

Julius Parikka

OTM, Legal Counsel Lakipalveluyritys Fondia Oy

Panu Pökkylä

OTK, Nordic Legal Counsel, Canon Oy

SUORAHANKINTA JULKISISSA HANKINNOISSA: ONKO SE KOSKAAN MAHDOLLINEN?

.....

EDILEX

Edilex 2011/5

Artikkeli, versio 1.0

Julkaistu 18.3.2011

www.edilex.fi/artikkelit/7690

Sisällys

1	Johdanto	2
2	Suorahankinnan eri muodot	4
2.1	Suorahankinnan määritelmä	4
2.2	Aiemmassa hankintamenettelyssä ei ole saatu vaatimukset täyttäviä tarjouksia ...	5
2.3	Suorahankinta teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä	12
2.3.1	Tekninen syy	12
2.3.2	Taiteellinen syy	14
2.4	Äärimmäinen kiire suorahankinnoissa	16
2.5	Suorahankinta lisätilauksissa.....	19
2.6	Tutkimushankkeeseen liittyvät tavarahankinnat	21
2.7	Suorahankinta raaka-ainemarkkinoilta sekä liiketoiminnan päättävältä taholta ..	22
2.8	Suorahankinta suunnittelukilpailun voittajan kanssa	23
2.9	Muita esimerkkejä kielletyistä suorahankinnoista	23
3	Seuraus laittomasta suorahankinnasta	24
	Lähteet	25
	Kirjallisuus	25
	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin.....	25
	Korkein hallinto-oikeus	25
	Markkinaoikeus	26

1 Johdanto

Suorahankinta on saanut uuden merkittävyyden hankintalain kesäkuussa 2010 voimaan tulleen oikeusturvauudistuksen¹ myötä. Nyt hankintalain² periaatteiden vastainen suorahankintasopimus voidaan todeta pätemättömäksi markkinaoikeudessa, ja suorahankinnan tekijään voidaan kohdistaa lisäksi muita oikeusturvakeinoja. Tässä artikkelissa keskitytään suorahankinnan määritelmään ja niihin poikkeuksellisiin tilanteisiin, joissa suorahankinta on katsottu sallituksi oikeuskäytännön valossa. Suorahankintaa pidetään yhtenä vaikeimmista käsitteistä julkisissa hankinnoissa, koska hankintayksikön on katsottu olevan oikeutettu tekemään suorahankinta vain erittäin harvoissa tapauksissa.

¹ Muutossäädös 321/2010, ks. *HE 190/2009*.

² Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348 (jatkossa *hankintalaki*) ja laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349 (*erityisalojen hankintalaki*).

Suorahankinta on poikkeus hankintalain kilpailuttamisvelvollisuudesta³, mutta myös suorahankintatilanteissa on kuitenkin kysymys menettelystä, johon sovelletaan hankintalakia. Suorahankinnasta onkin erotettava erikseen hankintalain 7 §:ssä rajatut tilanteet, kuten salassa pidettävät hankinnat, puolustushankinnat ja muut erityistilanteet, joihin ei sovelleta hankintalakia. Suorahankinta tarkoittaa käytännössä sitä, että hankintayksikkö suorittaa hankinnan joko täysin ilman tarjouskilpailua tai hankintailmoitusta julkaisematta.⁴ Pyrkimyksenä on välttää hankintalain mukaiset vaatimukset etukäteen ilmoittamisesta ja tarkasti säänneltyjen menettelytapojen noudattamisesta.

Suorahankinta muodostaa poikkeuksen yleiselle kilpailuttamisvelvollisuudelle. Tästä johtuen suorahankinta on mahdollista ainoastaan rajoitetuissa hankintadirektiiveistä⁵ ja hankintalaista ilmenevissä tilanteissa. Kysymys on poikkeuksesta, jota on tulkittava mahdollisimman suppeasti. Lisäksi suorahankinnassa on aina kysymys hankintalain mukaisesta hankinnasta, joten vaatimukset syrjimättömyydestä ja tasapuolisesta kohtelusta sekä kokonaistaloudellisen edullisuuden tavoittelusta koskevat myös näitä hankintoja.

Hankintayksiköllä on aina velvollisuus näyttää toteen, että sillä on ollut olemassa perusteet suorahankinnan tekemiselle. Perusteet on dokumentoitava asianmukaisesti. Esimerkiksi EY:n tuomioistuimen (nykyään Euroopan unionin tuomioistuin) ratkaisussa C-385/02⁶ Italian hallitus väitti, että sillä oli olemassa tekniset perusteet suorahankinnan tekemiselle. Tuomioistuin katsoi kuitenkin, että pelkästään hankintayksikön itse tekemä toteamus siitä, että hankinnan voi teknisistä syistä suorittaa vain aiempi toimittaja (urakoitsija) ei ollut riittävä näyttö suorahankinnan teknisestä perusteesta.

Merkittävin ero suorahankinnalla muihin hankintalain mukaisiin menettelyihin on siinä, että hankinnasta ei julkaista hankintailmoitusta etukäteen HILMA-palvelussa⁷, eivätkä tarjoajat näin ollen voi vapaasti osallistua menettelyyn. Suorahankinta toteutetaan tavallisesti joko siten, että hankintayksikkö ryhtyy neuvottelemaan sopimuksesta yhden toimijan kanssa, tai sitten lähettämällä tarjouspyynnön haluamilleen toimijoille.

³ Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 178.

⁴ Esimerkiksi englanninkielisissä julkaisuissa ei puhuta niinkään suorahankinnasta vaan ”hankinnasta tai neuvottelumenettelystä julkaisematta hankintailmoitusta” – *negotiated procedure without a prior publication of a notice*. Suomessakin suorahankinta tunnettiin aiemmassa hankintalaissa termillä *suora neuvottelumenettely*.

⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 2004/18/EY, (*hankintadirektiivi*), Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, (*oikeussuojadirektiivi*), Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 2004/17/EY (*erityisalojen hankintadirektiivi*).

⁶ Asia C-385/02 *komissio vs. Italia*.

⁷ HILMA-palvelu on osoitteessa www.hankintailmoitukset.fi.

2 Suorahankinnan eri muodot

2.1 Suorahankinnan määritelmä

Hankintalain määritelmän mukaan suorahankinnalla tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai usean toimittajan, jonka kanssa hankintayksikkö neuvottelee sopimuksen ehdoista.⁸ Varsinaisesta menettelystä ei ole tarkempia säännöksiä hankintalaissa.

Hankintalain 27 §:n mukaisesti hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos:

1. avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia ja alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta;
2. teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan;
3. sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi;
4. hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavaran valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi;
5. hankinta koskee raaka-ainemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita;
6. tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesänhoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena; taikka
7. kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.

Hankintalain 27 §:n muotoilu periytyy hankintadirektiivin 31 artiklasta, jossa määritellään ”tapaukset, joissa neuvottelumenettelyä voidaan noudattaa julkaisematta hankintailmoitusta.” Suorahankinta on siten kytketty suoraan hankintailmoituksen julkaisemiseen. Artiklassa viitataan kuitenkin ”neuvottelumenettelyyn”, jolla todennäköisimmin tarkoitetaan tavanomaista neuvottelumenettelyä, eli direktiivi näyttäisi edellyttävän, että suorahankinnassa noudatettaisiin pitkälti neuvottelumenettelyn prosessisäännöksiä. Erona tavanomaiseen neuvottelumenettelyyn on se, että hankinnasta ei julkaista hankintailmoitusta, mutta menettelyä voidaan muutoin pitää samansuuntaisena. Tämä muotoilu näyttäisi edellyttävän sitä, että hankintayksikkö esimerkiksi laatii jonkinlaisen alustavan tarjouspyynnön kirjallisesti ennen kuin suorahankintaan voidaan ryhtyä. Hankintadirektiivin 31 artiklan ja hankintalain muotoilujen välillä on hyvin pieniä eroja, joilla ei voida katsoa olevan käytännön ja tulkinnan kannalta suurta merkitystä.

Suorahankinnan käyttäminen edellyttää perusteen olemassaoloa, ja perusteleminen on hankintayksikön vastuulla. Hankintayksikön on päätöksessään nimenomaisesti viitattava han-

⁸ Hankintalain 5 §:n 13 kohta.

kintalain suorahankintaa koskeviin pykäliin ja todettava perusteiden olemassaolo. Tarvittaessa päätöstä varten voidaan hankkia esimerkiksi asiantuntijalausuntoja. Vaikka suorahankinnan keskeisenä ominaisuutena on se, että hankintailmoitusta ei ole julkaistu, hankintayksiköllä on silti oikeus ilmoittaa hankinnasta esimerkiksi alan lehdissä. Suorahankinnan laajassa etukäteisessä tiedottamisessa piilee tietenkin riski siitä, että jotkin tarjoajat kokevat tulleen syrjityksi ja käynnistävät sen vuoksi oikeusturvamenettelyt tekemällä esimerkiksi valituksen markkinaoikeuteen tai laatimalla hankintaoikaisua koskevan vaatimuksen. Hankinnasta ilmoittamatta jättämisestä seuraa käänteisesti se, että hankinta katsotaan suorahankinnaksi. Jos hankintayksikkö ”unohtaa” ilmoittaa hankintalain mukaisesta hankinnasta HILMA-palvelussa, asiaa tarkastellaan suorahankintaa koskevien lainkohtien valossa, vaikka hankintayksikkö olisi suorittanut hankinnan muutoin täysin hankintalain mukaisesti.⁹

Suorahankintaa tehdessä hankintayksikkö ei voi vedota esimerkiksi jatkuvuuden turvaamiseen ja pitkäaikaiseen yhteistyöhön, alan tasoon nähden edullisiin hintoihin, aiemman tarjoajan hyvään hinta-laatusuhteeseen tai siihen, että tiedossa on vain yksi toimittaja, vaikka nämä tiedot sinänsä olisivatkin paikkansapitäviä.¹⁰ Hankintayksikön tulee itse huolehtia, että suorahankinnalle on todella olemassa peruste. Perusteella on myös ajallinen ulottuvuus eli suorahankinnan sinänsä aiemmin oikeuttaneeseen perusteeseen ei voida enää vedota jälkikäteen esimerkiksi tilanteissa, joissa aiemmassa tarjouskilpailussa ei ollut kuin yksi tarjoaja.¹¹

Seuraavassa käsitellään oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden valossa hankintalain 27 §:n mukaisia tilanteita.

2.2 Aiemmassa hankintamenettelyssä ei ole saatu vaatimukset täyttäviä tarjouksia

Hankintalain 27 §:n 1 kohdan mukaan hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia, tarjouksia tai sopivia tarjouksia.

Käytännössä kaikkein yleisin tilanne suorahankinnan käyttämiselle on silloin, kun hankintayksikkö ei saa järjestämässään tarjouskilpailussa lainkaan tarjouksia tai osallistumishakemuksia tai saaduista tarjouksista mikään ei ole täyttänyt asetettuja vaatimuksia. Tämä hankintalain poikkeus koskee kuitenkin vain avointa ja rajoitettua menettelyä, eikä suorahankinnan käyttäminen ole tässä vaiheessa mahdollista neuvottelumenettelyissä.¹² Hankintayksikkö voi siirtyä hankintalain 25 §:n mukaan suorahankinnan sijaan myös vaihtoehtoisesti neuvottelumenettelyyn. *Pekalan* näkemyksen mukaan neuvottelumenettelyä on käytettävä silloin, kun ainakin osa tarjoajista on täyttänyt asetetut vähimmäisvaatimukset, mutta itse tarjoukset eivät kuitenkaan ole olleet hankintayksikön tarpeita vastaavia.¹³ Hallituk-

⁹ *Pekkala 2007*, s. 91. Myös markkinaoikeuskäsittelyssä tuomioistuimessa tarkastetaan ilmoitusvelvollisuuden täytyminen tai laiminlyönti viran puolesta vaikka osapuolet eivät olisikaan siihen vedonneet.

¹⁰ *Pekkala – Pohjonen 2010*, s. 109.

¹¹ Ks. esimerkiksi *MAO 41/03*, jossa hankintayksikkö vetosi aiempaan tarjouskilpailuun, jossa vain yksi tarjoaja oli tehnyt hyväksyttävän tarjouksen. Kysymys oli osaltaan myös siitä, että hankintayksikkö oli pyytänyt tarjouksia vain kolmelta tarjoajalta.

¹² Toisaalta tämä johtuu neuvottelumenettelyjen luonteesta, koska niiden tarkoituksena on neuvotella tarjoukset mahdollisimman paljon tarjouspyyntöä vastaavaksi tarjouspyyntöä muokkaamalla.

