

Panu Pökkylä
OTK, Asianajotoimisto Borenius & Kempainen Oy

**TARJOAJAN OMINAISUUDET
VERTAILUPERUSTEENA JULKISISSA
HANKINNOISSA**

EDILEX

Edilex 2010/34

Artikkeli, versio 1.0
Julkaistu 28.10.2010
www.edilex.fi/artikkelit/7370

Sisällys

1	Johdanto	2
2	Lainsäädäntö	4
3	Oikeuskäytäntöä	7
3.1	EYTI:n ratkaisu C-19/00 SIAC Construction	8
3.2	EYTI:n tuomio C-315/01 GAT	8
3.3	Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu T-4/01 Renco	9
3.4	EYTI:n ratkaisu C-532/06 Lianakis	10
3.5	Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu T-211/07.....	13
4	Kansallinen oikeuskäytäntö	13
5	Mitä merkitystä on annettava sopimuksen tyyppille?	18
6	Hintakilpailu ilman laatupisteytystä	19
7	Miten tarjoajia voidaan vertailla?	19
8	Vertailu toimintasuunnitelman avulla	21
9	Lopuksi	22
	Lähteet	23
	Kirjallisuus ja virallislähteet.....	23
	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin.....	24
	Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin.....	24
	Korkein hallinto-oikeus	24
	Markkinaoikeus	25

1 Johdanto

Hankintayksiköt ovat heränneet kilpailuttamaan sellaisia palveluja, joissa ei voida pätevästi arvioida itse tuotetta, vaan ainoastaan *tekijöitä*. Tyypillistä tällaisille palveluille on, että tarjoajat eivät pysty esittämään lopputuotetta tarjouksessaan, vaan he esittävät *pätevyytensä ja kyvykkyytensä lopputuotteen tekemiseen*. Merkittävä osa hankinnoista on tällaisia, kuten erilaiset asiantuntija- ja konsulttipalvelut, mutta myös esimerkiksi suunnittelupalvelut ja rakennusurakkahankinnat. Myös esimerkiksi sosiaali- ja terveysalalla toteutetaan runsaasti hankintoja, joissa erityisesti työstä *vastaavan henkilön kokemus ja ammattitaito* ovat tärkeitä asioita.

Tavallisesti hankintaa suunniteltaessa tilaaja asettaa hankinnalle tavoitteita, joiden toteutumisen perusteella arvioidaan saadun palvelun *laatua*. Laadulla ymmärretään tavallisimmin sitä, että tuote tai palvelu vastaa ostajan tarpeita ja tavoitteita. Palveluhankinnoissa nämä arviointimetodit ovat usein kuitenkin *jälkikäteisiä*. Palvelua ja urakkaa hankittaessa ei voida luotettavasti arvioida itse hankittavaa tuotetta, vaan sen tuottajaa. Sen sijaan itse palvelun *toteuttajaa*, eli esimerkiksi tarjoajan henkilöstöä, voidaan arvioida, koska siitä on saatavissa pätevää tietoa jo tarjoushetkellä. Oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi *Pekkala* katsoo, että tarjoajien ominaisuuksien vertailu on kansallisissa hankinnoissa mahdollista siitä syystä, että erityisesti palveluhankinnoissa palvelun suorittajan osaaminen ja ominaisuudet ovat lähellä sitä ”palvelutuotetta”, jonka henkilö suorituksellaan saa aikaan¹. Pekkalan ajatusta voidaan viedä vielä lähemmäksi arkipäivää toteamalla, että hyvin usein palveluhankinnassa tarjoajan kokemus, koulutus tai muu osaaminen korreloi palvelun hyvän laadun kanssa. Tästä syystä hankintaan liittyvinä laatutekijöinä täytyy tarkastella myös itse toteuttajan *ominaisuuksia*.

Vallalla oleva käsitys on, että tarjoajan ominaisuuksia voidaan arvioida vain ja ainoastaan *kelpoisuusehtoina* hankinnassa. Erityisen paljon on vältetty tarjoajien ominaisuuksien käyttämistä *vertailuperusteena EU-hankinnoissa*. Muutamissa hankintoihin liittyvissä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen (EYTI) ratkaisuissa on korostettu, että tarjoajan ja tarjouksen arviointi on kaksivaiheinen prosessi, jonka vaiheet on erotettava toisistaan. Käytännössä tämä on tarkoittanut sitä, että ensimmäisessä vaiheessa tarkistetaan, täyttävätkö tarjouksen jättäneet osapuolet kaikki asetetut vaatimukset. Tältä osin puhutaan joskus ”*tarjoajien vertailusta*” tai ”*tarjoajien kelpoisuusehdoista*”. Käytännössä tällöin ei saisi pisteyttää tarjoajia millään tavalla, vaan ainoastaan todeta, täyttääkö joku ennalta asetetut vähimmäiskriteerit vai ei. Toisessa vaiheessa taas vertaillaan pelkästään tarjouksia (”*tarjousten vertailu*”). Lähtökohtana on pidetty sitä, että tällöin vertailussa ei tulisi antaa merkitystä sille, *kuka* on tarjouksen tehnyt.

Tästä huolimatta oikeuskäytännöstä löytyy myös esimerkkejä päinvastaisesta. Erityisesti merkitystä on ollut sillä, että tarjousvertailussa arvioidaan hankintaa sen toteuttamisen kannalta. Lisäksi tulkintaohjetta voidaan saada myös esimerkiksi ympäristönäkökohtia huomioivia hankintoja koskevista oikeustapauksista, joissa on useaan otteeseen toistettu hankintayksikön vapaus määritellä hankinta haluamallaan tavalla, kunhan ne vain:

1. liittyvät hankinnan kohteeseen,
2. eivät anna hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta,
3. ovat nimenomaisesti mainittu tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa, ja
4. noudattavat kaikkia yhteisön oikeuden peruseriaatteita, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta².

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ”avasi” koko keskustelun siitä, mitä hankintayksikkö saa vertailla ja mitä ei juuri *Concordia Bus* -ratkaisun myötä, josta yllä olevat neljä periaatetta on johdettu. Huomionarvoista kyseisessä ratkaisussa oli myös se, että vertailuperusteen tai vaatimuksen ei tarvinnut tarkoittaa suoraa taloudellista hyötyä hankintayksikölle itselleen, vaan sitä voidaan arvioida myös muussa yhteydessä esimerkiksi siten, että hyöty tulee hankintayksikön sijaan käyttäjäkunnalle tai ympäristönäkökohdat huomioon ottaen jopa

¹ *Pekkala 2007*, s. 448.

² Asia C-513/99 2002 *Concordia Bus Finland* -tuomion kohta 69. Samantyyppisesti esimerkiksi ratkaisussa C-448/01 *EVN* arvioitavana oli kysymys siitä, voiko hankintayksikkö vaatia tarjoajan hankkivan sähkönsä uusiutuvista energialähteistä.

varsin konkretisoitumattomaan ”yleiseen hyvään”.³ Erityisesti ympäristönäkökohdissa tarjoajan ominaisuuksien huomioiminen näyttäytyy hyvin usein. Hankintadirektiivejä uudistettaessa ympäristönäkökohdat olivat avainasemassa. Ongelmana on tyypillisesti ollut se, miten syväälle ympäristöystävällisyyden tulee ulottua, jotta sillä on merkitystä hankinnalle ylipäätään, huolimatta siitä, kenelle hyöty tulee.⁴

2 Lainsäädäntö

Hankintoihin sovelletaan joko julkisista hankinnoista annettua lakia (348/2007, *hankintalaki*) tai vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007, *erityisalojen hankintalaki*). Erityisalojen hankintalain mukaisissa hankinnoissa on ainoastaan niin sanottu *EU-kynnysarvo*, jonka ylittävät hankinnat on kilpailutettava lain mukaisesti. Kynnysarvojen alapuolelle jäävät hankinnat on kuitenkin toteutettava *tasapuolisesti ja syrjimättömästi*. Lähtökohtana näissäkin hankinnoissa tulisi olla *avoin tarjouskilpailu*. Suomessa ainoastaan tavanomaisen hankintalain osalta on säädetty kansallisista kynnysarvoista, jonka ylittävä hankinta on kilpailutettava kansallisten menettelysäännösten mukaisesti, soveltaen osittain myös EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen säännöksiä.

EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen *vertailuperusteita* koskevat säännöt on todettu lain 62 §:ssä:

Tarjousista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää esimerkiksi laatua, hintaa, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huoltopalveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia.

Sen lisäksi, mitä 1 momentissa säädetään, hankintayksikkö voi kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidessaan ottaa huomioon myös asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita sekä ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita, jos tällaiset perusteet ovat mitattavissa ja liittyvät hankinnan kohteeseen. Samoin edellytyksin hankintayksikkö voi ottaa huomioon myös hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät on määritelty teknisissä eritelmissä.

Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä vastaavat tiedot on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai hankekuvauksessa. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.

Vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja niillä tulee olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Tällaisia vertailuperusteita ovat esimerkiksi hankinnan kohteena

³ Ks. tältä osin esimerkiksi *Ekroos – Nissinen 2007*.

⁴ Tätä ongelmaa käsittelee muun muassa Markus Ukkola pro gradu -tutkielmassaan, ks. *Ukkola 2007*.

olevan tavarahan, palvelun tai rakennustyön laatu, hinta tai toimitusaika. Hankintalain 62 ja 72 §:ssä ei ole pyritty tyhjentävästi määrittelemään sallittuja vertailuperusteita. Hankinnan kohteesta ja laajuudesta riippuen vertailuperusteet voivat vaihdella huomattavasti. Sellaisia vertailuperusteita, joilla ei ole liittymää hankinnan kohteeseen, ei voida käyttää tarjousten vertailuperusteina.

Vertailuperusteiden tulisi olla myös *syrjimättömiä*. Siten sallittua ei ole esimerkiksi käyttää vertailuperusteita, jotka suosivat tiettyjä tarjoajia, edellyttävät aiempaa sopimussuhdetta hankintayksikön kanssa tai suosivat paikallista toimittajaa. Hankinnan kohteen sitä vaatiessa voidaan kuitenkin edellyttää esimerkiksi *paikallistuntemusta*. Tällaiselle perusteelle ei kuitenkaan saa antaa sellaista painoarvoa, joka estäisi uusien yrittäjien alalle pääsyä.⁵

Tarjoajien kelpoisuusehdoista todetaan hankintalain 56 §:ssä, että hankintayksikkö voi esittää ehdokkaiden tai tarjoajien teknistä suorituskykyä ja ammatillista pätevyyttä sekä laatua koskevia vaatimuksia sekä vaatia ehdokkaita ja tarjoajia esittämään niihin liittyviä selvityksiä. Pykälän 2 momentin mukaan vaatimusten ja niiden täyttymisen todistamiseksi pyydettyjen selvitysten tulee liittyä ehdokkaan ja tarjoajan edellytyksiin toteuttaa hankinta, ja ne on suhteutettava hankinnan luonteeseen, käyttötarkoitukseen ja laajuuteen. Vaatimuksista ja selvityksistä on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Ehdokkaat tai tarjoajat, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia, on suljettava tarjouskilpailusta.

Hallituksen esityksessä⁶ on todettu, että *selvitysten vaatimisen tulee olla perusteltua* menettelyn kohteena olevan palvelu- tai tavarahankinnan taikka rakennusurakan *laadun ja laajuuden kannalta*. Vaatimusten tulee olla *kohtuullisessa suhteessa* hankinnan toteuttamiseen liittyvien riskien minimointitavoitteen kanssa. Huomiota tulee kiinnittää myös siihen, millä tavoin vaatimukset vaikuttavat ehdokkaiden tai tarjoajien määrään. Perusteettomat tai ylimitoitetut vaatimukset voivat sulkea tarjouskilpailusta muuten soveliaita yrityksiä. Esitöissä on edelleen todettu, että toimittajan johtohenkilöiden tai palvelun tai urakan suorittamisesta vastaavien henkilöiden koulutusta ja ammatillista pätevyyttä koskevinä selvityksinä voivat tulla kysymykseen esimerkiksi tutkintotodistukset tai ansioluettelot. Koulutusta ja ammatillista pätevyyttä koskevien selvitysten vaatiminen on perusteltua erityisesti henkilökohtaista työsuoritusta edellyttävissä palveluhankinnoissa. Minimivaatimuksia asetettaessa ajatuksena on siis se, että kuka tahansa vaatimukset täyttävä voi tulla lopulliseksi sopimuskumppaniksi. Kelpoisuusehdoilla pyritään siis varmistamaan, että sopimus *ylipäättään toteutuu* ja että sopimuskumppani tulisi suoriutumaan hankinnan toteuttamisesta. Kelpoisuusehdoilla ei siis voida arvioida ollenkaan sitä, *miten hyvin* jokin tarjoaja sopimuksen tulisi suorittamaan.

