

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLII

2009

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

www.lakimiesyhdistys.fi

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

© 2009 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-291-1

ISBN 978-951-855-729-9 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2009

Janne Kaisto

**VARALLISUUSOIKEUS
JA JULKISET HANKINNAT**

Sisällys

1	TEHTÄVÄNASETELU JA KIRJOITUKSEN RAKENNE	125
2	HANKINTALAKI PÄÄPIIRTEISSÄÄN	130
3	OIKEUSTOIMIOPIN PERUSTEITA	135
3.1	Käsitteellisiä lähtökohtia	135
3.2	Esisopimus ja yksipuolinen sopimuksentekoon velvoittautuminen	141
3.3	Tarjous–vastaus-mekanismi	143
3.4	Tarjouspyyntö	146
3.5	Julkisyhteisö sopijakumppanina	149
4	HANKINTASOPIMUS VARALLISUUSOIKEUDEN NÄKÖKULMASTA	165
5	HANKINTALAKI JA SOPIMUKSEN PÄTEVYYS	167
5.1	Johdannoksi	167
5.2	Kirjallisen sopimuksen puuttuminen	170
5.3	Sopimuksen tekeminen odotusaikana	176
5.4	Kilpailuttamisvelvollisuuden rikkominen	180
6	TYYPILLISESSÄ MENETTELYSSÄ ANNETTAVAT TAHDONILMAISUT	183
6.1	Johdannoksi	183
6.2	Oikeustila ennen vuoden 2005 muutosta	188
6.3	Oikeustila vuoden 2005 muutoksen jälkeen	192
6.4	Oikeustila vuoden 2007 uudistuksen jälkeen	195
7	MARKKINAOIKEUSSEURAAMUKSET ERITYISESTI VARALLISUUSOIKEUDEN KANNALTA	201
7.1	Markkinaoikeuden toimivalta pääpiirteissään	201
7.2	Tarjousten voimassaolo	205
7.3	Hankintapäätöksen kumoaminen sopijakumppanin näkökulmasta	207

7.4 Sopimus ennen hakemusta reaalikeyinojen kannalta	211
7.5 Hakemuksen jälkeinen sopimus reaalikeyinojen kannalta	233
8 HANKINTALAIN MUKAINEN VAHINGONKORVAUS- VELVOLLISUUS PÄÄPIIRTEISSÄÄN	237
9 MARKKINAOIKEUSSEURAAMUKSET TULEVASSA LAINSÄÄDÄNNÖSSÄ	241
9.1 Johdannoksi	241
9.2 Pätemättömäksi ja tehottomaksi julistaminen	243
9.3 Hankintasopimuksen tehottomaksi ”toteaminen”	247
9.4 Tehottomuusuhan alaisista sopimusvelvoitteista	250
LÄHTEET	253
LAW OF PROPERTY AND PUBLIC PROCUREMENTS	258

Varallisuusosoikeus ja julkiset hankinnat

Laki julkisista hankinnoista varallisuusosoikeuden näkökulmasta

1 TEHTÄVÄNASETTELU JA KIRJOITUKSEN RAKENNE

Julkisten hankintojen sääntelyssä on viimeisen parin vuosikymmenen aikana tapahtunut olennaisia muutoksia, mikä on paljolti ollut seurausta kansainvälistymiskehityksestä. Nykyinen laki julkisista hankinnoista (30.3.2007/348) tuli voimaan 1.6.2007, ja sillä pantiin täytäntöön direktiivit 2004/18/EY ja 89/665/ETY.¹ Hankintalaissa säädetään siitä, kuinka valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on *kilpailutettava* hankintansa. Hankintal 1.2 §:n mukaan lain tavoitteena on ”tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.”

Toinen keskeinen julkisia hankintoja koskeva säädös on laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (30.3.2007/349), jolla pantiin täytäntöön direktiivit 2004/17/EY ja 92/13/EY. Tässä kirjoituksessa kiinnitetään kuitenkin huomiota ainoastaan hankintalakiin, ja erityisalojen hankintalaki jää lähinnä vain maininnan varaan. Tarkoituksena on tarkastella melko yleisesti hankintalain sääntelyä *varallisuusosoikeuden yleisten oppien* näkökulmasta. Hankintala-

¹ Ks. hankintalain taustoista tarkemmin esim. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 1–5, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 34–35 ja *Pekkala* 2007 s. 28–35. EU:n direktiivien ohella hankintalain taustalla vaikuttaa Maailman kauppajärjestön julkisten hankintojen sopimus eli Government Procurement Agreement, lyhennettynä GPA-sopimus. Sopimuksen ensimmäinen versio allekirjoitettiin vuonna 1979, minkä jälkeen sopimusta on uudistettu pariin otteeseen. Myös EU (kuten Suomi) on liittynyt sopimukseen, jonka nykyinen versio on vuodelta 1994; yhteisön julkisten hankintojen direktiivit ovat linjassa GPA-sopimuksen kanssa (ks. myös esim. *HE 50/2006 vp* s. 7).

kiin keskittyminen yksinkertaistaa esitystä ilman, että tämä vaarantaisi kirjoituksen keskeisten – luonteeltaan systemaattisten – tavoitteiden saavuttamista.²

Hankintalaki on mittava säädös, jossa asetetaan hankintayksiköille koko joukko erilaisia hankintaan liittyviä velvollisuuksia.³ Näitä velvollisuuksia tai niiden rikkomisen seurauksia ei kuitenkaan tarkastella kirjoituksessa kattavasti, koska tämä olisi epätarkoituksenmukaista tutkimustehtävän toteuttamisen kannalta. Varallisuus oikeudellisen arvioinnin toteuttamiseen riittää varsin yleispiirteinen, pääsääntöjen tasolla tapahtuva hankintalain tarkastelu. Luvussa 2 kuvataan hankintalain sääntelyä pääpiirteissään. Kirjoituksen muissa luvuissa käsitellään yksityiskohtaisemmin niitä hankintalain valittuja kohtia, joita voidaan pitää kiinnostavina varallisuus oikeuden yleisten oppien näkökulmasta.

Kirjoituksen päähuomio kohdistuu siihen, mikä on hankintalain suhde *oikeustoimioppiin*. Luvussa 3 selvitetään kirjoittajan käsityksiä oikeustoimion perusteista. Tarkastelu on paikoin käsitteellisempää kuin sopimus-oikeudessa yleensä, koska selvä kuva peruskäsitteistä edistää tutkimuksen toteuttamista. Luvussa pyritään kiinnittämään huomiota yleisellä tasolla erityisesti sellaisiin kysymyksiin, joihin annetuilla vastauksilla on relevanssia käsiteltäessä hankintalakia oikeustoimion näkökulmasta. Tarkasteltavaksi otetaan muun muassa julkisyhteisöön sopijakumppanina liittyvä problematiikka, koska monet (eivät kuitenkaan kaikki) hankintayksiköt ovat julkisyhteisöjen viranomaisia.⁴

² Monet erityisalojen hankintalain säännökset vastaavat hankintalain säännöksiä, osa on jopa identtisiä. Oikeusturvakeinojen osalta erityisalojen hankintalaissa ei ole itsenäistä sääntelyä, vaan säädöksen 61 §:ssä viitataan tältä osin hankintalain sääntelyyn (ks. myös HankintaL 9 §). Hankintalainsäädäntöä valmisteltaessa pidettiin yhtenä vaihtoehtona sääntelyn sisällyttämistä yhteen lakiin, mutta kahden lain järjestelmää pidettiin lopulta perustellumpana (ks. tarkemmin esim. HE 50/2006 vp s. 26–27 ja 42). Hajautettu järjestelmä on omaksuttu myös Ruotsissa. Hankintalakia vastaava säädös on lag (2007:1091) om offentlig upphandling, joka tuli voimaan 1.1.2008; erikseen on annettu lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

³ Kirjallisuudessa ei ole pidetty uutta hankintalainsäädäntöä täysin ongelmattomana. Kriittikkiä on esittänyt eritoten Kai Kalima, jonka mukaan uudet lait (hankintalaki ja erityisalojen hankintalaki) ovat erittäin vaikeita, tulkinnanvaraisia ja mutkikkaita (näin Kalima 2007 s. 195).

⁴ Hankintayksiköistä säädetään HankintaL 6 §:ssä. Hankintayksiköitä ovat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset, valtion liikelaitoksista annetun lain (20.12.2002/1185) mukaiset liikelaitokset ja tietyin edellytyksin julkisoikeudelliset laitokset sekä toimijat, jotka saavat määrätyllä tavalla tukea hankinnan tekemistä varten.

Yksinkertaisuuden vuoksi kirjoituksessa puhutaan hankintayksikön oikeuksista ja velvollisuuksista, vaikka tähän osin sisältyy epätarkkuutta varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta. Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa hankintayksikkönä on kunnan viranomaisena.⁵ Jos hankintayksikkö vaikkapa solmii hankintasopimuksen, herää kysymys, keiden välillä sopimus itse asiassa tehdään. Viranomaiset eivät yleensä ole sopimuksen osapuolia omilla nimissään, vaan ne toimivat julkisyhteisön toimielimenä tai edustajana.⁶ Vaikka sopimuksen mukaiset oikeudet ja velvollisuudet syntyvät täsmällisesti ottaen kunnalle, hankintalain ympäristössä tätä ei yleensä ole tarpeen täsmentää kaikissa tapauksissa.

Oikeustoimien tekeminen rakentuu pitkälle yksityisautonomian varaan. Lähtökohtana on esimerkiksi, että henkilöt voivat halutessaan antaa sellaisia tahdonilmaisuja, kuin itse haluavat. Toisinaan edellytetään tietyn muodon seuraamista. Esimerkiksi voidaan mainita kiinteistön kauppa, jonka pätevyys edellyttää maakaaren (12.4.1995/540) 2:1:n mukaista kauppakirjaa.

Hankintasopimus on luonteeltaan tyypillisesti varallisuus oikeudellinen/ yksityisoikeudellinen sopimus, vaikka sen toisena osapuolena olisikin julkista valtaa käyttävä taho.⁷ Kyse on esimerkiksi kauppa- tai urakkasopimuksesta. Hankintalain sääntelylle ominaista on kuitenkin se, että tehtäviä sopimuksia luonnehditaan hankinnan näkökulmasta. Näin esimerkiksi HankintaL 5 §:n hankintasopimuksen yleismääritelmässä (1 kohta) puhutaan sopimuksesta, jonka tarkoituksena on ”rakennusurakan toteuttaminen, tavarankäyttö tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan”. – Luvussa 4 tarkastellaan lähemmin hankintasopimusta varallisuus oikeuden näkökulmasta.

⁵ HankintaL 6 §:n mukaan hankintayksiköitä ovat siis muun muassa kunnan viranomaiset. Säännöksen esitöissä mainitaan esimerkkeinä kunnanvaltuustot, kunnanhallitukset, lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat (*HE 50/2006 vp s. 54*).

⁶ Näin *Mäenpää* 1989 s. 237, ks. myös s. 131–134, jossa pohditaan viranomaisen oikeussubjektiutta. Se, että viranomaisena toimii julkisyhteisön edustajana, ei sinänsä tarkoita sitä, ettei myös viranomaisista itseään voitaisi pitää oikeussubjektina ainakin jossain merkityksessä.

⁷ Ks. myös esim. *Kanninen* DL 2005 s. 538–539, *HE 50/2006 vp s. 50*, *Mäenpää* 2007 s. 183 ja *Aarto – Aho – Regelin – Uotila – Vatanen* 2009 s. 21 ja 31, ks. vielä *Mäenpää* 2008 s. 37. Joissain erikoislaatuissa tapauksissa sopimuksella on sellainen lisämääre, että se jäsentyy hallintolain (6.6.2003/434) 3.1 §:ssä tarkoitetuksi hallintosopimukseksi. Kuten myöhemmin jaksossa 3.5 tarkemmin esitetään, tällä on merkitystä etenkin prosessuaaliselta kannalta. Siihen, että hankintasopimus saattaa olla hallintolaisissa tarkoitettu hallintosopimus, on kiinnitetty huomiota myös *HallintoL* 3.1 §:n esitöissä. Hallituksen esityksessä mainitaan esimerkkinä sopimus, jolla järjestetään luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetussa laissa (15.2.1991/343) tarkoitettuja ostoliikennepalveluja (*HE 72/2002 vp s. 50*).

Luvussa 5 tarkastellaan hankintalain sääntelyä siltä kannalta, onko sillä jotain merkitystä hankintayksikön ja toimittajan solmiman sopimuksen pätevyydelle.⁸ Tässä yhteydessä on olennaista panna merkille, ettei hankintalain vastaisella menettelyllä ole välttämättä merkitystä sopimuksen varallisuus oikeudellisten vaikutusten kannalta. Hankintayksikön kompetenssi oikeustoimien tekemiseen tulee siis ainakin kysymyksenasettelujen tasolla erottaa siitä, kuinka hankintayksikön tulee käyttää sillä olevaa kompetenssia. Mahdollista on, että sopimus saa aikaan sisältönsä mukaiset vaikutukset, vaikka hankintayksikkö syyllistyisi vakavaan menettelyvirheeseen.

Jo tässä voidaan paljastaa, että *hankintalaissa ei säädetä sopimuksen pätevyyden edellytyksistä*. Hankintayksikön ja toimittajan väliset sopimukset voivat olla päteviä siitä riippumatta, kuinka räikeästi noudatettu menettely poikkeaa hankintalain mukaisesta menettelystä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei hankintalaissa omaksutuilla ratkaisuilla voisi välillisesti olla oikeustoimiopillista merkitystä. Vähintään kyse voi olla siitä, millainen käyttäytyminen voidaan ymmärtää oikeustoimen tekemiseksi. Luvussa 6 selvitetään, millaisia tahdonilmaisuja tyypillisesti annetaan hankintalain mukaisissa menettelyissä. Järkiperaiselta lähtöoletukselta tuntuu, että hankintalaissa omaksutut ratkaisut osaltaan ohjaavat niin hankintayksiköiden kuin toimittajien käyttäytymistä.

Kirjoituksen keskeisen tarkoituksen toteuttaminen ei edellytä sitä, että huomiota kiinnitettäisiin kattavasti erilaisiin hankintalaissa tunnettuihin järjestelyihin. Esimerkiksi puitejärjestelyihin liittyvä problematiikka sivuutetaan. Puitejärjestelyllä tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 15 kohdan mukaan yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot, kuten hinnat ja suunnitellut määrät.

Vaikka menettelyn hankintalain vastaisuudella ei ole merkitystä mahdollisesti tehdyn sopimuksen pätevyyden kannalta, sillä voi olla muita seurauksia. Keskeinen toimija tässä suhteessa on markkinaoikeuslaissa (28.12.2001/1527) säännelty *markkinaoikeus*, joka voi HankintaL 76.1 §:n nojalla hakemuksesta

⁸ Toimittajalla tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 7 kohdan mukaan luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoa taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita.

- 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan;
- 2) kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä;
- 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä; taikka
- 4) määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Hankintayksiköt ovat usein sellaisia toimijoita, joiden päätöksiin voidaan hakea muutosta muutenkin kuin markkinaoikeuteen tehtävällä hakemuksella. HankintaL 82 §:ssä kuitenkin säädetään, että markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan asiaan ei saa hakea muutosta valittamalla kuntalain (17.3.1995/365) eikä hallintolainkäyttölain (26.7.1996/586) nojalla sillä perusteella, että päätös on hankintalain vastainen. – Tässä yhteydessä voidaan mainita myös ortodoksisesta kirkosta annetun lain (10.11.2006/985) 106.2 § samoin kuin kirkkolain (26.11.1993/1054) 24:8 a, jonka mukaan oikeusturvakeinoista kirkollisen viranomaisen julkisista hankinnoista annetun lain soveltamisalaan kuuluvassa hankinta-asiassa tekemään päätökseen on voimassa, mitä niistä säädetään hankintalaissa.

Luvussa 7 tarkastellaan lähemmin markkinaoikeuden määräämiä seuraamuksia erityisesti varallisuus oikeuden näkökulmasta. On syytä panna merkille, että markkinaoikeus ei voi määrätä muista kuin HankintaL 76 §:n mukaisista seuraamuksista. Hankintalaissa on kuitenkin myös vahingonkorvausta koskeva säännös eli HankintaL 84 §, jonka ensimmäisessä momentissa säädetään velvollisuudesta korvata virheellisellä menettelyllä ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle aiheutunut vahinko. Toisessa momentissa otetaan kantaa tilanteeseen, jossa vahingonkorvausvaatimus koskee tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja. Tässä yhteydessä olennaista on kuitenkin, että HankintaL 84.3 §:n mukaan 1 ja 2 momentissa tarkoitettuisa asioissa toimivaltainen tuomioistuin on oikeudenkäymiskaaren (1.1.1734/4) 10 luvun mukainen alioikeus, ei siis markkinaoikeus.

Vahingonkorvausoikeudellinen problematiikka jätetään kirjoituksessa varsin pintapuolisen tarkastelun varaan. Systemaattista kokonaiskuva on kuitenkin vaikea saada, jos vahingonkorvaukseen ei lainkaan kiinnitetä huomiota. Luvussa 8 selvitetään tämän vuoksi pääpiirteissään vahingonkorvausvelvollisuutta HankintaL 84 §:n nojalla. Hankintayksikön vahingonkorvausvelvollisuutta hankintalain nojalla tai jollain muulla perusteella tarkastellaan lisäksi siinä määrin, kuin toimittajan oikeus vahingonkorvaukseen nousee esille jonkin muun kysymyksen tarkastelun yhteydessä.

Hankintalain mukaiset velvollisuudet ja erityisesti velvollisuuksien rikkomisen seuraukset ovat tällä hetkellä uudistustöiden kohteena. EU:ssa on saatu aikaan direktiivi 2007/66/EY, joka koskee direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamista julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.⁹ Direktiivi pitäisi saattaa osaksi lainsäädäntöä 20.12.2009 mennessä. Kotimainen valmistelu on tällä hetkellä siinä vaiheessa, että 31.10.2008 valmistui oikeusministeriön ja kauppaja- ja teollisuusministeriön (nykyään työ- ja elinkeinoministeriö) asettaman JUHO-työryhmän periaatemietintö ”Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen”; työryhmä luovutti 15.5.2009 välimietinnön ”Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta”, joka on laadittu hallituksen esityksen muotoon.

Luvussa 9 tarkastellaan markkinaoikeusseuraamuksia tulevassa lainsäädännössä. Lähtöoletuksena on, että hankintalakiin tehdään JUHO-työryhmän ehdottamat muutokset. Tarkoituksena on laajentaa markkinaoikeuden toimivaltaa nykyisestä. Keskeisellä sijalla on *tehottomuusseuraamus*, joka on kiinnostava myös varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta. Työryhmä ehdottaa sääntelyä, jonka nojalla markkinaoikeus voi määrätyin edellytyksin todeta hankintayksikön tekemän sopimuksen tehottomaksi, määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun tai lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua (94, 96 ja 98 §).¹⁰

2 HANKINTALAKI PÄÄPIIRTEISSÄÄN

Hankintalaissa on yhteensä neljä osaa, joista ensimmäinen (1–23 §, luvut 1–4) sisältää yhteiset säännökset periaatteista ja soveltamisalasta. Luvussa 1 käsitellään tarkoituksia ja periaatteita, minkä lisäksi siinä on määritelmiä. – Esimerkiksi Hankintal 2.1 §:ssä säädetyn mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava

⁹ Julkisten hankintojen oikeusturvakeinoissa on ollut ongelmia oikeastaan jo siitä asti, kun vanha laki julkisista hankinnoista (23.12.1992/1505) säädettiin. Tämä laki tuli voimaan 1.1.1994, ja sen oikeusturvajärjestelmään tehtiin monia enemmän tai vähemmän tärkeitä muutoksia ennen nykyisen hankintalainsäädännön antamista (yksityiskohtia käsitellään tarkemmin jäljempänä).

¹⁰ Ks. tarkemmin *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 139–140.

hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.

Soveltamisalan osalta on syytä panna merkille, että hankintalaki ei suinkaan koske kaikkia hankintayksiköiden hankintoja. Tässä ei ole kuitenkaan tarpeen tarkastella lähemmin sitä, millaiset hankinnat jäävät soveltamisalaa koskevan 2 luvun nojalla lain soveltamisalan ulkopuolelle.

Hankintalain 3 luvussa on säännöksiä eri *kynnysarvoista*, joilla on suuri merkitys hankintojen systematisoinnissa. HankintaL 15 §:n mukaan laki ei sovellu tavara- tai palveluhankintoihin, suunnittelukilpailuihin ja palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 15 000 euroa. Tiettyjen palvelujen (kuten liitteen B mukaisten terveydenhoito- ja sosiaalipalvelujen) osalta sääntönä on kuitenkin se, että hankinnan arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 50 000 euroa. Rakennus- ja käyttöoikeusurakoihin hankintalaki ei sovellu, jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 100 000 euroa.

Kansallisten kynnysarvojen lisäksi hankintalaisissa tunnetaan hankintadirektiiviin pohjautuvat EU-kynnysarvot (HankintaL 16 §). Komissio tarkistaa kynnysarvot kahden vuoden välein, ja Suomessa muutokset ilmoitetaan virallisessa lehdessä. Kynnysarvoista löytyy informaatiota muun muassa työ- ja elinkeinoministeriön kotisivuilta (<http://www.tem.fi>). – Esimerkiksi valtion keskushallintoviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa EU-kynnysarvo on tällä hetkellä 133 000 euroa.

Hankintalain 4 luvussa on hankintalajeihin liittyviä soveltamissäännöksiä, jotka ovat paikoin melko monimutkaisia. Palveluhankintojen osalta on tärkeätä panna merkille jako liitteiden A ja B mukaisiin palveluihin. Yksinkertaistettuna kyse on siitä, että liitteen B mukaisten palvelujen osalta EU-kynnysarvon ylittymisellä ei ole yhtä suurta merkitystä (HankintaL 21 §). Tämä on seurausta siitä, ettei niissä mahdollisuuksia kansalliset rajat ylittäviin palveluihin ole pidetty yhtä merkittävänä kuin liitteessä A mainituissa palveluissa.¹¹ Liitteen A mukaisia palveluita ovat esimerkiksi huolto- ja korjauspalvelut, teleliikennepalvelut ja mainospalvelut; liitteen B mukaisia palveluja ovat muun muassa hotelli- ja ravintolapalvelut, oikeudelliset palvelut ja terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut.

Vaikka hankintalaki ei sovellu pieniin hankintoihin, tämä ei tarkoita sitä, että hankintapäätös voitaisiin tehdä täysin vapaan harkinnan perusteel-

¹¹ Ks. esim. *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 81, *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 75 ja *Pekkala* 2007 s. 152.

la. Hankintayksiköillä on esimerkiksi omia hankintasääntöjään, joissa on voitu ottaa kantaa pienhankintoihin. Merkille on syytä panna myös se, että yhteisöjen tuomioistuimen mukaan EY-sopimuksen perustavanlaatuiset periaatteet tulee ottaa huomioon myös EU-kynnysarvot alittavissa (direktiivien ulkopuolelle jäävissä) hankinnoissa.¹² Näillä periaatteilla (kuten syrjinnän kiellolla) on relevanssia myös silloin, kun kyse on samalla myös kansalliset kynnysarvot alittavasta hankinnasta.¹³

Hankintalain toisessa osassa (24–64 §, luvut 5–8) säädetään EU-kynnysarvon ylittävistä tavarahankinnoista, liitteen A mukaisista ensisijaisista palveluhankinnoista, rakennusurakoista, käyttöoikeusurakoista ja suunnittelukilpailuista. Hankinnassa on käytettävä ensisijaisesti *avointa tai rajoitettua* menettelyä (HankintaL 24.1 §). Hankinnasta julkaistaan kummassakin tapauksessa hankintailmoitus. Avoimelle menettelylle ominaista on, että kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen; hankintayksikkö voi myös lähettää tarjouspyyntöjä omatoimisesti soveliaiksi katsomilleen toimittajille. Rajoitetussa menettelyssä toimittajat voivat pyytää saada osallistua, mutta ainoastaan hankintayksikön valitsemat ehdokkaat voivat tehdä tarjouksen (HankintaL 5 §:n 10 ja 11 kohta).

Hyvin laadittu tarjouspyyntö on onnistuneen kilpailutuksen perusedellytys. HankintaL 40.1 §:n mukaan tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava niin selväksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Toisaalta tarjouspyyntö on tietyllä tavalla toissijainen hankintailmoitukseen nähden, sitä täydentävä.¹⁴ Jos tarjouspyyntö eroaa sisällöltään hankintailmoituksesta, etusija on hankintailmoituksessa ilmoitetulla (HankintaL 40.2 §).

Hankintayksikön pitää toimittaa hankintailmoitus julkaistavaksi siten kuin valtioneuvoston asetuksella tarkemmin säädetään (HankintaL 35 §). Käytännössä hankintailmoitukset tehdään HILMA-nimisessä sähköisessä ilmoituskanavassa (<http://www.hankintailmoitukset.fi>), josta ne toimitetaan edelleen julkaistavaksi Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa (S-sarja) sekä TED-tietokannassa (<http://ted.europa.eu>).

¹² Ks. esim. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 34 ja *Nenonen* LM 2009 s. 83, ks. myös *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 19–20.

¹³ Ks. pienhankintojen problematiikasta tarkemmin esim. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 66–67, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 85 ja *Pekkala* 2007 s. 511–514, ks. myös esim. *Kuntien yleiset hankintaohjeet* 2007 s. 30–33 ja *Valtion hankintakäsikirja* 2007 s. 112–116.

¹⁴ Ks. myös esim. *HE 50/2006 vp* s. 86 ja *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 211–212 sekä *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 164.

Hankintailmoituksia tehtäessä hankinta yksilöidään erityisten Common Procurement Vocabulary -koodien eli CPV-koodien avulla. Kyse on EU:n komission hyväksymästä luokittelujärjestelmästä, joka sisältää yli 6 000 eri nimikettä 9-numeron tarkkuudella (ks. tarkemmin Euroopan Unionin virallinen lehti 15.3.2008 s. 1–375). Hankintalaissa käytetään ilmaisua ”yhteinen hankintanimikkeistö” (HankintaL 5 §:n 26 kohta).

Käsillä voi olla tilanne, jossa hankintayksikkö on oikeutettu käyttämään myös jotain muuta hankintamenettelyä. Hankintayksiköllä saattaa jopa olla oikeus turvautua *suorahankintaan*. Tällä tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai usean toimittajan, jonka kanssa se neuvottelee sopimuksen ehdoista (HankintaL 5 §:n 13 kohta). Kyse on luonteeltaan poikkeuksellisesta menettelystä, joka aina edellyttää erityistä perustetta. Hankintayksikkö voi valita suorahankinnan esimerkiksi siinä tapauksessa, että teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan (HankintaL 27 §).

Tavanomaisessa tapauksessa hankintayksikkö saa useita tarjouksia, jotka voidaan kuitenkin ottaa huomioon vertailussa vain tiettyjen edellytysten täytyessä. Hankintayksikön pitää arvioida tarjoajan kelpoisuutta omana kysymyksenään. Hankintayksikön pitää sulkea tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle, jos tämä on syyllistynyt johonkin erikseen määriteltyyn rikokseen (ks. tarkemmin HankintaL 53 §). Kyse on tällöin pakollisesta poissulkemisperusteesta. Tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkeminen voi perustua myös HankintaL 54 §:ssä säänneltyihin harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin tai siihen, että tarjoajien soveltuvuutta kyseiseen hankintaan koskevat edellytykset eivät täyty (HankintaL 56–60 §).¹⁵

Tarjousten valinnasta säädetään HankintaL 62 §:ssä. Lähtökohtana on, että hankintayksikkö hyväksyy *kokonaistaloudellisesti edullisimman* tai *hinnaltaan halvimman* tarjouksen. Kun valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.

Hankintalain kolmannessa osassa (65–72 §, luku 9) säädetään kansallisista menettelyistä. HankintaL 65.1 §:n mukaan näitä menettelyitä voi-

¹⁵ Ks. tarkemmin esim. *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 264–265, *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 177–178 ja *Pekkala* 2007 s. 296–297.

daan käyttää EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa sekä EU-kynnysarvoista riippumatta liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa, palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa ja suunnittelukilpailuja koskevissa hankinnoissa sen mukaan, kuin 4 luvussa säädetään.

Myös kansallisten menettelyjen osalta on lähtökohtana, että hankinnassa on käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä (HankintaL 65.2 §). Toisaalta kansallisia menettelyjä koskevassa sääntelyssä on tiettyjä ”kevennyksiä” verrattuna EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Hankintayksikkö voi esimerkiksi tehdä suorahankinnan vastaavin edellytyksin kuin EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa. Suorahankintaa voidaan lisäksi käyttää yksittäisissä tapauksissa sosiaali-, terveys- tai koulutuspalvelujen hankinnoissa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi (HankintaL 67 §). Toisena esimerkkinä voidaan mainita tarjouspyyntö, joka edellä mainitun HankintaL 40.1 §:n mukaan on tehtävä kirjallisesti ja laadittava niin selväksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Myös kansallisissa menettelyissä on meneteltävä vastaavalla tavalla.¹⁶ Kirjallisuusmenettely ei kuitenkaan ole poikkeukseton. HankintaL 70 §:n nojalla tarjouspyyntö voidaan tehdä suullisesti ainakin neuvottelumenettelyssä ja suorahankinnassa, jos kirjallinen menettely ei perustellusti ole tarkoituksenmukaista.

Hankintalain neljännessä osassa (73–87 §, luvut 10–12) on yhteisiä säännöksiä hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen tekemisestä, oikeusturvakeinoista sekä erinäiset säännökset. Hankintaluvun 10 luvussa säädetään hankintaa koskevista päätöksistä ja hankintasopimuksesta. Hankintayksikön on muun muassa tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuksista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava (HankintaL 73.1 §). Oikeusturvakeinoja koskevassa 11 luvussa on markkinaoikeusprosessiin liittyvien kysymysten lisäksi otettu kantaa vahingonkorvaukseen. Lähtökohtana on, että hankintalain tai sen nojalla annettujen säännösten, EY:n lainsäädännön tai GPA-sopimuksen vastaisella menettelyllä ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle aiheutettu vahinko on korvattava (HankintaL 84.1 §). Hankintalain 12 luvussa on erinäisiä säännöksiä, joihin kuuluvat säännökset tietojen antamisesta, tarkemmista säännöksistä (valtioneuvoston asetukset) sekä voimaantulo- ja siirtymäsäännökset.

¹⁶ HankintaL 69 § ja HE 50/2006 vp s. 114.

3 OIKEUSTOIMIOPIN PERUSTEITA

3.1 Käsitteellisiä lähtökohtia

Yksi varallisuus oikeuden tärkeimpiä kysymyksiä on, millaiselta käsitteelliselä perustalta oikeustoimioppia harjoitetaan. Esimerkiksi oikeustoimen käsitteestä ei silti ole saavutettu täyttä yksimielisyyttä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että olisi tarkoituksenmukaista luopua pyrkimyksestä käsitteen määrittelyyn. Mielestäni myös nykyään on hyviä perusteita lähteä siitä, että oikeustoimen käsite kytkeytyy *tahdonilmaisun* käsitteeseen. Näin oikeustoimi voidaan määrittää yksityiseksi tahdonilmaisuksi, jolla oikeuksia perustetaan, muutetaan, kumotaan tai siirretään.¹⁷

Oikeustoimia ovat esimerkiksi velvoitteeseen sitoutuminen, käyttöoikeuden perustaminen ja omistusoikeuden luovutus.¹⁸ Oikeustoimia tehäessä ei ole välttämätöntä käyttää tällaisia ilmaisuja. Olennaista on, että henkilön voidaan sanoa tarkoittaneen esimerkiksi omistusoikeuden luovutusta. Tästä voi olla kysymys, vaikka luovuttaja ei lainkaan olisi käyttänyt sanoja ”omistusoikeus”, ”luovutus” tai ”siirto”.

Oikeustoimet voidaan jakaa velvoittautumistoimiin ja dispositiotoimiin siitä riippuen, millaisia oikeusvaikutuksia niillä tavoitellaan. Tätä erotelua on käsitelty seikkaperäisesti Tapani Lohen artikkelissa ”Velvoittautumistoimet ja dispositiotoimet”, joka on julkaistu vuoden 2008 Business Law Forumissa. Yksinkertaisesti sanottuna kyse on siitä, että velvoittautumistoimessa tahdonilmaisun antaja perustaa itselleen velvoitteen. Dispositiotoimella puolestaan tähdätään toisentyypiseen muutokseen aineellisessa oikeustilassa, esimerkiksi omistusoikeuden siirtymiseen.

Kun oikeustoimi ymmärretään tahdonilmaisuksi, joudutaan kysymään, mitä tahdonilmaisulla sitten tarkoitetaan. Tästäkään käsitteestä ei ole päästy

¹⁷ Ks. esim. *Kaisto – Lohi* 2008 s. 76–77, *Kaisto – Nybergh* 2008 s. 7 ja *Tepora – Kaisto – Hakkola* 2009 s. 62. Kaikki tahdonilmaisut eivät välttämättä jäsenny varallisuus oikeuden perustamiseksi, muuttamiseksi, kumoamiseksi tai siirtämiseksi. Esimerkiksi jo tavanomainen valtuutus merkitsee rajatapausta tässä suhteessa, koska valtuutuksen pääsisältönä on kelpoisuus oikeustoimien tekemiseen. Oikeuden käsite oikeustoimen määritelmässä on tarkoituksenmukaista ymmärtää laajasti siten, että se kattaa myös muun muassa sellaiset määräämistimet, joissa on kyse edustusvallan perustamisesta.

¹⁸ Yllä oleva jäsennystapa siis tarkoittaa, että oikeustoimen käsite viedään oikeuksista määrittämisen tasolle. Käytännössä operoidaan kuitenkin myös kaupan, lahjan ja maksun kaltaisilla käsitteillä. Näitä käsitteitä käytettäessä käy ilmi, millaisissa olosuhteissa esimerkiksi omistusoikeuden luovutus on tapahtunut (ks. myös *Kaisto – Lohi* 2008 s. 79–80).

yksimielisyyteen. Esimerkiksi K. A. Telarannan väitöskirjassa esitetyn mukaan tahdonilmaisuuun kuuluu sekä toimitahto että ilmaisutietoisuus. Tahdonilmaisuus voidaan määritellä ”sellaiseksi yksityisautonomiseksi muotoamistoimeksi, jossa henkilö tietoisesti, tahallisen käyttäytymisensä kautta tiedottaa toiselle oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvan tarkoituksensa.”¹⁹

Mainittu määritelmä sopii hyvin yksityisautonomian perusajatukseen. Kun henkilö antaa tahdonilmaisun, voidaan katsoa, että kyse on tietynlaisesta kompetenssin käytöstä.²⁰ Lähtökohtana on esimerkiksi, että henkilöt voivat perustaa itselleen haluamansa kaltaisia käyttäytymisvelvollisuuksia. Kun A vaikkapa sitoutuu maksamaan B:lle 10 000 euroa, voidaan sanoa, että hän perustaa itselleen kyseisen käyttäytymisvelvollisuuden. Syynä maksuvelvolliseksi sitoutumiselle voi olla esimerkiksi se, että B puolestaan luovuttaa A:lle omistusoikeuden tiettyyn esineeseen. – Telarannan esittämään määritelmään sisältyy erinäisiä ongelmia, joita ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista käsitellä lähemmin tässä yhteydessä. Voidaan esimerkiksi kysyä, onko tahdonilmaisun käsitettä tarkoituksenmukaista määritellä siten, että tahdonilmaisuus edellyttää toimitahtoa (tosin ilmaisun merkityssisällöstä riippuen).²¹

Se, voidaanko henkilön katsoa antaneen tahdonilmaisun, on vahvasti kontekstisidonnainen asia. Keskeisellä sijalla on se, onko olosuhteiden perusteella kyse oikeustoimiopillisesti relevantista käyttäytymisestä. Tavanomaisissa tilanteissa on tosin yleensä helppo todeta, että henkilö on tarkoittanut käyttäjä kompetenssiaan määrättyllä tavalla. Voi kuitenkin ilmetä myös rajanvetovaikeuksia. Tällöin on yleensä relevanttia kysyä, onko adressaatti voinut perustellusti ymmärtää kyseessä olevan käyttäytymisen niin, että toinen henkilö tiedottaa häntä oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvasta tarkoituksestaan.²²

Tahdonilmaisuja annetaan usein sellaisissa tilanteissa, joissa saatetaan puhua myös sopimuksen tekemisestä. Sopimusta voidaan nimittäin luonnehtia *kahden tai useamman toisiaan edellyttävän oikeustoimen yhdistelmäksi*.²³ Esimerkiksi edellisessä kappaleessa mainitussa esimerkissä A ja

¹⁹ Näin *Telaranta* 1953 s. 164, ks. väitöskirjaa seuranneesta keskustelusta esim. *Kaisto* 2001 s. 188–193.

²⁰ Ks. myös esim. *Telaranta* 1990 s. 5–6.

²¹ Ks. myös esim. *af Hällström* 1931 s. 163, jossa lähestytään tahdonilmaisua adressaatin ja tämän luottamuksen suojaamisen näkökulmasta.

²² Ks. esim. *Kaisto – Nybergh* 2008 s. 11, ks. myös *Adlercreutz* 2002 s. 20–21 ja *Hemmo* 2003a s. 110–111.

²³ Ks. myös esim. *Kaisto – Lohi* 2008 s. 77–78 ja *Kaisto – Nybergh* 2008 s. 8–9.

B tekivät sopimuksen, joka koostui sitoutumis- ja luovutustahdonilmaisusta. A sitoutui maksuvelvolliseksi B:n luovutustahdonilmaisua vastaan; B puolestaan antoi omistusoikeuden luovutusta tarkoittavan tahdonilmaisun, koska A sitoutui maksuvelvolliseksi.

Monissa käytännön sopimustilanteissa voidaan todeta, että osapuolet antavat useita tahdonilmaisuja toisilleen. A esimerkiksi velvoitetaan jollain tavalla, määrää tietyn varallisuusosoikeuden luovutuksesta ja lisäksi vapauttaa B:n tämän vanhasta tai mahdollisesti syntyvästä tulevasta velasta. Monesti tällaiset tahdonilmaisut toteutetaan vakioehtojen avulla. Kyse voi olla esimerkiksi tilanteesta, jossa B tekee toistuvasti esillä olevan kaltaisia sopimuksia eri henkilöiden kanssa edellyttäen aina samansisältöistä sopimusta. Vakioehdoista voidaan puhua esimerkiksi siinä tapauksessa, että B on laatinut etukäteen kirjallisen asiakirjan, josta kummankin osapuolen antamat tahdonilmaisut ilmenevät; kummankin osapuolen voi olla tarkoitus toteuttaa tahdonilmaisut omalta osaltaan esimerkiksi asiakirjan allekirjoittamisella.²⁴

Jos sopimus käsitetään oikeustoimien yhdistelmäksi, se ei näytä itsessään olevan oikeustoimi ilmaisun varsinaisessa merkityksessä. Esimerkiksi yleisesityksissä ja oppikirjoissa (sekä lakitekstissä) lähdetään kuitenkin usein siitä, että sopimus on oikeustoimi.²⁵ Tämä on seurausta siitä, että käsitteitä voidaan määritellä eri tavoin. On myös mahdollista, että sama jäsenystapa ei ole tarkoituksenmukainen kaikissa tilanteissa. Sopimuksen käsittäminen oikeustoimien yhdistelmäksi (ja oikeustoimen tahdonilmaisuksi) sopii hyvin ainakin sellaisiin sopimusjärjestelyihin, jotka voidaan helposti ”purkaa” yksittäisiksi varallisuusosoikeuksista määräämisiksi.²⁶

Hyvään juridiseen osaamiseen kuuluu mielestäni kyky ”purkaa” sopimus pienempiin osasiin silloin, kun tämä on mahdollista. Tässä suhteessa saatetaan pitää jonkin verran ongelmallisena sitä, että sopimukselle annetaan nykyään liian herkästi hallitseva asema. Myös Lohi on kiinnittänyt asiaan huomiota todeten, että varallisuusosoikeuden perusta-

²⁴ Ks. vakioehtojen tunnusmerkeistä esim. *Wilhelmsson* 2008 s. 36, jossa ei tosin pyritä tarkkarajaiseen määritelmään. Tyypillisesti kyse on etukäteen laadituista ehdoista, joita on tarkoitus käyttää useissa yksittäisissä sopimuksissa ja useiden sopijakumppanien kanssa. *Wilhelmsson* toteaa, että ehdot on voitu ottaa kaavakkeeseen, jota on tarkoitus käyttää sopimusasiakirjana, tai ne on voitu painaa erilliselle sopimukseen liitettävälle paperille.

²⁵ Ks. esim. *Hemmo* 2003a s. 10–11, jossa toisaalta katsotaan perustellusti, että jokaisella on vapaus määrittää käyttämänsä käsitteet haluamallaan tavalla edellyttäen, että kielenkäyttö on johdonmukaista ja että se tehdään selväksi.

²⁶ Ks. myös *Kaisto* BLF 2007 s. 46.

vimmaksi käsitteeksi hahmotetaan sopimus oikeustoimen sijasta. Tällöin on vaarana, että yksittäisten tahdonilmaisujen merkitys hämärtyy, mikä puolestaan tuo tiettyä epätarkkuutta oikeudellisten ilmiöiden tarkasteluun. ”Kun varallisuusjärjestelyjä lähestytään sopimuksen muodostavista oikeustoimikombinaatioista käsin ja sivuutetaan pienimmän ’yksikön’, oikeustoimen taso, paljon voi jäädä pimentoon.”²⁷

Jos edellä mainitusta sopimuksen määritelmästä pidetään kiinni, sopimuksesta ei ole kyse, jos käsillä ei ole vähintään kahden oikeustoimen yhdistelmää. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A löytää maasta pankkikortin, jonka B on hukannut. Pankkikortin takana lukee, että voimassa olevan kortin löytäjälle maksetaan palkkio hänen palauttaessaan kortin välittömästi pankin konttoriin. Kun A palauttaa kortin, ei ole mielestäni luonteva katsoa, että hän antaisi jonkin tahdonilmaisun. Selvä on kuitenkin, että hänellä on oikeus palkkion saamiseen.

Esimerkkitapauksessa A voinee ymmärtää korttiin kirjoitetun tekstin siten, että pankki on velvoittautunut rahasuoritukseen kortin löytäjään nähden. Kyse ei ole esimerkiksi siitä, että kortti ainoastaan ilmentäisi yleistä ex lege syntyvää oikeutta palkkioon. Pankin antamalle sitoumukselle ominaista on, että maksuvelvollisuus edellyttää tietynlaista käyttäytymistä kortin löytäneeltä. Tähän käyttäytymiseen ei kuitenkaan kuulu tahdonilmaisun antamista, minkä vuoksi sopimus ilmaisun varsinaisessa merkityksessä jää syntymättä.

Pankki voidaan katsoa tahdonilmaisun antajaksi, vaikka se ei olekaan tarkoittanut kohdistaa tahdonilmaisuaan juuri A:lle. Vaatimus oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvasta tarkoituksesta tiedottamisesta voi täyttyä muissakin tilanteissa.²⁸ Esimerkiksi löytöpalkkion maksamiseen voidaan velvoittautua muutenkin kuin siten, että esineisiin kirjoitettaisiin etukäteen lupaus palkkiosta. Telarannan mukaan esi-

²⁷ Näin *Lohi* BLF 2008 s. 90. Sopimustilanteiden tarkastelussa on siis olennaista osata ”purkaa” sopimus pienempiin osiin. Tällainen dekonstruktio on toisinaan vaikeaa, minkä lisäksi se voi johtaa ilmiön kokonaan uudenlaiseen hahmottamiseen. Muun muassa puitesopimuksiksi kutsutut järjestelyt muodostavat haasteen tahdonilmaisukeskeiselle ajattelutavalle. Esimerkiksi Hemmo on mieltänyt puitesopimuksen siten, että sen sisältämät ehdot tulevat ilman erillistä sopimista sovellettaviksi aina, kun puitesopimuksessa määritellyt tunnusmerkit täyttäviä yksittäisiä oikeustoimia tehdään; puitesopimus ei kuitenkaan velvoita päättämään sen piiriin kuuluvia sopimuksia (*Hemmo* 2003a s. 568–569).

²⁸ Ks. myös esim. *Telaranta* 1990 s. 118–123, jossa esitetyn mukaan tahdonilmaisun oikeusvaikutusten voimaantuloa silmällä pitäen on kuitenkin merkitystä sillä, onko tahdonilmaisu kohdistettu tiettyyn henkilöön vai ei. *Telaranta* erottaa toisistaan saapumismääräiset ja ei-saapumismääräiset tahdonilmaisut.

neen kadottaja voi toteuttaa tahdonilmaisunsa lupauksen maksamisen suhteen esimerkiksi siten, että hän panee asiasta ilmoituksen talon tai laitoksen ilmoitustaululle.²⁹

Käytännössä voi ilmetä rajanvetovaikeuksia sen suhteen, täytyvätkö edellä kuvatut sopimuksen käsitteen kriteerit. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa B haluaisi, että A myöhemmin suorittaisi tietyn palveluksen hänen hyväkseen. B on valmis sitoutumaan siihen, että hän maksaa tietyn rahasumman palvelusta vastaan. A puolestaan epäilee palveluksen tekemiseen sitoutumista, koska hän ei ole varma aikansa riittävydestä.

Jos A velvoittautuu epäilyksistään huolimatta suorituksen tekemiseen, voidaan puhua palvelusopimuksesta, joka koostuu A:n ja B:n antamista sitoutumistahdonilmaisuihin. Yksittäistapauksessa saattaa kuitenkin jäädä epäselväksi, velvoittautuuko palvelun aiottu suorittaja. Esimerkkitapauksessamme olisi joka tapauksessa mahdollista, että B sitoutuisi maksuvelvolliseksi palvelua vastaan, vaikka A selvästi toisi ilmi sen, ettei hän velvoittaudu palvelun tekemiseen. Olennaista on, että *palvelun aiottu suorittaja ei välttämättä anna tahdonilmaisua*. Useissa käytännössä tyypillisissä palvelutilanteissa lienee kuitenkin tavallista, että palvelun aiottu suorittajan (A) voidaan katsoa velvoittautuvan palvelun suorittamiseen.

Yksi tavallisimpia sopimustyyppisiä on, että kaksi henkilöä velvoittautuu määrättyllä tavalla toisiinsa nähden. Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta pidetty mahdollisena sitä, että sopimus velvoittaa vain toista sopimuspuolta.³⁰ Tällöin herää kuitenkin kysymys, onko toinen osapuoli antanut lainkaan varallisuus oikeudellista tahdonilmaisua. Jos vastaus on kieltävä, sopimusta ilmaisun varsinaisessa merkityksessä ei synny (siis edellä omaksutun määritelmän mukaista sopimusta).

Sopimustilanteet voidaan yleensä palauttaa asianosaisten antamiin tahdonilmaisuihin, minkä jälkeen monia keskeisiä oikeudellisia kysymyksiä voidaan tarkastella tahdonilmaisutasolla. On kuitenkin mahdollista, että jollain muulla tosiseikalla on sama vaikutus kuin tahdonilmaisulla.³¹ Jos pidetään tiukasti kiinni edellä mainituista määritelmistä, tällöin ei kyse voi

²⁹ Ks. tarkemmin *Telaranta* 1990 s. 119, jossa esitetyn mukaan palkkion luvantaa koskeva ilmoitus katsotaan ilmoituksen laittamisesta lukien antajaansa sitovaksi. Tahdonilmaisuu myös sitoo antajaansa, vaikka esineen palauttaja ei olisi saanut tietoa lupauksesta.

³⁰ Ks. esim. *Kivimäki – Ylöstalo* 1973 s. 257 ja *Telaranta* 1990 s. 48–49.

³¹ Ks. myös esim. *Aho* 1968 s. 30, jossa konstruoidaan sopimus oikeustointen pohjalle. Samalla todetaan, että oikeustoimen korvaa eräissä tapauksissa muu oikeustointio (kuten vaihtio).

olla sopimuksesta. Edellyttään sopimus oikeustoimia, jotka puolestaan ovat tahdonilmaisuja. Voitaisiinko nyt kuitenkin esimerkiksi katsoa, että sopimuksen käsitteestä on mahdollista puhua niin suppeassa kuin laajassa merkityksessä?

Sopimuksen käsite ei systemaattiselta kannalta ole yhtä tärkeä kuin esimerkiksi tahdonilmaisun käsite, joten kysymykseen on helppo vastata myöntävästi. Sopimus suppeassa merkityksessä voidaan siis käsittää siten, että tahdonilmaisut kytkeytyvät määrättyllä tavalla toisiinsa. Kyse on tietynlaisesta *yksityisautonomisen mallin ideaalitapauksesta*. Sopimuksen käsite voidaan toisaalta ymmärtää myös laajasti siten, että se kattaa lisäksi tilanteita, joissa sopimusta ei ainakaan tavanomaiseen tapaan voida pitää oikeustoimien yhdistelmänä.

Nykykäsitykselle tyypillistä on, ettei sopimuksen käsitteen suppeaa määritelmää ole pidetty perusteltuna. Käsitteen määrittelyn tarpeeseen on toisaalta suhtauduttu epäillen. Esimerkiksi Hemmo on katsonut, että on ylipäättäen vaikea esittää kattavaa sopimuksen määritelmää, koska sopimuksen syntyvät, niiden perustamat velvoitteet ja niiden yhteiskunnalliset kontekstit ovat käytännössä niin moninaisia. Hän ei olekaan pyrkinyt erityisen positiivisen sopimuksen määrittelmän esittämiseen. Voidaan kuitenkin esimerkiksi sanoa, että sopimus on yhteisnimitys joukolle kahden osapuolen välillä vaikuttavia yksityisoikeudellisin määräämistöimin perustettuja velvoitteita ja niitä vastaavia oikeuksia.³²

Sopimuksen käsite voidaan määritellä eri tavoin. Sopimuksen kytke mistä tietynlaisiin velvoitteisiin (ja niitä vastaaviin oikeuksiin) vastaan puhuu kuitenkin muun muassa se, ettei sopimuksesta itsestään välttämättä seuraa mitään velvollisuuksia osapuolille.³³ Erityisen tärkeää on kuitenkin panna merkille, että käsittemääritelmiä muodostettaessa ei tarvitse kiinnittää huomiota pelkästään oikeusvaikutuksiin. Mielestäni onkin perusteltua asettaa tahdonilmaisuperusteiset järjestelyt sopimusoikeuden yleisten oppien ytimeen ja mieltää ne sopimukseksi ilmaisuuden varsinaisessa merkityksessä, vaikka joillain muilla tosiseikastoilla voi olla täysin vastaavat oikeusvai-

³² Ks. tarkemmin *Hemmo* 2003a s. 13, jossa todetaan sopimukselle ominaiseksi myös, että sopimussuhteessa olevien väliset vastuusuhteet määräytyvät erityisten sopimusvastuuta koskevien normien mukaan.

³³ Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa A on 10 000 euroa velkaa B:lle, jolla puolestaan on velvollisuutena tietty palvelus A:n hyväksi. A voi nyt vapauttaa B:n tämän suoritusvelvollisuudesta sitä vastaan, että B puolestaan vapauttaa A:n tämän velasta. Kyse on epäilyksettä sopimuksesta, mutta osapuolten antamat tahdonilmaisut voidaan todeta sisällöltään sellaisiksi, ettei velvoittautumisia tapahdu (kyse on siis kahdesta dispositiotoimesta).

kutukset. Valtaosa luonteeltaan varallisuus oikeuksista kysymyksistä on luonteeltaan sellaisia, että niiden tarkastelun perustaksi riittää yksityisautonomisen mallin ideaalitapauksen mukainen sopimuskäsitys.

Selvyyden vuoksi on aihetta todeta, ettei edellä mainituista oikeustoimen ja sopimuksen käsitteistä saa tehdä minkäänlaisia oikeusjärjestyksen sisältöä koskevia päätelmiä. Kyse on vain siitä, kuinka käsitteet määritellään tieteellisessä systeemissä. Kun esimerkiksi jossain lainkohdassa puhutaan sopimuksesta, on kysyttävä, mitä ilmaisulla tarkoitetaan juuri tässä yhteydessä. Esimerkiksi vahingonkorvauslaissa (31.5.1974/412) lähdetään siitä, ettei laki koske sopimukseen perustuvaa korvausvastuuta (VahL 1:1). Ei pidä ajatella, että tieteellisessä systeemissä hahmotettujen kriteerien perusteella määräytyisi suoraan se, millaiset tilanteet jäävät vahingonkorvauslain ulkopuolelle sen vuoksi, että kyse on sopimukseen perustuvasta korvausvastuusta.

3.2 Esisopimus ja yksipuolinen sopimuskentteeseen velvoittautuminen

Esisopimuksella voidaan tarkoittaa sopimusta, jolla velvoitaudutaan myöhemmän pääsopimuksen tekemiseen.³⁴ Koska esisopimus on nimensä mukaisesti sopimus, tuntuu perustellulta katsoa, että siitä puhuttaessa sopimuksen yleiset edellytykset täyttyvät. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esiintynyt myös toisenlaista käsitteistöä. Esimerkiksi P. J. Muukkonen on lähtenyt teoksessaan ”Esisopimus” siitä, että esisopimuksella tarkoitetaan sopimusta tai *sitoumusta*, jolla luvataan tehdä pääsopimus.³⁵ Tällaista käsitteellistä ratkaisua voidaan kuitenkin pitää epätarkoituksenmukaisena, sillä rinnastettaessa sitoumus sopimukseen molemmat käsitteet menettävät kuvaavuutensa.

