

Eeva-Riitta Högnäs

*OTM, VT, LL.M. Public Procurement and Policy, University of Nottingham
Senior Legal Counsel, Fondia Oyj*

Annika Kortelainen

OTM, markkinaoikeuden valmistelija, markkinaoikeus

HINNAN SUHTEELLINEN VERTAILU JULKISISSA HANKINNOISSA



Edilex 2019/14

Artikkeli

Julkaistu 25.4.2019

www.edilex.fi/artikkelit/19627

Sisällys

1	Johdanto	1
2	Hinnan vertailu julkisissa hankinnoissa	2
2.1	Kokonaistaloudellisen edullisuuden sääntelystä.....	2
2.2	Tarjousten pisteyttämismallit.....	3
2.2.1	Aluksi.....	3
2.2.2	Suhteellisen hintavertailun malli.....	3
2.2.3	Hintojen lineaarisen pisteytyksen arviointimalli.....	5
2.2.4	Hintojen staattisen pisteytyksen arviointimalli.....	5
2.3	Markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä hinnoittelumallien arvioinnista	6
3	Rajat ylittäviä esimerkkiarvioita hinnan vertailumekanismista	8
3.1	Aluksi	8
3.2	Unionin tuomioistuimen kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnille asettamattomat lähtökohdat	9
3.3	Portugalissa omaksuttu kielto käyttää suhteellista vertailumallia	11
3.4	Katsaus suhteelliseen vertailumalliin suhtautumiseen Ruotsissa	12
3.5	Katsaus suhteelliseen vertailumalliin suhtautumiseen Norjassa.....	15
4	Suhteellisen vertailun sallittavuus Suomessa	17
4.1	Suomalaisen hintavertailukeskustelun nykytila.....	17
4.2	Suhteellisen hintavertailumekanismien arvioinnin ajankohta	18
4.3	Suhteellisen hinnan vertailumekanismien arvioinnin perusteet	19
5	Loppupäätelmät	20

1 Johdanto

Suomessa tarjoushintoja julkisissa hankinnoissa on vakiintuneesti arvioitu tunnistamalla halvin vertailuhinta ja vertaamalla muita saatuja tarjoushintoja suhteessa tähän halvimpaan hintaan. Harvoin edes törmää mihinkään muuhun hintavertailumekanismiin mallin yleisyyden vuoksi.

Kansainvälisessä kontekstissa hinnan suhteellisen vertailun mallia kuitenkin arvostellaan paikoin voimakkaastikin ja joissakin EU-jäsenvaltioissa malli on jopa mustalla listalla. Tämä näkyy myös esimerkiksi naapurilainkäyttöalueiden valitusasioissa, joissa eräs valitusperuste on se, että hankinnassa käytetty suhteellinen hintavertailumekanismi ei ole mahdollistanut parhaan hinta-laatusuhteen sisältävän tarjouksen valintaa. Suomessa mallin sallittavuudesta ei ole sinänsä edes herätelty keskustelua lukuun ottamatta joidenkin hankintayksiköiden omaa yksikkökohtaista päätöstä olla soveltamatta mallia niiden havahduttua keskusteluun mallin kyseenalaisesta maineesta.

Artikkelissa tarkastellaan suhteellisen hintavertailun vaikutusta kokonaistaloudellisen edullisuuden mukaisen parhaan hinta-laatusuhteen arviointiin suomalaisessa lainkäytössä. Tarkastelun ulkopuolelle on jätetty pelkän halvimman hinnan vertailu. Artikkelin on rakennettu siten, että sen toisessa luvussa on tarkasteltu suhteellisen vertailumekanismien tavanomaista käyttöä sekä markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä hintavertailumekanismeista. Kolmannessa luvussa on esitetty hinnan suhteellisen vertailun arviointia Ruotsin ja Norjan hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä. Neljännessä luvussa arvioidaan oikeustilaa suhteellisen vertailumallin käytöstä ja viidennessä luvussa esitämme johtopäätöksemme suhteellisen vertailumekanismien tarkoituksenmukaisuudesta.

Artikkelissa esitetyn Ruotsin ja Norjan oikeuskäytännön tarkastelu on rajoittunut sellaiseen argumentaatioon, jota olisi mahdollista hyödyntää mallin arvioimiseen suomalaisessa kontekstissa. Tarkastelu on tarkoituksella pintapuolinen, emmekä ole edes yrittäneet käydä läpi mainittujen maiden kaikkea mahdollista käytäntöä vertailumallien käyttämiseen liittyen. Ruotsissa ja Norjassa on kuitenkin suhteellisen hinnan vertailun arvioimisesta pidempi perinne, joka on pyritty ottamaan huomioon suomalaisen oikeustilan tarkastelussa.

2 Hinnan vertailu julkisissa hankinnoissa

2.1 Kokonaistaloudellisen edullisuuden sääntelystä

Suomen hankintalainsäädäntö perustuu vuonna 2014 uudistettuihin hankintadirektiiveihin, joita ovat hankintadirektiivi (2014/24/EU), erityisalojen hankintadirektiivi (2014/25/EU,) sekä käyttöoikeussopimusdirektiivi (2014/23/EU).¹ Hankintadirektiivi ja käyttöoikeussopimusdirektiivi ovat johtaneet kansallisen julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (2016/1397; jäljempänä *hankintalaki*) voimaantuloon ja erityisalojen hankintadirektiivi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annettuun lain laatimiseen (2016/1398).

Hankintalain mukaan tarjousvertailu perustuu kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan. Kokonaistaloudellisesti edullisin on tarjous, joka on hankintayksikön kannalta hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras. Hankintayksikkö voi harkintansa mukaan käyttää mitä tahansa näistä kolmesta kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteesta. Kaikkia kolmea kokonaistaloudellisen edullisen perustetta yhdistää hankintayksikön maksettavaksi määriteltävä maksun tai kustannuksen vertailu.

Hankintayksikön tehtäviin kuuluva tarjousten hintavertailu vaikuttaa hankinnan suunnitteluun ja koko hankintamenettelyyn jo alkumetreiltä. Hankintayksikön tulee ilmoittaa käyttämänsä kokonaistaloudellisen edullisuuden peruste tai hinta-laatusuhteen mukaiset vertailuperusteet jo hankinta-asiakirjoissa, eli menettelyn alkuvaiheen hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Lisäksi hankinta-asiakirjoissa on yksilöitävä vertailuperusteiden suhteellinen painotus.

¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL L 94, s. 65–242 (*hankintadirektiivi*), Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta EUVL L 94, s. 243–374 (*erityisalojen hankintadirektiivi*) ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä EUVL L 94, s. 1–64 (*käyttöoikeussopimusdirektiivi*) (yhdessä jäljempänä *vuoden 2014 hankintadirektiivit*).

2.2 Tarjousten pisteyttämismallit

2.2.1 Aluksi

Vertaillakseen ja valitakseen lopulta yhden tai useamman voittavan tarjoajan, hankintayksikön on pisteytettävä tai muutoin arvotettava hankintamenettelyssä vastaanottamansa tarjoukset. Hankintayksikön tulee noudattaa tarjouksia vertaillaessaan tarjouspyynnössä ilmoittamia tietoja ja perustella pistemäärä, jonka kukin tarjoaja on vertailuperusteiden soveltamisesta saanut. Tarjousvertailussa tulee lisäksi olla selkeästi ilmaistuna se, miten jokaista saatua tarjousta on arvioitu kunkin asetetun vertailuperusteen osalta.

Suomessa on käytössä lähes ainoana tarjousten hintavertailun mallina suhteellinen pisteytys. Muissa maissa, kuten Ruotsissa on kuitenkin kehitetty ja käytössä jopa yhdeksän erilaista mallia tarjouksen pisteyttämiseen.² Esitämme seuraavassa kolme erilaista hinnan pisteytysmallia mahdollisten mallien eroavaisuuksien esittämiseksi ja havainnollistamaan sitä, että suhteellisen vertailun malli on vain yksi mahdollinen muiden joukossa.

2.2.2 Suhteellisen hintavertailun malli

Suhteellisen pisteytyksen mallissa tarjoajan antamaa hintaa verrataan toisen tarjoajan tarjoamaan hintaan. Hintoja verrataan suhteessa toisiinsa, eli tarjouksia ei tarkastella aidosti toisistaan erillään omien ansioidensa mukaan. Hyvin usein Suomessa käytetyissä tarjouspyynnöissä hinnan suhteellisen vertailun malli on ilmaistu seuraavasti:

halvin tarjoushinta

----- x maksimipisteet.

vertailtava tarjous

Suhteellisen pisteytyksen yksinkertaisessa mallissa hinta- ja laatupisteet lasketaan yhteen ja se tarjous, joka on saanut eniten pisteitä, voittaa tarjouskilpailun.

Hinnan suhteellista pisteytystä ja sen erilaisia vaikutuksia lopputulokseen voidaan kuvata kahdella esimerkkitapauksella. Hinta ja laatu on arvioitu esimerkeissä 50 %:n painoarvolla.

Ensimmäisessä esimerkkitapauksessa tarjoajalla 1 on verrattain edullinen ratkaisu ja samalla myös laadultaan heikompi tarjous, kun taas tarjoajalla 2 on laadullisesti korkeatasoisempi ratkaisu, mikä näkyy myös hinnassa. Lopputuloksena tarjoaja 2 saa korkeammat kokonaispisteet pääasiassa sen vuoksi, että tarjousten välinen laatuero on suurempi kuin kahden tarjouksen välinen hintaero. Tarjoaja 2 voittaa tarjouskilpailun 83 kokonaispisteellä.

Tarjoaja	Hinta	Laatu	Hintapisteet	Laatupisteet	Kokonaispisteet
1	10	6	50	30	80
2	15	10	33	50	83

² ”Att utvärdera anbud – Utvärderingsmodeller i teori och praktik” Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport: 2009:10, s. 52. Bergman, Mats – Lundberg, Sofia.

Toisessa esimerkkitapauksessa samaan kilpailutukseen osallistuukin kolme tarjoajaa. Tarjoajat 1 ja 2 tarjoavat samanlaisen tuotteen, eli tarjousten laatu ei ole muuttunut ja sitä tarjotaan samaan hintaan kuin ensimmäisessä esimerkissä. Tarjoajan 3 tarjous poikkeaa tarjoajien 1 ja 2 tarjouksista sekä hinnaltaan että laadultaan korkeampana. Suhteellisen vertailun seurauksena tarjoajan 3 mukaantulo muuttaa vertailun lopputuloksen.

