

Kaisa Mäkinen
*OTM, kaupunginasiainmies,
Helsingin kaupungin hallintokeskuksen oikeuspalvelut*

HANKINTOJEN OIKEUSSUOJAUDISTUS



Edilex 2010/35

Artikkeli, versio 1.0
Julkaistu 28.10.2010
www.edilex.fi/artikkelit/7371

Sisällys

1	Johdanto	3
2	Lakiuudistuksen tausta	3
3	Hankintaoikaisu	4
3.1	Määräaika oikaisun tekemiselle	4
3.2	Käyttöala ja menettely	5
3.3	Käsittelyaika	6
3.4	Valitus markkinaoikeudelle.....	6
3.5	Uusi hankintapäätös ja tiedoksianto	7
3.6	Uudesta päätöksestä valittaminen	7
3.7	Joustavuutta virheellisen päätöksen korjaamiseen	8
3.8	Hankinnan keskeyttäminen	8
3.9	Soveltuminen pienhankintoihin.....	9
4	Automaattinen suspensio	9
4.1	Vastoin automaattista suspensiota tehty hankinta	10
4.2	Lupa markkinaoikeudelta	11
4.3	Täytäntöönpanoasioiden käsittely markkinaoikeudessa	11
5	Uudet markkinaoikeuden määrättävissä olevat seuraamukset	11
5.1	Sopimuksen tehottomuus	12
5.1.1	Laiton suorahankinta	12
5.1.2	Odotusajan noudattamatta jättäminen	12
5.1.3	Automaattisen suspension noudattamatta jättäminen.....	13
5.1.4	Lisäedellytykset.....	14
5.1.5	Tehottomuusseuraamuksen vaikutukset.....	14
5.1.6	Tehottomuusseuraamuksen määräämättä jättäminen	15
5.2	Sopimuskauden lyhentäminen.....	15
5.3	Seuraamusmaksu	17
6	Muutoksenhaku puitejärjestelyissä	17
7	Suorahankintojen ilmoitusmenettely	18
8	Hankintayksikön väliaikainen sitoumus	19
9	Hankinnan väliaikainen järjestäminen	19
10	Muut muutokset	20
10.1	Sähköinen tiedoksianto.....	20

10.2	Muutoksenhausta ilmoittaminen hankintayksikölle ja hankinta-asioiden luettelo	21
10.2.1	Kirjallinen ilmoitus valituksen tekemisestä	21
10.2.2	Luettelo vireillä olevista valituksista.....	21
11	Lopuksi.....	22
	Lyhenteet.....	22
	Lähteet.....	23

1 Johdanto

Tämä artikkeli käsittelee julkisista hankinnoista annetun lain (30.3.2007/348, jälj. *hankintalaki*) uudistusta, joka muuttaa erityisesti hankintalain *oikeussuojakeinoja*. Uudistus tuli voimaan 1.6.2010 (muutossäädös 30.4.2010/321). Artikkelin perustuu uudistuksesta annettuun hallituksen esitykseen¹, sen johdosta laadittuun talousvaliokunnan mietintöön² ja eduskunnan vastaukseen³ sekä hallituksen esitystä edeltäviin JUHO-työryhmän periaatemietintöön⁴ ja välimietintöön⁵.

Esittelen ensin lyhyesti lakiuudistuksen taustaa. Tämän jälkeen tarkastelen uutta hankinta-oikaisua, automaattista suspensiota ja uusia hankintalain rikkomisesta määrättäviä seuraamusvaihtoehtoja: sopimuksen tehottomuutta, sopimuskauden lyhentämistä ja seuraamusmaksua. Seuraavana käsittelem muutoksenhakua puitejärjestelyissä, suorahankintojen ilmoitusmenettelyä, hankintayksikön antamaa väliaikaista sitoumusta ja markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi tehtäviä väliaikaistoimia. Lopuksi esittelen hankintalakiin tehtyjä muita uudistuksia.

2 Lakiuudistuksen tausta

Lakiuudistuksella pannaan täytäntöön *oikeussuojadirektiivi*⁶. Oikeussuojajärjestelmän uudistamisen tavoitteena on, että oikeussuojakeinojen käyttöedellytykset ovat selkeitä ja että niiden käyttäminen johtaa ajallisesti ja sisällöllisesti tehokkaaseen käsittelyyn, mikä turvaa

¹ HE 190/2009.

² TaVM 2/2010.

³ EV 24/2010.

⁴ JUHO-työryhmän periaatemietintö.

⁵ JUHO-työryhmän välimietintö.

⁶ EPNDir 2007/66/EY. NDir 89/665/ETY ja NDir 92/13/ETY koskevat julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien muutoksenhakumenettelyjen yhteensovittamisesta *hankintadirektiivien* EPNDir 2004/18/EY ja EPNDir 2004/17/EY kanssa. Hankintalaki ja erityisalojen hankintalaki puolestaan perustuvat hankintadirektiiveihin.

hankintamenettelyyn osallistuvien oikeussuojan ja hankintayksiköiden toimintaedellytykset.⁷

Julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen uudistamista valmistelemaan asetettiin työryhmä 30. marraskuuta 2007. Työryhmä otti nimekseen JUHO-työryhmä. Työryhmän luovutti 31. lokakuuta 2008 periaatemietinnön⁸, jossa tarkastellaan eri vaihtoehtoja hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamiseksi. Periaatemietinnön jälkeen työryhmälle annettiin toimeksi laatia hallituksen esityksen muodossa välimietintö, johon sisältyvät ehdotukset oikeussuojadirektiivin täytäntöönpanossa tarvittavista lainsäädäntötoimista. JUHO-työryhmä luovutti asiaa koskevan mietintönsä⁹ 15.5.2009. Välimietinnön pohjalta valmisteltiin hallituksen esitys HE 190/2009 vp. Työryhmä jatkoi työtään vielä välimietinnön valmistuttua toimeksiantonaan keskittyä niihin periaatemietinnön toimenpide-ehdotuksiin, joita ei ehdotettu toteutettavaksi oikeussuojadirektiivin täytäntöönpanon yhteydessä. Työryhmän loppuraportti¹⁰ valmistui 1.2.2010. Tässä artikkelissa käsitellään vain 1.6.2010 voimaan tulleita hankintalain muutoksia. Sen vuoksi artikkelissa ei käsitellä loppuraporttia, jossa työryhmä esittää ehdotuksensa myöhemmin tehtävistä lainsäädäntötoimenpiteistä.¹¹

3 Hankintaoikaisu

Hankintaoikaisu on uusi, 1.6.2010 voimaan tullut hankintalain muutoksen myötä käyttöön tullut oikeussuojakeino, jota käytetään vain hankinta-asioissa. Hankintaoikaisu korvaa hankinta-asioissa kuntalain (17.3.1995/365) mukaisen *oikaisuvaatimuksen*, kuntalain mukaisen *kunnallisvalituksen* ja hallintolainkäyttölain (26.7.1996/586) mukaisen *hallintovalituksen* sekä kirkkolain (26.11.1993/1054) mukaisen *oikaisuvaatimusmenettelyn* ja *kirkollisvalituksen*. Näitä oikeusturvakeinoja ei ole enää mahdollista käyttää markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvissa hankinta-asioissa (hankintalaki 102 §, kirkkolaki 24 luku 8 a §). Samalla poistuu kuntalaisten ja seurakunnan jäsenten oikaisuvaatimusmahdollisuus kuntien ja seurakuntien tekemissä hankinnoissa. Hankintaoikaisusta säädetään hankintalain 80–83 §:ssä.

3.1 Määräaika oikaisun tekemiselle

Hankintaoikaisuvaatimus tulee tehdä 14 päivän kuluessa siitä, kun asianosainen on saanut tiedon hankintapäätöksestä (hankintalaki 81 § 2 mom.). Aika on sama kuin markkinaoikeudelle tehtävän valituksen määräaika. Se on myös samanmittainen kuin ennen hankintalain muutosta käytössä olleissa kuntalain ja kirkkolain mukaisissa *oikaisuvaatimusmenettelyissä*. Käytännössä valitusaika on kuitenkin lakimuutoksen jälkeen aiempaa lyhyempi, koska lakimuutoksen jälkeen hankintapäätös voidaan antaa tiedoksi *sähköisesti* aiemmin käytössä olleen *kirjepostitiedoksiannon* sijaan. Sähköisesti tehty tiedoksianto katsotaan tulleen tarjoajan tietoon samana päivänä kuin se on lähetetty (hankintalaki 75 §), kun aiemmin tiedok-

⁷ HE 190/2009, s. 5.

⁸ JUHO-työryhmän periaatemietintö.

⁹ JUHO-työryhmän välimietintö.

¹⁰ JUHO-työryhmän loppumietintö.

¹¹ Loppuraportissa ehdotetaan mm. että hankintamenettelyn keskeyttämisestä säädettäisiin laissa, hankinta-asioiden julkisuussäätelyssä otettaisiin entistä paremmin huomioon hankintamenettelyn vaiheittaisuus ja asianosaisjulkisuuden osalta täsmennettäisiin vertailuasiakirjojen julkisuutta.

sisäannin on useimmiten katsottu tapahtuneen seitsemän päivän sisällä päätöksen lähettämisestä¹². *Hankintayksikön aloitteesta* tapahtuva hankintaoikaisu määräaika on huomattavasti pidempi: tällöin hankintaoikaisu voidaan tehdä 60 päivän kuluessa siitä, kun hankintapäätös on tehty (hankintalaki 81 § 2 mom.). Hankintaoikaisua ei kuitenkaan koskaan voida tehdä, jos hankintasopimus on jo tehty (hankintalaki 80 § 2 mom.).

3.2 Käyttöala ja menettely

Hankintaoikaisu voi kohdistua *hankintapäätökseen* tai muuhun *hankintamenettelyssä tehtyyn ratkaisuun*¹³, jolla on oikeudellisia vaikutuksia tarjoajien asemaan. Tällainen muu ratkaisu voi olla esimerkiksi rajoitettua menettelyä tai neuvottelumenettelyä käytettäessä tehty ratkaisu (ilman virallista päätöstä) neuvottelukutsun tai tarjouspyynnön lähettämisestä tietuille osallistumispyynnön lähettäneille ehdokkaille.