Kansallisten hankintojen osalta hankintalain 72 §:ssä säädetään:

Tarjousista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioinnissa käytettävien vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja mahdollistaa tarjousten puolueeton arviointi. Palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, *vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*.

Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta myös arvioinnissa käytettävät vertailuperusteet on ilmoitettava *tärkeysjärjestyksessä* hankintailmoituk-

⁵ HE 50/2006, s. 105.

⁶ HE 50/2006, s. 102–103

sessä tai tarjouspyynnössä. Vertailuperusteiden asettamisessa voidaan noudattaa soveltuvien osin myös, mitä 62 §:ssä säädetään.

Kansallisista hankinnoista on jo nimenomaisesti säädöksessä todettu, että tietyyppisissä hankinnoissa myös tarjoajan ominaisuuksia voidaan arvioida vertailuperusteena. Säännöksessä on myös viittaus EU-hankintoja koskevaan 62 §:ään.

Hallituksen esityksessä todetaan 72 §:n osalta, että tarjousten valinnassa käytettävien vertailuperusteiden tulisi pääsääntöisesti liittyä hankinnan kohteeseen. Esitöissä nimenomaisesti todetaan, että *ehdokkaiden tai tarjoajien soveltuvuuteen liittyviä tekijöitä ei tulisi käyttää tarjousten arvioinnissa*. Kansallisissa menettelyissä on haluttu antaa enemmän liikkumavaraa tältä osin jo lain tasolla. Esitöissä viitataan myöhemmin selostettavaan GAT-ratkaisuun. Ratkaisun tiukan tulkinnan on koettu rajoittavan kohtuuttomasti tarjouksen valintaa erityisesti toissijaisissa palveluhankinnoissa. Laadunhallintajärjestelmät, ammatillinen pätevyys ja referenssit ovat sellaisia tekijöitä, jotka liittyvät ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuteen eikä niitä tulisi hankintadirektiivin mukaisissa hankinnoissa käyttää tarjouksen valinnassa. Tämä on mahdollista erityisesti sen vuoksi, että kysymyksessä on EU-kynnysarvot alittavien hankintojen sääntely, jonka jäsenvaltiot voivat toteuttaa haluamallaan tavalla. Ainoa edellytys on, että sääntely ei johda kenenkään syrjimiseen. Siksi kyseisessä lainkohdassa on säädetty EU-kynnysarvoja koskevista säännöksistä poikkeavasti. Oma näkemykseni kuitenkin on, että kysymyksessä ei ole sinänsä niin vakava tai merkittävä poikkeus, vaan ennemminkin EU-säännöstä täydentävä ilmaisu. Kuten jäljempänä selostettavasta oikeuskäytännöstä ilmenee, myös EU-hankinnoissa voitaneen tietyin varauksin huomioida tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena.

Hallituksen esityksessä mainitaan, että erityistä asiantuntemusta, ammattitaitoa ja henkilökohtaista palvelusuoritusta tai rakennustyötä edellyttävissä hankinnoissa voitaisiin tarjousten valinnassa huomioida hankinnan toteuttamiseen liittyvä palveluntarjoamisesta tai rakennustyön suorittamisesta vastaavan henkilöstön kelpoisuuden vähimmäisvaatimukset ylittävä laadunhallintajärjestelmä, pätevyys, kokemus ja ammattitaito.⁷ Hankintayksiköllä on siten mahdollisuus antaa tarjousten arvioinnissa esimerkiksi lisäpiteitä vähimmäisvaatimukset ylittävästä ammattitaidosta, kuten lisätutkinnosta, jolla on merkitystä palvelun suorittamiselle. Vähimmäisvaatimukset ylittävän kelpoisuuden huomioiminen soveltuisi käytännössä esimerkiksi tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävissä suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutushankinnoissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnoissa.

Missä tahansa hankinnassa ei kuitenkaan voida huomioida tarjoajan ominaisuuksia vertailuperusteena. Hankintalain 72 §:ssä tämä on rajattu siten, että ainoastaan *palveluhankinnoissa tai urakoissa* huomiota voidaan kiinnittää myös tarjoajaan. Tavarahankinnoissa ei tällainen vertailu siten näyttäisi olevan mahdollista, eikä myöskään mielekäästä. Tavarahankinnassa huomio kohdistuu *tavaraan* eikä siihen, kuka sen on tehnyt. Tällainen ”toimittajaneutraalisuus” on toisaalta pakko hyväksyä jo sen vuoksi, että hyvin usein kahden kilpailijan tuottajan tuote voi olla käytännössä ominaisuuksiltaan erittäin samanlainen. Esimerkiksi tietokoneiden osalta *laitevalmistajalla* on harvoin mitään merkitystä koneen ominaisuuksien ja toiminnallisuuden kannalta. Käyttäjälle tietokoneiden ominaisuuksien erot ovat niin pienet, että niitä ei arkikäytössä huomaa. Tavarahankinnoissa siten tarjoajaan liittyvät ominaisuudet voidaan varsin hyvin jättää *tarjoajien arviointivaiheeseen* ja niin sanottuihin *tarjoajien asettamiin minimivaatimuksiin*.⁸

⁷ HE 50/2006, s. 116

⁸ Toisaalta kuitenkin esimerkiksi sillä, millaisissa olosuhteissa tuote on valmistettu voi olla merkitystä hankintayksikölle. Ympäristönäkökohtien osalta saattaisi joissain tapauksissa olla järkevää ottaa toimittajan valmistusprosessia koskeva vertailuperuste mukaan laadun vertailuun. Tämä siksi, että mikäli tällainen peruste olisi

Palveluhankinnoissakaan ei näkemykseni mukaan aina voida kiinnittää täysimääräisesti huomioita tarjoajan ominaisuuksiin. Hankittavan palvelun tulee olla *sellainen, jossa palvelun suorittajan henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ja kokemuksella on jotain merkitystä*.⁹ Lisäksi vertailuperusteiden tulee olla sellaisia, että niillä saadaan aikaan *piste-eroja*, eikä niinkään sellaisia, joita vain toisella tarjoajalla on ja toisella ei.¹⁰ Esimerkiksi erityisen vaativaa rakennusurakkaa kilpailutettaessa hankinnan toteuttajan henkilökunnalla, laitteistolla ja kalustolla voi olla merkitystä hankinnan lopputuloksen kannalta. Tilanne on sama esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö on hankkimassa sillan suunnittelijaa. Tällöin tarjouskilpailussa merkitystä tulee antaa sellaiselle toimijalle, jolla on suunnittelusta pitkä ja laadukas kokemus. Toisaalta taas tällaisen kokemuksen asettaminen kelpoisuusehdoksi voisi olla turhan syrjivää ja voisi johtaa lopulta siihen, että vain muutamalla tarjoajalla olisi edes teoriassa mahdollisuus osallistua tarjouskilpailun toteuttamiseen. Erityisesti rakentamisessa kokemuksella ja laadulla voi olla suuri vaikutus hankkeen toteutumiseen ja aikatauluun sekä myös lopullisiin kustannuksiin. Toisaalta taas lyhyenkin kokemuksen omaava toimija voi saada aikaan yhtä hyvän tuloksen, joten liian tiukkoja kelpoisuusehtoja kannattanee välttää. Peruseriaatteena ovat *tarjoajien ominaisuuksien selkeä ja olennainen liityntä hankinnan kohteeseen* eli näillä ominaisuuksilla tulee olla merkitystä esimerkiksi sen vuoksi, että hanke toteutetaan oikeassa aikataulussa. Edellytyksenä on, että ominaisuuksia arvioidaan *laadullisesti* eli niiden sisällölle annetaan merkitystä, eikä esimerkiksi lasketa pelkääntään referenssien määrää.¹¹

Mitä vaativammasta, monimutkaisemmasta ja suuremmasta hankkeesta on kysymys, sitä enemmän voidaan painottaa myös tarjoajien osaamista. Hankintalainsäädännön kannalta ja oikeuskäytäntö huomioiden palveluita ja urakoita hankittaessa tarjoajien ominaisuuksia koskevat vertailuperusteet on laskettava tarjousten laatupisteytykseen osana. Oikeuskäytännössä on kuitenkin tähdennetty, että vaikka tarjousten valintaperusteena käytetäänkin kokonaistaloudellista edullisuutta, hinnalla tulee aina olla riittävä merkitys. Mitään selvää prosentti- tai murtolukurajaa ei voida kuitenkaan antaa, sillä esimerkiksi monissa asiantuntijapalveluiden hankinnoissa hinnalla voi olla jopa vain 30–40 prosentin painoarvo laadun merkityksen ollessa 70–60 prosenttia.

3 Oikeuskäytäntöä

Aihetta käsittelevä kansallinen ja eurooppalainen oikeuskäytäntö on siinä mielessä ristiriitaista, että monessa päätöksessä on saatettu todeta jokin tarjoajan ominaisuuteen liittyvä

minimivaatimuksena, se voisi muodostua syrjiväksi tilanteessa, jossa suurin osa tuottajista käyttäisi ”vanhanaikaista ja saastuttavaa” valmistusprosessia. Tältä osin ks. tarkemmin *Ekroos – Nissinen 2007*.

⁹ *Korpinen* viittaa teoksessa *Alkio – Wik 2009* hallinto-oikeudellisiin suhteellisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperusteisiin vertailuperusteita asetettaessa. *Korpinen* katsoo, että käytettävien vertailuperusteiden tulee olla hankintaan nähden tarkoituksenmukaisia ja sopivia ja lisäksi vertailuperusteiden keskinäinen suhde tulee olla tarkoituksenmukaisesti ja oikein mitoitettu. Ks. *Alkio – Wik 2009*, s. 1145.

¹⁰ Esimerkiksi *Arrowsmith* katsoo, että hankintayksikkö voi aina minimivaatimukset asettamalla poissulkea sellaiset tarjoajat, jolla ei ole jotain haluttua ominaisuutta. *Arrowsmith 2005*, kohta 7.108. Riskinä tällaisessa menettelyssä on tietysti tällaisen toimenpiteen syrjivyyys.

¹¹ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä (C-315/01 *GAT*, 62–67 kohta) on katsottu, että luettelomaista referenssilistaa, josta ilmenee vain tarjoajan aikaisempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä, mutta ei muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei voida käyttää tarjouksen valinnan perusteena.

vertailuperuste kielletyksi. Tällaisista ratkaisuista ei kuitenkaan voida vetää suoria johtopäätöksiä siitä, mikä on kiellettyä ja mikä ei, jo pelkästään siksi, että hankintayksiköiden tarpeet ja hankinnan kohteet vaihtelevat merkittävästi. Lisäksi varsin usein tuomioistuin ei niinkään ole todennut jonkin *tietyn* tarjoajan ominaisuuden vertailemisen mahdottomaksi. Erityisesti kansallisessa oikeuskäytännössä on korostunut se, että hankintayksikön avoimuus hankinnan määrittelyssä on keskeisessä asemassa. Toisaalta EYTI:n oikeuskäytännöstä on selvästi nähtävissä eräitä tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä, joita ei voida käyttää vertailuperusteena.