¹³ *Pekkala 2007*, s. 94.

sen esityksessä taas todetaan, että suorahankintaan siirtymisen ja neuvottelumenettelyn käyttämisen välistä eroa ei ole tutkittu oikeuskäytännössä.¹⁴ Esitöissä korostetaan kuitenkin, että suorahankinnan käyttäminen on poikkeuksena tulkittava suppeasti. Tältä osin neuvottelumenettely näyttäisi olevan ensisijainen suorahankintaan nähden, vaikka käytännössä kummankaan menettelyn käyttäminen ei tällaisissa tilanteissa eroa suuresti toisistaan.

Suorahankinnan käyttäminen tilanteissa, joissa tarjouksia ei ole saatu tai ne eivät ole olleet tarpeita vastaavia, on kuitenkin rajattu siihen, että tarjouspyyntöä ei muuteta olennaisesti.¹⁵ Tämä tarkoittaa sitä, että pienet muutokset sallittaneen, mutta olennaiset muutokset tarjouspyyntöön edellyttänevät neuvottelumenettelyn käyttämistä. Toisaalta juuri tämä on neuvottelumenettelyn luonteen mukaista, kun hankintayksikkö pyrkii tarjouspyyntöä muokkamalla huomioimaan tarjoajien mahdollisia toiveita, lisäyksiä ja muutoksia tarjouspyyntöön.

Olennainen muuttaminen on yhdistettävissä niin sanottuun *Presstext*-ratkaisuun¹⁶ ja siitä ilmeneviin periaatteisiin siitä, milloin sopimus katsotaan hankintadirektiivin ja -lain perusteella uudeksi hankintasopimukseksi.

Presstext-ratkaisussa EY:n tuomioistuin katsoi, että hankintasopimukseen sen voimassaoloaikana tehtyä muutosta voidaan pitää olennaisena, jos se sisältää ehtoja, jotka mahdollistavat sen, että alun perin hyväksytyjen tarjoajien lisäksi muutkin tarjoajat olisivat voineet tehdä tarjouksen, tai että joku muu kuin alun perin voittanut tarjous olisi voinut tulla valituksi.¹⁷ Alkuperäiseen sopimukseen tehtävää muutosta voidaan pitää olennaisena myös, kun sillä ulotetaan sopimus merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joista ei alun perin ollut kyse.¹⁸ Muutosta voidaan pitää olennaisena lisäksi silloin, kun sillä muutetaan sopimuksen taloudellista tasapainoa sopimuspuoleksi valitun yhtiön eduksi tavalla, josta ei määrätty alkuperäisen sopimuksen ehdoissa.¹⁹

EY:n tuomioistuin katsoi myös, että alkuperäisen sopimusosapuolen vaihtamista uuteen sopimusosapuoleen on yleensä pidettävä kyseisen julkista hankintaa koskevan sopimuksen yhden olennaisen ehdon muutoksena, paitsi jos alkuperäisen sopimuksen ehdoissa määrätään tällaisesta muutoksesta esimerkiksi alihankinnan puitteissa.²⁰ Tuomioistuin katsoi kuitenkin, että sopimusosapuolen sisäisiä uudelleenjärjestelyjä, kuten sopimuksen siirtämistä alkuperäisen sopimuskumppanin tytäryhtiölle, ei voida pitää sopimuksen olennaisina muutoksina, jos alkuperäinen sopimuskumppani vastaa edelleen sopimusvelvoitteiden noudattamisesta ja jos alkuperäisen sopimuksen ehtoja ei muutoin muuteta.²¹ Sen sijaan, jos tytäryhtiön yhtiöosuudet luovutettaisiin kolmannelle osapuolelle sopimuksen voimassaoloaikana, kyseessä ei olisi enää alkuperäisen sopimusosapuolen sisäinen uudelleenjärjestely, vaan sopimusosapuolen todellinen vaihtuminen, mikä lähtökohtaisesti muodostaisi kyseisen sopimuksen olennaisen ehdon muutoksen.²²

¹⁴ HE 50/2006, s. 76.

¹⁵ Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 179.

¹⁶ Asia C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Itävallan liittovaltio, APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*.

¹⁷ *Ibid.*, kohta 33.

¹⁸ *Ibid.*, kohta 36.

¹⁹ *Ibid.*, kohta 37.

²⁰ *Ibid.*, kohta 40.

²¹ *Ibid.*, kohta 45.

²² *Ibid.*, kohta 47.

Hinnanmuutosten osalta tuomioistuin katsoi aiempaan oikeuskäytäntöön viitaten, että hintaehdon muuttaminen sopimuksen voimassaoloaikana ilman alkuperäisen sopimuksen tähän oikeuttavaa nimenomaista määräystä saattaisi johtaa avoimuusperiaatteen ja tarjouksentekijöiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamiseen.²³

Presstext-ratkaisussa kysymys oli siitä, että olemassa olevaan sopimukseen tehtiin muutoksia, joiden olennaisuutta arvioitiin hankintasäännösten valossa. Hankintalain 27 §:n ensimmäinen kohta puolestaan viittaa tarjouspyyntöön, jota ei saa olennaisesti muuttaa. Tällöin on siis kysymys vasta tarjouspyynnöstä, joka onnistuneen hankintamenettelyn tuloksena johtaa sopimukseen osapuolten välillä. Tästä huolimatta katsomme, että juuri *Presstext*-ratkaisusta voidaan johtaa niitä seikkoja, joiden perusteella tarjouspyynnön olennaista muutosta voidaan arvioida. Ensinnäkin tarjouspyynnön muutoksen ei tule olla niin merkittävä, että uudessa avoimessa tarjouskilpailussa se olisi voinut kiinnostaa useampia tarjoajia kuin mitä siihen on osallistunut ja että jokin muu tarjoaja olisi muutosten myötä voinut tulla valituksi. Mikäli tarjouspyyntöä muutettaisiin näin merkittävästi, hankintayksikön tulee käyttää joko neuvottelumenettelyä tai järjestää kokonaan uusi tarjouskilpailu uusin eväin.

EY:n tuomioistuin on käsitellyt vastaavaa tilannetta myös ratkaisussaan *C-250/07*.²⁴ Kysymyksessä oli tilanne, jossa julkisessa omistuksessa oleva kreikkalainen sähköyhtiö siirtyi suorahankintaan saatuaan tarjouskilpailussa viisi tarjousta, jotka se itse katsoi tarjouspyyntöä vastaamattomiksi.²⁵ Neuvottelujen aikana yhdelle tarjoajalle ilmoitettiin tarjouksen hylkäämisestä, mutta tarjoaja sai perustellun hankintapäätöksen vasta kahden kuukauden kuluttua ilmoituksesta.

Komissio esitti kanteessaan, että hankintayksiköllä ei ollut edellytyksiä siirtyä neuvottelumenettelyyn, sillä hankintayksikölle saapuneet alkuperäiset tarjoukset eivät olleet siinä määrin tarjouspyyntöä vastaamattomia tai sopimattomia, että tuolloin voimassa olleen peruspalvelusektorin hankintadirektiivin 93/38/ETY²⁶ neuvottelumenettelyyn siirtymistä ilman uutta ilmoitusta koskeva kriteeri olisi täyttynyt. Lisäksi komission mukaan toinenkaan mainittuun neuvottelumenettelyyn siirtymisen edellytyksistä ei täyttynyt, sillä hankintayksikkö muutti jatkoneuvotteluissa olennaisesti hankinnan alkuperäisiä sopimusehtoja.

Tuomioistuin kuitenkin katsoi tarjouspyynnön tekniset eritelvät ja muut vaatimukset välttämättömiksi tekijöiksi, joiden johdosta hankintayksikkö voi saavuttaa ne tavoitteet, jotka sille on lainsäädännössä asetettu.²⁷ Tällaisten teknisten eritelmien vastaisten tarjousten hyväksyminen olisi saattanut estää hankintayksikköä toteuttamasta asianmukaisesti hanketta, jota varten tarjouskilpailu on aloitettu. Tuomioistuin ei myöskään pitänyt asetettuja vaatimuksia kohtuuttoman tiukkoina esimerkiksi siksi, että osa kilpailun tarjouksista täytti neuvottelujen jälkeenkin alkuperäisen tarjouspyynnön tekniset vaatimukset.

Sopimusehtojen muuttamisesta EY:n tuomioistuin totesi muun muassa *Presstext*-ratkaisuun viitaten, että sopimuksen alkuperäisen ehdon muuttamista voidaan pitää olennaisena esimerkiksi silloin, kun muutetun ehdon johdosta alkuperäisessä tarjouskilpailussa tarjouspyyntöä vastaamattomat tarjoukset ovatkin tarjouspyynnön mukaisia. Tuomioistuin katsoi, että vaikka alkuperäisiin eritelmiin voitiin kyseisessä tapauksessa sallia tiettyjä poikkeamia, näiden poikkeamien korjaamisesta aiheutuvat kustannukset jätettiin tarjoajien

²³ *Ibid.*, kohta 60.

²⁴ Asia *C-250/07 Komissio v. Kreikka*.

²⁵ Päätöksessä käytetään termiä ”neuvottelumenettely julkaisematta ilmoitusta”.

²⁶ Neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 93/38/ETY.

²⁷ Asia *C-250/07 Komissio v. Kreikka*, kohta 42.

vastattaviksi. Lisäksi kyseessä oli ainoastaan mahdollisuuden varaaminen täsmennyksille. Näin ollen hankintayksikkö ei ollut muuttanut olennaisesti alkuperäisiä sopimusehtoja jatkoneuvotteluissa.²⁸

Molemmista oikeustapauksista voitaneen päätellä, että suorahankinta on selvä vaihtoehto tilanteissa, joissa alkuperäinen tarjouskilpailu on ollut tulokseton. Hankintayksikön kannalta on kuitenkin tärkeää tässä vaiheessa jatkomenettelyä tarkoin, sillä myöhemmin selostettavien oikeusturvakeinojen kannalta valinta suorahankinnan ja neuvottelumenettelyn välillä on hyvin merkittävä: laittomasta suorahankinnasta voi seurata pätemättömyys ja muita seuraamuksia, kun taas neuvottelumenettelyyn siirtymisestä todennäköisesti lievempiä seuraamuksia, kuten hyvitysmaksu tai oikeudenkäyntikulujen korvaaminen. Koska neuvottelumenettelyssä näyttäisi olevan enemmän ”neuvotteluvaraa”, tulisi sitä käyttää ensisijaisesti suhteessa suorahankintaan.

Kansallisessa oikeuskäytännössä markkinaoikeus on muutamassa ratkaisussa käsitellyt suorahankinnan tai neuvottelumenettelyn käyttämistä tuloksettoman tarjouskilpailun jälkeen. Ratkaisussa *MAO 111/10* hankintayksikkö oli uimahallin vedenkäsittelyurakkaa koskevassa hankinnassa päättänyt siirtyä neuvottelumenettelyyn saatujen hyväksyttävien tarjousten vähäisestä määrästä johtuen. Hankintayksikkö lähetti tämän jälkeen tarjouspyynnön kahdelle osallistumishakemuksen jättäneelle urakoitsijalle sekä kolmelle muulle urakoitsijalle. Ainoastaan yksi tarjoaja oli täyttänyt rajoitetussa menettelyssä asetetut tarjoajien vähimmäisvaatimukset.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintalain 25 §:n 1 momentin sanamuodon mukaan neuvottelumenettelyyn siirtyminen edellyttää hankintayksikön saaneen tarjouspyynnön perusteella tarjouksia neuvottelumenettelyä edeltävässä hankintamenettelyssä. Neuvottelumenettelyn kulkua säätelevän hankintalain 26 §:n mukaan hankintayksikön on neuvoteltava tarjoajien kanssa tarjousten mukauttamiseksi hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä esitettyihin vaatimuksiin. Neuvottelujen tarkoituksena on hankintalain 62 §:n mukaisen parhaan tarjouksen valinta. Hankintayksikkö ei ollut kyseisessä tapauksessa laatinut tarjouspyyntöä vielä ollenkaan. Markkinaoikeus katsoi, että neuvottelumenettelyyn siirtyminen uutta hankintailmoitusta julkaisematta ei siten ole ollut mahdollista tilanteessa, jossa hankintayksikkö on saanut vain osallistumishakemuksia. Hankintayksikön ainoana vaihtoehtona olisi siten ollut keskeyttää hankinta ja aloittaa kokonaan uusi hankintamenettely.

Markkinaoikeus katsoi lisäksi, että hankintamenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun kannalta neuvottelumenettelyyn siirtyminen on joka tapauksessa edellyttänyt uuden hankintailmoituksen julkaisemista, koska hankintayksikkö oli muuttanut tarjoajien soveltuvuutta koskevia vaatimuksia ja pyytänyt tarjouksia kolmelta uudelta, tarjouskilpailuun aiemmin osallistumattomalta tarjoajalta. Siksi tuomioistuimien katsoikin, että päätettyään keskeyttää hankintamenettelyn ja siirryttyään edellä kerrotuin tavoin neuvottelumenettelyksi kutsumaansa menettelyyn hankintailmoitusta julkaisematta hankintayksikkö oli tosiasiallisesti suorittanut suorahankinnan.