Tarjoajien 1 ja 2 hintapisteet eivät suhteellisessa vertailussa muutu ensimmäiseen esimerkkiin verrattuna. Tarjoaja 3 saa vain vähän hintapisteitä korkean tarjoushintansa vuoksi. Sitä vastoin tarjoajien 1 ja 2 laatupisteet muuttuvat ensimmäiseen esimerkkiin verrattuna, kun korkeimman ja alimman tarjotun laadun välinen ero on kasvanut tarjoajan 3 antaman tarjouksen seurauksena. Tarjoajien 1 ja 2 tarjoama tuote jää laadultaan tarjoajan 3 esittämän tuotteen varjoon laatuarvioinnissa. Tämän seurauksena tarjoajien 1 ja 2 välisestä laatueroa ei enää saa yhtä paljon piste-eroa kuin edellisen esimerkin arviointimallissa. Tarjoaja 1 voittaa tarjouskilpailun.³

Tarjoaja	Hinta	Laatu	Hintapisteet	Laatupisteet	Kokonaispisteet
1	10	6	50	23	73
2	15	10	33	38	72
3	40	13	13	50	63

Esimerkkitaupukset osoittavat yksinkertaistetusti suhteellisen vertailun mallin toiminnan. Kun tarjouksia vertaillaan suhteessa toisiinsa, yhden tarjoajan mukaantulo kilpailutukseen tai tuon tarjoajan poisjäänti kilpailutuksesta vaikuttaa kilpailutuksen voittajan valintaan.⁴ Kun tarjouksia ei mallin valinnan myötä voida vertailla toisistaan erillään, kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinta on kiinni sattumasta ja markkinatoimijoista.

Suhteellisen hintavertailun mallin käyttäminen saattaa aiheuttaa myös pulmallisia tilanteita. Etenkin Ruotsissa on käyty paljon keskustelua epäterveestä strategisesta vaikuttamisesta tarjouskilpailun lopputulokseen. Mitä tällä epäterveellä vaikuttamisella tarkoitetaan? Asiaa voidaan havainnollistaa esitetyn toisen esimerkkitapauksen avulla.

Hankintayksikkö joutuu epäterveen strategisen vaikuttamisen kohteeksi, jos tarjouskilpailuun osallistuu tarjoaja, joka ei tarjoa voittaakseen kilpailutusta, vaan vaikuttaakseen muiden tarjoajien menestymisen mahdollisuuksiin. Oletetaan, että edellä olevan taulukon tarjoaja 3 ei halua voittaa tarjouskilpailua, mutta sitä vastoin haluaa tehdä helpommaksi sen, että tarjoaja 1 voittaa tarjouskilpailun. Tällöin tarjoaja 3 tekee tarjouskilpailuun tarjouksen, jossa on kaikkia muita tarjouksia korkeampi laatu ja joka sitten vaikuttaa arviointimenetelmään niin, että kaikkien annettujen tarjousten hintaero painaa enemmän ja laatuero painaa vähemmän. Koska tarjoaja 3 ei halua itse voittaa tarjouskilpailua, se myös hinnoittelee tarjouksensa verrattain kalliiksi. Tällaisen toiminnan seurauksena tarjoaja 3 saa aikaan sen, että tarjoaja 1 voittaa tarjouskilpailun esimerkistä nähtävällä tavalla.⁵

³ Esimerkit mukailtu: ”Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling” Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport: 2011:1, s. 42–43. Lundvall, Karl – Pedersen, Kristian.

⁴ *Manunza, Elisabetta R.*: Relative scoring mechanisms and the limits of the principles of equal treatment and transparency 2017.

⁵ Esimerkit mukailtu: ”Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling” Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport: 2011:1, s. 42–43. Lundvall, Karl – Pedersen, Kristian.

Suhteellisen hintavertailun pisteyttämismallissa ongelma onkin se, että yhden tarjouksen laadun arviointi riippuu siitä, kuinka edullinen jokin toinen, hinnaltaan halvin tarjous on.⁶ Suhteellisen hintavertailun mallissa on esimerkin kautta havainnollistetulla tavalla käytännössä mahdotonta tietää etukäteen, miten tarjoajien antamat tarjoukset tulevat menestymään vertailussa.

2.2.3 Hintojen lineaarisen pisteytyksen arviointimalli

Hintojen *lineaarisen arvioinnin mallilla* tarkoitetaan sitä, että hinnaltaan kaikkein alin tarjous saa enimmäispisteet ja hinnaltaan kaikkein korkein tarjous saa vähimmäispisteet.⁷ Käsitteellä ”lineaarinen” tarkoitetaan suoraviivaista⁸. Voisikin siis ajatella, että hintavertailun lineaarisessa arviointimallissa tarjoajien antamat tarjoukset sijoitetaan tasaisesti kasvavalle suoralle annettujen tarjoushintojen perusteella.

Esimerkiksi Ruotsissa on esitetty, että tarjousten pisteytyksen tulisi olla suoraviivaista tarjoushintojen perusteella. On esitetty, että mikäli tarjoushintojen lineaarisen pisteytysmallin käyttämisestä on kiinnostunut, kannattaa laadun painoarvoa pienentää tarjousvertailussa.⁹

Hintojen lineaarisen pisteytyksen ei kuitenkaan voida ajatella tapahtuvan tyhjiössä, sillä lineaarisessa vertailumallissa hinnoista annettavat pisteet ovat sinänsä riippuvaisia muista annetuista tarjoushinnoista ja siitä tiedosta, mikä on alin ja mikä korkein tarjoushinta. Mallin käyttäminen ei kuitenkaan edellytä etukäteen asetettujen vertailuarvojen asettamista.

2.2.4 Hintojen staattisen pisteytyksen arviointimalli

Staattisessa pisteytyksessä tarjoajan hintaa ei verrata toisten tarjoajien hintoihin kuten suhteellisessa hintavertailussa, vaan tarjoajan antamaa tarjousta verrataan kiinteään vertailuarvoon (*fixed benchmark*). Mallin käyttämisen haastavuus onkin kiinteän vertailuarvon määrittämisessä, mikä on kuitenkin erittäin tärkeää onnistuneen vertailun toteuttamisessa.¹⁰

Jos hankintayksikkö valitsee arviointimalliksi hintojen staattisen pisteytyksen arviointimallin, se voi laadun arvioinnissa käyttää eri tasoille jaoteltuja pisteitä, esimerkiksi nollan pisteen tarjouspyyntöä vastaamattomasta viiden pisteen erinomaiseen vastaavuuteen. Hinnan arvioinnissa taas voidaan antaa 0 % pisteistä kaikista kalleimmalle tarjoukselle ja 100 % kaikista edullisimmalle tarjoukselle. Haasteena tässä mallissa on etukäteisen kiinteän vertailuasteikon laatiminen, kun hankintayksiköllä ei ole käytettävissään kaikkea sitä informaatiota, joka sillä on tarjousten vastaanottamisen jälkeen.¹¹

Jos hankintayksikkö päätyy käyttämään etukäteen vahvistettuja kiinteitä vertailuarvoja, on niiden suhteellisella painotuksella oma vaikutuksensa tarjousvertailun lopputulokseen. Hankintayksikön tulee etukäteen määrittellä tarjousten arvioinnille asteikko, esimerkiksi huono – kohtalainen – hyvä – erinomainen. Asteikolle tulee myös määrittellä etukäteen kullakin tasolta saatavat pisteet. Mikäli tasolle ”hyvä” arvioitu tarjous on 8 pisteen arvoinen ja

⁶ ”Att utvärdera anbud – Utvärderingsmodeller i teori och praktik” Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport: 2009:10, s. 54. Bergman, Mats – Lundberg, Sofia.

⁷ Asia T-402/06, 16.9.2013 Espanjan kuningaskunta vs. Euroopan komissio, ECLI:EU:T:2013:445. kpl 37.

⁸ <https://www.stat.fi/meta/kas/lineaarinen.html>. Vierailtu viimeksi 16.1.2019.

⁹ ”Att utvärdera anbud – Utvärderingsmodeller i teori och praktik” Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport: 2009:10, s. 12. Bergman, Mats – Lundberg, Sofia.

¹⁰ Martens, Bob – Smith, Robert: Evaluation Methodologies 2018.

¹¹ Martens, Bob – Smith, Robert: Evaluation Methodologies 2018.

tasolle ”erinomainen” arvioitu tarjous on 10 pisteen arvoinen, johtaa tarjousvertailu erilaiseen lopputulokseen kuin se, että ”hyvästä” saa 7 pistettä ja ”erinomaisesta” 10 pistettä.¹²

Alla olevasta esimerkistä ilmenee, kuinka tarjousvertailun lopputulos voi muuttua, mikäli hinnan kiinteä vertailuarvo muutetaan 200 000 eurosta 800 000 euroon. Kummassakin esimerkkitilanteessa¹³ tarjoushinnasta saa enintään 80 pistettä ja laadusta saa enintään 20 pistettä. Lisäksi tarjoajat 1 ja 2 tarjoavat samanlaisen tuotteen kummassakin esimerkkitilanteessa. Ainoastaan hinnan vertailuarvo muuttuu, minkä seurauksena myös vertailussa annetut hintapisteet muuttuvat. Ensimmäisessä esimerkkitilanteessa staattisen pisteytyksen vertailuarvoksi on asetettu hinnan osalta 200 000 euroa siten, että siitä saa 0 pistettä ja nollihintaisesta tarjouksesta saa 80 pistettä.

Tarjoaja	Hinta	Laatu	Hintapisteet	Laatupisteet	Kokonaispisteet
1	180 000	10	8	10	18
2	130 000	16	28	4	32

Toisessa esimerkkitilanteessa staattisen pisteytyksen vertailuarvoksi on asetettu 800 000 euroa siten, että siitä saa 0 pistettä ja nollihintaisesta tarjouksesta saa 80 pistettä.

Tarjoaja	Hinta	Laatu	Hintapisteet	Laatupisteet	Kokonaispisteet
1	180 000	10	62	10	72
2	130 000	16	67	4	71

Esimerkeistä ilmenevällä tavalla staattisessa hinnan vertailun mallissa olennaiseksi muodostuu ennalta ilmoitettu vertailuarvo, kun taas esimerkiksi suhteellisessa mallissa tarjoajan saamien pisteiden kannalta olennaisin elementti on toisen tarjoajan hinta.

2.3 Markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä hinnoittelumallien arvioinnista

Markkinaoikeuden oikeuskäytännössä ei ole useinkaan esiintynyt suhteelliseen hintavertailuun liittyviä ongelmatapauksia. Muutamassa tapauksessa markkinaoikeus on kuitenkin käsitellyt tarjousten hintavertailumekanismeja.

Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO:174/18*¹⁴ markkinaoikeus katsoi, että hinnan vertailuperuste oli asetettu tarjouspyynnössä hankintasäännösten vastaisesti. Kyseessä oli työterveyspalveluiden hankinta, jossa hankintayksikkö oli arvioinut tarjouksia hinnan (80 %:n painoarvolla) ja laadun (20 %:n painoarvolla) perusteella. Tarjouspyynnössä oli määritetty euromäärät tavoitehinnalle, tekniselle tavoitehinnalle ja maksimihinnalle. Tarjouspyynnössä oli ilmoitettu, että kaikki teknisen tavoitekustannuksen tarjonneet tarjoajat saavat 80 pistettä. Valittajan mukaan hankintayksikön käyttämät tarjousten vertailuperusteet eivät ole johtaneet kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan. Hankintayksikkö oli markkinaoikeudessa esittänyt, että rationaalinen tarjouksentekijä on painottanut tarjouksen-

¹² *Martens, Bob – Smith, Robert: Evaluation Methodologies 2018.*

¹³ Esimerkit mukailtu: *Martens, Bob – Smith, Robert: Evaluation Methodologies 2018.*

¹⁴ Hyvin samankaltainen on ratkaisu *MAO:175/18.*

sa laatua hinnan sijasta. Hankintayksikön mukaan hintavertailussa saatavat pisteet ovat si-
joittuneet 80 pisteen, jonka tarjoaja on voinut saavuttaa tarjoamalla teknisen tavoitehinnan,
ja 72,19 pisteen, jonka tarjoaja on voinut saavuttaa tarjoamalla maksimihinnan, välille.

Markkinaoikeuden mukaan tarjouspyynnössä oli virhe, sillä tarjoajien ei tarjouspyynnön
perusteella ollut mahdollista tietää, mitä tarjouspyynnössä mainituilla teknisellä tavoitehin-
nalla ja maksimihinnalla tarkoitettiin. Markkinaoikeus totesi, että hankintayksikön käyttä-
mä hinnan arviointimekanismi perustui kolmeen euromääräiseen hintaan, joista vain yhden,
maksimihinnan, määritelmä on esitetty tarjoajille tarjouspyyntöasiakirjoissa. Maksimihin-
nan määritelmä oli hankintayksikön markkinaoikeudessa esittämän mukaan puolestaan ol-
lut sidottu tavoitehintaan, jonka sisältöä ei kuitenkaan ole tarjouspyyntöasiakirjoissa selos-
tettu. Myöskään teknisen tavoitehinnan sisältöä tai tarjouspyynnössä esitetyn laskentakaa-
van merkitystä ei ole selitetty tarjouspyyntöasiakirjoissa. Lisäksi markkinaoikeus totesi,
että hankintayksikön soveltama hintapistemekanismi ei ollut noudattanut myöskään tar-
jouspyynnössä ilmoitettua hinnan ja laadun vertailun suhdetta, kun tarjoajien ei ollut mah-
dollista saada hintapisteitä tarjouspyynnössä esitetyn 0–80 pisteen välillä.

Markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO:659/17* oli kyse tarjousten hintavertailusta koulukulje-
tushankinnassa. Markkinaoikeus ei pitänyt menettelyä hinnan vertailun toteuttamisen osalta
virheellisenä.

Valittajan mukaan tarjouspyyntö oli epäselvä, koska siinä ei ilmoitettu, miten ja mihin pe-
rustuen tarjoushinnat pisteytetään, miten hintavertailu suoritetaan ja miten hinnat painote-
taan. Valittaja esitti, että tarjoajat olivat ymmärtäneet eri tavoin, miten tarjouslomakkeella
pyydetty tieto reittien kilometrimääristä on vaikuttanut vertailuun. Valittajan mukaan tar-
jouspyynnössä olisi tullut ilmoittaa hintavertailussa ja pisteytyksessä käytetty laskentakaa-
va.

Hankintayksikkö oli suorittanut tarjousten hintavertailun tarjouspyynnössä ilmoitetusti yk-
sinomaan tarjoajien ilmoittaman koulupäivän euromääräisen hinnan perusteella. Edulli-
simman tarjoushinnan antanut tarjoaja oli saanut tarjouspyynnöstä ilmenevällä tavalla hin-
tavertailun osalta 90 pistettä. Siltä osin, kun hankintayksikkö oli suorittanut muiden tarjous-
ten pisteyttämisen tarjoushinnan osalta, se oli käyttänyt tarjousten vertailutaulukkoon kirja-
tun mukaan laskentakavaa, jossa halvin tarjoushinta oli jaettu vertailtavalla tarjoushinnalla
ja tämä jakojäännös oli kerrottu 90:llä. Markkinaoikeus katsoi, että kyseisen laskentakavaan
käyttäminen antoi kullekin tarjoukselle pistemäärän, joka oli suoraan suhteessa siihen,
kuinka paljon tarjous oli kalliimpi kuin reitistä saatu halvin tarjoushinta. Näin ollen käytetty
laskentakava kohteli tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Laskentakava ei ole
myöskään johtanut tarjouspyynnössä esitetyn tarjoushintaa koskevan vertailuperusteen tai
sen suhteellisen painotuksen muuttumiseen. Laskentakavaan etukäteen ilmoittaminen ei olisi
myöskään antanut tarjoajille sellaista tietoa, joka niiden olisi tullut tai jonka ne olisivat voi-
neet ottaa huomioon tarjouksia laatiessaan.

Myös markkinaoikeuden ratkaisussa *MAO:96/17* oli kyse tarjousten hintavertailusta ate-
riakuljetuspalvelussa. Tässä tapauksessa markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö on
voinut soveltaa hintavertailussa sellaista pisteytystapaa, joka mahdollisti hinnan asettami-
sen joillekin reiteille hyvin alhaiseksi tai korkeaksi.

Valittajan mukaan tarjouspyynnön mukainen tapa vertailla tarjousten hintoja ei johtanut
halvimman tarjoajan valintaan, koska hankinnan eri osia ei painotettu suhteessa arvioituihin
hankintamääriin tai suoritteisiin.

Tarjouspyynnöstä kävi ilmi, että tarjousten pisteytys tapahtui ennalta ilmoitetun laskenta-
kaavan mukaisesti reiteittäin annettujen yksikköhintojen perusteella ja että kunkin tarjoajan
tarjouksen kokonaispisteet muodostuvat reittikohtaisten pisteiden yhteismäärästä. Tarjous-

pyynnön perusteella hintaa ei ole ollut tarkoitus vertailla tai pisteyttää eri osioiden kokonaishintojen perusteella eikä hintoja ole ilmoitettu muutoinkaan suhteutettavan hankintamääriin tai suoritteisiin. Tarjouspyynnössä ei myöskään ilmoitettu hankinnan osille painoarvoja, vaan kaikki reitit olivat hintavertailussa samanarvoisia.

Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli tarjouksia vertaillessaan soveltanut tarjouspyynnössä ilmoitettua tapaa vertailla hintoja. Markkinaoikeuden mukaan tarjoajien oli tullut tarjouspyynnön perusteella ymmärtää, että muiden tarjoajien ilmoittamat hinnat vaikuttavat eri reiteistä annettaviin pisteisiin, eikä pisteytystapa ole tältä osin ollut epätasapuolinen tai syrjivä. Tarjouskilpailun voitti tarjous, jonka yhteenlasketut reittikohtaiset pisteet olivat korkeimmat.

Markkinaoikeus totesi, että tarjouspyynnön mukainen pisteytystapa, jossa hinnat pisteytetään ensin yksikköhintojen perusteella reiteittäin ja kokonaispisteet muodostuvat eri reiteistä saatujen pisteiden yhteismäärästä, voi johtaa siihen, että korkeimmat pisteet saa tarjoaja, jonka tarjoamien palveluiden yhteishinta ei välttämättä ole halvin. Tässä tapauksessa pisteytystapa oli kuitenkin tarjouspyynnön perusteella tasapuolisesti kaikkien tarjoajien tiedossa etukäteen eikä sen soveltaminen ole antanut hankintayksikölle enää tarjousten vertailussa rajoittamatonta valinnanvapautta.

Kokoavana huomiona esitetyistä markkinaoikeuden ratkaisuksista voi todeta, että markkinaoikeus vaikuttaa painottavan arviossaan erityisesti valitun pisteytysmallin kuvaamista tarjouspyynnössä ja kuvauksen ymmärrettävyyttä tarjoajien näkökulmasta. Lisäksi ainakin yhdessä tapauksessa markkinaoikeus on arvioinut, ettei valitun mallin ole välttämätöntä kuvastaa halvinta yhteishintaa.

3 Rajat ylittäviä esimerkkiarvioita hinnan vertailumekanismista

3.1 Aluksi

Suomessa ei havaintojemme mukaan ole juurikaan käyty keskustelua suhteellisten vertailumallien käytöstä kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnissa julkisissa hankinnoissa. Sen sijaan muissa Pohjoismaissa, kuten Ruotsissa ja Norjassa, suhteellisen vertailumallin hankintasäännösten mukaisuutta on arvioitu sekä hankintaoikeudellisessa ja -taloustieteellisessä kirjoittelussa että oikeuskäytännössä. Lisäksi Portugalissa suhteellisen hinnan vertailumallin käyttäminen on lain tasolla kielletty. Kaikkien mainittujen maiden voimassa oleva hankintalainsäädäntö pohjautuu vuoden 2014 hankintadirektiiveihin, joten maissa omaksutut tulkinnat voidaan katsoa ainakin jossain määrin relevanteiksi Suomen näkökulmasta tai ne voidaan ainakin ottaa huomioon kansallisessa hankintalain tarkoittamaa kokonaistaloudellista edullisuutta arvioitaessa.

Esitämme seuraavaksi lyhyesti muutamia unionin tuomioistuimen tapauksia, joiden voidaan katsoa liittyvän kokonaistaloudellisen edullisuuden erilaisten mekanismien arviointiin. Tämän jälkeen esitämme suppean katsauksen¹⁵ Portugalissa, Ruotsissa ja Norjassa omaksutusta suhtautumisesta suhteellisen vertailumekanismiin käyttöön.

¹⁵ Katsausten tapausyhteenvedot ja käännökset ovat kirjoittajien laatimia, joten mahdolliset käännös- tai tulkintavirheet ovat kirjoittajien.