3.1 EYTI:n ratkaisu C-19/00 SIAC Construction

Ratkaisussa C-19/00 *SIAC Construction* EYTI arvioi hankintayksikön menettelyä, jossa hankintayksikkö oli antanut tarjoajien vertailun ulkopuolisen asiantuntijan arvioitavaksi. Asiantuntija katsoi, että yksi yrityksistä pystyi toteuttamaan urakan hankintayksikölle kokonaistaloudellisesti edullisemmin. EYTI katsoi, että koska kyse oli rakennusurakkaa koskevan sopimuksen tekomenettelystä, sellaisen seikan käyttäminen sopimuksenteon arviointiperusteena, joka koskee tietoa, joka voidaan saada selville täsmällisesti vasta tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen, on sallittua, mikäli tällainen *arviointiperuste etukäteen tarjouspyynnössä ja se on riittävän tarkasti ja selkeästi muotoiltu*. Lisäksi *hankintayksikön tulee soveltaa arviointiperustetta samalla tavalla koko hankintamenettelyn ajan*.¹²

3.2 EYTI:n tuomio C-315/01 GAT

Yhtenä syynä tarjoajien ominaisuuksien välttämiseen on ollut niin sanottu *GAT (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH)* -tuomio. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että *luettelomaista referenssilistaa*, josta ilmenee vain tarjoajan aikaisempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä, mutta ei muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, *ei voida käyttää tarjouksen valinnan perusteena*. Tuomioistuin viittasi *Beentjes*¹³, *SIAC Construction* ja *Concordia Bus* -ratkaisuihin todetessaan aluksi, että hankintayksiköllä on täysi vapaus valita sellaiset vertailuperusteet, joiden perusteella on tarkoitus selvittää, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Tuomioistuin arvioi referenssilistojen käyttöä seuraavasti:

66 Lisäksi pääasiassa kyseessä olevassa tarjouspyynnössä edellytetyn kaltainen viiteasiakirja tai referenssiluettelo, josta ilmenevät *ainoastaan tarjoajan aiempien asiakkaiden nimet ja näiden lukumäärä mutta jossa ei ole muita täsmennyksiä näille asiakkaille suoritetuista toimituksista, ei sisällä muita täsmällisiä seikkoja, joiden avulla direktiivin 93/36/ETY 26 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu taloudellisesti edullisin tarjous voitaisiin yksilöidä*. Tällainen referenssiluettelo ei näin ollen voi missään tapauksessa olla tässä säännöksessä tarkoitettu sopimuksen tekemisen peruste.

67 Edellä esitetyillä perusteilla toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että direktiivin 93/36/ETY vastaista on se, että julkisia hankintoja koskevassa tarjouspyyntömenettelyssä hankintaviranomainen ottaa *tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden referenssien lukumäärän huomioon sopimuksen tekemistä koskevana perusteena sen sijaan, että sitä käytettäisiin perusteena, jonka mukaan varmistetaan tarjoajien soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen*.

¹² C-19/00 *SIAC Construction*, kohta 41.

¹³ C-31/1987 *Beentjes*.

Keskeistä tässä ratkaisussa on se, että pelkällä *referenssien lukumäärällä* ei voida mitenkään laadullisesti mitata tarjoajan palvelun toteuttamisen kannalta tärkeitä ominaisuuksia. Sen sijaan EYTI:n ratkaisun perusteella referenssien käytöltä edellytetään, että tarjoaja pystyy niiden avulla todella osoittamaan kokemuksensa ja ammattitaitonsa olevan vaaditulla tasolla. Esimerkiksi *Arrowsmith* katsoo, että tuomioistuin ei millään tavalla poissulje tässä ratkaisussaan referenssien käyttöä vertailuperusteena ylipäätään. *Arrowsmithin* näkemyksen mukaan tarjoajan ominaisuuksiin viittaavaa referenssitietoa voidaan käyttää vertailuperusteena, jos tiedot ovat riittävän laajat ja niiden perusteella todella pystytään arvioimaan, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin.¹⁴ Tähän näkemykseen on helppo yhtyä, sillä tuomioistuin ei tuomiossaan millään tavoin poissulje mitään vertailuperusteen tyyppiä. Ennemmin kysymys on vain siitä, onko vertailuperuste syrjivä tai antaako se todellista mahdollisuutta arvioida, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin.

3.3 Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu T-4/01 Renco

Ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi ratkaisussa T-4/01 *Renco*, että Euroopan unionin neuvosto oli toiminut oikein, kun se oli huomionnut tarjousten vertailussa myös tarjoajien ominaisuuksiin liittyviä piirteitä. Kyseisessä hankinnassa oli kysymys olemassa olevan rakennuksen huolto- ja korjauspalveluista. Tuomioistuin totesi:

Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, kuten neuvosto on täsmentänyt (ks. edellä 47 kohta), hankintaeritelmässä mainitut kahdeksan perustetta ovat tarjouksen vaatimusten mukaisuutta koskevaa ensimmäistä perustetta lukuun ottamatta luonteeltaan laadullisia ja määrällisiä. Koska tarjouksen vaatimusten mukaisuutta koskeva valintaperuste on ehdoton, tarjous on hylättävä, jos se ei ole hankintaeritelmän mukainen. Toinen valintaperuste, eli tarjouksen hinta, on luonteeltaan määrällinen ja muodostaa objektiivisen perustan kunkin tarjouksen kustannusten ja hintojen vertailulle. Kuusi muuta perustetta ovat kaikki luonteeltaan laadullisia, ja niiden pääasiallinen tehtävä on tarkistaa, että jokaisella tarjouksen tekijällä on hankintasopimuksen töiden suorittamista varten keskeiset taidot ja kyvyt. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että vaikka nämä kuusi valintaperustetta, joihin kuuluu yrityksen kokemus ja tekniset kyvyt ja mahdollisten ehdotettujen alihankkijoiden taso, eivät ole ehdottomia tai määrällisiä kuten kaksi ensimmäistä, ne eivät kuitenkaan ole epäselviä ja niitä kaikkia voidaan arvioida objektiivisesti ja konkreettisesti. Lisäksi on korostettava, että sellaiset valintaperusteet kuten yrityksen kokemus ja tekniset kyvyt ja mahdollisten ehdotettujen alihankkijoiden taso, ovat seikkoja, jotka voivat vaikuttaa tarjouksen arvoon ja kuuluvat, toisin kuin mitä kantaja väittää, hankintaeritelmän valintaperusteisiin.¹⁵

Tuomioistuin näyttäisi siis kyseisessä, ennen *Lianakis*-ratkaisua, annetussa tuomiossaan pitävän täysin hyväksyttävänä sitä, että *tarjousten vertailuperusteena voidaan selkeästi käyttää myös esimerkiksi yrityksen kokemusta tai teknisiä kykyjä*. Tuomioistuin totesi:

Tästä seuraa, että direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 1 kohdan b alakohtaa ei voida tulkita siten, että jokaisen *hankintayksikön* valitseman perusteen taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi olisi välttämättä oltava määrällinen tai pelkästään hintaluettelon hintoihin suuntautuva. Eri seikat, jotka eivät ole puhtaasti määrällisiä, voivat nimittäin vaikuttaa töiden suorittamiseen ja näin ollen tarjouksen taloudelliseen arvoon. Näin ollen *tarjouksen tekijän ja sen työryhmän kokemus ja*

¹⁴ *Arrowsmith 2005*, kohta 7.109.

¹⁵ Tuomion kohta 69.

tekniset kyvyt, tottumus kyseessä olevassa hankintasopimuksessa tarkoitetun tyyppiin hankkeisiin ja ehdotettujen alihankkijoiden taso ovat kaikki laadullisia seikkoja, jotka voivat aiheuttaa viivästyksiä töiden suorittamisessa tai tarvetta ylimääräisiin töihin, jos ne eivät vastaa hankintasopimuksessa edellytettyä tasoa. Tästä seuraa, että vaikka tiettyjä hankintaeritelmässä mainittuja perusteita sen arvioimiseksi, kykeneekö tarjouksen tekijä suorittamaan työt, ei ole ilmoitettu määrällisesti, niitä voidaan soveltaa objektiivisesti ja yhdenmukaisesti tarjousten vertaamista varten ja niillä on selkeästi merkitystä taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi.¹⁶

Kuten ratkaisusta voidaan huomata, tuomioistuin kiinnittää huomiota erityisesti siihen, että vertailuperusteilla on todellisuudessa ollut merkitystä toteutettavan palvelun, eli huolto- ja korjaustöiden, kannalta. Tämän vuoksi taas kyseisestä ratkaisusta ei voida vetää yhteneväisiä johtopäätöksiä siitä, mitä saadaan arvioida ja mitä ei.

3.4 EYTI:n ratkaisu C-532/06 Lianakis

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-532/06 *Lianakis* (Lianakis v Dimos Alexandroupolis) on herättänyt runsaasti epäluuloa ja hämmennystä siitä, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia huomioida vertailuperusteena. Kyseisessä ratkaisussa tuomioistuin arvioi hankintaa, jossa kreikkalaisen Alexandroupolin kaupunginvaltuusto julkaisi vuonna 2004 tarjouspyynnön kilpailuttaakseen kiinteistörekisteriin kirjaamista, kaupunkisuunnittelua ja soveltamistoimia koskevan suunnitelman laatimisen. Suunnitelma koski pientä noin 2000 tuhannen asukkaan Palagian aluetta ja kustannusarvio oli 461 737 euroa.

Hankintailmoituksessa mainittiin sopimuksen tekemisen perusteina tärkeysjärjestyksessä ensinnäkin asiantuntijan toteen näytetty kokemus viimeisten kolmen vuoden aikana laadituissa suunnitelmissa, toiseksi toimiston henkilökunta ja varustelu sekä kolmanneksi mahdollisuus laatia suunnitelma ennakoidussa ajassa, kun otetaan huomioon velvoitteet, joihin toimisto on sitoutunut, ja sen tieteelliset voimavarat.

Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan:

30 – – ”sopimuksen tekemisen perusteita” eivät voi olla perusteet, joiden nojalla ei voida selvittää, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin, vaan jotka lähinnä liittyvät sen arvioimiseen, kykenevätkö tarjoajat täyttämään kyseisen sopimuksen.

31 Pääasiassa perusteet, joita hankintaviranomainen on soveltanut ”sopimuksen tekemisen perusteina”, kuitenkin koskevat lähinnä kokemusta, pätevyyttä ja resursseja, joilla voidaan taata kyseisen sopimuksen asianmukainen täyttäminen. Nämä ovat perusteita, jotka koskevat tarjoajien kykyä täyttää tämä sopimus ja jotka eivät siis ole direktiivin 92/50 36 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja ”sopimuksen tekemisen perusteita”.

32 Tämän johdosta on todettava, että direktiivin 92/50 23 artiklan 1 kohdan, 32 artiklan ja 36 artiklan 1 kohdan vastaista on, että hankintamenettelyssä hankintaviranomainen ei ota huomioon tarjoajien kokemusta, henkilökuntaa ja varustelua samoin kuin sitä, onko tarjoajien mahdollista panna sopimus täytäntöön ennakoidussa ajassa, ”laadullisina valintaperusteina” vaan ”sopimuksen tekemisen perusteina”.

