

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellinen sääntely julkisissa hankinnoissa

Yritysjuridiikka

Maisterin tutkinnon tutkielma

Joel Keränen

2016

Sisällys

Lähteet	3
1. Johdanto	1
1.1 Tausta ja aihepiiri.....	1
1.2 Tutkimuskysymykset ja -menetelmät	4
1.3 Tutkimusmateriaali ja rajaukset.....	5
1.4 Tutkimuksen eteneminen	6
2. Poikkeuksellisen alhainen tarjoushinta	7
2.1 Tarjousten vertailuperusteet.....	7
2.1.1 Alhaisin hinta.....	9
2.1.2 Kokonaistaloudellinen edullisuus.....	10
2.2 Mikä on poikkeuksellisen alhainen?.....	12
2.3 Oikeudellinen sääntely.....	15
2.3.1 Euroopan unionin direktiivit.....	15
2.3.2 Jäsenvaltioiden kansalliset hankintalait.....	19
2.3.3 Kansallinen hankintalaki Suomessa	23
3. Perusteluita poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle	25
3.1 Perusteluita tarjoajan näkökulmasta	25
3.1.1 Tuotantoperusteiset syyt.....	26
3.1.2 Informaatioperusteiset syyt	27
3.1.3 Strategiset syyt.....	28
3.1.4 Kielletyt menettelytavat.....	29
3.2 Tarjouksen hyväksyminen	31
3.2.1 Harkintavalta tarjouksen hyväksymiseksi	31
3.2.2 Hankintayksikön selvitysvelvollisuus	34
3.2.3 Hankintayksikön näyttövelvollisuus.....	35
3.3 Tarjouksen hylkääminen	36
3.3.1 Miksi hylätä halvin tarjous?	37

3.3.2	Suoriutumattomuusriski	38
3.3.3	Harkintavalta tarjouksen hylkäämiseksi	39
3.3.4	Velvollisuus hylätä tarjous	41
3.4	Virhe hinnan laskemisessa	42
3.5	Laiton valtiontuki.....	44
3.6	Hankintayksikön antama tuki	45
4.	Poikkeuksellisen alhaisen hinnan arviointikeinot	46
4.1	Eri menetelmien soveltuvuus.....	46
4.2	Tilastolliset analyysit	48
4.3	Saalistustestit	50
4.3.1	AKZO-testi	51
4.3.2	Saalistustestien soveltaminen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin.....	53
4.3.3	Kritiikki	55
5.	Johtopäätökset.....	57

Lähteet

Kirjallisuus

Alexandersson, Gunnar – Hultén, Staffan (2007): High and Low Bids in Tenders: Strategic pricing and Other Bidding Behavior in Public Tenders of Passenger Railway Services. Annals of Public and Cooperative Economics. 78(2), 161-194.

Crowley, Larry – Hancher, Donn (1995): Risk assessment of competitive procurement. Journal of construction engineering and management. 121(2), 238-245.

DG III Working Group on Abnormally Low Tenders Report (1999): Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry. European Technical Contractors Committee for the Construction industry.

Ellonen, Esa (1998): Miten myydä hinta? Ideoita ja menetelmiä, käytännön esimerkkejä, testejä ja harjoituksia sekä uusia ehdotuksia hintakäsittelyä varten. Mi-Education, Esa Ellonen Group, Espoo.

Eskola, Saila – Ruohoniemi, Erkki (2011): Julkiset hankinnat. WSOYpro, Helsinki.

Giffin, Nigel (2010): Abnormally Low Tenders in Procurement Law. Procurement Lawyers' Association.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo (2008): Kirjoitetaan juridiikkaa. Kauppakaari, Helsinki.

Korkea-aho, Emilia (2004): Empiirisen oikeustutkimuksen käytäntö. Konferenssijulkaisu, Helsinki.

Kuoppamäki, Petri (2003): Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Gummerus, Jyväskylä.

Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi (2007): Julkisten hankintojen käsikirja. Edita Prima, Helsinki.

Lahdenperä, Pertti – Sulankivi, Kristiina (2001): Monikriteerinen toteuttajan valinta rakennushankkeessa. VTT, Espoo.

Megremis, Antonis (2014): Abnormally Low Tenders: Making Detection Objective. The International Construction Law Review. Volume 31 part 4.

Motta, Massimo (2004): Competition Policy – Theory and Practice. Cambridge University Press, Cambridge.

Oksanen, Antero (2010): Kuntien yleiset hankintaohjeet. Suomen Kuntaliitto, Helsinki.

Ølykke, Grith Skovgaard (2010): Abnormally Low Tenders. With an Emphasis on Public Tenderers. DJØF Publishing, Copenhagen.

Parikka, Julius – Pöykkö, Panu (2010): Julkiset hankinnat: hinnan ilmoittaminen tarjouksessa ja hinta tarjousten vertailussa. Edilex 2010/37. Artikkel, versio 1.0. Julkaistu 3.11.2010.

Pekkala, Elise (2008): Hankintojen kilpailuttaminen. Gummerus Kirjapaino, Jyväskylä.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika (2010): Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tietosanoma, Helsinki.

Virallislähteet

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista. KOM(2011) 896 lopullinen. Brysseli 20.12.2011.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2014/24/EU)

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

Laki julkisista hankinnoista (348/2007)

Kilpailulaki (948/2011)

Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929)

Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007)

Neuvoston direktiivi (71/305/ETY)

Neuvoston direktiivi (93/37/ETY)

TEM/429/03.01.01/2016. Tiedote: Hankintalain kokonaisuudistus – siirtymävaiheen toimenpiteet ja järjestelyt. Työ- ja elinkeinoministeriö.

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö.

Oikeustapaukset

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin/Euroopan unionin tuomioistuin:

C-62/86

C-147/06

C-285/99

C-286/99

T-495/04

Korkein oikeus:

KKO 2008:57

Korkein hallinto-oikeus:

KHO 2001:57

KHO 28.11.2001/2973

KHO 2012:644

KHO 2013:10

Markkinaoikeus:

MAO 151/09

MAO 530/09

MAO 119/10

MAO 69/11

MAO 223/11

MAO 557-560/11

MAO 85/12

MAO 183/12

MAO 216/12

MAO 223/122

MAO 165/14

Kilpailuviraston päätökset

dnro. 495/61/92

dnro. 374/61/91

dnro. 348/61/92

1. Johdanto

1.1 Tausta ja aihepiiri

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan julkisyhteisöjen tekemiä hankintoja oman organisaation ulkopuolelta. Tällaisia hankintoja voivat olla esimerkiksi tavara-, palvelu- ja rakennusurakkahankinnat, joita valtio, kunnat ja kuntayhtymät, valtion liikelaitokset sekä muut hankintalainsäädännössä määritellyt hankintayksiköt tekevät. Nämä hankinnat tulee tehdä hankintalainsäädännön eli lain julkisista hankinnoista (348/2007, myöhemmin hankintalaki) sekä lain vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007, myöhemmin erityisalojen hankintalaki) menettelytapoja noudattaen. Hankintalain taustalla ovat Euroopan yhteisön perustamissopimus, Euroopan unionin hankintadirektiivit sekä GPA-sopimus (Government Procurement Agreement).

Hankintalaki linjaa muun muassa, että hankinnoissa on noudatettava avoimuutta ja sen pääasiallisena tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä hankintojen avoimella ja tehokkaalla kilpailuttamisella, varmistaa tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, parantaa Euroopan unionin jäsenvaltioiden yritysten kilpailukykyä sekä edistää Euroopan unionin yhteismarkkinoiden tehokasta toimintaa.¹ Näin pyritään turvaamaan tavaroiden, palveluiden, pääomien sekä työntekijöiden vapaa liikkuvuus yhteismarkkinoilla. Nämä ovat myös Euroopan unionin perustamissopimuksessa sovittuja perusvapauksia.² Tasavertainen ja syrjimätön kilpailumahdollisuus ehkäisee myös harmaata taloutta ja korruptiota.³

Julkisissa hankinnoissa hankintayksikön tehtävä on löytää, valintaperusteesta riippuen, joko hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Vaikka kokonaistaloudellisen edullisuuden merkitys on koko ajan lisääntynyt, hinta on edelleen keskeisin tekijä tarjouskilpailuissa. Vuonna 2007 voimaantulleen hankintalain uudistuksen eduskuntakäsittelyssä esitettiin Pekkalan mukaan jopa sitä, että ”halvin

¹ Pekkala (2008), s. 24 – 28.

² Eskola & Ruohoniemi (2011), s. 21 – 22.

³ Pekkala & Pohjonen (2010), s. 22.

hinta” vaihtoehdosta luovuttaisiin kokonaan ja sen sijaan laatukriteerien käyttäminen olisi jatkossa pakollista esimerkiksi sosiaali- ja terveystalouden hankinnoissa.⁴ Tähän ei kuitenkaan päädytty, mutta joka tapauksessa niin tarjoajat kuin hankintayksikötkin ovat vähitellen siirtymässä tietyillä aloilla täysin hintapainotteisesta ajattelusta enemmän laatupainotteiseen näkemykseen.⁵

Julkinen sektori on jatkuvassa paineessa alentaa julkisten hankintojen kustannuksia. Tämä johtaa helposti hinnaltaan halvimman tarjouksen suosimiseen ja toisaalta kannustaa sopimuksista kilpailevia yrityksiä pyrkimään mahdollisimman alhaisiin tarjouksiin. Ilmiön seurauksena on yhä enemmän tarjouksia, jotka poikkeavat olennaisesti hankintayksikön alkuperäisestä arviosta, tai muista samaan tarjouskilpailuun jätetyistä tarjouksista. Ilmiö korostuu varsinkin taloudellisesti vaikeina aikoina, kun yritykset pyrkivät puolustamaan markkina-asemaansa. Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin ja johtaa näin ollen monenlaisiin ongelmiin ja hankintayksikön kannalta ei-toivottavaan käyttäytymiseen, kuten pyrkimykseen lisälaskuttamisesta, turvallisuusmääräyksistä tinkimiseen, projektin viivästymiseen ja heikompaan laatuun. Lisäksi haitalliset vaikutukset heijastuvat koko alihankintaketjun läpi. Näin ollen poikkeuksellisen alhaisten tarjousten haitalliset vaikutukset heijastuvat negatiivisesti koko yhteiskuntaan ja Euroopan unionin yhteismarkkinoihin.

Hankintalain mukaan hankintayksikkö voi hylätä hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset.⁶ Kyseisen lainkohdan esitöiden mukaan poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkäämisellä mahdollistetaan hankintayksikölle hankinnasta aiheutuvien riskien, kuten tarjoushinnan riittämättömyydestä todennäköisesti aiheutuvien taloudellisten riskien huomioiminen.⁷ Hylkäämisen tulisi perustua nimenomaan siihen, ettei tarjoajan tarjoamalla hinnalla tai muulla ehdolla ole mahdollista toteuttaa hankintaa uskottavasti tarjouspyynnössä

⁴ Pekkala (2008), s. 361.

⁵ Parikka & Pöykkylä (2010), s. 2.

⁶ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 63 §.

⁷ HE 50/2006, s. 107.

edellytetyllä tavalla koska se perustuu esimerkiksi taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin.

Vaikka poikkeuksellisen alhaisista tarjouksista on ollut maininta hankintadirektiiveissä jo vuosikymmenien ajan, niin ilmiölle ei ole kuitenkaan ollut yhtä yhteisesti hyväksyttyä, vakiintunutta määritelmää. Myös eri jäsenvaltioiden tuomioistuimet ovat käsitelleet aihetta runsaasti, pohtimatta kuitenkaan termin merkitystä ja määritelmää kovin syvällisesti.⁸ Tyypillisesti Suomessa markkinaoikeus on joutunut arvioimaan poikkeuksellisen alhaista tarjousta tilanteissa, joissa halvimman ja toiseksi halvimman tarjouksen hinnanero on ollut suhteellisen pieni, jopa noin 10–20 prosenttia.⁹ Rärkeimmissä tapauksissa ero on kuitenkin ollut huomattavasti suurempi, jopa kaksin- tai kolminkertainen verrattaessa halvinta ja toiseksi halvinta tarjousta.

Jo ensimmäisessä Euroopan yhteisön vuonna 1971 asettamassa julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä mainittiin poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset.¹⁰ Tämän jälkeen jokainen hankintadirektiivi uudistus on sisältänyt jonkin asteista sääntelyä liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin, mutta vasta viimeisimpien vuonna 2014 asetettujen hankintadirektiivien valmistelumateriaalissa ilmiölle annettiin ensikertaa myös suppeahko määritelmä, joka aikaisemmin on siis puuttunut kokonaan. Tämän määritelmän mukaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ovat tarjouksia, jotka vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta suhteessa kyseisiin rakennusurakoihin, tavaroihin tai palveluihin, sekä saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin.¹¹

Euroopan parlamentin ja neuvoston julkisia hankintoja koskeva direktiivi 2014/24/EU annettiin 26.2.2014 ja työ- ja elinkeinoministeriö on tätä tutkielmaa kirjoitettaessa viimeistelemässä hankintadirektiivin voimaan saattavan hankintalain kokonaisuudistuksen hallituksen esitystä. Hallituksen esitys on tarkoitus antaa eduskunnalle viimeistään kesäkuussa 2016 ja tavoitteena on että uusi

⁸ Ølykke (2010) s. 20.

⁹ Parikka & Pökkylä (2010), s. 14.

¹⁰ Neuvoston direktiivi 71/305/ETY.

¹¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. Kappale (103).

hankintalainsäädäntö olisi voimassa viimeistään loppuvuodesta 2016. Uudistettujen direktiivien tavoitteena on muun muassa hankintasääntelyn yksinkertaistaminen sekä pienten ja keskisuurten yritysten aseman parantaminen hankintamenettelyissä.¹²

Työ- ja elinkeinoministeriön hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä julkaisi toukokuussa 2015 mietinnön, joka sisältää myös ehdotukset uusista lakipykälistä.¹³ Uudistuksella tulee olemaan merkittävä vaikutus Suomen hankintalainsäädäntöön – myös poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellisen sääntelyn näkökulmasta.

1.2 Tutkimuskysymykset ja -menetelmät

Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellista sääntelyä julkisissa hankinnoissa. Tutkimus on luonteeltaan normatiivinen, eli pyrkii selvittämään miten nykyisen lainsäädännön puitteissa poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tulisi käsitellä ja minkälaista asiaan liittyvä oikeuskäytäntö on. Lisäksi tutkimuksessa pohditaan hankintalainsäädännön uudistuksen vaikutusta sekä esitetään konkreettisia kehitysehdotuksia, kuten esimerkiksi kilpailuoikeuden puolella käytettävien saalistushinnoittelutestien soveltamista poikkeuksellisen alhaisen hinnoittelun tunnistamiseen. Tutkimuksen aihetta käsitellään seuraavien tutkimuskysymysten kautta:

- 1) Minkälaista on poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellinen sääntely?
- 2) Miten laaja hankintayksiköiden harkintavalta on poikkeuksellisen alhaisten tarjousten osalta? Lisäksi mitä velvollisuuksia päätöksentekoon liittyy?
- 3) Mitä eri arviointikeinoja ja -menetelmiä voidaan käyttää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi? Lisäksi miten saalistustestit soveltuvat kyseiseen tarkoitukseen?

¹² TEM/429/03.01.01/2016, s. 1.

¹³ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 37/2015.

Uusimmissa vuonna 2014 asetetuissa Euroopan unionin hankintadirektiiveissä on säädetty mahdollisuudesta jäsenvaltioille kieltää pelkällä hinnalla kilpailuttaminen. Kyseiset hankintadirektiivit on tarkoitus implementoida kansalliseen lainsäädäntöön vuoden 2016 loppuun mennessä ja niiden vaikutus tulee todennäköisesti olemaan merkittävä myös poikkeuksellisen alhaisten tarjousten näkökulmasta. Tästä johtuen tutkielmassa perehdytään myös vireillä olevaan hankintalainsäädännön uudistamiseen ja pohditaan lainsäädännön muutosten vaikutuksia tutkimuskysymyksissä käsiteltäviin aiheisiin. Hankintalainuudistus tulee myös tarjoamaan potentiaalisia jatkotutkimuksen aiheita.

Menetelmältään tutkimus on pääasiassa oikeusdogmaattinen. Oikeusdogmaattisen tutkimuksen keskeisimpänä tarkoituksena on tulkita voimassa olevan lainsäädännön kautta käsiteltävänä olevia tutkimusongelmia. Oikeuskirjallisuudessa puhutaan myös oikeudellisesti metodista, lainopista, jolla tarkoitetaan tutkimusta, jossa hyväksikäytetään lakeja valmisteluaineistoinen sekä korkeimman oikeuden ratkaisuja.¹⁴ Keskeisin tutkimusmenetelmä lainopillisessa tutkimuksessa on oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tutkiminen ja erityisesti niiden sisällön selvittäminen eli tulkitseminen sekä muun aineiston johdonmukainen jäsentäminen. Lainopin tehtävänä on myös oikeusjärjestyksen systematisointi. Tutkimuksessa käytetään siinä määrin myös oikeushistoriallista metodologiaa, että julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kehitystä verrataan pienissä määrin vireillä olevan hankintalainuudistukseen. Oikeushistoria tutkii oikeudellisten normien tai oikeudellisen ajattelun kehitystä.¹⁵

1.3 Tutkimusmateriaali ja rajaukset

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellista sääntelyä julkisissa hankinnoissa on käsitelty Suomessa verrattain vähän akateemisessa kirjallisuudessa. Aihetta käsitteleviä oikeustapauksia on eri oikeusasteista kuitenkin melko runsaasti ja varsinkin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ovat tärkeä osa tämän tutkimuksen

¹⁴ Korkea-aho (2004), s. 10.

¹⁵ Husa, Mutanen, Pohjolainen (2008), s. 24.

tutkimusmateriaalia. Myös markkinaoikeuden, muiden jäsenvaltioiden sekä Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuja käytetään aineistona soveltuvin osin. Ongelma siitä, että markkinaoikeuden tapaukset eivät olisi vielä lainvoimaisia mahdollisen jatkovalituksen vuoksi, tai että tapaukset olisivat ”vanhentuneita” hankintalain uudistamisen näkökulmasta, on pyritty välttämään tutkimuksessa käsiteltävien oikeustapausten valinnassa.

Oikeustapausten lisäksi tutkimusaineisto koostuu pääasiassa säädöksistä, direktiiveistä, lainvalmisteluaineistosta ja oikeuskirjallisuudesta. Säädösten osalta keskitytään hankintalainsäädäntöön, minkä lisäksi joiltakin osin käsitellään myös kilpailulainsäädäntöä. Erityisesti lainvalmisteluaineiston merkitys korostuu siitä syystä, että markkinaoikeus usein perustelee ratkaisuaan hankintalain esitöillä.

Poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia käsittelevää akateemista kirjallisuutta on julkaistu Suomea enemmän muissa Euroopan unionin maissa, joten lähdeaineistona käytetään myös ulkomaista oikeuskirjallisuutta. Euroopan unionin direktiivit takaavat korkean yhtenäisyysasteen kansallisten hankintalainsäädäntöjen välillä.

1.4 Tutkimuksen eteneminen

Tutkimus seuraa rakenteeltaan perinteistä oikeusdogmaattisen tutkimuksen rakennetta. Johdantokappaletta seuraa neljä tutkimuskysymyksiä käsittelevää kappaletta, joista ensimmäinen käsittelee pääosin aihealueen teoriataustaa ja tutkimuksen kannalta olennaisia käsitteitä. Kuudennessa kappaleessa esitetään johtopäätökset sekä joitakin mahdollisia jatkotutkimusaiheita.

2. Poikkeuksellisen alhainen tarjoushinta

Tutkimuksen toinen kappale sisältää tutkimuksen kannalta teoriaosuuden sekä selventää olennaisia käsitteitä, kuten tarjousten vertailuperusteita julkisissa hankinnoissa. Kappaleessa esitetään myös kattava määritelmä poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle voimassa olevan lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden näkökulmasta sekä analysoidaan poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin liittyvää oikeudellista sääntelyä koko Euroopan unionin tasolla. Kappaleessa vastataan myös ensimmäiseen tutkimuskysymykseen:

”Minkälaista on poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellinen sääntely?”

2.1 Tarjousten vertailuperusteet

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten aiheuttaman problematiikan ymmärtämiseksi on ensin syytä avata julkisten hankintojen päätöksentekoprosessia sekä tarjousten vertailuperusteita. Hinta on yleensä merkittävin yksittäinen tarjousten vertailuperuste, monesti jopa ainoa sellainen. Tämä jo itsessään luo motiiviin tarjouskilpailuun osallistuville toimijoille tavoitella mahdollisimman alhaista hintaa tarjouskilpailun voittamiseksi.