Annettavat tahdonilmaisut voivat siis olla luonteeltaan sellaiset, että kyseessä olevaa sopimusta on perusteltua luonnehtia esisopimukseksi. Kyse on perimmältään siitä, että osapuolet velvoittautuvat antamaan tietynlaiset tahdonilmaisut myöhemmin solmittavan sopimuksen puitteissa. Myös yksipuoliset velvoittautumiset ovat kuitenkin mahdollisia. A voi siis luvata B:lle, että hän B:n vaatiessa tekee tietyn sopimuksen, vaikka B:n puolelta ei tapahdu vastaavaa velvoittautumista. Esisopimuksesta ei näytä olevan kysymys, koska sopimuksen yleiset edellytykset eivät täyty.

³⁴ Ks. myös esim. Muukkonen 1960 s. 1, Telaranta 1990 s. 175 ja Hemmo 2003a s. 253.

³⁵ Muukkonen 1960 s. 12.

Lukijaa saattaa askarruttaa, miksi myöhempään sopimuksentekoon velvoittautumista käsitellään kirjoituksessa, jossa on tarkoitus käsitellä hankintalakia varallisuus oikeuden näkökulmasta. Kyse on kuitenkin varsin tärkeästä teoreettisesta viitekehuksesta. Kuten myöhemmin luvussa 6 tarkemmin osoitetaan, tyyppillisessä menettelyssä varsinaista hankintasopimusta yleensä edeltää sopimuksentekoon velvoittautuminen. Tällainen sitoutuminen tapahtuu tavallisesti vain toimittajan puolelta, joten kyse on yksipuolisesta sopimuksentekoon velvoittautumisesta.

Tyyppillisessä esisopimustilanteessa voidaan puhua sopimuksesta sen vuoksi, että kumpikin osapuoli antaa velvoittautumistahdonilmaisun. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin pidetty mahdollisena sitäkin, että esisopimus perustaa yksipuolisen sidonnaisuuden.³⁶ Tällainen vaihtoehto tunnetaan myös lainsäädännössä. MK 2:7.1:n mukaan kiinteistön kaupan esisopimuksessa voidaan sopia, että se sitoo vain toista osapuolta. Yksipuolisesti velvoittavaan esisopimukseen sisältyy kuitenkin tiettyjä käsitteellisiä ongelmia. Voidaan ainakin kysyä, tarvitaanko sopimusta esimerkiksi siinä tapauksessa, että ainoastaan omistaja sitoutuu myöhempään kauppaan.

Problematiikkaa on selkein lähestyä irtaimen omaisuuden kannalta, koska tällöin ei tarvitse kiinnittää huomiota maakaaren muotoa koskevaan sääntelyyn. Ajatellaan siis tilannetta, jossa A omistaa henkilöauton. Nyt A voi luvata B:lle, että hän myy auton B:lle kuukauden kuluttua, jos B haluaa ostaa sen 10 000 eurolla. A tuo samalla selvästi esiin, että hän ei tässä vaiheessa edellytä sitoutumistahdonilmaisua tai mitään muutakaan tahdonilmaisua B:n puolelta. Tarkoituksena on, että kauppa tapahtuu erillisellä kauppakirjalla, jos B haluaa ostaa auton kuukauden kuluttua.

Esimerkkitapauksessa ei mielestäni ole kyse sopimuksen tekemisestä, koska ainoastaan A antaa tahdonilmaisun. Kiinteä omaisuus on ongelmallisempi tarkastellussa suhteessa, koska sitoumus kiinteistön myöhempään luovutukseen ei ole pätevä vapaamuotoisena. MK 2:7.2:n nojalla kiinteistön kaupan esisopimus on tehtävä samassa muodossa kuin kiinteistön kauppa. Tämä merkitsee muun muassa sitä, että esisopimusostajan (tai tämän asianmiehen) pitää allekirjoittaa esisopimusasiakirja (MK 2:1.1).

Esisopimusostajan allekirjoitusta täytynee edellyttää myös silloin, kun ainoastaan omistajataho velvoittautuu myöhemmän kaupan tekemiseen.³⁷ Onkin selkeätä vaatia esisopimusostajan allekirjoitusta siitä riippumatta, velvoittautuuko hän itse kaupan tekemiseen. MK 2:1.1:ssa asetetun alle-

³⁶ Ks. esim. *Telaranta* 1990 s. 175 ja *Hemmo* 2003a s. 253.

³⁷ *Kaisto* 2009 s. 140–141.

kirjoitusvaatimuksen seuraaminen ei myöskään aiheuttane tosiasiallisesti ongelmia. Esisopimusostaja on tyypillisesti paikalla silloin, kun esisopimusmyyjä velvoitetaan luovutukseen. Kun esisopimusostaja allekirjoittaa asiakirjan, hän tavallaan vahvistaa sen, että on ottanut vastaan esisopimusmyyjän antaman tahdonilmaisun.

3.3 Tarjous–vastaus-mekanismi

Sopimukset syntyvät usein (eivät siis aina) siten, että tarjoukseen annetaan hyväksyvä vastaus. Tästä *tarjous–vastaus-mekanismista* säädetään oikeustoimilain 1 luvussa. Tarjous sopimuksen tekemisestä ja tarjoukseen annettu vastaus sitovat tarjouksen tekijää ja vastauksen antajaa siten, kuin kyseisessä luvussa säädetään (OikTL 1.1 §). Luvun säännökset eivät kuitenkaan OikTL 1.2 §:n mukaan koske määrämuotoisia sopimuksia eivätkä myöskään sopimuksia, joiden päättämiseen vaaditaan suorituksen toimitamista toiselle sopimuspuolelle. Säännökset ovat lisäksi muuten voimassa vain, mikäli tarjouksesta tai vastauksesta tahi kauppa- tai muusta tavasta ei muuta johdu.

Tarjous–vastaus-mekanismi voidaan ainakin tavanomaisessa tapauksessa kytkeä helposti edellä jaksossa 3.1 esitettyyn oikeustoimen käsitteeseen. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A lähettää B:lle kirjeen, jossa on tarjous B:lle kuuluvan esineen kaupasta. Tämä tarjous sisältää A:n antaman maksusitoumuksen, joka tulee voimaan, jos B hyväksyy tarjouksen. Hyväksyvän vastauksen ydinsisältönä on puolestaan, että B luovuttaa esineen A:n omistukseen.

Tavanomaisessa tapauksessa ei välttämättä käytetä sitoumuksen ja luovutuksen käsitteitä. Näin A:n kirjeessä esimerkiksi puhutaan vain kaupasta koskevasta tarjouksesta, ja B puolestaan sanoo ainoastaan hyväksyvänsä tarjouksen. Olennaista on, että asianosaisten kuitenkin voidaan sanoa tarkoittavan tietynlaista varallisuus-oikeuksista määräämistä. Esimerkitapauksessa olisi voitu menetellä nimenomaisestikin niin, että A olisi sanonut sitoutuvansa maksuvelvolliseksi, jos B luovuttaa hänelle omistusoikeuden esineeseen. B puolestaan olisi voinut ilmoittaa tämän jälkeen A:lle, että hän luovuttaa A:lle omistusoikeuden tämän edellyttämällä tavalla.³⁸

Oikeustoimia (tai niiden kombinaatioita) voidaan siis monesti luonnehtia siten, että kyse on oikeustoimilain 1 luvussa tarkoitettusta tarjouksesta

³⁸ Ks. myös *Kaisto – Nybergh* 2008 s. 35–36.

tai vastauksesta.³⁹ Tarjous–vastaus-mekanismia arvioitaessa on toisaalta tärkeätä osata hahmottaa, mitä tarjous ja vastaus merkitsevät *varallisuus-oikeuksista määräämisen näkökulmasta*. Esimerkiksi tarjoukseksi nimeytyn asiakirjan tarkastelu saattaa paljastaa, että asiakirja ilmentää rahasuoritukseen velvoittautumista. Tyypillisesti kyse on siitä, että tahdonilmaisun vaikutukset edellyttävät ainakin sitä, että myös sitoumuksen vastaanottaja antaa tietynlaisen tahdonilmaisun. – Esimerkiksi kysymystä siitä, voidaanko henkilön katsoa antaneen tarjouksen tietyissä tilanteissa, on monesti tarkoituksenmukaista käsitellä varallisuus-oikeuksien tasolla. Ongelmana saattaa tällöin olla esimerkiksi se, voidaanko henkilön katsoa antaneen rahasuoritukseen velvoittavan sitoumuksen edellytyksin, että velvoitteen voimaantulo edellyttää tietynlaista tahdonilmaisua sitoumuksen vastaanottajalta.

Jos tahdonilmaisun vaikutusten voimaantulo ei edellytä tahdonilmaisua vastapuolelta, herää kysymys, onko sitä perusteltua luonnehtia tarjoukseksi. Tällaisten tilanteiden tunnistamisessa voi kuitenkin koitua vaikeuksia. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A harkitsee asunnon ostoa. Koska A:lla ei ole riittävästi rahavaroja, hän lähettää sähköpostia pankkiyhteys-henkilölleen kysyen, voisiko pankki sitoutua luottosopimuksen tekemiseen siltä varalta, että sopiva asunto löytyisi.

Jos A saa esimerkiksi sähköpostitse myöntävän vastauksen kyselyynsä, hän voi ainakin lähtökohtaisesti ymmärtää tilanteen siten, että pankki antoi pyydetyn sitoumuksen. On syytä panna merkille, että edellä jaksossa 3.1 mainitut sopimuksen käsitteelliset tunnusmerkit kuitenkin eivät täyty, koska A ei anna tahdonilmaisua. Tällä ei ole kuitenkaan merkitystä pankin velvollisuuden kannalta. Jos A haluaa tehdä myöhemmin luottosopimuksen pankin kanssa, pankki toimii velvollisuutensa vastaisesti, jos se ei suostu luottosopimuksen tekemiseen (eli antamaan omalta osaltaan luottosopimukselle ominaisia tahdonilmaisuja).

Tavanomaisessa tapauksessa menetellään siten, että kun pankin asiakas löytää sopivan asunnon, luottosopimus tehdään pankin konttorissa. Oletetaan, että näin menetellään myös esimerkkitapauksessa. Kun A tavanomai-

³⁹ Esimerkiksi tarjous ei välttämättä pelkisty ainoastaan yhdeksi tahdonilmaisuksi, sillä siihen saattaa sisältyä myös useita tahdonilmaisuja. Kysymys voi olla esimerkiksi maksuvelvolliseksi sitoutumisen ja omistusoikeuden luovutuksen yhdistelmästä. A esimerkiksi tekee B:lle tarjouksen, jonka mukaan B saa oikeuden saada A:lta 100 euroa ja omistusoikeuden tiettyyn A:n omistamaan esineeseen, jos B puolestaan luovuttaa A:lle omistusoikeuden tiettyyn esineeseen. A:n tarjoukseen sisältyy siis yhtäältä maksuvelvolliseksi sitoutuminen (100 euron maksaminen) ja omistusoikeuden luovutus (kyseessä oleva A:n omistama esine).

seen tapaan allekirjoittaa pankin osoittamia asiakirjoja, pankki voi perustellusti tulkita A:n käyttäytymistä siten, että A sitoutuu määrättyllä tavalla maksuvelvolliseksi pankkiin nähden. Syynä sille, että A perustaa itselleen maksuvelvollisuuden, on se, että pankki puolestaan luovuttaa A:lle tämän haluaman rahamäärän (tai ainakin sitoutuu tällaiseen luovutukseen).

Esimerkkitapauksessa lähdettiin siitä, että A oli pyytänyt pankilta, että tämä sitoutuu luottosopimuksen tekemiseen. Jossain määrin epäselvää kuitenkin on, voidaanko pankin etukäteen antama ”lainanlupaus”, ”luotonantositoumus” tai ”luottotarjous” yleensä ymmärtää siten, että kyse olisi juuri myöhemmän sopimuksen tekemiseen sitoutumisesta. Esimerkiksi Hemmo näyttää mieltävän tällaisen sitoumuksen tarjoukseksi, johon annettu hyväksyvä vastaus saa aikaan luottosopimuksen, jonka nojalla asiakkaalla on mahdollisuus vaatia luontoissuorituksena varojen luovuttamista.⁴⁰

Asialliset erot eri jäsennostapojen välillä lienevät vähäiset. Jos kuitenkin pankin käsitetään sitoutuvan myöhemmän sopimuksen tekemiseen, herää kysymys, voidaanko pankin antamaa sitoumusta luonnehtia tarjoukseksi. Kyse ei nimittäin ole tahdonilmaisusta, jonka vaikutusten voimaantulo edellyttäisi jotain tahdonilmaisua vastapuolelta. Mikäli kyse olisi pankin puolelta myöhemmän sopimukseen tekemiseen velvoittautumisesta, asiakas voisi primääristi vaatia luottosopimuksen tekemistä luvatuin ehdoin, joskin tuomioistuinosoikeudessa tähän voitaisiin mahdollisesti kumuloida vaatimus luottosopimuksen mukaisen suoritusvelvollisuuden täyttämistä.⁴¹

Samansuuntaista problematiikkaa voi ilmetä monissa muissakin tapauksissa. Esimerkiksi voidaan ajatella sanomalehdessä olevaa ilmoitusta, jossa elinkeinonharjoittaja sitoutuu tekemään määrättyllä tavalla kauppvoja kuluttajien kanssa. Tällainen muotoilu viittaa siis yksipuoliseen sitoumukseen tehdä myöhemmin sopimuksia. Oma kysymyksensä on toisaalta se, millaisin edellytyksin ilmoitus voidaan ylipäätään ymmärtää siten, että se ilmentää varallisuusosoikeudellista tahdonilmaisua. On nimittäin otettava huomioon, että sanomalehdessä julkaistu tai muulla vastaavalla tavalla tiedotettu ilmoitus voi olla luonteeltaan vain kehoitus tehdä tarjouksia elinkeinonharjoittajalle.⁴²

⁴⁰ Ks. tarkemmin Hemmo 2001 s. 46–47 ja vastaavasti Aurejärvi – Hemmo 2004 s. 12–13.

⁴¹ Ks. myös *Kaisto* 2009 s. 141–144, jossa tarkastellaan vastaavaa problematiikkaa memminpuolisesti velvoittavan esisopimuksen osalta.

⁴² Ks. problematiikasta tarkemmin esim. Hemmo 2003a s. 106–109, jossa tosin on näkökulmana tarjouksen tunnusmerkistö. Hemmo tarkastelee siis kysymystä, voidaanko sanomalehdessä julkaistua mainosta tai muuta siihen rinnastettavaa markkinointia pitää tarjouksena. Yleensä kysymykseen on vastattu kieltävästi, mikä on saattanut johtua siitä, että tarjouksen tunnusmerkiksi on asetettu sen kohdistuminen rajattuun henkilöpiiriin. Hem-

3.4 Tarjouspyyntö

Erilaiset tarjouspyynnöt ovat käytännössä melko tavallisia. Kun esimerkiksi osakeyhtiö päättää hankkia uudet ATK-laitteet tai maalauttaa rakennuksen, se yleensä ottaa yhteyttä alan yrityksiin ja pyytää näiltä tarjouksia. Lähtökohdiana voidaan pitää sitä, että *tarjouspyynnöt eivät ilmennä mitään varallisuus oikeudellista tahdonilmaisua*. Jos kuitenkin tarjouksia pyydetään ilman tosiasiallista sopimuksentekotarkoitusta, kyse on moitittavasta menettelystä, joka saattaa johtaa vahingonkorvausvastuuseen.⁴³

Esimerkiksi tarjouspyynnöksi nimetty asiakirja saattaa sisältää sellaisia lausumia, jotka oikeuttavat vastaanottajan päätelmään, jonka mukaan pyynnön esittäjä velvoittautuu määrätyllä tavalla. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa asunto-osakeyhtiö pyytää useammalta yritykseltä tarjouksia maalausurakasta. Asunto-osakeyhtiö tavoittelee sitä, että yritykset velvoittautuvat urakan tekemiseen sillä edellytyksellä, että asunto-osakeyhtiö puolestaan velvoittautuu yrityksen haluamaan rahasuoritukseen.⁴⁴ Asunto-osakeyhtiö voi tällöin ilmoittaa tarjouspyynnössä esimerkiksi siitä, että se tulee hyväksymään edullisimman saamansa tarjouksen, kunhan tarjoushinta jää alle tietyn asunto-osakeyhtiön määrittämän ylärajan.

Asunto-osakeyhtiö siis antoi kaikille yrityksille lupauksen, jonka mukaan se määrätyn edellytyksin sitoutuu maksuvelvolliseksi. Asunto-osakeyhtiö ei kuitenkaan voinut alun perin ilmoittaa sitoumuksen tarkkaa määrää, koska tämä jäi riippumaan sille annettujen tarjousten sisällöstä. Vaikka asunto-osakeyhtiö velvoittautui myöhempään tahdonilmaisun antamiseen, kysymys ei varsinaisesti ollut myöhempään sopimuksentekoon velvoittautumisesta siinä merkityksessä, että sopimuksenteko olisi kokonaisuudessaan jäänyt myöhempään. Voitiin nimittäin katsoa, että tarjouspyynnön saanut yritys oli jo tarjouksen tehdessään täyttänyt omalta osaltaan sen tahdonilmaisukäyttämisen, joka vaadittiin urakkasopimuksen syntymiseen.

mo kiinnittää kuitenkin perustellusti huomiota siihen, että oikeustoimilaisissa on korostettu adressaatin perusteltua luottamusta. Tämän pohjalta voitaisiin esittää, että myös sitomattomien markkinointitoimien ja tarjouksen rajanveto tulisi toteuttaa sen perusteella, millainen käsitys yleisölle on oikeutetusti syntynyt. ”Kriteeri olisi jossain määrin erilainen kuin perinteinen kanta, joka on painottanut ilmaisun vastaanottajajoukon laajuutta erotteluperusteena.”

⁴³ Ks. tarkemmin esim. *Hemmo* 2003a s. 219–220.

⁴⁴ On hyvä huomauttaa, että esimerkkiin ei ole sattumalta valittu asunto-osakeyhtiön kaltaista yksityistä toimijaa. Kuten jäljempänä luvussa 6 tarkemmin esitetään, hankintalain alaisuuteen kuuluvissa tilanteissa tyypillisesti annetaan osin toisentyypisiä tahdonilmaisuja.

Rakennusalalla on tavallista menetellä siten, että tarjouspyynnön tekijä ilmoittaa sitoutuvansa rakennusalan urakkakilpailun periaatteisiin (RT 16-10182). Tällainen menettely johtaa käytännössä siihen, että tarjouspyynnön tekemisellä on suoranaista oikeustoimiopillista merkitystä. Kyseisissä sopimusehdoissa nimittäin lähdetään siitä, että jokin tehdystä tarjouksesta hyväksytään sellaisenaan. Ehdossa on toisaalta määritelty ne perusteet, joiden vallitessa tarjous voidaan/pitää hylätä. Tarjous on hylättävä muun muassa silloin, kun tarjoushinta on epämääräinen tai epärealistisen alhainen tai kun se on muuten olennaisesti vajavainen tai virheellinen; myös urakan toteuttamisen vaatimien teknillisten, taloudellisten tai muiden edellytysten puuttuminen on hylkäysperuste.⁴⁵

Jos tarjouspyynnön tekijä toimii velvollisuksiensa vastaisesti, se voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi. Tässä yhteydessä voidaan mainita eritoten ratkaisu KKO 1999:48, jonka otsikko kuuluu seuraavasti:

”Asunto-osakeyhtiö oli urakkatarjouspyynnössään sitoutunut noudattamaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita (RT 16-10182). Se oli noita periaatteita rikkoen urakkatarjousten avaamisen jälkeen ryhtynyt neuvottelemaan tarjouksen tekijöiden kanssa urakkahinnoista ja hyväksynyt sen jälkeen muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tehneen rakennusliikkeen uuden halvemman tarjouksen. Rakennuttaja velvoitettiin korvaamaan alunperin edullisimman tarjouksen tehneelle rakennusliikkeelle urakan menettämisestä aiheutunut vahinko, jota arvioitaessa pidettiin lähtökohtana niin sanottua positiivista sopimusetua. Ään.”

Tapauksessa asunto-osakeyhtiö oli siis urakkatarjouspyynnössään ilmoittanut, että urakkakilpailussa noudatetaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita. Kanteessa lähdettiin siitä, että periaatteiden noudattamisesta oli syntynyt sopimus taloyhtiön ja rakennusliikkeen välille, kun rakennusliike oli tehnyt urakkatarjouksensa. – Kantaja vaati, että asunto-osakeyhtiö velvoitetaan suorittamaan sille vahingonkorvauksena ensisijaisesti urakan saamatta jäämisestä aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä 150 000 markkaa ja toissijaisesti urakkatarjouksen laskenta- ja neuvottelukuluista 15 000 markkaa.

Käsitys sopimuksen syntymisestä ei ole täysin ongelmaton. Herää nimittäin kysymys, oliko kyse yksinkertaisesti asunto-osakeyhtiön lupauksesta menetellä tietyllä tavalla.⁴⁶ Korkein oikeus näytti ajattelevan asiasta

⁴⁵ Ks. myös esim. *Halila – Hemmo* 2008 s. 62–63.

⁴⁶ Ks. myös *Saarinen* 2008 s. 103–104 viittauksin Ari Saarnilehdon luentomonisteeseen, jonka mukaan tapauksessa KKO 1999:48 oli kyse juuri rakennusurakan tilaajan yksipuolisesta sitoumuksesta. Tästä näkökulmasta asunto-osakeyhtiön korvausvastuu oli oikeastaan oikeustoimiperusteista, ei siis sopimusperusteista.

kantajan tavoin. Ratkaisun perusteluissa muun muassa sanotaan, että urakkakilpailun periaatteet olivat tulleet tarjouspyynnön ja sen pohjalta annettujen tarjousten perusteella rakennuttajaa ja urakkatarjouksen antajia sitoviksi sopimuksenteon ehdoiksi. Rakennusliike oli voinut tarjouksen tehdessään luottaa siihen, että sen tarjouta käsitellään mainittujen periaatteiden mukaisesti ja että rakennuttajan kannalta edullisimman tarjouksen tehnyt saa urakan ilman uusia hintaneuvotteluita.

Korkeimman oikeuden mukaan asunto-osakeyhtiö oli menettelyllään syyllistynyt sopimuksentekorikkomukseen. Rakennusliike oli kärsinyt rakennuttajan menettelyn johdosta vahinkoa, kun yhtiö ei ollut saanut urakkaa suorittaakseen. Korkeimman oikeuden mukaan sopimusneuvotteluja ei ole lupa käydä niin, että toinen tulee harhaan johdetuksi tai muuten kärsii vahinkoa. Osapuoli, jonka luottamusta ja sopimusneuvottelujen synnyttämiä perusteltuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta. – Vaikka tapauksessa oli urakkasopimuksen näkökulmasta kyse sopimuksentekorikkomuksesta, voidaan huomauttaa, että toisaalta kyse oli myös annetun lupauksen rikkomisesta (siis sopimusrikkomuksesta, jos sopimuksen katsottiin syntyneen).

Jäljelle jäi kysymys, millainen korvausvelvollisuus asunto-osakeyhtiölle syntyi sen vuoksi, että sopimus oli jäänyt syntymättä rikkomuksen vuoksi.⁴⁷ Jos sopimus on rikkomuksen vuoksi jäänyt syntymättä, loukatulle osapuolelle oli korkeimman oikeuden mukaan korvattava ainakin sopimusneuvotteluista ja tarpeellisista valmistelutoimenpiteistä aiheutuneet, hukkaan menneet kustannukset. Vaihtoehtona kysymykseen saattoi tulla sopimuksen saamatta jäämisestä johtuvan taloudellisen menetyksen eli niin sanotun positiivisen sopimusedun korvaaminen, jos siihen oli erityisiä perusteita. Tällaisia perusteita oli silloin, kun sopimuksentekorikkomus kohdistui lakiin perustuvaan velvoitteeseen solmia sopimus edullisimman

⁴⁷ Jos kysymys ei ole sopimukseen perustuvasta korvausvastuusta, ensi katsannossa voisi kuvitella, että vahingonkorvausvastuuta tulisi erityissääntelyn puuttuessa arvioida vahingonkorvauslain näkökulmasta (VahL 1:1). Oikeuskirjallisuudessa on saanut kuitenkin kannatusta ajattelutapa, jonka mukaan sopimuksentekotuottamukseen perustuva korvausvastuu määräytyisi itsenäisten lakiin kirjoittamattomien normien perusteella (ks. esim. *Hemmo* 2003a s. 233–236 ja *Mononen* LM 2004 s. 1386). Ratkaisun KKO 1999:48 perustelut viittaavat siihen, että myös korkein oikeus on hyväksynyt tämän ajattelutavan. Puhutaanhan perusteluissa vahingonkorvauslakia (ja sen 5:1 ää) edes mainitsematta siitä, että osapuoli, jonka luottamusta ja sopimusneuvottelujen synnyttämiä perusteltuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta (ks. myös *Vedenkannas* 2007 s. 343 ja *Karhu* LM 2008 s. 132). Vastaavalla tavalla myös ratkaisun KKO 2009:45 perustelut puoltavat johtopäätöstä, jonka mukaan sopimuksentekorikkomus on käsitetty itsenäiseksi vastuuperusteeksi.

tarjouksen tehneen kanssa, kuten oli asianlaita julkisia hankintoja koskevan lain osalta. Asiaa oli arvioitava samalla tavalla silloin, kun velvoite perustui sopimukseen menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla.

Korkein oikeus näytti siis katsovan, että tapauksessa oli tehty sopimus, joka velvoitti asunto-osakeyhtiön menettelemään tietyllä tavalla sopimuksenteossa. Oikeuskirjallisuudessa on puhuttu prekontraktuaalisesta sopimuksesta.⁴⁸ Kovin suurta merkitystä ei ole sillä, oliko tapauksessa kyse sopimustilanteesta vai ei. Selvä on joka tapauksessa, että keskeisellä sijalla oli asunto-osakeyhtiön antama lupaus menetellä tietyllä tavalla sopimusta tehtäessä. Viime kädessä kyse saattoi tosin olla siitä, että asunto-osakeyhtiö oli velvoittautunut määrättyjen edellytysten täytyessä sitoutumaan maksuvelvolliseksi parhaan tarjouksen esittäjää kohtaan.⁴⁹

3.5 Julkisyhteisö sopijakumppanina

Oikeustoimen määrittelemisen ”yksityiseksi” tahdonilmaisuksi ei tarkoitakaan sitä, ettei myös julkisyhteisö voisi tehdä varallisuus oikeudellisia oikeustoimia. Huomioon on kuitenkin otettava se, että julkista valtaa omaavat yhteisöt voivat viranomaistensa välityksellä toimia erilaisissa ”rooleissa”. Esimerkiksi Mäenpään mukaan hallinnollisen sääntelyn oikeusvaltiollinen ideaalimalli erottaa toisistaan periaatteessa kaksi viranomaisen oikeudellista roolia. Viranomainen voi käyttää yksipuolista julkista valtaa, jolloin se toimii valtiovallan eli *imperiumin* nojalla ja piirissä. Tämän toiminnan ulkoisena muotona on hallintopäätös eli hallintotoimi. Viranomais toiminnan muotona voi kuitenkin olla myös oikeustoimi, jolloin viranomainen toimii *dominiumin* piirissä – taloudellisten suhteiden alalla siviilioikeudellisena subjektina ja oikeushenkilönä.⁵⁰

Imperiumin ja dominiumin erotteluun turvauduttaessa on tärkeätä huomata, että julkisyhteisö voi tehdä sopimuksia kummassakin roolissa. Tä-

⁴⁸ Ks. esim. Hemmo 1999a s. 374–375, Hemmo 1999b s. 79–82 ja Halila 2005 s. 73–74.

⁴⁹ Ks. tähän liittyen myös Hemmo 2003a s. 227, Mononen LM 2004 s. 1386 ja Mononen BLF 2005 s. 105–106 sekä Klami-Wetterstein JFT 2007 s. 505.

⁵⁰ Näin Mäenpää 1989 s. 79–80, ks. myös Mäkinen 2000 s. 58, jossa esitetyn mukaan julkisyhteisön toimivaltaa on teoreettisesti vaikea hakea yksityisautonomian ideasta, vaikka julkisyhteisö dominium -roolissa ikään kuin laskeutuu tasa-arvoiseksi toimijaksi yksityis-oikeuden kenttään. Oikeustoimiopin näkökulmasta olennaista on kuitenkin nähdäkseni se, että oikeustointen tekeminen voidaan nähdä kompetenssin käyttämiseksi silloinkin, kun julkisyhteisö on oikeustoimen tekijänä.

hän liittyy perinteinen käsitystapa, jonka mukaan sopimus voi olla paitsi yksityisoikeudellinen myös julkisoikeudellinen. Esimerkiksi Rytkölä määritteli julkisoikeudellisen sopimuksen kahden sopijapuolen yhtäpitävien ja toisensa täydentävien tahdonilmaisujen yhtymiseksi, joka sopijapuolten välillä perustaa, muuttaa tai kumoaa julkisoikeudellisen oikeussuhteen.⁵¹

Ongelmaksi muodostuu se, ettei julkisyhteisöjen toimintaa voida aina lukea selkeästi joko imperiumin tai dominiumin piiriin. Uudemmassa kirjallisuudessa onkin otettu tämä seikka huomioon julkisyhteisöjen sopimustoimintaa hahmotettaessa. Esimerkiksi Mäenpää on teoksessaan ”Hallintosopimus” vuodelta 1989 käyttänyt nimitystä hallintosopimus kuvaamaan viranomaisten sopimuksia yleensä. Tällaiselle sopimukselle ominaista on, että ainakin sen yhtenä osapuolena on julkisyhteisö hallinto-organiansa välityksellä; toisaalta kyse on juuri sopimuksesta. Mäenpään sanoin ”Väljästi ja konventionaalisesti muotoiltuna kyseessä on siis viranomaisen ja sen sopimuskumppani(e)n vastavuoroisten tahdonilmaisujen yhteensulautuminen.”⁵²

Nykyään hallintosopimus ymmärretään kuitenkin yleensä toisella tavalla, mikä on paljolti seurausta hallintolaissa (6.6.2003/434) omaksutusta legaalimääritelmästä. HallintoL 3.1 §:n mukaan hallintosopimuksella tarkoitetaan viranomaisen toimivaltaan kuuluvaa sopimusta julkisen hallintotehtävän hoitamisesta tai sopimusta, joka liittyy julkisen vallan käyttöön. Kyse ei ole yleisestä hallintosopimuksen määritelmästä vaan siitä, mitä hallintosopimuksella tarkoitetaan kyseisessä laissa. Hallituksen esityksen mukaan julkisen hallintotehtävän hoitamista koskevia hallintosopimuksia ovat muun ohella ajoneuvojen rekisteröinti- ja katsastustoimintaa koskevat sopimukset sekä kuntien ja palvelujen tuottajien väliset ostopalvelusopimukset sosiaali-, terveys- ja kouluhallinnon aloilla. Julkisen vallan käyttöön liittyviä hallintosopimuksia ovat puolestaan esimerkiksi luonnonsuojelulain (20.12.1996/1096) 25 §:ssä tarkoitetut alueen määräaikaista rauhoittamista koskevat sopimukset sekä maatalouden ja ympäristöhallinnon alalla myönnettäviin eräisiin tukiin liittyvät sopimukset.⁵³

⁵¹ Rytkölä 1950 s. 31.

⁵² Näin Mäenpää 1989 s. 87, ks. myös s. 91–97, jossa hallintosopimukset jaetaan suuntaantavasti neljään ryhmään eli yksityisoikeudellisiin ja modifioidusti yksityisoikeudellisiin hallintosopimuksiin, sopimuksiin viranomaiselle kuuluvien julkisten tehtävien hoitamisesta sekä varsinaisiin hallintosopimuksiin.

⁵³ Näin HE 72/2002 vp s. 50, ks. myös Mäenpää 2003 s. 137–139, jossa erotetaan hallintosopimusten lajeja käsiteltäessä julkisia palveluja koskevat sopimukset, hallinnollista sääntelyä koskevat sopimukset ja viranomaisten väliset hallintosopimukset.

Hallintosopimusta koskeva riita käsitellään HallintoL 66 §:n mukaan hallintoriita-asiana hallinto-oikeudessa siten kuin hallintolainkäyttölaissa (26.7.1996/586) säädetään. HLL 69.1 §:ssä (6.6.2003/435) säädetään puolestaan seuraavasti: ”Julkisoikeudellista maksuvelvollisuutta tai muuta julkisoikeudellisesta oikeussuhteesta aiheutuvaa velvollisuutta tai oikeutta koskevan riidan samoin kuin hallintosopimusta koskevan riidan, johon haetaan viranomaisen ratkaisua muuten kuin muutoksenhakuteitse (*hallintoriita-asia*), käsittelee hallinto-oikeus.”

Lakitekstin perusteella ei käy tyhjentävästi ilmi, kuinka eri tuomioistuinten toimivalta jakautuu. HallintoL 66 §:n perustelujen mukaan sopimusasiassa voidaan vaatia hallinto-oikeudelta hallintoriitahakemuksella sitovaa asiaratkaisua tilanteessa, jossa asianosainen ja viranomainen eivät pääse yksimielisyyteen hallintosopimuksen sisällöstä.⁵⁴ Tämä viittaa siihen, että joitain sopimukseen liittyviä riitoja voitaisiin käsitellä myös yleisissä alioikeuksissa. Korkein oikeus katsoikin tapauksessa KKO 2008:36, että hallintosopimuksen oikeudettomaan päättämiseen perustuvan vahingonkorvauskanteen tutkiminen kuului yleisen tuomioistuimen toimivaltaan.

Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista tarkastella lähemmin sitä, millaiset riidat kuuluvat yleisiin tuomioistuihin ja millaiset hallinto-oikeuksiin. Ratkaisu KKO 2008:36 saattoi tuoda mukanaan enemmän kysymyksiä kuin vastauksia. Ratkaisua kommentoineen Koulun mukaan hallintosopimuksen tulkintaan, sisältöön ja nähtävästi myös pätevyyteen kohdistuva erimielisyys ohjautuu hallintotuomioistuinlinjalle; sen sijaan sopimussuhteen suoritushäiriöt ja niihin liittyvät erimielisyydet käsitellään ja ratkaistaan yleisissä tuomioistuimissa.⁵⁵

Myös hallintosopimus voidaan yleensä ”purkaa” yksittäisiksi tahdonilmaisuuksi, minkä jälkeen siihen liittyviä oikeudellisia kysymyksiä voidaan tarkastella tahdonilmaisutasolla. Annettavat tahdonilmaisut voivat puolestaan olla sisällöltään myös sellaisia, että on tarkoituksenmukaista puhua varallisuus oikeudellisista oikeustoimista. Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa julkisyhteisö solmii ostopalvelusopimuksen yksityisen yrittäjän kanssa. Tyypillisesti kyse on siitä, että julkisyhteisö sitoutuu maksuvelvolliseksi määrättyllä tavalla ja että yrittäjä puolestaan sitoutuu tiettyyn palveluun. Varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (ja sopimuksesta) puhuminen tuntuu perustellulta systemaattisesta näkökulmasta, vaikka kyse olisi sel-

⁵⁴ HE 72/2002 vp s. 119.

⁵⁵ Koulun 2008 s. 281.

laisesta palvelusta, jonka järjestämiseen julkisyhteisöllä on lakisääteinen velvollisuus.

Edellä on siis katsottu, että myös varallisuus oikeudellinen (yksityisoikeudellinen) sopimus saattaa jäsentyä hallintosopimukseksi, joskin tällöin sopimuksella täytyy olla joitain julkisoikeudellisia erityispiirteitä. Lainvalmistelutöissä esitetty tosin viittaa toisenlaiseen jäsenystapaan. Hallituksen esityksessä muun muassa todetaan, että yksityisoikeudellisen sopimuksen (kuten vuokra-, konsultti- ja työsopimuksen) tekemistä julkisyhteisön puolesta ei pidettäisi laissa tarkoitettuna hallintosopimuksena. Esityksen mukaan hallintosopimukseen saattaa silti joskus sisältyä sekä julkisoikeudellisia että yksityisoikeudellisia aineksia. Esimerkkinä mainitaan maankäyttösopimukset toteamuksin, että tällaisiin sopimuksiin voi liittyä yksityisoikeudellisia luovutustoimia.⁵⁶

Kun julkisyhteisö on sopijakumppanina, joudutaan kiinnittämään erityistä huomiota päätöksenteon laillisuuteen. Esimerkiksi voidaan ajatella kuntien tekemiä sopimuksia. Kuntalain (17.3.1995/365) 1.2 §:n mukaan kunnan päätösvaltaa käyttää asukkaiden valitsema valtuusto. Valtuusto voi siirtää sillä olevaa toimivaltaa alemmille viranomaisille johtosäännön määräyksillä, joskin tietyt asiat kuuluvat aina valtuuston päätettäväksi (ks. tarkemmin KuntaL 13 ja 14 §).

Oikeustoimiopin kannalta on olennaista, että *julkisyhteisön sisäinen päätöksenteko erotetaan sen edustamisesta*. Vastaava erottelu on tehtävä myös esimerkiksi osakeyhtiön toimintaa tarkasteltaessa. Yhtiön edustamisella tarkoitetaan muun muassa kykyä tehdä yhtiötä sitovasti oikeustoimia. Oikeuskirjallisuudessa on korostettu, että edustaminen on pidettävä erossa oikeudesta tehdä päätöksiä yhtiön puolesta, sillä oikeus edustaa yhtiötä suhteessa kolmansiin ei tuo henkilölle tai toimielimelle oikeutta tehdä päätöksiä yhtiön puolesta.⁵⁷

Monesti voidaan todeta, että edustuskelpoisella on myös oikeus päätöksentekoon. Esimerkiksi voidaan ajatella osakeyhtiön hallitusta ja toi-

⁵⁶ Näin HE 72/2002 vp s. 50. Vaikka esityksessä mainitaan maankäyttösopimukset, täysin yksiselitteisesti ei kuitenkaan ilmaista, että maankäyttösopimukset olisivat hallintosopimuksia. Kirjallisuudessa on esitetty asian tiimoilta erilaisia kantoja. Osa kirjoittajista on pitänyt selvänä sitä, että maankäyttösopimukset ovat HallintoL 3 §:ssä tarkoitettuja hallintosopimuksia; toiset suhtautuvat kriittisesti tähän tulkintaan (ks. erilaisista kannoista esim. *Jääskeläinen – Syrjänen* s. 378 ja 382 sekä *Ekroos – Majamaa* 2005 s. 466 sekä kirjallisuudesta kokoavasti *Hakkola* BLF 2009 s. 183–185).

⁵⁷ Näin *Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho* 2007 s. 388–389.

mitusjohtajaa, joiden asemasta yhtiön edustajina säädetään OYL 6:25:ssä. Säännöksen mukaan hallitus edustaa yhtiötä. Toimitusjohtaja voi puolestaan edustaa yhtiötä asiassa, joka OYL 6:17:n nojalla kuuluu hänen tehtäviinsä.

Seuraavassa tarkastellaan lähemmin, kuinka oikeustoimia tehdään julkisyhteisön ja erityisesti kunnan nimissä. Huomiota kiinnitetään kahteen kysymykseen eli

- 1) kunnan edustamiseen oikeutettuihin henkilöihin ja
- 2) päätöksen täytäntöönpanoa koskevan sääntelyn oikeustoimiopilliseen merkitykseen.

1) Kunnan edustamiseen oikeutetut henkilöt

Jollei johtosäännössä toisin määrätä, kunnanhallitus edustaa kuntaa ja käyttää sen puhevaltaa (KuntaL 23.1 §). Kunnissa on tyypillisesti erilaisia lautakuntia, joista osa on lakisääteisiä. Kun jostain oikeustoimesta päättäminen on uskottu lautakunnalle, sillä on oikeus myös edustaa kuntaa oikeustointa tehtäessä.⁵⁸ – Selvyyden vuoksi on hyvä todeta, että kunnan edustamiseen ja puhevallan käyttämiseen sisältyy oikeus tehdä oikeustoimia kunnan puolesta.⁵⁹

Julkisyhteisön edustamista tarkasteltaessa on samoin kuin yleensä tärkeätä erottaa edustajan *kelpoisuus* edustajan *toimivallasta*. Tällä on merkitystä tilanteessa, jossa edustaja toimii kelpoisuutensa rajoissa mutta toimivaltansa ylittäen. Oikeustoimi sitoo julkisyhteisöä, jos sopijakumppani on ollut vilpittömässä mielessä toimivallan ylityksen suhteen. Tätä arviotaessa merkitystä voi olla myös vastapuolen *asiantuntemuksella*. Mitä paremmin sopijakumppani tuntee kuntien oikeustoimien tekemiseen liittyviä kysymyksiä, sitä enemmän häneltä voidaan edellyttää edustajan toimivallan (ja kelpoisuuden) tuntemisen osalta (ks. myös KKO 1997:189).

Kelpoisuus edustaa julkisyhteisöä voi perustua myös yleisiin valtuutusta koskeviin oppeihin. On esimerkiksi mahdollista, että kunnanhallitus antaa valtuutuksen tietyn oikeustoimen tekemiseen. Kyse voi olla myös siitä, että henkilöllä on asemansa perusteella kelpoisuus edustaa julkisyhteisöä.⁶⁰

⁵⁸ Hemmo 2003a s. 488.

⁵⁹ Ks. esim. Harjula – Prättälä 2007 s. 234.

⁶⁰ Ks. esim. Harjula – Prättälä 2007 s. 237, jossa esitetyn mukaan esimerkiksi kunnanjohtajalla, kunnan rakennusmestarilla, terveyskeskuksen talouspäälliköllä ja koulun johtajalla on omalla tehtäväalueellaan sellainen asema, että ulkopuolinen voi luottaa heidän oikeuteensa tehdä asemaansa perustuvia oikeustoimia.

Tyypillisessä valtuutustilanteessa voitaneen katsoa, että valtuutettu antaa tahdonilmaisun päämiehensä edustajana. Tämä pätee yleensäkin edustukseen. Kun kuitenkin pidetään silmällä julkisyhteisöjä ja itse asiassa yleisesti oikeushenkilöitä, joudutaan vastatusten myös toisentyypisen edustuksen kanssa. Esimerkiksi Hemmo on puhunut siitä, että yhteisön sisäinen päätöksenteko tulee erottaa varsinaisen tahdonilmaisun *välittämisestä* sopijakumppanille. Sitoutuminen edellyttää ainakin tietyissä tilannetyypeissä, että oikeushenkilön asianmukainen hallintoelin tekee ensin sisäisen päätöksen oikeustoimesta. Sopimusoikeudellinen sitovuus syntyy vasta, kun tahdonilmaisu välitetään oikeustoimikumppanille, mikä voi tapahtua esimerkiksi sopimusasiakirjan allekirjoittamisella tai yksipuolisen oikeustoimen tiedoksiantamisella. ”Myös sitoutumisilmaisun välittäminen asettaa tietyt kelpoisuusvaatimukset sen suorittajalle, vaikka kysymyksessä ei useinkaan tarvitse olla yhteisön sisäisestä päätöksenteosta vastaava henkilö tai orgaani.”⁶¹

Oikeustoimiopillisesti riittävän tarkka kysymyksenasettelu edellyttäneekin sitä, että julkisyhteisön sisäisen hallintoelimen päätöksiä arvioitaessa erotetaan toisistaan kaksi elementtiä eli *hallinnollinen päätös oikeustoimen tekemisestä* ja *oikeustoimiopillisesti relevantti tahdonmuodostus*.⁶² Nämä elementit on tarpeen erottaa toisistaan senkin vuoksi, että ne eivät välttämättä esiinny yhdessä. Käsillä voi olla tilanne, jossa hallintoelin tekee vain hallinnollisen oikeustoimen tekemistä koskevan päätöksen. Tarkoituksena on esimerkiksi, että jokin toinen elin toteuttaa oikeustoimiopillisesti relevantin tahdonmuodostuksen ja oikeustoimen tekemisen muutenkin. Kun tämä toinen elin saa aikaan esimerkiksi omistusoikeuden luovutuksen tai maksuvelvolliseksi sitoutumisen, välttämätöntä ei ole, että sen samalla katsottaisiin tekevän hallinnollisen päätöksen oikeustoimen tekemistä.

Ainakin ensi katsannossa voisi kuvitella, että *kunnanvaltuuston* päätökset ovat yleensä vain hallinnollisia päätöksiä oikeustoimiin ryhtymisestä. Vaikka kunnanvaltuustolla on korkein päätösvalta kunnassa, KuntaL 23.1 §:n mukaan lähtökohtana on, että kunnanhallitus edustaa kuntaa. Kunnanhallitus myös huolehtii valtuuston päätösten täytäntöönpanosta valvoen samalla kunnanvaltuuston päätösten laillisuutta.⁶³ Kuntalain sään-

⁶¹ Hemmo 2003a s. 469–470.

⁶² Ks. myös esim. *Mäenpää* 1989 s. 104, jossa esitetyn mukaan hallintoviranomaisen sopimusmenettely on vakiintuneesti jaettu kahteen erilaatuisen vaiheeseen. Sopimuksen varsinaista solmimista edeltävä päätös sopimukseen sitoutumisesta on eräin varauksin rinnastettavissa muihin hallintoelimen päätöksiin hallintoasioiden käsittelyssä.

⁶³ KuntaL 56 §:ssä säädetään tilanteesta, jossa kunnanhallitus katsoo, että valtuuston pää-

telyyn tuntuisi sopivan varsin hyvin se, että jos kunnanvaltuusto on tehnyt oikeustointa koskevan päätöksen, varsinainen oikeustoimen tekeminen ainakin useissa tapauksissa merkitsee kunnanhallitukselle jäävää täytäntöönpanotointa.

Kunnanvaltuusto saattaa muotoilla päätöksensä tavalla, joka ohjaa siitä tiedon saaneen henkilön päätelmään, jonka mukaan päätös ilmentäisi myös oikeustoimiopillisesti relevanttia tahdonmuodostusta. Esimerkiksi voidaan ajatella tapausta KKO 1958 II 113, jossa kunta oli saanut tarjouksen tietyn työn suorittamisesta. Kunnanvaltuusto oli 21.2.1952 päättänyt antaa työn yhtiön suorittavaksi, mistä oli välittömästi kunnanhallituksen toimesta ilmoitettu yhtiölle; yhtiölle oli myös toimitettu kunnanhallituksen puheenjohtajan allekirjoittama valtakirja työtä varten tarvittavien asiakirjojen hankkimiseksi. Kunnanvaltuusto teki myös 13.3.1952 vastaavan päätöksen työn antamisesta yhtiön suorittavaksi, ja tästäkin päätöksestä ilmoitettiin välittömästi kunnanhallituksen toimesta yhtiölle.

Kaksi vähemmistöön jäänyttä oikeusneuvosta katsoi, ettei kunnan ja yhtiön välillä ollut syntynyt sopimusta kysymyksessä olevan työn suorittamisesta. Kunnanhallitus ja kunnanvaltuusto olivat kuitenkin antaneet yhtiölle perusteltua aihetta luottaa työn sille antamiseen, minkä vuoksi kunta joutui korvaamaan yhtiön erinäisistä toimenpiteistä johtuneet kustannukset. Korkeimman oikeuden enemmistö päätyi kuitenkin siihen, että asiassa oli syntynyt sitova sopimus, josta kunta ei voinut vapautua päätöksensä peruuttamalla. Ratkaisun perustelujen nojalla ei voida sanoa, että jollain tietyllä seikalla olisi itsessään ollut ratkaiseva merkitys. Ratkaisun otsikko viittaa kuitenkin siihen, että keskeisellä sijalla olisi ollut kunnanhallituksen suorittama tiedoksianto: ”Kunnanvaltuuston päätettyä hyväksyä sille kunnassa olevien maiden mittauksen ja luokituksen suorittamisesta tehdyn yksityiskohtaisen tarjouksen ei kunnanvaltuusto enää sen jälkeen, kun kunnanhallitus oli antanut päätöksestä tiedon tarjouksen tekijälle, voinut peruuttamalla päätöksensä vapauttaa kuntaa siten syntyneestä sopimuksesta johtuvista velvoituksista.”

Kuntaa sitovan oikeustoimen syntyminen edellyttäne sitä, että edustusvallan omaavat henkilöt käyttäytyvät tavalla, jonka nojalla vastapuoli voi perustellusti käsittää kunnan tehneen oikeustoimen. Tapausta KKO

tös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä taikka että valtuusto on ylittänyt toimivaltansa tai että päätös on muuten lainvastainen. Kunnanhallituksen on tällöin jätettävä päätös täytäntöön panematta, ja asia on viipymättä saatettava valtuuston uudelleen käsiteltäväksi. Jos valtuusto pysyy päätöksessään, kunnanhallituksen on saatettava hallinto-oikeuden ratkaistavaksi, onko täytäntöönpanolle laillisia esteitä.

1958 II 113 ei ole mahdoton selittää niinkin, että kunnanvaltuuston tekemät päätökset olivat oikeastaan vain hallinnollisia päätöksiä. Tämän ajattelutavan mukaan hyväksyvän vastauksen antaminen jäi kunnanhallituksen tehtäväksi. Kunnanhallitus olisi voinut estää sopimuksen syntymisen esimerkiksi kertomalla kunnanvaltuuston päätöksen tiedoksiannon yhteydessä, että kyse ei ole oikeustoimilain 1 luvun mukaisen vastauksen antamisesta: sopimus syntyy vasta sitten, kun kunnanhallitus antaa varsinaisen hyväksymistahdonilmaisun. Ratkaisun KKO 1958 II 113 ydinsisällöksi voitaisiin väittää, että kunnanhallituksen suorittama kunnanvaltuuston päätöksen tiedoksianto voidaan ainakin joissain olosuhteissa ymmärtää kunnanhallituksen antamaksi hyväksymistahdonilmaisuksi.

Kunnanhallitus on itse toimija, jolla voi tyypillisesti olla samaan aikaan niin valta tehdä päätös kyseiseen oikeustoimeen ryhtymisestä kuin kelpoisuus toteuttaa oikeustoimi. Kun kunnanhallitus tekee hallinnollisen päätöksen oikeustoimesta, sillä on mahdollisuus edetä usein eri tavoin oikeustoimen tekemisen suhteen. Tarkoituksena voi olla, että varallisuus oikeudellisesti relevantti päätös tehdään samassa yhteydessä. Kunnanhallitus esimerkiksi hyväksyy kunnan saaman tarjouksen oikeustoimilain 1 luvussa tarkoitettussa mielessä tarkoituksin, että sopimus syntyy päätöksestä tiedottamisen myötä. Toisaalta kunnanhallitus voi esimerkiksi valtuuttaa määrätyn henkilön tarjouksen hyväksymiseen tarkoituksenaan se, ettei kunnanhallituksen päätöksestä tiedottaminen itsessään konstituoivaa hyväksyvää vastausta. Kunnanhallituksen oikeustoimiopillisesti relevantti käytäytyminen liittyy tällöin ainoastaan valtuutuksen antamiseen, ei valtuutuksen kohteena olevan oikeustoimen tekemiseen.

Hallinnollinen päätös oikeustoimen tekemisestä on ehkä helpompi erottaa oikeustoimiopillisesti relevantista tahdonmuodostuksesta silloin, kun kyse on *määrämuotoisesta* sopimuksesta. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa kunnanvaltuusto päättää hyväksyä tiettyä kiinteistöä koskevan ostotarjouksen. Oletetaan, että kunnanhallitus antaa päätöksen tiedoksi tarjouksen tekijälle. Mikä on tarjouksen tekijän oikeusasema esimerkiksi siinä tapauksessa, että kaupunginvaltuusto myöhemmin päättää vetäytyä kaupan tekemisestä?

Kiihättömänä lähtökohtana (MK 2:1) voidaan pitää sitä, ettei kiinteistökauppaa synny, vaikka kunnanhallitus tiedottaisi kunnanvaltuuston päätöksestä. Myöskään velvollisuutta luovutukseen ei synny, koska tällainen sitoumus ei ole pätevä vapaamuotoisena. MK 2:8:ssä säädetään kuitenkin korvauksesta tilanteessa, jossa osapuolet ovat sopineet tekemänsä kiinteistön kaupan, mutta sopimusta ei ole tehty MK 2:7.2:ssa säädettyllä tavalla. Kaupan tekemisestä kieltäytyneen osapuolen on täl-

löin korvattava toiselle osapuolelle ilmoittelusta, kiinteistöön tutustumisesta ja muista kaupantekoon liittyvistä tarpeellisista toimista aiheutuneet kohtuulliset kustannukset.

Kunnalla on epäilyksettä oikeus kieltäytyä kaupan tekemisestä, koska sillä ei ylipäättäen ole velvollisuutta kiinteistön luovutukseen. Ei ole kuitenkaan helppo sanoa, voiko kunta joutua vastuuseen MK 2:8:n nojalla. Myöntävän vastauksen puolesta puhuisi se, että kun kunnanhallitus yleensä antaa valtuuston päätöksen tiedoksi, tämä saattaa konstituoida oikeustoimilain 1 luvun mukaista myöntävää vastausta. Tässä suhteessa tuntuisi luonteelta pitää mahdollisena sitä, että tiedoksianto voidaan olosuhteista riippuen ymmärtää myös sellaiseksi vastaukseksi, joka saa aikaan MK 2:8:ssä tarkoitetun ”sopimuksen” syntymisen. Tällainen vaikutus voidaan kuitenkin joka tapauksessa torjua esimerkiksi tuomalla tiedoksiannon yhteydessä riittävän selvästi ilmi, että kyse on puhtaasti hallinnolliseksi tarkoitetun päätöksen tiedoksiannosta.