Markkinaoikeuden kanta kyseisessä ratkaisussa on johdonmukainen aiemman EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännön kanssa. Neuvottelumenettelyn käyttäminen ja siihen siirtyminen edellyttävät aina hankintailmoituksen julkaisua, ja ilmoituksen julkaisematta jättäminen taas tarkoittaa, että kyseessä on suorahankinta. Lisäksi olennaista ratkaisussa on se, että hankintayksikkö ei ollut alun perinkään laatinut tarjouspyyntöä, vaan se laadittiin vasta

²⁸ *Ibid.*, kohta 58.

niin sanotun ”neuvottelumenettelyn” aikana, jolloin hankinta oli katsottava uudeksi hankinnaksi ja siten ilmoitusvelvollisuuden alaiseksi.²⁹

Toisessa aihepiiriä koskevassa ratkaisussa oli kysymys räikeästä suorahankinnasta tilanteessa, jossa hankintayksikkö oli kilpailuttanut ruokapalvelujen toteuttamisen konsultointipalveluja.³⁰ Yksi tarjouskilpailuun osallistuneista tarjoajista oli vienyt asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Tuomioistuin väliaikaisesti kielsi hankintayksikköä tekemästä hankintasopimusta tai muuten panemasta täytäntöön sanottua hankintapäätöstä markkinaoikeuskäsittelyn aikana. Hankintayksikkö ei ollut kyseenalaistanut tätä väliaikaista kieltoa. Tämän sijaan hankintayksikkö katsoi, että se ”jatkoivat selvitystyön tekemistä omin voimin” kuitenkin niin, että se katsoi tarpeelliseksi hankkia osan palveluista ulkopuoliselta konsultilta. Hankintayksikkö päätti pyytää alkuperäisen, väliaikaisen kiellon alaisen tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta uutta tarjousta ja lopulta solmi hankintasopimuksen tämän kanssa markkinaoikeuskäsittelystä ja väliaikaisesta kiellosta huolimatta. Hankintayksikkö totesi määritelleensä hankinnan tässä vaiheessa siten, että se pyysi mainitulta voittaneelta tarjoajalta tarjousta vain nykytilan analysoinnista, kun taas nykytilan selvityksen hankintayksikkö oli laatinut itse. Tosiasiassa hankintayksikkö tilasi siis kyseisen palvelun kilpailuttamatta voittaneen tarjoajan tarjouksen perusteella. Tarjouksen arvonlisäveroton kokonaishinta oli 14 950 euroa, jolla tarjoaja ja hankintayksikkö ilmeisesti olettivat hankintalain kynnysarvon alittuvan. Tästä johtuen kilpailuttamiseen ei hankintayksikön mukaan ollut tarvetta.

Markkinaoikeus totesi tarjouksen osalta:

Timo Kivistö Consulting Oy:n uusi tarjous 3.12.2008 on ollut suhteessa alkuperäiseen tarjoukseen 25.9.2008 hyvin pitkälle vastaava lukuun ottamatta alkuperäisen tarjouksen projektisuunnitelmaa koskevaa lukua 2.3, joka on koskenut nykytilan kartoitusta asiakkaiden osalta. Mainittu osuus, jonka työmäärä alkuperäisen tarjouksen mukaan on ollut neljä päivää, on jätetty uudesta tarjouksesta kokonaan pois. Tämän lisäksi uudessa tarjouksessa on supistettu aloituspalaverin (projektisuunnitelman luku 2.1.) osuutta kahdesta päivästä yhteen päivään, nykytilan kartoitusta keittiöiden osalta Design Lime -osuuteen liittyen (projektisuunnitelman luku 2.2.) kuudesta päivästä yhteen päivään ja loppuraportin (projektisuunnitelman luku 2.6.) osuutta kahdesta päivästä yhteen päivään. Muilta osin uusi tarjous on sisällöllisesti käytännössä identtinen aikaisempaan tarjoukseen verrattuna. Markkinaoikeus toteaa, että uuden tarjouksen sisällöllinen kuvaus edellä mainituista työmäärältään supistetuiksi ilmoitetuista osuksista on vastannut aikaisemman tarjouksen mukaisista sisällöistä.

Markkinaoikeus katsoi alustavasti, että hankinnan viivästyminen siten, että hankinta ei ole enää hankintayksikön kannalta ajankohtainen ja tarpeellinen, voi sinänsä olla hankintasääntöjen mukainen peruste keskeyttää hankinta. Nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa hankintayksikön tarve hankinnan kohteena olleen palvelun hankinnalle ei kuitenkaan ollut poistunut, kun hankintayksikkö lopulta hankki konsulttipalvelun käytännössä täsmälleen samanlaisena alkuperäisen hankintamenettelyn voittaneelta tarjoajalta suorahankintana. Eräs mielenkiintoisimmista seikoista ratkaisussa oli suorahankintanäkökulman lisäksi se, että markkinaoikeus katsoi hankintayksikön käytännössä jatkaneen saman palvelun hankintaa markkinaoikeuden väliaikaisesta kiellosta huolimatta. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei ollut esittänyt hyväksyttävää syytä hankinnan keskeyttämiselle tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua vaarantamatta, kun samaan aikaan tai ainakin jokin välistämättä hankinnan keskeyttämistä koskevan päätöksen tekemisen jälkeen sen

²⁹ Hankintayksikkö vetosi myös kiireeseen suorahankinnan perusteena. Tästä näkökulmasta asiaa tarkastellaan tarkemmin kohdassa 2.4.

³⁰ MAO 539/09 ja MAO 540/09.

tarkoituksena on kuitenkin ollut hankkia puheena oleva palvelu tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta. Markkinaoikeuden näkemyksen mukaan hankinnan keskeyttäminen ei siten ollut todelliseksi tarkoitettu toimenpide. Näin toimiessaan hankintayksikkö on menetellyt hankintasäännösten vastaisesti.

Lähestymistapa on mielenkiintoinen, sillä lähtökohtaisesti hankintalain mukaan, kun aiempi hankinta keskeytetään ja tarjouspyyntöä muutetaan³¹, kyseessä on uusi hankinta, jota arvioidaan itsenäisesti. Kuitenkin tässä tapauksessa markkinaoikeus katsoi, että keskeyttämisellä, uudella tarjouspyynnöllä ja suorahankintana tai hankintalain ulkopuolelle jäävänä hankintana toteutettavana sopimuksella oli keskenään sellainen ajallinen ja teemallinen yhteys, että niiden arvioinnissa tuli ottaa huomioon molemmat hankinnat, alkuperäinen ja uusi. Tämä yhteys oikeutti markkinaoikeuden arvioimaan nimenomaan myös sitä, onko kyseessä ollut kynnysarvon alittava hankinta, kuten jäljempänä selostetaan.

Markkinaoikeus päätteli hankintayksikön tosiasiaa jatkaneen hankinnan toteuttamista muodollisesti erillisen, kansallisen kynnysarvon alittavaksi katsomansa hankintamenettelyn puitteissa. Hankintayksikkö katsoi arvioineensa hankinnan kansallisen kynnysarvon alittavaksi sinänsä täsmentämättömäksi jääneillä perusteilla. Konsultilta saadun uuden tarjouksen arvo oli alittanut erittäin niukasti palveluhankinnoille säädetyn kansallisen 15 000 euron kynnysarvon. Kyseisen tarjoajan alkuperäisessä tarjouskilpailussa antaman tarjouksen arvo oli 23 800 euroa. Hakijan tarjouksen arvo kyseisessä alkuperäisessä tarjouskilpailussa oli 16 914,28 euroa ja kolmannen tarjouksen jättäneen tarjoajan tarjouksen arvo 37 800 euroa. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei ollut perustellusti voinut lähteä siitä, että hankinnan arvo tulee alittamaan hankintalain soveltamisen edellytyksenä olevan kansallisen kynnysarvon määrän, kun otettiin huomioon alkuperäisten tarjousten hintataso sekä hankintayksikön hankintaan tekemäksi ilmoittamiensa supistusten vähäisyys. Markkinaoikeus viittasi myös hankintalain 20 §:n kieltoon jakaa, osittaa tai laskea hankinnan arvoa poikkeuksellisin menetelmin hankintalain säännösten soveltamisen välttämiseksi. Markkinaoikeus tuli siihen tulokseen, että hankintayksikkö ei ole voinut perustellusti katsoa, että suurin maksettava kokonaiskorvaus ilman arvonlisäveroa alittaisi kyseisessä hankinnassa hankintalain mukaisen kansallisen kynnysarvon. Hankintamenettelyn keskeyttämisen jälkeiseen hankintaan olisi siten tullut soveltaa hankintalakia.

Lopuksi markkinaoikeus käsitteli vielä sitä, oliko hankintayksiköllä ollut mahdollisesti perusteita käyttää suorahankintaa tässä tilanteessa. Päätöksen mukaan asiassa ei ollut esitetty selvitystä seikoista, joiden perusteella hankintayksiköllä olisi katsottava olleen mainituissa säännöksissä tarkoitettu peruste suorahankinnan tekemiseen kiireperusteella. Erityisesti se, että uudesta tarjouskilpailusta ei oltu julkaistu uutta hankintailmoitusta, osoitti, että kysymyksessä oli juuri suorahankinta.

Markkinaoikeuden ratkaisukäytännöstä löytyy myös hankintoja koskevia päätöksiä, joissa suorahankintaan siirtyminen on katsottu sallituksi tuloksettoman tarjouskilpailun jälkeen. Tällainen ratkaisu on muun muassa *MAO 261/09*, jossa oli kysymys kunnan ostoliikennepalvelujen hankinnasta. Hankintayksikkönä oli kunta, joka oli järjestänyt hakemuksen kohteena olevista kuljetuspalveluista hankintasäännösten mukaisen tarjouskilpailun. Kyseisessä tarjouskilpailussa ei kuitenkaan saatu lainkaan tarjouksia joillekin ostoliikennepalvelureiteille. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksiköllä oli ollut hankintalain 27 §:n 1 kohdan mukainen peruste suorahankinnan tekemiseen. Asiassa esitetyn selvityksen mukaan alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei ollut olennaisesti muutettu.

Hankintayksikkö oli käynyt kyseessä olevista reiteistä ensin neuvottelut hakijoiden kanssa ja päätenyt sitten valitsemaan reittien kuljettajiksi markkinaoikeudessa hakijoina olleiden

³¹ Kuten tässä ratkaisussa katsottiin tapahtuneen siinä, että osa konsultointipäivistä putosi pois.

yrittysten muodostaman yhteenliittymän. Kuljetusyrittäjä, joka ei ollut osallistunut alkupe-
räiseen tarjouskilpailuun, oli tämän päätöksen jälkeen tehnyt edellä mainitusta hankintayk-
sikön päätöksestä oikaisuvaatimuksen vaatien muun ohella, että myös hänelle varataan
mahdollisuus osallistua kysymyksessä olevia reittejä koskeviin neuvotteluihin. Yrittäjä ei
osallistunut hankintayksikön asiasta järjestämään tarjouskilpailuun eikä häntä kutsuttu edel-
lä mainittuihin ensimmäisiin neuvotteluihin. Hankintayksikkö päätti oikaisuvaatimuksen
perusteella, että mainituista reiteistä käydään vielä uudet neuvottelut, joihin kutsutaan haki-
joiden lisäksi myös ne yrittäjät, joilta ei tarjouskilpailussa saatu tarjouksia.

Hankintayksikkö antoi uudelleen aloitetuissa neuvotteluissa kaikille neuvottelujen osanotta-
jille mahdollisuuden tarjouksen jättämiseen neuvottelujen kohteena olevista reiteistä.
Markkinaoikeudessa hakijat totesivat, että tässä vaiheessa he eivät enää halunneet käyttää
tilaisuutta tarjouksen jättämiseen. Hankintayksikkö valitsi tällöin reittien kuljettajaksi uu-
sissa neuvotteluissa edullisimmaksi osoittautuneen tarjouksen jättäneen, aiempaan tarjous-
kilpailuun osallistumattoman yrittäjän. Markkinaoikeus piti tätä menettelyä hyväksyttävänä.
Tästä ratkaisusta voidaan päätellä, että suorahankintaan siirtyessään hankintayksiköllä
on laajemmin harkintavaltaa sen suhteen, kenen kanssa sopimus lopulta tehdään, kunhan
valinta tehdään tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Kuten yllä on muissa tapauksissa todettu,
tarjouspyyntöä ei tulisi muuttaa, mutta mikään ei estä hankintayksikköä ottamasta uusia
tarjoajia mukaan tarjouskilpailuun. Suorahankinnassa hankintayksikkö saa toteuttaa han-
kinnan haluamallaan tavalla, kunhan ketään ei syrjitä.