3.2 Unionin tuomioistuimen kokonaistaloudellisen edullisuuden arvioinnille asettamat lähtökohdat

Euroopan unionin tuomioistuin on antanut useita merkittäviä ratkaisuja hankintadirektiivien¹⁶ sisältämän kokonaistaloudellisen edullisuuden¹⁷ arvioimisesta ja tulkinnasta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden määritelmä ei ole merkittävästi muuttunut hankintadirektiiveihin tehtyjen muutosten yhteydessä, joten myös aiempien direktiivien tulkinnasta annetut EU-tuomioistuimen tuomiot ja ennakkoratkaisut ohjaavat vuoden 2014 hankintadirektiivien kokonaistaloudellisen edullisuuden mukaisen parhaan hinta-laatusuhteen arviointia.¹⁸

Eräs perustavanlaatuisista ohjauksista parhaan hinta-laatusuhteen vertailuperusteiden asettamisesta on johdettu unionin tuomioistuimen ratkaisusta *Concordia Bus Finland*¹⁹. Ennakkoratkaisussaan tuomioistuin totesi, että vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen, niiden ei tule antaa hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta, niiden tulee olla nimenomaisesti mainittu tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa ja niiden asettamisessa tulee noudattaa kaikkia yhteisön oikeuden peruseriaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta.²⁰

Asiassa *ATI EAC ym.*²¹ oli kyse tilanteesta, jossa hankintayksikkö oli määrittänyt ennalta ilmoittamansa laadun vertailuperusteen viiden alakohdan painoarvot ennen tarjousten arvioinnin tekemistä. Ennakkoratkaisupyynnön tehnyt italialainen tuomioistuin ohjasi unionin tuomioistuimeen kysymyksen siitä, onko ennalta ilmoitettuja vertailuperusteita mahdollista täsmentää tarjousten arvioinnin yhteydessä. Unionin tuomioistuin jätti vastaamatta kysymykseen suoraan, mutta esitti kansallisen tuomioistuimen avuksi kolmiportaisen testin, jonka avulla kansallisen tuomioistuimen oli arvioitava yksittäistilannetta. Ratkaisun mukaan hankintayksikkö voi tarjouksia arvioidessaan jakaa pisteet osatekijöiden kesken, jos:

1. tällainen päätös ei muuta tarjouspyyntöasiakirjoissa tai hankintailmoituksessa määriteltyjä sopimuksentekoperusteita
2. tällainen päätös ei sisällä tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos niistä olisi tiedetty tarjouksia valmisteltaessa
3. tällaista päätöstä tehtäessä ei ole otettu huomioon tekijöitä, jotka saattaisivat vaikuttaa syrjivästi johonkin tarjoajista.²²

Unionin tuomioistuimen mukaan kukin kohta yksinään riittää siihen, että päätöstä on pidettävä hankintasäännösten vastaisena.²³

¹⁶ Vuoden 2014 hankintadirektiivien lisäksi näitä edeltäneet hankintoja säännelleet direktiivit vuosilta 2004 (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL L 134, s. 114–240, jäljempänä vuoden 2004 hankintadirektiivi), sekä 1992 (Neuvoston direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL L 209, s. 1–24).

¹⁷ Vuoden 2004 hankintadirektiivin 53 (2) artikla, 2014 67(5) artikla.

¹⁸ Esim. Albert Sanchez-Graells blogikirjoituksessaan ”Should evaluation committees be banned from using ‘soft quality metrics’ when they assess public tenders? (C-6/15)”, How to crack a nut, 11.3.2016.

¹⁹ Asia C-513/99, 17.9.2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495.

²⁰ Asia *Concordia Bus Finland*, kohta 64.

²¹ Asia C-331/04, 24.11.2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc ym. vs. ACTV Venezia SpA ym (ATI EAC ym.)* ECLI:EU:C:2005:718.

²² Unionin tuomioistuimen testi laajemmin kuvattuna, asian *ATI EAC ym.* kohdat 26, 28, 30. Testiä kutsutaan jäljempänä *ATI-testiksi*.

²³ Asia *ATI EAC ym.*, kohdat 27, 29, 31.

Asiassa *Lianakis*²⁴ unionin tuomioistuin on edelleen tarkentanut vertailuperusteiden muuttamisen mahdollisuutta hankintamenettelyn aikana tapauksessa, jossa hankintayksikkö oli hankintailmoituksessa määrittänyt kolme laadun vertailuperustetta tärkeysjärjestyksessä. Hankintamenettelyn aikana hankintayksikkö oli kuitenkin antanut vertailuperusteille keskinäiset painoarvot sekä edelleen määrittänyt perusteet, joiden mukaan tarjouksia tullaan kohdittain arvioimaan. Unionin tuomioistuin totesi hankintasäännösten vastaiseksi sen, että hankintaviranomainen vahvistaa tarjouspyyntöasiakirjojen tai hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen painotuskertoimet, painotussäännöt ja alaperusteet ilmoitetuille sopimuskentekoperusteille, jos näitä sääntöjä, painotuskertoimia ja alaperusteita ei ole annettu tarjoajien tietoon. Yhteisöjen tuomioistuin siten katsoi, että vertailuperusteiden painoarvojen tai osatekijöiden jälkikäteinen vahvistaminen on hankintasäännösten vastaista.²⁵

Ratkaisussa *TNS Dimarso*²⁶ oli puolestaan kysymys hinnan ja laadun vertailusta siten, että hankintailmoituksessa molempien painoarvoksi oli merkitty 50/100. Hankintayksikkö oli kuitenkin arvioinut laadun kolmiportaisella asteikolla (hyvä – tyydyttävä – heikko). Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt belgialainen tuomioistuin halusi varmistaa, onko hankintaviranomaisten etukäteen ilmoitettava käyttämänsä vertailumekanismi tarjoajille. Unionin tuomioistuin totesi, että hankintasäännöksissä tai oikeuskäytännössä ei vahvisteta hankintayksikön velvollisuutta saattaa tarjoajien tietoon arviointimenetelmää, jota se soveltaa arvioidakseen ja luokitellakseen tarjoukset sen vahvistamien vertailuperusteiden ja niiden suhteellisen painotuksen perusteella.²⁷ Tuomioistuin kuitenkin ilmaisi, että arviointimenetelmän jälkikäteinen vahvistaminen ei voi johtaa siihen, että vertailuperusteet tai niiden suhteellinen painotus muuttuvat.²⁸ Vaikka unionin tuomioistuin katsoi, että kansallisen tuomioistuimen oli määritettävä, olivatko vertailuperusteet tai niiden painotus muuttuneet hankintayksikön tapauksessa käyttämän vertailuperusteen vuoksi, se kuitenkin totesi, että hankintayksikön hankintailmoituksen julkaisemisen jälkeen vahvistama arviointimenettely saattoi vaikuttaa hintaperusteeseen antamalla sille ratkaisevan painon suhteessa laatuun.²⁹

TNS Dimarso-tapauksessa unionin tuomioistuin ei suoraan ottanut kantaa ilmoitettujen perusteiden muuttumiseen, mutta julkisasiamies esitti ratkaisuehdotuksessaan suoremmin katsovansa suhteellisen painotuksen muuttuneen.³⁰ Hankintayksikön soveltamalla kolmiportaisella arviolla myös laadultaan eri arvoiset tarjoukset saattoivat saada saman ”arvosanan”, jolloin laadultaan samanarvoisiksi arvioitujen tarjousten hyvinkin pienet hintaerot saattoivat ratkaista tarjouskilpailun. Tällöin hinta oli saanut suhteessa suuremman painoarvon kuin hankinta-asiakirjoissa ilmoitettu 50 %.

Unionin tuomioistuin sovelsi *TNS Dimarso*-tapauksessa *ATI EAC ym.*-tuomiossa kehittämänsä kolmiportaisen testin ensimmäistä kohtaa (päätos ei saa muuttaa ilmoitettuja vertailuperusteita). Onkin arvioitu, että testin ensimmäisen kohdan soveltuessa tapaukseen, testin kaksi muuta osaa jäävät turhiksi, sillä hankinta-asiakirjoissa ilmoitettujen vertailuperusteiden muuttuminen saattaa suoraan johtaa siihen, että muutos olisi voinut vaikuttaa tarjoajien

²⁴ Asia C-532/06, 24.1.2008, Emm. G. Lianakis AE ym. vs. Dimos Alexandroupolis ym. (Lianakis ym.), ECLI:EU:C:2008:40.

²⁵ Asia Lianakis ym., kohdat 38, 44 ja 45.

²⁶ Asia C-6/15, 14.7.2016, *TNS Dimarso NV vs. Vlaams Gewest (TNS Dimarso)*, ECLI:EU:C:2016:555.

²⁷ Asia *TNS Dimarso*, kohta 27.

²⁸ Asia *TNS Dimarso*, kohta 32.

²⁹ Asia *TNS Dimarso*, kohta 35.

³⁰ Julkisasiamies Mengozzin ratkaisuehdotus 10.3.2016 asiassa C-16/15 *TNS Dimarso NV* vastaan *Vlaams Gewest*, kohta 55.

tarjousten valmisteluun (ATI-testin toinen kohta) ja että lopputulos voisi olla syrjivä (ATI-testin kolmas kohta).³¹

Vaikka unionin tuomioistuin nimenomaan totesi, ettei hankintayksiköillä ole velvollisuutta ilmoittaa käyttämäänsä arviointimekanismia etukäteen tarjoajille, on *TNS Dimarso*-tapauksen katsottu perustavan riskin hankintayksiköille, jotka eivät etukäteen ilmoita käyttämäänsä arviointimekanismia. Mekanismin ilmoittamatta jättäminen voi olla peruste arvioida hankintamenettely avoimuusperiaatteen vastaiseksi.³²

Edellä mainittujen lisäksi unionin yleinen tuomioistuin on ottanut kantaa hinnan keskihintaan perustuneeseen vertailumekanismiin Espanjan valtion kumoamiskannetta koskeneessa asiassa *Espanja v. komissio*³³. Asiassa oli kyse komission tekemästä tuen takaisinperintäpäätöksestä, josta Espanja valitti unionin yleiseen tuomioistuimeen. Yhtenä tuen väärinkäyttöön liittyvänä perusteena komissio oli katsonut, että Espanjan hankerahoilla kilpailutamissa julkisissa hankinnoissa käyttämä keskihintamekanismi oli hankintasäännösten ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun vastainen. Mekanismi perustui saatujen tarjousten hintojen perusteella laskettuun keskihintaan.³⁴ Arvioinnissaan tuomioistuin viittasi ATI-testin toiseen kohtaan todetessaan, että jälkikäteen laskettu tarjousten keskihinta oli tosiasiasa tarjoajilta salattu tekijä, joka esti niitä mukauttamasta tarjouksiaan tarjousvertailua silmällä pitäen.³⁵ Tuomioistuin katsoi, että keskihintamenetelmän soveltamisella oli loukattu avoimuusperiaatetta eikä mekanismi ollut mahdollistanut taloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa.³⁶

EU-tuomioistuimen kannanotoista ilmenee, että vaikka hankintayksiköllä ei ole nimenomaista velvollisuutta ilmoittaa käyttämäänsä mekanismeja ja sen kannalta olennaisia tekijöitä (kuten keskihintaa, joka määritetään a posteriori), tulee tarjoajien kyetä hankinta-asiakirjojen perusteella ymmärtämään seikat, jotka vaikuttavat tarjousten laatimiseen. Tiettyt mekanismit, kuten hinnan suhteellisen vertailun osalta seuraavassa todetaan, voivat paljastua tarjoajien tasavertaisen kohtelun periaatetta tai avoimuusperiaatetta loukkaaviksi vasta vertailuvaiheessa. Hankintayksikön on esitetyn oikeuskäytännönkin nojalla herkästi reagoitava vertailuperusteiden ja niiden painoarvojen mahdollisiin muutoksiin.