2) *Päätöksen täytäntöönpanoa koskevan sääntelyn oikeustoimiopillinen merkitys*

Oikeustoimiopillisesti relevantin tahdonmuodostuksen ja sitä koskevan hallinnollisen päätöksen toisistaan erottaminen on julkisyhteisöjen osalta erittäin tärkeää sen vuoksi, että *oikeustointa ei aina saa tehdä välittömästi päätöksenteon jälkeen*. Kuntal 98 §:ssä lähdetään siitä, että viranomaisen päätös voidaan panna täytäntöön, ennen kuin se on saanut lainvoiman. Täytäntöönpanoon ei kuitenkaan saa ryhtyä, jos oikaisuvaatimus tai valitus käy täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi taikka jos oikaisuvaatimuksen käsittelevä toimielin tai valitusviranomainen kieltää täytäntöönpanon. Vaikka ensin mainittu edellys sinänsä täyttyisi, täytäntöönpanoon on katsottu voitavan ryhtyä, jos erittäin painavat syyt ovat tätä vaatineet.⁶⁴

Hallintolainkäyttölaissa on omaksuttu päinvastainen pääsääntö kuin kuntalaissa. HLL 31.1 §:n mukaan päätöstä, johon saa hakea muutosta valittamalla, ei saa panna täytäntöön, ennen kuin se on saanut lainvoiman. Oikeustila ei kuitenkaan todellisuudessa ole merkittävästi erilainen. Päätös voidaan panna täytäntöön lainvoimaa vailla olevana, jos laissa tai asetuksessa niin säädetään tai jos päätös on luonteeltaan sellainen, että se on pantava täytäntöön heti, tai jos päätöksen täytäntöön-

⁶⁴ Näin esim. *Harjula – Prättälä* 2007 s. 715, jossa esitetyn mukaan täytäntöönpanoon ryhtyminen on usein etujen ja haittojen vertailua. Täytäntöönpanoon saatetaan ryhtyä, jos täytäntöönpanon edut katsotaan selvästi haittoja suuremmiksi. ”Näin on usein tilanne silloin, kun täytäntöönpanon lykkääminen aiheuttaa päätöksen käymisen hyödyttömäksi.”

panoa ei yleisen edun vuoksi voida lykätä; valitus ei estä täytäntöönpanoa myöskään, jos asiassa tarvitaan valituslupa (HLL 31.2 ja 31.3 §).

Myös oikeustoimen tekemistä voidaan siis pitää täytäntöönpanona silloin, kun päätös koskee kyseisen oikeustoimen tekemistä.⁶⁵ Se, edellyttääkö päätöksen täytäntöönpano sen lainvoimaisuutta, riippuu monesta seikasta. Oikeustoimi voi olla sisällöltään sellainen, ettei oikaisuvaatimus tai valitus muodostu hyödyttömäksi. Monesti käsillä on tilanne, jossa täytäntöönpanokiellon ongelmat voidaan ratkaista *sopimusteknisin* keinoin. Täytäntöönpanokiello ei voine koskea ainakaan sellaista sopimusta, jonka on määrätty tulevan voimaan vasta, kun sen taustalla oleva päätös saa lainvoiman.⁶⁶

Kun esimerkiksi kunnanhallitus päättää tarjouksen hyväksymisestä, hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta kyse on päätöksestä hyväksyä tarjous. Samassa yhteydessä kunnanhallitus voi kuitenkin tarkoittaa myös oikeustoimen tekemistä. KuntaL 98 §:stä ei koidu ongelmaa, jos kunta määrää hyväksyvän tarjouksen tulevan voimaan vasta, kun hallinnollinen päätös on saanut lainvoiman. Käsillä voi kuitenkin olla myös tilanne, jossa päätöksestä puuttuu tällainen varauma ja jossa tarjouksen esittäjälle ei muullakaan tavalla ilmaista, ettei kyse ole ehdottomasta vastauksesta. Kunnanhallitus voi periaatteessa tarkoittaaakin juuri sitä, että sopimus syntyy välittömästi tiedoksiannon myötä, vaikka tämä olisi vastoin KuntaL 98 §:stä seuraavaa täytäntöönpanokielloa.

Ainakin ensi katsannossa tuntuisi järkeenkäyvältä olettaa, että jos viranomainen ryhtyy täytäntöönpanoon KuntaL 98 §:n vastaisesti, kyse olisi *toimivallan ylityksestä*. Vastapuolella täytyisi kuitenkin olla mahdollisuus vilpittömän mielen suojaan ainakin, jos hänellä ei tiedossaan olleiden seikkojen perusteella ole aihetta epäillä, että viranomainen toimii täytäntöönpanokiellon vastaisesti. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että vilpittömän mielen suojaa pitäisi myöntää myös muissa tapauksissa. Sopijakumppanin on yleensä voitava luottaa, että jos viranomainen ryhtyy oikeustoimen tekemiseen, kyse ei ole KuntaL 98 §:n vastaisesta täytäntöönpanosta. Voidaan jopa pohtia, onko mahdollista antaa anteeksi säännöksen ja sen tulkintatradition huono tunteminen. Asialla voi olla merkitystä tilanteessa,

⁶⁵ Ks. myös esim. *Harjula – Prättälä* s. 713, jossa mainitaan esimerkkinä, että jos valtuusto on päättänyt myydä kunnan omistaman kiinteistön, täytäntöönpanotoimena on kiinteistön kauppakirjan tekeminen. On syytä korostaa, että jos oikeustoimen tekeminen merkitsee päätöksen täytäntöönpanoa, kunnan täytyy ex lege kiinnittää huomiota siihen, kävisi-
kö oikaisuvaatimus tai valitus täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi.

⁶⁶ Ks. myös esim. *Hannus – Hallberg* 2000 s. 635 ja *Harjula – Prättälä* 2007 s. 714.

jossa KuntaL 98 §:n tunteva sopijakumppani voisi tiedossaan olevien seikkojen perusteella todeta helposti, että kunnan viranomainen rikkoo täytäntöönpanokieltä ylittämällä samalla toimivaltansa.

Toisaalta on mahdollista ajatella, ettei kyse olekaan toimivallan ylityksestä. Tällöin puuttuvalla täytäntöönpanokelpoisuudella ei voisi olla merkitystä sopimuksen pätevyyden kannalta, kunhan muut pätevän sopimuksen edellytykset täyttyvät. Esimerkiksi kuntien yleisissä hankintaohjeissa (2007) lähdetään siitä, että sopimus syntyy oikeustoimilain mukaan tilaajan ja tarjouksen tekijän välille välittömästi sen jälkeen, kun tarjouksen tekijä on saanut todisteellisesti tiedon tehdystä päätöksestä ja ottanut siitä selon. ”Näin siitä riippumatta, onko sopimus esimerkiksi allekirjoitettu tai käyttäkö ylempi toimielin asiassa kuntalain 51 §:n mukaisesti otto-oikeutta tai onko päätös saanut lainvoiman.”⁶⁷

Mainittu kannanotto viittaa siihen, ettei täytäntöönpanokiellolla ole merkitystä viranomaisen toimivallan kannalta. Suoraan ei toisaalta sanota, että sopimus syntyisi tiedoksiannon myötä myös siinä tapauksessa, että samalla toimittaisiin KuntaL 98 §:n vastaisesti. – Luvussa 6 tarkastellaan lähemmin tyyppillisen hankintamenettelyn osalta, voiko tiedoksianto itsessään ilman erityisiä perusteita saada aikaan sopimuksen syntymisen.

Jos täytäntöönpanokiellolla on oikeustoimipiillista toimivaltaa rajoittava vaikutus, joudutaan kysymään, mitä esimerkiksi liian varhain tapahtuneesta tarjouksen hyväksymisestä seuraa. Tässä suhteessa tuntuisi luontevalta lähteä siitä, että vastaus saattaa pätevöityä myöhemmin. Lopputulos voisi olla osapuulleen sama, kuin jos vastauksen olisi määrätty tulevan voimaan hallinnollisen päätöksen tullessa lainvoimaiseksi. Sopimus syntyisi, jos tarjous on voimassa vielä tällä hetkellä. Kyse voisi myöhemmistä tapahtumista riippuen olla sen verran lyhyestä ajanjaksosta, ettei sopimuksen syntymisen lykkääntymisellä olisi juuri merkitystä.

Kysymys viranomaisen toimivallasta oli relevantti myös vanhan kunnallislain (10.12.1976/953) aikaan. Keskeinen täytäntöönpanokelpoisuutta koskeva säännös oli KunnallisL 146 §, jonka ensimmäisessä momentissa lähdettiin siitä, että kunnallisen viranomaisen päätös voitiin panna täytäntöön ennen lainvoimaisuutta, jollei muutoksen hakeminen päätökseen käynyt täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi tai valitusviranomaisen kieltänyt täytäntöönpanoa. Toisessa momentissa (6.11.1992/979) otettiin kantaa asiaan, joka oli mahdollista siirtää kunnanhallituksen taikka lauta-

⁶⁷ Näin *Kuntien yleiset hankintaohjeet* 2007 s. 61, ks. myös *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 307–308, jossa esitetään vastaava kanta. Teksti on peräisin Antero Oksaselta, joka on toimittanut myös kuntien yleiset hankintaohjeet (2007).

kunnan tai johtokunnan käsiteltäväksi. Päätöstä ei tällöin saanut panna täytäntöön, ennen kuin oli selvinnyt, ettei asiaa siirretä. Päätös saatiin kuitenkin panna täytäntöön, jos päätös oli sellainen, että se asian luonteesta tai kiireellisyydestä johtuen oli pantava heti täytäntöön, tai jos siirtämiseen oikeutetulta viranomaiselta oli saatu lupa täytäntöönpanoon.

Kunnallislain aikaisesta oikeuskäytännöstä erityisen kiinnostavana voidaan pitää tapausta KKO 1996:84, jossa kunnan tekninen lautakunta oli 2.5.1991 varauksetta hyväksynyt kantajan urakkatarjouksen, jonka kantaja oli tehnyt tarjouspyynnön saatuaan. Asian esitellyt kunnansinööri oli 3.5.1991 puhelimitse ilmoittanut yhtiön edustajalle tarjouksen hyväksymisestä. Samalla oli sovittu, että urakkasopimus allekirjoitetaan 21.5.1991. Sähkötekniikko oli korkeimman oikeuden enemmistön perustelujen mukaan tiedustellut, meneekö asia kunnanhallituksen käsiteltäväksi. Kunnansinööriltä saamansa vastauksen perusteella sähkötekniikko oli voinut päätellä, ettei urakkasopimuksen syntymisen edellytyksenä ollut kunnanhallituksen ratkaisu. Hän oli myös saanut keskustelusta sen käsityksen, että urakan vaatimien tarvikkeiden tilaamiseen voitiin ryhtyä heti, koska urakka-ajan lyhyys ja lähestyvä lomakausi edellyttivät toimenpiteisiin ryhtymistä kiireellisesti.

Kunnanhallitus siirsi 13.5.1991 urakasta päättämisen käsiteltäväkseen, mihin sillä oli oikeus tuolloin voimassa olleen KunnallisL 63 §:n nojalla.⁶⁸ Kunnanhallitus päätti pyytää uudet urakkatarjoukset, mikä johti lopulta siihen, että kunta teki sopimuksen toisen yrittäjän kanssa. Tapauksen KKO 1996:84 tosiseikasto on ajalta ennen edellä siteerattua KunnallisL 146.2 §:ää, mutta aiempi KunnallisL 146.2 § (14.12.1990/1122) sisälsi vastaavaa sääntelyä.

Toimivaltakysymys on relevantti vain, jos esimerkiksi tarjouksen tehnyt yrittäjä voi perustellusti ymmärtää asian niin, että kunnan puolelta on annettu oikeustoimilain 1 luvun mukainen hyväksyvä vastaus. Tapauksessa KKO 1996:84 oli tarkoitus allekirjoittaa erillinen kirjallinen urakkasopimus. Tähän nähden olisi ollut sinänsä mahdollista katsoa, ettei teknisen lautakunnan päätökseen sisältynyt oikeustoimiopillisesti relevanttia tahdonmuodostusta. Myös KunnallisL 146.2 §:stä seurannut täytäntöönpanokielto puolsi tietyllä tavalla tätä johtopäätöstä, joskin täytäntöönpano-

⁶⁸ Nykyään puhutaan otto-oikeudesta, josta säädetään Kuntal 51 §:ssä. Sääntely vastaa paljolti kunnallislaissa omaksuttuja ratkaisuja, joskin nykyään siis puhutaan siirtämisen sijasta asian ottamisesta ylemmän toimielimen käsiteltäväksi (ks. myös esim. *Hannus – Hallberg* 2000 s. 636).

kielto ei estänyt ehdollista hyväksyntää. – Alioikeus katsoikin, että kunnaninsinöörin ilmoitus ei merkinnyt oikeustoimilain 1 luvun mukaista tarjoukseen annettua tarjouksen hyväksyvää vastausta; myös hovioikeus hyväksyi tämän kannan.

Tapauksessa ei luultavasti olisi syntynyt lainkaan riitaa sitovuudesta, jos kunnaninsinööri olisi yhtiön edustajalle soittaessaan tuonut selvästi esille, että kyse oli vain hallinnollisen oikeustoimen tekemistä koskevan päätöksen tiedoksi saattamisesta. Päätöksen mukainen sopimus olisi tehty myöhemmin. Kunnaninsinööri oli kuitenkin menetellyt tavalla, joka antoi yhtiölle erityisiä perusteita olettaa, että kunnan puolelta oli annettu oikeustoimilain 1 luvun mukainen vastaus. Yhtiö saattoi ehkä ymmärtää kunnaninsinöörin kertoman niin, että lautakunta oli tarkoittanut saada sopimuksen aikaan välittömästi. Tämä ei ollut välttämättä edes KunnallisL 146 §:n vastaista menettelyä, koska täytäntöönpanoon voitiin ryhtyä tiettyin edellytyksin. Yhtiö nähtävästi tunsii täytäntöönpanokelpoisuutta koskevan sääntelyn ainakin pääpiirteissään, mikä voitiin ottaa huomioon arvioitaessa sitä, saattoiko yhtiö perustellusti katsoa kunnan antaneen oikeustoimilain 1 luvun mukaisen vastauksen sen tekemään tarjoukseen.

Korkeimman oikeuden mukaan rakennusurakkasopimusta solmittaessa kirjallinen urakkasopimus laaditaan useimmiten vasta sen jälkeen, kun sopimus on syntynyt urakkatarjouksen ja siihen annetun hyväksyvän vastauksen perusteella. Kunta ei ollut näyttänyt, että tarjouspyynnössä, tarjousta hyväksyttäessä tai muussa yhteydessä olisi edellytetty urakkasopimuksen syntyvän vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. – Korkein oikeus ei ainakaan selvästi kiinnittänyt huomiota ajattelutapaan, jonka mukaan hallinnollinen oikeustoimen tekemistä koskeva päätös voidaan systemaattisessa mielessä erottaa oikeustoimiopillisesti relevantista tahdonmuodostuksesta.

Tapauksessa KKO 1996:84 päädyttiin lopulta siihen, että OikTL 1, 6 ja 11 §:stä ilmenevät periaatteet huomioon ottaen urakkatarjouksen hyväksyminen oli tullut kuntaa sitovaksi. Edellä jo mainittujen perusteiden lisäksi ratkaisun perustelut rakentuvat seuraavien näkökohtien varaan:

- 1) Urakasta päättäminen oli kuulunut lautakunnan toimivaltaan. Lautakunta oli 2.5.1991 pitämässään kokouksessa varauksetta hyväksynyt yhtiön urakkatarjouksen.
- 2) Kunnaninsinöörillä oli virkansa puolesta ja sen perusteella, että hän oli esitellyt asian teknisessä lautakunnassa, ollut sellainen asema, että hän oli voinut kuntaa sitovasti ilmoittaa yhtiölle tarjouksen hyväksymisestä ja lautakunnan päätöksen lopullisuudesta. Kunnaninsinöörin

ilmoituksen saadessaan yhtiöllä ei ollut ollut aihetta epäillä sille kerrottujen tietojen paikkansapitävyyttä.

- 3) Asianosaiset olivat edellyttäneet välillään sovellettavan Rakennusalan urakkakilpailun periaatteita. Näiden periaatteiden 7.4 kohdan mukaan urakkasopimuksen katsottiin syntyneen, kun urakoitsija oli saanut rakennuttajalta tiedon voimassa olevan tarjouksensa hyväksymisestä.

Viittaus Rakennusalan urakkakilpailun periaatteisiin on kiinnostava myös yleiseltä kannalta. Julkisyhteisön toimielin voi sinänsä tehdä täysin selväksi, että sen tiedoksi antama päätös koskee ainoastaan oikeustoimen myöhempää tekemistä ilman välitöntä oikeustoimiopillista merkitystä. Tilanne voi kuitenkin olla myös tulkinnanvarainen. Tietyntylaiset vakioehdot saattavat lisätä riskiä siitä, että vastapuoli voi perustellusti ymmärtää tiedoksiannon esimerkiksi oikeustoimilain 1 luvun mukaiseksi vastaukseksi. Asetelma on ilmeisen ongelmallinen siihen nähden, että käsillä voi olla tilanne, jossa oikeustointa ei saisi tehdä välittömästi hallinnollisen päätöksen jälkeen. Suositeltavaa onkin, että julkisyhteisöt eivät sitoudu vakioehtoihin, joiden vuoksi ne voivat joutua ongelmiin sopimuksen syntymisen ajankohdan suhteen.

Kunnaninsinöörillä oli siis korkeimman mukaan ollut sellainen asema, että hän oli voinut kuntaa sitovasti ilmoittaa yhtiölle tarjouksen hyväksymisestä ja lautakunnan päätöksen lopullisuudesta.⁶⁹ Ratkaisun KKO 1996:84 perusteluissa (tai otsikossa) ei mainita nimenomaisesti sanaa ”asemavaltuutus”. On kuitenkin vaikea sanoa, onko tämä seurausta siitä, että insinööri käsitettiin tahdonilmaisun välittäjäksi. Oikeuskirjallisuudessa on varsin yleisesti puhuttu asemavaltuutuksesta tapausta kommentoitaessa.⁷⁰

Ratkaisun KKO 1996:84 perusteella ei voida täydellä varmuudella sanoa, kuinka korkeimman oikeuden enemmistö hahmotti toimivaltakysymystä. Kunnaninsinöörin mukanaolo sekoittaa tietyllä tavalla kysymyksenasettelua. Päähuomio näytti kohdistuvan siihen, että kunnaninsinööri oli voi-

⁶⁹ Ks. myös *Savola* DL 1997 s. 350, jossa esitetyn mukaan tapauksessa ei korkeimman oikeuden mukaan ollut kyse siitä, oliko kunnaninsinöörillä ollut valtuutusta antaa kunnan puolesta hyväksyvä vastaus tarjoukseen. Arvioitavana oli se, liittyikö insinöörin virka-asemaan kelpoisuus kuntaa sitovasti ilmoittaa lautakunnan tarjouksen hyväksymistä tarkoittavasta päätöksestä.

⁷⁰ Ks. esim. *Saarnilehto* LM 1997 s. 317, *Savola* DL 1997 s. 350 ja *Hemmo* 2003a s. 488–489.

nut ilmoittaa tarjouksen hyväksymisestä ja lautakunnan päätöksen lopullisuudesta.⁷¹ Systemaattiselta kannalta primäärinen lienee kuitenkin kysymys siitä, oliko teknisellä lautakunnalla toimivalta saada aikaan oikeustoimiopilliset vaikutukset täytäntöönpanokiellosta huolimatta.

Kunnan viranomainen voi periaatteessa tarkoittaa oikeustoimen tekemistä kunnan puolesta siinäkin tapauksessa, että tämä merkitsisi täytäntöönpanokiellon rikkomista. Ei ole sinänsä mahdoton ajatella, että kiellon rikkomisella ei ainakaan yleensä olisi vaikutusta oikeustoimiopillisen toimivaltan kannalta. Korkein oikeus on ainakin välillisesti osoittanut joissain tapauksissa tämänsuuntaista ajattelutapaa, joskin tällaiset välilliset päätelmät ovat epävarmalla perustalla jo prosessuaalisten syiden vuoksi. Nykyisen kuntalain aikaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita tapaus KKO 6.9.1007 nro 1857, jota tarkastellaan lähemmin 6.2 jaksossa. Tapausta KKO 1996:84 ajallisesti lähellä olevassa tapauksessa KKO 1996:7 ei myöskään kiinnitetty huomiota siihen, että tapauksessa tehdyssä sopimuksessa olisi voinut olla ongelmia mahdollisen täytäntöönpanokiellon vuoksi.

Tapauksessa KKO 1996:7 kaupunginjohtaja ja kaupunginsihteeri olivat 27.6.1991 allekirjoittaneet yhtiön kanssa aiesopimukseksi otsikoidun asiakirjan, mikä kuitenkin merkitsi todellisuudessa osakekannan kaupan esisopimuksen tekemistä. Kaupunginhallitus oli 17.6.1991 hyväksynyt sopimuksen. Kun esisopimus tehtiin, kaupungin puolelta ei ollut tehty kaupan toteuttamisen vaatimaa määrärahapäätöstä. Korkein oikeus näytti olevan sitä mieltä, että kaupunginhallituksella oli tästä huolimatta toimivalta sopimuksen tekemiseen.⁷² Esisopimus olisi sinänsä voitu tehdä ehdoin, että sen sitovuus edellyttää erillistä määrärahapäätöstä. Kaupunki ei kuitenkaan ollut näyttänyt, että sopimus olisi tehty tällaisin ehdoin; kaupunki ei voinut vetäytyä sopimuksesta sillä perusteella, ettei hankkeeseen ollut varattu talousarviossa määrärahaa.

Yksi vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos oli tapauksessa KKO 1996:84 sitä mieltä, ettei sopimusta ollut syntynyt. Hän kiinnitti huomiota siirto-oikeutta

⁷¹ Tapauksessa asiaa oli siis sinänsä käsitelty lautakunnassa. Saarnilehto on huomauttanut, että insinööri olisi voinut tehdä ilmoituksen sopimuksen synnyttävien vaikutuksien, vaikka asiaa ei olisi vielä lainkaan käsitelty lautakunnassa (*Saarnilehto LM 1997 s. 317*).

⁷² Määrärahan puuttumisella voisi sinänsä olla merkitystä myös toimivallan kannalta siten, että pätevän sopimuksen syntyminen edellyttäisi vastapuolen vilpittömää mieltä. Toisaalta viranomainen saisi tehdä sopimuksen ehdoin, joiden mukaan sopimuksen voimaolo edellyttää myöhempää määrärahapäätöstä. Oikeutemme lähtökohta lienee kuitenkin se, ettei määrärahan puuttuminen vaikuta ainakaan kunnanhallituksen toimivaltaan (ks. myös esim. *Hannus – Hallberg 2000 s. 200*, vrt. *Harjula – Prättälä 2007 s. 236*).

koskevaan sääntelyyn (KunnallisL 63 §) samoin kuin siihen, että KunnallisL 146.2 §:n mukaan päätöstä asiassa, joka voidaan siirtää kunnanhallituksen käsiteltäväksi, ei voinut panna täytäntöön ennen kuin oli selvinnyt, ettei asiaa siirretä. Koska asia oli lain mukaan voitu siirtää kunnanhallituksen käsiteltäväksi, kunta ei oikeusneuvoksen mukaan ollut lopullisesti hyväksynyt urakatarjousta; kunta ei ollut sitä myöhemminkään hyväksynyt. Seuraamuksena siitä, että asian käsittelyssä kunnan puolella mahdollisesti oli toimittu asiattomasti, ei ollut, että kunta olisi tullut sidotuksi yhtiön tarjoukseen.

Vähemmistön voitaneen tulkita tarkoittaneen sitä, ettei yhtiö voinut perustellusti ymmärtää tapahtunutta siten, että asiassa olisi annettu välittömästi sopimuksen aikaansaava oikeustoimilain 1 luvun mukainen hyväksyvä vastaus. Toisaalta ajatuksena oli luultavasti, ettei teknisellä lautakunnalla ollut toimivaltaa antaa hyväksyvää vastausta täytäntöönpanokiellon vuoksi.⁷³ Sinänsä mahdollista on, että tämä vastaa myös korkeimman oikeuden enemmistön ajattelutapaa. Toimivallan puuttuminen ei nimittäin tarkoita, ettei sopimusta voisi kuitenkin syntyä. Jos kuntaa edustaneiden katsotaan toimineen kelpoisuutensa puitteissa, sopijakumppanilla on mahdollisuus vilpittömän mielen suojaan. Korkeimman oikeuden enemmistö saattoi hahmottaa tilanteen niinkin, että joissain olosuhteissa tarjouksen tekijän olisi saatettu katsoa toimineen vilpillisessä mielessä sellaisin seurauksin, ettei kuntaa sitovaa sopimusta olisi syntynyt hyväksyvästä vastauksesta huolimatta.

Vaikka ratkaisu KKO 1996:84 on vanhan kunnallislain ajalta, sillä on sinänsä relevanssia myös nykypäivänä. KuntaL 98 §:ssä lähdetään siis siitä, että päätös voidaan panna täytäntöön, ennen kuin se on saanut lainvoiman. Täytäntöönpanoon ei kuitenkaan saa ryhtyä, jos oikaisuvaatimus tai valitus käy täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi taikka jos oikaisuvaatimuksen käsittelevä toimielin tai valitusviranomaisen kieltää täytäntöönpanon. KuntaL 98 §:ssä ei säädetä erikseen otto-oikeuden merkityksestä täytäntöönpanoon, minkä vuoksi säännös tässä mielessä poikkeaa aiemmasta KunnallisL 146 §:stä.⁷⁴

⁷³ Savolan mukaan vähemmistön kantaa voitiin pitää tiettyssä mielessä johdonmukaisena. Saatettiin ajatella, että lautakunnan päätös ei ollutkaan tarjouksen ehtoita hyväksyvä vastaus. Koska kunnanhallituksen oikeus siirtää asia käsiteltäväkseen perustui lakiin, siirtomahdollisuuden saatettiin katsoa olevan periaatteessa kaikkien tiedossa. Tämän ajattelutavan mukaan kenelläkään ei olisi oikeutta luottaa lautakunnan päätöksen pysyvyyteen ennen siirto-oikeuden käyttämiselle varatun määräajan umpeutumista (näin *Savola* DL 1997 s. 349–350, ks. tähän liittyen *Mäenpää* 1989 s. 238–239).

⁷⁴ Ks. myös *Hannus – Hallberg* 2000 s. 636, jossa esitetyn mukaan myös nykyään on kuitenkin pyrittävä menettelemään aiemmin voimassa olleiden säännösten edellyttämällä tavalla. Tehtyä päätöstä ei ainakaan saa lähtökohtaisesti panna täytäntöön sen jälkeen, kun ylempi toimielin on päättänyt asian käsiteltäväkseen ottamisesta.

4 HANKINTASOPIMUS VARALLISUUSOIKEUDEN NÄKÖKULMASTA

Hankintasopimuksella tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavarankin hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Jaksossa 5.2 tarkastellaan lähemmin, mitä ”kirjallinen” merkitsee tässä yhteydessä. Seuraavassa kiinnitetään yleisellä tasolla huomiota siihen, mitä hankintalain mukainen hankintasopimus pääpiirteissään merkitsee varallisuus oikeudellisen käsitteistön kannalta. Yleensä kyse on siitä, että hankintasopimus voidaan tunnistaa joksikin yleisesti tunnetuksi sopimustyyppiä kuten kauppa- tai urakkasopimukseksi.

Hankintayksikön ja toimittajan tekemän hankintaa koskevan sopimuksen varallisuus oikeudellinen analyysi on luonteva aloittaa kysymällä, millaisia *tahdonilmaisuja* osapuolet ovat antaneet. Voidaan siis noudattaa samaa lähestymistapaa kuin yleensäkin sopimustilanteiden tarkastelussa. Tyypillisesti kyse lienee siitä, että osapuolet velvoittautuvat määrättyllä tavalla toisiinsa nähden. Myös dispositiotoimet ovat silti mahdollisia. Toisaalta ei voida sulkea pois sitä vaihtoehtoa, että sopimuksesta puhumisesta huolimatta ainakin toisen sopijakumppanin osalta voidaan todeta, ettei tämä ole antanut minkäänlaista varallisuus oikeudellista tahdonilmaisuja ilmaisun varsinaisessa merkityksessä.

Hankintalain järjestelmässä hankintasopimukset ryhmitellään muutamaaan päätyyppiin. Esimerkiksi *tavarahankintasopimuksella* tarkoitetaan muuta kuin rakennusurakkaa koskevaa hankintasopimusta; tavarahankintasopimuksen kohteena on tavaroiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen ostooptioin tai ilman niitä; tavarahankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on tavarahankinnan lisäksi kokoamis- ja asennustöitä (HankintaL 5 §:n 3 kohta).

Hankintalain mukainen tavarahankintasopimus voi siis varallisuus oikeuden yleisten oppien näkökulmasta merkitä esimerkiksi kauppa- tai vuokrasopimusta tai sopimusta, jossa on piirteitä useammasta eri sopimustyyppistä. Tavarankin käsite täytyy ymmärtää suhteellisen laajasti. Esimerkiksi Kaliman mukaan tavaralla tarkoitetaan erilaisten valmiiden tai tilauksesta valmistettavien esineiden lisäksi myös raaka- ja tarveaineita sekä puolivalmisteita ja myös erilaisia aineettomia oikeuksia. ”Esineoikeudellinen määrittely, jossa tavara luokitetaan pelkästään irtaimeksi esineeksi, on siten liian suppea osoittamaan, mitä tavaroilla hankintasäännöstössä tarkoitetaan, kun niihin on sisällytetty varsinaisten irtainten esineiden lisäksi

myös käyttö- ja immateriaalioikeuksia sekä energia (sähkö).⁷⁵ – Kiinteistöjen osalta voitaneen olettaa, ettei niitä voida pitää tavaroina myöskään hankintalain järjestelmässä.⁷⁶

Tavarahankintasopimusten ohella hankintasopimusten kaksi muuta päätyyppiä ovat *rakennusurakka-* ja *palveluhankintasopimukset*. Rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 2 kohdan mukaan hankintasopimusta, jonka tarkoituksena on jonkin liitteessä C tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön tai rakennusurakan toteuttaminen taikka suunnittelu ja toteuttaminen yhdessä; rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan myös hankintayksikön asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttamista millä tahansa tavalla; rakennusurakka voi olla talon-, maan- tai vesirakennustöiden muodostama taloudellinen tai tekninen kokonaisuus. *Käyttöoikeusurakka* merkitsee tietynlaista rakennusurakkasopimuksen alamuotoa. Käyttöoikeusurakalla tarkoitetaan nimittäin muuten samanlaista sopimusta kuin rakennusurakkasopimus, mutta rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä (HankintaL 5 §:n 5 kohta).

Rakennusurakkasopimuksen (samoin kuin käyttöoikeusurakkasopimuksen) määritelmä vaikuttaa melko praktiselta, faktisen lopputuloksen varaan rakentuvalta. Voidaan esimerkiksi kysyä, mitä toimittajan näkökulmasta merkitsee se, että sopimuksen tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen. Yleensä kyse lienee siitä, että toimittaja velvoitautuu määrätyllä tavalla hankintayksikköön nähden. Sopimuksesta, jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, on ehkä kuitenkin mahdollista puhua myös tilanteessa, jossa toimittajan puolelta ei tapahdu ainakaan tavanomaista velvoittautumista. Tällöin toimittaja voi periaatteessa milloin tahansa lopettaa ”sopimuksessa” tarkoitetun käyttäytymisen ilman, että hänen voitaisiin katsoa käyttäytyvän velvollisuuksiensa vastaisesti.

Palveluhankintasopimuksella tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 4 kohdan mukaan muuta kuin julkista rakennusurakkaa tai julkista tavarahankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen; palveluhankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo; lisäksi palveluhankintasopimukseksi katsotaan hankintasopimus, johon palvelujen ohella sisältyy liitteessä C tarkoitettu-

⁷⁵ Näin *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 71.

⁷⁶ Vrt. *Aarto – Aho – Regelin – Uotila – Vatanen* 2009 s. 61.

ja rakennustöitä, Hankintalaissa tunnetaan myös *palveluja koskeva käyttöoikeussopimus*, joka systemaattisesti muistuttaa käyttöoikeusurakkasopimusta. Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan muuten samanlaista sopimusta kuin palveluhankintasopimus, mutta palvelujen vastikkeena on joko oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä (HankintaL 5 §:n 6 kohta).

Taloudellisen vastikkeen käsite (HankintaL 5 §:n 1 kohta) täytyy ymmärtää laajasti. Hallituksen esityksen mukaan taloudellista arvoa voidaan katsoa olevan sopimuksella, josta maksetaan rahallinen korvaus tai joka oikeuttaa tarjoajan muuhun hankintayksikön myöntämään taloudelliseen hyötyyn.⁷⁷ Tavallisin tapaus lienee siitä, että hankintayksikkö sitoutuu maksuvelvolliseksi toimittajaan nähden. Jo käyttöoikeusurakkasopimuksen ja palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen määrittelyistä käy toisaalta ilmi, että vastikkeellisuus voi toteutua myös toisin. Tulkintavaikkeitä voi koitua esimerkiksi tietynlaisista maankäyttö- ja vuokrasopimuksista olettaen, että hankintalailla ylipäätään katsotaan olevan relevanssia kyseessä olevan sopimusjärjestelyn suhteen.⁷⁸

5 HANKINTALAKI JA SOPIMUKSEN PÄTEVYYS

5.1 Johdannoksi

Sopimuksen pätevydestä tai toisaalta pätemättömyydestä voidaan puhua erilaisissa merkityksissä. Yksi tapa on lähteä siitä, kuinka nämä käsitteet on ymmärretty teoksessa ”Johdatus varallisuus-oikeuteen”, jonka olen kirjoittanut yhdessä Tapani Lohen kanssa. Tälle teokselle ominaista on, että pätevyyttä/pätemättömyyttä on tarkasteltu yksittäisten tahdonilmaisujen tasolla. Liikkeelle on lähdetty yksinkertaisesti siitä, että esimerkiksi omistusoikeuden luovutus on pätemätön, jos se ei saa aikaan omistajanvaihdosta. Mikäli omistajanvaihdoksen katsotaan tapahtuvan, kysymys ei ole pätemättömyydestä oikeustoimesta, vaikka luovutuksensaaja ei jostain syystä saavuttaisikaan kaikissa suhteissa normaalia omistajan oikeusasemaa.⁷⁹

⁷⁷ HE 50/2006 vp s. 50.

⁷⁸ Ks. vastikkeellisuusproblematiikasta tarkemmin *Hakkola* LM 2007 s. 732–739, ks. myös *Ekroos – Majamaa* 2005 s. 467 ja *Hallberg – Haapanala – Koljonen – Ranta* 2006 s. 416.

⁷⁹ *Kaisto – Lohi* 2008 s. 94.

Edellä mainittu jäsenystapa johtaa siihen, että silloin kun kyse on pätemättömyydestä ilmaisun varsinaisessa merkityksessä, aineellisoikeudelliselta kannalta ei tarvita erityistä pätemättömyyden voimaan saattamista. Tällä on myös prosessuaalisia heijastusvaikutuksia. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa kantaja vaatii siviiliprosessissa oikeustoimen pätemättömäksi julistamista. Oletetaan, että tuomioistuin voi asiassa vedotun, tunnustetun ja näytetyn perusteella todeta oikeustoimen pätemättömäksi edellä tarkoitettussa mielessä. Kun tuomioistuin julistaa oikeustoimen pätemättömäksi, se ikään kuin toteaa *deklaratiivisessa* mielessä suoraan laista seuraavan oikeustoimen alusta asti vaikuttaneen pätemättömyyden (kyse ei siis ole muotoamisesta).⁸⁰

Oikeustointa voidaan pitää pätevänä, jos se saa aikaan sisältönsä mukaiset *aineellisoikeudelliset* vaikutukset. Esimerkiksi velvoittautuminen on pätevä, kunhan henkilöllä voidaan katsoa olevan velvollisuus kyseessä olevaan käyttäytymiseen. On syytä panna merkille, että tämä ei välttämättä tarkoita luontoissuoritusvelvollisuutta ilmaisun ankarassa merkityksessä. Henkilöllä saattaa nimittäin joissain tilanteissa aineellisoikeudellisesta näkökulmasta olla suoritusvelvollisuus, jota ei kuitenkaan voida toteuttaa pakkoteitse tavanomaiseen tapaan.⁸¹ Luontoissuoritusvelvollisuuden puuttumisesta puhuttaessa saatetaan asiayhteydestä riippuen tarkoittaa esimerkiksi sitä, että henkilöllä kyllä on aineellisoikeudellinen velvollisuus mutta että tuomioistuin ei poikkeuksellisesti voi antaa tällaista käyttäytymistä koskevaa suoritusuomiota (jolloin myös täytäntöönpano estyy).

Tahdonilmaisun pätemättömyys voi olla seurausta erilaisista seikoista. Joskus kysymys on siitä, että tahdonilmaisuus on pätevä vain tietyssä muodossa tehtynä. Esimerkiksi voidaan ajatella kiinteistön kauppaa, jonka pätevyys edellyttää MK 2:1:ssä asetettujen edellytysten täyttymistä.

Toisinaan pätemättömyys on seurausta tahdonmuodostukseen liittyvistä ongelmista. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A luovuttaa omistusoikeuden irtaimeen esineeseen B:lle, jolle A on velkaa 500 euroa. B määrää siitä, että A vapautuu tästä velasta luovutusta vastaan. A antaa tahdonilmaisunsa kuitenkin vain siksi, että B uhkaa häntä teräaseella. Kyse

⁸⁰ Ks. myös *Hemmo* 2003a s. 322, jossa puhutaan siitä, että pätemättömäksi julistettavan sopimuksen katsotaan olleen pätemätön alusta alkaen (ex tunc). Tällaista ilmaisua voidaan kuitenkin tilanteesta riippuen käyttää myös siinä merkityksessä, että tuomioistuin muotoaa aineellista oikeustilaa saaden aikaan taannehtivan vaikutuksen. Myös asianosaisella itsellään voisi toisaalta olla tällainen valta. Jos kuitenkin henkilöllä on esimerkiksi jokin velvollisuus tietyllä hetkellä, ei mielestäni ole järkeenkäypää ajatella, että tässä oikeustilassa voitaisiin saada aikaan muutos jälkikäteisellä muotoamisella (muuten tapahtuisi ”aikahyppy”, ks. myös jäljempänä jaksossa 9.2 esitettyä).

⁸¹ Ks. esim. *Kaisto – Lohi* 2008 s. 167, ks. myös *Hemmo* 2003b s. 200–204.

on OikTL 28.1 §:n soveltumisen piiriin kuuluvasta tilanteesta: ”Oikeustoimi, jonka tekemiseen joku on oikeudenvastaisesti pakotettu, ei sido pakotettua, jos pakottamiseen on käytetty väkivaltaista pitelemistä taikka pakottavaa hengen tai terveyden vaaraa käsittävää uhkausta.”

Mainittua säännöstä voidaan mielestäni tulkita siten, että se ilmentää oikeustoimen sitomattomuutta aineellisoikeudellisessa mielessä. Törkeän pakon alaisena annettu tahdonilmaisu ei saa aikaan sisältönsä mukaista vaikutusta. OikTL 28.1 §:ää ei ole perusteltu tulkita siten, että oikeustoimi olisikin pätevä ja että aineellisessa oikeustilassa tapahtuisi muutos vasta jonkinlaisen pätemättömyyden voimaansaattamisen myötä.⁸²

Vastaavalla tavalla voidaan nähdäkseni tulkita myös muita samankaltaisia oikeustoimilain 3 luvussa olevia pätemättömyyssäännöksiä. Vertailun vuoksi on hyvä mainita, että esimerkiksi Saksan BGB sisältää olennaisesti toisentyypistä sääntelyä. Monien häiriötilanteiden osalta lähdetään siitä, että tahdonilmaisu rasittaa sen antajalla oleva moiteoikeus (tahdonilmaisuuden ”anfechtbarkeit”, moitteenvarauisuus). Toisaalta moite saa aikaan sen, että tahdonilmaisuuden katsotaan olleen pätemätön alusta saakka (ks. tarkemmin BGB § 119–124 ja 142–144).

Esimerkitapauksessa luovutustahdonilmaisu voidaan siis pitää pätemättömänä, joten omistusoikeus ei siirry B:lle luovutuksen perusteella.⁸³ Toisaalta myös B antaa tahdonilmaisuuden, joka koskee velasta vapauttamista. Vaikka henkilö on itse harjoittanut pakkoa, ei ole perusteltua katsoa, ettei vastapuolen antaman tahdonilmaisuuden pätemättömyydellä olisi mitään merkitystä hänen itsensä antaman tahdonilmaisuuden kannalta. B:n antama tahdonilmaisuus ei saakaan aikaan sisältönsä mukaista vaikutusta aineellisoikeudellisessa mielessä, joten A ei vapaudu velvollisuudestaan maksaa B:lle 500 euroa välittömästi B:n suorittaman määräämistoimen perusteella.⁸⁴

⁸² Ks. myös *af Hällström* 1934 s. 322–323 ja *Kaisto* BLF 2007 s. 56–57, vrt. *Ämmälä* 1993 s. 38–39.

⁸³ Toinen asia on, että A:n on esimerkiksi B:n aloittamassa siviiliprosessissa osattava vedota pätemättömyyteen. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa B nostaa hallintakanteen luovutukseen perustuvaan omistusoikeuteensa vedoten. OK 24:3.2:n mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedonnut. Tämä merkitsee, että A:n asiana on vedota siihen, että B oli uhannut häntä teräaseella.

⁸⁴ Ks. tarkemmin *Kaisto – Lohi* 2008 s. 117–125, jossa esitetyn mukaan on kuitenkin mahdollista, että aineellinen oikeustila muuttuu myöhempien tapahtumien vuoksi. Huomioon on otettava eritoten se, että henkilöllä saattaa olla mahdollisuus hyväksyä pätemättömyysperusteen (kuten OikTL 28 §:n) rasittama tahdonilmaisuus sellaisin vaikutuksin, että myös vastapuolen tahdonilmaisuus tulee voimaan.

Oikeustoimi jää toisinaan vaille sisältönsä mukaista vaikutusta, vaikka tahdonmuodostuksessa tai tahdon ilmaisemisessa ei olisi minkäänlaisia virheitä. Tunnettua on, että sisältövapaudesta on lukuisia rajoituksia. Henkilöt eivät läheskään aina voi antaa pätevästi sellaisia tahdonilmaisuja kuin he itse haluaisivat (ainakin sopijakumppaninsa vaatimukseen vastataksaan).

Hankintasopimusta tehtäessä annettava tahdonilmaisuus voi ainakin periaatteessa olla pätemätön samoista syistä kuin kyseiseen sopimukseen liittyvä tahdonilmaisuus yleensä. Toisaalta on sinänsä mahdollista, että *hankintalailta on jotain merkitystä pätevyyyden kannalta*. Kyse olisi siitä, että jokin seikka saisi aikaan tahdonilmaisun pätemättömyyden juuri hankintalain perusteella. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintayksikkö solmii urakkasopimuksen toimittajan kanssa. Hankintalaista seuraava pätemättömyys merkitsisi sitä, että urakkasopimus (tai oikeastaan siihen kuuluva tahdonilmaisuus) olisi pätemätön jostain syystä sillä edellytyksellä, että kyse olisi hankintalain soveltumisen piiriin kuuluvasta hankinnasta.

Seuraavassa tarkastellaan lähemmin, johtavatko tietyt seikat pätemättömyyteen suoraan hankintalain nojalla. Huomiota kiinnitetään kolmeen toisistaan erotettavissa olevaan seikkaan eli

- 1) kirjallisen sopimuksen puuttumiseen,
- 2) sopimuksen tekemiseen odotusaikana ja
- 3) kilpailuttamisvelvollisuuden rikkomiseen.

5.2 Kirjallisen sopimuksen puuttuminen

Hankintasopimuksella tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaan tietynlaista *kirjallista* sopimusta. Tämä oikeuttaa kysymään, voisiko hankintasopimus olla luonteeltaan määrämuotoinen sopimus. Asialla on relevanssia muun muassa oikeustoimilain 1 luvun soveltumisen kannalta, koska luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia (OikTL 1.2 §). Kyse olisi täsmällisesti ottaen siitä, että esimerkiksi urakka-, kauppa- ja palvelusopimus olisi tehtävä kirjallisesti, vaikka sopimus olisi hankintalain soveltumisen ulkopuolella pätevä myös muulla tavalla tehtynä.

Ennen hankintalain tarkastelua on syytä selvittää, mitä kirjallisuusvaatimuksen voidaan katsoa merkitsevän, *jos* sopimuksen pätevyys edellyttää kirjallista muotoa. Asiaan nimittäin liittyy tulkinnanvaraisuutta. Ajatellaan esimerkiksi MK 2:1:ää, jonka ensimmäinen momentti kuuluu seuraavasti:

”Kiinteistön kauppa on tehtävä kirjallisesti. Myyjän ja ostajan tai heidän asiamiehensä on allekirjoitettava kauppakirja. Kaupanvahvistajan on vahvistettava kauppa kaikkien kauppakirjan allekirjoittajien läsnä ollessa.”

Säännöksessä siis lähdetään siitä, että kiinteistön kauppa pitää tehdä kirjallisesti. Tämän jälkeen kuitenkin mainitaan erikseen, että kauppakirja on allekirjoitettava. Herääkin kysymys, edellyttääkö allekirjoitusvaatimuksen olemassaolo ainakin yleensä nimenomaista lainsäädännöllistä tukea. Voiko kirjallisuusvaatimuksesta itsestään seurata sitä, että asiakirja on allekirjoitettava?

Kysymys on perimmältään siitä, kuinka pätevä tahdonilmaisu tulee toututtaa. Esimerkiksi Telaranta on ollut sitä mieltä, että kun lainsäätäjä määrää tahdonilmaisun annettavaksi kirjallisena, tiedotus saatetaan adressaatin havaittavaksi asiakirjan välityksellä. Asiakirjassa voidaan erottaa kaksi pääosaa. Yhtäältä on asiakirjan teksti, joka sisältää sen, mitä tiedotetaan; toisaalta asiakirjassa on allekirjoitus, jonka kautta asiakirjan antaja tunnustaa tekstiosan tahdonilmaisukseen.⁸⁵

Mainittu kanta vaikuttaa liian ehdottomalta, ehkä jopa määritelmälliseltä.⁸⁶ Esimerkiksi Hemmon mukaan kirjallisen muodon täytyminen ei välttämättä edellytä sitä, että kirjallinen dokumentti on osapuolten allekirjoittama. Esimerkiksi kiinteistön kauppa edellyttää allekirjoituksia, koska tämä on mainittu nimenomaisesti MK 2:1.1:ssä. Muutoin allekirjoituksen puuttumisen aikaansaama epäselvyys oikeustoimen suhteen liittyy Hemmon mukaan pikemminkin siihen, onko lopullista velvoittautumista lainkaan tapahtunut, kuin muotovaatimuksen täyttymiseen. Allekirjoittamaton dokumentti saattaa siten käydä vaikutuksettomaksi sen vuoksi, että oikeustoimeen vetoava ei onnistu esittämään riittävää näyttöä sitoumuksesta.⁸⁷

Voidaan kysyä, edeltääkö kysymys tahdonilmaisun antamisesta itse asiassa sitä, onko tahdonilmaisu annettu vaaditussa muodossa. Olennaista lienee kuitenkin se, ettei kirjallisuusvaatimus välttämättä edellytä allekirjoitusta. Tämä on toisaalta seikka, jota tulee tarkastella eritellysti. Jos esimerkiksi jossain lainkohdassa puhutaan kirjallisesta sopimuksesta, täytyy kysyä,

⁸⁵ Näin *Telaranta* 1953 s. 69, ks. myös *Telaranta* 1990 s. 224, jossa pidetään kirjallisuusvaatimuksen täyttymisen kannalta olennaisena, että asiakirja allekirjoitetaan asianmukaisesti.

⁸⁶ Ks. myös *Aarnio* 1967 s. 320.

⁸⁷ Näin *Hemmo* 2003a s. 189.

missä merkityksessä juuri tässä säännöksessä käytetään käsitettä ”kirjallinen”. Jonkinlaisena lähtöoletuksena voitaneen kuitenkin pitää sitä, että kirjallisuuteen kuuluu allekirjoitus.⁸⁸ Tämä oletus saattaa kuitenkin osoittautua vääräksi tarkasteltaessa lähemmin sitä, kuinka kyseessä olevaa säännöstä on perusteltua tulkita muun muassa lainvalmistelutyöt, oikeuskäytäntö ja reaaliset argumentit huomioon ottaen.

Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa perillinen tai yleisjälkimmäisyyden saaja luovuttaa perittävän kuoltua toiselle pesäosuutensa. Perintökaaren (5.2.1965/40) 17:3:n mukaan tällainen luovutus on tehtävä kirjallisesti. Aarnio ja Kangas ovat katsoneet, että käsite ”kirjallisesti” sisältää jo sellaisenaan allekirjoitusvaatimuksen.⁸⁹

Allekirjoitus on perinteisesti tapahtunut kynällä paperilla. Tekninen kehitys on tuonut kuitenkin mukanaan uudenlaisia allekirjoitustapoja, joiden vuoksi nykyään on myös laki sähköisistä allekirjoituksista (24.1.2003/14). Sähköisen allekirjoituksen oikeusvaikutuksista säädetään lain 18 §:ssä, joka kuuluu seuraavasti: ”Jos oikeustoimeen vaaditaan lain mukaan allekirjoitus, vaatimuksen täyttää ainakin sellainen kehittynyt sähköinen allekirjoitus, joka perustuu laatuvarmenteeseen ja on luotu turvallisella allekirjoituksen luomisvälineellä.”

Säännöksessä otetaan kantaa ainoastaan sähköisen allekirjoituksen riittävyteen. Jos oikeustoimi pitää tehdä paperilla, voi olla vaikea varmentaa sitä sähköisellä allekirjoituksella. Hallituksen esityksessä lähdettiin siitä, että sähköisen allekirjoituksen käyttäminen edellyttää luonnollisesti, että oikeustoimen tekeminen sähköisesti on sallittua ja mahdollista. ”Se, että tietynlaisen sähköisen allekirjoituksen ja perinteisen allekirjoituksen oikeusvaikutukset tämän lakiesityksen mukaisesti samaistetaan täysin toi-

⁸⁸ Monissa säännöksissä on erikseen mainittu, että vaadittuun muotoon kuuluu kirjallisuuden ohella allekirjoitus. Tällaiset säännökset eivät kuitenkaan mielestäni oikeuta päättämään, jonka mukaan pelkän kirjallisuusvaatimuksen sisältävät säännökset ilmentäisivät ratkaisua, jonka mukaan allekirjoitusvaatimusta ei ole. Toisaalta meillä ei ole toisin kuin esimerkiksi Saksan BGB:ssä (126 §) sääntelyä, jossa oli yleisellä tasolla määritelty, mitä kirjallisella muodolla tarkoitetaan.

⁸⁹ Näin Aarnio – Kangas 1999 s. 458, ks. myös Aarnio 1967 s. 315–320, jossa tosin tarkastellaan problematiikkaa muotovaatimuksen funktioiden näkökulmasta ja jossa puolestaan myös asiakirjan oikeaksi todistamista. Allekirjoituksen osalta Aarnio huomauttaa lisäksi, että on varsin tavallista liittää kirjallisen ulkoasun ohteen myös vaatimus allekirjoituksista. Aarnion sanoin: ”Voidaan jopa väittää, että kirjallinen muoto ja allekirjoitus on kiistaton lähtökohta. Tällainen tulos vastanee näet parhaiten juridiseen ajatteluun yleensä kiteytynyttä käsitystä kirjalliselle muodolle asetettavista vaatimuksista.”

siinsa, ei vaikuta esimerkiksi siihen, milloin oikeustoimi edellytetään tehtäväksi paperilla.”⁹⁰

Kirjallisuusvaatimusta ei nykyään pidä ymmärtää siten, että se välttämättä edellyttäisi fyysistä asiakirjaa. Huomioon tulee ottaa laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta (5.6.2002/458), jonka 12.1 §:ssä otetaan kantaa tilanteeseen, jossa sopimus on lain mukaan tehtävä kirjallisesti. Vaatimuksen täyttää tällöin myös sellainen sähköinen sopimus, jonka sisältöä ei voida yksipuolisesti muuttaa ja joka säilyy osapuolten saatavilla. Mikäli sopimus on lain mukaan allekirjoitettava, sovelletaan, mitä sähköisistä allekirjoituksista erikseen säädetään. – Säännös ei sovellu kiinteistön kauppaa tai muuta luovutusta koskevaan sopimukseen eikä perhe- tai jäämistöoikeudelliseen sopimukseen (12.3 §).

Mainitun pohjustuksen jälkeen voidaan siirtyä pohtimaan, onko hankintasopimus määrämuotoinen sopimus. Ainakaan HankintaL 5 §:n 1 kohdasta ei voida tehdä tällaista päätelmää. Säännöksessä nimittäin vain kerrotaan, *mitä hankintalaissa tarkoitetaan hankintasopimuksesta puhuttaessa*. Tämä käy ilmi myös HankintaL 5 §:n esitöistä, joissa toisaalta perustellaan kirjallisuusvaatimusta seuraavasti:⁹¹

”Etenkin suuremmissa hankinnoissa erillisen kirjallisen hankintasopimuksen vaatimus on luonnollinen ja vastaa käytännön menettelytapoja. Tarjouspyynnöstä ja tarjouksesta erillisen kirjallisen sopimuksen vaatimus liittyy myös tehokkaiden oikeusturvakeinojen käyttöön, sillä se mahdollistaa hankintapäätökseen kohdistuvat seuraamukset.”

