

# Yrityksen osallistuminen julkisen hankinnan valmistelussa toteutettavaan vuoropuheluun

Pro gradu -tutkielma

Petra Huhtala 503628

Sopimusoikeus

Turun oikeustieteellinen tiedekunta

16.10.2016

HUHTALA, PETRA: Yrityksen osallistuminen julkisen hankinnan valmistelussa toteutettavaan vuoropuheluun.

Oikeustieteen maisterin työ, XI + 80 s.

Sopimusoikeus

Lokakuu 2016

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

---

Hankintayksiköt ovat yleensä vältelleet vuoropuhelun käymistä alan yritysten kanssa hankinnan valmisteluvaiheessa, koska vuoropuhelun on pelätty antavan siihen osallistuvalla yritykselle kilpailuedun suhteessa muihin tarjoajiin. Tästä syystä myös yritykset ovat osittain vältelleet vuoropuheluita, koska ne ovat pelänneet sen vaarantavan niiden osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun. Tämän tutkimuksen aiheena on edellä mainitusta johtuen tutkia, *vaarantaako julkisen hankinnan valmistelussa toteutettuun vuoropuheluun osallistuminen yrityksen myöhempää osallistumista itse tarjouskilpailuun.*

Lähestyn tutkimuskysymyksen arviointia tarkastelemalla vuoropuhelun eri vaiheita ja keskittymällä erityisesti siihen, mitä yleisten hankintaperiaatteiden noudattaminen tässä vaiheessa hankintaprosessia hankintayksiköltä edellyttää. Pyrin myös määrittelemään sen, voiko yritykselle syntyä sellaista kilpailuetua, joka voisi mahdollisesti vaarantaa sen myöhemmän osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun. Lisäksi tarkastelen sitä, missä määrin hankintayksikkö voi hyödyntää vuoropuhelussa yritykseltä saamia tietoja tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa ja onko tällä vaikutusta yrityksen mahdollisuuteen osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun.

Tutkimuksen merkittävimpänä johtopäätöksenä oli se, että kilpailuedun syntymisen ja sitä myötä vuoropuheluun osallistuneen yrityksen aseman vaarantumisen keskeiseksi tekijäksi muodostui hankintayksikön toimenpiteet vuoropuhelun aikana sekä ennen tarjouskilpailun aloittamista. Mikäli hankintayksikkö laiminlyö riittävän avoimuuden vuoropuhelussa ja etenkin asianmukaisten toimenpiteiden suorittamisen ennen tarjouskilpailun käynnistämistä, voi yrityksen osallistuminen varsinaiseen tarjouskilpailuun vaarantua, koska yritys voi olla paremmassa asemassa kuin sellainen toinen yritys, joka ei ole vuoropuheluun osallistunut. Hankintalainsäädännön mukaan hankintayksikkö on tällöin velvollinen sulkemaan vuoropuheluun osallistuneen yrityksen tarjouskilpailun ulkopuolelle. Poissuljenta ei ole nähdäkseni kuitenkaan täysin yksiselitteistä, koska hankintayksikkö on tällöin itse laiminlyönyt yleisten hankintaperiaatteiden noudattamisen ja aiheuttanut kilpailuedun muodostumisen. Sen sijaan, mikäli tarjouspyyntöasiakirjat muotoutuvat vuoropuheluun osallistunutta yritystä suosivaksi on hankinnan keskeyttäminen nähdäkseni ensisijainen yrityksen poissuljentaan nähden. Tällöin jo itse tarjouspyyntö on ollut hankintalainsäädännön vastainen. Lopuksi esitän tutkimuksessani toimenpiteitä, joiden mukaisesti toimiminen voi ennalta estää vuoropuheluun osallistuneen yrityksen aseman vaarantumisen varsinaisessa tarjouskilpailussa.

Asiasanat: julkinen hankinta, hankinnan valmistelu, vuoropuhelu, avoimuusperiaate, kilpailuetu, kilpailun estyminen, tasapuolinen kohtelu, poissuljenta

## SISÄLLYS

Tiivistelmä.....	II
Sisällysluettelo.....	III
Lähteet .....	V
Lyhenteet .....	XI
<b>1 JOHDANTO .....</b>	<b>1</b>
1.1 Tutkimuksen lähtökohdat .....	1
1.2 Kysymyksenasettelu ja aiheen aikaisempi tutkimus .....	4
1.3 Rajaukset .....	6
1.4 Tutkimuksen rakenne .....	9
1.5 Tutkimusmenetelmät ja keskeiset oikeuslähteet .....	11
1.6 Keskeiset käsitteet .....	12
<b>2 VUOROPUHELUSTA YLEISESTI.....</b>	<b>15</b>
2.1 Hankinnan valmistelu ja vuoropuhelu.....	15
2.2 Vuoropuhelun tarkoitus ja tavoitteet – markkinoita vastaava tarjouspyyntö .....	16
2.3 Vuoropuhelun tärkeyden korostuminen .....	18
2.4 Osapuolten roolit vuoropuhelussa .....	19
2.4.1 Hankintayksikkö vuoropuhelun toteuttajana.....	19
2.4.2 Yrityksen rooli vuoropuhelussa ja markkinointi hankintayksiköille .....	20
2.5 Hankintakäytännössä muodostuneet vuoropuhelun toteuttamisen muodot .....	22
<b>3 OIKEUDELLINEN LAINSÄÄDÄNTÖKEHIKKO.....</b>	<b>25</b>
3.1 Vuoropuhelu ja poissulkeminen hankintalainsäädännössä .....	25
3.1.1 Taustaa .....	25
3.1.2 EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö.....	27
3.1.3 Uusi hankintadirektiivi.....	30
3.1.4 Kansallinen hankintalaki ja sen kokonaisuudistus.....	32
3.2 Perustamissopimuksen periaatteet arvioinnin taustalla .....	34
3.2.1 Aluksi .....	34
3.2.2 Syrjinnän kiellon periaate ja yhdenvertaisuusperiaate.....	36
3.2.3 Avoimuusperiaate .....	38
3.2.4 Suhteellisuusperiaate.....	39

<b>4 YRITYKSEN OSALLISTUMINEN VUOROPUHELUN – VOIKO KILPAILUETUA TAI KILPAILUN ESTYMISTÄ MUODOSTUA? .....</b>	<b>41</b>
4.1 Vuoropuhelusta mahdollisesti saatavien hyötyjen määritelmät .....	41
4.1.1 Ajallinen ja tiedollinen kilpailuetu .....	41
4.1.2 Räätelöidyt ehdot ja kilpailun estyminen .....	42
4.2 Hankintayksikön toimet vuoropuhelussa .....	43
4.2.1 Aluksi .....	43
4.2.2 Vuoropuhelusta ilmoittaminen .....	44
4.2.3 Vuoropuheluun osallistuvat yritykset .....	46
4.2.4 Keskustelujen käyminen .....	49
4.2.5 Dokumentointi avainasemassa .....	51
4.3 Hankintayksikön toimet ennen tarjouskilpailun käynnistämistä .....	53
4.3.1 Kilpailuneutraliteetin turvaaminen .....	53
4.3.2 Tiedon jakaminen .....	53
4.3.3 Riittävän pitkien määräaikojen vahvistaminen .....	55
4.4 Hankintayksikön velvollisuus suorittaa edellä mainitut toimenpiteet? .....	56
4.5 Saatujen tietojen hyödyntäminen .....	58
4.6 Voiko kilpailuetua tai kilpailun estymistä muodostua? .....	62
<b>5 YRITYKSEN SULKEMINEN TARJOUSKILPAILUSTA VUOROPUHELUN SEURAUKSENA – ONKO SE MAHDOLLISTA? .....</b>	<b>64</b>
5.1 Kilpailuedun arvioinnissa huomioon otettavat tekijät ja poissulkemisperuste....	64
5.2 Hankinnan keskeyttäminen yrityksen poissuljennan sijaan? .....	66
5.2.1 Aluksi .....	66
5.2.2 Kilpailuetu ja hankinnan keskeyttäminen .....	66
5.2.3 Kilpailun estyminen ja hankinnan keskeyttäminen.....	68
5.3 Luottamuksensuojan periaate julkisissa hankinnoissa .....	68
5.4 Hankintalainsäädännön tarkoitus ja yrityksen asema.....	69
<b>6 LOPUKSI .....</b>	<b>71</b>
6.1 Johtopäätöksiä .....	71
6.2 Tarjoajien poissulkemisen seurauksena aiheutuvat ongelmat.....	74
6.3 Ratkaisuvaihtoehtoja .....	75
6.4 Yhteenvedo.....	79

## LÄHTEET

### Kirjallisuus ja artikkelit

*Arrowsmith, Sue*: The problem of discussions with tenderers under E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform. *Public Procurement Law Review* 1998.

*Arrowsmith, Sue*: The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third edition. Croydon 2014.

*Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erko*: Julkiset hankinnat. 2., uudistettu painos. 2011.

*Halonen, Kirsi-Maria*: Hankintasopimuksen tehottomuus. Turku 2015.

*Halonen, Kirsi-Maria*: Ajankohtaista julkisista hankinnoista. Hankinta- ja kilpailuolueuden ajankohtaispäivä 10.2.2016. Luentomoniste.

*Huikko, Katariina*: Hankinnan valmistelu ja hankinnan kohde. Uusiutuva hankintalaki seminaari 18.5.2015. Luentoesitys.

*Hyvönen, Olli – Kess, Kaija – Piisi, Tero – Tuomela, Heikki – Uotila, Jaakko*: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Helsinki 2007.

*Jylhä, Olli*: Kunnalliset hankintayksiköt matkalla passiivisesta aktiiviseksi toimijaksi – Tutkimus kuntien hankintapalveluja keskitetysti hoitavien yksiköiden käytännöistä ja rakenteista. Pro Gradu -tutkielma. Tampereen yliopisto 2011.

*Kalima, Kai*: Julkiset hankinnat ja eurooppaoikeus. Saarijärvi 1996.

*Karinkanta, Pauliina – Kontio, Annamari – Krakau, Tarja – Lahtinen, Tapio – With, Susan*: Yrityksen hankintaopas, julkiset hankinnat yrityksen näkökulmasta. Hämeenlinna 2012.

*Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi*: Julkiset hankinnat. Käsikirja. 1 painos. Helsinki 2008.

*Lukkarinen, Sami*: Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa. 2007.

*Lehtonen, Lasse*: Hankintalainsäädännön taustat ja ratio. Julkisten hankintojen valinnainen opintojakso, kevät 2016. Luentomoniste.

*Lähde, Johanna – Hannonen, Niina*: Julkisten hankintojen ilmoittaminen. Käsikirja ilmoitusmenettelystä. Tallinna 2012.

*Länsimies, Asta*: Market dialogue in public procurement. Defining market dialogue with service-dominant logic. Master's thesis. Aalto University 2014.

*Mäkelä, Eeva-Riitta*: Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa? Edilex 2011/25.

*Mäkelä, Eeva-Riitta – Pöykkö, Panu*: Konsultin kaksoisrooli – Voiko konsultti toimia hankinnassa kahdessa roolissa? Edilex 2013/32.

*Nenonen, Anne*: Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolella. Helsinki 2014.

*Nenonen, Anne*: Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009. s. 83–111.

- Nenonen, Anne:* Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. *Lakimies* 6/2009. s. 956–982.
- Patajoki, Ulla:* Towards a successful contractual relationship – Public service procurement from a small business perspective. Master's thesis. Aalto University 2013.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika:* Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. *Tal- linna* 2014.
- Raitio, Juha:* The Principle of Legal Certainty in EC Law. *Helsingin yliopisto* 2002.
- Raitio, Juha:* Suhteellisuusperiaate eurooppaoikeudessa. *Defensor Legis* 2005/2.
- Saariketo, Jorma:* Hilma-palvelun kehittäminen. *Varsinais-Suomen Yrittäjät ry, han- kinta-asiamies*. Turku 2015.
- Siikavirta, Kristian:* Julkisten hankintojen perusteet. *Porvoo* 2015.
- Sundstrand, Andrea:* Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt. *Stockholm* 2012.
- Treumer, Steen:* Technical dialogue prior to submission on tenders and principle of equal treatment on tenderers. *Public Procurement Law Review* 1999.
- Treumer, Steen:* Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom. *Public Procurement Law Review* 2007.
- Ukkola, Markus:* Hankintamenettelyt ja tarjousten käsittely. *Itä-Suomen yliopisto, jul- kiset hankinnat*, kevät 2013. *Luentomoniste*.

## **Internet-lähteet**

*HILMAN hankintailmoitusten 2014 tilastot.*

<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot2014>. (viitattu 27.2.2016).

*Hankinnat.fi -sivuston hankintasanasto.*

<http://www.hankinnat.fi/fi/ukk/hankintasanasto/Sivut/default.aspx#Hankintapro- sessi>. (viitattu 29.3.2016).

*Työ- ja elinkeinoministeriön uutinen hankintalain kokonaisuudistuksesta.*

[https://www.tem.fi/kuluttajat\\_ ja\\_ markkinat/ julkiset\\_ hankinnat/ hankintalain\\_ koko- naisuudistus](https://www.tem.fi/kuluttajat_ ja_ markkinat/ julkiset_ hankinnat/ hankintalain_ koko- naisuudistus). (viitattu 30.3.2016).

*Jyväskylän ammattikorkeakoulu Oy:n ennakoilmoitus ja tietopyyntö koskien Share- Point ja NET -ympäristön asiantuntija- ja ylläpitopalvelu hankintaa.*

<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/notice/view/2015-028794/>. (viitattu 12.1.2016).

*Korhonen, Sirpa: Kiire pilaa hyvän hankinnan. Halo-lehti, valtakunnallinen hankin- tojen ammattilehti.*

<http://halolehti.fi/hankintavarasto.html>. (viitattu 1.4.2016).

*Kronström, Sanna: Vuoropuhelu – teoriasta käytäntöön. Blogi Hankintaturisti, pykä- lien tällä puolen.*

<https://hankintaturisti.com/2016/03/03/vuoropuhelu-teoriasta-kaytanton>. (viitattu 11.4.2016).

*Hankinnat.fi* -sivuston yleisiä uskomuksia vuoropuhelusta.

<http://www.hankinnat.fi/fi/hankintaprosessi/hankinnan-suunnittelu/markkinoiden-kartoittaminen/vuoropuhelu-uskomukset/Sivut/default.aspx>. (viitattu 11.4.2016).

*Hankinnat.fi* -sivuston uutisia 6.8.2008: Komissio kiinnittää huomiota tuote- tai tavaramerkin käyttämiseen tarjouspyynnössä.

<http://www.hankinnat.fi/fi/malleja-ja-lainsaadantoa/hankintautisia/oikeuskaytanta/komissio-kiinnittaa-huomiota/Sivut/default.aspx>. (viitattu 16.4.2016).

*Asianajajaliiton lausunto hankintalain kokonaisuudistuksesta 6.7.2015. Dnro 23/2015.*

[http://www.asianajajaliitto.fi/viestinta/tiedotteita\\_ja\\_lausuntoja/2015/lausunto\\_hankintalain\\_kokonaisuudistuksesta.9025.news](http://www.asianajajaliitto.fi/viestinta/tiedotteita_ja_lausuntoja/2015/lausunto_hankintalain_kokonaisuudistuksesta.9025.news). (viitattu 26.4.2016).

*Keskuskauppakamarin lausunto hankintalain kokonaisuudistuksesta 6.7.2015.*

<http://kauppakamari.fi/statement-archive/hankintalain-kokonaisuudistuksen-valmisteluryhman-mietinto/>. (viitattu 26.4.2016).

*Agreement on government procurement. Parties, observers and accessions.*

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/memobs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm). (viitattu 27.4.2016).

*Työ- ja elinkeinoministeriön artikkeli: Uudistettu hankintalaki selkeyttää kilpailutusta ja nostaa kynnsarvoja.*

[http://tem.fi/artikkeli/-/asset\\_publisher/uudistettu-hankintalaki-selkeyttaa-kilpailutusta-ja-nostaa-kynnsarvoja](http://tem.fi/artikkeli/-/asset_publisher/uudistettu-hankintalaki-selkeyttaa-kilpailutusta-ja-nostaa-kynnsarvoja). (viitattu 16.7.2016).

*Hilman yleistä tietoa julkisista hankinnoista.*

<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/yleista>. (viitattu 16.9.2016).

*Sastamalan kaupungin koulukuljetusten lisäkysymykset.*

[http://www.sastamalankaupunki.fi/liitetiedostot/editori\\_materiaali/21575.pdf?tietue\\_sivu\\_id=3694;tietue\\_id=9828;table=tiedote;digest=b32df934bda08fe8c95400c6032e957a](http://www.sastamalankaupunki.fi/liitetiedostot/editori_materiaali/21575.pdf?tietue_sivu_id=3694;tietue_id=9828;table=tiedote;digest=b32df934bda08fe8c95400c6032e957a). (viitattu 17.5.2016).

*Kunnissa alkaa pian hankintakisa. Yrittäjäsanomien nro 07/2016.*

[https://issuu.com/yrittajat/docs/yrittajasanomat\\_7\\_2016/1](https://issuu.com/yrittajat/docs/yrittajasanomat_7_2016/1). (viitattu 16.10.2016).

## **Virallislähteet**

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

*HE 108/2016 vp.* Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

Työ- ja elinkeinoministeriö: Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja Kilpailukyky 54/2014. (TEM 54/2014)

Työ- ja elinkeinoministeriö: Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. 29.4.2015. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja Kilpailukyky 37/2015. (TEM 37/2015)

Valtiovarainministeriö: Valtion hankintakäsikirja 2010. Valtiovarainministeriön julkaisuja 48/2010. (VM 48/2010)

Oikeusministeriö: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Oikeusministeriön julkaisuja 6/2010. (OM 6/2010)

Hankintalain kokonaisuudistus – siirtymävaiheen toimenpiteet ja järjestelyt. Työ- ja elinkeinoministeriön tiedote. (TEM/429/03.01.01/2016)

## **Euroopan unioni**

Komission tulkitseva tiedonanto käyttöoikeussopimuksista (konsessio) yhteisön oikeudessa EYVL C 121, 29.4.2000.

Sopimus Euroopan unionista, konsolidoitu toisinto 26.10.2012, EUVL C 326, s. 13–45.

Sopimus Euroopan unionin toiminnasta, konsolidoitu toisinto 26.10.2012, EUVL C 326, s. 47–199.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement 2011/0438 (COD) (*kompromissiesitys*).

Procurement Policy Note – Procurement Supporting Growth: Supporting Material for Departments. Action Note 04/12. 9 May 2012.

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista, Bryssel 20.12.2011, KOM (2011) 896 lopullinen (*direktiiviehdotus*).

## **Muut (Ruotsi)**

Konkurrensverket – Sveriges Kommuner och Landsting – Teknikföretagen: Steg för steg - Smartare inköp genom tidig dialog.

Sveriges Kommuner och Landsting – Teknikföretagen: Tidig dialog vid offentlig upphandling för att främja nya lösningar. 2014.

Konkurrensverket: Dialog – en del av marknadsanalysen. Konkurrensverket. (viitattu 26.7.2016).

Konkurrensverket: 6 myter om dialog i offentlig upphandling. Information från konkurrensverket.

Konkurrensverket – Sveriges Kommuner och Landsting – Teknikföretagen: Vilka är fördelarna med tidig dialog? Initiativet Smartare inköp genom tidig dialog visar på nyttan.



## Oikeustapakset

### EU-tuomioistuin

- Asia C-31/87 Gebroeders Beentjes, 20.9.1988, Kok. 1988, s. I-4652.
- Asia C-215/88 Casa Fleischhandel vs. Bundesantalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, 13.7.1989, Kok. 1989, s. I-2799.
- Asia C-243/89 Comission of the European Communities v. Kingdom of Denmark (case Storebelt), 22.6.1993, Kok. 1993, s. I-3385.
- Asia C-108/98 R.I.S.A.N. Srl vastaan Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA ja Ischia Ambiente SpA, 9.9.1999. Kok. 1999 s. I-5219
- Asia C-470/99 Universale-Bau v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, 12.12.2002, Kok. 2002 s. I-11655.
- Asia C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) vs. Stadt Wien, 18.6.2002, Kok. 2002 s. I-5574.
- Asia C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen- und Schnellstraben AG (ÖSAG), 19.6.2003, Kok. 2003 s. I-6379.
- Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 Fabricom SA v. Belgian valtio, 3.3.2005, Kok. 2005 s. I-1559.
- Asia C-210/03 Swedish Match v. Secretary of State for Health, 14.12.2004, Kok. 2004 s. I-11900.
- Asia C-458/03 Parking Brixen v. Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen, 13.10.2005, Kok. 2005, s. I-8612.
- Asia C-507/03 Euroopan yhteisöjen komissio v. Irlanti, 13.11.2007, Kok 2007 s. I-9797.
- Yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06 SECAP, EUVL C 143, 17.6.2006.EUVL C 154, 1.7.2006.
- Asia C-213/07 Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, 16.12.2008, Kok. 2008.
- Asia C-538/13 eVigilo Ltd v. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, 12.3.2015, Kok. 2015.
- Julkisasiamies Légerin lausunto asiassa Fabricom SA vastaan Belgian kuningaskunta, 11.11.2004. Europe Court Reports 2005. Kohdat 41 ja 42.

### **Korkein hallinto-oikeus (KHO)**

KHO 2003:74

KHO 30.10.2015 taltio 3067

### **Markkinoikeus (MaO)**

MaO 122/11

MaO 161/14

MaO:611–612/14

MaO 771/14

MaO 481/15

MaO:923/15

### **Kilpailuneuvosto (nykyisin MaO)**

Kilpailuneuvosto 28.5.2001

### **Tanskalaiset ratkaisut**

Complaints Board, B4 ApS v. Holboek Kommune 1995.

### **Kuvat ja taulukot**

Kuva 1: Hankinnan valmisteluvaihe hankintaprosessissa.

Taulukko 1: Arviointikriteerien suhde vuoropuheluun.

## LYHENTEET

ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPA	Government Procurement Agreement
hankintalaki	laki julkisista hankinnoista (30.3.2007/348)
HE	hallituksen esitys
HILMA	Työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämä maksuton, sähköinen ilmoituskanava, jossa hankintayksiköt ilmoittavat julkisista hankinnoistaan.
KHO	korkein hallinto-oikeus
ks.	katso
MaO	markkinaoikeus
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
RFI	Request for information
SEUT	Sopimus Euroopan Unionin toiminnasta
SEU	Sopimus Euroopan Unionista
SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
TED	Tenders Electronic Daily
TEM	Työ- ja elinkeinoministeriö
uusi hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL L 94 s. 65–242.
v.	vastaan
WTO	World Trade Organization

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkimuksen lähtökohdat

Julkiset hankinnat ovat nousseet viime aikoina kasvavassa määrin keskustelun aiheeksi julkisella sektorilla kuin myös suomalaisten yritysten keskuudessa. Syynä tähän on julkisten hankintojen erittäin merkittävä taloudellinen arvo<sup>1</sup> sekä hankintoja koskeva lainsäädäntö, jonka noudattaminen edellyttää hankintalain soveltamisalan piirissä olevilta hankintayksiköiltä (valtio, kunnat, yms.) jatkuvasti enemmän<sup>2</sup> oikeudellista osaamista. Keskustelun aiheeksi ja haasteeksi hankintayksiköissä ovat muodostuneet ennen kaikkea hankintalain (laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) säännökset ja niiden soveltaminen käytännön hankintatoiminnassa. Yritysten osalta kiinnostus liittyy työ- ja elinkeinoministeriön teettämän selvityksen ”*Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa*”<sup>3</sup> mukaan keskeisesti julkisten hankintojen suureen taloudelliseen arvoon sekä halukkuuteen tehdä kauppaa julkisen sektorin kanssa<sup>4</sup>.

Käytännön hankintatoiminnassa on esiintynyt usein myös haasteita hankintayksiköiden ja yritysten tavoitteiden yhteensovittamisessa. Haasteet ovat keskittyneet etenkin hankintayksiköiden vaikeuksiin laatia selkeitä tarjouspyyntöjä<sup>5</sup> ja yritysten mukaan pääsyyn tarjouskilpailuihin. Julkisissa hankinnoissa on nimittäin ajoittain ilmennyt hankintayksikön pyrkimystä edistää tietyn yrityksen tai yritysryhmän toimintaa ohjaamalla hankinnat määrätulle yritykselle tai yritysryhmälle<sup>6</sup>. Edellä mainittujen on-

---

<sup>1</sup> Julkisten hankintojen HILMA-ilmoitusjärjestelmän mukaan vuonna 2014 Suomessa julkaistujen ilmoitusten kokonaisarvo oli noin 32 miljardia euroa. Tällä hetkellä Hilman tilastointitapa on kuitenkin sellainen, että se kerryttää tilastoon jokaisen saman hankinnan eri ilmentymän (ennakko-, hankinta-, mahdollinen korjaus- ja jälki-ilmoitus) ja kasvattaa näin ollen hankintojen ilmoituslukumäärää kuin myös yhteenlaskettua hankintojen arvoa. Korjattaessa ilmoitusjärjestelmän tilastointivirhe on hankintojen todelliseksi arvoksi saatu noin 21,5 miljardia euroa. Hilman tilastointivirhe on näin ollen hankintojen arvon osalta noin 10 miljardia euroa vuonna 2014 (Selvitys Hilma-palvelun kehittämisestä). Ruotsissa julkisten hankintojen arvo on vuosittain noin 550–600 miljardia kruunua.

<sup>2</sup> Hankintalain kokonaisuudistuksessa on ehdotettu säädettäväksi 174 pykälää nykyisen hankintalain sisältäessä 110 pykälää. (*HE 108/2016 vp.*)

<sup>3</sup> *TEM 54/2014.*

<sup>4</sup> Selvityksen (*TEM 54/2014*) mukaan 77,5 % kyselyyn vastanneista ilmoitti julkisyhteisön olevan houkutteleva asiakasryhmä yritykselle.

<sup>5</sup> Hallituksen esityksen mukaan epäselvien tarjouspyyntöasiakirjojen määrä ja niistä aiheutuneet ongelmat ovat yksi hankinta-asioiden merkittävimmistä ongelmista oikeuskäytännön perusteella. Ks. *HE 50/2006 vp.* s. 86.

<sup>6</sup> Tiettyjen yritysten suosiminen tai oman alueen yritysten suosiminen perustuu Suomessa aikaisemmin (ennen Suomen liittymistä ETA:n ja julkisten hankintojen direktiivien soveltamisalaan) vallinneeseen hankintaperinteeseen, jossa hankintoja ohjattiin oman kunnan alueelle ja tutuille yrityksille. Ks. *Kalima 1996* s. 13. Ks. myös *Lehtonen 2016* s. 22.

gelmien yhteisenä tekijänä voidaan nähdä tarjouspyynnön sisältö, joka lopulta määrittää sen, mitkä yritykset hankintaan voivat tosiasiaassa osallistua (tarjoajien vähimmäisvaatimukset) ja millaisena hankinta lopulta toteutetaan (hankinnan kohde, tekniset eritelvät). Tästä syystä tarjouspyyntöasiakirjojen laadinta on koko hankintaprosessin keskeisin ja tärkein vaihe. Tämän vuoksi sen laadintaan keskittyy paljon paineita onnistumisesta ja riittävästä osaamisesta hankintayksikössä.

