



Tarjoajan poissulkeminen aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien vuoksi ja selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä julkisissa hankinnoissa*

Tatu Kärhä ja Aarne Puisto

TIIVISTELMÄ

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettu laki antaa hankintayksikölle mahdollisuuden sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta harkinnanvaraisesti tietyin perustein. Artikkelissa tarkastellaan ensinnäkin sitä, millä edellytyksin hankintayksikkö voi poissulkea tarjoajan sen aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien vuoksi. Toiseksi tarkastellaan sitä, kenellä on selvitysvastuu hankintalain mukaisista korjaavista toimenpiteistä, joita koskevat säännökset otettiin ensimmäistä kertaa vuonna 2017 uudistettuun hankintalakiin. Harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista ei ole juurikaan aikaisemmin kirjoitettu kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa, eikä kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa ole laajalti arvioitu Euroopan unionin tuomioistuimen asiaa koskevia uusimpia ratkaisuja. Tämän artikkelin tarkoituksena on siten laajentaa aikaisempaa tutkimusta tällä saralla. Artikkelin johtopäätöksenä esitetään ensinnäkin, että jäsenvaltioille on jätetty harkintavaltaa poissulkemisperusteiden implementoinnissa kansalliseen lainsäädäntöön. Jäsenvaltion on tosin pidättäydyttävä kunkin poissulkemisperusteen olennaisissa piirteissä eli jäsenvaltio ei saa määrittellä poissulkemisperustetta aineellisesti toisin kuin hankintadirektiivissä. Suomen hankintalainsäädäntö mahdollistaa sen, että hankintayksikkö voi jättää sulkematta tarjoajan tarjouskilpailusta, vaikka tarjoajaa rasittaisi jokin harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Jäsenvaltiolla on lisäksi harkintavaltaa määrittää, kenellä on selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä, kunhan tästä säädetään riittävän selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti. Mikäli nämä edellytykset eivät täyty, hankintayksiköiden tulisi pyytää selvitystä tarjoajilta mahdollisista korjaavista toimenpiteistä ennen poissulkemista.

* Artikkelissa esitetyt näkemykset ovat kirjoittajien omia, eivätkä ne välttämättä edusta kirjoittajien työnantajien kantoja. Kiitämme refereetta kommentista sekä ON *Johanna Kauppista* ja ON *Nooa Tallbergiä* taustatöihön sekä lähdetarkistuksiin liittyvästä avusta.

1 Johdanto

Julkisiin hankintoihin liittyy kiinteästi julkisten varojen käyttäminen. Siten on yleisesti katsottu tärkeäksi, ettei julkisten hankintojen toteuttamista anneta yrityksille tai tahoille, jotka eivät ole luotettavia tai hyvämaineisia. Epäluotettavien tarjoajien sulkemisella tarjouskilpailuista voidaan ehkäistä esimerkiksi korruptiota, mutta myös parantaa avointa kilpailua ja taata tarjoajille tasavertaiset menestymismahdollisuudet julkisissa tarjouskilpailuissa.¹ Mahdollisuutta epäluotettavien tarjoajien poissulkemiseen on peräänkuulutettu myös nykyisen, vuoden 2014 hankintadirektiivin johdanto-osassa.²

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, hankintalaki) 80 ja 81 §:ssä on pyritty antamaan hankintayksiköille tarpeelliset ja riittävät keinot sulkea epäluotettavat tarjoajat tarjouskilpailusta missä tahansa vaiheessa hankintamenettelyä.³ Poissulkemisperusteet on jaoteltu hankintalaissa pakollisiin ja harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin ja ne perustuvat hankintadirektiivin 57 artiklassa lueteltuihin poissulkemisperusteisiin.⁴

Hankintalain 80 §:n pakollisissa poissulkemisperusteissa on kyse tilanteesta, jossa syyllisyys eräisiin vakaviksi katsottuihin rikoksiin on vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla, joka aiheuttaa hankintayksikölle velvollisuuden kyseisen tarjoajan poissulkemiseen. Sen sijaan hankintalain 81 §:n mukaisten harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta hankintayksiköllä on harkintavaltaa poissulkemisperusteen käyttämisessä ja tarjoajan luotettavuuden arvioimisessa. Vaikka jäsenvaltio olisi kansallisessa hankintalainsäädännössä säättänyt, että hankintayksiköllä on velvollisuus sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta, hankintayksikön tehtävänä on lopulta arvioida harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamisen edel-

¹ Ks. *Van Garssen, Steven – De Mars, Sylvia*: Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive. Teoksessa *Marique, Yseult – Wauters, Kris* (eds.): *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Brussels: Larcier, 2016, s. 121. Tuore tutkimus osoittaa, että julkisten hankintojen tekijät myös käytännössä pyrkivät välttämään huonomaineisia tarjoajia. Ks. *Tukiainen, Janne – Blesse, Sebastian – Bohne, Albrecht – Giuffrida, Leonardo M. – Jääskeläinen, Jan – Luukinen, Ari – Sieppi, Antti*: What are the Priorities of Bureaucrats? Evidence from Conjoint Experiments with Procurement Officials, Helsinki: Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021.

² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL N:o L 94, 28.3.2014, s. 65–242, 101 perustelukappale.

³ Hankintalain 105 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikkö voi noudattaa 80 ja 81 §:ssä säädettyjä poissulkemisperusteita myös niin kutsutuissa kansallisissa hankinnoissa. Hankintalain 81 §:ään lisättiin myös 5 momentti selventämään tilannetta kesällä 2021. Ks. HE 244/2020 vp, s. 20. Sosiaali- ja terveystieteiden sekä muiden erityisten hankintojen osalta on säädetty hankintalain 114 §:n 2 momentissa, että hankintayksikön tulee soveltaa 80 §:ssä ja se voi soveltaa 81 §:ssä säädettyjä poissulkemisperusteita ehdokkaisiin ja tarjoajiin. Poissulkemisperusteita voidaan soveltaa myös alihankkijoihin.

⁴ Suomesta poiketen osa jäsenvaltioista on laajentanut hankintadirektiivin poissulkemisperusteiden listaa. Esimerkiksi Italiassa on mafianvastaisia poissulkemisperusteita. Ks. *Risvig Hamer, Carina*: Section 3: Choice of participants and award of contracts, teoksessa *Steinicke, Michael – Vesterdorf, Peter L.* (eds.): *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, Baden-Baden: Hart/Nomos, 2018, s. 618 (*Risvig Hamer* 2018). Ks. laajemmin kansallisesti säädettyistä poissulkemisperusteista *Sánchez-Graells, Albert*: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, London: Bloomsbury Academic, 2015, s. 292–294 (*Sánchez-Graells* 2015).

lytysten olemassaolo ja tarjoajan luotettavuus.⁵ Suomessa kyse on kuitenkin hankintayksikön oikeudesta, ei velvollisuudesta.⁶

Nykyisen hankintadirektiivin valmisteluvaiheessa pidettiin tärkeänä, että hankintayksiköllä olisi mahdollisuus ottaa huomioon sen aikaisemmat kokemukset tarjoajista,⁷ ja hankintadirektiiviin otettiin mukaan uusia poissulkemisperusteita. Samalla säädettiin myös ensi kertaa niin sanottujen korjaavien toimenpiteiden (*self-cleaning*) esittämisestä, joiden avulla tarjoaja pystyisi osoittamaan luotettavuutensa, vaikka sitä rasittaisikin jokin poissulkemisperusteista. Suomessa korjaavia toimenpiteitä koskevat säännökset löytyvät hankintalain 82 §:stä.

Tässä tutkimuksessa on kaksi tutkimuskysymystä:

1. Millä edellytyksin tarjoaja voidaan sulkea pois tarjouskilpailusta sen aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien vuoksi?
2. Kenellä on selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä?

Tutkimuksen metodina toimii käytännöllinen lainoppi, jota käytetään sääntelyn sisällön selvittämiseen.⁸ Harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista ei ole juurikaan kotimaista tutkimusta. Tämän lisäksi Euroopan unionin tuomioistuin (EUT) on vasta hiljattain päässyt tulkitsemaan vuoden 2014 hankintadirektiiviä, ja valtaosassa kansainvälistä oikeuskirjallisuutta on huomioitu ainoastaan uuden hankintadirektiivin tuomat muutokset, mutta ei EUT:n tuoreimpia ratkaisuja. Työllä tavoitellaan käytännöllistä kontribuutiota. Kirjoituksen tavoitteena on selkeyttää vallitsevaa oikeustilaa etenkin siten, että hankintayksiköiden on helpompi noudattaa hankintalainsäädäntöä⁹ harkitessaan, sulkevatko ne tarjoajan tai ehdokkaan tarjouskilpailusta harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen nojalla.

Tämä artikkeli koostuu neljästä pääluvusta. Johdannon jälkeisessä luvussa tarkastelemme etenkin, miten EU- ja hankintaoikeudelliset periaatteet tulee ottaa huomioon harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita sovellettaessa sekä miten tarjoajan toiminnassa havaitut epäkohdat asettuvat harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden systematiikassa. Luvussa on siten tarkoitus vastata ensimmäiseen tutkimuskysymykseen. Kolmannessa pääluvussa

⁵ Hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan mukaan jäsenvaltiot voivat velvoittaa hankintayksikön poissulkemaan tarjoajan, jota koskee harkinnanvarainen poissulkemisperuste.

⁶ Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot, Helsinki: Tietosanoma, 2019, s. 392.

⁷ Green paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market – Synthesis of replies, 24.6.2011, s. 11. Ks. myös Vihreä kirja EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta, Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita, Bryssel 27.1.2011, KOM(2011) 15 lopullinen.

⁸ Käytännöllisen lainopin sisällöstä ks. tarkemmin Aarnio, Aulis: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta, Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 2011, s. 104–105.

⁹ Artikkelissa tehtävä tarkastelu on rajattu yleisen hankintalain piiriin, mutta vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1398/2016, erityisalojen hankintalaki) 83 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikkö voi soveltaa yleisen hankintalain 81 §:ssä säädettyjä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita. Erityisalojen hankintalain 84 § puolestaan vastaa hankintalain 80 §:ää. Ks. HE 108/2016 vp, s. 272. Ks. erityisalojen hankintalain osalta laajemmin Salokangas, Kirsi-Marja: Erityisalojen hankintalaki, Helsinki: Edita, 2020, s. 210–232. Puolustus- ja turvallisuushankinnoista annetun lain (1531/2011) 47 ja 48 §:t sisältävät niin ikään lähes hankintalain säännöksiä vastaavat poissulkemisperusteet.

tutkimme, miten ja millaisessa menettelyssä tarjoajan mahdollisuutta esittää korjaavia toimenpiteitä arvioidaan. Koska hankintadirektiivi jättää tältä osin jäsenvaltioille harkintavaltaa, tarkastelemme myös lyhyesti sitä, miten korjaavista toimenpiteistä on säädetty muissa maissa. Luvussa pyritään vastaamaan jälkimmäiseen tutkimuskysymykseen. Viimeinen eli neljäs pääluokki on varattu johtopäätöksille.