Siteerauksesta ilmenevä kirjallisen sopimuksen vaatimus liittyyneen HankintaL 74 §:ään, jonka mukaan *hankintayksikön pitää tehdä hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintaa koskeva kirjallinen sopimus*. Saateetaan pohtia, voidaanko tästä säännöksestä tehdä päätelmä, jonka mukaan hankintasopimus saatetaan tehdä pätevästi vain kirjallisesti. Tähänkin kysymykseen täytyy silti vastata kieltävästi. HankintaL 74 §:n voidaan katsoa ilmentävän vain sitä, millaista menettelyä hankintayksiköltä edellytetään pantaessa hankintapäätöstä täytäntöön.⁹²

Voidaan siis katsoa, että *hankintasopimus ei ole määrämuotoinen sopimus*. Jos esimerkiksi kyseessä oleva kauppasopimus on yleensä pätevä vapaamuotoisena, hankintalain soveltuminen ei merkitse muutosta tässä suhteessa. Sopimus voi syntyä esimerkiksi oikeustoimilain 1 luvussa sää-

⁹⁰ HE 197/2001 vp s. 33.

⁹¹ HE 50/2006 vp s. 50.

⁹² Ks. myös esim. Aarto – Aho – Regelin – Uotila – Vatanen 2009 s. 68.

detyllä tavalla. Kauppa (tai muu hankintasopimus) voidaan näin ollen periaatteessa tehdä jopa niin, että suullisesti tehtyyn tarjoukseen annetaan hyväksyvä vastaus myös suullisesti.

Kirjallisen sopimuksen olemassaolo merkitsee sitä, että käsillä on varmasti hankintalaissa tarkoitettu hankintasopimus (HankintaL 5 §).⁹³ Asialla on merkitystä muun muassa arvioitaessa säännöksiä, joissa kytketään joi-tain oikeusvaikutuksia hankintasopimuksen olemassaoloon. Kirjallinen sopimus ei kuitenkaan tässä yhteydessä edellytä välttämättä sitä, että tahdonilmaisut on alun perin toteutettu kirjallisesti. Esimerkiksi suullisen sopimuksen syntymisen jälkeen saatetaan laatia asiakirja, jossa vahvistetaan annetut tahdonilmaisut. Kun asiakirja laaditaan, sitä voitaneen pitää HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaisena hankintasopimuksena, vaikka siviilioikeudellisesta näkökulmasta kyse onkin lähinnä vain aikaisemmin syntyntä sopimusta kuvaavasta dokumentista.

Se, että hankintasopimus tarkoittaa hankintalaissa kirjallista sopimusta, ei ole mikään kansallinen erikoisuus. Määritelmä on itse asiassa seurausta hankintadirektiivin (2004/18/EY) mukaisesta määritelmästä. Direktiivin 1 artiklan 2 a) kohdan mukaan julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

Vaikka hankintasopimukset käytännössä tehdään fyysisille asiakirjoille, tämä ei ole välttämätöntä sille, että käsillä voitaisiin katsoa olevan HankintaL 5 §:n 1 kohdassa tarkoitettu kirjallinen sopimus. Riittävänä voidaan pitää myös ainakin sellaista sähköistä sopimusta, jonka sisältöä ei voida yksipuolisesti muuttaa ja joka säilyy osapuolten saatavilla. HankintaL 5 §:n 27 kohdan mukaan ilmaisulla kirjallinen tarkoitetaan sanojen tai numeroiden yhdistelmää, joka voidaan lukea, tuottaa uudelleen ja sen jälkeen antaa tiedoksi; ilmaisu voi sisältää sähköisessä muodossa lähetettyjä ja tallennettuja tietoja. Sähköisellä muodolla puolestaan tarkoitetaan viestintämuotoa, jossa käytetään sähkötekniisiä tietojen käsittely- ja tallennusvälineitä ja jossa tietoja levitetään, välitetään tai vastaanotetaan johtoja pitkin, radioteitse, optisesti tai muulla sähkömagneettisella tavalla (HankintaL 5 §:n 28 kohta).

⁹³ Hankintasopimuksen käsite tulee muuttamaan, jos JUHO-työryhmän ehdotus hyväksytään. Työryhmä nimittäin ehdottaa kirjallisuus-määreen poistamista HankintaL 5 §:n 1 kohdasta (ks. tästä tarkemmin jäljempänä jaksossa 7.4 esitettyä).

Jäljelle jää vielä kysymys siitä, *edellyttääkö HankintaL 5 §:ssä tarkoitettun kirjallisen sopimuksen olemassaolo allekirjoituksia*. Vertailun vuoksi voidaan mainita, että Ruotsissa vastaavaan kysymykseen vastataan myöntävästi. LOU 2:10 sisältää kuitenkin seikkaperäisempää sääntelyä kuin suomalainen vastineensa. Säännös kuuluu seuraavasti:

- ”Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som
1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
 2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
 3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.”

Säännöksessä siis lähdetään siitä, että sopimus täytyy allekirjoittaa tai signeerata elektronisesti. Vanhassa hankintalaissa (1:5) sen sijaan tarkoitettiin hankintasopimuksella ”skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag.” Vuonna 2002 määritelmään lisättiin, että osapuolten täytyi allekirjoittaa sopimus tai signeerata se elektronisella signeerauksella. Lainvalmistelutöissä toisaalta katsottiin, että oikeuskäytännössä (RÅ 1996 s. 50) olisi jo aikaisemmin edellytetty allekirjoituksia.⁹⁴ Vaikka nykyinen LOU 2:10 sisältää erinäisiä etupäässä kielellisiä tarkistuksia, säännös ei tuonut mukanaan merkittäviä uudistuksia aiempaan oikeustilaan nähden.⁹⁵

Koska HankintaL 5 §:n 1 kohdassa puhutaan vain ”kirjallisesta” sopimuksesta, herää kysymys, voidaanko hankintasopimuksen myös meillä katsoa edellyttävän allekirjoituksia. Tähän liittyy myös kysymys HankintaL 74 §:n kannalta riittävästä menettelystä. Esimerkiksi Aarto, Aho, Regelin, Uotila ja Vatanen ovat lähteneet yhteisteoksessaan ”Hankintasopimus” siitä, että yleisten oppien mukaan vaatimus allekirjoituksista ei sisälly vaatimukseen sopimuksen kirjallisuudesta. Kirjallinen sopimus voi heidän mukaansa syntyä esimerkiksi sähköisen kirjeenvaihdon muodostamana kokonaisuutena. Koska kilpailutuksessa tarjous ja päätöksen tiedok-

⁹⁴ *Prop. 2001/02:142* s. 69. Selvyyden vuoksi on hyvä todeta, ettei hankintasopimus ole Ruotsissakaan määrämuotoinen sopimus siviilioikeudellisesta näkökulmasta. Tämä vaihtoehto oli tosin esillä silloin, kun lainsäädäntöä muutettiin 2000-luvun alkupuolella. Lopputuloksena oli kuitenkin, että pätemättömyysvaihtoehtoon katsottiin liittyvän niin paljon ongelmia, ettei sitä voinut pitää tarkoituksenmukaisena (ks. tarkemmin *Prop. 2001/02:142* s. 71–75).

⁹⁵ Ks. myös *Prop. 2006/07:128* s. 302.

sianto tehdään kirjallisesti, HankintaL 74 §:n mukaisen muotomääräyksen voitaisiin katsoa täyttyvän näinkin.⁹⁶

Kysymystä kirjallisuusvaatimuksen sisällöstä ei voitane määrittää yleisellä tasolla, vaan huomiota tulee kiinnittää eritellysti kyseessä olevaan tulkintaongelmaan. Se, mitä ”kirjallisella” tarkoitetaan HankintaL 5 §:n 27 kohdassa, ei ratkaise käsillä olevaa tulkintaongelmaa. Kyse ei nimittäin ole pelkästään kirjallisuustermin merkityssisällöstä vaan oikeastaan siitä, mitä kirjallisella sopimuksella tarkoitetaan. Arveluttavalta tuntuu vähintään se, että kilpailutuksessa tarjous ja päätöksen tiedoksianto voisivat ilman erityisiä perusteita konstituoida HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaista kirjallista sopimusta.

Allekirjoitusvaatimuksen puolesta puhuu tietyllä tavalla se, että hankintasopimus ei varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta ole määrämutoinen sopimus. Allekirjoitusten puuttuminen ei näin ollen voine johtaa suhteettoman ankariin seuraamuksiin. Käytännössä on lisäksi tavallista menetellä siten, että hankinnoista laaditaan sopimusasiakirja, joka myös allekirjoitetaan.⁹⁷ Kaiken kaikkiaan lienee riittäviä perusteita tulkita HankintaL 5 §:n 1 kohtaa siten, että allekirjoitukset kuuluvat hankintalaissa tarkoitettuun hankintasopimukseen. Samanaikaisuusvaatimusta ei kuitenkaan ole, joten tahdonilmaisut voidaan antaa suksessiivisesti, esimerkiksi kierrättämällä sopimusasiakirjaa postitse. Jos sopimus tehdään sähköisesti, myös allekirjoitukset voivat tapahtua sähköisesti. Riittävä on ainakin sellainen kehittynyt sähköinen allekirjoitus, joka perustuu laatuvarmenteeseen ja on luotu turvallisella allekirjoituksen luomisvälineellä (ks. näistä käsitteistä tarkemmin SähköAlleL 2, 5 ja 7 §).

5.3 Sopimuksen tekeminen odotusaikana

Hankintayksikön on HankintaL 74 §:n mukaan hankintapäätöksen tekemisen jälkeen tehtävä hankintaa koskeva kirjallinen sopimus. EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa hankintasopimus voidaan lähtökohtaisesti tehdä aikaisintaan 21 päivän kuluessa siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on

⁹⁶ Ks. tarkemmin *Aarto – Aho – Regelin – Uotila – Vatanen* 2009 s. 14, 55 ja 68, ks. myös *Saarinen* 2008 s. 55, jossa esitetyn mukaan faksilla, sähköpostitse tai kirjeellä tehty tilaus voinee täyttää kirjallisen sopimuksen vaatimuksen.

⁹⁷ Ks. myös esim. HankintaL 49.2 §, jossa puhutaan sopimuksen allekirjoittamisesta. HankintaL 74 §:n merkitys puolestaan ymmärrettäneen käytännössä siten, että kirjallisuusvaatimukseen kuuluu allekirjoittaminen.

saanut tai hänen katsotaan saaneen päätöksen ja hakemusosoituksen tiedoksi. Lainvalmistelutöiden mukaan hankintayksikön olisi ”syytä ilmoittaa päätöksen tiedoksiannon yhteydessä, ettei sopimus synny päätöksellä vaan vasta myöhemmin tehtävällä sopimuksella, joka voidaan tehdä vasta tässä pykälässä säädetyn määräajan puitteissa.”⁹⁸

Oletetaan, että tarjouskilpailun järjestänyt hankintayksikkö tekeekin kirjallisen sopimuksen hankinnasta ennen odotusajan kulumista. Esimerkiksi Itävallassa tarjouta ei saa pätemättömyysuhalla hyväksyä odotusajana (Bundesvergabe-gesetz 2006 § 132).⁹⁹ Kuten myöhemmin luvussa 7 esitetystä käy ilmi, tästä koituisi tiettyjä etuja riittävän oikeusturvajärjestelmän toteuttamisen kannalta. Voitaisiinko meillä katsoa vastaavasti, että sopimusta ei ole mahdollista tehdä pätevästi ennen HankintaL 74 §:n mukaisen määräajan kulumista?

Kysymykseen täytyy vastata kieltävästi, sillä hankintalaissa ei ole säännöstä, jonka nojalla sopimusta voitaisiin pitää pätemättömänä. HankintaL 74 § on luonteeltaan vain menettelyllinen säännös.¹⁰⁰ On tärkeätä erottaa hankintayksikön kompetenssi saada aikaan varallisuus oikeudellisia vaikutuksia siitä, kuinka hankintayksikön tulee käyttää kompetenssiaan. Kysymys ei siis ole siitä, ettei hankintayksiköllä olisi varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta kelpoisuutta hankintasopimuksen tekemiseen haluamallaan tavalla. Hankintayksikkö voi siis tehdä sopimuksia muutenkin kuin kirjallisesti, minkä lisäksi sopimus hankinnasta voidaan tehdä pätevästi ennen HankintaL 74 §:n mukaisen määräajan kulumista.

Mainittu ei tarkoita sitä, ettei HankintaL 74 §:llä voisi olla välillisesti merkitystä oikeustoimien tekemisen kannalta. Ajatellaan esimerkiksi avointa menettelyä EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa, jossa hankintayksikkö antaa myös tarjouspyynnön muutamalle toimittajalle. Hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ei suoranaisesti ole otettu kantaa sopimuksen syntyyn, mutta kaikesta käy ilmi, että hankintayksikkö pyrkii noudattamaan hankintalain mukaisia velvollisuuksia. Hankintayksikkö tekee

⁹⁸ HE 50/2006 vp s. 117.

⁹⁹ Edellä on mainittu erityisesti Itävalta lähinnä jäljempänä jaksossa 7.4 tarkasteltavan Alcatel-tapauksen vuoksi. Pätemättömyysvaihtoehtoa on tietävästi esiintynyt myös muualla kuten Saksassa (ks. myös esim. *Pekkala* 2007 s. 494 ja jokin aika sitten kumottu *Vergabeverordnung* 13 §).

¹⁰⁰ Tulkinta ei tosin ole itsestään selvä. HankintaL 74 §:ssä puhutaan siitä, että hankintasopimus ”voidaan tehdä” aikaisintaan määräajan kuluttua. Tähän ilmaisuun voitaisiin sinänsä katsoa kuuluvan myös kyvyttömyys tehdä hankintasopimus pätevästi. Esimerkiksi kunnan viranomaisen osalta olisi vielä mahdollista pohtia, tulisiko HankintaL 74 § ottaa huomioon viranomaisen toimivaltaa määrittäessä.

hankintapäätöksen ja ilmoittaa siitä välittömästi voittajalle jättämättä kertomatta, ettei kyse ole hyväksyvistä vastauksesta. Voiko voittaja kuitenkin tulkita hankintayksikön käyttäytymistä siten, että hankintayksikkö olisi antanut hyväksyvän vastauksen sille annettuun tarjoukseen?

Kysymys on siis perimmältään siitä, millaisissa olosuhteissa tunnustetaan oikeustoimiopillisesti relevanttia käyttäytymistä. Tähän kysymykseen palataan luvussa 6, jossa tarkastellaan sitä, millaisia tahdonilmaisuja annetaan tyyppillisessä menettelyssä. Olennaista on, että hankintalain sääntelyn merkitystä tarkastellaan *sopimuksen syntyä koskevien yleisten oppien* näkökulmasta. Toisaalta on hyvä korostaa, että oikeustoimilain 1 luvun soveltumisesta ei esimerkiksi saa tehdä suoraan johtopäätöstä, jonka mukaan hankintapäätöksen tiedoksianto konstituoisi hyväksyvää vastausta ilmaisun varallisuus oikeudellisessa merkityksessä. Mielessä on syytä pitää myös se, että sopimuksia voi syntyä muutenkin kuin oikeustoimilaissa säännellyn tarjous–vastaus-mekanismien kautta. Ei ole pakko tulkita jotain tahdonilmaisua (tai tahdonilmaistujen kokonaisuutta) tarjoukseksi tai vastaukseksi vain sen vuoksi, että näin onnistuttaisiin selittämään tarkasteltavana oleva sopimus oikeustoimilain 1 luvun alaiseksi.

Hankintasopimuksella tarkoitetaan HankintaL 5 §:n mukaan kirjallista sopimusta, johon yleisten oppien perusteella kuuluu ainakin jonkinlainen allekirjoitus niin hankintayksikön kuin toimittajan puolelta.¹⁰¹ On syytä panna merkille, että tämä ei kerro vielä mitään siitä, millaista menettelyä hankintayksiköltä edellytetään. Selvä on, että hankintayksikön pitää hankintapäätöksen tekemisen jälkeen tehdä hankintaa koskeva kirjallinen sopimus. HankintaL 74 §:n voidaan kuitenkin katsoa ilmentävän myös sääntöä, jonka mukaan *hankintayksikkö ei saa käyttäytyä niin, että hankintaa koskeva sopimus syntyisi ennen säännöksessä tarkoitettua kirjallisen sopimuksen tekemistä*. Jos hankinta ylittää EU-kynnysarvon, hankintasopimus saadaan pääsääntöisesti tehdä vain määräajan kuluttua.

Hankintasopimusta ei ehkä saada tehdä ennen määräajan kulumista siinä tapauksessa, että hankintasopimus tehdään jonkinlaisin purka-

¹⁰¹ Hankintayksiköt menettelevät toisinaan siten, että ne tekevät jonkinlaisen tilauksen hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Esimerkiksi tapauksessa MAO 251/06 hankintayksikkö oli toimittanut markkinaoikeudelle jäädytyslaitteiden hankintaa koskeneen tilausasiakirjan ilmoittaen myöhemmin, että laitteet oli myös asennettu. Hankintasopimusta ei tuolloin määritelty laissa kirjalliseksi sopimukseksi, mutta hankintalain 7 a §:ssä edellytettiin kirjallisen hankintasopimuksen tekemistä. Markkinaoikeus katsoi mielestäni aiheesta, että hankintayksikkö oli lyönyt laimin velvollisuutensa tehdä hankinnasta kirjallinen sopimus.

vin ehdoin.¹⁰² Voidaan kuitenkin kysyä, merkitseekö HankintaL 74 § sitä, ettei hankintayksikkö saa luvallisesti hoitaa sopimuksentekoa edes teknisessä mielessä. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintayksikkö tekee ennen määräajan kulumista kirjallisen sopimuksen ehdoin, että sopimus tulee voimaan määräajan kuluttua edellytyksin, ettei hankintapäätöstä riitauteta. Tuntuu tarpeettomalta tulkita HankintaL 74 §:ää siten, että myös kaikki lykkäävin ehdoin tehtävät hankintasopimukset olisivat kiellettyjä.

Kirjalliseen tahdonilmaisuun kuuluu allekirjoituksen ohella se, että asiakirjasta käy suoraan tai välillisesti ilmi, millainen tahdonilmaisu (tai useampia) allekirjoituksella toteutetaan. HankintaL 74 §:n mukaan ”hankinnasta” pitää tehdä kirjallinen sopimus. Kysymykseksi jää, mitä kaikkea tästä säännöksestä voidaan päätellä. Esimerkiksi Eskola ja Ruohoniemi ovat olleet sitä mieltä, ettei hankintalaissa ole säännöksiä siitä, mitä hankintasopimuksen täytyy sisältää. Ainoa hankintalain (74 §) mukainen vaatimus on, että sopimus tehdään kirjallisesti.¹⁰³

Solmittavan sopimuksen täytyy sisällöltään olla linjassa sen kanssa, mitä hankinnasta/sopimuksesta on esitetty hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä. Jotta HankintaL 74 §:ssä asetettu kirjallisuusvaatimus täyttyisi, hankinnasta täytyy laatia kirjallinen sopimus, joka voidaan ylipäätään tunnistaa hankintasopimukseksi. Jo melko vaatimaton dokumentaatio voi riittää tässä suhteessa. Esimerkiksi Kuoppamäen mukaan riittävänä kirjallisena sopimuksena voidaan pitää osapuolten allekirjoittamaa sopimusasiakirjaa, jossa sopijapuolia ja sopimuksen kohdetta koskevien tietojen lisäksi lyhyesti vain viitataan tarjouskilpailussa ja siihen liittyvässä päätöksenteossa syntyneisiin jo valmiina oleviin asiakirjoihin. Laadittavaan sopimukseen ei kuitenkaan saa sisällyttää sellaisia olennaisia velvoitteita, joita ei ole ollut mukana jo tarjouskilpailuasiakirjoissa.¹⁰⁴

Sitä, että laadittu sopimusasiakirja voidaan ulkoisesti tunnistaa hankintasopimukseksi, ei välttämättä voida pitää riittävänä HankintaL 74 §:n

¹⁰² Ks. myös esim. *Pohjonen* 2005 s. 141–142, jossa esitetty on relevanttia myös nykyään, vaikka tulkinnan kohteena onkin vanhan hankintalain 7 a §, sillä säännös vastaa riittävästi HankintaL 74 §:ää. Pohjonen piti silmällä eritoten sellaista purkavaa ehtoa, joka tekee mahdolliseksi hankintapäätöksen kumoamisen ja virheellisen menettelyn korjaamisen, jos markkinaoikeus katsoisi hankintamenettelyn oikeusohjeiden vastaiseksi. Hänen mukaansa olisi sinänsä mahdollista suhtautua sallivasti tällaiseen sopimukseen. Pohjonen näytti kuitenkin mieltävän oikeustilaksi de lege lata sen, ettei hankintayksiköllä ollut oikeutta tehdä sopimusta määräaikana edes purkavin ehdoin.

¹⁰³ Näin *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 330.

¹⁰⁴ *Kuoppamäki* 2006 s. 344.

näkökulmasta. Säännöksestä voidaan ehkä johtaa myös se, että sovittiinpa asianosaisten kesken mistä tahansa, sovittujen asioiden täytyisi jollain tavalla ilmetä tehdystä kirjallisesta hankintasopimuksesta.¹⁰⁵ Tämän mukaan ei olisi sallittua sopia esimerkiksi erikseen suullisesti joistain hankintailmoitukselle ja tarjouspyynnölle vieraista asioista. Kun otetaan huomioon myös valvontanäkökohta, tuntuukin järkevältä tulkita HankintaL 74 §:ää siten, että sovittujen asioiden täytyisi ainakin periaatteessa ilmetä sopimusasiakirjasta. Kaikkia oikeuksia ja velvollisuuksia ei kuitenkaan tarvitse sanoa yksilöidysti, vaan myös esimerkiksi viittauksia valmiina oleviin asiakirjoihin voidaan pitää hyväksyttävinä.

Lienee syytä korostaa, että edellä on pidetty silmällä vain hankintalain sääntelyä. Esimerkiksi kuntien on otettava omassa toiminnassaan huomioon myös KuntaL 98 §, josta seurannee se, että monesti hankintasopimusta ei saa tehdä ennen hankintapäätöksen lainvoimaisuutta. Miellestä on kuitenkin pidettävä myös edellä luvussa 1 mainittu valituskielto. Esimerkiksi kunnallisvalitus voidaan tehdä vain KuntaL 90.2 §:n mukaisella laillisuusperusteella eli sen vuoksi, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, hankintayksikkö on päätöksen tehdessään ylittänyt toimivaltansa tai että päätös on muuten lainvastainen. Valituskielto ei kuitenkaan estä tekemästä kunnallislain mukaista oikaisuvaatimusta hankintalain vastaisuuden perusteella, sillä HankintaL 82 §:n voidaan katsoa koskevan ainoastaan varsinaisia tuomioistuimessa tapahtuvia muutoksenhakukeinoja.¹⁰⁶

5.4 Kilpailuttamisvelvollisuuden rikkominen

Hankintayksikkö saattaa päättää tietoisesti toimia vastoin hankintalain mukaisia velvollisuuksiaan ja toteuttaa hankinnan esimerkiksi suorahankinnalla, vaikka tähän ei ole vaadittavia edellytyksiä. Edellä esitetyn perusteella hankintalaki ei estä sopimuksen tekemistä esimerkiksi oikeustoilain 1 luvussa säädetyllä tavalla. Tämä ei kuitenkaan täysin ratkaise ongelmaa. Herää nimittäin kysymys, *rasittaako hankintasopimusta pätemättömyys, jos hankintayksikkö ei noudata hankintalain mukaista kilpailuttamisvelvollisuutta.*

¹⁰⁵ Ks. myös *Telaranta* 1990 s. 222, jossa katsotaan, että kun ”laissa on määrätty, että sopimus on tehtävä kirjallisesti, tämän katsotaan yleensä merkitsevän, että asiakirjan tulee sisältää kaikki se, mistä osapuolten kesken on sovittu”.

¹⁰⁶ Ks. myös esim. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 236–237 ja 260–261, *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 353–355 ja *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 233–234.

Lain sääntelystä seuraa, että hankintayksiköt eivät voi täysin vapaasti valita sopijakumppaneitaan. Saatetaankin puhua sopijakumppanin valitsemisvapauden rajoituksesta.¹⁰⁷ Kyse ei kuitenkaan ole välttämättä siitä, että hankinnasta voitaisiin tehdä pätevä sopimus vain laillisin menettelyin. On syytä panna merkille, että hankintalaissa ei ole säännöksiä, joista pätemättömyysseuraamus voitaisiin luontevasti johtaa. Oikeusturvakeinoja koskevan 11 luvun sääntely viittaa päinvastoin siihen, että hankintasopimus voi olla pätevä lainvastaisesta menettelystä huolimatta.

On sinänsä ajateltavissa, että hankintalain mukaisten velvollisuuksien rikkominen voisi johtaa oikeustoimen pätemättömyyteen ilmaisun varsinaisessa merkityksessä. Jos hankintayksikkö olisi esimerkiksi velvoitautunut tekemään suorituksia tietyllä tavalla, sitoutumista voitaisiin pitää pätemättömänä niin, ettei hankintayksiköllä olisi tällaista velvollisuutta. Vertailun vuoksi voidaan ajatella kilpailunrajoituslakia (27.5.1992/480) ja tilannetta, jossa yritys lupaa pidättäytyä tietynlaisesta toiminnasta. Nyt saattaa olosuhteista riippuen käydä niin, että yritykselle ei synnykään sitoumuksen mukaista velvollisuutta. KilpailunrajoitusL 18 §:n mukaan sopimukseen, sääntömääräykseen, päätökseen tai muuhun oikeustoimeen tai järjestelyyn sisältyvää ehtoa, joka on lain 4 tai 6 §:n tai markkinaoikeuden taikka kilpailuviraston antaman määräyksen, kiellon tai velvoitteen taikka kilpailuviraston antaman väliaikaisen kiellon tai velvoitteen vastainen, ei saa soveltaa tai panna täytäntöön.¹⁰⁸

Kilpailunrajoituslaki ei kuitenkaan ole optimaalinen vertailukohta sen vuoksi, että sen mukaisissa tilanteissa ongelmia on oikeustoimen ydinsäällössä. Hankintalaissa sen sijaan säädetään *menettelystä*, jota täytyy noudattaa sopimuksia tehtäessä. Pätemättömyys ilmaisun varsinaisessa merkityksessä ei vaikuta järkevältä vaihtoehdolta. Huomioon on syytä ottaa myös se, ettei sopijakumppani välttämättä ymmärrä menettelyvirhettä tai edes sitä, että hän on tehnyt sopimuksen HankintaL 6 §:ssä tarkoitetun hankintayksikön kanssa.

¹⁰⁷ Ks. myös esim. *Hemmo* 2003a s. 93, jossa tosin pidetään silmällä vanhaa hankintalakiä.

¹⁰⁸ Ks. kilpailuoikeudellisesta pätemättömyydestä tarkemmin *Hemmo* LM 2006 s. 1139, jossa sitä luonnehditaan erityisen voimakkaaksi. Pätemättömyyden olemassaolo muun muassa tutkitaan *ex officio*, mikä Hemmon mukaan merkitsee sitä, että tuomioistuin voi periaatteessa julistaa mitättömäksi sellaisen sopimuksen, jonka osalta kumpikaan osapuoli ei esitä tätä koskevaa vaatimusta ja joka on jostain muusta syystä riidan kohteena.

Kaiken kaikkiaan on perusteltua katsoa, että hankintalaki on ”vain” menettelyllinen säädös, jolla ei ole suoranaista oikeustoimiopillista relevanssia. Hankinnasta tehtyä sopimusta voidaan näin pitää pätevänä, vaikka hankinnan toteuttamisessa ei olisi noudatettu hankintalain mukaisia menettelyjä.¹⁰⁹ Tämä ei kuitenkaan tarkoita itsessään sitä, ettei hankintalain rikkomisella voisi olla minkäänlaista merkitystä pätemättömyysseurauksen kannalta. Kyse on vain siitä, ettei pätemättömyyttä voida johda suoraan hankintalaista. Periaatteessa mahdollista on, että hankintalain vastaisuus saa merkitystä joidenkin muiden pätemättömyysoppien kautta.

Saatetaan pohtia, voisiko hankintayksikön tahdonilmaisu olla pätemättön joissain luonteeltaan poikkeuksellisissa tilanteissa. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintalain hyvin tunteva suuri yritys tekee tarjouksen pienelle kunnalle tietoisena siitä, että tarjouksen hyväksyminen olisi vastoin hankintalaissa säädettyä. Kunnassa ei kuitenkaan ymmärretä tilannetta. Kunta ilmoittaa hyväksyvänsä tarjouksen tietämättömänä siitä, että se syyllistyy hankintalain vastaiseen suorahankintaan. Yritys puolestaan käsittää sen, että jos kunta olisi hahmottanut tilanteen oikein, hyväksyvää vastausta ei olisi annettu.

Riittävän kvalifioidussa tilanteessa lienee ainakin teoriassa mahdollista, että hankintayksikön antamaa tahdonilmaisuuta voidaan pitää pätemättömänä. Esimerkkitapauksessa voitaisiin pohtia esimerkiksi OikTL 33 §:n tai edellytysopin soveltumista. Herää myös kysymys, onko päätöksenteko tapahtunut oikeassa järjestyksessä. Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa toimialajohtaja on tehnyt hallinnollisen päätöksen oikeustoimesta toimien myös kunnan edustajana oikeustointia tehtäessä. Toimialajohtajan voitaneen katsoa ylittäneen toimivaltansa muun muassa siinä tapauksessa, että hänen toimivaltansa on sisäisissä säännöissä rajoitettu tietynlaisiin hankintalain mukaan sallittuihin menettelyihin. Oikeustoimi sitoo ainakin periaatteessa kuntaa vain sillä edellytyksellä, että sopijakumppani on toiminut vilpittömässä mielessä toimivallan ylityksen suhteen.

Edellä on pidetty nimenomaisesti silmällä vain ilman laillisia edellytyksiä tapahtuvaa suorahankintaa. Hankintalain menettelyllinen luonne

¹⁰⁹ Ks. myös esim. *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 235 ja *Saarinen* 2008 s. 171, ks. myös *Hemmo* 2003 s. 240, jossa esitetään vastaava kanta vanhan hankintalain voimassaoloajalta. Hemmon mukaan hankintayksikkö tuskin voi ”yleisessä tuomioistuimessa vedota menestyksellisesti pätemättömyysperusteisiin tai muihin sopimuksen sitovuuden poistaviin seikkoihin, koska menettelyvirhe kuuluu sen itsensä vastuupiiriin”.

merkinnee kuitenkin sitä, että hankintasopimus voi olla pätevä riippumatta siitä, millaisesta menettelyvirheestä on kysymys. Kilpailuttamisvelvollisuuden rikkomisen ohella kyse voi olla esimerkiksi siitä, että hankintayksikkö on kilpailuttanut hankinnan asianmukaisesti mutta että hankintayksikkö on pisteyttänyt tarjoukset virheellisesti tehden myöhemmin sopimuksen toiseksi parhaan tarjouksen esittäneen toimittajan kanssa. Tehtyä sopimusta voidaan ainakin yleensä pitää pätevänä, joskin on periaatteessa mahdollista pohtia, voisiko hankintayksikön tahdonilmaisu olla pätemätön joissain aivan poikkeuksellisissa olosuhteissa.

6 TYYPILLISESSÄ MENETTELYSSÄ ANNETTAVAT TAHDONILMAISUT

6.1 Johdannoksi

Ajatellaan tilannetta, jossa hankintayksikkö turvautuu avoimeen menettelyyn EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa. Hankinnasta julkaistaan hankintailmoitus, ja hankintayksikkö toimittaa kirjallisen tarjouspyynnön valituille toimittajille. Hankintayksikkö saa kolme tarjousta, joista se valitsee parhaan. Hankintapäätös annetaan tiedoksi kaikille tarjoajille voittaja mukaan lukien huomautuksin, että sopimus syntyy vasta myöhemmin tehtävällä kirjallisella sopimuksella. Kun HankintataL 74 §:n mukainen odotusaika on kulunut, hankintayksikkö tekee kirjallisen hankintasopimuksen voittaneen tarjoajan kanssa.

Varallisuus oikeudellisten tahdonilmausujen tunnistaminen erilaisissa tosiseikastoissa kuuluu juridiikan perustaitoihin. Esimerkkitapauksessa on useita tapahtumia, joiden osalta on oikeutettua kysyä, konstituoiko tietty käyttäytyminen tahdonilmausun antamista. Ajatellaan vaikkapa hankintailmoitusta. Voitaisiinko hankintailmoitus ymmärtää tahdonilmausiksi, jolla hankintayksikkö velvoittautuisi menettelemään tietyllä tavalla sopimussenteossa?

Tahdonilmausulla voi sinänsä olla tarkastellun kaltainen sisältö, joskin viime kädessä kyse voi itse asiassa olla tietynlaisesta sopimuksen tekemiseen velvoittautumisesta. Oikeuskäytännöstä voidaan mainita esimerkiksi tapaus KKO 1999:48, jota käsiteltiin edellä 3.4 jaksossa. Hankintayksiköllä hankintalain nojalla olevien velvollisuuksien ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista katsoa suoranaisesti perustuvan hankintayksikön anta-

maan velvoittautumistahdonilmaisuuksiin, koska kyse on juuri lakiin perustuvista velvollisuuksista.¹¹⁰ Hankintailmoitus ei ainakaan tavanomaisessa tapauksessa jäsenny tahdonilmaisuksi ilmaisun varsinaisessa varallisuus-oikeudellisessa merkityksessä. Sama pätee myös tarjouspyyntöön, joka on tietyllä tavalla toissijainen hankintailmoitukseen nähden (ks. tästä edellä luvussa 2 esitettyä). Tarjouspyyntöä ei voida pitää tahdonilmaisuna, vaikka hankintayksikkö olisi omatoimisesti lähettänyt sen tietylle toimittajalle.

Lienee hyvä mainita, että hankintayksikkö voi lähtökohtaisesti keskeyttää aloittamansa hankintamenettelyn. Täysin vapaasta harkinnasta ei silti ole kyse, sillä keskeyttäminen edellyttää hyväksyttävää syytä. Hankintaa ei saa keskeyttää esimerkiksi siitä syystä, että hankintayksikön oman yksikön tekemän tarjouksen myötä on käynyt ilmi, että hankinta voitaisiin toteuttaa myös omana työnä.¹¹¹ Ongelmallisempi on kysymys siitä, voiko hankintayksikkö merkittävästi parantaa asemaansa etukäteen tehdyn varauksin, joiden nojalla hankintayksiköllä olisi lakisääteistä laajempi lupa hankinnan keskeyttämiseen.¹¹²

Tyypillisessä menettelyssä ensimmäiset varallisuus-oikeudelliset tahdonilmaisut annetaan aikaisintaan siinä vaiheessa, kun *toimittajat tekevät tarjouksensa hankintayksikölle*. Esimerkissämme hankintayksikkö sai kolme tarjousta. Ei ole kuitenkaan selvä, että nämä tarjoukset olisivat sellaisia tarjouksia, joita tyypillisesti on pidetty silmällä oikeustoimilain 1 lukua säädettäessä. Esimerkkitapauksessa laadittiin kirjallinen sopimus voittaneen tarjoajan kanssa. Jos kysymys oli sopimuksesta ilmaisun varsinaisessa merkityksessä, siihen kuului tahdonilmaisuus myös toimittajan puolelta. Tällöin alkuperäinen tarjous jäi ”parittomaksi”, koska hankintayksikön tahdonilmaiskäyttäytyminen kirjallista sopimusta tehtäessä muodosti vastinparin toimittajan vastaavalle tahdonilmaiskäyttäytymiselle. – Tarjoaja ei voinut tulkita hankintapäätöksen tiedoksiantoa siten, että kyse olisi ollut vastauksesta oikeustoimilain 1 luvussa tarkoitetussa mielessä. Oli-

¹¹⁰ Ks. myös esim. *Halila – Hemmo* 2008 s. 60, jossa lausutaan rakennusurakan tarkastelun yhteydessä, että julkisten hankintojen sääntely merkitsee ”lakisääteistä” prekontraaktuaalista järjestelyä.

¹¹¹ Ks. myös *HE 50/2006 vp* s. 48–49 ja problematiikasta laajemmin *Pekkala* 2007 s. 455–458, *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 174–176, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 207 ja *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 24 ja 292–294.

¹¹² Ks. varauksista esim. *Aarto – Aho – Regelin – Uotila – Vatanen* 2009 s. 19, jossa tosin tarkastellaan varauksia siitä näkökulmasta, että tarjouspyyntö olisi tekijäänsä sitova sopimus-oikeuden yleisten periaatteiden mukaan.

han hankintayksikkö ilmoittanut hankintapäätöksen tiedoksiannon yhteydessä, että sopimus syntyy vasta myöhemmin tehtävällä kirjallisella sopimuksella.

Liikkeelle voitaneen lähteä siitä, että tyypillisessä tapauksessa tehtävä kirjallinen hankintasopimus on luonteeltaan ”todellinen” sopimus, jolla saadaan aikaan kyseessä olevalle hankinnalle ominaiset oikeusvaikutukset. Myös toimittajat ovat yleensä jo tarjouksia tehdessään tietoisia siitä, että asiassa tullaan aikanaan tekemään kirjallinen sopimus tarjouskilpailun voittajan kanssa. Toisinaan jo tarjouspyyntöasiakirjoissa todetaan, että sopimus syntyy vasta hankintapäätöksen jälkeisen kirjallisen sopimuksen tekemisellä tai täsmällisemmin sanottuna kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella.

Edellä mainitun perusteella vaikuttaa oikeutetulta väittää, että *tarjouksen pääsisältönä on lupaus tehdä myöhemmin hankintasopimus tietyn ehdoin*. Pääsisällöstä puhuminen on paikallaan sen vuoksi, ettei voida sulkea pois sitä vaihtoehtoa, ettei tarjoukseen olisi lainkaan mahdollista antaa hyväksyvää vastausta hankintasopimuksen välittömästi synnyttävin vaikutuksin.¹¹³ – Voidaan pohtia, onko tarjoajalla velvollisuus sopimuksen tekemiseen siinäkin tapauksessa, että tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan sopimus syntyy vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Olisihan mahdollista katsoa, että myös toimittaja voisi hyötyä tällaisesta lausumasta.¹¹⁴ Hankintamenettelyn luonne huomioon ottaen ei kuitenkaan ole perusteltua ymmärtää toimittajan tekemää tarjousta siten, että tarjouspyyntöasiakirjoissa olevan lausuman vuoksi toimittajalta puuttuisi velvollisuus tarjouksen mukaisen hankintasopimuksen tekemiseen tarjouksen voimassaoloaikana.

Jos toimittaja ei suostu sopimuksen tekemiseen hankintayksikön vaa- tiessa tätä, se rikkoo käyttäytymisvelvollisuuttaan. Oletetaan yksinkertai-

¹¹³ Ks. myös esim. *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 235, jossa on katsottu Hankintal. 74 §:n lähtökohdaksi se, että hankintasopimus ei synny vielä tarjouksen hyväksyvällä hankintapäätöksellä vaan vasta ”hankintasopimuksen nimenomaisella hyväksymistoimella eli allekirjoittamisella tai muulla nimenomaisella hyväksymistoimella”.

¹¹⁴ Erilaiset tahdonvaltaiset muotovaraukset ovat nykyään suhteellisen yleisiä. Esimerkiksi sopimusneuvotteluihin ryhdyttäessä saatetaan sopia siitä, että sopimus syntyy vasta kirjallisen sopimuksen laatimisen myötä. Tällaisella varaumalla voidaan estää se, että vastapuoli voisi perustellusti ymmärtää tahdonilmaisun antamiseksi käyttäytymisen, jota ei ole tarkoitettu sellaiseksi. Kirjallisen sopimuksen tekeminen voitaneen ainakin yleensä ymmärtää niin, että sopimus edellyttää allekirjoituksia. Jotta turhia tulkinnanvaraisuuksia ei synny, on kuitenkin parempi puhua esimerkiksi siitä, että osapuolia sitova sopimus syntyy vasta myöhemmin tapahtuvalla kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella (ks. *Hemmo* 2005 s. 54 ja *Norros LM* 2008 s. 192).

suuden vuoksi, että kyse on tavanomaisesta hankintasopimuksesta eikä sellaisesta hankintasopimuksesta, jota voidaan pitää HallintoL 3.1 §:ssä tarkoitettuna hallintosopimuksena. Lähtökohtana on, että hankintayksikkö voi kääntyä yleisen alioikeuden puoleen ja vaatia, että toimittaja velvoitetaan hankintasopimuksen tekemiseen. Toimittaja sen sijaan ei voi vaatia vastaavalla tavalla hankintayksikön sopimuksentekoon velvoittamista lähdetessä siitä, että hankintayksikkö ei ole antanut lainkaan varallisuusoi-keudellista tahdonilmaisua. Tällöinhän on selvä, ettei hankintayksikkö ole velvoittautunut myöskään sopimuksen tekemiseen. Hankintalaista ei voi- tane johtaa hankintayksikölle sellaista sopimuksentekovelvoitetta, joka oikeuttaisi toimittajan nostamaan suorituskanteen yleisessä alioikeudessa tai esittämään vastaavaa vaatimusta missään muussakaan tuomioistuimes- sa.

Lupaus tehdä myöhemmin hankintasopimus tietyin ehdoin tarkoittaa perimmältään velvoittautumista sellaiseen myöhempään tahdonilmaisukäyt- täytymiseen, joka on ominaista kyseessä olevalle hankintasopimukselle. Tämä selitystapa edellyttää luonnollisesti sitä, että hankintasopimusta voi- daan pitää sopimuksena ilmaisun varsinaisessa merkityksessä. Koska edel- lytys täyttyy tavanomaisessa tapauksessa, ei tässä yhteydessä ole tarpeen kiinnittää huomiota erikoisempiin järjestelyihin. Periaatteessa on tosin mahdollista, että hankintasopimuksesta puhumisesta huolimatta käsillä on tilanne, jossa ei voida osoittaa varsinaista tahdonilmaisua toimittajan puo- lelta. Kyse voi olla esimerkiksi edellä jaksossa 3.1 kuvatusta tilanteesta, jossa palvelun suorittaja ei velvoitaudu suoritukseen.¹¹⁵ Samaten on teo- riassa mahdollista, että hankintasopimukseksi nimetty asiakirja ei ilmen-nä varsinaista tahdonilmaisua hankintayksikön puolelta.

Kun lähdetään selittämään systemaattisesti tehdyn tarjouksen oikeus- vaikutuksia, havaitaan merkittäviä yhtäläisyyksiä *esisopimuksen* kanssa. Kuten edellä jaksossa 3.2 todettiin, esisopimuksella tarkoitetaan yleensä sopimusta, jolla velvoitaudutaan myöhemmän pääsopimuksen tekemiseen. Perimmältään kyse on siitä, että sopimuksen osapuolet sitoutuvat anta- maan tietynlaiset tahdonilmaisut myöhemmin tehtävän sopimuksen puit- teissa. Se, millaisista tahdonilmaisista on kyse, riippuu kyseessä olevan pääsopimuksen sisällöstä. Olennaista on, että esisopimus velvoittaa pää- sopimuksen mukaisten tahdonilmaisujen antamiseen.

¹¹⁵ Jos hankintayksikkö tyytyy tarkastellun kaltaiseen järjestelyyn, ei liene mieltä edellyt- tää toimittajalta myöskään sopimuksen tekemiseen velvoittautumista. Vaikka asiassa pu- huttaisiin ”tarjouksesta”, kyse voisi olla lähinnä siitä, että tarjoaja ilmoittaisi, millaista etua vastaan se olisi valmis toteuttamaan palvelun ilman siihen velvoittautumista.

Hankintayksikön puolelta ei kuitenkaan anneta tahdonilmaisua ennen hankintasopimuksen tekemistä, minkä vuoksi ei ole perusteltua puhua toimittajan ja hankintayksikön tekemästä esisopimuksesta. Kyse on yksinkertaisesti siitä, että tarjous merkitsee toimittajan lupausta tehdä hankintasopimus tietyin ehdoin ilman vastaavaa lupausta hankintayksikön puolelta. Koska tarjous ei tavanomaisessa tapauksessa lainkaan johda sopimuksen syntymiseen siihen annettun hyväksyvän vastauksen myötä, herää kysymys, onko tällaista tarjousta tarkoituksenmukaista luonnehtia oikeustoimilain 1 luvun mukaiseksi tarjoukseksi.¹¹⁶ – Seuraavassa puhutaan toimittajan tekemästä tarjouksesta siitä riippumatta, millaisesta tarjouksesta täsmällisesti ottaen on kyse. Koska hankintalaissa ja oikeudellisessa kielenkäytössä yleensä puhutaan tarjouksesta, tässä yhteydessä on epätarkoituksenmukaista kehittää jotain vaihtoehtoista terminologiaa.

Kun edellä on tarkasteltu toimittajan tekemän tarjouksen oikeudellista luonnetta, on liikkeelle lähdetty siitä, että esimerkkitapauksen olosuhteiden perusteella tarjouksen tekijä ei voi perustellusti tulkita hankintapäätöksen tiedoksiannosta hyväksyväksi vastaukseksi. Oletetaan seuraavaksi, että hankintayksikkö ei ilmoitakaan hankintapäätöksen tiedoksiannon yhteydessä, että sopimus syntyy vasta myöhemmin tehtävällä kirjallisella sopimuksella. Myöskään hankintailmoituksesta tai tarjouspyynnöstä ei käy ilmi, että sopimus syntyisi vasta kirjallisen sopimuksen tekemisellä. Voiko tarjouksen tekijä ymmärtää tällöin tilanteen siten, että hän oli tehnyt oikeustoimilain 1 luvun mukaisen tarjouksen, johon hän oli saanut sopimuksen synnyttävän hyväksyvän vastauksen?

Vastaus on epäilemättä kieltävä, jos hankintapäätös itsessään on muotoiltu tietyllä tavalla. Edellä jaksossa 3.5 on todettu julkisyhteisön ja erityisesti kunnan tekemien oikeustoimien tarkastelun yhteydessä, että hallinnollinen päätös voidaan erottaa oikeustoimiopillisesti relevantista tahdonmuodostuksesta. Tämä erottelu tulee ottaa huomioon myös hankintapäätöstä tarkasteltaessa, joskaan kaikki hankintayksiköt eivät ole julkisyhteisöjä. Olennaista on kuitenkin, että *hankintapäätös voi olla sisällöltään sellainen, ettei sen voida katsoa merkitsevän oikeustoimiopillisesti relevanttia tahdonmuodostusta*. Hankintapäätöksessä esimerkiksi puhutaan siitä, että tietyn toimittajan kanssa tullaan tekemään HankintaL 74 §:ssä

¹¹⁶ Se, jäsenyykö tarkasteltavana oleva tahdonilmaisuu (tai tahdonilmaisujen kokonaisuus) oikeustoimilain mukaiseksi tarjoukseksi, on toissijainen kysymys siinä mielessä, että tahdonilmaisulla joka tapauksessa on sisältönsä mukaiset vaikutukset. Tarkasteltavana olevassa tilanteessa toimittajan tarjouksen pääsisältönä on siis se, että toimittaja lupautuu myöhemmän hankintasopimuksen tekemiseen ilman, että hankintayksikön tarvitsisi antaa mitään tahdonilmaisua ennen hankintasopimuksen tekemistä.

tarkoitettu kirjallinen sopimus. Päätöksen tiedoksiantoa ei tällöin voida ainakaan lähtökohtaisesti ymmärtää muuten kuin siten, että hankintayksikkö on päättänyt (myöhemmin) tehdä sopimuksen kyseessä olevan toimittajan kanssa.

Tilanne on ongelmallisempi, jos hankintapäätös on muotoiltu niin, että sillä saatetaan itsessään ymmärtää olevan oikeustoimiopillista merkitystä. Hankintayksikkö voi tehdä esimerkiksi hankintapäätöksen, jonka mukaan hankintayksikkö hyväksyy tietyn tarjouksen. Kun tarjoaja saa tällaisen hankintapäätöksen tiedokseen, hän saattaa mieltää asian siten, että kyse on oikeustoimilain 1 luvussa tarkoitettusta hyväksyvistä vastauksesta.

Kysymys hankintapäätöksen tiedoksiannon varallisuus oikeudellisista vaikutuksista kytkeytyy kysymykseen siitä, *millaisten edellytysten vallitessa voidaan puuttua hankintayksikön virheelliseen menettelyyn*. Sopimuksen syntymisellä on nimittäin perinteisesti katsottu olevan merkitystä oikeusturvajärjestelmän kannalta. Sopimuksen syntymiseen hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä jouduttiin tämän vuoksi kiinnittämään huomiota jo silloin, kun vanha laki julkisista hankinnoista säädettiin. Markkinaoikeutta vastaava toimija oli tuolloin kilpailuneuvosto, joka saattoi (9 §) hakemuksesta poistaa kokonaan tai osaksi hankintayksikön päätöksen, kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä tai velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä. Nimenomaisesti säädettiin siitä, että ”hakemusta, joka on pantu vireille hankintasopimuksen tekemisen jälkeen, ei tutkita.”

Seuraavassa tarkastellaan lähemmin, mitä merkitystä hankintapäätöksen tiedoksiannolla on sopimuksen syntymisen kannalta. Huomiota kiinnitetään oikeustilaan kolmena eri ajanjaksona eli

- 1) vanhan hankintalain aikaan ennen vuoden 2005 muutosta,
- 2) vuoden 2005 muutoksen jälkeen ja
- 3) vuoden 2007 uudistuksen (nykyisen hankintalain säätämisen) jälkeen.

6.2 Oikeustila ennen vuoden 2005 muutosta

Vanhan hankintalain 9 §:n vuoksi ei ollut mikään yllätys, että kilpailuneuvosto joutui melko pian lain säätämisen jälkeen vastatusten sopimuksen syntyä koskevien ongelmien kanssa. Sirolan Liikenne -tapauksessa (d:o 6/359/95) Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunta (YTV) teki hankintayksikkönä 17.2.1995 päätöksiä seutuliikenteen tarjouskilpailun ratkaisemisesta. Valintapäätöksistä ilmoitettiin tarjoajille YTV:ltä 27.2.1995 läh-

teneillä virallisilla pöytäkirjanotteilla, ja tiettyjen kohteiden osalta valituksi tullut tarjoaja oli kuitannut tarjouksensa hyväksymistä koskevan päätöksen vastaanotetuksi 28.2.1995. Sirolan Liikenne Oy, jonka käsityksen mukaan YTV oli menetellyt virheellisesti, teki kilpailuneuvostoon hakemuksen, joka tuli vireille 23.3.1995.

YTV:n vastineen mukaan hankintasopimukset olivat syntyneet tarjousten hyväksymisellä 17.2.1995 ja viimeistään, kun tästä oli ilmoitettu valituiksi tulleille tarjoajille 27.2.1995 lähteneellä pöytäkirjanotteella. Tämä merkitsi, että hakemusta ei saanut tutkia. Kilpailuneuvosto ratkaisi prosessiväitteen päätöksellään 12.5.1995 lähtien liikkeelle siitä, että toisistaan piti erottaa kaksi kysymystä:

- 1) Milloin siviilioikeudellisen sopimussidonnaisuuden katsotaan syntyvän kysymyksessä olevan kaltaisen sopimuksen osalta?
- 2) Mitä ajankohtaa tarkoitetaan julkisia hankintoja koskevan lain 9.3 §:ssä hankintasopimuksen tekemisellä?

Kysymysten erottelu on perusteltua. Toinen asia on se, voiko todella olla niin, että hankintalainsäädännössä ymmärretään hankintasopimuksen tekeminen aivan omalla tavallaan. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin sopimuksen syntyä siviilioikeuden näkökulmasta. Jaksossa 7.4 otetaan kantaa siihen, millaisella sopimuksella on merkitystä markkinaoikeuden toimivallan kannalta.

Kilpailuneuvosto lähti siitä, että sopimuksen syntymistä koskevien oikeusperiaatteiden ja vakiintuneen käytännön mukaisesti tarjouskilpailussa annettu tarjous on antajaansa sitova, ellei tarjouspyynnöstä tai tarjouksesta muuta ilmene. Tämän jälkeen todettiin seuraavaa:

”Esillä olevaa hankintaa koskevan tarjouspyynnön kohdassa 4.6 on todettu, että tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen tehdään YTV:n ja valitun liikennöitsijän välillä liikennöintisopimus, jossa noudatetaan tarjouspyynnön liitteitä. Hankintamenettelyssä on siten edellytetty erillisen liikennöintisopimuksen solmimista. Tämä ei kuitenkaan kilpailuneuvoston käsityksen mukaan tarkoita sitä, että tarjous ja vastaus saisivat oikeusvaikutuksia vasta liikennöintisopimuksen solmimisella. Lähtökohtana hankintamenettelyssä on selvästi ollut se, että tarjous sitoo antajaansa jo tätä ennen ja YTV voi esim. vaatia vahingonkorvausta sellaiselta hyväksymältään tarjoajalta, joka kieltäytyy sopimusta solmimasta tai sitä täyttämästä. Muunlainen kanta edellyttäisi sitä, että tarjouspyynnön sopimusta koskevasta maininnasta tai muista hankintamenettelyyn liittyvistä asiakirjoista voitaisiin yksiselitteisesti todeta, että asianosaiset ovat tarkoittaneet kytkeä oikeudellisten vaikutusten syntyneen nimenomaisesti liikennöintisopimuksen allekirjoittamiseen.”