Ratkaisussa *MAO 518/08* oli myös kysymys kuljetushankinnasta. Hankintayksikkö oli neu-
vottelumenettelyksi kutsumassaan hankinnassa neuvotellut koululaiskuljetusten toteuttami-
sesta vain yhden toimijan kanssa, jonka tarjouksen kaupunki oli lopulta hyväksynyt. Mark-
kinaoikeus katsoi aluksi, että kysymyksessä on ollut tosiasiaa ollut suorahankinta eli saa-
dun tarjouksen valitseminen tarjouskilpailua järjestämättä. Hankintayksikkö ei ollut vedon-
nut mihinkään seikkaan, jonka perusteella sillä olisi ollut oikeus suorahankintaan. Hankin-
tayksikkö oli ilmeisesti ymmärtänyt saaneensa yhdeltä tarjoajalta tarjouksen aiemmin jär-
jestettyyn tarjouskilpailuun, vaikka tarjousaika oli jo päättynyt ja hankintamenettely kes-
keytetty. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikön käsitys oli ollut virheellinen, eikä
esimerkiksi tarjouspyynnössä esitetty varauma oikeudesta hylätä kaikki tarjoukset ole mer-
kinnyt perustetta vastaisuudessa tehtävälle suorahankinnalle. Markkinaoikeus totesi, että
hankintayksikkö ei ollut voinut siirtyä neuvottelumenettelyyn eikä antaa koululaiskuljetuk-
sia tarjoajan toteutettavaksi.

Suorahankintaan siirtyminen edellyttää yllämainittujen tapausten perusteella, että hankin-
tayksikkö ei ole saanut yhtään ”pätevää” tarjousta eli ei ole saanut ollenkaan sitä, mitä oli
pyydetty.³² Suorahankinnan vaatimuksia on pidettävä ehdottomampina kuin neuvottelume-
nettelyn, jossa edellytyksenä, että yhtään ”sopivaa” tarjousta ei ole saatu. Toisin kuin neu-
vottelumenettelyssä, suorahankinnassa ei edellytetä, että jatkoneuvotteluihin otetaan vain
tarjouksen tehneet tarjoajat.³³ Suorahankinnassa siis lähdetään niin sanotusti ”nollasta” eli
tarjoukset ovat olleet niin tarjouspyyntöön nähden kuin myös hankintayksikölle vääriä, että
ne eivät kelpaisi edes jatkoneuvottelujen pohjaksi.

³² *Pekkala – Pohjonen 2010*, s. 111.

³³ *Ibid.*

2.3 Suorahankinta teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä

2.3.1 Tekninen syy

Immateriaalioikeudet eri muodoissaan voivat johtaa helposti tilanteisiin, joissa vain jollakin tietyllä toimijalla on oikeus myydä tai tuottaa tiettyä tuotetta. Jos palveluntarjoajia tai tavaran tuottajia on vain yksi, tarjouskilpailua on hankala järjestää tai sen järjestäminen ei ole tarkoituksenmukaista. Tarjoaja tietää varmasti, että kukaan muu ei pysty tuotetta valmistamaan tai tarjoamaan palvelua, joten se voi hinnoitella tuotteensa haluamallaan tavalla.

Suorahankinta teknisen, taiteellisen tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvän syyn vuoksi on yksi keskustelluimmista ja kiistanalaisimmista hankintalain kohdista. Hyvin usein tarjoajat pyrkivät esittämään tuotteensa tai palvelunsa siten, että hankintayksikölle syntyisi kuva siitä, että ainoastaan yksi toimija pystyy toimittamaan tuotteen tai palvelun. Suorahankinta tällaisesta syystä kuitenkin edellyttää, että nimenomaan *hankintayksikkö* selvittää, onko muita vastaavia ja kilpailevia tuotteita saatavilla markkinoilla.

Markkinaoikeuden oikeuskäytännöstä on kuitenkin nähtävissä, että kyseinen lainkohta ei kuitenkaan ole niin sanottu kaatopykälä, jonka avulla hankintalain säännöksiä pystyttäisiin helposti kiertämään. Kyseessä on tiukka seula, jonka läpäiseminen edellyttää todellista näyttöä suorahankinnan perusteista.

Hankintalain esitöiden mukaan teknisenä seikkana kyseeseen voisi tulla esimerkiksi poikkeuksellinen uusi tekninen ratkaisu tai hankinnan kohteen edellyttämä tietty käsityötaito, jota hankinnan toteuttaminen edellyttää.³⁴ Hankintayksikön velvollisuutena on osoittaa, että vastaavaa tuotetta tai palvelua ei ole olemassa. Olennaista on se, että millään muulla tuotteella tai palvelulla ei voida saada aikaan samaa *lopputulosta*. Tämä viittaa olennaisesti siihen, että esimerkiksi tuotantomenetelmällä ei ole merkitystä, vaan itse lopputuotteella.³⁵ EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu, että myöskään esimerkiksi maantieteellisillä tai taloudellisilla tekijöillä ei saisi olla merkitystä arvioitaessa sitä, voisiko joku muu toteuttaa urakan.³⁶

EY:n tuomioistuin on käsitellyt kysymystä asioista *C-20/01* ja *C-28/01*³⁷ antamassa tuomiossa, jossa arvioitiin mahdollisuutta ilman hankintailmoitusta tehtävän neuvottelumenettelyn käyttöä teknisen syyn perusteella jätevedenkäsittelyä koskevassa hankinnassa. Tällaiseksi tekniseksi syyksi ei katsottu tiettyä jäteveden käsittelytekniikkaa, jätehuoltolaitoksen läheisyyttä eikä myöskään palveluntarjoajan sijoittumista lähelle hankintayksikköä. Sitä vastoin tuomioistuin katsoi, että ympäristönsuojeluun liittyvä tekninen syy voitaisiin tapauksessa ottaa huomioon arvioitaessa, voidaanko hankintasopimus tehdä tietyn palvelun suorittajan kanssa. Menettelyssä on kuitenkin noudatettava tällöinkin yhteisön oikeuden perusperiaatteita ja erityisesti syrjintäkiellon periaatetta.

³⁴ *HE 50/2006*, s. 77.

³⁵ Englanniksi tästä käytetään termiä ”only one particular supplier can perform the contract”, ks. tältä osin esimerkiksi asia *C-57/94 Komissio v. Italia*, kohta 24. Kyseisessä ratkaisussa moottoritien rakentamisessa pääurakan saaneelle tarjoajalle siirrettiin 12 muuta lisäurakkaa ilman tarjouskilpailua. Tuomioistuimen mielestä hankintayksikkö ei ollut näyttänyt toteen, että tekniset, logistiset ja koordinointiin liittyvät tekijät olisivat oikeuttaneet suorahankinnan tekemisen aiemmalta tarjoajalta.

³⁶ *Hjelmborg 2006*, s. 255.

³⁷ Asia *C-20/01* ja *C-28/01 komissio vs. Saksa*.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty muun muassa näkemys, että tiukka tulkinta edellyttäisi kunnollista varmistumista siitä, että kilpailijaa ei ole olemassa. Kuitenkin käytännössä tällaisen varmistaminen voi olla, hankintasäännösten periaatteet huomioiden, varsin mahdollista. Sen sijaan voitaneen päätellä, että suorahankinnan peruste edellyttäisi ainakin sitä, että kilpailijan löytyminen ei ole todennäköistä.³⁸ Tätä on käsitelty muun muassa ranskalaisen metron hankintaa koskevassa EY:n tuomioistuimen ratkaisussa, jossa oli kysymys siitä, että hankintayksikkö pyrki todistamaan, että tarjoaja ei olisi pystynyt toimittamaan esitettyjen vaatimusten mukaista kevytrakenteista metroa tarjouspyynnössä vaaditulla tavalla.³⁹ Ranskan valtio vetosi tuomioistuimessa siihen, että sillä oli oikeus suorahankintaan yhdeltä toimittajalta, kun tiedossa oli (muun muassa alihankkijoiden käymästä kirjeenvaihdosta), että merkittävä kilpailija ei pystyisi vastaavaa järjestelmää toimittamaan. Julkisasiamies katsoi ratkaisuehdotuksessaan⁴⁰, että tällaista näkemystä ei voitu pitää perusteltuna. Komissio oli esittänyt asiakirjoja, joissa valitun toimittajan kilpailija oli todennut pystyvänsä toimitukseen ja että tämä oli myös rakentanut ja toimittanut samanlaisen metrojärjestelmän Kanadassa ja Yhdysvalloissa.

Julkisasiamies katsoi, että ainakin yksi toinen urakoitsija olisi pystynyt vastaamaan ja olisi vastannut tarjouskilpailukutsuun, jos se olisi esitetty syyskuussa 1995.⁴¹ Mielenkiintoista ratkaisuehdotuksessa on se, että suorahankinnan perusteissa ei ole välttämättä kysymys pelkästään siitä, että tuotteelle tai ratkaisulle ei ole olemassa kilpailijaa ylipäättänsä, vaan harkintaan voisivat tulla myös ne tilanteet, joissa kilpailijaa ei ole saatavissa *jonain tiettyinä hetkenä*. Tämä voisi olla mahdollista esimerkiksi silloin, kun kilpailijayrityksen resurssit ovat sidottuja toiseen hankkeeseen. Tämä peruste tulee kuitenkin hyvin harvoin käytännössä kysymykseen, koska tällaisissa hankkeissa tulisi myös harkita esimerkiksi hankkeen jakamista pienempiin osiin tai sitä, että useampia eri aloilla toimiva yritys liittyy yhteen tehdäkseen yhteistarjouksen. Hankintalakihan lähtee siitä, että hankintayksikkö käyttää hyväkseen olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Tilanne on tietysti toinen, jos on kysymys esimerkiksi tuotantokapasiteetista (kuten esimerkiksi metrojen tai lentokoneiden valmistuksessa voi olla) eli siitä, että maailmassa on olemassa vain kaksi tehdasta, jotka voivat valmistaa hankinnan kohdetta. Hankintayksikön tulee tällöinkin kuitenkin varmistaa, että kilpailua ei ole, esimerkiksi siten, että kilpailijoita haetaan julkisin ilmoituksin.⁴²

Yksinoikeuden suojaamisen vuoksi suorahankinta katsotaan mahdollinen esimerkiksi silloin, kun hankintailmoituksen julkaiseminen saattaisi paljastaa mahdollisen toimittajan liikesalaisuuden tai muun vastaavan tiedon, jonka paljastuminen aiheuttaisi toimittajalle taloudellista vahinkoa. Hallituksen esityksessä edellytetään kuitenkin tällaisen käyttötilanteen olevan perusteltu eikä siten esimerkiksi hankintayksikön ilman pakottavaa syytä toteuttamat toimet tai tekemät sopimukset, joilla taataan tietyille palveluntarjoajalle yksinoikeus palvelujen tuottamiseen taikka hankintojen puutteellisesta suunnittelusta aiheutuvat tilanteet, jollainen voisi olla kysymyksessä muun muassa hankintatarpeen tultua vajavaisesti kartoitetuksi etukäteen. Yksinoikeus ei anna siten automaattista oikeutta suorahankintaan. Esimerkiksi lääkkeiden kohdalla hankintayksikön tulee varmistua siitä, että vastaavia tuotteita ei ole saatavilla muilta valmistajilta. Vaikka yhden lääkkeen osalta korvaavia tuotteita ei olisikaan, tämä ei kuitenkaan oikeuta hankintayksikköä hankkimaan kaikkia lääkkeitään

³⁸ *Arrowsmith 2005*, kappale 9.5.

³⁹ *Asia C-337/98 komissio v. Ranska*, ks. erityisesti julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus.

⁴⁰ Asian tuomioistuinkäsittelyssä kysymys oli ennemmin direktiivin soveltumisesta ja kanne Ranskaa vastaan hylättiin tämän vuoksi. Asian teknisiä edellytyksiä suorahankintaan koskien ei kuitenkaan käsitelty.

⁴¹ Julkisasiamiehen ratkaisu, kohta 68.

⁴² *Arrowsmith 2005*, kappale 9.5.

tältä toimittajalta.⁴³ Myöskään esimerkiksi rakennuslupa ei ole välttämättä sellainen yksinoikeus, jonka nojalla rakennushanke voitaisiin antaa kilpailuttamatta luvan haltijan toteutettavaksi.⁴⁴

Ratkaisussa *C-199/85*⁴⁵ hankintayksikkö oli hankkimassa jätteenkäsittelylaitosta. Hankintayksikkö oli katsonut, että ainoastaan yksi toimittaja pystyi toimittamaan kaikkein suorituskykyisimmän laitoksen. Tuomioistuimien katsoi kuitenkin, että tämä ei riittänyt suorahankinnan perusteeksi, koska kysymyksessä ei kuitenkaan ollut ainoa toimittaja, joka voisi toteuttaa vastaavanlaisen (joskin ei yhtä suorituskykyisen) laitoksen. Kyseinen ratkaisu osoittaa suorahankinnan ”teknisyyden” keskeisimmän elementin. Tekninen ratkaisu tulee olla sellainen, että ainoastaan yksi toimija voi tehdä hankinnan vaaditulla tavalla. Tämä johtaa siihen, että käytännössä teknistä ratkaisua voidaan varsin harvoin pitää suorahankinnan perusteena, koska on hyvin tavallista, että kahdella erilaisella ratkaisulla täytetään samat vaatimukset (esimerkiksi toiminnallisuuden, turvallisuuden ja ympäristönäkökohtien kannalta). Hankintayksikkö ei siis voi lähtökohtaisesti vapaasti määritellä hankintaa siten, että vain yksi toimija voisi toteuttaa hankinnan.

