelman kannalta ei sikäli ole relevanttia perehtyä myöskään virkamiehen esteellisyyteen hankinnan valmistelussa taikka siihen, toimitaanko hankintayksikössä virkavastuulla, koska tarkastelun alla on se, miten asia ratkaistaan syrjimättömyysperiaatteen

¹⁹⁷ Kuusikko 2018: 625.

¹⁹⁸ HE 72/2002 vp s. 87.

¹⁹⁹ Kuusikko 2018: 625.

näkökulmasta silloin, kun ulkopuolista asiantuntijaa koskeva (hallintolainmukainen) esteellisyysväite on esitetty hankintalain soveltamisalaan kuuluvassa asiassa.

Hallintolain esteellisyysäännöksiä suhteessa julkisten hankintojen valmistelua koskeviin säännöksiin on huomionarvoista sekin, mitä hankintalain esitöissä todetaan 81 § 1 momentin 7 kohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa. Hallituksen esityksessä todetaan seuraavasti:

”(Hallintolain) esteellisyysäännökset estävät virkamiehen osallistumisen esimerkiksi sellaisen hankintapäätöksen tekemiseen tai valmisteluun, joka koskee tarjouskilpailua, johon on osallistunut virkamiehen tai tämän läheisen johtama, hallinnoima tai omistama yritys. Hankintayksikkönä on kuitenkin myös yksityisiä oikeushenkilöitä, minkä ohella hankintapäätöksen tekemiseen tai valmisteluun voi osallistua myös työsuhteessa olevia henkilöitä. --- Ottaen huomioon voimassa olevan hallintolain säännökset esteellisyydestä --- olisi ehdokkaan tai tarjoajan poissulkemista käytettävä poikkeuksellisesti viimesijaisena toimenpiteenä estämään hankintadirektiivin tarkoittaman eturistiriidan syntyminen hankintamenettelyssä. --- Toimittajan poissulkemisen 7 kohdan nojalla tilanteessa, jossa hankintayksikkö olisi voinut muilla keinoilla ehkäistä eturistiriidan syntyminen, voi olla myös hankintalain syrjimättömyysperiaatteen vastaista.”²⁰⁰

Lain esitöissä käytettyjen ilmaisujen voi katsoa antavan ymmärtää, ettei hallintolain esteellisyysäännöksiä ole tarkoitus sellaisenaan laajentaa koskemaan hankinnan valmistelua koskevissa tilanteissa virkamiesten lisäksi hankinnan valmisteluun osallistuneisiin työsuhteisiin henkilöihin. Esitöissä todetaan nimenomaisesti, että tilanteissa, joissa hankintapäätöksen valmisteluun osallistuu työsuhteessa olevia henkilöitä, voi hankintayksikkö poistaa eturistiriidan syntyminen henkilöstö- tai organisatorisilla toimenpiteillä²⁰¹. Esitöissä todetaan edellä mainitun mukaisesti, että ehdokkaan tai tarjoajan poissulkemista käytetään *poikkeuksellisesti viimesijaisena* keinona eturistiriidan syntyminen

²⁰⁰ HE 108/2016 vp s. 186.

²⁰¹ HE 108/2016 vp s. 186. Esitöissä viitataan lähtökohtaisesti hankintayksikköihin, jotka ovat yksityisiä oikeushenkilöitä. Sanamuodolla (”näissä tilanteissa”) viitataan kuitenkin tilanteisiin, joissa hankinnan valmisteluun osallistuu muussa kuin virkasuhteessa oleva henkilö. Täten lainkohdan yksityiskohtaiset perustelut antavat ymmärtää, ettei hallintolain esteellisyysäännöksiä ole tarkoitus laajentaa koskemaan muina kuin virkasuhteisina asian käsittelyyn osallistuviin tahoihin. ”Näissä tilanteissa” eturistiriidan syntyminen poistetaan lähtökohtaisesti muilla keinoin.

poistamiseksi huolimatta siitä, mitä voimassaolevassa hallintolaissa on esteellisyydestä säädetty. Täten voitaneen katsoa, että arvioitaessa ulkoisen tai muutoin työsuhteisen asiantuntijan ”esteellisyyttä” ja vaikutusta hankinnan valmistelussa, on tilannetta arvioitava lähtökohtaisesti hankintalaissa sovellettavien periaatteiden, mukaan lukien tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun, näkökulmasta. Tätä tulkintaa tukee korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 2016:56 suorittama oikeudellinen arviointi.

Liikennevirasto oli sulkenut Finnmap Consulting Oy:n tarjouskilpailusta, sillä yhtiö kuului samaan konserniin suunnitteluttajakonsulttina toimineen Sweco PM Oy:n kanssa. Päätöksellään Liikennevirasto oli todennut muun ohella seuraavaa: ”Yrityksenne osallistuminen tarjouskilpailuun aiheuttaisi suunnitteluttajakonsulttimme *jäävääntymisen*²⁰² osallistumishakemuksenne ja tarjouksenne käsittelystä. --- Liikennevirasto ei voi hyväksyä tilannetta, että suunnitteluttajakonsultti jäävääntyisi sopimukseen sisältyvien tehtävien hoitamisesta.” Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun mukaan Liikennevirasto oli saanut sulkea suunnitteluttajakonsultin kanssa samaan konserniin kuuluvan yhtiön tarjouskilpailusta silläkin perusteella, että yhtiön osallistuminen tarjouskilpailuun olisi aiheuttanut suunnitteluttajakonsultin *esteelliseksi*²⁰³ tuleminen sopimuskauden aikana.

Käytetyt termit ”jäävääntyminen” ja ”esteellisyys” tuovat arviointiin elementtejä, jotka muistuttavat pitkälle hallintolainmukaista arviointia. Merkillepantavaa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa kuitenkin on, että se on soveltanut ratkaisussaan nimenomaan ratkaisun antamisen ajankohtana voimassa olleen erityisalojen hankintalain säännöksiä, ei hallintolain. KHO yksinomaan totesi ratkaisussaan, ettei Liikenneviraston olisi ollut mahdollista turvata tarjoajien tasapuolista ja *syrjimätöntä kohtelua*, mikäli suunnitteluttajakonsultin kanssa samaan konserniin kuuluva yhtiö olisi osallistunut tarjouskilpailuun. Arvioitavaksi ei tapauksessa tullut se, oliko suunnitteluttajakonsultti esimerkiksi osallistunut hallintoasian käsittelyyn. Finnmap Consulting Oy:tä koskeva pois-sulkemisperuste oli olemassa sillä perusteella, että yhtiön osallistuminen tarjouskilpailuun olisi asiassa ilmenneiden seikkojen perusteella rikkonut (erityisalojen) *hankintalain* mukaan julkisissa hankinnoissa sovellettavia syrjimättömyyden, tasapuolisen kohtelun ja yhdenvertaisuuden periaatteita hankintamenettelyn edetessä.

²⁰² Kursivointi vain tässä.

²⁰³ Kursivointi vain tässä.

Markkinaoikeus suoritti KHO:n kanssa vastaavanlaisen arvioinnin tapauksessa MAO:272/17. Tapauksessa oli kyse siitä, kun Solaris-Lomat r.y. (jäljempänä hankintayksikkö) oli ilmoittanut kansallisella hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta sosiaaliperusteisia lomia koskevasta palveluhankinnasta kalenterivuodelle 2017. Valituksellaan Kruunupuisto Oy (jäljempänä valittaja) vaati hankintapäätöksen kumoamista muun ohella sen vuoksi, että hankintaa koskevaan päätöksentekoon ja tarjouspyyntöasiakirjojen laatimiseen oli osallistunut hankintayksikön toimitusjohtaja asemansa vuoksi esteellisenä, sillä hän toimi myös kaikkien tarjouskilpailuun osallistuneiden hankintayksikön kolmen tytäryhtiön toimitusjohtajana. Markkinaoikeus arvioi hankintayksikön menettelyä esteellisyyttä koskevan väitteen osalta tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusten pohjalta, koska hankintalaissa ei ollut hankintamenettelyyn osallistuvan henkilön esteellisyyttä koskevia säännöksiä. Ratkaisussaan se katsoi, että hankinnan valmisteluun ja päätösvaiheeseen osallistuneen toimitusjohtajan sidonnaisuudet ja toimenpiteet sekä hankintayksikön ja tytäryhtiöiden väliset omistussuhteet olivat olleet omiaan vaarantamaan mainittujen julkisissa hankinnoissa sovellettavien periaatteiden toteutumisen, joten hankintayksikön menettely oli ollut tältä osin hankintasäännösten vastaista.