2 Tarjoajan aiemmassa toiminnassa havaitut epäkohdat harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena

2.1 Harkinnanvaraisen poissulkemisen oikeudelliset lähtökohdat

Harkintavalta harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen käyttämisestä kuuluu nimenomaan hankintayksikölle,¹⁰ eikä tuomioistuimelle tai muullekaan kolmannelle taholle, mitä EUT on korostanut viimeaikaisessa oikeuskäytännössään.¹¹ Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden käyttäminen edellyttää kuitenkin hankintalain 3 §:ssä mainittujen periaatteiden huomioimista sekä luonnollisesti sitä, että jokin hankintalain 81 §:n 1 momentissa luetelluista 11 tunnusmerkistöstä täyttyy. Hankintayksiköt saattavat vedota poissulkemisessa useampaankin perusteeseen. Jo yhdenkin poissulkemisperusteen olemassaolo on riittävää, eikä markkinaoikeuden ole hankintayksikön menettelyä arvioidessaan tarpeen lausua muiden tunnusmerkistöjen täyttymisestä.¹²

Keskeisen lisäedellytyksen poissulkemiselle asettaa hankintalain 81 §:n 4 momentti, jonka mukaan tarjoajaa ei saa sulkea tarjouskilpailusta, jos 1 momentissa tarkoitettu tapahtumasta on kulunut yli kolme vuotta. Vanhentumiseen liittyviä kysymyksiä arvioidaan jaksossa 2.3. Hankintayksikön on myös huomioitava hankintalain 82 §:ssä tarkoitettujen tarjoajan korjaavien toimenpiteiden, joihin palataan luvussa 3.

Hankintalain 3 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteet edellyttävät, että poissulkemisperusteita sovelletaan samalla tavalla kaikkiin ehdokkaisiin tai tarjoajiin.¹³ Tasapuolisen kohtelun merkitys korostuu silloin, kun viranomainen käyttää yksityisten oikeusasemaan tai toimintamahdollisuuksiin kohdistuvaa harkintaa.¹⁴

¹⁰ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi, HE 108/2016 vp, s. 183.

¹¹ Ks. esim. C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:507, kohdat 28 ja 32. EUT:n mukaan hankintayksikön sitominen kolmannen osapuolen arviointiin vaarantaisi harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita koskevan sääntelyn tehokasta vaikutusta (*effet utile*). Ks. myös C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, ECLI:EU:C:2019:826, kohdat 27–29. Hankintayksikön harkintavalta on kuitenkin mahdollista saattaa kansallisen tuomioistuimen arvioitavaksi. Ks. *Sánchez-Graells* 2015, s. 295. Ks. myös C-440/13 *Croce Amica One Italia*, ECLI:EU:C:2014:2435, kohdat 44–45 ja julkisasiamies Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-171/15 *Connexion Taxi Services*, ECLI:EU:C:2016:506, kohta 73.

¹² Ks. esim. MAO 420/20 ja KHO 2019:132.

¹³ Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista, HE 50/2006 vp, s. 97.

¹⁴ Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta, HE 72/2002 vp, s. 55.

Yhdenvertaisuusperiaate ei kuitenkaan tule arvioitavaksi jokaisessa poissulkemistapauksessa, sillä tarjoajat ovat saattaneet toimia toisiinsa nähden aiemmin hyvinkin eri tavoin, eivätkä tarjoajat siten ole välttämättä poissulkemisperusteen soveltamisen kannalta samassa asemassa.¹⁵ Yhdenvertaisuusperiaatteen huomioon ottamisesta poissulkemisperusteita käytettäessä on kuitenkin tuoretta oikeuskäytäntöä. Markkinaoikeus katsoi tapauksessa MAO 179/21, että hankintayksikön olisi tullut tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi arvioida hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan soveltumista poissuljetun valittajan lisäksi myös yhden puitejärjestelyyn valitun tarjoajan osalta, koska tämän toiminnassa oli havaittu samoja epäkohtia ja puutteita kuin valittajalla. Sen sijaan tapauksessa MAO 542/20 hankintayksikön ei katsottu menetelleen epätasapuolisesti, sillä muut tarjoajat olivat korjanneet hankintayksikön havaitsemat puutteet tarkastuskäyntien jälkeen.¹⁶

Suhteellisuusperiaate, jonka merkitystä on korostettu harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta aiempaa enemmän nykyisessä hankintadirektiivissä,¹⁷ rajoittaa keskeisellä tavalla hankintayksikön harkintavaltaa harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden suhteen. Tarjoajan poissulkeminen ei siis ole mahdollista pelkästään sen vuoksi, että hankintayksikkö pystyisi osoittamaan jonkin harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon, vaan hankintayksikön on tällöin vielä arvioitava mahdollista poissulkemista nimenomaan suhteellisuusperiaatteen kannalta.

Suhteellisuusperiaate on kirjattu myös hallintolain (434/2002) 6 §:ään, jonka esitöissä periaatteen merkitystä on korostettu erityisesti sellaisissa tapauksissa, joissa viranomaisen joutuu harkitsemaan hallinnon asiakkaan kannalta epäedullisia oikeudellisia seuraamuksia.¹⁸ Poissulkemisen on korostettu olevan ankara toimenpide,¹⁹ minkä vuoksi poissulkemista koskevassa harkinnassa voidaan nykyisenkin hankintalain 81 §:n 2 momentista ilmenevällä tavalla ottaa huomioon muun ohella virheen, rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys harkinnan kohteeseen, kulunut aika sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset. Ajoittain tuomioistuinten perusteluista ei kuitenkaan ilmene, mille seikoille on annettu painoarvoa suhteellisuusperiaatetta arvioitaessa.²⁰

Avoimuusperiaatteen kannalta keskeisimpänä tekijänä voidaan pitää poissulkemispäättöstä, jonka perusteluista tulisi siten ensinnäkin ilmetä, minkä seikkojen vuoksi poissulkemisperusteet ovat hankintayksikön mukaan olleet käsillä eli esimerkiksi mistä poissuljetun

¹⁵ Ks. samassa asemassa olemisesta analogisesti MAO 157/21 ja MAO 54/20.

¹⁶ Ks. näiden tapausten lisäksi myös KHO 2019:132, MAO 286/19 ja C-395/18 *Tim*, ECLI:EU:C:2020:58, kohdat 46–47.

¹⁷ Ks. *Ukkola, Markus*: Hankintalainsäädännöstä ja sitoutumiskammosta, Edilex 2017/26, s. 9 (*Ukkola* 2017) ja *Arrowsmith, Sue*: Law of Public and Utilities Procurement Volume 1, London: Sweet & Maxwell, 2014, s. 1243–1244 (*Arrowsmith* 2014). Hankintalain esitöissä onkin todettu, että hankintayksikön tulee poissulkemisperusteita soveltaessaan kiinnittää erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteen. Ks. HE 108/2016 vp, s. 183. Ks. myös viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä esim. C-395/18 *Tim*, ECLI:EU:C:2020:58, kohta 48.

¹⁸ HE 72/2002 vp, s. 55. Ks. suhteellisuusperiaatteesta tältä osin tarkemmin esim. *Mäenpää, Olli*: Yleinen hallinto-oikeus, Helsinki: Alma Talent, 2017, s. 161 *et seq.*

¹⁹ HE 50/2006 vp, s. 97–98. Esitöissä korostettiin myös tapauskohtaisen arvioinnin tarpeellisuutta. Ks. myös esim. MAO 549/20 ja MAO 630/18.

²⁰ Ks. esim. MAO 109/19, MAO 553/16, MAO 97/15 ja MAO 346/11. Tapauksissa markkinaoikeus on kuitenkin suhteellisuusperiaatteen vastaisuutta koskevat väitteet yhdellä virkkeellä. Suhteellisuusperiaatteen arvioinnin yksityiskohtaisista perusteluista hyvänä esimerkkinä voidaan mainita korkeimman hallinto-oikeuden apteekkiluvan peruuttamista koskenut vuosikirjapäätös KHO 2017:84.

tarjoajan aikaisemmista suorituksista on ollut kyse.²¹ Tarvittaessa päätöksestä tulee myös ilmetä, miksi muiden tarjoajien toiminnassa havaitut epäkohdat ovat olleet vähäisempiä kuin poissuljetun tarjoajan toiminnassa havaitut epäkohdat. Hankintayksikkö on niin ikään velvollinen perustelemaan, miksi se on pitänyt tarjoajan hankintalain 82 §:ssä tarkoitettuja korjaavia toimenpiteitä riittämättöminä.²² Asianmukaisesti perustellun päätöksen on katsottu vähentävän merkittävästi riskiä siitä, että poissuljettu tarjoaja riitauttaa päätöksen ja päätös tulisi kumotuksi.²³

2.2 Milloin tarjoajan aiempi toiminta täyttää harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tunnusmerkit?

2.2.1 Vuoden 2014 hankintadirektiivin vaikutuksesta ja poissulkemisperusteiden keskinäisestä systematiikasta

Hankintadirektiivi uudistus toi näkyviä muutoksia harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin. Tarjoajan aiemman toiminnan kannalta relevanteista uusista poissulkemisperusteista ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden laiminlyöminen (hankintalain 81.1 §:n 5 kohta) ja kilpailua vääristämään pyrkivien sopimusten (6 kohta)²⁴ solmimisen on olennaisen sopimusrikkomuksen (9 kohta) ohella katsottu kuuluneen aiemmin vakavan virheen (3 kohta) soveltamisalaan.²⁵ Vakavan virheen on luonnehdittu olevan yleissäännös suhteessa 5, 6 ja 9 kohtien erityissäännöksiin.²⁶

Arrowsmith on katsonut mainitut uudet säännökset joissakin tapauksissa jopa rajoittavan poissulkemisen mahdollisuutta aikaisempaan nähden, sillä ne täsmentävät poissulkemisen soveltamisalaa niiden sääntelemissä tilanteissa. Hänen mukaansa uusien poissulkemisperusteiden sijasta olisi ollut riittävää tarkentaa vakavan virheen soveltamisalaa hankinta-

²¹ Ks. esim. MAO 360/18. Hankintapäätöksestä ilmeni, että poissulkeminen oli perustunut lainvoimaisiin työläinsäädäntöä koskeviin tuomioihin ja rikkomusten toistuvuuteen. Markkinaoikeus ei kuitenkaan pitänyt perusteluja riittävänä, koska päätöksestä ei ilmennyt mihin tuomioihin, mihin niistä ilmeneviin seikkoihin ja millaiseen rikkomusten olennaisuutta ja vakavuutta koskevaan arviointiin hankintayksikön ratkaisu hankinnan toteuttamisen vaarantumisesta oli perustunut.

²² Hankintalain 82 §:n 3 momentissa ei todeta hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdan 3 alakohdan tapaan, että jos tarjoajan toimenpiteitä pidetään riittämättöminä, tarjoajan on saatava kyseisen päätöksen perustelut. Hankintayksikön velvollisuudesta perustella kaikki tarjoajien asemaan vaikuttavat ratkaisut on kuitenkin säädetty yleisellä tasolla hankintalain 123 §:ssä. Ks. HE 108/2016 vp, s. 220–221.

²³ Ilmoitus välineistä kilpailuvastaisen yhteistyön torjumiseksi julkisissa hankinnoissa ja ohjeista tähän liittyvien poissulkemisperusteiden soveltamisesta 2021/C 91/01, EUVL N:o C 91, 18.3.2021, s. 15 (Komissio 2021).

²⁴ Ks. esim. unionin tuomioistuimen määräys asiassa C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi*, ECLI:EU:C:2019:476, kohta 35. Ks. laajemmin aiheesta Komissio 2021.

²⁵ Hankintalain esitöissä viitataan hankintalain 81.1 §:n 5 ja 6 kohtien poissulkemisperusteiden osalta nimenomaisesti 3 kohdassa tarkoitettuun vakavaan virheeseen. Sen sijaan 9 kohdan olennaisen sopimusrikkomuksen suhteen asia käy ilmi epäsuorasti. Ks. HE 108/2016 vp, s. 185 ja 187–188. Ks. myös *Puolakainen Katrin – Ruohoniemi, Erkko*: Poissulkemisperusteet uudessa hankintadirektiivissä, teoksessa Mentula, Arttu (toim.), *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2013*, Vantaa: Multiprint, 2014, s. 214–215 (*Puolakainen – Ruohoniemi 2014*) ja *Arrowsmith 2014*, s. 1258–1259 ja 1269.