Kansallisessa oikeuskäytännössä muun muassa ratkaisussa *MAO 17–19/05* markkinaoikeus katsoi, että asiantuntijaprofessorin markkinaoikeudelle toimittamassa lausunnossa ei ollut nimenomaisesti suljettu pois sitä, että jokin muukin yritys ei olisi voinut teknisesti suorittaa hankinnan kohteena olevasta korjaustyön suorittamisesta kyseisellä, hankintayksikön vaatimalla korjaustavalla. Lisäksi hankintayksikön toimesta markkinaoikeudelle esitetyssä toisessa asiantuntijalausunnossa (tekniikan tohtori) oli todettu, että kysymyksessä olevan Turun taidemuseon tyyppisiä julkisivuja oli korjattu myös muilla lähestymistavoilla kuin mainitulla Kallion kirkon julkisivun korjaustöissä käytetyllä korjaustavalla.

2.3.2 Taiteellinen syy

Taiteellisen syyn vuoksi tehtävä suorahankinta edellyttäneen hankintayksiköltä varsin vahvoja näyttöjä ”taiteellisuudesta”.⁴⁶ Tällä ei tosin tarkoitettane korkeata taiteellista tasoa vaan sitä, että kysymyksessä on tietty uniikki taideteos tai sitä, että pyrkimyksenä on saada jokin tietty taiteilija tekemään jokin tietty työ. Ongelmana tässä tietysti on se, miten verrataan ja selvitetään taideteoksen ”uniikkiarvo”, ja milloin taideteokselle on olemassa ”vastaavia tuotteita”? Perusteethan ovat sidottu ainakin teknisen ja yksinoikeuden osalta siihen, että vain yksi tekijä voi toteuttaa hankinnan, ja että lopputulos on uniikki. Taideteoksessa ongelmana lienee se, että tavanomaisilla mittareilla arvostettuna aikaan voidaan saada ”samanlainen” lopputulos eli esimerkiksi mitoiltaan samankokoinen taideteos, joka vie samankokoisen tilan seinältä. Taideteoksessa voidaan käyttää myös samanlaisia värejä, eikä myöskään plagiointisyytökset (eli ”vastaavat tuotteet”) ole taidemaailmassa harvinaisia. *Arrowsmith* kysyykin, että vaikka *Picasso* on varmasti ”uniikki”, voidaanko samaa sanoa esimerkiksi ”maakuntasarjan” taiteilijoista? Esimerkiksi moni taiteilija voisi maalata lähes samanlaisen muotokuvan henkilöstä, kun käyttöön annettaisiin samanlaiset välineet, valaistus ja muotokuvan kohde. *Arrowsmith* katsookin, että taiteellisin perustein tehtävässä suorahankinnassa ”vastaavan” tuotteen vaatimusten täytyy olla vähäisemmät ja että käytännös-

⁴³ Asia C-328/92 *komissio vs. Espanja*, kohta 17.

⁴⁴ *Pekkala – Pohjonen 2010*, s. 113, viitaten asiaan C-399/98, erityisesti tuomion kohdat 101-103.

⁴⁵ Asia C-199/85 *komissio v. Italia*.

⁴⁶ *Hjemlborg 2006*, s. 256.

sä hankintayksiköllä on oikeus hankkia taiteellisia tuotteita ilman tarjouskilpailuja, kun ”kohtuullista” vastaavaa tuotetta ei ole saatavilla.⁴⁷

Suomessa markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä on korostunut tulkinta siitä, voiko kukaan muu *toteuttaa* hankintaa vai onko hankinnan toteuttaminen kiinni vain yhdestä toimijasta. Varsinaista ratkaisua siitä, että hankintayksikkö olisi vedonnut juuri taiteelliseen syyhyn, ei saamiemme tietojen mukaan ole. Suomessa taiteellisiin syihin on vedottu muun muassa paljon julkisutta marraskuussa 2010 saaneessa ”torkkupeittotapauksessa”, jossa hankintayksikkö, Suomen eduskunta, ilmoitti hankkineensa suorahankintana kansanedustajien torkkupeittoja. Hankintayksikkö katsoi, että peittohankinnassa on noudatettu hankintalakia vedoten siihen, että suorahankinta on mahdollinen, kun vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojelemiseen liittyvästä syystä. Suorahankinnan varsinaisena perusteena olivat rakennussuojeluun liittyvät taiteelliset syyt, joilla pyritään turvaamaan peruskorjauksen yhteydessä kunnostettavien työhuoneiden alkuperäisen sisutuksen kokonaisilmeen säilyminen.⁴⁸ Mielienkiintoista tapauksessa on se, että hankintayksikkö oli vedonnut juuri rakennussuojeluun liittyviin perusteisiin. On varmasti selvää, että eduskunnan päärakennus on uniikki ”teos”. Hankintalain kannalta merkitystä ei kuitenkaan ole sillä, millainen niin sanottu ”pohjateos” on vaan se, onko vain yksi toteuttaja taiteellisesta syystä hankinnan mahdollinen toteuttaja. Tässä ei tulisi olla merkitystä sillä, onko toimittaja toimittanut hankintayksikölle aiemmin jotain tiettyä tuotetta vai ei. Hankintalain kannalta tarkasteltuna ei myöskään vaikuttaisi siltä, että ainoastaan yksi tekstiilitaiteilija olisi kelvollinen toteuttamaan vastaavanlaisen, rakennussuojeluun liittyviin perusteisiin viittaavan hankinnan. Kuten *Arrowsmith* toteaa, suorahankinta edellyttää varsin vahvaa näyttöä teoksen ”taiteellisuudesta” ja ilmeisesti myös varsin korkeaa ”taiteellista tasoa”. Kumpaakaan tekijää ei ole helppo arvioida juridisin perustein. Eduskunnan torkkupeittoja koskevassa tapauksessa ei ole saatavissa tarkempia tietoja siitä, mitkä ovat tarkalleen olleet ne taiteelliset syyt, joihin hankintayksikkö on vedonnut, eikä asiasta voida päätellä varmuudella, onko kyseessä hankintalain mukainen suorahankinta vai ei.

Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO 207/09* Hämeenlinnan kaupunki hankki oppilashallintojärjestelmän suorahankintana. Asian taustalla oli se, että Hämeenlinnan kaupunkiin oli vuoden 2009 alusta liittynyt viisi kuntaa, ja suorahankinnalla valittu Primus-oppilashallintojärjestelmä oli ollut käytössä neljässä Hämeenlinnan kaupunkiin liittyneessä kunnassa. Hämeenlinnan kaupunki ei voinut ylläpitää kahta oppilashallintojärjestelmää samanaikaisesti ja katsoi, että kaikissa kouluissa tuli olla sama yhtenäistetty järjestelmä. Markkinaoikeus katsoi, että suorahankinnalle ei ollut edellytyksiä. Kyseessä ei ole ollut hankintalaissa säädetty tilanne, jossa teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja olisi voinut toteuttaa hankinnan. Markkinaoikeus totesi, että markkinoilla oli tarjolla myös muiden toimittajien tarjoamia oppilashallintojärjestelmiä, mukaan lukien hakijan jo käytössä ollut ProCapita-järjestelmä sekä hakijan kehitysvaiheessa ollut Helmi-oppilashallintojärjestelmä.

Korkein hallinto-oikeus totesi samaa asiaa koskevassa päätöksessään *KHO 2010:10*, että Hämeenlinnan kaupunki oli viitannut hankintalain 27 §:n 2 kohdan ja 28 §:n 1 momentin suorahankintaa koskeviin säännöksiin. Hämeenlinnan kaupunki oli katsonut, että Hämeenlinnassa jo osittain käytössä olevan Primus-ohjelman voi toimittaa ainoastaan Starsoft Oy ja näin ollen oppilashallintojärjestelmän laajennus voitiin teknisistä syistä toteuttaa vain tekemällä sopimus Starsoft Oy:n kanssa. Korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi markkina-

⁴⁷ *Arrowsmith 2005*, kappale 9.9.

⁴⁸ *Ilta-Sanomat 9.11.2010*.

oikeuden tavoin, että kyseessä ei ollut hankintalain 27 §:n 2 kohdassa tarkoitettu tilanne, jossa teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja olisi voinut toteuttaa hankinnan. Kuten markkinaoikeus oli todennut, markkinoilla oli tarjolla myös muiden toimittajien tarjoamia oppilashallintojärjestelmiä. Korkein hallinto-oikeus päätti, että markkinaoikeuden päätöksen kumoamiseen ei ollut aihetta. Asiaan liittyi myös väitteitä ja keskustelua suorahankinnan mahdollisuudesta lisätilauksissa. Palaamme tähän tematiikkaan myöhemmin tässä artikkelissa.

2.4 Äärimmäinen kiire suorahankinnoissa

Hankintalain 27 §:n 1 momentin 3 kohta mahdollistaa suorahankinnan tilanteessa, jossa sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi.

Säännöksen käyttöedellytykset ovat tiukasti rajattuja. Kiireen tulee ensinnäkin johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä, joten hankintayksiköstä johtuva syy ei voi olla peruste suorahankinnan tekemiseen. Perusteen on lisäksi oltava äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennakoita. Tästä seuraa, että kiireeksi ei voida katsoa esimerkiksi hankintayksikön viivyttelyä hankinnan toteuttamisessa. Kiiretilanne voisi sen sijaan olla esimerkiksi äkillisen luonnonilmiön tai onnettomuuden aiheuttamien vahinkojen korjaaminen taikka toiminnoille kriittisen laitteen ennalta arvaamaton rikkoutuminen ja sen vaatimat toimet. Edellytyksenä suorahankinnan tekemiselle on lisäksi, että hankinnan tekeminen on ehdottoman välttämätöntä. Hankintayksikön on kyettävä näyttämään toteen poikkeamisperusteen soveltumisen edellytysten täyttyminen.

Suorahankinta oli mahdollista asiassa *MAO 522/08*, jossa Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymä oli pyytänyt tarjouksia väliaikaisesta rekrytointiohjelmistosta, mutta jossa HYKS-sairaanhoitoalueen lautakunta oli kumonnut hankintapäätöksen menettelyn virheellisyydestä johtuen ja uusi hankintapäätös oli tehty suorahankintana. Rekrytointiohjelmiston tarkoituksen oli toimia apuvälineenä muun muassa sijaisten sisäisessä ja ulkoisessa rekrytoinnissa, kesäsisäisrekrytoinnissa sekä vakituisten henkilöiden rekrytoinnissa. Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin palveluksessa oli noin 20 000 terveydenhoitoalan ammattilaista ja suuri henkilöstömäärä vaati sijaisuuksien sujuvaa toimintaa. Hankintayksikkö oli esittänyt, että joukkotirtisanoutumisten toteutuessa 3 000 tehtävän haku vastaisi normaalitilanteessa lähes kahden vuoden vakituista rekrytointivolyyymia, ja tästä syystä oli välttämätöntä hankkia nopeasti työkalu, jolla sijais- ja vakituisten hakijoiden tiedot pystytään nopeasti ja tasapuolisesti kanavoimaan yksiköille sekä käsittelemään ja dokumentoimaan sähköisesti. Markkinaoikeus totesi päätöksessään, että hankintayksikkö oli ryhtynyt suorahankinnan valmisteluun välittömästi hankintapäätöksen kumoamisen jälkeen tilanteessa, jolloin oli ryhdytty muutoinkin poikkeuksellisiin toimenpiteisiin uhanneen työtaistelun potilasturvallisuutta koskevien vaikutusten vähentämiseksi. Näin ollen hankintayksikön oli ollut perusteltua ryhtyä toimiin hankinnan toteuttamiseksi määräaikaisena suorahankintana.