Hankintalain 80 §:n mukaan hankintaoikaisu voidaan tehdä silloin, kun hankintapäätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu *perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen*. ”Lailla” tarkoitetaan tässä yhteydessä niin hankintalakia ja -asetusta kuin muitakin hankintamenettelyssä merkityksellisiä säädöksiä, kuten esteellisyysäännökset sisältävää lakia. Lain soveltamisessa tapahtunut virhe voi myös tarkoittaa esimerkiksi hankintalain tai hankintadirektiivin periaatteiden vastaista toimintaa, esimerkiksi tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimuksen tai suhteellisuusperiaatteen vastaista menettelyä. Samoin lain soveltamisessa tapahtunut virhe voi olla esimerkiksi tarjousten vertailussa tapahtunut vertailuperusteiden soveltamiseen tai pisteiden laskuun liittyvä virhe. Hankintaoikaisun käyttöala on siis laaja. Hankintaoikaisun onkin tarkoitus olla edellytyksiltään hallintolakiin perustuvia oikaisumahdollisuuksia laajempi.¹⁴ Hankintaoikaisu voidaan kuitenkin tehdä vain *laillisuusperusteella* eli sillä perusteella että hankintamenettelyssä on tapahtunut jokin yllä mainitulla tavalla laajassa mielessä lainvastainen virhe. Oikaisua ei sen sijaan voida tehdä *tarkoituksenmukaisuusperusteella* eli perusteella, että hankintamenettelyssä on menetelty siinänsä lainmukaisesti, mutta epätarkoituksenmukaisesti¹⁵. Hankintaoikaisu eroaa tässä suhteessa perinteisestä oikaisuvaatimuksesta.¹⁶

¹² Hallintolaki (6.6.2003/434) 59 §: ”Tavallinen tiedoksianto toimitetaan postitse kirjeellä vastaanottajalle. Vastaanottajan katsotaan saaneen asiasta tiedon seitsemäntenä päivänä kirjeen lähettämisestä, jollei muuta näytetä.”

¹³ Hallituksen esityksessä käytetään ilmaisua ”*muu toimenpide*”, mutta tämä muutettiin eduskuntakäsittelyssä muotoon ”*muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu*”. Talousvaliokunnan mietinnössä todetaan, että tarkoituksena *ei ole laajentaa muutoksenhakuoikeutta* kattamaan hankintamenettelyn valmisteluun tai täytäntöönpanoon liittyviä toimia, vaan ainoastaan *yhtenäistää nykyistä terminologiaa*. Hankintalaissa käytetään ennestään useita ilmaisuja, kuten ”*ratkaisu*” (73.1 §), ”*säännösten vastainen menettely*” (94.1 §) ja ”*hankintaa koskeva asia*” (85.1 §). Talousvaliokunnan mietinnön mukaan olennaista hankintaoikaisuvaatimuskelpoisuuden kannalta on, että ratkaisu, johon oikaisua vaaditaan, on *selkeä* ja sillä on *oikeudellista vaikutusta* tarjoajien tai ehdokkaiden asemaan. TaVM 2/2010, s. 7.

¹⁴ HE 190/2009, s. 54.

¹⁵ Tarkoituksenmukaisuusperuste voisi olla esimerkiksi sellainen, että hankintamenettelyssä on käytetty tarjoajien soveltuvuutta koskevia vaatimuksia, jotka eivät ole olleet tarkoituksenmukaisia. Toisin sanoen jotkin muut vaatimukset olisivat tuottaneet paremman lopputuloksen. Hankintalain mukaan hankintayksiköllä on laaja harkintavalta soveltuvuusvaatimuksia asetettaessa ja vain sellaiset vaatimukset, jotka eivät liity tarjoajien mahdollisuuksiin toteuttaa hankinta tai joilla vaarannetaan tarjoajien tasapuolinen kohtelu, voidaan katsoa kielletyiksi (hankintalaki 56 § ja sen perustelut HE 50/2006, s. 100).

¹⁶ Hankinta-asioissa oikaisun tekeminen tarkoituksenmukaisuusperusteella ei ole ollut aiemminkaan mahdollista, vaikka esimerkiksi kuntalaki sen mahdollistaisikin. Hankintalaki ei nimittäin tunnusta tällaista mahdolli-

Jos hankintaoikaisu päätetään tehdä, hankintayksikkö *poistaa* virheellisen päätöksen ja ratkaisee asian uudelleen. Päätöksen *korjaaminen* ei edellytä asianosaisten (yleensä tarjouskilpailun voittanut tarjoaja) suostumusta edes siinä tapauksessa, että päätöstä korjataan asianosaisten vahingoksi (hankintalaki 80.2 §). Tämä on merkittävä ero verrattuna kuntalain mukaiseen oikaisuvaatimukseen. Kuten muissakin hallintoasioissa, tulee asianosaista kuitenkin pääsääntöisesti kuulla ennen hankintaoikaisun tekemistä hallintolain 34 §:n mukaisesti.

Hankintalaissa ei säädetä siitä menettelystä, jossa hankintaoikaisuvaatimus käsitellään. Hankintayksikkö saa itse päättää, mikä taho käsittelee hankintaoikaisuvaatimuksen. Sen voi käsitellä joko se taho, joka on tehnyt alkuperäisen hankintapäätöksen tai jokin muu taho. Niiden hankintayksiköiden osalta, joiden tekemissä hankinnoissa on aiemmin ollut käytössä oikaisuvaatimusmenettely, lienee luontevinta käyttää samaa tuttua menettelyä. Muut hankintayksiköt puolestaan joutuvat luomaan uuden menettelyn hankintaoikaisuvaatimuksen käsittelyä varten. Jos hankintaoikaisuvaatimuksen käsittelevä taho päätyy siihen, että hankintapäätös tulee poistaa, se voi itse samalla ratkaista asian uudelleen eli valita tarjouskilpailun voittajan. Jos hankintaoikaisuvaatimuksen käsittelee hallintohierarkiassa alkuperäisen hankintapäätöksen tehneen tahon yläpuolella oleva elin, se voi vaihtoehtoisesti vain poistaa aiemman päätöksen ja palauttaa asian ratkaistavaksi sille taholle, joka on alun perin tehnyt hankintapäätöksen.

3.3 Käsittelyaika

Hankintaoikaisun käsittelylle ei ole säädetty määräaikaa. Hankintalain muutosta koskevan hallituksen esityksen mukaan lähtökohtana on kuitenkin pidettävä asian *mahdollisimman ripeää ratkaisemista*. Tähän velvoittaa myös hallintolain 23 §, jonka mukaan hallintoasia on käsiteltävä ilman aiheutonta viivytystä. Hankintayksikkö voi hankintaoikaisuvaatimuksen käsittelyajaksi kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon tai määrätä täytäntöönpano keskeytettäväksi.

Hallintolakia sovelletaan yleislakina hankintaoikaisun käsittelyyn. Hankintalain muutettua 81 §:ää koskevan hallituksen esityksen mukaan hankintaoikaisun käsittely rinnastuu hallintolaissa tarkoitettuun hallintomenettelyyn. Hallintolain menettelysäännökset, kuten asianosaisten kuulemista ja päätöksen tiedoksiantoa koskevat määräykset, tulevat siis sovellettaviksi hankintaoikaisun käsittelyssä. Hallintolain menettelysäännökset tulevat sovellettaviksi hankintaoikaisua käsiteltäessä myös niissä hankintayksiköissä, joita hallintolaki ei muutoin koske. Hallintolakia voidaan nimittäin soveltaa myös muuhun kuin viranomaisen toimintaan, jos asia rinnastuu julkisen hallintotehtävän hoitamiseen. Hankintaoikaisun käsittely on rinnastettavissa hallintolaissa tarkoitettuun julkiseen hallintotehtävään, koska hankintaoikaisussa hankintayksikkö käsittelee hankintaoikaisua koskevan oikeussuojavaateen ja antaa siitä ratkaisunsa.¹⁷

3.4 Valitus markkinaoikeudelle

Asianosainen voi tehdä hankintaoikaisuvaatimuksen kanssa samanaikaisesti myös valituksen markkinaoikeudelle. Jos samasta asiasta on tehty valitus markkinaoikeudelle, pitää hankintayksikön ilmoittaa markkinaoikeudelle asian ottamisesta käsiteltäväksi hankintaoi-

suutta, vaan ainoastaan mahdollisuuden muuttaa hankintapäätöstä, jos hankintamenettelyssä on tapahtunut jokin hankintalain tai muun säädöksen vastainen virhe tai esimerkiksi laskuvirhe.

¹⁷ HE 190/2009, s. 55.

kaisuna ja toimittaa vaatimuksen johdosta annetun päätös markkinaoikeudelle 82 § 2 mom.). Jos hankintayksikkö on hankintaoikaisua käsitellessään kieltänyt hankintapäätöksen täytäntöönpanon tai määrännyt täytäntöönpanon keskeytettäväksi, tulee myös tästä ilmoittaa markkinaoikeudelle.

3.5 Uusi hankintapäätös ja tiedoksianto

Hankintaoikaisuvaatimuksen johdosta tehtävä päätös on luonteeltaan *uusi hankintapäätös*.¹⁸ Siihen kohdistuvat siten samat hankintalain 73 §:n mukaiset sisältövaatimukset kuin muihin hankintapäätöksiin: päätös on tehtävä kirjallisesti ja perusteltava. Perusteluista on tultava ilmi ratkaisuun olennaisesti vaikuttavat seikat, joita ovat ainakin hankintaoikaisuvaatimuksen hyväksymisen tai hylkäämisen perusteet sekä, jos alkuperäistä hankintapäätöstä on hankintaoikaisuvaatimuksen perusteella muutettu, perusteet muutokselle. Jos hankintaoikaisuvaatimus johtaa jonkin toisen kuin alun perin hankinnan voittaneen tarjoajan valitsemiseen hankinnan toteuttajaksi, perusteet tälle tulee kirjata päätökseen (muun muassa tarjoajien soveltuvuuden arviointi ja tarjousten vertailu). Päätös tulee antaa tiedoksi hankintaoikaisuvaatimuksen tekijälle ja muille asianosaisille, joita ovat ne tarjouskilpailuun osallistuneet, joiden asemaan hankintaoikaisun johdosta annetulla päätöksellä voi olla vaikutusta. Tiedoksiantoon tulee liittää valitusosoitus.

3.6 Uudesta päätöksestä valittaminen

Hankintaoikaisun johdosta annetusta päätöksestä *ei voi tehdä kuntalain tai hallintolainkäytönlain mukaista valitusta* hallinto-oikeudelle. Kuitenkin, jos hankintamenettelyn lopputulos muuttuu hankintaoikaisun myötä, niillä tarjoajilla, joiden asemaan hankintaoikaisu vaikuttaa, on mahdollisuus hakea muutosta samalla tavoin kuin hankintapäätökseen yleensäkin. He voivat siis tehdä *hankintaoikaisuvaatimuksen* tai *valituksen markkinaoikeudelle*. Hankintaoikaisu katsotaan uudeksi hankintapäätökseksi.

Tilanne on toinen silloin, *jos alkuperäinen hankintapäätös ei muutu* hankintaoikaisuvaatimuksen johdosta sillä tavoin, että sillä olisi vaikutusta hankintamenettelyssä mukana olleiden tarjoajien asemaan (eli muuta tarjouskilpailun voittajaa). Tällöin hankintaoikaisun tehneen tarjoajan ei ole mahdollista vaatia uutta hankintaoikaisua, koska asia on jo kertaalleen käsitelty hankintaoikaisuna. Muiden tarjoajien osalta puolestaan oikeus hankintaoikaisuvaatimuksen tekoon kohdistuu alkuperäiseen hankintapäätökseen. Markkinaoikeudelle tarjoaja voi tehdä alkuperäistä hankintapäätöstä koskevan valituksen, mikäli alkuperäisen hankintapäätöksen valitusmääräaika on vielä jäljellä.

