

Mari Himanka

KÄÄNTEINEN KILPAILUTUS KUNNAN JULKISISSA TAVARAHANKINNOISSA

TIIVISTELMÄ

Mari Himanka: Käänteinen kilpailutus kunnan julkisissa tavarahankinnoissa
Pro gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Hallintotieteiden tutkinto-ohjelma, julkisoikeus
Huhtikuu 2022

Tutkielmassa selvitettiin, millaisissa oikeudellisissa rajoissa käänteistä kilpailutusta voidaan tehdä julkisiin hankintoihin liittyen. Lisäksi esitetään kuinka vertailuperusteita tulisi asettaa, jotta ne olisivat oikeudellisesti kestäviä sekä kerrotaan kuinka tuotteiden laatuun liittyviä sosiaalisia ja ympäristöön liittyviä kriteereitä voidaan huomioida osana hankintoja, sekä mikä niiden keskinäinen suhde on. Työtä on rajattu erityisesti julkisiin hankintoihin ja sen rajoihin kuntien näkökulmasta. Lisäksi julkisten hankintojen laajasta kokonaisuudesta tässä työssä on keskitytty erityisesti sellaisiin ympäristönäkökulmiin, jotka soveltuvat tavarahankintoihin.

Tutkielma on tehty oikeusdogmaattisesti ja tulkinnan apuna on käytetty myös oikeustaloustieteellistä näkökulmaa. Käsiteltävä aineisto on muodostunut muun muassa lainvalmisteluaineistoista, voimassa olevasta lainsäädännöstä, oikeustapauksista, artikkeleista, hankintaoppaista sekä aiemmasta tutkimuksesta aihepiiriin liittyen.

Hankintalaki on monilta osiltaan suosituksenomainen ja oikeudelliset rajat julkisissa hankinnoissa muodostuvat erimerkiksi kuntalain ja hallintolain menettelysäännösten pohjalta. Muun muassa kuntien itsehallinto, kuntien ja valtion välinen suhde ja julkisten varojen tehokasta käyttöä koskeva sääntely ohjaavat julkisten hankintojen tekemistä. Sen lisäksi että hankintalaki implementoi EU:n hankintadirektiivin osaksi kansallista lainsäädäntöä, hankintalain voidaan nähdä olevan yksi keino toteuttaa poliittisia ohjaustavoitteita esimerkiksi ympäristö- ja sosiaalisten näkökulmien huomioimiseksi julkisissa hankinnoissa.

Oikeuskäytännössä on muodostunut rajat sille, kuinka vertailuperusteita tulisi määritellä. Niiden tulisi olla avoimesti, täsmällisesti ja tarkkarajaisesti ilmaistu jo tarjouspyynnössä, jotta hankintayksikölle ei muodostu rajoittamatonta valtaa valita ehdokas. Vertailuperusteiden tulee olla syrjimättömiä ja mahdollistaa tasapuolinen kohtelu. Vertailuperusteiden tulee myös liittyä hankinnan kohteeseen.

Kuntien taloudellinen tilanne sekä hankintaosaamisen puute ovat hankaloittaneet laadun huomioimista julkisissa hankinnoissa. Tutkielmassa on esitetty suosituksia, joiden avulla laadukkaiden hankintojen tekeminen olisi mahdollista. Keinona voisi olla esimerkiksi tuotteiden elinkaaren pidentäminen niiden takuuajkoja pidentämällä, sekä tukemalla tuotteiden huollettavuuden lisäämistä. Tällöin tuotteiden laadun parantamisen kustannukset jakautuisivat hankkijan lisäksi myös tuotteen suunnitteluun ja materiaalivalintoihin.

Avainsanat: Julkiset hankinnat, vertailuperusteet, hankintojen laatu, sosiaaliset kriteerit, ympäristönäkökulmat

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla.

Sisällys

LÄHTEET	ii
LYHENTEET	vii
1 JOHDANTO	1
1.1 Yleiset lähtökohdat sekä tutkimuskysymys.....	1
1.2 Aiempi tutkimus aihepiiriin liittyen	3
1.3 Tutkielman metodologiset ja teoreettiset lähtökohdat.....	10
1.3.1 Lainoppi tulkinnan perustana	10
1.3.2 Oikeustaloustiede lainopillisen tutkimuksen rinnalla	16
2 KUNTIEN OIKEUDELLINEN ASEMA JULKISTEN TEHTÄVIEN TOTEUTTAJANA	21
2.1 Itsehallinto ja kuntien ja valtion välinen suhde	21
2.2 Kuntastrategia kuntien hankintojen ohjauksena	25
2.3 Julkisten tehtävien toteuttaminen kunnissa ja kuntien tuloksellisuuden arviointi.....	26
2.4 Kuntien varojen käytön ohjaus lainsäädännössä	29
3 HANKINTALAIN PUITTEET OSANA KUNTIEN HANKINTOJA	31
3.1 Julkisiin hankintoihin liittyvä sääntely	31
3.2 Hankintalain muutokset ohjaamassa hankintoja vapaampaan suuntaan	32
3.3 Julkisten hankintojen toteuttamisen tapoja.....	35
3.4 Hankintojen arvo ja sen vaikutus muutoksenhakuun	38
3.5 Markkinoiden kartoitus ja neuvottelu osana hankintaprosessia	40
4 LAATU JULKISTEN HANKINTOJEN VERTAILUPERUSTEENA JA KUNNALLISEN TOIMINNAN TULOKSELLISUUDEN VAATIMUKSENA	44
4.1 Vertailuperusteiden asettamisen sääntely ja sen tarkentuminen oikeuskäytännössä. 44	
4.2 Hankintojen laatu kuntien strategisten tavoitteiden toteuttamisen keinona	51
4.3 Kestävyystavoitteiden huomioiminen osana julkisia hankintoja nyt ja tulevaisuudessa	59
5 LOPUKSI	62
5.1 Keskeiset tulokset	62
5.2 Johtopäätökset ja pohdintaa julkisten hankintojen tavoitteista ja ympäristönäkökulmien huomioimisesta de lege ferenda.....	65

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis. *Tulkinnan taito: Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta*. Helsinki. WSOY, 2006.
- Akerlof, G. A. *The Market for "lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. 84 Vol., 1970. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Alhola, K., & Kaljonen M. *Kestävät julkiset hankinnat – Nykytila ja kehittämissuhteita*. Suomen ympäristökeskus, 2017. Web.
- Brammer, S., & H. Walker. *Sustainable Procurement in the Public Sector: An International Comparative Study*. 31 Vol., 2011. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Bulow, J., M. Huang, & P. Klemperer. *Toeholds and Takeovers*. 107 Vol., 1999. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Bulow, J., & P. Klemperer. *Auctions Versus Negotiations*. 86 Vol., 1996. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Carpinetti, L., Gustavo P., & Matteo Z. *The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement. Handbook of Procurement*. Eds. Nicola Dimitri, Gustavo Piga, and Giancarlo Spagnolo. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 14-44. Cambridge Core. Web. 2020/02/26.
- Cederquist.se. *Nya upphandlingsregler träder i kraft idag den 1 februari 2022*. <https://www.cederquist.se/om-cederquist/aktuellt/nyheter/2022/nya-upphandlingsregler-trader-i-kraft-idag-den-1-februari-2022/> 10.4.2022
- Circular Business Models: Overcoming Barriers, Unleashing Potentials*. acatech/Circular Economy Initiative Deutschland/SYSTEMIQ. Joint publications 2021
- Eskola, S. Kiviniemi, E., Krakau, T., & Ruohoniemi, E. *Julkiset hankinnat*. 3., uudistettu painos. Helsinki: Alma Talent, 2017.
- Euroopan komissio. *European Commission Ref. Ares(2020)4754440 - 11/09/2020*: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative_en
- Euroopan komissio. *Kestäviä tuotteita koskeva aloite*. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative/F1235263_en
- Euroopan komissio. *Kestäviä tuotteita koskeva aloite*. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative/F1235338_en
- Euroopan komissio. *Report from the commission to the European Parliament and council on the review of the practical application of the European Single Procurement Document (ESPD) Brussels*. COM (2017) 242 final 2017

- Euroopan komissio. *Sosiaalinen ostaminen: Opas sosiaalisten näkökohtien huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa* Luxemburg: Euroopan unionin julkaisutoimisto, 2011
- Halonen K.-M., *Avoimuus, tasapuolinen kohtelu ja julkisten varojen tehokas käyttö – vihreiden hankintojen esteitä vai mahdollistajia?* Ympäristöjuridiikka 4/2021 Referee-artikkeli
- Heuru, K., Mennola E., & Ryyänen A. *Kunta: Kunnallisen itsehallinnon perusteet*. Helsinki. Edita, 2008. Web.
- Holtinen, J & Ruostetsaari, I. *Tarkastuslautakunta kunnan päätöksenteossa*. Kunnallisan kehittämissäätöön tutkimusjulkaisut, nro 43. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala. 2004
- Hong, H., & M. Shum. *Increasing Competition and the Winner's Curse: Evidence from Procurement*. 69 Vol., 2002. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Hytönen T. & Lehtomäki L. *Valtion hankintakäsikirja*. Edita Publishing Helsinki 2007.
- Dahlberg, M. & Paso, M. *Kansallisen lainsäädännön, ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden tavoitteellinen tulkinta– mikä muuttuu?* Lakimies 7–8/2020, s. 925–923 Referee-artikkeli
- Iloranta, K. & Pajunen-Muhonen H. *Hankintojen johtaminen: ostamisesta toimittajamarkkinoiden hallintaan*. Tietosanoma Helsinki 2008.
- Jääskeläinen, J. & Tukiainen J. *Anatomy of Public Procurement*. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus, 2019. Web.
- Karhu, J. *Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia* Lakimies 7–8/2020, s. 1017–1034
- Karhu, J. *Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä* Lakimies 7–8/2019
- Karhu, J. *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi* Lakimies 2003
- Klemperer, P. *Why Every Economist Should Learn some Auction Theory.*, 2003. SCOPUS. Web. 26 February 2020.
- Konkurrensverket, Swedish Competition Authority: *Årsredovisning 2021*. Stockholm, februari 2022
- Koskela, T., *Ympäristöarvojen huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa*. Edilex-sarja 2021/25
- Kuhmonen, T., Ahokas I. & Ruotsalainen J. *Hankinnat osana kuntien elinvoiman johtamista*. Tulevaisuuden tutkimuskeskus. Tutu e-julkaisuja 6/2013
- Kujanpää, J. *Sosiaaliset kriteerit ja niiden käyttömahdollisuudet julkisissa hankinnoissa*. VATES säätiö 2010

Käänteinen kilpailutus – mitä se tarkoittaa?

<https://hankintaturisti.com/2019/08/15/kaanteinen-kilpailutus-mita-se-tarchoittaa/>
10.4.2022

Lebedeff & Huikko sivulla Kuntaliitto.fi *Yhtiöt ja markkinat*

<https://www.kuntaliitto.fi/laki/kunnat-yhtiot-ja-markkinat> 15.4.2022

Luukka, K. *Ympäristönäkökohtien huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa – Tarkastelussa sekä ajantasainen että uudistuva hankintalainsäädäntö*. Pro gradu. Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2015.

Melin T., Tuominen-Thuesen M. & Koila T.

Palvelusetelinhinnoittelupolitiikanvaihtoehtoja ja malleja. Sitran selvityksiä 28. Helsinki 2010

Mäenpää, O. *Hallinto-oikeus*. Alma Talent, 2018 e-kirja

Mähönen, J. *Taloustiede lain tulkinnassa*. Lakimies 2004/1 s. 49

Määttä, K. *Oikeustaloustieteen perusteet*. 2nd ed. Helsinki: Edita, 2016.

Määttä, K. & Voutilainen T. *Julkisten hankintojen sääntely*. 1. painos. Helsinki: Kauppakamari, 2017.

Määttä T. *Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomarinideologiassa*. Edilex. 2012

Määttä T. *Lakien väliset suhteet oikeudellisen ratkaisun teorian haasteena: ristiriita-ajattelusta yhteensovittamismalliin*. Lakimies 2013, s. 171–191

Nordic Council of Ministers. *Nordic guideline – green public procurement*

How to use environmental management systems and ecolabels in EU tenders Copenhagen: Nordisk Ministerråd, 2017

Oikarinen, T. "Tietohallinnon hankintojen ennakoidun arvon laskennan oikeudellinen sääntely." 2018. Web.

Oikarinen T., Voutilainen T. *Kunnallinen itsehallinto valtion puristuksessa*. Kunnallisanalan kehittämissäätiön Tutkimusjulkaisu-sarjan julkaisu nro 107. 2018

Oker-Blom, M. *Oikeustaloustieteen eli taloudellisten argumenttien merkityksestä Raimo Siltalan oikeuslähdeopissa*. 2009. Web.

Oksanen A. *Kuntien yleiset hankintaohjeet*. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2010

Osallistava ja osaava Suomi - Sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Neuvottelutulos hallitusohjelmasta 3.6.2019. Helsinki 2019

Pekkala E., Pohjonen M., Huikko K. & Ukkola M.: *Hankintojen kilpailuttaminen* 7. uud. laitos Tietosanoma Helsinki 2017

- Pesu, J. *Kokonaistaloudellinen Edullisuus ICT-Hankinnoissa*. Edilex-sarja 2015/21
Referee-artikkeli
- Pienhankinnat*. Julkisten hankintojen neuvontayksikkö. <https://www.hankinnat.fi/mika-julkinen-hankinta/pienhankinnat>. 15.4.2022
- Rintala, T. *Valinnanvapaus ja valinnat: Asiakkaiden, palveluntuottajien ja palvelunjärjestäjien valinnat valinnanmahdollisuuksia edistävissä järjestelmissä*. Väitöskirja. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Turun Yliopiston julkaisusarja 473. 2019
- Siltala, S. (toim.): *Henkilökuljetusopas*. Kuntaliiton julkaisu. Kuntatalon paino 2012
- Sosiaali- ja terveysministeriö. *Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen toimivuus*
Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2012
- Tekisinkö hankintaoikaisun vai valituksen vai molemmat?*
<https://julkisethankinnat.fi/hankintatieto/blogi/1051/> 15.4.2022
- Timonen, P. *Corporate Governance: Instituutiot Ja Lainsäädännön Merkitys*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Timonen, P. *Oikeustaloustiede – Mitä se on?* Lakimies 1/1998, s. 100–114. 1998
- Tolonen, H. *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki: WSOY lakitieto, 2003.
- Tuori, K. *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSLT 2000
- Tuori, K. *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsinki: WSOYpro, 2007.
- Työ- ja elinkeinoministeriö. *kokemuksia sosiaalisten kriteerien käytöstä julkisissa hankinnoissa* Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja Kilpailukyky 18/2015
- Työ- ja elinkeinoministeriö. *Opas sosiaalisesti vastuullisiin julkisiin hankintoihin* TEM oppaat ja muut julkaisut 3/2017
- Ukkola, M. *Buying green! But at what price? Tutkimus ympäristönäkökohtien huomioonottamisesta julkisissa hankinnoissa Euroopan yhteisössä*. Pro gradu. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2007
- Valtioneuvoston kanslia. *Ratkaisujen Suomi – Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma* 29.5.2015
- Valtiovarainministeriö. *Kuntien itsehallinnolliset tehtävät ja niiden laajuus*
Valtiovarainministeriön julkaisu – 40/2015
- Vihdin kunnan Hankintaohjeet 2018.
- Vitalijs, J. *Can Entry Mitigate the Effect of Inflated Reserve Prices in Public Procurement?* (2017) Web.

Virallislähteet:

Hallintolaki 6.6.2003/434

Hallintolainkäyttölaki (kumottu): Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa 5.7.2019/808

Hankintalaki: Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016

lainsäädännöksi

HE 268/2014: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 56/2003: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion talousarviosta annetun lain muuttamisesta

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

HE 108/2016 Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi

Kuntalaki 410/2015

Laki ajoneuvo- ja liikennepalveluhankintojen ympäristö- ja energiatehokkuusvaatimuksista 740/2021

SEUT: Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus 12012E 2012/C 326/01

Suomen perustuslaki 11.6.1999/731

Päätökset ja ratkaisut:

Korkein hallinto-oikeus, päätös 2014 T 2518

Korkein hallinto-oikeus, päätös 2017:152

Korkein hallinto-oikeus, päätös 2019:162

Markkinaoikeus, ratkaisu 120/20

Markkinaoikeus, ratkaisu 914/15

Kuviot:

Kuvio 1. Muutoksenhakukeinot kunnan julkisissa hankinnoissa, s. 40

LYHENTEET

ESPD/YEHA – Yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja (European Single Procurement Document)

EU – Euroopan unioni

GPP – Ympäristöä säästävät julkiset hankinnat (Green Public Procurement)

HE – Hallituksen esitys

KHO – Korkein hallinto-oikeus

LOU – Ruotsin vanha hankintalaki (Lagen om offentliga upphandlingar, 1992:1528)

MAO – Markkinaoikeus

SEUT – Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus

VATT – Valtion taloudellinen tutkimuskeskus

1 JOHDANTO

1.1 Yleiset lähtökohdat sekä tutkimuskysymys

Aihetta valitessani halusin keskittyä julkisia hankintoja koskevaan uuteen hankintalakiin. Hallituksen esityksessä hankintalain muuttamiseksi kiinnitettiin huomiota siihen, että julkiset hankinnat muodostavat monilla markkinoilla merkittävän ostovoiman. Siksi niiden avulla voidaan pyrkiä saavuttamaan erilaisia yhteiskunnallisia tavoitteita.¹ Ilmastonmuutos, kestävä kehitys ja kiertotalous leimaavat vahvasti nykyistä julkista keskustelua. On myös noussut esille paljon keskustelua yksityisille markkinoille siirrettyjen kunnallisten palveluiden laadusta ja valvonnan puutteesta. Myös poliittinen tahto uuden hallitusohjelman myötä on ollut kehittää julkisia hankintoja entistä enemmän kestävien hankintojen tekemisen suuntaan muun muassa sisällyttämällä mahdollisesti tulevaisuudessa hankintalakiin hiili- ja ympäristöjalanjälki osaksi hankintakriteereitä, kun kyseessä on ympäristövaikutuksiltaan merkittävä julkinen hankinta².

VATT:n ja Aalto-yliopiston kirjoittamassa tutkimuksessa todettiin, että julkisten hankintojen kilpailutus ei käytännössä toimi erityisen tehokkaasti, sillä kilpailutuksiin osallistuu hyvin vähän tarjoajia, jolloin todellista kilpailua ei synny. Kattohintaa käyttämällä ja esimerkiksi minimilaatuvaatimuksilla laatupisteityksen sijaan voitaisiin saada enemmän osallistujia kilpailutuksiin.³

Omassa tutkielmassani halusin selvittää *milloin ja millaisissa oikeudellisissa rajoissa käännteistä kilpailutusta (kattohintaa) voidaan käyttää kuntien julkisissa tavarahankinnoissa?* Kysymykseen vastatakseni, tulee selvittää sekä hankintalain sääntelyä, että myös se kuinka ylipäättään kuntien julkisia hankintoja hoidetaan ja kuinka vapaasti kunta voi tehdä hankintoihin liittyviä päätöksiä. Kuntien itsehallinto ja toisaalta siihen liittyen kuntien ja valtion välinen suhde sekä oikeudelliset reunaehdot sille miten kuntia voidaan ohjaila, kytkeytyvät kaikki siihen kokonaisuuteen, kuinka kuntien hankintoja voidaan suorittaa. Tämän vuoksi aiheeseen liittyvät myös kysymykset siitä, *kuinka oikeuslähteet rajaavat laatuun liittyviä vertailuperusteita ja miten itsehallinnollisessa asemassa olevat kunnat voivat laadukkaiden hankintojen avulla täyttää niiden toiminnalle asetettuja tuloksellisuuden*

¹ HE 108/2016, 18

² Osallistava ja osaava Suomi, 42, 107

³ Jääskeläinen & Tukiainen 2019

vaatimuksia? Ympäristöön ja sosiaalisiin näkökulmiin liittyviin valintakriteereihin kytkeytyy myös kysymys siitä, kuinka näiden välillä mahdollisesti esiintyvä kitka tulisi huomioida; voidaanko ekologisilla tavoitteilla syrjäyttää sosiaalisia oikeuksia?

Aihe on ajankohtainen ja mielenkiintoinen, sillä se yhdistää poliittisten tavoitteiden toteuttamista, valtion ja kuntien välisten suhteiden hallinto-oikeudellista rajanvetoa sekä käynnissä olevaa keskustelua siitä edistääkö esimerkiksi ympäristöön liittyvien kriteerien käyttö julkisissa hankinnoissa julkisten varojen tehokasta käyttöä. Uuden hankintalain tavoitteena oli edistää muun muassa sosiaalisten ja ympäristönäkökulmien huomioon ottamista osana julkisia hankintoja. Näiden suhteen on myös syytä arvioida sitä, että onko mahdollista, että ympäristönäkökulmia painottamalla tulisi samalla syrjäytettyä sosiaalisia oikeuksia.

Koska julkiset hankinnat ovat laajuudeltaan valtavat kaikkine sääntelyineen ja lisäksi valtion ja kuntien hankintoihin liittyy omia erityispiirteitään, erityisesti johtuen kuntien itsehallinnollisesta asemasta, valitsin tässä työssä, että keskityn erityisesti tarkastelemaan julkisia hankintoja kuntien näkökulmasta. Lisäksi, jotta pystyin tarpeeksi tarkasti perehtymään esimerkiksi laatukriteereihin, rajasin työtä niin, että keskityin tarkastelemaan tässä työssä laatua erityisesti tavarahankintojen näkökulmasta.

Työssäni käsittelen ensin sitä, millaista aiempaa tutkimusta aihepiiristä on kirjoitettu. Aiempi tutkimus on jaoteltu kolmeen osioon sosiaalisten hankintojen, ympäristönäkökulmien sekä hinnoitteluun liittyvien teemojen mukaisesti. Työn seuraavana osiona käsitellään kuntien itsehallinnolliseen asemaan liittyviä seikkoja sekä sitä, kuinka kuntien strategiat toimivat työkaluna ohjaamassa kuntien hankintoja. Kuntien hankinnat suoritetaan julkisilla varoilla, joten sitä käsitellään työn seuraavassa osiossa, jolloin tarkentuu vastaus kysymykseen, siitä kuinka kunnat voivat tehdä julkisia hankintoja. Hankintalaki määrittelee tarkemmin hankintaprosessin suorittamista ja sitä käsitellään työn seuraavassa käsittelyluvussa. Hankintalaissa on hyvin paljon sääntelyä erilaisista hankintatilanteista, tässä työssä käsiteltävät kohdat hankintalaista on valittu sillä perusteella, että niillä vastataan esitettyihin tutkimuskysymyksiin. Tämän työn tarkoituksena ei ole käsitellä läpikotaisin kaikkia hankintalain määräyksiä tai soveltamistilanteita. Julkisiin hankintoihin liittyvä laatu ja siihen perustuvat valintaperusteet ovat nostettu omaksi käsittelyluvuksi, sillä ne ovat

merkityksellisiä tämän työn aihepiirin kannalta. Lopuksi kokoan yhteen työn tulokset ja niiden perusteella tehdyt johtopäätökset sekä esitän oman näkemykseni siitä, kuinka käänteistä kilpailutusta voisi käyttää kuntien hankinnoissa ja kuinka se voisi edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä kuinka valintaperusteet tulisi määritellä, jotta ne olisivat säännöksien mukaiset.

1.2 Aiempi tutkimus aihepiiriin liittyen

Sosiaaliset lähtökohdat

Aiempaa tutkimusta sosiaalisten kriteerien näkökulmasta on tehty esimerkiksi liittyen siihen, millaisia valintakriteereitä on kuntien tosiasiallisissa hankinnoissa käytetty, miten kuntapäätäjät näkevät laatuun liittyvien vertailuperusteiden käyttämisen ja niihin liittyvät ongelmat kuin myös siitä, miten sekä hankkijoiden että palvelujen käyttäjien päätöksentekoon ja käyttäytymiseen voi vaikuttaa myös erilaiset vinoumat, niin että päätöksiä saatetaan tehdä välinpitämättömästi. Seuraavassa avaan lyhyesti näistä tutkimuksesta esiin nousseita asioita.