Markkinaoikeus on kuitenkin suhtautunut suorahankintaan äärimmäisen kiireen vuoksi hyvin varauksellisesti. Asiassa *MAO 162/10* Jyväskylän kaupunki oli suorahankintana hankkinut ulkovalaistuksen ohjausjärjestelmän. Jyväskylän kaupunki perusteli suorahankintaa äärimmäisellä kiireellä johtuen ulkovalaistuksen ohjauspalvelun sopimuksen umpeutumisesta. Taustalla oli Jyväskylän kaupungin, Jyväskylän maalaiskunnan ja Korpilahden kunnan yhdistyminen 1.1.2009 uudeksi Jyväskylän kaupungiksi. Uutta organisaatiota rakentamassa teknisen toimialan henkilökunta jakaantui moneen kuntakonsernin hallintokuntaan,

liikelaitokseen tai yhtiöön, ja ulkovalaistuksen ylläpito jakaantui monelle hallintokunnalle. Tästä organisaatiouudistuksesta johtuen tieto ohjauspalvelun sopimuksen loppumisesta ei ollut kulkeutunut ajoissa uuden Jyväskylän kaupungin kuntatekniikalle, vaikka Jyväskylän maalaiskunta ja Korpilahden kunta olivat olleet tietoisia asiasta jo pitkään. Markkinaoikeus muistutti päätöksessään, että suorahankinta voidaan tehdä äärimmäisen kiireen vuoksi vain, jos kiire johtuu hankintayksikön ulkopuolisista syistä. Perusteen on lisäksi oltava äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennakoida, eikä kiireeksi voida katsoa hankintayksikön viivyttelyä hankinnan toteuttamisessa. Tästä johtuen markkinaoikeus katsoi, että tilannetta ei voida hankintayksikön sisäisen tiedon kulun puutteiden vuoksi pitää hankintayksikön kannalta hankintalain 27 §:n 3 kohdan tarkoittamalla tavalla ennalta arvaamattomana ja hankintayksiköstä riippumattomana. Hankinnassa ei siten ollut edellytyksiä suorahankinnan toteuttamiseen.

Asiassa *MAO 161/10* Kalajoen kaupunki oli hankkinut asiantuntijapalveluita suorahankintana. Palvelun ostamisella oli turvattu Kalajoen kaupungin ympäristösihteerin tehtävien hoitaminen sekä Himangan kunnan kanssa tehdyn palvelusopimuksen velvoitteiden täyttäminen siitä syystä, että viranhaltija oli ilmoittanut töihin paluun siirtymisestä lähes vuodella eteenpäin vain noin kaksi viikkoa ennen alun perin sovittua töiden alkamista. Markkinaoikeus totesi, että tämä ilmoitus ei sinänsä ole ollut hankintayksikön ennalta arvattavissa, mutta suorahankinnan edellytykset eivät silti ole täyttyneet. Markkinaoikeus otti tässä tapauksessa huomioon hankinnan luonteen sekä sen, että hankintayksikkö ei ollut ilmoittanut seikkoja, joiden vuoksi ympäristöasioita ei olisi voitu hoitaa väliaikaisin järjestelyin hankintamenettelyn ajan.

Asiassa *MAO 111/10* Porin kaupunki oli kilpailuttanut uimahallin rakennusurakan siihen liittyvine töineen. Hankintayksikkö päätti keskeyttää hankintamenettelyn ja siirtyä vedenkäsittelyurakan osalta neuvottelumenettelyyn saatujen tarjousten vähäisestä määrästä johtuen. Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikkö olisi voinut keskeyttää hankinnan, jos tämä olisi saanut vain yhden vähimmäisedellytykset täyttävän osallistumishakemuksen tarjouskilpailuun. Markkinaoikeus katsoi, että neuvottelumenettelyyn siirtymistä oli tosiasiasa pidettävä suorahankintana ja että hankintayksikkö oli toiminut virheellisesti, koska tämä ei ollut asian käsittelyn aikana esittänyt seikkoja, joiden perustella tämä olisi hankinnan välttämättömyyden tai kiireen vuoksi voinut tehdä suorahankinnan.

Asiassa *MAO 358/08* Paliskuntain yhdistys oli hankkinut poroesteaitojen rakennustarvikkeita suorahankintana esittäen rakennustarvikkeiden kuljetuksen olevan talviaikana edullista. Markkinaoikeus katsoi, että tämä ei ollut sellainen hankintayksiköstä riippumaton ennalta arvaamaton seikka, jonka vuoksi hankinnan toteuttamisella olisi ollut äärimmäinen kiire. Näin ollen hankintamenettelyssä ei ollut edellytyksiä toteuttaa hankintaa suorahankintana hankintailmoitusta julkaisematta.

Asiassa *MAO 275/09* Länsi-Suomen lääninhallituksen pelastusosasto oli hankkinut palovalvontalentoja. Hankintayksikölle oli myönnetty 90 000 euron määräraha palovalvontalentojen toteuttamiseksi. Hankintayksikkö oli kyseisessä tapauksessa esittänyt, että hankinnassa oli ollut käsillä hankintalain mukaiset suorahankinnan edellytykset, koska palovalvontaa koskeva määrärahapäätös on saapunut myöhässä. Tämä aikatauluongelma oli johtanut hankintayksikön mukaan siihen, että metsäpalojen ilmenemisen vaaraa oli tällöin jo alkanut esiintyä. Tilanne oli lääninhallituksen mukaan yllätyksellinen ja johtunut lääninhallituksesta riippumattomista syistä. Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että hankintamenettelyn kohteena oli lääninhallituksen pelastuslakiin perustuva velvollisuus järjestää metsäpalojen täyhystystoiminta alueellaan. Tähän nähden markkinaoikeus katsoi, että tilannetta ei voitu pelkästään toimintaan myönnetyn määrärahan ja sen maksatusaikataulun perusteella pitää lääninhallituksen kannalta hankintalain tarkoittamalla tavalla ennalta arvaamattomana. Mark-

kinaoikeus ei myöskään pitänyt maksatusaikataulussa tapahtuvia muutoksia tai viivästyksiä sillä tavoin poikkeuksellisenä, että tilanne olisi ollut lääninhallituksen kannalta ennalta arvaamaton ja sellainen, että siihen ei olisi voinut varautua. Länsi-Suomen lääninhallitus oli siten menetellyt virheellisesti.

Asiassa MAO 167/08 Helsingin kaupunki oli hankkinut tiettyjä Helsingin matkapalvelun liikennöintiin liittyviä palveluja kilpailuttamatta. Suorahankinnan taustalla oli muun muassa se, että aiemmassa tarjouskilpailussa erään liikennöintikohteen osalta (jatkossa ”liikennöintikohte 3”) tarjousten hintataso oli ollut liian korkea ja että hankinta oli tältä osin päätetty keskeyttää. Helsingin kaupunki oli vedonnut erityisenä syynä ja perusteena kilpailuttamatta päättämälleen palveluhankinnalle siihen, että matkapalvelun liikennöinti ei ollut toiminut yhdessä kohteessa matkapalvelukeskuksen liikennöinnin alettua riittävällä tavalla. Tämä vajaatoiminta oli kaupungin mukaan merkinnyt sellaista kaupungista riippumatonta ja ennalta arvaamatonta seikkaa, joka oli oikeuttanut kaupungin päättämään lisähankinnasta kiireellisesti ja määrääjäksi ilman tarjouskilpailua.

Hakemuksen kohteena ollutta suorahankintapäätöstä oli edeltänyt hankintamenettely, jossa Helsingin kaupunki oli päättänyt keskeyttää uudessa päätöksessä tarkoitettuja kuljetuspalveluja vastaavien palvelujen hankinnan. Markkinaoikeus totesi, että asiaa arvioitaessa oli otettava huomioon ne olosuhteet, joiden vallitessa kaupunki oli päättänyt aikaisemman hankintamenettelyn keskeyttämisestä, ja otettava tämän jälkeen kantaa olosuhteiden mahdolliseen jälkikäteiseen muuttumiseen.

Helsingin kaupunki oli alun perin perustellut asiaa siten, että liikennöintikohteen 3 palvelu voitiin hankkia liikennöintikohteeseen 4 valituilla ajoneuvoilla. Jälkeenpäin kävi kuitenkin ilmi, että liikennöintikohteen 3 mukaiseen erilliseen liikennöintiin oli kuitenkin tarvetta ja palvelun turvaaminen oli näin ollen edellyttänyt liikennöinnin lisähankintaa ja välittömiä toimia. Tehdyssä liikennöintikohtetta 3 koskevassa hankintasopimuksessa oli lisäksi todettu, että liikennöinti järjestään väliaikaisesti, kunnes liikennöinnin hankinta on mahdollista kilpailuttaa.

Markkinaoikeus katsoo, että asiassa ei ollut aihetta kyseenalaistaa Helsingin kaupungin ilmoittaman olosuhdemuutoksen oikeellisuutta. Välitön tarve ja odottamaton kiire ylimääräisten ajoneuvojen valitsemiseksi olivat ilmenneet uskottavasti vasta uuden järjestelmän käyttöönoton ja siinä ilmenneiden ongelmien yhteydessä. Markkinaoikeus päätyi siihen, että Helsingin kaupunki oli voinut päättää tarjouskilpailua järjestämättä viiden ylimääräisen ajoneuvon määräaikaisesta tilaamisesta suorittamaan liikennöintikohteeseen 3 määriteltyjä tehtäviä.

Asian voidaan katsoa muodostavan jonkinasteisen poikkeuksen markkinaoikeuden tiukasta suhtautumisesta suorahankintoihin äärimmäisessä kiireessä. Kuten olemme jo asiaa laajasti käsitelleet, äärimmäisen kiireen on johdettava hankintayksikön ulkopuolisista syistä. Perusteen on lisäksi oltava äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennakoita. Matkapalvelujen liikennöintiä koskevassa asiassa voidaan kyseenalaistaa näiden suorahankintaa koskevien ehtojen täyttyminen. Asiaan on tosin saattanut vaikuttaa kilpailuttamatta hankittujen palvelujen korostunut väliaikaisuus.

Yhteisön oikeudessa kiireen edellytyksiä on myös tulkittu tiukasti. EY:n tuomioistuimen tuomiossa C-24/91 säännökseen vetoaminen ei katsottu oikeutetuksi kun kysymyksessä oli yliopiston lisärakennuksen rakennusurakkaa koskeva hankinta, jonka toteuttamiselle tuli kiire yliopiston opiskelijamäärän kasvun ja lukuvuoden alkamisen johdosta. Tuomiossa C-107/92 oli kysymys maanvyöryyteen rakentamista koskevasta hankinnasta Itävallassa. EY:n tuomioistuin katsoi tässä tapauksessa, että kiire ei ollut kysymyksessä alueella, jolla maanvyöryjen uhka oli yleinen ja pysyväisluontoinen. Tuomioistuin totesi, että suorahan-

kintaan oikeuttavan säännöksen mukaisen kiireen voidaan arvioida olevan olemassa esimerkiksi äkillisen luonnonilmiön tai onnettomuuden aiheuttamien vahinkojen korjaamisessa tai ennalta arvaamaton toiminnoille kriittisen laitteen rikkoutumisessa. Asiassa *C-394/02* tuomioistuin ei myöskään pitänyt tarvetta rakentaa lämpövoimalaitoksen kuljetushihna ympäristövaikutusten arviointiin toimivaltaisen viranomaisen asettamassa määräajassa sellaisena äärimmäisenä kiireenä, joka perustuu ennalta arvaamattomiin syihin.

Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO 404–405/08* hankintayksikkö oli perustellut avoterveydenhuollon vastaanottopalvelujen suorahankintaa sillä, että kysymyksessä oli erityisestä ja poikkeuksellisesta tilanteesta, johon johti lääkäriyövoiman nopea vähentyminen ja myös se, että alkuperäinen hankinta oli vireillä markkinaoikeudessa. Lisäksi hankintayksikkö vetosi siihen, että hankinnan laajentaminen oli kiinteässä yhteydessä alkuperäiseen ulkoistamista koskevaan sopimukseen. Markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyynnössä ei oltu määritelty hankinnan kohdetta sillä tavoin, että suorahankinnan kohteena olleen palvelun voitaisiin katsoa alun perin sisältyneen siihen, ja että se sen vuoksi olisi sellainen lisäpalvelu, jonka hankintayksikkö hankintalain olisi voinut hankkia suorahankintana. Hankintayksikön suorahankinnalla hankkimat palvelut olivat sinänsä luonteeltaan tarjouspyynnössä tarkoitettuja terveydenhuoltopalveluja. Hankintayksikkö ei kuitenkaan ollut alkuperäistä hankintaa koskevassa tarjouspyynnössään maininnut mahdollisesta myöhemmästä suorahankinnasta eikä suorahankinnalla hankittavien palvelujen ennakoitua arvoa oltu osoitettu otetun huomioon alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvoa laskettaessa. Sen vuoksi hankintalain 28 §:n 3 momentissa suorahankinnalle säädetyt edellytykset eivät täyttyneet. Lisäksi markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikön viittaamat seikat eivät ole sellaisia hankintayksiköstä riippumattomia ennalta arvaamattomia seikkoja, joiden vuoksi hankinnan toteuttamisella olisi ollut äärimmäinen kiire.