Tuomioistuin näyttää selvästi toteavan, että vertailuperusteena ei saisi käyttää tarjoajan kokemusta, pätevyyttä tai resursseja. Tuomiosta ei voida kuitenkaan vetää näin yksinkertaisia johtopäätöksiä. Kyseinen ratkaisu on aiheuttanut erittäin laajaa keskustelua kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa keskustelun jakautuen toisaalta siihen, mikä tuomion painoarvo on

¹⁶ Tuomion kohta 68.

yleisenä oikeusohjeena ja toisaalta siihen, mitä tuomion sanamuodolla todellisuudessa tarkoitetaan.¹⁷

Ensinnäkin tuomioistuimen *ratkaisu koskee vanhempaa hankintadirektiiviä (92/50)*, jossa on nimenomaisesti todettu tarjoajien arvioinnin ja tarjousten arvioinnin kaksivaiheisuus. Ratkaisussa viitataan tältä osin ratkaisuun C- 31/87 *Beentjes*, jossa vahvistettiin sääntö arviointimenettelyn kaksivaiheisuudesta. Kirjallisuudessa esimerkiksi *Lee* on katsonut, että niin *Beentjes* kuin *Lianakis* -tuomioissakaan ei poissuljeta sitä, että tarjousvertailussa arvioidaan suorittavaa tiimiä ("team") tarjoajajärityksen sijaan ("tenderer").¹⁸ Erotuksena on se, että *suorittavaa tiimiä arvioitaessa huomio kiinnittyy lopputuotteeseen* eli esimerkiksi palvelun laatuun tarjoajajärityksen ominaisuuksien sijaan. Tämä käy ilmi tuomion kohdasta 30, jossa tuomioistuin kohdistaa näkemyksensä siihen, että vertailuperusteena ei tule arvioida sitä, voiko yritys toteuttaa sopimuksen, vaan tuomioistuin näyttäisi vaativan enemmän laadullista ja sisällöllistä arviointia tarjoajan suorituskyvystä. Tämä on varsin järkeenkäypää, sillä lienee selvää, että kuka tahansa minimivaatimukset täyttänyt tarjoaja on katsottava samalla kykeneväksi suorittamaan sopimuksen "jossakin muodossa". Tarjoajien välillä on aina suorituseroja ja tarjousvertailussa tulee keskittyä näiden suoritus- ja laatuerojen esiin kaivamiseen. Lisäksi *niin vanhan kuin uudenkaan direktiivin sanamuodossa ei millään tavoin poissuljeta mahdollisuutta huomioida tarjoajan ominaisuuksia vertailuperusteena*. *Lee* katsoo, että koska tätä ei direktiiveissä nimenomaisesti sanota, EYTI ei itse asiassa ole tulkinnut direktiivejä aiemmasta oikeuskäytännöstä poikkeavalla tavalla.

Toiseksi on tärkeätä tarkastella hieman tarkemmin *Lianakis*-ratkaisussa sovellettua pisteytystä kyseisille tarjoajan ominaisuuksia mitanneille vertailuperusteille. Hankintayksikön pisteytysjärjestelmä oli sellainen, että esimerkiksi kokemusta arvioitiin tarjoajien esittämien aiempien toteutettujen hankkeiden euromääräisen arvon perusteella (suurempi euromääräinen arvo on enemmän pisteitä). Se tarjoaja, joka pystyi osoittamaan, että sen soveltuvat aiemmat hankkeet olivat yhteensä yli 12 miljoonan euron arvoisia, sai parhaat pisteet kokemuksesta. Samalla tavalla arvioitiin myös resursseja: se, jolla oli käytössään eniten resursseja, sai parhaat pisteet. Tällaiset vertailuperusteet vaikuttavat selvästi "ylimitoitetuilta" ottaen huomioon sen, että kilpailutetun hankinnan arvo oli vain noin 450 000 euroa. Ymmärrykseni mukaan arvioinnissa katsottiin puhtaasti asiaa numeropohjalta ilman tarkempaa laadullista arviointia. Tältä osin ratkaisun *lopputulema on täysin yhteneväinen jäljempänä selostetun GAT-tuomion kanssa, jossa referenssien lukumäärän laskeminen vertailuperusteena ei ollut hankintasäännösten mukaista*.

Hankintayksikkö ei edellyttänyt, että tarjoajat osoittavat tarjouksessaan, millä tavoin tarjoajien ominaisuudet johtavat parempaan lopputulokseen. Hankintayksikkö ei ollut rakentanut tarjousvertailua siten, että kokemuksella, pätevyydellä ja resursseilla olisi selkeä yhteys käsillä olevaan hankintaan ja sen toteuttamiseen.

Tuomioistuin viittaa tuomion kohdissa 31 ja 32 täsmällisesti juuri niihin vertailuperusteisiin, joita hankintayksikkö on käyttänyt. Tuomioistuin toteaa, että kokemusta, henkilökuntaa ja mahdollisuutta panna sopimus täytäntöön ennakoidussa ajassa, ei voida pitää hyväksyttävänä vertailuperusteina. Tämä toteamuksen on kuitenkin katsottava viittaavan vain nyt käsillä olleeseen nimenomaiseen ratkaisuun, eikä siitä tule vetää yleistä johtopäätöstä siitä, mikä on kiellettyä ja mikä ei. Yllämainitun pisteytysjärjestelmän perusteella ei voida ko-

¹⁷ Esimerkiksi julkisten hankintojen alan eurooppalaista oikeuskäytäntöä ja lainsäädäntöä seuraava *Public Procurement Law Review* julkaisi pelkästään tälle aiheelle ja ratkaisulle pyhitetyn numeron (3/2009), jonka artikkelit siteerataan myös tässä kirjoituksessa.

¹⁸ *Lee* 2010, s. 47–56.

vinkaan hyvin arvioida sitä, yrittikö hankintayksikkö todella laadullisesti arvioida tarjoajien ominaisuuksia vai pyrkikö se todellisuudessa sittenkin valitsemaan haluamansa tarjoajan.

Eri maiden tuomioistuimet ovat oikeuskäytännössään huomioineet *Lianakis*-ratkaisun eri tavoin. Joissakin maissa ratkaisuun on otettu ”tiukka” kanta tarkoittaen sitä, että tarjoajien arviointi vertailuperusteena on täysin poissuljettua. Toisissa maissa taas on katsottu, että myös tarjoajien ominaisuuksia voidaan vertailla, kunhan sillä on hankinnan kannalta merkitystä.¹⁹ *Treumer* katsoo, että tällaisissa maissa, joissa myös tarjoajan ominaisuuksia on käytetty vertailuperusteena, tuomioistuimet ovat pystyneet silti pitämään tarjoajien valintavaiheen ja varsinaisen tarjousvertailun kaksivaiheisena.

Ruotsissa oli vuoteen 2009 mennessä annettu neljä tuomiota sivuavaa ratkaisua, joista kahdessa katsottiin tarjoajan ominaisuuksien soveltuvan vertailuperusteeksi ja kahdessa taas otettiin tiukempi kanta.²⁰ Kaikissa tuomioissa lääninoikeudet kuitenkin totesivat, että esimerkiksi referenssejä voidaan käyttää vertailuperusteina rakennusurakoita kilpailutettaessa. Göteborgin kamarioikeus katsoi tuomioissaan joulukuussa 2008 ja helmikuussa 2009, että referenssejä, joiden avulla voidaan selvittää esimerkiksi annettujen palvelujen asiakastyytyväisyyttä, voidaan pitää vertailuperusteina.²¹ Tukholman kamarioikeus taas katsoi joulukuussa 2008 antamassaan ratkaisussa, että esimerkiksi tuottavuutta, toimitusaikojen pitävyyttä, palveluhenkisyttä, henkilökunnan ammattitaitoisuutta ja toimitusten nopeutta ei voitu pitää vertailuperusteena. Sundsvallin kamarioikeus katsoi samaten helmikuussa 2009, että aiempiin hankkeisiin viittaavat referenssit eivät ole vertailuperusteita, vaan tarjoajien arviointiperusteita.²²

Saksassa²³ tuomioistuimet ovat huomioineet ratkaisun, muun muassa Düsseldorfin alueen ylioikeus (OLG Düsseldorf) viittasi ratkaisussaan *Lianakis*-tuomioon ja totesi, että ainoastaan sellaiset kriteerit, joilla arvioidaan hankittavan tuotteen, urakan tai palvelun ominaisuuksia, ovat sallittuja vertailuperusteita. Tähän tuomioistuin kuitenkin lisäsi vielä, että tästä ei kuitenkaan seuraa sitä, että tarjoajaa koskevia ominaisuuksia ei voitaisi arvioida missään tilanteessa vertailuperusteena.²⁴

Ranskassa erottelu tarjoajien arvioinnin ja tarjousten arvioinnin välillä on ollut lähtökohtaisestikin varsin selkeä, eikä tarjoajien ominaisuuksia ole voitu hyväksyä vertailuperusteena. Varsinaisesti *Lianakis*-tuomiota ei kuitenkaan ainakaan vielä ole ranskalaisissa tuomioissa siteerattu.²⁵

Suomessa markkinaoikeus on harjoittanut varovaisuusperiaatetta viitatessaan *Lianakis*-tuomioon. Huomio on pääosin kiinnittynyt siihen, että hankintayksikkö ei ollut ilmoittanut kaikkia vertailuperusteitaan tarjouspyynnössä etukäteen. Sen sijaan siihen, voidaanko tarjoajien ominaisuuksia vertailla, ei tiettävästi ole otettu kantaa markkinaoikeuden ratkaisuisissa

¹⁹ *Treumer 2009*, s. 103

²⁰ Ruotsissa ongelmana on ollut julkisia hankintoja koskevan oikeuskäytännön epäyhtenäisyys, mihin kiinnitetään huomiota muun muassa *oikeusministeriön työryhmämietinnössä 2008:6*. Epäyhtenäisyys johtunee pitkälti siitä, että hankinta-asioita ei ole Ruotsissa keskitetty tiettyyn tuomioistuimeen.

²¹ Tarjousvertailussa voitiin kamarioikeuden näkemyksen mukaan arvioida muun muassa tarjoajan organisaatiota, koulutustasoa ja kokemusta vastaavista projekteista.

²² Tuomiot referoitu artikkelista *Andersson – Rosen 2009*.

²³ *Treumer 2009*, s. 106.

²⁴ *Rubach-Larsen 2009*, s. 118.

²⁵ *Treumer 2009*, s. 109.

Lianakis-tuomioon vedoten. Jo tästä on pääteltävissä, että tuomion merkitystä tarjoajien ominaisuuksien arvioinnin kannalta ei voida pitää suurena.

Treumer toteaaakin, että *Lianakis*-tuomiota on tulkittu EU:n alueen tuomioistuimissa varsin rajoittuneesti eikä sillä näytä olleen suurta vaikutusta tuomioistuimien varsin avoimeen linjaan suhteessa tarjoajien ominaisuuksia koskeviin vertailuperusteisiin. Kansalliset tuomioistuimet ovat joko epäsuorasti tai suoraan hylänneet *Lianakis*-tuomiosta ilmi käyvän tiukan ja rajoittavan tulkintatavan.²⁶

3.5 Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisu T-211/07

Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi *Lianakis*-ratkaisun jälkeen annettussa *AWWW*-ratkaisussaan (T-211/07) jopa hieman sovittelavaan sävyyn, että muun muassa *kokemusta voidaan pitää vertailuperusteena*. Erikoista ratkaisussa on se, että hankintayksikkö oli pitänyt tarjoavan yrityksen henkilöstön kokemusta *vähimmäisvaatimuksena*, eikä vertailuperusteena. Tästä huolimatta tuomioistuin toteaa tuomion kohdassa 61 nimenomaisesti, että vaikka nyt kysymys oli tarjoajille asetetusta vaatimuksesta, kyseistä kokemusta olisi voitu arvioida myös vertailuperusteena. Tämä erikoinen maininta kertonee, että tuomioistuin on pyrkinyt palauttamaan oikeuskäytäntöä oikeille raiteilleen.²⁷

Tuomioistuin pyrki nostamaan tarjoajien ominaisuudet takaisin ”sallittujen aineiden listalle”. Kuitenkin tuomiosta on myös pääteltävissä selkeä raja sallituille tarjoajien ominaisuuksien vertailuperusteille. Kyseisessä tapauksessa hankintayksikkö oli perustanut arvionsa muun muassa palvelun suorittavien henkilöiden ansioluetteloihin. *Tarjoajien ominaisuuksien arviointi on siis mahdollista ainoastaan silloin, kun arvioidaan niin sanottua ”suorittavaa porrasta”* eli esimerkiksi sitä henkilöstöä, joka tulee palvelun tai rakennusurakan todellisuudessa suorittamaan. *Vertailuperusteissa ei voida arvioida esimerkiksi yrityksen liikevaihtoa*, joka on selkeästi vähimmäisvaatimus.