Määräajat muutoksenhauille markkinaoikeuteen ja hankintaoikaisun tekemiseksi ovat erilliset. Siksi siinä tilanteessa, että hankintaoikaisuvaatimus hylätään, tarjoajalla ei ole mahdollisuutta tehdä hankintaoikaisuvaatimuksen johdosta annetusta päätöksestä valitusta markkinaoikeudelle, ellei tarjoaja ole jo aiemmin tehnyt valitusta alkuperäisestä hankintapäätöksestä tai ehdi tehdä sitä ennen kuin määräaika umpeutuu. Koska käytännössä hankintaoikaisuvaatimuksen käsittely yleensä kestää markkinaoikeudelle tehtävän valituksen määräaika (14 vuorokautta) pidemmän ajan, tarjoajan kannattaa tehdä valitus markkinaoikeudelle samalla kuin tekee hankintaoikaisuvaatimuksen. Jos tarjoaja on alun perinkin tehnyt hankintaoikaisuvaatimuksen lisäksi valituksen markkinaoikeudelle, hän voi hakea hankintapäätökseen muutosta tätä kautta. Vaikka markkinaoikeus ei sinänsä voi tehdä päätöstä, jolla se

¹⁸ HE 190/2009, s. 54.

kumoaisi hankintaoikaisuvaatimuksen johdosta annetun päätöksen, lopputulos voi olla valittajan kannalta sama, jos markkinaoikeus päättyy eri lopputulokseen kuin hankintayksikkö hankintaoikaisua käsitellessään.

Markkinaoikeuskäsittely ja hankintaoikaisu pysyvät myös siinä mielessä erillisinä menettelyinä, että hankintaoikaisuvaatimus ei ole oikeudelliselta luonteeltaan varsinaista muutoksenhakuvaihetta eli markkinaoikeuteen tehtävää valitusta edeltävä pakollinen oikaisuvaatimusvaihe. Tarjoaja voi edelleen tehdä valituksen ainoastaan markkinaoikeudelle. Koska hankintaoikaisuvaatimuksen käsittely on nopeampi menettely kuin markkinaoikeuskäsittely, tarjoajan edun mukaista on kuitenkin useimmiten hakea muutosta hankintapäätökseen myös hankintaoikaisuvaatimuksella.

3.7 Joustavuutta virheellisen päätöksen korjaamiseen

Hankintayksikölle hankintaoikaisu tarjoaa aiempaa joustavamman mahdollisuuden korjata virheellistä hankintapäätöstä. Koska hankintaoikaisussa voidaan korjata mikä tahansa hankintamenettelyssä tapahtunut lainvastainen virhe ilman asianosaisen suostumusta ja myös hankintayksikön aloitteesta, sen käyttöala on laaja. Hankintayksikön osalta oikaisun teolle asetettu määräaika on myös pitkäkö, 60 päivää hankintapäätöksen tekemisestä (edellyttäen ettei hankintasopimusta ole tehty). Hankintayksikkö voi sen vuoksi hyödyntää hankintaoikaisu mahdollisuutta esimerkiksi tilanteessa, jossa hankintayksikkö havaitsee markkinaoikeudelle tehdyn valituksen myötä hankintamenettelyssä olleen virheen. Tällöin hankintayksikkö voi oma-aloitteisesti tehdä hankintaoikaisun ja välttyä siten usein pitkäkestoiselta oikeuskäsittelyltä ja mahdollisilta seuraamuksilta.

Hankintalain 82 §:n 3 momentin mukaan tilanteessa, jossa hankintayksikkö korjaa hankintapäätöksen tai muun ratkaisunsa hankintaoikaisuna siten, että markkinaoikeudelle valituksen tehneellä ei ole enää oikeussuojan tarvetta eikä tarvetta saada perusteltua päätöstä, markkinaoikeus voi poistaa tällaisen asian käsittelystään antamatta pääasiasta ratkaisua. Tämä edellyttää luonnollisesti sitä, että hankintayksikkö oikaisee hankintapäätöstään oikein; jos hankintayksikkö korjaa päätöstä virheellisesti ja tämä johtaa valittajan aseman heikentymiseen, asian käsittelyä jatketaan markkinaoikeudessa. Joka tapauksessa markkinaoikeus antaa ratkaisun vaadituista oikeudenkäyntikuluista.¹⁹

Hankintaoikaisun käyttöönotto ei vaikuta kuntalain 51 §:n mukaiseen kunnan toimielimen *otto-oikeuteen*. Kunnan toimielin voi siis edelleen otto-oikeutta käyttämällä ratkaista alaisensa viranhaltijan hankinta-asiassa tekemän päätöksen uudelleen. Kunnan toimielimen tekemä päätös on tällöin luonteeltaan *uusi hankintapäätös*, jota koskevat samat hankintapäätöksiä koskevat vaatimukset kuin hankintapäätöksiä yleensäkin, ja johon haetaan muutosta samalla tavoin kuin muihin hankintapäätöksiin.

3.8 Hankinnan keskeyttäminen

Hankinnan *keskeyttäminen* on edelleen mahdollista. Keskeyttämisen perusteet ovat muotoutuneet oikeuskäytännössä: keskeyttämisen syyn täytyy olla todellinen ja keskeyttäminen ei saa merkitä tarjoajien syrjivää tai epätasa-arvoista kohtelua.²⁰ Keskeyttäminen voi tulla kyseeseen *missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa*, myös hankintapäätöksen teon jäl-

¹⁹ HE 190/2009, s. 57.

²⁰ Esimerkiksi MAO:102–103/09 ja MAO:208/04.

keen. Sen sijaan *hankintasopimuksen jälkeen* hankintaa ei voida enää keskeyttää, koska tällöin ollaan sopimussidonnaisuuden piirissä. Hankinnan keskeyttäminen voi tulla kyseeseen myös hankintaoikaisun yhteydessä. Tällöin hankintaoikaisuna ei tehdä varsinaisesti uutta hankintapäätöstä vaan päätös hankinnan keskeyttämisestä. Oikeussuojakeinojen käytön kannalta päätös hankinnan keskeyttämisestä rinnastuu muihin hankintapäätöksiin. Päätökseen tyytymättömän käytössä ovat siten lähtökohtaisesti hankintaoikaisuvaatimus ja valitus markkinaoikeudelle.²¹

3.9 Soveltuminen pienhankintoihin

Hankintaoikaisua sovelletaan hankintalain 83 §:n mukaan myös sellaisen hankintayksikön päätöksen tai muun hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun korjaamiseen, johon hankintalakia ei muutoin sovelleta. Tällainen voi olla esimerkiksi kansallisen kynnysarvon alittavaa hankintaa eli niin sanottua *pienhankintaa* koskeva päätös. Hankintaoikaisun käsittelyyn sovelletaan tällöin soveltuvin osin hankintalain hankintaoikaisua koskevia säädöksiä sekä täydentävästi hallintolakia. Hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa on hankintaoikaisun ohella käytettävissä yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakumahdollisuudet (kuntalain tai kirkkolain mukainen oikaisuvaatimus, hallintovalitus ja kirkollis- sekä kunnallisvalitus) silloin, kun hankintayksikkönä toimii jokin viranomaislainen. Tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi pienhankinnoissa kuntalaisten ja seurakuntalaisten oikaisuvaatimusoikeus on edelleen olemassa, vaikka se on hankintalain muutoksen myötä poistettu kynnysarvot ylittävistä hankinnoista. Hankintaoikaisu päätöksestä, joka on tehty liittyen hankintaan, johon ei muutoin sovelleta hankintalakia, ei kuitenkaan saa valittaa markkinaoikeuteen.

4 Automaattinen suspensio

Hankintalain muutos tuo mukaan niin sanotun *automaattisen suspension*: Jos sellaisesta hankinnasta, jossa on noudatettava hankintalain 77 §:ssä säädettyä 21 päivän odotusaikaa (EU-kynnysarvon ylittävä hankinta) tai suora hankinnasta tehdyn ilmoituksen jälkeen noudatettavaa 14 päivän odotusaikaa, tehdään valitus markkinaoikeudelle, hankintasopimusta ei voida tehdä ennen kuin markkinaoikeus on antanut asiassa ratkaisunsa tai luvan hankintasopimuksen tekemiselle. *Täytäntöönpanokielto* on voimassa suoraan lain nojalla siitä hetkestä, kun hankintaa koskeva valitus on tullut markkinaoikeudessa vireille.²² Täytäntöönpanokieltoa kutsutaan *automaattiseksi suspensioksi*. Markkinaoikeus ei tee tällöin täytäntöönpanon kiellosta erillistä päätöstä. Koska odotusaikasääntely koskee vain *EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja*, automaattinen suspensioikin koskee vain näitä hankintoja. Jos hankinnassa ei tarvitse noudattaa odotusaikaa jonkin 78 §:n mukaisen poikkeuksen no-

²¹ HE 190/2009, s. 55.

²² HE 190/2009, s. 64. Automaattisen suspension vuoksi on tärkeää, että hankintayksikkö tarkastaa *ennen* hankintasopimuksen tekemistä, onko asiasta tehty valitus markkinaoikeudelle. Lakimuutoksen myötä markkinaoikeus pitää internet-sivuillaan www.oikeus.fi/markkinaoikeus listaa vireille tulleista valituksista. Lisäksi markkinaoikeudelle valituksen tekemän tulee ilmoittaa valituksesta hankintayksikölle. Ks. hankinta-asioiden luettelosta ja ilmoituksesta tarkemmin kappale 10.2 jäljempänä. Kumpikaan näistä ei kuitenkaan ole täysin luotettava tapa tietää, onko hankinnasta tehty valitus, joten täyden varmuuden saamiseksi asiasta hankintayksikkö voi vielä tarkastaa asian erikseen markkinaoikeudelta.

jalla, myöskään automaattinen suspensio ei tule kyseeseen.²³ Automaattinen suspensio on kytketty odotusaikaan.