Sitaatin osoittamalla argumentaatiolla on ongelmansa. Oli perusteltua katsoa, että toimittajien tarjoukset sitoivat antajiaan varallisuus oikeudellisessa mielessä siitä riippumatta, oliko kyse tavanomaisesta oikeustoimilain 1 mukaisesta tarjouksesta. Vähintään kyse oli siitä, että toimittajat sitoutuivat myöhemmän hankintasopimuksen tekemiseen. Ongelmallisempi on kysymys siitä, saattoiko tarjoaja perustellusti tulkita hankintapäätöksen tiedoksiannon oikeustoimilain 1 luvussa tarkoitetuksi vastaukseksi. Kilpailuneuvoston perustelut ovat tältä osin puutteelliset pääpainon oltua siinä, että tarjous sitoi antajaansa. Se, että tarjouspyynnössä puhuttiin erillisen liikennöintisopimuksen solmimisesta, on yksi argumentti sen puolesta, ettei toimittaja olisi voinut ymmärtää hankintapäätöksen tiedoksiannosta oikeustoimilain 1 luvun mukaiseksi vastaukseksi.

Sirolan Liikenne -tapausta ratkaistaessa hankinta-asioissa oli varsin tavallista menetellä siten, että valitun toimittajan kanssa laadittiin lopulta erillinen kirjallinen sopimus. Esimerkiksi Jörgen Hammarström nosti esille kysymyksen siitä, oliko käytännössä muotoutunut tämän vuoksi tapa, joka olisi ohittanut oikeustoimilain 1 luvussa säädetyn sopimuksentekomekanismin.¹¹⁷ Vakiintuneet käytännöt on sinänsä mahdollista ottaa huomioon pohdittaessa, millaisissa tilanteissa henkilö voi perustellusti katsoa toisen hyväksyneen hänelle tehdyn tarjouksen. Ongelmallisempi on kysymys siitä, kuinka suuri merkitys kirjallisen sopimuksen tavalle voidaan antaa. Tarkoitus laatia kirjallinen sopimus ei nimittäin välttämättä merkitse sitä, etteivät asianosaiset voisi tarkoittaa sopimuksen syntyvän jo aikaisemmin, tarjoukseen annetun hyväksyvän vastauksen perusteella.¹¹⁸

Olen edellä lähtenyt siitä, että tiedoksiannosta tulee tarkastella siitä näkökulmasta, voidaanko sitä pitää oikeustoimilain 1 luvun mukaisena vastauksena. Kyse ei siis ole siitä, että lähtökohtana olisi, että tiedoksiannosta konstituoit vastaus. Jälkimmäinen ajattelutapa johtaa pohtimaan, onko olemassa jotain OikTL 1.2 §:ssä osoitettua syytä, jonka vuoksi sopimus jäisi syntyneenä hyväksyvän vastauksesta huolimatta.

¹¹⁷ Hammarström JFT 1996 s. 151.

¹¹⁸ Ks. myös esim. Savola DL 1997 s. 351 ja Halila – Hemmo 2008 s. 62 sekä KKO 1996:84, jota on tarkasteltu edellä jaksossa 3.5. On syytä panna merkille, että tapauksen tosiseikasto on ajalta ennen vanhan hankintalain säätämistä. Voitaneen kuitenkin olettaa, että lopputulos olisi ollut sama, vaikka hankinta olisi kuulunut hankintalain alaisuuteen. Ratkaisun KKO 1996:84 perusteluista saadaan ainakin jossain määrin tukea näkemykselle, jonka mukaan korkein oikeus olisi katsonut sopimuksen syntyneen myös Sirolan Liikenne -tapauksessa, jos se olisi saanut tapauksen käsiteltäväkseen.

Hankintasopimuksen tekeminen (mitä tämä sitten tarkoittikaan) siis merkitsi vanhan hankintalain mukaan alun perin sitä, että kilpailuneuvosto ei saanut tutkia asiaa. Lakiin tehtiin sittemmin useita muutoksia, joita tarkastellaan lähemmin 7.4 jaksossa. Tässä yhteydessä olennaista on kuitenkin se, ettei näillä muutoksilla ollut suoranaista sopimusoikeudellista merkitystä. Lainsäädäntöön ainoastaan lisättiin hyvitysmaksujärjestelmä, minkä lisäksi oikeusturvajärjestelmään tehtiin joitain muitakin parannuksia.

Korkeimman oikeuden käytännössä lähdettiin siitä, että sopimus saattoi syntyä oikeustoimilain 1 luvun mukaisesti. Esimerkiksi voidaan mainita tapaus KKO 2008:57, jossa Helsingin kaupunki ajoi kannetta tarjoajayritystä kohtaan. Kaupunki lähti siitä, että sen ja yrityksen välille oli syntynyt sitova sopimus tarjoajan tekemän tarjouksen mukaisilla hinnoilla. Tarjous oli saatu sen jälkeen, kun Helsingin kaupungin liikennelaitokseen itsenäisenä taloudellisenä yksikkönä kuulunut HKL-Bussiliikenne oli lähettänyt tarjouspyynnön muutamalle valitulle yritykselle tiettyjen varikoiden linja-autojen vuorokausihuoltotöistä ja perussiivouksesta. Hankintaan tarjouspyynnön mukaan sovellettavien Helsingin kaupungin yleisten hankintaehtojen 1.11.1994 kohdan 3.1.b mukaan sopimus ostajan ja myyjän välillä katsottiin syntyneeksi, kun ostaja oli kirjallisesti ilmoittanut myyjälle hyväksyvänsä sitovan tarjouksen. Joukkoliikennelautakunta oli 16.1.2003 päättänyt vastaajan tarjouksen hyväksymisestä; asiasta oli ilmoitettu tarjoajalle ensin puhelimitse, minkä jälkeen kaupunki oli 23.1.2003 lähettänyt kirjallisen ilmoituksen päätöksestä.

Mainituissa olosuhteissa oli hyviä perusteita katsoa, että tarjoaja saattoi tulkita hankintapäätöksen (kirjallisen) ilmoituksen hyväksyväksi vastaukseksi. Tapauksessa koitui ongelmaksi se, että vastaajan tarjous oli erehdyksen vuoksi saanut tarkoitettusta poikkeavan sisällön. – Korkeimman oikeuden mukaan tarjous satoi yhtiötä, eikä se ollut myöskään pätemätön tai sisällöltään kohtuuton. Tämän kirjoituksen teeman kannalta olennaista on, että korkein oikeus arvioi tapausta oikeustoimilain (7 ja 39 §:n, 32.1 ja 33 §:n sekä 36 §:n) näkökulmasta.¹¹⁹ Myöskään nykyisessä hankintalaissa ei ole säännöksiä, joilla olisi suoranaista relevanssia tapauksessa KKO 2008:57 ilmenneiden luonteeltaan oikeustoimiopillisten ongelmien kanssa.

Tapausta KKO 2008:57 kiinnostavampi on julkaisematon tapaus KKO 6.9.2007 nro 1857, jossa kunnanhallitus oli 3.5.2004 varauksitta hyväksynyt koulun peruskorjaus- ja muutostyön työmaavalvontaa koskevan tar-

¹¹⁹ Ks. tarkemmin esim. *Mäkelä* 2008 s. 442–444 ja *Klami-Wetterstein* Oikeustieto 6/2008 s. 5–9.

jouksen. Kunnanjohtaja oli ilmoittanut 5.5.2004 sähköpostitse tarjouksen hyväksymisestä. Korkeimman oikeuden mukaan kunta ei ollut näyttänyt, että muutoinkaan olisi sovittu urakkasopimuksen syntyvän vasta kirjallisen sopimuksen solmimisella. Näin ollen kunnan ja tarjoajan (A) välille oli syntynyt työtä koskeva sopimus, kun tarjouksen hyväksyminen oli toimitettu tiedoksi.

Ratkaisun perustelut ilmentävät varsin suoraviivaista käsitystä sopimuksen syntymisestä. Ratkaisevaa merkitystä tuskin oli sillä, että juuri kunnanjohtaja ilmoitti tarjouksen hyväksymisestä. Tapauksessa oli sinänsä tarkoitettu myöhemmän kirjallisen asiakirjan laatimista, mutta sopimuksen voitiin siis kuitenkin katsoa syntyneen jo hyväksyvän vastauksen myötä. Kirjallisuudessa Saarinen on pitänyt korkeimman oikeuden kantaa ongelmallisena julkisten hankintojen yhteydessä. Hänen mukaansa tapauksessa olisi pitänyt katsoa, että ”hankintasopimus ei ole syntynyt, kun kunnanjohtaja oli viestissään nimenomaisesti maininnut, että hankintasopimus tehdään myöhemmin erikseen A:n laadittua sopimusluonnoksen.”¹²⁰

6.3 Oikeustila vuoden 2005 muutoksen jälkeen

Hankintalain oikeusturvajärjestelmä muuttui merkittävästi 1.2.2005, jolloin tuli voimaan laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (21.1.2005/21). Hankintalakiin lisättiin uusi 7 a §, jonka toinen momentti kuului seuraavasti:

”Hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintaa koskeva kirjallinen sopimus. Hankintasopimus voidaan tehdä ja päätös panna täytäntöön aikaisintaan 21 päivän kuluttua siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on saanut tai hänen katsotaan saaneen päätöksen ja hakemusosoituksen tiedoksi.”

Lainsäädännön muutos toteutettiin kiireellisenä, sillä EU:n komissio oli kiinnittänyt huomiota siihen, ettei suomalainen hankintalainsäädäntö ollut soveltuvien direktiivien mukainen. Jaksossa 7.4 tarkastellaan lähemmin uudistuksen taustoja ja sitä, vastasiko lainmuutos komission (ja Alcatel-tapauksen) vaatimuksia. Uuden 7 a §:n toinen momentti merkitsi nähdäkseni sitä, että laissa ryhdyttiin sääntelemään hankintayksiköiltä vaadittavasta menettelystä sopimuksetekoon liittyen. Hankintayksikkö ei saanut käyttäytyä esimerkiksi siten, että toimittaja saattoi perustellusti

¹²⁰ Näin Saarinen 2008 s. 59.

käsittää hankintapäätöksen tiedoksiannon varallisuus oikeudelliseksi tahdonilmaisuksi. Lainvalmistelutöiden mukaan hankintayksikön olisi syytä ilmoittaa päätöksen tiedoksiannon yhteydessä, ettei sopimus synny päätöksellä vaan vasta myöhemmin tehtävällä sopimuksella, joka voitiin tehdä vasta pykälässä säädetyn määräajan puitteissa.¹²¹

Vaikuttaa siltä, ettei hankintalaissa ryhdytty sääntelemään sopimuksen syntymisestä.¹²² Hankintayksiköllä sinänsä säilyi kompetenssi antaa varallisuus oikeudellisia tahdonilmaisuja muun muassa oikeustoimilain 1 luvussa säännellyn tarjous–vastaus-mekanismin puitteissa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei muutoksella voinut olla oikeustoimiopillista merkitystä. Herää nimittäin kysymys, *oliko toimittajalla lähtökohtaisesti myös hankintalain sääntely huomioon ottaen perusteita tulkita hankintapäätöksen tiedoksiantoa siten, että tämä olisi voinut olla varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisuus.*

Tyypillisessä tilanteessa hankintayksikkö pyrkii noudattamaan hankintalain mukaisia velvollisuuksia. Ajatellaan esimerkiksi tämän luvun alussa kuvattua esimerkkiä avoimesta menettelystä, jossa hankintayksikkö parhaan tarjouksen valittuaan antoi hankintapäätöksen tiedoksi kaikille tarjouksen tekijöille voittaja mukaan lukien. Oletetaan, että tiedoksianto tapahtuu kaikkien tarjoajien osalta samalla tavalla siten, että kaikki saavat postitse saman materiaalin. Oikeustoimiopin näkökulmasta olennainen kysymys on, voiko hankintapäätöksestä selon ottanut voittaja perustellusti tulkita tiedoksiannon tahdonilmaisun antamiseksi. Tätä kysymystä pohdittaessa on perusteltua ottaa huomioon myös hankintayksikön tavanomaiset tarkoitukset, joihin hankintalainsäädännössä omaksutut ratkaisut puolestaan vaikuttavat.

Tuntuu täysin mahdolliselta katsoa, että *vuoden 2005 muutoksella oli välillisesti myös sopimusoikeudellista relevanssia.* Hankintayksiköt pyrkivät tavanomaisessa tapauksessa noudattamaan hankintalain mukaisia velvollisuuksia. Tästä näkökulmasta vaikuttaa siltä, ettei hankintapäätöstä tiedoksiantoineen ainakaan yleensä ollut tarkoitettu yksityisautonomisek-

¹²¹ HE 237/2004 vp s. 4.

¹²² Ks. myös *Klami-Wetterstein* Oikeustieto 5/2007 s. 21, jossa esitetyn mukaan uusi sääntely ei ratkaissut sopimussidonnaisuuden syntymiseen liittyviä ongelmia. Vuoden 2005 lisäyksen tarkoituksena ”ei ollut säätää sopimusmekanismista hankintamenettelyssä, vaan muutoksella pyrittiin parantamaan hankintamenettelyyn osallistuvien oikeusturvaa (HE 237/2004 vp). Sen sijaan sitovuuteen liittyviltä erimielisyyksiltä vältyttäneen, mikäli hankintayksiköt noudattavat esitöissä annettua ohjetta ja ilmoittavat hankintapäätöksen tiedoksiannon yhteydessä, ettei sopimus synny vielä hankintapäätöksellä vaan vasta myöhemmin tehtävällä sopimuksella.”

si muotoamistoimeksi. Vaikka tällainen tarkoitus saattoi puuttua myös ennen vuoden 2005 muutosta, uuden 7 a §:n säätäminen oli omiaan selkiyttämään asiaa. Hankintayksiköiden normaaleja tarkoituseriä arvioitaessa voitiin huomiota kiinnittää myös siihen, että korkein oikeus oli osoittanut edellä jaksossa 3.4 tarkastellussa tapauksessa KKO 1999:48 olevansa sitä mieltä, että aiheetta vaille sopimusta jääneellä toimittajalla oli oikeus vahingonkorvaukseen positiivisen sopimusedun mukaan.

Jos tarjouskilpailun voittaja sai postitse saman materiaalin kuin muut tarjoajat, myös muutoksenhakuohjeet tulivat hänen nähtäväkseen. Toimittajalta luultavasti voitiin yleensä jo tämän perusteella edellyttää sen ymmärtämistä, ettei hankintayksikkö ollut antanut oikeustoimilain 1 luvun mukaista hyväksyvää vastausta tarjoukseen. Muutoksenhakuohjeiden merkitykseen lienee kiinnitetty huomiota hovioikeuskäytännössä. Tässä yhteydessä voidaan mainita ainakin Saarisen kommentoima Itä-Suomen hovioikeuden tapaus 30.5.2006 S 05/209, jossa vahingonkorvausta vaatinut kantaja katsoi sopimuksen syntyneen sillä hetkellä, kun se oli saanut tarjouksen hyväksymisen ja hankintapäätöksen tiedoksi.¹²³

Tilanne oli ongelmallisempi, jos esimerkiksi kunnanjohtaja etukäteen ilmoitti soittamalla tai sähköpostitse voittaneelle tarjoajalle tälle edullisesta päätöksestä. Tällöin tarjoaja ei siis voinut tehdä päätelmiä muutoksenhakuohjeista. Tyypillisessä tilanteessa toimittaja oli kuitenkin tietoinen niistä velvollisuuksista, joita hankintayksiköllä oli hankintalain 7 a §:n nojalla samoin kuin siitä, että tällaiset velvollisuudet oli asetettu oikeusturvасыiden vuoksi. Saattoiko tällainen toimittaja lähteä perustellusti siitä, että hankintapäätöksen tiedoksianto merkitsi oikeustoimilain 1 luvun mukaista hyväksyvää vastausta?

Toimittaja ei voinut tyypillisessä tilanteessa olettaa, että hankintayksikkö olisi tarkoittanut toimia vastoin hankintalaissa säädettyä, vaikka hankintayksikkö ei olisikaan nimenomaisesti tehnyt selväksi, ettei sopimus synny päätöksellä vaan vasta myöhemmin tehtävällä sopimuksella. Olenkin varovaisesti sitä mieltä, että *toimittaja saattoi tulkita hankintapäätöksen tiedoksiannon oikeustoimilain 1 luvun mukaiseksi hyväksyväksi vastaukseksi vain, jos tälle oli joitain erityisiä perusteita*. Ainakaan sopimus ei syntynyt tiedoksiannon myötä ”täydellä tehollaan”. Myös hankintalain

¹²³ Ks. tarkemmin Saarinen 2008 s. 56–57, jossa todetaan epäselväksi, katsoiko hovioikeus, että hankintasopimus olisi syntynyt tiedoksiannon hetkellä ehdollisena. Tämän mukaan sopimusvelvoitteet olisivat alkaneet automaattisesti, jos päätöksestä ei olisi valitettu. Toinen tulkintavaihtoehto olisi Saarisen mukaan ollut, että hovioikeus olisi katsonut sopimuksen syntyvän vasta erikseen allekirjoitettavalla hankintasopimuksella.

7 a §:n tarkoitus huomioon ottaen oli periaatteessa mahdollista kiinnittää huomiota siihen, oliko hankintapäätökseen haettu muutosta. Tästä näkökulmasta herää kysymys, olisiko hankintapäätöksen tiedoksianto saatettu ymmärtää esimerkiksi sellaiseksi vastaukseksi, jonka lopullinen voimaantulo edellytti hankintapäätöksen lainvoimaiseksi tuloa.

Käsillä saattoi kuitenkin olla myös tilanne, jossa kyseessä ollut toimitaja ei tuntenut hankintalakia ja sen mukaan muotoutuneita käytäntöjä. Tällainen asiantuntemattomuus ei kuitenkaan itsessään voinut olla riittävä peruste sille, että toimittaja saattoi tavanomaista helpommin ymmärtää tiedoksiannon oikeustoimilain 1 luvun mukaiseksi vastaukseksi. Huomiota täytyi kiinnittää myös siihen, oliko hankintayksiköllä aihetta epäillä, että kyseinen toimittaja saattoi tehdä tällaisen päätelmän. Hankintayksikön tietoisuuskään ei toisaalta välttämättä saanut aikaan riittävän erikoislaatuista tosiseikastoa. Julkisten hankintojen toimintaympäristö voitiin kaiken kaikkiaan ymmärtää sellaiseksi, että toimittajilta saatettiin edellyttää sen käsittämistä, ettei hankintapäätöstä tiedoksiantoinen tyypillisessä tapauksessa ollut tarkoitettu varallisuusoikeudelliseksi tahdonilmaisuksi.

Edellä ei ole väitetty, ettei hankintapäätöksen tiedoksianto missään olosuhteissa olisi voinut merkitä oikeustoimilain 1 luvun mukaista vastausta. Oma kysymyksensä on, mikä lopulta kelpasi sopimuksen syntymiseen johtavaksi erityiseksi perusteeksi. Esimerkiksi voidaan ajatella erilaisien yleisten sopimusehtojen merkitystä. Monissa sopimusehtoissa nimittäin otettiin kantaa sopimuksen syntymiseen tavalla, joka poikkesi hankintalain 7 a §:n mukaisesta menettelystä.¹²⁴ Se, että hankintayksikö oli sitoutunut tällaisiin sopimusehtoihin, kelpasi ainakin jonkinlaiseksi argumentiksi sen puolesta, että sopimus saattoi syntyä hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä.

6.4 Oikeustila vuoden 2007 uudistuksen jälkeen

Nykyisen HankintaL 74 §:n mukaan hankintayksikön on hankintapäätöksen tekemisen jälkeen tehtävä hankintaa koskeva kirjallinen sopimus. EU-

¹²⁴ Esimerkiksi voitiin ajatella kauppa- ja teollisuusministeriön 22.12.1993 vahvistamia julkisten hankintojen yleisiä sopimusehtoja. Näiden JYSE 1994 -ehtojen mukaan (kohta 3) sopimus ostajan ja myyjän välillä katsottiin syntyneeksi muun muassa silloin, kun ostaja oli kirjallisesti ilmoittanut myyjälle hyväksyvänsä sitovan tarjouksen. Myös esimerkiksi kuntien omista hankintaohjeissa saattoi olla tämänsuuntaisia lausumia. Saattoi siis käydä niin, ettei kaikkiin ehtoihin ja ohjeistuksiin tehty vuoden 2005 uudistuksen kanssa linjassa olleita muutoksia.

kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa hankintasopimus voidaan tehdä ja päätös panna täytäntöön aikaisintaan 21 päivän kuluttua siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on saanut tai hänen katsotaan saaneen päätöksen ja hakemusosoituksen tiedoksi. Kansallisissa menettelyissä ei siis ole tällaista odotusaikaa. EU-kynnysarvon ylittävissäkin hankinnoissa hankintasopimus voidaan tehdä ennen määräajan kulumista, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä tai ennalta arvaamattomasta hankintayksiköstä riippumattomasta syystä.

Vaikka HankintaL 74 § merkitsee kansallisten menettelyjen osalta osittaista muutosta aiempaan oikeustilaan, ei ole perusteltua katsoa, että oikeustila sopimuksen syntymisen suhteen olisi muuttunut. Kun hankintalaissa joka tapauksessa edellytetään kirjallisen hankintasopimuksen laatimista, voidaan lähteä liikkeelle siitä, että *tarjoaja ei voi tyypillisessä tapauksessa ilman erityisiä perusteita tulkita hankintapäätöksen tiedoksiantoa hyväksyväksi vastaukseksi*. Kuten esimerkiksi Saarinen on todennut, hankintapäätöksen tiedoksiannon ensisijainen tarkoitus on tiedottaa ratkaisusta ja toimittaa muutoksenhakuosoitukset. ”Jokainen hankintoja tekevä hankintayksikkö sekä tarjouskilpailuihin osallistuva yritys ovat tietoisia siitä, ettei päätöksen tiedoksiannolla ole tarkoitus saada aikaan sopimusta.”¹²⁵

Oikeustilaa ei kuitenkaan voida pitää selvänä. Kuten edellä jaksossa 3.5 todettiin, jopa kuntien viranomaisten osalta on esiintynyt kanta, jonka mukaan sopimus syntyy välittömästi sen jälkeen, kun tarjouksen tekijä on saanut todisteellisesti tiedon tehdystä päätöksestä ja ottanut siitä selon.¹²⁶ Tämän ajattelutavan mukaan sopimuksen *syntymättä jääminen* edellyttää joitain erityisiä perusteita. Esimerkiksi Oksasen mukaan oikeustoimilain mukaisesta pääperiaatteesta voidaan poiketa esimerkiksi siten, että tarjouspyyntöasiakirjoissa, hankintapäätöksessä tai tarjouksen hyväksymisilmoituksessa mainitaan ajankohta, jolloin sopimus katsotaan tilaajan ja tuottajan välille syntyvän. Käytännössä ajankohdaksi voidaan ilmoittaa esimerkiksi kirjallisen sopimuksen allekirjoittaminen. Muita mahdollisia ajankohtia ovat esimerkiksi päätöksen lainvoimaisuus, rahoitusta koskevan ratkaisun saapumisilmoitus ja rakennus- tai ympäristöluvan lainvoimaisuus.¹²⁷

¹²⁵ Näin Saarinen 2008 s. 46.

¹²⁶ Koska mainittu kanta ilmenee myös kuntien yleisistä hankintaohjeista (2007), se lienee levinnyt melko laajalle käytännön toimijoiden keskuudessa. Monissa kunta-alan hankintaohjeissa on siteerattu lähes suoraan kuntien yleisiä hankintaohjeita.

¹²⁷ Kalima – Häll – Oksanen 2007 s. 308.

Myös JUHO-työryhmässä katsottiin, että lähtökohtana on sopimuksen syntyminen tiedoksiannon myötä. Esimerkiksi työryhmän periaatemietinnössä lausutaan seuraavasti:¹²⁸

”Voimassa olevassa hankintalainsäädännössä ei ole säädetty sopimuksen syntymisestä. Varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929) 1 luvun mukaan sopimus syntyy tarjouksella ja siihen annettulla hyväksyvällä vastauksella. Yleisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä hankintasopimus on katsottu syntyneeksi hankintapäätöksen tiedoksiannolla.”

Sama käsitystapa ilmenee myös työryhmän välimietinnöstä.¹²⁹ Voitaneen kuitenkin olettaa, ettei työryhmän tiedossa ole ollut korkeimman oikeuden käytäntöä, jossa olisi ollut tarkasteltavana tosiseikasto vuoden 2005 muutoksen jälkeiseltä ajalta ja jossa olisi pidetty lähtökohtana sopimuksen syntymistä hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä. *Nykyinen lainsäädäntö ja sen mukaiset käytännöt on perusteltua ottaa huomioon arvioitaessa sitä, milloin toimittaja voi tulkita hankintayksikön käyttäytymistä siten, että hankintayksikkö antaa tahdonilmaisun.*¹³⁰ Jos hankintayksikkö antaisi hyväksyvän vastauksen hankintapäätöksen tiedoksiannon muodossa, se toimisi vastoin hankintalaissa tarkoitettua, mikä olisi yllättävää tilanteessa, jossa hankintayksikkö muuten on osoittanut pyrkivänsä hankintalain noudattamiseen.

Työryhmässä päädyttiin siihen, että lainsäädäntö kaipasi muuttamista. Periaatemietinnössä tehtiin seuraava linjaus:¹³¹

”Työryhmä ehdottaa, että hankintalain ja erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa säädettäisiin oikeustoimilaista poikkeava erityissäännös, jonka mukaan hankintasopimus syntyi vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Jollei kirjallista sopimusta ole tehty, hankintasopimus voitaisiin katsoa muutoin syntyneeksi, mikäli olosuhteista olisi pääteltävissä, että osapuolet ovat jo sitoutuneet sopi-

¹²⁸ *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 68.

¹²⁹ Ks. *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* esim. s. 69 ja 112.

¹³⁰ Ainakin EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa voitaneen olettaa, että tarjoajat tuntevat kohtuullisesti hankintalakia. Jo hyväksyttävän tarjouksen laatiminen voi vaatia tiettyä osaamista. Jos tarjous ei vastaa tarjouspyyntöä, hankintayksikön pitää pääsääntöisesti hylätä tarjous (ks. esim. *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 259, *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 173, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 201 ja *Pekkala* 2007 s. 388 sekä *HankintaL* 46.1 §).

¹³¹ *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 68.

muksen täyttämiseen tai että heillä on tarkoitus sitoutua sopimuksen velvoitteisiin.”

Vaikuttaa siltä, ettei siteerauksessa hahmoteltu säännös olisi ristiriidassa oikeustoimilain 1 luvussa säädetyn kanssa. Koska kirjallisuusvaatimus ei olisi poikkeukseton, kyse ei ole siitä, että hankintasopimus olisi määrämuotoinen sopimus. Kaiken lisäksi sopimukset syntyisivät ainakin osapuulleen samoin kuin sopimukset yleensä. Periaatemietinnön tärkeimmältä tavoitteelta näyttää se, ettei sopimus synny hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä. Mietinnössä todetaan muun muassa seuraavaa:¹³²

”Mikäli kirjallista sopimusta ei syystä tai toisesta olisi tehty, hankintalainsäädännössä voitaisiin säätää sopimuksen syntymisestä myös muun näytön perusteella, jolla voitaisiin osoittaa, että osapuolilla on ollut tarkoitus sitoutua sopimusvelvoitteisiin. Tällaisena näyttönä voitaisiin esittää esimerkiksi sopimuksen käytännön täytäntöönpanon aloittamista. Näyttönä hankintasopimuksen syntymisestä ei voisi kuitenkaan esittää hankintapäätöksen tiedoksiantoa tai muuta tilannetta, joka käytännössä esittäisi tehokkaiden oikeussuojakeinojen käytön.”

Mielestäni on kyseenalaista lähestyä sopimuksen syntymistä näytön näkökulmasta, koska aineellisoikeudelliselta kannalta keskeisellä sijalla ovat ne seikat, joiden todeksi osoittamiseen näytön avulla pyritään. Tässä yhteydessä olennaista on kuitenkin se, että mietinnön perusteella ainakaan hankintapäätöksen tiedoksianto ei saisi saada aikaan sopimuksen syntymistä. Kanta liittyy yleisemmin ottaen siihen, millainen käyttäytyminen voidaan tulkita hyväksyvän vastauksen antamiseksi. Periaatemietinnössä tavoiteltiin erityisesti sitä, että *hankintapäätöksen tiedoksiantoa ei normaalitapauksessa katsottaisi hyväksyväksi vastaukseksi*. Mitään erityissäännöstä ei kuitenkaan tarvita, jos hankintalain sääntelyn katsotaan jo nykyisellään merkitsevän sitä, ettei vastaanottaja ilman erityisiä perusteita ole oikeutettu tulkitsemaan tiedoksiantoa hyväksyväksi vastaukseksi.

Hankintalakiin on toisaalta jo oikeustilan selvyyden vuoksi perusteltua ottaa sääntelyä, joka ainakin välillisesti vähentää riskiä potentiaalisista ongelmatilanteista. Minusta näyttää kuitenkin siltä, että haluttuun lopputulokseen päästäisiin helpoiten kiinnittämällä huomiota *hankintapäätöksen sisältöä* koskevaan sääntelyyn. Hankintalaissa voitaisiin kieltää muotoilemasta hankintapäätöstä niin, että tarjouskilpailun voittanut tarjoaja voisi ymmärtää sen hyväksyväksi vastaukseksi. Laissa voitaisiin osoittaa

¹³² *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 68.

hankintapäätökselle muotoilu, joka itsessään osoittaisi, ettei hankintapäätös sisällä oikeustoimiopillisesti relevanttia tahdonmuodostusta. Lakitekstissä voitaisiin vielä erikseen todeta varmuuden vuoksi, että hankintapäätöksen tiedoksianto ei itsessään saa aikaan sopimuksen syntymistä.

Hankintapäätöksen sisältöön puuttumisen sijasta uutta lainsäädäntöä voidaan olettaa annettavan JUHO-työryhmän osoittamissa puitteissa. Työryhmän välimietinnössä ehdotetaan uutta HankintaL 76 §:ää, jossa säädettäisiin hankintasopimuksen tekemisestä seuraavasti:¹³³

”Hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintasopimus.

Hankintasopimus syntyy kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella, tai jos kirjallista sopimusta ei ole tehty, olosuhteista muutoin voidaan päätellä, että osapuolet ovat nimenomaisesti ryhtyneet hankinnan toteuttamiseen.”

Ehdotettu säännös ei siis toisin kuin nykyinen HankintaL 74 § ilmennä sääntöä, jonka mukaan hankinnasta täytyy tehdä kirjallinen sopimus. Asian merkitykseen palataan 7.4 jaksossa. Tässä yhteydessä olennaista on, että lähtökohtana on sopimuksen syntyminen kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Toisaalta sopimus voi syntyä myös, jos olosuhteista muutoin voi päätellä, että ”osapuolet ovat nimenomaisesti ryhtyneet hankinnan toteuttamiseen”.

Jos verrataan periaatemietinnössä esitettyä ehdotettuun HankintaL 76.2 §:ään, havaitaan välittömästi, ettei säännös välttämättä vastaa periaatemietinnössä tarkoitettua. Voidaan jopa pohtia, onko välimietinnössä omaksuttu tietynlainen reaaliosopimustyyppinen ajattelu. Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa hankintayksikkö on tehnyt suullisen urakasopimuksen toimittajan kanssa. On periaatteessa mahdollista tulkita HankintaL 76.2 §:ää sanamuotonsa mukaan niin, että sopimus on siviilioikeudellisesta näkökulmasta vaikutukseton siihen asti, että osapuolet ovat ryhtyneet jonkinlaisiin nimenomaisiin toimenpiteisiin hankinnan toteuttamisen suhteen.¹³⁴ Tällainen tulkinta ei kuitenkaan ole ainoa mahdollinen, koska hankinnan toteuttaminen voitaisiin ymmärtää niinkin, että se viittaa sopimuksen tekemiseen.

¹³³ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 134.

¹³⁴ Oikeustoimilain 1 luvun säännökset eivät sovellu sopimuksiin, joiden päättämiseen vaaditaan suorituksen toimittamista toiselle sopimuspuolelle (OikTL 1.2 §). Jos HankintaL 76.2 § ilmentää reaaliosopimustyyppistä ajattelua, esimerkkitapauksessa riittäisi sitovan sopimuksen syntymiseen, että osapuolet ovat nimenomaisesti ryhtyneet hankinnan toteuttamiseen.

Välimietinnöstä ei käy ainakaan suoranaisesti ilmi, että sopimuksen siviilioikeudelliseen syntyamiseen olisi suhtauduttu olennaisesti toisin kuin periaatemietinnössä. Ehdotetun HankintaL 76.2 §:n perusteluissa todetaan muun muassa seuraavaa:¹³⁵

”Jos kirjallista sopimusta ei ole tehty, sopimuksen syntymistä tulisi arvioida olosuhteiden perusteella. Oikeussuojakeinojen tehokkaan käytön ja seuraamusten harkinnan kannalta kirjalliseen sopimukseen tulisi rinnastaa tilanteet, joissa olosuhteista voidaan päätellä hankintayksikön ja tarjoajan nimenomaisesti ryhtyneen hankinnan toteuttamiseen. Hiljaisen sopimuksen olemassaolon toteaminen olosuhteista ei ole täysin yksiselitteistä. Harkinnassa tulisi erityisesti kiinnittää huomiota siihen, onko hankintayksikkö hankintapäätöksen jälkeen antanut hankinnan toteuttamiselle nimenomaisen suostumuksen tai onko tarjoaja ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen hankintayksikölle siinä määrin, että kyse ei ole enää tavanomaisista, kyseiseen hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä.”

Siteeraus viittaa siihen, että välimietinnön mukaan ehdotettu HankintaL 76.2 § on tärkeä oikeussuojakeinojen tehokkaan käytön ja seuraamusten harkinnan kannalta. Voitaneen olettaa, että tämä liittyy työryhmän ehdottamaan uuteen sääntelyyn, jota tarkastellaan lähemmin 9. luvussa. Toisaalta myös sitä, että hankintasopimus syntyy hankintapäätöksen tiedoksiannolla, pidettiin ongelmallisena oikeussuojakeinojen käytön kannalta.¹³⁶

Suotavaa olisi, että ehdotettua HankintaL 76.2 §:ää ei sellaisenaan otettaisi osaksi lainsäädäntöämme. Siviilioikeudellisen sopimuksen syntymistä koskevan problematiikan kannalta riittävää olisi, että laista kävisi ilmi, että hankintapäätöksen tiedoksianto ei normaalitapauksessa saa itsessään aikaan sopimuksen syntymistä. Sellaista sääntelyä, joka todella sivuuttaisi oikeustoimilain 1 luvussa säädetyn sopimuksetekomekanismin, ei tarvita. Jos hankintalaissa toisaalta halutaan omaksua esimerkiksi jonkinlainen määrämuotoisen sopimuksen ja ”reaalisopimuksen” kombinaatio, tämä tulee toteuttaa riittävällä selvyydellä. Kun otetaan huomioon niin periaatemietinnössä kuin välimietinnössä esitetty, ehdotettuun HankintaL 76.2 §:ään liittyy joka tapauksessa liian paljon tulkinnanvaraisuutta.

¹³⁵ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 69.

¹³⁶ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 69.

7 MARKKINAOIKEUSSEURAAMUKSET ERITYISESTI VARALLISUUSOIKEUDEN KANNALTA

7.1 Markkinaoikeuden toimivalta pääpiirteissään

Reaalikeinoilla tarkoitetaan niitä keinoja, joihin markkinaoikeudella on valta HankintaL 76 §:n 1 momentin 1–3 kohdan nojalla. Markkinaoikeus voi

- 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan;
- 2) kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä ja
- 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellinen menettely.

Kumoamisen tyyppitapauksena voitaneen pitää sitä, että markkinaoikeus kumoaa osaksi tai kokonaan hankintayksikön päätöksen tarjouskilpailun ratkaisusta.¹³⁷ Todettakoon selvyuden vuoksi, että reaalikeinot eivät ole toisensa poissulkevia. Esimerkiksi HankintaL 76 §:n esitöissä on kiinnitetty huomiota siihen, että säännöksen 1 momentin kohtia 1 ja 3 sovelletaan käytännössä yhdessä.¹³⁸

Tavanomaisessa tapauksessa hankinnasta ei ole tehty sopimusta silloin, kun markkinaoikeudelta haetaan hankintapäätöksen kumoamista. Hankintayksiköt monesti myös pidättyvät sopimuksenteosta, kunnes asiassa saadaan markkinaoikeuden ratkaisu. Toisinaan lopputuloksena on, että hankintayksikön katsotaan tehneen virheen tarjousten vertailussa. Markkinaoikeus voi tällöin määrätä esimerkiksi siitä, että jos hankintayksikkö aikoo edelleen toteuttaa hankinnan tehdyn tarjouskilpailun perusteella, sen täytyy tehdä uusi tarjousvertailu päätöksessä mainitut seikat huomioon ottaen. Markkinaoikeudella ei kuitenkaan ole valtaa määrätä suoraan siitä, että hankintayksikön pitää tehdä hankintasopimus tietyn toimittajan kanssa.¹³⁹

Vaikka markkinaoikeus ryhtyisi reaalikeinoihin tarjousten vertailussa olleen virheen vuoksi, hakija ei välttämättä saa sopimusta itselleen. Tämä

¹³⁷ Kumotuksi voi kuitenkin tulla millainen päätös tahansa. Esimerkiksi voidaan ajatella päätöstä, jolla ehdokas tai tarjoaja on suljettu pois tarjouskilpailusta (ks. myös esim. *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 341 ja *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 250).

¹³⁸ *HE 50/2006 vp* s. 119.

¹³⁹ Ks. esim. *HE 50/2006 vp* s. 119, *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 342 ja *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 251, ks. myös KHO 1997:63 ja *Kanninen DL* 2005 s. 540.

on mahdollista, vaikka hankintayksikkö pyrkisi toimimaan laillisesti. Kuten edellä jaksossa 6.1 todettiin, hankintayksiköillä ei ole velvollisuutta saattaa hankintaa loppuun. Hankintayksiköllä voi olla lupa luopua hankinnasta myös markkinaoikeuteen tehdyn hakemuksen jälkeen tai vasta sitten, kun markkinaoikeus on antanut asiassa päätöksensä.¹⁴⁰

Jos hankintasopimus on tehty, markkinaoikeuden toimivaltaa de lege lata rajoittaa merkittävästi se, että *markkinaoikeudella ei ole valtaa puuttua tehtyyn sopimukseen*. Sopimusta ei esimerkiksi voida julistaa tehottomaksi, rasittipa sopimusta millainen menettelyvirhe tahansa. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa hankintayksikkö ryhtyy toteuttamaan EU-kynnysarvon ylittävää hankintaa avoimella menettelyllä. Se saa kaksi tarjousta, joista se valitsee paremmaksi katsomansa. Hävinnyt tarjoaja tekee markkinaoikeuteen pikapuoliin hakemuksen, jossa vaaditaan muun muassa hankintapäätöksen kumoamista. Hankintayksikkö saa hakemuksen tietoonsa mutta tekee hankintasopimuksen valitun toimittajan kanssa siitäkkin huolimatta, että HankintaL 74 §:ssä asetettu määräaika ei ole kulunut umpeen.

Markkinaoikeus ei voi määrätä sopimusta tehottomaksi, vaikka olisi aivan selvä, että hakemuksen tekeminen oli tullut myös valitun toimittajan tietoon ennen hankintasopimuksen tekemistä. Nähdäkseni asia ei muutu toiseksi, vaikka markkinaoikeus olisi HankintaL 79 §:n nojalla antanut väliaikaisen kiellon panna hankintapäätös täytäntöön. Tällaiset kiellot ovat tosin melko harvinaisia. Käytännössä on muotoutunut menettely, jossa markkinaoikeus tiedustelee hankintayksiköltä, sitoutuuko tämä olemaan tekemättä hankintasopimusta hakemuksen käsittelyaikana.¹⁴¹ Markkinaoikeus ei voine määrätä sopimusta tehottomaksi siinäkään tapauksessa, että hankintayksikkö on ennen sopimuksen tekemistä antanut sitoumuksen olla tekemättä hankintasopimusta.

Markkinaoikeudella voi HankintaL 76 §:n nojalla olla valta määrätä hankintayksikkö maksamaan *hyvitysmaksua* sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Kuten jäljempänä jaksossa 7.4 esitetään, hyvitysmaksujärjestelmä luotiin vanhaan hankintalakiin vuonna 1998 oikeusturvakeinojen parantamiseksi. Kyse on tietynlaisesta kansallisesta erikoisuudesta.¹⁴² Hyvitysmaksua

¹⁴⁰ Ks. myös esim. *Pekkala* 2007 s. 480.

¹⁴¹ Ks. myös *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen, Kyselyraportti* s. 57–58, jossa todetaan saatujen vastausten perusteella, että vapaaehtoista sitoumusta käytetään usein ja että sitä pidetään tarkoituksenmukaisena.

¹⁴² Ks. myös esim. *Saarinen* 2008 s. 9.

koskeva sääntely ei siis perustu esimerkiksi EU:n direktiiveihin, jotka toisaalta eivät aseta estettä erityiselle hyvitysmaksujärjestelmälle.

Hyvitysmaksun määräämiseen ei riitä asianosaisella ollut todellinen mahdollisuus tarjouskilpailun voittamiseen. HankintaL 76.2 §:n mukaan hyvitysmaksua voidaan määrätä maksettavaksi, jos

- HankintaL 76.1 §:n 1–3 kohdassa tarkoitettu toimenpide saattaisi aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat taikka
- hakemus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.

Sääntely ilmentää jo ennen nykyistä hankintalakia edeltänyttä ajattelutapaa, jonka mukaan hyvitysmaksu on luonteeltaan *toissijainen* oikeusturvakeino.¹⁴³ Sama käy ilmi myös HankintaL 76 §:n esitöistä. Lainvalmistelutöiden mukaan hyvitysmaksu on toissijainen oikeuskeino, joka tulisi sovellettavaksi vain silloin, kun markkinaoikeudella ei olisi käytettävissään muita lainkohdassa säädettyjä keinoja puuttua hankintayksikön laitomaan menettelyyn.¹⁴⁴

Hyvitysmaksun toissijaisuus ei tarkoita sitä, ettei markkinaoikeudelta missään tapauksessa voisi vaatia samaan aikaan niin reaali-keinoja kuin hyvitysmaksun määräämistä. Tässä suhteessa varsin selviä ovat useita eri kohteita sisältävät hankinnat. Tällöin on esimerkiksi mahdollista, että hankintasopimus on tehty joidenkin kohteiden osalta. Lopputuloksena voi olla tällöin, että markkinaoikeus määrää reaali-keinoista joidenkin kohteiden osalta ja hyvitysmaksusta toisten kohteiden osalta.¹⁴⁵

Yleensä markkinaoikeus kuitenkin määrää joko reaali-keinoista tai hyvitysmaksusta. Tämä tarkoittaa sitä, että *seuraamusten edellytykset kytkeytyvät toisiinsa*. HankintaL 76 §:ssä ei ole säädetty nimenomaisesti siitä, millaisissa tilanteissa reaali-keinot tulevat kyseeseen. Hyvitysmaksua koskevasta sääntelystä voidaan kuitenkin päätellä, että jos hyvitysmaksun määräämiseen edellytykset täyttyvät, reaali-keinoihin ei ole lupa ryhtyä.

Mahdollisuus määrätä hyvitysmaksusta ei rajoitu niihin tilanteisiin, joissa HankintaL 76.2 §:n mukaiset edellytykset täyttyvät kirjaimellisesti. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintayksikkö päättää kilpailuttaa tie-

¹⁴³ Ks. myös esim. HE 69/1997 vp s. 21, Kuoppamäki 2000 s. 259, Hemmo 2003a s. 240–241 ja Sutela DL 2004 s. 1004.

¹⁴⁴ HE 50/2006 vp s. 119.

¹⁴⁵ Ks. myös Saarinen 2008 s. 75–76, jossa tuodaan esille tapaukset MAO 70/1/02 ja MAO 185/03.

tyn palvelun vuoden ajaksi. Saattaa käydä niin, että kun markkinaoikeus antaa ratkaisunsa, hankintakausi on jo kulunut kokonaan tai ainakin pääosin. Tällaisessa tilanteessa ei yleensä määrätä reaaliikeinoista. Markkinaoikeuden käytännön perusteella jo hankintakauden/sopimuskauden kuluminen näyttää riittävän perusteeksi sille, että HankintaL 76 §:n nojalla hyvitysmaksun määrääminen on ainoa mahdollinen seuraamus (ks. esim. MAO 542/08, MAO 182/09 ja MAO 191/09 sekä nykyistä hankintalakia edeltäneestä käytännöstä esim. MAO 274/05, MAO 30/06 ja MAO 259/07).

Käytännössä on melko yleistä, että hankintayksikkö turvautuu mainitun kaltaisessa tilanteessa jonkinlaiseen väliaikaiseen sopimusjärjestelyyn, kunnes asia on saatu ratkaistua markkinaoikeudessa. Hankintalaissa ei kuitenkaan ole tällaisiin tilanteisiin soveltuvaa erityissääntelyä. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamista pohtinut työryhmä on pitänyt perusteltuna antaa erityissääntelyä, joka koskisi muutoksenhaun aikaisia väliaikaisia sopimusjärjestelyjä.¹⁴⁶

Jos hyvitysmaksun määräämisen edellytykset täyttyvät, herää kysymys, *kuinka suuri hyvitysmaksu sitten määrätään*. HankintaL 76.2 §:ssä säädetään tältä osin, että hyvitysmaksua määrättäessä otetaan huomioon ”hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu, hankinnan kokonaisarvo ja hakijalle aiheutuneet kustannukset ja vahinko.”

Hyvitysmaksua luonnehditaan usein siten, että siinä on piirteitä niin korvaus- kuin sanktiomaksusta.¹⁴⁷ Varsin vähälle huomiolle on jäänyt luonteeltaan käsitteellissystemaattinen kysymys, onko hyvitysmaksun määrääminen konstitutiivinen vai deklaratiiivinen toimi. Kun henkilö esimerkiksi syyllistyy sakolla rangaistavaan rikokseen, velvollisuus sakon maksamiseen syntyy tuomioistuimen määrätessä sakkorangaistuksen. Sen sijaan esimerkiksi velvollisuuden vahingonkorvaukseen voidaan mielestäni katsoa syntyvän ex lege siten, että maksuvelvollisuus (velkasuhde) on aineellisoikeudellisessa mielessä olemassa jo ennen tuomioistuimen ratkaisua. Kun tuomioistuin määrää vastaajan maksamaan vahingonkorvausta, se oikeastaan määrää vastaajan tekemään suorituksen, joka vastaa vastaajalla jo ennen tuomiota olevaa suoritusvelvollisuutta.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Ks. tarkemmin *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 71–73 ja *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 91–92 ja 138.

¹⁴⁷ Ks. esim. *HE 69/1997 vp* s. 21, *Savola DL 2000* s. 231, *Sutela DL 2004* s. 1004, *Kanninen DL 2005* s. 544 ja *Saarinen 2008* s. 68.

¹⁴⁸ Ks. myös esim. *Hakulinen 1965* s. 19–20, *Mononen LM 2004* s. 1379 ja *Kaisto – Lohi 2008* s. 39–40.

Systemaattiselta kannalta lienee selvintä katsoa, että markkinaoikeudella on HankintaL 76 §:n nojalla erityinen *muotoamisvalta*, jonka nojalla se voi perustaa hankintayksikölle uuden maksuvelvollisuuden. On lähinnä maakuasia, pidetäänkö syntyvää maksuvelvollisuutta luonteeltaan varallisuus-oikeudellisena. Tällainen ratkaisu on sinänsä mahdollinen, vaikka maksuvelvollisuudella on erityinen julkisoikeudellinen peruste. Esimerkiksi korkolain (20.8.1982/633) näkökulmasta kyse on sellaisesta julkisoikeudellisesta perusteesta johtuvasta velkasuhteesta, johon korkolaki ei sovellu (KorkoL 1.2 §). Tämä merkitsee muun muassa sitä, ettei hyvitysmaksulle voida määrätä maksettavaksi viivästyskorkoa korkolain nojalla.¹⁴⁹

Hyvitysmaksun määrääminen edellyttää siis sitä, että hakijalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu (HankintaL 76 §). Tältä osin ongelmaksi muodostuu se, että tämän osoittaminen voi olla erittäin vaikeaa, jos hakija ei ole lainkaan antanut tarjousta esimerkiksi tarjouskilpailun puuttumisen vuoksi.¹⁵⁰ Esimerkiksi voidaan viitata tapaukseen KHO 2006:49, jossa hankintoja oli toteutettu suorahankintoina ilman hyväksyttävää syytä. Kun tarjouskilpailua ei ollut järjestetty, korkeimman hallinto-oikeuden mukaan asiassa ei voitu jälkikäteen riittävällä varmuudella selvittää, että hakijoilla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä.

Oma kysymyksensä on, millaista näyttöä voitaisiin pitää riittävänä. Vuoden 1998 uudistuksen esitöiden mukaan hakijan olisi osoitettava, että se olisi jokseenkin varmasti voittanut tarjouskilpailun.¹⁵¹ Lakitekstissä puhuttiin kuitenkin todellisesta mahdollisuudesta voittaa tarjouskilpailu samoin kuin nykyisessä HankintaL 76 §:ssä. Selvänä voitaneen pitää, että jos ilmaisujen välillä katsotaan olevan ristiriitaa, etusija täytyy antaa lakitekstille.¹⁵²

7.2 Tarjousten voimassaolo

Jos hankintapäätös saatetaan markkinaoikeuden tutkittavaksi, joudutaan helposti vastatusten tarjousten voimassaoloa koskevien ongelmien kans-

¹⁴⁹ Ks. myös esim. *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 346 ja *Pekkala* 2007 s. 486–487, ks. vielä *Kanninen* DL 2005 s. 544.

¹⁵⁰ Ks. myös esim. *HE 50/2006 vp* s. 119–120, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 228, *Saarinen* 2008 s. 85 ja *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 15.

¹⁵¹ *HE 69/1997 vp* s. 21.

¹⁵² Ks. myös esim. *Pohjonen* 2004 s. 354–355 ja *Saarinen* 2008 s. 78.

sa. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa markkinaoikeus kumoaa hankintapäätöksen parhaan tarjouksen tehneen toimittajan hakemuksesta. Oletetaan, että hankintayksikkö jatkaa hankintaa. Se joutuu tällöin tyypillisesti kohtaamaan ongelman, jota ei ollut käsillä alkuperäistä hankintapäätöstä tehtäessä. Onko tarjouksilla enää sellaista vaikutusta, että ne velvoittavat toimittajat hankintasopimuksen tekemiseen?

Tarjouksessa itsessään voidaan määrätä pitkälti sen voimassaolosta. Käytännössä toimittajat määräävät voimassaolosta tavalla, jota tarjouspyynnössä edellytetään. Yleensä kyse on korkeintaan muutamasta kuukaudesta, mikä merkitsee käytännössä sitä, että tarjoukset ovat rauenneet hankintayksikön jatkaessa hankintaa markkinaoikeusprosessin jälkeen. Huomiota tulee kiinnittää myös OikTL 5 §:ään, jolla lienee suoranaisesti tai analogisesti relevanssia myös tyypillisessä hankintatilanteessa. ”Jos tarjous hylätään, olkoon se rauennut vaikka aika, jonka se muuten olisi ollut voimassa, ei ole mennyt umpeen.”

Hankintayksikkö voi siis löytää itsensä tilanteesta, jossa sillä ei ole yhtään sitovaa tarjousta, joka voitaisiin hyväksyä uudessa hankintapäätöksessä. Ei voitane katsoa, että edes markkinaoikeuteen hakemuksen tehneen toimittajan antama tarjous sitoisi tätä, jos tarjous on rauennut yleisten oppien mukaan. Samansuuntainen ongelma voi syntyä tilanteessa, jossa hankintayksikkö ei tarjoukset alun perin saatuaan pysty tekemään hankintapäätöstä riittävän joutuisasti. Esimerkiksi Eskolan ja Ruohoniemen mukaan hankintayksikön on jo ennen tarjousten voimassaoloajan päättymistä syytä pyytää yrityksiltä tarjousten voimassaoloajan pidentämistä. Jos yritykset eivät enää sitoudu tarjouksiin, saattaa uusi tarjouskilpailu osoittautua aiheelliseksi.¹⁵³

Jos hankintapäätös saatetaan markkinaoikeuden tutkittavaksi, hankintayksikkö voi periaatteessa jo tällöin selvittää, ovatko toimittajat valmiita jatkamaan tarjousten voimassaoloa. Tällainen kysely saattaa ehkä olla kuitenkin tarkoituksenmukainen lähinnä vain tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan suhteen. On syytä panna merkille, että myös voittajan esittämän tarjouksen voidaan katsoa raukeavan, jos hankintasopimusta ei tehdä määrättyssä ajassa. Ei ole perusteltua katsoa, että voittajan velvollisuus hankintasopimuksen tekemiseen pysyisi voimassa, kunhan tälle edullinen hankintapäätös on tehty tarjouksen voimassaoloajan puitteissa. Kun otetaan huomioon markkinaoikeuskäsittelyyn pahimmillaan kuluva aika, velvollisuuden olemassaolo voisi helposti johtaa kohtuuttomuuteen toimittajan kannalta.

¹⁵³ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 245.

Käytännössä meneteltäneen usein niin, että tarjousten voimassaoloa ryhdytään selvittämään vasta, kun markkinaoikeus on tehnyt päätöksensä asiansa. Jos hankintapäätös kumotaan, hankintayksikkö ottaa yhteyttä ainakin siihen toimittajaan, jonka tiedetään tulevan valituksi uudessa hankintapäätöksessä. Mikäli tämä ilmoittaa olevansa valmis sopimukseen aikaisemmin ehdoin, hankintayksikkö voi tehdä hankintapäätöksen kyseisen toimittajan eduksi. Ongelmallisempi on kysymys siitä, kuinka hankintayksikön tulee menetellä esimerkiksi siinä tapauksessa, että toimittaja kieltäytyy aikaisemman tarjouksen uusimisesta esittäen omalta kannaltaan jonkin verran paremman tarjouksen. Koska hankintayksikkö on edelleen sidottu alkuperäiseen hankintamenettelyyn, hankintayksikkö voinee tehdä toimittajalle edullisen hankintapäätöksen vain sillä edellytyksellä, että toimittaja on valmis sopimukseen alkuperäisen menettelyn näkökulmasta hyväksyttävien ehdoin.