Tehokas, tasapuolinen ja avoin kilpailu julkisista hankinnoista mahdollistaa hankintayksiköille mahdollisuuden tehdä mahdollisimman onnistuneita hankintoja kokonaistaloudellisesti. Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaate edellyttää myös tarjoajien yhdenvertaista kohtelua ja hankintapäätöksen tekemistä ennalta ilmoitettujen valintaperusteiden mukaisesti. Tarjouksista on lähtökohtaisesti valittava joko kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Jos tarjouksen valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, otetaan tarjousten vertailussa huomioon ennalta ilmoitetut vertailuperusteet ja arviointikriteerit. Kokonaistaloudellinen edullisuus korostaa hankinnan soveltuvuutta juuri siihen tarkoitukseen, johon hankintaa

ollaan tekemässä. Kokonaistaloudellinen edullisuus on myös sitä, että vertailtavien kriteerien, kuten hinnan ja laadun välinen suhde on paras mahdollinen.¹⁶

Periaatteessa hankinnan vertailuperuste muuttuu kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi jo sillä, että arvioinnissa käytetään useampaa kuin yhtä kriteeriä eli hintaa, joka on käytännössä aina yksi tarjouksen kokonaistaloudellisuuden arviointikriteereistä, ellei kyseessä ole suorahankinta jota voidaan kuitenkin pitää poikkeustapauksena. Tarjousten vertailuperusteet on myös ilmoitettava etukäteen tarjouspyynnössä. Jos näin ei ole toimittu, on hankinta lähtökohtaisesti tehtävä halvimman hinnan mukaan.

Hankintalaissa on sekä pakollisia että harkinnanvaraisia tarjoajien ja tarjousten poissulkemisperusteita. On tärkeää erottaa tarjoajan ja tarjouksen kelpoisuuden arviointi toisistaan ja tarjoajien kelpoisuus onkin aina arvioitava ennen tarjousten vertailua, vaikka rajanveto tarjoajan kelpoisuuden ja tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuuden välillä ei olekaan aina aivan selkeä.¹⁷ Lisäksi hankintayksikkö voi tarjouspyynnössä asettaa vaatimuksia ja edellytyksiä tarjoajille. Näistä vaatimuksista ja vaadittavista selvityksistä on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Tarjouksen osalta hylkäysperusteena voidaan käyttää muun muassa tarjouspyynnön vastaisuutta sekä hinnaltaan poikkeuksellisen alhaista tai korkeaa tarjousta. Myös myöhästyneet tarjoukset on pääsääntöisesti suljettava tarjouskilpailusta. Sen sijaan vähäisen virheen tai puutteen tarjouksessa ei vielä pitäisi oikeuttaa tarjouksen hylkäämiseen.

Pelkän hintamuuttujan arviointi ja pisteytys on yleisesti yksinkertaisempaa kuin laatumuuttujan, sillä muuttujana hinta on yleensä yksiulotteinen mikä tekee kilpailuttamisen hinnalla helpoksi ja houkuttelevaksi hankintayksikön näkökulmasta. Julkisissa tarjouskilpailuissa suurin ongelma hintamuuttujassa yleensä onkin, miten pystytään tunnistamaan poikkeuksellisen alhaiset tai korkeat tarjoukset, riippumatta siitä onko tarjousten vertailuperuste halvin hinta vai kokonaistaloudellinen edullisuus. Toinen pelkän hinnan käyttämiseen vertailuperusteena liittyvä ongelma on tarjousten tasapuolisen vertailun varmistaminen. Pelkällä hintavertailulla ei useimmissa tapauksissa pystytä huomioimaan tarjousten kaikkia olennaisia ominaisuuksia.

¹⁶ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348.

¹⁷ Oksanen (2010), s. 58.

Hankintalain mukaan tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää hinnan lisäksi esimerkiksi laatua, teknisiä ansioita, esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia, ympäristöystävällisyyttä, käyttökustannuksia, kustannustehokkuutta, myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea, huoltopalveluja, toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa taikka elinkaarikustannuksia. Kuitenkin niin, että vertailuperusteita on tällöin useampi kuin yksi.¹⁸ Kansallisissa, EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa vertailuperusteiden painoarvoja ei ole pakko ilmoittaa, mutta myös niissä vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.¹⁹

2.1.1 Alhaisin hinta

Niin julkisissa kuin yksityisissäkin hankinnoissa on pitkät perinteet käytännölle, jossa valitaan tarjouksista yksinomaan hinnaltaan edullisin. Lähtökohta onkin, että tarjouksista valitaan halvin joka täyttää tarjouspyynnössä esitetyt hankinnan toteuttamiseen ja tarjoajien ominaisuuksiin liittyvät vaatimukset, mikäli tarjouspyynnössä ei ole esitetty muita valintakriteerejä kuin hinta. Halvimman tarjouksen valinnan ei kuitenkaan periaatteessa tulisi aina toteutua kirjaimellisesti, koska tarjouksen tulisi olla myös hinnoiteltu niin, että hankinnan kohteen toteutus kyseisellä hinnalla on mahdollista.²⁰

Tarjousten valinnassa käytettävillä perusteilla tulisi pääsääntöisesti olla taloudellista merkitystä hankintayksikölle. Ja koska kysymys on julkisten varojen käytöstä, hankinnasta aiheutuville kustannuksille tulisi antaa riittävää painoarvoa tarjousten valinnassa. Oikeuskäytännössä on katsottu, että julkisten hankintojen edullisuuden vaatimuksista johtuen hinnalle on annettava hankinnan luonteesta riippuen riittävä merkitys.²¹

¹⁸ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 62 §.

¹⁹ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 72 §.

²⁰ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s. 115. Kts. myös HE 50/2006 vp, s. 105.

²¹ HE 50/2006 vp, s. 106.

Myös pelkällä hinnalla kilpailutettaessa hankinnasta aiheutuvien välittömien kustannusten lisäksi merkitystä voidaan antaa hankinnan koko elinkaaren aiheuttamille kustannuksille. Tällaisia kustannuksia voivat olla esimerkiksi takuuehdot, huolto- ja ylläpitokustannukset tai jälleenmyyntiarvo.²² Myös sopimusehdoilla on yleensä suora vaikutus hankinnan taloudelliseen arvoon ja toimittajien oletetaankin sitoutuvan tiettyihin ehtoihin jo tarjouksen jättämisen yhteydessä.

Ongelmana pelkällä hinnalla kilpailutettaessa voi kuitenkin olla, että toimittajien erilaiset suorite-edut saattavat jäädä tahattomasti huomioimatta. Suorite-edut voivat olla erottamattomasti tarjoukseen liittyviä tekijöitä, kuten neuvonnan laatu, valikoiman laajuus, varaston kattavuus, toimitusten nopeus, tilauspalvelu (ympäri vuorokautinen vastaanotto), muut palvelut (laaduntarkastus, pakkausten purkupalvelu), myyntiehdot (rahti, vakuutus, maksuaika, käteisalennus), yhdistelmäkauppoihin liittyvät edut (alennus, hyvitys), joustavuus reklamaatiotapauksissa, palveluystävällisyys sekä imago.²³ Useimmat näistä suorite-eduista pystytään rajaamaan halutulla tavalla tarjouspyynnössä ja sopimusehdoissa, mutta jotkut niistä saattavat jäädä huomioimatta tai ne ovat muuten vain erottamaton osa tarjoajan tarjousta. Silloin ne saattavat vaikuttaa tarjouksen hintaan ja tätä kautta negatiivisesti tarjouksen kilpailukykyyn, mikäli vertailu tehdään halvimman hinnan perusteella. Tämä korostuu ennen kaikkea suurissa ja monimutkaisissa hankinnoissa ja saattaa vääristää markkinoiden toimintaa sekä julkisten varojen tehokasta käyttöä.

Julkisissa hankinnoissa hankintayksikön on pyydettävä tarjousten hintatiedot siten, että ne ovat selkeästi vertailukelpoisia, riippumatta siitä onko vertailuperuste alhaisin hinta vai kokonaistaloudellinen edullisuus.

2.1.2 Kokonaistaloudellinen edullisuus

Kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettaminen on lähtökohtaisesti hankintayksikön harkintavallan alaisuudessa. Kuitenkin silloin, kun valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, vertailuperusteet ja niiden suhteellinen

²² HE 50/2006 vp, s. 106.

²³ Ellonen (1998) s. 37-41.

painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.²⁴ Painoarvo voidaan ilmaista joko absoluuttisena tai kohtuullisena vaihteluvälinä. Hankintayksiköille on asetettu myös rajoitteita vertailuperusteiden käyttämiselle. Lainvalmisteluaineistossa todetaan, että vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen, niiden on oltava objektiivisia ja syrjimättömiä, eivätkä ne saa antaa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta. Hankinnan kohteeseen liittyviksi voidaan katsoa sellaiset vertailuperusteet, jotka koskevat välittömästi hankinnan kohdetta, kuten tavaran, palvelun tai rakennustyön laatu, hinta tai toimitusaika.²⁵ Vertailuperusteet eivät myöskään saa antaa hankintayksikölle liikaa vapauksia vertailun toteuttamiseksi.²⁶

Käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta tarjousten vertailuperusteena, ovat yleisesti käytetyimmät vertailuperusteet hankinnan kohteen hinta ja laatu. Laatu voidaan käsitteenä kuitenkin käsittää hyvin laajasti ja julkisissa hankinnoissa laatutermiä alle laitetaan monesti ominaisuuksia, joita ei perinteisesti edes tulkita suoranaiseksi laaduksi, kuten monet aiemmin luetelluista suorite-etuuksista. Laadun määrittäminen yksiselitteisesti onkin hankalaa, sillä toisin kuin hinta, laatu on käsitteenä moniulotteinen, suhteellinen ja vaikeasti hahmotettava. Laadun suhteellisuus tarkoittaa sitä, että laatu ilmaisee erilaisten vertailujen tuloksia, eli laatu on ensin määriteltävä tarjouspyynnössä, jotta sitä voidaan mitata ja siten käyttää tarjousten vertailuperusteena. Jotta tarjousten vertailu olisi tasapuolista ja läpinäkyvää, ja jottei siitä muodostuisi liian raskasta ja byrokraattista prosessia, on vertailuperusteena lähtökohtaisesti käytettävä vain sellaisia tekijöitä, joiden perusteella voidaan selkeästi arvioida miten hyvin tarjous vastaa hankintapyynnön vaatimuksiin, hankinnan kohteen määrittelyihin sekä tarjousten hintalaatusuhdetta.

Hankintayksikön on verrattava tarjouksia jokaista valittua vertailuperustetta käyttäen, ja hankintapäätöksessä on perusteltava vertailuperusteiden soveltaminen tarjoukseen.

²⁴ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 62 §.

²⁵ HE 50/2006 vp, s. 105.

²⁶ Kuusniemi-Laine & Takala (2007) s. 174 – 182. Kts. myös Eskola & Ruohoniemi (2011) s. 236 – 237.

Oikeuskäytännön mukaan tarjousvertailusta tai hankintapäätöksestä on selvästi käytävä ilmi kaikkien tarjousten osalta miten niitä on arvioitu kunkin vertailuperusteen osalta.²⁷

Euroopan unionin kansallisessa oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että hankintayksikön harkintavaltaan voidaan puuttua vain silloin, jos valinta- tai vertailuperusteiden asettamisessa on syyllistytty syrjintään.²⁸

2.2 Mikä on poikkeuksellisen alhainen?

Poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskeva suppeahko sääntely kumpuaa Suomen kansalliseen hankintalainsäädäntöön Euroopan unionin hankintadirektiiveistä. Tästä huolimatta ilmiölle ei ole yhtä yleisesti hyväksyttyä määritelmää tai viitekehystä, jonka avulla poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset voitaisiin automaattisesti tunnistaa. Itse asiassa koko ongelman luonteesta ja siitä miten sitä pitäisi käsitellä, ei vallitse yhteisymmärrystä.²⁹ Käsitteen määrittelemine onkin ensimmäinen askel ongelman ymmärtämiseksi. Yksinkertaisimmallaan termillä tarkoitetaan yleensä sitä, että tarjous on arvoltaan merkittävästi alhaisempi kuin hankintayksikkö on alun perin olettanut, mikä ymmärrettävästi jättää paljon tulkinnan varaan. Tilaajan omasta hinta-arviosta merkittävästi poikkeavan tarjouksen lisäksi poikkeuksellisen alhaisena voidaan pitää myös muista saaduista tarjouksista oleellisesti poikkeavia tarjouksia ja mikäli tarjoaja ei pysty antamaan riittävän uskottavaa selvitystä.

Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset saattavat johtaa tavallista korkeampaan ongelmien esiintymisriskiin hankkeen toteutusvaiheessa.³⁰ Laatuongelmat, toteutusajan venyminen, kohonneet kustannukset, tarjouskilpailun voittaneen yrityksen taloudelliset vaikeudet, oikeuteen asti etenevät riitatilanteet sekä koko hankkeen viivästyminen tai lopulta jopa keskeytyminen ovat esimerkkejä mahdollisista toteutusvaiheen ongelmatilanteista. Eräässä moottoriteiden suunnittelua käsittelevässä tutkimuksessa kustannuksien nousemisriskin huomattiin olevan jopa seitsemänkertainen niissä

²⁷ HE 50/2006 vp, s. 106

²⁸ HE 50/2006 vp, s. 105.

²⁹ Megremis (2014) s. 461.

³⁰ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s. 115-116.

tapauksissa, joissa tarjous oli epätavallisen alhainen verrattuna kohtuullisen hintaisiin tarjouksiin.³¹

Mikäli tarjouksen tehnyt yritys ei pysty suoriutumaan toimituksesta tarjouksen toimitusehdoilla, saattaa se joutua toimimaan taloudellisesti kestävämmällä tavalla joka taas voi johtaa aikaisemmin kuvatuunlaisiin ongelmiin. Perusteluiden kestäväällä pohjalla olevalle liiketoiminnalle tulisi kuitenkin aina olla objektiivisia. On myös tärkeää ottaa huomioon, tarkastellaanko sitä, onko tarjous taloudellisesti kestäväällä pohjalla hankintayksikön vai tarjoajan näkökulmasta. Esimerkiksi tarjoajien kannattavuusvaatimukset saattavat vaihdella suurestikin yrityskohtaisesti sekä riippuen yleisestä taloudellisesta tilanteesta. Näin ollen alhainenkaan katevaatimus ei välttämättä aiheuta suoraan ylimääräistä riskiä hankinnan toimitukselle, eikä sitä näin ollen voida pitää kovin luotettavana mittarina poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi.³² Myös julkinen sektori joutuu jatkuvasti pyrkimään toimintansa tehostamiseen ja kustannusten säästämiseen joten alhaisemmat tarjoushinnat ovat hankintayksiköillekin lähtökohtaisesti positiivinen asia, mutta vain mikäli toimittaja pystyy suoriutumaan toimituksesta sopimuksen mukaisesti.

Joissakin tilanteissa syyt poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen taustalla saattavat olla myös tahallisia. Tällaisia syitä voivat olla esimerkiksi harmaaseen talouteen liittyvä vastuuttomuus tai tarkoituksellinen lisälaskuttamiseen pyrkiminen.³³ Tahaton syy poikkeuksellisen alhaiselle hinnalla taas voi olla esimerkiksi laskentavirhe, kuten hankintaan kuuluvien osien unohtaminen tarjousvaiheessa. Mikäli hankintayksikkö epäilee tarjouksessa olevan laskuvirhe, tulee sen pyytää lisätietoja tai antaa tarkistuskehotus ennen tarjouksen hylkäämistä tai hyväksymistä.

Vuonna 1998 Euroopan komissio asetti työryhmän tutkimaan ja laatimaan ehdotuksen siitä, miten poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset voitaisiin tunnistaa ja miten niihin tulisi puuttua yhteisön sisämarkkinoilla tasapuolisen kilpailun varmistamiseksi.³⁴ Työryhmä

³¹ Crowley & Hancher (1995) s. 236.

³² Megremis (2014) s. 467.

³³ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s. 116.

³⁴ DG III Working Group on Abnormally Low Tenders Report (1999).

julkaisi noin vuotta myöhemmin raporttinsa, jossa se totesi että julkisten hankintojen laatua voitaisiin parantaa ehkäisemällä ja eliminoimalla epätavallisen alhaiset tarjoukset. Raportin mukaan tarjous voidaan tulkita poikkeuksellisen alhaiseksi, mikäli se:³⁵

- 1) ”*verrattuna hankintayksikön alkuperäiseen arvioon hankinnan arvosta sekä muihin saatuihin tarjouksiin vaikuttaa epätavallisen alhaiselta eikä näin ollen pystyisi saavuttamaan tavanomaista liiketoiminnalle normaalia kannattavuustasoa;*
- 2) *sekä mikäli edellä mainitun lisäksi tarjoaja ei pysty antamaan uskottavaa selvitystä tarjouksensa alhaiselle hinnalle, joka voi perustua esimerkiksi valmistusmenetelmään, tekniseen ratkaisuun tai johonkin muuhun poikkeuksellisen suotuisaan tai omaperäiseen ratkaisuun tai olosuhteisiin.”*

Poikkeuksellisen alhaiselle tarjoushinnalle on siis tarjottu useita erilaisia selityksiä, mutta yhtä yksiselitteistä vastausta kysymykseen ei kuitenkaan ole. On tärkeää ottaa huomioon myös se, että vaikka termi itsessään viittaa vain hintaan, niin Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on vahvistettu, että sillä voidaan tarkoittaa myös esimerkiksi poikkeuksellisen alhaista hankinnan kohteen toteuttamisen työmäärää.³⁶ Tällainen tilanne ei vaadi lisäksi sitä, että tarjouksen hinta olisi muuten mitenkään poikkeavan alhaisella tasolla.

Toisenlainen näkökulma poikkeuksellisen alhaisten tarjousten määrittelemiselle on tarkastella asiaa vain tarjouskohtaisesti. Sen sijaan että ilmiölle pyrittäisiin antamaan tarkka määritelmä tai raja-arvot lainsäädännöllisin keinoin, se voidaan määrittää tapauskohtaisesti hankintayksikön tekemässä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Eräässä oikeustapauksessa tuomioistuin totesi poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen olevan epämääräinen konsepti, joka tulee määritellä erikseen jokaisessa tapauksessa vallitsevissa olosuhteissa.³⁷

³⁵ DG III Working Group on Abnormally Low Tenders Report (1999).

³⁶ Belfass SPRL v Council of the European Union, Case T-495/04, kappaleet 29-30.

³⁷ C-147/06 SECAP SpA

2.3 Oikeudellinen sääntely

Puhuttaessa poikkeuksellisen alhaisista tarjouksista liitetään konsepti lähtökohtaisesti julkisiin hankintoihin. Kuten aikaisemmin todettiin, julkisia hankintoja säätelee hankintalaki, joka taas perustuu Euroopan unionin direktiiveihin. Ongelma voi toki ilmetä myös muissa kuin julkisissa hankinnoissa, mutta tällöin myös oikeudellinen sääntely poikkeaa merkittävästi julkisista hankinnoista.

Oikeudellisen sääntelyn näkökulmasta aihe on siinä mielessä hieman ongelmallinen, että Euroopan unionin hankintadirektiivit aiheuttavat asiaan liittyvää sääntelyä, mutta varsinaisen konseptin määritelmä on melko puutteellinen. Toisaalta ilmiön tarkempi määrittelemineen on saatettu tarkoituksella jättää jäsenvaltioiden itse tehtäväksi. Monet jäsenvaltioista ovat niin tehneetkin ja sisällyttäneet kansalliseen lainsäädäntöönsä hyvinkin tarkkoja standardeja ja raja-arvoja poikkeuksellisen alhaisten tarjouten tunnistamiseksi.

2.3.1 Euroopan unionin direktiivit

Jo ensimmäisestä Euroopan yhteisön asettamasta julkisia hankintoja koskevasta direktiivistä lähtien jokainen hankintadirektiiviudistus on sisältänyt jonkin asteista sääntelyä liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin.³⁸ Samaa linjaa jatkavat huhtikuussa 2014 asetetut viimeisimmät julkisia hankintoja koskevat direktiivit, jotka tulevat uudistamaan julkisia hankintoja säätelevää jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä merkittävästi. Niin sanotussa klassisessa hankintadirektiivissä poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ovat saaneet merkittävästi aiempaa enemmän huomiota. Direktiivissä 2014/24/EU poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia sääntelevä artikla 69 on kirjattu seuraavalla tavalla:

1. Hankintaviranomaisen on vaadittava, että talouden toimijat antavat selvityksen tarjouksessa olevista hinnoista tai kustannuksista, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta rakennusurakoihin, tavaroihin tai palveluihin nähden.

³⁸ Neuvoston direktiivi 71/305/ETY

2. Edellä 1 kohdassa tarkoitettut selvitykset voivat koskea erityisesti

- a) valmistusmenetelmän, palvelun suorittamisen tai rakennusmenetelmän taloudellisia näkökohtia;
- b) valittuja teknisiä ratkaisuja tai tarjoajan käytettävissä olevia poikkeuksellisen edullisia ehtoja tuotteiden toimittamiseksi tai palvelun suorittamiseksi taikka urakan toteuttamiseksi;
- c) tarjottujen rakennusurakoiden, tuotteiden tai palvelujen omintakeisuutta;
- d) 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen velvoitteiden noudattamista;
- e) 71 artiklassa tarkoitettujen velvoitteiden noudattamista;
- f) tarjoajan mahdollisesti saamaa valtiontukea.