4.1 Vastoin automaattista suspensiota tehty hankinta

Valituksen vireilletulohetken jälkeen hankintayksikkö ei saa tehdä hankintasopimusta.²⁴ Jos se rikkoo kieltoa, seurauksena voivat olla markkinaoikeuden määräämät sopimuksen tehottomuus tai seuraamusmaksu tai sopimuskauden lyhentäminen (hankintalaki 96 § 1 mom. 3 kohta, 98 § 1 mom. 3 kohta ja 98 § 3 mom. 3 kohta). *Lisäedellytyksenä* tehottomuusseuraamuksen tai sopimuskauden lyhentämisseuraamuksen määräämiselle on, että hankintayksikkö on tehnyt hankintamenettelyssä myös muun hankintalain vastaisen virheen, joka on vaikuttanut muutoksenhakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus. Seuraamusmaksun määräämiselle ei ole tällaista lisäedellytystä, vaan se voidaan määrätä silloinkin, kun hankintayksikkö on tehnyt kilpailutuksen hankintalain mukaisesti, mutta on rikkonut odotusaikasääntelyä tai automaattista suspensiota koskevaa sääntelyä (hankintalaki 96 § 2 mom. ja 98 § 4 mom.).

Jos hankintasopimus on tehty vastoin hankintalain määräämää automaattista suspensiota, markkinaoikeus ei voi tehdä markkinaoikeuskäsittelyn aikana väliaikaistoimena sopimuksen noudattamisen kieltävää päätöstä. Yleisen sopimusoikeudellisen periaatteen mukaan *sopimukset ovat pääsääntöisesti sitovia*, eikä hankintalaissa ole muutoksen jälkeenkään annettu markkinaoikeudelle oikeutta puuttua jo solmittuihin sopimuksiin *väliaikaistoimena* vaan ainoastaan markkinaoikeuskäsittelyn päätteeksi antamassaan *päätöksessä*. Jos markkinaoikeus tällöin määrää sopimuksen tehottomuusseuraamuksen, voi sopimuksen tehottomuus alkaa aikaisintaan markkinaoikeuden tuomion antamishetkestä eikä sillä ole taannehtivaa vaikutusta.

Hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan, että ”markkinaoikeus voi kohdistaa tehottomuuden myös sellaisiin hankinta-asian vireille tulon hetkellä täyttämättä oleviin sopimusvelvoitteisiin, joiden täytäntöönpano on kielletty lain 90 §:n nojalla (*automaattinen suspensio*)²⁵ tai joita koskien hankintayksikkö on antanut 92 §:ssä tarkoitetun ”*väliaikaisen sitoumuksen*”.²⁶ Tämän toteamuksen merkitys jää epäselväksi: Tehottomuuden kohdistaminen hankinta-asian *vireille tulon hetkellä* täyttämättä oleviin sopimusvelvoitteisiin merkitsisi hankintasopimuksen *taannehtivaa* tehottomuutta. Sekä hankintalain 96 §:n 4 momentissa että hallituksen esityksen yleisperusteluissa²⁷ kuitenkin todetaan selkeästi, että tehottomuussääntely voi koskeva vain sopimuksen täyttämättä olevia velvoitteita, toisin sanoen tehottomuus ei voisi olla taannehtivaa.

²³ HE 190/2009, s. 64.

²⁴ Sopimuksen tekemiselle tarkoitetaan tässä yhteydessä sekä *varsinaisen kirjallisen sopimuksen tekemistä* että *muihin hankinnan toteuttamiseen liittyviin toimiin ryhtymistä*. Markkinaoikeus voi hankintalain 94 §:n 2 momentin mukaan katsoa hankintasopimuksen syntyneeksi olosuhteiden perusteella silloin, kun hankintayksikkö ja ja tarjoaja ovat nimenomaisesti ryhtyneet hankinnan toteuttamiseen. Epäselvyyksien välttämiseksi on erittäin suositeltavaa, että hankintailmoituksessa tai viimeistään hankintapäätöksessä todetaan sopimuksen syntyvän vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoituksella.

²⁵ Kirjoittajan lisäys.

²⁶ HE 190/2009, s. 71.

²⁷ HE 190/2009, s. 29.

4.2 Lupa markkinaoikeudelta

Ennen hankintalain muutosta hankintasopimus voitiin tehdä, ellei markkinaoikeus sitä erikseen hakemuksesta kieltänyt tai hankintayksikkö vapaaehtoisesti sitoutunut olemaan ryhtymättä täytäntöönpanoon. Nyt asetelma on toisin päin. Jos hankintayksikkö haluaa panna hankintapäätöksen täytäntöön, sen tulee hakea markkinaoikeudelta tähän lupa. Markkinaoikeus voi myöntää luvan, jos täytäntöönpanon kieltämisestä aiheutuisi hankintayksikön tai muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin täytäntöönpanon kieltämisen edut ovat (hankintalaki 91 § 2 mom.). Käytännössä täytäntöönpanon salliminen ratkaistaan samoilla perusteilla kuin aiemmin ratkaistiin täytäntöönpanon väliaikaista kieltämistä koskeva asia tilanteessa, jossa markkinaoikeudelle valituksen tehnyt on sitä hakenut.²⁸

Toisaalta markkinaoikeudella on edelleen mahdollisuus kieltää erikseen hankintapäätöksen täytäntöönpano tai keskeyttää se niissä tapauksissa, joissa hankinnan täytäntöönpanoon on ryhdytty. Niin ikään markkinaoikeus voi keskeyttää hankinnan silloin, kun valitus on tehty sellaisessa vaiheessa, ettei hankintamenettelyä ole vielä saatettu päätökseen.

4.3 Täytäntöönpanoasioiden käsittely markkinaoikeudessa

Täytäntöönpanon kieltämistä, keskeyttämistä tai sen sallimista koskevan asian voi ratkaista yksi markkinaoikeuden tuomari (hankintalaki 91 § 3 mom.). Täytäntöönpanoasiat ovat kiireellisiä ja siksi kevennetyn kokoonpanon käyttäminen on tarpeen. Täytäntöönpanoa koskeva asia voidaan ottaa markkinaoikeuskäsittelyn aikana uudelleen esille ja jo tehtyä päätöstä voidaan muuttaa, jos siihen on tarvetta. Täytäntöönpanoa koskevat asiat ovat pääsääntöisesti sellaisia, että markkinaoikeus ei tee niistä päätöstä viran puolesta vaan täytäntöönpanon sallimista, keskeyttämistä tai kieltämistä koskeva päätös tehdään vain asianosaisen sitä vaatiessa. Laki ei kuitenkaan estä markkinaoikeutta tekemästä täytäntöönpanoa koskevaa päätöstä viran puolesta.²⁹

5 Uudet markkinaoikeuden määrättävissä olevat seuraamukset

Uusia markkinaoikeuden määräämiä seuraamuksia hankintalain rikkomisesta on kolme: *sopimuksen tehottomuus*, *sopimuskauden lyhentäminen* ja *seuraamusmaksu*. Ennestään käytössä olevat *hankintapäätöksen kumoaminen* (kokonaan tai osittain), *hankintayksikköön kohdistettu kieltäminen soveltaa hankinta-asiakirjoissa olevaa kohtaa tai muutoin noudattaa virheellistä menettelyä*, *hankintayksikköön kohdistettu velvoite korjata virheellinen menettelynsä* ja *hankintayksikön tarjoajalle maksama hyvitysmaksu*³⁰ jäävät edelleen käyttöön. Uudistuksen jälkeenkään niin sanotut reaalikeinot, eli hankintapäätöksen kumoaminen koko-

²⁸ HE 190/2009, s. 66.

²⁹ HE 190/2009, s. 65,

³⁰ Hyvitysmaksulle on lakimuutoksen myötä asetettu laissa yläraja: hyvitysmaksun määrä ei 95 §:n 2 momentin mukaan saa ilman erityistä syytä ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta.

naan tai osittain, virheellisen menettelyn kieltäminen tai virheellisen menettelyn korjaaminen, ovat ensisijaisia seuraamuksia ja muita seuraamuksia määrättäisiin vain silloin, kun ensisijaiset seuraamukset eivät ole käytettävissä tai eivät ole riittäviä. Näin on erityisesti silloin, kun muutoksenhaun tullessa vireille hankintaa koskeva sopimus on jo tehty.

Uudet seuraamukset ovat käytettävissä vain *EU-kynnysarvon*³¹ ylittävissä tavara- ja palveluhankinnoissa, rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa. Sopimuksen tehottomuusseuraamus ei kuitenkaan ole käytettävissä *EU-kynnysarvon ylittävissä liitteen B mukaisissa palveluhankinnoissa*. *EU-kynnysarvon alittavissa* hankinnoissa ja palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa seuraamusvaihtoehdot pysyvät ennallaan.³² Markkinaoikeuden tulee hankintalain 99 §:n mukaisesti seuraamuksia määrätessään ottaa huomioon niiden yhteisvaikutus.

5.1 Sopimuksen tehottomuus

Uusista seuraamuksista sopimuksen tehottomuus on vaikutukseltaan ankarin. Tehottomuus voi kohdistua vain markkinaoikeuden päätöksen antamishetkellä täyttämättä oleviin sopimusvelvoitteisiin (96 § 4 mom.). Tehottomuus ei voi olla taannehtivaa.³³ Hallituksen esityksen mukaan markkinaoikeuden on päätöstä antaessaan määritettävä selkeästi ne sopimusvelvoitteet, jotka se määrää tehottomiksi.³⁴

5.1.1 Laiton suorahankinta

Tehottomuusseuraamus voidaan ensiksikin määrätä tapauksissa, joissa hankintayksikkö on tehnyt laittoman suorahankinnan, eikä suorahankintaa koskevaa ilmoitusta ole tehty. Suorahankintaa koskeva ilmoitus on hankintalain muutoksen myötä käyttöön tuleva uusi menettely, josta säädetään hankintalain 79 §:ssä. Suorahankinnan tekemisen edellytykset eivät muutu, vaan perusteet suorahankinnalle ovat samat, hankintalain 27–28 §:ssä määrätty, kuin ennenkin. Suorahankintaa koskevaa ilmoitusta on käsitelty tarkemmin tämän artikkelin kappaleessa 7.

5.1.2 Odotusajan noudattamatta jättäminen

Toiseksi tehottomuusseuraamus voidaan määrätä silloin, kun hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen noudattamatta 77 §:ssä säädettyä odotusaikaa. Odotusaika on lakimuutoksen jälkeenkin 21 päivää laskettuna siitä, kun hankintamenettelyyn osallistunut on saanut tai hänen voidaan katsoa saaneen tiedoksi hankintapäätöksen, valitusosoituksen ja muut oheisasiakirjat. Aiemmin tämä aika oli käytännössä yleensä 28 päivää, koska kirjepostitiedoksiannon osalta noudatettiin seitsemän vuorokauden olettaa.³⁵ Lakimuutoksen jälkeen aika on todennäköisesti monessa tapauksessa aiempaa lyhyempi, koska hankintapäätös voi-

³¹ EU-kynnysarvot ovat muuttuneet 1.1.2010 alkaen. Uudet kynnysarvot ovat: *tavara- ja palveluhankinnoissa* 193 000 euroa (valtion keskushallintoviranomaisilla 125 000 euroa), *rakennusurakoissa* 4 845 000 euroa, *käyttöoikeusurakoissa* 4 845 000 euroa ja *suunnittelukilpailuissa* 193 000 euroa (valtion keskushallintoviranomaisilla 125 000 euroa). Ks. TEM: Kynnysarvot.