Markkinaoikeuden arviointi myötäilee korkeimman hallinto-oikeuden Finnmap Consulting Oy:tä koskevaa ratkaisua, sillä vaikka Solaris-Lomat Oy:n toimitusjohtajan sidonnaisuudet asiassa katsottiin merkityksellisiksi, ei asiassa tullut sikäli arvioitavaksi se, oliko toimitusjohtaja osallistunut esteellisenä asian käsittelyyn hallintolain tarkoittamalla tavalla. Hankintamenettelyn lainvastaisuus esitetyn esteellisyyttä väitteen osalta oli osoitettavissa yksin sillä perusteella, että menettely oli ollut omiaan vaarantamaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun. Markkinaoikeus totesi ratkaisun MAO:272/17 perusteluissa, että hankintamenettely on annettava myös ulospäin uskottava vaikutelma siitä, että kaikilla tarjoajilla on ollut hankintayksikön toiminnan osalta samat mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa.

4.2.3 Hankintalainmukainen vääristynyt kilpailu ja valmistelun syrjivyyt

Uusiin hankintalakeihin otettiin ensimmäistä kertaa markkinakartoitusta ja ehdokkaan tai tarjoajan osallistumista hankinnan valmisteluun koskevia säännöksiä²⁰⁴. Markkinakartoitusta koskevassa hankintalain 65 §:ssä säädetään, että hankintayksikön on ennen hankintamenettelyn aloittamista mahdollista tehdä markkinakartoitus hankinnan

²⁰⁴ HE 108/2016 vp s. 162–163.

valmistelua varten, ja että se voi käyttää muun ohella riippumattomien asiantuntijoiden neuvoja apunaan hankintamenettelyn suunnittelussa ja toteuttamisessa, kunhan neuvon käyttäminen ei johda kilpailun vääristymiseen tai syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden vastaiseen menettelyyn.

Niin ikään 66 §:ssä todetaan, että mikäli ehdokas tai tarjoaja on osallistunut hankinnan valmisteluun, on hankintayksikön varmistettava, ettei tämä vääristä kilpailua. Harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskevassa hankintalain 81 § 1 momentin 8 kohdassa mahdollistetaan sellaisen ehdokkaan tai tarjoajan sulkeminen tarjouskilpailun ulkopuolelle, jonka osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun on johtanut kilpailun vääristymiseen ja täten tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen. Säädösten perusteella yhtenä keskeisenä hankinnan valmistelun lainvastaisuutena voidaan täten pitää valmistelun syrjivyyttä ja vääristynyttä kilpailua. Tarkentaen kyse on siitä, että ehdokas tai tarjoaja on osallistunut hankinnan valmisteluun eikä hankintayksikkö ole varmistunut kilpailuneutraliteetin säilymisestä, minkä seurauksena kaikki tarjoajat eivät ole olleet tiedollisesti samalla tasolla tai muutoin pystyneet laatimaan hankintalain 67 §:n tarkoittamia keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Kilpailuneutraliteetti ja syrjimättömyys limittyvät keskenään, sillä hankintalain edellyttämän tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden voi jo sellaisenaan katsoa merkitsevän kilpailuneutraliteettia²⁰⁵.

²⁰⁵ Oksanen 2010: 67. Vaikuttaisi siltä, että syrjimättömyyden periaatteen sekä hankintadirektiivien sisältöä ja vaikutusta julkisten hankintojen valmistelun kannalta ei ole kaikissa elimissä täysin ymmärretty, ja että hankintasäännökset voidaan käsittää monella eri tavalla. Merkillepantavaa on muun muassa se, että niin uuden hankintalain 65 §:ssä, 66 §:ssä kuin 81 § 1 momentin 8 kohdassa mainitaan kaikissa eri ilmaisuilla, että menettely ei saa johtaa syrjivyyteen tai kilpailun vääristymiseen. Tässä tutkielmassa käsitellyn mukaisesti syrjimättömyysperiaatteen EU-oikeudellinen tausta korostaa erityisesti alueellisen syrjivyyden kieltämistä. Kuitenkin esimerkiksi maa- ja metsätalousvaliokunta totesi uuden hankintalain esitöitä koskevassa mietinnössään pitävänsä tärkeänä, että ”uusien säännösten tulee johtaa laadun korostumiseen julkisissa hankinnoissa ja siten edistää kotimaisten elintarvikkeiden, lähiruoan ja luomutuotteiden käyttöä julkisissa elintarvike- ja ruokapalveluissa” (MmVL 18/2016 vp s. 2). Valiokunta viittasi mietinnössään myös Aula Researchin ja Suomalaisen Työn Liiton vuonna 2016 toteuttamaan tutkimukseen, jonka perusteella mietinnön mukaan 92 % kuntavaikuttajista oli ollut sitä mieltä, että tuotteiden ja palveluiden kotimaisuus pitäisi ottaa julkisissa hankinnoissa enemmän huomioon. Lisäksi valiokunta kirjoitti mietinnöllään päättäjien tiedostavan heikosti niiden mahdollisuudesta suosia laatua ja siten paikallisia elintarvikkeita ja palveluja. Valiokunta katsoi markkinakartoitusta ja valmisteluun osallistumista koskevien lakiehdotuksen 65 ja 66 §:ien tukevan lähiruoan hankintaprosesseja, kun ”paikallisten yritysten kanssa käytävässä vuoropuhelussa koskien hankinnan kohdetta, tuotteita, tarjouspyyntöä jne. voidaan hankinnan laatuksia määrittellä entistä tarkemmin”. Valiokunta totesi vielä seuraavasti: ”Asian ollessa selkeästi kirjattuna lakiin hankintalaki kannustaa hankintayksiköjä hyödyntämään entistä enemmän markkinakartoitusta ja käymään

Hankintalain 66 §:ää koskevien lain esitöiden yksityiskohtaisten perusteluiden mukaan hankintayksiköiden on osaltaan varmistettava, että mikään hankinnan valmisteluun osallistunut taho ei saavuta sellaista etulyöntiasemaa, joka johtaisi hankintamenettelyssä tasapuolisen ja syrjimättömän kilpailutilanteen vaarantumiseen²⁰⁶. Huomionarvoista on sekin, että hankintalain 1 § 1 momentin perusteella hankintalaki velvoittaa ensisijaisesti yksinomaan hankintayksiköitä. Täten hankintalaki ei suoraan velvoita valmisteluun osallistuvaa asiantuntijaa laatimaan hankintalainmukaisia hankinta-asiakirjoja tai pyrkimään valmistelun syrjimättömyyteen. Sen varmistaminen, että valmistelussa on toimittu syrjimättömästi, kuuluu hankintayksikölle, eikä ulkoisen asiantuntijan hyödyntäminen valmistelussa poissa tätä vastuuta.²⁰⁷

Vaikka 65 ja 66 §:t ovat uusia, ovat ne ensisijaisesti vahvistaneet jo vakiintunutta oikeuskäytäntöä²⁰⁸. Jo ennen hankintalakien kokonaisuudistusta sellainen yritys, jolla oli ennakolta sellaista erityistietoa kilpailun kohteena olevasta hankinnasta, että yritysten keskinäinen objektiivinen kilpailuasetelma oli vaarantunut, oli mahdollista sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle²⁰⁹. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, ettei vastuunjako – tai sen säilyminen hankintayksiköllä – näytä kaikilta osin olleen täysin itsestäänselvyys. Esimerkiksi vuonna 2010 julkaistuissa kuntien yleisissä hankintaohjeissa todetaan, että ”*kilpailuneutraalisuuden varmistaminen on sekä hankintayksikön että hankintaan osallistuvien toimittajien velvollisuutena*”²¹⁰. Vanhan hankintalain (348/2007) 1 §:n perusteella hankintasäännökset ovat tuolloinkin velvoittaneet uuden hankintalain tavoin hankintayksiköitä, joten vastuuta menettelyn oikeellisuudesta tai syrjimättömyydestä ei todennäköisesti ole

vuoropuhelua tarjouspyyntöjen valmistelussa. Lähiruoan tarjouspyynnöt edellyttävät huolellisuutta, joten hankinnan aikainen vuoropuhelu osapuolten välillä on tärkeää hankintaprosessin onnistumisen kannalta.” (MmVL 18/2016 vp s. 3.) Siihen ei ole tässä aiheellista paneutua, korreloivatko tiukemmat laatuvaatimukset suoraan paikallisuuden kanssa, tai mitä liikkumavaraa hankintalaki esimerkiksi kuntapäätäjille muutoin antaa tarjotessaan mahdollisuuden laadun painottamiselle. Tutkielman kannalta on kuitenkin erityisen kiinnostavaa, että valiokunta katsoi sekä 65 §:ää että 66 §:ää voitavan käyttää välineinä paikallisuuden suosimiseksi molempiin pykäliin sisältyvistä syrjimättömyyden ja kilpailuneutraliteetin säilymisen vaatimuksista huolimatta.