Hankintayksiköt voisivat periaatteessa yrittää varautua etukäteen markkinaoikeusprosessiin siten, että tarjouspyynnöissä vaadittaisiin tarjouksilta pitkää, ehkä jopa yli vuoden voimassaoloa. Tällaista menettelyä ei kuitenkaan voitane pitää yleensä tarkoituksenmukaisena. Koska tarjouksen voimassaoloajan pidentäminen tuo epävarmuutta toimittajalle, nämä saatavat kompensoida asiaa korottamalla hintojaan.¹⁵⁴ Vaikka hankintalaissa ei ole säädetty tarkemmin tarjouksen voimassaolosta, herää kysymys, voivatko hyvin pitkät tarjoajien sidonnaisuudet vaarantaa tarjoajien tasapuolisen kohtelun. Teoriassa mahdollinen voisi olla jopa tarjouspyyntö, jonka mukaan tarjouksen pitää olla voimassa siihen asti, että hankinta on myös mahdollinen markkinaoikeuskäsittely huomioon ottaen saatu päätökseen.

7.3 Hankintapäätöksen kumoaminen sopijakumppanin näkökulmasta

Markkinaoikeudelta saatetaan hakea hankintapäätöksen kumoamista siitä huolimatta, että hankinnasta on jo syntynyt siviilioikeudellinen sopimus. Kuten jäljempänä jaksoissa 7.4 ja 7.5 tarkemmin esitetään, meillä on esiintynyt käsitystapa, jonka mukaan hankintapäätös voidaan tietyin edellytyksin kumota sopimuksesta huolimatta. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin sitä, mitä kumoaminen merkitsisi sopijakumppanin näkökulmasta. Yksinkertaisuuden vuoksi tarkastelu kohdistetaan etupäässä vain kaup-

¹⁵⁴ Ks. myös *SOU 2006:28* s. 288.

pasopimukseen. Lähtöoletuksena on, että markkinaoikeus ei ole tehnyt virhettä hankintapäätöksen kumoamisessa. Tarkoituksena ei toisaalta ole ottaa tässä yhteydessä kantaa siihen, millaisissa tilanteissa markkinaoikeus todella voi oikeutemme mukaan ryhtyä hankintapäätöksen kumoamiseen.

Lähestytään problematiikkaa esimerkin avulla. Ajatellaan tilannetta, jossa hankintayksikkö on järjestänyt avoimessa menettelyssä tarjouskilpailun EU-kynnysarvon ylittävässä kauppaan tähtäävässä tavarahankinnassa. Hankintayksikkö tekee hankintapäätöksen, joka osoittaa A:n tarjouskilpailun voittajaksi. Oletetaan, että hankintayksikön ja A:n välille syntyy siviilioikeudellisesti pätevä sopimus kaupasta. Kilpaileva tarjoaja B hakee markkinaoikeudelta hankintapäätöksen kumoamista, mikä sittemmin johtaakin hankintapäätöksen kumoamiseen.

Oletetaan, että tapauksessa olisi sovittu esimerkiksi siitä, että hankintayksikön on maksettava kauppahinta kuukauden kuluttua sopimuksen tekemisestä. A voi ainakin lähtökohtaisesti edellyttää hankintayksiköltä suoritusta siitä huolimatta, että asiassa on tehty hakemus markkinaoikeuteen tai että hankintapäätös kumotaan. Jos hankintayksikkö ei tee suoritusta, A voi kääntyä tuomioistuimen puoleen. Myyjällä on kauppalain (27.3.1987/355) 52.1 §:n nojalla oikeus pysyä sopimuksessa ja vaatia kauppahinnan maksamista. Prosessuaaliselta kannalta kyse on siitä, että myyjä voi saada tuomioistuimelta täytäntöönpanokelpoisen tuomion, jossa ostaja velvoitetaan maksun suorittamiseen.¹⁵⁵

Myös nykyään voidaan pitää lähtökohtana, että myyjä voi vaatia ostajalta luontoissuoritusta ilman, että ostaja voisi halutessaan vetäytyä sopimuksesta.¹⁵⁶ KL 52.2 §:ssä säädetään kuitenkin tilanteesta, jossa ostaja peruuttaa sellaista tavaraa koskevan tilauksen, joka on *erityisesti valmistettava tai hankittava* häntä varten. Myyjä ei tällöin saa pysyä sopimuksessa jatkamalla valmistusta tai muita valmisteluja tavarantoimituksesta var-

¹⁵⁵ Ks. esim. *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo* 2006 s. 162–163, jossa todetun mukaan myyjä voi pysyä kaupassa ja vaatia maksua silloinkin, kun tavaraa ei ole vielä luovutettu ostajan joutuessa viivästykseen.

¹⁵⁶ Ks. esim. *Routamo* 1990 s. 168–169, *Aurejärvi – Hemmo* 1998 s. 76–77 ja *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo* 2006 s. 179–181. Vetäytymisen käsite voidaan ymmärtää eri tavoin. Esimerkiksi Rudanko on puhunut siitä, että sopijapuoli, tavallisesti luontoissuorituksen velkoja, purkaa sopimuksen voimatta vedota vastapuolen sopimusrikkomukseen (*Rudanko* LM 1988 s. 46). Saatetaankin ajatella, että kyse on tietynlaisesta sopimuksen purkamisen erityisluonteesta. Esimerkiksi Aurejärvi ja Hemmo edustavat toisaalta ajatustapaa, jonka mukaan vetäytyminen ei jäsenny purkamisen alalajiksi: kyse on saman tason käsitteistä (ks. tarkemmin *Aurejärvi – Hemmo* 1998 s. 75–76, vrt. *Kaisto* 2009 s. 135).

ten sekä vaatimalla kauppahinnan maksamista, ellei valmistelujen keskeyttämisestä aiheudu hänelle olennaista haittaa tai vaaraa siitä, että peruutuksesta aiheutuva vahinko jää korvaamatta. Vahingonkorvaus peruutuksen johdosta määräytyy kauppalain 13 luvun säännösten mukaan.

Jos hankintasopimus kuuluu KL 52.2 §:n alaisuuteen, hankintayksiköllä on suoraan lain nojalla mahdollisuus tilauksen peruuttamiseen. Kuten edellä jaksossa 7.1 esitettiin, markkinaoikeudella ei ole valtaa puuttua tehtyyn sopimukseen. Myöskään hankintapäätöksen kumoamisella ei ole suoranaista merkitystä sopijakumppanin kannalta. Hankintayksiköllä on kuitenkin mahdollisuus päästä eroon sopimuksesta, tosin vahingonkorvaus-seuraamuksin. Se, että markkinaoikeus kumoaa hankintapäätöksen, saattaa johtaa siihen, että hankintayksikkö katsoo parhaaksi ryhtyä KL 52.2 §:ssä säänneltyyn tilauksen peruuttamiseen.

Se, että kyse ei ole KL 52.2 §:ssä tarkoitettusta kaupasta, ei oikeuta päätelmään, jonka mukaan hankintayksiköllä ei voisi olla vetäytymisoikeutta. Huomiota voidaan kiinnittää myös sopimusoikeuden yleisiin oppeihin.¹⁵⁷ Saatetaan esimerkiksi pohtia, voisiko hankintapäätöksen kumoaminen saada aikaan sen, että hankintayksikölle syntyisi oikeus vetäytymiseen. Tämä ratkaisu ei tunnu kuitenkaan perustellulta otettaessa huomioon myös se, että päätöksen kumoamiseen johtanut virheellisyys on ollut hankintayksikön vastuulla. Myyjä ei ole välttämättä edes käsittänyt, että markkinaoikeudella (tai jollain muulla tuomioistuimella) saattaisi olla valta määrätä hankintapäätöksen kumoamisesta.

Tilanne on jossain määrin ongelmallisempi, jos A voi täyttää sopimuksen vain, mikäli hankintayksikkö myötävaikuttaa kauppaan määrätyllä tavalla. Hankintayksikkö voi hakemuksen tekemisen tai viimeistään päätöksen kumoamisen jälkeen ryhtyä niskoittelemaan myötävaikuttamisessa. KL 50 §:ssä kuitenkin säädetään, että ostajan tulee:

- 1) myötävaikuttaa kauppaan sillä tavoin kuin häneltä kohtuudella voidaan edellyttää, jotta myyjä voi täyttää sopimuksen; ja
- 2) noutaa tai vastaanottaa tavara.

Vaikka ostajan tulee säännöksen mukaan siis noutaa tai vastaanottaa tavara, kyse ei ole sellaisesta velvollisuudesta, jonka mukaiseen käyttäytymiseen voitaisiin velvoittaa tuomioistuimessa. Ostajan niskoittellessa myyjä voi KL 53.1 §:n mukaan pysyä sopimuksessa ja vaatia, että ostaja myötävaikuttaa kauppaan 50 §:n 1 kohdan mukaisesti. Kohtaa 2 ei siis

¹⁵⁷ Ks. myös *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo* 2006 s. 179.

mainita (ks. myös KL 51.2 §). Jos ostaja ei täytä ”varsinaista” myötävaikutusvelvollisuuttaan, myyjä voi pyytää tuomioistuimelta päätöstä, jossa ostaja velvoitetaan kyseessä olevan velvollisuuden mukaiseen käyttäytymiseen.¹⁵⁸

Myötävaikutusvelvollisuus ei kuitenkaan ole poikkeukseton. KL 53.1 §:ssä on osoitettu kaksi syytä, joiden vallitessa ostaja ei ole velvollinen myötävaikuttamaan kauppaan. Käsillä voi ensinnäkin olla este, jota ostaja ei voi voittaa. Toiseksi myötävaikutus saattaisi edellyttää uhrauksia, jotka ovat kohtuuttomia verrattuna myyjälle siitä koituvaan etuun, että ostaja myötävaikuttaa kauppaan.

Kysymykseksi jää, voidaanko hankintapäätöksen kumoamista pitää vapautumisperusteena. Tähän voitaisiin varovaisesti suositella kieltävää vastausta. Hankintapäätöksen kumoaminen ei itsessään tarkoita sitä, ettei ostaja voisi täyttää kauppasopimuksen mukaista myötävaikutusvelvollisuuttaan. Voidaan suhtautua myös epäillen siihen, että markkinaoikeus saisi velvoittaa hankintayksikön käyttäytymään tavalla, joka olisi ristiriidassa sopimuksen mukaisten velvollisuuksien kannalta. Hankintapäätöksen kumoaminen merkitsee joka tapauksessa itsessään vain hankintapäätöksen kumoamista, joka ei rajoita hankintayksikön mahdollisuutta noudattaa asiassa jo tehdyn sopimuksen mukaisia velvoitteita.

Edellä on otettu perustelemattomaksi lähtöoletukseksi se, että hankintapäätöksen kumoaminen voi tulla kyseeseen tarkastellun kaltaisen kaupan yhteydessä. Esitetyn perusteella herää kuitenkin kysymys, *onko kumoamiseen ylipäätään perusteltua suhtautua hyväksyvästi*. Asia voi näyttää oudolta eritoten hankintayksikön kannalta. Vaikka markkinaoikeus kumoaisi hankintapäätöksen, käsillä voi olla tilanne, jossa hankintayksikön on pakko noudattaa sopimusvelvoitteitaan.

Jos hankintapäätöksen nojalla on tehty sitova kauppasopimus, hankintapäätöksen kumoaminen voi olla omiaan luomaan epäilyksiä oikeusjärjestyksen johdonmukaisuutta kohtaan. Toisaalta voidaan kyllä huomauttaa, että kumoaminen on itsessään melko ”harmiton” ilmiö. Mikäli hankintayksikkö ottaa kumoamisen vakavasti, se voi myös pyrkiä saamaan sopijakumppaninsa suostumaan neuvotteluteitse kaupan purkamiseen pyrkimyksensä hankinnan uudelleen toteuttaminen.

Koska edellä on pidetty silmällä vain kauppaa, on esitetystä tehtävä varoen yleistäviä päätelmiä. Kunkin sopimustyyppin osalta täytyy esimerkiksi erikseen kysyä, onko hankintayksikön sopijakumppanilla oikeutta

¹⁵⁸ Ks. esim. *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo* 2006 s. 173.

vaatia sopimuksessa pysymistä ilman, että hankintayksikkö voisi halutesaansa vetäytyä sopimuksesta.¹⁵⁹ Merkille on syytä panna myös se, että KL 53.1 §:stä ilmenevä periaate ei välttämättä päde kaikissa tilanteissa. Säännöksen nojalla myyjä voi vaatia ostajalta käyttäytymistä, joka on tarpeen myyjän suorituksen tekemisen kannalta. Tämäntyyppisten veloitteiden osalta joudutaan aina erikseen kysymään, onko tarkoituksenmukaista antaa sopijakumppanille mahdollisuus pyytää tuomioistuimelta kyseiseen käyttäytymiseen velvoittava suoritustuomio.¹⁶⁰

7.4 Sopimus ennen hakemusta reaalikeynojen kannalta

Siitä, että markkinaoikeus ei voi puuttua tehtyyn sopimukseen, on usein tehty varsin suoraviivaisesti reaalikeynoja koskevia päätelmiä. Esimerkiksi Kuusniemi-Laine ja Takala ovat esittäneet seuraavaa:¹⁶¹

”Markkinaoikeudella ei ole toimivaltaa puuttua olemassa oleviin sopimuksiin. Jos sitova hankintasopimus on siis tehty ennen markkinaoikeusprosessin alkua, prosessi ei enää vaikuta tarjouskilpailun voitaneen yrityksen asemaan eikä hankintasopimuksen sisältöön. Tällöin markkinaoikeus käsittelee vain kysymystä siitä, onko hankintayksikkö määrättävä maksamaan hakijalle hyvitysmaksua.”

Kysymykseksi jää, miksi kyvyttömyydestä puuttua olemassa oleviin sopimuksiin seuraisi se, ettei markkinaoikeus voisi määrätä reaalikeynoista. Ainakaan siinä, että hankintapäätös voitaisiin kumota hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta, ei itsessään olisi mitään kestäväntöntä. On syytä panna merkille, että *hankintayksiköllä* voi olla esimerkiksi mahdollisuus saada sopimus purettua. Hankintapäätöksen kumoaminen voisi näin ollen ainakin teoriassa johtaa siihen, että sopimus raukeaisi hankintayksikön toi-

¹⁵⁹ Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista käsitellä lähemmin sitä, millaisissa tilanteissa sopijakumppanilla on suoraan lain nojalla oikeus vetäytyä sopimuksesta. Esimerkiksi Aurejärvi ja Hemmo ovat kiinnittäneet vuonna 1998 huomiota siihen, että sopimuksesta vetäytymisen merkitys näyttää olevan vahvistumassa. He mainitsevat tässä yhteydessä erityisesti sopimuksen heikommalle osapuolelle annetut mahdollisuudet. Luontois-suoritusvelvollisuudesta vapauduttaessa velvoite muuttuu vahingonkorvaukseksi, joka saattaa olla normaalia lievempi niin, että vastuu ei käsitä kokonaan sopimuksen täyttämisestä sopijakumppanille seuraavaa odotusarvoa (*Aurejärvi – Hemmo* 1998 s. 76–77).

¹⁶⁰ Ks. myös esim. *Rudanko* 1989 s. 249–251, *Aurejärvi – Hemmo* 1998 s. 81 ja *Hemmo* 2003b s. 196–197.

¹⁶¹ *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 223.

menpiteiden vuoksi. Epävarmaa on kuitenkin, voisiko markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön sopimuksen purkamiseen.

Kun hankintalaki säädettiin, siihen ei otettu säännöksiä, joissa olisi otettu kantaa hankintayksikön velvollisuuteen purkaa (tai irtisanoa) tehty sopimus. Ainakin ensi katsannossa näyttää siltä, että tämä oli linjassa direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan kanssa. Tämän kohdan toisen alakohdan mukaan jäsenvaltio sai tietyllä edellytyksellä säätää, että ”sen jälkeen kun sopimus on tehty, muutoksenhakumenettelystä vastaavan elimen toimivalta rajoittuu vahingonkorvauksen määräämiseen niille, joiden etua virheellinen menettely on loukannut.” Tämä ei kuitenkaan pätenyt siinä tapauksessa, että päätös piti poistaa ennen vahinkojen korvaamista.

EY-tuomioistuin antoi 18.7.2007 asiassa C-503/04 ratkaisun, jossa otettiin kantaa mainittuun problematiikkaan. Komissio oli nostanut kanteen Saksan liittotasavaltaa vastaan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen vuoksi. Tuomion mukaan edellä mainitussa 2 artiklan 6 kohdassa jäsenvaltiot kyllä valtuutettiin pitämään julkisista hankinnoista annettujen direktiivien vastaisesti tehtyjen sopimusten vaikutukset voimassa. Siitä ei kuitenkaan voinut sisämarkkinoiden luomista koskevien EY:n perustamissopimuksen määräysten soveltamisalaa kaventumatta aiheutua, että hankintaviranomaisen menettelyä ulkopuolisia kohtaan olisi pidettävä yhteisön oikeuden mukaisena tällaisten sopimusten tekemisen jälkeen. Myös Suomi oli tukenut Saksan liittotasavallan väitettä siitä, että direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan toisesta alakohdasta voitiin johtaa, ettei velvollisuutta sopimuksen purkamiseen voinut olla kyseessä olevan kaltaisessa tapauksessa. Asiassa vedottiin menestyksettä myös oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatteisiin, *pacta sunt servanda* -periaatteeseen, omaisuudensuojaa koskevaan perusoikeuteen, EY 295 artiklaan ja tuomion vaikutusten ajallista rajoittamista koskevaan EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.

Reaalikeinot sopivat parhaiten tilanteeseen, jossa hankintapäätöstä ei ole pantu täytäntöön. Se, että päätöksen täytäntöönpano sopimuksen tekemisellä lakkauttaisi mahdollisuuden reaalikeinoihin, tuntuu tähän nähden järkeenkäyvältä ratkaisulta.¹⁶² Toisaalta herää kysymys, onko sopimukselle

¹⁶² Vallitsevaa ajattelutapaa voitaneen kuvata siten, että reaalikeinot edellyttävät ”kesken-eräistä” hankintaa. Jos hankinta on saatettu loppuun, hyvitysmaksu on ainoa mahdollinen seuraamus. Esimerkiksi Eskolan ja Ruohoniemen mukaan Suomessa hankintasopimuksen tekemisen on katsottu tarkoittavan viimeistä hankintamenettelyn varsinaisesti päättävää vaihetta; hankintasopimusta edeltävästä kilpailuttamismenettelystä käytetään termiä hankinta (*Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 43).

itsessään pakko antaa näin suurta merkitystä. Reaalikeinoihin ryhtymisen kannalta merkitystä voisi sinänsä olla myös sillä, onko hankintasopimukseen faktisesti liittyvät toimet saatettu loppuun tai onko tosiasiallisesti mahdollista saada palautetuksi hankintasopimuksen tekemistä edeltänyt tilanne. Mielessä on syytä pitää myös se, että hankintayksiköllä saattaa jo suoraan lain nojalla olla oikeus vetäytyä sopimuksesta.

Hankintasopimukselle ei esimerkiksi Ruotsissa ole annettu vastaavaa merkitystä kuin edellä olevassa siteerauksessa. LOU 16:1:ssä säädetään siitä, millaisten edellytysten vallitessa toimittaja voi hakea yleiseltä hallinto-oikeudelta päätöstä hankinnan uudelleen teettämisestä tai loppuun saattamisesta korjauksen jälkeen (LOU 16:2). Suorahankinnasta säädetään LOU 16:1:n toisessa momentissa, jonka mukaan hakemusta ei tutkita ”efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen”. On syytä panna merkkeille, että tutkinta estyy, vaikka kyseessä oleva sopimus ei olisi 2:10:ssä tarkoitettu hankintasopimus (kontrakt).¹⁶³ Jos kyse on muusta menettelystä, hakemusta ei saa tutkia ”efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt”. Kyse on siis hankintalain mukaisesta hankintasopimuksesta. Tutkintaa koskeva sääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton, sillä LOU 16:1:n kolmas momentti kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:

”Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.”

Normaalitapauksessa hankinta katsotaan päätetyksi vasta, kun asiassa on saatu aikaan LOU 2:10:n mukainen hankintasopimus ja kymmenen päivää on kulunut siitä, kun hankintayksikkö on tiedottanut toimittajia päätöksestään. Kymmenen päivän sääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton. LOU 16:1:n neljännen momentin nojalla tietyt lähinnä valtakunnan puolustukseen tai turvallisuuteen liittyvät hankinnat ovat erityisasemassa, joskin tämä edellyttää erityistä LOU 15:22:n nojalla tapahtuvaa määräämistä. Säännös sisältää myös toisen poikkeuksen. LOU 16:1:n kolmannen momentin

¹⁶³ Ks. myös *Prop. 2001/02:142* s. 82, jossa esitetyn mukaan suorahankinnalle tyypillisissä tilanteissa olisi epätarkoituksenmukaista edellyttää kirjallista sopimusta. Mahdollista on tietysti, että asianosaiset solmivat sopimuksen, joka täyttää hankintasopimuksen tunnusmerkit (ks. myös s. 100).

toinen virke ei päde siinäkään tapauksessa, että on ehdottoman välttämättömä toteuttaa hankinta erityisellä kiireellä hankintayksikköön liittymättömistä syistä, joita hankintayksikkö ei ole voinut ennakoita.

Meillä on selvää, ettei sopimus muodosta estettä hakemuksen tekemiselle. HankintaL 77 §:ssä säädetään nimenomaisesti, että hankintasopimuksen tekeminen ei estä hakemuksen käsittelyä. Kirjallinen hakemus pitää kuitenkin tehdä 14 päivän kuluessa siitä, kun ehdokas tai tarjoaja on saanut kirjallisesti tiedon 73 §:n 1 momentissa tarkoitettusta päätöksestä sekä hakemusosoituksen. Tätä sääntelyä ei voida kuitenkaan täysin rinnastaa LOU 16:1:n sääntelyyn sen vuoksi, että Ruotsissa ei tunneta hyvitysmaksujärjestelmää. Koska markkinaoikeus voi määrätä hakemuksesta myös hyvitysmaksun, HankintaL 77 §:n sanamuodosta ei voida tehdä päätelmiä sen suhteen, mitä merkitystä sopimuksella on reaalikeynoihin ryhtymisen kannalta.

Hankintalaissa ei ole nimenomaista sääntelyä siitä, millaisissa tilanteissa reaalikeynoihin voidaan ryhtyä. Välillisiä päätelmiä voidaan kuitenkin tehdä siitä, mitä HankintaL 76.2 §:ssä säädetään hyvitysmaksun määräämisestä. Hyvitysmaksu on luonteeltaan toissijainen oikeussuojakeino, joka voi tulla määrättäväksi muun muassa siinä tapauksessa, että ”hakemus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen”. Myös lainvalmistelutöistä käy ilmi, että hankintasopimuksella on merkitystä reaalikeynojen kannalta. Hallituksen esityksen mukaan hyvitysmaksu voitaisiin lähtökohtaisesti määrätä silloin, kun ”muihin oikeuskeynoihin ryhtyminen on mahdotonta, koska hankintasopimus on jo tehty.”¹⁶⁴

Kaiken kaikkiaan on selvä, että de lege lata hankintasopimuksella on merkitystä reaalikeynoihin ryhtymisen kannalta. Joudutaan kuitenkin kysymään, *onko sopimuksella aina tällainen vaikutus*. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintasopimus tehdään vasta sen jälkeen, kun asiassa on tehty hakemus markkinaoikeuteen. Jos tämä sopimus tulee markkinaoikeuden tietoon, herää kysymys, saako markkinaoikeus määrätä reaalikeynoista (tähän kysymykseen palataan 7.5 jaksossa).

Erityisen kiinnostava kysymys varallisuuskeynoellisesta näkökulmasta koskee sitä, *voiko edes ennen hakemuksen vireilletuloa tehty/syntynyt sopimus aina saada aikaan sen, että reaalikeynoihin ei voida ryhtyä*. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankinnasta tehdään sopimus, jota ei kuitenkaan voida pitää HankintaL 5 §:n mukaisena ”kirjallisena” sopimuk-

¹⁶⁴ HE 50/2006 vp s. 119, ks. myös esim. Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 343, Kalima – Häll – Oksanen 2007 s. 250 ja Pekkala 2007 s. 480.

sena. Siviilioikeudellinen sopimus hankinnasta ei siis välttämättä ole hankintalaissa tarkoitettu hankintasopimus. Voitaisiinko katsoa, että reaali-keinot poissulkeva vaikutus on vain sellaisella sopimuksella, joka tunnistetaan hankintasopimukseksi hankintalain järjestelmässä?

Siviilioikeudellisesta näkökulmasta tuntuu oudoksuttavalta katsoa, että reaali-keinoihin ryhtyminen riippuisi noudatetusta muodosta, vaikka muodolla ei ole merkitystä sopimuksen varallisuus- ja oikeudellisten vaikutusten kannalta. Epäilykset eivät olekaan aiheettomia. Ei ole kuitenkaan perusteltua väittää ilman asian lähempää tutkimista, että siviilioikeudellinen sopimus muodostaisi esteen reaali-keinoille. Mielessä on syytä pitää myös hankintalain taustalla olevat direktiivit ja niissä korostetut oikeusturvapäätökset, jotka osaltaan ovat saattaneet vaikuttaa siihen, millaiseksi oikeustila on muodostunut.

Sillä, täytyykö sopimuksen täyttää myös hankintalain mukaiset erityisedellytykset, on suuri niin käytännöllinen kuin periaatteellinen merkitys. Seuraavassa tarkastellaan oikeustilaa neljänä eri ajanjaksona eli

- 1) vanhan hankintalain aikaan
- 2) vuoden 1998 muutoksen jälkeen
- 3) vuoden 2005 muutoksen jälkeen ja
- 4) vuoden 2007 uudistuksen (nykyisen hankintalain säätämisen) jälkeen.

1) *Oikeustila vanhan hankintalain aikaan*

Vanhassa hankintalaissa lähdettiin alun perin siitä, että hankintasopimuksen tekemisen jälkeen vireille pantua hakemusta ei tutkittu (9.3 §). Hankintasopimuksen käsitettä ei laissa määritelty. Hankinnalla tarkoitettiin tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Sääntely johti merkittävään tulkinta-ongelmaan. Oliko hankintasopimuksen tekeminen ymmärrettävä niin, että hankintasopimus oli tehty, kunhan *siviilioikeudellinen sopimus* hankinnasta oli syntynyt?

Myös Ruotsissa jouduttiin vastatusten samansuuntaisen ongelman kanssa. Vanhan hankintalain 7:1:ssä lähdettiin siitä, ettei hakemusta saanut tutkia sen jälkeen, kun päätös toimittajasta oli tehty. Hankintasopimus puolestaan määriteltiin kirjalliseksi sopimukseksi (1:5). Regeringsrätten katsoi liikennealaa koskevassa tapauksessa RÅ 1996 ref. 50, että sopimuksen päättämällä oli ratkaiseva merkitys hakemuksen tutkimiselle. Tämä puolestaan määräytyi kirjallisen sopimuksen tekemisen perusteella, vaikka tarjoukseen olisi aikaisemmin annettu hyväksyvä vastaus. Regeringsrätten antoi etusijan direktiiville 92/13/ETY katsoen hankintalain 7:1:n ol-

leen ristiriidassa direktiivin kanssa, sillä 2 artiklan 6 kohdan toisen alakohdan perusteella ratkaiseva merkitys täytyi olla hankintasopimuksen tekemisellä.

Direktiivit eivät samoin kuin asetukset tule välittömäksi osaksi jäsenvaltioiden kansallista oikeutta, vaan ne on pantava täytäntöön. Direktiiveillä voi kuitenkin tiettyjen erityisedellytysten täytyessä olla välitön (vertikaalinen) oikeusvaikutus.¹⁶⁵ Vaikka välitöntä oikeusvaikutusta ei olisi, direktiiveillä on joka tapauksessa tulkintavaikutus. Etenkin niissä tilanteissa, joissa tulkitaan juuri direktiivin vuoksi annettua kansallista lainsäädäntöä, on hyviä perusteita lähteä direktiivin suuntaisista merkityksistä.

Kun hankintalain 7:1:n ongelmallisuus havaittiin, Ruotsissa muutettiin säännöstä siten, että siinä ryhdyttiin puhumaan sopimuksen päättämisestä. Oikeusturvakeinoja koskevaan sääntelyyn tehtiin sittemmin myös lisämuutoksia. Tässä yhteydessä olennaista on, että lainvalmistelutöissä suhtauduttiin hyväksyvästi siihen, että hankintalainsäädännössä tarkoitettu hankintasopimus (upphandlingskontrakt) voitiin erottaa siviilioikeuden sääntöjen mukaan syntyvästä sopimuksesta. Kun sääntelyä uudistettiin 2000-luvun alkupuolella, katsottiin nimenomaisesti, että osapuolet voivat olla siviilioikeudellisesti sidotut sopimukseen, joka ei kuitenkaan ole hankintasopimus eikä myöskään päätä hankintaa hankintalaissa tarkoitetulla tavalla.¹⁶⁶

Kuten edellä jaksossa 6.2 todettiin, meillä kilpailuneuvosto katsoi Siro-lan Liikenne -tapauksessa, että *kysymys hankintasopimuksen tekemisestä voitiin erottaa siviilioikeudellisen sopimussidonnaisuuden syntymisestä*. Tulkittaessa, mitä hankintasopimuksen tekemisellä tarkoitettiin tuolloisen hankintalain 9.3 §:ssä, oli tarjolla kaksi lähestymistapaa:

- 1) Sopimuksen tekemisellä tarkoitetaan sopimuksen syntymistä siviilioikeudellisten säännösten ja periaatteiden mukaisesti.
- 2) Hankintaa tarkastellaan vaiheittaisena tapahtumasarjana, joka etenee tarjousmenettelystä sopimusasiakirjojen allekirjoittamiseen. ”Tästä näkökulmasta sopimusoikeudellinen sidonnaisuuden syntyminen ja sopimuksen tekeminen ajoittuvat eri ajankohtiin.”

Kilpailuneuvoston mukaan kysymykseen ei saatu valaistusta kotimaisesta lainsäädäntöaineistosta. Toisaalta tulkinta-aineistoon kuuluivat myös EY:n

¹⁶⁵ Ks. tarkemmin esim. *Ojanen* 2006 s. 54–56 ja 90–93.

¹⁶⁶ Ks. tarkemmin *Prop. 2001/02:142* s. 74 ja 78.

julkisia hankintoja koskevat direktiivit. Oikeusturvanäkökohtien osalta ainakin 1. ja 2. oikeusturvadirektiivissä (89/665/ETY ja 92/13/ETY) säädettyjen minimivaatimusten piti täytyä. Oikeussuojadirektiivien kantava periaate oli, että jäsenvaltioiden piti järjestää muutoksenhaku siten, että hankintamenettelyissä syrjityillä oli oltava tehokkaat ja riittävät keinot oikeuksiensa turvaamiseksi.

Kilpailuneuvosto oli samankaltaisessa tilanteessa kuin *regeringsrätten* tapauksessa RÅ 1996 ref. 50. Erona oli kuitenkin se, että kotimainen hankintalaki oli tulkinnanvarainen. Kilpailuneuvosto kiinnitti huomiota siihen, että siviilioikeudellisen sopimuksen syntymisen ratkaisuus saattoi johtaa asiallisesti kyseenalaiseen lopputulokseen:

”Tarjouskilpailuun osallistuneet elinkeinonharjoittajat saavat tiedon hankintapäätöksestä silloin kun siitä heille ilmoitetaan. Jos hyväksytään tulkinta, että jo hankintapäätöksen tiedoksisaanti katsotaan 9 §:n 3 momentissa tarkoitetuksi hankintasopimuksen tekemiseksi, joka katkaisee syrjityksi tulleen elinkeinonharjoittajan valitusmahdollisuuden, merkitsee tämä käytännössä sitä, että hankintapäätöksessä ilmenevää syrjintää ei yleensä voisi saattaa kilpailuneuvoston tutkittavaksi. Tarjoajien oikeusturva rajoittuisi siten lähinnä tarjouspyynnön teknisiin eritelmiin, tarjouspyyntövaiheessa tapahtuneisiin muutovirheisiin ynnä muihin vastaaviin seikkoihin, joista on mahdollista valittaa jo ennen hankintapäätöksen tekemistä tai tiedoksisaantia. Julkisia hankintoja koskevan lain esitöistä ei ilmene, millaiseksi on tarkoitettu 9 §:n 3 momentin toimivaltasäännöksen suhde hankintayksiköiden velvoitteita ja tarjoajien oikeusturvaa koskeviin säännöksiin. Kilpailuneuvosto katsoo kuitenkin, että lakia on pyrittävä tulkitsemaan siten, etteivät sen säännökset ole sisällöllisessä ristiriidassa keskenään ja että lain tarkoitus toteutuu.”

Kilpailuneuvoston mukaan tulkinta, jonka puitteissa mahdollisuus saattaa asia vireille olisi katkennut tiedoksiannon myötä, olisi ollut ristiriidassa hankintalain 9.1 §:n 1 kohdan sanamuodon kanssa. Lainvalmistelutöiden perusteella voitiin katsoa, että laissa oli tehty ero hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen välillä niissä tapauksissa, joissa hankintayksikkö tekee hankintapäätöksen jälkeen erillisen hankintasopimuksen. Myös 1. valvontadirektiivin 2 artiklan 1 ja 6 kohtien sanamuoto viittasi siihen, että ”hankintasopimuksen solmimisen on ajateltu tapahtuvan erillisenä vaiheena hankintakilpailun ratkaisemisen ja siitä tiedottamisen jälkeen. Tätä käsitystä tukevat myös muunkieliset versiot direktiivistä.”

Kysymykseksi jää, millaisiin päätelmiin edellä mainitut huomiot oikeuttivat. Kilpailuneuvosto oli oletettavasti sitä mieltä, ettei direktiiveillä ollut välitöntä oikeusvaikutusta. Ne voitiin sen sijaan ottaa huomioon kansalli-

sen lainsäädännön tulkinnassa. Herää kuitenkin kysymys, rasittiko hankintalakia puute, jonka korjaaminen olisi edellyttänyt lainsäätäjän toimenpiteitä. Toisaalta hankintalain 9.3 §:ää oli mahdollista tulkita siten, että siviilioikeudellisen sopimuksen syntyminen ei välttämättä muodostanut estettä hakemuksen tutkimiselle.

Kilpailuneuvosto ei tehnyt ratkaisuaan pelkästään edellä mainituin perustein. Se kiinnitti huomiota siihen, että julkisyhteisöjen hankinnoissa oli Suomessa vanhastaan noudatettu periaatetta, jonka mukaan valintapäätöksen jälkeen tarjouskilpailun voittaneen yrityksen kanssa tehdään erillinen kirjallinen sopimus. Kyseessä olevassa tapauksessa myös YTV:n hankintaohjeet edellyttivät kirjallisen sopimuksen tekemistä valintapäätöksen jälkeen. Tarjouspyynnön kohdassa 4.6 oli lisäksi todettu, että tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen tehdään YTV:n ja valitun liikennöitsijän välillä liikennöintisopimus.

Kilpailuneuvosto päätyi lopulta siihen, että *hankintasopimuksen tekemisellä käsillä olevassa tapauksessa tarkoitettiin julkisista hankinnoista annetun lain 9.3 §:n kannalta tarjouspyynnön kohdassa 4.6 tarkoitettun liikennöintisopimuksen allekirjoittamista*. Kun tällaista sopimusta ei ollut tehty ennen Sirolan Liikenne Oy:n hakemuksen vireilletuloa kilpailuneuvostossa, YTV:n oikeudenkäyntiväite hylättiin. – Voitaneen olettaa, että kilpailuneuvosto olisi katsonut kirjallisen sopimuksen estäneen tutkinnan siinäkin tapauksessa, että tällainen sopimus olisi tehty välittömästi tarjouskilpailun ratkaisemisen jälkeen.

Kilpailuneuvosto oli siis sitä mieltä, että siviilioikeudellisen sopimuksen syntyminen ei välttämättä tarkoittanut hankintalaissa tarkoitettua hankintasopimuksen tekemistä. Toisaalta tapauksessa tarkoitettiin kirjallisen sopimuksen laatimista. Jos sopimus kuitenkin on jo syntynyt tarjouksen ja vastauksen myötä, kirjallisen hankintasopimuksen laatiminen voi merkitä vain tietynlaista täydentävää/vahvistavaa toimenpidettä. Toisaalta on kylä sinänsä mahdollista ajatella, että tarjouksen ja vastauksen kautta syntyykin esisopimus, joka velvoittaa myöhemmän pääsopimuksen eli varsinaisen hankintasopimuksen tekemiseen.

Sirolan Liikenne -tapauksessa otettiin suoranaisesti kantaa vain tietynlaiseen hankintaan, linja-autoliikenteen hoitamiseen. Hankinnan laatuun ei kuitenkaan kiinnitetty perusteluissa erityistä huomiota. Oikeuskirjallisuudessa on nähtävästi ymmärretty kilpailuneuvoston linjaus siten, että se päti yleisesti hankintoihin.¹⁶⁷ Lieneekin perusteltua olettaa, että kilpailu-

¹⁶⁷ Ks. esim. Savola DL 2000 s. 233, Kanninen DL 2005 s. 542 ja Saarinen 2008 s. 47.

neuvosto olisi voinut antaa kirjallisen sopimuksen puuttumiselle ratkaisevan merkityksen myös esimerkiksi siinä tapauksessa, että kyse olisi ollut tavarahankinnasta.

Kilpailuneuvostolla ei ollut valtaa puuttua syntyneeseen siviilioikeudelliseen sopimussuhteeseen. Edellä jaksossa 7.3 on toisaalta todettu kauppasopimuksen tarkastelun yhteydessä, ettei ainakaan yksinomaan hankintapäätöksen kumoaminen merkittävästi vaikuta sopimuksen toisen osapuolen oikeusasemaan. Tämä johtaa pohtimaan, tuottaako hakemuksen tutkittavaksi ottaminen välttämättä suoranaista hyötyä hakemuksen tehneelle toimittajalle. Vaikka hankintapäätös olisi kumottu, hankintayksikkö olisi saattanut päätyä omassa harkinnassaan siihen, ettei kumoaminen johtanut mihinkään toimenpiteisiin sen puolelta sopimuksen olemassaolon vuoksi. Kumoamispäätöksen vähäisen merkityksen vuoksi oli toisaalta mahdollista katsoa, että kilpailuneuvostolla sinänsä oli lupa määrätä hankintapäätöksen kumoamisesta ilman, että tämä olisi johtanut sovittamattomaan risiriitaan sopimuksen varallisuus oikeudellisten vaikutusten kanssa.

Se, että kilpailuneuvosto otti Sirolan Liikenne -tapauksen tutkittavakseen, on sinänsä ymmärrettävä ratkaisu myös oikeussuojadirektiivit huomioon ottaen. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että ratkaisua perusteltiin osin tarkoituksella laatia erillinen kirjallinen sopimus. Olisi ollut parempi sanoa esimerkiksi, että tarkastellun kaltaisessa tapauksessa hankintasopimus ei voinut tulla tehdyksi hankintalain 9.3 §:ssä tarkoitetulla tavalla hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä. Kilpailuneuvoston perusteluista syntyy vaikutelma, jonka mukaan kirjallisen sopimuksen tekemisen tarkoituksella oli osaltaan ratkaiseva merkitys.¹⁶⁸ Kyse ei kuitenkaan liene välttämättömästä päätelmästä. Sirolan Liikenne -tapauksen perustelujen nojalla ei voitane väittää varmuudella, että hakemus olisi jätetty tutkimatta, jos mitään erillisen asiakirjan laatimisen tarkoitusta ei olisi ollut.¹⁶⁹

Vaatimus siitä, että asianosaiset ovat tarkoittaneet erillisen kirjallisen sopimuksen tekemistä, merkitsee ratkaisevan merkityksen antamista liian ”vähäpätöiselle” seikalle. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa on tarkoituksena, että hankintapäätöksen tiedoksianto konstituoii vastausta. Mitään erillisten asiakirjojen laadinnan tarkoitusta ei kuitenkaan ole. Ei ole mielekästä suhtautua tällaiseen tilanteeseen olennaisesti toisin kuin

¹⁶⁸ Ks. myös esim. *Savola* DL 2000 s. 233 ja *Kanninen* DL 2005 s. 542.

¹⁶⁹ Ks. myös *Saarinen* 2008 s. 47, jossa pidetään epäselvänä, millaiseksi tulkinta olisi muodostunut, ellei tarjouspyynnössä olisi ollut ehtoa sopimuksen myöhemmästä laadinnasta.

tilanteeseen, jossa asianosaiset ovat puhtaasti näytöllisistä syistä päättäneet laatia sopimuksen jo synnyttyä erillisen asiakirjan, jonka molemmat osapuolet allekirjoittavat.

2) Oikeustila vuoden 1998 muutoksen jälkeen

Hankintasopimuksen tekeminen (mitä tämä sitten tarkoittikaan) siis merkitsi vanhan hankintalain mukaan alun perin sitä, että kilpailuneuvosto ei saanut tutkia asiaa. Oikeustilassa tapahtui muutos 1.3.1998, jolloin hankintalain uusi 9 a § (19.12.1997/1247) tuli voimaan. Kyseisen säännöksen toisen momentin mukaan hakemus kilpailuneuvostoon piti tehdä ennen hankintasopimuksen tekemistä. Hankintasopimus ei kuitenkaan estänyt hakemuksen käsittelyä, jos hakemus oli tehty 14 päivän kuluessa siitä, kun tarjoajat olivat saaneet tiedon tarjouskilpailun ratkaisusta tai sitä koskevasta päätöksestä.

Jos hankintalakiin ei olisi tehty muita muutoksia, kilpailuneuvosto olisi voinut ryhtyä reaalikeinoin hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta. Riittävää olisi ollut, että hakemus oli tehty määräajan kuluessa. Samassa yhteydessä luotiin kuitenkin myös *hyvitysmaksujärjestelmä*. Hankintalain 9 §:ää muutettiin niin, että kilpailuneuvostolla oli määrätyn edellytyksin kelpoisuus määrätä hankintayksikkö maksamaan hyvitysmaksua sellaiselle asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Hyvitysmaksua voitiin määrätä maksettavaksi, jos reaalikeinot olisivat saattaneet aiheuttaa 10.3 §:ssä tarkoitettulla tavalla haittaa tai jos hakemus oli pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. – Hankintalain 10.3 §:n mukaan kilpailuneuvoston tuli väliaikaisesta toimenpiteestä päättäessään kiinnittää huomiota siihen, ettei toimenpiteestä aiheutunut vastapuolelle tai muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteen edut olisivat olleet.

Hankintalain 9 §:stä ei käynyt täysin yksiselitteisesti ilmi, että hyvitysmaksun määrääminen oli ainut mahdollinen seuraamus, jos hankintasopimus oli tehty ennen vireillepanoa.¹⁷⁰ Esitöiden perusteella tarkoituksena ei kuitenkaan ollut muuttaa oikeusturvajärjestelmää siten, että kilpailuneuvosto olisi voinut ryhtyä reaalikeinoin hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta. Hallituksen esityksessä todettiin muun muassa hankintalain 9 a §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa seuraavaa:¹⁷¹

¹⁷⁰ Ks. myös *Pohjonen* 2005 s. 136.

¹⁷¹ *HE 69/1997 vp* s. 22.

”Lakiehdotuksen 9 a §:n 2 momentin mukaan hankintasopimus ei olisi enää esteenä hakemuksen tutkimiselle, mikäli hakemus on tehty 14 päivän kuluessa siitä, kun tarjouskilpailuun osallistuneet tahot ovat saaneet tiedon tarjouskilpailun tuloksesta. Ehdotettu muutos ei estäisi hankintasopimuksen välitöntä allekirjoittamista, eikä kilpailuneuvosto voisi puuttua sopimuksen siviilioikeudelliseen sitovuuteen purkamalla sopimuksen. Kilpailuneuvosto ei siten yleensä voisi ryhtyä 9 §:n 1 momentin 1–3 kohdassa mainittuihin toimenpiteisiin, kuten hankintapäätöksen kumoamiseen, mikäli hakemus on pantu vireille sopimuksen tekemisen jälkeen. Hankintayksikkö voitaisiin kuitenkin määrätä maksamaan lakiehdotuksen 9 §:n 1 momentin 4 kohdassa määritelty hyvitysmaksu.”

Siteeraus viittaa siihen, ettei tarkoituksena ollut muuttaa sääntöä, jonka mukaan hankintasopimuksen tekeminen muodosti esteen reaalikeynolle.¹⁷² Selvä oli, että hakemus voitiin tehdä sopimuksesta huolimatta. Hankintasopimuksen tekemisellä oli kuitenkin merkitystä sen kannalta, puuttuttiinko tilanteeseen reaalikeynoin vai hyvitysmaksulla.¹⁷³ – Tulkintaongelmaksi jäi se, estikö 14 päivän määräajan kulumisen hakemuksen vireillepanon hankintalain 9 a §:n nojalla, vaikka hankintasopimusta ei olisi tehty. Kilpailuneuvosto piti omassa käytännössään riittävänä sitä, että hakemus kilpailuneuvostolle oli saapunut ennen hankintasopimuksen tekemistä.¹⁷⁴

Hankintalain 9 a §:ää muutettiin lailla 16.11.2001/1009, joka tuli voimaan 1.12.2001. Samalla annettiin uusi 9 b §, jossa säädettiin asian saattamisesta kilpailuneuvostoon. Säännöksessä täsmennettiin aikaa, jonka kuluessa hakemus piti tehdä kilpailuneuvostolle. Hankintalain 9 b §:ää muutettiin vielä lailla 28.12.2001/1530, joka tuli voimaan 1.3.2002. Kyseinen laki liittyi uuteen markkinaoikeuslakiin, jonka myötä hankinta-asiat siirtyivät markkinaoikeuden toimivaltaan. HankintaL 9 b §:n mukaan hakemus oli tehtävä 14 päivän kuluessa siitä, kun ehdokas tai tarjoaja oli saanut kirjallisesti tiedon hänen sulkemisestaan tarjouskilpailusta ja sulkemisen perusteista tai tarjouskilpailun ratkaisusta ja sen perusteista sekä kirjallisen ohjeen asian saattamisesta markkinaoikeuteen.

¹⁷² Ks. myös *HE 69/1997 vp* s. 11, jossa esitetyn mukaan ”niissä tapauksissa, joissa hankintayksikön ja tarjoajan välillä on jo tehty hankintasopimus ennen asian vireilletuloa kilpailuneuvostossa ja ennen edellä mainitun 14 päivän määräajan päättymistä, hankintayksikkö voitaisiin määrätä maksamaan asianosaiselle hyvitysmaksu.”

¹⁷³ Ks. myös esim. *Kanninen DL 2005* s. 542.

¹⁷⁴ Ks. myös *KHO 1999:45* ja *Kanninen DL 2005* s. 542, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että säännöstä mahdollisesti tulkittiin toisin kuin sitä säädettäessä oli tarkoitettu.

Edellä mainituilla muutoksilla ei ollut tarkoitus puuttua kilpailuneuvoston omaksumaan käytäntöön, jonka mukaan hankintalain mukaisen hankintasopimuksen tekeminen saattoi eriytyä siitä, milloin sopimus syntyy siviilioikeuden sääntöjen mukaan. Hallituksen esityksen 69/1997 yleisperusteluissa mainittiin nimenomaisesti Sirolan Liikenne -tapaus varsin hyväksyvään (joskin myös neutraaliin) sävyyn.¹⁷⁵ Vastaava käsitystapa kävi ilmi ehdotetun 9 a §:n perusteluista. Hallituksen esityksessä todettiin tässä yhteydessä seuraavaa:¹⁷⁶

”Voimassa olevan 9 §:n 3 momentin mukaan yksittäistä hankintaa koskevaa hakemusta ei voida tutkia, mikäli se on pantu vireille hankintaa koskevan sopimuksen tekemisen jälkeen. Tässä yhteydessä kilpailuneuvosto on tulkinnut hankintasopimuksen tekemisellä tarkoitettavan tarjouspyynnössä mainitun yksityiskohtaisen sopimuksen solmimista asianosaisten välillä. Mikäli hankintasopimus on tarkoitus tehdä kirjallisena, kilpailuneuvosto on tulkinnut sopimuksen tekemisellä tarkoitettavan sopimuksen allekirjoittamista.”

Mahdollisuus hyvitysmaksun määräämiseen muutti tietyllä tavalla prosesuaalista asetelmaa. Aiemmin oli selvä, että mahdollisuus ryhtyä reaali-keinoihin siviilioikeudellisen sopimuksen syntymisestä huolimatta oli hakijan intresseissä. Hyvitysmaksujärjestelmä saattoi kuitenkin merkitä joissain tapauksissa sitä, että hakija mieluummin katsoi olosuhteet sellaisiksi, että asiassa oli edellytykset määrätä vain hyvitysmaksusta.

Markkinaoikeus vaikutti jatkavan kilpailuneuvostossa muodostunutta käytäntöä. Tähän viittaa ainakin tapaus MAO 28/I/02, jossa perusteltiin varsin seikkaperäisesti omaksuttua kantaa, joskin lähinnä auktoritatiivisin perustein. Markkinaoikeus kiinnitti huomiota siihen, että tapauksessa hankinnasta oli ollut tarkoitus allekirjoittaa urakkasopimukset kunkin hankintayksikön (näitä oli siis useampia) ja valitun tarjoajan välillä. Urakkasopimuksia ei kuitenkaan ollut allekirjoitettu. Markkinaoikeus viittasi ratkaisunsa tueksi korkeimman hallinto-oikeuden 10.5.2001 antamaan päätökseen, kilpailuneuvoston Sirolan Liikenne -tapauksessa omaksumaan kantaan ja siihen, että kilpailuneuvoston kanta oli esitelty myös 1.3.1998 voimaan tulleen lainmuutoksen lainvalmisteluaineistossa (HE 69/1997 vp s. 8).

Sopimuksen tekemistä määrittelevä kanta oli markkinaoikeuden mukaan vakiintunut oikeuskäytännössä. Lopputuloksena oli, että asiassa ei

¹⁷⁵ HE 69/1997 vp s. 8.

¹⁷⁶ HE 69/1997 vp s. 22.

ollut tehty hankintalain tarkoittamalla tavalla hankintasopimusta. Näin asiassa voitiin soveltaa seuraamuksena virheellisestä menettelystä hankintapäätöksen kumoamista, virheellisen menettelyn kieltämistä ja veloitettua virheellisen menettelyn korjaamiseen. Korkein hallinto-oikeus puolestaan katsoi päätöksessään 27.11.2002 taltio 3101, että markkinaoikeus oli voinut lausumillaan perusteilla todeta, että asiassa ei ollut syntynyt hankintalain 9.2 §:ssä tarkoitettua hankintasopimusta ennen hakemuksen viereillepanoa markkinaoikeudessa. Markkinaoikeus ei ollut toiminut virheellisesti, kun se oli kumonnut tehdyt hankintapäätökset eikä näiden kumoamisen asemesta ollut määrännyt hyvitysmaksua.

Kirjallisen sopimuksen tekeminen ei ollut ainoa seikka, joka markkinaoikeudessa muodostuneen käytännön mukaan saattoi muodostaa esteen reaali-keinoille. Esimerkiksi tapauksessa MAO 186/03 hankintayksikkö oli ilmoittanut, että hankinnan kohteena olleet kuntosalivälineet oli tilattu (kirjallisesti) ja toimitettu. Markkinaoikeus katsoi, että hankintalain mukaisista seuraamuksista tuli tämän vuoksi kyseeseen vain hyvitysmaksu (jota ei kuitenkaan määrätty edellytysten jäätystä täyttymättä). Hyvitysmaksua pidettiin ainoana vaihtoehtona myös tapauksessa MAO 44/04, jossa hankintayksikkö oli tehnyt kirjallisen tilauksen asuista, jotka oli myös toimitettu sille. Markkinaoikeus perusteli ainoastaan hyvitysmaksun mahdollisuutta sillä, että kysymyksessä olevat asut oli jo toimitettu (tässä tapauksessa hyvitysmaksu myös määrättiin).

Myös tilaus merkitsee tietynlaista varallisuus- oikeudellista tahdonilmaisua, esimerkiksi maksuvelvolliseksi sitoutumista tiettyä suoritusta vastaan. Edellä mainittuja ratkaisuja ei pidä ymmärtää siten, että reaali-keinojen poissulkeutuminen olisi markkinaoikeuden mukaan ehdottomasti edellyttänyt tilauksen ohella myös toimitusta tai muuta vastaavaa faktista toimenpidettä. Monissa tapauksissa sitä, että hyvitysmaksun määrääminen oli ainoa mahdollinen seuraamus, perusteltiin pelkästään sillä, että asiassa oli tehty hankintapäätöksessä tarkoitettu tilaus (ks. esim. MAO 111/04 ja MAO 47/06).