²⁶ Ks. julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:183, kohta 41.

direktiivin johdanto-osan perustelukappaleissa.²⁷ Priess on sen sijaan esittänyt, ettei uusilla poissulkemisperusteilla ollut tarkoitus rajoittaa yleissäännöksen eli ammattitoiminnassa tapahtuneen vakavan virheen soveltamisalaa, vaan vakavaa virhettä on mahdollista käyttää yleisenä varmistuslausekkeena epäluotettavan tarjoajan poissulkemiseksi.²⁸

Direktiivi uudistuksen yhteydessä vakavan virheen osalta täsmennettiin, että kyse on oltava tarjoajan luotettavuuden²⁹ kyseenalaistavasta vakavasta virheestä.³⁰ Luotettavuuden onkin katsottu olevan kaikille tarjoajan yksilöllisiin olosuhteisiin liittyville poissulkemisperusteille ominainen piirre.³¹ Yhteisen historian ja luotettavuuden lisäksi edellä mainittuja poissulkemisperusteita yhdistää näyttövelvollisuuden kuuluminen hankintayksikölle, mikä on ilmaistu suoraan hankintalain 81.1 §:n 3, 5 ja 6 kohdissa (”voi näyttää toteen”) sekä 9 kohdan osalta hankintalain esitöissä.³² Hankintayksikön on mahdollista näyttää poissulkemisperuste toteen millä tahansa perusteltavissa olevalla keinolla, eikä poissulkemisen tarvitse perustua lainvoimaiseen tuomioon tai päätökseen.³³ Tästä huolimatta tarjoajat usein vetoavat tuomion lainvoimaisuuden puuttumiseen esimerkiksi tilanteessa, jossa poissulkemispäätöksen perusteena olevasta tuomiosta, kuten käräjäoikeuden ratkaisusta, on valitettu tai asian ollessa vielä vireillä käräjäoikeudessa.³⁴

Siinä missä hankintalain 81.1 §:n 3, 5 ja 6 kohdissa kuvatut tarjoajan toiminnassa havaitut epäkohdat tapahtuvat pääosin *sopimussuhteiden ulkopuolella*, 9 kohdassa kuvatuille menettelytavoille on katsottu olevan ominaista nimenomaan *sopimusveloitteiden laiminlyönti*.³⁵ Huomionarvoisena erona poissulkemisperusteiden soveltamisalojen osalta on myös mainittava hankintalain 81.2 §, jonka mukaan hankintalain 81.1 §:n 3, 5 ja 6 kohtien tunnusmerkistöt voivat täyttyä myös tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenen tai

²⁷ Arrowsmith 2014, s. 1258–1259 ja 1265–1266.

²⁸ Priess, Hans-Joachim: The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive, Public Procurement Law Review 2014, 3, s. 118.

²⁹ Hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan c alakohdassa ”luotettavuuden” sijasta on käytetty termiä ”rehellisyys”, mutta oikeuskäytännössä poissulkemista on tarkasteltu juuri luotettavuuden käsitteen kautta.

³⁰ Hankintasäännöksiin kuului aiemmin erillinen poissulkemisperuste koskien tilanteita, joissa tarjoaja oli saanut ammattinsa harjoittamiseen liittyvästä lainvastaaisesta teosta lainvoimaisen tuomion. Tämän on kuitenkin katsottu sisältyvän nykyisin hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan soveltamisalaa. Ks. Arrowsmith 2014, s. 1258.

³¹ Ks. julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:183, kohdat 42–44. Arrowsmithin mukaan esimerkiksi eturistiriidan olemassaolo (hankintalain 81.1 §:n 7 kohta), tarjoajan osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun kilpailua vääristävällä tavalla (8 kohta) tai epäasianmukainen vaikuttaminen päätöksentekoon (11 kohta) eivät liity varsinaisesti tarjoajan luotettavuuteen, vaan tarjoajien tasapuoliseen kohteluun. Lisäksi näillä poissulkemisperusteilla ei todennäköisesti ole laajempaa poissulkevaa vaikutusta, vaan ne rasittavat tarjoajaa vain yksittäisen tarjouskilpailun osalta. Ks. Arrowsmith 2014, s. 1266.

³² HE 108/2016 vp, s. 188. Esitöissä viitataan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuun KHO 25.5.2009 t. 1294. Tapauksessa katsottiin, ettei hankintayksikkö ollut dokumentoinut riittävällä tavalla aiempien sopimusten puutteita. Ks. myös *Risvig Hamer* 2018, s. 640.

³³ HE 108/2016 vp, s. 183.

³⁴ Ks. esim. ammattitoiminnassa tehdyn vakavan virheen osalta KHO 17.12.2020 t. 4362, olennaisen sopimusrikkomuksen osalta MAO 419/20 ja työlainsäädännön rikkomisen osalta MAO 549/20.

³⁵ Ks. myös julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:183, kohdat 40–41. Ks. esim. julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 *Delta Antrepriză și Montaj* 93, ECLI:EU:C:2019:393, kohta 26.

edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävän henkilön aiemman toiminnan vuoksi.³⁶ Sen sijaan 9 kohdan poissulkemisperuste ei voi tulla sovellettavaksi mainitun lainkohdan kautta. Rajanveto ilmenee hyvin tapauksesta MAO 469/20³⁷, jossa hankintayksikkö oli irtisanonut ennenaikaisesti erään sopimuksensa poissuljetun tarjoajan emoyhtiön kanssa ja perustellut poissulkemista hankintalain 81.1 §:n 3 ja 9 kohdilla. Markkinaoikeus katsoi, ettei valittaja ollut syyllistynyt vakavaan virheeseen ja painotti perusteluissaan, ettei asiassa ollut edes esitetty valittajan *omissa* suorituksissa olleen aikaisemmissa hankintasopimuksissa merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa.³⁸

Vakavan virheen yleissäännöksen luonteen vuoksi poissulkemista voi olla mahdollista perustella samanaikaisesti hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan lisäksi myös 5, 6 tai 9 kohdalla, mutta vakavasta virheestä eriytyvät poissulkemisperusteet eivät voine tulla samanaikaisesti sovellettaviksi.³⁹ Hankintayksiköt vaikuttavat perustelevan poissulkemista samanaikaisesti nimenomaan vakavalla virheellä ja olennaisella sopimusrikkomuksella,⁴⁰ joten tarkastelemme seuraavissa alaluvuissa näiden kahden poissulkemisperusteen tunnusmerkistöjä tarkemmin.⁴¹ Tehtyyn rajaukseen vaikutti myös se, että hankintalain 81.1 §:n 5 kohdan soveltamisesta on hyvin vähän kotimaista oikeuskäytäntöä ja 6 kohtaa ei tiettävästi ole sovellettu kotimaisessa oikeuskäytännössä tähän mennessä vielä kertaakaan.⁴²

2.2.2 Vakava virhe ammattitoiminnassa

Hankintalain 81.1 §:n 3 kohdan mukaan poissulkeminen on mahdollista, jos tarjoaja on ammattitoiminnassaan syyllistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen. Luotettavuutensa menettänyt tarjoaja on

³⁶ Markkinaoikeus katsoi tapauksessa MAO 179/21, että Valviran valvontapäätöksen kohdistuminen kaikkiin konserniin kuuluviin yhtiöihin oli voinut vaarantaa myös juuri kyseisen tarjoajan toiminnan luotettavuuden. Ks. hankintalain 81.2 §:n soveltamisalasta laajemmin *Risvig Hamer* 2018, s. 642–643.

³⁷ Asia ei ole tätä artikkelia kirjoitettaessa lainvoimainen. Asiaa käsitellään korkeimmassa hallinto-oikeudessa diaarinumerolla 22111/2020.

³⁸ Asiaa ei ollut syytä arvioida toisin senkään vuoksi, että valittaja oli ilmoittanut käyttävänsä emoyhtiötään alihankkijanaan, koska tällaisessa tilanteessa hankintayksikkö voi hankintalain 78 §:n perusteella vaatia alihankkijaa korvattavaksi toisella alihankkijalla.

³⁹ Ks. MAO 76/21. Markkinaoikeus katsoi, ettei käytännössä yhtä ja samaa menettelyä voida pitää sekä hankintalain 81.1 §:n 5 että 9 kohdan mukaisena poissulkemisperusteena. Sen sijaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 10 mukainen olennaisesti väärin tietojen antaminen voi tulla sovellettavaksi yhdessä jonkin muun poissulkemisperusteen kanssa, sillä sen tunnusmerkistö poikkeaa selvästi muista poissulkemisperusteista.

⁴⁰ Ks. esim. MAO 569/20, MAO 469/20 ja MAO 179/18.

⁴¹ Markkinaoikeuden mukaan vakavan virheen arvioinnista esitetyt näkökohdat voidaan soveltuvin osin ottaa huomioon 9 kohdan mukaisen poissulkemisperusteen arvioinnissa. Ks. esim. MAO 109/19, MAO 179/18 ja MAO 676/17. Viimeksi mainittu tapaus yhdessä ratkaisun MAO 675/17 kanssa kuvastaa hyvin 3 ja 9 kohtien poissulkemisperusteiden päällekkäisyyttä. Tapauksessa MAO 675/17 hankintayksikkö oli julkaissut hankintailmoituksen vuoden 2016 puolella ja valittajan poissulkeminen oli perustunut ainoastaan vakavaan virheeseen, mutta tapauksessa MAO 676/17 saman valittajan poissulkemista arvioitiin myös nykyisen hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan näkökulmasta. Ks. myös julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:183, kohdat 40–41 ja julkisasiamiehen Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, ECLI:EU:C:2019:393, kohta 26.

⁴² Ks. poissulkemisesta työoikeudellisten velvoitteiden rikkomisen perusteella esim. MAO 76/21 ja MAO 549/20.

siten mahdollista poissulkea, vaikka sillä muutoin olisikin tekniset ja taloudellisesti resurssit hankinnan toteuttamiseen.⁴³ Poissulkeminen ei myöskään edellytä virheen kohdistumista siihen vetoavaan hankintayksikköön.⁴⁴

Hankintalain esitöissä esimerkkeinä vakavasta virheestä mainitaan muun ohella yksityisen sosiaali- tai terveydenhuollon valvontamenettelyssä havaitut ja toimittajan luotettavuuden kyseenalaistavat epäkohdat palvelujen tuottamisessa sekä tilaajavastuulain laiminlyönnit. Vakavasta virheestä voi niin ikään olla kyse eräissä rekisteröitymis-, vakuuttamis-, ilmoittamis- tai maksamisvelvollisuuksien laiminlyönneissä tai kilpailulainsäädännön, liiketoimintakiellon tai teollis- tai tekijänoikeuksien rikkomisessa.⁴⁵ Oikeuskäytännön perusteella myös laskutukseen liittyvät epäselvyydet voivat vaarantaa osapuolten keskinäistä luottamusta siinä määrin, että kyse on vakavasta virheestä.⁴⁶ Samoin liikennöintipalvelun tuottamisen laiminlyöminen ja matkustajien turvallisuuden vaarantaminen ovat olleet perusteltuja syitä poissulkemiselle.⁴⁷

EUT on tulkinnut vakavan virheen käsitettä⁴⁸ erityisesti *Forposta*-tapauksessa, jossa se totesi käsitteen kattavan kaikenlaisen virheellisen menettelyn, joka vaikuttaa tarjoajan ammatilliseen luotettavuuteen ja jonka hankintayksiköt voivat todeta millä tahansa perusteltavissa olevalla keinolla.⁴⁹ Vaikka sopimusvelvoitteiden täyttämättä jättämistä voidaan lähdekohtaisesti pitää ammattitoiminnassa tehtynä virheenä, tunnusmerkistön täyttymisen kannalta tarjoajan toiminnassa tulisi ilmetä tietyn vakavuusasteen tuottamus tai huolimattomuus. Mikä tahansa sopimuksen tai sopimuksen osan virheellinen, epätäsmällinen tai puutteellinen täyttäminen voi siis mahdollisesti osoittaa tarjoajan ammatillisen pätevyyden puutteita, mutta ei merkitse automaattisesti vakavaa virhettä, jonka osoittaminen edellyttää hankintayksiköltä tarjoajan asenteen konkreettista ja yksilökohtaista arviointia.⁵⁰ EUT on sittemmin korostanut, että vakavan virheen käsitettä tulee tulkita laajasti, eikä sitä voida rajoittaa pelkästään hankintasopimusten täytäntöönpanossa tapahtuviin epäkohtiin.⁵¹

⁴³ HE 108/2016 vp, s. 183.