²⁰⁶ HE 108/2016 vp s. 164.

²⁰⁷ Mäkelä & Pökkyä 2013: 8.

²⁰⁸ HE 108/2016 vp s. 164.

²⁰⁹ Oksanen 2010: 67.

²¹⁰ Oksanen 2010: 67.

tosiasiassa ollut mahdollista siirtää pois hankintayksiköltä sen perusteella, että ehdokas tai tarjoaja on osallistunut hankinnan valmisteluun.

Kuntien yleisten hankintaohjeiden ilmaisua, jonka perusteella myös muu kuin hankintayksikkö voisi olla velvollinen varmistamaan kilpailuneutraalisuuden säilymisen, voidaan pitää jokseenkin harhaanjohtavana, koska hankintalaki ei edellä mainitun mukaisesti velvoita hankintayksikön ulkopuolista asiantuntijaa toimimaan objektiivisesti hankinnan valmistelussa²¹¹. Toisaalta on huomionarvoista, että hankinnan valmisteluun osallistuneen tahon objektiivinen toiminta valmisteluvaiheessa ja hankintayksikön tästä varmistuminen on kuitenkin edellytys sille, että hankintayksikkö voi sallia kyseisen tahon osallistumisen tarjouskilpailuun hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa²¹².

Asianmukaisia toimenpiteitä sen varmistamiseksi, ettei kilpailu ole vääristynyt, ovat muun muassa sellaisten tietojen toimittaminen muille ehdokkaille tai tarjoajille, jotka valmisteluun osallistunut taho on saanut tietoonsa osallistuessaan hankinnan valmisteluun sekä riittävien määräaikojen vahvistaminen tarjousten vastaanottamiselle²¹³. Korkein hallinto-oikeus on arvioinut hankintamenettelyn syrjivyyttä ja kilpailuneutraliteettia hankintalain 66 §:n ja 81 § 1 momentin 8 kohdan nojalla ainakin seuraavassa tapauksessa.

Tapauksessa KHO 2019:85 oli muun ohella kyse siitä, kun vedenkäsittelyurakan suunnittelijana toimineen Suomen Allaslaite Oy:n (voittanut tarjoaja) kanssa samaan yritysryhmään kuuluvan Suomen Kylpyläsuunnittelu Oy:n laatimat tekniset suunnitelmat olivat sisällyneet tarjouspyyntöasiakirjoihin. Asiassa saadun selvityksen perusteella kyseiset tarjouspyyntöasiakirjat oli toimitettu sekä valittajalle että voittaneelle tarjoajalle, joten valittaja oli tehnyt urakkaa koskevan tarjouksensa samojen asiakirjojen perusteella, kuin voittanut

²¹¹ Euroopan parlamentti ja neuvosto katsoivat kuitenkin kiinnostavasti hankintadirektiiviä valmisteltaessa, että päätöksentekoprosessissa tapahtuvan epäasiallisen vaikuttamisen tai muun hankintamenettelyn lopputuloksen manipuloinnin estämiseksi talouden toimijoita olisi vaadittava antamaan valahtoinen vakuutus siitä, että ne eivät ryhdy tällaisiin lainvastaisuuksiin. Näin toimijat voitaisiin jättää hankintamenettelyn ulkopuolelle, mikäli vakuutus osoittautuisi paikkansapitämättömäksi. (COM(2011) 896 s. 17.) Tällaisen menetelmän voisi katsoa koituvan laintulkinnallisesti hankalaksi, kun hankintalait velvoittavat yksinomaan hankintayksiköiksi määriteltyjä organisaatioita, ja kun vastuuta menettelyn oikeellisuudesta tai syrjimättömyydestä ei tässä tutkielmassa käsitellyn mukaisesti voi siirtää pois hankintayksiköltä siltäkään perusteella, että tietty talouden toimija on osallistunut hankintamenettelyyn.

²¹² Ks. esim. KHO 2003:74.

²¹³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU art. 41 kohta 2. Ks. myös edellä kappaleessa 3.2.2 käsitellyt korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut KHO 2003:74 ja KHO 30.10.2015/3067.

tarjoaja. Asiassa ei ollut ilmennyt, että voittaneella tarjoajalla tai suunnitelmat laatineella Suomen Kylpyläsuunnittelu Oy:llä olisi ollut teknisten suunnitelmien laatimisen vuoksi sellaista lisätietoa, joka ei olisi ollut myös valittajan saatavissa tarjouspyyntöasiakirjoista tai kohteeseen tutustumalla, ja jota voittanut tarjoaja olisi voinut hyödyntää tarjouskilpailussa. Tarjouspyyntöasiakirjat eivät olleet myöskään epäselviä tai tulkinnanvaraisia siten, että tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu olisi sen vuoksi vaarantunut, tai ettei niiden perusteella olisi ollut mahdollista laatia keskenään vertailukelpoisia ja yhteismittalaisia tarjouksia. Täten korkein hallinto-oikeus katsoi markkinaoikeuden tavoin, ettei hankintamenettelyssä ollut toimittu virheellisesti tältä osin.

4.2.4 Hankintalainmukainen eturistiriita hankintamenettelyssä

Hankintadirektiivin 24 artiklassa eturistiriidalla viitataan vähintäänkin tilanteeseen, jossa hankintaviranomainen tai sen puolesta toimivan hankintapalvelun tarjoajan palveluksessa olevilla henkilöillä, jotka osallistuvat hankinnan toteuttamiseen ja jotka voivat vaikuttaa hankintamenettelyn tulokseen, on välitön tai välillinen rahallinen, taloudellinen tai muu henkilökohtainen intressi, jonka voitaisiin nähdä vahingoittavan näiden henkilöiden puolueettomuutta tai riippumattomuutta hankintamenettelyssä. Hankintalain 66 §:ään on sisällytetty varsinaisten ehdokkaiden ja tarjoajien lisäksi *tarjoajaan liittyvä yritys*. Näiden säännösten lisäksi harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskevassa hankintalain 81 § 1 momentin 7 kohdassa on vielä säädetty hankintayksikön mahdollisuudesta sulkea pois sellainen ehdokas tai tarjoaja, jonka eturistiriitaa hankintamenettelyssä ei voida tehokkaasti poistaa muilla toimenpiteillä. Kun huomioidaan mainitut säännökset sekä syrjimättömyysperiaate, voidaan yhtenä hankinnan valmistelun lainvastaisuutena pitää tilannetta, jossa valmisteluun ja tarjouskilpailuun osallistuneiden välistä ristiiriitaa ei ole tehokkaasti poistettu hankintayksikön toimesta, ja menettely on johtanut tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen sekä kilpailun vääristymiseen.