Hyvitysmaksua voitiin hankintalain 9.2 §:n mukaan määrätä maksettavaksi, jos reaali-keinot olisivat saattaneet aiheuttaa 10.3 §:ssä tarkoitettulla tavalla haittaa tai jos hakemus oli pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Markkinaoikeuden ratkaisujen perusteluissa puhuttiin usein esimerkiksi siitä, että tilauksen tapahtumisen vuoksi hankintalain 9.2 §:stä johtuen ainoana seuraamuksena tuli kyseeseen hyvitysmaksun määrääminen. Muotoilu saattaa kuitenkin olla seurausta lähinnä vain siitä, että tapauksessa oli faktisesti operoitu juuri tilauksella. Ei ole perusteltua väittää, että tilauksen ratkaisuvedusta puhuttaessa ei

olisi voitu tarkoittaa hankintasopimuksen ratkaisuavuutta. Esimerkiksi tapauksen MAO 170/04 tosiseikastokuvauksessa puhutaan siitä, että hankintayksikkö oli tilannut 3.5.2004 tehdyssä hankintapäätöksessä tarkoitetut virkapuvut 4.5.2004 päivätyllä kirjallisella tilauksella. Sitä, että hankintalain 9.2 §:stä johtuen ainoana seuraamuksena saattoi tulla kyseeseen hyvitysmaksun määrääminen, perusteltiin kuitenkin 4.5.2004 tehdyllä hankintasopimuksella.

Markkinaoikeus perusteli joissain tapauksissa reaalikeynojen poissulkeutumista niiden erityisistä olosuhteista johtuneella haitallisuudella, vaikka samaa lopputulosta olisi ehkä voitu perustella myös sopimuksen syntymisellä. Esimerkiksi tapauksessa MAO 172/04 hankintayksikkö oli pyytänyt tarjouksia kopiokoneiden ja fax-laitteiden leasing-sopimuksiksi. Hankintayksikkö oli ilmoittanut markkinaoikeudelle, ettei kirjallista hankintasopimusta ollut allekirjoitettu, mutta kopiokoneet oli yhtä lukuun ottamatta jo toimitettu. Markkinaoikeuden mukaan hankintapäätös oli suureksi osaksi pantu täytäntöön, koska lähes kaikki hankinnan kohteena olevista koneista oli jo toimitettu hankintayksikölle. Vaikka hankintasopimusta ei ollut vielä allekirjoitettu, markkinaoikeus katsoi, että reaalikeynot eivät voineet tulla kysymykseen, koska ne olisivat saattaneet aiheuttaa hankintalain 9.2 §:ssä ja 10.3 §:ssä tarkoitetulla tavalla suurempaa haittaa kuin mitä toimenpiteiden edut olisivat olleet (ks. myös MAO 175/04).

3) Oikeustila vuoden 2005 muutoksen jälkeen

Jonkin verran kotimaisen Sirolan Liikenne -tapauksen käsittelyn jälkeen Itävallan julkisia hankintoja käsittelevä Bundesvergabeamt sai ratkaistavakseen sittemmin kuuluisaksi tulleen Alcatel-tapauksen, jossa se päättyi erinäisten vaiheiden jälkeen pyytämään ennakkoratkaisua. Myös tässä tapauksessa jouduttiin vastatusten sopimuksen synnyn ja oikeusturvajärjestelmän keskinäisen suhteen kanssa. Itävallan hankintalainsäädännössä lähdettiin nimenomaisesti siitä, että hankintayksikön ja tarjoajan välille syntyi sopimussuhde sillä hetkellä, kun tarjoaja sai tiedon tarjouksensa hyväksymisestä. Tämä ei sinänsä estänyt tutkintaa, mutta Bundesvergabeamtin toimivalta rajoittui oikeastaan vain tapahtuneiden virheiden selvittämiseen.

EY-tuomioistuimen 28.10.1999 antama ratkaisu asiassa C-81/98 on yksi tärkeimmistä sen antamista julkisia hankintoja koskevista ratkaisuista. Direktiiviä 89/665/ETY tulkittiin siten, että jäsenvaltiot ovat velvollisia huolehtimaan siitä, että – siltä osin kuin kysymys on hankintayksikön so-

pimuksen tekemistä edeltävästä päätöksestä, jolla tämä valitsee hankintamenettelyyn osallistuneista tarjoajista sen, jonka kanssa se tekee sopimuksen – kaikissa tapauksissa on muutoksenhakumenettely, jossa valittaja voi edellytysten täytyessä saada kumotuksi kyseisen päätöksen; riittävää ei ollut se, että valittajalla oli mahdollisuus saada vahingonkorvausta, jos sopimus oli jo tehty. Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdista ei kuitenkaan voinut tulkita siten, että jäsenvaltioiden julkisten hankintojen tekemistä koskevissa asioissa toimivaltaisilla muutoksenhakuelimillä olisi ollut oikeus käsitellä muutoksenhakua tämän säännöksen mukaisiin edellytyksiin.

Alcatel-tapaus johti lopulta sääntelyn muuttamiseen useissa maissa.¹⁷⁷ Kuten edellä jaksossa 5.2 jo mainittiin, esimerkiksi Itävallassa odotusajana ei voida pätevästi tehdä hankintasopimusta. Tähän ratkaisuun päädyttiin jo 2000-luvun alussa Alcatel-tapauksen jälkimainingeissa. Jos odotusajana ei voida tehdä pätevästi sopimusta, hankintapäätökseen voidaan hakea muutosta, vaikka (pätevän) sopimuksen sinänsä katsottaisiin estävän muutoksenhaun.

Oikeussuojajärjestelmään puututtiin myös Ruotsissa, jossa muutettiin sääntelyä siten, että hakemus voitiin muissa kuin suoraanhankintatilanteissa pääsääntöisesti tutkia määrätyn ajan hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta. Uusi kymmenen päivän sääntö tehtiin siis juuri Alcatel-tuomion vuoksi.¹⁷⁸ Toimittaja voi myös nykyään hakea yleiseltä hallinto-oikeudelta päätöstä hankinnan uusinnasta tai loppuun saattamisesta korjauksen jälkeen, vaikka asiassa olisi tehty hankintasopimus (LOU 16:1). Ruotsissa on tehokkaat keinot puuttua myös täysin laittomiin suoraanhankintoihin. Regeringsrätten katsoi tapauksessa RÅ 2005 ref. 10, että hakemus voitiin tutkia sopimuksen olemassaolosta huolimatta. Vanhan hankintalain aikainen oikeuskäytäntö ei ole menettänyt merkitystään, koska vanhan lain oikeusturvasäännökset siirrettiin oikeastaan sellaisenaan uuteen lakiin.¹⁷⁹

Jos hankintayksikkö on toiminut hankintalain vastaisesti, hallinto-oikeuden pitää LOU 16:2.1:n mukaan päättää hankinnan uudelleen tekemisestä tai päättämisestä vasta korjauksen jälkeen edellytyksin, että vir-

¹⁷⁷ Komissio toimi aktiivisesti selvittäen, vastasiko jäsenvaltioiden julkisia hankintoja koskeva sääntely Alcatel-tuomion mukaisia vaatimuksia. Komissio joutui turvautumaan myös EY-tuomioistuimen apuun (ks. ainakin 3.4.2008 asiassa C-444/06 annettu ratkaisu; vastaajana Espanjan kuningaskunta).

¹⁷⁸ Ks. esim. *Prop. 2001/02:142* s. 75 ja *SOU 2006:128* s. 285.

¹⁷⁹ Ks. myös *Prop. 2006/07:128* s. 562.

heellisydestä on koitunut (tai voi koitua) haittaa toimittajalle.¹⁸⁰ Käytännössä huomiota on kiinnitetty myös siihen, onko sopimuksen mukaiset suoritukset tehty tosiasiallisesti peruuttamattomalla tavalla. Ääritapauksia lukuun ottamatta on esimerkiksi Björklundin ja Madellin mukaan vaikea sanoa yleisellä tasolla, missä käytännössä mahdollisen raja kulkee. He kiinnittävät huomiota myös siihen, että sopimuksesta riippuen toimittajalla saattaa olla mahdollisuus pakottaa hankintayksikkö noudattamaan sopimusta. He kuitenkin katsovat, että toimittajan kannalta edullisempaa on silti yleensä purkaa sopimus ja vaatia vahingonkorvausta positiivisen sopimusedun mukaan.¹⁸¹

Kuten edellä jaksossa 6.3 esitettiin, vanhaan hankintalakiin lisättiin vuonna 2005 uusi 7 a §, jonka myötä hankintayksiköille syntyi uusia velvollisuuksia. Hallituksen esityksen mukaan komissio oli antanut Suomelle perustellun lausunnon, jonka mukaan Alcatel-tapauksessa annetusta tuomiosta seurasi kolme täsmällistä velvoitetta:¹⁸²

- 1) Oli oltava olemassa sopimuksesta erillinen hankintapäätös, joka oli voitava saattaa oikeuden arvioitavaksi.
- 2) Kaikilla hankintamenettelyyn osallistuneilla piti olla tieto päätöksestä.
- 3) Oli oltava tietty riittävä viive hankintapäätöksen ja sopimuksen tekemisen välillä, jotta osallistujilla oli mahdollisuus valittaa hankintapäätöksestä.

Suomessa pyrittiin kuuliaisesti uudistamaan sääntelyä vaaditulla tavalla.¹⁸³ Hallituksen esityksessä muun muassa sanotaan, että oikeussuojadirektiivi

¹⁸⁰ Käytännössä on koitunut ongelmia siitä, että hankintayksiköt eivät aina menetele tuomioistuimen tarkoittamalla tavalla. Hankintayksikkö saattaa pitää tehdyssä sopimuksessa pysymistä kannaltaan edullisena siinäkin tapauksessa, että sillä sinänsä olisi oikeus vetäytyä siitä. Ruotsalaisessa kirjallisuudessa on kummeksittu sitä, että hankintayksikkö voisi oman oikeudellisen arviointinsa perusteella ”niskoitella” tuomioistuinta vastaan (ks. esim. *Warnling-Nerep JT* 2006-07 s. 389–390, jossa kiinnitetään huomiota tapaukseen RÅ 2005 ref. 10).

¹⁸¹ Ks. tarkemmin *Björklund – Madell SvJT* 2008 s. 593, ks. myös *Prop. 2001/02:142* s. 78, jossa esitetty viittaa lähtöoletukseen, jonka mukaan hankintayksikkö voi tarvittaessa päästä eroon sopimuksesta vahingonkorvausvastuun. Esitöissä lausutaan seuraavasti: ”Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstår innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet.”

¹⁸² *HE 237/2004 vp* s. 2–3.

¹⁸³ Jos sääntelyä ei olisi uudistettu, asiassa olisi luultavasti päädytty EY-tuomioistuimeen. Komissio voi nostaa kanteen EY-tuomioistuimessa, mikäli perusteltu lausunto ei saa jäsenvaltiota täyttämään velvollisuuksiaan (ks. kanteen edellytyksistä tarkemmin esim. *Ojanen* 2006 s. 261–263).

89/665/ETY ja EY-tuomioistuimen tulkinta Alcatel-tapauksessa edellyttävät ”muutoksenhakumenettelyä, jossa valittaja voi edellytysten täytyessä saada kumotuksi kyseisen päätöksen”. Tämän jälkeen todetaan, että hankintayksikön olisi syytä ilmoittaa päätöksen tiedoksiannon yhteydessä, ettei sopimus synny päätöksellä vaan vasta myöhemmin tehtävällä sopimuksella, joka voidaan tehdä säädetyn määräajan puitteissa. Hallituksen esityksessä vielä todetaan, että ”esityksen tarkoituksena on panna täydellisesti täytäntöön julkisia hankintoja koskevat oikeussuojadirektiivit siten kuin EY-tuomioistuimen ratkaisussa Alcatel edellytetään.”¹⁸⁴

Herää kuitenkin kysymys, oliko annettu lainsäädäntö täysin linjassa mainittujen tavoitteiden kanssa. Edellä luvuissa 5 ja 6 väitetyin mukaan vuoden 2005 muutoksella ei puututtu sopimuksen syntymiseen tai pätevyuteen, joten myös odotusaikana tehty sopimus oli pätevä siviilioikeuden kannalta.¹⁸⁵ Toisaalta lakiin ei tehty muutoksia, joiden nojalla reaali-keinoihin olisi voinut ryhtyä hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta. Markkinaoikeus saattoi määrätä hyvitysmaksusta, mutta Alcatel-ratkaisussa puhuttiin siitä, että valittajalla täytyi olla mahdollisuus saada päätös kumottua.

Kun otetaan huomioon myös reaali-keinojen edellytyksiä koskevan sääntelyn tulkinnanvaraisuus, vuoden 2005 uudistuksen jälkeen olisi nähdäkseni ollut sinänsä mahdollista tarkistaa reaali-keinoihin ryhtymisen ja hyvitysmaksun määräämisen välistä rajankäyntiä. Markkinaoikeus ei kuitenkaan muuttanut käytäntöään. Esimerkiksi tapauksessa MAO 10/07 katsottiin, että hankintayksikkö oli menetellyt täytäntöönpanossa hankintalain 7 a §:n vastaisesti tekemällä hankintasopimuksen hankintapäätöstä seuranneena päivänä. Hankintayksikkö oli toiminut muutenkin velvollisuuksiensa vastaisesti sellaisin seurauksin, että asiassa tuli harkittavaksi hankintalain 9 §:ssä säädetyn seuraamuksen määrääminen. Tältä osin markkinaoikeus totesi, että koska hankintasopimus oli allekirjoitettu, hankintalain 9.2 §:stä ja 10.3 §:stä johtuen ainoana seuraamuksena virheellisestä menettelystä saattoi tulla kyseeseen hyvitysmaksun määrääminen (tapauksessa oli tosin vaadittukin vain hyvitysmaksua).

¹⁸⁴ HE 237/2004 vp s. 4.

¹⁸⁵ Ks. myös *Pohjonen* 2005 s. 142, jossa tosin pidettiin pätemättömyyttä mahdollisena vaihtoehtona de lege ferenda. Pohjosen mukaan uuden 7 a §:n ongelmana voitiin jossain määrin pitää sitä, että ”hankintalaissa ei aseteta sanktioita eikä muitakaan negatiivisia seuraamuksia sille, jos hankintayksikkö vastoin 7 a §:n selkeää kieltoa tekee hankintasopimuksen 21 päivän määräaikana. Eräs mahdollisuus tehostaa säännöksen noudattamista niin hankintayksiköiden kuin tarjoajienkin puolella olisi ollut säätää, että vastoin hankintalain 7 a §:n säännöstä tehdyt hankintasopimukset ovat pätemättömiä.”

Vuoden 2005 muutoksen merkitykseksi näytti siis jäävän, että hankintayksiköiden piti käyttää niillä olevaa kompetenssia saada aikaan varallisuusosoikeudellisia vaikutuksia määrättyllä tavalla. Jos hankintayksikkö teki hankintasopimuksen 7 a §:n mukaista menettelyä noudattamatta, reaalikeinot eivät olleet käytettävissä. Sama päti siinäkin tapauksessa, että hankintayksikkö syyllistyi laittomaan suorahankintaan. Loukatun toimittajan täytyi tyytyä siihen, että markkinaoikeudelle voitiin tehdä hakemus, jossa oli mahdollista pyytää hyvitysmaksun määräämistä. – Vuoden 2005 muutos ei ilmeisesti saanut aikaan mitään muutosta siinä, kuinka markkinaoikeus tulkitsi reaalikeinoin ryhtymisen ja hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä.

Suomessa oli tavallaan vaikeampi ottaa Alcatel-tuomio huomioon kuin esimerkiksi Ruotsissa, koska hyvitysmaksua koskeva sääntely sekoitti kysymyksenasettelua. Jos direktiivien mukaisten vaatimusten täyttymisestä olisi haluttu täysi varmuus, myös hyvitysmaksun määräämisen edellytyksiä olisi pitänyt tarkistaa. Jossain määrin epäselväksi jää se, millaisen harkinnan perusteella vuoden 2005 muutokseen lopulta päädyttiin. Tarkoituksena oli selvästi se, että oikeussuojadirektiivit pannaan täytäntöön Alcatel-ratkaisussa edellytetyllä tavalla. Lopputuloksena näytti kuitenkin olevan se, ettei lakiin tehty muutoksia, joita ainakin kiistatta olisi voitu pitää riittävinä.

Alcatel-tapauksessa otettiin siis kantaa tilanteeseen, jossa oli kyse hankintayksikön sopimuksen tekemistä edeltävästä päätöksestä, jolla tämä valitsi hankintamenettelyyn osallistuneista tarjoajista sen, jonka kanssa se teki sopimuksen. Tämä ei kuitenkaan tarkoittanut sitä, ettei jäsenvaltioilla olisi voinut olla samansuuntaisia velvoitteita myös muissa tilanteissa. EY-tuomioistuin katsoikin 11.1.2005 asiassa C-26/03 annetussa ratkaisussa, että jäsenvaltioiden velvollisuus varmistaa tehokas ja nopea muutoksenhakumahdollisuus hankintaviranomaisten päätöksiin koskee myös päätöksiä, jotka on tehty virallisen sopimuksentekomenettelyn ulkopuolella ja ennen virallista hankintamenettelyä. Tämä muutoksenhakumahdollisuus on niiden käytössä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa kyseessä olevaa hankintaa koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata, siitä hetkestä lukien, jolloin hankintaviranomainen ilmaisee tahtonsa, jolla saattaa olla oikeusvaikutuksia. Jäsenvaltiot eivät saa edellyttää, että muutoksenhakumahdollisuus on käytettävissä ainoastaan, jos kyseisessä hankintamenettelyssä on virallisesti päästy tiettyyn vaiheeseen (Stadt Halle -tapaus).

4) Oikeustila vuoden 2007 uudistuksen jälkeen

Jos hankintasopimus on tehty ennen hakemuksen vireillepanoa, HankintaL 76.2 §:stä voidaan johtaa sääntö, jonka mukaan reaalikeinot eivät tule kyseeseen. Herää kuitenkin kysymys, *millaista hankintasopimusta edellytetään*. HankintaL 5 §:n 1 kohta sisältää hankintasopimuksen yleismääritelmän, jonka mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan hankintalaissa kirjallista sopimusta. Tästä saatetaan johtaa tulkinta, jonka mukaan siviilioikeudellinen sopimus ei välttämättä muodosta estettä reaalikeinoille. Voidaanhan katsoa, että *kun HankintaL 76.2 §:ssä puhutaan hankintasopimuksesta, tällä tarkoitetaan HankintaL 5 §:n mukaista sopimusta*. Jos sopimus ei siis täytä hankintalain ”sisäistä muotovaatimusta”, se ei muodosta estettä reaalikeinoille. Asia on näin riippumatta siitä, oliko tarkoituksena, että asiassa laaditaan myöhemmin HankintaL 5 §:n mukaiset vaatimukset täyttävä sopimusasiakirja.

Kirjallisen sopimuksen vaatimus voi täytyä, vaikka hankinta olisi toteutettu kuinka virheellisesti tahansa.¹⁸⁶ Kyse voi olla jopa tilanteesta, jossa hankintayksikkö on tietoisesti syyllistynyt laittomaan suorahankintaan. Edellä jaksossa 7.1 esitetyn perusteella toimittajan voi olla vaikea saada hyvitysmaksuakaan tällaisessa tapauksessa. Kaiken kaikkiaan vaikuttaa siltä, että de lege lata markkinaoikeudella on melko huonot mahdollisuudet puuttua laittomiin suorahankintoihin (vrt. Stadt Halle -ratkaisu).

Hankintasopimus muodostaa esteen reaalikeinoille myös siinä tapauksessa, että hankinta on sinänsä kilpailutettu asianmukaisesti. Ajatellaan esimerkiksi EU-kynnsyarvon ylittävää hankintaa, jossa hankintayksikkö avoimessa menettelyssä tekee lopulta hankintapäätöksen tietyn toimittajan eduksi. Hankintayksikkö tekee kirjallisen sopimuksen toimittajan kanssa heti hankintapäätöksen jälkeen, vaikka HankintaL 74 §:n mukaan sopimus olisi saatu tehdä vasta määräajan kuluttua. Koska kirjallinen sopimus on tehty, reaalikeinot eivät ole käytettävissä (vrt. Alcatel-ratkaisu).¹⁸⁷

Lähtökohtana de lege lata siis lienee, että kunhan HankintaL 5 §:ssä asetettu ”muotovaatimus” täyttyy, reaalikeinot eivät tule kyseeseen. Tämä ei kuitenkaan koske sellaista sopimusta, jonka on määrätty tulevan voimaan vasta, kun hankintapäätös on saanut lainvoiman (ks. myös esim. MAO 75/04). Hankintasopimus voidaan toisaalta tehdä myös esimerkiksi sellai-

¹⁸⁶ Ks. myös esim. *Pekkala* 2007 s. 480, jossa lausutun mukaan reaalikeinoja ei voida enää käyttää, jos sopimus on menettelyvirheistä huolimatta tehty eli käytännössä allekirjoitettu. Näin on asia riippumatta siitä, millainen virhe on kyseessä.

¹⁸⁷ Ks. myös esim. *Saarinen* 2008 s. 30–31.

sin ehdoin, että se purkautuu, jos hankintapäätös kumotaan. Tällainen ehtojärjestely on ilmennyt esimerkiksi tapauksissa MAO 241/03, MAO 103/04, MAO 384/07, MAO 479/08 ja MAO 139–144/09. Markkinaoikeus on katsonut tarkastellun kaltaisesta purkavasta ehdosta seuraavan, että markkinaoikeus voi ryhtyä hankintapäätöksen kumoamiseen ja muihin reaali-keinoihin hankintasopimuksen tekemisestä huolimatta.¹⁸⁸

Mainittua käytäntöä voidaan pitää perusteltuna, joskin siitä seuraa tiettyjä rajankäyntiongelmia. Ainakin ensi katsannossa vaikuttaa luontevalta katsoa reaali-keinot mahdollisiksi siinäkin tapauksessa, että hankintayksikölle on perustettu oikeus purkaa sopimus, jos hankintapäätös kumotaan. Ratkaisevan tärkeältä ei toisaalta tunnu se, syntyykö hankintayksikölle purun myötä jonkinlainen maksuvelvollisuus toimittajaan nähden. Reaali-keinot voisivat tämän vuoksi olla mahdollisia esimerkiksi siinä tapauksessa, että hankintayksikölle on perustettu oikeus sopimuksen purkamiseen sellaisin seurauksin, että hankintayksikkö joutuu suorittamaan toimittajalle tietyn vakiomääräisen korvauksen.

Ongelmaksi muodostuu se, että hankintayksiköllä saattaa olla jo ex lege oikeus vetäytyä sopimuksesta tietyin korvausvelvollisuuksin. HankintaL 76.2 §:ssä kuitenkin säädetään siitä, että jos hakemus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen, asiassa voidaan määrätä hyvitysmaksu. Sääntelyä annettaessa ei liene otettu huomioon, että sopimussuhdetta täydentävissä normistoissa voi olla eroja. Tuntuisi houkuttelevalta suosittaa tulkintaa, jonka mukaan reaali-keinot sulkeutuvat varmuudella pois hankintasopimuksen vuoksi ainoastaan niissä tilanteissa, joissa hankintayksiköltä puuttuu oikeus sopimuksesta vetäytymiseen. Tämä saattaa olla kuitenkin liian radikaali ratkaisu otettaessa huomioon se, kuinka perinteinen hankintasopimuksen ratkaisuveduutta koskeva lähtökohta on yleensä ymmärretty; tulkinta edellyttäisi myös, että markkinaoikeudessa osattaisiin arvioida, milloin hankintayksiköllä on oikeus vetäytyä sopimuksesta sopimussuhdetta täydentävän normiston perusteella.

Edellä on annettu suuri merkitys sille, että HankintaL 5 §:ssä hankintasopimus on määritelty kirjalliseksi sopimukseksi. Markkinaoikeuden käytännössä ei kuitenkaan liene pidetty tärkeänä, onko asiassa tehty juuri hankintalaissa tarkoitettu hankintasopimus. Esimerkiksi tapauksessa MAO 269/09 hankintayksikkö oli ilmoittanut pidättäytyvänsä hankinnasta positioiden 5, 8 ja 9 osalta. Muilta osin hankinnan kohteena olleet koneet, laitteet

¹⁸⁸ Ks. myös esim. *Pohjonen* 2005 s. 141–142 ja *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 223–224.

ja varusteet oli tilattu valituilta toimittajilta. Markkinaoikeus totesi, että hankintasopimusta ei ollut tehty positioiden 5, 8 ja 9 osalta, joten hankintapäätös voitiin näiltä osin kumota ja sen täytäntöönpano kieltää. Muiden positioiden osalta hankintapäätös oli pantu täytäntöön, joten HankintaL 76.2 §:stä johtuen ainoana seuraamuksena hankintayksikön virheellisestä menettelystä saattoi niiltä osin tulla kysymykseen hyvitysmaksun määrääminen.

Markkinaoikeuden käytäntöä voitaneen yleistäen kuvata siten, että *reaalikeinoihin ei ryhdytä, jos hankintapäätös on pantu täytäntöön*. HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaisen hankintasopimuksen tekeminen on ainoastaan yksi täytäntöönpanon tapa. Reaalikeinoihin ei ryhdytä esimerkiksi siinäkin tapauksessa, että hankintayksikkö on pannut päätöksensä täytäntöön tilauksella. Vanhemman käytännön vuoksi vaikuttaa kuitenkin siltä, että siviilioikeudellisen sopimuksen syntyminen ei välttämättä riitä perusteeksi olla ryhtymättä reaalikeinoihin. Jos sopimus on syntynyt hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä, käsillä ei ehkä ole sellaista täytäntöönpanotointia, jolla markkinaoikeuden mielestä olisi merkitystä reaalikeinoihin ryhtymisen ja hyvitysmaksun määräämisen rajankäynnin suhteen.

Esimerkiksi ratkaisussa MAO 28/I/02 osoitettu argumentaatio sopii huonosti ajattelutapaan, jonka mukaan sopimus muodostaa esteen reaalikeinoille sen vuoksi, ettei markkinaoikeudella ole toimivaltaa puuttua olemassa oleviin sopimuksiin. Tämä rajoitus koskee nimittäin myös sellaista sopimusta, joka on syntynyt hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä. Jos vanhempi käytäntö otetaan vakavasti, herää kysymys, miksei myös joissain muissa tilanteissa pidetä reaalikeinoja mahdollisina sopimuksesta huolimatta. Tuntuu oudolta pitää siviilioikeudellisen sopimuksen olemassaoloa ratkaisevana, kunhan vain sopimus ei ole syntynyt hankintapäätöksen tiedoksiannon myötä.

Hankintapäätöksen tai hankinnan täytäntöönpano on kriteeri, joka ei käy suoraan ilmi HankintaL 76 §:stä tai muutenkaan hankintalaista. Markkinaoikeus näyttää noudattavan sääntöjä, jotka perustuvat vain löyhästi kirjoitettuun lainsäädäntöön. Myötävaikuttavana tekijänä on ollut seuraamuksia koskevan sääntelyn puutteellisuus, joka on antanut tulkitsijalle liikkumavaraa. Markkinaoikeus on reaalikeinoihin ryhtymistä pohtiessaan jättänyt melko vähälle huomiolle direktiivin 89/665/ETY ja sen, kuinka sitä on tulkittu EY-tuomioistuimessa. Tämä lienee osittain seurausta siitä, että Suomessa on perinteisesti suhtauduttu hyvin kunnioittavasti ”*pacta sunt servanda*” -periaatteeseen, joskin suurempi merkitys lienee hyvitysmaksujärjestelmästä seuraavilla kansallisilla lainsäädännön erityispiirteillä.

Hankintapäätöksen täytäntöönpanon ratkaisu ei sinänsä ole välttämättä ristiriidassa sen kanssa, että HankintaL 76.2 §:ssä mainitun hankintasopimuksen katsotaan tarkoittavan HankintaL 5 §:n 1 kohdan mukaista sopimusta. Se, että hakemus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen, ei ole ainoa HankintaL 76.2 §:ssä mainittu peruste hyvitysmaksun määräämiselle. Hyvitysmaksu voidaan määrätä maksettavaksi myös, jos HankintaL 76.1 §:n 1–3 kohdassa tarkoitettu toimenpide saataisi aiheuttaa ”hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleisen edun kannalta suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat”.

Sääntelyä on periaatteessa mahdollista lukea siten, että jos hankintapäätös on pantu täytäntöön esimerkiksi tilauksella, reaalikeinot saattaisivat aiheuttaa suhteetonta haittaa niillä saataviin etuihin nähden.¹⁸⁹ Olisi kuitenkin uskallettua väittää, että tämä olisi markkinaoikeuden käytännön perustana. HankintaL 76.2 § on saatettu ymmärtää siten, että siinä mainittu hankintasopimus voi olla muukin kuin kirjallinen sopimus. Varteenotettava vaihtoehto on myös, että säännöstä on tulkittu tietynlaisena kokonaisuutena. HankintaL 76.2 §:n on käsitetty omalta osaltaan puoltavan sääntöä, jonka mukaan hankintapäätöksen täytäntöönpano muodostaa esteen reaalikeinoille.

Markkinaoikeuden käytäntöä ei pidä samaistaa siihen, mikä on Suomen voimassa oleva oikeus hankinta-asioissa. Tässä yhteydessä lienee kuitenkin turha käsitellä perinpohjaisesti oikeustilaa *de lege lata*, koska direktiiviä 89/665/ETY (samoin kuin direktiiviä 92/13/ETY) on muutettu merkittävästi direktiivillä 2007/66/ETY, jota ollaan parhaillaan panemassa täytäntöön. JUHO-työryhmä ehdottaa, että HankintaL 5 §:ssä olevasta hankintasopimuksen määritelmästä poistettaisiin viittaus kirjalliseen sopimukseen.¹⁹⁰ Tähän liittyy myös ehdotettu uusi HankintaL 76 §, jota käsiteltiin jo edellä jaksossa 6.4. Säännöksessä ei samoin kuin nykyisessä HankintaL 74 §:ssä lähdetä siitä, että hankintapäätöksen jälkeen täytyy tehdä juuri kirjallinen sopimus.

¹⁸⁹ Haittojen ja etujen vertailu on melko ongelmallista ajateltaessa esimerkiksi hankintapäätöksen kumoamista tilanteessa, jossa hankinnasta on jo syntynyt sopimus. Kumoamisella ei nimittäin ainakaan lähtökohtaisesti ole vaikutusta hankintayksikön ja sopijakumppanin väliseen sopimussuhteeseen lähdetessä siitä, että markkinaoikeudella ei ole valtaa puuttua sopimukseen. Myös hankintayksikkö voi olla sidoksissa sopimukseen siten, että toimittaja voi halutessaan vaatia sopimuksessa pysymistä ilman hankintayksikön vetäytymisoikeutta. Hankintayksikkö voisi tällöin todeta yksinkertaisesti, ettei hankintapäätöksen kumoaminen johda sen puolelta mihinkään toimenpiteisiin. Lopputuloksena näyttäisi olevan, ettei kumoamisesta koidu merkittävää haittaa hankintayksikölle tai tämän sopijakumppanille; toisaalta kumoamisella tuskin saavutettaisiin relevantteja etujakaan.

¹⁹⁰ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 62.

Jos kirjallisuus ei kuulu hankintasopimuksen määritelmään, HankintaL 76.2 §:ää voidaan ongelmitta tulkita siten, että ennen hakemusta muuttenkin kuin kirjallisesti tehty hankintasopimus muodostaa esteen reaali-keinoille. Jäljelle jää kysymys, voidaanko tarkastellussa suhteessa pitää riittävänä siviilioikeudellista sopimusta syntyvästään riippumatta. Myöntävä vastaus edellyttäisi vanhemman tulkintatradition (kuten Sirolan Liikenne -ratkaisun) sivuuttamista. Direktiivi 2007/66/ETY on toisaalta muuttanut lainsäädännön tavoitteita niin paljon, ettei siviilioikeudellisen sopimuksen ratkaisu ole välttämättä mitenkään ongelmallinen ratkaisu direktiivin 89/665/ETY kannalta.

Olen valmis puoltamaan varovaisesti tulkintaa, jonka mukaan JUHO-työryhmän ehdotuksen toteutuessa *siviilioikeudellinen sopimus syntyvästään riippumatta estää perinteisten reaali-keinojen käyttämisen*. Tämän kannan omaksuminen ei tosiasiallisesti rajoita merkittävästi markkinaoikeuden toimivaltaa. Hankintayksiköthän noudattavat yleensä hankintalakiä, mistä seuraa myös tietynlainen sopimuksen synnyttävästä käyttäytymisestä pidättäytyminen. Kuten edellä luvussa 6 on esitetty, nykyisessä toimintaympäristössä voidaan myös pitää perusteltuna lähtökohtaa, jonka mukaan hankintapäätöksen tiedoksianto ei itsessään konstituoi varallisuus- oikeudellista tahdonilmaisua. – Mainittu tulkinta lienee mahdollinen myös de lege lata, vaikka tämä merkitsee HankintaL 5 §:n 1 kohdan määritelmän tietynlaista sivuuttamista HankintaL 76.2 §:ää tulkittaessa.

Se, että JUHO-työryhmän ehdottamassa HankintaL 76.2 §:ssä ei edellytetä kirjallisen sopimuksen tekemistä, on jossain määrin yllättävää. Ei liene ilmennyt tarvetta luopua kirjallisen sopimuksen vaatimisesta. Saattaa olla, ettei JUHO-työryhmässä ole optimaalisella tavalla erotettu eri kysymyksiä toisistaan. Vaarana onkin, että oikeussuojakeinoihin liittyvä problematiikka sekoittuu kyseenalaisella tavalla hankintasopimuksen käsitteeseen, siviilioikeudellisen sopimuksen syntymiseen ja siihen, millaisia sopimuksen tekemiseen liittyviä velvollisuuksia hankintayksiköllä on. Eritelty tarkastelu paljastaa, että hankintayksiköltä voidaan edellyttää kirjallisen sopimuksen tekemistä, vaikka hankintasopimus ei määritelmätasolla edellyttäisi kirjallisuutta ja vaikka sopimuksia voidaan tehdä muutenkin kuin kirjallisessa muodossa.

7.5 Hakemuksen jälkeinen sopimus reaali-keinojen kannalta

Ajatellaan tilannetta, jossa hankintayksikkö turvautuu avoimeen menettelyyn EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa. Hankintayksikkö tekee sit-

temmin hankintapäätöksen, mikä puolestaan johtaa siihen, että vertailussa toiseksi tullut tarjoaja tekee hakemuksen markkinaoikeudelle. Tarjoaja pyytää markkinaoikeudelta väliaikaista kieltoa, jota ei kuitenkaan anneta. Hankintayksikkö tekee voittaneen tarjoajan kanssa kirjallisen hankintasopimuksen, mistä tehdään ilmoitus myös markkinaoikeudelle.

Jos pidetään silmällä vain HankintaL 76.2 §:n sanamuotoa, se näyttäisi mahdollistavan tulkinnan, jonka mukaan tarkastellun kaltaisessa tilanteessa tulisi turvautua reaaliikeinoihin. Säännöksen mukaan hyvitysmaksu voidaan määrätä maksettavaksi, jos hakemus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Ajatusleikkinä voidaan myös pohtia, mitä reaalikeinojen poissulkeutuminen merkitsisi, jos hyvitysmaksujärjestelmää ei olisi. Hankintayksikkö kykenisi markkinaoikeusprosessin aikana saamaan aikaan sen, ettei markkinaoikeuden käytössä olisi minkäänlaisia seuraamuksia. Ongelmallisena voidaan tosin pitää jo sitä, että edellä jaksossa 7.4 esitetyn perusteella markkinaoikeuden vakiintuneen käytännön perusteella hankintayksikkö joka tapauksessa voi ennen hakemuksen vireilletuloa saada aikaan, ettei markkinaoikeus voi määrätä reaaliikeinoista.

Vanhan hankintalain aikaan oikeuskirjallisuudessa esitettiin usein, että reaaliikeinoihin voitiin ryhtyä, jos hankintasopimus oli tehty vasta sen jälkeen, kun asiassa oli tehty hakemus kilpailuneuvostoon/markkinaoikeuteen.¹⁹¹ Kyse oli kuitenkin vain lähtökohdasta. Mainittua kantaa puollettaessa pidettiin mahdollisena, että haitta-arviointi johtaa hyvitysmaksun määräämisen pohdintaan. Esimerkiksi Savolan mukaan reaalikeinot saattoivat sulkeutua pois, jos hankintamenettely oli ehtinyt edetä käsittelyn aikana niin pitkälle, että reaaliikeinoista olisi koitunut relevanttia haittaa muiden oikeuksille tai yleiselle edulle.¹⁹²

Lähtökohtana oli siis kuitenkin se, että reaalikeinot olivat käytettävissä hankintasopimuksesta huolimatta. Hemmo piti epäselvänä, miten virheellisen menettelyn perusteella päätetyn hankintasopimuksen sitovuus määräytyi, jos reaalikeinoja sovellettiin sopimuksen tekemisestä huolimatta. Hänen mukaansa kysymys oli lähinnä siitä, ”onko sopimuksen itselleen saanut tarjoaja oikeutettu positiivisen edun mukaiseen korvaukseen, jos sopimuksen täyttäminen estyy reaalikeinojen vuoksi.”¹⁹³

¹⁹¹ Ks. esim. *Kuoppamäki* 1999 s. 1045 ja *Kuoppamäki* 2000 s. 258 sekä *Savola* DL 2000 s. 234, *Hemmo* 2003a s. 240 ja *Kanninen* DL 2005 s. 540 ja 542.

¹⁹² *Savola* DL 2000 s. 234.

¹⁹³ *Hemmo* 2003a s. 240, ks. myös *Kanninen* DL 2005 s. 540, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että laissa ei ollut nimenomaista säännöstä kumotun hankintapäätöksen vaikutuksesta päätöksen nojalla tehtyyn hankintasopimukseen.

Markkinaoikeudella ei ole valtaa puuttua sellaiseenkaan sopimukseen, joka on tehty hakemuksen vireilletulon jälkeen. Edellä jaksossa 7.4 esitetyn perusteella vallitsevaan käsitystapaan tuntuisi sopivan se, että hyvitysmaksu olisi ainoa mahdollinen seuraus tässäkin tapauksessa. Esimerkiksi JUHO-työryhmä onkin katsonut, ettei reaalikeyinojen käyttö ole mahdollista tilanteessa, jossa ”hankintayksikkö on pannut hankintapäätöksensä täytäntöön ennen kuin markkinaoikeus on tehnyt päätöksensä asiassa”.¹⁹⁴

Markkinaoikeus on kiinnittänyt monissa ratkaisuisaan huomiota siihen, että hankintasopimus on tehty ennen hakemuksen vireilletuloa (ks. esim. MAO 224/04, MAO 112/05, MAO 72/06, MAO 99/07, MAO 160/07, MAO 366/07 ja MAO 205/08). Kyse ei silti ole ollut ratkaisevan tärkeästä seikasta. Markkinaoikeudessa noudatettaneen vakiintuneesti kantaa, jonka mukaan *myös hakemuksen jälkeen tehty hankintasopimus aina-kin pääsääntöisesti muodostaa esteen reaalikeyinoista määräämiselle*. Esimerkiksi tapauksessa MAO 225/09 hakija oli vaatinut hankintapäätöksen kumoamista kokonaan tai osittain ja sitä, että markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön tekemään asiassa uuden tarjousvertailun; toissijaisesti vaadittiin hyvitysmaksua. Markkinaoikeus hylkäsi vaatimuksen hankintapäätöksen täytäntöönpanon väliaikaisesta kieltämisestä, ja hankintayksikkö teki hankintasopimuksen voittaneen tarjoajan kanssa. Markkinaoikeus katsoi, että ”koska hankintasopimus on tehty, hankintalain 76 § 2 momentista johtuen ainoana seuraamuksena hankintayksikön virheellisestä menettelystä voi tulla kysymykseen hyvitysmaksun määrääminen.”

Mainitussa tapauksessa hankintasopimus siis tehtiin sen jälkeen, kun markkinaoikeus oli hylännyt vaatimuksen täytäntöönpanon väliaikaisesta kieltämisestä (ks. myös esim. MAO 82/09, MAO 111/09 ja MAO 186/09). Tilanne on ongelmallisempi, jos asiassa on annettu väliaikainen kieltö. Tällöin herää nimittäin kysymys, voisiko tämä oikeuttaa määräämään reaalikeyinoista siitä riippumatta, onko hankintayksikkö ryhtynyt myöhemmin sopimukseen. Vallitsevaan ajattelutapaan tuntuisi sopivan kanta, jonka mukaan sopimuksella on myös tässä tapauksessa reaalikeyinot poissulkeva vaikutus. Markkinaoikeus on toisaalta esimerkiksi tapauksessa MAO 324/09, jossa tosin ilmeisesti oli noudatettu kieltoa, perustellut varsin suora-

¹⁹⁴ Näin *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 74, ks. myös s. 71, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että markkinaoikeus voi kieltää tai keskeyttää hankintaa koskevan päätöksen täytäntöönpanon taikka muutoin määrätä hankinnan keskeytettäväksi väliaikaisesti markkinaoikeuden käsittelyn ajaksi. Tämän merkitykseksi katsottiin sen varmistaminen, että reaalikeyinot säilyisivät markkinaoikeuden käytössä. Nämä keinot eivät nimittäin olleet käytettävissä, jos sopimus oli jo tehty, koska markkinaoikeus ei voinut puuttua osapuolia sitovaan sopimukseen.

viivaisesti väliaikaisella kiellolla sitä, että kyseessä oleva hankintapäätös voitiin kumota ja sen täytäntöönpano kieltää.

Vallitsevaa ajattelutapaa johdonmukaisesti seurattaessa päädyttänee siihen, että hankintasopimuksen tekemisen jälkeen hyvitysmaksu on ainoa mahdollinen seuraamus, vaikka hankintayksikkö olisi toiminut vastoin väliaikaista kieltä. Sääntö lienee melko teoreettinen, koska jos väliaikainen kieltä on annettu, sitä yleensä myös noudatetaan. Hankintayksiköt noudattanevat myös sitoumuksiaan, jotka koskevat sopimuksenteosta pidättymistä markkinaoikeusprosessin kestäessä. Jos hankintayksikkö rikkoo markkinaoikeuden asettamaa kieltä tai sitoumustaan, saatetaan joutua pohtimaan omana kysymyksenään, voidaanko tehtyä sopimusta pitää edes pätevänä. Kieltävä vastaus merkitsisi luultavasti sitä, että sopimuksella ei ainakaan itsessään olisi reaalikeinot poissulkevaa vaikutusta.

Sinänsä mahdollista on, että vaikka väliaikaista kieltä on haettu, sopimus ennätetään tehdä ennen kieltä koskevan päätöksen antamista. Suhduttiinpa kiellonvastaisesti tehdyn sopimuksen vaikutuksiin miten tahansa, vallitsevaan ajattelutapaan sopii hyvin se, että hyvitysmaksu on ainoa mahdollinen seuraamus tarkastellun kaltaisessa tapauksessa. On syytä panna merkille, että markkinaoikeuteen tehdystä hakemuksesta ei itsessään seuraa hankintayksikölle velvollisuutta olla panematta hankintapäätöstä täytäntöön. Näin hankintayksiköllä voi periaatteessa olla lupa hankintasopimuksen tekemiseen, kunhan HankintaL 74 §:ssä asetettu määräaika täyttyy EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa.¹⁹⁵ Oikeustila kuitenkin muuttuu pikapuoliin. JUHO-työryhmä ehdottaa säännöstä, jonka mukaan asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi saattaminen johtaa määrätyissä tilanteissa ex lege siihen, ettei hankintayksikkö saa tehdä hankintasopimusta.¹⁹⁶

Markkinaoikeuden käytännön perusteella ei ratkaisevaa merkitystä liene sillä, millaisella oikeustoimiopillisesti relevantilla käyttäytymisellä hankintapäätös on pantu täytäntöön. Näin esimerkiksi tilauksen tekeminen johtaa siihen, etteivät reaalikeinot ole käytettävissä. Markkinaoikeuden käytännöstä voidaan mainita esimerkiksi tapaus MAO 26/09, jonka tosiseikasto tosin on vanhan hankintalain ajalta. Tapauksessa markkinaoikeus hylkäsi 16.11.2007 antamallaan päätöksellä vaatimuksen täytäntöönpanon väliaikaisesta kieltämisestä, ja hankintayksikkö tilasi 20.11.2007 hankinnan kohteena olleet tuotteet valitulta toimittajalta.

¹⁹⁵ Ks. myös esim. *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 112.

¹⁹⁶ Ks. tarkemmin *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 86–88 ja 138.

Markkinaoikeus totesi, että laitteet oli tilattu kyseisenä päivänä ja että hankintapäätös oli siten pantu täytäntöön. Hankintalain 9.2 § huomioon ottaen ainoana seuraamuksena hankintayksikön virheellisestä menettelystä saattoi enää tulla kysymykseen hyvitysmaksun määrääminen (hyvitysmaksua ei kuitenkaan määrätty).

8 HANKINTALAIN MUKAINEN VAHINGONKORVAUSVELVOLLISUUS PÄÄPIIRTEISSÄÄN

Vanhassa hankintalaissa lähdettiin alun perin siitä, että joka kyseisen lain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten taikka ETA-sopimuksen määräysten vastaisella menettelyllä aiheutti toimittajalle vahinkoa, oli velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon (8.1 §). Toimittajalla tarkoitettiin tavarantoimittajaa tai palvelun tarjoajaa tai työn urakoitsijaa. Hallituksen esityksessä todettiin, että korvattavien vahinkojen osalta kyse oli erityissäännöksestä suhteessa vahingonkorvauslakiin. Myös taloudellinen vahinko saattoi tulla korvattavaksi. ”Käytännössä kysymys olisi lähinnä tarjoajalle ja ehdokkaalle tarjouksen laatimisesta ja muusta hankintaan osallistumisesta aiheutuneiden kulujen korvaamisesta.”¹⁹⁷

Vahingonkorvauslaissa lähdetään siitä, että se, joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan sen (VahL 2:1.1). On syytä panna merkille, ettei hankintalakiin otettu erillistä tuottamusvaatimusta. Hankintayksikkö oli velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon yksinkertaisesti jo sillä perusteella, että sen noudattama menettely ei vastannut vaadittua.

Vuoden 1998 uudistuksen yhteydessä hankintalain 8.1 §:ää muutettiin siten, että siinä ryhdyttiin puhumaan Euroopan yhteisön lainsäädännön tai maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesta menettelystä ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle aiheutuneesta vahingosta. Esitöissä kiinnitettiin huomiota siihen, että toimittaja oli määritelty tahoksi, joka oli valittu toteuttamaan hankinta tarjouskilpailun seurauksena. Tässä vaiheessa oli yleensä tehty myös hankintasopimus, jonka rikkomisesta seurasi sopimusoikeudellinen vastuu. Vahinkoa saattoi kuitenkin syntyä myös ehdokkaalle ja tarjoajalle ”lähinnä tarjouskilpailuun osallistumisesta aiheutuneina kustannuksina ja saamatta jääneenä voitto-

¹⁹⁷ Näin HE 154/1992 vp s. 14.

na”. Vaikka tämä kävi ilmi hankintalain esitöistä, voimassa olevan lain 8 §:ää päätettiin täsmentää lisäämällä korvaukseen oikeutetuiksi tahoiksi ehdokas ja tarjoaja.¹⁹⁸

Kuten jo edellä jaksossa 3.4 esitetystä on käynyt ilmi, korkein oikeus lausui ratkaisussa KKO 1999:48 obiter dictum, että vahingonkorvaus määräytyi lähtökohtaisesti positiivisen sopimusedun mukaan. Tätä kantaa vastaan ei ole huomauttamista, vaikka esitöistä olisi saanut tukea toisellekin tulkinnalle.¹⁹⁹ Vertailun vuoksi voidaan mainita, että Ruotsissa oli vähän aikaisemmin omaksuttu vastaava kanta. Tapauksessa NJA 1998 s. 873 vahingonkorvauskanteen nostajana oli arkkitehtitoimisto, joka oli aiheetta jäänyt vaille sopimusta. Högsta domstolen asettui positiivisen sopimusedun kannalle viitaten muun muassa siihen, että hankintayksikön ja tarjoajan välille oli syntynyt kvasisopimusoikeudellinen suhde; myös hankintalain esitöistä saatiin tukea positiiviselle sopimusedulle.²⁰⁰

Nykyinen vahingonkorvausta koskeva sääntely ei merkittävästi poikkea aiemmasta. HankintaL 84 § kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:

”Joka tämän lain tai sen nojalla annettujen säännösten, Euroopan yhteisön lainsäädännön taikka Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisella menettelyllä aiheuttaa ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle vahinkoa, on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon.

Kun vahingonkorvausvaatimus koskee tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja, korvauksen tuomitsemiseksi riittää kuitenkin, että ehdokas tai tarjoaja näyttää toteen 1 momentissa tarkoitetun virheellisen menettelyn ja sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Edellä 1 ja 2 momentissa tarkoitetuissa asioissa toimivaltainen tuomioistuin on oikeudenkäymiskaaren 10 luvun mukainen alioikeus.”

¹⁹⁸ HE 69/1997 vp s. 20, ks. myös s. 9, jossa käsitellään korvauksen suuruutta. Esitöissä kiinnitetään huomiota siihen, että yritysten mielestä vahingonkorvaus tulisi määrätä positiivisen sopimusedun mukaisesti. Tähän perustuvan vahingonkorvauksen suuruus olisi muun muassa näyttöongelmien vuoksi vaikea laskea. ”Tuomioistuinkäytännössä vahingonkorvaus onkin rajautunut lähinnä niin sanottuun negatiiviseen sopimusetuun, jolloin ehdokas tai toimittaja on voinut saada vahingonkorvausta ainoastaan todellisista, tarjousmenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kuluista eli esimerkiksi urakkakilpailussa tarjouslaskennasta aiheutuneista kuluista sekä kopiointi- ja postituskuluista, mutta ei kuitenkaan saamatta jääneen sopimuksen arvosta (liikevoitosta).”

¹⁹⁹ Ks. myös esim. *Hemmo* 1999b s. 77.

²⁰⁰ Ks. tapauksesta tarkemmin esim. *Hellner* JT 1998–99 s. 950–955 ja *Björklund – Madell* SvJT 2008 s. 586–587, ks. oikeuskäytännöstä myös NJA 2000 s. 712 (luvaton suora hankinta) ja NJA 2007 s. 349.

Varsin selvänä voidaan pitää sitä, että hankintayksikölle voi syntyä velvollisuus suorittaa korvausta positiivisen sopimusedun mukaan.²⁰¹ Vahingonkorvauskanteet ovat kuitenkin olleet melko harvinaisia. Tämä on ehkä jossain määrin yllättävää siihen nähden, että jos virheellinen menettely on todettu markkinaoikeudessa, kanteella voisi olla hyvät menestymisen mahdollisuudet alioikeudessa. Vahingonkorvausta koskeva kanne voitaneen tosin tutkia ja mahdollisesti hyväksyäkin yleisessä alioikeudessa, vaikka vahingonkärsijä ei olisi tehnyt asiassa hakemusta markkinaoikeuteen.²⁰² – Direktiivin 89/665/ETY 2 artiklan 6 kohdan (alun perin 5 kohdan) mukaan jäsenvaltiot sinänsä voisivat säätää, että päätöksen lainvastaisuuteen perustuva vahingonkorvausvaade voidaan käsitellä vasta sen jälkeen, kun toimivaltainen elin on ensin kumonnut (poistanut) riitautetun päätöksen.

Tuomioistuinprosessissa menestyminen edellyttää yleensä sitä, että kantaja onnistuu esittämään kannaltaan riittävän näytön. Hallituksen esityksen mukaan korvauksen tuomitsemiseksi riittää, että tarjoaja tai ehdokas näyttää toteen virheellisen menettelyn ja sen, että hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.²⁰³ Tarkoituksena näytti toisaalta oleen, että tarjousmenettelystä aiheutuneiden kulujen osalta tilanne on näytöllisesti helpompi korvausta vaativan kannalta. HankintaL 84.2 §:n mukaan tällöin siis riittää, että ”ehdokas tai tarjoaja näyttää toteen I momentissa tarkoitetun virheellisen menettelyn ja sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu”. Hallituksen esityksen mukaan vahinkoa kärsineen näyttötaakka olisi kevennetty siltä osin, kuin korvausvaatimus koskee tarjousmenettelystä koituneita kuluja.²⁰⁴

Vahingonkorvauksen suhde hyvitysmaksuun ei ole tyystin ongelmaton. Selvä on, että hyvitysmaksun määrääminen on otettava huomioon hankintayksikön vahingonkorvausvelvollisuutta vähentävänä seikkana.²⁰⁵ Vaikka hyvitysmaksu ei välttämättä täysin vastaa vahingonkorvauksen suuruutta, hakija saattaa pitää sitä kannaltaan riittävänä. Mahdollisuus hyvitysmaksun saamiseen voi tämän vuoksi olla omiaan vähentämään

²⁰¹ Ks. myös esim. *Kuoppamäki* 2006 s. 354, *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007 s. 232, *Pekala* 2007 s. 505 ja *Saarinen* 2008 s. 129–140.

²⁰² Ks. myös esim. *Kanninen* DL 2005 s. 543 ja *Saarinen* 2008 s. 109.

²⁰³ *HE 50/2006 vp* s. 122.

²⁰⁴ *HE 50/2006 vp* s. 123.

²⁰⁵ Ks. esim. *Hemmo* 2003a s. 244, *Pohjonen* 2005 s. 151 ja *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 346.

prosessikustannuksia. Myös HankintaL 76 §:n esitöissä on kiinnitetty asiaan huomiota toteamuksin, että mahdollisuus hyvitysmaksun saamiseen pienentää hakijan tarvetta ajaa erillisiä kanteita eri tuomioistuimissa.²⁰⁶

Hankintalain nojalla määrätty hyvitysmaksu ei kuitenkaan välttämättä riitä kattamaan vahingonkorvausvelkaa. Lopputulos riippuu siitä, kuinka oikeuskäytännössä tulkitaan hyvitysmaksun suuruutta koskevaa sääntelyä. Esimerkiksi Kalima on pitänyt hyvänä lähtökohtana sitä, että johtavana periaatteena olisi täyden korvauksen periaate, jonka mukaan korvattavaksi tulisivat sekä hankinnasta aiheutuneet kustannukset että saamatta jäänyt voitto. Hän on pitänyt prosessiekonomisesti epätydyttävänä tilannetta, jossa samasta asiasta voitaisiin käydä eri tuomioistuimissa kaksi erillistä oikeudenkäyntiä.²⁰⁷

Vahingonkorvauksen tyypillinen tapaus lienee se, että tarjouskilpailussa parhaan tarjouksen tehnyt tarjoaja ei olekaan saanut sopimusta, koska hänen tarjoustaan ei virheen vuoksi katsottu parhaaksi. HankintaL 84 § koskee sanamuotonsa mukaan kuitenkin myös muunlaisia tapauksia. Olennaista on, että vääränlaisella menettelyllä aiheutetaan vahinkoa ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle. Vahingonkorvausvelvollisuus voi syntyä myös esimerkiksi tilanteessa, jossa hankintayksikkö on toteuttanut suora hankinnan ilman laillisia edellytyksiä.