⁴⁴ KHO 9.6.2004 t. 1395. Ks. myös MAO 517/20 ja MAO 482/15.

⁴⁵ HE 108/2016 vp, s. 184.

⁴⁶ Ks. esim. KHO 9.6.2004 t. 1395, MAO 109/19, MAO 389/16 ja MAO 394/09. Vrt. kuitenkin MAO 551/09 ja MAO 544/15. Vaikka valittaja ei tapauksessa MAO 551/09 ollut lähettänyt laskuja sovitusti kuukausittain, laskut olivat kuitenkin sisällöltään, määrältään ja perusteeltaan oikeellisia. Tapauksessa MAO 544/15 puolestaan katsottiin, ettei tarjoajan työntekijän aiempi lainvoimainen talousrikostuomio ollut hankintasäännösten mukainen peruste poissulkemiselle, sillä laskutuksen oikeellisuudesta vastasi yhtiö eikä rikostuomion saanut henkilö.

⁴⁷ Ks. esim. MAO 109/19 ja MAO 495/15. Vrt. kuitenkin MAO 551/09. Markkinaoikeus katsoi, että kyse oli pääasiassa kuljetussopimuksen alussa havaituista puutteista, jotka tulivat sittemmin korjatuiksi.

⁴⁸ EUT:n mukaan käsitettä voidaan täsmentää ja selventää kansallisessa oikeudessa edellyttäen kuitenkin, että unionin oikeutta noudatetaan. Ks. unionin tuomioistuimen määräys asiassa C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi*, ECLI:EU:C:2019:476, kohta 34. Ks. myös C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:507, kohta 33.

⁴⁹ C-465/11 *Forposta ja ABC Direct Contact*, ECLI:EU:C:2012:801, kohdat 27–28.

⁵⁰ *Ibid.*, kohdat 29–31. Ks. myös C-210/20 *Rad Service ym.*, ECLI:EU:C:2021:445, kohta 40.

⁵¹ Unionin tuomioistuimen määräys asiassa C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi*, ECLI:EU:C:2019:476, kohta 30. Virheen ei siten ole tarvinnut tapahtua sopimussuhteessa, vaan huomioon voidaan ottaa myös esimerkiksi tarjoajayrityksen hallituksen jäsenelle lainvastaisesta teosta annettu tuomio. Ks. C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani ja RTI Mantovani e Guerrato*, ECLI:EU:C:2017:1000, kohta 44. Vrt. kuitenkin MAO 544/15.

Hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa ja hankintalain esitöissä⁵² on korostettu, että tarjoaja on vain poikkeuksellisissa olosuhteissa suljettava pois menettelystä vähäisten sääntöjenvastaisuuksien vuoksi.⁵³ Oikeuskäytännössä onkin katsottu, etteivät pienehköt ja alalle tavanomaiset puutteet oikeuta hankintayksikköä sulkemaan toimittajaa tarjouskilpailusta.⁵⁴ Hankintayksikön on katsottu menetelleen virheellisesti poissulkemisen suhteen myös tilanteessa, jossa todisteiden valossa virheitä on lukumäärällisesti paljon, mutta yksikään niistä ei ole erityisen merkittävä tai taloudellisesti raskas.⁵⁵

Samaisessa hankintadirektiivin perustelukappaleessa ja hankintalain esitöissä on kuitenkin täsmennetty, että toistuvat vähäisetkin sääntöjenvastaisuudet voivat kyseenalaistaa tarjoajan luotettavuuden siten, että tämän poissulkeminen voisi olla perusteltua.⁵⁶ Palveluasumista koskevista tapauksista MAO 542/20 ja MAO 179/21 markkinaoikeus arvioi hankintayksiköillä olleen hankintojen luonne huomioon ottaen korostunut tarve varmistua valittavien palveluntarjoajien luotettavuudesta. Kummassakin ratkaisussa tarkastelun kohteena ollut hankinta oli koskenut samaa toimintaa, jota valittajista tehdyt tarkastushavainnot olivat koskeneet. Markkinaoikeus katsoi molemmissa tapauksissa valittajien toiminnassa havaittujen puutteiden heikentäneen siinä määrin valittajien luotettavuutta, että kyse oli vakavasta virheestä.

2.2.3 Olennainen sopimusrikkomus

Hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaan poissulkeminen on mahdollista, mikäli tarjoajan suorituksissa on aikaisemmissa hankinta- tai käyttöoikeussopimuksissa ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa. Puutteiden on lisäksi täytynyt johtaa kyseisen aikaisemman sopimuksen irtisanomiseen, purkamiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin. Poissulkemisperusteen ratioksi on kuvattu sitä, ettei hankintayksikön tarvitsisi tehdä sopimuksia sellaisten toimittajien kanssa, joita huolellisesti toimiva ja asiantunteva yksityisen sektorin toimijakaan ei hyväksyisi itse sopimuskuoppaan.⁵⁷

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että poissulkemiselle sopimusrikkomuksen perusteella on nykyisissä hankintasäännöksissä asetettu vakavaa virhettä korkeammat soveltamiskriteerit, koska uudella erityissäännöksellä on haluttu tehdä ero aikaisempaan sääntelyyn.⁵⁸ Mahdollisuuden tarjoajan poissulkemiseen sen aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien vuoksi onkin katsottu kaventuneen, kun lisäedellytykseksi on asetettu puutteiden

⁵² HE 108/2016 vp, s. 183.

⁵³ Ks. analogisesti myös HE 108/2016 vp, s. 185.

⁵⁴ Ks. esim. KHO 25.5.2009 t.1294. Ks. myös MAO 736/17. Markkinaoikeus katsoi, että valittajan saamassa lainvoimaisessa tuomiossa yhteistoimintalain rikkomisesta oli kyse vain yksittäistapauksesta.

⁵⁵ Ks. esim. MAO 675/17 ja MAO 676/17. Markkinaoikeus korosti, etteivät hankintayksikön esittämät puutteet olleet myöskään suoritusten luonteet huomioiden tavallisuudesta poikkeavia tai epätyypillisiä.

⁵⁶ HE 108/2016 vp, s. 183.

⁵⁷ HE 108/2016 vp, s. 188. Hallituksen esityksessä viitataan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuun KHO 25.5.2009 t. 1294. Tapauksessa katsottiin, että hankintayksikön aiempien negatiivisten kokemusten käyttäminen voi sinänsä olla mahdollista tarjoajan poissulkemisperusteena. Näyttönä voidaan käyttää niin ikään saatua asiakaspalautetta. Ks. esim. MAO 495/15.

⁵⁸ Ks. *Eskola, Saila – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkko*: Julkiset hankinnat, Helsinki: Alma Talent, 2017, s. 426.

johtaminen aiemman sopimuksen ennenaikaiseen päättämiseen tai sanktioihin.⁵⁹ Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta myös esitetty, että hankintayksiköiden tulisi erityisesti varmistua siitä, että sopimusrikkomukset ovat riittävän olennaisia, jotta ne rinnastuvat vakavuudeltaan muihin harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin.⁶⁰

Oikeuskäytännössä tämän kaltainen problematiikka ei kuitenkaan vaikuta ainakaan vielä aktualisoituneen, vaan arvioinnissa on kiinnitetty huomiota erityisesti siihen, onko tarjoaja rikkonut jotakin aikaisemman sopimuksen keskeistä vaatimusta. Tässä arvioinnissa on otettu huomioon muun ohella vaatimuksen merkitys tarjouskilpailun lopputuloksen määräytymisen kannalta, vaatimuksen merkitys hankintayksikölle sekä sopimusneuvotteluissa esitetyt kannanotot ja vaatimukset.⁶¹ Oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota myös puutteellisten suoritusten toistuvuuteen ja toimittajan asenteeseen selvittää riitaisuuksia ja puutteellisuuksia.⁶²

Poissulkeminen olennaisen sopimusrikkomuksen perusteella edellyttää hankintayksikön pystyvän esittämään riittävän selvityksen poissulkemisen perusteena käyttämistään olosuhteista.⁶³ Näin ollen reklamoinnin merkityksen voidaan katsoa olevan jopa korostuneempi kuin vakavan virheen osalta. Hankintayksikön on dokumentoitava riittävästi hankintasopimuksen suorittamisessa havaitut puutteet, joiden perusteella se on irtisanonut sopimuksen tai soveltanut siihen hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaisia sanktioita.⁶⁴ Tämä vaatimus vähentää omalta osaltaan oikeuskirjallisuudessa esitettyä huolta siitä, että olennaisen sopimusrikkomuksen poissulkemisperuste antaisi hankintayksiköille mahdollisuuden painostaa toimittajaa hankintayksikköä suosiviin sopimusmuutoksiin tai kompromisseihin sillä uhalla, että hankintayksikkö muutoin irtisanoo hankintasopimuksen. Hankintasopimuksen irtisanominen aiheuttaisi tällöin toimittajalle konkreettisen riskin siitä, että hankintayksiköt sulkisivat sen jatkossa kilpailutuksista.⁶⁵

Oikeuskäytännössä on katsottu, että hankintayksikön ja tarjoajan väliset erimielisyydet aikaisemmin solmittujen sopimusten tulkinnoista sekä niihin liittyvät sopimusten irtisanomiset eivät vielä täytä olennaisen sopimusrikkomuksen tai vakavan ammatillisen virheen tunnusmerkistöä, vaan hankintayksikön tulee näyttää toteen poissulkemiseen oikeuttava puutteellinen sopimussuoritus.⁶⁶ Poissulkemisperusteen olemassaolon ja sopimussuorituksen puutteellisuuden arvioinnissa voidaan ottaa huomioon myös hankintayksikön oma

⁵⁹ Ks. *Arrowsmith* 2014, s. 1269.

⁶⁰ Ks. *Risvig Hamer* 2018, s. 640.

⁶¹ Ks. esim. MAO 419/20. Markkinaoikeus otti arvioinnissaan huomioon sopimusneuvotteluista laaditun muiston, joka oli liitetty allekirjoitettuun hankintasopimukseen.

⁶² Ks. esim. MAO 420/20. Ks. myös KHO 2019:132. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan hankintayksikön mahdollisuus soveltaa hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan poissulkemisperustetta perustuu siihen, että hankintayksikkö voi arvioida tarjoajan luotettavuuden lisäksi sitä, ovatko aikaisemmat puutteet olleet riittävän vakavia kyseenalaistamaan toimittajan luotettavuuden.

⁶³ Ks. esim. MAO 286/19.

⁶⁴ Ks. esim. KHO 2019:132.

⁶⁵ Ks. *Risvig Hamer* 2018, s. 640.