Kujanpää sosiaalisia kriteerejä käsittelevässä raportissa kuvataan sitä, kuinka Tampereen kaupungilla otettiin vuonna 2009 käyttöön hankintaohje, jossa on huomioitu myös sosiaaliset kriteerit. Tampereella käytettiin silloin sosiaalisia kriteereitä neljässä eri kilpailutuksessa, joista yksi liittyi ikäihmisten tehostetun palveluasumisen kilpailutukseen. Siinä annettiin toimittajille lisäpisteitä ensinnä siitä jos ne itse tai niiden alihankkijat käyttivät tukipalveluissa vajaakuntoisia, vaikeasti työllistettäviä tai pitkäaikaistyöttömiä työntekijöitä, toiseksi pisteitä saattoi saada siitä, että ateriapalveluissa käytetään eettisesti ja ympäristöystävällisesti tuotettuja tuotteita, kolmanneksi jos aterioiden valmistuksessa käytettiin luomuruokaa ja neljäs keino saada pisteitä muodostui siitä, jos toimittaja käytti toimipaikkansa siivouksessa ympäristömerkin omaavia tuotteita ja sellaisia siivousvälineitä ja -menetelmiä, jotka säästävät ympäristöä.⁴

Turun yliopiston ja Tulevaisuuden tutkimuskeskuksen julkaisemassa ”Hankinnat osana kuntien elinvoiman johtamista” -julkaisussa tutkittiin kuntien hankintoja johtamisen välineinä. Halusin nostaa sen esille, sillä tutkimuksen tuloksista ilmenee hyvin laatukriteerien

⁴ Kujanpää 2010, 8

asettamiseen liittyviä ongelmia kuntien päättäjien näkökulmasta. Tutkimuksessa nähtiin suurimpana esteenä sille, että hankintakriteereitä voitaisiin painottaa entistä strategisemmin, että kunnista ei löydy riittävästi kilpailutuksen osaamista. Jotta julkisiin hankintoihin saataisiin määriteltyä esimerkiksi laatuun liittyviä valintaperusteita, vaatii tämä paljon osaamista hankkijaorganisaatiolta. Kun valintakriteerit osataan laatia niin, että tarjoajien vertailu onnistuu tasapuolisesti, vähenee hankintapäätöksiin liittyvät valitukset.⁵

Tutkimuksessa toinen strategisten hankintakriteerien käytön este olikin juuri se, että hankintaorganisaation toimijat pelkäsivät joutuvansa markkinaoikeuteen. Päättäjien mielestä laatukriteerit ovat niin monimutkaisia, että ne eivät kestä lakimieskäsittelyä. Tutkimukseen vastanneet kokivat, että poliittinen ilmapiiri on muuttunut sellaiseksi, että julkisia hankintoja suunnitellaan enemmänkin niin, että niitä tehdessä vältetään oikeudenkäynteihin joutuminen valitusten jälkeen, kuin että pyrittäisiin toteuttamaan innovatiivisia hankintoja tai kehittäjäkumppanuuksia. Tutkimukseen vastaajat kokivat, että hankintalainsäädännön monimutkaisuus ja rajoittavuus estivät heitä painottamasta julkisissa hankinnoissa laatuun liittyviä tekijöitä. Kilpailutuksissa vaadittiin tietty palvelunkuvauksessa esitetty laadullinen pohjataso, mutta tämän jälkeen tarjouksia vertailtiin vain hinnan perusteella. Tällaisen kilpailutusprosessin koettiin vähentävän valitusten riskiä.⁶

Edellä kuvattujen syiden lisäksi myös kuntien kiristynyt taloustilanne vähensi kuntien halukkuutta laatukriteerien ja kehittämiskumppanuuksien käytölle. Vastaajien mukaan tiukka taloustilanne ohjaa valintoja enemmän kustannusten vähentämisen suuntaan ja valituksi tulee kustannuksiltaan edullisin tarjous. Kuntien taloustilanne vaikutti vastaajien mukaan myös siihen, että kunnissa ei ollut varaa lisäresursseihin kuntien hankintoihin ja niiden kehittämiseen liittyen, jolloin kuntien valintakriteereitä ei kyetty päivittämään strategisempaan suuntaan.⁷

Rintalan väitöstutkimuksessa kävi ilmi, että päätöksentekoon vaikuttavat myös erilaiset vinoumat ja nyrkkisäännöt. Hänen tutkimuksessaan selvitettiin palvelusetelilakiin sisältynyttä valinnanvapautta. Tätä säätelevä laki oli kirjoitettu tavoitteena valinnanvapauden

⁵ Kuhmonen, Ahokas & Ruotsalainen 2013, 17–20

⁶ Kuhmonen, Ahokas & Ruotsalainen 2013, 17–20

⁷ ibid

edistäminen, mutta sen sijaan, että asiakkaat, palveluntuottajat tai kunnat olisivat tehneet päätöksensä rationaalisesti, he saattoivat kuitenkin jättää valinnanvapauden käyttämättä tai poimia suuresta tietotarjonnasta palveluntuottajan vain yhden merkityksellisen tekijän perusteella jättämällä huomioimatta muita seikkoja, joilla olisi voinut vertailla palveluntuottajia tai tekemällä valinta pelkästään suositusten tai palveluntuottajan maineen perusteella. Lisäksi jos ihmiset kokevat vertailemisen vaivan ja vaikeuden liian suureksi eli tiedon hankintakustannukset suuremmiksi kuin vertailusta saatavan hyödyn ihmiset saattavat muuttua rationaalisesti välinpitämättömiksi ja tietoisesti jättää huomioimatta palveluntuottajien toiminnan laadun. Lisäksi väitöstutkimuksessa havaittiin, että palveluihin tyytymättömät vaihtoivat palveluntuottajaa harvoin, vaikka he eivät olleet tyytyväisiä palveluun. Heillä oli kuitenkin olemassa tietoa nykyisen palvelun laadusta, uudesta palveluntuottajasta ja sen palvelun laadusta ei ollut tietoa ja vaihtaminen saattaisi muuttaa tilanteen huonommaksi.⁸

Näiden tutkimuksista välittyy kuva, jossa sosiaalisia näkökulmia on käytetty osana kuntien hankintoja, mutta laatuvertailuperusteiden asettaminen saattaa vaikuttaa päättäjistä vaikealta ja päätöksentekoon voi myös vaikuttaa tekijät niin, että päätöksenteko ei välttämättä ole niin rationaalista, kuin sen voisi olettaa olevan. Tämä korostaa aihepiirin oikeudellisen tarkastelun tärkeyttä, jotta saadaan täsmennettyä sitä, mitä vertailuperusteisiin liitetyillä normeilla tosiasiallisesti tarkoitetaan eli saadaan selville millaisen liikkumatilan oikeusjärjestys tosiasiallisesti antaa hankintayksiköille.

Ympäristöön liittyviä näkökulmia

Tutkielmani kannalta on myös aiheellista perehtyä siihen, miten myös ympäristöön liittyviä tekijöitä on tutkittu julkisten hankintojen osalta. Ympäristönäkökulmissa yhdistyvät poliittiset tavoitteet sekä eri oikeuslähteistä johdettavat periaatteet ja sääntely, joten nostin esille myös tutkimuksen, jossa esitetään näkökulmia siihen millaisilla keinoilla ylipäätään, voitaisiin lisätä julkisen sektorin hankkijoiden halukkuutta ottaa kestäväan kehitykseen liittyviä linjauksia enemmän huomioon toiminnassaan. Ympäristönäkökulmista on myös käyty oikeudellista keskustelua liittyen muun muassa siihen, kuinka mahdollisesti epäsuoriin, vaikeasti mitattaviin hyötyihin tulisi oikeudellisesti suhtautua ja hankintoja tulisi kenties

⁸ Rintala 2019, 205–211, 399–342, 351–352

tarkastella koko kansantalouden mittakaavassa, kun halutaan varmistaa tosiasiallinen julkisten varojen tehokas käyttö.

Brammer & Walker ovat kirjoittaneet kansainvälisen vertailututkimuksen kestävästä julkisista hankinnoista. He totesivat tutkimuksessaan, että aiemmin ei ole tutkittu systemaattisesti sitä, kuinka kestäviä hankintoja tehdään eri maissa globaalilla tasolla ja heidän tutkimuksensa pyrki selvittämään tätä asiaa. Heidän tutkimuksensa tuottama analyysi pyrki kuvailemaan kestäväan kehitykseen liittyviä poliittisia sitoumuksia sekä selvittämään millaisilla keinoilla kestäväan kehityksen toteutumista voitaisiin edistää ja toisaalta mitkä tekijät jarruttavat kestävyuden edistämistä. Tutkimuksen tuloksena selvisi, että vaikka julkisen sektorin toimijat sisällyttävät kestävyyskriteereitä hankintaprosesseihinsa, silti jotkut osa-alueet kestäväan kehitykseen liittyen ovat jääneet vähälle huomiolle. Lisäksi kestävyyskriteerien käytössä on suuria alueellisia eroja. Yksi merkittävä keino lisätä kestäviä julkisia hankintoja on lisätä julkisen sektorien johtajien halukkuutta toteuttaa kestäviä hankintoja. Kun johtajat tuovat kestävyteen liittyvät teemat mukaan organisaatioiden suunnitteluun, strategioihin ja asetettuihin tavoitteisiin, silloin myös hankintatoimen on helppo toteuttaa kestäviä julkisia hankintoja. Suurin este kestäville julkisille hankinnoille on hankintojen hintaan ja taloudelliseen puoleen liittyvät mahdolliset lisääntyvät kustannukset. Julkisen sektorin hankintoja tekevät eivät ole valmiita maksamaan enempää ympäristöystävällisistä valinnoista.⁹

Kestävästä julkisista hankinnoista on kirjoitettu myös pro gradu -tutkielmia. Ukkolan tutkielmassa käsiteltiin julkisia hankintoja ympäristönäkökulmasta. Kyseessä on oikeustieteellinen tutkielma, jossa pyrittiin selvittämään, miksi juuri julkiset hankinnat on valittu ympäristöpolitiikan toteuttamisen instrumentiksi. Työssä tarkasteltiin sitä, onko ympäristönsuojelu ja kestävä kehitys sellaisia asioita, joita voidaan oikeudellisesti velvoittaa ottamaan huomioon julkisissa hankinnoissa. Työssä tutkittiin myös, miten huutokauppateorian metodilla ympäristönäkökulmien huomioonottamista voitaisiin perustella. Työssä käsiteltiin erityisesti regulaatioteoriaa, jonka avulla analysoitiin lainsäädäntöä ja lain valmistelua. Suurimmaksi ongelmaksi ympäristöystävällisten hankintojen tarkastelussa ilmeni se, että niiden ominaisuuksia on hankala mitata ja monet ympäristöystävällisillä hankinnoilla tavoitellut vaikutukset ovat epäsuoria tai dynaamisia.

⁹ Brammer & Walker 2011, 452–476.

Ukkola pohtii, että tämän vuoksi myös esimerkiksi EU:n komission argumentaatioissa edellytetään sidoksia taloudellisesti mitattavissa oleviin tekijöihin. Ukkola katsoo, että yksi suurimmista haasteista ympäristöystävällisten hankintojen toteuttamisessa on niiden synnyttämä negatiivinen kuva sekä se, kuinka niiden hyötyjä tulisi markkinoida niin julkisen sektorin edustajille, kuin myös yksityisen sektorin tekijöille. Ukkola viittaa työssään myös Peter Kunzlinkin ulkoisvaikutusten teoriaan, jonka mukaan ympäristönäkökohtien ulkopuolisille synnyttämiä haittoja ja hyötyjä ei oteta huomioon niitä koskevassa päätöksenteossa. Ukkolan mukaan julkisten hankintojen hinta ei ole yksistään taloudellinen, oikeudellinen tai poliittinen vaan se muodostuu näiden yhdistelmästä ja siksi ympäristöystävällisiä hankintoja on hyvä tarkastella eri näkökulmista punniten eri näkökulmien vaikutusta asiaan.¹⁰

Toisessa aiheesta tehdyssä oikeustieteellisessä pro gradussa Luukan tutkimuskysymyksenä oli eritellä kuinka lainsäädäntö mahdollistaa ympäristönäkökohtien huomioimisen ja kuinka se velvoittaa ottamaan niitä huomioon. Tutkielmassa käsiteltiin myös hankintalain kokonaisuudistusta. Työssä kirjoitettiin oikeuskäytännön muutoksesta, jossa julkisille hankinnoille ei ole välttämätöntä asettaa puhtaasti taloudellisen hyödyn vaatimusta vaan kriteereinä voi olla myös esimerkiksi kunnan asukkaiden hyöty puhtaammasta ilmasta. Tätä osoittaa myös elinkaarikustannusten huomioiminen julkisissa hankinnoissa. Tällöin painoarvoa voidaan antaa enemmän koko tuotteen elinkaaren aikaisille kustannuksille, jolloin kalliimpi hankintahinta voi kokonaisuudessaan tullakin edullisemmaksi, jos tuote kestää käytössä pidempään.¹¹ Ukkolan ja Luukan pro gradujen välillä on 8 vuotta, joten kenties tämä saattaa selittää hienoista muutosta siinä, missä määrin taloudellisesti mitattavia asioita pitäisi ottaa huomioon julkisten hankintojen kilpailutuksessa.

Alholan & Kaljosen raportissa nostetaan esille samaa tematiikkaa kuin edellä Brammer & Walker totesivat. Alhola & Kaljonen kirjoittavat siitä, että kestävien hankintojen edistämiseksi tulisi niiden strateginen tärkeys tunnistaa tärkeänä osana ilmasto- ja ympäristötavoitteiden edistämistä. Jotta tässä voitaisiin onnistua, tulisi olla johdon tuki sekä riittävät resurssit viestinnän ja hankintaosaamisen suhteen. Valmisteluvaiheessa olisi tärkeää

¹⁰ Ukkola 2007

¹¹ Luukka 2015

tunnistaa yhteiset ja oman vastuualueen tavoitteet ympäristönäkökulmien suhteen ja sen avulla edistää niitä tukevia hankintaratkaisuja.¹²

Ympäristönäkökulmien huomioimisen nykytilasta on kirjoitettu myös Halosen artikkelissa, jossa hän esittää, että ympäristönäkökulmat voitaisiin huomioida ympäristökriteereihin perustuvien hankintojen sijasta tehokkaammin, jos ne huomioitaisiin laajemmin valtion ja EU:n strategisilla tasoilla, esimerkiksi säätämällä GPP-kriteerit pakollisiksi sellaisilla aloilla, jossa julkinen sektori on merkittävin ostaja. Hän kirjoittaa, että jos toimialan asiakkaista suurin osa on yksityisiä kuluttajia, pakolliset GPP kriteerit voisivat johtaa jopa negatiiviseen lopputulokseen ympäristövaikutusten kannalta. Tämä ajatus pohjautuu substitution polycyn-teoriaan, joka tarkoittaa sitä, että jos julkisia ostoja keskitetään ympäristön kannalta parempiin vaihtoehtoihin, samalla tavallisten kuluttajamarkkinoilla olevien tuotteiden hinnat laskevat ja se johtaa näiden suurempaan kysyntään kuluttajamarkkinoilla. Tämä tavallisten tuotteiden suurempi kysyntä voi vähentää tai nollata julkisen sektorin ympäristönäkökulmat huomioitujen ostojen saavuttamat hyödyt. Tämän vuoksi tulisi huomioida julkisten varojen käytön tehokkaan käytön kannalta koko kansantaloudellinen kokonaisuus.¹³

Tehokkaimmaksi tavaksi edistää vihreitä hankintoja on nähty yleisen ilmastopolitiikan kiristämistä esimerkiksi hiiliveron avulla sekä säätämällä toimialakohtaisia toimintaedellytyksiä ja päästörajoja. Tämän avulla kaikki markkinatoimijat joutuisivat noudattamaan samoja säännöksiä ja kuluttajamarkkinat eivät voisi tuoda negatiivisia vaikutuksia markkinakäyttäytymisellään. Myös valtiontukien avulla voitaisiin tukea ympäristötavoitteiden toteutumista.¹⁴

Ympäristönäkökulmien tutkimisen voidaan katsoa olevan hyvin ajankohtainen teema. Oikeustieteellisestä näkökulmasta siihen liittyen nousee erityisesti esille se, millaisilla perusteilla hankintayksiköitä voidaan velvoittaa ottamaan ympäristönäkökulmat huomioon. Suuremmassa mittakaavassa nousee myös kysymys siitä, kuinka tärkeää on hyötyjen taloudellisen arvon mittaaminen, kuinka palvelujen laatua tai välillisiä hyötyjä esimerkiksi

¹² Alhola & Kaljonen 2017

¹³ ibid

¹⁴ Halonen 2021

puhtaammasta ilmasta voitaisiin edes mitata ja miten tämä kaikki asettuu suhteessa kansantaloudellisen kokonaisuuteen.

Hinnoitteluun liittyvää tematiikkaa

Tässä tutkielmassani selvitetään kattohinnoitteluun liittyviä oikeudellisia rajoja, joten aiheeseen liittyy myös hinnoitteluun liittyvä näkökulma. Vaikka hinnoitteluun ei syvennytä tässä kirjoituksessa, sillä tarkkuudella, jolla annettaisiin tarkkoja ohjeita oikean hintatason määrittelyyn, on hyvä kuitenkin ymmärtää perusteita myös sille, kuinka hinnan asettaminen saattaa vaikuttaa siihen millaisia tarjouksia kilpailutuksessa saadaan.

Jo aiemmin viittaamassani Jääskeläisen & Tukiainen kirjoittamassa tutkimuksessa nostetaan esille ajatuksia siitä, että vaikka normaalin huutokauppateorian¹⁵ mukaan kilpailun lisääntyminen johtaa alhaisempiin hintoihin tai korkeampaan laatuun, niin kilpailun lisääntyminen voi kuitenkin myös johtaa päinvastaiseen lopputulokseen, sillä tarjouskilpailun voittajaksi nousee tarjoaja, joka arvio tuotantokustannuksensa alhaisimmiksi. Joskus kuitenkin arvioitu hinta osoittautuu liian alhaiseksi, että seuraavat tarjoajat ottavat tämän huomioon omissa tarjouksissaan, jolloin he tarjoavat vähemmän aggressiivisesti kilpailun kovetessa ja lopulta kilpailulla ei välttämättä ole toivottuja vaikutuksia.^{16 17}

Vuonna 2006 julkisten hankintojen kilpailutuksen järjestämistavoista laadittiin tutkimus, jossa analysoitiin maailmanlaajuisesti käytettyjen hankintaprosessien eroja ja yhtäläisyyksiä kyselylomakkeella kerätyn aineiston avulla. Tutkimuksen mukaan kattohinnalla tarkoitetaan maksimihintaa, jonka hankintayksikkö on valmis maksamaan kilpailuttamastaan tavarasta tai palvelusta. Sillä mille tasolle hinta asetetaan voi olla erilaisia vaikutuksia sekä kilpailuun osallistumiselle, että lopulliselle tulokselle. Osa kyselyyn vastanneista julkisyhteisöistä ei käyttänyt kattohintaa kilpailutuksissaan esimerkiksi katsoessaan sen vain arvioiksi, jolloin he eivät halunneet sen vaikuttavan kilpailun lopputulokseen ja osa vastaajista pelkäsi kattohinnan aiheuttavan salattuja sopimuksia tarjoajien kesken. Toisaalta osa vastaajista käytti kattohintoja välttääkseen kartelleja ja osa koki ennalta ilmoitetun riittävän korkean

¹⁵ Ks. tarkemmin Bulow & Klemperer 1996, Klemperer 2003

¹⁶ Ks. lisää *Common values effec* Bulow ym. 1999, Hong & Shum 2002

¹⁷ Jääskeläinen & Tukiainen 2019

hinnan keinoksi houkutella lisää tarjoajia ja tätä kautta lisäämään heidän välistänsä kilpailua.¹⁸ Tässä tutkimuksessa tarkoitettu kattohinta ei liene aivan sama kuin Jääskeläisen & Tukiaisen esittämä kattohinta, mutta tutkimuksen tulokset kuitenkin osoittavat samaan suuntaan sen suhteen, että ennalta ilmoitettu hinta lisäisi tarjoajien määrää.

Vitalijsksen tutkimuksessa selvitettiin Venäjän lääkehankinnoissa totutun kattohinnan vaikutuksia, siihen onko mahdollista, että julkista valtaa käyttävät henkilöt käyttävät väärin asemaansa määritellään kattohintaa ja toisaalta sitä voiko riittävä tarjoajien määrä kumota mahdollisesti liian korkealle asetetun hinnan vaikutukset. Tuloksista ilmeni, että asetettu hinta oli n. 8 % korkeampi kuin vapailla markkinoilla määräytynyt hinta, mutta samalla jos tarjouskilpailuun osallistui useampi kuin yksi tarjoaja, hinta laski n. 15 %. Joten varmistamalla, että tarjouspyyntöön osallistuu vähintään kaksi tarjoajaa, saadaan lopputulos hankintayksikön kannalta edullisemmaksi.¹⁹

Yhteenvedona voisi siis todeta, että aiheesta löytyy taloustieteellisiä ja yhteiskunnallistieteellisiä tutkimuksia sekä muutamia oikeudellisia tutkimuksia, mutta aihepiirin syvällisemmälle oikeudelliselle tarkastelulle löytyy tilaa. Tämä työ tarjoaa tuoreen ajantasaisen näkemyksen siitä, kuinka kattohinnoittelu julkisissa hankinnoissa voitaisiin toteuttaa ja kuinka hankinnoissa voitaisiin huomioida myös sosiaalisiin ja ympäristön liittyviin laatukriteereihin liittyvät seikkoja.

1.3 Tutkielman metodologiset ja teoreettiset lähtökohdat

1.3.1 Lainoppi tulkinnan perustana

Tutkielmani on sekä lainopillinen että oikeustaloustieteellinen. Käsittelem ensin sitä, kuinka lainoppi määritellään ja mikä sen tarkoitus ja asema on osana oikeustieteellistä tutkimusta. Aarnio luokittelee lainopin eli oikeusdogmatiikan ensimmäiseksi tehtäväksi oikeussääntöjen sisällön selvittämisen, jolloin voimassa olevaa lainsäädäntöä tulkitaan käytännöllisen ulottuvuuden avulla sekä toiseksi tehtäväksi oikeussäännösten systematisoinnin, jonka avulla hahmottuu lainopin teoreettinen ulottuvuus. Nämä eri ulottuvuudet ovat vuorovaikutuksessa keskenään, vaikka niitä tutkitaan eri metodien avulla.²⁰ Pyrin työssäni selvittämään millaista

¹⁸ Carpineti, Piga & Zanza. 2006

¹⁹ Vitalijs. 2017

²⁰ Aarnio 2006, 238

sääntelyä on olemassa kattohinnoittelun ja laadukkaiden hankintojen aihepiiristä sekä tulkitsemaan millaisia merkitysvaihtoehtoja sääntely mahdollistaa.

Aarnio määrittelee oikeussäännösten tulkinnan merkitysvaihtoehtojen valinnaksi, jolloin oikeudellisesti mahdollisista vaihtoehdoista tulkintalauseen avulla valitaan ja perustellaan paras vaihtoehto. Tulkintalauseen muodostamisen ja perustelemisen avulla toteutetaan oikeudellista harkintaa. Tutkija ei työssään tarkastele mitään yksittäistä tapausta, mutta pystyy tulkinnan avulla selvittämään säännösten kattamia tyyppitilanteita. Oikeuslähteillä argumentoimalla pyritään antamaan sisältö voimassa olevalle oikeudelle. Tulkinta muodostetaan oikeuslähteiden ja oikeudellisten harkintasääntöjen ja tulkintastandardin avulla.²¹

Koska kattohinnoittelusta on löydettävissä vähän oikeudellista tutkimusta, pyrin erityisesti käytännöllisen lainopin avulla selvittämään siihen liittyvää sääntelyä. Aarnion mukaan oikeuslähdeoppi on teoria oikeuslähteistä. Erilaisten oikeuslähteiden avulla tehdään tai oikeutetaan juridinen ratkaisu. Aarnio mukaan oikeuslähteet voidaan jakaa vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin, heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, sallittuihin ja kiellettyihin oikeuslähteisiin.²² Omassa työssäni vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat muun muassa EU-oikeuden kattohinnoittelua ja laatukriteereitä koskeva sääntely, kuten hankintadirektiivi. Myös EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuissa on muodostettu ennakkoratkaisuja, joiden sisältö muodostuu osaksi vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä. Ennakkoratkaisuja hankintalain osalta löytyy erityisesti laadullisiin vertailuperusteisiin liittyen. Myös kansalliset perusoikeudet, lait ja niiden nojalla annetut alemman asteiset normit ja systeemiperusteet luetaan vahvasti velvoittaviksi oikeuslähteiksi.²³

Systeemiargumenteista on tärkeää huomioida se, että lakia ei nähdä pelkästään yksittäisinä säädöksinä, vaan ne muodostavat isomman kokonaiskuvan siitä oikeusjärjestelmästä, joiden osia yksittäiset säädökset ovat riippumatta siitä minkä tyyppisistä normeista on kyse. Näin

²¹ Aarnio 2006, 247–248

²² Aarnio 2006, 287–293

²³ Huom. Vaikka Aarnion oikeuslähdeoppi on edelleen hyvä keino jaotella sitä, kuinka oikeusjärjestyksen voidaan nähdä rakentuvan pääpiirteittäin, modernin oikeuden kehitys luo uusia tarpeita kenties päivittää sitä, kuinka oikeudenalajaottelu ja oikeuslähteiden asema nähdään. Voidaan myös nähdä, että oikeuslähteet ovat muuttuneet polysentraalisiksi eli niitä voidaan nähdä olevan erilaisia riippuen mistä oikeudenalasta on kyse. Ks. lisää esim. Karhu 2003 789–807

eri elementeistä muodostuva systeemi muodostaa ne rakenteet, joiden pohjalta voidaan valita käytettävissä olevat ratkaisuvaihtoehdot. Oikeuslähdeopissa on tärkeää jäsentää systeemi, jonka avulla pystytään mahdollistamaan oikeudellisten ongelmien tunnistaminen, käytettävissä olevat ratkaisu- tai tulkintavaihtoehtojen selvittäminen sekä oikeudellisten ilmiöiden erojen ja yhtäläisyyksien kartoittaminen. Systeemirajojen sisäpuolella pysyminen on tärkeää, jotta oikeudellinen ratkaisu on juridinen. Ratkaisu voi olla yhteiskunnallisesti hyvä ja oikea, vaikka systeemin rajat ylitettäisiin, mutta tällöin ongelmaksi muodostuu se, että sitä ei voida katsoa enää juridiseksi.²⁴

Heikosti velvoittaviksi oikeuslähteiksi Aarnio listaa lainsäätäjän tarkoituksen ja ennakkoratkaisut.²⁵ Näistä erityisesti lainsäätäjän tarkoituksen selvittäminen sopii työhöni, sillä ennakkoratkaisuja ei erityisesti kattohinnoittelun aihepiiristä löydy kovin montaa. Lainsäätäjän tarkoitusta selvittäisin esimerkiksi lainvalmisteluaineiston avulla. Aarnio kuvaa lainsäätäjän tarkoitusta sellaiseksi subjektiiviseksi historialliseksi tavoitteeksi, jota annetun säädöksen on haluttu toteuttavan tai edistävän.²⁶ Tavoitteellinen tulkinta voidaan nähdä tulkintamenetelmänä, jonka avulla tulkitaan lakitekstejä niiden tavoitteiden näkökulmasta. Erityisesti joustavat ja avoimet säännökset edellyttävät tavoitteellista tulkintaa, jonka avulla voidaan kirjoittaa auki se normi, jota lakitekstillä on ollut tarkoitus esittää.²⁷ Uuden hankintalain tavoitteena oli muun muassa tehostaa julkisten varojen käyttöä, yksinkertaistaa hankintamenettelyä ja parantaa mahdollisuuksia huomioida ympäristönäkökohtia julkisissa hankinnoissa.²⁸ Tutkimalla hankintalain tavoitteita pyrin muodostamaan kuvaa siitä, kuinka säädöksiä on tarkoitettu tulkittavaksi.

Tolonen kirjoittaa lain esitöistä, jotka ovat pohjoismaisessa käytännössä merkittävä oikeuslähde. Esimerkiksi Ruotsissa ja Norjassa esityöt ovat merkittävässä asemassa, heidän nähdessään tuomareille asetetun lojaalisuusveloitteen lainsäätäjää kohtaan. Suomessa asiaa ei nähdä näin jyrkästi, esitöiden asema tunnustetaan merkitseväksi, mutta tulkintatilanne ratkaisee sen, kuinka merkittävän aseman esityöt kulloisessakin tilanteessa saavat.²⁹ Esitöitä

²⁴ Aarnio 2006, 298–305

²⁵ Aarnio 2006, 287–293.

²⁶ Aarnio 2006, 299

²⁷ Dahlberg & Paso 2020

²⁸ HE 108/2016, 32

²⁹ ks. lisää esitöiden merkityksestä myös., Määttä 2012: mikä merkitys lakien tavoitesäännöksillä ja lainsäätäjän tarkoituksella on lainsoveltamisessa

tutkiessa tulee myös huomioida, että ei ole olemassa yksittäistä lainsäätäjän tahtoa, vaan lakiteksti saattaa olla kompromissi usean kansanedustajan erilaisista näkemyksistä. Mitä tuoreempia esityöt ovat, sen relevantimpia ne ovat. Kun aihepiiristä muodostuu korkeimpien oikeusasteiden ratkaisuja, esitöiden merkitys pienenee ja oikeuskäytäntö muodostaa oikeutta esitöiden sijaan.³⁰ Koska omasta aihepiiristäni ei ole vielä muodostettu laajasti korkeampien oikeusasteiden ratkaisuja, myös lain esitöiden merkitys työssäni korostuu.³¹

Tolonen kirjoittaa periaatteiden ja oikeusjärjestelmän yhteydestä. Hänen mukaansa oikeuslähteet ovat oikeudenalakohtaisia, jolloin tietyt periaatteet ovat tunnusomaisia tietyille oikeudenaloille. On myös olemassa periaatteita, joita sovelletaan oikeudenalasta riippumatta, kuten esimerkiksi yhdenvertaisuuden periaate.³² Yhdenvertaisuuden periaate on myös noussut esille julkisiin hankintoihin liittyen, sillä kaikilla tarjoajilla tulisi olla yhdenvertaiset edellytykset osallistua tarjouskilpailuun. Tämän vuoksi julkisissa hankinnoissa syrjinnän kieltä ja yhdenvertaisuuden periaate ovat tärkeää ottaa huomioon. Myös EU:n perustamissopimuksessa määritellyt avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteet liittyvät julkisiin hankintoihin ja niitä ei tulisi sivuuttaa.