³² HE 190/2009, s. 69.

³³ Ks. tästä tarkemmin kappale 4.1.

³⁴ HE 190/2009, s. 71.

³⁵ Hallintolaki 59 §.

daan antaa tiedoksi sähköisesti. Sähköisesti tehty tiedoksianto katsotaan tulleen tarjoajan tietoon samana päivänä kuin se on lähetetty (hankintalaki 75 §).

Laissa aiemmin olleet poikkeukset³⁶ odotusajan noudattamisesta poistuvat. Tilalle tulevat kaksi hankintalain 78 §:ssä säädettyä *mahdollisuutta poiketa odotusajasta*.

Ensiksikin odotusaikaa ei tarvitse noudattaa silloin, *jos sopimus koskee puitejärjestelyn perusteella tehtävää hankintaa*. Mahdollisuus poiketa odotusajasta koskee kaikkia puitejärjestelyjä ja on hankintayksikön päätettävissä, noudattaako se odotusaikaa vai ei. Huomattava on, että poikkeamismahdollisuus koskee jo perustetun puitejärjestelyn pohjalta tehtäviä sopimuksia – puitejärjestelmän perustamista koskevaa hankintapäätöstä koskevat normaalit odotusaikaa ja valitusaikaa koskevat säännökset. Odotusajan noudattamatta jättäminen pidentää muutoksenhaku-aikaa: jos odotusaikaa ei ole puitejärjestelyyn perustuvan hankintasopimuksen solmimisessa noudatettu, valitus-aika on tavanomaisen 14 päivän sijaan 30 päivää (hankintalaki 87 § 2 mom.).

Toiseksi odotusaikaa ei tarvitse noudattaa silloin, *kun hankintasopimus tehdään ainoan hyväksyttävän tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa eikä tarjouskilpailussa ole jäljellä muita tarjoajia tai ehdokkaita, joiden asemaan sopimuskumppanin valinta vaikuttaa*. Tällainen tilanne syntyy lähinnä tilanteessa, jossa vain yksi yritys on osallistunut tarjouskilpailuun tai jos tarjouskilpailun aikana poissuljettu ehdokas tai hylätyn tarjouksen tehnyt tarjoaja on voinut menettelyn aiemmissa vaiheissa hakea muutosta poissulkemisestä tai hylkäämisestä koskevaan ratkaisuun. Näin voi olla rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä tai kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä silloin, kun tarjoajien poissulkemisestä tai tarjousten hylkäämisestä tehdään erikseen päätös, joka annetaan muutoksenhakuohjeineen ehdokkaalle tai tarjoajalle tiedoksi.

Odotusaikaa on lainmuutoksen jälkeen noudatettava kaikissa muissa tapauksissa paitsi suorahankinnoissa³⁷, puitejärjestelyyn perustuvissa hankinnoissa ja tilanteissa, joissa hankintasopimus tehdään ainoan tarjousmenettelyn vaatimukset täyttävän tarjoajan kanssa eikä tarjouskilpailussa ole enää mukana tarjoajia tai ehdokkaita, joiden asemaan hankintapäätös voisi vaikuttaa.

5.1.3 Automaattisen suspension noudattamatta jättäminen

Kolmanneksi tehottomuusseuraamusta voidaan käyttää tilanteessa, jossa hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen muutoksenhaun lykkäävästä vaikutuksesta huolimatta. Lainmuutoksen jälkeen markkinaoikeudelle tehty valitus lykkää ilman erillistä oikeuden tekemää päätöstä hankintasopimuksen tekoa. Tämän 90 §:ssä säädetyn niin sanotun *automaattisen suspension* myötä hankintayksikkö ei saa tehdä hankintasopimusta, kun valitus markkinaoikeuteen on tullut vireille. Kielto on voimassa kunnes markkinaoikeus antaa asiassa päätöksen tai myöntää sitä ennen hakemuksesta luvan hankintasopimuksen tekemiseen. Automaattista suspensiota käsitellään tarkemmin tämän artikkelin kappaleessa 4.

³⁶ Ennen muutosta voimassa olleen hankintalain 74 §:n mukaan hankintayksiköllä on ollut mahdollisuus tehdä hankintasopimus ennen 21 päivän odotusajan kulumista, jos sopimuksen tekeminen on ollut ehdottoman välttämätöntä yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä tai ennalta arvaamattomasta hankintayksiköstä riippumattomasta syystä.

³⁷ Jos suorahankinnasta tehdään 79 §:n mukainen ilmoitus, hankintasopimus saadaan tehdä aikaisintaan 14 päivän kuluttua ilmoituksen julkaisemisesta Euroopan unionin virallisessa lehdessä (jälj. EUVL). Jos ilmoitusta ei tehdä, odotusvelvollisuutta ei ole.

5.1.4 Lisäedellytykset

Lisäedellytyksenä kahdessa viimeksi mainitussa tapauksessa (odotusaikasääntelyn tai automaattisen suspension vastainen menettely) tehottomuusseuraamuksen käyttämiselle on, että hankintayksikkö on tehnyt hankinnassa myös jonkin muun hankintalain vastaisen virheen, joka on vaikuttanut valittajan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus.³⁸ Virheen täytyy siis *sekä* 1) olla hankintalain vastainen *että* 2) olla luonteeltaan sellainen, että se on vaikuttanut valittajan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus. Näiden edellytysten sisältöä ei ole avattu hallituksen esityksessä eikä myöskään esitystä edeltävissä mietinnöissä³⁹ tai oikeussuojadirektiivissä.

Ensimmäinen edellytys, *hankintalain vastaisuus*, on näistä kahdesta helpommin todennettavissa. Sen sijaan toisen edellytyksen täytyminen on vaikeammin todettavissa. Sanamuoto ”*virhe, joka on vaikuttanut muutoksenhakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus*” viittaa kuitenkin selkeästi siihen, että pelkästään se, että hankintayksikön virhe olisi mahdollisesti voinut vaikuttaa muutoksenhakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus, ei riitä tehottomuusseurauksen määrittämiseen, vaan vaaditaan todellista ja toteennäytettävää vaikutusyhteyttä virheen ja hankintamenettelyn lopputuloksen välille.

Jonkinlaista johtoa vaadittavaan ”vaikutuksen” asteeseen lienee löydettävissä hyvitysmaksun määräämistä koskevista hankintalain kohdista ja hyvitysmaksuun liittyvästä oikeuskäytännöstä. Hyvitysmaksua koskevan hankintalain 95 §:n 1 momenttia koskevan hallituksen esityksen perustelun mukaan ”hyvitysmaksu voidaan määrätä maksettavaksi sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut *todellinen mahdollisuus* voittaa tarjouskilpailu”. Hallituksen esityksessä todetaan vielä erikseen, että valittajan on osoitettava tämän todellisen mahdollisuuden olemassaolo.⁴⁰

Pelkästään lain ja sen perustelujen sanamuodon perusteella vaikuttaisi siltä, että tehottomuusseuraamuksen määräämisen kynnys olisi hieman matalammalla (”virhe on vaikuttanut hakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus”) kuin mitä se hyvitysmaksun osalta on (”ilman virhettä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu”). Asia jää kuitenkin oikeuskäytännön ratkaistavaksi.

5.1.5 Tehottomuusseuraamuksen vaikutukset

Tehottomuusseuraamus voi koskea vain sellaisia sopimusvelvoitteita, jotka ovat *täyttämättä* markkinaoikeuden päätöksen *antamishetkellä*.⁴¹ Markkinaoikeuden on tuomion antaessaan määritettävä selkeästi ne sopimusvelvoitteet, jotka määrätään tehottomiksi. Käytännössä hankintasopimuksen määrääminen tehottomaksi tarkoittaa sopimusta koskevan hankintapäätöksen muuttumista vaikutuksettomaksi. Tällöin markkinaoikeus voi samalla, kun se määrää tehottomuusseuraamuksen, käyttää 94 §:n 1 momentin 1–3 kohtien mukaisia reaalikeinoja.⁴² Oikeusvarmuuden vuoksi olisikin toivottavaa, että markkinaoikeus määrää-

³⁸ Laittoman suorahankinnan kohdalla ei ole tällaista lisäedellytystä.

³⁹ JUHO-työryhmän periaatemietintö ja välimietintö.

⁴⁰ HE 190/2009, s. 69.

⁴¹ Hallituksen esityksen mukaan markkinaoikeus voisi kohdistaa tehottomuuden myös sellaisiin markkinaoikeusvalituksen *vireille tulon* hetkellä täyttämättä oleviin sopimusvelvoitteisiin, joiden täytäntöönpano on kielletty 90 §:n nojalla (automaattinen suspensio) tai joita koskien hankintayksikkö on antanut 92 §:ssä tarkoitettua väliaikaisen sitoumuksen. HE 190/2009, s. 71. Ks. tästä tarkemmin kappale 4.1.

⁴² HE 190/2009, s. 71.

tessään sopimuksen tehottomaksi myös *kumoaisi* kyseistä sopimusta vastaavan hankintapäätöksen tai sopimusta vastaavan osan hankintapäätöksestä.

Oikeudelliselta luonteeltaan tehottomuusseuraamus on hallinnollinen seuraamus, eikä sillä ole tarkoitus muuttaa vakiintuneita oppeja sopimuksen pätemättömyydestä.⁴³ Sopimuksen pätemättömyyden käsittely kuuluu edelleen hankintasopimustenkin osalta yleisille tuomioistuimille, kuten myös mahdollisten sopimuksen tehottomuuden johdosta nostettavien vahingonkorvauskanteiden käsittely.⁴⁴

Määrätessään tehottomuusseuraamuksen markkinaoikeuden on 98 §:n 1 momentin mukaan samalla määrättävä hankintayksikkö maksamaan valtiolle 94 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaisen *seuraamusmaksu*. Tehottomuusseuraamukseen yhdistyy lähtökohtaisesti aina seuraamusmaksun määrääminen⁴⁵.