⁶⁶ Ks. MAO 569/20.

menettely.⁶⁷ Hankintasopimuksen irtisanominen voi täyttää hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan mukaisen lisäedellytyksen, eikä hankintayksikön välttämättä tarvitse vaatia vahingonkorvausta, hinnanalennusta tai muuta rahallista korvausta.⁶⁸ Toisaalta aiemman sopimuksen irtisanomista tai purkamista ei edellytetä, jos sopimusta ei sen luonteen ja kriittisyyden vuoksi ole voitu keskeyttää.⁶⁹

EUT katsoi *Meca*-tapauksessa, ettei olennaisen sopimusrikkomuksen riitauttaminen tuomioistuimessa saa estää hankintayksikköä sulkemasta tarjoajaa tarjouskilpailusta.⁷⁰ Myös korkein hallinto-oikeus on *Meca*-tapaukseen perustuen katsonut vuosikirjapäätöksessään KHO 2019:132, ettei hankintamenettelyn lainmukaisuuden arvioinnin kannalta ole merkitystä sillä, että sopimuksen ennenaikaista päättämistä koskeva oikeudenkäynti on pantu vireille käräjäoikeudessa.⁷¹ EUT:n ratkaisun on esitetty ehkäisevän sitä, että sopimuksen ennenaikaisesta päättämisestä nostettaisiin kanne kansallisessa tuomioistuimessa vain siitä syystä, että osallistuminen myöhempisiin tarjouskilpailuihin olisi edelleen mahdollista.⁷²

2.3. Poissulkemisperusteiden vanhentuminen

Hankintalain 81 §:n 4 momentissa on säädetty hankintadirektiivin 57 artiklan 7 kohtaan perustuen, ettei tarjoajaa saa sulkea tarjouskilpailusta, jos 1 momentissa tarkoitettua tapahtumasta on kulunut yli kolme⁷³ vuotta. Hankintalain esitöiden mukaan *tapahtuma* on ajankohta, ”jona hankintayksikkö on saanut tai sen olisi asianmukaista huolellisuutta noudattaen tullut saada tietoonsa toimittajaa rasittava poissulkemisperuste”.⁷⁴ Harkinnanvaraisen poissulkemisen ajallista rajausta pidettiin toivottavana uudistuksena, koska hankintayksiköillä ei ollut aiemmin yhtenäistä linjaa, vaan käytännöt poissulkemisen keston osalta vaihtelivat.⁷⁵

⁶⁷ Ks. esim. MAO 100/17, joka koski vakavan ammatillisen virheen arviointia. Tapauksessa markkinaoikeus katsoi, ettei tarjoaja ollut syyllistynyt vakavaan ammatilliseen virheeseen tilanteessa, jossa tarjoaja ei pystynyt noudattamaan tarjouspyynnön mukaista aikataulua hankintalain mukaisten odotusaikasäännösten vuoksi. Hankintayksikkö oli oikaisut hankintapäätöstä ja oikaisupäätöksestä oli alkanut uusi odotusaika, jolloin hankintasopimusta ei vielä saanut tehdä.

⁶⁸ Ks. MAO 286/19.

⁶⁹ Ks. MAO 420/19. Kunnan alueiden ylläpitoa koskevassa hankinnassa hankintayksikkö oli esittänyt toimittajalle hinnanalennusvaatimuksia sopimusrikkomusten perusteella, mutta ei ollut irtisanonut tai purkanut sopimusta.

⁷⁰ C-41/18 *Meca*, ECLI:EU:C:2019:507, kohta 42. EU-oikeuden vastaiseksi todetun Italian hankintalainsäädännön mukaan vireillä oleva kanne aikaisemman hankintasopimuksen purkamisesta esti kanteen tehneen tarjoajan poissulkemisen myöhemmästä kilpailutuksesta.

⁷¹ Ks. myös MAO 248/15. Tapauksessa ei edellytetty käräjäoikeuden tuomion lainvoimaisuutta tai virheen kohdistumista siihen vetoavaan hankintayksikköön.

⁷² Ks. *Brown, Adrian*: The right of a contracting authority to exclude an economic operator due to its defective performance of a prior contract: *Meca Srl v Naples (C-41/18)*, *Public Procurement Law Review* 2020, 2, NA57.

⁷³ Tanskassa on sen sijaan monista muista jäsenvaltioista poiketen rajoitettu poissulkemisperusteiden soveltaminen neljään (pakolliset) ja kahteen (harkinnanvaraiset) vuoteen. Ks. *Treumer, Steen*: Into the grey area: implementation of the Public Procurement Directive in Denmark, teoksessa *Treumer, Steen – Comba, Mario* (eds.): *Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, s. 21 (*Treumer* 2018).

⁷⁴ Ks. HE 108/2016 vp, s. 189.

⁷⁵ Ks. *Puolakainen – Ruohoniemi* 2014, s. 218.

Markkinaoikeus on olennaisen sopimusrikkomuksen osalta ottanut arvioinnissaan huomioon muun muassa sen, milloin toimitus on tehty ja milloin hankintayksikkö on vaatinut sopimussakkoa tai osapuolet ovat sopineet maksettavasta sopimussakosta.⁷⁶ Tapauksissa, joissa hankintayksikkö on perustanut tarjoajan poissulkemisen sekä tarjoajan ammatti-toiminnassa tapahtuneeseen vakavaan virheeseen että työläinsäädännön rikkomiseen, markkinaoikeus on katsonut kolmen vuoden määräajan kulumisen työläinsäädännön rikkomisen toteavasta käräjäoikeuden tuomiosta.⁷⁷ Ennen nykyistä hankintalakia harkinnanvaraisille poissulkemisperusteille ei ollut määritelty nimenomaista vanhentumisaikaa. Tuolloin markkinaoikeus otti huomioon muun muassa ajan kulumisen ja kilpailutettavan hankinnan merkityksen poissuljetulle tarjoajalle osana suhteellisuusperiaatteen mukaisuuden arviointia.⁷⁸

Sánchez-Graells on pitänyt tapahtuman käsitettä tulkinnanvaraisena ja haasteellisena etenkin hankintalain 81.1 §:n 6 kohdan mukaisten kilpailurikkomusten osalta, sillä niiden tuleminen ilmi voi viedä aikaa.⁷⁹ Kilpailulain (948/2011) 19 §:n 1 momentissa on säädetty kilpailurikkomusten viiden vuoden vanhentumisajasta. Lainkohdan mukaan Kilpailu- ja kuluttajaviraston (KKV) on tehtävä seuraamusmaksuesitys markkinaoikeudelle viiden vuoden kuluessa siitä päivästä, jona rikkominen tapahtui tai jatkettun rikkomisen osalta viiden vuoden kuluessa siitä päivästä, jona rikkominen päättyi. KKV:n selvitystoimenpiteet aloittavat kuitenkin vanhentumisajan kulumisen alusta, joten myöhäisimmillään esitys markkinaoikeuteen on mahdollista tehdä lähes kymmenen vuotta kilpailurikkomuksen päättymisestä. EUT on hiljattain todennut tarjouskartellissa rikkomisajankohdan päättyvän hankintasopimuksen tekohetkeen.⁸⁰ Tapauksessa ennakkoratkaisua pyytänyt korkein hallinto-oikeus katsoikin markkinaoikeuden tapaan vuosikirjapäätöksessään KHO 2021:112, että KKV oli tehnyt esityksensä niin kutsutun voimajohtokartellin osalta liian myöhään.

Mitä sitten on pidettävä hetkenä, jolloin hankintayksikkö tulee tietoiseksi tarjouskartellista?⁸¹ Korkein oikeus katsoi ratkaisussa KKO 2016:11, että kilpailuoikeudellisten vahingonkorvausten osalta vanhentumisaika alkaa kulua jo KKV:n seuraamusesityksestä markkinaoikeudelle eikä vasta siitä, kun markkinaoikeuden päätös tulee lainvoimaiseksi.

Mainittua linjausta ei kuitenkaan nähdäksemme voida ottaa automaattisesti lähtökohdaksi hankintalain 81.4 §:n tulkintaan. Muiden harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tapaan kilpailurikkomukseen syyllystyneen tarjoajan poissulkemiseksi ei vaadita lainvoimaista tuomiota, vaan lainvoimaisen tuomion puuttuessa hankintayksikön tulee tapauskohtaisesti arvioida sillä olevan näytön riittävyys.⁸² *Ukkola* on kiinnittänyt huomiota siihen, ettei hankintadirektiivin johdanto-osan 101 perustelukappaleessa kuitenkaan täsmennetä,

⁷⁶ Ks. esim. MAO 553/18.

⁷⁷ MAO 549/20. Ks. myös MAO 630/18.

⁷⁸ Ks. esim. MAO 389/16.

⁷⁹ *Sánchez-Graells* 2015, s. 296–301.

⁸⁰ C-450/19 *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10, kohta 41. Tapauksessa KKV oli esittänyt, että kilpailurikkomuksen olisi tällaisessa yhteydessä katsottava jatkuvan siihen asti, kunnes viimeinen urakan maksuerä on maksettu, tai vähintään siihen saakka, kunnes kyseinen urakka on valmistunut.

⁸¹ Kilpailurikkomukseen perustuvan poissulkemisen taustalla voi olla toki jokin muukin kilpailua vääristämään pyrkivä sopimusjärjestely kuin tarjouskartelli. Sen sijaan hankintalain 81.1 §:n 6 kohta ei mahdollista poissulkemista määrävän markkina-aseman väärinkäytön vuoksi.

⁸² HE 108/2016 vp, s. 185.

miten muuhun kuin tuomioon perustuvan poissulkemisen ”asianmukainen osoittaminen” käytännössä tapahtuu.⁸³

Tapauksessa *Vossloh Laeis* EUT katsoi määrääjän alkavan kuluu toimivaltaisen viranomaisen päätöksestä, jolla on määrätty seuraamus kilpailurikkomuksesta.⁸⁴ On kuitenkin epäselvää, miten EUT:n antama oikeusohje soveltuu Suomessa, jossa KKV ei edellä todetusti voi itse määrätä seuraamuksia kilpailurikkomuksista, vaan sillä on toimivalta ainoastaan seuraamusmaksuesityksen tekemiseen markkinaoikeudelle. On toisaalta huomioitava, että EUT korosti ratkaisussaan sellaisen päätöksen merkitystä, jossa juridisesti todetaan tehdyt teot kielletyksi käyttäytymiseksi.⁸⁵ Julkisasiamies *Campos Sánchez-Bordona* lisäksi korosti tapaukseen antamassaan ratkaisuehdotuksessa syyttömyysolettaman merkitystä, joka voidaan kumota vain tuomioistuimen tai hallintoviranomaisen päätöksellä.⁸⁶ Hankintalain 81.1 §:n 6 kohdan mukaisen poissulkemisperusteen voidaan siten ajatella vanhenevan todennäköisesti vasta kolmen vuoden kuluttua siitä, kun markkinaoikeus on päätöksellään todennut säännöksen tarkoittaman kilpailurikkomuksen.⁸⁷

Vossloh Laeis -tapaus selventää hankintadirektiivin tulkintaa kuitenkin oikeastaan vain siinä mielessä, mistä hetkestä vanhentumisajan voidaan *aikaisintaan* katsoa alkavan kuluu. EUT:n ratkaisu ei siten vielä poista toista keskeistä kolmen vuoden vanhentumisajan käsitteeseen liittyvää problematiikkaa eli sitä, milloin vanhentumisaika *viimeistään* alkaa kuluu. Hankintayksikön on edellä todetusti mahdollista perustaa poissulkeminen myös vasta lainvoimaiseen tuomioon. Näin ollen hankintayksiköllä voi sinänsä olla mahdollisuus soveltaa hankintalain 81.1 §:n 6 kohdan poissulkemisperustetta jo siitä hetkestä, kun KKV on tehnyt seuraamusmaksuesityksen markkinaoikeudelle, aina siihen saakka, kunnes kolme vuotta on kulunut korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisusta. Vanhentumisajan voi siten tällaisessa tilanteessa ajatella olevan tosiasiaa merkittävästi kolmea vuotta pidempi, ja ainakin teoriassa esimerkiksi tarjouskartelliin osallistumisen ja siitä johtuvan poissulkemisen välillä voi olla pitkälti yli kymmenen vuotta.⁸⁸

Tilannetta voidaan pitää tarjoajan näkökulmasta varsin hankalana etenkin, kun käytännöt sen suhteen, tehdäänkö poissulkeminen jo vahvan epäilyn myötä vai vasta lainvoimaisen tuomion perusteella, voivat vaihdella suurestikin eri hankintayksiköiden välillä.⁸⁹ Nähdäk-

⁸³ *Ukkola* 2017, s. 9.