3. Hankintaviranomaisen on arvioitava annetut tiedot kuulemalla tarjoajaa. Se voi hylätä tarjouksen vain siinä tapauksessa, että toimitettu näyttö ei tyydyttävästi selitä tarjottujen hintojen tai kustannusten alhaista tasoa, kun otetaan huomioon 2 kohdassa tarkoitettut tekijät.

Hankintaviranomaisten on hylättävä tarjous, jos ne ovat todenneet, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen, koska se ei ole 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sovellettavien velvoitteiden mukainen.

4. Jos hankintaviranomainen toteaa, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen tarjoajan saaman valtiontuen takia, kyseinen tarjous voidaan hylätä pelkästään tästä syystä vasta tarjoajan kuulemisen jälkeen, jos tämä ei pysty hankintaviranomaisen vahvistamassa riittävässä määrääjassa näyttämään toteen, että kyseinen tuki on SEUT 107 artiklassa tarkoitettua sisämarkkinoille soveltuvaa tukea. Jos hankintaviranomainen hylkää tarjouksen näissä olosuhteissa, sen on ilmoitettava asiasta komissiolle.

5. Jäsenvaltioiden on hallinnollisen yhteistyön puitteissa asetettava pyynnöstä muiden jäsenvaltioiden saataville kaikki käytettävissään olevat 2 kohdassa lueteltujen seikkojen osalta esitettyjä todisteita ja asiakirjoja koskevat tiedot, kuten lait, asetukset, yleisesti sovellettavat työehtosopimukset tai kansalliset tekniset standardit.

Lisäksi direktiivin valmisteluaineistossa poikkeuksellisen alhaisille tarjouksille annettiin ensimmäistä kertaa myös suppea määritelmä. Määritelmän mukaan ne ovat tarjouksia, jotka vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta suhteessa kyseisiin rakennusurakoihin, tavariin tai palveluihin, ja saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin.³⁹

³⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. Kappale (103).

Direktiivin valmisteluaineistossa kuvattu määritelmä ei kuitenkaan ota kantaa millään tavalla varsinaisiin arviointikeinoihin. Alkuperäisessä ehdotuksessa unionin hankintadirektiiviksi poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi ehdotettiin myös matemaattisia standardeja. Niiden mukaan hankintayksikkö olisi ollut velvoitettu pyytämään tarjoajilta selvitystä tarjouksensa perusteista, mikäli kaikki alla olevat ehdot olisivat täyttyneet:⁴⁰

- hinta tai laskutettava kustannus on yli 50 % alhaisempi kuin muiden tarjoajien keskimääräinen hinta tai kustannukset;
- hinta tai laskutettava kustannus on yli 20 % alhaisempi kuin toiseksi edullisimman tarjouksen hinta tai kustannukset;
- tarjouksia on jätetty vähintään viisi.

Kyseisiä matemaattisia standardeja ei kuitenkaan otettu osaksi lopullista hankintadirektiiviä. Lopullisen hankintadirektiivin ehkä merkittävin muutos liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin aiempaan verrattuna on se, että hankintayksiköillä on velvollisuus pyytää selvitystä ja tarjoajalla velvollisuus antaa selvitys hankintayksikön pyynnöstä aina kun kysymyksessä on poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttava tarjous.⁴¹ Varsinkin hankintayksiköiden velvollisuuksien näkökulmasta tätä voidaan pitää merkittävänä muutoksena aiempaan direktiiviin verrattuna sekä nykyisen hankintalainsäädännön valossa. Merkittävää on myös että tarjousten hylkäämisestä haluttiin tehdä tietyissä tapauksissa jopa pakollista. Pakollista tarjouksen hylkääminen on jatkossa esimerkiksi silloin, jos hankintaviranomainen on todennut, että poikkeuksellisen alhainen hinta tai alhaiset kustannukset johtuvat unionin pakollisen sosiaali-, työ- tai ympäristölainsäädännön tai sen mukaisen kansallisen lain taikka kansainvälisen työoikeuden määräysten noudattamatta jättämisestä.⁴²

Myös Euroopan yhteisön tuomioistuimelta (joka vuoteen 2009 asti tunnettiin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimena) on haettu linjausta siihen, mikä tulisi tulkita

⁴⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 69 §.

⁴¹ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015. s.225

⁴² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. Kappale (103).

poikkeuksellisen alhaiseksi tarjoukseksi, mutta tuomioistuin on päätöksessään todennut että poikkeuksellisen alhaisen hinnan määrittäminen on jäsenvaltioiden vastuulla.⁴³ Samaisessa ratkaisussaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuin totesi myös että hankintayksikkö ei voi rajoittaa tarjoajan oikeutta toimittaa selvityksiä, vaan sen on tarjouksen poikkeuksellista alhaisuutta arvioidessaan otettava huomioon kaikki selvitykset, jotka asianomainen tarjoaja toimittaa. Kyseistä tapausta voidaankin pitää tuomioistuimen linjausten johdosta merkittävänä ennakkotapauksena poikkeuksellisten alhaisten tarjousten arvioimisen ja oikeudellisen sääntelyn kannalta ja siihen viitataan usein asiaa käsittelevissä tutkimuksissa ja lainvalmisteluaineistoissa. Uudistettu hankintadirektiivi ei tuo asiaan merkittävää muutosta, vaan poikkeuksellisen alhaisen hinnan määrittäminen on edelleenkin jäsenvaltioiden vastuulla. Jatkossa hankintayksiköillä on kuitenkin velvollisuus pyytää tarjoajilta selvitystä tarjouksen hinnan perusteista, aina kun kysymyksessä on poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttava tarjous. Tätä voidaan pitää merkittävänä muutoksena vaikka direktiivi ei otakaan varsinaisesti kantaa siihen mikä pitäisi tulkita poikkeuksellisen alhaiseksi vaikuttavaksi tarjoukseksi.

Tarjotun hinta- tai kustannustason poikkeuksellisuuden arvioiminen on uudessa hankintadirektiivissä hankintayksiköiden harkintavallassa, kuten aikaisemminkin. Myös perustelut hinnan tai kustannusten poikkeuksellisuutta arvioitaessa ovat linjassa nykyainsäädännön kanssa. Jatkossa huomiota tulee kuitenkin kiinnittää entistä enemmän muun muassa hankinnan laatuun ja laajuuteen sekä toimitusaikaan, hankinnan oikeudellisiin, taloudellisiin sekä teknisiin tekijöihin, muiden tarjoajien antamiin hintoihin sekä toimialalla tyypilliseen hinnoittelurakenteeseen.⁴⁴ Hankintaviranomaisen on arvioitava annetut tiedot kuulemalla tarjoajaa ja se voi hylätä tarjouksen vain siinä tapauksessa, että toimitettu näyttö ei tyydyttävästi selitä tarjottujen hintojen tai kustannusten alhaista tasoa. Pyydettyt selvitykset tarjoajan poikkeuksellisen alhaisesta tarjoushinnasta voisivat liittyä muun muassa valmistusmenetelmään, taloudellisiin tai teknisiin ratkaisuihin, tarjoajan käytettävissä oleviin poikkeuksellisen edullisiin hankinnan ehtoihin sekä tarjottavien ratkaisujen omintakeisuuteen. Selvitykset

⁴³ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu yhdistetyissä asioissa C-285/99 ja C-286/99 Impresa Lombardini (Kok. 2001, s. I-9233)

⁴⁴ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 37/2015. s.225

voivat liittyä myös ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisten velvoitteiden noudattamiseen sekä alihankintoihin ja alihankkijoiden vastaavien velvoitteiden noudattamiseen. Euroopan komission tulkintojen mukaan pyydettävät selvitykset voivat liittyä esimerkiksi työsuojeluun, sosiaalimaksujen maksamiseen, ylitöiden maksamiseen, työturvallisuuteen sekä laittoman työn kieltoon liittyvien säädösten soveltamiseen. Lista ei kuitenkaan ole tyhjentävä, vaan tarjoajilta voidaan pyytää ja niillä on oikeus antaa selvitys myös muista asiaan vaikuttavista seikoista. Komission mukaan tietoja voidaan pyytää myös muilta tahoilta.⁴⁵ Tällä voinee tulkita tarkoitettavan esimerkiksi ulkopuolista asiantuntijatahoa.

2.3.2 Jäsenvaltioiden kansalliset hankintalait

Kuten edellisessä kappaleessa todettiin, niin alkuperäisessä ehdotuksessa unionin uudeksi hankintadirektiiviksi ehdotettiin poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi myös matemaattisia standardeja. Nämä standardit eivät kuitenkaan päätyneet osaksi lopullista direktiiviä. Useissa jäsenvaltioissa on kuitenkin kansallisessa hankintalainsäädännössä asetettu vastaavanlaisia raja-arvoja tai standardeja sille, paljonko tarjouksen hintataso saa maksimissaan poiketa muista tarjouksista tai hankintayksikön omasta hinta-arviosta. Mikäli tarjouksen hinta ylittää kyseiset raja-arvot tai standardit, se johtaa yleensä automaattisesti pakolliseen lisäselvityspyyntöön.

Alla olevaan taulukkoon on koottu kaikkien Euroopan unionin jäsenvaltioiden kansallisten hankintalainsäädäntöjen standardit siitä, paljonko tarjouksen hintataso saa poiketa muista tarjouksista tai tilaajan omasta hinta-arviosta. Yhteensä kahdeksalla jäsenvaltiolla on maakohtaisia standardeja tai raja-arvoja implementoituina kansalliseen hankintalainsäädäntöön.⁴⁶

Valtio	Artikla	Standardi
Alankomaat	2.116	-
Belgia	99	<ul style="list-style-type: none"> • Jos vähintään neljä tarjousta on jätetty, tutkitaan 15 % keskiarvon alle jäävät. Jos tarjouksia on seitsemän tai

⁴⁵ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015. s.226.

⁴⁶ Taulukon tiedot ovat peräisin virallisista jäsenvaltioiden viranomaisten ylläpitämistä lähteistä, mutta suomeksi käännettyjä. Tiedot tarkistettu 28.7.2015.

		enemmän, niin korkeinta ja alhaisinta tarjousta ei lasketa mukaan keskiarvoon.
Bulgaria	70	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on 30 % alhaisempi kuin muiden tarjousten keskiarvo.
Espanja	85 & 136	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on vähintään 25 % halvempi kuin hankkeen alkuperäinen kustannusarvio (kun vain yksi tarjous jätetty). • Mikäli tarjous on vähintään 20 % halvempi kuin toinen tarjous (kun kaksi tarjousta on jätetty). • Mikäli tarjous on vähintään 10 % halvempi kuin kaikkien tarjousten keskiarvo (kun kolme tarjousta on jätetty), kuitenkin niin, että mikäli kallein tarjous on 10 % keskiarvoa kalliimpi, niin ei sitä oteta huomioon keskiarvoa laskettaessa. • Mikäli tarjous on vähintään 10 % halvempi kuin kaikkien tarjousten keskiarvo (kun neljä tarjousta on jätetty), kuitenkin niin, että tarjouksia jotka ovat yli 10 % keskiarvoa kalliimpia ei oteta huomioon keskiarvoa laskettaessa. Mikäli jäljellä jää vähemmän kuin neljä tarjousta niin noudetaan yllä olevia ehtoja. • Poikkeustapauksissa hankintayksikkö voi vähentää sovellettavia raja-arvoja 1/3:lla markkinaolosuhteiden mukaisesti.
Irlanti	30	-
Iso-Britannia	30	-
Itävalta	125	-
Italia	86 - 89	<ul style="list-style-type: none"> • Käytettäessä halvinta hintaa vertailuperusteena, jos vähintään viisi tarjousta on jätetty, verrataan hintaa keskiarvoon, niin että korkeinta ja alhaisinta tarjousta ei lasketa mukaan keskiarvoon. • Käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteena, mikäli sekä hinta- että laatuasteet ovat enemmän kuin 4/5 vastaavista enimmäispisteistä.
Kreikka	153	-
Kroatia	91	-
Kypros	61	-
Latvia	48	-
Liettua	40	-
Luxemburg	243 - 245	-
Malta	57	-
Portugali	71	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on 40 % alhaisempi kuin hankkeen alkuperäinen kustannusarvio.
Puola		-
	90	
Ranska	55	-
Romania	202	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on 30 %:a alhaisempi kuin hankkeen

		alkuperäinen kustannusarvio, silloin kuin tarjouksia on alle viisi. <ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on 15 % alle tarjousten keskiarvon, pois lukien sekä korkein että alhaisin tarjous mikäli tarjouksia on enemmän kuin viisi kappaletta.
Ruotsi	3 - 4	-
Saksa	16	-
Slovakia	42	-
Slovenia	49	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous on 50 % alhaisempi kuin tarjousten keskiarvo sekä 20 % alhaisempi kuin toiseksi alhaisin tarjous silloin kuin vähintään neljä tarjousta on jätetty.
Suomi	63	-
Tanska	55	-
Tsekin Tasavalta	77	-
Unkari	69 - 70	<ul style="list-style-type: none"> • Mikäli tarjous poikkeaa yli 20 % hankkeen alkuperäisestä kustannusarviosta.
Viro	48	-

Taulukko 1. Euroopan unionin jäsenvaltioiden kansallinen lainsäädäntö koskien poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamista.

Euroopan unionin jäsenvaltioiden käyttämät menetelmät poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi lainsäädännöllisin keinoin voidaan jakaa kahteen eri kategoriaan: tarjouksia keskenään vertaileviin menetelmiin sekä tarjouksen hintatasoa hankintayksikön alkuperäiseen hinta-arvioon vertaileviin menetelmiin. Menetelmien käyttö vaikuttaisi jakaantuvan melko tasaisesti niissä maissa, jotka ovat ottaneet käyttöön kyseisiä standardeja tai raja-arvoja. Italia ja Romania käyttävät molempia menetelmiä, riippuen tarjousten lukumäärästä. On kuitenkin muistettava, että Euroopan unionin uudet hankintadirektiivit tulevat vaikuttamaan kaikkien jäsenvaltioiden kansallisiin lainsäädäntöihin vuoden 2016 aikana, ja näin ollen myös poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi käytetyt standardit ja raja-arvot saattavat muuttua. Suomessa työ- ja elinkeinoministeriön hankintalain kokonaisuudistuksen mietintö ja ehdotus uudesta hankintalaista eivät sisällä tämän tyyppisiä elementtejä. Myöskään koko Euroopan unionin kattavia yhteisiä standardeja ei ole siis tulossa käyttöön.

Kun verrataan jäsenvaltioiden asettamia standardeja Euroopan unionin suunnittelemiin standardeihin, sallivat ne selvästi vähemmän poikkeamaa kuin alkuperäinen ehdotus.⁴⁷ Eli jäsenvaltioiden käyttöönottamia käytäntöjä voidaan pitää keskimäärin selvästi tiukempina kuin unionin suunnittelema standardeja, jotka eivät siis kuitenkaan tulleet sisällytetyiksi lopulliseen hankintadirektiiviin. Standardeissa ja raja-arvoissa on kuitenkin suurta vaihtelua myös jäsenvaltioiden välillä.

Todellisuudessa edellä esitetyillä menetelmillä ei kuitenkaan suoraan voida taata alihintaisten tarjousten tunnistamista tai kyseessä olevaan hankintaan ”oikean” hintatason löytämistä. Rajat ovat aina jokseenkin keinotekoisia, ja sen takia onkin tärkeää, että niitä käytetään vain ja ainoastaan lisäselvitystä vaativien tarjousten seulomiseksi. Lisäksi ne saattavat olla turhan herkkiä paljon keskiarvosta poikkeavien tarjousten vaikutukselle tai jopa suoranaisille manipulointiyrityksille.⁴⁸ Keinotekoisillakin rajoilla voi kuitenkin olla merkittävä tarjoajien toimintaa ohjaava vaikutus, ja ne saattavat vähentää tahallisten poikkeuksellisen alhaisten tarjousten määrää tarjouskilpailuissa.

Lisäksi on syytä mainita, että poikkeuksellisen korkeasta hinnasta ei ole säännöksiä Euroopan unionin hankintadirektiiveissä tai Suomen hankintalainsäädännössä. Oikeuskäytännössä on kuitenkin todettu että hankinnan keskeyttäminen on mahdollista, mikäli saadut tarjoukset ovat hankintayksikölle hinnaltaan liian korkeita.⁴⁹ Tarjouspyynnössä olisi kuitenkin syytä etukäteen todeta, että kaikki tarjoukset voidaan hylätä, jos niiden hintataso on liian korkea. Mitään tarjouksista ei ole myöskään välttämätöntä hyväksyä mikäli tarjouksen hinta ylittää hankintayksikön budjetin, joka on määritelty ja dokumentoitu ennen hankintamenettelyn aloittamista. Näissä tilanteissa neuvottelumenettelyyn siirtymisestä tulisi julkaista uusi hankintailmoitus.⁵⁰

⁴⁷ Megremis (2014) s. 470. Kts. myös ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista (2011) 896. Artikla 69.

⁴⁸ Giffin (2010) s. 3.

⁴⁹ KHO 28.11.2001/2973

⁵⁰ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015. s. 132.

2.3.3 Kansallinen hankintalaki Suomessa

Suomessa Euroopan unionin uudistettuihin hankintadirektiiveihin perustuva julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus on vielä käynnissä ja sitä valmistellaan työ- ja elinkeinoministeriössä. Euroopan unionin uudet hankintadirektiivit hyväksyttiin helmikuussa 2014. Suomessa hankintalainsäädännön uudistusta valmistellut työryhmä sai mietintönsä valmiiksi keväällä 2015.⁵¹ Tällä hetkellä työ- ja elinkeinoministeriö on viimeistelemässä hankintadirektiivit voimaan saattavan hankintalain kokonaisuudistuksen hallituksen esitystä joka on tarkoitus antaa eduskunnalle viimeistään kesäkuussa 2016. Tavoitteena on että uusi hankintalainsäädäntö olisi voimassa viimeistään loppuvuodesta 2016.⁵²

Nykyisessäkin hankintalaissa säädetään mahdollisuudesta hylätä hinnaltaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset sekä tällaisten tarjousten käsittelyn menettelytavoista.⁵³ Lain valmistelumateriaalissa todetaan, että poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkäämisellä mahdollistetaan hankintayksikölle hankinnasta aiheutuvien riskien, kuten tarjoushinnan riittämättömyydestä todennäköisesti aiheutuvien taloudellisten riskien huomioon ottaminen, ja että hylkäämisen tulisi perustua nimenomaan siihen, ettei tarjoajan tarjoamalla hinnalla tai muilla ehdoilla ole mahdollista uskottavasti toteuttaa hankintaa tarjouspyynnössä edellytetyllä tavalla.⁵⁴ Lisäksi nykyisen hankintalain 348/2007 valmistelumateriaalissa mainitaan mahdollisina syinä poikkeuksellisen alhaiseen tarjoushintaan virhe hinnan laskemisessa, erot yritysten välisissä teknisissä ratkaisuissa, tuotannon tehokkuudessa, tuotanto- ja toimituskapasiteetissa, tuotantokapasiteetin käyttöasteessa sekä yritysten katevaatimuksissa, tai että kyseessä voi olla myös tarjoajan pyrkimys vallata uusia, tai puolustaa vanhoja, markkinoita. Tällaisten syiden ei lainvalmistelumateriaalin perusteella pitäisi oikeuttaa tarjouksen hylkäämiseen alihintaisena, mikäli tarjoaja pystyy luotettavasti osoittamaan mahdollisuutensa hankinnan toteuttamiseen. Lista ei kuitenkaan ole kaikenkattava vaan hankintayksikkö voi pyytää selvitystä myös muista

⁵¹ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015.

⁵² TEM/429/03.01.01/2016, s. 1.

⁵³ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 63 §.

⁵⁴ HE 50/2006 vp. s. 107.

tekijöistä, jotka voivat olla perusteena tarjoushinnan alhaisuudelle.⁵⁵ Hankintalain uudistuksen yhteydessä hallituksen esityksessä esitetyjä perusteluita voidaan näiltä osin pitää hyvin samantyyppisinä kuin mitä on esitetty myös uudistetun hankintadirektiivin ja hankintalainsäädännön uudistusten yhteydessä viime aikoina.

Vuonna 2014 hyväksytty uudistettu hankintadirektiivi on tarkoitus implementoida Suomen kansalliseen lainsäädäntöön vielä vuoden 2016 aikana. Ehkä merkittävin muutos liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin aiempaan verrattuna tulee olemaan hankintayksiköiden velvollisuus pyytää tarjoajilta selvitystä tarjouksen hinnan perusteista, aina kun kysymyksessä on poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttava tarjous. Varsinkin hankintaviranomaisten velvollisuuksien näkökulmasta tätä voidaan pitää merkittävänä muutoksena nykylainsäädännön valossa, vaikka direktiivi ei otakaan varsinaisesti kantaa siihen mikä pitäisi tulkita poikkeuksellisen alhaiseksi vaikuttavaksi tarjoukseksi.