Yllättävän usein hankintatoiminnassa hämärtyy kuitenkin itse ydinasia eli se, että huolimatta hankintalain tiukoista menettelytapasäännöksistä on hankinnoissa lopulta kyse *julkisen ja yksityisen sektorin välisestä kaupankäynnistä*. Kaupankäyntiä puolestaan edistää julkisen sektorin tutustuminen markkinoiden tarjoamiin mahdollisuuksiin sekä vastaavasti se, että yritykset tuntevat julkisen sektorin toimintatavat sekä hankinnoille asetetut tavoitteet.<sup>7</sup> Keskeiseksi tekijäksi tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa sekä koko hankintaprosessin onnistumisessa muodostuu hyvä hankinnan valmistelu ja suunnittelu sekä erityisesti *vuoropuhelun käyminen hankintayksikön ja markkinoilla toimivien yritysten välillä*.<sup>8</sup>

Käytännön hankintatoiminnassa on alettu kasvavassa määrin kiinnittämään huomiota edellä mainittuun hankinnan valmisteluun ja osapuolten (tilaaja –toimittaja) väliseen vuoropuheluun<sup>9</sup>. Vuoropuhelun lisääntyminen osana hankinnan valmistelua ja aiheen ajankohtaisuus ovat näkyneet myös HILMA-palvelussa<sup>10</sup>([www.hankintailmoitukset.fi](http://www.hankintailmoitukset.fi)), jossa on julkaistu jo varsin runsas määrä markkinatoimijoille suunnattuja tietopyyntöjä<sup>11</sup>. Vuoropuhelun ajankohtaisuus ja lisääntynyt käyttö on näkynyt myös tuoreimmassa oikeuskäytännössä. Edilex-palvelussa<sup>12</sup> suoritettun haun perusteella,

---

<sup>7</sup> Eskola – Ruohoniemi 2011 s. 123–124

<sup>8</sup> Myös ruotsalaisessa raportissa ”*Tidig dialog vid offentlig upphandling för att främja nya lösningar*” julkisten hankintojen kehittämisen avaintekijäksi on nostettu yhteistyö ja vuoropuhelu hankintayksiköiden ja markkinatoimijoiden välillä. s. 3.

<sup>9</sup> TEM:n teettämän selvityksen mukaan 92,1 %:ia yrityksen mielestä julkisissa hankinnoissa tulisi käydä vuoropuhelua hankintayksikön ja tarjoajien välillä tai muulla tavoin informoida potentiaalisia tarjoajien ennakkoon. (TEM 54/2014)

Norjassa on lisäksi käynnistetty vuonna 2010 viisivuotinen kansallinen projektiohjelma vuoropuhelun parantamiseksi ”Programmet för leverantörsutveckling”. Myös Ruotsissa on ehdotettu Norjan mallin mukaista ohjelmaa käynnistettäväksi vuoropuhelun lisäämiseksi. Ehdotuksen ovat antaneet Teknikföretagen ja Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). (Tidig dialog vid offentlig upphandling för att främja nya lösningar 2014).

<sup>10</sup> HILMA on julkisten hankintojen virallinen ilmoitusportaali. HILMA-ilmoitusportaalissa julkaistaan kaikki hankintailmoitukset.

<sup>11</sup> Käytettäessä HILMAN hakupalvelussa sanaa ”Tietopyyntö” ja rajattaessa ilmoituksen laatu ”Ennakoilmoitus” saatiin yhteensä 250 tulosta, jonka varhaisin ilmoitusajankohta oli 25.9.2015.

<sup>12</sup> Myös Finlex-palvelu antoi saman tuloksen haettaessa samoilla hakusanoilla.

jossa hakusanoina käytettiin sanoja ”vuoropuhelu”, ”hankinta” ja ”tarjoaja” antoi palvelu 18 hakutulosta oikeuskäytännöstä. Näistä ratkaisuksista 12 kappaletta oli vuonna 2014 annettuja tai uudempia.

Hankinnan valmistelu ja siinä mahdollisesti toteutettava vuoropuhelu sijoittuvat ajallisesti ennen varsinaisen hankintamenettelyn (tarjouskilpailun) alkamista eli ennen hankintailmoituksen julkaisemista HILMA-palvelussa<sup>13</sup>. Hankintayksikkö voi käydä vuoropuhelua kyseisen hankinnan alalla toimivien yritysten kanssa, jossa hankintayksiköllä on mahdollisuus saada tärkeää ajankohtaista tietoa yleisistä käytännöistä sekä muista hankintaan liittyvistä olennaisista asioista.<sup>14</sup> Hankinnan onnistumisen kannalta on ensiarvoisen tärkeää, että hankintayksikkö on selvillä suoritettavan hankinnan alalla vallitsevista käytännöistä ja siellä toimivista yrityksistä, jotta tarjouspyynnöstä saadaan mahdollisimman tarkoituksenmukainen ja hankinta saadaan mahdollisimman monen yrityksen kilpailtavaksi.

Alalla toimivien yritysten kanssa käytyä vuoropuhelua on sen suurista hyödyistä huolimatta myös arvosteltu<sup>15</sup>. Kritiikki johtuu suurimmassa määrin siitä, että tarjouskilpailua edeltävän vuoropuhelun on katsottu voivan vaarantaa tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun varsinaisessa tarjouskilpailussa. Edellä mainitusta johtuen hankintayksiköt ovat vierastaneet vuoropuhelua markkinatoimijoiden kanssa hankinnan valmisteluvaiheessa.

Yleinen väärinkäsitys hankintayksiköissä on se, että hankintalainsäädännön uskotaan jopa kieltävän tällaisen varsinaista tarjouskilpailua edeltävän vuoropuhelun markkinatoimijoiden kanssa.<sup>16</sup> Näin ei kuitenkaan ole, vaan hankintalainsäädäntö sallii han-

---

<sup>13</sup> Myös EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen ilmoittaminen tehdään HILMAssa, josta ne toimitaan automaattisesti julkaistavaksi Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa (S-osa) sekä TED-tietokantaan (Tenders Electronic Daily). (<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/yleista>).

<sup>14</sup> Tidig dialog vid offentlig upphandling för att främja nya lösningar 2014 s. 10.

<sup>15</sup> mm. Steen Treumer esittää artikkelissaan ”*Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom*” (Treumer 2011 s. 8), että yritys osallistuu hankinnan valmisteluun ensisijaisesti siinä tarkoituksessa, että se haluaa tarjouspyynnön olevan omaa yritystään suosiva. Lisäksi Treumer esittää, että tämä voi olla helppoa juuri silloin kun hankintayksikön osaaaminen on puutteellista. Treumer esittää myös, että voi olla myös mahdollista, että tarjouspyynnön vaatimukset muotoutuvat valmisteluun osallistuneen yrityksen mukaisiksi, vaikka näin ei olisi edes tarkoitus tehdä. Eeva-Riitta Mäkelä toteaaakin artikkelissaan ”*Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa?*” (Mäkelä 2011 s. 9.), että teoreettisessa keskustelussa teknisen dialogin mahdollisiin haittoihin kiinnitetään enemmän huomioita kuin sen mahdollisuuksiin.

<sup>16</sup> Vuoropuhelun kiellettyvyys on yksi Hankinnat.fi -sivuston kirjaamista yleisistä uskomuksista vuoropuhelusta. Yleisiä uskomuksia on kirjattu myös Ruotsissa artikkelissa ”*Konkurrensverket: 6 myter on dialog i offentlig upphandling. Information från konkurrensverket*”.

kintayksiköiden hakevan neuvoa alalla toimivilta yrityksiltä, kunhan nämä neuvot eivät vaaranna tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua itse hankinnassa eivätkä vääristä kilpailua.

Hankintayksikköä avustavan yrityksen kannalta ongelmaksi voi muodostua kuitenkin se, että hankintalain 2 §:n 1 momentin vaatimus tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta voi velvoittaa hankintayksikön sulkemaan yrityksen pois varsinaisesta tarjouskilpailusta, jos yrityksen osallistuminen tarjouskilpailuun vaarantaa tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden toteutumisen varsinaisessa tarjouskilpailussa. Milloin tilanne voi aktualisoitua yrityksen poissuljentaan vai onko se ylipäättään mahdollista? Kysymyksen arvioinnissa on ennen kaikkea huomioitava, että hankintayksikön velvollisuutena on johtaa markkinatoimijoiden kanssa käytyä vuoropuhelua sekä noudattaa avoimuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteita kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa - myös hankinnan valmisteluvaiheessa.

## 1.2 Kysymyksenasettelu ja aiheen aikaisempi tutkimus

Hankinnan valmistelussa toteutettavan vuoropuhelun kannalta mielenkiintoiseksi aiheeksi ja tämän tutkimuksen kohteeksi nousee kysymys siitä, *vaarantaako julkisen hankinnan valmistelussa käytyyn vuoropuheluun osallistuminen yrityksen myöhemmän osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun?*

Asiaa ei ole vielä suoranaisesti käsitelty oikeuskäytännössä, vaan tapaukset joita hankintatuomioistuinten<sup>17</sup> arvioitavana on ollut, ovat olleet enimmäkseen tilanteita, joissa tarjoaja on toiminut ennemminkin konsultin asemassa<sup>18</sup>. Tällöin kysymys ei ole ollut niin sanotusta aidosta vuoropuhelusta hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välillä. Sen sijaan korkeimman hallinto-oikeuden tuoreessa ratkaisussa (KHO 30.10.2015 taltio 3067) oli osaltaan kysymys aidosta vuoropuhelusta. Tapauksessa kilpailun voittanut tarjoaja oli osallistunut hankintayksikön järjestämään vuoropuheluun ennen varsinaisen tarjouskilpailun alkamista ja toimittanut siihen liittyen Excel-tiedostoja, joiden lähettämisen hankintayksikkö oli sallinut. Hankintayksikkö oli

---

<sup>17</sup> Suomessa julkisten hankintojen ensiasteen valitustuomioistuimena toimii markkinaoikeus (MaO). Markkinaoikeuden päätöksistä voi edelleen valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen (KHO) toistaiseksi kaikissa tapauksissa. Hankintalain kokonaisuudistuksen myötä asian käsittelyyn korkeimmassa hallinto-oikeudessa edellytetään jatkossa mahdollisesti valitusluvan saamista.

<sup>18</sup> Myös Steen Treumer käsittelee artikkelissaan *“Technical dialogue prior to submission on tenders and principle of equal treatment on tenderers”* (Treumer 1999) teknisen dialogin alueelta ilmestynyttä oikeuskäytäntöä.

myöhemmin tarjouspyyntöasiakirjoja laatiessaan käyttänyt kyseisen tarjoajan toimitamia tiedostoja osaksi tarjouspyyntöasiakirjojen pohjana. Valittaja katsoi kyseisen tarjoajan olevan tästä syystä esteellinen<sup>19</sup> osallistumaan kyseiseen tarjouskilpailuun ja piti yrityksen poissulkemista varsinaisesta tarjouskilpailusta aiheellisena. Tähän oikeustapaukseen palaan myöhemmin tutkimuksessani.

Oikeuskirjallisuudessa asiaan ei ole myöskään kiinnitetty merkittävää huomiota.<sup>20</sup> Suomessa aihetta on lyhyesti sivunnut Eeva-Riitta Mäkelä artikkelissaan ”*Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa?*”, jossa hän toteaa, että vuoropuhelu on mahdollista järjestää tarjoajien tasapuolista kohtelua vaarantamatta. Mäkelä kuitenkin myöntää, että vuoropuhelu sisältää elementtejä, jotka saattavat väärin tai huolimattomasti käytettyinä vaarantaa tarjoajien tasavertaisen ja syrjimättömän kohtelun tai estää kilpailua lopullisessa hankinnassa, mikä puolestaan voi johtaa vuoropuheluun osallistuneen yrityksen poissulkuun varsinaisesta tarjouskilpailusta. Hänen mukaansa teoreettisella tasolla järjestetyn aidon vuoropuhelun ei voida kuitenkaan katsoa vaarantavan lopullisen kilpailutuksen kilpailuasetelmaa.<sup>21</sup>

Sen sijaan ulkomaisista kirjoittajista muun muassa tanskalainen professori Steen Treumer on käsitellyt vuoropuhelua kahdessa seuraavassa artikkelissaan: ”*Technical dialogue prior to submission on tenders and principle of equal treatment on tenderers*” sekä ”*Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom*”. Treumer käsittelee artikkeleissaan enemmän markkinatoimijan osallistumista vuoropuheluun konsultin asemassa kuin varsinaista aitoa vuoropuhelua. Verrattaessa näitä kahta kirjoittajaa on poikkeavista näkökulmista huolimatta huomattavissa, että Mäkelä suhtautuu vuoropuhelun toteuttamiseen ja sen mahdollisuuksiin positiivisemmin kuin tanskalainen Treumer.

---

<sup>19</sup> Käsite ”esteellinen” ilmenee niin valittajien valituskirjelmissä kuin myös hankintatuomioistuinten (MaO ja KHO) ratkaisukäytännössä. Käsitteen käyttö on nähdäkseni erikoista vuoropuhelun yhteydessä, koska normaalisti käsite viittaa hallinnolliseen (virkamiehen) esteellisyyteen (hallintolain 27–29 §).

<sup>20</sup> Aiheen lähes totaalinen käsittelemättömyys oikeuskirjallisuudessa on hyvin erikoista, koska vuoropuhelulla on tutkimuksessa esitetyn tavoin keskeinen merkitys koko hankintaprosessin onnistumisen kannalta. Lisäksi poissuljenta varsinaisesta tarjouskilpailusta aiheuttaa tyypillisesti voimakkaita tunteita yritysten keskuudessa, joiden toiminta saattaa olla toisinaan täysin riippuvainen jonkin hankintasopimuksen saamisesta.

<sup>21</sup> Mäkelä 2011 s. 10.



### 1.3 Rajaukset

Vakiintuneen tavan mukaan hankintayksikkö voi hyödyntää valmistelussa asiantuntijoita, konsultteja<sup>22</sup>, muita viranomaisia sekä *alalla toimivia yrityksiä (markkinatoimijoita)*. Asiantuntijoiden ja viranomaisten kanssa käytävä vuoropuhelu voi olla hyvinkin vapaamuotoista. Sen sijaan markkinatoimijoiden kanssa suoritettu vuoropuhelu on osoittautunut huomattavasti haasteellisemmaksi ja tarkemmaksi, koska markkinatoimijoilla on yleensä myös intressi osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun.

Tutkimukseni rajautuu käsittelemään edellä mainituista vuoropuheluasetelmista ainoastaan alalla toimivien yritysten antamia neuvoja hankintayksikölle. Markkinatoimijoiden kanssa käyty vuoropuhelu on myös käytännön hankintatoiminnassa eniten käytetty vaihtoehto.<sup>23</sup> Hankintayksiköt saavat parasta osaamista ja neuvoja hankinnan suunnitteluun alan yrityksiltä. Vaikka hankintayksikkö olisikin palkannut ulkopuolisen konsultin laatimaan tarjouspyynnön vaatimukset ja vertailuperusteet, voi sopivien ja tarkoituksenmukaisten vaatimusten asettaminen olla silti haasteellista ilman markkinoilla toimivien yritysten apua.<sup>24</sup>

Tässä tutkimuksessa en tarkoita markkinatoimijan sellaista osallistumista hankinnan valmisteluun, jossa yritys osallistuisi myös itse tarjouspyyntömateriaalin laatimiseen. Tällaisessa tilanteessa on kysymys yrityksen toimimisesta konsulttina ja markkinatoimijan kaksoisroolin arvioinnista. Tutkimukseni sen sijaan keskittyy tarkastelemaan hankintayksikön ja markkinatoimijoiden aitoa vuoropuhelua, jossa tuleva tarjoaja osallistuu hankintayksikön johtamaan vuoropuheluun niin sanotun tiedonantajan roolissa. Yritys ei kuitenkaan osallistu itse tarjouspyyntöasiakirjojen laatimiseen, joiden tekeminen on tutkimukseni tapauksessa hankintayksikön vastuulla.

Tutkimukseni markkinatoimijalla tarkoitan nimenomaan sellaista yritystä, jolla ei ole aikaisempaa liityntää vuoropuhelun järjestävään hankintayksikköön. Markkinatoimija ei ole ollut avustamassa hankintayksikköä hankinnan valmistelussa muutoin tai sen alaisuudessa toimiva työntekijä ei ole toiminut kyseisen hankintayksikön palveluksessa. Tutkimuksen tarkoittamalla markkinatoimijalla on tarkoitus osallistua myös varsinaiseen tarjouskilpailuun.

---

<sup>22</sup> *Eeva-Riitta Mäkelä ja Panu Pökkylä* käsittelevät konsulttien toimintaa hankinnan valmistelussa artikkelissaan ”*Konsultin kaksoisrooli – Voiko konsultti toimia hankinnassa kahdessa roolissa?*” (Mäkelä – Pökkylä 2013).

<sup>23</sup> Ks. myös *Mäkelä – Pökkylä* 2013 s. 3.

<sup>24</sup> *Arrowsmith* 1998 s. 2.

Lisäksi rajaan tutkimukseni arvoltaan suurempien hankintojen eli EU-kynnysarvojen<sup>25</sup> ylittävien hankintojen valmisteluun, joihin sovellettavaksi tulevat myös EY:n perustamissopimuksen, nykyisin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT)<sup>26</sup> oikeussäännöt ja periaatteet. Tämä johtuu siitä, että EU-kynnysarvot ylittävillä hankinnoilla voidaan nähdä suuren taloudellisen arvonsa<sup>27</sup> vuoksi *selvä EU:n jäsenvaltioiden rajat ylittävä intressi*<sup>28</sup>. EU:n toiminnasta tehdyn sopimuksen oikeussääntöjen ja siitä johtuvien periaatteiden soveltumisen edellytyksenä on, että hankinta voi kiinnostaa myös muuhun jäsenvaltioon sijoittautunutta yritystä. Kysymys on siten potentiaalisen tarjoajan suojaamisesta. Myös hankintadirektiivien tavoite on sama, mutta niiden soveltuminen ei edellytä sen osoittamista, että muiden jäsenvaltioiden toimittajat voisivat olla kiinnostuneita kyseisestä hankinnasta. Tässä suhteessa hankintadirektiivien soveltamisalaedellytykset eroavat EU:n toiminnasta annetun sopimuksen vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten soveltamisedellytyksistä.<sup>29</sup> EU:n toiminnasta tehdyn sopimuksen periaatteet tuovat mukanaan sekä luonteeltaan negatiivisen velvollisuuden (syrjinnän kiellon periaate) että positiivisia toimintavelvoitteita (avoimuusperiaate), joihin palaan myöhemmin tutkimuksessani. Lisäksi perustelen valintaani keskittyä EU-kynnysarvon ylittävän hankinnan valmisteluun sillä, että hankintojen valmistelun merkityksen tärkeys korostuu etenkin arvoltaan suurissa ja vaativissa hankinnoissa.

Rajaan tutkimuksen koskemaan myös vuoropuhelua, joka toteutetaan ennen varsinaista tarjouskilpailua, jossa käytettävänä hankintamenettelynä on *avoin menettely*. Käytettäessä avointa menettelymuotoa hankintayksiköllä ei ole enää mahdollista neuvotella hankinnan toteuttamisesta ja sen ehdoista hankintailmoituksen julkaisemisen

---

<sup>25</sup> EU-kynnysarvot (hankintalain 16 §) ovat 1.1.2016 lähtien seuraavat: tavarahankinnat ja palveluhankinnat 135 000/209 000 EUR, rakennusurakat 5 225 000, käyttöoikeusurakat 5 225 000 EUR ja suunnittelukilpailut 135 000/209 000 EUR.

<sup>26</sup> Sopimus Euroopan unionin toiminnasta, konsolidoitu toisinto 26.10.2012, EUVL C 326, s. 47–199.

<sup>27</sup> SECAP tapauksen (Asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP, tuomio 15.5.2008) perusteella on kuitenkin todettavissa, että pelkästään hankinnan arvoa ei voida pitää ratkaisevana rajat ylittävän intressin olemassaoloa arvioitaessa. Merkitystä voi olla myös hankinnan toteuttamispaikalla sekä hankinnan kohteella. (Nenonen 2009 s. 967) Näin ollen siis myös arvoltaan pienemmillä hankinnoilla voi olla selvä rajat ylittävä intressi.

<sup>28</sup> EYT viittasi asiassa komissio v. Irlanti (C-507/03) ensimmäisen kerran ratkaisunsa perusteluissa käsitteeseen ”varma rajat ylittävä intressi” (engl. *certain cross-border interest*) edellytyksenä EY-sopimuksesta johtuvien periaatteiden soveltamiselle julkisissa hankinnoissa. Myöhemmin annetussa SECAP-tapauksessa sama ilmaisu käännettiin ”selväksi rajat ylittäväksi intressiksi”. Nenonen pitää selvää rajat ylittävää käännoistä onnistuneempaan kuin komissio v. Irlanti annetussa ratkaisusta käännettyä varmaa rajat ylittävää intressiä. (Nenonen 2009 s. 176–179)

<sup>29</sup> Nenonen 2009 s. 173–181.

jälkeen.<sup>30</sup> Tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on ennen hankintailmoituksen julkaisua määritettävä kaikki ne vaatimukset ja mahdolliset vertailuperusteet, joita se aikoo tarjouspyynnössä käyttää.<sup>31</sup> Avoin hankintamenettely on myös käytännön hankintatoiminnassa ylivoimaisesti yleisin hankintamenettelymuoto. Avoin menettely on myös ensisijainen hankintamenettelymuoto yhdessä rajoitetun menettelyn kanssa muihin hankintalain mainitseisiin menettelymuotoihin<sup>32</sup> nähden.

Tutkimukseni ulkopuolelle jätän hallintolain (6.6.2003/434) säännökset, jotka sinänsä voivat sisältää vuoropuhelun kannalta huomioon otettavia ja relevantteja säännöksiä, mikäli hankintayksikkönä toimiva taho on viranomainen. Koska kaikki hankintayksiköt eivät kuitenkaan ole viranomaisia, rajaan hallintolain tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Tutkimuksen tarkastelunäkökulmaksi valikoituukin hankintayksiköiden osalta yleinen katsantokanto. Hankintayksikkönä voi olla mikä tahansa hankintalain 6 §:ssä tarkoitettu taho.

Tutkimukseni sijoituessa julkisiin hankintoihin on huomioitava myös se, että hankintalainsäädännön kokonaisuudistus on parhaillaan käynnissä ja tätä koskevat uudet hankintadirektiivit<sup>33</sup> annettiin alkuvuodesta 2014. Uudet hankintadirektiivit olisi tullut saattaa osaksi jäsenvaltioiden lainsäädäntöä 18.4.2016 mennessä.<sup>34</sup> Tästä aikataulusta Suomi kuitenkin viivästyi. Hankintalain kokonaisuudistuksen hallituksen esitys annettiin eduskunnalle 22.6.2016.<sup>35</sup> Työ- ja elinkeinoministeriön mukaan tavoitteena on, että uusi hankintalainsäädäntö olisi voimassa mahdollisimman pian loppuvuodesta 2016 tai alkuvuodesta 2017.<sup>36</sup> Suomen viivästyisestä johtuen hankintalainsäädännön osalta eletään siirtymävaihetta 18.4.2016 lähtien aina uuden hankintalainsäädännön voimaantuloon asti. Tämän siirtymäkauden aikana EU-oikeuden välittömän

---

<sup>30</sup> Markkinoiden kartoitusta on pidetty tärkeänä juuri siitä syystä, että hankintaprosessin käynnistyttyä hankintayksikön vaikutusmahdollisuudet olivat rajatut niihin raameihin mitä tarjouspyyntöön oli asetettu. (Jylhä 2011 s. 109.)

<sup>31</sup> *Arrowsmith* 1998 s. 2.

<sup>32</sup> Muita hankintamenettelyjä ovat neuvottelumenettely, kilpailullinen neuvottelumenettely, puitejärjestely, suunnittelukilpailu, dynaaminen hankintajärjestelmä, sähköinen huutokauppa sekä suorahankinta. Uusia menettelyjä (hankintadirektiivi 2014/24/EU) ovat innovaatiokumppanuus ja sähköiset luettelot (ei ehkä niinkään uusi hankintamenettely, vaan tapa antaa tarjous).

<sup>33</sup> Hankintadirektiivien uudistus alkoi EU:ssa komission 20.12.2011 antamilla ehdotuksilla uusiksi direktiiveiksi. Uudet hankintadirektiivit (direktiivi julkisista hankinnoista 24/14/EU, direktiivi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 23/14/EU ja direktiivi palveluja koskevista käyttöoikeussopimuksista 25/2014/EU) annettiin 26.2.2014.

<sup>34</sup> *TEM/429/03.01.01/2016* s. 1.

<sup>35</sup> Työ- ja elinkeinoministeriö > Ajankohtaista > Artikkelit > Uudistettu hankintalaki selkeyttää kilpailutusta ja nostaa kynnysarvoja.

<sup>36</sup> Työ- ja elinkeinoministeriö > Etusivu > Kuluttajat ja markkinat > Julkiset hankinnat > Hankintalain kokonaisuudistus.

oikeusvaikutuksen periaatteesta johtuen Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä on unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan välitön oikeusvaikutus, jos sen säännökset ovat ehdottomia sekä riittävän selkeitä ja tarkkoja. Soveltamisen edellytyksenä on lisäksi se, että jäsenvaltio ei ole saattanut direktiiviä osaksi kansallista lainsäädäntöä asetetussa määräajassa. Näin ollen Suomen julkishallinnolla kokonaisuudessaan on velvollisuus soveltaa uuden hankintadirektiivin säännöksiä, jos edellä mainitut edellytykset täyttyvät.

Välittömän oikeusvaikutuksen periaatteen ja Suomen viivästymisen vuoksi työ- ja elinkeinoministeriö on antanut ohjeellisen suunnan niistä uusien hankintadirektiivien määräyksistä, jotka voivat ministeriön näkemyksen mukaan olla välittömän oikeusvaikutuksen piirissä.<sup>37</sup> Kyseisen ohjeellisen listauksen piirissä ei ole kuitenkaan listattu hankinnan valmistelua koskevia määräyksiä. Tästä huolimatta nostan uuden hankintadirektiivin määräykset hankinnan valmistelusta esille, koska ne ovat lähinnä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistamien tulkintojen kirjaamista lainsäädännön tasolle. Näin ollen hankintalainsäädännön kokonaisuudistus ei tuo varsinaisia uudistuksia tämän tutkimuksen aiheeseen.

Tutkimukseni rajautuu myös käsittelemään niin sanottua yleistä hankintalainsäädäntöä eli klassista hankintadirektiiviä sekä kansallista hankintalakia. Näin ollen en ota tutkimuksessani huomioon erityisalojen hankintadirektiiviä, erityisalojen hankintalakia tai uutta käyttöoikeusdirektiiviä (ns. *konsessiodirektiivi*). Erityisalat ja käyttöoikeusdirektiivi rajautuvat tutkimuksen ulkopuolelle, koska sovellettaessa kyseisiä säännöksiä on neuvottelumahdollisuuden sisältäviä menettelymuotoja aina mahdollisuus käyttää. Tästä syystä vuoropuhelu ennen varsinaisen tarjouskilpailun alkamista ei ole yhtä merkittävässä asemassa kuin yleisen hankintalainsäädännön alueella.

#### **1.4 Tutkimuksen rakenne**

Ensimmäisessä varsinaisessa käsittelyluvussa käyn läpi, mitä vuoropuhelulla yleisesti tarkoitetaan ja miten se ajallisesti sijoittuu hankintaprosessiin. Lisäksi hahmotan, minkä tyyppisissä hankinnoissa vuoropuhelun suorittaminen entisestään korostuu. Määrittelen myös vuoropuhelun osapuolten eli hankintayksikön ja yrityksen roolit

---

<sup>37</sup> TEM/429/03.01.01/2016 s. 2-3.

vuoropuhelun toteuttamisessa. Lisäksi huomioin käytännön hankintatoiminnassa muotoutuneet vuoropuhelun suorittamistavat lyhyesti.

Tutkimuksen kolmannessa luvussa keskityn hahmottamaan hankinnan valmisteluvaiheen sekä yrityksen poissuljennan oikeudellisen lainsäädäntökehikon eli sen, mitä vuoropuhelusta ja poissuljennasta on säädetty ja miten hankintalainsäädäntö on kehittynyt näiden osalta. Valmisteluvaiheen lainsäädäntökehikon kannalta on olennaista huomioida myös hankintoja koskevat yleiset oikeusperiaatteet, joita hankintayksikön on jo valmisteluvaiheessa noudatettava. Kyseiset periaatteet luovat pohjan koko valmisteluvaiheelle ja siinä suoritettavien toimenpiteiden oikeudelliselle arvioinnille.