Aarnion luokittelussa periaatteet lukeutuvat sallittujen oikeuslähteiden joukkoon. Aarnio kirjoittaa joskus väitetyn systeemin painopisteen siirtymisen käsitteistä periaatteisiin, mutta hän kokee tämän olevan vain osittain totta. Vaikka erilaiset periaatteet ovat tulleet osaksi oikeusjärjestystä, ne eivät ole rapauttaneet oikeusjärjestelmän systeemin käsitettä. Jotta oikeusperiaate voitaisiin nähdä oikeuslähteenä juridisessa argumentoinnissa sen tulisi olla manifestoitu lainsäädännössä tai olla saanut yhteisöllisen hyväksynnän.³³ Oma työtäni koskevat yhdenvertaisuuden, avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteet voidaan kaikki katsoa lukeutuvan periaatteisiin, jotka voidaan nähdä oikeuslähteinä, joten niillä on merkitystä juridisessa argumentoinnissa. Myös oikeudellisen yhteisön suhteutuminen periaatteisiin on kehittynyt, kun muun muassa Eurooppaoikeudellinen sääntely on tullut vahvemmin osaksi oikeusjärjestystä. Esimerkiksi Tuori on nostanut keskusteluun sen,

³⁰ Tolonen 2003, 115–116

³¹ Kansallisen sääntelyn tavoitteita ei voida tulkita pelkästään esitöiden valossa, vaan myös ylikansallisten toimielinten ratkaisut vaikuttavat siihen, kuinka säädöksiä pitäisi tulkita. Ks. esim. Dahlberg & Paso 2020. Kuitenkin esimerkiksi hankintalain esitöissä on jo huomioituna useita eurooppaoikeudellisia ennakkoratkaisuja, joten niiden vaikutuksia on osaltaan huomioitu jo osana lainsäädäntöprosessia

³² Tolonen 2003, 39–40

³³ Aarnio 2006, 293, 303–306

kuinka periaatteiden merkitys on noussut ja ne voidaan nähdä jopa vahvasti velvoittaviksi oikeuslähteiksi.

Tuori kuvaa periaatteiden asemaa modernin oikeuden systematisoimisessa korostuneeksi. Hän näkee, että oikeuskäsitteiden merkitys on vähentynyt, kun oikeudelliset teorit oikeuden systematisoinnin avulla jalostavat oikeussäännösten keskeisintä sisältöä periaatteiksi. Tuori kommentoi myös sitä, kuinka keskenään ristiriitaisia periaatteita tulisi käyttää oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Jos ratkaisuun voidaan soveltaa kahta ristiriidassa olevaa periaatetta, niitä tulee molempia soveltaa. Tällöin häviävää periaatetta sovelletaan voittavan periaatteen sallimissa rajoissa. Yksi lainopin tehtävistä onkin luoda ehdotuksia siitä, kuinka oikeusperiaatteiden keskinäiset suhteet muodostuvat ja mitkä periaatteet katsotaan ensisijaisiksi toisiin periaatteisiin nähden.³⁴

Oikeudessa voi tulla eteen myös tilanteita, joissa tulisi ottaa huomioon myös oikeudellinen kokemus. Juha Karhu on kirjoittanut, että oikeuslähdeoppia voitaisiin muuttaa vastaamaan nykyajan muutostarpeisiin ottamalla huomioon myös oikeudellinen kokemus, joka muodostaisi uuden oikeuslähteen. Karhun luokittelussa oikeudelliset kokemukset sijoittuisivat heikosti velvoittavaksi synkronointilähteiksi, jotka toimivat pohjana varsinaisilla näkökohdilla tehtävään oikeudelliseen argumentointiin. Oikeudellinen kokemus on kaiken lainsäätämiseen liittyvän toiminnan taustalla jo alun perin sinne latautuneina rakennormeina. Tämä argumentaatio saa tilansa sen mukaisesti, kuinka oikeuslähdeoppi antaa sille tilaa. Huomioimalla myös oikeudellinen kokemus osana yhteiskunnan oikeutta otetaan huomioon myös taloudelliset ja yhteiskunnalliset muutokset, joka on aiheuttanut muutospainaita sille, kuinka valtion oikeus, markkinoiden oikeus ja yhteiskunnan oikeus kytkeytyvät toisiinsa.³⁵

Kaikkia hankintalain säännöksiä ei tunnisteta osaksi finanssihallinnollista sääntelyä. Tämä voi aiheuttaa tilanteita, joissa hankintalain tulkinnan avuksi tulee soveltaa myös muita lakeja. Tämän lisäksi tulee myös huomioida se, että ratkaisua ei voi aina johtaa suoraan hankintalain

³⁴ Tuori 2007, 150. Ks. myös Määttä 2013 siitä kuinka tulisi välttää normien välisten ristiriitojen kärjistämistä tulkitsemalla keskenään ristiriitaisia säännöksiä yhteensovittamismallilla niin, että kaikkia soveltuvia säännöksiä otettaisiin huomioon enemmän tai vähemmän

³⁵ Karhu 2019, 1068–1075

sanamuodoista, vaan ratkaisun tueksi tulee selvittää aiemman oikeuskäytännön, esitöiden ja EU-oikeuden tulkinta aiheesta.³⁶

Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT-sopimus), määrittelee julkisten hankintojen tekoa 3 artiklan 3 kohdassa, jossa käsitellään sisämarkkinoiden toteuttamiseen liittyviä tavoitteita. Näitä tavoitteita ovat muun muassa kestävä kehitys, taloudellisen kasvun, kilpailukykyisen sosiaalisen markkinatalouden, korkeatasoisen ympäristönsuojelun ja ympäristön laadun kehittäminen.³⁷

Jos laista ei suoraan ilmene, kuinka asia tulisi ratkaista, on kyse lain tulkinnasta. Tulkintaa vaativia tapauksia voi olla eri asteisia. Joskus tulkinnan avuksi löytyy apua lain esitöistä tai oikeuskäytännöstä, mutta joskus voi olla kyseessä tulkintatilanne, johon näistä ei löydy apua. Silloin tulkintaa voidaan tehdä seuraamusargumenttien avulla, jolloin erilaisista vaihtoehdoista valitaan se vaihtoehto, joka toteuttaa parhaiten lain tavoitteita. Tällöin on tärkeää tunnistaa, mitkä oikeuslähteet voivat olla ratkaisun tukena ja mikä niiden etusijajärjestys on.³⁸

Koska julkiset hankinnat pohjautuvat EU-oikeudelliseen sääntelyyn, puhdas pohjoismainen oikeuslähteoppi ei sovellu suoraan siihen, vaan hankintadirektiivi ja Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut luovat linjaa sille, kuinka hankintalakia tulisi Suomessa soveltaa ja tulkita. Hankintalainsäädännön tulkinta pohjautuu oikeuskäytäntöön, mutta yksittäiselle päätökselle ei tulisi antaa liian suurta painoarvoa, vaan tulisi ottaa huomioon, että tehty päätös saattaa jättää osaltaan asiaan liittyviä seikkoja auki, eikä välttämättä tarjoa lopullista kannanottoa johonkin tiettyyn asiaan. Oikeudellisia ratkaisuja tulisi käyttää apuna johtamaan ennakkopäätössääntöjä.³⁹

Julkisissa hankinnoissa nousee esille tarve hallinnollisten ja käytännöllisten näkökulmien painottamiseen tulkintaongelmia ratkaistaessa, sillä julkisia hankintoja tehdään suuria määriä eri yksiköissä ja usein hankintoja pyritään toteuttamaan myös nopealla aikataululla.⁴⁰

³⁶ Määttä & Voutilainen 2017, 14–15

³⁷ Määttä & Voutilainen 2017, 43

³⁸ Määttä & Voutilainen 2017, 60–64

³⁹ Määttä & Voutilainen 2017, 67

⁴⁰ Määttä & Voutilainen 2017, 108

Oikeudellisen ympäristön kehitys edellyttää lain tulkitsijalta taitoa löytää käsiteltävistä asioista lain henki. Tämä edellyttää oikeudellisen ajattelun kehittämistä ja sen ymmärtämistä kuinka nykyiseen oikeuslähdeoppiin tulee soveltaa myös oikeuskulttuuriin, -periaatteisiin ja -politiikkaan liittyviä kytköksiä.⁴¹

1.3.2 Oikeustaloustiede lainopillisen tutkimuksen rinnalla

Hankintalain tulkinnassa pyritään löytämään oikeustapauksia, joiden perusteella pyritään löytämään säännönmukaisuuksia lain tulkinnassa.⁴² Oikeustaloustieteellisen analyysin avulla on mahdollista viedä hankintalain tulkintaa eteenpäin ja sitä voidaan myös käyttää apuna tulkinnan suunnan oikeellisuuteen, kun sitä verrataan perinteisten tulkintakeinojen saavuttamiin loppupäätelmiin.⁴³

Max Oker-Blom käsittelee oikeustaloustieteen ja Raimo Siltalan oikeuslähdeopin suhdetta. Oikeustaloustieteessä tutkitaan oikeusjärjestelmää taloustieteen avulla. Suomen liittyttyä EU:n jäseneksi ja tätä seuranneen perustuslain muutoksen jälkeen Suomen oikeusjärjestelmä on muuttunut. Oker-Blom kuvaa Suomen talouden muuttumista entistä markkinaehtoisemmaksi, jolloin myös yhteiskunnan yleinen tila on muuttunut entistä kaupallisemmaksi. Hän käsittelee sitä, kuinka tämä on vaikuttanut ihmisten tapaan lähestyä oikeutta.⁴⁴

EU:n jäseneksi liittymisen jälkeen Suomen oikeusjärjestys on täydentynyt yhteisöoikeuden elementeillä. Perustamissopimus, yhteisön toimielinten antamat asetukset ja direktiivit, sekä Euroopan yhteisön tuomioistuimen ratkaisut velvoittavat ottamaan huomioon niiden määrittelemät linjaukset, jolloin kansallisessa päätöksenteossa tulee pysyä ajan tasalla EU-oikeudessa tapahtuvista kehitysaskelista.⁴⁵

Oker-Blom erittelee kaksi tapaa, jolla kansallisen oikeuden kansainvälistyminen vaikuttaa oikeuslähdeoppiin. Ensinnä oikeuden eurooppalaistuminen ja perusoikeuksien korostuminen nostavat oikeuskäytännön merkitystä suhteessa lainsäädäntöön. Tällöin oikeudelliset

⁴¹ Ks. lisää esim. Dahlberg & Paso 2020

⁴² Määttä & Voutilainen 2017, 69

⁴³ Määttä & Voutilainen 2017, 107

⁴⁴ Oker-Blom 2009, 187–190

⁴⁵ ibid

ratkaisut tuomioistuimissa nousevat suurempaan rooliin. Julkisia hankintoja on käsitelty suomessa erityisesti markkinaoikeudessa, jonka ratkaisut linjaavat sitä, kuinka lakia tulisi tulkita. Eurooppa-oikeuden tasolla, myös Euroopan tuomioistuimen ratkaisut julkisia hankintoja koskevista erimielisyyksistä määrittävät sitä, kuinka lakia tulisi tulkita. Toiseksi oikeus voidaan nähdä pirstaleisena, jolloin monet järjestelmät ja säännöt alkavat keskenään kilpailla paremmuudesta. Silloin taloudellisten argumenttien paino kasvaa myös oikeudellisten tapausten argumentoinnissa. Oker-Blom kuvaa oikeuden muuttumista entistä tuomioistuin, kilpailu- ja talouspainotteisemmaksi.⁴⁶

Oikeustaloustiedettä voidaan käyttää lainopin rinnalla, kun arvioidaan olemassa olevaa oikeutta tai tarvitaan apua laintulkintaan. Koska julkiset hankinnat pohjautuvat budjetteihin, jotka tulevat ylhäältä määriteltyinä, hankintoihin liittyy sen punninta, mitä säädöksillä vähintään edellytetään tavoitettavaksi ja mihin tämän lisäksi on varaa. Perinteisemmin oikeustaloustiedettä on käytetty jo laaditun lainsäädännön arvioinnin apuna. Tällöin lainsäädännön vaikutuksia mallinnetaan taloustieteen keinoilla. Lain tulkinnan apuna oikeustaloustiedettä voidaan käyttää silloin, kun tulkinnan kohteena on joustava normi, jonka tavoitteet voidaan nähdä osittain tai kokonaan taloudellisina.⁴⁷

Mähönen arvioi oikeustaloustieteen asemaa osana suomalaista oikeustutkimusta. Vaikka oikeustaloustieteellinen tutkimus on painottunut de lege ferenda- tyyppiseen tutkimukseen, ei taloustieteen roolin tarvitsisi hänen mukaansa olla pelkästään reaalisten argumenttien tarjoaja vaan taloustieteellisen argumentaation avulla olisi mahdollista toteuttaa modernia laintulkintaa. Taloustieteellisten metodien avulla myös oikeudellista ratkaisutoimintaa harjoittavan olisi mahdollista tulkita lakia. Tällöin kuitenkin oikeuslähdeoppi tulisi nähdä dynaamisena kokonaisuutena, jossa erilaisia oikeudellisia tietolähteitä ei voida järjestää ja priorisoida toisiinsa nähden. Silloin taloustieteellisillä argumenteilla voisi olla mahdollista perustella oikeudellista ratkaisua erityistapauksessa jopa ohi kirjoitetun lain.⁴⁸

⁴⁶ Oker-Blom 2009, 187–190. Oikeuden pirstaloitumisesta on kirjoittanut myös Karhu 2020, jonka mukaan poliittisen järjestelmän sekä muun oikeudellisen ympäristön koherenssin heikentymistä voitaisiin korvata substantiaalisella koherenssilla, jossa vahvistettaisiin perus- ja ihmisoikeuksien oikeuslähdeasemaa. Tämä perustuu ajatukselle, että perus- ja ihmisoikeudet voidaan nähdä sekä yksittäisinä normeina, että järjestelmänä, joka kuvastaa laajemmin oikeudellisen sääntelyn arvoja ja tavoitteita.

⁴⁷ Mähönen 2001, 49

⁴⁸ ibid

Kuitenkin esimerkiksi Määttä oikeustalouden tieteitä käsittelevässä teoksessaan esittää edellisestä poikkeavan kannanoton, jossa taloustieteelliset argumentit nähdään seuraamusargumentteina, joita voitaisiin soveltaa vain, jos käsiteltävästä asiasta ei löydy vahvasti tai heikosti velvoittavaa sääntelyä. Tällöin taloustieteellistä argumentointia voitaisiin parhaiten soveltaa tapauksiin, joissa laista ei löydy tarkasti määriteltyjä määräyksiä, vaan laki on kirjoitettu joustavasti.⁴⁹

Riippumatta siitä, katsotaanko oikeustaloustieteen asemaa Mähösen vai Määttän esittämästä näkökulmasta, soveltuu taloustieteelliset argumentit julkisten hankintojen tarkasteluun. Laki on kirjoitettu joustavasti, jolloin se antaa hankintayksiköille valtaa päättää siitä, kuinka hankintoja toteutetaan. Esimerkiksi kattohinnoittelusta ja sen käyttämisestä julkisissa hankinnoissa laissa tai sen esitöissä puhutaan hyvin niukasti. Silti työssäni painottuu enemmän Määttän esittämä näkökulma, jossa vahvasti tai heikosti velvoittavalle sääntelylle annetaan suurempi painoarvo kuin oikeustaloustieteellisille argumenteille. Säädetty lait ja esimerkiksi korkeimman oikeuden ja markkinaoikeuden ratkaisut viitoittavat polun, jota tulee seurata. Tämän reitin sisällä oikeustaloustieteellisen argumentoinnin avulla voidaan tarkentaa sitä, kuinka matka kuljetaan.

Erityisesti kun halutaan ennustaa päämäärien ja käytössä olevien oikeudellisten keinojen suhdetta, taloustiede voi tuoda lisäarvoa. Tällöin voidaan punnita erilaisten säädösten tehokkuutta ja sitä, kuinka valitut säännöt vaikuttavat käytännön toimissa. Taloustiede voi olla kuitenkin epävarmaa siinä mielessä, että se voi tarjota erisuuntaisia argumentaatioita. Tämä ei kuitenkaan muodostu ongelmaksi, sillä vaikka taloustieteen avulla voitaisiin johtaa erisuuntaisia havaintoja, voidaan niistä päätellä mikä kulloiseenkin tapaukseen parhaiten sopii ja johtaa järjellisimpään lopputulokseen.⁵⁰ Taloudellisen analyysin avulla voidaan siis arvioida erilaisten sääntelyvaihtoehtojen ja ratkaisuvaihtoehtojen taloudellisia vaikutuksia ja tämän avulla esittää kulloiseenkin tilanteeseen liittyviä hyviä ja huonoja puolia.⁵¹

Oikeustaloustiede voidaan karkeasti jakaa kahteen osaan. Ensimmäistä osaa kutsutaan Chicagon koulukunnaksi, joka on pääsuuntaus oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa.

⁴⁹ Määttä 2016, 68

⁵⁰ Mähönen 2001, 49

⁵¹ Timonen 1998, 100–114

Chicagon suuntauksessa pyritään tunnistamaan ja analysoimaan lainsäädännön vaikutuksia, erityisesti vapaasti toimivan markkinamekanismin näkökulmasta. Toiseen osaan voidaan katsoa kuuluvaksi kaikki pääsuuntauksen vaihtoehdot, kuten neoinstitutionalistinen taloustiede, jonka avulla tutkitaan lainsäädännön tehokkuutta tehokkuusanalyysin avulla, kuten Chicagolaisessakin suuntauksessakin. Neoinstitutionaalinen tutkimussuunnassa kuitenkin painottuvat enemmän tilanteet, joissa ei ole olemassa täydellisiä markkinoita. Toinen valtavirrasta poikkeava tutkimussuunta on poliittisen päätöksenteon arviointiin painottuva public choice-tutkimus. Suomessa lainsäädäntöprosessi ei jätä yksittäiselle poliitikolle painoarvoa, kun suuri osa säädäntötyöstä tehdään työryhmien ja komiteoiden avulla. Tällöin Public Choicen avulla voidaan lähinnä tutkia vain sitä, kuinka erilaisten eturyhmien tavoitteet nousevat esille lainsäädännössä.⁵²

Koska omassa työssäni keskitytään lainsäädännöllä rajoitettuihin julkisiin hankintoihin ja erityisesti kattohinnoittelun ja laadun keskinäiseen suhteeseen, puhtaasti vapaasti toimivaan markkinamekanismiin pohjautuvat analyysit eivät olisi toimivia. Sen sijaan neoinstitutionaaliset lähtökohdat, joissa ymmärretään, että markkinat eivät aina toimi täydellisesti ja konemaisesti, soveltuvat tutkielmani viitekehyykseksi paremmin. Siksi avaan seuraavaksi hieman tarkemmin neoinstitutionaalisen analyysin perusteita.

Neoinstitutionalismissa ei pyritä etsimään suoraviivaisia keinoja, joilla markkinat saataisiin toimimaan mahdollisimman tehokkaasti, vaan sen tavoitteena on yleisemmällä tasolla arvioida lainsäädännön ja taloudellisen toiminnan suhdetta, ottaen huomioon myös yleiset oikeudenmukaisuus- ja reiluusargumentit. Lainsäädännön merkitys voidaan nähdä keinona erilaisten markkinoiden turvallisuuden ja toimivuuden varmistamiseksi.⁵³

Neoinstitutionalismissa peruslähtökohtina voidaan nähdä rationaalisuus, informaatio, sääntely, instituutiot ja transaktiokustannukset. Rationaalisuudella tarkoitetaan sitä, että on otettava huomioon se, että toimijat saattavat toimia myös omaksi edukseen, eivätkä aina ajattele vain asetettujen velvoitteiden tavoitteita. Informaatio ei aina ole täydellistä, vaan kaikkiin päätöstilanteisiin liittyy informaatiopuutteita. Informaation hankkimiseen voi liittyä niin suuria kustannuksia, että saattaa olla järkevämpää olla hankkimatta tietoa. Sääntelyllä

⁵² Timonen 1998, 100–114

⁵³ ibid

tässä yhteydessä tarkoitetaan sitä, millaisena markkinoiden toiminta nähdään eli neoinstitutionalismiin kyseessä olleessa markkinat eivät toimi ideaalisesti vaan ne nähdään todellisina markkinoina, joissa sääntelyn avulla pyritään puuttumaan markkinakäyttäytymiseen. Instituutit tunnistetaan osana päätöksentekoa, jolloin organisaatiot joutuvat kaikessa toiminnassaan ottamaan huomioon voimassa olevat instituutit. Tällöin liiketoiminnalliset organisaatiot omaksuvat sopeutujan roolin. Transaktiokustannuksilla tarkoitetaan sitä millaisia varallisuusosoikeuksien siirtämiseen ja täytäntöönpanoon liittyviä kustannuksia voi muodostua institutionaalisten järjestelyjen seurauksena.⁵⁴

Neoinstitutionalismissa lainsäädäntö ei ole irrallinen osa, vaan se nähdään osana laajempaa instituutionaalista yhteiskuntaa. Tällöin lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa tulee ottaa huomioon myös se, kuinka yhteiskunta ja markkinat mahdollistavat säännöksissä asetettujen tavoitteiden toteuttamisen.⁵⁵

Niin taloustieteessä, kuin oikeustaloustieteessäkin argumentoidaan aineellisten perustelujen avulla. Tämän lisäksi, kun puhutaan oikeustaloustieteestä, jota tarkastellaan lainopin näkökulmasta, tulee myös huomioida arvoaltaperustelut, joihin lukeutuvat laki, lainvalmisteluaineistot, tuomioistuinratkaisut sekä oikeustiede. Lainoppi ja kansantaloustiede eroavat myös siitä, kuinka ne lähestyvät tapauksen ratkaisemista. Siinä missä lainoppi johtaa yksittäisistä tapahtumista yleisiä sääntöjä induktion avulla, kansantaloustiede taas johtaa yleisistä väittämistä yksittäisiä havaintoja koskevia päätelmiä deduktion avulla. Oikeustaloustiedettä voidaan harjoittaa sekä induktiivisen, että deduktiivisen päättelyn avulla.⁵⁶

Kun tarkastellaan hyödykkeen laatuun liittyviä tekijöitä, olisi tärkeää huomioida myös epäsymmetrisen informaation aiheuttama negatiivinen valikoituminen, jolloin määrättyllä hinnalla on tarjolla enää huonoja tuotteita, hyvien kadotessa markkinoilta. Ongelmia aiheutuu, jos tuotteen laatua ei pystytä arvioimaan ennen hankintaa, laadukkaammat tuotteet

⁵⁴ Timonen 2000, 22–30

⁵⁵ Timonen 2000, 23–24

⁵⁶ Määttä 2016, 13–14

ovat kalliimpia kuin huonompilaatuiset tuotteet ja tuottajien on vaikea luotettavasti viestiä heidän tuotteidensa laadusta.⁵⁷

Oikeustaloustieteellistä argumentointia voidaan käyttää apuna tilanteissa, joissa laki, lainvalmisteluaineisto tai oikeuskäytäntö eivät tarjoa riittävästi vastauksia. Oikeustaloustieteellinen tulkinta on luonteeltaan seuraamusargumentointia, jolla pyritään selvittämään, kuinka ihmiset käyttäytyisivät erilaisten tulkintavaihtoehtojen suhteen. Tämä nostaa kannustinfunktion tärkeään rooliin lakien tulkitsemisessa. Lainsäädäntö nähdään tällöin keinona erilaisten poliittisten tavoitteiden saavuttamisessa ja oikeustaloustieteellisen tutkimuksen avulla pyritään selvittämään, kuinka käyttäytymistä voitaisiin ohjata tulevaisuudessa toivottuun suuntaan.⁵⁸

2 KUNTIEN OIKEUDELLINEN ASEMA JULKISTEN TEHTÄVIEN TOTEUTTAJANA

2.1 Itsehallinto ja kuntien ja valtion välinen suhde

Kunnan itsehallinto määritellään perustuslain 121 §:ssä, jossa säädetään siitä, että Suomi jakautuu kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon. Voidaankin katsoa, että kunnallisella itsehallinnolla tarkoitetaan sitä, että tietyn maan sisällä oleville paikallisille yhdyskunnille on annettu valta päättää ja huolehtia alueen sisäpuolella heidän omista asioistaan. Kunnat voidaan nähdä alueyhteisöinä, joilla on omat maantieteelliset, kulttuuriset ja poliittiset ominaisuutensa. Kunnat toimivat yksiköinä, jotka huolehtivat erilaisista hallinnollisista ja palveluihin liittyvistä tehtävistä, joiden avulla toteutetaan yhteiskunnallisia tehtäviä. Koko tämän laajan kokonaisuuden sitoo yhteen oikeusjärjestelmä, jonka avulla määritellään kuntien alue, toimivalta sekä tehtävät.⁵⁹

1960-luvun jälkeen sekä kuntien talous, että kuntiin liittyvä kuntien tulojen ja menojen ohjaus sekä sääntely on lisääntynyt voimakkaasti. Kuntien rooli taloudellisina toimijoina on kasvanut jopa siinä määrin, että Pohjoismaissa kunnat ovat prosentiosuuksina mitaten

⁵⁷ Määttä 2016, 44 ks. myös Akerlof, 488–500

⁵⁸ Määttä 2016, 63. Ks. myös Tuori 2000 185–186, jonka mukaan poliittiset käytännöt ja argumentit voivat muodostua määrääviksi, sillä lainsäätämisen voidaan nähdä olevan poliittisten ja oikeudellisten näkökulmien kokonaisuus, jolloin lainsäädäntö voidaan nähdä keinona poliittisten tavoitteiden edistämiseksi

⁵⁹ Heuru, Mennola & Rynänen 2011, 21–23

menneet ohi valtiosta taloudellisina toimijoina. Tosiasiassa kunnilla ei ole kuitenkaan niin suurta taloudellista voimaa kuin niiden koko voisi antaa olettaa.⁶⁰

Yksittäisissä ratkaisutilanteissa on määritelty sitä, mitä perustuslain takaamalla kunnallisella itsehallinnolla tarkoitetaan. Esimerkiksi kunnallisen demokratian perusteita ja toimivuutta on korostettu sellaisissa tilanteissa, joissa on esimerkiksi säädetty kuntien välisestä yhtistyöstä ylikunnallisilla, seudullisilla tai alueellisilla tasoilla. On myös pyritty varmistamaan, että kuntien voimavarat riittävät niille laissa säädettyjen tehtävien hoitamiseen. Perustuslakivaliokunnan lausuntojen mukaan kuntien ja valtion välinen taloudellinen sidoksellisuus tai kuntien verotusoikeuteen liittyvät säädökset eivät ole olleet ongelmallisia. Vaikka lainsäädännöllä voidaan määritellä tarkasti kuntien lakisääteisiä tehtäviä, sen ei kuitenkaan katsota rajoittavan liikaa kuntien itsehallintoa.⁶¹

Se, että lainsäädännöllä voidaan puuttua melko yksityiskohtaisestikin kuntien lakisääteisiin toimintoihin, perustuu ennen kaikkea julkisen vallan velvoitteeseen turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista, kuten perustuslain 22 §:ssä säädetään. Koska myös kunnat ovat osa julkista valtaa, joudutaan kunnallisen itsehallinnon laajuutta rajaamaan kuntien tehtävänä olevaan perusoikeuksien turvaamisvelvoitteeseen. Esimerkiksi yhdenvertaisuuden toteutumisen lähtökohtana on, että jokaisella ihmisellä olisi samankaltaiset oikeudet, edut ja velvollisuudet riippumatta siitä minkä kunnan alueella ihminen asuu. Tämän vuoksi on katsottu, että lainsäädännöllä voidaan säädellä hyvinkin tarkasti siitä kuinka esimerkiksi sosiaalisia tai sivistyksellisiä palveluita tulee toteuttaa kunnissa.⁶²

Valtiolla ei kuitenkaan ole ohjaus- tai valvontavaltaa suhteessa kuntiin. Kunnat eivät ole valtion viranomaisten alaisia ja tämä vuoksi myöskään valtion viranomaiset eivät voi antaa kunnille niitä sitovia hallinnollisia määräyksiä. Valtio voi kohdistaa kuntiin velvoittavia yleisiä määräyksiä vain täsmällisen ja tarkkaan rajatun lainsäätötoimivaltasäännöksen nojalla. Tämäntapainen sitova määräysvalta on mahdollista vain tilanteissa, joissa sille on erityisiä ja painavia perusteita esimerkiksi perusoikeuksien turvaamisen vuoksi tai jotta EU-oikeudellisia velvoitteita saataisiin toteutettua. Valtiot voivat kuitenkin antaa kunnille

⁶⁰ Heuru, Mennola & Ryyänen 2011, 34

⁶¹ Mäenpää 2018, luku 6

⁶² ibid

teknisluonteista ohjausta. Valtion viranomaiset eivät voi kuitenkaan antaa oleellisesti uudenlaisia velvoitteita kunnille ilman, että asiasta säädetään lain tasolla, kuten perustuslain 121 §:n 2 momentissa todetaan. Lisäksi valtion viranomaiset eivät voi kohdistaa sitovaa ohjausta kuntien yleiseen toimialaan kuuluviin tehtäviin.⁶³

Hankintalain 1 §:ssä määritellään, että valtion ja kuntien on kilpailutettava hankintansa kuten laissa myöhemmin säädetään. Lain 2 §:ssä määritellään, että lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä sekä edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä kuin myös turvata se, että kilpailutusprosessi luo yrityksille tasapuoliset edellytykset tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita. Hankintalaki ei muodosta kunnille mitään yksittäisiä vaatimuksia millaisia ostoja kuntien olisi tehtävä, hankintalaki kuitenkin ohjaa siinä, kuinka hankintaprosessi on tehtävä, jotta hankintalain tavoitteet toteutuisivat. Koska hankintalaki on luonteeltaan yleispiirteinen, se mahdollistaa kuntien itsehallintoon pohjautuvan päätäntävällän, kun kunta voi päättää kuinka se järjestää kilpailutuksen ja millaisilla ehdoilla se asettaa ehdokkaita järjestykseen.