Toinen merkittävä muutos tulee olemaan se, että tarjousten hylkäämisestä haluttiin tehdä tietyissä tapauksissa jopa pakollista. Pakollista tarjouksen hylkääminen on jatkossa esimerkiksi silloin, jos hankintaviranomainen on todennut, että poikkeuksellisen alhainen hinta tai alhaiset kustannukset johtuvat unionin pakollisen sosiaali-, työ- tai ympäristölainsäädännön, tai sen mukaisen kansallisen lain taikka kansainvälisen työoikeuden määräysten noudattamatta jättämisestä.

⁵⁵ HE 50/2006 vp. s. 107 – 108.

3. Perusteluita poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle

Tutkimuksen kolmannessa kappaleessa esitetään perusteluita poikkeuksellisen alhaisille tarjouksille eli selvitetään missä olosuhteissa ne voivat olla hyväksyttäviä niin tarjoajan kuin hankintayksikönkin näkökulmasta. Lisäksi selvitetään hankintayksikön selvitysvastavuuden sekä harkintavallan laajuutta. Kappaleessa vastataan toiseen tutkimuskysymykseen:

”Miten laaja hankintayksiköiden harkintavalta on poikkeuksellisen alhaisten tarjousten osalta? Lisäksi mitä velvollisuuksia päätöksentekoon liittyy?”

3.1 Perusteluita tarjoajan näkökulmasta

Kuten todettua, hinnaltaan poikkeuksellisen alhainen tarjous ei suinkaan aina ole hankintalain vastainen tai pitäisi automaattisesti hylätä tarjouskilpailusta. Poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset eivät myöskään itsearvoisesti ole ongelmallisia ja onhan myös hankintayksiköiden intressissä tehdä kokonaistaloudellisesti mahdollisimman edullisia hankintoja – ja näin ollen käyttää julkisia varoja mahdollisimman tehokkaasti. Edulliselle tarjoushinnalle voi olla täysin laillinen peruste, kuten esimerkiksi jokin uusi innovaatio tai muista tarjouksista poikkeava tekninen ratkaisu, jonka ansiosta yritys kykenee tarjoamaan tuotteen tai palvelun muita edullisemmin.

Tarjoajan näkökulmasta luonnollisesti tärkein motiivi poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen jättämiselle on halu voittaa kyseinen tarjouskilpailu, mitä varmasti jokainen tarjouskilpailuun osallistuva yritys tavoittelee riippumatta tarjouksen hintatasosta. Kun mennään yksityiskohtaisemmalle ja konkreettisemmalle tasolle poikkeuksellisen alhaisten tarjousten syihin, voidaan tehdä jako kolmeen alaryhmään: tuotantoperusteiset syyt, informaatioperusteiset syyt sekä strategiset syyt.⁵⁶

⁵⁶ Ølykke (2010) s. 112. Kts. myös Alexandersson & Hulten (2007) s. 167-172.

3.1.1 Tuotantoperusteiset syyt

Tuotantoperusteiset syyt ovat pääsääntöisesti tarjoajien välisiä eroavaisuuksia. Ne voivat olla eroja esimerkiksi tarjoajien osaamisessa, kokemuksessa vastaavanlaisista toimituksista tai kustannusrakenteessa. Mittakaavaetu voi hankinnan luonteesta riippuen mahdollistaa sen, että iso toimija pystyy tarjoamaan saman palvelun tai tuotteen pientä toimijaa huomattavasti edullisemmin. Toisaalta pienet tai kokemattomat tarjoajat, jotka eivät vielä pysty hyödyntämään näitä tuotantoperusteisia etuja, saattavat pyrkiä pääsemään markkinoille tarjoamalla poikkeuksellisen alhaisella hinnalla, jotta ne jatkossa pystyisivät hyödyntämään esimerkiksi juuri mittakaavaetua tuotannossaan.⁵⁷

Tämän tyyppiset syyt alhaiselle hinnalle ovat yleensä hyväksyttäviä ja jopa toivottavia, sillä ne ovat merkki toiminnan tehokkuudesta ja näin ollen täysin hyväksyttäviä syitä alhaiselle tarjoushinnalle. Tämän vuoksi ne ovatkin itse asiassa perusteluita poikkeuksellisen alhaiselle tarjoushinnalle. Myös ostajan puolella pyritään hyödyntämään mittakaavaetuja muun muassa tekemälle yhteishankintoja ja perustamalla niitä varten erityisiä yhteishankintayksiköitä, jotka mahdollistavat alhaisemmat yksikköhinnat ostamalla kerralla suurempia määriä ja hyödyntämällä vahvempaa isomman ostajan neuvotteluasemaa.

Yksittäisen yrityksen toiminnan optimoinnin näkökulmasta saattaa olla kannattavaa joissakin tilanteissa tehdä selvästi normaalitilannetta edullisempi tarjous myös esimerkiksi tilanteessa, jossa yrityksellä on helposti pilaantuvia tuotteita, jotka se haluaa saada varastostaan liikkeelle mahdollisimman nopeasti.⁵⁸ Tällaisessa tilanteessa yritykselle voi olla kannattavaa myydä kyseiset tuotteet jopa hankintahintaa halvemmalla, mikäli vaihtoehtona on niiden menettäminen.

Myös uudistetussa Euroopan unionin hankintadirektiivissä todetaan että julkisten hankintojen markkinoilla on kehittymässä vahva suuntaus julkisten ostajien kysynnän yhdistämiseen, jotta saataisiin mittakaavaetuja muun muassa alhaisempien hintojen ja

⁵⁷ Ølykke (2010) s. 112.

⁵⁸ Ølykke (2010) s. 114.

liiketoimikustannusten muodossa, ja jotta hankintojen hallinnointi ja ammattimaisuus tehostuisivat.⁵⁹

Monimutkaisten toimitusten ja niihin liittyvien sopimusten kustannuslaskentaan ja sitä kautta hinnoitteluun liittyy usein huomattava määrä epävarmuutta ja muuttujia joita useinkaan ei voida kovin luotettavasti ennustaa sopimuksentekohetkellä. Tapaukset joissa on paljon hinnoitteluun vaikuttavia muuttujia ja oletuksia saattavat johtaa tahtomatta tarjoajan puolelta poikkeuksellisen alhaiseen hinnoitteluun. Kyseinen syy liittyy kuitenkin ensisijaisesti toimintaympäristön epävarmuuteen eikä niinkään suoranaisiin tarjoajan tekemiin virheisiin, kokemattomuuteen tai muihin informaatioperusteisiin syihin joita kuvataan tarkemmin seuraavassa kappaleessa.⁶⁰

3.1.2 Informaatioperusteiset syyt

Informaatioperusteisia syitä ovat esimerkiksi riskien aliarvioiminen tai epärealistiset odotukset kehityskustannusten osalta. Tämän tyyppiset informaatioperusteiset syyt ovat yleensä tahattomia syitä poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle tarjoajan näkökulmasta ja varsinkin kokemattomammat tarjoajat saattavat tehdä hinnoittelussaan tämän tyyppisiä virheitä. Palvelun tai tavaran nykytoimittajalla onkin yleensä enemmän tietoa toimituksesta ja siihen liittyvistä kustannuksista.⁶¹ Tämä eroaa kuitenkin varsinaisesta mekaanisesta virheestä hinnan laskemisessa jota käsitellään tässä tutkimuksessa myöhemmin.

Informaatioperusteisten syiden tarkoituksellinen käyttäminen poikkeuksellisen alhaisella hinnalla tarjoamiseen voi olla mahdollista esimerkiksi silloin, jos tarjoaja saa jotenkin ennakkoon tiedon jonkun muun tarjoajan tarjouksen hinnasta ja haluaa tämän tiedon perusteella laskea oman tarjouksen hintansa kilpailijan hintaa alhaisemmaksi. Edellä kuvatun kaltainen menettely voisi tosin johtaa oikeudellisiin seuraamuksiin kilpailulainsäädännön näkökulmasta.

⁵⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, kohta (59).

⁶⁰ Ølykke (2010) s. 114.

⁶¹ Ølykke (2010) s. 114.

3.1.3 Strategiset syyt

Kilpailuilla markkinoilla on varsin tavallista että markkinoille pyrkivät yritykset saattavat aluksi joutua operoimaan tappiolla tai tinkimään katevaatimuksistaan siihen asti että saavat asemansa markkinoilla vakiinnutettua. Lisäksi monilla aloilla vaaditaan suuria alkuinvestointeja, jotta markkinoille pääsy olisi ylipäättään mahdollista. Tämä asettaa tarjoajat siinä mielessä eri asemaan, että nykyisen palveluntoimittajan ei monesti tarvitse ottaa näitä alkuinvestointeja hinnoittelussaan huomioon, olettaen että kyseessä on siis ulkopuolinen yksityinen taho. Nykyisiä palveluntarjoajia voikin olla liki mahdoton haastaa, ellei yritys ole valmis operoimaan lyhyellä aikavälillä tappiolla tai ainakin tavallista alhaisemmalla tuottovaatimuksella.

Tämän kaltaiset strategiset pyrkimykset päästä julkisen sektorin markkinoille eivät kuitenkaan itsessään saisi olla tarjouksen hylkäämisperusteita, mikäli tarjoaja pystyy uskottavasti ja luotettavasti todentamaan kykynsä hankinnan toteuttamiseen ja osoittamaan, että poikkeuksellisen alhainen hinta ei johdu lainvastaisesta menettelystä tai kielletystä valtion tuesta. Tarjoajalla on asiassa kuitenkin näyttövelvollisuus, eikä vetoaminen strategiin syihin vielä itsessään ole riittävä argumentti, mikäli tarjoaja ei lisäksi pysty uskottavasti todentamaan kykyään hankinnan toteuttamiseen.

Ei ole täysin yksiselitteistä minkälaiset strategiset syyt poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle ovat hyväksyttäviä ja mitkä taas eivät. Esimerkiksi määräävän markkina-aseman väärinkäyttö soveltamalla saalistushinnoittelua on kilpailulain perusteella kiellettyä.⁶² Pyrkimys niin sanottujen referenssien hankkimiseen taas saattaa olla yritykselle strategisesti erittäin tärkeää. Varsinkin pienille tai kokemattomille yrityksille julkisten hankintojen onnistunut toimitus voi usein johtaa lisääntyneeseen liiketoimintaan niin yksityisellä kuin julkisellakin sektorilla. Tätä varten yrityksen voi olla välttämätöntä tarjota poikkeuksellisen alhaisella hinnalla päästäkseen markkinoille. Referenssit antavat yrityksille monesti paremmat vertailupisteet tarjouskilpailussa, joten ainoaksi keinoksi niiden puuttumisen kompensoimiseksi saattaa jäädä hinnan alentaminen ja pyrkimys tällä tavalla parantaa yrityksen kilpailuasemaa myös tulevissa

⁶² Kilpailulaki 12.8.2011/948, 7 §.

tarjouskilpailuissa. Yhtäläillä myös esimerkiksi imagosyyt saattavat toimia yrityksen hinnoittelustrategian perusteena.

Oikeuskäytännön osalta rajanveto strategisten syiden osalta on melko häilyvää. Eräässä tapauksessa hankintakilpailusta poikkeuksellisen alhaisen hinnan perusteella hylätyksi tullut osapuoli valitti asiasta markkinaoikeuteen ja vetosi valituksessaan muun muassa siihen, että sen hinnoittelun taustalla oli ollut tavoite saada hyvä referenssi tulevia ohjelmistohankintoja varten ja että kyseinen referenssi olisi toimittajalle erityisen merkittävä. Markkinaoikeus ei kuitenkaan pitänyt tätä riittävänä perusteena ja totesi päätöksessään hankintayksikön menettelyn hankintalain mukaiseksi kun se hylkäsi tarjouksen poikkeuksellisen alhaisen hinnan perusteella.⁶³

3.1.4 Kielletyt menettelytavat

Kuten edellisessä kappaleessa todettiin, ei ole yksiselitteistä vastausta kysymykseen, minkälaiset strategiset syyt ovat hyväksyttäviä poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle. Selvää on kuitenkin, että lainvastainen menettely ei luonnollisesti ole hyväksyttävää.

Tarjouksen hinnoittelu selkeästi alihintaiseksi voi olla tarjoajan näkökulmasta strateginen valinta. Tällaisessa tilanteessa saattaa olla kyse myös saalistushinnoittelusta (englanniksi *predatory pricing*). Saalistushinnoittelulla tarkoitetaan tilannetta, jossa määräävässä asemassa oleva yritys tarkoituksella altistaa itsensä tappioille tai luopuu voitosta lyhyellä aikavälillä olemassa olevien tai potentiaalisten kilpailijoiden sulkemiseksi pois markkinoilta. Kyseinen menettely voidaan kuitenkin tulkita kilpailulain vastaiseksi laittomaksi markkina-aseman väärinkäytöksi. Kilpailulain perusteella kiellettyä on esimerkiksi kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen.⁶⁴ Julkisissa tarjouskilpailuissa syy saalistushinnoitteluun voi olla tarkoitus päästä hyötymään määräävästä markkina-asemasta pitkällä aikavälillä, tai muissa vastaavanlaisissa tulevissa tarjouskilpailuissa. Vaikka saalistushinnoitteluun ei suoranaisesti liity ehdoton

⁶³ MAO:165/14

⁶⁴ Kilpailulaki 12.8.2011/948, 7 §.

vaatimus tappioiden takaisin saamisen tavoittelusta pidemmällä aikavälillä, on useimmissa oikeustapauksessa kuitenkin tunnistettu viitteitä tämänkaltaisista tavoitteista.⁶⁵

On kuitenkin tärkeää ottaa huomioon, että poikkeuksellisen alhainen tarjoushinta ei tarkoita automaattisesti että kyse olisi saalistushinnoittelusta. Sama pätee myös päinvastoin.⁶⁶ Saalistushinnoittelu ei myöskään automaattisesti tarkoita sitä, että kyseinen toimitus olisi toimittajalle automaattisesti taloudellisesti kannattamatonta. Mutta taloudellisesta näkökulmasta saalistushinnoittelun kriteeriksi voi riittää se, että tarjous tehdään alhaisemmalla katteella kuin normaalissa kilpailutilanteessa tehtäisiin. Yleensä on kuitenkin vaikeaa näyttää toteen, että tarjoaja olisi pystynyt tekemään tarjouksellaan enemmän tuottoa ja yhä voittamaan tarjouskilpailun.⁶⁷

Yksi saalistushinnoittelun muodoista on viestin lähettäminen hinnoittelun avulla muille markkinoimijoille (englanniksi *signalling*). Tarjouskilpailuiden yhteydessä tällä tarkoitetaan yleensä tilannetta, jossa aggressiivisella tarjoushinnalla pyritään viestimään kilpailijoille, ettei niiden kannata yrittää päästä viestin lähettäjän markkinoille kyseisessä tarjouskilpailussa tai vastaavissa tulevissa tarjouskilpailuissa. Tällainen tilanne voi olla mahdollinen esimerkiksi silloin, kun jokin tietty yritys on toiminut palvelun tai tavarantoimittajana jo yhden tai useamman sopimuskauden ajan, ja se haluaa pitää kilpailijat loitolla. Julkisten tarjouskilpailuiden kohdalla viesti voi olla suunnattu kilpailijoiden lisäksi myös poliittisille päättäjille.⁶⁸ Myös viestin lähettämisen hinnoittelun avulla osoittaminen laittomaksi voi olla haastavaa useissa tapauksissa, mutta periaatteessa samat kriteerit kuin tavanomaisenkin saalistushinnoittelun osalta pätevät.

⁶⁵ Ølykke (2010) s. 261.

⁶⁶ Ølykke (2010) s. 115.

⁶⁷ Motta (2004) s. 445 – 446. Kts. myös Ølykke (2010) s. 256.

⁶⁸ Ølykke (2010) s. 115 – 116.

3.2 Tarjouksen hyväksyminen

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten arvioiminen on usein ongelmallista siitä syystä, että harvoin tiedetään mikä olisi oikea hintataso kyseiselle hankinnalle. Lopulliset tarjoukset saattavat erota suurestikin hankintayksikön alkuperäisestä hankinnan hinta-arviosta ja myös markkinahinnan määrittäminen on usein haastavaa. Lisäksi jos lopullisen tarjouksen jättäneitä yrityksiä on vain muutamia, joskus jopa vain yksi, on johtopäätösten tekeminen oikeasta hintatasosta vertailemalla tarjouksia vaikeaa tai jopa mahdotonta. Vastuu hinnan arvioinnista ja selvitysten tekemisestä on viime kädessä hankintayksiköllä. Hankintayksiköllä on mahdollisuus tehdä hyvinkin kattavia selvityksiä ja vertailuanalyyseja (niin sanottuja *benchmark-tutkimuksia*) tarjoushinnan perusteiden selvittämiseksi sekä oikean hintatason määrittämiseksi. Viime kädessä hankintayksikön päätöksen tulisikin perustua mahdollisimman kattavaan analyysiin jotta tarjoajien tasapuolinen kohtelu toteutuisi ja mielivaltaiset päätökset pystyttäisiin välttämään.

Kansantalouden näkökulmasta katsottuna mahdollisimman tehokas julkisten hankintojen kilpailuttaminen ja kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen hyväksyminen on lähtökohtaisesti tehokkain tapa käyttää julkisia varoja. Hankintayksiköillä ei tämän hetkisen hankintalainsäädännön perusteella ole suoranaista velvollisuutta hylätä poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tai edes vaatia asiasta tarkempaa selvitystä vaan asia on hankintayksiköiden omassa harkintavallassa. Mikäli alhaisen hinnan ei uskota aiheuttavan merkittävää suoriutumattomuusriskiä, ei tällaisten tarjousten hylkääminen yleensä ole edes hankintayksikön intressissä. Lisäksi nykyisenkaltaisessa pitkittyneessä taloudellisessa taantumassa useimmat julkiset toimijat joutuvat etsimään jatkuvasti kustannussäästöjä, joten perusteluiden edullisimman tarjouksen hylkäämiselle täytyy olla vahvoja. Myös laillinen valtion tuki voi olla hyväksyttävä syy poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksymiselle.

3.2.1 Harkintavalta tarjouksen hyväksymiseksi

Hankintayksikön näkökulmasta poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksymiselle voi olla useita motiiveita. Edullinen tarjoushinta voi houkuttaa siihen liittyvistä

riskeistä huolimatta tai hankintaan liittyviä riskejä voi olla yksinkertaisesti aliarvioitu hankintayksikön toimesta. Hankintayksikkö saattaa myös olettaa hankintasopimuksen olevan riittävän vahva suojaamaan sitä mahdollisten riskien toteutumiselta. Myös pelko hankintaprosessin pitkittymisestä valitusten takia saattaa olla syy edullisimman tarjouksen hyväksymiselle tai pelko julkisesta mielipiteestä sekä siihen liittyvä vaikeus perustella miksi halvinta tarjousta ei valittu.⁶⁹

Vastaavasti kuten on hankintayksikön harkintavallassa hylätä poikkeuksellisen alhainen tarjous siitä tehdyn selvityksen perusteella, on hankintayksikön harkintavallassa myös hyväksyä alihintainen tarjous. Oikeuskäytännön perusteella hankintayksiköllä vaikuttaisi olevan oikeus tarjouksen hylkäämättä jättämisen lisäksi myös olla pyytämättä siitä lisäselvitystä ilman painavaa syytä. Tämä kuitenkin todennäköisesti muuttuu merkittävästi, kun uusi hankintalaki astuu voimaan. Uusi hankintadirektiivi velvoittaa hankintaviranomaisia vaatimaan, että tarjoajat antavat selvityksen tarjouksessa olevista hinnoista tai kustannuksista, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta.⁷⁰

Esimerkiksi tapauksessa MAO 183/12 markkinaoikeus totesi, että vaikka yksi tarjouksista oli selvästi alhaisempi kuin muut tarjoukset, ei hankintasäännöksissä kuitenkaan ole asetettu hankintayksikölle velvollisuutta hylätä tarjousta poikkeuksellisen alhaisen tarjoushinnan perusteella, vaan hankintayksiköllä on harkintavaltaa sen suhteen, arvioiko se tarjouksen toista tarjousta alhaisemman hinnan merkitsevän mahdollista perustetta tarjouksen hylkäämiselle.⁷¹

MAO 183/12

Tapauksessa voittaneen tarjoajan tarjoushinta oli 5.700 euroa, valittajan tarjoushinta 44.370 euroa ja tarjouskilpailussa kolmanneksi tulleen tarjoajan tarjoushinta 56.000 euroa. Hankintayksikkö ei pyytänyt voittaneelta tarjoajalta selvitystä tarjouksen perusteista eikä hylännyt sen tarjousta poikkeuksellisen alhaisena, vaan piti tarjoushintaa oikeasuhtaisena tarvittavaan työmäärään nähden.