3.3 Portugalissa omaksuttu kieltä käyttää suhteellista vertailumallia

Portugali on Euroopan unionin jäsenmaana velvoitettu noudattamaan vuoden 2014 hankintadirektiivejä. Portugalissa on valittu direktiivejä tiukempi tulkintalinja kieltämällä suhteel-

³¹ Adrian Brown ”Whether a Contracting Authority must Disclose its Method of Evaluation to Tenderers in Advance: the EU Court of Justice Ruling in Case C-6/15 TMS Dimarso NV v. Vlaams Gewest”, P.P.L.R. 6/2016 NA 185–190.

³² Adrian Brown ”Whether a Contracting Authority must Disclose its Method of Evaluation to Tenderers in Advance: the EU Court of Justice Ruling in Case C-6/15 TMS Dimarso NV v. Vlaams Gewest”, P.P.L.R. 6/2016 NA 185–190.

³³ Asia T-402/06, 16.9.2013 Espanjan kuningaskunta vs. Euroopan komissio, ECLI:EU:T:2013:445.

³⁴ Espanjan käyttämää monimutkaista keskihintaan perustunutta vertailumekanismia on avattu tarkemmin tuomion kohdissa 57–59. Yksinkertaistettuna saatujen tarjousten perusteella laskettiin keskihinta verraten tarjouksia kustannusarvioon. Tämän perusteella tarjousten hintoja verrattiin keskihintaan tiettyjen haarukoiden (kuten keskimääräinen alitus, uskalias alitus) avulla, jonka jälkeen sovellettiin matemaattista kaavaa tarjousten pisteyttämiseksi. Siten muun ohella lähellä keskihintaa olevat, eli sekä sen ylittävät että alittavat hinnat saatettiin käytännössä arvioida samanarvoiseksi.

³⁵ Asia Espanja v. komissio, kohdat 72–73.

³⁶ Asia Espanja v. komissio, kohdat 77 ja 85.

lisen vertailumallin käyttäminen. Kiellosta on säädetty julkisia hankintoja koskevan lain (Decreto-Lei n.º 18/2008) artiklassa nro 139(4):

Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar.³⁷

Kiellon mukaan tarjousten arviointimallia valmisteltaessa ja tarjouksia arvioitaessa ei saa käyttää tietoja, jotka riippuvat suoraan tai välillisesti annettujen tarjousten ominaisuuksista, lukuun ottamatta vertailtavana olevaa tarjousta. Vastaava kiello on ollut voimassa jo Portugalin aiemman hankintalain aikana.

3.4 Katsaus suhteelliseen vertailumalliin suhtautumiseen Ruotsissa

Ruotsissa julkisista hankinnoista on säännelty lailla *lagen om offentlig upphandling*³⁸. Hankintojen suorittamista valvovana viranomaisena toimii *Konkurrensverket*. Muutoksenhaku julkista hankintaa koskevasta päätöksestä tapahtuu ensimmäisessä asteessa valituksella alueelliseen *Förvaltningsrätten*-tuomioistuimeen, jonka päätöksestä on mahdollista valittaa *Kammarrätten*-tuomioistuimeen ja edelleen *Högsta förvaltningsdomstolen* -tuomioistuimeen³⁹.

Suhteellisen tarjousvertailumekanismiin käyttöön on suhtauduttu Ruotsissa epäilevästi. Viranomaiskannanotoissa ja oikeuskäytännössä on otettu melko yhdenmukaiselta ja johdonmukaiselta vaikuttava kielteinen kanta suhteellisen vertailun käyttöön. Mallin on todettu olevan arvaamaton ja manipuloitavissa sekä estävän laadun ja hinnan arvioinnin läpinäkyvyyttä⁴⁰. Vaikka mallin käytön on todettu yksittäistapauksissa voivan olla hankintasäännösten mukainen, on oikeustilan arvioitu kuitenkin tulkitsevan mallia lähtökohtaisesti säännösten vastaiseksi.⁴¹

Erään varhaisimman kielteisen kannan kyseisen mallin käyttöön on omaksunut julkisten hankintojen lautakunta (Nämnden för offentlig upphandling, jäljempänä myös NOU⁴²).⁴³ NOU totesi, että vertailumekanismiin, joka mahdollistaa kilpailutuksessa tarjotun alhaisimman hinnan vaikuttavan kilpailutuksen voittajaan, ei voida katsoa olevan muotoiltu siten, että se johtaa oikeudenmukaiseen lopputulokseen. Tällainen malli ei myöskään voi johtaa kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan, sillä kokonaistaloudellisen edullisuuden tulee perustua tarjouksen hinnan ja laadun suhteeseen eikä muiden tarjousten hinnoitteluun. NOU:n mukaan malli ei voi edellyttää, että tarjoajat joutuvat tarjouspyynnön

³⁷ Pykälän epävirallinen englanninkielinen käännös on: In the preparation of the proposal evaluation model, no data may be used that depend, directly or indirectly, on the attributes of the proposals to be presented, with the exception of those of the proposal to be evaluated.

³⁸ *Lagen om offentlig upphandling* 2016:1145, jäljempänä LOU 2016:1145; tätä edeltänyt laki oli samanniminen *lagen om offentlig upphandling* (2007:1091; jäljempänä LOU 2007:1091).

³⁹ Aiemmin, 1.1.2011 saakka *Regeringsrätten*.

⁴⁰ Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen "God affärer - en strategi för hållbar upphandling", SOU 2013:12, s. 24–25.

⁴¹ Upphandlingsmyndigheten-tahon vastaus kysymykseen 28.10.2016

<https://frageportalen.upphandlingsmyndigheten.se/org/upphandlingsmyndigheten/d/relativa-utvarderingskriterer-pris/> Vierailtu viimeksi 10.2.2019.

⁴² NOU oli pieni julkisiin hankintoihin erikoistunut viranomainen, jonka toiminta on yhdistetty Konkurrensverketiin vuonna 2007, ks. esim. <http://www.konkurrensverket.se/nou-arkiv/>. Vierailtu viimeksi 10.2.2019.

⁴³ NOU:n lausunto "Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling", 17.10.2005, NOU 2004/0024-26.

perusteella paitsi arvioimaan oman kilpailukykyisimmän hintansa myös tekemään pitkälle meneviä päätelmiä muiden tarjoajien hinnoittelusta.⁴⁴

NOU:n kannanoton jälkeen suhteellisen vertailun mallia on arvioitu kriittisesti erilaisissa julkaisuissa. Konkurrensverketin toimeksiannosta laaditussa empiirisessä tutkimuksessa⁴⁵ todettiin, että suhteellinen hintavertailu perustuu sattumaan, eli saatujen tarjousten hintatasoon. Tällöin hankintayksikön ei ole mahdollista arvioida kahden saadun tarjouksen välistä kokonaistaloudellista edullisuutta ilman, että kaikkien saatujen tarjousten, ja erityisesti kaikista halvimmän tarjouksen, hinta on tiedossa. Kokonaistaloudellisen edullisuuden elementtien, hinnan ja laadun, suhteen tulisi heijastaa hankintayksikön arviota kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen ominaisuuksien suhteesta, ja hankintayksikön tulisi myös olla mahdollista valita paras tarjous näistä lähtökohdista. Kuitenkin suhteellisen hinnan vertailumallin johdosta hankintayksikön valitseman tarjouksen ratkaisee saatu halvin hinta, ei tarjouspyynnössä määritetty hinnan ja laadun suhde.⁴⁶

Myös *Upphandlingsutredning*⁴⁷ on loppuraportissaan⁴⁸ todennut suhteellisten vertailumallien sisältävän suuria puutteita ja suositellut, ettei niitä ylipäänsä käytettäisi. Sen sijaan tulisi soveltaa absoluuttisia vertailumalleja.⁴⁹ Työryhmän mukaan mallin ensimmäinen ongelma on, etteivät tarjoajat voi tarjouksia laatiessaan ennalta tietää, minkä painoarvon vertailuperuste tulee vertailussa saamaan. Toisena ongelmana on mallin mahdollistama epäterve strateginen tarjoaminen, jonka myötä yritykset voivat jättää halpoja ns. bulvaanitarjouksia mahdollistaakseen jonkin toisen yrityksen voiton.

Konkurrensverket on lausunnossaan Göteborgin Kammarrätten-tuomioistuimelle vuonna 2010 pitänyt hinnan suhteellisen vertailun mallin riskejä ennalta-arvattavuudelle ja tarjoajien tasavertaiselle kohtelulle turhan suurina.⁵⁰ Kammarrätten i Göteborg oli valitusasiassa pyytänyt Konkurrensverketiltä lausuntoa, jossa pyydettiin erityisesti ottamaan kantaa siihen, voitiinko muutoksenhaun kohteena olleessa hankintamenettelyssä käytettyä vertailumallia pitää yhdenmukaisena kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnan kanssa.

Asia koski LOU:n 2007:1091 mukaan yksinkertaisella menettelyllä⁵¹ kilpailutettua talvikunnossapidon GPS-hankintaa. Hankintamenettelyn tarjousvertailu oli jaettu kahteen vaiheeseen, joista ensimmäisessä oli kysymys 40:n laitteen hankinnasta tarjoushinnan painoarvon ollessa 60 %. Toisessa vaiheessa oli kyse optiosta, jonka tarjousvertailu perustui tarjoushintaan 50 %:n painoarvolla.⁵² Valittaja ja voittanut tarjoaja olivat saaneet samat laadullisiin perusteisiin liittyneet pisteet. Valittajan yhteenlaskettu hinta ensimmäisestä ja toisesta vaiheesta oli halvin, mutta sen tarjous ei ollut tullut valituksi.⁵³ Sen sijaan valituksi oli

⁴⁴ NOU 2004/0024-26, s. 13.

⁴⁵ ”En logisk fälla – Relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling”, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2009:12, Anders Lunander.

⁴⁶ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2009:12, s. 38–39.

⁴⁷ Upphandlingsutredning oli Ruotsin hallituksen vuonna 2010 perustama asiantuntijaryhmä, jonka tarkoituksena oli selvittää hankintasäätelyn yhteiskuntapoliittisia ja taloudellisia näkökulmia sekä seurata tilastointia: <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2013/03/sou-201312/> Vierailtu viimeksi 11.2.2019.