Tutkimuksen neljännessä luvussa siirryn tutkimaan vuoropuhelun eri vaiheita ja sitä, mitä edellä mainittujen hankintaperiaatteiden noudattaminen näissä vaiheissa käytännössä tarkoittaa. Tämän määrittäminen on tutkimuskysymyksen kannalta oleellista, jotta voidaan myöhemmin määrittää, voiko vuoropuhelusta edes syntyä sellaista kilpailuetua (ajallista tai tiedollista) markkinatoimijalle, joka vaarantaisi sen myöhemmän osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun. Tässä kohtaa tutkimusta selvitetään, millä tavoin hankintayksikkö on velvollinen vuoropuhelua suorittaessaan mahdollisesti toimimaan, kun otetaan huomioon yleiset hankintaperiaatteet. Määritettyäni peruseriaatteiden vaikutuksen vuoropuhelun toteuttamisessa huomion tämän jälkeen sen, mitä hankintayksikkö on vielä ennen tarjouskilpailun käynnistämistä velvollinen tekemään, jotta se varmistaisi tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun (kilpailuneutraliteetti). Tämän jälkeen vedän edellä mainitut seikat yhteen ja pyrin löytämään vastauksen siihen, voiko sellaista kilpailuetua tosiasiaassa edes syntyä, joka vaarantaisi tarjoajan osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun.

Tutkimuksen viidennessä luvussa käsittelemäni niitä ongelmakohtia, joita nähdäkseni liittyy yrityksen mahdolliseen poissuljentaan sen seurauksena, että yritys on osallistunut vuoropuheluun. Luvun lopussa tarkastelen myös hankintalainsäädännön perustarkoitusta ja sen suhdetta tarjoajan poissulkemiseen tarjouskilpailusta.

Viimeisessä luvussa vedän yhteen tutkimuksessani tekemäni havainnot ja esitän näkemykseni siitä, voiko vuoropuheluun osallistuminen vaarantaa markkinatoimijan osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun. Edellä mainitun johtopäätöksen lisäksi esitän näkemykseni vielä siihen, mitä yrityksen poissulkeminen vuoropuhelun seurauksena käytännön hankintatoiminnassa tarkoittaisi ja millä keinoin markkinatoimijan aseman vaarantumista voitaisiin välttää.

## 1.5 Tutkimusmenetelmät ja keskeiset oikeuslähteet

Tutkimusmenetelmiksi olen valinnut oikeusdogmaattisen eli lainopillisen tutkimustavan sekä osaltaan myös oikeuspoliittisen tutkimusmenetelmän. Tutkimukseni jakautuu näin ollen menetelmällisesti kahteen eri osaan.

Tutkimuksen alkuosassa (luvut 2-4) hyödynnän vahvasti oikeusdogmaattista lähestymistapaa. Oikeusdogmaattinen tutkimusmenetelmä voidaan niin ikään jakaa normi- ja ongelmakeskeiseen lainoppiin. Hyödynnän näitä kumpaakin tutkimuksessani rinnakkain. Näistä ensimmäistä eli normikeskeistä tarkastelutapaa käytän selvittäessäni hankintayksikön ja yrityksen välisen vuoropuhelun oikeudellista lainsäädäntökehikkoa. Tutkimuksen kolmas luku käsittelee erityisesti tätä aihetta. Sen sijaan jälkimmäistä eli ongelmakeskeistä lainoppia hyödynnän tutkimukseni luvuissa 4 ja 5, jolloin pyrin systematisoimaan vuoropuheluun liittyvää lainsäädäntökehikkoa tutkimuskysymyksen suhteen eli voiko yrityksen osallistuminen julkisen hankinnan valmistelussa toteutettuun vuoropuheluun vaarantaa sen myöhempää osallistumista itse tarjouskilpailuun.

Valitsemistani tutkimusmenetelmistä toista eli oikeuspoliittista tutkimusmenetelmää hyödynnän tutkimukseni loppuluvussa (luku 6). Loppuluvun johtopäätökset ja ratkaisuvaihtoehdot perustuvat ennen kaikkea oikeuspoliittisiin näkökantoihin sekä tutkimuksesta saatuihin päätelmiin yrityksen aseman turvaamisessa varsinaiseen tarjouskilpailuun. Ehdotetuilla ratkaisuvaihtoehdoilla pyrin molempien osapuolten (tilaaja-toimittaja) kannalta järkeviin ratkaisuihin.

Tutkimuksen lähteinä käytän pääasiallisesti lainsäädäntöä, oikeuskirjallisuutta, lainvalmisteluaineistoa, viranomaisohjeita, oikeustieteellisiä julkaisuja, oikeuskäytäntöä sekä käytännön hankintatoiminnasta saatuja tietoja.. Suomalaisen oikeuskirjallisuuden lisäksi käytän tutkimuksessani erityisesti myös ruotsalaista oikeuskirjallisuutta, jossa on käsitelty hankintayksikön ja yrityksen välistä vuoropuhelua huomattavasti enemmän kuin kotimaisessa kirjallisuudessamme. Julkisissa hankinnoissa muiden EU-maiden kirjoittajien tekstejä voidaan sujuvasti käyttää kotimaista kirjallisuutta täydentävänä, koska kaikkien EU-maiden hankintasäännösten taustalla on sama oikeuspohja – EU:n hankintadirektiivit.

## 1.6 Keskeiset käsitteet

Julkisten hankintojen käsitteet ja määritelmät ovat tärkeitä hankintoja koskevan lain-säädännön ymmärtämisessä. Hankintojen monitahoisuuden vuoksi sekä jatkuvan lain-säädännön kehityksessä ovat käsitteet ja määritelmät kuitenkin toisinaan jääneet käytännön hankintatoiminnassa muodostuviksi ja siksi tulkinnaltaan epämääräisiksi. Koska tutkimuksen kohteena olevassa hankintaprosessin vaiheessa ei vielä sovelleta hankintalakia, ei hankinnan valmistelussa esiintyviä käsitteitä ole virallisesti määriteltä. Käsitteet ovat pikemminkin muotoutuneet edellä mainituin tavoin käytännön hankintatoiminnassa. Tästä syystä myös käsitteiden merkitys tai asiayhteys on vaihdellut eri käyttäjien ja kirjoittajien ilmauksissa. Mahdollisista eri tulkinnoista johtuen määrittelyn seuraavaksi työn keskeiset käsitteet. Osa tutkimuksen käsitteistä määritellään tutkimuksen edetessä.

Julkisen hankinnan vuoropuheluun osallistuvasta yrityksestä käytän tässä tutkimuksessa käsitteitä *markkinatoimija* tai *yritys*, koska kyseinen toimija ei ole vielä tässä vaiheessa hankintaprosessia hankintalain tarkoittama ehdokas<sup>38</sup> tai tarjoaja<sup>39</sup>. Markkinatoimijalla tai yrityksellä tarkoitetaan siten yleisesti toimijaa, joka ei ole vielä jättänyt osallistumishakemustaan tai tarjousta hankintaan. Markkinatoimija ja yritys ovat siis neutraaleja käsitteitä toimijasta, jolla ei ole vielä hankintalain piirissä olevaa liityntää valmisteilla olevaan julkiseen hankintaan. Jäljempänä tutkimuksessani käytän käsitteitä markkinatoimija ja yritys keskenään yhteneväisessä merkityksessä eli käsitteet ovat toistensa synonyymeja.

Hankintayksikön ja markkinatoimijan välisestä vuoropuhelusta on niin ikään käytetty oikeuskirjallisuudessa vaihtelevia käsitteitä. Vuoropuhelua on kuvattu esimerkiksi käsitteillä *tekninen vuoropuhelu* sekä myös yleismaailmallisemmin *tekninen dialogi*<sup>40</sup> (vrt. engl. *technical dialogue*, skandinaaviset kielet *teknisk dialog*). Teknisellä dialogilla on kuitenkin ulkomaisessa kirjallisuudessa viitattu vaihtelevasti myös rajatumpaan yhden yrityksen osallistumiseen hankinnan valmisteluun, jolloin yritys on ollut lähinnä konsultin roolissa. Tästä syystä en käytä tutkimuksessani teknisen dialogin

---

<sup>38</sup> Hankintalain 5 §:n 8 kohdan mukaan *ehdokkaalla* tarkoitetaan toimittajaa, joka on ilmoittanut hakukautensa osallistua rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn taikka kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn.

<sup>39</sup> Hankintalain 5 §:n 9 kohdan mukaan *tarjoajalla* tarkoitetaan toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen.

<sup>40</sup> Teknisestä dialogista puhuttaessa saatetaan viitata varsinkin ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa myös rajatumpaan yhden yrityksen tekemään valmistelutyöhön. Tällöin kyse on ns. konsultin kaksoisroolin arvioinnista eikä aidosta vuoropuhelusta. (Mäkelä 2011 s. 9.)

käsitettä. Suomalaisessa hankintakirjallisuudessa on hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välisestä vuoropuhelusta käytetty myös käsitettä *markkinavuoropuhelu*. Myöskään tätä termiä ei ole varsinaisesti määritelty. *Asta Länsimies* on diplomityösään määritellyt markkinavuoropuhelun kohtaamisprosessiksi julkissektorin ja substanssiasiantuntijoiden, toimittajayritysten, loppukäyttäjien ja asiakkaiden välillä. *Länsimiehen* mukaan markkinavuoropuhelu voidaan nähdä yläkäsitteenä tekniselle vuoropuhelulle, joka voi olla osa yleisempää markkinavuoropuhelua markkinatoimijoiden ja hankintayksiköiden välillä.<sup>41</sup> *Länsimiehen* mukaan markkinavuoropuhelu on koko hankintaprosessin kestävä, joka alkaa hankinnan suunnittelusta ja jatkuu edelleen tarjouskilpailun jälkeiselle sopimuskaudelle. Sen sijaan *Patajoki* on käyttänyt termiä markkinavuoropuhelu kuvaamaan kaikkea sitä vuoropuhelua, joka käydään ostajan ja markkinatoimijan välillä *ennen* varsinaisen tarjousmenettelyn alkamista.<sup>42</sup> Kyseinen markkinavuoropuhelun käsite näyttää olevan Suomen hankintakirjallisuudelle ominainen, eikä se näytä esiintyvän muiden maiden hankintakirjallisuudessa<sup>43</sup>. Tässä tutkimuksessa päädyn käyttämään aiheesta ainoastaan *vuoropuhelun*<sup>44</sup> käsitettä ilman ylimääräistä täsmennystä. *Vuoropuhelu* näyttää yhdistävän kaikkia aiheesta esitettyjä käsitteitä. Vuoropuhelulla tarkoitan siten jatkossa hankintayksikön toimeenpanemaa hankintaa edeltävää markkinoiden kartoitusta, joka toteutetaan keskusteluilla markkinatoimijoiden kanssa.

Koko hankinnan elinkaaresta käytän yleisesti tunnustettua termiä *hankintaprosessi*, joka käsittää kaikki hankinnan vaiheet: suunnittelun eli valmistelun, kilpailutuksen ja päättyy hankintasopimuksen allekirjoittamiseen.<sup>45</sup> Sen sijaan varsinaisesta kilpailutuksesta, joka alkaa hankintailmoituksen julkaisemisesta HILMA-portaalissa käytän käsitettä *tarjouskilpailu*.

*Perustamissopimuksen periaatteilla* tarkoitan tutkimuksessani entisen Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta (nykyisin SEUT) johdettavia periaatteita (syrjimättö-

---

<sup>41</sup> *Länsimies* 2014 s. 25–28.

<sup>42</sup> *Patajoki* 2013 s. 17.

<sup>43</sup> Termi esiintyy jonkin verran myös Ruotsissa hankinnan valmistelua koskevassa kirjallisuudessa.

<sup>44</sup> Käsitettä ei pidä kuitenkaan sekoittaa jo kumotun hankintadirektiivin (2004/18/EY) 40 artiklassa käytettyyn kilpailullisen neuvottelumenettelyn vuoropuhelun käsitteeseen.

<sup>45</sup> Valtion hankintakäsikirja 2010 s. 31. Ks. myös *Pekkala – Pohjonen* 2014 s. 24–26. Näin myös *Kuusniemi-Laine – Takala* 2008 s. 107–109. Ks. myös [www.hankinnat.fi](http://www.hankinnat.fi). Sen sijaan Mäkelä käyttää termiä hankintaprosessi kuvaamaan hankintailmoituksen julkaisemisesta alkavaa hankintalaissa säänneltyä kilpailutusprosessia. (Mäkelä 2011 s.2–3)



myys, yhdenvertaisuus, avoimuus, suhteellisuus). Kyseiset periaatteet on johdettu esimerkiksi SEUT:n tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta sekä kansalaisten ja yritysten vapaata sijoittautumisoikeutta suojaavista määräyksistä<sup>46,47</sup>.

*Hankintalainsäädännöllä* puolestaan tarkoitan julkisiin hankintoihin liittyvää sääntelykokonaisuutta (GPA-sopimus, hankintadirektiivit, kansallinen hankintalaki), jonka synonyymina käytän myös termiä *hankintaoikeus*.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> mm. *Sundstrand* on väitöskirjassaan ”Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt” tarkastellut EU:n primäärioikeudesta johdettavia sääntöjä hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa (Sundstrand 2012). Näin myös *Nenonen* väitöskirjassaan ”Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolella” (Nenonen 2014).

<sup>47</sup> *Halonen* 2015 s. 18–19.

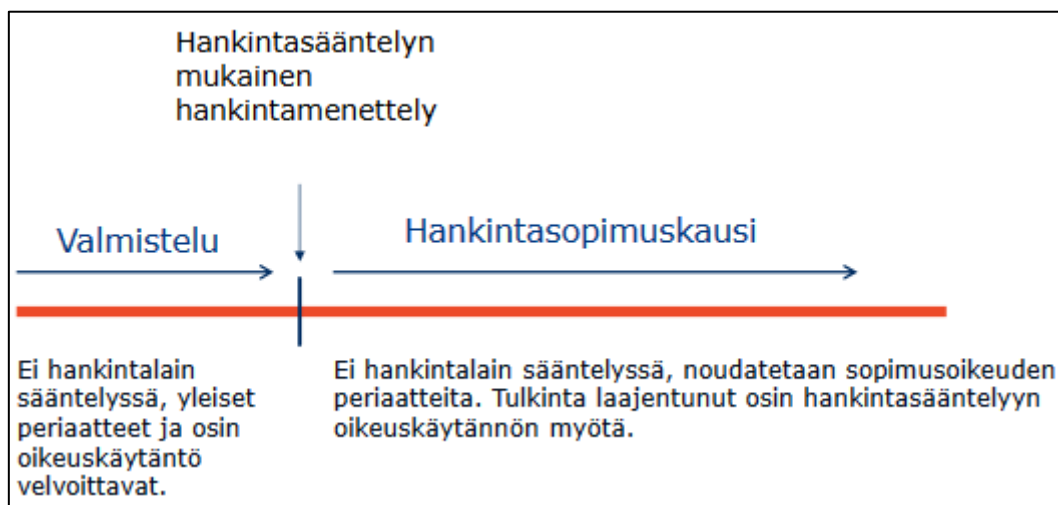
<sup>48</sup> Näin myös *Halonen* 2015 s. 18.

## 2 VUOROPUHELUSTA YLEISESTI

### 2.1 Hankinnan valmistelu ja vuoropuhelu

Ennen hankintailmoituksen julkaisemista HILMA-palvelussa hankintayksikkö toteuttaa yleensä jonkin asteen valmistelutoimenpiteitä tulevalle hankinnalleen. Hankinnan valmisteluvaihe on myöhemmästä tarjouskilpailusta kokonaan erillinen vaihe (ks. kuva 1), jossa hankintayksikkö määrittelee sen, mitä se haluaa hankkia ja millä tavoin. Valmisteluvaiheen erottaminen itse kilpailutusprosessista on oleellista, sillä hankinnan valmistelua ei ole vielä tällä hetkellä säännelty hankintalainsäädännössä. Valmisteluvaiheeseen sovellettavaksi tulevat kuitenkin EY:n perustamissopimuksesta (nykyisin SEUT) johdetut yleiset hankintaperiaatteet sekä niistä Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) antama oikeuskäytäntö. Nytemmin tilanne on vielä osittain muuttunut johtuen hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksesta, johon palaan myöhemmin tässä tutkimuksessa.

Kuva 1: Hankinnan valmisteluvaihe hankintaprosessissa.<sup>49</sup>



Hankinnan valmisteluvaiheessa hankintayksikkö tekee myöhemmän tarjouskilpailun kannalta erittäin keskeisiä ja koko hankintamenettelyn onnistumisen kannalta oleellisia ratkaisuja. Tässä vaiheessa hankintaprosessia hankintayksikkö muun ohella määrittelee hankinnan kohteen, muotoilee tarjouspyyntödokumentaation sekä valitsee

<sup>49</sup> Huikko 2015 s. 2.

parhaan tarjouksen valintatavan.<sup>50</sup> Lopputuloksena syntyy koko tulevan tarjouskilpailun pohjana toimivat tarjouspyyntöasiakirjat. Tarjouspyyntöasiakirjojen laadinta ei kuitenkaan ole aina kovin yksinkertaista, koska hankinnat saattavat olla erittäin monitahoisia ja edellyttää hankintayksiköltä syvää toimiala- ja kilpailutus osaamista. Tästä johtuen hankintayksiköt tarvitsevat usein ulkopuolista apua tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa. Käytännön hankintatoiminta on osoittanut, että ongelmat tulevat esiin myöhemmässä tarjouskilpailussa, mikäli todellista keskustelua ei ole syntynyt alalla toimivien yritysten ja hankintayksikön välillä ennen tarjouspyyntöasiakirjojen laadintaa.

Osana hankinnan valmistelua hankintayksiköt voivat edellä mainituin tavoin käydä *vuoropuhelua* markkinoilla toimivien yritysten kanssa. Mitään pakkoa tällaisten keskustelujen käymiseen ei ole, mutta usein niiden toteuttaminen auttaa hankintayksikköä tarjouspyyntöasiakirjojen laatimiseen liittyvissä ongelmissa. Käytännössä tavalista on, että hankintayksikköjen henkilöstö laatii tarjouspyynnöt osana omaa työtään ilman kyseisen hankinnan toimialan syvää osaamista. Tällöin hankintayksikköjen olisi lähes välttämätöntä saada apua tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa. Yritykset voivat näissä keskusteluissa kertoa alan viimeisimmästä kehityksestä sekä vaihtoehtoisista toteutustavoista. Lisäksi nämä keskustelut saattavat antaa suuntaa myös sille, millaisen toteutustavan hankintayksikkö lopulta valitsee tai millaisena kokonaisuutena hankinta kilpailutetaan.<sup>51</sup>

## **2.2 Vuoropuhelun tarkoitus ja tavoitteet – markkinoita vastaava tarjouspyyntö**

Ilman huolellista valmistelua tarjouspyynnöt ovat usein johtaneet epätarkoituksenmukaiseen lopputulokseen. Toisinaan tarjouspyynnöt ovat sisältäneet jopa sellaisia ehtoja, jotka ovat olleet suorastaan mahdottomia tarjoajien näkökulmasta. Käytännön hankintatoiminnassa on ilmennyt muun muassa tapauksia, joissa tarjoajat eivät ole voineet edes tarjota tarjouspyynnössä pyydettyä tavaraa tai palvelua.<sup>52</sup> Vaikka tarjouspyyntöön olisikin mahdollista vastata, on kuitenkin selvää, että hankinnan kohteen

---

<sup>50</sup> Ks. *Mäkelä* 2011 s. 1. Ratkaisussa MaO:923/15 ”Hankintalain säännökset eivät säätele hankinnan sisältöä tai hankinnan tarkoituksenmukaisuutta. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa määrittellä tarjouspyyntöasiakirjoissa hankinnan kohde ja tarjouksen valintaperusteena käytetyn kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteet.”

<sup>51</sup> *Eskola – Ruohoniemi* 2011 s. 138. Ks. myös *Mäkelä* 2011 s. 2.

<sup>52</sup> Tällainen tilanne on toisinaan ilmennyt muun muassa IT-alalla, jonka kehitys on viime aikoina ollut valtavan nopeaa. Hankintayksiköt ovat hyödyntäneet vanhoja tarjouspyyntöasiakirjoja uuden kilpailutuksen pohjana, eivätkä ole olleet tarkkoja vaadittavien vähimmäisvaatimusten suhteen.

huono tai epäselvä määrittely karkottaa tarjoajia, sillä tarjouksen valmistelu vaikeutuu huomattavasti epäselvän tarjouspyynnön tai hankinnan epäselvän sisällön vuoksi.<sup>53</sup>

Hankintayksiköiden ja yritysten välisen vuoropuhelun pääasiallisena tarkoituksena ja tavoitteena on välttää epäselvien tilanteiden syntyminen ja saada tarjouspyynnöstä tarkoituksenmukainen sekä markkinoita vastaava. Tällä tavoin *edistetään myös hankinnassa aikaansaataavaa kilpailua*. Hankintalain 2 §:n mukaan hankintayksikön onkin *käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet*.<sup>54</sup> Kyseisen pykälän perusteluiden (HE 50/2006 s. 46) mukaan tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on hyödyttävä tarjoajien välisestä laatuun ja hintaan liittyvästä kilpailusta, joka edellyttää hinta-laatusuhteeseen liittyvien näkökohtien huomioon ottamista tarjouspyynnön laatimisessa.<sup>55</sup> Näiden näkökohtien huomioon ottaminen edellyttää kuitenkin hankintayksiköltä hankittavan kohteen toimialan tuntemusta. Lisäksi on oleellista myös huomata, että hankinnan kohteen määrittelyllä ja rajauksella voi olla hyvinkin suuri merkitys markkinoilla aikaansaatavan kilpailun kannalta. Jos hankintayksiköt kilpailuttavat hankintojaan tietämättä hankinnan kohteena olevan toimialan markkinarakennetta on usein vaarana se, että hankinta toteutetaan liian suurena kokonaisuutena.<sup>56</sup> Tällöin tarjouspyyntö rajaa kilpailun ulkopuolelle suuren määrän - toisinaan lähes kokonaan - alalla toimivat pk-yritykset<sup>57</sup>. Tällainen hankinnan markkinakentän tuntemattomuus voi siis aiheuttaa myös vakavaa kilpailun rajoittumista.

Tarkoituksenmukainen tarjouspyyntö ja sitä myötä kilpailun edistäminen johtaa niin ikään myös *julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön*, joka on yksi hankintojen perustavoitteista. Tästä syystä vuoropuhelu yritysten kanssa on olennainen tekijä hyvän hankinnan toteuttamisessa ja yleisesti koko hankintayhteisön (yhteiskunnan) talouden kehittämisessä<sup>58</sup> sekä hankintojen perustavoitteen eli julkisten varojen tehokkaan käytön saavuttamisessa.

---

<sup>53</sup> *Siikavirta* 2015 s. 141.

<sup>54</sup> *Karinkanta – Kontio – Krakau – Lahtinen – With* 2012 s. 42. Hankintayksiköllä on velvollisuus hyödyntää olemassa olevat kilpailuolosuhteet, joten hankintayksikkö ei saa hankintaa valmistellessa pyrkiä rajoittamaan kilpailua.

<sup>55</sup> *HE 50/2006 vp.* s. 46.

<sup>56</sup> Näin myös *Hyvönen – Kess – Piisi – Tuomela – Uotila* 2007 s. 77.

<sup>57</sup> Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen yhtenä päätavoitteena on saada parannettua pk-yritysten osallistumista julkisiin hankintoihin.

<sup>58</sup> Myös *Päivi Halonen* (Joensuun Seudun Kehittämisyhtiö JOSEK Oy) painottaa, että hankinnoilla on suuri merkitys alueen talouteen ja hankintoja kannattaa jakaa pienempiin osiin, jotta myös pk-yrityksillä olisi paremmat mahdollisuudet osallistua hankintoihin. Halosen mukaan hankkijoiden tulisi olla yhteydessä yrityksiin ja hioa tarjouspyyntöä vuoropuhelun pohjalta. Lisäksi kuntien tulisi hänen mukaansa tiedottaa hankinnoista ja yrittäjien pitäisi jaksaa olla aktiivisia. (Yrittäjäsanomien nro 07/2016 s. 4).

### 2.3 Vuoropuhelun tärkeyden korostuminen

Hankintayksiköiden ja yritysten välisen vuoropuhelun voidaan katsoa korostuvan etenkin kolmessa erilaisessa tilanteessa. Erityisen tärkeää vuoropuhelun toteuttaminen on ensinnäkin silloin kun hankintayksikkö on ensimmäistä kertaa hankkimassa *uutta* tuotetta, palvelua tai urakkaa, jota se ei ole aikaisemmin hankkinut. Tällöin hankintayksiköllä on usein puutteelliset tiedot kyseisen hankinnan markkinoista, siellä olevista toimijoista sekä alalla vallitsevista pelisäännöistä ja tavanomaisista sopimusehdoista. Toiseksi vuoropuhelun merkittävyys nousee esiin silloin kun hankintayksikön täytyy suorittaa erityisen *vaativa*<sup>59</sup> hankinta, mutta neuvottelumenettelyn tai kilpailullisen neuvottelumenettelyn vaatimukset eivät täyty. Kolmantena on puolestaan tilanne, jossa hankintayksikkö haluaa toteuttaa niin sanotun *innovatiivisen hankinnan*<sup>60</sup>. Myös tällöin vuoropuhelu on keskeisessä asemassa, jotta hankintayksikkö saisi erilaisia ja uusia ratkaisuja.

Vuoropuhelun suuri merkitys näissä tapauksissa johtuu ensisijaisesti siitä, ettei hankintayksiköllä ole neuvottelumahdollisuutta itse hankintamenettelyn aikana eli sen jälkeen kun se on julkaissut hankinnasta hankintailmoituksen. Neuvottelukiellosta johtuen hankinnasta laadittavan tarjouspyyntöaineiston täytyy siis olla sellaisessa muodossa, että sen avulla hankinta on mahdollista kilpailuttaa. Puutteita hankintayksikön omassa osaamisessa ei voida tällöin korvata neuvottelumahdollisuuden sisältävillä menettelyillä. Tästä johtuen hankintayksikkö voi ja sen on lähes välttämätöntä tehdä uuden, vaativan tai innovatiivisen hankinnan tarjontaa yleisesti kartoittava ennakkokysely tai käydä yritysten kanssa vuoropuhelua<sup>61</sup>. Markkinoiden kartoituksessa, ennakkotiedustelulla tai informaatiokyselyllä (RFI) hankintayksikkö voi selvittää ennen tarjouskilpailun aloittamista alalla toimivien potentiaalisten tarjoajien määrää, toimituskykyä sekä markkinoilla olevia tuotteita ja niiden ominaisuuksia. Lisäksi hankintayksikkö voi selvittää erilaisia ratkaisuvaihtoehtoja tai palvelun vaihtoehtoisia toteutustapoja, markkinatoimijoiden hinnoittelua sekä alalla käytettäviä sopimusehtoja sekä muita käytäntöjä.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Moni kunta on viime aikoina kilpailuttanut sosiaali- ja terveystalvvelujaan (SOTE-hankinnat), joiden hankinnat ovat erityisen vaativia. Euromääräisesti suurimmat hankinnat keskittyvätkin nimenomaan sosiaali- ja terveystalvvelulle sekä rakennusalalle (Yrittäjäsanommat nro 07/2016 s. 4)

<sup>60</sup> Innovatiivisten hankintojen lisääminen on yksi uuden hankintadirektiivin perustavoitteista. Direktiivissä on muun muassa kokonaan uusi hankintamenettelymuoto - *innovaatiokumppanuus* (artikla 31).

<sup>61</sup> Pekkala – Pohjonen 2014 s. 338.