Tapauksen KHO 2019:85 yhteydessä korkeimman hallinto-oikeuden arvioitavaksi tuli sekin, oliko hankintamenettely ollut siltä osin virheellistä, kun hankintayksikkö oli sallinut vedenkäsittelyurakan tekniset suunnitelmat laatineen Suomen Kylpyläsuunnittelu Oy:n kahden edustajan osallistua ennen hankintapäätöksen tekemistä pidettyyn, samaan yritysyhmään kuuluvan Suomen Allaslaite Oy:n tarjousta koskevaan selonottoneuvotteluun. Kyseisen selonottoneuvottelun tarkoitus oli ollut hankintayksikön siitä laatiman pöytäkirjan mukaan käydä läpi Suomen Allaslaite Oy:n kanssa tarjouksen sisältö ja edellytykset

urakoitsijavalinnalle. Tähän nähden se, että suunnitelmat laatineen ja samaan yritysyh-mään kuuluvan yrityksen kaksi edustajaa olivat osallistuneet hankintayksikön avustajina tarjouta koskevaan selonottoneuvotteluun, oli yritysten välisen taloudellisen intressin huomioiden ollut omiaan aiheuttamaan epäilyjä hankintamenettelyn puolueettomuudesta ja eturistiriidan olemassaolosta riippumatta siitä, mitkä olivat olleet neuvotteluun osallistuneiden Suomen Kylpyläsuunnittelu Oy:n edustajien tosiasialliset vaikutusmahdollisuudet urakoitsijavalintaan. Täten korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei hankintayksikön menettely ollut ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Hankintamenettely oli ollut tältä osin virheellistä.

Syrjimättömyyden periaatteen suhteen eturistiriitoihin voidaan katsoa vaikuttavan myös hankintalain 81 § 1 momentin 7 kohdan tarkoittamissa tilanteissa kahdensuuntaisesti, koska ehdokkaan tai tarjoajan poissulkeminen kyseisen lainkohdan nojalla tilanteessa, jossa hankintayksikön olisi ollut mahdollista muilla keinoin ehkäistä eturistiriidan syntyminen, voi yhtäläillä muodostua syrjimättömyyden vaatimuksen vastaiseksi. Lähtökoh-tana on, että eturistiriidan syntyminen ennaltaehkäistään esimerkiksi henkilöstö- tai or-ganisatorisin keinoin. Ehdokkaan tai tarjoajan sulkemista tarjouskilpailun ulkopuolelle 7 kohdan nojalla on pidettävä viimeisenä oljenkortena.²¹⁴ Näin syrjimättömyyden periaate ei rajoitu suojaamaan vain tiettyä ryhmää, kuten valmisteluun osallistuneita tai osallis-tumattomia tahoja. Merkillepantavaa on, että syrjimättömyysperiaate suojaa kaikkia markkinoimijoita hankintayksikön mielivaltaisuudelta. Unionin tuomioistuin on arvioi-nut hankintayksikön aktiivista roolia eturistiriitojen ehkäisyssä ja poistamisessa ainakin asiassa C-538/13 *eVigilo Ltd* (jäljempänä *eVigilo*) vastaan Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (Liettuan sisäasiainministeriön alainen palo- ja pelastustoimen osasto, jäljempänä hankintaviranomainen)²¹⁵.

EUT antoi asiassa C-538/13 ratkaisunsa muun ohella ennakkoratkaisukysymykseen siitä, oliko unionin lainsäädännön julkisia hankintoja koskevia sääntöjä tulkittava siten, että jos tarjoajan tietoon oli tullut mahdollinen merkittävä tarjoajan ja hankintaviranomaisen ni-meämien ja tarjoukset arvioineiden asiantuntijoiden välinen yhteys, ja/tai kyseisen tarjo-ajan kyseisen tarjouspyynnön aiemmassa vaiheessa tehdystä valmistelutyöstä aiheutunut poikkeuksellinen asema hankintamenettelyssä, olisi hankintaviranomaisen toimet menet-telyssä tullut todeta lainvastaisiksi yksin sillä perusteella, etteivät hankintaviranomaiset ol-leet pystyneet varmistamaan menettelyjen avoimuutta ja puolueettomuutta. Kysymys kohdistui siihenkin, edellytettiinkö muutoksenhakijalta konkreettista näyttöä

²¹⁴ HE 108/2016 vp s. 186.

²¹⁵ Asia C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166.

asiantuntijoiden puolueellisuudesta.²¹⁶ Arvioinnissaan EUT totesi eturistiriidan sisältävän vaaran siitä, että hankintaviranomainen antaisi sopimukseen liittymättömien näkökohtien ohjata toimintaansa, ja että tietyille tarjoajalle annettaisiin etusija yksin tämän seikan perusteella²¹⁷. Se seikka, että hankintaviranomainen oli nimittänyt asiantuntijoita arvioimaan tarjouksia toimeksiannosta, ei vapauttanut sitä vastuusta täyttää unionin oikeuden vaatimuksia²¹⁸. Asiantuntijan puolueellisuuden toteaminen edellytti kuitenkin *tosiseikkojen ja todisteiden arvioimista*²¹⁹, mikä kuului hankintaviranomaisten ja hallinnollisten tai oikeudellisten valvontaviranomaisten toimivaltaan²²⁰. Asian arvioinnissaan EUT totesi lisäksi yhdenvertaisuuden, syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteista johtuvan, että niillä on aktiivinen rooli, kun kyseisiä julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita sovelletaan²²¹. Ratkaisussaan EUT totesi, että hävinneeltä tarjoajalta ei voida vaatia konkreettista näyttöä asiantuntijoiden puolueellisuuden osoittamiseksi, ja että hankintaviranomaisen on joka tapauksessa tarkastettava mahdollisten eturistiriitojen olemassaolo ja toteutettava tarkoituksenmukaiset toimenpiteet estääkseen, paljastaakseen ja poistaakseen ne²²².

4.3 Kehityssuuntia

Oikeuskäytännössä vaikuttaisi menneinä vuosina olleen muutoksia siinä, miten esteellisyyden arviointi julkisissa hankinnoissa painottuu. 2010-luvun alun ratkaisuisissa vaikuttaisi vielä ratkaisevaa olleen esteellisyyden tosiasiallinen vaikutus hankintamenettelyn syrjimättömyyteen.²²³

Esimerkiksi tapauksessa MAO:306–307/12 valittaja esitti, että voittaneen tarjoajan toiminnanjohtajalla oli ollut sidonnaisuuksia hankintayksikön puolesta hankintailmoituksen julkaiseeseen kuntaan. Markkinaoikeus katsoi toimivaltansa puitteissa voivansa arvioida hankintayksikön menettelyä esteellisyyttä koskevien väitteiden osalta sen perusteella, oliko tapauksessa toimittu tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusten pohjalta. Markkinaoikeus katsoi, etteivät kunnalliset luottamustoimet lähtökohtaisesti tehneet tarjoajan toiminnanjohtajasta esteellistä, ja että asiassa *ei ollut käynyt ilmi*²²⁴, että kyseinen toiminnanjohtaja olisi osallistunut tapauksessa kyseessä olleen hankintamenettelyn päätöksentekoon. Täten markkinaoikeus katsoi, ettei hankintayksikkö ollut menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

²¹⁶ Ks. kohdan 30 alakohta 1.

²¹⁷ Ks. kohta 35.

²¹⁸ Ks. kohta 36.

²¹⁹ Kursivointi vain tässä.

²²⁰ Ks. kohta 37.

²²¹ Ks. kohta 42.

²²² Ks. kohdan 66 alakohta 1.

²²³ Ukkola 2019: 26.

²²⁴ Kursivointi vain tässä.

Tapauksessa MAO:192/15, jossa valittaja oli vaatinut päätöksentekijöiden esteellisyyden selvittämistä suhteessa tarjouskilpailun voittaneeseen urakoitsijaan, markkinaoikeus totesi samansuuntaisesti, ettei sen toimivaltaan kuulu tutkia, onko päätöksenteko hankintayksikössä tapahtunut esimerkiksi (hallintolain) esteellisyyssäännösten mukaisesti, ja että hankintayksikön menettelyä on arvioitava tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen pohjalta. Kun tapauksessa *ei ollut käynyt ilmi seikkoja, joiden perusteella luottamus tarjoajien tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun olisi voinut perustellusti vaarantua*²²⁵, ei hankintayksikkö ollut menetellyt julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

Myös tapauksessa MAO:351/16 oli valittaja katsonut, että mahdollisesti esteellinen henkilö oli osallistunut kokoukseen, jossa hankintapäätös oli tehty, kun kokouksessa sihteerinä ja pöytäkirjan tarkastajana toiminut henkilö työskenteli valittajan tietojen mukaan putkiurakkakilpailun voittaneen tarjoajan kirjanpitäjänä. Markkinaoikeus totesi perusteluissaan, että tarjoajan tai sen edustajan osallistuminen tarjouskilpailun valmisteluun tai muu hankintayksikön avustaminen voi olla peruste sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta, mikäli se on tarpeen tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun toteutumiseksi. Kun hankintayksikkö oli tapauksessa kuitenkin esittänyt, ettei kyseisessä kokouksessa, jossa päätös oli tehty, ollut ilmennyt kenenkään osallistujista olleen esteellinen, katsoi markkinaoikeus, ettei valittajan esittämän tai asiassa muutoin *ilmi tulleiden seikkojen perusteella ollut todettavissa*²²⁶ hankintamenettelyyn osallistuneen henkilöitä, joiden osallistumisen olisi voitu katsoa vaarantaneen tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun.