5.1.6 Tehottomuusseuraamuksen määräämättä jättäminen

Tehottomuusseuraamus voidaan jättää määräämättä. Hankintalain 97 §:n mukaan markkinaoikeus voi jättää tehottomuusseuraamuksen määräämättä, jos sopimuksen voimassapitämiselle on yleiseen etuun liittyviä *pakottavia syitä*. Hallituksen esityksen mukaan tällaisia syitä voisivat olla esimerkiksi kansanterveyteen liittyvät uhkatilanteet. Lähtökohtaisesti pakottava yleinen syy ei voisi olla pelkkä sopimuksen tehottomuudesta osapuolille johtuva taloudellinen menetys, ellei kyse ole poikkeuksellisista olosuhteista, joissa kustannukset olisivat kohtuuttomia.⁴⁶

Sellaisia taloudellisia syitä, jotka liittyvät suoraan hankintamenettelyyn, ei voida direktiivin mukaan hyväksyä perusteluiksi tehottomuudesta poikkeamiselle. Tällaisia ovat esimerkiksi kulut, jotka aiheutuvat hankintasopimuksen täytäntöönpanon viivästymisestä, uuden hankintamenettelyn aloittamisesta, sopimuskumppanin vaihtamisesta tai sopimuksen pätemättömäksi toteamisesta johtuvista oikeudellisista velvoitteista.⁴⁷ Markkinaoikeuden tulee päätöstä tehdessään tutkia kaikki olennaiset näkökohdat voidakseen todeta, onko olemassa yleistä etua koskevia pakottavia syitä sopimuksen pitämiseksi voimassa. Mikäli näin on, sovellettaviksi tulevat vaihtoehtoiset seuraamukset eli sopimuskauden lyhentäminen ja seuraamusmaksu (98 § 1 mom. 4 kohta ja 98 § 2 mom.).

5.2 Sopimuskauden lyhentäminen

Sopimuskauden lyhentämisestä säädetään hankintalain 98 §:ssä. Sopimuksen tehottomuusseuraamus ei ole käytettävissä EU-kynnysarvon ylittävissä liitteen B mukaisissa palvelu-

⁴³ HE 190/2009, s. 72.

⁴⁴ Käräjäoikeuden toimivalta vahingonkorvausasioissa todetaan nimenomaisesti hankintalain 107 §:ssä, vaikka asiasta ei ole muutoinkaan epäselvyyttä.

⁴⁵ Muutetun lain 99 §:n 2 momentin mukaan markkinaoikeuden tulee seuraamuksia määrätessään ottaa huomioon, että seuraamusten yhteisvaikutus ei saa muodostua hankintayksikön tai sen sopimuskumppanin kannalta kohtuuttomaksi. Tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu yhdessä voivat joissakin tapauksissa muodostua hankintayksikön kannalta kohtuuttomaksi. On kuitenkin tärkeää huomata, että seuraamusten kohtuuttomuutta arvioitaessa ei oteta huomioon muita kuin *välittömästi hankintalaista koituvia seuraamuksia*. Siten esimerkiksi oikeudenkäyntikuluja, uhkasakkoseuraamuksia tai yleisessä tuomioistuimessa mahdollisesti määrättyjä vahingonkorvauksia ei oteta huomioon kohtuuttomuutta arvioitaessa.

⁴⁶ HE 190/2009, s. 72.

⁴⁷ HE 190/2009, s. 20. Oikeussuojadirektiivi 2 d artikla 3 kohta.

hankinnoissa. Markkinaoikeus voi sen sijaan määrätä sopimuskauden lyhentämisen seuraamukseksi hankintayksikön tekemästä virheestä. Perusteet seuraamuksen käyttämiselle ovat pääosin samat kuin sopimuksen tehottomuusseuraamuksen kohdalla. Sopimuskauden lyhentäminen voidaan määrätä, jos hankintayksikkö on tehnyt *laittoman suorahankinnan* tai jos hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen 77 §:ssä *säädety*n odotusajan tai 90 §:n *mukaisen automaattisen suspension vastaisesti*. Odotusaikasääntelyn ja automaattista suspensiota koskevan sääntelyn rikkomisen ollessa kyseessä sopimuskauden lyhentäminen edellyttää, että hankintayksikkö on tehnyt hankintamenettelyssä myös muun hankintalain vastaisen virheen, joka on vaikuttanut muutoksenhakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus. Tämän osalta voidaan viitata edellä sopimuksen tehottomuuden yhteydessä sanottuun. Laittoman suorahankinnan osalta sopimuskauden lyhentäminen voidaan määrätä vaikka hankintayksikkö ei olisi tehnyt tällaista muuta virhettä. Sääntely on siis tässäkin vastaava kuin sopimuksen tehottomuuden kohdalla.

Sopimuskauden lyhentäminen on myös käytettävissä seuraamuksena niissä *tapauksissa, joissa oikeus ei määrää sopimuksen tehottomuutta yleistä etua koskevien pakottavien syiden nojalla*. Tällöin sopimuskauden lyhentäminen voi tulla kyseeseen sopimuksen tehottomuuden sijaan myös muissa kuin liitteen B mukaisissa hankinnoissa.

Markkinaoikeuden tulee sopimuskauden lyhentämisestä määrätessään ottaa huomioon hankintayksikön *virheen tai laiminlyönnin laatu* sekä *valituksen kohteena olevan hankinnan arvo*. Seuraamuksen arviointiin liittyviä seikkoja voivat käytännössä olla esimerkiksi täyttämättä olevien sopimusvelvoitteiden suhde täytettyihin sopimusvelvoitteisiin tai hankintayksikön odotusajan noudattamatta jättämisen ohella tekemät sellaiset hankintalain vastaiset menettelyvirheet, jotka eivät kuitenkaan ole vaikuttaneet valittajan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus.⁴⁸

Seuraamusten määräämiseen vaikuttavia tekijöitä käsittelevässä hankintalain 98 §:n 5 momentissa ja hallituksen esityksessä lainkohtaa koskevissa perusteluissa seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen niputetaan yhteen. Lakiteksti kuuluu: ”Seuraamusta [seuraamusmaksu tai sopimuskauden lyhentäminen]⁴⁹ määrätessään markkinaoikeuden on otettava huomioon hankintayksikön *virheen tai laiminlyönnin laatu* ja valituksen kohteena olevan *hankinnan arvo*.”

Hankinnan arvo on kuitenkin seikka, joka voisi vaikuttaa seuraamusta harkittaessa ennemminkin seuraamusmaksun määräämiseen kuin sopimuskauden lyhentämiseen. Yleensä hankinnan arvo ei ole sellainen asia, joka vaikuttaisi seuraamuksen määräämiseen muulloin kuin silloin, kun kyseessä on rahallinen korvaus eli hyvitysmaksu tai nyt uutena seuraamusmaksu. Kuten sanottu, lakitekstin ja sen perustelujen mukaan hankinnan arvo kuitenkin tulisi huomioida myös sopimuskauden lyhentämistä määrättäessä. Mahdollista on, että teksti on jäänyt nykyiseen asuunsa epähuomiossa. Tätä tulkintaa tukee paitsi edellä mainittu hankintalain yleinen linja hankinnan arvon vaikuttamattomuudesta seuraamuksia pohdittaessa (hyvitysmaksua ja seuraamusmaksua lukuun ottamatta) myös hallituksen esitystä edeltävän JUHO-työryhmän välimietinnön samaa lainkohtaa koskeva teksti. Välimietinnössä kyseisessä kohdassa käsitellään vain seuraamusmaksun määräämisessä huomioon otettavia tekijöitä, joita ovat hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu sekä hankinnan kokonaisarvo.⁵⁰ Teksti on muutoin vastaava kuin hallituksen esityksen teksti. Mahdollista on, että hallituksen esityksen laadintavaiheessa kohtaan on lisätty seuraamusmaksun rinnalle

⁴⁸ HE 190/2009, s. 73.

⁴⁹ Kirjoittajan lisäys.

⁵⁰ JUHO-työryhmän välimietintö, s. 97.

sopimuskauden lyhentäminen ja teksti on jäänyt muutoin entiseen asuunsa. Oikeuskäytäntö määrittäneenä aikanaan, miten kohtaa tulee tulkita.

5.3 Seuraamusmaksu

Seuraamusmaksu voidaan hankintalain 98 §:n mukaan määrätä yhdessä sopimuksen tehottomuuden kanssa. Lisäksi seuraamusmaksu voidaan määrätä tilanteessa, jossa hankintayksikkö on tehnyt 77 §:ssä määrätyn odotusajan tai 90 §:n mukaisen automaattisen suspensioon vastaisesti hankintasopimuksen, mutta tehottomuusseuraamusta ei voida määrätä, koska lisäedellytys hankintalain vastaisesta muusta hankintayksikön tekemästä virheestä ei toteudu. Seuraamusmaksu voidaan määrätä maksettavaksi myös silloin, kun tehottomuusseuraamusta ei määrätä 97 §:n mukaisen yleiseen etuun liittyvästä pakottavasta syystä. Seuraamusmaksu on siis yhtäältä tehottomuusseuraamusta tehostava ja toisaalta sitä korvaava seuraamus.

Hankintalain B-liitteen mukaisissa palveluhankinnoissa seuraamusmaksu voidaan määrätä vastaavilla perusteilla. Sitä ei kuitenkaan voida määrätä yhdessä sopimuksen tehottomuuden kanssa, koska tämä seuraamus ei ole mahdollinen liitteen B hankinnoissa.

Seuraamusmaksua määrätessä markkinaoikeuden tulee ottaa huomioon samat tekijät kuin lyhentäessään hankintasopimuksen sopimuskautta. Näitä tekijöitä ovat hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu ja hankinnan arvo. Tekijöitä on käsitelty tarkemmin edellä sopimuskauden lyhentämisestä koskevassa kappaleessa 5.2. Seuraamusmaksun määrä ei saa ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta. Seuraamusmaksu maksetaan valtiolle.

6 Muutoksenhaku puitejärjestelyissä

Puitejärjestelyjen kohdalla on erotettava toisistaan yhtäältä puitejärjestelyn perustava hankintapäätös ja siihen liittyvä muutoksenhaku ja toisaalta tämän jälkeen puitejärjestelyyn perustuen tehtäviin hankintoihin liittyvä muutoksenhaku. Puitejärjestelyn perustavaan hankintapäätökseen haetaan muutosta samalla tavoin kuin muihinkin hankintapäätöksiin tai hankintamenettelyssä tehtäviin ratkaisuihin. Puitejärjestelyyn perustuen tehtävien hankintojen osalta muutoksenhaussa on rajoituksia. Seuraavassa käsitellään näitä.

Hankintalain uuden 86 §:n 3 momentin mukaan puitejärjestelyyn perustuvaan hankintaan ei saa hakea valittamalla muutosta, jollei markkinaoikeus myönnä asiassa käsittelylupaa. Markkinaoikeuden on myönnettävä lupa, jos asian käsittely on lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa asioissa tärkeää tai jos siihen on painava hankintayksikön menettelyyn liittyvä syy. Huomioitava on, että puitejärjestelyn perustamista koskevasta hankintapäätöksestä on jo ollut erillinen muutoksenhakumahdollisuus, joten oikeussuojatarpeiden kannalta kyse voi olla jo kertaalleen päätetyn asian täytäntöönpanoon rinnastuvasta ja siten oikeussuojan kannalta ongelmattomasta vaiheesta.⁵¹ Todennäköisesti käsittelylupa myönne-

⁵¹ HE 190/2009, s. 60.

tään lähinnä lain soveltamiseen liittyvissä ennakkoratkaisutyypisissä tapauksissa ja räikeissä hankintayksikön menettelyyn liittyvissä virhetilanteissa⁵².