⁶⁹ Ølykke (2010) s. 118.

⁷⁰ Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. Kilpailukyky 37/2015. s.355

⁷¹ Asiaa on käsitelty oikeuskäytännössä laajemminkin (mm. KHO 20.3.2012 T 644, MAO 119/10 ja MAO 223/11) sekä oikeuskirjallisuudessa mm. Pekkala & Pohjonen. (2010), s. 516–517.

Perusteluissaan markkinaoikeus toteaa, että voittaneen tarjoajan tarjoushinta on sinänsä ollut selvästi alhaisempi kuin muiden tarjoajien tarjoushinnat. Hankintasäännöksissä ei kuitenkaan ole asetettu hankintayksikölle velvollisuutta hylätä tarjousta poikkeuksellisen alhaisen tarjoushinnan perusteella vaan hankintayksiköllä on harkintavaltaa sen suhteen, arvioiko se tarjouksen toista tarjousta alhaisemman hinnan merkitsevän mahdollista perustetta tarjouksen hylkäämiselle. Hankintayksikön on kuitenkin meneteltävä asiassa syrjimättömästi ja tasapuolisesti.

Hankintayksikön harkintavallan käyttämistä voidaan tutkia myös siitä näkökulmasta, pitääkö hankintayksikkö saatuja selvityksiä alhaisen hinnan perusteista uskottavina ja päättää olla hylkäämättä alihintaista tarjousta. Tämän kaltainen tilanne voi syntyä esimerkiksi jos hankintayksikkö on jonkin toisen tarjoajan valituksen vuoksi päätenyt pyytämään lisäselvityksen halvimman tarjouksen tehneeltä yritykseltä sen tarjouksen hinnoittelun perusteista. Selvityksen arvioituaan hankintayksiköllä on edelleenkin mahdollisuus hyväksyä halvin tarjous tietyin edellytyksin. Esimerkiksi ylivuotoliikennöintiä koskevassa ratkaisussa MAO 530/09 markkinaoikeus katsoi, ettei tarjousta pitänyt hylätä sen jälkeen, kun tarjoajalta oli pyydetty selvitystä hinnan perusteista.⁷²

MAO 530/09

Perusteluissaan markkinaoikeus totesi hankintayksikön pyytäneen voittaneelta tarjoajalta selvitystä alhaisesta tarjoushinnasta. Hankintayksikölle toimittamassaan selvityksessä voittanut tarjoaja oli selvittänyt hinnoittelunsa perusteita muun muassa kuljetusten tehokkaammalla ja taloudellisemmalla jakautumisella aikaisempaan sopimuskauteen verrattuna.

Tämän perusteella markkinaoikeus katsoi, ettei asiassa ilmennyt, että hankintayksikkö olisi ylittänyt harkintavaltansa ja menetellyt hankintasäännösten vastaisesti, kun se ei hylännyt voittaneen tarjoajan tarjousta sen perusteella, että voittaneen tarjoajan tarjouksessa ilmoitettu hinta olisi ollut hinnaltaan poikkeuksellisen alhainen.

⁷² Asiaa on käsitelty myös mm. tapauksessa MAO 223/122.

3.2.2 Hankintayksikön selvitysvelvollisuus

Kuten todettua hankintayksiköillä ei tämän hetkisen hankintalain perusteella ole suoranaista lainmukaista velvollisuutta hylätä poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tai edes vaatia tarkempaa selvitystä niiden hinnoittelun perusteista. Pelkkä epäily liian alhaisesta tarjoushinnasta ei kuitenkaan vielä riitä perusteeksi tarjouksen hylkäämiselle. Hylkäämisen tulee perustua tosiasialliseen näyttöön siitä, että tarjotulla hinnalla ei ole uskottavasti mahdollista suoriutua kyseisestä hankinnasta hankintayksikön ja lain määrittelemällä tavalla. Myös asianomaiselle tarjoajalle on aina annettava mahdollisuus lisäselvitysten antamiseen, jotta se voi osoittaa kykynsä hankinnan asianmukaiseen toteuttamiseen. Eli tarjousta ei yksiselitteisesti voi hylätä alhaisen hinnan perusteella pelkästään tarjouksessa ilmoitettujen tietojen varassa.

Oikeuskäytännössä on todettu hankintayksikön syyllistyneen menettelyvirheeseen, jos se on hylännyt jonkin tarjouksen hinnaltaan liian alhaisena pyytämättä tarjouksen perusteista ensin lisäselvitystä. Hankintayksikkö siis syyllistyy lainvastaiseen menettelyvirheeseen, mikäli se hylkää tarjouksen alhaiseen hintaan perustuen vain tarjouksessa ilmoitettujen tietojen varassa. KHO on tapauksessa 2001:57 ottanut kantaa tarjoajien syrjimättömään kohteluun ja tarjouksen hylkäämiseen pelkästään hinnan alhaisuuden perusteella ilman lisäselvitystä.⁷³ Ratkaisuaan KHO perustelee seuraavalla tavalla:

KHO 2001:57

Hankintayksikön menettelyä on arvioitava ottaen erityisesti huomioon julkisista hankinnoista annetun lain 1 §:n 1 momentissa ja 6 §:n 3 momentissa asetettu tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus.

Tämä vaatimus edellyttää, ettei muita tarjouksia huomattavasti halvempaa tarjousta jätetä tarjousten vertailun ulkopuolelle pelkästään tällä perusteella ilman riittävää arviota ja selvitystä siitä, mikä on tarjouksen tosiasiallinen toteuttamiskelpoisuus ja edullisuus.

Tässä asiassa hankintayksikkö ei ole tehnyt tällaista riittävää arviota vaan on tyytynyt perustamaan ratkaisunsa lähinnä hinnan alhaisuuteen sellaisenaan. Näissä

⁷³ Myös markkinaoikeus päätyi samankaltaiseen ratkaisuun tapauksessa MAO 151/09.

oloissa hankintayksikön menettely ei ole turvannut tarjoaja A:n tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Menettely on siten ollut tältä osin virheellinen.

3.2.3 Hankintayksikön näyttövelvollisuus

Oikeuskäytännössä on käyty rajan vetoa myös siitä, miten laaja on hankintayksikön näyttövelvollisuus poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hylkäämisessä. Esimerkiksi KHO:n vuosikirjaratkaisussa 2013:10 katsottiin, ettei hankintayksiköllä ollut oikeutta hylätä tarjousta alhaisen tarjoushinnan perusteella, koska tarjoaja pystyi luotettavasti osoittamaan mahdollisuutensa hankinnan toteuttamiseen. Tapauksessa on otettu kantaa myös siihen, kuinka perusteellisiin selvityksiin poikkeuksellisen alhaisen tarjoushinnan selvityksen tulee perustua.

KHO 2013:10

Hankintayksikkö pyysi halvimman tarjouksen tehnyttä yhtiötä selvittämään, millä perusteilla yhtiö katsoi voivansa suoriutua asiantuntijapalvelusta tarjoukseen sisältyvällä työtuntimäärällä ja hinnalla tarjouspyynnön mukaisesti. Hankintayksikkö hylkäsi pyytämänsä lisäselvityksen jälkeen yhtiön tarjouksen julkisista hankinnoista annetun lain 63 §:n 1 momentin nojalla hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisena. Hankintayksikön päätöksessä katsottiin lisäksi, että yhtiön tarjouksesta oli puuttunut tarkastuksiin oleellisesti liittyvä vuosittain laadittava kirjallinen raportti ja siitä aiheutuvat kustannukset. Yhtiön tarjous hylättiin myös tarjouspyynnön vastaisena. Hankintayksikkö päätti hankkia tarkastustyön toiseksi halvimman tarjouksen tehneeltä yhtiöltä, joka oli tehnyt tarkkailusiltojen tarkastukset vuodesta 1992 lähtien. Hankintayksikkö ei ollut aikaisemmin kilpailuttanut tarkastussiltojen tarkastusta.

Markkinaoikeus katsoi yhtiön hakemuksesta, että yhtiön tarjous ei ollut vuosiraportin laatimisen osalta tarjouspyynnön vastainen ja ettei muihinkaan tarjouksiin ollut sisältynyt hakijan tarjoukseen verrattuna yksityiskohtaisempaa kuvausta raportista, siihen kuuluvasta työajasta tai kustannuksista. Markkinaoikeus kumosi yhtiön hakemuksesta hankintayksikön päätöksen myös siltä osin kuin yhtiön tarjous oli hylätty hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisena. Hankintayksiköllä ei ollut oikeutta hylätä tarjousta, koska tarjoaja pystyi luotettavasti osoittamaan mahdollisuutensa hankinnan toteuttamiseen. Korkein hallinto-oikeus pysytti markkinaoikeuden päätöksen.⁷⁴ Ratkaisusta äänestettiin äänin 3-2.

⁷⁴ MAO 69/11

Tuomioistuimet perustelivat ratkaisujaan muun muassa sillä, ettei hankintayksikkö ollut aiemmin kilpailuttanut kyseistä hankintaa, joten hankintayksikön tietämys oikeasuhtaisesta markkinahinnasta asettui kyseenalaiseksi eikä hankinnan ennakoitua arvoa voitu pitää luotettavana arviona. Toisaalta KHO äänesti tapauksesta äänin 3-2, ja myös eriäviä mielipiteitä perusteltiin muun muassa sillä, että hankintayksiköllä oli ollut perusteltu näkemys työn sisällöstä ja sen edellyttämästä työmäärästä aiempien kokemustensa perusteella, vaikka kyseistä hankintaa ei ollutkaan kilpailutettu aikaisemmin. Näin ollen eriävien mielipiteiden mukaan hankintayksikkö oli voinut perustellusti tehdä arvion hankinnan arvosta ja työmäärästä suorittamallaan tavalla ja hankintayksiköllä oli oikeus hylätä tarjous.

Vaikka kyseessä on äänestysratkaisu, KHO:n ratkaisusta voi vetää johtopäätöksen, että tarjouksen hylkääminen alhaiseen hintaan vedoten edellyttää hyvin yksiselitteistä ja perusteellista selvitystä siitä, ettei tarjotulla hinnalla kykene suoriutumaan hankinnasta. Hankintayksikön tulee siis pystyä selkeästi osoittamaan, ettei kyseisellä hinnalla ole mahdollista suoriutua uskottavasti hankinnasta, mikä vahvistaa hankintayksikön näyttövelvollisuutta. Tapauksen perusteella vaikuttaisi myös siltä, että hankintayksikön näyttövelvollisuus korostuu varsinkin silloin kun tarjous hylätään alhaisen hinnan perusteella tilanteessa, jossa hankintayksikkö ei ole aiemmin kilpailuttanut vastaavanlaista hankintaa, eikä sillä ole selvää näyttöä hankinnan todellisista kustannuksista ja vaadittavasta työmäärästä, jolla hankinta on toteutettavissa.

3.3 Tarjouksen hylkääminen

Hankintayksikkö saa parhaan mahdollisen vastineen hankinnasta maksamalleen hinnalle vain siinä tapauksessa, että tarjouskilpailun voittanut yritys pystyy suoriutumaan sopimusvelvoitteestaan. Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksyminen saattaa kasvattaa riskiä siitä, ettei tarjoaja pysty suoriutumaan velvoitteestaan alun perin tarjoamallaan hinnalla, mikä taas saattaa johtaa hankintayksikön kannalta ei-toivottavaan käyttäytymiseen, kuten pyrkimykseen lisälaskuttamisesta.

Välttääkseen tämän kaltaisten riskien realisoitumisen hankintayksikkö voi hylätä

hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen tiettyjen ehtojen täytyessä. Tarjousta ei voi kuitenkaan hylätä vain alhaisen hinnan perusteella, tai muiden tarjouksessa ilmoitettujen tietojen varassa, vaan ennen hylkäämistä hankintayksikön on pyydettävä tarjoajalta kirjallista selvitystä tarjouksen perusteista, jotta tarjoajalla on mahdollisuus osoittaa kykenevänsä hankinnan asianmukaiseen toteuttamiseen. Annetun selvityksen jälkeen alihintaisen tarjouksen hylkääminen on mahdollista tietyin perustein, mutta pelkkä epäily alihintaisuudesta ei vielä itsessään riitä, vaan hylkäämisen tulee perustua tosiasialliseen näyttöön siitä, ettei tarjotulla hinnalla kykene uskottavasti suoriutumaan hankinnasta hankintayksikön ennalta määrittelemällä tavalla.

Mikäli saadut selvitykset eivät ole uskottavia, ja tämä voidaan perustella kestävästi ja läpinäkyvästi, hankintayksiköllä on harkintavaltaa hylätä alihintainen tarjous. On kuitenkin syytä huomioida, että hankintalain sanamuoto ”*voi hylätä*” ei sinänsä velvoita hankintayksikköä pyytämään selvitystä hinnan perusteista tai hylkäämään poikkeuksellisen alhaista tarjousta. Uudistetussa hankintadirektiivissä asia on kuitenkin muotoiltu niin että hankintaviranomaisen on jatkossa vaadittava, että tarjoajat antavat selvityksen tarjouksessa olevista hinnoista tai kustannuksista, jos tarjoukset vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta.⁷⁵

3.3.1 Miksi hylätä halvin tarjous?

Hankintayksiköllä on siis saadun selvityksen jälkeen mahdollisuus hylätä kyseinen tarjous sen oman harkintavallan puitteissa. Tässä yhteydessä termillä ”*harkintavalta*” voidaan tulkita tarkoitettavan lähinnä hylkäämisen ja selvityspyynnön perustumista todelliseen syyhyn, jonka voi tarvittaessa näyttää perustellusti toteen. Onkin selvää, että hylkääminen ei saa olla syrjivää, vaan kaikkia tarjoajia on kohdeltava tasapuolisesti.

Hankintasopimukset eivät koskaan ole täydellisiä eikä niillä pystytä täysin varautumaan kaikkien mahdollisten riskien toteutumiseen. Tarjoaja saattaa myös pyrkiä neuvottelemaan sopimuksen toimitusehdot uudestaan, mikäli se ei muuten kykene

⁷⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 69 §.

täyttämään sopimusvelvoitteitaan. Hankintayksikkö saattaa tällöin olla pakotettu suostumaan sopimuksen uudelleen neuvottelemiseen, mikäli toinen vaihtoehto on toimittajan ajautuminen konkurssiin ja hankinnan toimituksen keskeytyminen. Tosin hankintalaki asettaa tiettyjä rajoituksia sen suhteen, miten laajoja muutoksia sopimukseen voidaan tehdä jälkikäteen. Merkittävät muutokset esimerkiksi hintaan saattavat johtaa hankintayksikön velvollisuuteen järjestää kokonaan uusi hankintaprosessi. Tämä taas on kallista ja aiheuttaa ylimääräistä viivästystä. Varsinkin jos toimitusvelvollisuus on suurimmilta osin jo täytetty, olisi kaikkien osapuolien kannalta kallista irtisanoa sopimus ja aloittaa kokonaan uusi hankintaprosessi jäljellä olevan sopimusvelvollisuuden täyttämiseksi. Myös toimittajan ajautuminen konkurssiin aiheuttaisi hankintayksikölle ylimääräisiä kustannuksia, koska sen täytyisi löytää jokin toinen toimittaja saattamaan keskeneräinen työ loppuun.⁷⁶ Nämä syyt poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkäämiselle liittyvät pääasiassa hankintayksikön haluun minimoida riski joutua tilanteeseen, jossa tarjoaja ei kykene suoriutumaan sopimusvelvoitteistaan.

Hankintayksiköt ovat julkisia toimijoita, jotka käyttävät toiminnassaan yhteisiä verorahoja. Niiden intressissä pitäisi olla reilun ja avoimen kilpailun ylläpitäminen ja vahvistaminen markkinoilla sekä kilpailulainsäädännön noudattamisen varmistaminen. Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksyminen voi johtaa markkinoilla toimivan yrityksen määräävän markkina-aseman vahvistamiseen tai jopa saalistushinnoittelun käytön hiljaiseen hyväksymiseen.

3.3.2 Suoriutumattomuusriski

Suoriutumattomuusriskiinkin vaikuttaa vähintäänkin epäsuorasti valittu yhtiömuoto. Suurin osa julkisiin tarjouskilpailuihin osallistuvista yrityksistä on osakeyhtiöitä. Osakeyhtiöt ovat pääomayhtiöitä, joissa osakkeenomistajat eivät vastaa henkilökohtaisesti yhtiön velvoitteista ja sitoumuksista, vaan ainoastaan yhtiöön sijoittamallaan pääomalla. Osakeyhtiö, joka on jo valmiiksi heikossa taloudellisessa kunnossa, saattaa olla alttiimpi tarjoamaan tietoisesti hinnalla, jolla se ei välttämättä kykene toimittamaan, koska sillä ei

⁷⁶ Ølykke (2010) s. 119 – 120.

periaatteessa ole mitään menetettävää mikäli se ajautuu konkurssiin (englanniksi ilmiöstä käytetään nimitystä *Last change pricing*). Tarjouskilpailun voittaminen taas saattaisi antaa yritykselle vähintäänkin hieman lisää elinaikaa ja parhaassa tapauksessa se voisi onnistua kääntämään liiketoimintansa pysyvästi kannattavaksi.⁷⁷ Taloudellisesti vakaiden yhtiöiden voidaan olettaa toimivan siinä mielessä rationaalisesti, etteivät ne ota tarpeetonta taloudellista riskiä joka voi johtaa kannattamattomaan liiketoimintaan ja taloudellisiin vaikeuksiin tulevaisuudessa. Julkisissa tarjouskilpailuissa kyseistä riskiä pyritään yleensä rajaamaan asettamalla vaatimuksia esimerkiksi osallistuvien yritysten koolle liikevaihdolla mitattuna. Tällä pyritään siihen, että yritykset eivät olisi taloudellisesti liian riippuvaisia vain kyseisestä toimituksesta ja että niillä olisi parempi riskinkantokyky. Myös esimerkiksi vakuuden asettaminen tai emoyhtiön takauksen vaatiminen ovat yleisesti käytettyjä keinoja suoriutumattomuusriskin hallitsemiseksi.

3.3.3 Harkintavalta tarjouksen hylkäämiseksi

Rakennuttamiskonsulttipalvelujen hankintaa koskevassa tarjouskilpailussa hankintayksikkö käytti harkintavaltaansa poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hylkäämiseksi. Alhaisen hinnan lisäksi tarjouksessa ilmoitettu työhön käytettävä kokonaistuntimäärä oli ollut hankintayksikön mielestä epäilyttävän alhainen. Markkinaoikeus hyväksyi perustelut ja perusteli päätöstään markkinaoikeus seuraavalla tavalla:

MAO 85/12

Valittajan tarjous on ollut hinnaltaan olennaisesti alhaisempi kuin muut hankintayksikön saamat tarjoukset. Valittajan tarjoama kokonaishinta on ollut vain noin neljännes muista tarjouksista halvimman tarjouksen kokonaishinnasta. Valittaja ei ole hankintayksikön asiaa erikseen tiedusteltua esittänyt erolle muuta syytä kuin rakennuskohteiden lyhyen etäisyyden yrityksen toimipisteestä.

Hankintayksiköllä on harkintavaltaa sen suhteen, pitääkö se tarjoushintaa poikkeuksellisen alhaisena ja hylkääkö se tarjouksen tällä perusteella. Markkinaoikeus katsoo, että valittajan esittämät syyt tarjoamansa hinnan alhaisuudelle eivät ole olleet riittäviä selittämään näin suurta eroa muihin tarjouksiin nähden. Hankintayksikkö on perustanut ratkaisunsa valittajan tarjouksen hylkäämisestä perusteltuun epäilyyn siitä, ettei valittaja kykene

⁷⁷ Ølykke (2010) s. 117.

toimittamaan pyydettyä palvelua tarjotulla hinnalla. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, että hankintayksiköllä on ollut hyväksyttävä peruste katsoa valittajan tarjous hinnaltaan poikkeuksellisen alhaiseksi ja hylätä se tällä perusteella.

Päätöksessään markkinaoikeus siis vahvisti hankintayksikön toimineen oikein kun se oli pitänyt tarjousta poikkeuksellisen alhaisena ja että hankintayksikkö sai hylätä kyseisen tarjouksen suoritetun vertailun perusteella.