Viimeaikaisissa ratkaisuissa on sen sijaan havaittavissa hallintolain esteellisyysarvioinnin kaltaisia elementtejä, kun painopiste vaikuttaisi siirtyneen esteellisyyden tai eturistiriidan tosiasiallisen vaikutuksen korostamisesta sen huomioimiseen, miltä hankintayksikön menettely on näyttäytynyt ulospäin²²⁷.

Esimerkiksi tapauksessa MAO:91/19 valittaja vaati, että markkinaoikeus kumoaa muutoksenhaun kohteena olleen hankintapäätöksen, kun voittanut tarjoaja oli valittajan mukaan laatinut hankinnan kohteena olleen pääurakkana toteutettavan kokonaisurakan suunnitelman ja täten osallistunut olennaisesti hankinnan valmisteluun. Ratkaisun perusteluissa markkinaoikeus totesi muun ohella, että hankintayksikön on meneteltävä siten, että kaikkien ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaiset mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa turvataan sekä siten, että hankintamenettely myös ulospäin *näyttäytyy*²²⁸ tasapuolisena.

Markkinaoikeus on myös ratkaisujen MAO:464/19, MAO:435/18, MAO:385/18 ja MAO:236/17 perusteluissa todennut samansuuntaisesti ottaessaan kantaa esteellisyyttä tai eturistiriitoja koskeviin väitteisiin. Markkinaoikeus on todennut, että hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa on noudatettava tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden

²²⁵ Kursivointi vain tässä.

²²⁶ Kursivointi vain tässä.

²²⁷ Ukkola 2019: 26.

²²⁸ Kursivointi vain tässä.

periaatetta, ja että hankintamenettelyn on *annettava myös ulospäin uskottava vaikutelma*²²⁹ hankintayksikön toimimisesta tavalla, joka takaa kaikille tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa, tai että hankintamenettelyn tulee myös ulospäin *näyttäytyä*²³⁰ tasapuolisena.

Painopisteen mahdollisesta keikahduksesta ja markkinaoikeuden perusteluissa tapahtuneista muutoksista huolimatta julkisten hankintojen yhteydessä esitettyjä esteellisyysetai eturistiriitäväittämiä ei kuitenkaan ole suoranaisesti alettu tulkita hallintolain mukaisena esteellisyytenä. Esimerkiksi ratkaisun MAO:435/18 perusteluissa markkinaoikeus toteaa, että vaikka sen toimivaltaan kuuluu hankinta-asiassa esikysymyksenä ottaa kantaa väitteisiin, joiden perusteella hankintapäätös on muullakin tavalla kuin vain hankintasäännösten perusteella lainvastainen, on hankintayksikön menettelyä esteellisyyttä koskevan väitteen osalta arvioitava nimenomaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen pohjalta. Vastaava toteama löytyy myös ratkaisun MAO:385/18 perusteluista. Merkillepantavaa on sekin, että ratkaisussa MAO:236/17 markkinaoikeus on katsonut, ettei tapauksessa ollut esitetty sellaista selvitystä, jonka perusteella olisi ollut *todettavissa*, että voittanut tarjoaja, tämän emoyhtiö tai näihin sidoksissa olleet henkilöt olisivat osallistuneet ainakaan sellaisella tavalla hankinnan valmisteluun, että tarjoajien tasavertainen ja syrjimätön kohtelu olisi vaarantunut.

Mainitut seikat huomioiden ei siten voida täysin aukottomasti osoittaa, että tulkintalinjassa olisi tietty kehityskaari tapahtunut, vaikka viitteitä painopisteen keikahduksesta olisi. Keskeistä on huomioida sekin, että markkinaoikeus arvioi valmisteluun osallistumista sekä mahdollista syrjimättömän kohtelun vaarantumista huomioiden kunkin yksittäistapauksen erityispiirteet²³¹. Täten se, mihin painopiste tuomioistuinratkaisun perusteluissa asettuu, voinee riippua myös tapauskohtaisista olosuhteista. On kuitenkin kiinnostavaa huomata, että ehdokkaiden ja tarjoajien syrjimättömän kohtelun on voitu katsoa vaarantuneen myös sellaisessa tapauksessa, että olosuhteet olivat aiheuttaneet

²²⁹ Kursivointi vain tässä.

²³⁰ Kursivointi vain tässä.

²³¹ Ks. esim. MAO:464/19.

epäilyjä hankintamenettelyn puolueettomuudesta ja eturistiriidan olemassaolosta *riippumatta* siitä, mikä on ollut osallisuuden tosiasiallinen vaikutus toimittajavalintaan²³².

²³² Ks. KHO 2019:85.

5 Yhteenveto ja johtopäätöksiä

Tässä tutkielmassa on selvitetty ehdokkaan tai tarjoajan osallistumista julkisen hankinnan valmisteluun syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta. Tarkentaen kyseessä on tilanne, jossa hankintayksikkö on hyödyntänyt julkisen hankinnan valmistelussa ulkopuolista asiantuntijatahoa, ja kyseinen taho osallistuu varsinaista hankintaa koskevaan tarjouskilpailuun hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa. Tutkimuskysymystä lähdettiin purkamaan jakamalla se seuraaviin osaongelmiin: 1) mitä syrjimättömyyden periaatteella julkisissa hankinnoissa tarkoitetaan, miten sitä säännellään ja mihin sillä pyritään, 2) mitä tarkoittaa julkisen hankinnan valmisteluun osallistuminen ja kuinka varmistetaan, ettei kilpailu tarpeettomasti vääristy, 3) millä perusteella hankintamenettelyyn osallistuminen voi johtaa ehdokkaan tai tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle, eli milloin valmisteluun osallistunut on esteellinen tai eturistiriidassa, ja 4) miten syrjimättömyysperiaate vaikuttaa esteellisyyden ja eturistiriitojen arviointiin julkisissa hankinnoissa, ja mitä ovat hankinnan valmistelun lainvastaisuudet.

Vuoden 2017 alusta voimaantulleiden uusien hankintalakien myötä varsinaisiin hankintasäännöksiin otettiin ensimmäistä kertaa mukaan hankinnan valmistelua koskevia säännöksiä. Hankintalain markkinakartoitusta koskeva 65 § sekä ehdokkaan tai tarjoajan hankinnan valmisteluun osallistumista koskeva 66 § toimivat keskeisiltä osin tämän tutkielman lähtökohtana. Lisäksi hankinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskevaan hankintalain 81 § 1 momentin 7 ja 8 kohtiin on sisällytetty hankintayksikön mahdollisuus sulkea tarjouskilpailusta valmisteluun osallistunut toimija, mikäli se on välttämätöntä eturistiriidan taikka ehdokkaan tai tarjoajan valmisteluun osallistumisen aiheuttaman kilpailun vääristymisen poistamiseksi. Metodina on käytetty oikeusdogmatiikkaa, jolloin keskiössä on ollut voimassaolevan oikeuden tulkinta ja systematisointi.