Käsittelylupaa on haettava *valitusajassa*. Käsittelylupahakemus voidaan tehdä osana valitusta ja sisällyttää samaan asiakirjaan. Koska hankintalaissa ei ole säädetty, että käsittelylupahakemuksen käsittelyyn kuluva aika lykkäisi valituksen määräaika, onkin näin käytännössä meneteltävä. Jos markkinaoikeus ei myönnä käsittelylupaa, päätöksestä voi tehdä jatkovalituksen korkeimpaan hallinto-oikeuteen vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää käsittelyluvan (hankintalaki 103 § 3 mom.). Sen sijaan, jos markkinaoikeus myöntää käsittelyluvan ja ratkaisee asian, *jatkovalitus* tästä päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen voidaan tehdä *ilman käsittelyluvan hakemista*.

Hankintaoikaisun tekemistä puitejärjestelyyn liittyvissä hankinnoissa ei ole rajoitettu. Sen osalta noudatetaan hankintalain hankintaoikaisua koskevia ja yleishallinto-oikeudellisia muutoksenhakuoikeutta koskevia säännöksiä.

7 Suorahankintojen ilmoitusmenettely

Edellytykset suorahankintojen tekemiselle eivät lakimuutoksen myötä muutu. Sen sijaan *seuraamukset laittoman suorahankinnan tekemisestä* kovenevat. Aiemmin laittoman suorahankinnan tapauksessa reaalikeinot – hankintapäätöksen kumoaminen, virheellisen menettelyn kieltäminen ja virheellisen menettelyn korjaaminen – eivät useimmiten ole olleet käytettävissä, koska hankintaa koskeva sopimus on jo tehty.

Näin ollen markkinaoikeus on voinut määrätä asiassa ainoastaan hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua hankintayksikön menettelyn vuoksi hankintasopimuksesta osattomaksi jääneelle yritykselle. Tällöin hankalaa on ollut hyvitysmaksun määräämisen edellytyksenä oleva valittajan velvollisuus näyttää, että oikein tehdyssä hankintamenettelyssä valittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Usein tätä ei ole voitu osoittaa ja laittomasta suorahankinnasta ei ole koitunut hankintayksikölle seuraamuksia. Lakimuutoksella pyritään tarttumaan tähän epäkohtaan.

Kuten edellä kappaleessa 5 on todettu, hankintasopimus voidaan todeta *tehottomaksi* tai *lyhentää sopimuskautta*, jos hankintayksikkö on tehnyt laittoman suorahankinnan. Näitä seuraamuksia *ei* kuitenkaan voida määrätä, mikäli hankintayksikkö on tehnyt suorahankinnasta *hankintalain 79 §:n mukaisen ilmoituksen*. Ilmoitus suorahankinnan tekemisestä julkaistaan EUVL:ssä. Käytännössä ilmoitus suorahankinnan tekemisestä toimitetaan julkaitavaksi kansallisessa julkisten hankintojen ilmoitusjärjestelmässä osoitteessa www.hankintailmoitukset.fi, kuten muutkin hankintoihin liittyvät ilmoitukset. Ilmoituksesta säädetään tarkemmin julkisista hankinnoista annetussa valtioneuvoston asetuksessa (24.5.2007/614, *hankinta-asetus*). Kun ilmoitus on julkaistu, hankintayksikön tulee odottaa 14 päivää ennen kuin se voi tehdä asiassa hankintasopimuksen. Määräaika lasketaan päivästä, jolloin ilmoitus on julkaistu EUVL:ssä.⁵³ Valitusaika suorahankinnasta on myös 14 päivää silloin, kun hankintayksikkö on tehnyt suorahankintaa koskevan ilmoituksen. Jos ilmoitusta ei ole tehty, valitus on tehtävä joko 30 päivän kuluessa siitä, kun hankintayksik-

⁵² Hankintayksikön menettelyyn liittyvissä virhetilanteissa herää kysymys siitä, kuuluisiko asia sopimus oikeudellisena kysymyksenä ennemmin yleisten tuomioistuinten toimivaltaan.

⁵³ Julkaisupäivä ei *useimmiten* ole sama päivä, jona hankintayksikkö on jättänyt ilmoituksen www.hankintailmoitukset.fi-sivustolle, mikä hankintayksikön tulee ottaa huomioon odotusaikaa laskiessaan.

kö on julkaissut suorahankinnasta jälki-ilmoituksen tai viimeistään kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun hankintasopimus on tehty (hankintalaki 87 § 4 mom.).

Tekemällä ilmoituksen suorahankinnasta hankintayksikkö välttyy sen kannalta kaikkein raskaimmalta seuraamukselta eli *sopimuksen tehottomuudelta* tai *sopimuskauden lyhentämiseltä*. Lisäksi ilmoituksen tekeminen asettaa 14 päivän aikarajan suorahankintaa koskevan valituksen tekemiselle, kun tilanteessa, jossa ilmoitusta ei ole tehty, valitus voidaan tehdä vielä kuusi kuukautta hankintasopimuksen teon jälkeen. Vaikka hankintayksikölle voi koitua menettelystään muita markkinaoikeuden määrittämiä seuraamuksia siinä tapauksessa, että ilmoituksen seurauksena suorahankinnasta tehdään valitus markkinaoikeudelle joka toteaa suorahankinnan ilman hankintalain mukaista perustetta tehdyksi, suorahankintaa koskevan ilmoituksen tekeminen voi olla hankintayksikön kannalta useissa tapauksissa hyvä keino varmistaa kiireellisen ja välttämättömän hankinnan toteutuminen.

8 Hankintayksikön väliaikainen sitoumus

Hankintayksikkö voi markkinaoikeusvalituksen tullessa vireille antaa *vapaaehtoisen sitoumuksen olla panematta hankintapäätöstä täytäntöön markkinaoikeuskäsittelyn aikana*. Sitoumus tulee antaa *kirjallisesti*.⁵⁴ Tällainen mahdollisuus on ollut käytössä aiemminkin, vaikka siitä ei ole säädetty laissa. Sitoumus on antanut mahdollisuuden käyttää ensisijaisia seuraamusvaihtoehtoja (hankintapäätöksen kumoaminen, virheellisen menettelyn kieltäminen tai virheellisen menettelyn korjaaminen) hyvitysmaksuseuraamuksen sijaan. Tällöin markkinaoikeus ei ole yleensä antanut erikseen määräystä täytäntöönpanon keskeyttämisestä, vaikka sitä olisi vaadittu. Vapaaehtoinen sitoumus on korvannut markkinaoikeuden päätöksen.

Väliaikainen sitoumus on käytettävissä sekä kansallisissa että EU-hankinnoissa. Jälkimmäisissä sitä ei kuitenkaan enää käytännössä tarvita, koska täytäntöönpano keskeytyy *automaattisen suspension* myötä. Jos hankintayksikkö antaa sitoumuksen, markkinaoikeus ei tee täytäntöönpanon kieltämisestä päätöstä, ellei päätöksen tekemiseen ole erityistä syytä.

Väliaikainen sitoumus on vapaaehtoisena voimassa *toistaiseksi* ja hankintayksikkö voi peruuttaa sen tarvittaessa. Myös peruuttaminen tulee tehdä kirjallisesti. Jos sitoumus peruutetaan, markkinaoikeus voi valittajan vaatimuksesta kieltää täytäntöönpanon, jos kieltämiselle on perusteita.

9 Hankinnan väliaikainen järjestäminen

Hankintalain 93 §:ssä säädetään lakimuutoksen seurauksena *hankinnan väliaikaisesta järjestämisestä markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi* silloin, kun hankinnan täytäntöönpano on keskeytynyt automaattisen suspension, markkinaoikeuden antaman väliaikaisen täytäntöönpanokiellon tai hankintayksikön antaman vapaaehtoisen sitoumuksen vuoksi. Pykälä koskee sekä EU-kynnysarvon että kansallisen kynnysarvon ylittäviä hankintoja. Aiemmin asiasta ei ollut säädöksiä, mutta käytännössä hankintoja jouduttiin usein tekemään väliai-

⁵⁴ Myös sähköisesti, esimerkiksi sähköpostitse, annettu sitoumus täyttää kirjallisuuden vaatimuksen.

kaisjärjestelyin. Nyt hankintalakiin otettu sääntely vastaa pitkälti muodostunutta käytäntöä.⁵⁵

Hankintalain 93 §:n mukaan hankinta voidaan järjestää markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi joko tilaamalla se hankintamenettelyyn osallistuneelta tai aiemmalta toimittajalta. Edellytyksenä on, että hankintaa ei voida sen *luonteen vuoksi* lykätä markkinaoikeuskäsittelyn ajaksi. Tällainen hankinta on esimerkiksi hankintayksikön *lakisääteiseen tehtävään liittyvä hankinta* tai sellaisen *tavara- tai palveluhyödykkeen hankinta, jota hankintayksikkö tarvitsee tehtäviensä hoitamiseen*. Hankintayksikön oman toiminnan lisäksi vastaavin edellytyksin voidaan ottaa huomioon sen asiakkaiden toiminta esimerkiksi silloin, kun yhteishankintayksikkö hoitaa asiakkaidensa puolesta kilpailuttamisen. Hankinnan *arvolla ei ole merkitystä* sen luonnetta arvioitaessa. Hankinnan välttämättömyyttä punnitessa edellytykset eivät ole niin tiukat kuin suora hankintojen kohdalla.⁵⁶

Väliaikainen hankinta voidaan järjestää vain joko *hankintamenettelyyn osallistuneelta tai aiemmalta toimittajalta*. Jos hankinta halutaan tehdä joltakin muulta toimittajalta, kyseessä on tällöin suora hankinta ja sille asetettujen edellytysten tulee täytyä.⁵⁷

Hankinnan väliaikainen järjestäminen ei saa estää ensisijaisten oikeussuojakeinojen – hankintapäätöksen kumoamisen, virheellisen menettelyn kieltämisen tai virheellisen menettelyn korjaamisen – käyttämistä. Siksi hankinnan järjestämisen tulee rajoittua markkinaoikeuskäsittelyn keston. Käytännössä onkin suositeltavaa sopia hankinnan väliaikaista järjestämistä koskevassa sopimuksessa, että se on voimassa vain *markkinaoikeuskäsittelyn ajan* tai että *sopimus voidaan irtisanoa päätymään markkinaoikeuskäsittelyn päätyttyä*.

10 Muut muutokset

10.1 Sähköinen tiedoksianto

Hankintalain 75 §:ssä säädetään hankintapäätöksen *sähköisestä tiedoksiannosta*. Aiemmin hankintapäätöstä ei ole voitu antaa tiedoksi sähköisesti, mutta nyt sähköinen tiedoksianto on *ensisijainen* tiedoksiantotapa. Tiedoksianto voidaan tehdä *sähköpostilla tai telefaksilla*. Sähköiseen tiedoksiantoon sovelletaan hankintalain säännösten lisäksi sähköisestä asioinnista viranomais toiminnassa annettua lakia (24.1.2003/13).