Hankintayksikkö saattaa aiheuttaa menettelyllään vahinkoa myös sille toimittajalle, jonka kanssa se on tehnyt hankintasopimuksen. HankintaL 84 §:ssä säädetään esitöiden mukaan vain julkiseen hankintamenettelyyn johtavasta menettelystä. Hankintalakiin ei sisälly lainkaan säännöksiä hankintayksikön ja valitun toimittajan välisestä sopimussuhteesta. Hallituksen esityksen mukaan tapaukset, joissa on kyse hankintayksikön ja valitun sopimusosapuolen välisestä korvausvastuusta, määräytyisivät yleisten vahingonkorvaussäännösten mukaan.²⁰⁸

²⁰⁶ Näin HE 50/2006 vp s. 120.

²⁰⁷ Kalima – Häll – Oksanen 2007 s. 256.

²⁰⁸ HE 50/2006 vp s. 122.

9 MARKKINAOIKEUSSEURAAMUKSET TULEVASSA LAINSÄÄDÄNNÖSSÄ

9.1 Johdannoksi

Hankintalaki on tällä hetkellä uudistustöiden kohteena, kuten luvussa 1 todettiin. JUHO-työryhmä ehdottaa useita muutoksia, mutta lain perusrakenne pysyy sellaisenaan. Suurimmat muutokset liittyvät 10 ja 11 lukuihin, joiden otsikoitakin on tarkoitus muuttaa vastaamaan uusia säännöksiä. Ehdotetun 10 luvun otsikoksi tulee ”Hankintaa koskevat päätökset, hankintasopimus, hankinta-oikaisu ja hankinta-asiakirjojen julkisuus”; 11 luvun otsikkona on puolestaan ”Muutoksenhaku ja seuraamukset”.²⁰⁹

Markkinaoikeuden valta määrätä erilaisista seuraamuksista tulee laajentumaan. Seuraamukset on luetteloitu JUHO-työryhmän ehdottamassa HankintaL 94 §:ssä, jonka ensimmäinen momentti kuuluu seuraavasti:²¹⁰

”Jos hankinnassa on menetelty tämän lain tai sen nojalla annettujen säännösten, Euroopan yhteisön lainsäädännön taikka Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesti, markkinaoikeus voi:

- 1) kumota hankintayksikön päätöksen osaksi tai kokonaan;
- 2) kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa kohtaa tai muuten noudattamasta virheellistä menettelyä;
- 3) velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä;
- 4) määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksun asianosaiselle, jolla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä;
- 5) todeta hankintayksikön tekemän sopimuksen tehottomaksi;
- 6) määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun;
- 7) lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään määräämässä ajan kuluttua.”

Nykyisin käytössä olevaan keinovalikoimaan tulee siis laajennusta eli kolme uutta seuraamusta. Tässä luvussa tarkastellaan lähemmin eritoten kohdan 5 mukaista sääntelyä. Syynä tähän on se, että sopimuksen tehottomuuden toteaminen on kiinnostavaa myös varallisuusoikeuden näkökulmasta. Sama pätee tosin myös kohdan 7 mukaiseen sopimuskauden lyhentämiseen, joka selvästi merkitsee aineellisen oikeustilan muuttamista markkinaoikeuden tuomiolla.

²⁰⁹ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 133 ja 136.

²¹⁰ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 139.

Siitä, että markkinaoikeuden käytössä oleva keinovalikoima monipuolistuu, seurannee myös erinäisiä yhteensovittamisongelmia. Esimerkiksi voidaan ajatella niinkin yksinkertaista kysymystä kuin sitä, voiko markkinaoikeus sopimuksen tehottomaksi todetessaan myös kumota osaksi tai kokonaan sopimuksen tekemistä koskeneen hankintayksikön päätöksen. Kuten edellä jaksoissa 7.4 ja 7.5 on esitetty, de lege lata hankintasopimuksella on merkitystä reaalikeinoin ryhtymisen kannalta. Hankintapäätöksen voimaan jääminen tuntuu toisaalta oudolta, jos markkinaoikeus kuitenkin toteaa hankintasopimuksen tehottomaksi.

Uusilla seuraamuksilla pyritään panemaan täytäntöön oikeussuojadirektiivin (2007/66/EY) artikkelit 2 d ja 2 e.²¹¹ Artiklan 2 d mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava tietyissä virhetilanteissa, että hankintaviranomaisesta riippumaton muutoksenhakuelin toteaa sopimuksen pätemättömäksi tai että pätemättömyys on tällaisen muutoksenhakuelimen päätöksen tulosta. Kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää kaikkien sopimusvelvoitteiden taannehtivasta peruuntumisesta tai rajoittaa peruuntuminen koskemaan niitä velvoitteita, jotka edelleen olisi pantava täytäntöön. Jos peruuntuminen koskee vain edelleen täytäntöön pantavissa olevia velvoitteita, jäsenvaltioiden on säädettävä 2 e artiklan 2 kohdassa tarkoitetuista vaihtoehtoisista seuraamuksista, joita ovat *seuraamusmaksun määrääminen* ja *sopimuksen voimassaoloajan lyhentäminen*.

Vaikka (suomenkielisessä) direktiivissä puhutaan pätemättömyydestä, JUHO-työryhmä ehdottaa siis sääntelyä, jossa puhutaan *tehottomuuden* toteamisesta. Periaatemietinnössä kiinnitettiin huomiota siihen, ettei pätemättömyys välttämättä ole perusteltu ratkaisu. Työryhmässä tuotiin eräänä vaihtoehtona esiin se, että oikeussuojadirektiivin mukaisesta pätemättömyydestä tehtäisiin sopimusoikeudellisesta pätemättömyydestä tai mitättömyydestä erillinen seuraamus, jota voitaisiin kutsua esimerkiksi nimellä tehottomuus. Tämän vaihtoehdon katsottiin olevan myös linjassa oikeussuojadirektiivin kanssa, sillä esimerkiksi direktiivin englanninkielisessä versiossa pätemättömyydestä käytetään ilmaisua ”ineffectiveness”.²¹²

Periaatemietinnössä tehtiin muutamia ehdotuksia pätemättömyyssääntelyn (tai tehottomuussääntelyn) toteuttamisen suhteen. Työryhmässä oli tiin sitä mieltä, että pätemättömyysseuraamuksen ankaruus edellytti sen rajattua käyttöönottoa ja että pätemättömyys olisi otettava käyttöön mahdollisimman rajatusti. Hankintalaissa pitäisi säätää hankintaoikeudellisen

²¹¹ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 92.

²¹² *Näin Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 81.

pätemättömyyden tai tehottomuuden erityisistä oikeusvaikutuksista. Työryhmä myös ehdotti, että pätemättömyyssäätelyn tulisi koskea vain oikeussuojadirektiivien soveltamisalaan kuuluvia EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja toissijaisia palveluita lukuun ottamatta.²¹³

Tietynlaista ”minimisuhtautumista” uuteen oikeussuojadirektiiviin voitaneen pitää järkevänä lähestymistapana.²¹⁴ JUHO-työryhmän välimieheinnössä ehdotetaan sääntelyä, jossa direktiivin sallimaa kansallista liikkumavaraa käytetään laajasti. Tämä näkyy muun muassa ehdotetussa HankintaL 94.3 §:ssä, jonka mukaan 5 kohdassa mainittu seuraamus voidaan määrätä vain 21.1 §:ssä tarkoitettussa EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa; 6 ja 7 kohdassa mainittu seuraamus voidaan puolestaan määrätä vain 16 §:ssä tarkoitettua EU-kynnysarvon ylittävässä hankinnassa.²¹⁵

Tehottomuusseuraamuksen systemaattista hahmottamista vaikeuttaa se, että oikeustoimen pätemättömyyttä ja/tai tehottomuutta koskevien yleisten oppien sisältö voidaan hahmottaa eri tavoin. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin kolmea perustavanlaatuaista kysymystä:

- 1) Mikä on pätemättömäksi ja tehottomaksi julistamisen välinen ero?
- 2) Mitä markkinaoikeudelle aiottu valta ”todeta” tehottomuus merkitsee?
- 3) Millaiset sopimusveloitteet voivat olla tehottomuusuhan alaisia?

9.2 Pätemättömäksi ja tehottomaksi julistaminen

Oikeustoimen pätevyys varsinaisessa mielessä ei itsessään tarkoita sitä, ettei oikeustoimi voisi myöhemmin menettää vaikutustaan. Tämä havaitaan esimerkiksi sopimuksen *purkamisen* tilanteissa. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa A on velvoittautunut tietyn palvelun suorittamiseen ja B puolestaan on luvannut maksaa tietyn vastikkeen palvelun tultua tehtyä. Oletetaan, että B ilmoittaa oikeutetusti purkavansa sopimuksen, koska A ei kehotuksista huolimatta edes aloita palvelun suorittamista sovitun mukaisesti.

²¹³ *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 79 ja 82.

²¹⁴ Ks. myös *TaVL 25/2006* s. 2 ja *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen: loppuraportti* s. 7 ja 49, jossa esitetyn perusteella tämä vastaa myös käytännön tason toimijoiden tahtoa.

²¹⁵ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 139.

Systemaattiselta kannalta lienee selvintä katsoa, että sopimuksen purkamisen merkitsee annettujen tahdonilmaisujen vaikutusten lakkauttamista. Kyse on *muotoamisesta*, jonka välittömät vaikutukset alkavat purkamishetkestä.²¹⁶ Esimerkkitapaus on selkeä siinä mielessä, että molempien osapuolten tahdonilmaisut ovat edelleen voimassa purun tapahtuessa. Sopimuksen purkamisen voi kuitenkin tulla kyseeseen myös tapauksessa, jossa ainakin toisen osapuolen velvoitteet ovat lakanneet suorituksen tekemisen vuoksi tai muusta syystä. Sopimuksen purun lienee myös tällöin selvintä katsoa merkitsevän tahdonilmaisuihin kohdistuvaa muotoamista, vaikka tämä edellyttäisi jollain tavalla sen ”unohtamista”, että ainakin toisen osapuolen tahdonilmaisuu on jo tavallaan menettänyt merkityksensä velvoitteen lakkaamisen vuoksi.

Käsillä voi olla esimerkiksi tilanne, jossa maksuvelvolliseksi sitoutunut purkaa sopimuksen sen jälkeen, kun hän on tehnyt rahasuorituksen tai vaikkapa kuitannut vastakkaiset saatavat. Sopimuksen purun voidaan katsoa ulottavan vaikutuksensa myös maksuvelvolliseksi sitoutumiseen. Ongelmallisempi on kysymys siitä, mitä merkitystä purulla on rahasuorituksen tai kuittauksen kannalta. Asialla lienee etupäässä vain systemaattista merkitystä. Jos purun katsotaan koskevan suoranaisesti vain sitoutumista, viimeistään lakiperusteisista säännöistä voidaan joka tapauksessa johtaa vaikutus rahasuoritukseen tai kuittaukseen.

Sopimuksen purkamisen eroaa olennaisesti sopimuksen pätemättömäksi julistamisesta. Edellä jaksossa 5.1 pätemättömäksi julistamisen on katsottu merkitsevän sitä, että tuomioistuin toteaa deklaratiivisessa mielessä suoraan laista seuraavan oikeustoimen pätemättömyyden. Ajatellaan vaikkapa edellä mainittua tilannetta ja oletetaan, että kyse olisi sellaisesta hyvän tavan vastaisesta palvelusta, jonka vuoksi niin A:n kuin B:n antamia tahdonilmaisuja voitaisiin pitää pätemättöminä. Jos tuomioistuin julistaa sopimuksen pätemättömäksi esimerkiksi A:n vaatimuksesta, tuomioistuimen voidaan käsittää tarkoittavan sen toteamista, ettei kummallakaan osapuolella alun perinkään ollut tahdonilmaisujen mukaisia velvoitteita. Kyse ei siis ole muotoamisesta, jossa tuomio saisi itsessään aikaan sen, että niin A:n kuin B:n sinänsä pätevät velvoitteet lakkaisivat.

Toisaalta tuomioistuimella voi olla valta puuttua muotoavasti sinänsä pätevien oikeustoimien vaikutuksiin. Tässä yhteydessä saatetaan mainita

²¹⁶ Ks. myös *Hemmo* 2003a s. 322, jossa esitetyn mukaan purkamisen lakkauttaa sopimuksen purkamishetkestä lukien ilman taannehtivaa vaikutusta (*ex nunc*).

esimerkiksi takaisinsaantilain (26.4.1991/758) nojalla tapahtuva oikeustoimen peräyttäminen, jolla on mielestäni luonteva katsoa olevan välitön aineellisoikeudellinen vaikutus.²¹⁷ Systemaattisesta näkökulmasta kyse saattaa olla muotoamisesta, vaikka tuomioistuin puhuisi pätemättömäksi julistamisesta. Käsitteistö ei nimittäin ole vakiintunutta siinä mielessä, että pätemättömäksi julistamisesta puhuttaisiin ainoastaan deklaratiivisessa merkityksessä. Se, onko kysymys muotoamisesta, riippuu siitä, millaiseksi aineellinen oikeustila käsitetään ennen ja jälkeen tuomion.

Esimerkiksi voidaan ajatella tilannetta, jossa aviopuoliso luovuttaa ilman toisen puolison suostumusta omistamansa kiinteistön, jota käytetään puolisojen yhteisenä kotina. Avioliittolain (13.6.1929/234) 38.2 §:n nojalla tuomioistuin voi määrätä edellytyksin julistaa oikeustoimen pätemättömäksi. Kyse on kuitenkin muotoamisesta. On nimittäin tarkoituksenmukaista hahmottaa aineellista oikeustilaa siten, että luovutus on virheestä huolimatta saanut aikaan omistajanvaihdoksen eli sisältönsä mukaisen vaikutuksen.²¹⁸

Jos tuomiolla katsotaan olevan muotoava vaikutus, tiettyä systemaattista selkeyttä saadaan puhumalla oikeustoimen pätemättömyyden sijasta sen tehottomaksi julistamisesta.²¹⁹ Pätemättömäksi julistamisen ilmaisun varsinaisessa merkityksessä voidaan nimittäin katsoa viittaavan tuomion vahvistavaan luonteeseen. Muotoamisesta voi olla kyse myös silloin, kun tuomioistuin sanoo purkavansa jonkin sopimuksen. Lähinnä makuasia on, halutaanko tämäkin luokitella sopimuksen tehottomuuden alaisuuteen.²²⁰

²¹⁷ Ks. esim. *Kaisto* 2006 s. 45–46. Ajatellaan vaikkapa tilannetta, jossa henkilö on antanut arvokkaan irtaimen esineen lahjaksi jonkin verran ennen myöhempää konkurssiaan. Jos tuomioistuin peräyttää luovutuksen esimerkiksi TakSL 6.1 §:n nojalla, tällä peräyttämällä on itsessään välitön aineellisoikeudellinen vaikutus. Lahjaesineen saaja menettää omistusoikeutensa, vaikka hän oli alun perin saanut sen pätevästi ja myös lahjoittajan velkojia sitovalla tavalla.

²¹⁸ Ks. tarkemmin esim. *Kaisto – Lohi* 2008 s. 107–108 ja *Kaisto – Tuomisto* BLF 2008 s. 45–46.

²¹⁹ On teoriassa mahdollista, että sopimus julistetaan tehottomaksi ainoastaan osittain. Tällainen ratkaisu voi tulla kyseeseen ainakin silloin, kun osapuolet ovat antaneet useamman kuin yhden tahdonilmaisun, jolloin sopimus osittain tehottomaksi julistettaessa ei tarkoiteta kaikkien annettujen tahdonilmaisujen tehottomaksi saattamista. Tarkoituksena voi kuitenkin olla myös se, että tehottomuusvaikutus kohdistuu yksittäiseen oikeustoimeen (kuten rahasuoritukseen velvoittautumiseen) siten, että tämä menettää osin vaikutuksensa.

²²⁰ Oma kysymyksensä on, kuinka laajaksi käsitteen ”tehottomuus” käyttöala määritetään. Esimerkiksi Zittingin mukaan oikeustoimen tehottomuudesta puhutaan silloin, kun se ei saa aikaan sellaista oikeusvaikutusta, mikä siihen normaalisti liittyy. Tehottomuus voi il-

Sopimuksen purkamisen voitaisiin sinänsä ymmärtää niin, että kyse on tietynlaisesta sopimuksen tehottomaksi julistamisesta.

Tehottomaksi julistamisen ja purkamisen läheisyys näkyy tietyllä tavalla myös siinä, kuinka markkinaoikeuden toimivaltaa *de lege lata* on kuvattu. Edellä jaksossa 7.1 on puhuttu siitä, että markkinaoikeudella ei ole valtaa puuttua tehtyyn sopimukseen. Sopimusta ei esimerkiksi voida julistaa tehottomaksi. Voimassaolevaa lainsäädäntöä on kuvattu toisinaan puhumalla myös siitä, ettei laissa ole annettu mahdollisuutta sopimuksen purkamiseen.²²¹

Tehottomaksi julistamisella ei nähdäkseni voi olla taannehtivaa vaikutusta. Jos aineellinen oikeustila on tietyllä hetkellä yhdenlainen, sitä ei voida muuttaa jälkikäteen toiseksi. Toisaalta juristit eri maissa tunnistavat yleisesti käsitteen ”*ex tunc*” samoin kuin tämän vastakohtan ”*ex nunc*”. Kuten edellä jaksosta 9.1 kävi ilmi, taannehtivuus tunnetaan myös oikeussuojadirektiivissä. Artiklan 2 d mukaan kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää kaikkien sopimusvelvoitteiden taannehtivasta peruuntumisesta tai rajoittaa peruuntuminen koskemaan niitä velvoitteita, jotka edelleen olisi pantava täytäntöön (johdanto-osassa käytetään ilmaisuja *ex tunc* ja *ex nunc*).

Oikeudellisessa kielenkäytössä turvaudutaan monesti tarkoituksenmukaisuussyistä ilmaisuihin, jotka voidaan teoreettisesta näkökulmasta todeta epätarkoiksi tai jopa harhaanjohtaviksi. Peruuntumisen taannehtivuus saatetaan ymmärtää tietynlaiseksi apukäsitteeksi, jota käytettäessä ei todella tarkoiteta ”aikahypyn” mahdollisuuden hyväksymistä. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa oikeustoimi on pätevä saaden aikaan sisältönsä mukaiset vaikutukset mutta jossa tuomioistuimella on mahdollisuus lakkauttaa oikeustoimen vaikutukset. Mielestäni voidaan väittää puhtaasti oikeussystemaattisin syin, ettei tällaisella lakkauttamisella voi itsessään olla taannehtivaa vaikutusta. Taannehtivuudesta saatetaan kuitenkin puhua siinä merkityksessä, että lakkauttaminen johtaa lakiperusteisten sääntöjen nojalla asiallisesti samaan lopputulokseen, kuin jos oikeustoimi olisi ollut pätemätön alusta asti.

Tässä yhteydessä voidaan kiinnittää huomiota myös juristien suosiossa olevan ilmaisun ”katsotaan” erilaisiin mahdollisiin merkityksiin. Tähän

metä oikeustoimen yleisen edellytyksen puuttumisen aiheuttamana pätemättömyytenä tai erityisen edellytyksen eli kompetenssin puutteen aiheuttamana kompetenssitehottomuutena taikka ehdon, aikamääräyksen, peruuntumisen tms. syyn aiheuttamana tehottomuutena ahtaassa merkityksessä (näin *Zitting* 1951 s. 52–53).

²²¹ Ks. esim. *HE 69/1997 vp* s. 22, *Kalima* 2007 s. 195 ja *Pekkala* 2007 s. 493.

ilmaisuun turvaudutaan nimittäin toisinaan siinä tarkoituksessa, että johonkin asiaan suhtaudutaan samoin kuin johonkin toiseen asiaan. Näin esimerkiksi oikeustoimen alun perin pätemättömäksi ”katsominen” saattaa sisältää ajatuksen siitä, että oikeustoimi ei oikeasti ole ollut pätemätön tekemisensä hetkellä. Jonkin myöhemmän tapahtuman vuoksi aineellinen oikeustila muuttuu kuitenkin vastaamaan sitä oikeustilaa, johon olisi päädytty oikeustoimen oltua alun perin pätemätön.

9.3 Hankintasopimuksen tehottomaksi ”toteaminen”

JUHO-työryhmän välimietinnössä ehdotetaan sääntelyä, joka rakentuu hankintasopimuksen tehottomaksi toteamisen varaan. Tehottomuusseurauksesta säädetään ehdotetun HankintaL 96 §:ssä, jonka ensimmäinen momentti kuuluu seuraavasti:²²²

”Markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi, jos:

- 1) hankintayksikkö on tehnyt suorahankinnan ilman 27 tai 28 §:ssä mainittua perustetta eikä suorahankinnassa ole menetelty 79 §:ssä tarkoitettulla tavalla;
- 2) hankintayksikkö on jättänyt noudattamatta 77 §:ssä säädettyä odotusaikaa, eikä tälle ole 78 §:ssä säädettyä perustetta;
- 3) hankintayksikkö on tehnyt 90 §:n vastaisesti hankintasopimuksen, vaikka hankinta-asia on saatettu markkinaoikeuden ratkaistavaksi.”

Kohtien 2 ja 3 mukaisissa tilanteissa ei riitä niissä kuvatun virheen tapahtuminen. Ehdotetun HankintaL 96.2 §:n mukaan lisäedellytyksenä on, että hankintayksikkö on tehnyt hankintalain vastaisen muun virheen, joka on vaikuttanut hakijan mahdollisuuksiin saada hankintasopimus.²²³

Oma käsitykseni on, että tehottomuusterminologian omaksuminen on hyvä ratkaisu. Tämä on luonnollinen seuraus siitä, että pätemättömyys on mielestäni tarkoituksenmukaista määritellä oikeustoimen aineellisoikeudellisen vaikutuksettomuuden kautta. Oikeussuojadirektiivissä ei edellytetä tällaisesta pätemättömyydestä säättämistä. Herää kuitenkin kysymys, missä merkityksessä JUHO-työryhmässä puhutaan hankintasopimuksen tehottomaksi toteamisesta. Onko kyse markkinaoikeudelle kuuluvasta erityisestä muotoamisvallasta, jonka nojalla markkinaoikeus voi puuttua siinänsä pätevän sopimuksen vaikutuksiin?

²²² Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 139.

²²³ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 139.

Käsitys muotoamisesta voisi sinänsä sopia myös hankintasopimuksen tehottomaksi toteamiseen. Huomioon pitäisi kuitenkin ottaa se, että ehdotetun HankintaL 96.3 §:n mukaan *tehottomuusseuraamus voi koskea vain sopimusvelvoitteita, jotka hankintasopimuksen osapuolten olisi myöhemmin pantava täytäntöön*.²²⁴ Kyse olisi tietynlaisesta lakisääteisestä muotoamisen osittain tai jopa kokonaan ”mitätöitymisestä”. Kun tuomioistuin toteaisi sopimuksen tehottomuuden eli oikeastaan julistaisi sopimuksen tehottomaksi muotoavin vaikutuksin, määräämisvoimi itsessään tarkoittaisi osapuolten antamien tahdonilmaisujen lakkauttamista. Laista kuitenkin seuraisi se, että muotoaminen voisi koskea sopimusta vain siltä osin, kuin osapuolilla olisi HankintaL 96.3 §:ssä tarkoitettulla tavalla myöhemmin täytäntöön pantavia sopimusvelvoitteita.

Tarkoituksena lienee, että markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi, vaikka myöhemmin täytäntöön pantavia sopimusvelvoitteita ei olisi lainkaan. Tällainen ratkaisu on ymmärrettävä oikeussuojadirektiivissä asetettujen vaatimusten näkökulmasta. Voidaan kuitenkin huomauttaa, että hankintasopimuksen tehottomuuden toteaminen tuntuu ainakin jossain määrin oudolta, jos sopimus kuitenkin jää voimaan entiseen tapaan.

Ehdotetun HankintaL 96.3 §:n esityöt johtavat kuitenkin pohtimaan, onko perusteltua ymmärtää tehottomaksi toteaminen muotoamiseksi edellä esitettyyn tapaan. Säännöksen perusteluissa nimittäin lausutaan seuraavasti: ”Koska tehottomuusseuraamuksella puututaan merkittäväällä tavalla sopimusten sitovuuteen, on markkinaoikeuden määrätessään tehottomuusseuraamuksesta selkeästi määritettävä ne sopimusvelvoitteet, jotka markkinaoikeus määrää tehottomiksi.”²²⁵

Mainitun esityölausuman perusteella näyttäisi siltä, että todellinen muotoaminen tapahtuu siinä, kun markkinaoikeus määrittää tehottomaksi tulevat sopimusvelvoitteet. Tällöin hankintasopimuksen tehottomaksi toteaminen voitaisiin puolestaan ymmärtää toimeksi, jolla ei olisi ainakaan välitöntä varallisuusoikeudellista merkitystä. Ongelmaksi muodostuu se, ettei (oletettavasti) tarkoitettu käy optimaalisesti ilmi ehdotetuista säännöksistä. Esitöiden perusteella HankintaL 96.3 §:ään sopisi paremmin esimerkiksi seuraavanlainen muotoilu:

²²⁴ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 139.

²²⁵ Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta s. 95.

”Kun markkinaoikeus toteaa hankintasopimuksen tehottomuuden, sen on määrättävä samalla tehottomiksi tulevista sopimusvelvoitteista. Tehottomuusseuraamus voi koskea vain sopimusvelvoitteita, jotka hankintasopimuksen osapuolten olisi myöhemmin pantava täytäntöön.”

Markkinaoikeudella on joka tapauksessa valta puuttua varallisuusoi-
kellisiin oikeusasemiin, vaikka epäselvyyttä olisikin siitä, tapahtuuko
muotoaminen hankintasopimuksen tehottomaksi todettaessa vai tehotto-
maksi tulevista sopimusvelvoitteista määrättäessä. JUHO-työryhmässä on
tietyllä tavalla ”vähätelty” tehottomuusseuraamuksen systemaattista mer-
kitystä. Välimietinnön mukaan tehottomuusseuraamus olisi oikeudellisel-
ta luonteeltaan vain ”hallinnollinen seuraamus”, joka kohdistuisi hankin-
talainsäädännön mukaisen velvoitteensa laiminlyöneeseen hankintayksik-
köön ja tämän sopijakumppaniin.²²⁶ – Koska markkinaoikeudella kuiten-
kin on valta puuttua olennaisesti varallisuusoi-
kellisiin oikeusasemiin, mielestäni ei ole osuvaa puhua hallinnollisesta seuraamuksesta.

Tehottomuusseuraamus voidaan jättää määräämättä tietyissä erityisi-
lanteissa. Asiasta säädetään ehdotetun HankintaL 97 §:ssä, jonka mukaan
tehottomuusseuraamus voidaan jättää määräämättä yleiseen etuun liitty-
vistä pakottavista syistä; suoraan sopimukseen liittyviä taloudellisia etuja
voidaan pitää pakottavina vain, jos sopimuksen tehottomuudella olisi poik-
keuksellisesti kohtuuttomia seurauksia.²²⁷ Tällöin voi kuitenkin tulla ky-
seeseen hankintasopimuksen voimassaolon lyhentäminen. Keskeinen sää-
dös on tässä suhteessa seuraamusmaksua ja sopimuskauden lyhentämistä
koskevan HankintaL 98.2 §:n toinen momentti, joka kuuluu seuraavasti:
”Markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seu-
raamusmaksun tai lyhentää hankintasopimuksen päättymään määräämän-
sä ajan kuluttua, jos markkinaoikeus ei ole yleiseen etuun liittyvistä pa-
kottavista syistä 97 §:n mukaisesti määrännyt hankintasopimuksen tehot-
tomuusseuraamusta.”²²⁸

Sopimuskauden lyhentäminen vaikuttaa varsin selväpiirteiseltä muotoa-
miselta, jolla markkinaoikeus avoimesti muuttaa aineellista oikeustilaa.
Voidaan itse asiassa väittää, että kyse on tietynlaisesta tehottomuusseuraa-
muksen muodosta.²²⁹ Markkinaoikeus tavallaan käyttää sillä olevaa muo-

²²⁶ Näin *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 95.

²²⁷ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 140.

²²⁸ *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 140.

²²⁹ Ks. myös *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 110, jossa katsotaan, että sopimuksen voimassaolon lyhentäminen tarkoittaa samanlaista puuttumista yksityisoikeudelliseen oikeustoimeen kuin sopimuksen pätemättömäksi toteaminen.

toamisvaltaa niin, että tuomion lakkauttava vaikutus tulee voimaan vasta määrätyn ajan kuluttua. Tarkoituksena lienee, että kun markkinaoikeus lyhentää sopimuskautta HankintaL 98.2 §:n nojalla, se ei samalla sano toteavansa hankintasopimuksen tehottomuutta. Päätelmä ei ole kuitenkaan täysin varma, koska säännöksessä mainittu hankintasopimuksen tehottomuusseuraamus voisi sinänsä viitata myös tehottomiksi tulevista sopimusvelvoitteista määräämiseen.

Vahingonkorvauksesta on tarkoitus säätää jatkossa HankintaL 107 §:ssä, joka vastaa nykyistä HankintaL 84 §:ää.²³⁰ Yleiset alioikeudet pysyvät toimivaltaisina tuomioistuimina. On syytä panna merkillä, että ehdotetun HankintaL 96 §:n nojalla vain markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi.²³¹

9.4 Tehottomuusuhan alaisista sopimusvelvoitteista

Ajatellaan tilannetta, jossa hankintayksikkö on tehnyt palveluhankintasopimuksen tietyn toimittajan kanssa. Toimittaja on sitoutunut vastaamaan tietystä palvelusta esimerkiksi neljän vuoden ajan. Hankintayksikkö puolestaan on velvoittautunut tekemään puolen vuoden välein rahasuorituksia, joiden suuruus riippuu osin palveluiden määrästä. Oletetaan, että kyse on tilanteesta, jossa markkinaoikeus voi todeta hankintasopimuksen tehottomaksi HankintaL 96.1 §:n nojalla. Mitkä sopimusvelvoitteet täsmällisesti ottaen ovat tehottomuusuhan alaisena?

Tehottomuusseuraamus voi ehdotetun HankintaL 96.3 §:n mukaan koskea vain sopimusvelvoitteita, jotka hankintasopimuksen osapuolten olisi myöhemmin pantava täytäntöön. Ratkaiseva merkitys täytynee antaa *päättöksen antamisen olosuhteille*. Oletetaan, että markkinaoikeus toteaa sopimuksen tehottomaksi, kun toimittaja on vastannut palvelusta puolen vuoden ajan. Tehdään vielä yksinkertaisuuden vuoksi sellainen oletus, että hankintayksikkö on tehnyt oman suorituksensa juuri ennen päätöstä. Markkinaoikeus voi tällöin määrätä yksinkertaisesti siitä, että niin toimittajan

²³⁰ Ks. tarkemmin *Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta* s. 142.

²³¹ Ks. toisaalta myös *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 110–111, jossa ei pidetä tarpeellisena, että suorahankintaa koskeva erillinen pätemättömyyskanne, jonka yhteydessä vaadittaisiin esimerkiksi vahingonkorvausta, suljettaisiin yleisten alioikeuksien toimivallan ulkopuolelle. Samalla kuitenkin puhutaan myös siitä, että yleisillä alioikeuksilla olisi toimivalta ratkaista ”esikysymyksenä” pätemättömyysseurauksista koskeva asia.

velvollisuus palvelun suorittamiseen kuin hankintayksikön velvollisuus rahasuoritusten tekemiseen lakkaavat.

Ajatellaan seuraavaksi tilannetta, jossa hankintayksikkö ei olekaan tehnyt omaa suoritustaan ensimmäisen puolen vuoden ajalta markkinaoikeuden todetessa tehottomuuden. HankintaL 96.3 §:ää voitaisiin lukea sanamuotonsa nojalla periaatteessa niinkin, että tehottomuusseuraamus voi koskea maksuvelvollisuutta. Herää kuitenkin kysymys, onko ainakaan tarkastellun kaltaisessa tilanteessa mieltä antaa ratkaiseva merkitys hankintayksikön puolella oleville velvoitteille. Tähän voitaneen varovaisesti suositaa kieltävää kantaa.²³² Markkinaoikeuden määäämien seuraamusten kannalta tilanne on samanarvoinen, kuin jos hankintayksikkö olisi suorittanut vastikkeen siltä osin, kuin toimittaja on täyttänyt omat sopimusvelvoitteensa.

Käsillä voi toisaalta olla tilanne, jossa hankintayksikkö on tehnyt toimittajalle suorituksia *etupainotteisesti*. Mahdollista on jopa se, että hankintayksiköllä ei enää lainkaan ole sopimusvelvoitteita. HankintaL 96.3 §:n sanamuotoon sopisi sinänsä tulkinta, jonka mukaan tehottomuusseuraamus ei voisi tulla kyseeseen. Toimittaja voisi luottaa tällöin tapahtuneen suorituksen pysyvyyteen ilman, että riskinä olisi hankintalaista seuraava palautusvelvollisuus.

Tehottomuusseuraamuksen kannalta ei ehkä kuitenkaan voida antaa ratkaisevaa merkitystä sille, että hankintayksikkö on täyttänyt oman suoritusvelvollisuutensa. Tämä kaventaisi liiaksi tehottomuusseuraamuksen todellista merkitystä. Markkinaoikeus voinee näin ollen todeta sopimuksen tehottomaksi määräten samalla siitä, että tehottomuusseuraamus koskee vain päätöksen antamisen jälkeisiä velvoitteita, joita tosin on tapauksessa ainoastaan toimittajalla. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että toimittaja saisi pitää saamansa suorituksen ilman minkäänlaista palautusvelvollisuutta. Ilman erityissäätelyä markkinaoikeudella ei kuitenkaan liene valtaa määrätä siitä, että toimittaja velvoitettaisiin tekemään suoritus hankintayksikölle.

Jo varallisuus oikeuden yleisten oppien perusteella voidaan katsoa, ettei toimittaja pääse hyötymään epäasiallisella tavalla hankintayksikön kustannuksella tarkastellun kaltaisessa tilanteessa. Erityissäätely ei vaijuta tarpeelliselta. Direktiivin 2007/66/EY johdanto-osan 21 kohdassa tosin puhutaan siitä, että kansallisessa lainsäädännössä tulee määritellä

²³² Ks. myös *Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen* s. 80, jossa pääpaino näyttää olevan toimittajan sopimusvelvoitteiden täyttämättä olemisella.

myös vaikutukset, jotka koskevat mahdollisesti jo maksettujen summien mahdollista takaisinperintää ja mahdollisen palauttamisen kaikkia muotoja – mukaan lukien arvon korvaaminen, kun omaisuuden palauttaminen ei ole mahdollista.

Vaikka hankintasopimus monesti koostuu velvoittautumista niin toimittajan kuin hankintayksikön puolelta, välttämätöntä tämä ei ole. Ajatellaan esimerkiksi vuokrasopimusta, jossa toimittaja perustaa hankintayksikölle oikeuden käyttää tiettyä esinettä useamman vuoden ajan. Oletetaan yksinkertaisuuden vuoksi, että kyseinen esine on jo hankintayksikön hallussa ja että toimittaja ei velvoitaudu minkäänlaiseen esineen kunnosta tai toimivuudesta vastaamiseen. Hankintayksikkö velvoittautuu tekemään toimittajalle suorituksia esimerkiksi kerran kuukaudessa, mutta toimittajan puolelta tapahtuu ainoastaan käyttöoikeuden perustaminen.

Koska ilmaisua ”sopimusveloitteet” voidaan käyttää useissa eri merkityksissä, pelkästään edellä mainituin systemaattisin syin ei ole oikeutettua väittää, että toimittaja olisi tarkastellun kaltaisessa tilanteessa varmasti suojassa tehottomusseuraamukselta. Toisaalta ei voida noin vain olettaa, että toimittajalla olisi täyttämättömiä sopimusveloituksia HankintaL 96.3 §:ssä tarkoitetulla tavalla. On syytä panna merkille, että toimittaja on tavallaan tehnyt kaiken sen, mitä häneltä voidaan edellyttää. Kun vuokrasopimusta tarkastellaan oikeustasolla, havaitaan toimittajan määränneen siitä, että hankintayksiköllä on oikeus käyttää esinettä useamman vuoden ajan.

Jos hankintasopimus koskee kauppaa, yhdeksi tulkintaongelmaksi muodostuu se, voiko esineen *hallinnan* luovutuksella olla ratkaisevaa merkitystä tehottomusseuraamuksen kannalta. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa hankintayksikkö tekee toimittajan kanssa kauppasopimuksen suorahankintana. Kyse on irtaimen erityisesineen kaupasta. Tavara jää myyjän haltuun, vaikka hankintayksikkö suorittaakin kauppahinnan välittömästi. Voidaanko katsoa, ettei käsillä ole myöhemmin täytäntöön pantavia veloituksia HankintaL 96.3 §:ssä tarkoitetulla tavalla?

Ratkaiseva merkitys voidaan mielestäni antaa sille, että hankintayksikkö on saanut itselleen omistusoikeuden kaupan kohteena olevaan esineeseen. Tehottomusseuraamus ei tule kyseeseen, vaikka toimittajalla olisi velvollisuus toimittaa esine hankintayksikölle (kuljetuskauppa). Hallintaa koskeville veloitteille ei yksinkertaisesti ole tarkoituksenmukaista antaa ratkaisevaa merkitystä olettaen, että ne ovat vähämerkityksisiä omistusoikeuden siirtymiseen verrattuna. Omistusoikeuden luovutuksen ratkaisu vuoksi puoltanee jossain määrin kantaa, jonka mukaan myös käyttöoikeuden perustamisella voisi olla vastaava vaikutus vuokratapauksessa. Kovin

vahvasta argumentista ei kuitenkaan ole kysymys, koska vuokrasopimukseen liittyy yleensä piirteitä, joiden vuoksi ne tosiasiallisesti eroavat tavanomaisista kauppasopimuksista ja joiden vuoksi tehottomuusseuraamukselle on hyviä perusteita.

Tässä ei ole mahdollisuutta tarkastella sitä, voiko sopijakumppani olla oikeutettu vahingonkorvaukseen tilanteessa, jossa markkinaoikeus puuttuu sopimukseen jälkikäteen. Kysymystä pohdittaessa on syytä panna merkeille tilanteiden moninaisuus. Sopijakumppanin intressien huomioon ottamiselle on erityisen hyvät perusteet esimerkiksi tilanteessa, jossa sopimuksen toinen osapuoli on toisen osapuolen tietämättä hankintayksikkö HankintaL 6.1 §:n 5 kohdan nojalla (tällaisessa tilanteessa saatetaan pohjata jopa perusoikeuslottuvuusia).

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*: Perillisen oikeusasemasta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, Helsinki 1967.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Suomen jäämistöoikeus I. Lakimääräinen perintöoikeus. 4. uudistettu laitos 2000. Kauppakaari Oyj / Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1999.
- Aarto, Markus – Aho, Tuomas – Regelin, Juha – Uotila, Jaakko – Vatanen, Tuomo*: Hankintasopimus. Käytännön käsikirja. Edita, Helsinki 2009.
- Adlercreutz, Axel*: Avtalsrätt I. Tolfte upplagan 2002. Andra tryckningen. Juristförlaget, Lund 2005.
- Aho, Matti L.*: Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. WSOY, Helsinki 1968.
- Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa*: Osakeyhtiölaki I. Talentum, Helsinki 2007.
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Luotto-oikeuden perusteet. Talentum, Helsinki 2004.
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden oppikirja. 2. painos. Condictio, Helsinki 1998.
- Björklund, Daniel – Madell, Tom*: Skadestånd vid offentlig upphandling. SvJT 2008 s. 578–602.
- Ehdotus julkisten hankintojen oikeussuojakeinojen muuttamisesta*. Työryhmämietintö 2009:9. Oikeusministeriö, Helsinki 2009.
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa*: Maankäyttö- ja rakennuslaki. 2., uudistettu painos. Edita, Helsinki 2005.
- Eskola, Saira – Ruohoniemi Erkki*: Julkiset hankinnat. WSOY, Helsinki 2007.
- Hakkola, Esa*: Maankäyttösopimuksia koskevien yksityisoikeudellisten riitojen ratkaisusta. BLF 2009 s. 175–199.
- Hakulinen, Y. J.*: Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Toinen laajennettu painos. Kirjayhtymä, Helsinki 1965.

- Halila, Heikki*: Oikeuskäytännön merkitys rakennusurakkaan liittyvissä kysymyksissä. Teoksessa *Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005*, s. 63–79. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.
- Halila, Heikki – Hemmo, Mika*: *Sopimustyypit. 2., uudistettu painos*. Talentum, Helsinki 2008.
- Hallberg, Pekka – Haapanala, Auvo – Koljonen, Ritva – Ranta, Hannu*: *Maankäyttö- ja rakennuslaki. 2., uudistettu painos*. Talentum, Helsinki 2006.
- Hammarström, Jörgen*: Bristande rättsskydd vid offentlig upphandling? *JFT* 1996 s. 132–166.
- Hannus, Arno – Hallberg, Pekka*: *Kuntalaki. 3. laitos*. WSOY, Helsinki 2000.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari*: *Kuntalaki. Tausta ja tulkinat*. Talentum, Helsinki 2007.
- HE 154/1992 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.
- HE 69/1997 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 197/2001 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sähköisistä allekirjoituksista ja viestintähallinnosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta.
- HE 72/2002 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 237/2004 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 50/2006 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
- Hellner, Jan*: *Upphandling och skadestånd*. *JT* 1998–99 s. 950–955.
- Hemmo, Mika*: Oikeustapauskommentti 1999:48 teoksessa Timonen Pekka (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein I 1999*, s. 374–377. Kauppakaari Oyj / Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1999. (*Hemmo 1999a*)
- Hemmo, Mika*: Prekontraktuaaliset sopimukset ja neuvotteluvastuun sääntely. Teoksessa *Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta*, s. 77–89. Helsinki 1999. (*Hemmo 1999b*)
- Hemmo, Mika*: *Pankkioikeus*. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2001.
- Hemmo, Mika*: *Sopimusoikeus I*. Talentum, Helsinki 2003. (*Hemmo 2003a*)
- Hemmo, Mika*: *Sopimusoikeus II*. Talentum, Helsinki 2003. (*Hemmo 2003b*)
- Hemmo, Mika*: *Sopimusoikeus III*. Talentum, Helsinki 2005.
- Hemmo, Mika*: *Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus*. *LM* 2006 s. 1134–1157.
- af Hällström, Erik*: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931.
- af Hällström, Erik*: Något om rättshandlingars ogiltighet enligt avtalslagens 28–35 §§. Teoksessa *Festskrift för professorn, jur. utr. dr Otto Hjalmar Granfelt*, s. 320–339. Juridiska föreningen i Finland, Helsingfors 1934.
- Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen*. Työryhmämietintö 2008:6. Oikeusministeriö, Helsinki 2008.
- Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen*. Kyselyraportti. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008:16. Oikeusministeriö, Helsinki 2008.

- Jääskeläinen, Lauri – Syrjänen, Olavi:* Maankäyttö- ja rakennuslaki. Käytännön käsikirja. 2., uusittu painos. Rakennustieto Oy, Helsinki 2003.
- Kaisto, Janne:* Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyn suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2001.
- Kaisto, Janne:* Oikeustoimen peräyttämistä konkurssitarkoituksissa. Takaisinsaannin perusteista erityisesti lahjan ja maksun peräyttämistä silmällä pitäen. COMI, Helsinki 2006.
- Kaisto, Janne:* Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta. BLF 2007 s. 45–128.
- Kaisto, Janne:* Näkökohtia kaupan esisopimuksesta. Teoksessa Kuvia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä. Juhlakirja Risto Koulou 60 vuotta, s. 133–167. COMI / Edita, Helsinki 2009.
- Kaisto, Janne – Lohi, Tapani:* Johdatus varallisuus oikeuteen. Talentum, Helsinki 2008.
- Kaisto, Janne – Nybergh, Frey:* Pysäköijän maksuvelvollisuudesta. Velvoitteiden synty eräissä arkisissa tilanteissa. Forum Iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Helsinki 2008.
- Kaisto, Janne – Tuomisto, Jarmo:* Kuka voi vedota oikeustoimen pätemättömyyteen? BLF 2008 s. 3–52.
- Kalima, Kai:* Havaintoja uusien hankintalakien lastentaudeista. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2006, s. 195–200. Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys Ry, 2007.
- Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero:* Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Suomalaiset Oikeusjulkaisut Oy, Helsinki 2007.
- Kanninen, Heikki:* Oikeuskeinot julkisissa hankinnoissa – havaintoja oikeuskäytännön perusteella. DL 2005 s. 527–555.
- Karhu, Juha:* Kirja-arvostelu teoksesta Vedenkannas Matti: Tukikirje vakuutena. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2007. LM 2008 s. 128–139.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas, uudistettu painos. WSOY, Helsinki 1973.
- Klami-Wetterstein, Paula:* Letter of intent och ansvarsgrundande tillit. JFT 2007 s. 493–513.
- Klami-Wetterstein, Paula:* Sopimuksen syntyminen hankintamenettelyssä. Oikeustieto 5/2007 s. 19–21.
- Klami-Wetterstein, Paula:* Ilmaisuerehdys ja hankintayksikön vilpittömien mieli. Oikeustieto 6/2008 s. 5–9.
- Koulu, Risto:* Oikeustapauskommentti 2008:36 teoksessa Timonen Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2008, s. 280–282. Talentum, Helsinki 2008.
- Kuntien yleiset hankintaohjeet 2007.* Suomen kuntaliitto (toim.: Antero Oksanen).
- Kuoppamäki, Petri:* Julkiset hankinnat. Teoksessa Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Wilhelmsson, Thomas, Yritysoikeus. Werner Söderström Lakitieto Oy, Helsinki 1999.

- Kuoppamäki, Petri* : Kilpailuoikeuden perusteet. Werner Söderström Lakitieto Oy, Helsinki 2000.
- Kuoppamäki, Petri*: Uusi kilpailuoikeus. WSOYpro, Helsinki 2006.
- Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi*: Julkisten hankintojen käsikirja. Edita Publishing Oy, Helsinki 2007.
- Lohi, Tapani*: Velvoittautustoimet ja dispositiotoimet. BLF 2008 s. 53–93.
- Mononen, Marko*: Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta? LM 2004 s. 1379–1397.
- Mononen, Marko*: Huomioita sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden johdonmukaisuudesta. BLF 2005 s. 91–118.
- Muukkonen, P. J.* : Esisopimus. Siviilioikeudellinen sopimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1960.
- Mäenpää, Olli*: Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1989.
- Mäenpää, Olli*: Hallinto-oikeus. 4. laitos. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli*: Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro, Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli*: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita, Helsinki 2008.
- Mäkelä, Juha*: Oikeustapauskommentti 2008:57 teoksessa Timonen Pekka (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2008, s. 442–444. Talentum, Helsinki 2008.
- Mäkinen, Eija*: Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto. Finnpublishers Oy, Tampere 2000.
- Nenonen, Anne*: Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. LM 2009 s. 83–111.
- Norros, Olli*: Sopimusperusteiset muotovaatimukset. LM 2008 s. 183–211.
- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Edita, Helsinki 2006.
- Pekkala, Elise*: Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma Oy, Helsinki 2007.
- Pohjonen, Mika*: Korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaista oikeuskäytäntöä julkisissa hankinnoissa. Teoksessa Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2003, s. 335–356. Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys ry, Helsinki 2004.
- Pohjonen, Mika*: Julkisten hankintojen oikeusturvakeinojen viimeaikaisesta oikeuskehityksestä. Teoksessa Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2004, s. 133–154. Suomen Kilpailuoikeudellinen Yhdistys ry, Helsinki 2005.
- Prop. 2001/02:142*. Regeringens proposition 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
- Prop. 2006/07:128*. Regeringens proposition 2006/07:128. Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
- Routamo, Eero*: Kaupan lait I. Kotimainen ja kansainvälinen irtaimen kauppa. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1990.
- Rudanko, Matti*: Ostajan velvollisuudet ja sopimusrikkomus kauppalain mukaan. LM 1988 s. 24–50.
- Rudanko, Matti*: Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1989.
- Rytkölä, Olavi*: Julkisoikeudellinen sopimus. Käsite, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1950.

- Saarinen, Kirsi-Maria*: Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa. Edita, Helsinki 2008.
- Saarnilehto, Ari*: Oikeustapauskommentti KKO 1996:84, LM 1997 s. 316–317.
- Savola, Mika*: Oikeustapauskommentti KKO 1996:84, DL 1997 s. 349–353.
- Savola, Mika*: Hyvitysmaksusta julkisissa hankinnoissa. DL 2000 s. 230–244.
- SOU 2006:28*. Nya upphandlingsregler 2, Statens offentliga utredningar.
- Sutela, Marja*: Prosessuaalisia näkökohtia julkisten hankintojen muutoksenhausta. DL 2004 s. 999–1014.
- TaVL 25/2006*. Talousvaliokunnan lausunto 25/2006. Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (julkisten hankintojen oikeus-suojakeinot).
- Telaranta, K. A.*: Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. WSOY, Helsinki 1953.
- Telaranta K. A.*: Sopimusoikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1990.
- Tepora, Jarno – Kaisto, Janne – Hakkola, Esa*: Esinevakuudet. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2009.
- Valtion hankintakäsikirja 2007*. Valtiovarainministeriö. Julkaisuja 6/2007.
- Vedenkannas, Matti*: Tukikirje vakuutena. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2007.
- Warnling-Nerep, Wiweka*: Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots? JT 2006-07 s. 384–407.
- Wilhelmsson, Thomas*: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Kolmas, uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2008.
- Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif – Koskelo, Pauliine*: Kauppala lain pääkohdat. Viides, uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2006.
- Zitting, Simo*: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1951.
- Ämmälä, Tuula*: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1993.

LAW OF PROPERTY AND PUBLIC PROCUREMENTS

State and municipal authorities and other contracting authorities shall put their contracts out to tender as provided in the Act on Public Contracts. In this essay the Act is scrutinized from the perspective of property law, especially law of contract. The purpose of the Act on Public Contracts is to increase the efficiency of the use of public funds, promote high-quality procurement and safeguard equal opportunities for companies and other communities in offering supply, service and public works contracts under competitive bidding for public procurement (Section 1).

According to Section 5 of the Act on Public Contracts public contracts are contracts of financial interest concluded in writing between one or more contracting authorities and one or more suppliers. This does not mean that the contract ought to be made in a specified form to achieve validity. However, if the contract is not concluded in writing it is not a public contract according to the definition in Section 5. It is claimed in the essay that to fulfil the definition in Section 5 the contract must be signed by hand or electronically.

Having awarded the contract, the contracting authority shall, according to Section 74, conclude the contract in writing. In respect of contracts above the EU threshold, the contract may usually be concluded and the decision implemented after a certain time period, 21 days after the candidate or tenderer has been informed or is deemed to have been informed of the decision and the petition instructions. The contract is valid despite the breaching of this rule. The contract can also be valid despite the fact that the contracting authority has awarded the contract by a direct award without sufficient grounds regulated in the Act on Public Contracts.

The contracting authority shall provide in writing the decisions concerning the position of the candidates and tenderers and the results of the tendering procedure, including the grounds for the decisions. The decision shall include written instructions on the referral of the matter to the Market Court. The decision and the grounds thereof and the petition instructions shall be submitted in writing to the parties concerned (Section 73). The essay asserts that according to the principal rule the contract does not come into existence through serving a notice of the decision, although it is common to assume that without specific reservations serving a notice constitutes acceptance of an offer to conclude a contract.

If the contracting authority does not follow the Act on Public Contracts certain sanctions can be issued by the Market Court. According to Section 76 subsection 1, the Market Court may upon petition:

- 1) wholly or in part cancel a decision by a contracting authority;
- 2) forbid the contracting authority to apply a section in a document relating to the procurement or otherwise to pursue an incorrect procedure;
- 3) obligate the contracting authority to rectify an incorrect procedure;
or
- 4) order the contracting authority to pay compensation to a party who would have had a genuine chance of winning the contract if the procedure had been correct.

According to the prevailing opinion, sanction 4 is secondary to sanctions 1–3, the so called "real measures". If the Market Court can order the contracting authority to pay compensation, other sanctions are usually out of the question. According to Section 76 subsection 2, compensation payment may be ordered if the harm caused to the contracting authority, rights of third parties or the public interest by the measure defined in subsection 1, paragraphs 1–3 is considered to outweigh the benefits or if the petition has been initiated after the conclusion of the contract.

One might think that the contract mentioned in Section 76 subsection 2 refers to the public contract defined in Section 5. However, according to Market Court practice the manner of implementation is irrelevant. Sanctions 1–3 are out of the question even if the contract is concluded not in accordance with the time period stipulated in Section 74, which is problematic taking into account the famous Alcatel case. According to Market Court practice, ordering the contracting authority to pay compensation is also the only possible sanction if the conclusion of the contract occurs after the petition has been initiated (before the decision of the Market Court).