Hankintalainsäädäntö uudistettiin lähes kokonaisuudessaan, kun vuoden 2017 alussa voimaan astuneilla laeilla saatettiin kansallisesti voimaan vuonna 2014 annetut EU:n hankintadirektiivit. Hankintalailla veloitetaan lähtökohtaisesti hankintayksiköiksi määritellyjä organisaatioita kilpailuttamaan sellaiset hankinnat, joihin hankintalainsäädäntö

tulee sovellettavaksi. Kilpailutuksella tavoitellaan muun ohella tarkoituksenmukaista varojen käyttöä sekä itse kilpailuolosuhteiden luomista ja ylläpitoa. Lisäksi hankintayksiköiden on noudatettava hankintalain 3 §:ssä säädettyjä periaatteita hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa. Hankintalainsäädäntöä voidaan pitää menettelytapalakinä, koska sillä säädetään niistä menettelyllisistä velvollisuuksista, joiden puitteissa hankintayksikön tulee toteuttaa hankintatoimensa. Hankintalaki ei ota kantaa siihen, tulisiko hankintayksikön esimerkiksi yksityistää tietty toiminto eikä siihen, mitä se hankkii ja millaisin ehdoin. Hankintayksiköille on jätetty laaja harkintavalta sen suhteen, kuinka ne määrittelevät hankinnan kohteen.

Syrjimättömyysperiaate on yksi julkisissa hankinnoissa noudatettavista oikeusperiaatteista. Hankintayksikön on kohdeltava ehdokkaita ja tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi hankinnan kaikissa vaiheissa. Kuten tässä tutkielmassa on käynyt ilmi, myös tuomioistuimet, erityisesti markkinaoikeus, arvioi usein hankintayksikön menettelyä syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta – erityisesti silloin, kun arvioinnin kohteena on ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun.

Syrjimättömyysperiaatteella on vahva EU-oikeudellinen tausta. Sen merkitystä julkisissa hankinnoissa voidaan pitää suurena, sillä julkisten hankintojen vapauttaminen kilpailulle perustuu jo lähtökohdiltaan SEUT 18 artiklan mukaiseen kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoon. Syrjimättömyysperiaate ilmenee muutoinkin EU-oikeudessa useissa selvaisissa perussopimuksen artikloissa, joilla on liittymäkohtia sisämarkkina- tai kilpailuoikeuteen. Vaikka syrjimättömyysperiaate on talousyhteisön aikana mielletty tyypillisesti lähinnä tuotannontekijöiden vapauttamista ja yhteismarkkinoiden avaamista tukevaksi periaatteeksi, ja vaikka sillä tyypillisesti EU-oikeudellisessa mielessä pyritään estämään kansalaisuuteen tai alueellisuuteen perustuva syrjintä, kattaa kielto kaiken menettelyn syrjivyyden julkisissa hankinnoissa. Vahvoista sisämarkkinaoikeudellisista ja kansalaisuuteen perustuvista kytköksistään huolimatta Eurooppa-oikeudellisessa syrjimättömyydessä on suuressa kaavassa kyse siitä, ettei samanlaisia tilanteita saa kohdella eri tavoin tai samanlaisia eri tavoin, eikä tiettyjä toimijoita saa suosia toisten kustannuksella.

Hankintayksikön on hankintalain 65 §:n perusteella mahdollista toteuttaa markkinakartoituksia hankintoja valmistellakseen. Markkinakartoitusta ei ole hankintalaissa tyhjentävästi määritelty, mutta yleisesti sillä voidaan viitata kaikkeen siihen markkinoilla olevaan informaatioon, joka hankintayksiköllä on saatavillaan ja jota sen on mahdollista hyödyntää hankintaa suunnitellessaan. Hankintayksikkö voi tehdä HILMA-järjestelmässä tietopyynnön ja pyytää hankinnan alan toimijoita käymään avointa dialogia sen kanssa hankinnan kohteesta ja sen määrittelystä. Merkittävää on se, että markkinakartoituksessa tieto ei kulje vain yhdensuuntaisesti, sillä hankintayksikkö voi myös antaa tietoa toimittajille niistä suunnitelmista ja vaatimuksista, joita hankintaan kohdistuu. Markkinakartoituksia toteutettaessa kilpailun säilymisen on kuitenkin pysyttävä tärkeimpänä päämääränä, eikä potentiaalisille ehdokkaille tai tarjoajille saa antaa liikaa valtaa. Hankintavallan on säilyttävä hankintayksiköllä, eikä markkinakartoituksen toteuttaminen saa johtaa syrjimättömyyden vaarantumiseen.

Hankintalain 66 §:n mukaan silloin, kun ehdokas tai tarjoaja on osallistunut hankinnan valmisteluun, on hankintayksikön varmistuttava siitä, ettei menettely ole johtanut syrjimättömyyden vaarantumiseen ja kilpailun vääristymiseen. Keinoina näiden välttämiseksi on vakiintuneesti pidetty ainakin sellaisen tiedon toimittamista muille tarjoajille, joka on syntynyt tällaisen osallisuuden seurauksena tai jonka valmisteluun osallistunut ehdokas on saanut tietoonsa sekä riittävien määräaikojen antamista tarjousten valmistelulle. Jälkimmäisen osalta on mielletty, että riittävän pitkän määräajan vahvistaminen antaa muillekin ehdokkaille ja tarjoajille mahdollisuuden tutustua valmistelusta seuranneeseen informaatioon. Lisäksi määräajan pidentyessä valmisteluun osallistuneen ehdokkaan tai tarjoajan saaman lisätiedon merkitys muutoinkin pienenee.

Hankintalain 81 § 1 momentin 7 ja 8 kohtien perusteella hankintayksikön on mahdollista sulkea ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailusta silloin, kun eturistiriitaa hankintamenettelyssä ei voida poistaa tehokkaasti muilla toimenpiteillä sekä silloin, kun ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun on vääristänyt kilpailua eikä tätä vääristymää voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. Hankintalain 65 ja

66 §:ien tarkastelu suhteessa mainittuihin 81 § 1 mom. 7–8 kohtiin havainnollistaa hyvin sitä, kuinka syrjimättömyysperiaate vaikuttaa hankinnan valmistelussa kahden suuntaisesti. Hankintayksikön on ensinnä varmistuttava siitä, että markkinakartoituksen toteuttaminen taikka muunlainen ehdokkaan tai tarjoajan osallisuus hankinnan valmistelussa ei ole johtanut menettelyn syrjivyyteen. Toisaalta hankintayksikkö ei voi sulkea valmisteluun osallistunutta tarjoajaa ”varmuuden vuoksi” tarjouskilpailun ulkopuolelle, koska poissulkeminen ilman kuulemista tai todennettavissa olevaa poissulkemisperustetta voisi muodostua myös syrjimättömyysperiaatteen vastaiseksi.

Julkisten hankintojen valmistelua koskevassa tarkastelussa on merkittävää se, ettei hankintalaeissa ole varsinaisia esteellisyyttä koskevia säännöksiä, eikä esteellisyyttä terminä mainita missään hankintalain säännöksessä. Tästä huolimatta useissa hankinnan valmistelun lainvastaisuuksia koskevissa arvioinneissa puhutaan sananmukaisesti juuri esteellisyydestä. Varsinaisesta virkamiehiä ja muita soveltamisalaan kuuluvia henkilöitä koskevasta esteellisyydestä säädetään hallintolain 27–30 §:ssä.

Sikäli kun hallintolaki tarkoitettiin lain säätämisvaiheessa yleisesti hallinnossa velvoittavaksi laiksi, ja kun esteellisyyssäännökset on ulotettu koskemaan eräissä tilanteissa myös muita kuin virkasuhteisia henkilöitä, ei missään ole varsinaisesti säädetty siitä, etteivätkö ne jossain tilanteessa voisi tulla sovellettavaksi myös julkisen hankinnan valmisteluun osallistuneeseen ehdokkaaseen tai tarjoajaan. Tällaisia tapauksia ei tiettävästi kuitenkaan ole löydetävissä oikeuskäytännöstä, koska hankinnan valmisteluun osallistumista ei tyypillisesti ole pidetty hallintoasian käsittelyyn osallistumisena, ja koska hallintolain esteellisyyssäännösten soveltamiseksi valmistelulla tulisi olla reilusti odotettavissa olevaa hyötyä tarjoajalle jo hankinnan tässä vaiheessa. Tämän vuoksi silloin, kun hankinnan valmistelua koskevissa valituksissa on esitetty sananmukaisesti esteellisyyttä koskeva väite, tuomioistuimet ovat arvioineet hankintamenettelyn lainvastaisuutta nimenomaan sen perusteella, onko osallisuus johtanut hankintamenettelyn tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaarantumiseen.