Perustuslain 121 §:n mukaan kunnan itsehallintoon voidaan lukea kuuluvaksi kunnan asukkaiden itsehallinto, kunnan verotusoikeus sekä kunnille annettu toimivalta päättää itse hallinnostaan ja taloudestaan. Perustuslaissa ei kuitenkaan tarkemmin määritellä kuntien ja valtion välistä tehtävien jakoa tai rahoitusperiaatetta. Kansainväliset sopimukset sitouttavat Suomen kunnioittamaan paikallishallinnon roolia osana eurooppalaista asukkaiden yhteisöä ja turvaamaan sellaiset varat, joilla paikallishallintoa voidaan toteuttaa. Kuntien tehtävät sekä niiden rahoitusmekanismit ovat kuitenkin ajan saatossa muodostuneet niin moniulotteisiksi, että lakeja valmisteltaessa on vaikeaa arvioida, toteutuuko kuntien itsehallintoon liitetyt periaatteet aina tilanteissa, joissa kunnille annetaan uusia tehtäviä hoitaakseen.⁶⁴

Euroopan unionin yhteisen finanssipolitiikan vahvistuessa valtion kuntiin kohdistuvan ohjauksen määrä on kasvanut. Silti tällainen raamiohjaus ei vaikuta suoraan yksittäisen kunnan tekemiin päätöksiin tai niiden taloudelliseen itsehallintoon. Vaikka valtionosuuksien ja vero- ja maksutulojen avulla rahoitetaan kunnille tehtäväksi määrättyjä palveluita, kunnilla on kuitenkin itsellään silti valta päättää kuinka se saamaansa rahoitusta kohdentaa. Tätä

⁶³ Mäenpää 2018, luku 6

⁶⁴ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018, 13

päätösvaltaa rajoittaa kuitenkin osaltaan erilaiset tehtäväkohtaiset säädökset, joilla määritellään esimerkiksi kuntalaisten oikeuksia, palveluiden laatutasoa tai henkilöstö- tai tilamitoituksia koskevia asioita. Kuntien itsehallintoa rajoitetaan myös pakkoliitoksiin ja maakuntiin liittyvillä säännöksillä. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin katsonut, että esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon uudistus on niin välttämätön kuntalaisten perusoikeuksien näkökulmasta, että näitä perusoikeuksia toteuttamalla on oikeutettua kaventaa kuntien itsehallintoa.⁶⁵

Juha Sipilän hallitusohjelmassa oli tavoitteena, että kunnallinen vastuunotto, harkinta ja päätöksenteko kasvaisivat.⁶⁶ Valtioneuvosto antoi useita periaatepäätöksiä, joilla pyrittiin ohjaamaan kuntien tekemien hankintojen suuntaa. Tällaiset periaatepäätökset kuitenkin puuttuvat kuntien strategioista, vaikka valtioneuvosto totesi periaatepäätöksiään tehdessään, että kuntien tulisi kirjata periaatteita edistäviä päätöksiä strategioihinsa. Valtioneuvoston tekemiä periaatepäätöksiä oli esimerkiksi elintarvike- ja palveluhankintoihin liittyvät periaatteet, joilla pyrittiin edistämään hyviä viljelytapoja sekä eläinten hyvinvointia ja terveyttä edistäviä tuotanto-olosuhteita edellyttämällä julkisissa hankinnoissa korkeaa laatua ja kokonaistaloudellista kestävyttä. Valtioneuvosto kannusti myös kuntia kasvattamaan lähiruuan osuutta sekä suosimaan luomuruokaa hankinnoissaan.⁶⁷

Valtioneuvoston tekemien periaatepäätösten tehtävänä on ohjata ja koordinoida sen itsensä ja sen alaisen hallinnon työtä, mutta monet periaatepäätökset kohdistuvat suoraan tai vähintään välillisesti poliittisena tahtotilana myös kuntiin. Asian tekee ongelmalliseksi se, että jos periaatepäätökset velvoittavat kuntia suorittamaan toimenpiteitä, tällöin sivuutetaan perustuslain 121 §:n toisen momentin vaatimus siitä, että kunnille annettavista tehtävistä tulee säätää lailla. Periaatepäätösten linjaukset eivät saisi muodostaa kunnille kustannuksia niiden toteuttamisesta tai perustaa uusia tehtäviä kunnan suoritettavaksi. Koska kuntien hankinnat muodostavat ison osan julkisten varojen käytöstä, on valtioneuvostolla paljon kuntien hankintoihin liittyvää ohjeistusta sekä tahtotila myös ohjata kuntien hankintoja kohti valtioneuvoston poliittisia tavoitteita. On kuitenkin tyypillistä, että hankintojen ohjauksesta

⁶⁵ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018, 14

⁶⁶ Ratkaisujen Suomi.2015, 30

⁶⁷ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018 s. 92–93

puuttuu kannustimet ja esimerkiksi hankintalain säännökset liittyen hankintojen laatuun tai ympäristö- ja sosiaalisiin näkökohtiin ovat suosituksenomaisia.⁶⁸

2.2 Kuntastrategia kuntien hankintojen ohjauksena

Kuntastrategia perustuu kuntalakiin. Kuntalain 37 §:ssä käsitellään kuntien strategioita ja siinä säädetään, että jokaisessa kunnassa tulee olla kuntastrategia, jossa valtuusto päättää kunnan toiminnan ja talouden pitkän aikavälin tavoitteista. Laissa määrätään, että kuntastrategian tulee ottaa huomioon kunnan asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen, palveluiden järjestäminen ja tuottaminen, palvelutavoitteiden toteuttaminen, omistaja- ja henkilöstöpolitiikka, asukkaiden osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuudet sekä se kuinka kunta kehittää sen elinympäristöä ja alueen elinvoimaa. Kuntastrategian tulee perustua nykytilanteen arvioon ja lisäksi tulee arvioida toimintaympäristön tulevia muutoksia sekä niiden vaikutuksia kunnan tehtävien toteuttamiseen. Kuntastrategian tulee myös sisältää tiedot siitä, kuinka strategian toteutumista arvioidaan ja seurataan.⁶⁹ Kuntastrategia tulee ottaa huomioon kunnan laatimassa talousarviossa ja taloussuunnitelmassa. Tästä säädetään kuntalain 110 §:ssä. Kuntastrategiaa tulee myös tarkistaa vähintään kerran valtuuston toimintakauden aikana. Kuntastrategia toimii kunnan johtamisen työkaluna ja sen päämäärät tulee huomioida niin, että laadittava talousarvio noudattaa kuntastrategiaa sekä turvaa kunnan tehtävien hoitamisen.⁷⁰

Hankintastrategia on suunnitelma, joka ohjaa organisaation hankintatoimen toteutusta sekä linjaa ja sitouttaa organisaatiota sen hankintatoiminnassa.⁷¹ Hankintastrategia sisältää päämäärät ja keinot päämäärän saavuttamiseksi sekä lyhyellä että pitkällä aikavälillä. Hankintastrategia linjaa ne reunaehdot, joiden perusteella organisaatio voi toteuttaa hankintojaan. Strategiassa voidaan kuvata myös organisaation suhdetta toimittajamarkkinoihin sekä sitä, kuinka hankintaorganisaatio pyrkii toimimaan ympäristön ja tarpeiden muutoksessa.⁷²

⁶⁸ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018, 98–100

⁶⁹ Kuntalaki 410/2015

⁷⁰ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018, 98–100

⁷¹ Hytönen & Lehtomäki 2007, 206

⁷² Iloranta & Pajunen-Muhonen 2008, 116

Hankintatoimintaa voidaan ohjata myös kunnan hankintaohjeella, joka eroaa hankintastrategiasta sen ollessa lähinnä operatiivista toimintaa tukeva ohje, kun hankintastrategia taas perustuu kunnallispoliittisten tavoitteiden toteuttamiseen. Hankintaohje ei anna suosituksia tai toimintaohjeita hankintastrategian laatimiseksi vaan se toimii kuntien apuna hankintojen kilpailuttamisessa.⁷³

Koska kunnan hankintastrategian tulee olla kunnan strategian kanssa samassa linjassa, on kunnan hankintayksikön kädet tietyssä määrin sidotut niihin poliittisiin raameihin, jotka on kuntastrategiaa tehdessä luotu. Laatuun liittyviin näkökulmiin olisi hyvä kiinnittää huomiota jo kunnan strategiaa luodessa, jotta niiden toteuttaminen käytännön tasolla olisi hankintayksikölle mahdollista. Olisi tärkeää, että jo kuntastrategian yhteydessä kiinnitettäisiin huomiota palveluiden yhdenvertaiseen toteuttamiseen ja siihen että taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet tulee taata kuntalaisille. Koska valtioneuvostolla on tahtotila ohjata kuntien hankintoja kohti heidän poliittisia päämääriään, tulisi valtioneuvoston tarkemmin tapauskohtaisesti harkita sitä, kuinka sen periaatepäätöksillä olisi mahdollisuus vaikuttaa kuntien strategiaan valintoihin. Kuntastrategia laaditaan pitkäksi aikaväliseksi ja jos valtioneuvoston periaatepäätöksiä annetaan eriaikaisesti kuin kunnat valmistelevat tai päivittävät strategioitaan, valtioneuvoston periaatepäätökset eivät mahdollisesti vaikuta kuntien strategiaan pitkään aikaan, ei ennen kuin niitä taas uudelleen päivitetään.⁷⁴

2.3 Julkisten tehtävien toteuttaminen kunnissa ja kuntien tuloksellisuuden arviointi

Kuntalain 7 §:ssä säädetään kunnan tehtävistä. Sen mukaan kunta hoitaa itselleen itsehallinnon nojalla ottamansa tehtävät sekä sille laissa erikseen säädetyt tehtävät. Kunnat voivat lain mukaan järjestää tehtävien hoitamista myös yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa sekä ottaa hoitaakseen myös muita kuin itsehallintoonsa kuuluvia julkisia tehtäviä. Kuntalain 8 §:ssä säädetään tarkemmin siitä, kuinka kunta voi järjestää tehtäviensä hoitamisen. Se voi lain mukaan järjestää tehtävät joko itse tai sopia järjestämistä vastuun siirtämisestä toisella kunnalla tai kuntayhtymälle. Se kuka ottaa vastuulleen kunnallisten tehtävien järjestämisen vastaa siitä, että palvelut ovat yhdenvertaisesti saatavilla sekä siitä,

⁷³ Oksanen 2010, 10

⁷⁴ Mutanen, Muukkonen, Oikarinen & Voutilainen 2018, 98–100

kuinka palvelut tuotetaan ja palveluiden toteutusta valvotaan sekä kuinka viranomaiselle kuuluvaa toimivaltaa käytetään. Jokainen kunta vastaa itse tehtäviensä rahoituksesta, vaikka niiden järjestämisvastuu olisikin siirretty toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle. Julkisia hallintotehtäviä voi kuntalain 9 §:n mukaisesti siirtää vain muulle kuin viranomaiselle vain, jos siitä on erikseen säädetty lailla.

Lakiin perustuvat tehtävät muodostavat kunnan erityisen toimialan. Suurin osa kuntien tehtävistä perustuu erityislainsäädäntöön, joiden säännöksiä kuntien tulee noudattaa tehtäviä suorittaessaan. Raja itsehallinnon nojalla hoidettavien ja lakiin perustuvien tehtävien välillä ei kuitenkaan ole selvä. Kunnilla on usein mahdollisuus päättää tehtävän organisoinnista ja laajuudesta myös niissä tilanteissa, joissa on kyse kunnille määräytyistä lakisääteisistä tehtävistä. Tämän vuoksi myös lakisääteisien tehtävien hoitamiseen voi sisältyä itsehallinnollinen elementti.⁷⁵

Kunnan yleisen toimialan muodostaa sellaiset tehtävät, jotka se on itse päättänyt ottaa hoitaakseen itsehallintonsa nojalla. Kunnan yleistä toimialaa rajoittavat periaatteet, jotka ovat ajan saatossa muotoutuneet sekä oikeuskäytännössä, että oikeuskirjallisuudessa. Osaltaan nämä periaatteet ovat samoja kuin yleiset hallinnon oikeusperiaatteet, joihin voidaan katsovan kuuluvan yhdenvertaisuus-, objektiviteetti- ja suhteellisuusperiaate sekä harkintavallan väärinkäytön kielto ja tasapuolisen kohtelun vaatimus. Näiden lisäksi kunnan yleistä toimivaltaa voidaan katsoa rajoitettavan myös vaatimuksilla, joiden mukaan kunnan asukkaiden hyvinvointia tulee edistää, tehtäviä tulisi hoitaa paikallisesti, yksityistä toimintaa ei saa tukea, hallinnon toissijaisuus eli kunnan ei tulisi ottaa hoitaakseen sellaisia tehtäviä, joita joku muu toimija voisi hoitaa tehokkaammin sekä spekulatiivisen toiminnan kielto, jolloin kunta ei voi harjoittaa puhtaasti teollista tai kaupallista toimintaa.⁷⁶ Oikeuskäytäntöä liittyen kuntien yleiseen toimialaan ja sen rajoihin on kuitenkin vähän ja siihen liittyvät ratkaisut vanhoja.⁷⁷

Suurin osa kuntien tehtävistä on lakisääteisiä tehtäviä. Kuntien tehtävistä tehdyn selvityksen mukaan vain noin 10–20 prosenttia tehtävistä on kuntien itse hoitaakseen ottamia tehtäviä.

⁷⁵ Valtiovarainministeriö 2015, 15–16

⁷⁶ HE 268/2014

⁷⁷ Valtiovarainministeriö 2015, 15–16

Selvityksen mukaan myös lakisääteisiin tehtäviin sisältyy paljon harkintavaltaa tehtävien järjestämisen toteuttamisessa erityisesti opetus-, liikunta-, kulttuuri- ja nuorisotoimen tehtävissä. Kunnissa itsessään erityis- ja yleisen toimialan tehtävät eivät ole erillään toisistaan vaan kaikki kunnan järjestämät palvelut ja hankinnat nähdään yhtenäisenä kokonaisuutena, joka on muodostunut pitkän ajan kuluessa vastaamaan lainsäädännön sekä paikallisten olosuhteiden vaatimuksia.⁷⁸

Kuntalain 15 luvussa on säädöksiä, joilla pyritään turvaamaan kilpailuneutraliteetti. Kunnan yleistä toimialaa arvioitaessa punnitaan sitä, millaista toimintaa kunta saa harjoittaa. Kuntalain 15 luvussa sen sijaan käsitellään sitä, miten kuntien toimintatapoja rajoitetaan ja kuinka kilpailulainsäädäntö ja valtioneuvoston sääntely erityisesti vaikuttavat kuntien toimintamahdollisuuksiin. Kuntien toimiessa markkinoilla sen tulee huolehtia siitä, että se ei toimintatavoillaan vaaranna kilpailuneutraliteettia markkinoilla. Kuntalaissa tai kilpailulaissa ei kielletä kuntia kilpailemasta yksityisten toimijoiden kanssa samoilla markkinoilla, vaan sääntelyn tavoitteena on mahdollistaa tasapuolinen kilpailu eri osapuolien välillä.⁷⁹

Uuden hankintalain mukaan Kilpailu- ja kuluttajavirasto valvoo julkisiin hankintoihin liittyvien toimenpiteiden lainmukaisuutta. Viraston suorittaman valvonnan tarkoituksena on varmistaa, että julkisia hankintoja toteutetaan avoimesti, syrjimättömästi sekä tehokkaasti. Kilpailu- ja kuluttaja virasto suorittaa julkisiin hankintoihin liittyviä toimenpiteitä kolmella eri tavalla. Ensinnä se voi kantelumenettelyn kautta antaa hallinnollista ohjausta hankintayksiköille, toiseksi se voi hankintalain 140 §:n perusteella kieltää suorahankinnan ja esittää markkinaoikeudelle seuraamuksen määräämistä tai kolmanneksi raportoida ministeriölle havaitsemistaan järjestelmän toimintaan liittyviä ongelmakohtia.⁸⁰

Kuntalain 121 §:n mukaan kunnan valtuuston tulee asettaa tarkastuslautakunta kunnan hallinnon ja talouden tarkastamista ja arviointia varten. Lautakunta arvioi muun muassa sitä, onko kunta toiminnassaan toteuttanut valtuuston asettamat kunnan toimintaan ja talouteen liittyvät tavoitteet ja että onko kunnan toiminta järjestetty tuloksellisella ja

⁷⁸ Valtiovarainministeriö 2015, 117

⁷⁹ Lebedeff & Huikko

⁸⁰ Lebedeff & Huikko

tarkoituksenmukaisella tavalla. Kuntien tarkastuslautakuntien asettamisen tavoitteena on lisätä kunnallista demokratiaa sekä vahvistaa valtuuston asemaa kuntien strategisena johtajana ja lisätä kunnallisten luottamushenkilöiden vaikuttamismahdollisuuksia kuntien toimintaan. Tarkastuslautakunnan tärkeimpänä tehtävänä voidaan nähdä olevan kunnan toiminnan tuloksellisuuden arviointi, tässä yhteydessä tarkastellaan erityisesti kunnan toiminnalle asetettujen sekä taloudellisten tavoitteiden toteutumista kuntalaisten näkökulmasta.⁸¹

2.4 Kuntien varojen käytön ohjaus lainsäädännössä

Julkisia hankintoja ohjaava finanssihallinnollinen sääntely tavoittelee kokonaistaloudellisten ja suunnitelmallisesti tehtyjen laadukkaiden hankintojen tekoa.⁸² Julkisten varojenkäytön näkökulmasta julkisia hankintoja tarkastellaan muun muassa julkisten varojen tehokkuuden näkökulmasta. Hankintalaissa ei ole säädetty siitä mitkä varat luetaan mukaan julkisiin varoihin, mutta hankintalain 2.1:ssä säädetään, että lain tarkoituksena on tehostaa julkisten varojen käyttöä. Julkisina varoina voidaan katsoa olevan erilaisina julkisten yhteisöjen veroina ja maksuina kertyneet varat sekä muut varat, jotka kuuluvat julkisoikeudellisten laitosten budjettitalouden piiriin.⁸³

Julkinen talous perustuu fiskaaliseen suunnittelutalouteen, jossa julkisoikeudellisen toimijan menojen tulisi muodostua siinä suhteessa, kuinka tuloja on käytettävissä. Kunnallistaloudessa tavoitteena on pysyä pitkällä aikavälillä tasapainossa. Jokainen kunta on itsenäinen talousyksikkö ja sen oikeus määrätä omista menoistaan ja tuloistaan muodostaa sille itsenäisen budjettivallan. Kunnan tulot muodostuvat kunnille osoitetusta verotusoikeudesta, valtionosuuksista ja niistä maksuista ja suoritteista, joita kunta voi kuntalaisilta periä. Nämä tulot luovat rajat kunnalliselle budjettivallalle. Kunnallista menotaloutta määrittää myös voimakas sidonnaisuus, sillä jopa 90 %:a kuntien menoista on oikeudellisesti sidottua kuntien lakisääteisten tehtävien suorittamista varten.⁸⁴

⁸¹ Holttinen & Ruostesaari 2004

⁸² Määttä & Voutilainen 2017, 60

⁸³ Määttä & Voutilainen 2017, 22

⁸⁴ Heuru, Mennola & Rynänen 2008, 285–299

Myös finanssihallinnollinen sääntely tulee ottaa huomioon julkisissa hankinnoissa. Oikarinen esittää tämän näkökulman liittyen julkisten hankintojen ennakoidun arvon laskemiseen, mutta näkisin tämän koskevan julkisia hankintoja myös tilanteissa, joissa kilpailutus perustuu kattohinnoitteluun, sillä yhtä lailla tässä tilanteessa viranomaisella on velvollisuus noudattaa julkisten varojen käyttöä koskevaa sääntelyä.⁸⁵

Julkisten varojen käytöstä säädellään Suomen peruslain 2 §:ssä, jossa valtiojärjestyksemme perusteiksi määrätään kansanvaltaisuus ja oikeusvaltioperiaate, jotka muodostuvat vastuunalaisuudesta ja tilivelvollisuudesta siihen liittyen, kuinka julkisia varoja käytetään. Budjettivalta kuuluu eduskunnalle, joka valvoo sitä, kuinka valtion taloutta hoidetaan, ja kuinka valtion talousarviota noudatetaan. Valtion budjetoinnin painopisteen siirryttyä enemmän tulossuuntautuneeksi, budjettivaltaa ei käytetä vain määrärahojen mitoittamiseen vaan budjetoinnissa tarkastellaan myös sitä, millaisia tulostavoitteita on asetettu ja kuinka tavoitteet ovat toteutuneet. Tuloksellisuutta tarkastellaan sekä laajemmalla tasolla yhteiskunnallisen vaikuttavuuden avulla, jolloin tarkastelun keskiössä on taloudellisen toiminnan aiheuttamat tarkoitukselliset ja tarkoittamattomat muutokset yhteiskunnassa, että tietyn organisaation toiminnallisia tuloksia, jolloin arvioidaan maksullisen toiminnan kannattavuutta, laadunhallintaa ja henkisten voimavarojen käyttöä.⁸⁶ Koska julkiset hankinnat luovat merkittävän ostovoiman, julkisten hankintojen vaikutukset näkyvät sekä yhteiskuntatasolla, että yksittäisten organisaatioiden toiminnassa.

Kuntalain 110 §:ssä säädetään kuntien talousarviosta- ja suunnitelmasta. Talousarvio laaditaan seuraavaksi kalenterivuodeksi ja taloussuunnitelman suunnitelmakausi on kolmen vuoden tai sitä pidemmän ajanjakson suunnitelma. Niiden avulla hyväksytään kunnan toiminnan ja talouden tavoitteet. Taloussuunnitelman laatimista koskee muun muassa tasapainoisuuden vaatimus eli kunnan taloussuunnitelma ei saa olla alijäämäinen. Jos kunnan taseeseen on kertynyt alijäämää, se tulisi kattaa seuraavan neljän vuoden kuluessa. Talousarviossa eritellään tehtävien edellyttämät määrärahat ja arviot siitä millaisilla tuloilla tämä rahoitustarve katetaan. Kunnan tulee toiminnassaan noudattaa tätä laadittua talousarviota.