Markkinaoikeus katsoi asiassa *MAO 372–373/07*, että potilasturvallisuuden vaarantuminen on peruste suorahankinnalle äärimmäisen kiireen vuoksi. Tapauksessa oli myös kysymys siitä, missä vaiheessa hankintayksiköllä on äärimmäinen kiire. Hankintayksikkö oli aloittanut hankinnan riittävän ajoissa keväällä 2006 ennen hankintasopimuksen päättymistä 30.9.2006. Hankintayksikkö ei ollut voinut varautua siihen, että se joutuu keskeyttämään hankintamenettelyn päätöksellään 11.9.2006. Näin ollen kyse on syyskuussa 2006 ollut hankintayksiköstä riippumattomasta kiireestä, jolloin hankintayksikkö on ollut oikeutettu tekemään hankinnan väliaikaisesti suorahankintana.

Edellä esitetyistä oikeustapauksista voimme päätellä, että hankintalain 27 §:n 1 momentin 3 kohtaa tulkitaan erittäin suppeasti. Tyypillisinä esimerkkeinä, joissa suorahankinnan edellytykset voisivat täytyä, voidaan pitää esimerkiksi myrskyn kaatamien puiden raivaamista maanteiltä tai tulvassa sortuneen sillan korjaamista. Hankintayksikön on tällöin pystyttävä osoittamaan, että poikkeamisperusteen soveltumisen edellytykset täyttyvät.

2.5 Suorahankinta lisätilauksissa

Hankintalain 28 § käsittelee suorahankintaa lisätilauksissa. Pykälän ensimmäisen momentin mukaan hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan, kun alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä tavarahankinta on lisätilaus, jonka tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston osittainen korvaaminen tai laajentaminen. Jotta hankintasääntöjä ei kierrettäisi hankkimalla palveluja ja tavaroita ainoastaan lisätilauksina, suorahankinnalle on asetettu tiukat edellytykset lisätilauksissa. Suorahankintaa voidaan käyttää ainoastaan silloin, kun toimittajan vaihtaminen johtaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisen materiaalin hankki-

miseen, mikä puolestaan aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Lisäksi tällaisten sopimusten ja uudistettavien sopimusten voimassaoloaika saa ylittää kolme vuotta ainoastaan poikkeuksellisesti.

Lisätilausten suorittaminen kilpailuttamatta on poikkeustilanne. Normaalitylanteissa hankintayksikön tulee ottaa hankinnan suunnittelussa ja toteuttamisessa huomioon lisätilausten tarve. Miten tulkita käsitteitä ”yhteensopimattomuus” tai ”suhteettoman suuret tekniset vaikeudet”? Kuten muissakin suorahankintaa koskevissa tapauksissa, oikeuskäytännössä on tulkittu tiukasti tekniseen yhteensopimattomuuteen liittyviä perusteita suorahankinnan tekemiselle.

Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO 207/09* Hämeenlinnan kaupunki hankki oppilashallintojärjestelmän suorahankintana. Olemme käsitelleet tätä ratkaisua tässä artikkelissa siitä näkökulmasta, oliko kyseessä sen verran tekninen ratkaisu, että vain syystä vain tietty toimittaja olisi voinut toteuttaa hankinnan. Markkinaoikeus katsoi, että näin ei ollut asian laita. Hankintayksikkö oli lisäksi vastineessaan vedonnut lisähankintaan. Kysymys ei Hämeenlinnan kaupungin mukaan ollut uuden järjestelmän hankinnasta, vaan jo käytössä olleen järjestelmän laajentamisesta. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei ollut asiassa esittänyt selvitystä siitä, että oppilasjärjestelmän laajentaminen olisi hankintalain 28 §:n 1 momentissa säädetyllä tavalla ollut toteutettavissa ainoastaan Primus-oppilashallintojärjestelmällä. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menetellyt tästä johtuen julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti.

Korkein hallinto-oikeus totesi samaa hankintaa koskevassa asiassa, että Hämeenlinnan kaupunki oli päättämällä luopua toisesta ohjelmasta tehnyt päätöksen siitä, kumman toimittajan ohjelman käyttö laajennetaan koko kaupunkia koskevaksi, ja päättänyt hankkia suorahankintana ohjelman laajennuksen valitun ohjelman toimittajalta. Korkein hallinto-oikeus vahvisti markkinaoikeuden tulkinnan asiasta todeten, että hankintalain 28 §:n 1 momentin säännöksen ei voida katsoa soveltuvan kyseessä olevaan tilanteeseen, jossa kaupungilla on voimassa kaksi eri sopimusta, ja jossa hankintayksikkö luopuen toisesta sopimuksesta tekee valinnan siitä, kummalta sopijapuoleltaan se tekee lisätilauksen. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että hankintalain 28 §:n 1 momentin soveltamisen edellytykset eivät täyttyneet.

Markkinaoikeuden oikeustapauskäytännöstä ei valitettavasti löydy tarkempaa ohjeistusta siitä, miten kattava selvitys markkinaoikeudelle olisi esitettävä yhteensopivuusongelmista. Tämä tosin on hyvä indikaattori siitä, kuinka tiukkaa tulkintaa suorahankintojen ehtoihin sovelletaan.

Asiassa *C-385/02* Euroopan yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että hankinnan kohteen vaikeus, arkaluonteisuus ja tekniseen yhteensopivuuteen liittyvät perusteet suorahankinnalle tulee pystyä yksityiskohtaisesti osoittamaan. Kyseessä oli tulvavesien laajentumisaltaita ja tulviensäännöstelyä koskevat rakennusurakat kolmen italialaisen joen osalta. Italian viranomaiset väittivät, että kyseessä olevissa vaikeissa ja arkaluonteisissa rakennustöissä oli kyse sellaisten samanlaisten rakennusurakoiden toistamisesta, jotka hankintayksikkö oli jo antanut alkuperäisen sopimuksen sopimuspuolina oleville yrityksille, ja ne olivat samanlaisia kuin perushanke, josta ensimmäinen sopimus oli tehty hankintadirektiivin menettelyä noudattaen. Italian hallituksen mukaan hankintaviranomainen pyrki täyttämään tekniset vaatimukset, jotka koskivat sitä, että tarjouskilpailun yhden ja saman voittajan on toteutettava kaikki työt. Edelleen Italian hallituksen mukaan yksittäisten töiden toteuttaminen osissa aiheuttaa usein yhteensoveltuvuusongelmia töiden suorittamisessa ja näin ollen vaikeuksia määrittää kunkin osapuolen vastuu, jos suoritetuissa töissä ilmenee tuhoutumisia tai lopputuloksen heikkenemistä. Tuomioistuin totesi, että suorahankinnan edellytyksiä on tulkittava suppeasti, ja hankintayksikön on pystyttävä näyttämään ne poikkeukselliset olosuhteet, joiden johdosta poikkeus on perusteltu. Italian viranomaisten oli siten esitettävä ne

tekniset syyt, joiden johdosta kyseessä olevat rakennustyöt oli myönnettävä sille urakoitsijalle, jonka kanssa alkuperäinen sopimus on tehty. Pelkkä toteamus rakennustöiden kokonaisuuden vaikeudesta ja arkaluonteisuudesta ei riittänyt osoittamaan sitä, että kyseisen kokonaisuuden toteuttaminen olisi voitu osoittaa ainoastaan yhdelle ja samalle urakoitsijalle. Tuomioistuin katsoi, että Italian viranomaiset eivät kyseisissä rakennusurakoissa olleet noudattaneet hankintasääntöjä.

Hankintalain 28 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikkö voi myös tehdä suorahankinnan, kun kyseessä on alkuperäiseen hankintasopimukseen sisällymättömän lisäpalvelu tai lisäurakka, joka hankitaan alkuperäiseltä toimittajalta ja joka on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi palvelun tai urakan toteuttamiselle sellaisena kuin se on alun perin määritelty. Hankintalaki on tässäkin tilanteessa asettanut kyseisen lainkohdan soveltamiselle tiukat edellytykset. Edellytyksenä on, että lisäpalvelua tai lisäurakkaa ei voida teknisesti tai taloudellisesti erottaa pääsopimuksesta aiheuttamatta hankintayksikölle huomattavaa haittaa tai, vaikka lisäpalvelu tai lisäurakka voitaisiinkin erottaa alkuperäisen sopimuksen toteuttamisesta, se on ehdottoman välttämätön alkuperäisen sopimuksen loppuunsaattamiseksi. Lisäksi edellytyksenä on, että lisäpalvelujen tai lisäurakoiden kokonaisarvo on enintään 50 prosenttia alkuperäisen hankinnan arvosta.

Hankintalain 28 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikkö voi lopuksi tehdä suorahankinnan, kun kyseessä on alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä uusi rakennusurakkasopimus tai palveluhankinta, joka vastaa aikaisemmin avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen tehtyä rakennusurakkaa tai palveluhankintaa. Edellytyksenä on tällöin, että alkuperäistä hankintaa koskevassa hankintailmoituksessa on mainittu mahdollisesta myöhemmästä suorahankinnasta ja että lisäpalvelun tai uuden rakennusurakan ennakoitu arvo on otettu huomioon laskettaessa alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvoa. Suorahankinta voidaan tehdä enintään kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.

Kahdesta jälkimmäisestä suorahankinnan soveltamismahdollisuudesta ei ole markkinaoikeuden oikeustapauskäytännössä käyty keskustelua lainkaan. Tämän voi tulkita osoittavan muun ohella, että suorahankinnalle lisätilauksissa on asetettu niin tiukat edellytykset, että hankintayksiköt eivät ole katsoneet voivan perustella suorahankintaa riittävällä tavalla.

2.6 Tutkimushankkeeseen liittyvät tavarahankinnat

Hankintalain 8 §:n 6 kohdan mukaisesti lakia ei sovelleta tutkimus- ja kehittämispalveluihin, jos palvelun hyöty ei tule kokonaan hankintayksikölle. Kysymys on kuitenkin vain palvelujen hankkimisesta ja tavarahankintoihin lähtökohtaisesti sovelletaan hankintalakia. Suorahankinta olisi mahdollinen, kun hankinta tehdään tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten. Tämä tarkoittaa, että tuote käytännössä valmistetaan ”sopimusvalmistuksena” ja räätälöitynä hankintayksikön tarpeita varten. Suorahankinnan eräänä edellytyksenä on, että hankintaa ei tehdä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi.⁴⁹ Kyse on muutamista uniikeista, niin sanotuista prototyypituotteista, eikä massavalmistuksesta.

Suorahankinta tutkimusta varten ei saa myöskään muodostua yrityksen tueksi esimerkiksi siten, että hankintayksikkö ostaa erän tuotteita yrityksen tekemien tutkimuskustannusten kattamiseksi. Tämän jälkeen yritys voisi vapaasti markkinoida ja myydä tuotetta markkinoille ilman, että oikeat asiakkaat osallistuisivat tuotteen kehityskustannuksiin.

⁴⁹ HE 50/2006, s. 76 ja 77.

2.7 Suorahankinta raaka-ainemarkkinoilta sekä liiketoiminnan päättävältä taholta

Hankintalaki sallii suorahankinnan tekemisen sellaisten tuotteiden osalta, joista tehdään niin sanottuja julkisia noteerauksia eli ne on listattu jossakin kansainvälisessä pörssissä. Tällaisten tuotteiden kilpailuttaminen voisi olla vaikeata, koska hankintayksikkö ei välttämättä aina voisi saavuttaa kilpailuttamisella edullisempia hintoja.⁵⁰ Kyseinen poikkeus koskee vain tavarahankintoja. Laissa ei määritellä, mitkä tuotteet ovat tällaisia raaka-aineita. Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO 195/10*⁵¹ oli kysymyksessä kaukolämpölaitoksen ylläpitoa ja raaka-aineita koskeva hankinta. Tarjouspyynnön mukaan kaukolämpölaitoksen pääasiallinen polttoaine on metsähake, minkä lisäksi laitos pystyy käyttämään myös palaturvetta. Hankintayksikön esittämän selvityksen mukaan hankinnan ennakoitu arvonlisäveroton kokonaisarvo oli varsinaisen sopimuskauden osalta 712 805 euroa. Tästä ylläpidon osuus on esitetyn selvityksen mukaan 264 455 euroa ja raaka-aineenosuus 448 350 euroa. Markkinaoikeus katsoi, että raaka-aineen osuus hankinnasta oli selvästi yli puolet hankinnan arvosta ja tällöin kysymys oli polttoaineen tavarahankinnasta.