Sen perusteella, mitä tässä tutkielmassa on syrjimättömyysperiaatteesta ja julkisten hankintojen valmistelua koskevasta sääntelystä selvitetty, voidaan hankinnan valmistelun lainvastaisuudet jakaa kolmeen tilanneryhmään. Jako ei ole tyhjentävä tai yksiselitteinen, mutta sitä voidaan pitää loogisena ja perusteltuna tutkielmassa käsiteltyjen teemojen ja tutkimuskysymysten näkökulmasta. Syrjimättömyysperiaatteen näkökulmasta valmistelun lainvastaisuudet tilanteissa, joissa ehdokas tai tarjoaja on osallistunut hankinnan valmisteluun, ovat seuraavanlaiset:

1. *Valmisteluun osallistuneen ehdokkaan tai tarjoajan väitetään toimineen sananmukaisesti esteellisenä.* Markkinatuomioistuimen on mahdollista ottaa esikysymyksenä kantaa hankinnan valmistelussa tapahtuneisiin muihinkin kuin hankintalainvastaisuuksiin. Tällöin esteellisyyttä arvioidaan kuitenkin sen perusteella, onko julkisissa hankinnoissa sovellettavien oikeusperiaatteiden toteutuminen vaarantunut, kilpailu vääristynyt tai muutoin menetelty hankintalainsäädännön vastaisesti. Tässä tutkielmassa tarkastellut korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut tukevat markkinaoikeuden tulkintakäytäntöä.
2. *Valmistelun syrjivyyden ja/tai kilpailun vääristyminen hankintalain 65 ja 66 §:ssä tarkoitetulla tavalla.* Kyse on siitä, että hankintayksikön ja potentiaalisten ehdokaiden tai tarjoajien välinen tietojenvaihto tai tarjoajan osallistuminen valmisteluun on johtanut siihen, etteivät kaikki tarjoajat voi laatia keskenään vertailukelpoisia tarjouksia, eikä hankintayksikkö ole tehokkaasti estänyt tai poistanut tätä vääristymää.
3. *Hankintalainmukainen eturistiriita hankinnan valmistelussa.* Tällaisessa tilanteessa hankintayksikkö ei ole poistanut 81 § 1 mom. 7 kohdassa tarkoitetulla tavalla eturistiriitaa tehokkaasti, kun esimerkiksi 66 §:ssä tarkoitettu tarjoajaan liittyvä yritys on osallistunut hankinnan valmisteluun ja tämä on johtanut hankintamenettelyn syrjimättömyyden vaarantumiseen tai kilpailun vääristymiseen.

Julkisten hankintojen valmisteluun osallistuminen, esteellisyys ja eturistiriidat sekä näiden teemojen ympärille kehittynyt markkinaoikeuden tulkintakäytäntö ovat jakaneet

mielipiteitä. Toisaalta on esitetty, ettei hankintalaissa ole säännöksiä siitä, mikseivät hallintolain esteellisyyssäännökset tulisi sovellettavaksi sellaisenaan hankintayksikön päätöksenteossa. Myös markkinaoikeuden tulkintalinjaa, jonka mukaan sen toimivaltaan kuuluu ainoastaan menettelyn hankintalainmukaisuuden arvioiminen, on pidetty ongelmallisena. Näiden osalta on viitattu esimerkiksi virallisperiaatteeseen sekä siihen, että markkinaoikeuden olisi mahdollista tarkastella esikysymyksenä hallinto-oikeudellisten esteellisyyssäännösten noudattamista hankintamenettelyssä. Markkinaoikeuden tulkintalinjan on toisinaan katsottu johtavan siihen, että julkisten hankintojen sisälle olisi muodostumassa kahdenlaiset esteellisyyssäännökset.

Tulkintakäytäntöön kohdistuneen kritiikin ja epäluulon osalta on kuitenkin todettava, että kansallisella hankintalainsäädännöllä toteutetaan yksinomaan hankintadirektiivejä niiden taustalla vaikuttavine periaatteineen. Kun tavoite on näiden kilpailullisten ja sisämarkkinaoikeuksiin pohjaavien vapauksien toteuttamisessa, ei julkisten hankintojen kannalta voida pitää toivottavana sitä, että hankintoja alettaisiin kohdella hankintaprosessin muodossa tapahtuvana hallintotoimintana. Hankintojen valmistelun puolueettomuutta koskevan arvioinnin painopiste on yksinomaan tasapuolisen ja syrjimättömän kilpailuasetelman palauttamisessa, ei esimerkiksi kansalaisen hankintaprosessiin kohdistuvan objektiivisen luottamuksen parantamisessa. Kun huomioidaan hankintalain 65 ja 66 §:iin sisällytetyt viittaukset syrjimättömyysperiaatteeseen ja/tai kilpailuneutraliteetin säilymiseen sekä kohtalaisen selkeäksi muodostunut tuomioistuinkäytäntö, voi tulkintaa myös pitää vakiintuneena. Kahdenlaisia esteellisyyssäännöksiä ei ole päässyt muodostumaan hankintojen sisälle, sillä hallintolainmukaisella esteellisyydellä sekä hankintalainmukaisella ”esteellisyydellä” on molemmilla omat rajatut soveltamisalansa.

Edellä kuvailtua kritiikkiä ja epäluuloa ei kuitenkaan voida pitää täysin perusteettomana. Julkiset hankinnat lainsäädäntöineen ovat haastavia kokonaisuuksia, joiden onnistunut läpivienti edellyttää yhä lisääntyvissä määrin merkittävää substanssiosaamista hankinnasta toiseen muuttuvilta, rajatuilta aloilta. Sitä, että vastuu hankinnan valmistelun syrjimättömyydestä ja tästä varmistumisesta säilyy vain ja ainoastaan hankintayksiköllä,

voidaan nimittäin pitää haasteellisena senkin vuoksi, että ulkopuolisen asiantuntijan hyödyntäminen valmistelussa perustuu jo lähtökohdiltaan siihen, ettei hankintayksikössä ole riittävästi tietotaitoa hankinta-asiakirjojen laatimiseksi. Tämän vuoksi olisi hyödyllistä kartoittaa sitä, missä määrin vakiintuneen käytännön mukaiset keinot syrjimättömyyden varmistamiseksi tosiasiasa turvaavat valmisteluun osallistumattomien tarjoajien asemaa varsinaisessa hankintakilpailussa. Katsauksen voisi luoda siihenkin, olisiko tarpeen tarkentaa valmisteluun liittyvää terminologiaa tai luoda selkeämmät linjaukset sen suhteen, mistä lähtökohdista arviointi suoritetaan silloin, kun ehdokas tai tarjoaja on osallistunut julkisen hankinnan valmisteluun.

Lähteet

- Aarnio, A. (1997). Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Teoksessa J. Häyhä (toim.): *Minun metodini* (s. 35–56). Helsinki: Werner Söderström Lakitieto Oy.
- Aarnio, A. (1989). *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Porvoo; Helsinki; Juva: WSOY.
- Eskola, S., Kiviniemi, E., Krakau, T., & Ruohoniemi, E. (2017). *Julkiset hankinnat* (3., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent Oy.
- Halonen, K. & Sammalmaa, J. (2017). Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa. *Defensor Legis* N:o 1: 34–51.
- Halonen, K. (2015). *Hankintasopimuksen tehottomuus. Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille*. [väitöskirja, Turun yliopisto]. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-01-06 osoitteesta <https://www.edilex-fi.proxy.uwasa.fi/kirjat/15361.pdf>.
- Heuru, K., Mennola, E., & Rynnänen, A. (2008). *Kunta – Kunnallisen itsehallinnon perusteet*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Husa, J., Mutanen, A. & Pohjolainen, T. (2008). *Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille* (2., uudistettu painos). Helsinki: Talentum Oyj.
- Husa, J. (2000). *Perustuslaki ja julkishallinto – Uusi perustuslaki ja julkista hallintoa koskeva sääntely sekä julkisen vallan käyttämisestä ja julkisen tehtävän hoitamisesta koskevat keskeisperiaatteet*. Osuva. <http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2018053025037>.