⁸⁴ C-124/17 *Vossloh Laeis*, ECLI:EU:C:2018:855, kohta 38. *Arrowsmith* esitti ennen mainittua tuomiota, että suositeltavana tulkintalinjana tulisi pitää sitä hetkeä, jolloin poissulkemisperusteen tunnusmerkistön täyttävä tapahtuma tapahtui, ks. *Arrowsmith* 2014, s. 1273. *Arrowsmith* ei tiettävästi ole myöhemmässä tutkimuksessaan ottanut kantaa *Vossloh Laeis* -tapaukseen tästä näkökulmasta.

⁸⁵ C-124/17 *Vossloh Laeis*, ECLI:EU:C:2018:855, kohta 39.

⁸⁶ Julkisasiamies *Campos Sánchez-Bordonan* ratkaisuehdotus asiassa C-124/17 *Vossloh Laeis*, ECLI:EU:C:2018:316, kohta 83.

⁸⁷ Markkinaoikeudessa ei ole tiettävästi vielä käsitelty hankintalain 81.1 §:n 6 kohdan mukaista poissulkemista. Ks. kuitenkin tarjousten itsenäisyyteen liittyneet tapaukset MAO 366/20 ja MAO 367/20, joissa valittajien tarjoukset oli suljettu tarjouskilpailuista horisontaalisten alihankintajärjestelyiden vuoksi.

⁸⁸ Esimerkiksi edellä mainitussa voimajohtokartellissa KKV:n seuraamusmaksuesitys tehtiin 31.10.2014, ja korkein hallinto-oikeus antoi oman, joskin KKV:n esityksen vanhentuneena hylkäävän, ratkaisunsa KHO 2021:112 20.8.2021 eli lähes seitsemän vuotta myöhemmin. Jos korkein hallinto-oikeus olisi päätenyt päinvastaiseen lopputulokseen, olisi poissulkeminen väitetyn tarjouskartellin perusteella voinut olla mahdollista aina loppukesään 2024 saakka. KKV:n oli esityksessään katsonut, että kielletty kilpailijoiden välinen yhteistyö olisi alkanut viimeistään jo vuonna 2004. Ks. Kilpailu- ja kuluttajaviraston esitys 31.10.2014, dnro 64/2013.

⁸⁹ Ks. *Arrowsmith* 2014, s. 1254.

semme tilanteissa, joissa harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tosiasiallinen vanhentumisaika olisi yli kolme vuotta, hankintayksikön tulee antaa erityistä painoarvoa suhteellisuusperiaatteelle. Tarjoajan poissulkeminen yli kymmenen vuotta vanhan rikkeen vuoksi voisikin olla suhteellisuusperiaatteen vastaista.⁹⁰ Arvioinnissa tulisi ottaa huomioon myös tarjoajan esittämät korjaavat toimenpiteet, esimerkiksi kilpailurikkomukseen osallistuneiden työntekijöiden tai johdon irtisanomiset.⁹¹

Vaikka tarkastelimme edellä poissulkemisperusteen kolmen vuoden vanhentumisaikaan liittyviä tulkinnanvaraisuuksia erityisesti hankintalain 81.1 §:n 6 kohdan näkökulmasta, samanlaista problematiikkaa voi liittyä myös muihin tarjoajan aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien kannalta relevantteihin poissulkemisperusteisiin. Esimerkiksi tapauksessa MAO H105/2020 hankintayksikkö oli tilannut valittajalta rakennusurakkana vuonna 2010 toteutetun varastohallin, jonka katto oli osittain sortunut suuren lumikuorman painosta kevättalvella 2020. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö oli voinut arvioida hankkimansa tarkastuslausunnon perusteella sortumisen johtuneen rakennusvirheistä, joten valittaja tuli suljetuksi tarjouskilpailusta noin kymmenen vuoden takaisen toimintansa vuoksi. Lienee todennäköistä, että tulevaisuudessa nähdään tapauksia, joissa hankintalain 81.4 §:n mukaisen tapahtuman käsitteen kannalta joudutaan seikkaperäisesti arvioimaan, milloin hankintayksikkö on saanut tai sen olisi asianmukaista huolellisuutta noudattaen tullut saada tietoonsa toimittajaa rasittava poissulkemisperuste.

3 Selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä

3.1 Oikeudelliset lähtökohdat

Hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohtaan perustuvan hankintalain 82 §:n 1 momentin mukaan ehdokas tai tarjoaja voi esittää näyttöä luotettavuudestaan siitä huolimatta, että sitä rasittaa 80 tai 81 §:ssä tarkoitettu poissulkemisperuste. Jos hankintayksikkö katsoo näytön ja luotettavuuden riittäväksi, se ei saa sulkea kyseistä ehdokasta tai tarjoajaa pois tarjouskilpailusta. Hankintalain 82 §:n 2 momentissa on säädetty siitä näytöstä, jota tarjoajan tulisi esittää luotettavuudestaan. Hankintalain 82 §:n 3 momentin mukaan korjaavat toimenpiteet on arvioitava ottaen huomioon rangaistavan teon, virheen tai laiminlyönnin vakavuus sekä niihin liittyvät olosuhteet. Kuten aiemmin todettiin, säännökset tarjoajien korjaavista toimenpiteistä otettiin osaksi unionin hankintasäännöksiä vasta vuoden 2014 direktiiviuudistuksen yhteydessä.⁹² Jo tätä ennen mahdollisuudesta esittää korjaavia toimenpiteitä oli säädetty kansallisesti Saksassa ja Itävallassa.⁹³

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, ettei hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohdassa aseteta hankintayksiköille velvollisuutta tiedustella tarjoajilta, ovatko ne toteuttaneet korjaavia

⁹⁰ Myös kymmentä vuotta lyhyempikin aika voi olla tapauskohtaisesti jo suhteellisuusperiaatteen vastainen. Ks. analogisesti MAO 630/18.

⁹¹ Ks. HE 108/2016 vp, s. 190.

⁹² Voidaan kuitenkin esittää korjaavien toimenpiteiden kuuluneen unionin hankintasäännöksiin jo ennen direktiiviuudistusta. Ks. C-21/03 *Fabricom*, ECLI:EU:C:2005:127, kohdat 43–45.

⁹³ Ks. aiheesta laajemmin *Arrowsmith* 2014, s. 1270–1273. Myös Suomessa vanhan hankintalain 54 §:n 2 momentissa oli todettu, että poissulkemista koskevassa harkinnassa voidaan ottaa huomioon muun ohella rikkomukseen tai laiminlyöntiin syyllistyneen tarjoajan mahdolliset *korjaavat teot*.

toimenpiteitä.⁹⁴ Sen sijaan direktiivi vaikuttaa tältä osin jättävän jäsenvaltioille varsin laajan harkintavallan siitä, miten ne haluavat säätää korjaavista toimenpiteistä kansallisesti. Tämä onkin johtanut moniin erilaisiin lähestymistapoihin.⁹⁵ Esimerkiksi Tanskassa⁹⁶ ja Ruotsissa⁹⁷ hankintayksiköiden tulee varata tarjoajille tilaisuus tulla kuulluksi ennen poissulkemista. Sen sijaan Virossa⁹⁸ tarjoajan tulee esittää selvitys korjaavista toimenpiteistä jo tarjouksensa yhteydessä.⁹⁹ Lisäksi siinä missä Suomessa hankintayksiköt voivat soveltaa hankintalain 82 §:n säännöksiä korjaavista toimenpiteistä myös EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa, Virossa lainsäätäjä on rajannut tällaisen mahdollisuuden pois.¹⁰⁰

Suomessa hankintalain esitöiden mukaan hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta vaatia tai pyytää näyttöä luotettavuudesta, vaan hankintayksikön on mahdollista edellyttää, että tiettyjen yksilöityjen poissulkemisperusteiden osalta mahdollinen korjaavia toimenpiteitä koskeva selvitys esitetään jo tarjousten ja yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan (ESPD) jättämisen yhteydessä.¹⁰¹ Hankintalain 87 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön tulee edellyttää ESPD:tä alustavana näyttönä siitä, ettei tarjoajaa rasita mikään hankintalain 80 tai 81 §:n poissulkemisperusteista. ESPD:ssä tarjoajaa pyydetäänkin muun ohella vastaamaan, onko se syyllystynyt ammatin harjoittamiseen liittyvään vakavaan virheeseen ja/tai onko sillä kokemusta siitä, että aikaisempi hankintasopimus olisi irtisanottu ennen aikaisesti tai että sopimuksen yhteydessä olisi vaadittu vahingonkorvauksia tai määrätty muita vastaavia seuraamuksia. Mikäli tarjoaja vastaa myöntävästi, tarjoajaa pyydetään kertomaan mahdollisesti toteuttamistaan puhdistautumistoimista.

Hankintalain esitöiden mukaan hankintayksikön on kuitenkin suositeltavaa ilmaista tarjoajalle aikeensa ennen poissulkemista koskevan ratkaisun tekemistä ja antaa tarjoajalle mahdollisuus esittää näyttöä luotettavuuden osoittamiseksi. Tällä pyritään välttämään se, että näyttöä korjaavista toimenpiteistä esitettäisiin vasta hankintayksikön poissulkemisratkaisun jälkeen mahdollisessa tuomioistuinkäsittelyssä.¹⁰² *Ukkola* on pitänyt avoimuuden kannalta perusteltuna toimintatapana, että mahdollisuus korjaavien toimenpiteiden esittämiseen ennen mahdollista poissulkemista ilmaistaan hankinta-asiakirjoissa.¹⁰³

Tässä kohtaa on syytä huomata, että harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet ovat keskeään varsin erilaisia etenkin niiden tulkinnanvaraisuuden suhteen. Oikeuskirjallisuudessa

⁹⁴ Ks. esim. *Risvig Hamer* 2018, s. 644 ja *Treumer* 2018, s. 22. *Risvig Hamer* on toisaalta esittänyt, että *pakollisten* poissulkemisperusteiden kohdalla hankintayksikön olisi varattava tarjoajalle tilaisuus tulla kuulluksi ennen poissulkemista. Ks. *Risvig Hamer* 2018, s. 630.

⁹⁵ Hankintadirektiivin johdanto-osan 102 perustelukappaleen mukaan jäsenvaltioiden tulee saada määrittää tarjoajien korjaaviin toimenpiteisiin sovellettavat täsmälliset menettelyt ja sisältöä koskevat edellytykset.

⁹⁶ *Udbudsloven* § 138. Ks. laajemmin *Treumer* 2018, s. 21–23.

⁹⁷ *Lag* (2016:1145) om offentlig upphandling 13 kap. 4 §.

⁹⁸ *Riigihangete seadus* § 97.

⁹⁹ Ks. *Simovart, Mari Ann – Härginen, Kadri*: Estonia: faithful in transposing, stumbling on domestic needs, teoksessa *Treumer, Steen – Comba, Mario* (eds.): *Modernising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, s. 51–52 (*Simovart – Härginen* 2018). *Simovart ja Härginen* ovat suhtautuneet kriittisesti rajoitukseen, joka estää tarjoajaa vetoamasta korjaaviin toimenpiteisiin enää myöhemmässä vaiheessa hankintamenettelyä. Heidän mukaansa tarjoaja ei välttämättä ole aina tietoinen tarjousta jättäessään mahdollisen poissulkemisperusteiden olemassaolosta.