4 Kansallinen oikeuskäytäntö

Korkein hallinto-oikeus, markkinaoikeus ja sen edeltäjä kilpailuneuvosto ovat linjanneet useassa ratkaisussaan referenssien ja muiden tarjoajille asetettujen vaatimusten vaikutusta tarjousten vertailuun. Korkein hallinto-oikeus on muun muassa ratkaisussaan *6.10.2004 (taltio 2514)* katsonut, että hankintayksikön edellyttäessä urakkaohjelmassa yhtenä valintaperusteena tarjoajan ”kykyä suoriutua tehtävästään”, edellytys on koskenutkin tarjoajien kelpoisuuden tutkimista eli tarjoajien vertailua. Lisäksi KHO totesi, että ”tarjoajien vastavuus verrattuna tarjouspyyntöön” liittyi lähinnä sen arviointiin, onko tarjous hylättävä tarjouspyynnön vastaisena. KHO katsoi, että nämä kriteerit muutamien muiden tarjoajiin viittaavien vertailuperusteiden ohella olivat julkisista hankinnoista annetun lain vastaisia sikäli, että vertailuperusteilla ei ollut tehty riittävästi eroa tarjoajan kelpoisuuden ja tarjousten vertailun välillä.²⁸

²⁶ Treumer 2009, s. 109.

²⁷ Lee 2010, s. 47–56.

²⁸ Ks. tältä osin Pertti Virtanen teoksessa *Aalto-Setälä, Ilkka ym. 2008*, s. 695.

Markkinaoikeus on useassa ratkaisussaan korostanut tarjoajien *kelpoisuuden arvioinnin ja tarjousten vertailun välistä eroa* eli hankintamenettelyn kaksivaiheisuutta. Erityisesti kansallisia hankintoja koskevassa oikeuskäytännössä markkinaoikeus on puuttunut tarjoajien ominaisuuksien vertailuun. Perusajatus on tiivistetty muun muassa silmäpainetaudin tutkimuksen ja hoidon hankintaa koskevassa tapauksessa *MAO 83/07 ja 84/07* seuraavasti:

Markkinaoikeus toteaa, että kelpoisuusvaatimukset ja kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet voivat vaihdella hankinnan kohteen mukaan ja että määrätynlaiset seikat voivat liittyä joissakin tapauksissa tarjoajan kelpoisuuden arviointiin ja toisissa tapauksissa taas paremminkin tarjousten taloudellisen edullisuuden arvioimiseen. Hankintamenettely on kuitenkin edellä mainituin tavoin kaksivaiheinen, ja menettelyn avoimuus ja tasapuolisuus edellyttää, että tarjoajat tietävät jo tarjouksia laatiessaan, millä seikoilla on merkitystä yhtäältä tarjoajien kelpoisuutta arviotaessa ja toisaalta tarjouskilpailua ratkaistaessa. Yksittäisessä hankinnassa ei näistä syistä johtuen tulisi lähtökohtaisesti käyttää samoja seikkoja sekä tarjoajien kelpoisuusvaatimuksina että tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteina ainakaan yksilöimättä jo tarjouspyyntöasiakirjoissa riittävän selvästi sitä, mitä tietoja tarjoajilta edellytetään minkäkin asian arvioimiseen ja kuinka nimettyjä seikkoja on tarkoitus soveltaa kussakin tarkoituksessa. Kelpoisuusehtojen asettamisen tai soveltamisen mahdollisia virheitä ei voida toisaalta korjata siten, että kelpoisuusehdoiksi yksilöityjä seikkoja arvioidaan uudelleen tarjousvertailussa tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteina.

Kyseisessä ratkaisussa hankintayksikkö oli asettanut tarjoajille runsaasti kelpoisuusehtoja. Tarjousten vertailuvaiheessa tarjoajien tarjouksia arvioitiin siten, että hinnan merkitys oli 50 prosenttia ja laadun 50 prosenttia. Palvelun laadullista sisältöä arvioitiin tarjoajalle asetettujen edellytysten eli kelpoisuusehtojen kautta. Tarjouksessa tuli muun muassa olla selvitys palveluntarjoajan täydennyskoulutuksista ja laitteistoista. Markkinaoikeus katsoi ratkaisussaan, että asetetut kelpoisuusehdot olivat hankittavien palveluiden kannalta kaikilta osin merkityksellisiä. Markkinaoikeuden näkemyksen mukaan hankintayksikkö ei kuitenkaan ollut tehnyt tarjouspyynnössään eroa tarjoajien kelpoisuuden ja tarjousten laadun arviointiin vaikuttavien seikkojen välillä ja tämän vuoksi menettelyä pidettiin hankintasäännösten vastaisena. Tilannetta voidaan tältä osin pitää hieman muuttuneena, sillä kyseinen hankinta oli ilmeisesti niin sanottu *toissijainen palveluhankinta*, jossa voidaan soveltaa nykyisin hankintalain kansallisia menettelysäännöksiä eli myös 72 §:ää, joka ilmeisesti sallii myös kelpoisuusehdot ylittävien ominaisuuksien vertailun, kunhan tästä on etukäteen ilmoitettu.

Markkinaoikeus on lähestynyt aihetta siinä mielessä hyvin viisaasti, että oikeuskäytännössä ei selvästikään ole haluttu rajata joitain kriteerejä ehdottomasti tarjousvertailun ulkopuolelle, vaan oikeuskäytännössä on korostetusti pyritty ottamaan huomioon myös yksittäistapauksessa merkitykselliset seikat. Esimerkiksi ratkaisussa *MAO 84/09* markkinaoikeus totesi, että:

Hankintalain 72 §:n 1 momentin mukaan tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen arvioinnissa käytettävien *vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja mahdollistaa tarjousten puolueeton arviointi*. Palveluhankinnoissa tai rakennusurakoissa, joissa palvelun tarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella, ammattitaidolla tai pätevyydellä on *erityinen merkitys*, vertailuperusteina voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavaa *tarjoajien soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa*.

Hankintayksiköt ovat perustelleet referenssien lukumäärää koskeneen vertailuperusteen käyttöä sillä, että hankinnan kohteena olevat palvelut edellyttävät tarjoajan erityistä ammattitaitoa ja kokemusta. Referenssit on rajattu siten, että tällaisina pide-

tään vastaavia aikaisempia palveluita, joiden laajuus on ollut yli 10 työpäivää. Tarjouspyynnössä ei ole pyydetty muita täsmennyksiä aiempien palvelujen sisällöstä tai niiden laadusta. Tarjouspyynnöstä ilmenee samoin, että arviointi tehdään yksinomaan referenssien lukumäärän perusteella siten, että suurimman asiakasmäärän ilmoittanut tarjoaja saa suurimmat pisteet.

Referenssejä koskeneen vertailuperusteen osalta taulukossa on sinänsä esitetty huomioon otettujen referenssien lukumäärä, mutta tältäkin osin ei ole selvitetty niitä seikkoja, joiden perusteella kyseisiin lukumääriin on päädytty. Vertailuperusteen ”palvelutuotantoon osoitettavien resurssien kokemus ja konsultin pätevyys” osalta hankintapäätöksessä on puolestaan annettu kaikille tarjoajille 30 pistettä, mutta päätöksessä *ei ole esitetty niitä seikkoja, joiden perusteella tarjousten on katsottu olleen mainitun perusteen osalta samanveroisia*. Päätöksestä ei siten ole ilmennyt, mihin seikkoihin suoritettu vertailu on perustunut.

Edellä olevan perusteella markkinaoikeus katsoo, että *hankintapäätöstä ei ole muiden vertailuperusteiden kuin hinnan osalta perusteltu* hankintalain 73 §:ssä edellytetyllä tavalla. Hankintapäätöstä perusteltaessa ja tarjouksia vertailtaessa on siten menetelty hankintasäännösten vastaisesti.

Kyseisessä ratkaisussa hankintayksikkö on huomionnut vain referenssien lukumäärän ilman sen suurempaa referenssien sisällöllistä arviointia. Hankintaan sovellettiin hankintalain kansallisia menettelysäännöksiä. Markkinaoikeus on tässä mielestäni aivan oikeassa katsoessaan, että koska hankintayksikkö ei ole pystynyt hankintapäätöksessään osoittamaan, mihin vertailu on perustunut, se ei ole myöskään osoittanut soveltaneensa annettuja vertailuperusteita tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Huomattavaa on kuitenkin se, että markkinaoikeus ei katsonut kyseisten vertailuperusteiden olevan virheellisiä tai puutteellisia. Sen sijaan tärkeää näyttäisi olevan *avoimuus niin etukäteisesti tarjouspyynnössä kuin jälkikäte-*
sesti hankintapäätöksen perusteluissakin. Samalla tavalla markkinaoikeus katsoi kiinteistöjen myyntiin liittyvää asiantuntijapalvelua koskevassa ratkaisussaan MAO 76/09, että

Hankintayksikkö on ilmoittanut hankinnan kohteena ollutta aravarahoitteisten kiinteistöjen myyntiä koskevat referenssit tarjousten kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteeksi *ilman, että referenssien soveltamistapaa tai niiden osalta edellytetyjä tietoja olisi tarkemmin yksilöity*. Hankintapäätöksen 14.5.2007 § 182 liitteenä olevasta tarjousten vertailutaulukosta ilmenee, että hankintayksikkö on myös soveltanut tarjouspyynnössä kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteeksi ilmoitettuja referenssejä ja antanut niille vertailussa 20 prosentin painoarvon. Hankintayksikkö on näin menetellessään toiminut hankintasäännösten vastaisesti.

Tässäkin markkinaoikeus selkeästi edellytti hankintayksikön todella käyttävän tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena. Referenssien käyttöä ei avattu tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa millään tavoin. Markkinaoikeus pyrkii siis tässäkin selvästi asettamaan rajat myös sille, että hankintayksikölle ei synny liian suurta harkinnanvaraa käytettäessä tarjoajien ominaisuuksia vertailuperusteena.

Suunnittelupalvelujen ja rakennuttajakonsulttihakintojen osalta muun muassa ratkaisussa MAO 442/08 on todettu, että

Markkinaoikeus toteaa, ettei hankintayksikkö ole menetellyt asiassa virheellisesti ottaessaan huomioon tarjousten laadullisessa vertailussa tarjoajien projektinjohtokokemuksen. Kysymyksessä olleen seikan huomioon ottaminen on ollut *hankinnan kohde huomioon ottaen perusteltua ja myös tarjouspyynnön perusteella pääteltävissä*. Voittaneen tarjoajan kokemus projektinjohtourakoista on ilmennyt *tarjouksen liitteenä olleen teollisuusrakentamisen referenssiluettelon ja projektihenkilöstön ansioluetteloiden yhteistarkastelulla*. Kyseisten asiakirjojen perusteella projektinjohtourakat ovat olleet yksilöitävissä. Niiden perusteella on myös ollut todettavissa, että voittaneella tarjoajalla on ollut pyydetyllä hankintaa edeltäneen viiden vuoden

ajalla useita projektinjohtourakoita hoidettavanaan. Tarjousten pisteytystaulukossa todetut seikat ovat siten olleet tarjousasiakirjojen perusteella pääteltävissä. Hankintayksikkö ei siten tässäkään suhteessa ole menetellyt hankintasäännösten vastaisesti.