- Hyvönen, O., Kess, K., Piisi, T., Tuomela, H., & Uotila, J. (2007). *Julkiset hankinnat hankintayksiköissä* (toim. Mäkinen, K.). Helsinki: Edita Publishing Oy. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-08-23 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/kirjat/8871.pdf>.
- Joutsamo, K., Aalto, P., Kaila, H. & Maunu, A. (2000). *Eurooppaoikeus* (3. uudistettu painos). Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.
- Jyränki, A. (1997). Toiset työt, toiset menetit. Teoksessa J. Häyhä (toim.): *Minun metodini* (s. 74–89). Helsinki: Werner Söderström Lakitieto Oy.
- Kalima, K., Häll, M., & Oksanen, A. (2007). *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Jyväskylä: Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ Oy.
- Kulla, H. (2015). *Hallintomenettelyn perusteet* (9., uudistettu painos). Helsinki: Talentum Pro Oy.
- Kuoppamäki, P. (2020). Kilpailunrajoitukset ja julkiset hankinnat. Teoksessa S. Villa, M. Airaksinen, A. Alén-Savikko, J. Bärlund, J. Jauhiainen, T. Kaisanlahti, J. Kanervo, M. Knuts, P. Kuoppamäki, S. Kymäläinen, J. Mähönen, T. Pihlajarinne, J. Raitio & K. Viitanen. *Yritysoikeus*. Helsinki: Alma Talent Oy. Päivitetty 6.4.2020. Luettu 25.8.2020. Vaatii käyttöoikeuden. <https://fokus-almatalent-fi.proxy.uwasa.fi/teos/JAIBCXJTBF#kohta:YRITYSOIKEUS>.
- Kuoppamäki, P. (2018). *Uusi kilpailuoikeus* (3., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent Oy.
- Kuusikko, K. (2018). *Esteellisyys hallinnossa*. Helsinki: Alma Talent Oy.

Kuusikko, K. (2017). Hallintolaki markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä. *Edilex* 45. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-04-13 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/18208.pdf>.

Laakso, S., Suviranta, O. & Tarukannel, V. (2006). *Yleishallinto-oikeus*. Tampere: Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos.

Mansikka, T. (2014). Kuka kantaa virkavastuuta? - Virkavastuusta kunnassa ja sen ulottumisesta ulkoistettuun toimintaan sekä epäasiallisesta vaikuttamisesta päätöksentekoon. *Edilex* 11. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2019-12-08 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/13478.pdf>.

Mäenpää, O. (2019). *Oikeudenkäynti hallintoasioissa*. Helsinki: Alma Talent Oy.

Mäenpää, O. (2017). *Yleinen hallinto-oikeus*. Helsinki: Alma Talent Oy.

Mäenpää, O. (2016). *Julkisuusperiaate* (3., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent Oy.

Mäenpää, O. (2008). *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet* (3. painos). Helsinki: Edita Publishing Oy. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-04-22 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/kirjat/7456.pdf>.

Mäkelä, E. & Pöykkylä, P. (2013). Konsultin kaksoisrooli – Voiko konsultti toimia hankinnassa kahdessa roolissa? *Edilex* 32. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2019-11-16 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/11055.pdf>.

Mäkelä, E. (2011). Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa? *Edilex* 25. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-02-22 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/8271.pdf>.

- Määttä, K. (2017). Julkiset hankinnat ja harmaa talous. *Edilex* 14. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-08-23 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/17599.pdf>.
- Määttä, K. & Voutilainen, T. (2017). *Julkisten hankintojen sääntely*. Helsinki: Helsingin Kamari Oy.
- Nenonen, A. (2011). Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Teoksessa E. Tammi-Salonen (toim.) & T. Lohi (toim.): *Oikeustiede – Jurisprudentia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja XLIV* (s. 331–405). Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Nenonen, A. (2009). Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1: 83–111.
- Niemivuo, M., Keravuori-Rusanen, M. & Kuusikko, K. (2010). *Hallintolaki* (2., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent Oy.
- Oksanen, A. (2010). *Kuntien yhteiset hankintaohjeet* (3., uudistettu painos). Helsinki: Suomen Kuntaliitto. Noudettu 2019-12-08 osoitteesta https://www.kuntaliitto.fi/sites/default/files/media/file/Oksanen_kuntien_yleiset_hankintaohjeet_alkuosa_v_23.8.2010.pdf.
- Pekkala, E., Pohjonen, M., Huikko, K. & Ukkola, M. (2017). *Hankintojen kilpailuttaminen* (7., uudistettu painos). Helsinki: Tietosanoma Oy.
- Rainiala, M. (2017). Kilpailuolosuhteiden huomioiminen julkisen hankinnan sisältöä ja vaatimuksia määriteltäessä. *Lakimies* 1: 51–70.
- Raitio, J. (2016). *Euroopan unionin oikeus*. Helsinki: Alma Talent Oy.

Saraviita, I. (2011). *Perustuslaki* (2., uudistettu painos). Helsinki: Talentum Oy.

Sutela, M. (2004). Prosessuaalisia näkökohtia julkisten hankintojen muutoksenhausta. Hakemuksen ja kunnallisvalituksen välisestä suhteesta. *Defensor Legis* N:o 6: 999–1014.

Tolonen, H. (2003). *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki: WSOY Lakitieto.

Ukkola, M. (2019). Julkisia hankintoja koskevien asioiden oikeussuojamenettelyt osana hallintolainkäyttöä. *Edilex* 30. Vaatii käyttöoikeuden. Noudettu 2020-04-18 osoitteesta <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/19969.pdf>.

Ukkola, M. (2011). Hankintalainsäädännön soveltamisalasta ja hankintasopimuksesta. *Defensor Legis* N:o 3: 290–308.

Virallislähteet

COM(2011) 896 lopullinen. Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

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

HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, Philippe Léger: yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2004:709.

MmVL 18/2016 vp. Maa- ja metsätalousvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

TaVM 31/2016 vp. Talousvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

Kotimainen oikeuskäytäntö

KHO 2019:132 (FINLEX)

KHO 2019:85 (FINLEX)

KHO 2019:84 (FINLEX)

KHO 2016:56 (FINLEX)

KHO 30.10.2015/3067 (FINLEX)

KHO 2014:55 (FINLEX)

KHO 2012:100 (FINLEX)

KHO 2003:74 (FINLEX)

MAO:15/20 (FINLEX)

MAO:464/19 (FINLEX)

MAO:91/19 (FINLEX)

MAO:435/18 (FINLEX)

MAO:385/18 (FINLEX)

MAO:236/18 (FINLEX)

MAO:272/17 (FINLEX)

MAO:351/16 (FINLEX)

MAO:192/15 (FINLEX)

MAO:771/14 (FINLEX)

MAO:611–612/14 (FINLEX)

MAO:306–307/12 (FINLEX)

MAO:167/11 (FINLEX)

MAO:122/11 (FINLEX)

MAO:253/04 (FINLEX)

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut

Asia C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse AG* vastaan Itävallan ylin hallintotuomioistuin, EU:C:2019:290.

Asia C-49/16, *Unibet International Ltd* vastaan Budapestin hallinto- ja työtuomioistuin (Unkari), EU:C:2017:491.

Asia C-336/14, *Sebat Ince* vastaan Amtsgericht Sonthofen (Saksa), EU:C:2015:724.

Asia C-538/13, *eVigilo Ltd* vastaan Liettuan sisäasiainministeriön alainen palo- ja pelastustoimen osasto, EU:C:2015:166.

Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, EU:C:2005:127.

Asia C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* ja *Telefoneadress GmbH* vastaan Telekom Austria AG, EU:C:2000:669.

Asia C-243/89, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Tanskan kuningaskunta, EU:C:1993:257.

Asia C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA* vastaan Unità sanitaria locale nro 2 di Carrara, EU:C:1990:121.

Asia C-31/87, *Gebroenders Beentjes BV* vastaan Alankomaat, EU:C:1988:422.

Muut lähteet

Elinkeinoelämän keskusliitto EK. Julkiset hankinnat. Haettu 5.1.2020 osoitteesta <https://ek.fi/mita-teemme/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat/>.

Julkisten hankintojen ilmoituskanava HILMA: <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/>.
Saatavilla 5.1.2020.