<sup>62</sup> Pekkala – Pohjonen 2014 s. 338. Ks. myös Mäkelä 2011 s. 2.

## 2.4 Osapuolten roolit vuoropuhelussa

### 2.4.1 Hankintayksikkö vuoropuhelun toteuttajana

Hankintalain 6 §:n mukaan hankintayksiköitä ovat muun muassa Suomen valtio, kunnat, julkisoikeudelliset laitokset (tietyin edellytyksin) sekä mikä tahansa yksikkö joka saa hankintaansa tukea yli puolet hankinnan arvosta edellä mainituilta tahoilta. Hankintalainsäädäntö asettaa pääasiassa velvollisuuksia vain sen soveltamisalaan kuuluville hankintayksiköille.

Hankinnan valmisteluvaiheen lähtökohtana on, että hankintayksikkö vastaa valmistelusta ja siinä mahdollisesti toteutettavasta vuoropuhelusta markkinatoimijoiden kanssa. Vastuu hankintaprosessin oikeellisuudesta, suunnitelmallisuudesta, syrjimättömyydestä ja avoimuudesta kuuluu siten hankintayksikölle siitakin huolimatta, että hankintayksikkö olisi valinnut ulkopuolisen konsultin tekemään hankinnan valmistelun. Näin ollen hankintayksikön vastuuta ei vähennä eikä siirrä myöskään ulkopuolisen konsultin käyttäminen.<sup>63</sup> Hankintayksikön täytyy näin ollen huolehtia, että tarjoajat ovat tasavertaisessa asemassa alkaessaan laatimaan tarjouksiaan.<sup>64</sup> Tasavertaisen aseman turvaamisella en tarkoita kuitenkaan sitä, että hankintayksikön tulisi tasata tai missään määrin ottaa huomioon yritysten välillä luonnollisesti olevia eroja tietotaidossa tai resursseissa, jotka kuuluvat toimivaan markkinakilpailuun. Keskeisiä ovat puolestaan hankintayksikön toimet ja niiden tasapuolisuus tarjoajien välillä.

EU-tuomioistuin totesi eVigilo -ratkaisussaan (C-538/13), että hankintadirektiivin (2004/18/EY) 2 artiklan mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä ja toimittava avoimesti. Tästä johtuen hankintayksiköillä on *aktiivinen rooli*, että näitä julkisia hankintasopimuksia tehtäessä noudatettavia periaatteita myös tosiasiallisesti sovelletaan. Tämä velvollisuus vastaa ratkaisun mukaan julkisia hankintamenettelyjä koskevien direktiivien perusajatusta (ks. tuomio Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, 45 kohta). Näin ollen hankintayksikön pitää joka tapauksessa tarkastaa mahdollisten eturistiriitojen olemassaolo ja toteuttaa tarkoituksenmukaiset toimenpiteet estääkseen, paljastaakseen ja poistaakseen eturistiriidat.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Mäkelä – Pöykkö 2013 s. 26.

<sup>64</sup> Eskola – Ruohoniemi 2011 s. 138.

<sup>65</sup> Asia C-538/13 eVigilo Ltd v. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos. Kohdat 42 ja 43.

## 2.4.2 Yrityksen rooli vuoropuhelussa ja markkinointi hankintayksiköille

Yrityksen vaikutusmahdollisuuksien kannalta hankinnan valmisteluvaihe ja siinä mahdollisesti toteutettavan vuoropuhelun käyminen on koko hankintaprosessin tärkein vaihe. Tässä vaiheessa yrityksellä on mahdollisuus markkinoida omaa tuotettaan tai palveluaan ja tällä tavoin mahdollisesti vaikuttaa hankinnan toteuttamiseen. Yrityksen vaikutusmahdollisuudet sen sijaan luonnollisesti lakkaavat kun hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen<sup>66</sup>. Missä määrin markkinoilla toimivat yritykset voivat sitten markkinoida tuotteitaan ja palveluitaan? Voivatko yritykset suorittaa aktiivista markkinointia ja yrittää vaikuttaa vuoropuhelun avulla hankinnan sisältöön ja sen kilpailuttamiseen?

Edellä läpikäytyyn hankintayksikön asemaan nähden yritysten rooli on varsin erilainen. Hankintalainsäädäntö ei sisällä juurikaan itse markkinatoimijoille velvoitteita asettavia säännöksiä lukuun ottamatta velvollisuutta ilmoittaa hankintayksikölle markkinaoikeudelle tekemästään valituksesta (hankintalain 88 §, 30.4.2010/321). Yrityksen osallistuessa hankinnan valmisteluun se ei myöskään vastaa tarjouspyyntöaineiston laatimisesta vaan yksistään neuvojen antamisesta. Näin ollen potentiaalisen tarjoajan asema vuoropuhelussa ei ole myöskään sama kuin sellaisen yrityksen, joka toimii varsinaisena hankintayksikön konsulttina kilpailutuksen järjestämisessä.

Edellä mainitusta johtuen markkinatoimijat voivat julkisissa hankinnoissa nähdäkseni toimia samaan tapaan kuin ne markkinoivat ja käyvät kauppaa yksityisellä puolella. Sen sijaan vastuu tämän markkinoinnin vastaanottamisesta kuuluu hankintayksikölle, jonka tulee yrityksen aktiivisista vaikutusyrityksistä huolimatta ottaa huomioon myös muut alalla toimivat yritykset ja tehdä tarjouspyynnöstä kaikissa tilanteissa tasapuolinen ja syrjimätön. Hankintayksikön täytyy siten suodattaa yritysten aktiivista markkinointia ja ottaa huomioon vain ne seikat, jotka eivät syrji muita potentiaalisia tarjoajia. Vastuuta tarjouspyynnön sisällöstä ja tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta ei voida siten siirtää aktiivista markkinointia suorittavan yrityksen kannettavaksi. Yritysten suorittamaa markkinointia ei voida lähteä rajoittamaan vain siksi, että ne tekevät kauppaa julkisen sektorin kanssa. Yritysten oikeus omaan markkinointiin on säilytettävä, tekevät ne sitten kauppaa julkisen tai yksityisen sektorin kanssa. Julkisten hankintojen eroavaisuus yksityiseen puoleen tiivistyykin ainoastaan ostajan roolin erilaisuuteen.

---

<sup>66</sup> Toimittajan vaikutusmahdollisuudet lakkaavat etenkin avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä, jossa neuvottelemisen hankinnan ehdoista ei ole enää mahdollista, koska ne eivät menettelyinä sisällä neuvottelumahdollisuutta.

Ostajan eli hankintayksikön vastuu hankinnan oikeellisuudesta perustuu sen asemaan julkisten varojen käyttäjänä ja EU:n peruseriaatteiden toteuttajana.

Yritysten suorittamassa vaikuttamisessa voidaan *Karinkannan* mukaan hahmottaa ainakin kaksi ääripäätä: *voimavaikuttaminen* ja *lisäarvoaikuttaminen*.<sup>67</sup> Voimavaikuttamisessa pyritään myymään tuote asiakkaalle riippumatta asiakkaan tarpeesta ja tilanteesta. Oleellisia tekijöitä ovat erilaiset argumentointi- ja vaikuttamistekniikat. Voimavaikuttaminen voi toimia tilanteissa, joissa hankintayksiköllä ei ole osaamista ja resursseja, mikä voidaankin nähdä hankinnoissa tyyppitilanteena. Sen sijaan niin sanottujen rutiinituotteiden hankinnassa voimavaikuttamisen merkityksen ei nähdä olevan oleellinen. Vaativimmissa ja monimutkaisemmissa hankinnoissa tätä vaikuttamistapaa puolestaan esiintyy. Voimavaikuttaminen on lyhytjänteistä ja saattaa aiheuttaa myös negatiivisia vaikutuksia. Lopputulos jää kuitenkin joka tapauksessa kilpailutuksen varaan. Oikein kohdistettu ja ajoitettu voimavaikuttaminen saattaa kuitenkin johtaa hankinnan valmistelun tarjoajalle edulliseen suuntaan. Lisäarvoaikuttamisessa puolestaan pyritään etsimään hankintayksikön ongelmiin tai tarpeisiin aidosti lisäarvoa tuottavaa ratkaisua. Hankintayksikköä pyritään kuuntelemaan aidosti ja antamaan hankintayksikölle tietoja sekä edesauttamaan hankintayksikköä ymmärtämään tarpeensa ja sen ratkaisemisen eri vaihtoehtoja. Lyhyen aikavälin vaikuttavuus voi olla kuitenkin heikko, koska hankintayksikön hankintaa ei voida tai pyritä ohjaamaan. Vastapainona tarjoaja saa onnistuneessa tilanteessa tietoa hankintayksikön ajattelutavasta, kulttuurista ja tarpeista, mistä yleensä on hyötyä tarjouksen tekemisessä. Lisäarvoaikuttamista rajoittaa se, että vaikuttaminen vaatii työtä ja oikeaa henkilö-kemiaa hankintayksikön kanssa.<sup>68</sup>

Vaikuttamisen primääritarkoituksena on tietenkin jokaisella yrityksellä parantaa omia liiketoimintamahdollisuuksiaan. Julkisissa hankinnoissa noudatettavasta tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteesta johtuen tulee sama etu tarjouskilpailussa kuitenkin kaikille tarjoajille.<sup>69</sup> Näin ollen edes tarjoajien suorittama aktiivinen voimavaikuttaminen ei pitäisi olla esteenä tasapuolisen tarjouskilpailun aikaansaamiselle, sillä hankintayksikön velvollisuutena on laatia tarjouspyyntö siten, ettei se suosi jotain tarjoajaa.

---

<sup>67</sup> *Karinkanta – Kontio – Krakau – Lahtinen – With* 2012 s. 47–49.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Karinkanta – Kontio – Krakau – Lahtinen – With* 2012 s. 50–51.



*Treumer* on ottanut kantaa edellä mainittuihin yrityksen vaikutusmahdollisuuksiin vuoropuhelussa artikkelissaan “*Technical dialogue and the principle of equal treatment – dealing with conflicts of interest after Fabricom*”. *Treumer* esittää muun muassa, että yritys osallistuu hankinnan valmisteluun ensisijaisesti juuri siinä tarkoituksessa, että se haluaa tarjouspyynnön olevan omaa yritystään suosiva. Lisäksi hän esittää, että tämä voi olla helppoa juuri silloin kun hankintayksikön osaaminen on puutteellista. *Treumer* myös huomauttaa, että tarjouspyynnön vaatimukset voivat toisinaan muotoutua valmisteluun osallistuneen yrityksen mukaisiksi, vaikka näin ei olisi edes tarkoitus tehdä.<sup>70</sup>

## **2.5 Hankintakäytännössä muodostuneet vuoropuhelun toteuttamisen muodot**

Ennen varsinaisen vuoropuhelun toteuttamista hankintayksikkö suorittaa yleensä niin sanotun markkinakartoituksen. Markkinakartoitukselle ei ole olemassa tarkkaa määritelmää hankintaoikeudessa ja tämän vuoksi sen tulkinta terminä ei ole esiintynyt täysin yhteneväisesti oikeustieteellisessä kirjallisuudessa tai hankintakäytännössä. Yleisesti markkinakartoitusta on kuitenkin pidetty tähän asti hankintayksikön omatoimisesti toteuttamana tutustumisena markkinoihin esimerkiksi messujen, internetin tai markkinointimateriaalin avulla. Keväällä 2014 annetussa uudessa hankintadirektiivissä (2014/24/EU) markkinakartoitus (40 artikla) määritellään kuitenkin yleiseksi hankinnan valmistelutoimenpiteeksi kattaen kaikki hankintayksikön toimet, niin sen omatoimisesti suorittamat tutustumiset kuin myös vuoropuhelut markkinatoimijoiden kanssa. Uuden hankintadirektiivin määritelmä poikkeaa tähän asti vallinneesta käsityksestä markkinakartoituksen määritelmästä. Käytän tutkimuksessani kuitenkin uuden hankintadirektiivin käyttämää määritelmää. Markkinakartoitusta käytetään tässä tutkimuksessa yläkäsitteenä kuvaamaan kaikkia niitä valmistelutoimenpiteitä, joilla hankintayksikkö hankkii tietoja hankinnan toimialasta, markkinatoimijoista ja mahdollisista ratkaisuvaihtoehdoista. Näin ollen vuoropuhelu hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välillä on tutkimuksessani osa yleisempää hankintayksikön suorittamaa markkinakartoitusta. Joskus vuoropuhelu saattaa olla myös ainut hankintayksikön markkinakartoituksen suorittamistapa.

---

<sup>70</sup> *Treumer* 2011 s. 8

Uuden ja vaativan hankinnan kohdalla hankintayksikön suorittama yksipuolinen markkinoihin tutustuminen ei yleensä riitä vaan keskustelua itse markkinatoimijoiden kanssa tarvitaan edellä esitetyin tavoin. Myös tällaisissa tilanteissa hankintayksikön suorittama yksipuolinen markkinoihin tutustuminen on kuitenkin hyvä lisä ja pohja myöhemmin suoritettavaan keskusteluun markkinatoimijoiden kanssa.<sup>71</sup> Hyvän markkinatuntemuksen avulla hankintayksikön on helpompi määritellä itselleen ne raja-aidat, joiden sisällä se myöhemmin keskustelee markkinatoimijoiden kanssa. Lisäksi hankintayksikkö osaa mahdollisesti paremmin määritellä ne kysymykset, joista se on halukas keskustelemaan potentiaalisten tarjoajien kanssa.

Varsinaiselle vuoropuhelun toteuttamiselle on käytännön hankintatoiminnassa muodostunut ainakin kolme erilaista toteuttamismuotoa, jotka läpikäyn seuraavaksi lyhyesti.

**Kirjallinen tietopyyntö.** Hankintayksikkö voi suorittaa vuoropuhelun ensinnäkin niin sanotun tietopyynnön muodossa. Tietopyynnöllä tarkoitetaan hankintayksikön julkaisemaa pyyntöä hankinnan kohteen toimialalla oleville yrityksille, millä pyritään kartoittamaan alalla toimivia potentiaalisia yrityksiä ja mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja. Tietopyynnöille on ominaista, että hankintayksikkö kuvaa hankinnan kohteeseen liittyvän tilanteen ja ongelman sekä pyytää markkinatoimijoita vapaamuotoisesti esittämään ratkaisumallinsa ongelmaan. Hankintayksikkö voi myös ennalta laatia ne kysymykset, joihin se haluaa markkinatoimijoiden vastaavan tietyn määrääjän kuluessa ja sitä kautta antavan hankintayksikölle tärkeää tietoa hankinnan toteuttamisen kannalta.

Tietopyyntöjen yleiseksi julkaisuportaaliksi on muodostunut HILMA-palvelu, jossa tietopyynnot on julkaistu ennakoilmoitus-lomakkeen<sup>72</sup> avulla. Erityisen tärkeää tietopyynnön julkaisemisessa HILMA-palvelussa on se, että ilmoitus kirjataan selkeästi tietopyynnöksi ja ilmoitetaan, ettei kyseessä ole tarjouspyyntö, jottei tietopyyntöä sekoiteta varsinaiseen hankintailmoitukseen. Esimerkiksi Jyväskylän ammattikorkeakoulu Oy on julkaissut 18.12.2015 HILMA-palvelussa ennakoilmoitus-lomakkeen

---

<sup>71</sup> Mäkelä 2011 s. 3-4.

<sup>72</sup> Muita lomakkeita ovat mm. itse kilpailutusprosessin käynnistävät kansallinen hankintailmoitus ja EU-hankintailmoitus. Varsinaisten kilpailutusprosessin käynnistävien lomakkeiden lisäksi löytyy myös jälki-ilmoituslomake, joka on täydennettävä EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa sekä lisäksi liitteen B tarkoitetuissa toissijaisissa palveluissa, silloin kun ne ylittävät EU-kynnysarvon. Lisäksi erityisalojen hankinnoille on omat ilmoituslomakkeensa.

avulla tietopyynnön koskien Sharepoint ja NET -ympäristön asiantuntija- ja ylläpito-palvelua koskevasta hankinnastaan, jossa se ilmaisee seuraavasti: ”Tämä ei ole hankintailmoitus eikä tarjouspyyntö vaan ennakoilmoitus ja tietopyyntö tulevasta hankinnasta. Tällä ilmoituksella ei vielä pyydetä tarjouksia.”<sup>73</sup>

**Keskustelutilaisuus.** Tietopyynnön lisäksi hankintayksikkö voi järjestää vuoropuhelun myös keskustelutilaisuuden muodossa. Tällaisen keskustelutilaisuuden myötä hankintayksikkö saa käsityksen hankinnan toteuttamismahdollisuuksista käytännössä. Lisäksi keskustelutilaisuuden avulla toteutettu vuoropuhelu on monesti hankintayksikölle tiedollisesti antoisampi kuin internetin välityksellä suoritettuihin kysymyksiin vastaaminen. Keskustelutilaisuudessa markkinatoimijat voivat helpommin ehdottaa myös omia vaihtoehtoisia ratkaisutapojaan ja keskustelu voi olla muutoinkin monipuolisempaa. Keskustelutilaisuuden avulla hankintayksikkö saa usein paremmin selville myös potentiaalisten tarjoajien määrän sekä toimijoiden kiinnostuksen hankintaan.<sup>74</sup>

**Tarjouspyyntöluonnoksen kommentointi.** Hankintayksikkö voi suorittaa vuoropuhelun myös tarjouspyyntöluonnoksen kommentoinnin muodossa. Tällöin hankintayksikkö laatii alustavan tarjouspyynnön, jonka se on selkeästi merkinnyt luonnokseksi, jottei sitä sekoitettaisi lopulliseen tarjouspyyntöön. Laadittuaan luonnoksen hankintayksikkö lähettää sen kyseisen hankinnan alalla toimiville yrityksille, jotka sitten kommentoivat tarjouspyynnön tarkoituksenmukaisuutta ja voivat esittää omia ehdotuksiaan sen parantamiseen. Laittaessaan tarjouspyyntöluonnoksen kommentoitavaksi hankintayksikkö asettaa luonnollisesti tietyn määräajan, jonka kuluessa se toivoo saavansa markkinatoimijoilta kommentteja. Saamansa aineiston perusteella hankintayksikkö voi muuttaa tarjouspyyntöä ennen kuin se käynnistää varsinaisen tarjouskilpailun.

Näistä vuoropuhelun toteuttamisvaihtoehdoista<sup>75</sup> keskityn jatkossa erityisesti hankintayksikön ja markkinatoimijoiden väliseen keskustelutilaisuuteen. Tämä johtuu siitä, että keskustelutilaisuus on vuoropuhelun toteuttamisvaihtoehdoista kaikista riskialttein vaihtoehto vuoropuheluun osallistuneen markkinatoimijan näkökulmasta, koska tällöin vuoropuhelua ei käydä täysin kirjallisessa muodossa.

---

<sup>73</sup> Hilma-ilmoitus numero 2015–028794. (<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/notice/view/2015-028794/>.)

<sup>74</sup> Mäkelä 2011 s. 4.

<sup>75</sup> Karinkanta – Kontio – Krakau – Lahtinen – With 2012 s. 41. Vuoropuhelu on vapaamuotoinen menettely, jonka toteuttamistapa vaihtelee sähköpostikyselyistä kahdenkeskisiin tapaamisiin.

## 3 OIKEUDELLINEN LAINSÄÄDÄNTÖKEHIKKO

### 3.1 Vuoropuhelu ja poissulkeminen hankintalainsäädännössä

#### 3.1.1 Taustaa

Hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välinen vuoropuhelu on noussut kasvavissa määrin esiin hankintalainsäädännön kehittyessä. Alkujaan valmistelu ja siinä mahdollisesti toteutettava vuoropuhelu nostettiin esille Maailman kauppajärjestön (WTO)<sup>76</sup> laatimassa julkisia hankintoja koskevassa GPA-sopimuksessa (Government Procurement Agreement)<sup>77</sup>. Vuoropuhelu esiintyi ensimmäisen kerran sopimuksen VI artiklan 4 kohdassa, jonka mukaan ”hankintayksiköt eivät saaneet pyytää eivätkä ottaa vastaan kilpailua rajoittavalla tavalla vaikuttavaa neuvontaa, jota voitiin käyttää tiettyssä hankinnassa käytettävien teknisten eritelmien valmistelussa, sellaiselta yritykseltä, jolla saattoi olla kaupallista mielenkiintoa kyseistä hankintaa kohtaan”. GPA-sopimuksen viimeisimmän uudistuksen<sup>78</sup> (astui voimaan 6.4.2014) myötä hankinnan valmistelua koskeva kohta siirtyi sopimuksen 10 artiklan 5 kohtaan. Tästä muutoksesta huolimatta sanamuoto ei kuitenkaan kokenut sen suurempia muutoksia aikaisempaan nähden. Aiemmasta sanamuodosta poikettiin vain siltä osin, että neuvonnan saaminen *yritykseltä* korvattiin neuvonnan saamiseksi sellaiselta *henkilöltä*, jolla voi olla kaupallista mielenkiintoa kyseistä hankintaa kohtaan. Tulkittaessa GPA-sopimuksen kohtaa sen tarkan sanamuodon perusteella näyttäisi siltä, ettei hankintayksikkö saisi käydä lainkaan vuoropuhelua alalla toimivien yritysten tai niiden henkilöiden kanssa, joilla olisi aikomus osallistua hankinnan varsinaiseen tarjouskilpailuun. Sen sijaan kolmanneksi tahoksi luonnehdittavan markkinatoimijan antama neuvo ei olisi kyseisen sopimuskohdan mukaan haitallista<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> World Trade Organization (WTO) aloitti toimintansa 1. tammikuuta 1995, jolloin se korvasi vuodesta 1947 toimineen GATTin (General Agreement on Tariffs and Trade). WTO on kaupankäynnin kannalta tärkein kansainvälinen elin ja sen tärkeimpänä tavoitteena on kaupan vapauttaminen. Nykyisin WTO:n jäsenmaita on yhteensä 162 kappaletta.

<sup>77</sup> Government Procurement Agreement (GPA) 1994. Historiassaan ensimmäinen GPA-sopimus allekirjoitettiin vuonna 1979. Suomi on ollut mukana sopimuksessa sen alusta saakka. Kaikki maailman kauppajärjestön jäsenet eivät kuitenkaan kuulu GPA-sopimuksen piiriin. Tällä hetkellä GPA-sopimuksen osapuolia ovat Euroopan unioni ja sen 27 jäsenmaata, Yhdysvallat, Kanada, Japani, Etelä-Korea, Sveitsi, Islanti, Norja, Israel, Liechtenstein, Singapore, Hong-Kong, Alankomaiden Aruba, Taiwan sekä Armenia.

<sup>78</sup> GPA-sopimusta täydennettiin myös vuonna 1987 sekä 1994.

<sup>79</sup> Mäkelä – Pöykkö 2013 s. 9.

GPA-sopimuksen pohjalta hankinnan valmistelusta otettiin myöhemmin maininta myös juuri kumotun hankintadirektiivin (2004/18/EY)<sup>80</sup> johdanto-osan 8. kohtaan, jonka mukaan ”Hankintaviranomaiset saavat ennen hankintasopimusten tekomenetelyjen aloittamista pyytää tai vastaanottaa teknistä vuoropuhelua käyden lausuntoja, joita voidaan käyttää tarjouspyyntöasiakirjojen laatimiseen edellyttäen, ettei kilpailu tällaisen lausunnon vaikutuksesta esty.”<sup>81</sup>

GPA-sopimuksen ja nyttemmin kumotun hankintadirektiivin maininnat vuoropuhelusta eivät olleet kovinkaan yhteneväiset, saati yhtenäistä linjaa antavat. GPA-sopimuksen sanamuoto on rajaavampi ja ankarampi, kun se tarkan sanamuodon tulkinnan mukaan rajaisi ne yritykset ja henkilöt kokonaan pois hankinnan valmistelusta, joilla voisi olla kaupallista mielenkiintoa kyseistä hankintaa kohtaan eli halukkuutta osallistua hankinnan varsinaiseen tarjouskilpailuun. Sen sijaan myöhemmin hankintadirektiivin johdanto-osaan otettu teksti oli tässä suhteessa sanamuodoltaan sallivampi. Hankintadirektiivin johdanto-osan sanamuoto ei nimittäin rajannut hankinnan valmisteluun osallistuvien yritysten mahdollisuutta osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun vaan ennemminkin edellytti ja painotti sitä, ettei kyseisen yrityksen antama lausunto tai osallistuminen saanut myöhemmin aiheuttaa *kilpailun estymistä*. Näin ollen lausunnon antajan oikeudellista luonnetta tai myöhempää roolia hankinnassa ei nyttemmin kumotun hankintadirektiivin määritelmässä painotettu.<sup>82</sup>

Hankintadirektiivin (2014/18/EY) johdanto-osan *sanamuodon* katsottiin kuitenkin antavan virheellisen kuvan siitä, että vuoropuhelu olisi ollut kiellettyä vain kilpailun estyessä.<sup>83</sup> Tärkeämmäksi arviointikriteeriksi julkisissa hankinnoissa suoritettavassa oikeudellisessa arvioinnissa niin oikeuskäytännössä kuin oikeuskirjallisuudessa ennemminkin nähtiin tarjoajien tasapuolisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden toteutuminen.<sup>84</sup> Näihin verraten kilpailun estymisen arviointi oli huomattavasti rajoituneempi arviointiperuste. Tosiasiassahan on mahdollista, että jokin valmistelutoimenpide ei välttämättä rajoita kilpailua, mutta rikkoo silti tarjoajien tasapuolista kohtelua.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenetelyjen yhteensovittamisesta (*”hankintadirektiivi”*) annettu direktiivi kumottiin 18.4.2016.

<sup>81</sup> Hankintadirektiivi, O.J. L 134/115, 30.4.2004.

<sup>82</sup> *Mäkelä – Pöykkö* 2013 s. 9.

<sup>83</sup> *Mäkelä* 2011 s. 7.

<sup>84</sup> *Treumer* 2007 s.103.

<sup>85</sup> Vaikka hankinnan valmistelun aikana toimittaisiin epäavoimesti, ja syrjittäisiin esimerkiksi tarjouspyynnön määritelmien laatimisessa tiettyjä tarjoajia, ei lopputuloksena välttämättä ole kilpailun estyminen (Treumer 2007).

Vuoropuhelua koskevan kohdan *sijainti* direkttiivin johdanto-osassa sai myös direkttiivin voimassa ollessa osakseen kritiikkiä. Johdanto-osan maininta vuoropuhelusta ei ollut oikeudelliselta auktoriteetiltaan direkttiivin artikloita vastaava.<sup>86</sup> Syy siihen, miksi hankinnan alustava valmistelu ja siinä mahdollisesti toteutettava lausuntojen pyytäminen ja vastaanottaminen oli sijoitettu direkttiivin johdanto-osaan, löytyi *Treumerin* mukaan siitä, että eurooppalainen lainsäätäjät on monesti turvautunut siirtämään epäselvän ja kiistellyn aiheen pois varsinaisesta direkttiivitekstistä sen johdanto-osaan. Tällöin myös määritelmän sanamuoto voitiin jättää varsinaisia artikloja epäselvemmäksi. Lisäksi pienemmän oikeuslähdeauktoriteetin omaavaa määritelmää sovelletaan harvemmin, eikä sitä usein edes huomioida käytännön tilanteen tullen. Päätös vuoropuhelun sijoittamisesta direkttiivin johdanto-osaan toi mukanaan kuitenkin ilmeisen ongelman – oikeusvarmuuden puutteen. Johdanto-osan sanamuoto oli nimittäin siinä määrin epäselvä, ettei se ilmaissut käytännön soveltamistilanteen osalta oikeaa tai väärää tulkintaa, eikä sitä ollut edes pakollista soveltaa.<sup>87</sup> Tästä huolimatta on kuitenkin todettava, että hankintadirektiivin johdanto-osalla on ollut vahvasti oikeuden soveltamista ohjaava rooli.<sup>88</sup>

Koska hankintadirektiivin sanamuoto oli hyvin väljä ja tulkinnanvarainen, on EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä esiintynyt muutamia ratkaisuja koskien hankinnan valmisteluvaihetta. Näissä ratkaisuissaan EU-tuomioistuin on linjannut muutamia periaatteellisia asioita hankinnan valmisteluvaiheen kannalta. Käsittelen tutkimuksessani näitä ratkaisuja seuraavaksi.