⁸⁵ Oikarinen 2018

⁸⁶ HE 56/2003, 5–6

Mietittäessä ympäristönäkökulmien huomioimista osana tehokasta julkisten varojen käyttöä nousee myös esille se, että jotta julkisia varoja voitaisiin katsoa käytetyn tehokkaasti, niillä pitäisi myös saada aikaan tavoitellut ympäristövaikutukset. Osa tutkijoista on esittänyt näkökulmia, että jos julkisilla hankinnoilla ei tavoiteta toivottuja ympäristövaikutuksia, tulisi julkisten varojen käyttöä ohjata tehokkaampien ohjauskeinojen kautta muihin tapoihin kuin julkisiin hankintoihin. Vihreiden hankintojen tekeminen saattaa olla kunnille kalliimpaa kuin hankinnat, joissa niitä ei huomioida, mutta vaikka kustannukset olisivat korkeammat, niiden tekeminen voi olla kustannustehokasta, jos hankintojen ympäristövaikutuksilla ylitetään sellaiset vaikutukset, jotka samoilla julkisilla varoilla voitaisiin saavuttaa jotain toista ohjauskeinoa käyttämällä.⁸⁷

3 HANKINTALAIN PUITTEET OSANA KUNTIEN HANKINTOJA

3.1 Julkisiin hankintoihin liittyvä sääntely

Julkisiin hankintoihin liittyvää sääntelyä löytyy monelta eri oikeudenalalta. Julkista hankintaa voidaan lähestyä niin julkisuuden, sisällön, hankinnan muodon kuin hankinnan arvoon liittyvistä näkökulmista. Tämä kuvastaa sitä, kuinka laajasta asiasta on kyse. Julkisiin hankintoihin liittyvä sääntely kytkeytyy myös EU-oikeudelliseen sääntelyyn niissä tapauksissa, kun hankinnan arvo ylittää EU-säännöksissä asetetun kynnyсарvon. Julkisia hankintoja koskevan EU-sääntelyn tavoitteena on sisämarkkinoiden toimivuus, joka muodostuu esimerkiksi tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden avulla. Kuitenkin on mahdollista, että EU-oikeus asettaa reunaehdoja kansalliselle hankintatoiminnalle myös julkisissa hankinnoissa, joissa hankinnan arvo jää alle EU:ssa määritellyn kynnyсарvon. Tämä voi tulla kyseeseen esimerkiksi tilanteissa, joissa hankintaan liittyy selvä jäsenvaltioiden rajat ylittävä intressi, joita asettavat esimerkiksi syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita koskevat säännökset.⁸⁸

Keskeiset julkisia hankintoja käsittelevät EU-oikeudelliset säädökset ovat:

- Hankintadirektiivi 2014/24/EU
- Erityisalojen hankintadirektiivi 2014/25/EU
- Käyttöoikeussopimusdirektiivi 2014/23/EU

⁸⁷ Halonen 2021, 49–70

⁸⁸ Määttä & Voutilainen 2017, 43

- Puolustus- ja turvallisuushankintadirektiivi 2009/81/EY
- Oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY

Vaikka julkiset hankinnat perustuvat EU-oikeudelliseen sääntelyyn, kotimaisessa tulkinnassa korostuu myös julkisoikeudellinen ja hallinto-oikeudellinen sääntely, joiden avulla säädellään hankintamenettelystä. Näiden lisäksi myös kilpailu- ja sopimusoikeus ovat mukana rajoittamassa julkisten hankintojen markkinoilla aiheuttamia markkinahäiriöitä sekä hankintasopimuksen laatimisen ehtoina.⁸⁹

Julkisten hankintojen avoimuuden edellytys pohjautuu hankintalain 3 §:n määrittelemiin julkisiin hankintoihin sovellettaviin periaatteisiin, joiden mukaan hankinnat tulee tehdä siten, hankintayksikkö kohtelee osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimii myös avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Avoimesti toteutettu hankintamenettely takaa markkinoiden tehokkaan toiminnan mahdollistamalla tarjoajien tiedonsaannin eri hankintayksikköjen tarpeista ja tätä kautta mahdollisuuden osallistua tarjouskilpailuun. Avoimuus takaa tarjoajille myös oikeussuojakeinojen kautta mahdollisuuden hakea muutosta vääräksi kokemaansa tilanteeseen valvontaviranomaisten tai tuomioistuinten kautta. Myös julkisten varojen käytön valvonta toteutuu avoimuuden kautta. Avoimuuden avulla on mahdollista estää julkisiin hankintoihin liittyviä epäasiallisia menettelyjä kuten esimerkiksi julkisten varojen väärinkäyttöä tai korruptiota.⁹⁰

3.2 Hankintalain muutokset ohjaamassa hankintoja vapaampaan suuntaan

Uuden hankintalain säätämisen tavoitteena oli luoda hankintayksiköille enemmän liikkumistilaa kilpailutusprosessin aikana. Kansallisissa hankinnoissa julkisia hankkijoita ei enää sidottu tiettyihin menettelymuotoihin vaan prosessia vapautettiin niin, että kilpailutuksen toteutustapa on vapaammin valittavissa, kunhan lain periaatteet kuten avoimuus, tasapuolisuus, syrjimättömyys ja suhteellisuus eivät vaarannu. Noudatettava menettely tulee esittää hankinta-asiakirjoissa ja hankintaa ei edelleenkään voi tehdä valitsemalla suoraan toimittajaa ilman kilpailutusprosessia.⁹¹

⁸⁹ Määttä & Voutilainen 2017, 44

⁹⁰ Määttä & Voutilainen 2017, 120–121

⁹¹ HE 50/2006, 1–2

Hankintalain 4 luvussa säädetään uusista kansallisista ja EU-kynnysarvoista. Kansallisissa hankinnoissa raja tavaroiden, palveluiden ja suunnittelun kilpailuttamiselle nousi 60.000 euroon ja rakennusurakoiden kynnysarvo säilyi ennallaan eli 150.000 eurossa. Sosiaali- ja terveysthankintojen raja on uuden lain mukaan 400.000 eurossa ja erityisissä palveluhankinnoissa kynnysarvo on 300.000 eurossa.

Uudessa laissa tuli uudistuksia EU-hankintamenettelyihin etenkin neuvotteluihin liittyviin menettelyihin liittyen sekä sähköiseen tietojen vaihtoon ja ESPD:hen liittyen. ESPD:n avulla annetaan tietoja esimerkiksi siitä, että yrityksen johtohenkilöitä ei ole tuomittu esimerkiksi korruptioon liittyvistä rikoksista, että yrityksen veroihin liittyvät velvollisuudet ovat hoidettu ja muun muassa, että yrityksen talous on tasapainossa. Lomake toimii soveltuvuusvaatimusten osoittamisessa niin että poissulkemisperusteet eivät rasita tarjoajaa.⁹²

Uusi hankintalaki toi muutoksia myös julkisomisteiden yhtiöiden mahdollisuuksiin myydä palveluitaan vapailla markkinoilla. Näistä säädellään hankintalain sidosyksikköjä koskevissa määräyksissä. Sidosyksikköjä koskevat rajoitukset poikkeavat aiemmasta oikeuskäytännöstä sekä hankintadirektiivin muodosta. Sidosyksikköhankintojen rajoituksia on perusteltu hallitusohjelmaan sisällytettyjen tavoitteiden eli yrittäjyyden ja yritysten välisen kilpailullisuuden edistämällä sekä kilpailuneutraaliudella. Hankintalain 15 §:n mukaan sidosyksiköillä tarkoitetaan hankintayksiköstä erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä kuten esimerkiksi kuntayhtiötä, jonka toiminta perustuu palveluiden tarjoamiseen kunnalle. Hankintalain mukaan lakia ei sovelleta hankintaan, jonka hankintayksikkö tekee sidosyksiköltään, vaikka muuten hankintasopimus edellyttäisi hankintalain soveltamista. Uudessa hankintalaissa sidosyksikön määritelmää on kuitenkin tiukennettu aiemmasta. Uudessa hankintalaissa edellytetään, että hankintayksikkö pystyy käyttämään määräysvaltaa sidosyksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa ja että sidosyksikkö harjoittaa enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Sidosyksikössä ei saa myöskään olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.

⁹² Euroopan komissio 2017

Uuden hankintalain säätämisen aikaan Ruotsissa oli voimassa vuonna 1994 voimaan tullut laki julkisista hankinnoista (LOU), jota sovellettiin hankinnoissa riippumatta siitä, ylittivätkö tai alittivatko ne määritellyt kynnsarvot, kuin myös hankintadirektiivin liitteessä II B tarkoitetuissa ns. toissijaisissa palveluhankinnoissa. Kynnsarvon alittavissa hankinnoissa Ruotsissa voitiin noudattaa yksinkertaistettua menettelyä julkisiin hankintoihin liittyvissä valinnoissa. Kuitenkin hankintayksiköiden tuli julkaista myös kaikki sellaiset hankinnat, jotka alittivat kynnsarvon pääsääntöisesti sähköisesti kaikkien saatavilla olevan sähköisen tietokannan avulla. Suorat hankinnat olivat sallittuja vähäisissä hankinnoissa (noin 20.000–50.000 euroa) tai erityisistä syistä.⁹³

Ruotsissa samoin kuin Suomessakin kilpailuviranomainen toimii julkisten hankintojen suhteen valvovana viranomaisena. Ruotsin kilpailuviranomainen voi tehdä valvontapäätöksiä sekä hakea vahingonkorvausmaksua tuomioistuimelta. Esimerkiksi vuoden 2021 aikana Ruotsin kilpailuvirasto on antanut useita vastauksia ja selvennyksiä niin hankintaviranomaisille, kuin tavarantoimittajillekin. Kilpailuviranomaisen ohjauksen tavoitteena on edistää julkisten hankintojen tehokkuutta. Ruotsissa julkisten hankintojen arvo on noin 800 mrd. kruunua eli noin kuudesosa Ruotsin bruttokansantuotteesta.⁹⁴

Nyt 1.2.2022 Ruotsissa on astunut voimaan uusi julkisia hankintoja koskeva vapaampi sääntely. Tätä sääntelyä noudatetaan tilanteissa, jotka koskevat kansallisia EU-kynnsarvojen alle jääviä hankintoja sekä sosiaali- ja muiden erityisalojen hankintoja. Uudet säännökset jättävät hankintaorganisaatioille laajasti vapauksia päättää sitä, millä keinoilla ne toteuttavat hankintamenettelyä. Esimerkiksi aiemmin voimassa ollut yksinkertaistettu hankintamenettely on poistunut käytöstä ja tilaajan ja tarjoajan välistä vuoropuhelua voi käyttää osana hankintamenettelyä, samoin kuin se on mahdollista myös Suomen hankintalain puitteissa. Ruotsin uusi laki mahdollistaa myös entistä laajemmat suoramarkinnat, tietyissä tilanteissa jopa 10 miljoonaan kruunuun asti. Aiemmin ruotsalaisen hankintaviranomaisen tuli valita toteuttiko se hankinnan yksinkertaistetulla menettelyllä, valintamenettelyllä vai kilpailullisella neuvottelumenettelyllä. Nyt hankintaviranomainen voi päättää kuinka se hankinnan toteuttaa, vaatimuksena on kuitenkin, että hankintatapa tulee ilmaista hankinta-asiakirjoissa ja viranomaisen tulee kuitenkin huolehtia, että hankintojen tekemisen

⁹³ HE 50/2006, 8–9

⁹⁴ Konkurrensverket 2021, 11–22

peruseriaatteet tulevat huomioiduksi. Hankintaviranomainen voi käyttää valinnoissa myös poissulkemisperusteita sekä hylätä poikkeuksellisen alhaiseksi arvioidun tarjouksen myös sellaisissa tilanteissa, että kyseessä on kynnyksarvon alittava julkinen hankinta.⁹⁵ Ruotsin uusi sääntely on hyvin samankaltainen kuin suomessa nyt voimassa oleva uusi hankintalaki.

3.3 Julkisten hankintojen toteuttamisen tapoja

Yleisimmin hankintoja toteutetaan tarjouskilpailun perusteella tai kokonaistaloudellisen vertailun avulla, jolloin hinnan lisäksi on määritelty vertailutekijöitä, joiden painoarvojen avulla valinta kilpailun voittajasta tehdään. Jos markkinat toimivat hyvin, tarjouskilpailun avulla saadaan kohtuullisia tarjouksia. Ongelmaksi voi kuitenkin muodostua tilanteet, joissa markkinat eivät toimi hyvin. Tällöin hinnat voivat nousta kohtuuttoman korkeiksi tai muuten tarjoukset eivät ole toivotun laisia. Näissä tilanteissa voidaan käyttää apuna kattohinnoittelua. Kattohinnoittelua on käytetty esimerkiksi kunnissa, kun on kilpailutettu koulukuljetuksia. Tällöin hinta on määritelty aiempien reittitaksojen pohjalta. Tuleekin huomioida, että hintakattoa käyttäessä tulee olla tietoinen palvelun hintatasosta, jotta pystytään välttämään ali- tai ylihinnoittelu.⁹⁶

Kattohinnoittelua on ollut käytössä myös erilaisissa palveluseleiden käyttöönotoissa. Palveluiden kilpailuttaminen kattohinnan avulla on ollut Sitran palvelusetelien kehittämisprojektin suosittelema toteutusmuoto. Palveluseleiden avulla palveluja tuottava kunta voi asettaa enimmäishinnan hintakaton avulla tai antaa hinnan muodostua markkinoilla kysynnän ja tarjonnan muodostamana. Jos kunta päättää asettaa palveluntarjoajalle enimmäishinnan, kunta pystyy määrittelemään palvelun tuottamisen kustannuksia paremmin tilanteissa, joissa markkinoilla on vain pieni määrä palveluntuottajia ja tämän vuoksi ei syntyisi aitoa kilpailua.⁹⁷

Hankintalain 104 §:n 1 momentissa määritellään tarjouspyynnön laatimisen periaatteita. Lain mukaan hankintayksikön tulee pyytää hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä toimittajia määrääaikaan mennessä esittämään tarjouksensa. Tarjouspyyntö tulee tehdä kirjallisesti ja se on laadittava niin, että sen perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.

⁹⁵ Cederquist 2022

⁹⁶ Siltala 2012, 71

⁹⁷ Melin, Tuominen-Thuesen & Koila 2010, 5

Hallituksen esityksessä tarjouspyynnön tärkeä tehtävä on kuvata hankittava kohde syrjimättömällä tavalla.⁹⁸

Hankintayksiköstä säädetään hankintalain 5 §:ssä. Sen mukaan hankintayksikköjä ovat valtion, hyvinvointialueiden ja -yhtymien, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset sekä evankelisluterilainen ja ortodoksinen kirkko, niiden seurakunnat ja viranomaiset, valtion liikelaitokset sekä muut julkisoikeudelliset laitokset ja mikä tahansa sellainen hankinnan tekijä, joka on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta joltain edellä mainituista organisaatioista.

Hankintalain 4 §:ssä säädetään mitä tarkoitetaan toimittajalla, tarjoajalla ja ehdokkaalla, kun on kyse julkisesta hankinnasta. Toimittaja voi olla joko luonnollinen henkilö, oikeushenkilö tai muu julkinen taho tai tahojen ryhmittymä, jolla on tarjolla markkinoilla tavaroita, palveluita, rakennustyötä tai rakennusurakoita. Toimittajasta tulee tarjoaja, kun se jättää tarjouksen hankintapyyntöön. Ehdokkaaksi kutsutaan sellaista toimittajaa, jos on ilmoittanut halukkuutensa osallistua julkisiin hankintoihin liittyvään rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, innovaatiokumppanuusmenettelyyn tai suoraan hankintaan.

Hankintalain 106 §:ssä säädetään siitä, että tarjouksista tulee valita kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi voidaan tulkita tarjous, joka on joko hankintayksikön kannalta hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras. Jos kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnan keinoksi valitaan hinta-laatusuhde, tulee tämän arvioinnin perustaksi ilmoittaa vertailuperusteet. Nämä tulee esittää aiemmin mainitussa tarjouspyynnössä. Hallituksen esityksen mukaan mitä kokonaistaloudellisesti edullisesta tarkoitetaan vastaa myös lain 93 §:ää, jonka yksityiskohtaisissa perusteluissa on esitetty vertailuperusteiden asettamisen vaatimuksia. Lisäksi, jos hankintayksikkö käyttää hankintaperusteena halvinta hintaa sellaisissa hankinnoissa, joissa ei ole kyse tavaroiden ostamisesta, tulee sen perustella erikseen, miksi sen valintaperusteena on ainoastaan halvin hinta.⁹⁹

⁹⁸ HE 108/2016, 200–212

⁹⁹ *ibid*

Hankintalaissa edellä mainitussa EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskevassa 93 §:n 3 momentin kohdassa säädetään, että hankintayksikkö voi esittää hinta-laatusuhteen kustannustekijät myös kiinteän hinnan tai kustannusten muodossa. Tämä tarkoittaa sitä, että tarjouskilpailuun osallistuvat kilpailevat ainoastaan tuotteen laatuun liitettävillä perusteilla. Hallituksen esityksessä on kuvattu tämän tarkoittavan käänteistä kilpailutusta, jota voidaan kutsua myös ranskalaiseksi urakaksi. Kun hankinnat tehdään käänteistä kilpailutusta käyttämällä, hinnan määrittely nousee tärkeään asemaan. Oikean hinnan avulla hankintayksiköt saavat sellaisia tarjouksia, jotka täyttävät hankinnalle asetetut laadulliset tavoitteet. Hankintalain 93§ perustuu hankintadirektiivin 67 artiklaan.¹⁰⁰

Hankintalain kokonaistaloudellisesti edullisemman tarjouksen valinnassa tulee 93 §:n 5 momentin mukaan ottaa myös huomioon se, että vertailuperusteet tulee asettaa niin, että hankintaviranomainen pystyy tarkistamaan tarjoajien ilmoittamien tietojen paikkansapitävyyden. Epäselvissä tapauksissa hankintayksikön tulee tarkastaa, että kilpailuun osallistuneiden esittämät seikat pitävät oikeasti paikkansa. Hinta-laatusuhteeseen liittyviä perusteita voi olla esimerkiksi laatuun, yhteiskunnallisiin-, ympäristöön- tai sosiaalisiin liittyviin näkökohtiin tai tuotteen tai palvelun innovatiivisiin ominaisuuksiin liittyviä tekijöitä.

Julkisissa hankinnoissa laatu voi tarkoittaa esimerkiksi teknisiä ansioita, tuotteen ominaisuuksia, esteettömyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua, tukea tai huoltoa tai esimerkiksi toimitusehtoja. Myös toteutukseen osallistuvan henkilöstön laatu voidaan ottaa huomioon. Hankintayksikön on mahdollista esittää hinta-laatusuhteeseen liittyvät kustannukset kiinteähintaisena, jolloin tarjoajat kilpailu tapahtuu pelkästään tekijöillä, jotka liittyvät tuotteen tai palvelun laatuun.

Hankintayksikön tulee esittää sen käyttämät kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet tai hinta-laatusuhteeseen liittyvät vertailuperusteet ja niiden mahdollinen painotus hankintailoituksessa, tarjouspyynnössä tai neuvottelukutsussa. Käytettyjen vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen kuten lain 94 §:ssä säädellään, eikä

¹⁰⁰ HE 108/2016, 200–212

niiden käyttäminen saa muodostaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Perusteiden on myös oltava syrjimättömiä ja niiden tulee mahdollistaa todellinen kilpailu.

3.4 Hankintojen arvo ja sen vaikutus muutoksenhakuun

Julkisten hankintojen tekemiseen liittyy hankinnan arvo ja sen määrittely. Hankinnan arvolla on merkitystä sen suhteen millainen laki ja säännökset tulee sovellettavaksi missäkin hankinnassa. Jos hankinta on alle kansallisen kynnyсарvon eli niin kutsuttu pientankinta, hankintalain säännöksiä ei tarvitse noudattaa. Vaikka hankintalaki ei tule näissä tilanteissa sovellettavaksi, tulee hankinnoissa kuitenkin noudattaa samoja periaatteita kuin rajat ylittävissäkin hankinnoissa tulee tehdä. Kansallisiin kynnyсарvon ylittäviin ja EU-kynnyсарvon ylittäviiin hankintoihin löytyy omat sovellettavat määräykset. Lähtökohtaisesti hankintalaissa on lueteltu tyhjentävästi ne tilanteet, joissa sitä ei sovelleta, jolloin sen säännöksiä on tulkittava sanamuodon mukaisesti ja nimenomaisesti.¹⁰¹

Julkisten varojen käyttäminen ja julkisten hankintojen tekemisen voidaan katsoa osaksi julkisen vallan käyttöä ja siihen voi liittyä myös virkavastuun toteuttamista. Julkisista hankinnoista tehtävät päätökset ovat hallintopäätöksiä, joista voi valittaa hallintolainkäyttölain¹⁰² mukaisesti, riippumatta siitä on kyseessä sellainen hankinta, jossa sovelletaan hankintalakia vai ei. Sen sijaan valmistelu varojen käyttämiseksi ei välttämättä täytä julkisen vallan käytön edellytyksiä. Vaikka hankintalaissa ei ole suoraan otettu kantaa julkisen vallan käyttöön liittyviä näkökulmia julkisten hankintojen järjestämisen suhteen, tulee kuntien hankintoja tehdessään kuitenkin pitää mielessä perustuslain 124 §:ssä säädetty rajoitus siitä, että julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Hankintoihin liittyvissä riitatilanteissa tulee merkitykselliseksi myös arvioida, onko kyseessä julkis- vai yksityisoikeudellinen toimi. Tapauksissa, joissa on kyse hankinnoista, joihin sovelletaan hankintalakia, niihin liittyvistä päätöksistä valitetaan hallintolainkäyttöasiana erityiseen hallinto-oikeuteen eli markkinaoikeuteen ja hankintasopimukseen liittyvät erimielisyydet käsitellään siviiliprosessin mukaisesti yleisissä tuomioistuimissa.¹⁰³

¹⁰¹ Määttä & Voutilainen 2017, 143

¹⁰² Hallintolainkäyttölaki kumottu, Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa voimassa 1.1.2020 alkaen

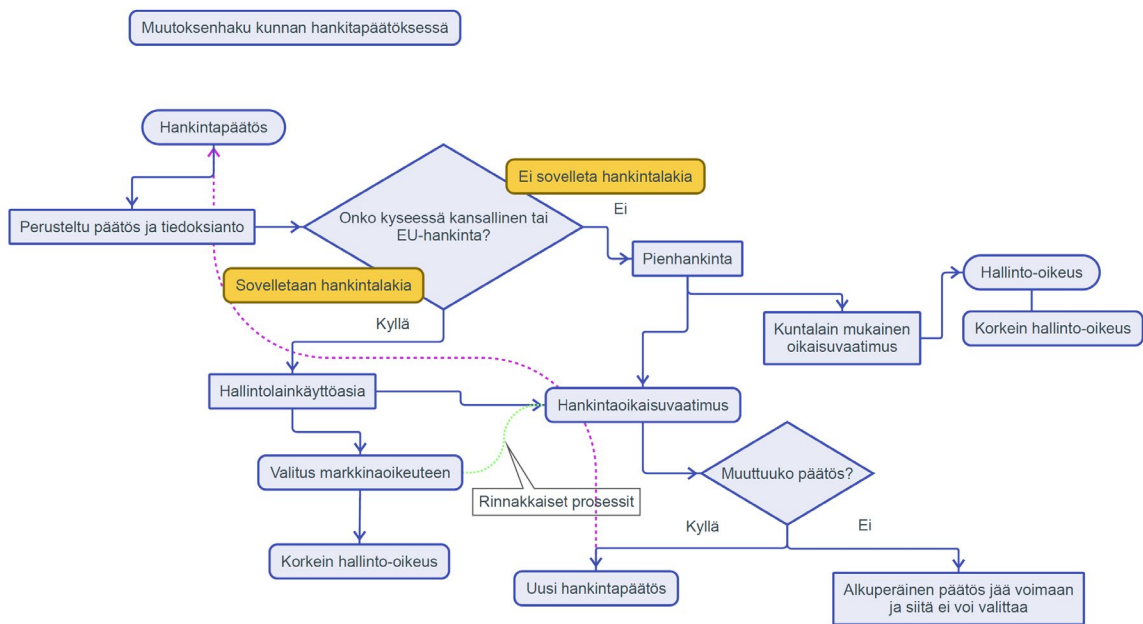
¹⁰³ Määttä & Voutilainen.2017, 50–55

Vaikka kyseessä olisi pienhankinta, jossa ei noudateta hankintalakia, myös näistä hankinnoista on tehtävä hankintapäätös normaalien hallinnollisten periaatteiden mukaisesti ja hallintopäätös tulee antaa asianosaisille tiedoksi samaan tapaan kuin muistakin kunnallisista päätöksistä tulee tiedottaa. Riippumatta siitä onko kyseessä hankintalain mukainen hankinta vai pienhankinta, molempiin sovelletaan hankintaoikaisua.¹⁰⁴ Hankintaoikaisusta säädetään hankintalain 132 §:ssä. Sen mukaan hankintayksikkö voi poistaa virheellisen päätöksensä tai peruuttaa muun hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun, jolla on oikeudellisia vaikutuksia ehdokkaiden tai tarjoajien asemaan, ja ratkaista asian uudelleen, jos päätös perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen tai jos asiaan on tullut sellaista uutta tietoa, joka voi vaikuttaa päätökseen. Hankintalain mukaan päätöksen tai ratkaisun oikaiseminen ei edellytä asianosaisen suostumusta. Hankintalain 133 §:n mukaan hankintayksikkö voi ottaa hankintaoikaisun käsiteltäväkseen omasta aloitteestaan tai asianosaisen vaatimuksesta. Hankintayksikön on ilmoitettava hankintaoikaisun vireilletulosta välittömästi niille, joita asia koskee ja muutoksenhaku markkinaoikeuteen ei myöskään estä hankintaoikaisun tekemistä tai hankintaoikaisun käsittelyä. Hankintaoikaisu voi koskea myös lainvoimaiseksi tullutta hankintayksikön päätöstä, jos asiaa ei ole saatettu markkinaoikeuden käsiteltäväksi.

Jos tarjouskilpailuun osallistunut päättää tehdä valituksen esimerkiksi hävittyään kilpailun, tulee heidän arvioida mihin sellaiseen hankintalain säännökseen he voisivat valituksensa perustaa, jonka avulla voisi perustella sen, että hankinta ei ole tapahtunut hankintalain säännösten mukaisesti. Käytännössä kyseeseen voisi tulla esimerkiksi syrjintä tai suhteellisuusperiaatteen noudattamatta jättäminen, joka on johtanut siihen, että valittaja on saanut vähemmän pisteitä kuin tarjouksen voittaja. Valittaja voisi myös vedota siihen, jos tarjouspyyntö on ollut puutteellinen tai vertailuperusteita ei ole sovellettu hankintalain määräysten mukaan. Myös hankintapäätöksen perustelut voivat olla syy valituksen tekemiseen. Valituksen tekijä voi myös valita, haluaako hän tehdä sekä valituksen markkinaoikeuteen että hankintaoikaisuvaatimuksen, vai vain toisen niistä.¹⁰⁵ Seuraavassa (kuvio 1) on esitetty edellä kuvattuja erilaisia muutoksenhakekeinoja kuntien hankintapäätöksiin liittyen.

¹⁰⁴ Pienhankinnat

¹⁰⁵ Tekisinkö hankintaoikaisun vai valituksen vai molemmat?