¹⁰⁰ Ks. *Simovart – Härginen* 2018, s. 51.

¹⁰¹ HE 108/2016 vp, s. 189.

¹⁰² HE 108/2016 vp, s. 189.

¹⁰³ *Ukkola* 2017, s. 11.

on eritelty ensinnäkin hankintalain 81.1 §:n 1, 2 ja 4 kohdat muista harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista, koska näiden perusteiden tunnusmerkistöjen täyttyminen ei edellytä samanlaista tapauskohtaista, subjektiivista arviointia.¹⁰⁴ Ukkola on katsonut, että hankintalain 88 §:n 1 momentissa on mainittu ainoastaan kyseiset kolme poissulkemisperustetta, sillä muiden poissulkemisperusteiden näytön hankkiminen kuuluu hankintayksikölle.¹⁰⁵ Tarjoajan ei näet voida katsoa toimittavan kovinkaan uskottavaa näyttöä esimerkiksi syyllisyydestään vakavaan virheeseen ammattitoiminnassa.¹⁰⁶

Ukkolan mukaan hankintalain 81.1 §:n 3 ja 5 kohtien poissulkemisperusteita rasittaakin niiden laaja-alaisuus ja täsmentymättömyys. Tarjoajan ei ole välttämättä mahdollista tietää, mitä hankintayksikkö pitää vakavana virheenä, ellei asiasta tiedoteta tarjoajalle ennen poissulkemista ja varata tilaisuutta esittää näyttöä korjaavista toimenpiteistä.¹⁰⁷ Myös 9 kohdan olennaisen sopimusrikkomuksen määritelmään voidaan katsoa liittyvän tulkinnanvaraisuutta, mutta vaikka tarjoaja olisikin riitauttanut irtisanomis- tai purkamisperusteen, on kuitenkin riidatonta, että hankintayksikkö on päättänyt aiemman sopimuksen ennen aikaisesti.¹⁰⁸ Näin ollen muihin edellä mainittuihin poissulkemisperusteisiin verrattuna juuri ennen aikaisesti päätetyn aiemman hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen ilmoittamatta jättämiseen ESPD-lomakkeella liittynee nähdäksemme suurin riski siitä, että tarjoaja syyllistyy hankintalain 81.1 §:n 10 kohdan¹⁰⁹ mukaiseen olennaisesti väärin tietojen antamiseen tai vaadittavien tietojen antamisen laiminlyöntiin.¹¹⁰

¹⁰⁴ Ks. esim. *Hyvönen, Olli – Kess, Kaija – Piisi, Tero – Tuomela, Heikki – Uotila, Jaakko*: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä, Helsinki: Edita Prima, 2007, s. 228.

¹⁰⁵ Lainkohdan mukaan hankintayksikön on vedotessaan 81.1 §:n 1, 2 tai 4 kohdassa tarkoitettuun harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen ennen hankintasopimuksen tekemistä vaadittava valittua tarjoajaa toimittamaan ajantasaiset todistukset ja selvitykset kyseisen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon tutkimiseksi.

¹⁰⁶ Ukkola 2017, s. 5 ja 9–10.

¹⁰⁷ Ukkola 2017, s. 3–4, 8–9 ja 11. Myös hankintalain esitöissä on korostettu 5 kohdan soveltamisalan osalta työehtosopimusten tulkinnanvaraisuutta, minkä vuoksi tuomioistuinprosessit ovat yleisiä. Ks. HE 108/2016 vp, s. 185.

¹⁰⁸ Nähdäksemme 9 kohdan mukainen poissulkemisperuste eroaa 3, 5 ja 6 kohtien poissulkemisperusteista sen suhteen, miten niiden olemassaolosta kysytään ESPD-lomakkeilla.

¹⁰⁹ Lainkohdassa ei ole hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan h alakohdan tapaan nimenomaista viittausta yhteiseen eurooppalaiseen hankinta-asiakirjaan (hankintadirektiivin 59 artikla) vaan yleisemmin hankintalain 10 luvussa tarkoitettuihin tietoihin.

¹¹⁰ Tapauksessa MAO 76/21 markkinaoikeus katsoi, että hankintayksiköllä oli ollut sekä hankintalain 81.1 §:n 9 kohdan että 10 kohdan mukaiset perusteet valittajan sulkemiselle tarjouskilpailusta. Sen sijaan tulkinnanvaraisissa tapauksissa markkinaoikeus on päätenyt katsomaan, ettei kyse ole ollut olennaisesti väärin tietojen esittämisestä. Ks. esim. MAO 630/18 ja MAO 162-173/13. Tarjouksessa annettavia tietoja on mahdollista lähestyä myös lojaliteettiperiaatteen näkökulmasta. Ks. julkisasiamies Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus asiassa C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, ECLI:EU:C:2019:393, kohta 46. On myös hyvä huomata, että ryhmittymänä tarjottaessa jo yhdenkin jäsenen antamat väärät tiedot voivat johtaa myös muiden ryhmittymän jäsenten poissulkemiseen riippumatta siitä, ovatko muut jäsenet tosiasialisesti olleet tietoisia vääriä tietoja antaneen jäsenen toiminnasta. Ks. C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, ECLI:EU:C:2021:700, kohdat 149–159.

EUT on onneksi viime vuosina ottanut asioissa *Delta*¹¹¹ ja *RTS infra*¹¹² kantaa siihen, kenellä on selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä. Tarkastelemme seuraavaksi näitä kahta ennakkoratkaisua, minkä jälkeen luomme katsauksen myös kotimaiseen oikeuskäytäntöön.

3.2 Tapaus *Delta*

Tapauksessa hankintayksikkö oli irtisanonut aiemman hankintasopimuksen, koska Deltan ryhmittymä oli käyttänyt luvatta alihankkijaa. Tieto irtisanomisesta oli kirjattu Romanian sähköiseen hankintajärjestelmään. Delta osallistui myöhemmin osana eri tarjoajista koostuvaa ryhmittymää erään toisen hankintayksikön kilpailutukseen. Kyseinen hankintayksikkö päätyi sulkemaan Deltan ryhmittymän pyydettyään ensin selvitystä aiemman hankintasopimuksen irtisanomisesta sekä Deltalta että sopimuksen irtisanoneelta hankintayksiköltä. Poissulkemista perusteltiin sillä, että vaikka Delta olikin nostanut kaksi kannetta, se ei ollut osoittanut irtisanomista virheelliseksi. Se ei myöskään ollut maininnut asiasta ryhmittymän tarjouksen ESPD-lomakkeella.¹¹³

Vastatessaan kansallisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin EUT totesi ensinnäkin, että tarjoajan poissulkeminen on mahdollista perustaa alihankkijan luvattomasta käytöstä johtuneeseen aikaisemman sopimuksen irtisanomiseen, jos hankintayksikkö arvioi kyseisen puutteen rikkovan sen ja tarjoajan välisen luottamussuhteen.¹¹⁴ EUT:n mukaan – hankintadirektiivin 57 artiklan 6 kohta ja johdanto-osan 102 perustelukappale huomioon ottaen – hankintayksikön on kuitenkin varattava tarjoajalle tilaisuus korjaavien toimenpiteiden esittämiseen ennen poissulkemista.¹¹⁵

3.3 Tapaus *RTS infra*

Belgialaisessa tapauksessa hankintayksikkö oli sulkenut *RTS infran* ryhmittymän tarjouskilpailusta, koska hankintayksikkö oli määrännyt ryhmittymälle seuraamuksia aikaisemman sopimuksen aikana havaittujen vakavien virheiden vuoksi. Ryhmittymän mukaan hankintayksikön olisi tullut varata sille mahdollisuus esittää selvitystä korjaavista toimenpiteistä ennen poissulkemista.¹¹⁶ Unionin tuomioistuimelta kysyttiin, onko hankintadirektiivi esteenä sille, että tarjoajan on oma-aloitteisesti esitettävä selvitys korjaavista toimenpiteistä.¹¹⁷

EUT:n mukaan jäsenvaltioiden on mahdollista harkintavaltansa puitteissa säätää siitä, että tarjoajien on toimitettava selvitys oma-aloitteisesti, mutta myös siitä, että vastuu selvityksen pyytamisestä kuuluu hankintayksikölle.¹¹⁸ Jos jäsenvaltio päätyy säätämään, että selvitystä voi toimittaa vain oma-aloitteisesti, on siitä säädettävä ”selkeästi, täsmällisesti ja yksiselit-

¹¹¹ C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, ECLI:EU:C:2019:826.

¹¹² C-387/19 *RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13.

¹¹³ C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, ECLI:EU:C:2019:826, kohdat 9–17.

¹¹⁴ *Ibid.*, kohdat 29 ja 38.

¹¹⁵ *Ibid.*, kohdat 34–38.

¹¹⁶ C-387/19 *RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2019:826, kohdat 12–15.

¹¹⁷ Belgiassa oli säädetty, että vastuu selvitystoimenpiteiden esittämisestä kuuluu tarjoajalle. Kyseinen lain-säädäntö ei kuitenkaan ollut voimassa vielä kyseisen hankintamenettelyn alkaessa. Ks. C-387/19 *RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13, kohdat 12 ja 20.

¹¹⁸ *Ibid.*, kohdat 30–33.

teisesti¹¹⁹. Toiseksi edellytykseksi EUT asetti sen, että tällaisesta velvoitteesta tulee mainita nimenomaisesti myös hankinta-asiakirjoissa. EUT:n mukaan hankintadirektiivi onkin esteenä sille, että tarjoajan velvollisuudesta esittää selvitystä korjaavista toimenpiteistä oma-aloitteisesti jo tarjouksen jättämisen yhteydessä ei ole säädetty edellä mainitulla tavalla kansallisesti, eikä kyseinen velvollisuus ilmene hankinta-asiakirjoista.¹¹⁹ Aikaisemmista virheistä huolimatta ryhmittymä saattoi EUT:n mukaan kohtuudella odottaa, että hankintayksikkö olisi kehottanut niitä esittämään näyttöä korjaavista toimenpiteistä.¹²⁰

EUT tukeutui perusteluissaan monin paikoin julkisasiamies *Campos Sánchez-Bordonan* ratkaisuehdotukseen, viitaten etenkin sen kohtiin 90 ja 91, joissa julkisasiamies oli yhtynyt ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen näkemykseen siitä, ettei vakavan virheen käsitteen tulkinnanvaraisuuden vuoksi tarjoajan ole aina helppoa selvittää, täytyykö kyseinen poissulkemisperuste. Julkisasiamies olikin esittänyt, että tarjoajaa ei voida vaatia mainitsemaan tarjouksessaan tai ESPD-lomakkeella vakavan virheen rasittavan sitä, jos tarjoajan aiemman toiminnan luonnehtiminen vakavaksi virheeksi ei ole ennakoitavissa. Tästä syystä julkisasiamies oli katsonut selvitysvastuun kuuluvan hankintayksikölle, jonka asiana oli myös osoittaa virheen olemassaolo.¹²¹

3.4 Korjaavista toimenpiteistä kotimaisessa oikeuskäytännössä

Vuoden 2014 hankintadirektiiviin perustuva nykyinen hankintalaki tuli voimaan 1.1.2017. Markkinaoikeuden ensimmäiset tarjoajan korjaavia toimenpiteitä koskevat ratkaisut annettiin vasta vuonna 2018. Tapauksessa MAO 179/18 tarjoaja oli esittänyt korjaavana toimenpiteenä sitoumuksen käyttää vain uusia viittoja tilanteessa, jossa aiempi sopimus oli purettu tarjoajan käytettyä korjattua viittoja. Markkinaoikeus katsoi, ettei kumpikaan hankintalain 81.1 §:n 3 tai 9 kohdan tunnusmerkistöistä täyttynyt, ja piti lisäksi mainittua sitoutumista riittävänä osoituksena tarjoajan luotettavuudesta. Korkein hallinto-oikeus kuitenkin katsoi vuosikirjaratkaisussaan KHO 2019:132 kyseessä olleen olennainen sopimusrikkomus, eikä tarjoajan sitoutumista uusien viittojen käyttämiseen ollut pidettävä riittävänä korjaustoimenpiteenä.