Yleisesti ottaen voidaan todeta, että *varsinaisen työn suorittavan tiimin ominaisuuksiin keskittyvä tarjousten vertailu on hankintasäännösten näkökulmasta hyväksyttävämpää kuin pyrkimys arvioida itse yritystä*. Kuitenkin joissakin tilanteissa itse yrityksen ominaisuudet voivat olla keskeisessä asemassa hankintaa toteutettaessa. Esimerkiksi yrityksen toimintatavat ja laadunvarmistusjärjestelmät ovat selvästi ominaisuuksia, joilla voi olla merkitystä palvelua tai urakkaa suoritettaessa. Rajanveto voi olla erittäin haastavaa käytännön työssä. Laatuajärjestelmällä on tietyissä tilanteissa selvä vaikutus tuotettavan palveluun ja sen vuoksi sitä voitaneen vertailla. Kuitenkin laatuajärjestelmällä tulisi olla jokin yhteys juuri hankittavaan palveluun, joten esimerkiksi yrityksen yleistä laatusertifikaattia ei voitane huomioida vertailuperusteena. Rajanvetoa käytiin läpi muun muassa ratkaisussa MAO 267/08:

Markkinaoikeus katsoo, että laadun arviointiperusteina käytetyistä arviointiperusteista palveluntuotannon aloittamisajankohta ja palveluntuottajan *koulutusjärjestelmä* ovat paitsi liittyneet hankinnan kohteeseen myös olleet sellaisia, että hankintayksikkö on voinut niiden avulla selvittää, mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Mainitut arviointiperusteet eivät ole myöskään olleet luonteeltaan tarjoajia syrjiviä tai antaneet hankintayksikölle rajoittamatonta vapautta tarjousten vertailun toteuttamisessa. Hankintayksikkö ei myöskään ole kysymyksessä olevaan hankintaan sovellettavien hankintalain säännösten perusteella ollut velvollinen ilmoittamaan tarjouspyynnössä arviointiperusteiden pisteytysperusteita.

Oikeuskäytännöstä keskeisenä huomiona voidaan pitää sitä, että markkinaoikeus ei ole pitänyt tarjoajan referenssien ja muiden tarjoajien ominaisuuksien huomioimista tarjousvertailussa ongelmallisena, vaan ennemminkin huomio on kiinnittynyt siihen, miten asia on perusteltu. Tämä perustelu tulisi tuoda esille niin tarjouspyynnössä kuin lopullisessa hankintapäätöksessäkin.

Vältettäviä vaatimuksia tai niiden ilmauksia ovat avoimet käsitteet, joiden perusteella ei voida arvioida omia menestymismahdollisuuksia tarjouskilpailuissa²⁹. Lähtökohtana oikeuskäytännössä on ollut, että *tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu edellyttää hankintayksikön soveltavan etukäteen ilmoittamiaan arviointiperusteita kaikkiin tarjouksiin tasapuolisesti ja syrjimättä*. Hankintapäätöksen on perustuttava *kaikkiin ennalta ilmoitettuihin arviointiperusteisiin* ja hankintapäätöksessä on *perusteltava se, miten arviointiperusteita on sovellettu*. Olennaista ei ole ollut se, että käytetty termi on ollut yleisluontoinen, kuten ”toimintavarmuus”. Sen sijaan merkitystä on sillä, onko hankintayksikkö tarkentanut vertailuperustetta muuten tarjouspyynnössään. Markkinaoikeus on muun muassa ratkaisussa 30/06 katsonut, että

Tarjouspyynnössä ei ole yksilöity, mitä arviointiperusteilla ”synergiaedut”, ”käyttökustannukset” ja ”laatu” on tarkoitettu ja miten mainittuja arviointiperusteita tullaan arvioimaan. Markkinaoikeus katsoo, että edellä mainitut kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointiperusteet ovat hankinnan kohde huomioon ottaen olleet siinä määrin yksilöimättömiä, etteivät tarjoajat ole voineet tietää, millä seikoilla tulee kyseisten arviointiperusteiden osalta olemaan vaikutusta kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämisessä. Kyseiset arviointiperusteet eivät siten ole olleet omiaan tuottamaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia eivätkä turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousvertailussa. Sanotut

²⁹ Ongelmallisena on pidetty muun muassa seuraavia käsitteitä: ”laatu” (MAO 210/05), ”uskottavuus” (MAO 85/05), ”soveltuvuus käyttäjän tarpeisiin” (MAO 33/05), ”tarjoajan markkina-asema” (MAO 45/04), ”palveluiden kokonaislaatuun ja kokonaiskustannuksiin liittyvät tekijät” (MAO 92/04), ”suunnitelman taloudellinen vaikutus” (MAO 180/04) ja ”yhteistyökyky” (MAO 17/06).

arviointiperusteet ovat myös olleet omiaan antamaan hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden tarjousvertailun toteuttamisessa. Hankintayksikkö on näin ollen menetellyt hankintalain 9 §:ssä tarkoitetulla tavalla julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden vastaisesti, kun se ei ole tarjouspyynnössään riittävällä tarkkuudella kuvannut edellä mainittuja tarjousten valintaan vaikuttaneita arviointiperusteita.

Samalla tavoin markkinaoikeus totesi ratkaisussa 17/06, että

Viimeisenä valintakriteerinä mainittua yhteistyökykyä on sitä vastoin pidettävä ylimalkaisena. Tarjouspyynnössä ei ole kuvattu sitä, millä tavoin hankintayksikön on ollut tarkoitus arvioida tarjoajien sanottua ominaisuutta, eikä liioin pyydetty esittämään selvitystä siihen mahdollisesti liittyvistä tekijöistä. Tarjoajat eivät ole siten voineet tietää, millä seikoilla tulee tässä suhteessa olemaan merkitystä tarjouskilpailua ratkaistaessa, ja tarjouspyyntö on vastaavasti jättänyt hankintayksikölle rajoittamattoman vapauden kysymyksessä olevan arviointiperusteen soveltamisessa. Kyseisen arviointiperusteen käyttämisestä on muutoinkin pidettävä varsin kyseenalaisena perusteena avatessa mahdollisuuden aikaisemman tarjoajan suosimiselle ja tarjoajien epätasapuoliselle kohtelulle.

Kuten yllämainituissa ratkaisuissa todettiin, termiä ”synergiaetu” ja ”yhteistyökyky” ei voida pitää niin tarkkana, että tarjoaja voisi sen perusteella arvioida, mitkä seikat tulevat vaikuttamaan tarjousvertailuun. Lisäksi tuoreessa ratkaisussaan 607/09 markkinaoikeus totesi: ”tarjoajat eivät ole voineet tarjouspyynnön perusteella tietää, mihin seikkoihin hankintayksikkö tulee kiinnittämään huomiota tarjousten vertailussa vertailuperustetta ”tuotteiden soveltuvuus Tampereen yliopistollisen sairaalan käyttötarkoituksiin” soveltaessaan ja millä seikoilla on merkitystä tarjouskilpailua ratkaistaessa.” Markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyyntö ei ollut omiaan tuottamaan sanotuilta osin yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia eikä se ollut omiaan turvaamaan tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Yllä käsitellyt markkinaoikeuden ratkaisut ovat kuitenkin *kansallisia hankintoja* koskevia ratkaisuja, eikä niistä voida suoraan päätellä menettelyn hyväksyttävyyttä EU-hankinnoissa.

Avoimien kriteerien tärkeimpänä ongelmana on ollut toisaalta suppeus eli se, että vertailtavia tekijöitä ei ole avattu laajemmin. Toisaalta ongelmana on ollut myös niiden avoimuus eli tulkinnanvaraa on hankintayksiköllä liikaa. Markkinaoikeus on myös katsonut useassa tapauksessa³⁰ tarjousvertailujen varsinaiset perustelut ja tarjouspyynnön sisällön puutteelliseksi näiltä osin.

Markkinaoikeus on erityisesti painottanut hankinnan vaativuutta ja luonnetta siten, että henkilöillä ja tarjoajan ominaisuuksilla on ollut merkitystä hankinnan onnistumisen kannalta. Nämä on yleensä tarjouksissa mainittu jo tarjouspyynnössä ja myös hankintapäätöksessä. Markkinaoikeus on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että *hankintapäätökset on perusteltu näiltä osin tarkasti ja että osapuolten välisille piste-eroille on annettu perusteet*.

³⁰ Viimeaikaisista ratkaisuista sallittuina kriteereinä on pidetty muun muassa ”hinta 80 prosentin, laadunvarmistus 10 prosentin sekä projektihenkilöstö eli kohteen työ/projektipäällikkö ja vastaava työnjohtaja 10 prosentin painoarvolla” (MAO 442/08), ”kokemukset ja tulokset vastaavista palveluista ja suunnitelma ja kokemukset moniammatillisen työyhteisön henkilöstön johtamisesta” (MAO 300/08).

”henkilöstön ammattitaito ja referenssit, työntekijöiden SKOL-luokitus, SKOL-luokituksen mukainen ajankäytön jakauma sekä aikaisemmat referenssikohteet” (MAO 376/07).

5 Mitä merkitystä on annettava sopimuksen tyypille?

Mielenkiintoinen ja vailla vastausta oleva kysymys on myös se, miten paljon merkitystä voidaan panna *hankintayksikön ja toimittajan välisen sopimuksen tyypille ja luonteelle*. Hankintayksiköllä on aina vapaus määritellä hankinta haluamallaan tavalla, kunhan se ei syrji ketään. Oikeuskäytännössä on käsitelty asiaa varsin ”mekaanisesti” siinä mielessä, että ainoastaan hankinnan tyypillä on ollut merkitystä siihen, voidaanko tarjoajan ominaisuuksia tarkastella tarjousvertailussa. Tavanomaisessa sopimusoikeudessa painoa on kuitenkin annettu myös sille, *miten* osapuolet sitoutuvat sopimukseen. Tässä mielessä esimerkiksi tavanomainen ostosopimus on huomattavasti erilainen kuin kumppanuutta korostava kumppanuussopimus (*partnership*). Kumppanuussopimuksessa koko sopimussuhteen yksi edellytys on, että osapuolilla on toisilleen jotain ”annettavaa” eli sopijapuolilla on tietopääomaa, jonka jakamisesta molemmat osapuolet hyötyvät.³¹

Vedenkannas katsoo, että kumppanuusajattelu merkitsee kilpailutusprosessin ja sitä seuraavan hankintasopimussuhteen hahmottamista dynaamisena kokonaisuutena siten, että tarjouskilpailuvaiheessa huomio kohdistettaisiinkin tavoitteiden saavuttamiseen tavanomaisen kiinteän kohteen hankkimisen tai tuottamisen sijasta. *Vedenkannas* katsoo, että tämä asia tulisi erityisesti huomioida vertailuperusteita asetettaessa.³² Käytännössä kuitenkin tällainen ei ole helppoa asettaa siten, että vertailuperusteet eivät olisi syrjiviä.

Kumppanuussopimuksessa tavoitteena on tiivis yhteistyö, jossa sopimusosapuolet verkostoituvat voimakkaasti ja jossa kanssakäynti osapuolten välillä on intensiivistä. Kumppanuussopimuksissa merkitystä on myös sillä, että sopimuskaudet ovat yleensä hyvin pitkiä. Kumppanuussuhteen tavoitteena voi olla saada aikaan todellista lisäarvoa molemmille esimerkiksi uusien innovaatioiden ja toiminnan tehostumisen myötä. Kaikesta sopimusoidellisesta lojaalisuudesta ja yhteistyön korostamisesta huolimatta on hyvä muistaa, että kyseessä on kuitenkin aina kahden eri osapuolen välille solmittu sopimus, jolla on rahallista arvoa molemmille.

Lisäksi oikeuskäytännöstä on hahmoteltavissa näkemys, että *sallitumpaa on keskittyä suorittavan portaan kompetenssiin ja osaamiseen kuin varsinaisen yrityksen ominaisuuksiin*.³³ Oikeuskäytännön tai oikeuskirjallisuuden perusteella ei voida kuitenkaan täysin poissulkea tilannetta, jossa hankintayksiköllä olisi oikeus huomioida vertailuperusteena itse yrityksen ominaisuuteen liittyviä valintaperusteita. Hankintalain lähtökohtana on, että *valintaperusteiden tulee lähtökohtaisesti liittyä hankinnan kohteeseen*. Jos hankinnan lopputuloksena on pitkäaikainen kumppanuus, voisi olettaa, että hankintayksiköllä olisi oikeus jollakin tavoin huomioida myös yrityksen ominaisuuksia. Esimerkiksi laajoissa PPP-hankkeissa tällainen voisi tulla kysymykseen, mutta käytännössä kumppanuusajattelun huomioiminen syrjimättömällä tavalla on hyvin haasteellista.

³¹ Ks. esim. *Vedenkannas 2008*.

³² *Vedenkannas 2008*, s. 227.

³³ *Lee 2010*, s. 47–56.