Kuvio 1: muutoksenhakekeinot kunnan julkisissa hankinnoissa ¹⁰⁶

3.5 Markkinoiden kartoitus ja neuvottelu osana hankintaprosessia

Hankintayksiköt saattavat olla tilanteessa, jossa niillä ei ole tarkkaa tietoa tai asiantuntemusta siitä, millaisia tuotteita tai mahdollisuuksia markkinoilta löytyisi täyttämään heidän tarpeitaan. Teknologia kehittyy ja yritysten tarpeet voivat muuttua, joten samasta asiastakin voi olla tullut markkinoille uusia ratkaisuvaihtoehtoja, vaikka samasta asiasta olisi aiempaakin hankintakokoemusta. Kaikissa näissä tilanteissa hankintamenettelyä voi tehostaa ennen hankintamenettelyn käynnistämistä suoritetun markkinatilanteen kartoituksen avulla.¹⁰⁷

Hankintalain 65 §:ssä säädetään tarkemmin siitä, kuinka hankintayksikkö voi suorittaa markkinakartoitusta. Laki sallii myös sen, että hankinnan tilaaja antaa toimittajille tietoa pelkän tiedon keräämisen sijasta, markkinakartoitus on siis kaksisuuntainen tapa selvittää asioita. Markkinakartoitusta koskeva sääntely ei ole hankintalaissa tyhjentävää, vaan se antaa hankintayksikölle vapauksia päättää siitä mitä ja kuinka se haluaa aiheesta selvittää ja kuinka se saamaansa tietoa hyödyntää. Markkinakartoituksen avulla hankkija voi selvittää esimerkiksi millaiset sopimusehdot sopisivat kyseiselle hankinnalle, millaisia

¹⁰⁶ Mukailen Vihdin kunnan hankintaohje 2018

¹⁰⁷ Eskola 2017, luku 9.1

hinnoittelumekanismia liittyy hankittaviin tuotteisiin tai esimerkiksi sitä minkälaisia vaatimuksia ja ehtoja hankinnalle olisi järkevää asettaa. Markkinakartoituksen avulla voidaan myös selvittää minkälaisella hankintamenettelyllä hankinta kannattaisi tehdä, esimerkiksi että soveltuisiko käännettyyn hintaan perustuva menettely hankinnan kohteena olevalle tuotteelle ja että minkälaisissa osissa hankinta olisi hyvä suorittaa. Myös hankinnan loppukäyttäjien tarpeita voidaan selvittää markkinakartoituksen avulla.¹⁰⁸

Ympäristöön liittyviä näkökohtia voidaan huomioida kaikissa tarjouspyynnön vaiheissa. Markkinavuoropuhelun avulla hankinnan tekijä voi selvittää hankintaan liittyviä ympäristöön tai hankinnan teknisiin vaatimuksiin liittyviä tekijöitä jo hankintaa suunniteltaessa. Vuoropuhelu ei saa kuitenkaan johtaa kilpailun vääristymiseen ja tämän vuoksi tulee varmistaa tarjoajien tasapuolinen kohtelu ja avoimuus läpi prosessin. Ympäristömerkkien tai muiden ehtojen käyttö tulisi aina suunnitella tapauskohtaisesti punniten hankinnan laajuus ja siihen liittyvä riskit. Markkinavuoropuhelun avulla hankinnan tekijä voi selvittää, millä tavoilla potentiaaliset tarjoajat pyrkivät parantamaan ympäristöprofiiliaan ja millä tavoin he käyttävät ympäristömerkkejä tai ympäristöjärjestelmiä. Markkinavuoropuhelun avulla voi olla myös mahdollista selvittää millaisia ympäristöön liittyviä vaatimuksia ja keinoja niiden osoittamiseen kullakin toimialalla on, sillä voi olla mahdollista, että esimerkiksi joku tietty ympäristömerkki ei ole saatavilla kaikilla markkinoilla. Liian tiukat tai väärin asetetut ehdot voivat rajoittaa tarjoukseen osallistujien määrää ja aiheuttaa hankinnan epäonnistumisen.¹⁰⁹

Kun markkinakartoituksen tarkoituksena on selvittää hankintaan liittyviä asioita jo ennen hankintaprosessin aloitusta, neuvottelumenettelyllä sen sijaan tarkoitetaan avointa ja rajoitettua menettelyä joustavampaa varsinaista hankintamenetelmää. Neuvottelumenettelyä saa käyttää, jos sille laissa säädetyt määräykset täyttyvät. Neuvottelumenettelyä käytettäessä hankintayksikkö luo julkisen ilmoituksen hankinnasta ja kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää lupaa osallistua neuvotteluihin. Neuvottelumenettelyn kulkua uudistettiin uudessa hankintalaissa ja uudistuksen tarkoituksena oli, että neuvottelumenettelystä tulisi yksinkertaisempi ja joustavampi.¹¹⁰

¹⁰⁸ Eskola 2017, luku 9.1

¹⁰⁹ Nordic Council of Ministers 2017, 6–20

¹¹⁰ Eskola 2017, luku 5.3

Kansallisissa hankinnoissa hankintayksikkö voi uuden hankintalain voimaantulon jälkeen koska vain käyttää neuvottelumenettelyä tai muuta sen kaltaista itsensä määrittelemää menettelytapaa. EU-kynnysarvon ylitse menevissä hankinnoissa uuden hankintalain voimaan tulon jälkeen aiemmin voimassa olleet neuvottelumenettely ja kilpailullinen neuvottelumenettely on yhdistyneet niin, että niitä koskevat samat käyttöedellytykset, jolloin hankinta yksikkö voi käyttää kumpaa tahansa tapaa, jos hankintayksikön tarpeita ei voida tyydyttää sillä hetkellä tarjolla olevilla ratkaisuilla niitä muuttamatta tai jos hankintaan kuuluu suunnittelua tai innovatiivisia ratkaisuja. Neuvotteluiden avulla hankintayksikkö voi varmistaa, että saatava palvelu, urakka tai tavara todella vastaa niitä tarpeita, joita varten hankintaa ollaan tekemässä. Myös muut sellaiset erityiset syyt, joiden vuoksi hankintayksikölle aiheutuisi riskejä hankinnan tekemisestä ilman neuvotteluja oikeuttavat hankintayksikön käyttämään neuvottelumenettelyä myös EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Tällöin hankintayksikkö voi selvittää esimerkiksi monimutkaisten rakennusurakoiden tai elinkaari- tai allianssimallilla toteutettavien projektien hankintojen tarkkaa sisältöä, kustannusten muodostumisen perusteita tai mahdollisia hankkeeseen liittyviä rahoitusehtoja. Myös se tekijä, jos alalta puuttuu standardit tai muut eritelmät, joiden avulla hankinnan kohdetta saataisiin riittävällä tarkkuudella määriteltyä, oikeuttaa valitsemaan hankintamenettelyksi neuvottelumenettelyn. Neuvottelumenettelyyn voidaan siirtyä myös kesken prosessin erikseen määriteltyjen ehtojen toteutuessa, jos tarjouspyyntöön ei ole saatu sitä vastaavia tarjouksia. Tällöin neuvottelun avulla tarjouspyyntöjä voidaan muokata vastaamaan tarjouspyyntöä.¹¹¹

Jos hankintayksikkö valitsee hankintatavaksi neuvottelumenettelyn, sen tulee suunnitella tarkasti neuvottelujen sisältö ja aikataulu sekä eri vaiheet, jota se aikaa neuvottelumenettelyssä käyttää. Onnistunut neuvottelumenettely tuottaa tuloksena yhteisymmärryksen hankinnan tavoitteista ja edesauttaa vertailukelpoisten ja yhteismitallisten tarjousten saamista. Neuvottelumenettelyn suorittamiseen tulee kuitenkin varata pidempi aika kuin avoimeen tai rajoitettuun menettelyyn perustuvaan kilpailutusprosessiin ja myös neuvottelumenettelyn kustannus voi nosta suuremmaksi pidemmän prosessin vuoksi.¹¹²

¹¹¹ Eskola 2107, luku 5.3

¹¹² ibid

Hankinnan ehtoihin voi sisältyä sekä pakollisia vähimmäisvaatimuksia että muunlaisia vertailuperusteita. Vähimmäisvaatimukset ovat neuvottelukiellon piirissä ja niiden tulee toteutua kaikilta neuvotteluosapuolilta, jotta tarjous voidaan katsoa soveltuvaksi. Sen sijaan muunlaiset vähimmäisvaatimukset ylittävät vertailuperusteet voivat olla neuvottelumenettelyn piirissä ja niistä voidaan neuvotella toimittajien kanssa. Hankintayksikön tulee hankinta-asiakirjoissaan selkeästi ilmoittaa mitkä ehdot ovat vähimmäisvaatimuksia ja mitkä ehdot sellaisia, joista voidaan neuvotella. Neuvoteltavat ehdotkaan eivät saa kuitenkaan johtaa siihen, että hankinnan luonne olennaisesti muuttuisi.

113

Neuvottelukiello vähimmäisvaatimukseen liittyen perustuu EU-tuomioistuimen ratkaisuun C-561/12, *Nordecon* (EU:C:2013:793), jossa tieurakan tarjouspyynnössä tien vähimmäisleveydeksi määrättyä mitta muutettiin neuvottelumenettelyn kuluessa niin, että yhden tarjoajan tarjotessa vähimmäisleveyttä pienempää leveyttä hankkija pyysi myös muita päivittämään tarjouksia tämän pienemmän tarjouksen mukaiseksi. Tarjoajat suostuivat pyyntöön ja tarjosivat myös tämän pienemmän mitan mukaisia urakoita. EU-tuomioistuin totesi kuitenkin, että vaikka hankintaviranomaiset voivat käyttää laajasti neuvotteluvaltaa, niin ennalta määriteltyjen minimivaatimusten muuttaminen loukkaisi avoimuusperiaatetta sekä vaarantaisi ehdokkaiden tasapuolisen kohtelun. Joustamalla pakollisista ehdoista luovuttaisiin siitä merkityksestä, jota pakollisilla ehdoilla tavoitellaan. Tällöin myöskään yhteinen pohja, jonka perusteella neuvotteluja käydään ei pysyisi vakaana. Käytännön tasolla se luokittelee hankintayksikkö ehdot pakollisiin vai ei-pakollisiin merkitsee sitä, kuinka paljon se sitoo käsiään neuvottelun edetessä mahdollisesti ilmeneviin seikkoihin. Pakolliset ehdot sitovat hankintayksikköä kilpailun loppuun asti, vaikka neuvottelumenettelyn aikana ilmeisi esimerkiksi tuomintatapoja, joita se ei osannut ennakoita neuvottelumenettelyä aloittaessaan ja jotka voisivatkin olla hankintayksikön kannalta parempia.¹¹⁴

¹¹³ Eskola 2107, luku 5.3

¹¹⁴ *ibid*

4 LAATU JULKISTEN HANKINTOJEN VERTAILUPERUSTEENA JA KUNNALLISEN TOIMINNAN TULOKSELLISUUDEN VAATIMUKSENA

4.1 Vertailuperusteiden asettamisen sääntely ja sen tarkentuminen oikeuskäytännössä

Hankintalain 93 §:ssä säädetään siitä, että hankintayksikkö voi asettaa hinta-laatusuhteeseen liittyviä vertailuperusteita, jotka voivat liittyä niin laadullisiin, yhteiskunnallisiin, ympäristö- tai sosiaalisiin näkökohtiin kuin myös hankintoihin liitettäviin innovatiivisiin ominaisuuksiin. Lain mukaan vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja niiden tulee varmistaa kilpailun todellinen mahdollisuus sekä olla syrjimättömiä. Lisäksi vertailuperusteet eivät saa synnyttää hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Hankintayksikön tulee myös tarkistaa tarjoajien toimittamien tietojen paikkansapitävyys, jos niissä on epäselvyyttä.¹¹⁵ Tietojen tarkistettavuuden vaatimukset pohjautuvat Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuun tapauksessa C-448/01, EVN Wienstrom (EU:C:2003:651). Ratkaisun mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta rikkoo se, että hankintaviranomainen määräsi vertailuperusteen niin, että se ei pystynyt tarkistamaan tarjoajien antamien tietojen paikkansapitävyyttä. Tällöin hankintamenettelyn avoimuus ja objektiivisuus tulivat kyseenalaisiksi.¹¹⁶

Erityisesti vertailuperusteiden objektiivisuuteen ja taloudelliseen merkitykseen on kiinnitetty huomiota vertailuperusteisiin liittyneissä oikeustapauksissa. Tarjouspyynnöstä tulee voida selvittää mihin nimenomaisiin ja konkreettisiin seikkoihin tarjousten vertailu ja pisteytys tulee pohjautumaan ja niiden tulee olla puolueettomasti arvioitavissa. Vertailussa voidaan käyttää apuna tarjoajien toimittamia materiaaleja, kuten tuotteeseen tai palveluun liittyviä selvityksiä tai muita dokumentteja tai myös esimerkiksi tarjouksen jälkeen tehtyjä tarjouspyynnössä etukäteen ilmoitettuja haastatteluja.¹¹⁷

Vertailuperusteiden asettamiseen liittyen on unionin tuomioistuimessa käyty useita oikeudenkäyntejä.¹¹⁸ Vertailuperusteet eivät saa olla liian yleisiä tai yksilöimättömiä, sillä silloin niiden voidaan katsoa antavan hankintayksikölle rajattomat valinnan mahdollisuudet.

¹¹⁵ Määttä & Voutilainen 2017, 191–197

¹¹⁶ HE 108/2016, s. 203

¹¹⁷ Määttä & Voutilainen 2017, 191–197

¹¹⁸ ks. esim. C-532/06, Lianakis (EU:C:2008:40), C-470/99, Universale Bau (EU:C:2002:746), C-331/04, ATI EAC (EU:C:2005:718) ja C-87/94, komissio vs. Belgia (EU:C:1996:161), C-31/87, Beentjes (EU:C:1988:422), C-324/93, Evans Medical ja Macfarlan Smith (EU:C:1995:84), C-513/99, Concordia Bus Finland (EU:C:2002:495) ja C-19/00, SIAC Construction (EU:C:2001:553).

Kotimaisissa oikeustapauksissa esimerkiksi käyttökustannukset, yhteistyökyky, työturvallisuus ja toimintavarmuus on katsottu olevan liian yleisluontoisia.¹¹⁹

Markkinaoikeudessa käsittelyssä olleessa tapauksessa MAO:120/20 käsiteltiin kirjastokalusteisiin liittyvää hankintaa. Kysymyksessä oli ensisijaisesti se, oliko tarjouspyyntöasiakirjat laadittu niin, että vertailuperusteet ja asetettu hinta olivat turvanneet tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun. Asetetusta hinnasta oli annettu ristiriitaista tietoa, kun toisaalla hinnaksi oli asetettu täsmällinen hinta ja toisaalla oli sanottu, että hinta saa olla enintään tämän summan verran. Kuitenkin asiakirjoissa oli mainittu, että kyseessä on käänteinen kilpailutus ja vertailu suoritetaan laatuun liittyvillä vertailuperusteilla. Kun vertailuperusteeksi oli ilmoitettu laatu, markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyyntö ei ollut epäselvä tai estänyt tarjoajien tasapuolista tai syrjimätöntä kohtelua vaikka hintaan liittyvät lähtötiedot olivat asiakirjassa ristiriitaisia.

Hankintayksiköllä on harkintavaltaa vertailuperusteiden määrittelyssä. Jotta voitaisiin katsoa, että tarjouskilpailuun osallistujat saavat tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua, tulee valintaan vaikuttavat seikat kuvailla sellaisella tarkkuudella, että tarjouspyynnön tuloksena saadaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Tarjoajille tulee olla selvillä, mitkä ovat ne seikat, joilla on merkitystä tarjouskilpailun voittajaa valittaessa.

Kyseisessä tapauksessa tarjouspyynnössä vertailuperusteeksi oli asetettu kalusteiden riittävyys kokonaisuutena, erilaisten toimintojen toteuttaminen tiloissa, sisustuksen kokonaisuus ja viihtyvyys sekä tarjoukseen sisältyvät lisäelementit ja asioimista helpottavat kalusteratkaisut. Markkinaoikeuden tulkinnan mukaan osa vertailuperusteista oli täsmällisesti määriteltävissä, mutta osa perusteista oli niin yleisiä, avoimia ja epätasällisia, että niistä ei ole voinut tarjousta jättäessä tietää, kuinka niitä arvioidaan tarjouksia vertailtaessa ja näin ollen ne ovat antaneet lähes rajattoman valinnanvapauden tarjousten vertailuun sekä estäneet yhteismitallisten ja keskenään vertailukelpoisten tarjousten tuottamisen.¹²⁰

¹¹⁹ HE 108/2016, 202

¹²⁰ MAO:120/20

Toisessa markkinaoikeuden ratkaisussa MAO:914/15 oli kyse henkilöstöravintolan lounas-, kokous- ja edustuspalvelujen hankinnasta. Valittaja esitti, että tarjouspyynnön vertailuperusteet olivat epäselviä ja tulkinnanvaraisia ja vertailuperusteet olivat myös jättäneet hankintayksikölle rajattoman harkintavallan. Koska tapauksessa laadulla oli ratkaiseva painoarvo, olisi vertailuperusteiden asettamisessa tullut olla erityisen huolellinen ja objektiivinen. Tarjouspyynnössä ei ollut määritelty yksilöityjä, täsmällisiä ja tarkkoja vertailuperusteita, vaan vertailuperusteet olivat subjektiivisia ja tulkinnanvaraisia, jolloin tarjoajien on ollut mahdotonta ennakoida kuinka vertailuperusteita tullaan ottamaan huomioon tarjouksia vertaillessa.

Kyseisessä tapauksessa valittajan mukaan voittanut tarjous oli myös tarjouspyynnön vastainen ja se olisi tullut siksi sulkea ulos kilpailusta. Voittanut tarjous oli sisältänyt viiden viikon ruokalistan, vaikka tarjouspyynnön vaatimuksena oli kuuden viikon ruokalista. Myös vaadittu ainesosaluettelo oli puuttunut tarjouksesta. Valittajan mukaan myös tarjousten vertailu oli suoritettu virheellisesti, epätasapuolisesti ja epäjohdonmukaisesti niin, että pisteytyksessä oli suosittu voittajaa ja syrjitty valittajaa. Valittajan mukaan yksilöimättömät ja epätasälliset vertailuperusteet olivat johtaneet hankintayksikön rajattomaan valinnanvapauteen ja suhteettomaan, ennalta-arvaamattomaan ja epätasapuoliseen arviointiin.

Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että hankintayksiköllä on harkintavalta kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden valinnassa ja siinä, kuinka hankintayksikkö niitä soveltaa. Vertailuperusteiden tulee kuitenkin olla sellaisia, joiden perusteella voidaan selvittää mikä tarjouksista on kokonaistaloudellisesti edullisin. Jotta hankintamenettely olisi avoin ja tasapuolinen, tulisi tarjoajilla olla tieto mitkä seikat ovat merkityksellisiä tarjouskilpailua ratkaistaessa. Hankintayksikön harkintavalta ulottuu tarjousten pisteytykseen, mutta sen tulee tapahtua ennakolta ilmoitettujen vertailuperusteiden mukaisesti.

Markkinaoikeuden mukaan hankintayksikkö ei ollut määritellyt laadullisten vertailuperusteiden sisältöä eikä sitä, kuinka tarjouksia tullaan vertailemaan. Markkinaoikeus totesi, että erityisesti monipuolisuutta, raaka-aineita, värikkyyttä ja terveellisyttä koskeneet vertailuperusteet olivat niin lähellä toisiaan, etteivät tarjoajat voineet ennakolta tietää kuinka

kriteerien pisteytys tullaan suorittamaan. Markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyyntö antoi hankintayksikölle lähes rajattoman vapauden tarjousten laatuvertailussa ja tämän vuoksi tarjoajia ei voitu kohdella tasapuolisesti ja syrjimättömästi.

Myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO: 2017:152 on kiinnitetty huomiota vertailuperusteen muodostamiseen. Tässä tapauksessa oli kyse vertailuperusteiden syrjivyydestä, kun vain yksi tarjoaja pystyi tarjoamaan sellaisia lisäominaisuuksia tarjouksessaan, josta hankintayksikkö myönsi kilpailijoille lisäpisteitä. Tarjouskilpailu koski passien, henkilökorttien ja oleskelulupakorttien hankintaa. Vaikka tapaus käsiteltiin vanhan hankintalain voimassaoloaikana, uusi vuonna 2017 voimaantullut laki ei poikkea aiemmasta laista kyseisiltä osilta kuin vähän. KHO antoi ratkaisussaan hankintayksikölle laajan harkintavallan siihen, kuinka hankintayksikkö päättää asettaa vertailuperusteet tarjouskilpailuun.

Tässä tapauksessa valintaperusteena oli kokonaistaloudellinen edullisuus niin, että 50 prosenttia vertailuperusteesta muodostui hinnasta ja 50 prosenttia laadusta, jossa yhdestä osiosta oli mahdollista saada lisäpisteitä muodon, materiaalin, valmistusmenetelmän ja turvatekijöiden perusteella. Kyseessä ei siten ollut kattohinnoittelua koskeva ratkaisu, koska myös hinta oli osa valintaperustetta, mutta koska vertailuperusteiden asettaminen koskee myös kattohinnoittelua, on tämä tapaus merkityksellinen myös kattohinnoittelun kannalta. Hankintayksikkö oli myös selvittänyt ennakolta passien uusia turvaominaisuuksia ja tuotekehittelyn tuloksia markkinakartoituksen avulla. Markkinakartoituksessa olivat olleet mukana niin tarjouskilpailun voittanut yhtiö kuin myös kilpailussa toiseksi sijoittunut, valituksen tehnyt yhtiö. Markkinakartoitus oli perustunut turvatekijöihin liittyvään kyselyyn sekä avoimeen tilaisuuteen esittää passeihin ja niiden turvaominaisuuksiin liittyviin ratkaisuihin.

Valittajan esityksen mukaan osaa vertailuperusteina olevista lisäominaisuuksista ei voinut toteuttaa rikkomatta kilpailun voittaneen yhtiön omistamaa Eurooppa patenttia ja eurooppapatenttihakemusta. Markkinaoikeus katsoi, että kyseisiä lisäominaisuuksia olisi voinut toteuttaa myös muilla keinoilla, kuin mistä voittaja omisti patentit. Tämän perusteella hankintayksikkö sai asettaa nämä lisäominaisuudet vertailuperusteeksi.

Valittaja vei tapauksen korkeimpaan hallinto-oikeuteen, jossa todettiin, että hankintayksiköillä on oikeus kartoittaa markkinoilla olevia vaihtoehtoja ja tätä selvitystä voidaan tehdä esimerkiksi vuoropuhelulla erilaisten yritysten ja asiantuntijoiden kanssa ennen kuin virallinen tarjouspyyntö laaditaan. Myöskään sen ei voida katsoa olevan syrjintää, jos tarjouspyyntöön asetetaan teknisiä tekijöitä, jotka on saatu selville alan toimijoiden kanssa keskustelemalla.

KHO totesi myös, että hankintayksiköllä on laaja harkintavalta sen suhteen, millaisia vertailuperusteita se asettaa. Hankintayksikkö voi vapaasti asettaa haluamansa vertailuperusteet ja päättää kuinka se niitä haluaa pisteyttää ja painottaa. Kyseisessä tapauksessa lisäominaisuuksien asettamisessa ei viitattu tiettyyn patenttiin eikä vaatimuksia ollut kuvattu samalla tavalla kuin patenttihakemuksissa oli määritelty kyseiset seikat. Tämän vuoksi lisäominaisuuksien voitiin katsoa olevan puolueettomia. Se että vain yksi tarjoaja pystyi tarjoamaan pyydettyjä lisäominaisuuksia ei ollut yhdenvertaisen kohtelun vastaista.

Toisessa hieman vanhemmassa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2014 T 2518 käsiteltiin kilpailutusta, jonka tarkoituksena oli ikäihmisten asumispalveluiden ja päivä- ja palvelukeskuspalvelujen hankinta. Kilpailutus oli hyvin lähellä käänteistä kilpailutusta, sillä vertailussa hinnalle annettiin 5 prosentin painoarvo ja laadulle 95 prosentin painoarvo. Tarjousvertailu perustui pääasiassa laatutekijöihin, sillä tarjouspyynnössä oli asetettu kiinteät hoitopäiväkohtaiset hinnat asumispalveluille ja päiväkeskuspalveluille.

Tarjouspyynnössä oli paljon vähimmäisvaatimuksia ja -ehtoja sekä laadullisia vertailuperusteita, joista isossa roolissa oli toiminnan vaikuttavuuden kehittämissuunnitelma. Tämä kehittämissuunnitelma oli ohjeistettu liittämään mukaan tarjoukseen. Kehittämissuunnitelmaan sisältyi esimerkiksi toteuttamiskelpoisuuden ja innovatiivisuuden kriteerit. Ehdokkaiden pyydettiin kuvailemaan, onko suunnitelma realistinen ja esittämään toimintatapoja vaikuttavuuden kehittämiseksi. Kehittämissuunnitelmat saivat olla vapaamuotoisia ja kehittämistoimenpiteitä ei ollut rajattu tarkasti. Nimettömät kehittämissuunnitelmat arvioitiin erikseen asetetussa työryhmässä.

Valittaja valitti markkinaoikeuteen siitä, että kilpailuun osallistujien ei ollut mahdollista tietää millaiset tekijät oli hankintayksikön kannalta merkityksellisiä laatupisteitä annettaessa

ja että kehittämissuunnitelmaan liittyvä tarjousvertailu oli suoritettu virheellisesti. Markkinaoikeuden mukaan hankintapäätöksessä ei ollut selvitetty kuinka toteuttamiskelpoisuuden vertailu oli suoritettu ja kuinka tarjouksia oli vertailtu keskenään. Toteuttamiskelpoisuus oli markkinaoikeuden mukaan liian laaja, yksilöimätön ja epätäsmällinen, että kilpailuun osallistujien oli mahdotonta tietää, millaisilla perusteilla hankintayksikkö tulee tarjouksia arvioimaan ja vertailemaan. Tämä oli antanut hankintayksikölle lähes rajattoman vapauden tarjousten vertailuun. Markkinaoikeuden mukaan myös kehittämiseen ja innovatiivisuuteen liittyvät kriteerit olivat epäselviä ja näiden tapaisten asioiden selvittäminen olisi pikemmin kuulunut neuvottelumenettelyn neuvotteluihin eikä varsinaiseen tarjousvertailuun. Korkein hallinto-oikeus oli samoilla linjoilla markkinaoikeuden kanssa. Myös sen mielestä vertailuperusteita ei ollut esitetty riittävän selvästi ja näin ollen tarjouskilpailuun osallistujille ei ollut tarpeeksi selkeästi tiedossa mihin tarjousten vertailu tulee perustumaan.

Kolmannessa tuoreimmassa vertailuperusteen asettamiseen liittyneessä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2019:162 käsiteltiin sitä, oliko Kansaneläkelaitos menetellyt julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesti hankkiessaan tulkkauspalveluita kuulovammaisille, kuulonäkövammaisille ja puhevammaisille. Tarjouskilpailuun oli voinut osallistua tarjoamalla nimettyjä tulkkeja sekä nimeämättömiä myöhemmin rekrytoitavia tulkkeja. Kuitenkin vain tulkeista, jotka oli nimetty tarjouspyyntöön, oli mahdollista saada pisteitä laatuvertailussa. Koska tulkkien koulutus ja kokemus oli tarjousten vertailussa käytettävä tekijä, oli hankintalainsäädännön mukaista, että henkilöitä voitiin pyytää nimettäväksi tarjouksessa. Nimeämisen ehto ei kuitenkaan saanut asettaa eri tarjoajia tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vastaiseen asemaan. Koska vain nimetyistä tulkeista sai pisteitä ja nimeämättömät tulkit vaikuttivat kaikkien tulkkien laatuasteiden keskiarvoon, tilanne muodostui tosiasiallisesti sellaiseksi, että laatuasteita saadakseen tarjoajan tuli tarjota vain nimettyjä tulkkeja. Tällöin tilanteessa, jossa tulkkien olisi pitänyt olla sitovasti tarjoajan tiedossa 7 kuukautta ennen palvelun tuottamisen aloittamista, tilanne johti uuden markkinoille pyrkivän tai toimintansa laajentavan tarjoajan syrjintään.

Useissa edellä kuvatuissa ratkaisuissa toistui samat tekijät, jotka pohjautuvat lain luonteeseen siitä, että hankinnan tekijöillä on hyvin laaja oikeus päättää siitä, miten ja millaisia asioita se

haluaa hankinnoissa painottaa. Hankintayksikön tulee kuitenkin huomioida, että nämä seikat tulee olla riittävän tarkkoja ja ennalta yksilöityjä, jotta tarjoajat tietävät mihin hankkija perustaa valintapäätöksensä. Tämä takaa kilpailijoiden syrjimättömyyden ja kaikille tasapuolisen mahdollisuuden osallistua ja myös voittaa tarjouskilpailu. Tähän kytkeytyy myös ajatus siitä, että täyttämällä asetetut ehdot ja olemalla paras ehdokas, tarjouksen jättäjän tulee voida luottaa siihen, että valinta perustetaan näihin seikkoihin ilman, että hankkija voisi rajoittamattomasti vain valita yhden haluamansa tarjoajan.

Käytettäessä hinta-laatusuhteeseen liittyviä vertailuperusteita hankintayksikön tulee ilmoittaa vertailuperusteiden painotussuhde tekemässään hankintailmoituksessa, neuvottelukutsussa tai tarjouspyynnössä. Kun vertailuperusteiden painotussuhde kerrotaan jo etukäteen se lisää koko hankintamenettelyn avoimuutta ja mahdollistaa sen, että tarjoukset vastaavat paremmin hankinnan tarpeita ja ne ovat myös paremmin vertailukelpoisia keskenään. Myös painotussuhteita määrittäessä hankintayksiköillä on vapaus päättää missä järjestyksessä ja millaisilla suhteilla se haluaa vertailuperusteita asettaa järjestykseen. Ainoa rajoittava tekijä on se, että tässäkin asiassa hankintayksikön tulee huolehtia tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta, painotusten tulee olla objektiivisia ja merkityksellisiä hankinnan kohteen kannalta.¹²¹

Kilpailuttaminen ennalta asetetun hinnan mukaan ei ole hankintamenettely, vaan kyseessä on tarjousten vertailutapa, jossa valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus, jossa laadun painoarvoksi on annettu 100 %. Käänteisessä kilpailutuksessa hankintamenettelynä sovelletaan usein neuvottelumenettelyä, jossa vuoropuhelussa neuvottelumenettelyn aikana voidaan kerätä tietoa, jolla lopullisen tarjouspyynnön vertailuperusteet saadaan asetettua sellaisiksi, että ne parhaiten tuottavat hankintayksikön tavoitteleman tuloksen.¹²² Hankintalain 93.4 §:n mukaisesti valitut vertailuperusteet tulee ilmoittaa suhteellisesti painotettuina tarjouspyynnössä tai neuvottelukutsussa tai alenevassa tärkeysjärjestyksessä, jos suhteellisen painotuksen määrittely ei ole mahdollista.