Myös verkkosivustopalvelun hankintaa koskevassa ratkaisussa MAO 557-560/11 markkinaoikeus totesi että hankintayksiköt olivat harkintavaltansa puitteissa voineet arvioida riittävän kattavasti hankinnan toteuttamismahdollisuudet valittajan antaman selvityksen perusteella sekä hankinnan toteuttamiseen liittyvät riskit suorittamallaan tavalla. Näin ollen tarjouksen hylkääminen hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden poikkeuksellisen alhaisena oli perusteltua. Päätöstään markkinaoikeus perusteli seuraavalla tavalla:

MAO 557-560/11

Tarjousten vertailun teki asiantuntijaryhmä, joka tuli lopputulokseen, ettei tarjotulla hinnalla ja muilla tarjouksessa esitetyillä ehdoilla ollut mahdollista toteuttaa hankintaa tarjouspyynnössä määritetyllä tavalla. Hankintayksiköt perustelivat valittajan tarjouksen hylkäämistä sen poikkeuksellisen alhaisella hinnalla, räätälöintien suurella lukumäärällä ja henkilötyöpäivien vähäisellä määrällä. Hankintayksiköiden arvion mukaan edellä mainitut tekijät merkitsevät niille riskiä siitä, että valittaja ei kykenisi toimittamaan tarjoamaansa sovellusta asetetun aikataulutavoitteen mukaisesti ilmoittamallaan hinnalla.

Vaikka valittaja on esittänyt tarjouksensa edullisuuden perustuvan alalla toimiviin toimittajiin nähden edistyksellisiin toimintamalleihin, markkinaoikeus katsoo, että hankintayksiköt ovat harkintavaltansa puitteissa voineet arvioida valittajan antaman selvityksen perusteella hankinnan toteuttamismahdollisuudet ja siihen liittyvät riskit suorittamallaan tavalla ja hylätä valittajan tarjouksen hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden poikkeuksellisen alhaisena.

Markkinaoikeus perusteli päätöstään hankintayksikön harkintavallalla sen suhteen, arvioiko se tarjouksen toista tarjousta alhaisemman hinnan merkitsevän mahdollista perustetta tarjouksen hylkäämiselle. Tarjouskilpailusta hylätyksi tullut yritys esitti selvityksessään että alhaisempi tarjoushinta perustuu muun muassa sen kehittämiin kilpailukykytekijöihin ja ohjelmistotuotteisiin sekä edistyksellisiin tietojärjestelmä-,

ohjelmisto- ja liiketoimintamalleihin. Markkinaoikeus ei kuitenkaan pitänyt selvitystä riittävän uskottavana todisteena toimituksesta suoriutumiseksi, vaikka lainvalmistelumateriaaleissa onkin todettu erojen tuotannon tehokkuudessa olevan eräs tarjousten hintaeroja selittävä tekijäistä.⁷⁸

Oikeuskäytäntö vaikuttaisi siis melko vakiintuneelta sen suhteen, että poikkeuksellisen alhainen tarjous voidaan hylätä hankintalain 63 §:n edellytykset huomioiden, eli jos tarjoajalta on ennen tarjouksen hylkäämistä pyydetty selvitystä hinnan perusteista ja selvityksen perusteella voidaan osoittaa, ettei tarjotulla hinnalla voi uskottavasti suoriutua hankinnasta.

Viime kädessä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksyminen tai hylkääminen on siis hankintayksikön omassa harkintavallassa. Vastaavasti hankintayksikkö kantaa kuitenkin myös riskin siitä, että myöhemmin sopimuskaudella alihintaisesta tarjouksesta koituu sille ongelmia, kuten toimituksen viivästyminen alkuperäisestä suunnitelmasta, budjetin ylittyminen tai toimittajan ajautuminen taloudellisiin vaikeuksiin. Tällöin hankintayksikkö saattaa joutua harkitsemaan sopimuksen purkamista tai irtisanomista, hankintaprosessin aloittamista uudelleen sekä mahdollisia vahingonkorvausvaatimuksia tai muita oikeudellisia seuraamuksia.

3.3.4 Velvollisuus hylätä tarjous

Tämän hetkisen hankintalainsäädännön valossa ei ole täysin yksiselitteisen selvää mikä on hankintayksikön selvitysvelvollisuus tilanteessa, jossa tarjouksen tehneen yrityksen voidaan epäillä tinkineen työnantajavelvoitteistaan tai muista sosiaalisista vastuistaan. Poikkeuksellisten alhaisten tarjousten taustalla voi olla myös muitakin harmaan talouden ilmiöitä kuten veronkiertoa. Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa selvältä että tällaisessa tapauksessa hankintayksiköllä on kiistatta oikeus tarjouksen hylkäämiseen, mutta myös näyttövelvollisuus asiassa on hankintayksiköllä. Näin ollen varsinaista velvollisuuttakaan selvityksen teettämiseen tai tarjouksen hylkäämiseen ei syntyne, ellei hankintayksiköllä ole perustellusti syytä epäillä poikkeuksellisen alhaisen

⁷⁸ HE 50/2006 vp. s. 108.

tarjouksen perustuvan lainvastaiseen menettelyyn. Jatkossa tilanne selkeytyy siltä osin että uudistetun hankintadirektiivin mukaan tarjouksen hylkääminen on jatkossa pakollista tapauksissa, joissa hankintaviranomainen on todennut, että poikkeuksellisen alhainen hinta tai alhaiset kustannukset johtuvat Euroopan unionin pakollisen sosiaali-, työ- tai ympäristölainsäädännön tai sen mukaisen kansallisen lain taikka kansainvälisen työoikeuden määräysten noudattamatta jättämisestä.⁷⁹

Myös markkinaoikeus on vahvistanut tapauksessa 216/12 että hankintayksiköllä on oikeus hylätä tarjous alhaisen hinnan perusteella, mikäli hankintayksikkö pystyy perustellusti osoittamaan, että tarjoajan veloitus hinnat alittavat työntekijöille työstä maksettavat lakisääteiset korvaukset sosiaalikuluihin.

MAO 216/12

Tapauksessa joka käsitteli maalaus- ja rakennustöitä, voitiin hylätä tarjous, joka oli noin 10 % edullisempi kuin voittanut tarjous.

Hankintapäätöksessä on perusteltu valittajan tarjouksen hylkäämistä alihintaisena sillä, että valittajan tarjoamat hinnat alittavat Rakennusliitolta ja Rakennusteollisuusliitolta saadut alimmat mahdolliset työehtosopimuksen mukaiset tuntihinnat ja ettei valittajan hankintayksikön pyynnöstä antamaa selvitystä alhaisesta hinnasta ole voitu pitää hyväksyttävänä.

Selvitykseen perustuen, tarjous voitiin hylätä alihintaisena. MAO katsoi, että hankintayksikkö on voinut harkintavaltansa rajoissa hylätä tarjouksen, koska valittajan antama selvitys ei ole ollut uskottava, eikä hylkäämisen tarkoituksena ole ollut syrjiä valittajaa.

3.4 Virhe hinnan laskemisessa

Syynä tarjouksen poikkeuksellisen alhaiseen hintaan voi olla myös tarjoajan virhe hinnan laskemisessa. Mikäli hankintayksikön on syytä epäillä virhettä tarjouksen hinnan laskemisessa, on sen arvioitava mahdollisuudet pyytää täsmennyksiä tarjoukseen. Toisaalta hankintayksikön on myös voitava luottaa tarjouksissa ilmoitettuihin tietoihin. Hankintayksikön hyväksyessä tarjouksen on tarjoaja lähtökohtaisesti sitoutunut toteuttamaan hankinnan tarjoamallaan hinnalla riippumatta siitä, onko hinta jotenkin

⁷⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. Kappale (103).

poikkeava. Lain mukaan tarjouksesta tulee sitova sen jälkeen, kun hankintayksikkö on ottanut siitä selon oikeustoimilain mukaisesti.⁸⁰

”Tarjous tai vastaus, joka peruutetaan, ei ole sitova, jos peruutus saapuu sille, jolle tarjous on tehty tai vastaus annettu, ennen kuin hän on ottanut selon tarjouksesta tai vastauksesta tahi samaan aikaan, kuin tämä tapahtuu.”

Myös KKO on todennut ratkaisussaan ettei tarjouksen tehnyt yritys ollut oikeutettu enää perumaan ilmaisuerehdyksen johdosta annettua poikkeuksellisen edullista tarjoustaan, koska tarjous oli jo ehtinyt määräävästi vaikuttamaan hankintayksikön toimintaan. KKO perustelee tapauksen ratkaisuaan seuraavasti:

KKO 2008:57

Pydyttyään yrityksiltä tarjoukset linja-autojen vuorokausihuoltotöistä ja perussiivouksesta sekä sisäkattojen ja penkkien pesusta kaupunki päätti hyväksyä A:n tarjouksen. Ennen hankintapäätöstä kaupunki oli kiinnittänyt A:n huomiota A:n tarjouksen hinnoitteluperusteisiin. A ilmoitti hankintapäätöksen jälkeen kaupungille, että tarjouksen hinnastoa laadittaessa oli erehdyksestä tapahtunut laskentavirhe.

Tarjous oli määräävästi vaikuttanut kaupungin toimintaan kaupungin hyväksytyä A:n tarjouksen. A ei voinut vetäytyä tarjouksesta sanotun ajankohdan jälkeen. Kaupungin kiinnitettyä A:n huomiota tarjouksen hinnoitteluperusteisiin kaupungin ei katsottu pitäneen tietää A:n erehdyksestä.

Hankintayksiköllä on hankintalain mukaan velvollisuus selvittää perusteet, joista poikkeuksellisen edullinen tarjoushinta johtuu.⁸¹ Kyseisessä tapauksessa KKO 2008:57 hankintayksikön voidaan todeta toimineen hankintalain mukaisesti, kun se on pyrkinyt selvittämään syyn poikkeuksellisen edulliseen tarjoushintaan. Vielä tässäkin vaiheessa tarjoaja ei ole kuitenkaan havainnut laskentavirheeseen perustunutta virheellistä tarjoushintaansa, vaan se on vakuuttanut hinnan olevan oikea ja myös hankinnan olevan toteutettavissa sillä hinnalla. Hankintayksikkö on luottanut tarjoajalta saatuun selvitykseen ja tehnyt hankintapäätöksen kyseisen tarjoajan hyväksi. Tämän jälkeen tarjoaja ei ole enää perustellusti voinut perua tarjoustaan.

⁸⁰ Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228, 7 §.

⁸¹ Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 63 §.

Mikäli tarjoajan olisi tässä vaiheessa annettu nostaa tarjouksensa hintaa, se olisi asettanut muut tarjoajat eriarvoiseen asemaan, koska niiden tarjousten hinnat oli jo julkaistu. Näin ollen hankintalain vaatima tarjoajien tasapuolinen kohtelu ei olisi toteutunut. Hankintapäätöksen peruminen ja uuden tarjouskilpailun aloittaminen taas olisi viivästyttänyt hankinnan toimeenpanoa ja aiheuttanut lisäkustannuksia hankintayksikölle.

3.5 Laiton valtiontuki

Hankintalain mukaan hankintayksikkö voi hylätä tarjouksen, joka on hinnaltaan poikkeuksellisen alhainen tarjoajan saaman lainvastaisen valtiontuen vuoksi.⁸² Tarjoajien tasapuolisen kohtelun lisäksi säännöksen tarkoituksena on ehkäistä yhteisölaainsäädännön vastaisten valtiontukien kilpailua vääristäviä vaikutuksia. Valtiontuilla tarkoitetaan laajasti julkisista lähteistä olevia erilaisia etuuksia, kuten suoraa avustuksia, edullisia lainoja, takauksia tai markkinahintaa alhaisempia vuokria. Valtiontuella tarkoitetaan myös muiden kuin valtion viranomaisten myöntämiä tukia kuten esimerkiksi kuntien tai alueellisten viranomaisten antamia tukia.⁸³

Ennen hylkäämispäätöstä tarjoajalle on aina varattava kohtuullinen aika sen osoittamiseksi, että valtiontuki on myönnetty laillisesti. Jos tarjoaja ei pysty hankintaviranomaisen vahvistamassa riittävässä ajassa näyttämään toteen, että kyseessä oleva tuki on myönnetty laillisesti, voidaan tarjous hylätä. Jos hankintaviranomainen hylkää tarjouksen laittoman valtiontuen perusteella, on sen ilmoitettava asiasta Euroopan yhteisöjen komissiolle.⁸⁴ Toimivalta tukien hyväksyttävyyden arvioimisessa on perustamissopimuksen mukaan komissiolla, joka päättää jäsenvaltioilta tulevien ennakoilmoitusten perusteella tukien hyväksyttävyydestä.⁸⁵

⁸² Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348, 63 §.

⁸³ HE 50/2006 vp. s. 108 - 109.

⁸⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU (artikla 69, kohta 4).

⁸⁵ HE 50/2006 vp. s. 108 - 109.

3.6 Hankintayksikön antama tuki

Hankintalain 64 §:ssä säädetään myös hankintayksikön antaman tuen huomioon ottamisesta tarjousten vertailussa. Pykälän tarkoituksena on turvata tarjoajien yhdenvertainen kohtelu hankintayksikön omistaman yhteisön tai laitoksen osallistuessa tarjouskilpailuun tai tilanteessa, jossa hankintayksikkö antaa tarjoushintaan vaikuttavaa taloudellista tukea jollekin oman organisaation ulkopuoliselle tarjouskilpailuun osallistuvalla toimijalla. Tällöin hankintayksikön tulee tarjousten vertailussa ottaa huomioon sille aiheutuvat todelliset tarjoushintaan vaikuttavat seikat.

Hallituksen esityksessä todetaan, ettei julkisten toimijoiden osallistumisella hankintamenettelyihin tarjoajan roolissa tule aiheuttaa kilpailun vääristymistä yksityisiin tarjoajiin nähden, vaan niitä tulisi kohdella samalla tavoin kuin muita tarjouskilpailuun osallistuvia. Kaikkien tarjousten tulisi olla vertailukelpoisia keskenään, sillä muussa tapauksessa tarjoushinnat eivät välttämättä kuvaa hankintayksikölle aiheutuvaa todellista kustannusta.⁸⁶ Todellisuudessa näin ei kuitenkaan tapahdu aina ja hankintayksikön antaman tuen kohdalla huomio tulisikin kiinnittää nimenomaan tarjoajien tasapuoliseen kohteluun.

Hankintayksiköltä tukea saavan yksikön tai laitoksen tarjous ei voi olla tilaajan kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin, jos tarjouksen mukainen toimitus edellyttää tilaajayhteisön taloudellista tukea, vaikka se muuten olisikin tarjoushinnaltaan halvin tarjouskilpailussa annetuista tarjouksista. Tällainen tarjous on vertailukelpoinen muiden tarjousten kanssa vasta, kun tilaajayhteisön subvention vaikutus on lisätty tarjoushintaan.⁸⁷ Lisäksi on syytä huomioida, että alihinnoitteluna ei pidetä esimerkiksi henkilöstön käytön tehostamista ja tehtävien yhteensovittamista silloin, kun on kyse hankintayksikön omistamasta yksiköstä.⁸⁸

⁸⁶ HE 50/2006 vp. s. 109.

⁸⁷ HE 50/2006 vp. s. 109.

⁸⁸ Parikka & Pökkyä (2010), s. 16.

4. Poikkeuksellisen alhaisen hinnan arviointikeinot

Tutkimuksen neljännessä kappaleessa perehdytään tarkemmin erilaisiin poikkeuksellisen alhaisen hinnan arviointi- ja tunnistamiskeinoihin, kuten kustannuslähtöiseen lähestymistapaan sekä vertailevaan analyysiin. Lisäksi kappaleessa selvitetään kilpailuoikeudellisten saalistushinnoittelutestien soveltuvuutta poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseen. Kappaleessa vastataan myös kolmanteen tutkimuskysymykseen:

”Mitä eri arviointikeinoja ja –menetelmiä voidaan käyttää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi? Lisäksi miten saalistustestit soveltuvat kyseiseen tarkoitukseen?”

4.1 Eri menetelmien soveltuvuus

Kuten todettua, poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi ei ole olemassa yhtä vakiintunutta ja laajalti käytössä olevaa menetelmää. Tämä on johtanut siihen, että kyseiseen tarkoitukseen on kehitetty erilaisia menetelmiä ja käytäntöjä asiaan liittyvän oikeudellisensäätelyn noudattamiseksi. Tarjousten kustannuksiin ja kannattavuuteen liittyvät arviointikeinot voidaan karkeasti jakaa kahteen ryhmään: yksittäisen tarjouskilpailun tuloksiin perustuviin menetelmiin sekä laajempia tilastollisia aineistoja hyödyntäviin analyysihin.⁸⁹ Varsinkaan tilastollisia aineistoja hyödyntävistä menetelmistä monet eivät kuitenkaan suoraan sovellu hyödynnettäviksi julkisissa tarjouskilpailuissa, koska niiden ei voida katsoa olevan täysin linjassa hankintalain kanssa. Hankintalain mukaan vertailuperusteiden täytyy muun muassa koskea hankinnan välitöntä kohdetta, mitä esimerkiksi tilastollisten menetelmien käyttäminen oikean hintatason määrittämiseksi ei täytä, mikäli niitä käytetään suoraan sellaisenaan tarjousten hylkäämis- tai vertailuperusteena. Hankintalain näkökulmasta ei kuitenkaan ole suoranaisia esteitä tilastollisten menetelmien hyödyntämiseksi poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamisessa, kunhan hankintalain mukaisesti ennen tarjouksen hylkäämispäätöstä tarjoajalle annetaan mahdollisuus kirjallisen selvityksen antamiseen

⁸⁹ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s. 116.

tarjouksensa ja sen hinnan perusteista. Hankintayksikkö voikin toimia esimerkiksi siten, että ilmoittaa jo tarjouspyynnössä, että kaikista hinnaltaan tietyn tason alittavista tarjouksista tullaan pyytämään tarkemmat selvitykset. Näin ollen menettelytavat, joissa poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia määriteltäessä käytetään hyväksi matemaattisia perusteita tai -malleja, eivät ole automaattisesti hankintalainsäädännön vastaisia, mikäli nämä perusteet ovat puolueettomia ja syrjimättömiä. Tarjousten hylkäämisen automaattisesti perustuen johonkin matemaattiseen kaavaan voidaan taas katsoa selkeästi rikkovan hankintalakia.

Keskiarvohintaan tai niin sanottuun *oikeaan hintaan* perustuvat menettelyt on todettu hankintalainsäädännön vastaisiksi myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.⁹⁰ Oikeustapausten perusteella keskiarvohintaa alhaisempi hinta ei voi sellaisenaan olla hylkäys- tai poissulkemisperuste tarjouskilpailussa, mutta keskiarvohinnan alittavista tarjouksista voidaan kuitenkin automaattisesti pyytää tarjoajilta lisäselvityksiä. Asiaa on käsitelty niin sanotussa Lombardini -tapauksessa, jossa haettiin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkopäätöstä muun muassa seuraavaan kysymykseen:⁹¹

”Onko direktiivin 93/37/ETY 30 artiklan 4 kohdan vastaisena pidettävä sellaista automaattista laskumenetelmää, jossa tarkastusmenettelyyn saatettavia tarjouksia koskeva poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen kynnys määräytyy tapauskohtaisten perusteiden ja aritmeettisen keskiarvon mukaan siten, että tarjoajat eivät saa ennalta tietää tämän kynnyksen suuruutta”

Lopullisen ratkaisun perusteluissa menettely katsottiin hankintadirektiivien mukaiseksi, koska käytettäessä kyseistä menetelmää kaikki tarjoajat ovat siinä mielessä samassa asemassa, ettei yksikään tarjoaja voi etukäteen tietää, mille tasolle lopullinen keskiarvohinta tulee asettumaan. Myös avoimuuden ja läpinäkyvyyden periaatteiden voitiin katsoa täyttyvän, koska kaikki tarjoajat olivat saaneet tiedon sovellettavasta menetelmästä jo etukäteen. Toisaalta tuomioistuin toteaa päätöksensä perusteluissa myös, ettei hankintadirektiivissä anneta selkeää määritelmää poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle, eikä näin ollen myöskään tarkastusmenettelyyn johtavia laskentatapoja ole

⁹⁰ C-285/99 ja C-286/99.

⁹¹ C-285/99.