⁴⁸ Slutbetänkande av Upphandlingutredningen 2010 ”Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling”, Statens Offentliga Utredningar SOU 2013:12.

⁴⁹ SOU 2013:12, s. 141–142.

⁵⁰ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, 20.12.2010, Kammarrätten i Göteborgin asiassa nro 5293-10.

⁵¹ Kyseessä oli EU-kynnyсарvon alittava hankinta, johon on sovellettu kevyempää hankintamenettelyä kansallisen hankintalakimme kansallisia hankintoja koskevaa sääntelyä muistuttaen.

⁵² Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 4. Lopulliset pisteet laskettiin ensimmäisen ja toisen vaiheen pisteiden keskiarvon perusteella (ks. pisteytysmallista tarkemmin lausunnosta, kohta 5).

⁵³ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 6.

tullut voittanut tarjoaja, jonka tarjous oli ollut kalliimpi kuin valittajan sekä ensimmäisen vaiheen että kahden vaiheen yhteenlasketun hinnan osalta. Voittaneen tarjoajan hinta oli ollut erittäin alhainen toisen vaiheen option hinnoittelussa.⁵⁴ Valittaja oli siten tehnyt päätöksestä valituksen ensin paikalliseen hallintotuomioistuimeen ja sitten Kammarrättienin katsoen, ettei arviointimalli ollut tarkoituksenmukainen kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valitsemiseksi.⁵⁵ Valittajan mukaan käytetty vertailumekanismi johti epätarkoituksenmukaiseen lopputulokseen, kun malli olisi mahdollistanut hankinnan voittamisen 50 miljardin kruunun hinnalla vaiheessa 1, jos vaiheen 2 hinnoitteluksi olisi esitetty 1 kruunua kaikkien kustannusosioiden osalta.⁵⁶ Nyt menettelyssä annetut hinnat olivat valittajalla n. 550 - 600 000 kruunua molemmista vaiheista⁵⁷, kun voittanut tarjoaja oli tarjonnut n. 1,5 miljoonaa kruunua vaiheesta 1 ja n. 230 000 kruunua vaiheesta 2⁵⁸.

Konkurrensverket totesi lausunnossaan, ettei suhteellisten arviointimallien puutteiden ollut aiemmin katsottu olevan niin merkittäviä, että mallia olisi itsessään pidetty kiellettyinä.⁵⁹ Konkurrensverket kuitenkin ilmaisi asian luonteesta seuraavan, että mikäli kaksi tai useampi tarjoajaa saavat täysin samat pisteet muista kuin hintaan liittyvistä vertailukohdista, tulee halvimman hinnan antaneen tarjouksen voittaa.⁶⁰ Käsillä olleessa asiassa kilpailutuksen oli kuitenkin voittanut tarjoaja, joka oli saanut samat laatuasteet kuin kaksi muuta tarjoajaa mutta joka kuitenkin oli antanut kalliimman hinnan kuin nämä.⁶¹ Vaikka malli oli sinällään asianmukaisesti kuvattu tarjouspyynnössä, sen ei siten voitu katsoa johtaneen oikeudenmukaiseen lopputulokseen ja oli siten ollut tarjoajien tasavertaisen kohtelun periaatteen vastainen, kun voittanutta tarjoajaa oli suosittu muihin tarjoajiin nähden.⁶² Mallin virheenä ei sinänsä ollut hinnan suhteellinen vertailu, vaan se, ettei hintatekijöitä ollut laskettu yhteen ennen vertailua.⁶³ Konkurrensverket katsoi mallin sisältävän sellaisia virheitä, ettei sitä voitu hyväksyä.⁶⁴

Konkurrensverket otti lausuntonsa lopuksi kantaa mallin käyttöön myös yleisellä tasolla. Se totesi, että mikään ei estä mallin mukaisen vertailun kokonaistaloudellisesti edullisinta lopputulosta. Lopputulos on kuitenkin täysin riippuvainen saapuneista tarjouksista.⁶⁵ Siten hankintayksikkö ei voi mallin valitessaan ikinä tietää ennen tarjousten vastaanottamista, käyttäkö se kiellettyä arviointimekanismia vai ei. Mikäli hankintayksikkö tarjousten vastaanottamisen jälkeen joutuisi toteamaan, ettei malli johda kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan, olisi se ohjattava keskeyttämään menettelynsä. Malli sisältää korkean riskin lopputuloksen epäoikeellisuudesta ja mahdollistaa strategisen tarjoamisen. Se on siten sopimaton hankinnan läpinäkyvyyden näkökulmasta.⁶⁶

Pintapuolisen ruotsalaisen oikeuskäytännön läpikäymisen perusteella mainittu Konkurrensverketin lausunto ja muut suhteellista vertailutapaa arvostelleet kirjoitukset ovat johtaneet

⁵⁴ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 9.

⁵⁵ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 6 ja 8.

⁵⁶ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 9.

⁵⁷ Konkurrensverketin lausunnon dnro 616/2010 liite 1: 542 600 kruunua vaiheesta 1 ja 622 600 kruunua vaiheesta 2.

⁵⁸ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 5; 1 462 875 kruunua vaiheesta 1 ja 234 900 kruunua vaiheesta 2.

⁵⁹ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 24 viitaten aiempiin alaviitteissään 12 mainittuihin eri Kammarrätt-tuomioistuinten ratkaisuihin.

⁶⁰ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 27. Samoin on todennut myös unionin yleinen tuomioistuin tuomiossaan Espanja v. komissio, kohta 77.

⁶¹ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 29

⁶² Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 30.

⁶³ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 32.

⁶⁴ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 37.

⁶⁵ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 35.

⁶⁶ Konkurrensverketin lausunto dnro 616/2010, kohta 36.

Ruotsissa valitusperusteen, joka on Suomessa harvinainen, esille nousemiseen. Valittajat saattavat yhtenä valitusperusteenaan esittää, että hankintamenettelyssä käytetty suhteellisen vertailun malli ei johda kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaan tai oikeelliseen lopputulokseen. Esimerkiksi Göteborgin Kammarrättenin tuomiossa 29.1.2016⁶⁷ valittaja esitti kahden hintatekijän eri painoarvon johtavan virheelliseen lopputulokseen, kun laadultaan samanarvoisista tarjouksista yhteishinnaltaan huomattavasti⁶⁸ kalliimpi tarjous oli voittanut kilpailutuksen. Kammarrättenin arvio oli lyhyt:

"Kammarrätten konstaterar att det inte har framkommit annat än att Rexels och Elektroskandias anbud är likvärdiga vad gäller kvalitetskriterierna. Trots det har Elektroskandias anbud, som har ett avsevärt högre pris än Rexels, fått högst poäng i utvärderingen. Den valda utvärderingsmodellen kan därmed inte anses ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Modellen strider därför mot LUF."⁶⁹

Huolimatta suhteelliseen vertailumekanismiin kohdistuneesta arvostelusta mekanismeja käytetään edelleen jossain määrin ruotsalaisissa julkisissa hankinnoissa. Mallin käytön jatkuminen saattaa johtua osin hankintayksiköiden tietämättömydestä, ja on toki otettava huomioon, että mallin käyttöä ei ole täysin kielletty. Kaikissa mainitsemisamme lähteissä on todettu, että malli saattaa tietyissä tilanteissa johtaa oikeudenmukaisella tavalla parhaan hinta-laatusuhteen omaavan tarjouksen valintaan. Tästä huolimatta useat lähteet ovat ottaneet kantaa mallin jättämiseen soveltamatta.

3.5 Katsaus suhteelliseen vertailumalliin suhtautumiseen Norjassa

Vaikka Norja ei ole Euroopan unionin jäsenmaa, eikä sillä ole jäsenyydestä seuraavaa velvoitetta hankintadirektiivien noudattamiseen, on se Euroopan talousalueeseen (ETA-alue) kuuluvana valtiona implementoinut hankintadirektiivien mukaisen sääntelyn ensimmäisen kerran vuonna 1994. Norjalainen hankintasääntely vastaa sisällöltään täysin EU-direktiivien sääntelyä⁷⁰ sen lisäksi, että kansallisessa hankintalaissa *Lov om offentlige anskaffelser*⁷¹ on kansallista sääntelyä mm. EU-kynnysarvot alittavien hankintojen osalta. Lisäksi erityisesti Norjan valituslautakunnan (*klagenemda for offentlige anskaffelser*; KOFA) päätöskäytäntö nojaa olennaisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.

Norjassa hankinnoista voi valittaa joko KOFA:aan tai yleisiin tuomioistuihin. KOFA antaa valituslautakuntana suurimman osan päätöksistään ei-sitovina, eikä sen ole mahdollista määrätä oikeussuojadirektiivin⁷² mukaisia seuraamuksia hankintasäännösten rikkomuksista tai päättää vahingonkorvauksista. Suorahankinnoista KOFA voi sitovilla päätöksillään myös määrätä hallinnollisia sakkoja. Toimivalta oikeussuojadirektiivin mukaisille toimille on asetettu yleisille tuomioistuimille, eli ensimmäisessä asteessa *Tingsrett*-tuomioistuimelle, valitustuomioistuimena *Lagmansrett*:lle ja ylimpänä tuomioistuimena

⁶⁷ Förvaltningsrätten i Göteborg, asia nro 2237-15, 28.4.2016.

⁶⁸ Yli 1,8 miljoonaa kruunua kalliimpi tarjous.

⁶⁹ Tuomion s. 4. Lyhenteellä LUF viitataan Ruotsin aiemmin voimassa olleeseen erityisalojen hankintalakiin *Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* 2007:1092.

⁷⁰ Esim. *Getting the Deal Through Norway*, Trygve Olavson Laake, published July 2018.

⁷¹ *Lov om offentlige anskaffelser*, LOV-2016-06-17-73.

⁷² Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta EUVL L 395 30.12.1989, s. 33 myöhempien muutoksineen, mm. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi EUVL L 335, 20.12.2007, s. 31–46.

Høyesterett -korkeimmalle oikeudelle. Valitusinstansseista KOFA käsittelee vuosittain alle 200 hankinta-asiaa⁷³, ja perinteisesti yleisissä tuomioistuimissa käsiteltyjen hankinta-asioiden määrät ovat pieniä⁷⁴.

Norjassa ei suhteellisen vertailumekanismien käytölle ole omaksuttu yhtä johdonmukaista kantaa kuin Ruotsissa, vaan vertailumekanismien sallittavuutta arvioidaan tapauskohtaisesti sen perusteella, onko mekanismeilla jälkikäteen tarkasteltuna voitu varmistaa hinnalle painoarvo, joka on vahvistettu tarjouspyyntöasiakirjoissa. Oikeuskäytännön mukaan valitun mallin tulee kuvata tarjoustensa hinnoittelussa ilmenneitä eroja.