### 3.1.2 EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö

Liittyessään Euroopan unioniin sitoutuu jäsenvaltio samalla noudattamaan EU:n perussopimusten määräyksiä, EU-säännöstöä sekä myös *EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä*. EU-oikeus on tästä syystä osa Suomen oikeusjärjestystä ja velvoittaa kansallisia viranomaisia niin säädösvalmistelussa kuin myös soveltamiskäytännössä. Tästä johtuen myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö on osa kansallista oikeusjär-

---

<sup>86</sup> Johdanto-osan oikeuslähdearvosta on lausuttu mm. ratkaisussa C-215/88 *Casa Fleischhandel vs. Bundesamt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, 13.7.1989. Ratkaisun 31 kohdassa on lausuttu seuraavasti: ”*Whilst a recital in the preamble to a regulation may cast light on the interpretation to be given to a legal rule, it cannot in itself constitute such a rule*”.

<sup>87</sup> *Treumer* 2007 s. 99-115.

<sup>88</sup> *Mäkelä* 2011 s. 7.

jestystämme ja siten kansallisia hankintayksiköitämme velvoittavaa. Näin ollen Suomen hankintayksiköiden on noudatettava myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössään vahvistamia tulkintalinjoja.

EU-tuomioistuin on muutamassa julkisissa hankintoja koskevassa ratkaisussaan käsitellyt hankinnan valmistelua ja arvioinut tarjoajien tasapuolisen kohtelun toteutumista tarjouskilpailussa. Ehdottomasti merkittävin näistä ratkaisuista on EU-tuomioistuimen vuonna 2005 antama *Fabricom*-ratkaisu, jossa tuomioistuin teki monta merkittävää linjausta koskien tarjoajan osallistumista julkisen hankinnan valmisteluun. Kyseisessä ratkaisussa EU-tuomioistuin ensinnäkin linjasi, että tarjoaja, joka on osallistunut hankinnan valmisteluun voidaan tai on tietyin ehdoin jopa velvollisuus sulkea tarjouskilpailusta tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun vuoksi. Tähän asti lainsäädännössä listatut pakolliset ja harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet eivät olleetkaan tyhjentäviä vaan yhdenvertaisen kohtelun periaate saattoi velvoittaa myös muiden olosuhteiden perusteella tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailusta.<sup>89</sup> EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että yritys, joka on osallistunut hankinnan valmisteluvaiheeseen voi olla paremmassa asemassa kuin yritys, joka ei ole tällaiseen valmisteluun osallistunut. Tästä johtuen EU-tuomioistuin katsoi, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ei velvoita kohtelemaan tällaista yritystä samoin kuin muita. Näin ollen yhdenvertaisuusperiaate ei estä yrityksen poissulkua tarjouskilpailusta, jos sillä taataan tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Toisaalta EU-tuomioistuin kuitenkin korosti, että huomioon täytyy ottaa myös syrjimättömyysperiaate, joka edellyttää, ettei tarjoajaa saada asettaa muihin tarjoajiin nähden huonompaan asemaan. Näin ollen yritys voidaan sulkea pois vain siinä tapauksessa, että muutoin tarjoajien tasapuolista kohtelua ei voida turvata. Hankinnan valmisteluun osallistunut tai muutoin hankintayksikköä avustanut voidaan poissulkea tarjouskilpailusta näin ollen vasta viimesijaisena keinona. Edellä mainittu tulkinta yhdenvertaisuusperiaatteen vaikutuksesta ei ollut eurooppalaisessa hankintakäytännössä<sup>90</sup> uusi, mutta antoi vallitsevaan epämääräiseen tilaan<sup>91</sup> huomattavan selvennyksen.

---

<sup>89</sup> Treumer 2007 s.1.

<sup>90</sup> Steen Treumer käsittelee artikkelissaan ”Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers” Tanskan oikeuskäytäntöä (Danish Complaints Board for Public Procurement) teknisen vuoropuhelun ja yhdenvertaisuusperiaatteen tulkinnasta. Kyseinen tuomioistuin antoi ratkaisuja jo ennen kyseistä *Fabricom*-ratkaisua, jossa se tulkitsi, että tarjoajien yhdenvertainen kohtelu saattoi edellyttää hankinnan valmisteluun osallistuneen tarjoajan poissulkemista varsinaisesta tarjouskilpailusta.

<sup>91</sup> EU:n jäsenvaltiot olivat tulkinneet vuoropuhelua ja yhdenvertaista kohtelua eri tavoin oikeuskäytännössään.

Samaisessa tapauksessa EU-lainsäädännön vastaiseksi katsottiin Belgian lainsäädännön seuraava määräys ”Rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeviin julkisiin hankintoihin ei voi tehdä osallistumishakemusta eikä tarjousta kukaan sellainen henkilö, jonka tehtävänä on ollut kyseisiä rakennusurakoita, tavarantoimituksia tai palveluja koskeva tutkimus, kokeilu, selvittely tai kehittäminen”. EU-tuomioistuin katsoi niin sanotun *kategorisen poissuljennan* eli yrityksen poissulkemisen suoraan valmisteluun osallistumisen johdosta hankintaoikeuden vastaiseksi.<sup>92</sup> Kyseinen tulkintalinja ei ollut kuitenkaan täysin yksimielinen, sillä silloinen tapauksen esitellyt oikeusasiamies *Léger* tulkitsi kategorisen poissuljennan olevan oikeusvarmuuden ja ennen kaikkea avoimuusperiaatteen toteutumisen taek. *Légerin* mielestä oli jokaisen markkinatoimijan oma päätös, osallistuuko hankinnan valmisteluun vai itse tarjouskilpailuun. *Légerin* mielestä kategorisella poissuljennalla pystyttiin estämään tilanne, jossa kilpailu estyi toimittajan hankinnan valmisteluvaiheessa saaman informaation vuoksi. *Léger* perusteli lausuntoaan sillä, että on lähes mahdotonta todentaa etteivät valmisteluvaiheessa saatu tieto ja kokemus toimisi kyseisen markkinatoimijan eduksi sen laatiessa omaa tarjoustaan.<sup>93</sup>

Kategorisen poissuljennan linjaus oli erittäin tärkeä ja olennainen koko hankinnan valmistelun ja siihen mahdollisesti osallistuvan yrityksen kannalta. Ratkaisun antamisen jälkeen muodostui selväksi periaatteeksi, ettei yritystä voitu sulkea automaattisesti ulos tarjouskilpailusta sen antaessa neuvoja hankintayksikölle tai muutoin osallistuessaan hankinnan valmisteluun. Ratkaisu selvensi hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välisen vuoropuhelun arviointia merkittävästi.

Niin ikään samaisessa tapauksessa EU-tuomioistuin linjasi, että hankinnan valmisteluun osallistuneen henkilön poissulkeminen kilpailusta oli hankintaoikeuden vastaista, mikäli henkilölle ei ollut jätetty mahdollisuutta osoittaa, ettei hänen kyseiseen tapaukseen liittyvissä olosuhteissa saamansa kokemus ollut voinut vääristää kilpailua.<sup>94</sup> Ratkaisun myötä tarjoajalle tuli näin ollen jatkossa antaa mahdollisuus esittää poissulkemistilanteessa selvityksiä, joilla poissulkeminen voidaan mahdollisesti estää.

---

<sup>92</sup>Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA v. Belgian valtio*, Kohta 46.

<sup>93</sup> Julkisasiamies *Légerin* lausunto asiassa *Fabricom SA* vastaan Belgian kuningaskunta, 11.11.2004. *Europe Court Reports* 2005. Kohdat 41 ja 42.

<sup>94</sup> Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA v. Belgian valtio*, Kohta 36.



Hankinnan valmisteluvaiheen kannalta merkittävä ratkaisu on myös EU-tuomioistuin antama eVigilo -ratkaisu (C-538/13), jossa tuomioistuin totesi, että hankintayksiköillä on *aktiivinen rooli* tarjoajien yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun sekä avoimuuden periaatteen toteuttamisessa. Tästä johtuen hankintaviranomaisen on tarkastettava mahdollisten eturistiriitojen olemassaolo ja toteutettava *tarkoituksenmukaiset toimenpiteet estääkseen, paljastaakseen ja poistaakseen eturistiriidat*.<sup>95</sup>

Seuraavaksi tarkastelen tutkimuksessani uutta hankintadirektiiviä (2014/24/EU) sekä kansallisesta hankintalaista annettua hallituksen esitystä (HE 108/2016) niiltä osin kuin ne sisältävät määräyksiä hankinnan valmisteluvaiheesta.

### 3.1.3 Uusi hankintadirektiivi

Hankintalainsäädännön kokonaisuudistus käynnistyi loppuvuodesta 2011 kun Euroopan komissio antoi direktiiviehdotuksensa<sup>96</sup> uusiksi hankintadirektiiveiksi. Uudistamisen eteneminen jatkui tämän jälkeen eri EU-elinten käsittelyillä ja näiden yhteinen kompromissiesitys<sup>97</sup> direktiivin tekstiksi annettiin syksyllä 2013. Lopulta uudet hankintadirektiivit (2014/24/EU, 2014/25/EU ja 2014/23/EU) astuivat voimaan 18.4.2016. Samalla edelliset hankintadirektiivit (2004/18/EY, 2004/17/EY) kumottiin.

Jo direktiiviehdotuksen antamisen jälkeen oli havaittavissa, että suhtautuminen hankinnan valmisteluvaiheeseen oli muuttumassa vuonna 2004 annettuun direktiiviin nähden. Huomattavaa oli, että ehdotus sisälsi useita seikkoja, jotka olivat silloisen direktiivin soveltamisessa tai sääntelyn puuttuessa aiheuttaneet käytännön ongelmia. Tästä syystä direktiiviehdotuksessa onkin painotettu vahvasti EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiinnuttamia tulkintoja. Yksi käytännön hankintatoiminnassa päänvaivaa aiheuttaneista ongelmista oli juuri hankinnan valmisteluvaihe, jota ei ollut säännelty artiklan tasolla, vaan direktiivin johdanto-osassa. Tähän asiaan on selkeästi puututtu uudessa hankintadirektiivissä, jossa on säädetty hankinnan valmisteluvaiheesta aiempaa huomattavasti selkeämmin.

---

<sup>95</sup> Asia C-538/13 eVigilo Ltd v. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos. Kohdat 42 ja 43.

<sup>96</sup> Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista, Bryssel 20.12.2011, KOM (2011) 896 lopullinen (*direktiiviehdotus*).

<sup>97</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement 2011/0438 (COD) (*kompromissiesitys*).

Keväällä 2014 annetussa uudessa niin sanotussa klassisessa hankintadirektiivissä (2014/24/EU) hankinnan valmisteluvaihe sekä hankintayksikön ja markkinatoimijoiden välinen vuoropuhelu saivat enemmän oikeudellista auktoriteettia kun ne nostettiin direktiivin johdanto-osan tekstistä artiklan tasolle. Uuden hankintadirektiivin 40 artiklan mukaan

”Ennen hankintamenettelyn aloittamista hankintaviranomaiset voivat toteuttaa markkinakartoituksia valmistellakseen hankintaa ja ilmoittaakseen talouden toimijoille hankintaa koskevista suunnitelmistaan ja vaatimuksistaan.

Tätä varten hankintaviranomaiset voivat esimerkiksi pyytää tai hyväksyä neuvoja riippumattomilta asiantuntijoilta tai viranomaisilta taikka markkinatoimijoilta. Näitä neuvoja voidaan käyttää hankintamenettelyn suunnittelussa ja toteuttamisessa, edellyttäen että tällaiset neuvot eivät vääristä kilpailua, eivätkä riko syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita.”

Uuden hankintadirektiivin myötä vuoropuhelun toteuttamisen hyväksyttävyyks ja siinä huomioon otettavat periaatteet kirjattiin aikaisempaa huomattavasti selkeämmin. Vanhaan direktiivitekstiin nähden uuteen direktiiviin lisättiin kilpailun vääristymisen lisäksi periaatteet syrjimättömyydestä ja avoimuudesta. Näin ollen uusi hankintadirektiivi ei sinällään tuonut uutta oikeudellista sääntelyä, vaan enneminkin vahvisti sen tulkinnan, joka oli jo tulkittavissa aiemman hankintadirektiivin (2004/18/EY) johdanto-osasta sekä muodostuneesta EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.<sup>98</sup>

Uusi hankintadirektiivi sisältää myös 41 artiklan, joka koskee ehdokkaiden ja tarjoajien osallistumista hankinnan valmisteluun. Kyseisen artiklan mukaan

”Jos ehdokas tai tarjoaja taikka ehdokkaaseen tai tarjoajaan liittyvä yritys on antanut neuvoja hankintaviranomaiselle, joko 40 artiklan puitteissa tai muutoin, taikka muulla tavoin osallistunut hankintamenettelyn valmisteluun, hankintaviranomaisen on toteutettava asianmukaiset toimenpiteet sen varmistamiseksi, ettei kyseisen ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen vääristä kilpailua.

Toimenpiteitä ovat muun muassa sellaisten tietojen toimittaminen muille ehdokkaille tai tarjoajille, jotka on saatu tai annettu ehdokkaan tai tarjoajan osallistuessa hankintamenettelyn valmisteluun tai jotka ovat tulosta tällaisesta osallistumisesta, sekä riittävien määräaikojen vahvistaminen tarjousten vastaanottamiselle. Asianomaisen ehdokkaan tai tarjoajan saa sulkea pois hankintamenettelystä vain, jos ei ole olemassa muita keinoja varmistaa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamista.

Ennen poissulkemista ehdokkaille tai tarjoajille on annettava tilaisuus osoittaa, ettei niiden osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun johda kilpailun vääristymiseen. Toteutetut toimenpiteet on dokumentoitava 84 artiklassa säädetyt erillisen selvityksen muodossa.”

---

<sup>98</sup> *Arrowsmith* 2014 s. 653–654.

Näiden kohtien ei voida myöskään todeta olevan uusia sinällään, vaan ne voidaan nähdä vain erityisinä ilmauksina perustamissopimuksesta johdettavista oikeusperiaatteista, joiden soveltuminen valmisteluvaiheeseen on ollut jo aikaisemmin selvää.<sup>99</sup> Sen sijaan on tärkeää, että lainsäädännössä on nyt ensimmäistä kertaa annettu linjausta myös yleisten hankintaperiaatteiden luomista valmisteluvaiheen velvoitteista hankintayksiköille. Direktiivin sisältämä listaus asianmukaisista toimenpiteistä, jotka hankintayksikön on toteutettava, ei sanamuodosta (muun muassa) päätellen kuitenkaan ole tyhjentävä vaan antaa ainoastaan kaksi esimerkkiä. Näin ollen hankintayksikön harkittavaksi on jätetty muut toimenpiteet, jotka sen täytyy mahdollisesti toteuttaa.

### **3.1.4 Kansallinen hankintalaki ja sen kokonaisuudistus**

Tällä hetkellä voimassa oleva kansallinen hankintalainsäädäntömme (laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) ei sisällä erikseen hankinnan valmisteluvaihetta koskevia säännöksiä. Sen sijaan vuoropuhelu on mainittu voimassa olevan hankintalain esitöissä (HE 50/2006 vp) hankinnan teknistä määrittelyä koskevan säännöksen 44 §:n perusteluissa. Perustelujen mukaan hankintayksikkö voi teknisten eritelmien laatimista varten käydä teknisiä vuoropuheluita esimerkiksi potentiaalisten tarjoajien ja teknisten asiantuntijoiden kanssa. Tällainen vuoropuhelu tulee ensisijaisesti tapahtua kirjallisesti, esimerkiksi lausuntomenettelyllä, jolloin tulee selkeästi ilmoittaa, ettei kysymys ole hankintapäätökseen johtavasta tarjouskilpailusta. Lisäksi tekninen vuoropuhelu ei saa johtaa kilpailun estymiseen tai vaarantaa tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.<sup>100</sup> Näin ollen myös kansallisessa hankintalainsäädännössämme vältettiin vuoropuhelun nostamista varsinaiseen säädöstekstiin kuin myös jo kumotussa hankintadirektiivissä.

Uusien hankintadirektiivien myötä hankinnan valmistelua ja vuoropuhelua koskevat säännökset implementoidaan myöhemmin myös kansalliseen hankintalakiimme. Hankintalain kokonaisuudistuksen työryhmän mietinnössä hankinnan valmistelua koskevaa lainsäädäntöä ehdotettiin *markkinakartoituksen* (lakiehdotuksen 65 §) sekä *ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun* (lakiehdotuksen 66

---

<sup>99</sup> *Arrowsmith* 2014 s. 654.

<sup>100</sup> *HE 50/2006 vp*. s. 89–90.

§) koskevien pykälien muodossa.<sup>101</sup> Myös lakiehdotuksen harkinnanvaraisiin poissulkemisperusteisiin liittyvään pykälään (lakiehdotuksen 81.1 §:n 8 kohta) ehdotettiin otettavaksi hankinnan valmistelua koskevaa lainsäädäntöä, jonka mukaan tarjouskilpailusta voitaisiin sulkea pois hankinnan valmisteluun osallistunut toimittaja, jos ei ole muita keinoja varmistaa hankintalaissa mainittujen periaatteiden toteutumista.<sup>102</sup>

”Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, jonka osallistuminen hankintamenettelyn valmisteluun on vääristänyt kilpailua, eikä vääristymää voida poistaa muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä.”

Työryhmän 22.6.2016 antaman hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp.) myötä kyseiset kohdat ovat pysyneet muuttumattomina pykälien osalta. Sen sijaan pykälien sanamuodot ovat kokeneet pieniä muutoksia. Näin ollen kansallisen hankintalain säädösehdotuksemme vastaa pääosin direktiivin sanamuotoa. Erotuksena säännöksissä näyttäisi olevan, että EU-direktiivi puhuu yhdenvertaisen kohtelun noudattamisesta kun taas kansallinen säännösehdotuksemme puhuu kilpailun vääristymisestä ja tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantamisesta. Sinällään sanamuotojen tulkinta johtaa samaan lopputulokseen.

Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksesta huolimatta hankintayksiköille ei ole edelleenkään olemassa tarkkoja menettelytapasäännöksiä siitä, kuinka vuoropuhelu tulisi käytännössä toteuttaa. Sen sijaan hankintalainsäädäntö asettaa aiempaa selkeämmin sen vaatimuksen, etteivät hankintayksikön saamat neuvot saa vääristä kilpailua tai rikkoa syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita. Näin ollen hankintasääntely jättää edelleen hankintayksiköiden harkintavaltaan ne keinot, joilla ne vuoropuhelua suorittavat. Seuraavaksi käsittelen työssäni niitä perustamissopimuksen periaatteita, jotka hankintayksikön tulee huomioida myös hankinnan valmisteluvaiheessa.

---

<sup>101</sup> TEM 37/2015 s. 337–338. Asianajajaliitto ja Keskuskauppakamari pitävät perusteltuna ja tarpeellisenä ehdotettua täydentävää sääntelyä koskien markkinakartoitusta ja ehdokkaan tai tarjoajan osallistumista hankinnan valmisteluun. (Asianajajaliiton Keskuskauppakamarin lausunnot hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietinnöstä).

<sup>102</sup> TEM 37/2015 s. 338.

## 3.2 Perustamissopimuksen periaatteet arvioinnin taustalla

### 3.2.1 Aluksi

Hankintalainsäädännöllä ei tietenkään pystytä kattavasti sääntelemään jokaista yksittäistä tilannetta vaan sääntelemättömiä tilanteita on tulkittava perustamissopimuksesta johdettavien yleisten hankintaperiaatteiden avulla. Tämä linjaus näkyy myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Yhteisöjen tuomioistuin lausui vuonna 2002 antamassaan ratkaisussa *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v. Stadt Wien*, että huolimatta siitä, ettei direktiivissä (silloin 92/50/ETY) ollut erityisiä yksityiskohtaisia säännöksiä, on hankintaviranomaisten kuitenkin noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta.<sup>103</sup>

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (nykysin SEUT) on vakiintuneesti katsottu koskevan myös julkisia hankintoja, vaikka sopimukseen ei sinänsä sisällykään nimenomaista artiklaa julkisista hankinnoista.<sup>104</sup> Uuden hankintadirektiivin (2014/24/EU) johdanto-osan 1 kohdan mukaan

”Jäsenvaltioiden viranomaisten tehdessä hankintasopimuksia tai tehtäessä tällaisia sopimuksia niiden puolesta on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita.”

Näin ollen merkityksellisiä ovat erityisesti sisämarkkinoiden luomiseen liittyvät perussopimuksen artikkelit syrjimättömyydestä (artikla 18), tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta (artikla 34), liikkeenperustamisoikeudesta (artikla 49), palvelujen tarjoamisen vapaudesta (artikla 56), pääomien vapaasta liikkumisesta (artikla 63), kieltoon väärin kilpailua (artikkelit 101 ja 102) sekä kieltoon antaa laitonta valtiontukea (artikla 107).<sup>105</sup> Nämä artikkelit muodostavat julkisten hankintojen oikeudellisen perustan

---

<sup>103</sup> Asia C-92/00 kohta 47 ”siitä huolimatta, että direktiivissä 92/50/ETY ei ole erityisiä yksityiskohtaisia säännöksiä, jotka koskevat julkisia palveluhankintoja koskevan tarjouspyynnön peruuttamista, hankintaviranomaisten on kuitenkin tällaisen päätöksen tehdessään yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta (ks. vastaavasti julkisia palveluja koskevien sopimusten tekemisen osalta em. asia *Telaustria ja Telefonadress*, tuomion 60 kohta).

<sup>104</sup> *Nenonen* 2009 s. 85.

<sup>105</sup> *Pekkala – Pohjonen* 2014 s. 35.

ja siten julkisia hankintoja koskevien hankintadirektiivien ja niiden kansallisen implementoinnin tulkintataustan.<sup>106</sup> Julkisia hankintoja koskevia normeja onkin tulkittava sääntelyn tarkoituksena.<sup>107</sup>

Vaikka hankinnan valmisteluvaihetta ei olekaan erikseen tähänastisessa hankintalainsäädännössä säännelty, on valmisteluvaiheessa kuitenkin tullut noudattaa edellä mainittuja EU:n toiminnasta tehdyn sopimuksen sisämarkkinoiden luomiseen liittyviä artikloita ja niistä johdettuja periaatteita sekä näistä annettua tulkintaa EU-tuomioistuinten oikeuskäytännössä.<sup>108</sup> Artikloista johdettavia oikeusperiaatteita on olemassa useampia, mutta vain osa niistä on mainittu myös hankintadirektiivien teksteissä ja niistä on siten tullut yleisiä hankintaperiaatteita. Suurin merkitys oikeusperiaatteista julkisten hankintojen alueella on direktiivitekstissäkkin (2014/24/EU) mainituilla *syrjimättömyyden, avoimuuden, yhdenvertaisuuden* sekä *suhteellisuuden periaatteilla*, jotka liittyvät sisämarkkinoiden toteuttamiseen.<sup>109</sup>

Näiden periaatteiden soveltamiseen hankinnan valmisteluvaiheessa ei ole kuitenkaan kiinnitetty juuri huomiota oikeustieteellisessä kirjallisuudessa vaan huomio on enemmänkin kiinnittynyt itse hankintamenettelyyn ja periaatteiden toteuttamiseen siinä. Tästä huolimatta perustamissopimuksen periaatteiden noudattaminen on kuitenkin yhtä välttämätöntä myös itse hankintamenettelyä edeltävässä valmisteluvaiheessa. Johtoa tälle tulkinnalle antaa myös uuden hankintadirektiivin (2014/24/EU) 18 artiklan sanamuoto<sup>110</sup>, jonka mukaan *hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhtaista toimintatapaa*. Kyseinen sanamuoto ei rajoita sanottujen periaatteiden soveltamista ajallisesti, vaan edellyttää hankintaviranomaisen kohdeltavan tarjoajia artiklan mukaisesti ilman ajallisia tai menettelyllisiä määritelmiä. Hankintaviranomaisen on siten kaikessa toiminnassa myös ennen tarjouskilpailua kohdeltava tarjoajia perustamissopimuksesta johdettavien periaatteiden mukaisesti eli turvattava hankintatoimen avoimuus, tarjoajien tasapuolinen kohtelu ja suhteellisuus.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> Ks. 2014/24/EU johdanto-osan kohta 1. Näin myös 2004/18/EY johdanto-osan kohta 2. Ks. myös *Kalima* 1996 s. 19.

<sup>107</sup> *Halonon* 2015 s. 14.

<sup>108</sup> *Pekkala – Pohjonen* 2014 s. 35.

<sup>109</sup> *Sundstrand* 2012 s. 42.

<sup>110</sup> Vanhan direktiivin sanamuoto on lähes yhtenevä. Direktiivin 2 artiklan mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.

<sup>111</sup> *Mäkelä* 2011 s. 5.

Kyseisiin perustamissopimuksen periaatteisiin on kiinnitettävä huomiota hankinnan valmistelussa erityisen paljon juuri siksi, ettei hankinnan valmisteluvaihe vaaranna markkinoilla toimivien yritysten eli tulevien tarjoajien oikeuksia lopullisessa hankintamenettelyssä. *Periaatteiden huomioiminen liittyykin siten vahvasti nimenomaan avoimen ja tasapuolisen hankintamenettelyn aikaansaamiseksi.*<sup>112</sup> Ongelmallista valmisteluvaiheen kannalta on kuitenkin se, ettei direktiivissä tai hankintalaki ole määritellyt niitä menettelytapoja, joilla avoimuus ja tasapuolisuus saataisiin turvattua ja mitä vasten hankintaviranomaisten toimenpiteitä voitaisiin arvioida. Itse hankintamenettelyn kannalta tilanne on eri, koska hankintadirektiivit ja hankintalaki ovat juuri hankintaviranomaisen menettelytapoja tarjouskilpailussa sääntelevää lainsäädäntöä. Tästä syystä hankintalakea kutsutaankin toisinaan menettelytapalaki<sup>113</sup>.

Seuraavaksi siirryn EU:n toiminnasta tehdyn sopimuksen artikloista johdettavien hankintaperiaatteiden (syrjimättömyys, yhdenvertaisuus, avoimuus ja suhteellisuus) tarkempaan tarkasteluun. Tämän jälkeen tutkin, miten nämä periaatteet mahdollisesti vaikuttavat hankintayksiköiden suorittamaan vuoropuheluun markkinatoimijoiden kanssa.

### **3.2.2 Syrjinnän kiellon periaate ja yhdenvertaisuusperiaate**

Syrjinnän kiellon periaatteen ja yhdenvertaisuusperiaatteen sisältö ja tulkinnat eivät ole olleet täysin selkeitä EU-tuomioistuimen antamassa ratkaisukäytännössä. Oikeuskirjallisuudessa keskustelua onkin herättänyt se, onko yhdenvertaisuuden periaate yleinen yhdenvertaisen kohtelun vaatimus vai syrjinnän kieltö kansalaisuuden perusteella? Tästä syystä käsittelen kyseisiä periaatteita seuraavaksi yhdessä.

Hankintalain esitöiden mukaan ehdokkaiden ja tarjoajien *yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate* perustuu EY:n perustamissopimuksen periaatteisiin sekä hankintadirektiivin 2 artiklaan. Yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että *tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa* ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia tekijöitä ovat erityisesti ehdokkaiden tai tarjoajien kansallisuus taikka sijoittautuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle. Näin ollen Suomen lainsäädäntö näyttäisi

---

<sup>112</sup> Mäkelä 2011 s. 5-6.