6 Hintakilpailu ilman laatupisteytystä

Yksinkertaisin tapa on asettaa tarjoajien kelpoisuusedellytykset tarjouspyynnössä mahdollisimman korkeaksi, jolloin tarjousvertailussa ainoana vaikuttavana tekijänä on hinta. Tällöin vaatimuksissa voisi olla esimerkiksi vaatimus tietyntasoisista hankkeista, joita vastaavaa kokemusta tarjoajalla tulisi olla tullakseen huomioiduksi tarjousvertailussa. Koska hankintadirektiivi asettaa rajaksi enintään viiden viimeksi kuluneen vuoden ajalta huomioitavat referenssit, referenssien laadulla on erityistä painoarvoa. *Referensseinä ei tulisi huomioida vain hankintayksikölle toteutettuja hankkeita.*

Ongelmana pelkkään hintaan perustuvassa mallissa on kuitenkin hankinnan toteutustavan todennäköinen tiukka rajautuminen ja mahdollisten kustannustehokkaampien ja innovatiivisten toteuttamistapojen putoaminen tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tarjoajien tulee kilpailulla keskenään myös muilla ominaisuuksilla kuin hinnalla, koska tämä kilpailu tuottaa hankintayksikölle todennäköisesti lisäarvoa parantuneena palveluna.

Toinen merkittävä ongelma liittyy tarjoajien määrään, sillä suhteellisen tiukat vaatimukset vähentävät tarjoajien määrää merkittävästi ja voivat johtaa kilpailun vähenemiseen.

Erityisesti Suomessa, jossa jo kansallisestikin voi olla vaikeata saada kunnan kilpailua aikaan, on tärkeätä, että mahdollisimman moni tarjoaja pääsee mukaan tarjouskilpailuun. Hankintalain perusajatuksena on kilpailun ja liiketoimintamahdollisuuksien lisääminen. Erityisenä tarkoituksena on vielä pienten ja keskisuurten yritysten osallistumismahdollisuuksien parantaminen. Tästä näkökulmasta katsottuna pelkkä hintakilpailu ei ole järkevää ja tulee käytännössä kysymykseen vain erittäin harvoissa tapauksissa. Mitä pienempi määrä tarjoajia on ja mitä ilmeisempää se on jo tarjoajille itselleen, sitä huonompi on lopputulos hankintayksikön kannalta. Jos markkinat suljetaan liian tiukoilla vaatimuksilla, uusia yrittäjiä ei pääse mukaan.

Hankintalain 2 §:ssä edellytetään, että hankintayksiköt käyttävät hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Kyseessä on lain periaate, jonka on edellytetty ulottuvan ”läpäisyperiaatteen” mukaisesti kaikkialle hankintalain tulkintaan. Samalla tavalla kyseissä pykälässä edellytetään, että tarjoajia kohdellaan tasapuolisesti ja syrjimättä. Kilpailuolosuhteita voi olla ainoastaan silloin, kun alalla on useita toimijoita. Lisäksi kilpailuolosuhteet ovat olemassa silloin, kun alalla on vain yksi toimija, mutta useita potentiaalisia toimijoita.

Yksi kilpailun ajatuksista on juuri se, että uusi yrittäjä voi tulla ”hinnalla sisään” eli antaa muita halvemman tarjouksen. Liian tiukat minimivaatimukset eivät anna mahdollisuutta tähän. Sen sijaan, mikäli tarjoajan ominaisuuksia tai tarjoajan ”suorittavan tiimin” ominaisuuksia arvioidaan vertailuperusteina, uusiakin yrittäjiä voidaan ottaa tarjouskilpailuun mukaan. Tällöin tarjoaja voi kompensoida esimerkiksi vähäistä laadullista kokemustaan tarjoamalla halvempaa hintaa. Tässä on hyvä huomata, että tällainen mahdollisuus yleensä vaikuttaa myös muihin tarjoajiin siten, että he antavat kilpailukykyisemmän tarjouksen. Tällainen hintapaine voi vaikuttaa tarjouskilpailuun siten, että suuretkin toimijat tarjoavat halvempaan hintaan saadakseen sopimuksen.

7 Miten tarjoajia voidaan vertailla?

Merkittävä kysymys hankintalain kannalta on myös se, miten tarjoajia voidaan käytännössä vertailla. Lähtökohtana ovat tietysti *hankintalain tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun*

periaatteet. Lisäksi hankintalaki edellyttää, että *hankintayksikkö käyttää hyväkseen olemassa olevat kilpailuolosuhteet*³⁴. Nämä hankintojen ”pääajatuksukset” tarkoittavat käytännössä, että vertailu on tehtävä *pisteuttämällä numeroperäisin arvoin* ja että nämä *vaatimukset eivät saa kohdentua liian tiukasti johonkin tiettyyn suorittajaryhmään*, kuten esimerkiksi ammattikuntaan, ellei tämä ole perusteltua. Lisäksi *vertailuperusteet eivät saa muodostua alalle tulon esteeksi.* Tämä on mielenkiintoinen kysymys erityisesti vuosissa mitattavan kokemuksen osalta. Vaatimukset tulee asettaa objektiivisesti, eikä ”tarkoitushakuisesti” eli rajaamalla vertailuperusteita siten, että vain yksi toimija voi todellisuudessa voittaa tarjouskilpailun. Kärjistäen voidaan siten todeta, että esimerkiksi lääkäripalvelujen kilpailutuksessa ei saisi edellyttää, että suorittavassa henkilöstössä yhden lääkärin tulee olla arvoltaan arkkiaatri ja että tällä tulee olla yli 50 vuoden kokemus lääkärin työstä.

Virtanen katsoo, että tarjoajien kelpoisuusehtojen ja vertailuperusteiden välillä voidaan tehdä karkea ero sen perusteella, voidaanko vertailuperusteiden avulla luoda eroja tarjoajien välille, vai onko kysymys vain vastauksesta kyllä tai ei. *Virtanen* katsoo, että *mikäli kysymys on tyyppiä kyllä tai ei, tällaista kriteeriä voidaan pitää ainoastaan tarjoajien kelpoisuusehtona.*³⁵

Esimerkiksi suunnittelutyössä tai lääkäripalveluissa useissa kilpailutuksissa kokemukselle on annettu merkitystä vertailuperusteiden pisteytyksissä. Tässä on toisessa vaakakupissa kilpailumahdollisuuksien lisääminen tällaisia ”vaatimuksia” alentamalla ja toisaalta myös se, että esimerkiksi ihmisten terveydestä ollessa kysymys kokemuksen kautta karttuneelle *osaamiselle* (jota siis kokemusvuosilla todellisuudessa halutaan mitata) voidaan perustellusti antaa enemmän pisteitä. Tämä johtuu tietysti siitä, että hankintayksikkö voi arvostaa sitä, että paikalle saadaan kokenutta henkilöstöä hoitamaan potilaita sen sijaan, että hoitotyön suorittaisi vastavalmistunut tai opiskelija.

Vertailuperusteilla ei voida kuitenkaan mitata niitä asioita, joita todella haluttaisiin mitata. Esimerkiksi yhteistyökykyä tai henkilön *todellista* pätevyyttä on vaikea mitata, koska kuka tahansa voi kirjoittaa paperilla olevansa yhteistyökykyinen. Tilanne voi olla samantyyppinen myös silloin, kun todellista pätevyyttä mitattaessa kiinnitetään huomiota esimerkiksi korkeakoulututkintoihin ja siihen onko esimerkiksi henkilö suorittanut tohtorin tutkinnon. Tällöinkään ei välttämättä pystytä mittaamaan henkilön todellista pätevyyttä tai yhteistyökykyä, vaan ainoastaan hänen kykyään toimia tutkijana ja väitöskirjan tekijänä. Todellisesta potilas- tai asiakastyöstä nämä eivät kuitenkaan kerro yhtään mitään. Työkokemusvuosien mittaaminen henkilön ”laatuarviointina” perustuu osaltaan evolutiiviseen ajatteluun eli siihen, että huonosti työnsä tekevät ajautuvat alalta pois jossakin vaiheessa ja vahvimmat ja osaavimmat pysyvät pitkään. Toisaalta monissa ammateissa uudistumisvauhti on todella nopeaa ja pitkään alalla ollutkaan ei pärjää vanhoilla tiedoilla, vaikka olisikin pärjännyt ensimmäiset 15 vuotta. Asiantuntijapalveluissa on myös hyvin vaikeata mitata asiakastytyväisyyttä, koska asiakkaat eivät todellisuudessa välttämättä ymmärrä palvelun laatuksiteereitä ja asiakastytyväisyydellä ei taas välttämättä ole yhteyttä toivottuun lopputulokseen. Esimerkiksi taitava lääkäri voi olla asiakkaan mielestä huono, kun tämä pystyy nopeassa ajassa päättämään potilaan sairauden ilman suurempaa sosiaalista kanssakäyntiä. Samalla tavalla taitamaton lääkäri voi olla potilaan mielestä hyvä, kun tämä määrää potilaan koko ajan uusin tutkimuksiin ja uudelle lääkitykselle.

Lianakis- ja *GAT-*ratkaisuihin on huomioitava erityisesti se, että pelkästään määrän laskeminen ei ole mahdollista arvioitaessa tarjoajan ominaisuuksia. *GAT-*ratkaisussa hankintayksikkö antoi pisteitä referenssien määrän perusteella ilman tarkempaa arviointia laadusta.

³⁴ Hankintalain 2 §.

³⁵ *Pertti Virtanen* teoksessa *Aalto-Setälä, Ilkka ym. 2008*, s. 697.

Lianakis-ratkaisussa voitto näyttää ratkenneen tehtyjen urakoiden euromäärän ja yrityksen kokemuksen perusteella. Siten näyttäisi siltä, että vaatimuksena on keskittyä kriteerien laadulliseen arviointiin. Laadullisessa arvioinnissa olennaista on taas se, että tarjoajien esittämiä seikkoja verrataan nyt käsillä olevan hankinnan kannalta. *Hankintayksikön tulee tarjousvertailussaan kiinnittää erityistä huomiota siihen, että kriteerit liittyvät hankinnan kohteeseen*³⁶ ja että tarjoajien esittämä on juuri sitä, mitä hankintayksikkö on hakenutkin.³⁷ Tämä tukee osaltaan sitä näkemystä, että vertailussa tulisi keskittyä juuri suorittavan henkilöstön ominaisuuksiin.

Hankintalaki edellyttää, että *referenssien kohdalla merkitystä saa antaa vain viimeisen viiden vuoden ajalta kerääntyneille vastaaville töille*. Kokemusta arvioitaessa vertailuperusteena taas *henkilön kokemuksen voi huomioida pitemmältäkin kuin viiden vuoden ajalta*. Esimerkiksi projektinjohtajan 20 vuoden työkokemus vastaavista tehtävistä voidaan huomioida kokonaisuudessaan pisteytyksessä. *Olennaista on määritellä henkilön osaamiseen liittyvät arviointiperusteet siten, että ne eivät johda tilanteeseen, jossa vain yksi tarjoaja voi saada täydet pisteet tästä vertailuperusteesta*. Vähimmäisvaatimuksena on se, että käytetään vaadittavan termin lisäksi ilmaisua ”tai muu vastaava”.

Tarjoajien ominaisuuksia vertailtaessa huomio kiinnittyy vertailuperusteiden sanamuotoon ja ymmärrettävyyteen. Moni asiaa koskeva markkinaoikeuden ratkaisu näyttää perustuvan siihen, että esimerkiksi käyttämällä vertailuperusteena ”yhteistyökykyä” hankintayksikölle on jäänyt rajoittamaton harkintavalta siitä, kuka tarjoajista valitaan hankinnan toteuttajaksi. Hankintayksikön on täten vertailuperusteita asettaessaan sidottava myös oma harkintansa tarjouspyynnössä todettuihin lisäkriteereihin, joilla täsmennetään varsinaista vertailuperustetta. Tyypillistä on esimerkiksi se, että tarjoajan ”ammattitaidolla” todellisuudessa tarkoitetaan ”tarjoajan kokemusta vastaavista hankkeista ja hankinnan kannalta olennaista koulutusta”. Mikäli tarjouspyynnössä on tällä tavoin täsmennetty vertailuperustetta, hankintayksikkö ei pysty enää tarjousten vertailuvaiheessa ottamaan huomioon muita seikkoja. Tärkeätä on myös se, että hankintapäätöksestä näkyy, että kyseisiä vertailuperusteita ja niiden alakriteerejä on myös sovellettu.