Hankintalain 82 § on sittemmin mainittu oikeusohjeena markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä noin 15 kertaa. Valtaosassa tapauksista kyse ei kuitenkaan ole ollut edellä mainitun vuosikirjaratkaisun tapaan siitä, ovatko korjaavat toimenpiteet olleet riittäviä,¹²² vaan siitä, onko hankintayksikön tullut pyytää valittajalta selvitystä korjaavista toimenpiteistä ennen poissulkemista. Tältä osin soveltamiskäytäntöä ei ole varauksetta mahdollista luonnehtia täysin johdonmukaiseksi.¹²³

¹¹⁹ Ibid., kohdat 36 ja 42.

¹²⁰ Ibid., kohdat 40–41. EUT viittasi tältä osin myös *Delta*-tapauksen kohtiin 34–37.

¹²¹ Julkisasiamies *Campos Sánchez-Bordonan* ratkaisuehdotus asiassa C-387/19 *RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2020:728. Ratkaisuehdotuksen argumentaation voidaan tältä osin katsoa mukailevan hyvin *Ukkolan* edellä jaksossa 3.1 esittämää.

¹²² Ks. kuitenkin MAO 76/21 ja MAO H105/21. Poissuljetut tarjoajat pyrkivät ajoittain pikemminkin kiistämään aikaisemman sopimuksen irtisanomisen kuin varsinaisesti esittämään korjaavia toimenpiteitä. Ks. esim. MAO 419/20 ja MAO 421/20.

¹²³ Vrt. myös markkinaoikeuden perusteluja hankintalain 82 §:n soveltumisesta kansallisiin hankintoihin tapauksissa MAO 168/21 ja MAO H105/21.

Markkinaoikeus oli päätenyt jo ennen *Delta*-tapausta katsomaan ratkaisussa MAO 680/18, että tarjoajan oikeus korjaavien toimenpiteiden esittämiseen menettäisi merkityksensä, jos tarjoajalle ei varattaisi, ainakaan tulkinnanvaraisissa olosuhteissa, tilaisuutta tulla kuulluksi ennen poissulkemista. Sen sijaan tapauksessa MAO 109/19 katsottiin, ettei hankintayksiköllä ollut velvollisuutta selvityksen pyytämiseen ennen poissulkemista.¹²⁴

EUT antoi ratkaisunsa *Delta*-tapauksessa 3.10.2019. Tämän jälkeen tapauksissa MAO 469/20, MAO 549/20, MAO 168/21¹²⁵ ja MAO 179/21 markkinaoikeus viittasi kyseiseen tuomioon ja piti hankintasäännösten vastaisena sitä, ettei hankintayksikkö ollut varannut tarjoajalle mahdollisuutta toimittaa selvitystä korjaavista toimenpiteistä ennen poissulkemista.

Sen sijaan tapauksissa MAO 419/20, MAO 517/20 ja MAO 542/20 katsottiin, ilman viittausta *Delta*-tapaukseen, ettei hankintayksikön ollut tullut pyytää selvitystä tarjoajalta ennen poissulkemista. Tapauksessa MAO 419/20 poissuljettu tarjoaja oli täyttämässään ESPD-lomakkeessa todennut puhdistautumistoimekseen haasteen käräjäoikeuteen aiemman sopimuksen perusteettomasta irtisanomisesta.¹²⁶ Puolestaan tapauksessa MAO 517/20 toinen hankintayksikkö oli päättänyt ennaikaisesti hankintasopimuksen poissuljetun tarjoajan kanssa ilmoittaen tälle samalla, ettei se tule hyväksymään sitä toimittajaksi mainitun poissulkemisperusteen vuoksi seuraavan puoleltoista vuoden aikana.¹²⁷ Tapauksessa MAO 542/20 selvityksen pyytämistä ei katsottu tarpeelliseksi, koska valittaja ja hankintayksikkö olivat käyneet keskustelua havaituista puutteista pidempiaikaisen valvontaprosessin yhteydessä. Tapauksissa MAO 420/20 ja MAO 421/20 markkinaoikeus ei sen sijaan lausunut perusteissaan mitään korjaavista toimenpiteistä.¹²⁸

Korkeimman hallinto-oikeuden ensimmäinen ratkaisu ja tulkinta *Delta*- ja *RTS Infra* -tapauksista saatattaneen antaa lähellä tämän artikkelin julkaisuajankohtaa.¹²⁹ EUT:n tapausten perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, ettei ESPD-lomakkeen kysymyksiä tarjoajien suorittamista korjaavista toimenpiteistä voida sellaisenaan pitää riittävänä mahdollisuutena korjaavien toimenpiteiden esittämiseen. Voitaneen siten todeta, ettei Suomessa ole tällä hetkellä säädetty selvitysvastuun kuulumisesta tarjoajalle *RTS infra* -tapauksen edellyttämällä tavalla

¹²⁴ Ks. vastaavasti myös MAO 268/19. Tapauksessa painoarvoa annettiin sille, että poissuljettu tarjoaja oli esittänyt selvitystä aiemman hankintasopimuksen irtisanomisesta jo tarjouksensa yhteydessä.

¹²⁵ Tapauksessa oli kyse hankintalain 81.1 §:n 2 kohdan saneerausmenettelyyn liittyvästä poissulkemisesta. Markkinaoikeus viittasi *Delta*-tapauksen lisäksi myös *RTS infra* -tapaukseen ja korosti, ettei hankintayksikön ole mahdollista arvioida poissulkemisen oikeasuhtaisuutta ilman tietoa mahdollisista korjaavista toimenpiteistä.

¹²⁶ Korkein hallinto-oikeus ei myöntänyt ratkaisullaan KHO 21.6.2021 t. H2230/2021 valituslupaa.

¹²⁷ Korkein hallinto-oikeus ei myöntänyt ratkaisullaan KHO 7.10.2021 t. H3435/2021 valituslupaa.

¹²⁸ Vaikka ahtaasti tulkittuna EUT:n antama ennakkoratkaisu sitookin vain sitä pyytänyttä kansallista tuomioistuunta, ennakkoratkaisun sisältämä EU-oikeuden tulkintakannanotto eli tuomion *ratio decidendi* on katsottu sitovaksi oikeusohjeeksi kaikkien tuomioistuinten ja muiden EU-oikeutta soveltavien viranomaisten osalta. Ks. *Raitio, Juha – Tuominen, Tomi*: Euroopan unionin oikeus, Helsinki: Alma Talent, 2020, s. 74–75 ja 175–176. Näin ollen markkinaoikeuden mainittuja ratkaisuja voidaan jossain määrin kritisoida *Delta*-tapauksen ja siinä annettujen tulkintakannanottojen sivuuttamisesta.

¹²⁹ Markkinaoikeuden päätöksestä MAO 469/20 tehtyä valituslupahakemusta käsitellään korkeimmassa hallinto-oikeudessa diaarinumerolla 22111/20. Ottaen huomioon, ettei markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä ole varauksetta mahdollista luonnehtia täysin johdonmukaiseksi, korkeimman hallinto-oikeuden voisi olettaa antavan asiassa vuosikirjapäätöksen.

avoimesti, selkeästi ja täsmällisesti.¹³⁰ Näin ollen – vastoin lain esitöissä todettua – selvitysvastuu vaikuttaa nykyisellään kuuluvan hankintayksiköille, joiden lienee ainakin kotimaisten linjausten saamiseen saakka varminta pyytää selvitystä tarjoajilta mahdollisista korjaavista toimenpiteistä ennen poissulkemista. Tätä voidaan pitää suositeltavana erityisesti silloin, jos poissulkeminen ei ole varmuudella tarjoajan ennakoitavissa. Selvityksiä pyydettyä tulee luonnollisesti kiinnittää huomiota yhdenvertaisuusperiaatteeseen.

4 Lopuksi

Tässä tutkimuksessa pyrimme vastaamaan kahteen tutkimuskysymykseen. Ensimmäinen näistä oli, *millä edellytyksin tarjoaja voidaan sulkea pois tarjouskilpailusta sen aiemmassa toiminnassa havaittujen epäkohtien vuoksi?* Tutkimuskysymykseen vastasimme luvussa kaksi. Keskeinen edellytys on, että kyse on ollut tarjoajan *luotettavuuden* kyseenalaistavasta virheestä tai puutteellisuudesta. Hankintayksikön on näytettävä toteen vetoamansa poissulkemisperusteen hankintalaissa yksilöity tunnusmerkistö. Tarjoajan poissulkemista harkitessaan hankintayksikön on lisäksi otettava huomioon tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteet sekä suhteellisuusperiaate, jonka merkitys on nykyisen hankintadirektiivin voimaan tultua yhä korostuneempi. Hankintayksikkö voi jättää sulkematta tarjoajan tarjouskilpailusta, vaikka tarjoajaa rasittaisi jokin harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Hankintayksikön tulee arvioinnissaan ottaa huomioon tarjoajan esittämät korjaavat toimenpiteet. Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tosiasialliseksi vanhentumisajaksi saattaa joissakin tapauksissa muodostua yli kolme vuotta sopimusrikkomuksen tai muun virheen ajankohdasta, mutta tällöinkin hankintayksikön tulee antaa erityistä painoarvoa suhteellisuusperiaatteelle. Tarjoajan poissulkeminen ei siten ole automaatio poissulkemisperusteen tunnusmerkistön täyttymisestä huolimatta.

Toinen tutkimuskysymys oli, *kenellä on selvitysvastuu korjaavista toimenpiteistä?* Tutkimuskysymykseen vastasimme luvussa kolme. EUT:n *Delta*-tapaus koski tilannetta, jossa ei ollut kansallisessa lainsäädännössä täsmennetty, oliko talouden toimijan esitettävä näyttöä korjaavista toimenpiteistä oma-aloitteisesti tai missä menettelyvaiheessa näyttöä oli esitettävä. *RTS infra* -tapauksessa sen sijaan kansallisten hankintasäännösten mukaan tarjoajan oli oma-aloitteisesti esitettävä korjaavia toimenpiteitä. Tapausten perusteella jäsenvaltio voi säätää selvitysvastuun kuulumisesta tarjoajalle, kunhan tästä on säädetty riittävän selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti. Kotimaisessa hankintalaissa ei nähdäksemme ole säännelty korjaavien toimenpiteiden selvitysvastuun kohdentumisesta edellä mainittujen edellytysten mukaisesti. Hankintayksiköiden tulisi siten antaa poissuljettavalle tarjoajalle mahdollisuus esittää korjaavia toimenpiteitä. Hankintalain 82 §:ään ei tehty muutoksia hankintalain 1.7.2021 voimaan tullessa uudistuksessa (656/2021), mutta korjaavien toimenpiteiden selvitysvastuun täsmentäminen olisi suotavaa seuraavassa uudistuksessa.

¹³⁰ Vallitsevaa tilannetta voidaan pitää jossain määrin ongelmallisena myös perustuslain (731/1999) 80 §:n I momentin näkökulmasta, joskaan perustuslakivaliokunta ei nykyistä hankintalakia säädettäessä kiinnittänyt huomiota siihen, että selvitysvastuun jakautumisesta lausuttiin vain hallituksen esityksessä. Ks. PeVL 49/2016 vp. Ks. lailla säätämisen vaatimuksesta oikeuskäytännössä esim. KHO 2014:70 ja KHO 2013:103.