Vertailuperusteluiden asettamisessa on tärkeää muistaa, että vertailuperusteet, eivät saa antaa kilpailuttajalle rajoittamatonta valinnanvapautta. Myöskään sellaisia ehtoja ei voi asettaa,

¹²¹ Eskola 2017, luku 9.9

¹²² Käänteinen kilpailutus – mitä se tarkoittaa?

jotka suosisivat tiettyjä tarjoajia tai estäisivät uusien yrittäjien markkinoille pääsyn. Kuitenkin esimerkiksi paikallistuntemusta voidaan edellyttää, jos tämä on tuotettavan palvelun kannalta olennaista.¹²³

Perustuslain 21.2 §:n mukaan oikeus saada perusteltu päätös turvataan lailla. Kyseessä on hyvän hallinnon takeet ja päätöksen perusteluista säädetään hallintolain 45 §:ssä, jossa säädetään, että päätös on perusteltava ja perusteluissa on ilmoitettava mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun. Myös hankintalakiin on sisällytetty säädökset hankintaa koskevan päätöksen tekemisestä. Hankintalain 123 §:n mukaan hankintayksikön tulee tehdä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava. Päätöksestä pitää ilmetä ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat, kuten esimerkiksi ehdokkaan, tarjoajan tai tarjouksen hylkäämisen perusteet sekä perusteet, joilla hyväksytyjen tarjousten vertailu on tehty.

Hankintalain 127 §:n mukaisesti tehdystä päätöksestä perusteluineen ja valitusosoituksineen ja oikaisuohjeineen tulee antaa tiedoksi kirjallisesti niille, ketä asia koskee. Tiedoksianto tapahtuu sähköisesti, mutta se voidaan antaa tiedoksi myös postitse niin kuin hallintolaissa säädetään.

4.2 Hankintojen laatu kuntien strategisten tavoitteiden toteuttamisen keinona

Yksi hankintalain tavoitteista oli laadukkaiden hankintojen tekemisen edistäminen. Hankintalain säännökset lähtevät siitä ajatuksesta, että hankinnat tulisi pyrkiä toteuttamaan mahdollisimman taloudellisesti ja laadukkaasti sekä huomioiden ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat. Näitä tavoitteita koskevat kohdat hankintalaissa ovat luonteeltaan suosituksenomaisia. Hankintalaki ei velvoita tekemään hankintoja säännöksen mukaan vaan siinä suositellaan hankintojen toteuttamisessa huomioitavia asioita, joilla lain tavoitteet voitaisiin toteuttaa. Sen sijaan muista erityislaeista saattaa löytyä sellaisia vähimmäisvaatimuksia tai laatutasoja, joita tulee ottaa huomioon kuntien tekemissä julkisissa hankinnoissa.¹²⁴ Hankintalain 3 §:n 1 momentissa määrätään, että hankintayksikön tulee

¹²³ HE 108/2016

¹²⁴ Määttä & Voutilainen 2017, 77

kohdella hankintamenettelyyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä hankintayksikön on toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Kuntien itsehallinnollinen asema antaa niille mahdollisuuden ottaa laatuun liittyviä tavoitteita osaksi strategioitaan ja hankintaohjeitaan. Tällöin huolehtimalla hankintojen riittävästä laatutasosta, kunta voi osoittaa, että se täyttää tuloksellisuuteen asetetut tavoitteensa esimerkiksi sosiaalisten ja ympäristöön liittyvien näkökulmien osalta. Vaikka julkisista hankinnoista tai niiden laatutekijöistä ei olisi suoraan nostettu kuntien toimintaan liittyviä tavoitteita niiden strategioiden osaksi, on niitä kuitenkin mahdollista hyödyntää hankintaprosessin osana perustuen hankintalain ja julkisten varojen tehokkaan käyttöön liittyvien tavoitteiden vuoksi.

Se millaiset valintakriteerit ja ehdot hankintayksikkö asettaa hankinnan kohteelle, voi toimia myös heidän sopimusoikeudellisen aseman turvaamisen apuna. Voi olla mahdollista, että tarjoajat yrittävät tarjota sellaisia tuotteita tai kokonaisuuksia, jotka olisivat hankintayksikön kannalta hankinnan tarkoituksen vastaisia tai muuten heidän kannaltaan epäedullisia. Tämän vuoksi hankintayksiköllä on oikeus sulkea sellainen tarjouspyyntö pois tarjousvertailusta, joka ei vastaa asetettuja vaatimuksia. Tämä takaa tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun muiden tarjoajien suhteen ja myös toimii varmistuskeinona sille, että hankintayksikön sopimusoikeudellinen asema pysyy turvattuna.¹²⁵

Käytettäessä kattohinnoittelua, tarjouskilpailun ratkaisevat laatutekijät. Kilpailutus voidaan järjestää niin, että tarjouspyynnössä esitetään ehdottomat laatuvaatimukset, jotka kaikkien osallistujien tulee täyttää ja tämän jälkeen arvioidaan palvelun lisälaatu, joka ratkaisee sen, kun on tarjouskilpailun voittaja. Esimerkiksi vanhusten asumispalvelun kilpailutuksessa velvoitettiin palveluntuottajan sitoutuvan tiettyyn palvelukonseptiin, jonka hinta oli ennalta määritelty ja kun tämän ehto täyttyi, kilpailijoita vertailtiin lisäpalveluiden avulla, joista kilpailijat saivat lisäpisteitä. Näin toteutettu käänteinen kilpailutus vaati kaupungilta normaalia avointa hankintaa enemmän työaikaa, esimerkiksi valmistelevien kokousten muodossa. Avainasemassa käänteisen kilpailutuksen onnistumisessa on riittävä tieto

¹²⁵ Määttä & Voutilainen. 2017, 379

kilpailutettavan hankinnan kustannusrakenteista sekä selkeästi määritelty tuote tai palvelu, jota ollaan hankkimassa.¹²⁶

Kuntien valtuustojen määrittämän kuntastrategian avulla ohjataan kuntien toimintaa. Kunnan strategiaan on lisätty tavoitteita liittyen muun muassa kunnan julkisiin hankintoihin, asukkaiden hyvinvointiin tai palveluiden tuottamiseen niin, että niiden toteuttamisessa tulisi huomioida sosiaaliin näkökulmiin liittyviä tekijöitä tai ympäristönäkökulmia, muodostuu näistä vaatimuksia, joita tarkastuslautakunnan tulisi arvioida kuntien toimintaa tarkastaessaan. Näin ollen hankintojen laatu ei kytkeydy pelkästään hankintalain asettamiin tavoitteisiin vaan myös kunnan itse itselleen asettamiin strategisiin tavoitteisiin.

Sosiaaliset kriteerit

Hallituksen esityksessä hankintalain uudistamiseksi pyrittiin sosiaalisia näkökohtia koskevien säännösten laajentamiseen ja selkeyttämiseen. Tavoitteena oli, että tarjousten vertailussa ja erityisehdoissa sosiaaliset tekijät voitaisiin ottaa huomioon laajemmassa mittakaavassa kuin aiemmin. Myös kaikkien käyttäjien tarpeet tulisi huomioida entistä paremmin hankinnan kohdetta määriteltäessä. Erityisehtojen avulla voitaisiin esimerkiksi pyrkiä tiettyjen ryhmien työllistämiseen tai parempiin työehtoihin. Laatonäkökulmat voitaisiin huomioida hankintakohteen määrittelyssä, tarjoajien soveltuvuusvaatimuksissa sekä vertailuperusteiden asettamisessa. Valtioneuvoston periaatepäätöksessä 22.11.2012 kirjoitetaan, että sosiaalisten näkökulmien huomioimisen tavoitteena on se, että hankinnan yhteydessä varmistetaan, että toimittajat huolehtivat, että niiden toimittamien tavaroiden ja palveluiden tuottamisessa otetaan huomioon ihmisoikeudet ja työelämän perusoikeudet.¹²⁷

Sosiaalisesti vastuullisilla hankinnoilla voidaan pyrkiä ottamaan huomioon muun muassa erilaisten ryhmien työllisyysmahdollisuudet ja ihmisarvoinen työ, sekä se että hankintojen toteuttamisessa varmistetaan sosiaalisten oikeuksien ja työoikeuksien noudattaminen ja sosiaalinen osallisuus, jossa huomioidaan myös vammaisten henkilöiden tarpeet. Kaikille tulisi myös luoda yhdenvertaiset mahdollisuudet ja suunnittelussa tulisi ottaa myös huomioon kestävyysperusteet sekä eettistä kauppaa koskevat kysymykset.¹²⁸

¹²⁶ Sosiaali- ja terveysministeriö 2012

¹²⁷ HE 108/2016, 38–39

¹²⁸ Sosiaalinen ostaminen 2010

Sosiaalisia näkökohtia on kuvattu myös hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdassa, jossa todetaan, että jäsenvaltioiden tulee toteuttaa toimenpiteitä, joilla varmistetaan, että hankintasopimuksia toteutettaessa otetaan huomioon sosiaaliset velvoitteet, jotka on vahvistettu unionin oikeudessa, kansallisessa lainsäädännössä, työehtosopimuksissa tai kansainvälisissä ympäristö- sosiaali- tai työoikeudellisissa säännöksissä. Tämän perusteella hallituksen esityksessä ehdotettiin, että lain pakollisiin poissulkemisperusteisiin tulisi lisätä rikoslain 47 luvussa tarkoitettut työririkokset ja laiminlyöntejä voitaisiin ottaa huomioon myös alihankkijoita koskevissa toimenpiteissä ja ehdoissa, joita asetetaan hankintasopimusta tehdessä.¹²⁹

Sosiaalisista näkökohdista puhuessa on hyvä pitää mielessä TSS-oikeudet, eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet, joiden tarkoituksena on taata jokaiselle oikeus esimerkiksi maksuttomaan perusopetukseen, sosiaaliturvaan, terveyspalveluihin ja työllisyyden edistämiseen. Näiden oikeuksien toteuttamisen on erityisesti julkishallinnon tehtävä. Suuri osa TSS-oikeuksista kytkeytyy kunnille lakisääteisesti määrättyihin tehtäviin, mutta esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalvelut ovat nyt siirtymässä maakuntien vastuulle.¹³⁰

Perusoikeudet, jotka käsittelevät sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia ovat muodoiltaan erilaisia. Osa näistä perusoikeuksista on subjektiivisia, jolloin niihin tulee olla oikeus jokaisella. Osa perusoikeuksista taas muodostaa julkista valtaa kohtaan turvaamisvelvoitteet, jolloin julkisen vallan tulee huolehtia, että se toteuttaa palveluitaan niin, että esimerkiksi tarjolla on riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Perusoikeudet voivat olla myös tyypiltään sellaisia, että ne sisältävät edistämisvelvollisuuden, jolloin ne perustavat velvollisuuden esimerkiksi edistää työllisyyttä tai ehkäistä asunnottomuutta.¹³¹

Perusoikeudet ovat luonteeltaan erityisen turvattuja. Perustuslain 22 §:n mukaan viranomaisten tulee turvata perusoikeuksien toteutuminen. Perusoikeudet mahdollistavat myös välittömien oikeuksien syntymisen, sillä esimerkiksi hyvän hallinnon vaatimuksia tulee noudattaa, vaikka lainsäädäntö olisi epäselvää tai tulkinnanvaraista. Myös julkisia tehtäviä

¹²⁹ HE 108/2016, 39

¹³⁰ Mäenpää 2018, luku 2

¹³¹ ibid

hoidettaessa perustuslain 106 § nostaa perusoikeuksien etusijalle suhteessa muuhun lainsäädäntöön. Perusoikeuksien asemaa vahvistetaan myös perustuslain 107 §:ssä, jossa kielletään viranomaista soveltamasta tai noudattamasta säännöstä, joka on ristiriidassa perusoikeuksien tai ihmisoikeuksien kanssa. Tämä soveltamiskielto koskee yhtä lailla myös esimerkiksi hallinnollisia normeja, viranomaisten johtosääntöjä sekä erilaisia työjärjestyksiä.¹³²

Sosiaalisten laatukriteerien huomioiminen on nykyään usein keskusteltu teema, mutta käytännön tasolla sitä ei ole vielä erityisen laajasti otettu huomioon hankintayksiköiden tehdessä hankintapäätöksiään.¹³³ Sosiaalisia näkökohtia voidaan huomioida laajasti. Sosiaalisia laatukriteerejä voidaan tarkastella koko hankinnan laajuudelta aina ehdokkaiden soveltuvuusvaatimuksista aina kokonaistaloudelliseen edullisuuden vertailuun asti.¹³⁴ Sosiaalisen vastuun näkökulmasta erityisesti toimitusketjun ja tuotantoprosessin arvioiminen on tärkeää. Tällöin tulee arvioida esimerkiksi sitä, minkä maiden läpi tuotantoketju kulkee ja voiko näiden maiden toimintaan liittyä sosiaaliseen vastuuseen liittyviä ongelmia.¹³⁵

Sosiaalista vastuuta voidaan toteuttaa huomioimalla hankinnoissa ihmisoikeuksien ja työelämän perusoikeuksien, työllistymismahdollisuuksien, sosiaalisen osallisuuden, yhdenvertaisuuden ja esteettömyyden asettamat tarpeet. Näitä voidaan toteuttaa huomioimalla esimerkiksi se, kuinka hankinta voi vaikuttaa nuorten tai pitkäaikaistyöttömien työllistymiseen, turvallisiin työoloihin, vähemmistöryhmien osallistumisen edellytyksiin ja eettiseen ja reiluun kauppaan. Hankintoja tehdessä tulisi kunnioittaa ihmisoikeuksia ja edistää niiden noudattamista.¹³⁶

Ympäristöön liittyvät kriteerit

Ympäristöön liittyvät näkökohdat korostuvat hankintalain 72 §:ssä, jossa käsitellään ympäristömerkkien käyttöä osana hankinnan kohteen kuvausta, tarjouspyynnössä esitettyjä kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteita tai sopimuksen ehtoja. Tällöin hankintayksikkö voi edellyttää tiettyä merkkiä näytöksi siitä, että tarjouksen kohde sisältää

¹³² Mäenpää 2018, luku 2

¹³³ TEM 2015

¹³⁴ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola: Hankintojen kilpailuttaminen 2017, 64–65

¹³⁵ *ibid*

¹³⁶ TEM 2015

sellaiset ympäristöön tai sosiaalisiin näkökohtiin liittyvät ominaisuudet, joita hankintayksikkö haluaa painottaa.

Hankintalain 90 §:n mukaan hankintayksikkö voi myös pyytää ehdokkaalta tai tarjoajalta erityisiä ympäristövaikutusten hallintaan liittyviä todistuksia. Jos hankintayksikkö vaatii riippumattomien toimielinten antamia todistuksia ympäristöasioiden hallintaa koskevien standardien täyttämisestä, tulee sen viitata unionin ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmään (EMAS) tai tunnustettuihin ympäristöjärjestelmiin tai tunnustettujen laitosten luomiin sertifioituihin standardeihin. Hankintalaki ei ympäristöasioiden osalta ole poissulkeva, vaan ympäristöön liittyviä näkökulmia on mahdollista ottaa huomioon myös muissa hankintalakiin liittyvissä kohdissa, kuten elinkaarikustannuslaskennassa ja kokonaistaloudellisuutta arvioitaessa.¹³⁷

Kunnille tehdyssä tutkimuksessa ”Ympäristöarvojen huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa” selvitettiin, kuinka ympäristöarvoja on huomioitu esimerkiksi Helsingin ja Tampereen kaupunkien julkisissa hankinnoissa. Tutkimusjakson aikana Helsingissä noin 48 %:ssa julkisista hankinnoista ympäristöarvoja ei ollut huomioitu lainkaan. Kolmessa hankinnassa niitä oli käytetty vertailuperusteina. Tällaisia vertailuperusteita oli ollut esimerkiksi ajoneuvojen päästöjen suuruus ja ympäristölle haitallisten vaikutusten arviointi. Ympäristöarvot olivat pääsääntöisesti olleet vähimmäisvaatimuksena hankinnoissa, eli päästäkseen mukaan tarjouskilpailuun esitetyt vaatimukset tuli täyttää. Osassa tarjouspyynnöissä vähimmäisvaatimuksina oli myös esitetty tuotteen ympäristömerkki ja myös käytöstä poistettavan laitteen kierrätyksen vaatimus. Tarjoajia pyydettiin usein myös esittämään kuvaus yrityksen laadunvarmistuksesta ja ympäristöjärjestelmästä.¹³⁸

Tampereen kaupunki oli asettanut ympäristönsuojeluun liittyviä vähimmäisvaatimuksia tai ympäristöön liittyviä vertailuperusteita 63 %:ssa hankinnoista. Ympäristöön liittyviä kriteereitä oli sisältynyt esimerkiksi ostolaskujen tarkastusjärjestelmään, eläinlääkäripäivystysten hankintaan, uima-allaskemikaaleihin sekä sähköavusteisten polkupyörien hankintaan. Osassa hankinnoista oli esitetty vaatimus hiilijalanjäljen minimoimisesta ja jätteiden valvotusta hävittämisestä sekä ympäristösertifikaatin

¹³⁷ Koskela 2021, 9

¹³⁸ Koskela 2021, 15

esittämisestä. Kevytsammutusautojen hankinnassa oli huomioitu myös elinkaarikustannukset ja suunnittelu- ja materiaalivalinnoissa oli edellytetty sitä, että tulisi pyrkiä 30 vuoden käyttökelpoiseen elinkaareen.¹³⁹

Uusi hankintalaki mahdollistaa myös muiden kuin ympäristöominaisuuksia koskevien merkkien vaatimuksen. Hankinnoissa on myös mahdollista vaatia tiettyä merkkiä eikä enää tule vain viitata merkin perusteisiin, kuten aiemmin. Lain tavoitteena on yksinkertaistaa hankintamenettelyä, mutta sen tarkoituksena ei ole kuitenkaan se, että hankintayksiköiden tulisi vaatia jotain tiettyä merkkiä hankintoja tehdessään. Koska merkin vaatiminen saattaa estää pienten tai keskisuurten yritysten osallistumisen hankintaprosessiin, tulee hankintayksiköiden käyttää tapauskohtaista harkintaa siinä, millaisia vaatimuksia ne esittävät hankinnalle. Liian tiukat ehdot saattavat kaventaa markkinoita ja vähentää tarjoajien määrää. Ympäristöön tai sosiaalisiin näkökohtiin liittyviä vaatimuksia voi esittää myös muilla tavoilla kuin tiettyä merkkiä edellyttämällä.¹⁴⁰

Jos hankintayksikkö päätyy vaatimaan tiettyä merkkiä, sen käytölle asetetaan rajoituksia hankintalain 72 §:ssä. Lain mukaan edellytyksenä merkin vaatimukselle on, että merkin vaatimukset liittyvät hankinnan kohteeseen ja merkin avulla on mahdollista määritellä tavaroiden tai palveluiden ominaisuuksia. Merkin vaatimukset tulee myös perustua todennettavissa oleviin ja syrjimättömiin perusteluihin, merkki tulee vahvistaa avoimessa menettelyssä, johon muun muassa viranomaiset, kuluttajat, valmistajat ja muut asiaankuuluvat sidosryhmät voivat osallistua. Näiden lisäksi kaikilla asianomaisilla osapuolilla tulee olla mahdollisuus saada merkki ja merkki tulee olla sellaisen kolmannen osapuolen laatima, jonka toimintaan merkkiä hakevalla ei ole ratkaisevaa vaikutusvaltaa.

Jos vaadittuun merkkiin liittyy vaatimuksia, jotka eivät liity hankinnan kohteeseen tai hankinnan kohteen ei tarvitse täyttää kaikkia merkin vaatimuksia, hankintayksikön tulee yksilöidysti esittää ne kohdat, jotka se vaatii hankinnalle toteutuvan. Hankintayksikkö voi esimerkiksi viitata merkistä tehtyihin yksityiskohtaisiin eritelmiin, niiltä osin kuin se edellyttää merkin ehtojen täyttämistä. Tarkkarajainen kertominen vaatimuksista perustuu siihen, että tarjoajille tulee olla selvillä, minkälaisiin ominaisuuksiin valinta perustetaan. Hankintayksikön tulee myös hyväksyä vaadittua merkkiä vastaavat muut merkit. Tämä takaa

¹³⁹ Koskela 2021, 17–18

¹⁴⁰ Eskola, 2017, luku 9.5

sen, että tarjouskilpailuun osallistujat ovat tasapuolisessa asemassa ja valintaan ei sisälly syrjintää.¹⁴¹

Hankintalaki sisältää myös elinkaarikustannusten huomioimista julkisissa hankinnoissa. Hankintalain 4 §:n 18 kohdassa määritellään sitä, mitä elinkaarella tarkoitetaan. Sen mukaisesti tuotteen tai palvelun elinkaareen luetaan kuuluvaksi kaikki niiden suorittamiseen liittyvät peräkkäiset vaiheet. Näin ollen elinkaaren voidaan katsoa sisältävän vaiheet lähtien raaka-aineiden ostosta aina tuotteen loppukäsittelyyn asti.

Tarkemmin elinkaarikustannuksista säädetään hankintalain 95 §:ssä, jonka mukaan hankinnan kustannuksia voidaan arvioida elinkaarikustannusten avulla. Elinkaarikustannuksiin lasketaan mukaan niin käyttäjälle aiheutuneet hankintakustannukset, kuin myös käytöstä muodostuvat kustannukset sekä huoltoon ja lopulta myös kierrätys- ja jätevaiheeseen liittyvät kustannukset sekä myös muut kustannukset, jotka liittyvät rakennusurakoiden, tavaroiden tai palveluiden elinkaaren aikaisiin kustannuksiin. Elinkaarikustannuksiin voidaan lukea mukaan myös ulkoisista ympäristövaikutuksista muodostuvat kustannukset, jos niiden arvo on mahdollista määritellä. Tällaisten ympäristövaikutusten kustannusten arvioimisen tulee perustua kaikille osapuolille saatavissa olevaan puolueettomaan ja syrjimättömään arviointimenetelmään, joka ei vaadi kohtuuttomia ponnisteluja tietoja toimittavalta toimittajalta. Kun hankinnoissa sovelletaan elinkaarikustannusmallia, tulee hankinta-asiakirjoissa ilmoittaa mitä tietoja tarjoajien ja ehdokkaiden tulee ilmoittaa elinkaarikustannusten laskentaa varten.

Elinkaarikustannuksiin liittyvä säännös on suosituksenomainen, jolloin hankintayksiköllä on mahdollisuus käyttää sitä osana hankintaprosessia, mutta siihen liittyviä asioita ei ole pakollista huomioida julkisissa hankinnoissa. On kuitenkin tärkeää huomioida, että julkisten varojen käyttöä koskevat säädökset asettavat vaatimuksia pitkävaikutteisten investointien elinkaarikustannuksista.¹⁴² Myös esimerkiksi ajoneuvojen energia- ja ympäristövaikutusten huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa on säädetty erikseen laissa ja sellaisia

¹⁴¹ Eskola 2017, luku 9.5

¹⁴² Määttä & Voutilainen, 2017, 153–154

hankintoja koskien tulee noudattaa annettuja määräyksiä elinkaarikustannusten laskennasta.¹⁴³

Jos julkinen hankinta toteutettaisiin puhtaasti laadullisilla perusteilla kattohinnoittelun avulla, elinkaarikustannuslaskenta voitaisiin huomioida hinnan määrittelyssä niin, että asetettu hinta sisältäisi koko tuotteen elinkaaren aikaisen kustannuksen. Tuotteen elinkaareen vaikuttavia asioita voisi tuoda mukaan hankintaan myös laatukriteerien avulla. Esimerkiksi tuotteen huoltomahdollisuudet tai materiaalit, jotka voidaan kierrättää, voisivat olla sellaisia kriteereitä, joita voitaisiin arvioida myös laadullisin menetelmin ja niillä olisi vaikutusta siihen millaiset kustannukset hankinnasta aiheutuvat sen elinkaaren aikana. Eli vaikka kilpailutus ei perustuisi suoraan tuotteen elinkaarenaikaisiin kustannuksiin, joita voi olla myös haastavaa euroina laskea, voisi hankinnan taustalla olla ajatus siitä, että millaisilla laatukriteereillä edistettäisiin sitä, että tuotteen koko elinkaaren aikaiset kustannukset olisivat edulliset, verrattuna siihen että hankintahinta olisi edullinen, mutta korjaus, huolto, kierrätys ja tuotteen matalaksi jäänyt käyttöikä tosiasiasa tekisikin hankintahinnaltaan halvasta tuotteesta lopulta kalliin.

Jos hankinnassa päätetään edellyttää tiettyä merkkiä vähimmäisvaatimuksena, olisi hyvä antaa tarjoajille tarpeeksi aikaa annetun merkin hankkimiseksi. Esimerkiksi EU:n hankintarajat ylittävissä hankinnoissa tulevasta hankinnasta voi tehdä ennakkotiedotuksen EU-lehdessä. Jos esimerkiksi markkinavuoropuhelujen seurauksena vaikuttaa, että ympäristömerkin omistavia ehdokkaita olisi hyvin niukasti tarjolla, voi olla mahdollista tuoda esimerkiksi ympäristömerkin hakemisen vaatimus vasta myöhempään vaiheeseen sopimusehtoja niin, että vasta hankintakilpailun voittajan edellytetään hankkivan ympäristömerkin tai muun vaaditun todistuksen.¹⁴⁴

4.3 Kestävyytavoitteiden huomioiminen osana julkisia hankintoja nyt ja tulevaisuudessa

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 191 artiklan mukaan Unionin ympäristöpolitiikalla pyritään vaikuttamaan muun muassa luonnonvarojen harkittuun ja

¹⁴³ ks. laki ajoneuvo- ja liikennepalveluhankintojen ympäristö- ja energiatehokkuusvaatimuksista 740/2021

¹⁴⁴ Nordic Council of Ministers 2017, 6–20

järkevään käyttöön. SEUT 11 artiklan mukaan ympäristönsuojelua koskevat vaatimukset tulee sisällyttää osaksi unionin politiikkaa ja toimintaa erityisesti kestäväen kehityksen edistämiseksi. Nämä tavoitteet edellyttävät sitä, että esimerkiksi kestäväen kehitykseen liittyviä seikkoja tulee huomioida myös muussa lainsäädännössä, kuin puhtaasti ympäristölainsäädäntöön lukeutuvien lakien alueella. Näiden EU:n yleisten tavoitteiden lisäksi kehitys on ollut sen suuntainen, että on noussut tarve kehittää myös lainsäädäntöä, joka suoraan vaikuttaisi esimerkiksi yritysten ja kuluttajien toimintaan.