Erityisalojen hankintalain 6 §:n 6 momentin mukaan erityisalojen hankintalakia ei sovelleta mihinkään kyseisessä pykälässä tarkoitettuun energiahuoltoon liittyvään energian tai sen tuottamista varten tarvittavan polttoaineen hankkimiseen. Markkinaoikeus kuitenkin katsoi, että tästä huolimatta kysymys oli hankintalain mukaisesta tavarahankinnasta ja että hankinnan kokonaisarvo ylitti hankintalain EU-kynnysarvon. Hankintayksikkö oli toimittanut hankinnasta kansallisen hankintailmoituksen HILMA-palveluun. Hankintailmoituksessa oli ilmoitettu hankinnan CPV-koodiksi ”muiden energiamuotojen tuotanto ja jakelu” (65400000-7). Markkinaoikeus katsoi, että sovellettu CPV-koodi viittaa erityisalojen hankintalain mukaisiin hankintoihin, eikä hankinnan kohteena edellä todetuin tavoin oleviin polttoaineen käsittäviin tavarahankintoihin. Tämän perusteella markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli menetellyt hankintalain vastaisesti. Markkinaoikeus ei ottanut kuitenkaan kantaa siihen, tulisiko metsähaketta pitää suorahankintasäännösten tarkoittamana raaka-aineena, mutta arvioinnissa on kuitenkin lähdetty siitä, että kyseessä on hankintalain mukainen tavarahankinta. Metsähaketta ei käsityksemme mukaan noteerata kansainvälisessä pörssissä samalla tavalla kuin muita polttoaineita, joten sen hankintahinnassa voi olla toimittajakohtaisia hintaeroja.

Lisäksi hankintalaissa annetaan mahdollisuus hankkia suorahankintana tavaroita erityisen edullisin ehdoin kaupallisen toiminnan päättävältä taholta tai pesän selvityksestä vastaavalta taholta. Hallituksen esityksen mukaan kysymykseen voisivat tulla esimerkiksi konkurssi-pesän realisointitilanteet taikka liiketoiminnan päättymisen johdosta tapahtuva tavaroiden myynti markkinahintoja alempaan, erityisen edulliseen hintaan. Liiketoiminnan päättymisen täytynee kuitenkin olla varmaa ja lopullista⁵², eikä esimerkiksi koruliikkeissä joskus nähtävää kaltaista jatkuvaa ”loppuunmyyntiä”. Lisäksi liiketoiminnan on loputtava kokonaan, eli esimerkiksi tilanne, jossa yritys poistaa jonkin tuotteen valikoimistaan, ei olisi sallittu tilanne suorahankinnalle. Hankintalaki koskee myös käytettyjen tuotteiden hankkimista eli hankintayksikkö ei voi ostaa esimerkiksi käytettyä autoa suoraan myyjältä, vaan tällainenkin hankinta on kilpailutettava, jos kynnysarvot ylittyvät.⁵³

⁵⁰ Ks. *Pekkala 2010*, s. 118.

⁵¹ *MAO 195/10*.

⁵² *Arrowsmith 2005*, kohta 9.21.

⁵³ *Pekkala 2010*, s. 119.

2.8 Suorahankinta suunnittelukilpailun voittajan kanssa

Suorahankinta on myös mahdollinen suunnittelukilpailun jälkeisenä palveluhankintana. Edellytyksenä on, että tätä ennen on toteutettu suunnittelukilpailu hankintalain 33 ja 34 §:n mukaisena kilpailuna. Taustalla lienee ajatus siitä, että useimmiten on järkevintä antaa suunnittelu sille samalle taholle, joka on myös laatinut alkuperäisen suunnitelman. Hankintayksikkö voi näin varmistaa, että esimerkiksi rakennus saa sen muodon ja toiminnallisuuden, joka on arkkitehtisuunnittelukilpailun tuloksena syntynyt ja joka on ollut koko suunnitteluidean tarkoituksena. Tämä ei kuitenkaan ole aina välttämätöntä ja voi olla myös järkevää kilpailuttaa varsinainen ”lapiotyö” uudelleen. Toisaalta esimerkiksi arkkitehtisuunnittelukilpailun voittajalla on ainakin moraalinen oikeus teokseensa.

Yhteisöjen tuomioistuin on tuomiossaan C-340/02⁵⁴ katsonut, että suunnittelukilpailun perusteella tehtävän palveluja koskevan suorahankinnan edellytyksiä on tulkittava suppeasti. Kyseisen oikeustapauksen perusteella voidaan päätellä, että ilmaisu ”tehdään suunnittelukilpailun tuloksena” tarkoittaa sitä, että suunnittelukilpailun ja sen jälkeisen suunnittelutyön välillä on oltava välitön toiminnallinen yhteys. Suorahankinta ei myöskään voi koskea sisältöltään laajempaa hankintaa, kuin mikä on ollut suunnittelukilpailun kohteena. Eli mikäli alkuperäisenä tavoitteena on ollut vain suunnittelu- tai ideakilpailun toteuttaminen, hankintayksikkö ei voi muuttaa mieltään ja päätyä antamaan koko suunnittelu-urakkaa voittajalle. Tämän vuoksi lienee järkevintä kertoa jo etukäteen, että hankintayksikkö varaa mahdollisuuden tehdä sopimuksen suunnittelukilpailun voittajan kanssa.

Jos suunnittelukilpailun voittajia on useita, hankintayksikön tulee neuvotella kaikkien voittajien kanssa. Hankintayksikkö voi kuitenkin halutessaan valita voittajista vain yhden varsinaisen urakan toteuttajaksi.

2.9 Muita esimerkkejä kielletyistä suorahankinnoista

Markkinaoikeuden oikeustapauskäytännössä on myös paljon ratkaisuja, joissa hankintayksikkö ei ole perustellut suorahankintaa millään tavoin, ja joissa suorahankinta ei ole varsinaisesti sidottavissa yhteenkään suorahankintaperusteeseen. Nämä tapaukset ovat poikkeuksetta päättyneet siihen, että markkinaoikeus on todennut hankintayksikön menetelleen virheellisesti. Näiden tapausten tarkempi läpikäynti ei ole tämän artikkelin kannalta olennaista, mutta voimme esimerkinomaisesti mainita asian MAO 41/09, jossa Länsi-Suomen aluevankila oli pyytänyt tarjouksia vanginkuljetuspalveluista. Hankintasopimuksen mukaan varsinainen sopimuskausi oli kaksi vuotta, mutta sopimus sisälsi option lisävuodesta. Hankintailmoituksessa ei ollut sen sijaan mainintaa mahdollisuudesta optiovuoden käyttöön. Markkinaoikeuden arvioitavaksi tuli se, oliko hankintayksikkö voinut tehdä sopimuksen optiovuodesta suorahankintana, kun se oli sisällyttänyt voittaneen tarjoajan kanssa tekemäänsä hankintasopimukseen mahdollisuuden optiovuoden käyttöön. Markkinaoikeus katsoi, että asiassa ei ollut esitetty hankintalain edellyttämää perustetta suorahankinnan käyttämiseksi, ja että hankintayksikkö oli näin ollen menetellyt hankinnassaan hankintasäännösten vastaisesti.

⁵⁴ Asia C-340/02 *komissio vs. Ranska*.

3 Seuraus laittomasta suorahankinnasta

Markkinaoikeus voi määrätä seuraavat seuraamukset julkista hankintaa koskevassa asiassa: kumota hankintayksikön päätöksen (osaksi tai kokonaan), kieltää hankintayksikköä noudattamasta virheellistä menettelyä, velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä tai määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua. Hankintalain vuoden 2010 uudistuksen myötä markkinaoikeus voi lisäksi EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa tiettyjen edellytysten täytyessä määrätä tehottomuusseuraamuksen, seuraamusmaksun ja lyhentää hankintasopimuksen sopimuskautta.

Hankintalain uudistus on vahvistanut tarjoajien oikeusturvaa juuri laittoman suorahankinnan kannalta. Edellisessä oikeustilassa ainoana laittoman suorahankinnan seurauksena oli teoriassa hyvitysmaksu. Hyvitysmaksun ongelma laittomassa suorahankinnassa on kuitenkin aina ollut se, että hankintalain mukaan hankintayksikkö voidaan määrätä maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tämän ”todellisen mahdollisuuden” osoittamisen todistustaakka on ollut potentiaaliselle suorahankinnasta kärsineelle kilpailijalle kuitenkin ylitsepääsemätön.

Hankintalain uudistuksen myötä hankintalain 96 §:n mukainen tehottomuusseuraamus tarjoaa EU:n kynnysarvojen ylittävässä hankinnoissa huomattavasti parempaa oikeussuojaa laittomasta hankintapäätöksestä valittajille.⁵⁵ Kyseisen lainkohdan mukaan markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi muun muassa silloin, kun hankintayksikkö on tehnyt suorahankinnan ilman hankintalaissa mainittua perustetta eikä hankinnasta ole ilmoitettu asianmukaisella tavalla. Tehottomuusseuraamuksen ulottuvuudesta hankintalaissa säädetään, että markkinaoikeudella on valta määrätä, mitä sopimuksen velvoitteita tehottomuusseuraamus koskee. Hankintalain vastaisesta suorahankinnasta tehottomuusseuraamus koskenee koko sopimusta. Tehottomuusseuraamus avaa käytännössä hankinnan uudestaan kilpailulle. Hankintayksikön on tuolloin korjattava virheensä julkaisemalla hankintailmoitus sekä laatimalla ja lähettämällä asiaankuuluvat tarjouspyyntöasiakirjat tarjoajille.

Valittaja ei kuitenkaan voi esittää markkinaoikeudessa vahingonkorvausvaadetta hankintayksikköä vastaan. Mikä on vielä oleellisempaa käytännössä, suorahankinnan seurauksena valittu toimittaja ei voi markkinaoikeudessa vaatia virheellisesti toimineelta hankintayksiköltä korvausta sopimuksen tehottomuudesta. Tällaisessa tilanteessa on hyvin voinut käydä niin, että hankintasopimuksen saanut toimittaja on investoinut kalustoon, henkilöstöön ynnä muihin hankintakaudesta suoriutumiseksi. Kun hankintasopimus määrätään tehottomaksi, tällainen toimittaja voi kärsiä suurtakin taloudellista vahinkoa. Hankintalain mukaan markkinaoikeus ei ole toimivaltainen käsittelemään julkisiin hankintoihin liittyviä vahingonkorvausvaatimuksia, vaan hankintalain 107 §:n 3 momentin mukaan toimivaltainen tuomioistuim on oikeudenkäymiskaaren 10 luvun mukainen alioikeus.

Markkinaoikeus ei ole vielä tämän artikkelin kirjoittamishetkellä käyttänyt tehottomuusseuraamusta yhdessäkään päätöksessä. Tehottomuusseuraamus on edellä esitetyllä tavalla hyvin ankara toimenpide ja lienee syytä olettaa, että markkinaoikeus tulee käyttämään kyseistä seuraamusta vain erittäin painavista syistä.

⁵⁵ Tehottomuusseuraamusta sovelletaan ainoastaan EU-kynnysarvon ylittäviin tavarahankintoihin, liitteen A mukaisiin palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin. Tehottomuusseuraamus ei koske liitteen B mukaisia toissijaisia palveluhankintoja, vaikka ne ylittäisivätkin EU-kynnysarvot.

Lähteet

Kirjallisuus

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Lontoo 2005.

Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erkki: *Julkiset hankinnat*, Helsinki 2007.

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

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

Hjelmborg, Simon Evers: *Public Procurement Law*, Kööpenhamina 2006.

Kansanedustajat saivat erikoissuunnitellut torkkupeitot, *Ilta-Sanomat* 9.11.2010.

Pekkala, Elise: *Hankintojen kilpailuttaminen*, Helsinki 2007.

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

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Asia C-199/85 komissio v. Italia, Kok. 1987, s. 1039.

Asia C-24/91 komissio v. Espanja, Kok. 1992, s. I-1989.

Asia C-107/92 komissio v. Italian tasavalta, Kok. 1993, s. I-4655.

Asia C-328/92 komissio v. Espanja, Kok. 1994, s. I-1569.

Asia C-57/94 komissio v. Italia, Kok. 1995, s. I-1249.

Asia C-337/98 komissio v. Ranska, Kok. 2000, s. I-8377.

Yhdistetyt asiat C-20/01 ja C-28/01 komissio vs. Saksa, Kok. 2003, s. I-3609.

Asia C-340/02 komissio v. Ranska, Kok. 2004, s. I-9845.

Asia C-385/02 komissio v. Italia, Kok. 2004, s. I-8121.

Asia C-394/02 komissio v. Kreikka, Kok. 2005, s. I-4713

Asia C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Itävallan liittovaltio, APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Kok. 2008, s. I-4401.

Asia C-250/07 Komissio v. Kreikka, Kok. 2009, s. I-4369.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2010:10

Markkinaoikeus

MAO 41/03

MAO 17–19/05

MAO 372–373/07

MAO 167/08

MAO 358/08

MAO 404–405/08

MAO 518/08

MAO 522/08

MAO 41/09

MAO 207/09

MAO 261/09

MAO 275/09

MAO 539/09

MAO 540/09

MAO 111/10

MAO 161/10

MAO 162/10

MAO 195/10