<sup>113</sup> Hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp. s. 122) todetaan hankintalain olevan erityisesti menettelytapalaki.

yhdistävän syrjimättömän kohtelun ja yhdenvertaisuusperiaatteen samaksi periaateeksi (esitöiden sanamuoto: *yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate*), jonka sisältönä olisi kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltäminen. *Sundstrandin* mukaan periaatteita käsitellään yhtenä ja samana periaatteena myös Ruotsissa.<sup>114</sup> Myös *Arrowsmithin* mukaan yhdenvertaisuusperiaatteen asema itsenäisenä oikeusperiaatteena on kyseenalainen.<sup>115</sup>

Euroopan unionin komissio on kuitenkin tiedonannossaan<sup>116</sup> lausunut, että yhdenvertaisen kohtelun periaate on itsenäinen periaate, joka ei ole riippuvainen kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnästä tai muista erotteluperusteista. Myös EU-tuomioistuimen antaman ratkaisukäytännön mukaan syrjimättömyysperiaate on katsottava erityiseksi ilmaukseksi yleisestä yhdenvertaisuuden periaatteesta, joka muodostaa julkisten hankintojen sääntelyn perustan ja taustan.<sup>117</sup> Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen on katsottu unionin oikeudessa edellyttävän yleisesti sitä, *ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua*.<sup>118</sup> Yhdenvertaisen kohtelun periaate antaa näin ollen laajempaa suojaa tarjoajille, eikä siten ole rajattu estämään vain kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. Yhdenvertaisuuden periaate on siis yleisesti ottaen kaikenlaisen syrjinnän kieltävä periaate, josta kansalaisuuteen perustuva syrjintä on vain yksi muoto.<sup>119</sup> Yhdenvertaisuuden periaatteesta onkin kehittynyt yksi merkityksellisimmistä periaatteista unionin oikeudessa sekä julkisten hankintojen alueella.<sup>120</sup>

Esimerkkinä yhdenvertaisuusperiaatteen erillisyydestä ja laaja-alaisuudesta on EU-tuomioistuimen *Storebaelt* -ratkaisu, jossa tuomioistuin lausui, että hankintasäännöksiä tulee tulkita yleisesti yhdenvertaisuusperiaatteen valossa, joka ei rajoitu pelkästään kansallisuuteen perustuvaan syrjintään. Kyseinen ratkaisu vaati selvennystä siihen, minkälaisia vaatimuksia tämä erittäin laaja-alainen periaate sisälsi ja mikä sen suhde oli syrjinnän kiellon periaatteeseen. Selvennystä saatiin EU-tuomioistuimen myöhemmin antamassa *Parking Brixen* -ratkaisussa<sup>121</sup>, jossa tuomioistuin selvensi kyseisten

---

<sup>114</sup> *Sundstrand* 2012 s. 44.

<sup>115</sup> *Arrowsmith* 2014 s. 252.

<sup>116</sup> Komission tulkitseva tiedonanto EYVL C 121, 29.4.2000 s. 5-6.

<sup>117</sup> Ks. asia C-470/99, *Universale-Bau*, kohta 91 ja asia C-315/01, *GAT* kohta 73.

<sup>118</sup> Ks. mm. yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*, kohta 27, asia C-434/02, *Arnold André*, kohta 68 ja asia C-210/03, *Swedish Match* kohta 70.

<sup>119</sup> *Sundstrand* 2012 s. 45.

<sup>120</sup> *Sundstrand* 2012 s. 43.

<sup>121</sup> Asia C-458/03, *Parking Brixen*.



periaatteiden välistä suhdetta seuraavasti: ”Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltä on erityinen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ilmaus.”<sup>122</sup>

Tilanne ei ole kuitenkaan edelleenkään selkeä sillä uudessa hankintadirektiivissä on mainittu yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys erikseen. Hankintadirektiivin 18 artiklan 1 kohdan mukaan ”Hankintaviranomaisen on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä - -.”

### 3.2.3 Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaate on johdettu Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä EY-sopimuksen (nykyisin SEUT) syrjimättömyyden kiellosta (18 artikla). EY-sopimuksen vaatimus syrjimättömästä kohtelusta julkisissa hankinnoissa merkitsi EYT:n (nykyisin Euroopan unionin tuomioistuin) oikeuskäytännön mukaan pitkään vain negatiivista velvollisuutta pidättäytyä syrjivistä ja jäsenvaltioiden kauppaa rajoittavista menettelytavoista. Sen sijaan luonteeltaan positiivisten toimintavelvoitteiden asettamista EY-sopimuksen syrjinnän kieltä koskevien säännösten perusteella ei yleisesti pidetty mahdollisena. Myöhemmin tilanne kuitenkin muuttui, kun julkisten hankintojen avaamisen kilpailulle ja markkinoille pääsyn turvaamisen katsottiin edellyttävän EY-sopimuksen määräysten tehostamista positiivisia toimintavelvoitteita asettavilla säännöksillä.<sup>123</sup> EYT tehostikin EY-sopimuksen soveltamista oikeuskäytännöllään, jossa syrjinnän kiellon periaatteesta katsottiin seuraavan positiivinen toimintavelvoite - *avoimuusperiaate*.<sup>124</sup>

Hankintaa koskeva avoimuusvelvollisuus estää myös osaltaan syrjivien menettelyjen käyttöön ottamista ja mahdollistaa valvonnan sen toteutukseksi, että syrjinnän kiellon periaatetta on noudatettu. Ratkaisussa C-92/00 kohdassa 45 todettiin seuraavasti: ”Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että yhdenvertaisen kohtelun periaate, johon julkisia hankintoja koskevista sopimuksen tekomenettelyistä

---

<sup>122</sup> Ks. asia C-458/03, Parking Brixen. Kohta 48.

<sup>123</sup> *Nenonen* 2009 s. 89.

<sup>124</sup> Ensimmäinen avoimuutta koskeva ratkaisu oli R.I.SAN (asia C-108/98, R.I.SAN. Srl vastaan Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA ja Ischia Ambiente SpA, 9.9.1999. Kok 1999 s. s. I-5219)

annetut direktiivit perustuvat, edellyttää avoimuusvelvollisuutta, jotta sen noudattamisesta voidaan varmistua.”<sup>125</sup>

Myös hankintalain perusteluihin (50/2006) on kirjattu esimerkkejä siitä, mitä avoimuusperiaate käytännössä edellyttää. Avoimuusperiaatteen on katsottu muun muassa edellyttävän, ettei hankintamenettelyä koskevia tietoja salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja että hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia. Viimeksi mainittua kuitenkin rajoittavat eräät salassapitotarpeet, jotka on yksilöity viranomaisten toiminnan julkisuutta koskevassa lainsäädännössä.

Hankintalain perusteluissa avoimuusperiaatteen lausutaan perustuvan yhteisön perustamissopimusta koskevan oikeuskäytännön lisäksi kansallisesti yleisesti tunnustettuihin hallinnon avoimuutta koskeviin vaatimuksiin, joista säädetään muun muassa hallintolaissa (434/2003) sekä laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999). Edellä mainittuja en kuitenkaan käsittele tässä tutkimuksessani.

### 3.2.4 Suhteellisuusperiaate

Perussopimuksen periaatteista myös suhteellisuusperiaatteen on katsottu olevan julkisten hankintojen toimintavelvoitteiden taustalla. Periaatteella on kuitenkin perussopimusta laajemmat taustat. EY-tuomioistuin on nimittäin nimennyt oikeuskäytännössään suhteellisuusperiaatteen yhdeksi *yleiseksi oikeusperiaatteeksi*. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että suhteellisuusperiaate olisi eurooppaoikeuden saati EU:n luomus. Yleisenä oikeusperiaatteenä suhteellisuusperiaate on paljon Euroopan unionia vanhempi ja se tunnustetaan kaikissa jäsenvaltioissa. Periaate saattaa kuitenkin saada erilaisia painotuksia eri jäsenvaltioissa sekä EY-tuomioistuimessa.<sup>126</sup>

Yleisen oikeusperiaatteen asemansa lisäksi suhteellisuusperiaate on myös EU:n perussopimukseen sisältyvä periaate. Suhteellisuusperiaate on mainittu Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 5 artiklan 4 kohdassa (aiempi EY-sopimuksen 5 (3) artikla), jonka mukaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti *unionin toiminnan sisältö ja muoto*

---

<sup>125</sup> ks. vastaavasti asia C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, tuomi 18.11.1999, Kok. 1999; s. I-8291, 31-kohta ja asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok. 2000, s. I-10745, 61 kohta.

<sup>126</sup> Raitio 2005 s. 357.

*eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi.*<sup>127</sup> Julkisiin hankintoihin suhteellisuusperiaate on johdettu juuri kyseisestä perussopimuksen artiklasta. Vanhassa hankintadirektiivissä (2004/18/EY) suhteellisuusperiaatetta ei ole mainittu 2 artiklan julkisissa hankintasopimuksissa noudatettavissa periaatteissa, mutta sen sovellettavuus on havaittavissa direktiivin johdantoosan 2 kohdassa. Sen sijaan uudessa hankintadirektiivissä suhteellisuusperiaate on mainittu direktiivin 18 artiklassa, jonka 1 kohdan mukaan ”Hankintaviranomaisten - - on noudatettava *oikeasuhtaista toimintatapaa.*”

Julkisissa hankinnoissa suhteellisuusperiaatteen on katsottu edellyttävän, että hankintamenettelyn vaatimukset ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Siten esimerkiksi tarjoajien kelpoisuusehtojen asettamisessa on huomioitava hankinnan luonne ja arvo. Samaten tarjouspyynnön sisältöön tai tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden. Suhteellisuusperiaatteen on katsottu oikeuskäytännössä merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista. Suhteellisuusperiaatetta voidaan soveltaa myös silloin kun arvioidaan kilpailuttamisvelvoitetta ja kansallisia kynnysarvoja.

Seuraavaksi keskityn tutkimuksessani käsittelemään vuoropuhelun toteuttamista ja sen eri vaiheita sekä mitä edellä mainitut yleiset hankintaperiaatteet mahdollisesti tarkoittavat tässä vaiheessa hankintaprosessia. Vuoropuhelun lisäksi tarkastelen myös hankintayksikön niitä toimenpiteitä, joita sen tulee toteuttaa ennen varsinaisen tarjouskilpailun käynnistämistä tarjoajien yhdenvertaisen aseman takaamiseksi. Luvun tavoitteena on hahmottaa, voiko näitä yleisiä hankintaperiaatteita noudattamalla edes syntyä vuoropuheluun osallistuvalla yritykselle sellaista kilpailuetua, joka voisi myöhemmin vaarantaa tarjoajien tasapuolisen kohtelun ja siten myös vuoropuheluun osallistuneen yrityksen mahdollisuuden osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun. Luvun lopussa hahmotan myös voidaanko hankintayksikön katsoa olevan velvollinen toimimaan hankinnan valmisteluvaiheessa edellä ko. luvussa esitetyin tavoin.

---

<sup>127</sup> Sopimus Euroopan unionista, konsolidoitu toisinto 26.10.2012, EUVL C 326 s. 18.

## 4 YRITYKSEN OSALLISTUMINEN VUOROPUHELUN – VOIKO KILPAILUETUA TAI KILPAILUN ESTYMISTÄ MUODOSTUA?

### 4.1 Vuoropuhelusta mahdollisesti saatavien hyötyjen määritelmät

#### 4.1.1 Ajallinen ja tiedollinen kilpailuetu

Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on vakiintuneesti todettu, että markkinatoimija, joka osallistuu hankinnan valmisteluun voi olla muita tarjoajia *paremmassa asemassa* tarjouskilpailuun lähdeettäessä. Tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailun valmisteluun tai muu hankintayksikön avustaminen hankintamenettelyssä saattaa siten olla peruste sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta, jos tämän osallistuminen vaarantaa hankintamenettelyn avoimuuden tai tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden toteutumisen hankintamenettelyssä.<sup>128</sup> Millä tavoin markkinatoimija voi sitten mahdollisesti hyötyä osallistumisestaan vuoropuheluun? Vuoropuhelusta mahdollisesti saatava kilpailuetu on perinteisesti jaettu kahteen hahmotettavissa olevaan etuun - *ajalliseen ja tiedolliseen*.

Näistä ensimmäinen eli *ajallinen kilpailuetu* tarkoittaa sitä, että vuoropuheluun osallistunut yritys voi saada lisää aikaa tarjouksensa laatimiseen vuoropuheluun osallistumisen johdosta. Ajallisen edun saaminen on katsottu yhdeksi merkittävimäksi eduksi, minkä yritys voi saada hankinnan valmisteluun osallistumisen johdosta.<sup>129</sup> Mikäli yritys saa ajallisen edun, tarkoittaa se käytännössä sitä, että markkinatoimija voi valmistautua hankintaan muita potentiaalisia tarjoajia pidempään.<sup>130</sup> Yritys voi muun muassa valmistautua hankintaan miettimällä toimintojensa uudelleen organisointia ja mahdollisesti myös tehdä investointeja eli hankkia hankinnan toteuttamiseen tarvitse-

---

<sup>128</sup> mm. MaO:611–612/14, jossa markkinaoikeus totesi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailun valmisteluun tai muu hankintayksikön avustaminen hankintamenettelyssä saattaa olla peruste sulkea tarjoaja tarjouskilpailusta, jos tämä seikka vaarantaa hankintamenettelyn avoimuuden tai tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden toteutumisen hankinnassa.

<sup>129</sup> Mäkelän mukaan lisätarjousaika on seikka, joka on jäänyt hankintayksiköiden ja tuomioistuinten harkinnassa vähälle huomiolle (Mäkelä – Pöykkö 2013 s. 31).

<sup>130</sup> Ajallisen edun saamiseen on kiinnitetty huomiota tapauksessa MaO:122/11. Tapauksessa oli kysymys konsulttina toimineen yrityksen saamasta ajallisesta edusta, jonka osalta markkinaoikeus lausui seuraavasti: hakija on saanut muita toimittajia varhaisemmassa vaiheessa yksityiskohtaisia tietoja hankinnasta ja näin ollen muita potentiaalisia tarjoajia enemmän aikaa valmistella tarjouskilpailuun osallistumista.

miaan resursseja. Lisäksi yritys tietää myös muilta osin ennalta varautua tulevaan tarjouskilpailuun. *Mäkelän* mukaan etenkin lisätarjousaika on seikka, joka on jäänyt hankintayksiköiden ja tuomioistuinten harkinnassa vähälle huomiolle.<sup>131</sup>

Sen sijaan *tiedollisen kilpailuedun* saaminen tarkoittaa sitä, että yritys voi vuoropuheluun osallistumisen johdosta mahdollisesti saada enemmän tietoa kuin muut tarjoajat.<sup>132</sup> Tiedollisen kilpailuedun myötä tarjoaja voi saada merkittävää etua tarjouksen laatimiseen. Yksi esimerkki tiedollisen edun saamisesta on tilanne, jossa hankintayksikkö on vuoropuhelun aikana ilmoittanut hankinnan volyymeja tai muita merkityksellisiä tietoja, jotka vaikuttavat muun muassa tarjouksen hinnoitteluun ja siten edelleen tarjouksen menestymiseen tarjouskilpailussa. Mikäli muille yrityksille ei ole tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmoitettu edellä mainittuja volyymitietoja, on niiden vaikea hinnoitella hankittava tuote kilpailukykyisesti omassa tarjouksessaan. Mitä tarkemmin tällaisessa tilanteessa mahdolliset volyymitiedot tiedetään, sitä paremmin yritykset voivat hinnoitella tarjoamansa tavaran tai palvelun tarjouksessaan.

#### **4.1.2 Räättälöidyt ehdot ja kilpailun estyminen**

Markkinatoimijoiden osallistuessa vuoropuheluun on tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaamisen ohella huolehdittava myös kilpailun säilymisestä. Tarjouspyynnön räättälöidyt ehdot ovat selkein kilpailun rajoittumista aiheuttava tekijä. Euroopan komissio onkin kiinnittänyt Suomen viranomaisten huomiota siihen, että syrjimättömän ja yhdenvertaisen kohtelun kannalta on ongelmallista, jos hankkeen suunnitelmassa käytetään tietyn toimittajan tuoteluetteloita, piirustuksia tai tuotekuvastoja. Tällöin on selvää, että määrittelyt sopivat vain tietyn tarjoajan valikoimaan tai suosivat tiettyä valmistajaa. Olennaista on huomata, että vaikka hankinnassa hyväksyttäisiin ominaisuuksiltaan, tyyppiltään tai suorituskyvyiltään myös vastaavat tuotteet, tietyn toimittajan kanssa tehty yhteistyö teknisten eritelmien pohjana käytetyssä suunnitelmassa saattaa antaa kyseiselle toimittajalle kilpailuetua suhteessa muihin tarjoajiin. Tästä syystä hankintayksikkö on haasteellisessa asemassa laatiessaan tarjouspyyntöä sekä hyödyntäessään vuoropuhelusta saamiaan tietoja. Hankintayksiköiden on varmistettava, ettei vuoropuheluun osallistuneita yrityksiä suosita tarjouskilpailussa suhteessa

---

<sup>131</sup> *Mäkelä – Pöykkö* 2013 s. 31.

<sup>132</sup> Tiettyihin valmisteleviin töihin osallistunut henkilö voi olla tarjouksensa laatimisen suhteen paremmassa asemassa niiden tietojen johdosta, joita hän mainittuja valmistelevia töitä suorittaessaan on voinut saada kyseessä olevasta julkisesta hankinnasta. *Fabricom-case*, kohta 29.

muihin tarjoajiin.<sup>133</sup> Näin ollen hankintayksikkö ei saa antaa markkinatoimijoille liikaa valtaa vuoropuhelun myötä, vaan harkintavallan on säilyttävä hankintayksiköllä.<sup>134</sup>

## 4.2 Hankintayksikön toimet vuoropuhelussa

### 4.2.1 Aluksi

Lähtökohtaisesti yritykset osallistuvat vuoropuheluun vain siinä määrin ja sillä tavoin kuin hankintayksikkö hyväksyy. Markkinatoimijan vuoropuhelusta mahdollisesti saatavat ja edellä käsitellyt edut ovat näin ollen hankintayksikön vuoropuhelussa suorittamien toimien tulosta. Vuoropuhelun sisältö on kokonaan hankintayksikön vastuulla ja se päättää mitä tietoja ja millä laajuudella se mahdollisille markkinatoimijoille antaa. Täysin eri tilanne on silloin, mikäli yritys osallistuu konsulttina hankinnan valmisteluun, jolloin sen tehtävänä saattaa olla juuri tarjouspyyntöasiakirjojen laadinta, eikä hankintayksikkö tällöin pysty kontrolloimaan, mitä tietoja konsultti mahdollisesti saa laatiessaan tarjouspyyntöasiakirjoja. Hankintayksikön vuoropuhelussa ja sen jälkeisessä tarjouspyyntömateriaalin laatimisvaiheessa sekä ennen tarjouskilpailun käynnistämistä suorittamat toimenpiteet ovat siten avainasemassa, kun arvioidaan tarjoajien yhdenvertaista asemaa tarjouskilpailussa sekä arvioidaan sitä, onko jokin toimija muita tarjoajia paremmassa asemassa alkaessaan laatimaan tarjoustaan.

Tarjoajien tasapuolisessa kohtelussa ja kilpailuneutraliteetin turvaamisessa avainasemaan nousee etenkin yksi edellä mainituista yleisistä hankintaperiaatteista - *avoimuusperiaate*. Avoimuus voidaan nähdä keskeisimpänä tekijänä tasapuolisuuden ja yhdenvertaisuuden turvaamisessa sekä näin ollen eräänlaisena oikeussuojan takeena myös vuoropuheluun osallistuvalla yritykselle. *Mäkelän* mukaan juuri tästä syystä hankintayksiköiden avoimuusvelvoite vuoropuhelun aikana korostuu. Myös oikeuskäytännössä on esitetty useissa ratkaisuissa lähtökohta, jonka mukaan hankintamenettelyn on annettava myös *ulospäin uskottava vaikutelma siitä, että kaikilla tarjoajilla*

---

<sup>133</sup> Hankinnat.fi > Etusivu > Malleja ja ohjeita > Hankintaututisia > Oikeuskäytäntö > Komissio kiinnittää huomiota tuote- tai tavaramerkin käyttämiseen tarjouspyynnössä.

<sup>134</sup> *Mäkelä* 2011 s. 9.

*on ollut hankintayksikön toiminnan osalta yhtäläiset mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa.*<sup>135</sup> Tämän aikaansaamiseksi avoimuuden toteuttaminen on välttämätöntä.

Mikäli hankintayksikkö on kaikille tarjoajille jatkuvasti avoin vuoropuhelun aikana, on hyvin epätodennäköistä, että kukaan tarjoaja hyötyy vuoropuheluun osallistumisesta siinä määrin, että se voitaisiin sulkea pois tarjouskilpailusta. Näin ollen hankintayksikön aktiivinen avoimuus on paras ja keskeisin turva yrityksille, jotka osallistuvat julkisen hankinnan valmistelussa toteutettuun vuoropuheluun.<sup>136</sup>

Seuraavaksi siirryn tutkimuksessani tarkastelemaan hankintayksikön suorittaman vuoropuhelun eri vaiheita ja sitä, miten hankintayksikön tulisi niissä mahdollisesti menetellä, jotta se toimisi hankintaperiaatteiden ja etenkin avoimuusperiaatteen mukaisesti. Lisäksi kartoitan niitä seikkoja, jotka voivat muodostaa riskin kilpailuneutraliteetille. Näiden eri vaiheiden hahmottamisen jälkeen vedän yhteen voiko kilpailuetua tai kilpailun estymistä syntyä, mikäli hankintayksikkö toimii vuoropuhelun toteuttamisessa avoimuusperiaatteen ja muiden hankintaperiaatteiden mukaisesti.

#### **4.2.2 Vuoropuhelusta ilmoittaminen**

Vuoropuhelusta ilmoittaminen on ensimmäinen vaihe markkinatoimijoiden ja hankintayksikön välisen vuoropuhelun käynnistämiseksi. Koska vuoropuhelusta ei ole olemassa tarkkoja menettelytapavaatimuksia, ei myöskään vuoropuhelun ilmoittamista ole säännelty. Tästä johtuen vuoropuhelujen ilmoittamiskäytännöt ovat olleet hyvin vaihtelevia. Merkityksellistä kuitenkin on, että vuoropuhelun ilmoittamisen avoimuudella voi olla merkitystä kilpailuedun syntymisen kannalta. Mikäli hankinnasta ei ole aiemmin julkaistu ennakoilmoitusta, on vuoropuhelusta ilmoittaminen ensimmäinen tieto markkinoille tulevasta hankinnasta. Näin ollen vuoropuhelusta ilmoittaminen on erityisesti ja suoraan sidoksissa mahdolliseen *ajallisen edun* saamiseen. Mikäli yritys

---

<sup>135</sup> Muun muassa ratkaisussa MaO:481/15 markkinaoikeus totesi, että hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa on noudatettava tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatetta. Lisäksi hankintamenettelyn on annettava myös ulospäin uskottava vaikutelma siitä, että kaikilla tarjoajilla on ollut samat mahdollisuudet menestyä tarjouskilpailussa.

<sup>136</sup> Mäkelä – Pöykkö 2013 s. 27–28.

saa ajallisen edun, tarkoittaa se käytännössä sitä, että markkinatoimija voi edellä mainituin tavoin valmistautua hankintaan muita potentiaalisia tarjoajia pidempään.<sup>137</sup> Koska markkinatoimijat eivät saa hyötyä osallistumisestaan hankintaa edeltävään vuoropuheluun, asettaa se hankintayksikölle velvollisuuden huomioida tällaisten tilanteiden estäminen. Millä tavoin hankintayksikön tulisi siten mahdollisesti suorittaa vuoropuhelusta ilmoittaminen?

Vuoropuhelusta ilmoittamiseen ja sen avoimuuteen on otettu kantaa muun muassa oikeuskirjallisuudessa. *Kuusniemi-Laineen* ja *Takalan* mielestä vuoropuhelu tulisi tehdä avoimesti ja näin ollen tiedot keskustelutilaisuuden ajankohdasta ja asiakirjoista tulisi julkaista hankintojen virallisella internet -sivustolla HILMA:ssa.<sup>138</sup> Myös *Mäkelä* pitää hyvänä tapana toteuttaa vuoropuhelusta ilmoittaminen mahdollisimman suurella jakelulla esimerkiksi HILMA -järjestelmän kautta.<sup>139</sup> *Pekkala* ja *Pohjonen* eivät mainitse julkaisuportaalina virallista ilmoitusportaalia, mutta edellyttävät ilmoittamista kuitenkin mahdollisimman laajasti.<sup>140</sup> Myös *Ruotsin kilpailuviraston* vuoropuhelun suorittamisesta julkaiseman ohjeistuksen mukaan vuoropuhelusta pitäisi ilmoittaa julkisessa tietokannassa kuin myös hankintayksikön omilla internet -sivuilla. Ohjeistuksen mukaan kutsu voitaisiin jakaa myös toimialayhdistyksille ja muille sidosryhmille.<sup>141</sup> Sen sijaan *Arrowsmithin* mukaan hankintayksikön ei välttämättä tarvitsisi tehdä ilmoitusta viralliseen kanavaan, vaan se voisi tehdä vuoropuhelun ainoastaan omia kanavia käyttämällä eli mahdollisten tuttujen yritysten kanssa.<sup>142</sup> *Arrowsmith* kuitenkin lausuu myöhemmässä teoksessaan, että virallinen julkaisu ainakin kohtelee markkinatoimijoita yhdenvertaisesti.<sup>143</sup>

*Arrowsmithin* mielipide siitä, ettei vuoropuhelusta ilmoitettaisi julkisesti, olisi nähdäkseni mahdollista esimerkiksi siinä tapauksessa, että hankinnasta olisi julkaistu jo aiemmin vapaaehtoinen ennakkoilmoitus virallisessa hankintojen julkaisukanavassa. Tällöin markkinoilla olevat potentiaaliset tarjoajat olisivat ainakin tietoisia kyseisen hankinnan olevan tulossa. Mikäli näin ei olisi kuitenkaan tehty, olisi vuoropuhelusta

---

<sup>137</sup> Ajallisen edun saamiseen on kiinnitetty huomiota tapauksessa MaO:122/11. Tapauksessa oli kysymys konsulttina toimineen yrityksen saamasta ajallisesta edusta, jonka osalta markkinaoikeus lausui seuraavasti: hakija on saanut muita toimittajia varhaisemmassa vaiheessa yksityiskohtaisia tietoja hankinnasta ja näin ollen muita potentiaalisia tarjoajia enemmän aikaa valmistella tarjouskilpailuun osallistumista.

<sup>138</sup> *Kuusniemi-Laine – Takala* 2008 s. 58.

<sup>139</sup> *Mäkelä* 2011 s. 4. Näin myös *Ukkola* 2013 s. 7.

<sup>140</sup> *Pekkala – Pohjonen* 2014 s. 338.

<sup>141</sup> *Steg för steg - Smartare inköp genom tidig dialog* s. 7.

<sup>142</sup> *Arrowsmith* 1998 s. 3.