Eräs usein viitattu tapaus on KOFA:n laajassa kokoonpanossa 22.4.2015 ratkaistu asia.⁷⁵ Tavarahankinnan tarjouspyynnössä oli vertailuperusteiksi todettu hinta 60 %:n painoarvolla ja laatu 40 %:n painoarvolla. Hankintapäätöksessä oli kerrottu parhaan hinnan saaneen kuusi pistettä ja muut kalliimmat tarjoukset pisteensä suhteessa parhaaseen tarjoukseen. Valittaja valitti asiassa KOFA:an esittäen, että käytetyssä mallissa ei ole pisteytetty hintaeroja asianmukaisesti. Valittajan mukaan halvimman ja valitun tarjouksen hintaero on ollut n. 40 %, mutta ero pisteissä vain 28 %.

KOFA totesi arvioissaan, että hankintayksiköllä ei lähtökohtaisesti ole velvollisuutta esittää hintavertailumekanismiaan, mutta esitti kuitenkin ATI EAC ym. -ratkaisusta seuraavan, että tarjoajille pitää ilmoittaa etukäteen seikat, joilla on merkitystä tarjoustensa laatimisessa.⁷⁶ KOFA totesi, että suhteellinen vertailumalli ei sinänsä ole hankintasäännösten vastainen. Käytettäessä mallia tulee KOFA:n mukaan varmistaa, että se on ATI EAC ym. -tapauksen testin mukainen, eikä merkitystä ole annettava sille, että jokin toinen pisteytysmalli olisi voinut johtaa toiseen lopputulokseen. KOFA kuitenkin totesi, että käsiteltävänä olleessa tapauksessa, kun 40 %:n hintaero oli johtanut vain 28 %:n piste-eroon, ja kun hinnalla on ollut määräävä 60 %:n painoarvo, ei malli ole ollut omiaan toteuttamaan ilmoitettua hinnan painoarvoa. KOFA siten katsoi asiassa rikotun hankintasäännöksiä.

Myös muutamassa muussa pisteytysmallin ongelmiin liittyneessä tapauksessa⁷⁷ on ollut kysymys siitä, että vertailumallin ilmoittamatta jättäminen on johtanut hinnan erilaiseen painottamiseen kuin tarjouspyynnön perusteella olisi ollut pääteltävissä. Hankintayksiköt olivat tapauksissa ilmoittaneet hinnan painoarvon tietyn prosenttimääräksi ja jättäneet pisteskaalan kertomatta. Hankintayksiköt olivat päätöksissään soveltaneet pisteskaalaa 1–6 siten, että parhaan hinnan tarjonnut tarjoaja oli saanut kuusi pistettä, toiseksi paras viisi, kolmanneksi paras neljä, ja niin edelleen. KOFA katsoi, etteivät tarjoajien saamat pisteet kuvastaneet tarjouksissa ilmenneitä eroja, kun pienetkin hintaerot olivat voineet johtaa suuriin pistemääräisiin eroihin.

KOFA:n käytännössä vaikuttaa lisäksi painottuvan Suomen markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä enemmän osapuolten asiassa esittämä. Kun markkinaoikeus tarkastelee esimerkiksi tarjousvertailua avoimuusperiaatteen ja syrjimättömyysperiaatteen objektiivisesta näkökulmasta, ovat muutamat KOFA:n ratkaisut ratkenneet sen perusteella, onko hankintayksikkö osoittanut käyttämänsä mekanismin toteuttaneen tarjouspyynnössä ilmoitettua paino-

⁷³ Esim. vuonna 2018 KOFA on vastaanottanut 138 asiaa ja vuonna 2017 193 asiaa; <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/statistikk>. Vierailtu viimeksi 12.1.2019.

⁷⁴ Getting the Deal Through Norway, *Trygve Olavson Laake*, julkaistu kesäkuussa 2018.

⁷⁵ KOFA 22.4.2015 asia 2014/95.

⁷⁶ KOFA asia 2014/95, mm. päätöksen kohta 44.

⁷⁷ Esim. KOFA:n päätökset 13.8.2012 asiassa 2011/1 ja 18.11.2018 asiassa 2012/41.

arvoa⁷⁸, tai sen perusteella, ettei valittaja ole kyennyt osoittamaan hintamekanismin vaikuttaneen sen tarjouksen laatimiseen⁷⁹.

KOFA on kuvannut suhteellista vertailumekanismia ratkaisukäytännössään siten, että hintaerot näyttäytyvät erilaisina pisteinä pisteytyskaalan eri päissä, ja että koko skaalaa ei koskaan käytetä. Metodi antaa suurimmat pisteet, kun halvimman ja muiden tarjousten erot ovat pieniä, ja sen käyttö johtaa siihen, että halvimman tarjouksen hinta ratkaisee merkittävästi muiden tarjousten pisteytyksen.⁸⁰

Norjalaisten hankinta-asiantuntijoiden kanssa käymissämme keskusteluissa on esiintynyt kielteistä kantaa suhteellisen vertailumallin käyttämiselle. Erityisen negatiivinen suhtautuminen ei kuitenkaan suoraan ilmene norjalaisen valituslautakunnan oikeuskäytännöstä, jossa on ennemminkin painotettu tarjouspyynnössä ilmaistun hinnan vertailun painoarvon paikkansapitävyyttä sekä sitä, että pisteytysmalli ilmentää tarjousten väliset hintaerot todenmukaisella tavalla.

4 Suhteellisen vertailun sallittavuus Suomessa

4.1 Suomalaisen hintavertailukeskustelun nykytila

Suomessa ei ole juurikaan tarkasteltu hinnan arviointimekanismeja systemaattisesti siitä näkökulmasta, osoittavatko käytetyt mekanismit taloustieteellisesti arvioiden parhaan hintalaatusuhteen tarjousten välillä kuin siitäkään, ovatko yksittäistapauksessa käytetyt hinnoittelun pisteytysmallit oikeudellisesti hankintasääntelyn mukaisia. Erilaisten hinnan vertailumekanismien esiintyminen on ylipäänsä harvinaista, ja esimerkiksi elinkaarikustannusten arviointia käsitteen suppeassa tai laajassa merkityksessä ei juurikaan käytetä kustannusten vertailuun. Lisäksi muun ohella Ruotsissa tai Norjassa käytyä keskustelua siitä mahdollisuudesta, että esimerkiksi suhteellinen hintojen vertailu voisi johtaa joko matemaattisesti tai oikeudellisesti väärän tarjouksen valintaan, emme ole havainneet Suomessa.

Suhteellinen hinnan vertailu on vakiintunut Suomessa oletusarvoiseksi lähtökohdaksi. Sähköinen kilpailuttaminen erilaisten sähköisten järjestelmien avulla on ollut pakollista siirtymäajan päätyttyä 18.10.2018 alkaen, ja sähköisissä palveluissa suhteellista hinnan vertailumekanismia tarjotaan hankintayksiköille lähes oletusarvona tarjouspyyntöä tehtäessä. Keskusteluissa suomalaisten hankinta-asiantuntijoiden kanssa toiset eivät ole kuulleetkaan siitä, että suhteellinen hinnan vertailutapa sisältää mahdollisuuden hankintaoikeudellisista ongelmista, kun taas toiset organisaatiot ovat linjanneet, että hinnan vertailuun olisi parempi käyttää muita menetelmiä.

Suomessa lainsäätäjät, viranomaiset tai tuomioistuimet eivät ole ottaneet kantaa suhteellisen vertailumekanismien käyttöön. Siten vertailumallin käytön ei voida katsoa olevan lähtökohdaisesti kiellettyä tai epäsuositeltavaa, kuten Ruotsissa tai Portugalissa. Vertailumallin käyttö ei myöskään ole johtanut merkittävässä määrin markkinaoikeusvalituksiin ja väitteisiin hankinnassa käytetyn mekanismin hankintasääntösten vastaisuudesta, kuten Ruotsissa ja Norjassa.

⁷⁸ KOFA 14.6.2016 asia 2016/41.

⁷⁹ KOFA 10.5.2016 asia 2016/33.

⁸⁰ KOFA 14.6.2016 asia 2016/41, kohta 28. Vastaavasti myös KOFA 18.10.2016 asia 2016/127, kohta 32.

Markkinaoikeus on muutamassa tapauksessa katsonut, että yksittäisessä hankinnassa käytetty hinnan vertailumekanismi on muuttanut ilmoitettuja painoarvoja tai ei ole mahdollistanut hinta-laatusuhteeltaan parhaan tarjouksen valintaa. Tällainen tarkastelu ei siis keskustelun vähäisyydestä huolimatta ole suinkaan mahdotonta suomalaisessa lainkäytössä, mutta tapausten vähäisyys suhteessa markkinaoikeuden vuositasolla käsittelemiin satoihin hankintavalituksiin kertoo systematiikan puuttumisesta.

Lisäksi erona moneen muuhun jäsenmaahan suomalaisessa oikeuskäytännössä on vakiintuneesti asetettu hankintayksiköiden avoimuudelle hankintadirektiivejä tiukempia edellytyksiä esimerkiksi vertailumallin yksityiskohtaisesta kuvaamisesta. Siten vertailumallien toiminnan kuvaamiseen liittyvät laiminlyönnit ovat käytännössä harvoin niin merkittäviä kuin esimerkiksi viitatuissa norjalaisissa tapauksissa, eikä keskustelua ole tästä näkökulmasta syntynyt.

4.2 Suhteellisen hintavertailumekanismien arvioinnin ajankohta

Eri esimerkkivaltioissa suhteellisen hinnan vertailumallin arviointi on suoritettu eri kohdissa hankintamenettelyä.

Esimerkiksi Portugalissa, jossa mallin käyttö on kiellettyä, on hankintayksikön tarjouspyyntöä tehdessään vältettävä hintojen suhteellisen vertailumallin käyttöä. Myös Ruotsissa on omaksuttu niin selkeä linja suhteellisen vertailun arvaamattomuudesta ja läpinäkyvyydestä, että hankintayksiköt todennäköisesti valitsevat jonkin muun vertailutavan jälkikäteisten ongelmien ehkäisemiseksi. Kun tilanne ei Suomessa ole näin mustavalkoinen, hankintayksikkö voi halutessaan valita suhteellisen pisteytysmallin aloittaessaan hankintamenettelyn.