8 Vertailu toimintasuunnitelman avulla

Erittäin työvoimakeskeisten palvelujen, kuten esimerkiksi terveydenhuollon alan kilpailutuksissa, korostetaan nykyisin merkittävästi tarjoajan tekemän toiminta- tai toteuttamissuunnitelman roolia. Tarjoajia pyydetään tarjouksen ohessa esittämään annetuilla kriteereillä oma näkemyksensä hankinnan toteuttamisesta. Toimintasuunnitelman arviointi voi muodostua erittäin työlääksi hankintayksikössä, koska oikeuskäytännössä on edellytetty perusteltuja eroja tarjoajien ominaisuuksista hankintapäätöksissä. Toimintasuunnitelman laatiminen vaatii myös tarjoajilta runsaasti työvoimaa ja on usein ilmaista työtä hankintayksikölle. Tyypillisesti terveydenhuollon alan hankinnoissa toimintasuunnitelmat ovat jopa usean sadan sivun paksuisia dokumentteja, joiden läpikäyntiin joudutaan tarjousten vertailuvaiheessa käyttämään runsaasti aikaa.

Toimintasuunnitelman ”nerous” on siinä, että sen avulla tarjoaja voi osoittaa, *miten* hänen resurssinsa toteuttavat hankinnan. Tällöin hankintayksikkö saa edes jonkinlaisen mahdolli-

³⁶ *Bovis* 2006, s. 441.

³⁷ *Lee* 2010, s. 47–56.

suuden vertailla tarjoajia ja heidän ominaisuuksiaan keskenään. Sisällön lisäksi merkitystä arvioinnissa voi antaa myös sille, miten tällainen toimintasuunnitelma on laadittu, eli onko se esimerkiksi riittävän selkeä.

Toimintasuunnitelman keskeisenä ongelmana on pidettävä niiden moninaisuutta, joka johtaa helposti merkittäviin vaikeuksiin tarjouksia vertailtaessa. Vaikka tällaisessa asiakirjassa tarjoaja pystyy hyvin osoittamaan resurssiensa käytön ja siten kuvailemaan jollakin tasolla palvelun tasoa, päätelmät on joka tapauksessa tehtävä ”paperilla” eli näkemättä varsinaista käytännön toimivuutta. Hankintayksikölle vertailu voi olla itse asiassa jopa niin vaikeata, että toimintasuunnitelmista ei pystytä päättelemään, vastaako yksikään tarjous itse tarjouspyyntöä. Arviointi sisältää siis runsaasti riskejä siitä, että jotakin tarjoajaa syrjitään ja jokin kohta tarjouksessa ymmärretään väärin.

9 Lopuksi

Keskeinen ja polttavin kysymys tarjoajien ominaisuuksien käytöstä vertailuperusteina liittyy siihen, voidaanko *EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa* huomioida tarjoajien ominaisuuksia vai ei. *Treumer* päätyy näkemykseen *Lianakis*-tuomion osalta, että siinä todettua kieltoa ei tule tulkita tiukasti ja että sitä ei myöskään ole kansallisesti tulkittu rajoittavasti.³⁸ Suomalainen oikeuskirjallisuus on suhtautunut tarjoajien ominaisuuksien arviointiin varsin rajoittuneesti juuri EU-hankinnoissa jo ennen *Lianakis*-ratkaisua. Suhtautuminen lienee perua hankintalain esitöissä otetusta suhteellisen tiukasta tulkinnasta koskien EU-hankintojen soveltamisalan 62 §:ää³⁹. Kuitenkin esimerkiksi *Virtanen*⁴⁰ katsoo, että *esityöt ja oikeuskäytäntö eivät täysin estä ominaisuuksien huomioimista EU-hankinnoissa*. Eurooppalainen ja kansallinen oikeuskäytäntö ja myös oikeuskirjallisuus näyttäisi selvästi tukevan tätä näkemystä.

Hankintalain 72 § selvästi sallii tarjoajien ominaisuuksien käytön vertailuperusteena niin sanotuissa *kansallisissa hankinnoissa*. Käyttö on kuitenkin rajattu palveluhankintoihin ja urakoihin. Lisäksi käyttöä varmasti rajoittaa hankintalaista ilmenevät edellytykset, että vertailuperusteen tulee liittyä hankinnan kohteeseen.

Vertailuperusteiden asettamisessa on toisaalta tasapainoiltava kilpailun toimivuuden ja toisaalta taas tarjoajien osaamistason välillä. *Ammattitaito on erotettava yrityksen muista ominaisuuksista*. Esimerkiksi tarjoajan ammattitaitoa mitattaessa tulee keskittyä henkilöstön ja yrityksen osaamiseen ja aiempiin töihin, eikä pisteitä voida tällöin antaa esimerkiksi tarjoajan käyttämästä kalustosta. Edellytyksenä ainakin EU-hankinnoissa on, että *vastaavanlaisista kriteeriä ei ole asetettu tarjouspyynnön kelpoisuusehdoksi*. Kelpoisuusehdot ja varsinaiset vertailuperusteet voitaisiin erotella esimerkiksi siten, että *kelpoisuusehtona* tarkasteltaisiin yhtiön referenssejä ja kokemusta. *Vertailuperusteina* olisi esimerkiksi johtotason henkilön osaaminen ja kokemus. Mikäli tällaista vertailuperustetta käytetään, hankintapäätöksessä on todettava piste-erot tarjoajien välillä ja perusteltava ne.

Tarjoajien ominaisuuksia ei voida käyttää kaikissa EU-hankinnoissa vertailuperusteena. Ensinnäkin lienee järkevää rajata käyttöala niin, että myös EU-hankinnoissa keskityttäisiin vain palveluhankintoihin ja urakoihin. Tällaisen vertailuperusteen käyttö sisältää kaksi

³⁸ *Treumer* 2009, s. 111.

³⁹ *HE 50/2006*, s. 105.

⁴⁰ *Pertti Virtanen* teoksessa *Aalto-Setälä, Ilkka ym. 2008*, s. 697.

merkittävää riskiä, riskin siitä, että tuomioistuimien katsoo hankintayksikön sekoittaneen tarjousten vertailun ja tarjoajien kelpoisuusehdot sekä riskin siitä, että vertailuperusteella pyritään suosimaan jotakuta tarjoajaa. Erityisen haastavaa vertailussa on se, että vertailuperusteita sovelletaan samalla tavalla kuhunkin tarjoajaan. Tarjoajien ominaisuudet, kuten esimerkiksi koulutustaso vaihtelevat varmasti tarjoajien välillä niin suuresti, että varsinainen vertailu täsmällisen tasapuolisesti on hyvin haastavaa.

Sisämarkkinaperiaatteen mukaisesti hankintojen tausta-ajatuksena on ollut, että tarjoaja kansallisuudesta riippumatta voi tarjota palvelujaan. Siksi julkisissa hankinnoissa halutaan keskittyä vertailuvaiheessa vain tuotteen arviointiin. Jos vertailuperusteena on tarjoajan ominaisuuksia, hankintayksiköllä on mahdollisuus vielä tarjousten vertailuvaiheessakin kiinnittää huomioita siihen, kuka on tarjoajana. Pahimmillaan hankintayksikkö voi tarjoajaan keskittyvällä pisteytyksellä suosia ”omia”. Ratkaisuna tähän ongelmaan on kuitenkin arvioinnin vaihteellisuus esimerkiksi siten, että *tarjoajille annetaan pisteet ennen muiden laatupisteiden vertailua*. Lisäksi turvaa antaisi se, että *vertailuperusteena on muitakin kuin pelkästään tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä*.

Vertailuperusteiden tulisi kuitenkin olla sellaisia, että niillä arvioidaan ostettavaa palvelua tai urakkaa eli *niissä tulisi keskittyä ainoastaan suorittavan henkilöstön tai vastaavan ominaisuuden arviointiin*.

Menettelyn hyväksyttävyydelle voidaan nähdä monia etuja. Hankintayksiköllä on mahdollisuus ottaa mukaan enemmän tarjoajia, jos kelpoisuusehtoja lasketaan, mutta samalla tarjoajien ominaisuuksia huomioidaan vertailuperusteena. Parhaassa tapauksessa se voi lisätä kilpailua osapuolten välillä. Etuna voidaan nähdä myös se, että tällaisen vertailuperusteen käyttäminen edellyttää hankintayksiköltä selkeää ja avointa etukäteistä ilmoittamista.

Tarjoajien ominaisuuksien vertailu on käytännössä pakollista joissakin hankinnoissa. Tällainen vertailu on kuitenkin haastavaa ja tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun kannalta hyvin haasteellista. Markkinaoikeus on selvästi linjannut, että kun vertailua tehdään, niin *perustelut kuin tarjouspyyntökin tulee laatia mahdollisimman avoimesti*. Menettely on katsottu hankintasäännösten vastaiseksi, mikäli perustelut tai tarjouspyyntö on tältä osin ollut puutteellinen. Oikeusturvan vuoksi onkin hyvin suositeltavaa, että tässä linjassa pysytään, koska tällöin hankintayksiköillä ei ole mahdollisuutta piiloutua vertailuperusteiden taakse.

Lähteet

Kirjallisuus ja virallislähteet

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

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2. uud. painos. Talentum Media Oy, 2009.

Andersson, Helena Rosen: Selection and award criteria in Swedish public procurement law P.P.L.R. 2009/5, NA189-191

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement. 2. uud. painos. Sweet & Maxwell, 2005.

Bovis, Christopher: EC Public Procurement: Case Law and Regulation. Oxford University Press, 2006.

Ekroos, Ari – Nissinen, Ari: Voidaanko tuotantomenetelmää koskevia ympäristönsuojelullisia perusteita käyttää julkisten hankintojen vertailuperusteina? Edilex asiantuntijakirjoitus 2007/31, saatavilla osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/4842>.

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

Lee, Philip: Implications of the Lianakis decision, P.P.L.R. 2010/2.

Oikeusministeriö: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:6.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma Oy, 2007.

Rubach-Larsen, Anne: Selection and award criteria from a German public procurement perspective, P.P.L.R 2009/3.

Treumer, Steen: The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law – a rule without exception? P.P.L.R. 2009/3.

Ukkola, Markus: Buying Green! But at What Price? – tutkimus ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa Euroopan yhteisössä. Pro gradu. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 15.2.2007. Saatavilla osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/4799>.

Vedenkannas, Matti: Kumppanuus ja julkiset hankinnat. Lakimies 2/2008, s. 212–229.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Asia C-31/1987, Beentjes, tuomio 20.9.1988. Kok. 1988, s. 4635.

Asia C-513/99, Concordia Bus Finland, tuomio 17.9.2002. Kok. 2002, s. I-7213.

Asia C-19/00 SIAC Construction, tuomio 18.10.2001. Kok. 2001, s. I-7725.

Asia C-315/01, GAT (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH), tuomio 19.6.2003, Kok. 2003, s. I-6351

Asia C-448/01 EVN, tuomio 4.12.2003. Kok. 2003, s. I-14527.

Asia C-532/06, Lianakis, tuomio 24.1.2008. Kok. 2008, s. I-251.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

Asia T-4/01, Renco, tuomio 25.3.2003. Kok. 2003, s. II-171.

Asia T-211/07, AWWW, tuomio 1.7.2008. Kok. 2008, s. II-106.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 6.10.2004 taltio 2514.

Markkinaoikeus

MAO 45/04

MAO 92/04

MAO 180/04

MAO 33/05

MAO 85/05

MAO 210/05

MAO 17/06

MAO 30/06

MAO 83/07 ja 84/07

MAO 376/07

MAO 267/08

MAO 300/08

MAO 442/08

MAO 76/09

MAO 84/09

MAO 607/09