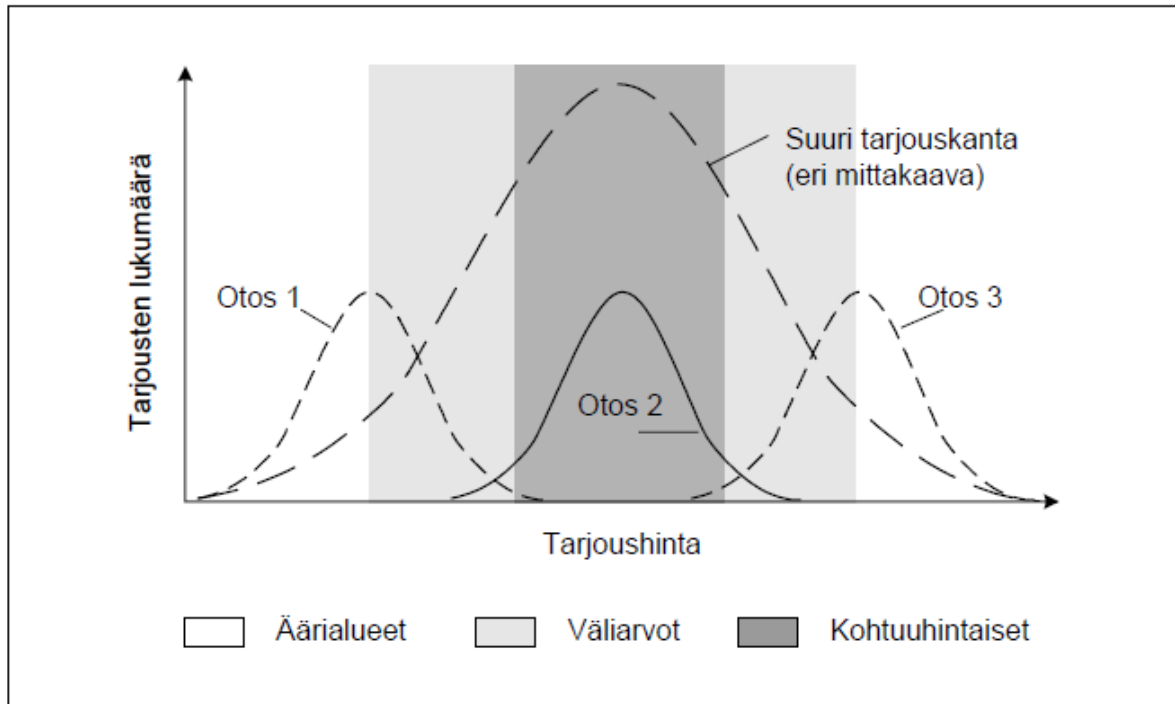
määritely, vaan niiden määrittelemisen todetaan olevan jäsenvaltioiden omassa harkintavallassa.⁹²

4.2 Tilastolliset analyysit

Pelkästään yksittäisen tarjouskilpailun tarjouksia vertailevat menetelmät toimivat yleensä melko huonosti, koska kyseinen tarjousten joukko on monesti suhteellisen pieni ja sen hintajakaumakin tällöin sattumanvarainen. Ei voida siis varmuudella tietää, ovatko kaikki tarjoukset sattumalta vaikka alimitoitettuja. Lisäksi julkisissa tarjouskilpailuissa saattaa olla tilanne, että vain muutama tarjoaja jättää lopullisen tarjouksen. Tällaisessa tilanteessa on selvää, ettei kunnollista analyysia pystytä tekemään pelkästään näiden tarjousten välillä. Tällöin vertailu voidaan toteuttaa perusteellisemmilla tilastollisilla menetelmillä, joilla pyritään saavuttamaan luotettavampi lopputulos.

Kuvassa 1 näkyy millainen tarjoushintojen jakauma olisi tilanteessa, jossa tarjousten määrä olisi erittäin suuri. Tällöin jakauma noudattaisi niin sanottua normaalijakaumaa, jonka keskialueelta voitaisiin suoraan erottaa ”normaalihintaiset” tarjoukset, kun taas reuna-alueilla olevat tarjoukset olisivat hinnaltaan automaattisesti joko poikkeuksellisen alhaisia tai korkeita. Monissa EU-maissa käytössä olevat menetelmät poikkeavien tarjouksien tunnistamiseksi perustuvat samaan logiikkaan.

⁹² C-285/99, kohta 67.



Kuva 1. Erilaisia otoksesta riippuvia normaalijakaumia.⁹³

Yksittäisessä tarjouskilpailussa tarjousten hintajakaumassa on yleensä enemmän hajontaa, eikä tarjousten näin ollen voida luotettavasti olettaa noudattavan normaalijakaumaa. Toisin sanoen, kaikki tarjoukset voivat periaatteessa asettua mille tahansa hinta-alueelle, eikä niistä sen takia voida suoraan vetää johtopäätöksiä tarjousten edullisuudesta tai kalleudesta. Halvinkin tarjous saattaisi siis normaalijakaumalla todellisuudessa kuulua ylimmälle reuna-alueelle. On siis periaatteessa mahdollista, että kaikki saadut tarjoukset ovat kyseiseen hankkeeseen nähden alihintaisia, kohtuuhintaisia tai ylihintaisia. Tähän saattaa vaikuttaa esimerkiksi suhdannetilanne tai hankkeen imagoarvo.⁹⁴ Myös tarjoajat saattavat pyrkiä hinnoittelemaan oman tarjouksensa normaalitilanteesta poikkeavalla tavalla, jos ne tietävät että tarjouskilpailuun osallistuu vain muutama muu tarjoaja niiden itsensä lisäksi.

Mikäli saadut tarjoukset eivät noudata normaalijakaumaa, voi niiden keskiarvokin tällöin asettua hankkeen ominaisuudet ja todellinen markkinatilanne huomioon ottaen

⁹³ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s.119.

⁹⁴ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s.118.

esimerkiksi alihintaisten tarjousten alueelle. Tällöin keskiarvon alittavien tarjousten hylkäämisellä ei käytännössä saavutettaisi haluttua lopputulosta. Näin ollen pienen otoksen perusteella laskettua keski- tai raja-arvoa ei voida pitää kovinkaan luotettavana indikaattorina tarjouksen hintatasosta. Ja vaikka suuruusluokka olisikin oikea, rajan vetämisistä keinotekoisesti muuten kahden hinnaltaan toisiaan hyvin lähellä olevan tarjouksen väliin ei voida pitää kovinkaan oikeudenmukaisena menettelyä.⁹⁵

Euroopan komission asettama DG III -työryhmä ehdotti raportissaan, että yksittäisen tarjouskilpailun tulosten käyttöä objektiivisempi menetelmä olisi aiempien tarjousten yksikkökustannustilastoihin pohjautuvien ali-, yli- ja kohtuuhintaisten tarjousten määrittäminen, joka tehtäisiin riippumatta kulloinkin kyseessä olevassa kilpailussa saaduista tarjouksista. Ehdotuksen taustalla on oletus siitä, että kyseisistä tiedoista saataisiin kuvan 1 kaltainen suuri normaalijakaumaa noudattava joukko, jonka pohjalta päätöksiä voitaisiin tehdä luotettavammin.⁹⁶ Ehdotus voisi toimia hyvin yksinkertaisten hyödykkeiden hankinnoissa, mutta monimutkaisten hankintojen kohdalla eri tarjousten vertailukelpoisuuden varmistaminen olisi erittäin haastavaa.

4.3 Saalistustestit

Kilpailuoikeuden puolelta tutumman käsitteen saalistushinnoittelun tunnistamista varten on kehitetty erilaisia niin sanottuja saalistustestejä, joita on sovellettu laajalti sekä Euroopan unionin että jäsenvaltioiden tuomioistuimissa käsiteltäessä kilpailuoikeudellisia kysymyksiä. Yleisimmin käytössä olevien saalistustestien peruseriaate on vertailla hinnan ja kustannusten välistä suhdetta.

Näiden saalistustestien laajamittainen soveltaminen myös alihintaisten tarjousten tunnistamiseksi voisi olla perusteltua ongelmien samankaltaisen luonteen vuoksi. Kilpailuoikeudellisten direktiivien ensisijainen tarkoitus on estää hallitsevan markkina-aseman väärinkäyttö ja sitä kautta turvata Euroopan unionin sisämarkkinoiden tehokas toiminta. Hankintadirektiivejä voidaan pitää tavoitteiltaan monilta osin hyvin samanlaisina ja näin ollen kilpailulainsäädäntöä tukevinä: molemmat pyrkivät

⁹⁵ Lahdenperä & Sulankivi (2001) s.118 - 119.

⁹⁶ DG III Working Group on Abnormally Low Tenders Report (1999).

lisäämään tehokasta ja tasapuolista kilpailua Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lisäksi hankintadirektiivit pyrkivät myös osaltaan varmistamaan kilpailulainsäädännön noudattamisen sekä tavoitteiden toteutumisen, eli hankintadirektiivejä voidaan pitää jopa eräänlaisina kilpailulainsäädännön ”tukidirektiiveinä”.⁹⁷ Saalistushinnoittelun tunnistamiseen tarkoitettujen kustannuslähtöisten testimenetelmien laajempi hyödyntäminen olisi perusteltua myös sen takia, että ne ovat valmiiksi käytössä olevia, osittain samaan tarkoitukseen kehitettyjä, eri tuomioistuimissa jo koeteltuja ja pitkälle kehiteltyjä testimenetelmiä.⁹⁸

Kuten kiellettyjä menettelytapoja käsittelevässä kappaleessa 3.1.4 todettiin, saalistushinnoittelu ei automaattisesti tarkoita että kyseinen toimitus olisi toimittajalle taloudellisesti kannattamatonta tarjotulla hinnalla. Kriteeriksi voi riittää se, että tarjous tehdään alhaisemmalla katteella kuin normaalissa kilpailutilanteessa tehtäisiin. Yleensä on kuitenkin vaikeaa näyttää toteen, että tarjoaja olisi pystynyt tekemään tarjouksellaan enemmän tuottoa ja yhä voittamaan tarjouskilpailun, varsinkin julkisten tarjouskilpailuiden kohdalla. Tämä todistamisen vaikeus vaikuttaa suoraan myös testimenetelmien soveltamiseen.

4.3.1 AKZO-testi

Todennäköisesti tunnetuin ja laajimmin käytetty saalistushinnoittelun tunnistamiseen kehitetty kustannuslähtöinen testimenetelmä on niin sanottu AKZO-testi, joka on saanut nimensä samannimisestä tapauksesta (AKZO Chemie BV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio).⁹⁹ Suomessakin kilpailuvirasto on omassa tapauskäytännössään seurannut Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jonka yhtenä keskeisenä lähtökohtana pidetään juuri AKZO-tapausta ja sen yhteydessä esitettyjä saalistushinnoittelun kriteerejä.¹⁰⁰ AKZO-tapauksessa saalistushinnoittelun avulla pyrittiin estämään pienemmän kilpailijan toiminnan laajentaminen uusille markkinoille erään kemikaalin valmistuksessa. Ratkaisussaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuin sovelsi kustannuksia vertailevassa osiossa kaksiosaista testiä saalistushinnoittelun

⁹⁷ Ølykke (2010) s. 252.

⁹⁸ Ølykke (2010) s. 252.

⁹⁹ C-62/86

¹⁰⁰ Kts. viraston päätökset: dnro. 495/61/92, 374/61/91, 348/61/92.

todentamiseksi. Tutkittaessa sitä, onko jokin yritys käyttänyt saalistushinnoittelumenetelmää, on tuomioistuimen mukaan erotettava toisistaan muuttuvat kustannukset ja kokonaiskustannukset. Ratkaisussaan tuomioistuin totesi, että hinnoittelua alle keskiarvoa alhaisempien muuttuvien kustannusten on pidettävä saalistushinnoitteluna. Lisäksi myös kokonaiskustannusten keskiarvoa alhaisempia hintoja voidaan pitää saalistushinnoitteluna yhdessä muun näytön kanssa.¹⁰¹

Tapauksen perusteella muuttuvien kustannusten keskiarvoa alhaisempia hintoja voidaan siis lähtökohtaisesti pitää osoituksena määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä – mikäli niille ei kyetä osoittamaan muuta hyväksyttävää syytä - koska määräävässä asemassa olevan, tällaisia hintoja soveltavan yrityksen taloudellisena tarkoituksena voidaan olettaa olevan kilpailun estäminen sulkemalle kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Toisaalta kokonaiskustannusten keskiarvoa alhaisempia mutta muuttuvien kustannusten keskiarvoa korkeampia hintoja on pidettävä osoituksena markkina-aseman väärinkäytöstä ainoastaan, mikäli sen on vahvistettu olevan osa kilpailijan syrjäyttämiseen tähtäävää suunnitelmaa.

Normaalitilanteessa hinnoittelua alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten on pidettävä aina saalistushinnoitteluna, sillä yritys tekee tappiota jokaisen myymänsä yksikön osalta. AKZO-tapauksen yhteydessä esitetyjä kriteerejä ei voida kuitenkaan muun muassa kustannusrakenteiden eroista johtuvista syistä pitää kaikilla aloilla tai kaikissa tilanteissa tarkoituksenmukaisimpana tapana tarkastella epäiltyä saalistushinnoittelua. Esimerkiksi aloitettaessa toiminta kokonaan uusilla markkinoilla tai myytäessä loppuun ei-kurantti varasto hinnat voivat lyhytaikaisesti alittaa muuttuvat kustannukset.¹⁰²

Muita saalistushinnoittelun tunnistamiseksi käytössä olevia menetelmiä ovat esimerkiksi *Average Variable Cost*, *Average Avoidable Cost*, *Average Total Cost* sekä *Long Run Average Incremental Cost* testimenetelmät. Kaikki eri menetelmät ovat kuitenkin logiikaltaan hyvin samantyyppisiä.¹⁰³ Yhtä ainutta menetelmää ei voida

¹⁰¹ C-62/86. Kts. myös Kuoppamäki (2003) s. 956.

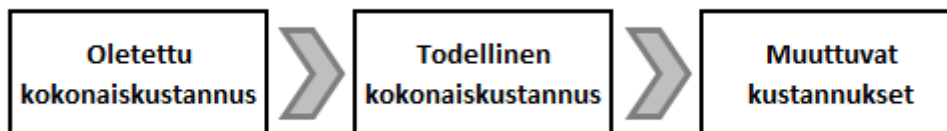
¹⁰² Kuoppamäki (2003) s. 956–957.

¹⁰³ Ølykke (2010) s. 261-264.

kuitenkaan muun muassa kustannusrakenteiden eroista johtuvista syistä pitää kaikilla aloilla tai kaikissa tilanteissa tarkoituksenmukaisimpana tapana saalistushinnoittelun todentamiseksi.

4.3.2 Saalistustestien soveltaminen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin

Saalistushinnoittelun tunnistamista varten kehitettyjen hinnan ja kustannusten suhdetta tutkivien saalistustestien hyödyntäminen myös poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi olisi varsin perusteltua monestakin syystä. Ensinnäkin, ongelmat ovat luonteeltaan hyvin samantyyppisiä ja toiseksi hankintalainsäädäntö ja kilpailulainsäädäntö tavoitteiltaan yhteneväisiä. Saalistustestin soveltamista poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseen voidaan havainnollistaa yksinkertaisen päättelyketjun avulla. Kuvassa 2 havainnollistetaan tavanomaisen saalistushinnoittelutestin soveltamista vaiheittain poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseen ja osoitetaan testin toimivuus ja yhteensopivuus kyseiseen käyttötarkoitukseen.



Kuva 2. Saalistustestin soveltaminen poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi.

Testi etenee vaiheittain niin, että ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan kattaako tarjouksen hinta oletetut kokonaiskustannukset. Tällä tarkoitetaan yleensä hankintayksikön ennalta tekemää oletamaa tai hankintaa varten budjetoimaa hintaa. Lisäksi sovellettaessa saalistustestiä poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseen julkisissa hankinnoissa, on oletettuihin kokonaiskustannuksiin syytä olettaa sisältyvän myös liiketoiminnalle tavanomainen kate.

Mikäli hinnan ei uskota kattavan oletettuja kokonaiskustannuksia, pyydetään tarjouksen tehneeltä yritykseltä selvitys tarjouksen hinnan ja kustannusten perusteista. Tämän

hetkinen hankintalaki velvoittaa hankintayksikköjä pyytämään tarjoajalta aina selvitystä hinnan perusteista ennen tarjouksen hylkäämistä, mutta on hyvin pitkälti hankintayksiköiden omassa harkintavallassa, minkä ne tulkitsevat poikkeuksellisen alhaiseksi tarjoukseksi.

Tarjoajalle täytyy siis aina kuitenkin antaa mahdollisuus perustella, mistä poikkeuksellisen alhainen tarjoushinta sen näkemyksen mukaan johtuu. Useat syyt voivatkin olla täysin hyväksyttäviä, kuten edistykselliset tuotantoperusteiset syyt. Tällöin tarjousta ei välttämättä tule hylätä poikkeuksellisen alhaisena. Tällaisia hyväksyttäviä syitä alhaiselle tarjoushinnalle käsiteltiin tarkemmin kappaleessa 3.1.

Selvityksen tarkoituksena on saada selville mitkä ovat tarjoajan todelliset kokonaiskustannukset oletettujen sijaan. Tiedetyt tekijät, kuten laillinen valtiontuki, saattavat oikeuttaa joissakin tapauksissa myös todellisia kustannuksia alhaisemman tarjoushinnan. Valtiontukia käsiteltiin tarkemmin kappaleessa 3.6.

Sekä lainsäädännön, että oikeuskäytännön, näkökulmasta ei ole yksiselitteistä miten niin sanottujen referenssien hankkiminen alhaisella tarjoushinnalla pitäisi ottaa huomioon. Periaatteessa yrityksille pitäisi antaa mahdollisuus hankkia referenssejä aggressiivisella hinnoittelulla, mutta toisaalta on selvää, ettei tarjouksen hinnoittelu todellisten kustannusten alle pitäisi olla hyväksyttävää julkisissa hankinnoissa.

Testin kolmas ja viimeinen vaihe on tutkia tarjouksen muuttuvia kustannuksia. Yksinkertaisesti mikäli tarjouksen hinta on alhaisempi kuin muuttuvat kustannukset, on tarjous todettava poikkeuksellisen alhaiseksi ja hylättävä. Samaa logiikkaa sovelletaan saalistustesteissä kilpailuoikeuden puolella, ja myös oikeuskäytäntö on tältä osin vakiintunutta saalistushinnoittelun kohdalla.¹⁰⁴ Muuttuvien kustannusten tulisi olla ehdoton alaraja yksinkertaisesti siitä syystä, ettei sitä alhaisempi hinta ole järkiperusteisesti perusteltavissa ja sen voidaan todeta olevan selkeästi haitallista tehokkaille markkinoille.

¹⁰⁴ Ølykke (2010) s. 267.

4.3.3 Kritiikki

Yksittäiset Euroopan unionin jäsenvaltiot ovat ottaneet käyttöön erilaisia kustannuslähtöisiä testimenetelmiä poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi, mutta koko unionin laajuinen yhteinen testimenetelmä puuttuu edelleen, vaikka komissio on sellaisen käyttöönottoa ehdottanut. Yhteisen testimenetelmän käyttöönotto voisi lisätä tarjoajien tasapuolista kohtelua ja oikeusturvaa sekä parantaa julkisten hankintojen läpinäkyvyyttä.¹⁰⁵ Tällä hetkellä hankintayksiköillä on merkittävästi harkintavaltaa sen suhteen, pitävätkö ne jotakin tarjousta poikkeuksellisen alhaisena, sekä miten ne tulkitsevat annettua selvitystä tarjouksen hinnan perusteista. Vakioitujen testimenetelmien käyttöönotto voisi tältä osin lisätä tarjoajien oikeusturvaa sekä antaa myös muille tarjoajille mahdollisuuden valittaa päätöksestä, mikäli ne epäilevät voittaneen tarjouksen olevan poikkeuksellisen alhainen.

Kuten edellisessä kappaleessa todettiin, varteenotettava vaihtoehto olisi saalistushinnoittelun tunnistamiseksi tarkoitettujen testimenetelmien soveltaminen poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi. Tämäkään ei kuitenkaan ole täysin ongelmaton. Vaikka kilpailu- ja hankintalainsäädännön tavoitteet ovat monilta osin yhteneväisiä, ei testimenetelmien siirtäminen ole aivan yksinkertaista.

Ensinnäkin uuden testimenetelmän käyttöönotto edellyttäisi sitä että sekä tarjoajat että hankintayksiköt ymmärtävät sen vaikutukset ja soveltamisen riittävän hyvin. Tämänkaltaisten testimenetelmien soveltaminen voi olla melko monimutkaista ja työlästä, mikä lisäisi hankintayksiköiden työmäärää ja asettaisi uudenlaisia vaatimuksia niiden osaamiselle. Ei ole myöskään selvää missä määrin hankintayksiköillä on mahdollisuuksia saada tarvittavia kustannustietoja eri tarjouksista. Tarjoajien näkökulmasta kyse on monesti liikesalaisuuksista joten tarjoajien oikeusturvan kannalta saatettaisiin joutua ongelmallisiin tilanteisiin, mikäli hankintayksiköiden roolia kasvatettaisiin kilpailuviranomaisten vastuualueelle.

¹⁰⁵ Ølykke (2010) s. 276.

Lisäksi kuten kappaleessa 4.3.1 todettiin, myös saalistushinnoittelun tunnistamiseksi on käytössä useita erilaisia testimenetelmiä, koska yksi ainoa testi soveltuisi huonosti kaikkiin tilanteisiin. Menetelmät perustuvat yksinkertaistettuihin taloudellisiin malleihin, jotka yleensä perustuvat oletukseen markkinoiden täydellisestä kilpailusta. Tämän takia on luonnollista, että menetelmät eivät yleensä täysin vastaa myöskään reaali maailman vaatimuksia.¹⁰⁶ Myös hankintojen monimutkaisuus asettaa haasteita testimenetelmien soveltamiselle. Saalistustestit soveltuvat parhaiten tapauksiin joissa verrataan yksittäisen tuotteen yksikkökustannuksia ja –hintoja, mutta esimerkiksi monimutkaisten IT-hankintojen kohdalla niiden soveltaminen on huomattavasti haastavampaa, ja myös testien tulokset epäluotettavampia. Tämä saattaisi myös johtaa testien ei toivottuun tarjoajien käyttäytymistä ohjaavaan vaikutukseen.