On kuitenkin suositeltavaa, että hankintayksiköt testaisivat valitsemiaan vertailumalleja etukäteen. Hankintayksiköiden on hankinnan ennakoitua arvoa arvioidessaan tehtävä arvio hankinnan kuukausittaisista tai vuosittaisista kustannuksista. Siten hankintayksikön on suhteellisen helppo testata kehittämänsä parhaan hinta-laatusuhteen vertailumekanismia. Esimerkkinä voidaan tarkastella hankintaa, jossa parhaan hinta-laatusuhteen painoarvoiksi on asetettu laatu 40 % ja hinta 60 %, ja palvelun vuosihinnaksi arvioidaan 100 000 euroa. Hankintayksikkö voi tällöin tehdä esimerkiksi kolme tarjousvertailua, jossa olisi erityisesti tärkeää vertailla hinnaltaan ja laadultaan keskipertoa tarjousta toiseen, jossa hinta ja laatu ovat alhaiset, ja kolmanteen, jossa hinta ja laatu ovat korkeat. Tällöin hankintayksikkö voi konkreettisesti havaita, johtaako sen kehittämä mekanismi sellaisen tarjouksen valintaan, jonka hankintayksikkö voi hyväksyä.

Arviointimekanismeja on mahdollista kehittää yhtä monta kuin hankintayksiköissä on tarjouspyyntöä kirjoittavia henkilöitä. Tärkeintä on, että tarjouspyyntöön valittu arviointimekanismi heijastaa hankintayksikön arvopohjaa, eli mitä ominaisuuksia hankintayksikkö pitää tärkeinä. Jos hankintayksikkö on valmis esimerkiksi maksamaan korkeampaa hintaa sen laadulliset odotukset ylittävistä tarjouksista tai toimivasta yhteistyöstä, on epätarkoituksemukaista painottaa vertailussa hintaa.

Oleennaista on myös, että arviointimekanismi kuvastaa tarjoajien välisiä eroja. Jos on oletettavaa, että hintakilpailu on kovaa tietyllä alalla, on merkityksentöntä asettaa hinnan painoarvoa suureksi. Kovan hintakilpailun aloilla hinnat saattavat poiketa muutaman euron suuntaan tai toiseen, jolloin kaikki tarjoajat saavat ainakin suhteellisella vertailumekanismilla hyvin samanlaiset pisteet (esimerkiksi hinnan painoarvon ollessa 80 %, kaksi tarjoajaa voivat saada 80 pistettä ja 79,5 pistettä). Tällöin laadulle jätetty pieni painoarvo korostuu, ja on

mahdollista katsoa, että tarjouspyynnössä ilmoitetut hinnan suuri painoarvo ja laadun pieni painoarvo eivät toteudu tarjousvertailussa.

Erityisesti Norjassa painotettua jälkikäteistä tarkastelua siitä, onko käytetty vertailumalli toteuttanut tarjouspyynnössä esitetyt vertailun painoarvot ja ilmaissut tarjousten todelliset hinnan erot, olisi aiheellista toteuttaa tietoisemmin ja aktiivisemmin myös Suomessa. Tarkastelua olisi aiheellista suorittaa jälkikäteisesti paitsi tuomioistuimissa, joiden rooliin jälkikäteisvalvonta ilmeisellä tavalla kuuluu, mutta myös hankintayksiköissä oikaisuvaatimusmenettelyn piirissä. Taloustieteellisten käytännön esimerkkien valossa on kiistatonta, että suhteellinen hinnan vertailu saattaa toisinaan, mekanismin muotoilusta riippuen, johtaa ”väärän”, eli muun kuin hinta-laatusuhteeltaan parhaan, tarjouksen valintaan. Siten hankintayksiköidenkin tulisi suhtautua avoimesti tarjoajien oikaisuvaatimusmenettelyssä esille tuomiin huoliin, mikäli käytetty mekanismi on asettanut saadut tarjoukset epäloogiseen järjestykseen.

4.3 Suhteellisen hinnan vertailumekanismin arvioinnin perusteet

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on asetettu selkeitä reunaehtoja vertailumekanismien käytölle, jotka ilmenevät vakiintuneina fraaseina myös suomalaisten tuomioistuinten lainkäytössä. Unionin tuomioistuimen reunaehtojen lisäksi avoimuusvelvoitetta on tullut esimerkiksi markkinaoikeuden oikeuskäytännössä monia muita jäsenmaita laajemmin.

Eräs tällainen direktiiveissä edellytettyä laajempi ”suomalainen” velvollisuus ja perinne on hintavertailumekanismien kuvaaminen tarjouspyynnössä, vaikka unionin tuomioistuin on asiassa *TNS Dimarso*⁸¹ nimenomaisesti todennut, ettei edellytystä mekanismin esittämiseen ole. Toinen suomalaisessa oikeuskäytännössä säännöksi muodostunut periaate on hankintayksikön velvollisuus esittää tarjouspyynnössään seikat, jotka tarjoajien tulee tarjousta laatiessaan tietää.⁸²

Tarkasteltaessa jälkikäteisarviona yksittäisessä hankinnassa käytetyn suhteellisen hinnan vertailumekanismien hankintasäännösten mukaisuutta, olisi ainakin kolmiportaisen asiassa ATI EAC ym. esitetyn testin vaiheet käytävä läpi:

- 1) Onko malli muuttanut tarjouspyyntöasiakirjoissa määriteltyjä sopimuksentehtoperusteita?
- 2) Onko malli sisältänyt tekijöitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tarjousten valmisteluun, jos tarjoajat olisivat tienneet niistä tarjouksia laatiessaan?
- 3) Onko malli saattanut vaikuttaa syrjivästi johonkin tarjoajista?

Suomalainen hankintadirektiivien velvollisuudet ylittävä avoimuus ratkaisee käytännössä monet esimerkkimaissa ilmenneet ongelmakohdat. Erityisesti ATI EAC ym. -testin toisen ja kolmannen kohdan mukaisiin ongelmiin harvoin törmätään, jos hankintayksikkö on tarjouspyyntöasiakirjoissaan avoimesti kertonut hintavertailumekanisminsa ja tarjoajat ovat voineet reagoida mallin elementteihin tarjouksissaan.

Eräs ongelmatapaus voisi kuitenkin olla bulvaanitarjoukset, joiden tarkoituksena ei olekaan ollut voittaa tarjouskilpailua, vaan avittaa toista tarjoajaa voittamaan kilpailutus. Suhteellinen hinnan vertailumekanismi tekee kaikkien tarjoajien tarjousten menestymisen riippuvaiseksi muiden tarjoajien tarjouksista. Epäaidon tarjouksen hinnoittelu voitaisiin katsoa seikaksi, joka olisi vaikuttanut tarjousten valmisteluun, jos se olisi ollut tarjoajien tiedossa.

⁸¹ Asia TNS Dimarso, kohta 27.

⁸² Esim. MAO:96/17.

Hankalammin arvioitavia tapauksia ovat lisäksi hankintamenettelyt, joissa jokin tarjoaja hinnoittelee tarjouksensa tietyllä tavalla pisteytysmekanismista johtuen. Tällaisia tilanteita voivat olla esimerkiksi palvelut, joiden joidenkin osa-alueiden hinnoittelun voi piilottaa sisään muun osa-alueen hinnoitteluun (esim. hinnan painoarvon ollessa 50 % ja sen jakautuessa viiteen osa-alueeseen, voisi tarjoaja hinnoitella neljä hintaansa nolllaksi euroksi ja yhden korkeammaksi kuin muut tarjoajat). Toinen esimerkki voisi olla tilanteet, joissa neljän vuoden sopimuskauden hinnalla ja yhden vuoden optiokauden hinnalla on sama painotus tai optiokaudella korostunut painotus, vaikka mekanismi ei kuvasta hankintayksikölle käytännössä aiheutuvaa kustannusta (esim. hinnan painoarvon ollessa 50 %, varsinaisen sopimuskauden hinnan painoarvo on tästä puolet tai vähemmän ja optiokauden painoarvo tästä puolet tai enemmän). Tällöin mekanisme arvioiva joutuu miettimään, kuvastaako vertailumalli lainkaan tarjousten hinta-laatusuhdetta siten kuin edellä viitatussa ruotsalaisessa tapauksessa⁸³, jossa todettiin hintavertailun voittaneen tarjouksen olleen merkittävästi kalliimpi kuin toiseksi jäänyt tarjous.

Hankintaoikeudellisessa tarkastelussa olisi peräänkuulutettava hankinnoissa käytettyjen suhteellisten tai muiden vertailumekanismien huolellista tapauskohtaista arviota. Hankintayksiköillä ei ole laajasta hankintavallastaan huolimatta oikeutta asettaa sellaisia vertailuperusteita ja vertailumekanismeja, jotka eivät mahdollista kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa siten kuin hankintasäännöksissä on edellytetty.

5 Loppupäätelmät

Tarkastelumme perusteella ei ole syytä arvioida, että suhteellisen hinnan vertailumekanismien käyttö suomalaisissa julkisissa hankinnoissa olisi katsottava kielletyksi. Suhteellisen vertailumekanismien arvostelun herättyä muissa EU-jäsenvaltioissa suomalaisten hankintayksiköiden ja lainkäyttöelinten on kuitenkin aiheellista tarkastella kriittisesti vertailumallin hankintasäännösten mukaisuutta yksittäistilanteessa. Toimivaa mallia ei ole aiheellista muuttaa tai välttää, mikäli se asianmukaisesti mahdollistaa parhaan tarjouksen valinnan ottaen huomioon unionin tuomioistuimen asettamat arvioinnin lähtökohdat.

Rajat ylittävän arvion valossa on kuitenkin välttämätöntä ottaa vertailumallien arvioinnissa huomioon hankintalain hankintayksikön valinnalle asettama vaatimus: tarjouksista *on valittava* kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Sekä hankintayksikön että valitusasiaa käsittelevän tuomioistuimen hälytyskellojen tulisi siten soida, jos pintapuolisella tarkastelulla vaikuttaa siltä, että pisteytysmalli on johtanut muun kuin ansioiltaan parhaan tarjouksen valintaan.

Jokainen tarjouskilpailun hintavertailu on aina yksittäistapaus, ja hankintayksikön tulisi huolellisesti valita tarjouskilpailussa käyttämänsä vertailumekanismi. Kokeilemisen arvoinen suositus on, että hankintayksikkö testaa valitsemansa vertailumekanismien toimivuuden muutamalla esimerkkitarjouksella, joissa vaihtelee tarjottu hinta sekä laatu.

Täydellistä vertailumekanismia ei liene keksitty. Tärkeintä kuitenkin on, että hankintayksikkö todella tietää, kuinka sen valitsema vertailumekanismi, on sitten kyseessä ”perinteinen” tarjousten suhteellinen keskinäinen vertailu tai jokin täysin uuden mallin kokeilu, käytännössä toimii.

⁸³ Förvaltningsrätten i Göteborg, asia nro 2237-15, 28.4.2016.