Sähköisessä tiedoksiannossa käytetään *tarjoajan hankintayksikölle antamaa sähköpostiosoitetta tai telefaksinumeroa*. Käytännössä hankintayksikön tulee hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä pyytää tarjoajia ilmoittamaan sähköpostiosoitteensa tai telefaksinumeronsa tiedoksiantoa varten. Jos tarjoaja *ei anna tietoja eikä niitä saada erikseen tiedustelemallakaan*, sähköistä tiedoksiantoa ei lähtökohtaisesti voida käyttää vaan tiedoksianto tulee tällöin tehdä tavallisena kirjeenä, vaikka tarjoajan sähköpostiosoite tai telefaksinumero olisi saatavissa esimerkiksi tarjoajan internet-sivuilla.

⁵⁵ Markkinaoikeus on useissa ratkaisuissaan todennut, etteivät väliaikaisratkaisut vaaranna markkinaoikeudelle hakemuksen tehneen oikeusturvaa, koska ensisijaiset seuraamusvaihtoehdot (mahdollisuus kumota hankintapäätös, velvoittaa hankintayksikkö olemaan noudattamatta virheellistä menettelyä ja korjaamaan virheellinen menettelynsä) ovat edelleen käytettävissä. Esimerkiksi MAO 216/07/JH, MAO 413/07/JH. HE 190/2009, s. 67.

⁵⁶ HE 190/2009, s. 68.

⁵⁷ HE 190/2009, s. 68.

Hankintayksikön tulee *erikseen* merkitä sähköiseen tiedoksiantoon viestin lähettämispäivä. Viestin lähettämispäivä on samalla päivä, jolloin tarjoajan katsotaan saaneen hankintayksikön päätöksen tietoonsa. Tämä lyhentää käytännössä sekä EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa noudatettavaa pakollista odotusaikaa että tarjoajan valitusaikaa, koska seitsemän päivän tiedoksisaantiolettamaa ei enää noudateta.

Tavallinen kirje säilyy edelleen *vaihtoehtoisena* tiedoksiantotapana. Tällöin noudatetaan myös *seitsemän päivän tiedoksisaantiolettamaa*, jonka sanamuotoa on täsmennetty hankintalain 74 §:än 2 momenttiin.

Hankintapäätöksen sisältöä koskevat vaatimukset eivät muutu. Päätös on edelleen tehtävä *kirjallisesti* ja sen tulee *sisältää perustelut ja valitusosoituksen* markkinaoikeudelle tehtävän valituksen tekemiseen sekä ohjeen hankintaoikaisun tekemiseen. Oikaisuohjeessa on huomioitava *hankintaoikaisua* koskevat säännökset.

Hankintalain muutoksen myötä markkinaoikeudelle valituksen tekvän on ilmoitettava hankintayksikölle *kirjallisesti* valituksen tekemisestä (hankintalaki 88 §). Ilmoituksen voi tehdä myös *sähköisesti*. Tämän vuoksi on käytännössä suositeltavaa, että hankintayksikkö lisää hankintapäätöksen tiedoksiantoon (esimerkiksi valitusosoitukseen) sähköpostiosoitteensa, johon tarjoaja voi tehdä ilmoituksen.

Myös markkinaoikeuden päätös voidaan lakimuutoksen jälkeen antaa tiedoksi sähköisesti (hankintalaki 103 §). Tiedoksianto voidaan tehdä sähköisesti, jos tähän on hankintayksikön ja valittajan suostumus. Tiedoksianto tehdään oikeudenkäynnin osapuolten markkinaoikeudelle toimittamiin osoitteisiin. Tiedoksiantoon sovelletaan muutoinkin mitä edellä hankintapäätöksen tiedoksiannosta on sanottu.

10.2 Muutoksenhausta ilmoittaminen hankintayksikölle ja hankinta-asioiden luettelo

10.2.1 Kirjallinen ilmoitus valituksen tekemisestä

Hankintalain 88 §:n mukaan markkinaoikeuteen valittavan tarjoajan tulee *kirjallisesti ilmoittaa hankintayksikölle* valituksen tekemisestä. Kirjallisuuden vaatimus täyttyy myös sähköisesti tehdyllä ilmoituksella. Ilmoitus on lähetettävä hankintayksikön ilmoittamaan osoitteeseen viimeistään, *kun valitus toimitetaan markkinaoikeudelle*. Ilmoitusvelvollisuus koskee niin kansallisia kuin EU-hankintoja. Vaikka ilmoitusvelvollisuuden laiminlyömiseen ei liity mitään sanktiota, ilmoituksen tekeminen on *valittajan intressien mukaista*, koska ilmoituksen saatuaan hankintayksikkö voi lykätä hankintapäätöksen täytäntöönpanoa. Hankintalaki ei kuitenkaan aseta hankintayksikölle velvollisuutta keskeyttää täytäntöönpanoa ilmoituksen vuoksi vaan kieltö tehdä hankintasopimus on voimassa vasta, kun valitus on tullut vireille markkinaoikeudessa (automaattinen suspensio, EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa) tai kun markkinaoikeus antaa täytäntöönpanon kieltävän päätöksen (kansallisissa hankinnoissa).

10.2.2 Luettelo vireillä olevista valituksista

Markkinaoikeus on velvollinen pitämään *vireille tulleista valituksista luetteloa*. Luettelo on markkinaoikeuden sivuilla Vireillä-osiossa osoitteessa www.oikeus.fi/markkinaoikeus ja sitä päivitetään päivittäin noin klo 15.⁵⁸ Luettelolla *ei ole niin sanottua julkista luotetta-*

⁵⁸ Ks. Markkinaoikeus: Vireille tulleet hankinta-asiat.

vuotta. Näin ollen hankintayksikkö ei voine vedota luettelon tietoihin sellaisessa tilanteessa, jossa EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa hankintapäätöksestä on tehty valitus markkinaoikeudelle, mutta tästä ei ole tietoa luettelossa ja hankintayksikkö on valituksesta tietämättömänä tehnyt automaattisen suspension vastaisesti hankintasopimuksen. Seuraamusta harkittaessa tällä lienee kuitenkin jonkinlainen vaikutus, jos myöskään valittaja ei ole tehnyt hankintayksikölle markkinaoikeusvalitusta koskevaa ilmoitusta.

11 Lopuksi

Hankintalain muutoksilla on pyritty tehostamaan *oikeusuojakeinojen* käyttöä. Keinoina tähän on yhtäältä *hankintaoikaisu* oikaisuvaatimusmenettelyä ja hallinto-oikeuteen tehtäviä valituksia joustavampana ja käyttöalaltaan laajempaan menettelyä ja toisaalta uudet *aiempaa ankarammat markkinaoikeuden määräämät seuraamukset*. Merkittävä muutos on myös *automaattisen suspension* käyttöönotto, jolla turvataan ensisijaisten seuraamusten käyttömahdollisuutta. Hankintamenettely muuttuu samalla *sähköisten tiedoksiantomenettelyjen* myötä entistä nopeammaksi ja yritysmaailmaan paremmin sopivaksi.

Toisaalta hankintamenettely kokonaisuudessaan tulee monimutkaisemmaksi. Sopimuksen tehottomuus ja sopimuskauden lyhentäminen voivat johtaa hankintoihin liittyvien sopimusriitojen lisääntymiseen yleisissä tuomioistuimissa. Hankintayksiköiltä vaaditaan entistä vahvempaa hankintalainsäädännön osaamista ja tarkkuutta säännösten noudattamisessa. Hankintamenettelyn lainmukaisuus, erityisesti *odotusaikasääntelyn* ja *automaattista suspensiota* koskevien säännösten noudattaminen, on kuitenkin myös tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan etujen mukaista, jotta sopimuksen *tehottomuudelta* tai sopimuskauden *lyhentämiseltä* vältytään.

Lyhenteet

EPNDir	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EV	eduskunnan vastaus
HE	hallituksen esitys
hankintalaki	laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348
MAO	markkinaoikeus
NDir	neuvoston direktiivi
Oikeussuojadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi 11.12.2007 (EPNDir 2007/66/EY)
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
vp.	valtiopäivät

Lähteet

Eduskunnan vastaus 24/2010 vp. (*EV 24/2010*)

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (*EPNDir 2004/17/EY*)

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 (*EPNDir 2004/18/EY*)

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 11.12.2007 (*EPNDir 2007/66/EY*)

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

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

Julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen uudistamista valmistelevan työryhmän (JUHO-työryhmän) välimietintö: Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta. Oikeusministeriö, työryhmämietintö 2009:9 (*JUHO-työryhmän välimietintö*)

Julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen uudistamista valmistelevan työryhmän (JUHO-työryhmän) periaatemietintö: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. Oikeusministeriö, työryhmämietintö 2008:6. (*JUHO-työryhmän periaatemietintö*)

Julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen uudistamista valmistelevan työryhmän (JUHO-työryhmän) loppumietintö: *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen*. Oikeusministeriö, julkaisu 6/2010. (*JUHO-työryhmän loppumietintö*)

Markkinaoikeuden ratkaisu Hansel Oy – valtiohallinnon tekninen it-konsultointi. MAO:129–130/09, Dnrot 210/07/JH ja 216/07/JH. Antopäivä 18.3.2009. (*MAO 216/07/JH*)

Markkinaoikeuden ratkaisu Loimi-Hämeen Jätehuolto Oy – sekajätteen keräys ja sekajäteastioiden tyhjennys. MAO:534/08. Dnro 413/07/JH. Antopäivä 17.12.2008. (*MAO 413/07/JH*)

Markkinaoikeuden ratkaisu Teuvan kunta ja Teuvan Vuokratalot Oy – kiinteistönhoitopalvelut. MAO:102–103/09. Dnro 174/08/JH ja 179/08/JH. Antopäivä 25.2.2009. (*MAO:102–103/09*)

Markkinaoikeuden ratkaisu Vihannin kunta – pesulapalvelut. MAO:208/04. Dnro 168/04/JH. Antopäivä 19.10.2004. (*MAO:208/04*)

Markkinaoikeus: Vireille tulleet hankinta-asiat 1.6.2010 lukien. www.oikeus.fi/markkinaoikeus/50618.htm (*Markkinaoikeus: Vireille tulleet hankinta-asiat*)

Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 (*NDir 89/665/ETY*)

Neuvoston direktiivi 92/13/ETY, annettu 25 päivänä helmikuuta 1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (*NDir 92/13/ETY*)

Talousvaliokunnan mietintö 2/2010 vp. (*TaVM 2/2010*)

Työ- ja elinkeinoministeriö: Kynnysarvot. Vierailtu 4.2.2010.
www.tem.fi/index.phtml?s=2018 (*TEM: Kynnysarvot*)