Ei voida myöskään automaattisesti tehdä oletusta, että saalistushinnoittelu ja poikkeuksellisen alhainen tarjous voidaan suoraan rinnastaa toisiinsa kvantitatiivissa mielessä. Termit ovat lain eri osa-alueilta jolloin myös terminologioiden kohdalla on luonnollisesti eroavaisuuksia.

Saalistushinnoitteluun liittyy olennaisesti myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ei kuitenkaan liity suoraan poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin eikä siis ole edellytys sille, että tarjous voidaan tulkita poikkeuksellisen alhaiseksi. Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten kohdalla kyse voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ainoastaan, jos tarjoajalla on ollut tarjouksen jättöhetkellä määräävä markkina-asema tarjoushyödykettä koskevilla relevanteilla hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla. Toisaalta jos tarjoaja syyllistyy saalistushinnoitteluun julkisessa hankinnassa, on mahdollista että tarjoaja syyllistyy samalla myös poikkeuksellisen alhaisella hinnalla tarjoamiseen. Teoriassa on tosin toki myös mahdollista, että tarjoaja syyllistyy tarjouksen poikkeuksellisen alhaiseen hinnoitteluun, mutta ei saalistushinnoitteluun – tai toisin päin.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ølykke (2010) s. 276 - 277.

¹⁰⁷ Ølykke (2010) s. 279 & 284.

5. Johtopäätökset

Tutkimuksen tarkoituksena oli selvittää poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellista sääntelyä julkisissa hankinnoissa tutkimalla miten nykyisen lainsäädännön puitteissa poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia tulisi käsitellä ja minkälaista on asiaan liittyvä oikeuskäytäntö. Lisäksi tarkoituksena oli tarkastella hankintalainsäädännön uudistuksen vaikutusta poikkeuksellisen alhaisten tarjousten näkökulmasta sekä pohtia kilpailuoikeuden puolella käytettävien saalistushinnoittelutestien soveltamista poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseen.

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten oikeudellinen sääntelyn tekee ongelmalliseksi se että hankintadirektiivit ja niihin perustuva hankintalaki eivät ole määritelleet ilmiötä tai siihen liittyvää sääntelyä kovinkaan tarkasti. Tästä johtuen myös hankintayksiköiden velvollisuudet sekä oikeudet ovat olleet osittain epäselviä. Tuomioistuimet ovat kuitenkin antaneet suuntaa oikeuskäytännölle ja toisaalta Euroopan unionin tuomioistuin on todennut poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tarkemman määrittämisen olevan jäsenvaltioiden vastuulla.

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten aiheuttama problematiikka kumpuaa osittain julkisen sektorin jatkuvasta paineesta alentaa julkisten hankintojen kustannuksia, mikä taas johtaa helposti hinnaltaan halvimman tarjouksen suosimiseen. Luonnollisesti myös sopimuksista kilpailevat yritykset pyrkivät voittamaan julkisia tarjouskilpailuja, joskus jopa tuotantokustannuksia alhaisemmilla tarjouksilla mikäli ne uskovat hyötyvänsä tarjouskilpailun voittamisesta muulla tavoin riittävästi. Seurauksena on yhä enemmän tarjouksia, jotka poikkeavat olennaisesti hankintayksikön alkuperäisestä arviosta tai muista samaan tarjouskilpailuun jätetyistä tarjouksista.

Ilmiöstä seuraava ongelma on että tarjoukset saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin ja johtaa näin ollen monenlaisiin ongelmiin ja hankintayksikön kannalta ei-toivottavaan käyttäytymiseen, kuten pyrkimykseen lisälaskuttamisesta tai turvallisuusmääräyksistä tinkimiseen. Hankintayksiköiden näkökulmasta poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset saattavat johtaa

myös tavallista korkeampaan ongelmien esiintymisriskiin hankkeen toteutusvaiheessa. Laatuongelmat, toteutusajan venyminen, kohonneet kustannukset, tarjouskilpailun voittaneen yrityksen taloudelliset vaikeudet, oikeuteen asti etenevät riitatilanteet sekä koko hankkeen viivästyminen tai lopulta jopa keskeytyminen ovat esimerkkejä mahdollisista toteutusvaiheen ongelmatilanteista johon poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hyväksyminen voi pahimmillaan johtaa. Hankintayksikkö saa parhaan mahdollisen vastineen hankinnan kohteesta maksamalleen hinnalle vain siinä tapauksessa, että tarjouskilpailun voittanut yritys pystyy suoriutumaan sopimusvelvoitteestaan.

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten aiheuttama problematiikka on ollut tiedossa jo pitkään, sillä jo ensimmäisessä Euroopan yhteisön vuonna 1971 asettamassa julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä mainittiin poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset. Tämän jälkeen jokainen hankintadirektiiviudistus on sisältänyt jonkin asteista sääntelyä liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin, mutta vasta viimeisimpien vuonna 2014 asetettujen hankintadirektiivien valmistelumateriaalissa ilmiölle annettiin ensikertaa myös suppeahko määritelmä, joka aikaisemmin on siis puuttunut kokonaan. Tämän määritelmän mukaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset ovat tarjouksia, jotka vaikuttavat poikkeuksellisen alhaisilta suhteessa kyseisiin rakennusurakoihin, tavariihin tai palveluihin, sekä saattavat perustua teknisesti, taloudellisesti tai oikeudellisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin.

Hankintayksikkö voi hylätä hankinnan laatuun ja laajuuteen nähden hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen tietyin edellytyksin. Tarjousta ei voi kuitenkaan suoraan hylätä alhaisen hinnan perusteella, tai muiden tarjouksessa ilmoitettujen tietojen varassa, vaan ennen hylkäämistä hankintayksikön on pyydettävä tarjoajalta kirjallista selvitystä tarjouksen perusteista, jotta tarjoajalla on mahdollisuus osoittaa kykenevänsä hankinnan asianmukaiseen toteuttamiseen. Annetun selvityksen jälkeen alihintaisen tarjouksen hylkääminen on mahdollista tietyin perustein, mutta pelkkä epäily alihintaisuudesta ei vielä itsessään riitä, vaan hylkäämisen tulee perustua tosiasialliseen näyttöön siitä, ettei tarjotulla hinnalla kykene uskottavasti suoriutumaan hankinnasta hankintayksikön ennalta määrittelemällä tavalla. Hankintaviranomaisen on arvioitava annetut tiedot ja se voi hylätä tarjouksen vain siinä tapauksessa, että toimitettu näyttö ei

tydyttävästi selitä tarjottujen hintojen tai kustannusten alhaista tasoa. Pyydetävät selvitykset tarjoajan poikkeuksellisen alhaisesta tarjoushinnasta voivat liittyä muun muassa valmistusmenetelmään, taloudellisiin tai teknisiin ratkaisuihin, tarjoajan käytettävissä oleviin poikkeuksellisen edullisiin hankinnan ehtoihin sekä tarjottavan ratkaisun omintakeisuuteen. Tutkimuksen tulosten perusteella oikeuskäytäntö vaikuttaisi melko vakiintuneelta sen suhteen, että poikkeuksellisen alhainen tarjous voidaan hylätä hankintalain 63 §:n edellytykset huomioiden, eli jos tarjoajalta on ennen tarjouksen hylkäämistä pyydetty selvitystä hinnan perusteista ja selvityksen perusteella voidaan osoittaa, ettei tarjotulla hinnalla voi uskottavasti suoriutua hankinnasta.

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten hylkäämisellä mahdollistetaan hankintayksiköille hankinnasta aiheutuvien riskien, kuten tarjoushinnan riittämättömyydestä todennäköisesti aiheutuvien taloudellisten riskien huomioiminen ja niihin varautuminen. Hylkäämisen tulisi perustua nimenomaan siihen, ettei tarjoajan tarjoamalla hinnalla tai muilla ehdoilla ole mahdollista toteuttaa hankintaa uskottavasti tarjouspyynnössä edellytetyllä tavalla, koska tarjous perustuu esimerkiksi taloudellisesti, laadullisesti tai juridisesti epäterveisiin oletuksiin tai käytäntöihin.

Tutkimuksen toisessa kappaleessa esiteltiin tutkimuksen kannalta olennaisia käsitteitä, kuten tarjousten vertailuperusteita julkisissa hankinnoissa. Hinta on yleensä merkittävin yksittäinen tarjousten vertailuperuste, monesti jopa ainoa sellainen. Tämä jo itsessään luo motiiviin tarjouskilpailuun osallistuville toimijoille tavoitella mahdollisimman alhaista hintaa tarjouskilpailun voittamiseksi. Pelkän hintamuuttujan arviointi ja pisteytys on yleisesti yksinkertaisempaa kuin laatumuuttujan, sillä muuttujana hinta on yleensä yksiulotteinen mikä tekee kilpailuttamisen pelkällä hinnalla helpoksi ja houkuttelevaksi hankintayksikön näkökulmasta. Julkisissa tarjouskilpailuissa ongelma hintamuuttujassa yleensä on, miten pystytään tunnistamaan poikkeuksellisen alhaiset tai korkeat tarjoukset, riippumatta siitä onko tarjousten vertailuperuste halvin hinta vai kokonaistaloudellinen edullisuus. Toinen pelkän hinnan käyttämiseen vertailuperusteena liittyvä ongelma on tarjousten tasapuolisen vertailun varmistaminen. Pelkällä hintavertailulla ei useimmissa tapauksissa pystytä huomioimaan tarjousten kaikkia olennaisia ominaisuuksia.

Poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskeva suppeahko oikeudellinen sääntely kumpuaa Suomen kansalliseen hankintalainsäädäntöön Euroopan unionin hankintadirektiiveistä. Tästä huolimatta ilmiölle ei ole yhtä yleisesti hyväksyttyä määritelmää tai viitekehystä, jonka avulla poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset voitaisiin automaattisesti tunnistaa. Yleisimmin poikkeuksellisen alhaisella tarjouksella tarkoitetaan sitä, että tarjous on arvoltaan merkittävästi alhaisempi kuin hankintayksikkö on alun perin oletanut. Tilaajan omasta hinta-arviosta merkittävästi poikkeavan tarjouksen lisäksi poikkeuksellisen alhaisena voidaan pitää myös muista saaduista tarjouksista oleellisesti poikkeavia tarjouksia.

Poikkeuksellisen alhaisten tarjousten arvioiminen on usein haastavaa siitä syystä, että harvoin tiedetään mikä olisi oikea hintataso kyseiselle hankinnan kohteelle. Lopulliset tarjoukset saattavat erota suurestikin hankintayksikön alkuperäisestä hankinnan hinta-arviosta ja myös markkinahinnan määrittäminen on usein haastavaa. Lisäksi jos lopullisen tarjouksen jättäneitä yrityksiä on vain muutamia, joskus jopa vain yksi, on johtopäätösten tekeminen oikeasta hintatasosta vertailemalla tarjouksia vaikeaa tai jopa mahdotonta.

Alkuperäisessä ehdotuksessa unionin hankintadirektiiviksi 2014/24/EU poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi ehdotettiin myös matemaattisia standardeja. Ehdotuksen mukaan hankintayksiköt olisivat olleet velvoitettuja pyytämään tarjoajilta selvitystä tarjouksensa perusteista, mikäli tiettyihin raja-arvoihin sidotut ehdot olisivat täyttyneet. Kyseisiä kvantitatiivisia standardeja ei kuitenkaan otettu osaksi lopullista hankintadirektiiviä.

Useissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa on kuitenkin kansallisessa hankintalainsäädännössä asetettu vastaavanlaisia raja-arvoja tai standardeja sille, paljonko tarjouksen hintataso saa maksimissaan poiketa muista tarjouksista tai hankintayksikön omasta alkuperäisestä hinta-arviosta. Mikäli jonkin tarjouksen hinta ylittää kyseiset standardit, se johtaa yleensä automaattisesti pakolliseen lisäselvityspyyntöön. Tutkimuksen kolmannessa kappaleessa esitettiin kootusti kaikkien Euroopan unionin jäsenvaltioiden kansallisten hankintalakien standardit siitä, paljonko

tarjouksen hintataso saa poiketa muista tarjouksista tai tilaajan omasta hinta-arviosta. Yhteensä kahdeksalla jäsenvaltiolla on maakohtaisia standardeja tai raja-arvoja implementoituna kansalliseen hankintalainsäädäntöön. Jäsenvaltioiden käyttämät menetelmät poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi lainsäädännöllisin keinoin voidaan jakaa karkeasti kahteen eri kategoriaan: tarjouksia keskenään vertaileviin menetelmiin sekä tarjouksen hintatasoa hankintayksikön alkuperäiseen hinta-arvioon vertaileviin menetelmiin. Joissakin jäsenvaltioista on käytössä molempia menetelmiä.

Hankintaviranomainen voi halutessaan myös itse määrittää tietyt tarjouskohtaiset standardit tai raja-arvot osana tarjouspyyntöä, joiden ylittyminen siis johtaisi automaattisesti lisäselvityspyyntöön, mutta ei koskaan automaattiseen tarjouksen hylkäämiseen. Olennaista tässä tapauksessa on, että kyseiset standardit ovat kaikkien tarjoajien tiedossa jo ennen tarjousten vertailua.

Vuonna 2014 hyväksytyyn uudistetun hankintadirektiivin ehkä merkittävin muutos liittyen poikkeuksellisen alhaisiin tarjouksiin aiempaan verrattuna on hankintayksiköiden velvollisuus pyytää tarjoajilta selvitystä tarjouksen hinnan perusteista, aina kun kysymyksessä on poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttava tarjous. Varsinkin hankintayksiköiden velvollisuuksien näkökulmasta tätä voidaan pitää merkittävänä muutoksena aiempaan direktiiviin verrattuna, sekä nykyisen hankintalainsäädännön valossa, vaikka direktiivi ei otakaan varsinaisesti kantaa siihen mikä pitäisi tulkita poikkeuksellisen alhaiseksi vaikuttavaksi tarjoukseksi. Toinen merkittävä muutos on se, että tarjousten hylkäämisestä haluttiin tehdä tietyissä tapauksissa jopa pakollista. Pakollista tarjouksen hylkääminen on jatkossa esimerkiksi silloin, jos hankintaviranomainen on todennut, että poikkeuksellisen alhainen hinta tai alhaiset kustannukset johtuvat unionin pakollisen sosiaali-, työ- tai ympäristölainsäädännön, tai sen mukaisen kansallisen lain taikka kansainvälisen työoikeuden määräysten noudattamatta jättämisestä.

Tämän hetkisen hankintalainsäädännön valossa ei ole täysin yksiselitteisen selvää mikä on hankintayksikön selvitysvelvollisuus tilanteessa, jossa tarjouksen tehneen yrityksen

voidaan epäillä tinkineen työnantajavelvoitteistaan tai muista sosiaalisista vastuistaan. Poikkeuksellisten alhaisten tarjousten taustalla voi olla myös muita harmaan talouden ilmiöitä, kuten veronkiertoa. Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa selvältä, että tällaisessa tapauksessa hankintayksiköllä on kiistatta oikeus tarjouksen hylkäämiseen, mutta myös näyttövelvollisuus asiassa on hankintayksiköllä. Näin ollen varsinaista velvollisuuttakaan selvityksen teettämiseen tai tarjouksen hylkäämiseen ei syntyne, ellei hankintayksiköllä ole perustellusti syytä epäillä poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen perustuvan lainvastaiseen menettelyyn.

Tätä tutkielmaa kirjoittaessa työ- ja elinkeinoministeriö on viimeistelemässä hankintadirektiivit voimaan saattavan hankintalain kokonaisuudistuksen hallituksen esitystä joka on tarkoitus antaa eduskunnalle viimeistään kesäkuussa 2016. Tavoitteena on että uusi hankintalainsäädäntö olisi voimassa viimeistään loppuvuodesta 2016.

Tutkimuksen kolmannessa kappaleessa esitettiin myös erilaisia perusteluita poikkeuksellisen alhaisten tarjousten puolesta ja siitä milloin ne ovat hyväksyttäviä, tai jopa toivottavia. Hinnaltaan poikkeuksellisen alhaiset tarjoukset eivät suinkaan aina ole hankintalain vastaisia eivätkä ne myöskään automaattisesti ole ongelmallisia. Edulliselle tarjoushinnalle voi olla täysin hyväksyttävä ja laillinen peruste, kuten esimerkiksi jokin uusi innovaatio tai muista tarjouksista poikkeava tekninen ratkaisu, jonka ansiosta yritys kykenee tarjoamaan tuotteen tai palvelun muita edullisemmin. Kappaleessa esiteltiin tarkemmin muun muassa tuotanto- ja informaatioperusteiset syyt sekä strategiset syyt. Tuotantoperusteiset syyt alhaiselle tarjoushinnalle ovat merkki toiminnan tehokkuudesta ja näin ollen täysin hyväksyttäviä syitä alhaiselle tarjoushinnalle. Informaatioperusteisia syitä taas ovat esimerkiksi riskien aliarvioiminen tai epärealistiset odotukset kehityskustannusten osalta. Tämän tyyppiset informaatioperusteiset syyt ovat yleensä tahattomia syitä poikkeuksellisen alhaiselle hinnalle, mikä ei tosin suinkaan tee niistä välttämättä hyväksyttäviä syitä. Strategiset syyt liittyvät muun muassa markkinoiden kilpailutilanteeseen. Kilpailluilla markkinoilla on varsin tavallista että markkinoille pyrkivät yritykset saattavat aluksi joutua operoimaan tappiolla tai tinkimään katevaatimuksistaan siihen asti että saavat asemansa markkinoilla vakiinnutettua. Lisäksi monilla aloilla vaaditaan suuria alkuinvestointeja, jotta markkinoille pääsy olisi

ylipäättään mahdollista. Tämä asettaa tarjoajat siinä mielessä eri asemaan, että nykyisen palveluntoimittajan ei monesti tarvitse ottaa näitä alkuinvestointeja hinnoittelussaan huomioon. Nykyisiä palveluntarjoajia voikin olla liki mahdoton haastaa, ellei yritys ole valmis operoimaan lyhyellä aikavälillä tappiolla tai ainakin tavallista alhaisemmalla tuottovaatimuksella.

Tutkimuksen neljännessä kappaleessa esiteltiin kilpailuoikeuden puolelta tutun käsitteen, saalistushinnoittelun, tunnistamista varten kehitettyjä erilaisia niin sanottuja saalistustestejä ja pohdittiin niiden soveltumista poikkeuksellisen alhaisten tarjoustunnettamiseksi. Saalistustestien peruseriaate on vertailla hinnan ja kustannusten välistä suhdetta. Niiden laajamittainen soveltaminen myös alihintaisten tarjoustunnettamiseksi olisi perusteltua ongelmien samankaltaisen luonteen vuoksi. Saalistushinnoittelun tunnettamiseen tarkoitettujen kustannuslähtöisten testimenetelmien laajempi hyödyttäminen olisi perusteltua myös sen takia, että ne ovat valmiiksi käytössä olevia, osittain samaan tarkoitukseen kehitettyjä, eri tuomioistuimissa jo koeteltuja ja pitkälle kehitettyjä testimenetelmiä. Lisäksi hankintalainsäädäntö ja kilpailulainsäädäntö ovat tavoitteiltaan monilta osin yhteneväisiä.

Yksittäiset Euroopan unionin jäsenvaltiot ovat ottaneet käyttöön erilaisia kustannuslähtöisiä testimenetelmiä poikkeuksellisen alhaisten tarjoustunnettamiseksi, mutta koko unionin laajuinen yhteinen testimenetelmä puuttuu edelleen, vaikka komissio on sellaisen käyttöönottoa ehdottanut. Yhteisen testimenetelmän käyttöönotto voisi lisätä tarjoajien tasapuolista kohtelua ja oikeusturvaa sekä parantaa julkisten hankintojen läpinäkyvyyttä. Tällä hetkellä hankintayksiköillä on merkittävästi harkintavaltaa sen suhteen, pitävätkö ne jotakin tarjousta poikkeuksellisen alhaisena, sekä miten ne tulkitsevat annettua selvitystä tarjouksen hinnan perusteista. Vakioitujen testimenetelmien käyttöönotto voisi tältä osin lisätä tarjoajien oikeusturvaa sekä antaa myös muille tarjoajille mahdollisuuden valittaa päätöksestä, mikäli ne epäilevät voittaneen tarjouksen olevan poikkeuksellisen alhainen. Vartenotettava vaihtoehto olisi juuri saalistushinnoittelun tunnettamiseksi

tarkoitettujen saalistustestien soveltaminen poikkeuksellisen alhaisten tarjousten tunnistamiseksi.