<sup>143</sup> *Arrowsmith* 2014 s. 652.



mielestäni ilmoitettava julkisesti, jotta kaikilla markkinatoimijoilla olisi mahdollista saada tieto tulevasta hankinnasta samaan aikaan, eikä kenelläkään olisi näin ollen mahdollista saada ajallista etua hankintayksikön menettelytavoista johtuen. Julkisella ilmoittamisella taataan markkinatoimijoiden yhdenvertainen kohtelu ja estetään minäkään yrityksen ajallinen etulyöntiasema. Näin ollen yleisten hankintaperiaatteiden noudattaminen ja siten vuoropuheluun osallistuneiden yritysten suojaaminen myöhemmiltä kilpailuetua koskevilta väitteiltä edellyttää nähdäkseni julkista ilmoittamista vuoropuhelusta erityisesti niissä tilanteissa, joissa se on ensimmäinen ilmoitus tulevasta hankinnasta.<sup>144</sup>

#### 4.2.3 Vuoropuheluun osallistuvat yritykset

Käynnistettäessä vuoropuhelua markkinatoimijoiden kanssa on hankintayksikön tehtävä päätös myös siitä, käykö se vuoropuhelua kaikkien kiinnostuksensa ilmoittaneiden yritysten kanssa vai ainoastaan tietyn yritysjoukon kanssa. Onko hankintayksikön ylipäätään mahdollista edes käydä vuoropuhelua rajatun joukon kanssa? Hankintalainsäädäntö ei anna tähän ongelmaan suoraa ratkaisua vaan asiaa on arvioitava jälleen yleisten hankintaperiaatteiden näkökulmasta tasapuolisen tarjouskilpailun aikaansaamiseksi.

Nähdäkseni kysymys siitä, tuleeko vuoropuhelua käydä kaikkien kiinnostuksensa esittäneiden yritysten kanssa vai voidaanko sitä käydä vain tietyn yritysjoukon kanssa, keskittyy ennen kaikkea mahdolliseen *tiedollisen edun saamisen arviointiin* mutta osaltaan myös *kilpailun estymiseen*. Täytyy huomioda se, että mitä rajatumman ja pienemmän joukon kanssa vuoropuhelua käydään, sitä herkemmin on mahdollista, että tarjouspyyntöasiakirjat muotoutuvat vuoropuheluun osallistuneiden yritysten tahdon mukaiseksi eli niitä suosivaksi. Tästä syystä tutkin seuraavaksi sitä, tuleeko hankintayksikön ottaa vuoropuheluun mukaan kaikki yritykset, jotka ovat ilmoittaneet kiinnostuksensa osallistua vai voiko hankintayksikkö käydä vuoropuhelua vain rajatun joukon kanssa?

---

<sup>144</sup> Myös blogikirjoituksessa ”Vuoropuhelu – teoriasta käytäntöön” kehoitetaan yrityksen edustajia rohkaisemaan hankintayksikköä julkaisemaan ilmoitus vuoropuhelusta julkisesti HILMA -palvelussa, mahdollisten esteellisyysväitteiden ehkäisemiseksi ja yrityksen oman selustan turvaamiseksi. Kronströmin mukaan omien ajatusten ja bisneksen esittely on huoletonta, kun sillä ei tule torpanneeksi osallistumista varsinaiseen tarjouskilpailuun. (Kronström 2016).

*Ruotsin kilpailuviraston* vuoropuhelun suorittamisesta julkaiseman ohjeistuksen mukaan vuoropuhelun tulisi olla avoin kaikille markkinatoimijoille, jotka ovat siitä kiinnostuneita.<sup>145</sup> Myös *Ukkola* kannattaa laajan vuoropuhelun käymistä ja varoittaa keskustelujen käymisestä rajatun toimittajajoukon kanssa, koska se voidaan katsoa syrjiväksi.<sup>146</sup> Sen sijaan *Arrowsmithin* mukaan vuoropuhelua voitaisiin käydä vain tiettyjen toimijoiden kanssa. *Arrowsmithin* mukaan yhdenvertaisuusperiaate ei edellytä sitä, että vuoropuhelua tarvitsisi käydä kaikkien yritysten kanssa, jotka ilmoittavat kiinnostuksensa mahdolliseen vuoropuhelutilaisuuteen. Hänen mielestään kaupallinen tarkoituksenmukaisuus ajaa yhdenvertaisuuden yli tilanteessa, jossa suuri määrä yrityksiä ilmoittaa olevansa kiinnostunut käymään vuoropuhelua hankintayksikön kanssa. Kaikkien kiinnostuksensa ilmoittaneiden yritysten kanssa keskusteleminen olisi hankintayksikölle hyvin raskas menettely. *Arrowsmith* korostaa myös, että mikäli vuoropuhelu muutamien yritysten kanssa katsottaisiin kielletyksi, voisi se vakavasti vahingoittaa hankintayksikön kykyä julkisten varojen tehokkaana käyttäjänä.<sup>147</sup> Myös *Lukkarisen* mukaan hankintaperiaatteiden noudattaminen ei tarkoita sitä, että palvelujen hankkijan tulisi tutustua kaikkeen mahdolliseen markkinoilta saatavissa olevaan tarjontaan.<sup>148</sup>

*Arrowsmithin* näkemykset ovat nähdäkseni erittäin relevantteja ja niissä näkyy suhteellisuusperiaatteen huomiointi avoimuusperiaatetta rajoittavana. Myös *Korhonen* on artikkelissaan ”*Kiire pilaa hyvän hankinnan*” sitä mieltä, ettei tarjoajien tasapuolinen kohtelu estä hankintayksikköä valitsemasta sopivaa määrää keskustelukumppaneita suorittamaansa vuoropuheluun. Hän pitää kuitenkin suositeltavana käydä vuoropuhelua useampien markkinatoimijoiden kanssa. Mikä on katsottava riittäväksi määräksi markkinatoimijoita, jotta menettely antaa myös ulkopuolelle tasapuolisen vaikutelman?<sup>149</sup> *Lukkarisen* mukaan siihen, kuinka paljon on ”riittävässä määrin”, on mahdollonta hänen mukaansa yksiselitteisesti vastata.<sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> Steg för steg - Smartare inköp genom tidig dialog s. 8. Myös Karinkanta – Kontio – Krakau – Lahtinen ja With ovat teoksessaan ”*Yrityksen hankintaopas*” todenneet, että tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate vaikuttaa eniten hankinnan valmisteluun muun muassa siten, että hankintayksikkö ei voi valmistella hankintaa siten, että se käy teknistä vuoropuhelua vaan yhden yrityksen kanssa, vaan kaikkia soveltuvia yrityksiä tulisi kuulla ja informoida tasapuolisesti.

<sup>146</sup> *Ukkola* 2013 s. 8.

<sup>147</sup> *Arrowsmith* 1998 s. 3. Julkisten varojen tehokas käyttö on mainittu erityisesti myös *Eurooppa 2010 -strategiassa* (Eurooppa 2020 on EU:n kymmenvuotinen kasvustrategia), jonka osa nykyinen direktiiviuudistus on. Strategian mukaan hankinnoissa olisi varmistettava julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö.

<sup>148</sup> *Lukkarinen* 2007 s. 73.

<sup>149</sup> Muun muassa MaO:481/15.

<sup>150</sup> *Lukkarinen* 2007 s. 73.

Oikeuskirjallisuudessa *Mäkelä* on esittänyt näkemyksen myös siitä, että hankintayksikkö voi käydä varsinaista tarjouskilpailua edeltävää vuoropuhelua myös *vain yhden markkinatoimijan* kanssa.<sup>151</sup> Kyseinen tulkinta on siinä mielessä mielenkiintoinen, että kuten edellä totesin, voi tällainen tilanne herkästi johtaa tarjouspyyntöaineiston sellaiseen muotoiluun, joka suosii kyseistä vuoropuheluun osallistunutta yritystä ja sitä myötä kilpailun estymiseen. *Mäkelän* mukaan vuoropuhelua yhden toimittajan kanssa ei ole pidettävä hankintalainsäädännön vastaisena, jos vuoropuhelu ei vaaranna varsinaisen hankintamenettelyn tasapuolisuutta ja syrjimättömyyttä. Nähdäkseni tällaisessa tilanteessa on kuitenkin erittäin todennäköistä, että kyseinen yritys voi saada etua muihin tarjoajiin nähden. Myöskään *Pekkala* ja *Pohjonen* eivät puolla vuoropuhelun käymistä vain yhden markkinatoimijan kanssa, vaan uskovat tällaisessa tilanteessa olevan vaarana, että kyseisen yrityksen katsotaan osallistuneen hankinnan suunnitteluun ratkaisevalla tavalla ja tilanteen voivan siten johtaa yrityksen poissulkemiseen tulevasta tarjouskilpailusta.<sup>152</sup> Näin ollen yhden yrityksen kanssa suoritettu vuoropuhelu voi muodostua liian riskialttiiksi itse hankintayksikön kanssa yksin vuoropuheluun osallistuneelle yritykselle. Tämän vuoksi kyseinen menettely ei olisi suositeltavaa, mikäli yritys haluaa osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun.

Jos hankintayksikön tietyn yritysjoukon kanssa suorittama vuoropuhelu katsotaan hankintaperiaatteiden mukaiseksi, muodostuu haasteeksi nähdäkseni se, kuinka hankintayksikkö perustelee sen, ketkä markkinatoimijat se ottaa mukaan vuoropuheluun. Tällainen vuoropuheluehdokkaiden karsiminen ja tiettyjen yritysten valitseminen saattaa herättää voimakkaita tunteita muissa markkinatoimijoissa ja epäilyksen siitä, että valittuja markkinatoimijoita suositaan tai ne saavat muutoin kilpailuetua tulevaan tarjouskilpailuun. Lisäksi on huomioitava se, että rajattaessa yritysten osallistumista, rajataan myös se, mikä yritys saa ensisijassa tietoa. Hankintayksikön tulisi siis kyetä estämään tällaisessa tilanteessa vuoropuheluun otettavien yritysten mahdollinen tiedollinen etusija ennen tarjouskilpailun käynnistämistä, etteivät mahdolliset esteellisyysväitteet menestyisi varsinaisessa tarjouskilpailussa.

Mikäli hankintayksikkö valitsisi vuoropuheluun vain tietyt markkinatoimijat, tarkoittaa yhdenvertaisen kohtelun periaate kuitenkin sitä, että hankintayksikön täytyy taata, etteivät vuoropuheluun osallistuneet yritykset saa epäoikeutettua etua suhteessa mui-

---

<sup>151</sup> *Mäkelä* 2011 s. 3.

<sup>152</sup> *Pekkala – Pohjonen* s. 339.

hin markkinatoimijoihin. Tästä syystä hankintayksiköltä nähdäkseni edellytetään *korostunutta dokumentaatiovelvollisuutta*, jolla tarkoitan sitä, että vuoropuhelu tulisi suorittaa kirjallisesti ja mikäli keskusteluja käydään, tulisi ne mahdollisesti litteroida. Lisäksi vuoropuhelusta laadittu *dokumentaatio tulisi jakaa mahdollisimman laajasti* vuoropuhelun päätyttyä, jotta muut markkinatoimijat saatetaan samalle tiedolliselle tasolle kuin vuoropuheluun osallistuneet yritykset.

Tietyn yritysjoukon kanssa suoritettussa vuoropuhelussa korostuu nähdäkseni myös *hankintayksikön oma tietotaito*, koska se ei voi laatia tarjouspyyntöä pelkästään vuoropuheluun osallistuneiden yritysten antaman tiedon pohjalta, joka väistämättä sisältää yrityksen suorittamaa markkinointia oman yrityksensä eduksi. Näin ollen hankintayksikön tulisi olla erittäin hyvin perillä kyseisen hankinnan toimialasta, jotta se kykenee laatimaan tarjouspyynnöstä puolueettoman. Nähdäkseni vuoropuhelun laajuuden rajaaminen aiheuttaa hankintayksikölle näin ollen korostuneen dokumentaatio- ja tiedonjakovelvoitteen. Mikäli hankintayksikkö ei huolehdi näistä tekijöistä, vaarantaa se oleellisesti vuoropuheluun osallistuneiden yritysten myöhemmän osallistumisen itse tarjouskilpailuun.

Yhteenvedona voitaisiin näin ollen nähdä, että yritysten tasapuolisen kohtelun ja vuoropuheluun osallistuneen yrityksen myöhemmän oikeusturvan kannalta olisi perusteltua, että hankintayksikkö kävisi vuoropuhelua ensisijaisesti kaikkien kiinnostuksensa ilmoittaneiden yritysten kanssa. Tämä ilmentäisi myös avoimuuden periaatteen ja yhdenvertaisuuden periaatteen toteutumista. Mikäli tilanne kuitenkin muodostuisi tehokkuusajattelun vastaiseksi, voisi hankintayksikkö toissijaisesti käydä vuoropuhelua myös rajatun joukon kanssa, mikä edellyttäisi edellä mainittua korostunutta dokumentaatiovelvollisuutta ja tiedon jakamista.

#### **4.2.4 Keskustelujen käyminen**

Vaikka vuoropuhelun toteuttaminen on ensisijassa suositeltu tehtävän kirjallisesti, ovat monet hankintayksiköt nykyisin järjestäneet myös suullisia vuoropuhelutilaisuuksia hankinnan valmisteluvaiheessa. Suullisissa tilaisuuksissa on paremmin mahdollisuus keskustella tulevasta hankinnasta ja kuulla alan yritysten esittämiä mielipiteitä. Tällaisten suullisten vuoropuheluiden toteuttamisen käänköpuolena on kuitenkin

se, että ne saattavat vaarantaa tarjoajien tasapuolista kohtelua enemmän kuin kirjallisesti tehdyt vuoropuhelut. Näin on etenkin silloin, jos vuoropuhelu on päädytty suorittamaan rajatun yritysjoukon kanssa. Mitä avoimuusperiaate mahdollisesti edellyttää näissä suullisissa keskustelutilaisuuksissa, etteivät vuoropuheluun osallistuvat yritykset saa etulyöntiasemaa suhteessa muihin tarjoajiin?

Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun takaamiseksi olisi perusteltua, että hankintayksikkö määrittäisi asialistan, jonka mukaisesti se kävisi vuoropuhelua markkinatoimijoiden kanssa. Tällöin keskustelut voitaisiin rajata tiettyihin läpikäytäviin asioihin, eikä keskustelu olisi näin ollen liian laajaa. Ennakkosuunnittelua puoltaa myös se, että mahdollinen tiedon jakaminen muille markkinatoimijoille on tällöin huomattavasti yksinkertaisempaa ja myös tarjoajien tasapuolisen kohtelun kannalta turvallisempaa. Ennalta laaditun asialistan tekemisen ohella vuoropuhelu tulisi lisäksi dokumentoida kokonaisuudessaan (pöytäkirjan laatiminen) ja koottu tieto jakaa myöhemmin esimerkiksi hankintayksikön internet -sivuilla. Laatimalla ennalta asialista vuoropuhelussa käytävistä keskusteluista, dokumentoimalla keskustelut ja jakamalla tiedot myös muille tarjoajille ei tiedollista etulyöntiasemaa pitäisi millekään yritykselle muodostua.<sup>153</sup>

Suullisia keskustelutilaisuuksia on järjestetty myös kahdessa erilaisessa muodossa – *ryhmässä* tai *kahden kesken*. Ryhmässä järjestetyssä vuoropuhelussa hankintayksikkö kertoo aluksi yleisesti vuoropuheluun osallistuneille yrityksille toiveistaan ja tarpeistaan. Tämän jälkeen markkinatoimijat voivat esittää näkemyksiään ja esityksiään tulevaan tarjouskilpailuun. Avoimuusperiaatteesta johtuen ja sen varmistamiseksi, että tasapuolisuus markkinatoimijoiden välillä toteutuu, on ryhmässä järjestetty vuoropuhelu toivottavampi vaihtoehto. Tällaisessa tilaisuudessa yritykset saavat kuulla yhtäaikaisesti sen, mitä toiveita ja tarpeita hankintayksiköllä on ja myös sen, mitä muut markkinatoimijat mahdollisesti ehdottavat hankintayksikölle. Ryhmässä toteutetussa vuoropuhelussa yritykset voivat myös itse todentaa, miten hankintayksikkö suhtautuu muihin potentiaalisiin tarjoajiin sekä arvioida, kohdellaanko markkinatoimijoita tasapuolisesti.

---

<sup>153</sup> Dialog – en del av marknadsanalysen (viitattu 26.7.2016).

Joissakin tilanteissa markkinatoimijan kanssa kahden kesken käydyn vuoropuhelun on katsottu olevan tarpeellista ja jopa välttämätöntä.<sup>154</sup> Käytännön hankintatoiminnassa on nimittäin ilmennyt ongelmia saada markkinatoimijat antamaan tietoa tai jakamaan ratkaisuehdotuksia, kun muut kilpailevat yritykset ovat läsnä.<sup>155</sup> Mikäli kahdenkeskisiä tapaamisia markkinatoimijoiden kanssa järjestetään, on oleellista, että *tarkoituksena on ensisijaisesti pyytää tietoja markkinatoimijoilta niiden tarjoamista ratkaisuvaihtoehdoista eikä niinkään antaa tietoa hankintayksikön suunnitelmista*. Lisäksi on erittäin oleellista, että tapaamisen tarkoitus, kulku ja keskusteltavat asiat on suunniteltu ryhmässä käytyä keskustelua huolellisemmin etukäteen. Näiden lisäksi hankintayksikön on myös huolehdittava, että se toimii ennalta suunnitellun asialistan mukaisesti ja dokumentoi tapaamisen riittävän tarkasti. Näillä keinoin hankintayksikkö voi käydä vuoropuhelua myös kahden kesken markkinatoimijoiden kanssa ilman, että se vaarantaa tarjoajien tasapuolista kohtelua tai niiden liike- ja ammattisalaisuuksia.<sup>156</sup>

Vaikka suullisiin keskustelutilaisuuksiin ja erityisesti kahden kesken suoritettuihin vuoropuheluihin liittyy riskitekijöitä tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta, on ne kuitenkin mahdollista suorittaa siten, ettei tarjoajien tasapuolinen kohtelu vaarannu. Avoimuusperiaatteen voidaan katsoa edellyttävän ennen kaikkea ennalta suunniteltuja asialistoja sekä keskusteluiden huolellista dokumentoimista sekä tiedon jakamista. Seuraavaksi läpikäyn lähemmin dokumentoinnin merkitystä tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaamisessa.

#### **4.2.5 Dokumentointi avainasemassa**

Vuoropuhelun dokumentointi liittyy keskeisesti yritysten *tasapuolisen kohtelun turvaamiseen*, mutta myös hankintayksiköiden ja yritysten *oikeusturvaan*. Mikäli vuoropuhelu on dokumentoitu huolellisesti, voi hankintayksikkö selkeästi helpommin osoittaa sen, että tarjoajia on kohdeltu tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Myös vuoropuheluun osallistuneen yrityksen on dokumentaation avulla helpompi osoittaa, ettei se osallistumalla vuoropuheluun ole saanut etua muihin tarjoajiin nähden. Näin ollen

---

<sup>154</sup> Hankinnat.fi sivusto on listannut yhdeksi yleiseksi virheelliseksi uskomukseksi vuoropuhelusta sen, että toimittajan kanssa ei saa puhua kahden kesken.

<sup>155</sup> Steg för steg - Smartare inköp genom tidig dialog s. 9.

<sup>156</sup> Dialog – en del av marknadsanalysen (viitattu 26.7.2016).

on kaikkien osapuolten kannalta perusteltua dokumentoida käyty vuoropuhelu huolellisesti. Myös uuden hankintadirektiivin johdanto-osan 58 kohdan mukaan

“Hankintamenettelyn olennaiset osat, kuten hankinta-asiakirjat, osallistumishakemukset, kiinnostuksen vahvistukset ja tarjoukset olisi aina toimitettava kirjallisina, mutta suullisen viestinnän talouden toimijoiden kanssa pitäisi muulloin olla edelleen mahdollista, kunhan sen sisältö dokumentoidaan riittävästi. Tämä on tarpeen, jotta taataan riittävä avoimuus niin, että yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen voidaan todentaa. On olennaisen tärkeää, että erityisesti sellainen suullinen viestintä tarjoajien kanssa, joka saattaa vaikuttaa tarjouksien sisältöön ja arviointiin, dokumentoidaan riittävästi ja asianmukaisin välinein, esimerkiksi kirjallisina tai äänitallentein tai laatimalla yhteenvetoja viestinnän pääkohdista.”<sup>157</sup>

*Ruotsin kilpailuviraston* vuoropuhelun suorittamisesta julkaiseman ohjeistuksen mukaan vuoropuhelussa annettu informaatio pitäisi kerätä yhteen ja olla käytettävissä julkisesti joko kirjallisessa muodossa tai videotallenteena.<sup>158</sup> Niin ikään *hankinnat.fi* -sivusto suosittaa vuoropuhelun toimenpiteiden kirjaamista sekä pöytäkirjan laatimista suoritetuista tapaamisista<sup>159</sup>. Samoin *Ukkola* pitää vuoropuhelun dokumentoimista tärkeänä<sup>160</sup>.

Vuoropuhelun dokumentointi on nyttemmin huomioitu myös uuden hankintadirektiivin 84 artiklan 2 kohdassa, jonka mukaan

”hankintaviranomaisten on pidettävä kirjaa kaikkien hankintamenettelyjen edistymisestä riippumatta siitä, toteutetaanko ne sähköisesti. Tätä varten niiden on huolehdittava riittävästä kirjanpidosta voidakseen perustella hankintamenettelyn kaikissa vaiheissa tekemänsä päätökset, esimerkiksi dokumentoitava viestintä talouden toimijoiden kanssa ja sisäiset neuvottelunsa, hankinta-asiakirjojen valmistelu, mahdollinen vuoropuhelu tai neuvottelu sekä tarjoajan valinta ja hankintasopimuksen tekeminen. Asiakirjat on säilytettävä vähintään kolme vuoden ajan hankintasopimuksen tekopäivästä.”

Vuoropuhelun dokumentoinnissa voidaan nähdä useita haasteita. Yksinkertaisinta tilanne on silloin, kun vuoropuhelu on suoritettu ainoastaan kirjallisesti hankintayksikön ennalta laatimien kysymysten ja niihin potentiaalisten tarjoajien antamien vastauksien muodossa. Mikäli vuoropuhelussa käydään sen sijaan keskusteluja markkinatoimijoiden kanssa, muodostuu tilanne monimutkaisemmaksi. Missä määrin ja millä tarkkuudella hankintayksikön tulisi kirjata käydyt keskustelut vai pitäisikö tilaisuudet äänittää ja myöhemmin litteroida? On selvää, että tällainen toimenpide voi

<sup>157</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU. Kohta 58.

<sup>158</sup> *Steg för steg - Smartare inköp genom tidig dialog* s. 8-9.

<sup>159</sup> *Hankinnat.fi* > Etusivu > Hankintaprosessi > Hankinnan suunnittelu > Markkinoiden kartoittaminen > Yleisiä uskomuksia vuoropuheluista.

<sup>160</sup> *Ukkola* 2013 s. 8.

vaatia huomattavia resursseja. Toisaalta hankintadirektiivin johdanto-osasta on tulkittavissa, että tällainen toimenpide tulisi tehdä, jotta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen voidaan todentaa.

## **4.3 Hankintayksikön toimet ennen tarjouskilpailun käynnistämistä**

### **4.3.1 Kilpailuneutraliteetin turvaaminen**

Vuoropuhelun käymisen jälkeen, mutta ennen varsinaisen tarjouskilpailun käynnistämistä on hankintayksiköllä vielä mahdollisuus tehdä toimenpiteitä tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaamiseksi. Aiemmin oikeuskäytännössä ja nyttemmin myös uudessa hankintadirektiivissä on asetettu hankintayksikölle velvollisuus tehdä tietyt asianmukaiset toimenpiteet, joilla se voi varmistaa sen, että kaikki tarjoajat ovat yhdenvertaisessa asemassa tarjouskilpailun alkaessa. Hankintayksikön tulee näin ollen itse huolehtia siitä, että kilpailuneutraliteettia uhkaavat tekijät poistetaan, mikäli se havaitsee tällaisia tekijöitä esiintyvän. Hankintayksikön tulee esimerkiksi varmistaa, että kaikilla tarjoajilla on tarjouksen laadinnan alkaessa samanlaiset tiedot.<sup>161</sup>

### **4.3.2 Tiedon jakaminen**

Tietojen jakaminen on olennainen toimenpide tarjoajien yhdenvertaisen aseman takaamiseksi ennen tarjouskilpailun aloittamista. Uusi hankintadirektiivi nostaa erikseen esille hankintayksikön velvollisuuden jakaa muille ehdokkaille tai tarjoajille kaikki sellainen tieto, jonka se on saanut tai antanut jonkin yrityksen osallistuessa hankintamenettelyn valmisteluun tai joka on tulosta tällaisesta osallistumisesta. Vuoropuhelussa saatujen ja annettujen tietojen jakamisella julkisesti pyritään saattamaan muut ehdokkaat ja tarjoajat tiedollisesti samalle tasolle kuin vuoropuheluun osallistunut yritys. Mikäli vuoropuhelussa annettuja tietoa ei jaettaisi, olisi hyvin todennäköistä, että vuoropuheluun osallistunut yritys olisi muita tarjoajia paremmassa asemassa tiedollisesti ja se jouduttaisiin tästä syystä mahdollisesti jopa sulkemaan ulos varsinaisesta tarjouskilpailusta.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> KHO:2003/74

<sup>162</sup> Treumerin mukaan hankintayksikön on varmistettava, että vuoropuheluun osallistuneen yrityksen saama tieto jaetaan myös muille potentiaalisille tarjoajille. (Treumer 2007 s. 7).



*Arrowsmith* pitää suositeltavana kaiken sen tiedon jakamista julkisesti, jonka hankintayksikkö on antanut vuoropuheluun osallistuneille yrityksille.<sup>163</sup> *Treumerin* mukaan tietojen jakaminen voidaan tehdä joko kirjallisena selontekona vuoropuhelun tulokista muille tarjoajille esimerkiksi antamalla muille tarjoajille tieto kuinka vuoropuheluun osallistunut yritys on avustanut hankintayksikköä. Toinen tapa on kutsua kaikki potentiaaliset tarjoajat niin sanottuun tiedotustilaisuuteen ja näin antaa kaikille potentiaalisille tarjoajille mahdollisuus saada tieto hankintayksikön toiveista ja tarpeista kyseisen hankinnan osalta.

Tietojen jakaminen on noussut esille myös oikeuskäytännössä. Esimerkiksi jo korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2003:74 lausuttiin, että hankintayksikön tulee ensisijaisesti huolehtia siitä, että kilpailuneutraliteettia uhkaavat tekijät poistetaan esimerkiksi varmistamalla, että kaikilla tarjoajilla on tarjouksia laadittaessa käytettävissä sama suunnitteluaineisto ja samanlaiset tiedot muutoinkin. Näin ollen vuoropuheluun osallistuneen yrityksen osallistuminen varsinaiseen tarjouskilpailuun edellyttää hankintayksiköltä muun ohella, että kaikille tarjoajille annetaan sama merkityksellinen tieto, jonka valmisteluun osallistunut tarjoaja on voinut saada jo vuoropuheluun osallistumalla.

Käytännön tilanteissa tiedon jakamiseen voi liittyä suuriakin haasteita. Mikäli vuoropuhelussa käyty keskustelu on ollut laajaa, voi tiedon dokumentointi jo tämän vuoksi muodostua ongelmalliseksi. Laaja dokumentaatio voi niin ikään olla haaste myös tietojenjakovaiheessa. Pahimmillaan voi olla mahdollista, ettei hankintayksikkö saa ollenkaan jaettua kaikkea sitä tietoa, jonka vuoropuheluun osallistunut yritys on saanut. Lisäksi on käytännössä jokseenkin mahdotonta taata, että kaikki käyty keskustelu olisi dokumentoitu ja saataisiin jaettua muille yrityksille. Puutteellisesti dokumentoituun vuoropuheluun osallistuneen yrityksen osallistuminen varsinaiseen tarjouskilpailuun voi näin ollen vaarantua, koska mahdolliset väitteet sen saamasta kilpailuhyödyistä voivat menestyä, mikäli muut tarjoajat onnistuvat näyttämään toteen, että kaikkea olennaista tietoa ei ole jaettu muille yrityksille.