Laatukriteerien avulla julkisia hankintoja olisi mahdollista tehdä niin, että huomioitaisiin myös entistä paremmin tuotteiden kestävyteen liittyvät näkökulmat. Euroopan komissio on julkaissut kestäviä tuotteita koskevan aloitteen (*Sustainable Products Initiative*) ja sen tarkoituksena on ollut tarkastaa EU:n ekosuunnitteludirektiiviä ja ehdottaa sellaisia toimenpiteitä, joiden avulla lainsäädäntöä voitaisiin kehittää. Aloitteen mukaan niin kuluttajat kuin ympäristökin hyötyisivät siitä, että tuotteet olisivat entistä kestävämpiä, kierrätettävämpiä, korjattavampia, uudelleenkäytettävämpiä ja energiatehokkaampia. Liittyen kierrätykseen ja ympäristöystävällisyyteen tulisi kiinnittää huomiota myös tuotteiden sisältämiin haitallisiin kemikaaleihin.¹⁴⁵

Vastauksena edellä esitettyyn Euroopan komission kestäviä tuotteita koskevaan aloitteeseen useat eri instituutiot lähettivät kommentteja ja näkemyksiään siitä, kuinka komission tavoitteisiin voitaisiin päästä. Huomionarvoista oli, että niissä toistuivat usein samat teemat, jotka kuvastavatkin niitä keinoja, jolla alan toimijat näkevät parhaat vaikutusmahdollisuudet kestävämpien hankintojen tekemiseen.

Esimerkiksi vuonna 2017 perustettu tulevaisuuden taloudelliseen tutkimukseen keskittyvä ZOE instituutti lausui Euroopan komissiolle, että tulisi kiinnittää huomiota tuotteiden korjaamisen kehittämiseen ja varaosien saatavuuteen. Kuluttajille tulisi myös tarjota tietoja laitteiden kokoonpanoista, jotta yhden rikkoutuneen osan vuoksi ei tarvitsisi ostaa kokonaan uutta tavaraa. Tämä hyödyttäisi sekä kulutuksen vähentämiseen, että myös luomaan uusia työpaikkoja korjaamisen alalle. Heidän mukaansa markkinoilta tulisi myös pyrkiä poistamaan sellaiset tuotteet, jotka jäävät alle tietyn kestävyteen liittyvän laatutason samaan

¹⁴⁵ Euroopan komissio 2020

tapaan kuin automarkkinoilla on pyritty asteittain vähentämään polttomoottorien käyttöä ja hiilidioksidipäästöjä. Tällöin kuluttajan valinnat olisivat jo lähtökohtaisesti kestävämpiä. Myös tuotteiden tahallinen vanhentaminen pitäisi asettaa rangaistavaksi ja arvonnlisäverotusta tulisi laskea tuotteiden korjauksiin liittyvissä palveluissa.¹⁴⁶

Kommenttina komissiolle linkitettiin myös Circular Economy Initiative Deutschlandin työryhmän julkaisema loppuraportti vuonna 2019–2021 käynnissä olleesta projektista, jonka johtopäätöksenä esiteltiin useita keinoja, joiden avulla pyrittäisiin edistämään liiketoiminnan, politiikan, tieteen ja yhteiskunnan paradigman muutosta, joka mahdollistaisi siirtymisen kohti kiertotaloutta. Työryhmä suositteli muun muassa, että liiketoimintamalleja tulisi kehittää tukemaan kierotaloutta tuotesuunnittelun, palveluiden ja kumppaanuusmalleja kehittämällä. Lisäksi tuli pyrkiä niin kutsuttuun todellisten kustannusten hinnoitteluun, jossa julkisyhteisöjen tulisi kehittää sellainen markkinaympäristö, jossa työvoimakustannusten ja luonnonvarojen käytön kustannusten muutokset ovat toisiaan tasapainottavat, niin sanottu nollatulokseen pyrkivät peli, jolloin työvoimankustannuksia alentamalla ja luonnonvarojen käytön kustannuksia kasvattamalla pyritään saamaan tasapainoa luonnonvarojen ja energian käytöstä uudelleenvalmistuksen ja huollon suuntaan. Heidän näkemyksensä mukaan tarvittaisiin myös kohdennettua tukea sellaisille kiertotaloutta tukeville liiketoimintamalleille, jotka perustuvat esimerkiksi tuotteiden huoltoon ja korjaukseen. He lausuvat, että nykyinen jätehuollon ja ekosuunnitteluun liittyvä politiikka ei riittävästi vähennä jätteiden määrää vaan tarvittaisiin pidemmälle vietyä sääntelyä esimerkiksi sen suhteen, että Euroopan markkinoille päästäkseen tuotteen tulisi täyttää tietyt kiertotalouteen liittyvät minimiedellytykset kuten korjattavuus, digitaalinen pääsy tuotteen ominaisuuksiin ja suuremman vastuun siirtäminen tuotteen valmistajalle koko tuotteen elinkaaren ajalta, esimerkiksi laajennettujen takuiden tai pakollisten takaisinottojen avulla. Julkisten hankintayksiköiden tulisi johtaa esimerkillään muodostaen strategisia tavoitteita käytettyjen ja kunnostettujen hyödykkeiden käytölle. Heidän tulisi myös suosia toimittajia, joilla on tarjota sellaisia palvelumalleja, joihin sisältyy myös huolto, ylläpito ja laaja takuu.¹⁴⁷

Kolmannessa vastauksessa, jonka haluan nostaa esille työssäni, EEB, European Environmental Bureau totesi, että tuotteiden pitäisi sisältää pakolliset tuotetiedot, joista

¹⁴⁶ Euroopan komission: Kestäviä tuotteita koskeva aloite F1235338

¹⁴⁷ Circular Business Models, 10

ilmenisi tuotteen materiaalit ja tuotteen sisältämät kemikaalit, tuotteen kiertotaloudellinen status kuten kestävyys, korjattavuus, uudelleenkäytettävyys ja kierrätettävyys huomioiden tuotteen sisältämät vaaralliset aineet, tuotteen ympäristöjalanjälki alkaen käytetystä hiilestä ja materiaaleista sekä vaarallisista aineista, mutta ulottuen myös asteittain useampiin ulottuvuuksiin. Samassa yhteydessä tulisi myös osoittaa sosiaalisten ja työolojen vähimmäisvaatimusten noudattaminen läpi koko tuotanto- ja toimitusketjun. Nämä tiedot tulisi olla saatavilla eriteltynä digitaalisen tuotepassin avulla. Tällöin jos yritys ei tarjoaisi tarvittavia tietoja tuotteesta, se ei voisi tuoda tuotetta markkinoille. Myös EEB nosti esille sen, että tuotteiden ennen aikainen vanhentaminen tulisi asettaa kielletyksi sekä tuotteille pitäisi mahdollistaa pidemmät ilmaiset takuuajat, jotka vastaisivat tuotteiden odotettua käyttöikää. Ilmaisen takuuajan pitäisi heidän mukaansa olla täten esimerkiksi jääkaapilla 12 vuotta, matkapuhelimella 10 vuotta ja T-paidalla 3 vuotta.¹⁴⁸

5 LOPUKSI

5.1 Keskeiset tulokset

Tutkielman tarkoituksena oli selvittää milloin ja millaisissa oikeudellisissa rajoissa käännteistä kilpailutusta voidaan käyttää kuntien julkisissa tavarahankinnoissa? Asiaa selvitetessä kävi ilmeiseksi, että hankintalaki ei sinällään rajoita kuntien tavarahankintoja. Ylipäätään hankintalaki on monilta osiltaan suositusluonteinen ja se antaa hankintayksiköille laajasti valtaa päättää millä tavoilla ne haluavat tehdä hankintoja. Hankintalaissa sen sijaan on esitetty erilaisia tapoja järjestää hankintaa sekä määritelty millaisissa hankinnoissa tulee järjestää kilpailutusprosessi julkisten hankintojen toteuttamiseksi. Hankintalaki ei myöskään rajoita kattohinnoittelun käyttöä, vaan hankintalain 93.3 §:ssa määritellään, että kilpailu voidaan järjestää myös niin, että tarjoajat kilpailevat ainoastaan laatuun liittyvillä perusteilla. Sen sijaan esimerkiksi hallintolaki ja kuntalaki asettavat reunaehdoita siihen millaisilla menettelytavoilla kunnat voivat tehdä hankintoja. Hankintojen tekeminen perustuu julkisten varojen käyttämiseen, jolloin julkisten varojen tehokkaan käytön vaatimukset ohjaavat osaltaan hankintoja. Tämän lisäksi myös muun muassa kuntien strategiat ohjaavat kuntien hankintoja, jolloin kuntien hankintojen rajat muodostuvat pääosin muilla kuin hankintalain asettamilla reunaehdoilla. Käännteisen kilpailutuksen onnistumisen kannalta olennaisinta on

¹⁴⁸ Euroopan komission: Kestäviä tuotteita koskeva aloite F1235263

oikein asetettu hinta. Sekä liian matala, että liian korkea hinta voivat aiheuttaa ongelmia hankinnan kannalta. Yhdistämällä kiinteään hintaan koko elinkaaren aikaiset kustannukset, voidaan myös kattohinnoittelua käyttämällä hyödyntää elinkaarikustannusten ajattelumallia ja miettiä hankinnan taloudellisuutta pidemmällä aikavälillä. Tällöin voidaan edistää myös kestävästä kulutuksesta, jos valitaan tuote tai palvelu, joka on esimerkiksi pitkäikäinen ja helposti huollettava, jolloin sen kokonaiskustannukset voivat jäädä pienemmiksi kuin halvan, mutta nopeasti loppuun kulutetun vaihtoehdon halpa hankintahinta, mutta lyhyt käyttöikä ja sen vuoksi korkeampi kokonaiskustannus pitkällä aikavälillä.

Tutkielmassa myös selvitettiin, miten laatuun liittyvät vertailuperusteet voidaan määritellä julkisissa hankinnoissa ja mikä rooli laadulla on osana kuntien hankintoja. Erityisesti oikeuskäytäntö on muodostanut rajoja sille, millaisia vertailuperusteita on katsottu hyväksyttäviksi. Pääsääntönä on, että vertailuperusteiden tulee olla riittävän täsmällisiä ja tarkkoja ja ennalta yksilöityjä ja ilmoitettu selkeästi jo tarjouksia pyydettyä. Tämä takaa sen, että tarjoajat tietävät millaisin edellytyksin heillä on mahdollisuus menestyä kilpailussa. Näin varmistetaan kilpailijoiden syrjimättömyys ja kaikille tasapuolinen mahdollisuus osallistua ja myös voittaa tarjouskilpailu. Valintaperusteiden tulee myös liittyä hankinnan kohteeseen ja ne eivät saa luoda hankintayksikölle rajoittamatonta valintamahdollisuutta. Jos vertailuperusteet ovat liian yleisiä tai yksilöimättömiä, niiden voidaan katsoa antavan hankintayksikölle rajattomat valinnan mahdollisuudet. Kuten aiemmin jo todettiin, esimerkiksi tuotteiden käyttökustannukset, yhteistyökyky, työturvallisuus ja toimintavarmuus on katsottu olevan liian yleisluontoisia valintaperusteita.

Sosiaalisten ja ympäristöön liittyvien laatukriteerien osalta tuli selväksi, että hankintalain tavoitteena oli edistää molempien seikkojen huomioimista julkisien hankintojen yhteydessä. Näihin liittyvät säädökset ovat suositusluonteisia ja ne eivät suoraan velvoita kuntia tekemään hankintoja niiden mukaisesti. Sosiaalisia näkökulmia voidaan huomioida niin tarjousten vertailussa kuin erityisehdoissakin. Sosiaaliset tekijät voitaisiin huomioida myös jo hankintaa suunnitellessa niin, että käyttäjien tarpeet otettaisiin huomioon hankinnan kohdetta määriteltäessä, jolloin hankinnan laatu saattaisi muodostua korkeammaksi ja sellaiseksi, että se tosiasiallisesti vastaisi paremmin loppukäyttäjien tarpeisiin. Tässä apuna voisi olla esimerkiksi markkinakartoitus, jossa hankintayksikön on mahdollista ennen tarjouksien

pyytämistä hankkia tietoa hankintaprosessia varten myös tavaran tai palvelun loppukäyttäjiltä.

Ympäristöön liittyen erilaisten merkkien käyttö on yleistä ja julkinen keskustelu on ollut sen suuntaista, että niiden merkitys saattaa olla kasvamassa tulevaisuudessa. Merkkien käyttöön liittyen hankintayksikön tulee kuitenkin huolehtia, ettei se liian rajusti rajaa ulos kilpailusta tarjoajia liian suurilla, kalliilla, vääränlaisilla tai vaativilla merkkien ja sertifiointien vaatimisilla, vaan kuhunkin hankintaan esitettävät vaatimukset tulisi harkita tarkkaan ja miettiä onko merkkiä tarpeen vaatia kaikilta vai vain mahdollisesti kilpailun voittajalta. Neuvottelumenettelyä käyttäessä hankintayksikön tulee myös olla varovainen sen suhteen, mitkä kaikki ehdot se asettaa vähimmäisvaatimuksiksi, sillä silloin se sitoo myös itsensä kiinni niiden noudattamiseen, vaikka prosessin aikana ilmenisikin seikkoja, joiden vuoksi se voisikin haluta muuttaa jotain sellaista vaatimusta, jonka se alun perin ajatteli sellaiseksi, joka tulisi asettaa pakolliseksi ehdoksi.

Mietittäessä kysymystä siitä, kuinka kunnat voivat tehdä laadukkaita hankintoja ja miten niiden itsehallinnollinen asema mahdollistaa tai rajoittaa niiden päätöksentekoa liittyen julkisten hankintojen toteuttamiseen selvisi, että itsehallinto mahdollistaa kunnille hyvin vapaasti sen asian päättämisen, että kuinka ne haluavat ottaa ympäristö- ja sosiaalisia näkökulmia huomioon osana hankintojaan. Toisaalta strategioihin nostetut tavoitteet sitovat kuntia ja näiden tavoitteiden toteutumista ja tuloksellisuutta valvotaan tarkastuslautakunnan toimesta. Tarkastuslautakunta koostuu luottamushenkilöistä ja se arvioi tavoitteiden toteutumista etenkin kuntalaisten näkökulmasta.

On tärkeä pohtia myös sosiaalisten ja ympäristönäkökulmien huomioimiseen liittyviä tavoitteita tilanteissa, joissa ne saattavat olla keskenään ristiriidassa. Tällöin herää kysymys siitä, voidaanko ekologisilla tavoitteilla syrjäyttää sosiaalisia oikeuksia? Kuten Tuori on esittänyt, jos oikeudelliseen ratkaisutoimintaan voidaan soveltaa kahta keskenään ristiriitaista periaatetta, niitä molempia tulisi soveltaa, mutta häviävää periaatetta voitaisiin soveltaa vain voittavan periaatteen sallimissa rajoissa. Sosiaaliset oikeudet ovat monilta osin hyvin vahvasti suojattuja perus- ja ihmisoikeuksia, ja ne tulisi katsoa ensisijaiseksi suhteessa ympäristönäkökulmiin. Tämän vuoksi niitä ei voida mielestäni syrjäyttää ekologisilla tavoitteilla. Monet ympäristöön liittyvät tavoitteet ovat poliittisia ja suositusluonteisia

vaikkakin esimerkiksi perustuslaissa säädetään esimerkiksi julkisen vallan velvollisuudesta turvata jokaiselle oikeus terveelliseen ympäristöön. Asiassa tulisi huomioida millaisia ekologisia tavoitteita tarkoitetaan ja onko kyse esimerkiksi sellaisia sosiaalisia oikeuksia, jotka luetaan TSS-oikeuksien piiriin kuuluviksi. Koska ekologisia tavoitteita liittyen esimerkiksi kestävään kehitykseen voidaan pitää enemmän tavoitteina ja kehityssuuntina ja niihin liittyvänä ohjailuna, tässä tilanteessa ne jäävät alempaan asemaan suhteessa muun muassa ihmisoikeussopimuksissa ja perustuslaissa turvattuihin sosiaalisiin oikeuksiin. Näissä tilanteissa ei ekologisilla tavoitteilla ole mahdollista syrjäyttää sosiaalisia oikeuksia. Tulisi siis pohtia myös sitä, että voiko laatukriteereitä pohjata pelkästään ympäristöön liittyviin laatukriteereihin, jos riskinä on, että sellaisia vertailuperusteita asettamalla saatettaisiin vaarantaa sosiaalisten oikeuksien toteuttamista. Lähtökohtana tulisi kuitenkin olla, että näitä molempia näkökulmia ja niitä ohjaavia periaatteita ja oikeuksia pyrittäisiin soveltamaan rinnakkain, niin että ne tukisivat toinen toisiaan enemmän kuin, että niitä tahallisesti asetettaisiin vastakkaisiin asemiin toisiaan vasten.

5.2 Johtopäätökset ja pohdintaa julkisten hankintojen tavoitteista ja ympäristönäkökulmien huomioimisesta de lege ferenda

Sen lisäksi että hankintalaki implementoi EU:n hankintadirektiivin osaksi kansallista lainsäädäntöä, hankintalain voidaan nähdä olevan yksi keino toteuttaa poliittisia tavoitteita esimerkiksi ympäristö- ja sosiaalisten näkökulmien huomioimiseksi julkisissa hankinnoissa. Valtio pyrkii ohjaamaan periaatepäätöksillään kuntia ottamaan huomioon valtion tavoitteita kuntastrategioissa. Kuntastrategiat taas ohjaavat kuntien hankintatoimea. Hankintalaki antaa laajan päätäntä- ja neuvotteluvallan hankintayksiköille, kunhan lain tavoitteet toteutuvat. Kuntien itsehallinto antaa kunnille vapauden tehdä päätöksiä omista hankinnoistaan. Kuntien itsehallinto tarkoittaa myös sitä, että niille voidaan antaa tehtäviä vain lailla säätämällä. Jos valtion periaatteet ja EU-tasoltakin annetut kestävyystavoitteet saataisiin vietyä kuntien strategioiden osaksi, olisi niiden toteuttaminen paikallisesti oikeasti tehokkaampaa.

Koska julkiset hankinnat ovat niin merkittävä tekijä markkinoilla, on huomattu, että niiden avulla voitaisiin toteuttaa kestävään kehitykseen ja sosiaalisiin oikeuksiin liittyviä asioita. Julkisen sektorin on mahdollista toimia suunnannäyttäjänä yksityisille hankkijoille siitä, kuinka hankintoja voitaisiin tehdä entistä kestävämmiin ja siten, että samalla edistettäisiin entistä kestävämpien ja laadukkaampien tuotteiden ja palveluiden käyttöä. Asia ei kuitenkaan

ole yksinkertainen tai helppo. Vaikka EU-tasolla tai valtion päämäärissä asetettaisiin tavoitteita laadun kasvattamiseen sekä ympäristöön, että sosiaalisiin kriteereihin liittyen, niiden siirtyminen esimerkiksi kuntien strategioihin ja sitä kautta kunnallisiin hankintoihin ei ole yksiselitteistä. Kunnilla on itsehallinto ja oikeus päättää itse omista tavoitteistaan, joten sellaiset tavoitteet, joita ei ole lain tasolle määrätty toteutettavaksi, on kuntien vapaassa valinnassa, kuinka he ne haluavat hoitaa. Ja toisaalta, jos esimerkiksi kunnille säädettäisiin näihin liittyen pakollisia velvoitteita, niin se tarkoittaisi myös sitä, että silloin niitä varten tulisi kunnille ohjata rahoitusta niiden toteuttamiseen.

Kattohinnoittelu ei ole kovin yleisesti markkinoilla käytetty, sillä se vaatii hankintaosaamista, valmistelua, neuvottelua, asiaan perehtymistä, ja sen että hinta ja ehdot saadaan kohdalleen. Kun nämä lähtökohdat ovat kunnossa, saattaisi kattohinnoittelu toimia keinona saada myös useampia tarjouksia ja ylipäättään tehostamaan sellaisten tuotteiden tai palveluiden hankintaa, jota tosiasiassa tarvitaan ja näin ollen myös parantamaan palvelun tai tuotteen loppukäyttäjän kokemaa laatua. Kattohinnan käyttämisen sijaan suurempi pääkysymys kuitenkin, oli hankinnan muoto mikä tahansa, on se, kuinka laatu saataisiin tuotua laajemmin mukaan julkisiin hankintoihin. Laatu itsessään on vaikea teema ja laatua voidaan lähestyä monesta eri näkökulmasta. Tässä työssäni laatuun on keskitytty erityisesti tuotteiden näkökulmasta, jolloin tarkastelussa on korostunut tuotteiden tekninen laatu ja ominaisuudet. Laatu laajempänä käsitteenä voidaan nähdä myös kokemuksena, siinä kuinka loppukäyttäjät kokevat saamansa palvelun tai hyödykkeen palvelevan tarpeitaan. Tällaisen laadun mittaaminen on vaikeampaa, kuin mikään yksittäinen päästöarvo tai muu teknisen tyyppinen mittari. Kokemukseen perustuvaa laatua voi olla vaikea muodostaa sellaiseen mitattavaan muotoon, että se olisi pätevä valintakriteeri hankintaprosessin minimivaatimuksena. Sen sijaan yksi keino parantaa loppukäyttäjän kokemusta laadusta on markkinakartoituksen avulla tarkasti selvittää millaista palvelua tai hyödykettä loppukäyttäjät tosiasiassa tarvitsevat.

Oikeustieteellisen alan tutkijat ovat ehdottaneet, että hankintalakia tulisi kehittää muun muassa tällä hetkellä suositusluonteisten EU:n GPP-kriteerien säätämisestä pakolliseksi osaksi julkisia hankintoja. On myös esitetty, että ympäristökriteerien ja hankinnan elinkaaren yhteyttä tulisi vahvistaa ja että hankintasäätelyä tulisi muuttaa vastaamaan elinkaariajattelua pelkän hankinnan kohteen määrittelyn sijaan. Pakollisten GPP-kriteerien nähdään toimivan

kannustimena, jonka avulla yritykset kehittäisivät toimintaansa. Riskinä nähdään, että vaikka julkisiin hankintoihin tultaisiin asettamaan pakollisia minimivaatimuksia ympäristönäkökulmien suhteen, niiden käyttö tosiasiaassa voisi muodostua vain näennäiseksi muodolliseksi osaksi hankintoja, jos julkiset hankkijat pyrkisivät toteuttamaan vaatimukset väkisin ja mahdollisimman pientä hallinnollista taakkaa aiheuttaen.¹⁴⁹

Mielestäni mikään yksittäinen ympäristömerkki ei ratkaise ongelmaa. En kuitenkaan näe, että julkisten varojen käytön tehokkuuden näkökulmasta julkiset hankinnat ja muut ohjauskeinot olisivat toisiaan poissulkevia vaihtoehtoja. Vaikka varoja kohdistettaisiin myös muihin ympäristönäkökulmia edistäviin toimiin, sen ei tarvitsisi poissulkea ympäristönäkökulmien huomiointia osana julkisia hankintoja.

Lainsäädäntöä tulisi kehittää sellaiseen suuntaan, joka tulee tuotteiden elinkaarien pidentämistä. Tuotteiden elinkaaren pidentäminen voisi onnistua esimerkiksi takuuajoja pidentämällä, jolloin tuotteiden suunnittelussa jouduttaisiin tarkemmin miettimään sitä, että ne oikeasti tehdään laadukkaasti ja kestävästi. Myös julkisten varojen ohjaaminen tuotteiden huollon ja ylläpidon kannustamiseen auttaisi pidentämään tuotteiden elinkaaria ja vähentämään niiden aiheuttamia päästöjä ja luonnonvarojen kulutusta, kun samaa tarkoitusta varten tarvitsisi harvemmin hankkia uusi tuote. Näitä tavoitteita olisi mahdollista toteuttaa myös julkisten hankintojen avulla, kun vertailuperusteiksi valittaisiin tämänkaltaisia esimerkiksi takuuajoihin tai huollettavuuteen liittyviä ehtoja. Sen vuoksi en näe, että julkisten hankintojen tai muiden ympäristönäkökulmien ohjaamisen keinot olisi toisiaan poissulkevia vaan ennemminkin tosiaan tukevia ja niitä olisi mahdollista toteuttaa rinnakkain.

Koko ajatus vapaasta markkinataloudesta ja ylipäätään voitontavoittelusta tulisi kääntää uuteen suuntaan. On kestävämpää, että kertakäyttökulttuuri ja pikavoittojen hakeminen nopeilla halvoilla ratkaisuilla ja tuotteiden käyttöänsä jopa keinotekoisella lyhentämällä voisi jatkaa. Julkisten tehtävien yksityistämisen prosessit osaltaan voivat viedä kehitystä väärään suuntaan, kun ajatellaan yksityisen yrityksen ja julkisen sektorin erilaisia intressejä siihen, minkä vuoksi tavaroita ja palveluita tuotetaan. Tuotetaanko niitä voiton tavoittelun vuoksi vai tuottaakseen hyödykkeitä loppukäyttäjille ajatellen heidän tarpeitaan?

¹⁴⁹ Halonen 2021

Valtion hankintojen ohjauksista puuttuvat kannustimet, joten yhtenä keinona ympäristönäkökulmien huomioimisessa voisi olla myös sen miettiminen, millaisten kannustimien avulla ympäristönäkökulmien toteuttamista voitaisiin edistää. Kunnissa koetaan, että suurin este ympäristönäkökulmien edistämiseksi on niiden hankintaprosessiin ja hintaan liittyvät kustannukset. Kuntien huonon taloustilanteen vuoksi kunnissa ei voida tai muuten olla valmiita maksamaan enemmän ympäristöystävällisistä vaihtoehdoista. Lisäksi kunnissa ei välttämättä ole resursseja päivittää hankintaohjeita tai kouluttaa henkilöstöä siihen, kuinka laatua voitaisiin painottaa hankinnoissa. Voisiko olla mahdollista luoda sellaisia koulutus-, rahoitus- tai tukimalleja, joiden avulla ympäristöä huomioivien prosessien läpivienti ei aiheuttaisi kunnille lisäkustannuksia?

Vaikka tutkimuksissa on sanottu, että julkisten hankintojen ympäristökriteerien käyttö saattaisi johtaa siihen, että yksityinen sektori kuluttaisi vain entistä enemmän ei-ympäristöystävällisiä tuotteita, asia saattaa olla toisin, jos kyse olisikin tuotteen eliniän pidentämisen tai huollettavuuden kaltaisista asioista. Myös yksityiset kuluttajat arvostavat kestäviä ja korjattavia tuotteita ja hyötyvät niistä. Jos lainsäädännössä päätettäisiin muodostaa minimitaso tuotteiden kestävyydelle esimerkiksi poistamalla markkinoilta tuotteita, jotka eivät täytä tiettyjä laatuksiteereitä, tai pidentää tuotteiden elinkaarta nostamalla takuuajkoja ja tätä kautta parantamalla tuotteiden laatua ja siirtämällä laadun nostamisen kustannusvaikutuksia myös tuotteen suunnittelijoille ja valmistajille, muodostuisi markkinoilla olevista tuotteista laadukkaampia ilman, että kaikki kustannusvaikutukset laadun parantamisesta kohdistuisivat pelkästään hankkijoille. Myös kannustamalla tuotteiden eliniän pidentämiseen huolto- ja korjaustoimintaa tukemalla pidennettäisiin tuotteiden elinkaarta ja tämäkään ei aiheuttaisi kuluttajamarkkinoilla ei-ympäristöystävällisten tuotteiden kysynnän kasvua vaan hyödyttäisi myös kuluttajia sen lisäksi että sillä estettäisiin tarpeetonta luonnonvarojen käyttöä.