Koska hankintayksikön tulee huolehtia tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta, olisi nähdäkseni hankintayksikön velvollisuus käydä vuoropuhelu edellä mainituista ongelmista johtuen vain siinä laajuudessa kuin se tietää, että se voi myös jakaa vuoropuhe-

---

<sup>163</sup> *Arrowsmith* 2014 s. 653.

lussa annetun ja saadun tiedon. Näin ollen hankintayksikön tulisi huolella valmistautua vuoropuhelun aloittamiseen ja suunnitella jo etukäteen keskustelun aiheet, jottei vuoropuhelu muodostu rajattomaksi tietojenvaihdoksi sekä siten suureksi määräksi dokumentaatiota. Vuoropuhelun rajaaminen on siten keskeinen tekijä dokumentoinnin helpottamiseksi, tietojen jakamisen yksinkertaistamiseksi ja edelleen vuoropuheluun osallistuneiden etulyöntiaseman ehkäisemiseksi.

### **4.3.3 Riittävän pitkien määräaikojen vahvistaminen**

Pelkästään tiedon jakamisella ei aina saada eliminoitua jonkin yrityksen saamaa etua, mikäli etu on esimerkiksi ajallinen. Jos yritys on saanut tiedon esimerkiksi toteutettavasta hankinnasta muita tarjoajia aikaisemmin, ei tiedon jakaminen poista tällä tavoin saatua etua. Hankinnasta aiemmin tiedon saanut yritys on voinut varautua tulevaan kilpailutukseen esimerkiksi hankkimalla resursseja ja järjestelemällä organisaatiotaan uudelleen. Ajallisen etulyöntiaseman eliminoimiseksi hankintayksikön olisi varattava myös muille tarjoajille riittävä määräaika tarjouspyyntöön tutustumiseen ja tarjouksen laatimiseen.

Mikä on sitten riittävän pitkä määräaika? Riittävän pitkän määräajan asettamisessa on nähdäkseni ennen kaikkea otettava huomioon hankinnan kohde sekä sen laajuus. Mitäviin urakkatarjouspyyntöihin varattava riittävän pitkä määräaika tarjousten jättämiselle voi olla olennaisesti erilaisempi kuin yksinkertaisen bulkkitarvikkeiden hankinnan riittävä tarjousaika. Lisäksi hankintalainsäädännössä on säädetty vähimmäismääräajoista tarjousten laatimiselle EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Mikäli hankinnasta ei ole julkaistu ennakkoilmoitusta tulee avoimen menettelyn tarjousaika olla vähintään 45 päivää tai 40 päivää, jos myös tarjousasiakirjat on julkaistu sähköisesti. Mikäli hankinnasta on sen sijaan julkaistu ennakkoilmoitus, on vastaava vähimmäismääräaika 22 päivää.<sup>164</sup> Edellä mainittuja määräaikoja pidempiä aikoja on arvioitava kunkin hankinnan kohteen erityispiirteet huomioon ottaen.

Riittävän pitkien määräaikojen varaaminen on erityisen tärkeää, jos hankintayksikkö on ilmoittanut vuoropuhelusta vain muutamille tuntemilleen yrityksille. Mikäli myös muille tarjoajille annetaan riittävästi tarjousaikaa, ei vuoropuheluun osallistuneiden

---

<sup>164</sup> Sen sijaan kansalliset kynnysarvot ylittävälle hankinnoille ei ole tällaisia vähimmäismääräaikoja säädetty vaan ehdokkaille on tullut varata hankinnan laajuus ja laatu huomioon ottaen kohtuullinen aika tarjouksen tekemiseen.

yrittäjien saama ajallinen etu ole välttämättä niin merkittävä, että se muodostuisi tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaarantavaksi. Näin ollen hankintayksikkö voi vielä tarjouspyynnön julkaistessaan pyrkiä tasaamaan tarjoajien välillä sen omista toimista mahdollisesti aiheutuneita epätasapainoisuuksia tarjoajien välillä.

#### **4.4 Hankintayksikön velvollisuus suorittaa edellä mainitut toimenpiteet?**

Relevantiksi kysymykseksi ja haasteeksi muodostuu se, voidaanko hankintayksiköiden katsoa olevan velvollisia toteuttamaan vuoropuhelu edellä mainittujen toimenpiteiden mukaisesti? Hankintalainsäädännön mukaan hankintayksiköiden tulee noudattaa yleisiä hankintaperiaatteita hankinnan valmisteluvaiheessa ja toteuttaa asianmukaiset toimenpiteet sen varmistamiseksi, ettei kyseisen ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen vääristä kilpailua. Näitä toimenpiteitä ovat edellä mainittu tietojen toimitaminen muille ehdokkaille tai tarjoajille, jotka on saatu tai annettu ehdokkaan tai tarjoajan osallistuessa hankintamenettelyn valmisteluun tai jotka ovat tulosta tällaisesta osallistumisesta sekä riittävien määräaikojen vahvistaminen tarjousten vastaanottamiselle. Tietojen jakaminen ja riittävien määräaikojen vahvistaminen ovat näin ollen selkeitä hankintayksiköiden velvollisuuksia. Entä mikä on tilanne muiden toimenpiteiden suhteen, joita hankintayksikkö vuoropuhelua suorittaessaan toteuttaa? Todennäköistä nimittäin on, ettei kaikkia etulyöntiasemia saada välttämättä jälkikäteen neutralisoitua.

Yleisenä oikeusperiaatteena tunnettu lainalaisuusperiaate edellyttää oikeudellista perustaa asetettaville velvollisuuksille. Kun hankintadirektiivissä todetaan muista toimista termillä *asianmukaiset toimenpiteet*, täsmentämättä termiä sen enempää kuin kahdella esimerkillä, niin onko muiden mahdollisten toimenpiteiden oikeudellinen perusta näihin kahteen nähden heikompi? Lainalaisuusperiaatteen osalta on todettu, että, mitä heikompi oikeudellinen perusta on, sitä heikommin on määritelty myös siihen perustuva velvollisuus. Voidaanko edellä esittämieni vuoropuhelussa toteutettavien toimenpiteiden oikeudellinen perusta johtaa lopputuloksen kautta (syy – seuraus), mikäli voidaan osoittaa, että tietyt toimenpiteet estävät hankintalainsäädännössä kielletyn lopputuloksen syntymistä? Käsittelen seuraavaksi teemaa yhden edellä esiin nostamani esimerkin kautta.

**Vuoropuhelusta ilmoittaminen.** Hankintalainsäädännössä ei sinänsä ole edellä mainituin tavoin velvollisuutta julkaista vuoropuhelusta ilmoitusta virallisessa kanavassa.

Tästä huolimatta on potentiaalinen riskitekijä, että pelkällä vuoropuheluun kutsumisella saatetaan antaa tietyille yritykselle ajallista etua suhteessa muihin tarjoajiin ja siten vaarantaa tarjoajien yhdenvertainen asema tarjouskilpailuun lähdetessä. Mikäli hankintayksikkö lisäksi virallisen ilmoittamisen sijaan kutsuu vuoropuheluun vain jotkut tutut yritykset, voi tarjouspyyntömateriaali helposti muodostua edulliseksi näille yrityksille. Lisäksi on ongelmallista, että jos vuoropuhelua ei julkaista yleistä kanavaa käyttämällä, ei kaikilla yrityksillä ole edes mahdollisuutta millään tavoin esitellä omia ratkaisumallejaan kyseiseen hankintaan. Periaatteessa nämä riskitekijät – kilpailun estyminen sekä syrjimättömän ja avoimen kohtelun rikkominen – voidaan välttää sillä, että vuoropuhelusta julkaistaan ilmoitus virallisessa kanavassa. *Voitdaanko yhtenä hankintayksikköä velvoittavana hankintadirektiivin tarkoittamana asianmukaisena toimenpiteenä nähdä näin ollen vuoropuhelusta ilmoittaminen virallista kanavaa käyttämällä?* Nähdäkseni tällainen tulkinta voi olla mahdollinen. Jos jokin toimenpide voidaan nähdä olennaisena riskitekijänä hankintalainsäädännön tavoitteiden saavuttamiselle ja voidaan osoittaa, että toimimalla tietyllä tavalla kyseinen riski voidaan ehkäistä, on tällaisella toimenpiteellä nähdäkseni ainakin heikko oikeudellinen perusta, vaikkei sitä nimenomaisesti ole kyseisessä artiklassa määritetty.

Hankintadirektiivi jättää näin ollen avoimeksi muiden asianmukaisten toimenpiteiden sisällön. Tällainen tulkinnanvarainen artiklan sisältö aiheuttaa *oikeudellista epävarmuutta* hankintayksiköille, jotka joutuvat tekemään päätökset oikeudellisten rangais- tusten uhatessa. Oikeusvarmuuden periaate (*Legal certainty*)<sup>165</sup> on lainalaisuusperiaatteen tavoin oikeusjärjestyksen perustavaa laatua oleva kirjoittamaton yleinen oikeusperiaate, joka edellyttää, että oikeusvaikutuksen omaavien päätösten tulee olla sekä ennakoitavia että hyväksyttäviä. Näin ollen oikeusvarmuuden periaatteen toteutuminen edellyttäisi asianmukaisten toimenpiteiden tarkempaa määrittelyä. Uuden hankintadirektiivin asianmukaisten toimenpiteiden tarkentumiseksi on odotettava EU:n tuomioistuimen jatkossa antamia ratkaisuja. Siihen saakka hankintayksiköt toimivat edelleen oikeudellisessa epävarmuudessa, mikä on niiden kannalta varsin epätydyttävä tilanne.

Nykyinen tilanne luo epävarmuutta myös vuoropuheluun osallistuneille yrityksille, jotka eivät voi arvioida hankintayksikön vuoropuhelussa suorittamia toimia hankinta-

---

<sup>165</sup> Juha Raitio on tutkinut oikeusvarmuuden periaatetta väitöskirjassaan ”*Oikeusvarmuuden periaate eurooppaoikeudessa – The Principle of Legal Certainty in EC Law*”.

lainsäädännön avulla. Näin ollen hankintayksiköiden oikeudellinen epävarmuus heijastuu myös vuoropuheluun osallistuneille yrityksille. Mikäli hankintayksiköiden ei katsota olevan velvollisia toimimaan tiettyjä menettelytapoja noudattamalla, jotta ne turvaisivat tarjoajien tasapuolisen kohtelun, voi tilanne lopulta kaatua jonkin yksittäisen yrityksen niskaan poissuljennan muodossa. Näin ollen olisi myös yritysten kannalta parempi, mikäli hankintayksiköiden suorittamat menettelytavat tarjoajien tasapuoliseksi kohteluksi olisi määritelty selkeämmin.

Yhteenvedona voidaan todeta, että mitä heikompi oikeudellinen perusta edellä määritellyille toimenpiteille voidaan nähdä, sitä heikommin on määritelty myös siihen perustuva hankintayksikön velvollisuus ja sitä voimakkaampi on puolestaan myös oikeusvarmuuden periaatteen toteutumisen loukkaus.<sup>166</sup>

#### **4.5 Saatujen tietojen hyödyntäminen**

Hankintayksikön kannalta yhdeksi haasteellisimmaksi vaiheeksi muodostuu lopulta tarjouspyyntöasiakirjojen laadinta ja se, missä määrin se saa hyödyntää vuoropuhelusta saamia tietoja tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa. Hankintalainsäädäntö ei sääntele hankinnan kohteelle asetettavia vaatimuksia vaan hankintayksikkö on oikeutettu päättämään millaisia tavaroita, palveluita tai rakennusurakoita se hankkii. Hankintayksikön on kuitenkin noudatettava tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta laatiessaan tarjouspyyntöasiakirjoja.<sup>167</sup> Näin ollen hankinnan kohteen ja vaatimusten määrittely ovat hankintayksikön yksinomaisessa harkintavallassa kunhan vaatimukset liittyvät hankinnan kohteeseen ja ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään. Vuoropuhelussa saatujen tietojen hyödyntäminen liittyy keskeisesti mahdolliseen kilpailun estymisen arviointiin.

Hankintadirektiivin mukaan hankintayksiköt voivat pyytää tai hyväksyä neuvoja markkinatoimijoilta ja näitä neuvoja voidaan käyttää hankintamenettelyn suunnittelussa ja toteuttamisessa edellyttäen, että tällaiset neuvot eivät vääristä kilpailua eivätkä riko syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita. Näin ollen oleelliseksi ky-

---

<sup>166</sup> *Nenonen* 2009 s. 108.

<sup>167</sup> *Nenonen* 2009 s. 342.

symykseksi nousee se, miten hankintayksikkö voi hyödyntää vuoropuhelusta saamiin tietoja, jotta se ei kuitenkaan rikkoisi tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua eikä etenkään estäisi kilpailua tulevassa tarjouskilpailussa.

*Mäkelän* mukaan hankintayksikön on täysin sallittua päätyä vain yhden toteuttamisvaihtoehdon valitsemiseen tarjouspyynnössä, jos se katsoo vaihtoehdon olevan tarjolla olevista paras ja tuottavan kokonaistaloudellisesti edullisimman tai halvimman hankinnan.<sup>168</sup> Onko tietyn ratkaisutavan valitseminen sen arvioidusta paremmuudesta johtuen kuitenkin täysin yksiselitteistä? Yhden toteuttamisvaihtoehdon valinnasta oli muun ohella kysymys markkinaoikeuden ratkaisussa (MaO:481/15). Kyseisessä tapauksessa hankintayksikkö oli käynyt kirjallista vuoropuhelua viiden potentiaalisen toimittajan kanssa ennen tarjouskilpailun alkamista. Hankintayksikkö oli toimittanut kyseisille toimittajille alustavan tarjouspyyntöluonnoksen kommentoitavaksi. Valittajan mukaan tarjouspyyntö oli laadittu sellaiseksi, että se koski vain tiettyä laitetta, joka löytyi vain yhden tarjouskilpailuun osallistuneen yrityksen tuotevalikoimasta. Markkinaoikeuden mukaan hankintayksiköllä oli harkintavaltaa hankinnan kohteen määrittelyssä ja hankittavan tuotteen toiminnallisten ja teknisten vaatimusten asettamisessa. Teknistä vaatimusta ei voitu markkinaoikeuden mukaan lähtökohtaisesti pitää syrjivänä, vaikka alalla olisi vain yksi tai muutama vaaditunlaisen tuotteen tarjoaja.<sup>169</sup> Hankintayksikön ei hankintalainsäädännön mukaan tarvitse sopeuttaa tarjouspyynnön ehtoja olemassa olevaan tarjontaan, jos hankkeessa perustellusti pyritään hankintayksikön tarpeita vastaavaan lopputulokseen.<sup>170</sup> Hankintayksikkö ei siten toiminut hankinnassa hankintasäännösten vastaisesti.

Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikön olisi siis sallittua hyödyntää myös vuoropuhelussa esille tullutta ja parhaimmaksi katsomaansa ratkaisua tarjouspyyntöasiakirjojen pohjana. Tämä vahvistaa käsitystä, että vuoropuhelun primäärinä tarkoituksena on tutustua markkinoilla olevaan tarjontaan ja löytää mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja suoritettavaan hankintaan.

Myös korkeimman hallinto-oikeuden tuoreessa ratkaisussa (KHO:3067/2015) oli osaltaan kysymys hankintayksikön järjestämästä vuoropuhelusta markkinatoimijoiden kanssa sekä yrityksen toimittamien Excel-tiedostojen hyödyntämisestä tarjouspyyntöasiakirjojen pohjana. Ennen varsinaista tarjouskilpailua hankintayksikkö oli

---

<sup>168</sup> *Mäkelä* 2011 s. 9.

<sup>169</sup> Näin myös MaO:923/15.

<sup>170</sup> MaO:481/15.

järjestänyt toimittajatapaamisia hankintaan liittyen, jossa hankintayksikkö oli esitellyt hankinnan vaatimusmäärittelyn. Tämän jälkeen hankintayksikkö oli keskustellut markkinatoimijoiden kanssa näiden tarjoamista ratkaisumalleista. Tapaamisten jälkeen hankintayksikkö oli mahdollistanut toimittajien lähettää yhteenveto näkemyksistään hankinnan vaatimuksiin. Toimittaja A oli sittemmin lähettänyt hankintayksikölle Excel-tiedostoja, joita hankintayksikkö oli myöhemmin käyttänyt tarjouspyyntöasiakirjojen pohjana. Valittajan mukaan toimittaja A oli esteellinen<sup>171</sup> osallistumaan kysymyksessä olevaan tarjouskilpailuun ja se olisi tästä syystä tullut sulkea ulos tarjouskilpailusta. Korkein hallinto-oikeus katsoi ratkaisussaan, että hankintayksikkö oli menettelyllään, kun erityisesti otettiin huomioon voittaneen tarjoajan tiedostojen toimittamisen ja lopullisten tarjouspyyntöasiakirjojen laatimisen välinen läheinen ajallinen yhteys, asettanut voittaneen tarjoajan kysymyksessä olevassa tarjouskilpailussa lähtökohtaisesti muita tarjoajia parempaan asemaan. Voittaneen tarjoajan toimittamien tiedostojen hyödyntäminen tarjouspyynnön liitteenä oli omiaan vaarantamaan tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun. Korkein hallinto-oikeus katsoi hankintayksikön menetelleen tarjouspyynnön laadinnassa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti. Korkein hallinto-oikeus velvoitti hankintayksikön järjestämään asiassa uuden tarjouskilpailun.

Markkinaoikeus alempana oikeusasteena kiinnitti asiaa koskevassa ratkaisussaan (MaO:161/14) huomiota siihen, että hankintayksikkö oli itse vastannut tarjouspyynnön laatimisesta, eikä toimittaja A ollut osallistunut tarjouspyynnön laatimiseen. Markkinaoikeus katsoi, ettei asiassa esitetty selvitys osoittanut, että tilanteen olisi voitu katsoa vaarantaneen tarjoajien tasapuolisen kohtelun tarjouskilpailussa.

Markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus päätyivät ratkaisuihinsa siten vastakkaisiin johtopäätöksiin kyseessä olevan valituskohdan osalta. Ratkaisuista on havaittavissa markkinaoikeuden myönteisempi suhtautuminen vuoropuhelussa saatujen tietojen hyödyntämisen sallittavuuteen kuin korkeimman hallinto-oikeuden. Ottaen huomioon vuoropuhelun perimmäinen tarkoitus markkinatiedon hankkimisessa ja sen hyödyntämisessä tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa, ei korkeimman hallinto-oikeuden antama ratkaisu ole tätä tarkoitusta tukeva. Saattaa kuitenkin olla, ettei korkein hal-

---

<sup>171</sup> Tuomioistuinten käyttämä käsite ”esteellinen” on mielenkiintoinen valinta, koska se viittaa hallintolain esteellisyyttä koskeviin säännöksiin. Näin ollen kyseisen käsitteen valitseminen on hiukan harhaanjohtava.

linto-oikeus tarkoittanut tietojen hyödyntämistä sinällään hankintasäännösten vastaiseksi vaan sen, että tietoja oli hyödynnetty suoraan valmiiden tiedostojen muodossa. Ratkaisujen vastakkaisista tulkinnoista johtuen syntyy entistä enemmän epäselvyyttä, missä määrin hankintayksikkö saa hyödyntää vuoropuhelusta saamiaan tietoja.

Vuoropuhelussa saatujen tietojen hyödyntämisestä oli kysymys myös markkinaoikeuden ratkaisussa (MaO:771/14), jossa voittaneen tarjoajan palveluksessa oleva lakimies oli toimittanut hankintayksikölle vastaavaa tarjouskilpailua koskevia asiakirjalleja hankintayksikön pyynnöstä. Valittajan mukaan voittanut tarjoaja olisi tullut sulkea ulos tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö oli ilmoituksensa mukaan laatinut tarjouspyyntöasiakirjat ainakin osaksi mainittujen voittaneen tarjoajan sille toimittamien asiakirjojen pohjalta. Tässäkään tapauksessa voittanut tarjoaja ei ollut osallistunut tarjouspyyntöasiakirjojen laadintaan vaan niiden laatiminen oli ollut hankintayksikön vastuulla. Markkinaoikeus päätyi ratkaisussaan siihen, että voittaneen tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun todetulla tavalla edellä mainittuja asiakirjoja hankintayksikölle toimittamalla oli ollut omiaan vaarantamaan avoimuuden periaatteen toteutumisen sekä tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun. Hankintayksikön menettely ei siten ollut hankintasäännösten mukaista. Markkinaoikeus velvoitti hankintayksikön järjestämään asiassa uuden tarjouskilpailun.

Edellä mainitut oikeustapaukset huomioon ottaen tällä hetkellä ei ole olemassa selkeää oikeudellista tulkintaa, missä määrin hankintayksikkö voi todellisuudessa hyödyntää vuoropuhelulla markkinatoimijoiden kanssa saamiaan tietoja. Toisaalta hankintayksikön voidaan nähdä olevan oikeutettu päättämään hankinnan toteuttamisratkaisusta, mutta toisaalta saatujen asiakirjojen hyödyntäminen ainakin suoraan voi johtaa tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaarantumiseen. Onko ratkaisuista vedettävissä se johtopäätös, ettei hankintayksikkö saisi hyödyntää toimittajilta saamiaan tietoja tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa ollenkaan vai onko kysymys saatujen tietojen hyödyntämisestä sellaisenaan.

*Mäkelän* mukaan ongelmaa ei pitäisi syntyä silloin kun hankintayksikkö säilyttää asemansa lopullisena päätöksentekijänä, eikä edes pyydä markkinatoimijoilta valmiita



ratkaisuja.<sup>172</sup> Edellä mainituissa ratkaisuisa markkinatoimijat eivät olleet osallistuneet tarjouspyyntöasiakirjojen laadintaan, vaan niiden laatiminen oli ollut hankintayksikön vastuulla. Joissakin tilanteissa hankintayksikkö joutuu väistämättä pyytämään markkinatoimijoita esittelemään ratkaisumallejaan, mikäli hankintayksiköllä itsellään ei ole ollenkaan tietoa hankittavan kohteen mahdollisista toteutusvaihtoehdoista.

#### **4.6 Voiko kilpailuetua tai kilpailun estymistä muodostua?**

**Kilpailuedun muodostuminen vuoropuhelun seurauksena.** Mikäli hankintayksikkö itse toimii vuoropuhelussa edellä tutkimuksessa mainituin tavoin avoimella tavalla ja toteuttaa asianmukaiset toimenpiteet ennen tarjouskilpailun käynnistämistä on vaikea nähdä, että jokin tarjoaja voisi saada sellaista olennaista kilpailuetua, että se voitaisiin sulkea varsinaisesta tarjouskilpailusta.

Ensinnäkin ongelmallista kuitenkin on, että vuoropuhelun dokumentointi saattaa jäädä puutteelliseksi ja sitä myötä myös tietojen jakaminen. Tällaisessa tapauksessa vuoropuheluun osallistunut yritys saattaa saada olennaista ja perusteetonta kilpailuetua suhteessa muihin potentiaalisiin tarjoajiin.

Kokonaan toinen kysymys on, voiko kukaan muu tarjoaja näyttää toteen, että jokin yritys on saanut kilpailuetua, mikäli esimerkiksi kahdenkeskisiä keskusteluja ei ole dokumentoitu riittävällä tavalla tai ollenkaan. Muiden tarjoajien kun on mahdotonta tietää, mitä hankintayksikön ja markkinatoimijan välisessä keskustelussa on käyty läpi, mikäli asiasta ei ole olemassa riittävää tai minkäänlaista dokumentaatiota.

Toiseksi on ongelmallista, että edellä hahmotettuja tarjoajien tasapuolisen kohtelun turvaavia toimenpiteitä ei ole säädetty lainsäädännön tasolla, vaan ne ovat yleisistä hankintaperiaatteista johdettuja mahdollisia menettelytapoja eli ne eivät suoranaisesti velvoita hankintayksikköä toimimaan juuri tietyllä tavalla. Näin ollen kilpailuedun muodostuminen vuoropuheluun osallistuneelle yritykselle ei ole täysin poissuljettua.

Yhteenvetona voidaan todeta, että periaatteessa vuoropuhelu on mahdollista toteuttaa niin, ettei olennaista kilpailuetua pääse muodostumaan kenellekään tarjoajalle. Tämä edellyttää kuitenkin hankintayksikön toiminnalta riittävää avoimuutta, kuten edellä on todettu.

---

<sup>172</sup> Mäkelä 2011 s. 9.

**Kilpailun estyminen vuoropuhelun seurauksena.** Mikäli hankintayksikkö laatii tarjouspyyntöasiakirjat pelkästään silmällä pitäen yrityksiä, jotka ovat sen kanssa käyneet vuoropuhelua voi vaarana olla kilpailun estyminen. Hankintayksikön tulisi vuoropuhelun suorittamisesta huolimatta huomioida myös muut alalla toimivat yritykset tai pikemminkin huomioida, että asetetut vaatimukset liittyvät kiinteästi hankinnan kohteeseen, eivätkä ole jotakin yritystä suosivia. Mikäli hankintayksikkö säilyttää oman asemansa päätöksentekijänä, eikä anna vuoropuheluun osallistuville yrityksille vaikutusvaltaa tarjouspyyntöasiakirjojen laadinnassa, ei kilpailun estymistä tulisi muodostua.

Seuraavaksi keskityn tutkimuksessa tarkastelemaan, onko yrityksen poissuljenta vuoropuheluun osallistumisen johdosta mahdollista. Tarkastelen asiaa kokonaisvaltaisesti eli esitän edellä mainittuun liittyviä ongelmakohtia sekä myös poissuljenta puoltavia näkemyksiä. Lisäksi on huomioitava, että poissuljennan täytyy olla viimesijainen keino tasapuolisen hankintamenettelyn turvaamiseksi.

## **5 YRITYKSEN SULKEMINEN TARJOUSKILPAILUSTA VUOROPUHELUN SEURAUKSENA – ONKO SE MAHDOLLISTA?**

### **5.1 Kilpailuedun arvioinnissa huomioon otettavat tekijät ja poissulkemisperuste**

Mahdollisen kilpailuedun saamisen arviointi on oikeuskäytännössä osoittautunut aina tehtävän tapauskohtaisena harkintana. Annettujen ratkaisujen mukaan markkinatoimijan saama kilpailuetu on pystyttävä konkretisoimaan, jotta markkinatoimija voitaisiin sulkea pois tarjouskilpailusta. Näin ollen pelkkä epäily yrityksen saamasta kilpailuedusta ei riitä poissulkemisen perusteeksi. Jos pelkkä epäily olisi poissulkemisen perusteena, asetettaisiin yritys tosiasiallisesti muita yrityksiä huonompaan asemaan. Poissuljenta edellyttää näin ollen riittäviä materiaalisia perusteita ja sen on oltava välttämätön tasapuolisen hankintamenettelyn turvaamiseksi ja ettei kilpailuneutraliteettia ole muutoin mahdollista turvata. Tarjoajan saaman kilpailuedun on aina oltava yksilöitävissä.

Millä tavoin kilpailuedun saamisen arviointi tulisi sitten suorittaa? Kilpailuneuvoston (nykyisin markkinaoikeus) aikoinaan antaman ratkaisun (kilpailuneuvosto 28.5.2001) mukaan arvioinnissa tulee ottaa huomioon muun muassa 1) markkinatoimijan osallistumisen laatu ja laajuus sekä millaista etua osallistumisesta on saatu, 2) kuinka pitkä aika osallistumisesta on kulunut, 3) millainen on käsiteltävänä oleva hankinta, 4) millainen tarjousaineisto ehdokkaille on toimitettu, 5) olisiko kilpailuneutraliteetti voitu turvata muulla toimenpiteellä kuin hankintamenettelystä poissulkemalla.

Kun otetaan huomioon edellä käsitelty hankintayksikön velvollisuus yleisten hankintaperiaatteiden noudattamiseen vuoropuhelussa ja asianmukaisten toimenpiteiden suorittaminen ennen tarjouskilpailun käynnistämistä, ei ole nähdäkseni mahdollista, että markkinatoimija suljettaisiin ulos tarjouskilpailusta sen osallistuttua vuoropuheluun. Tarkasteltaessa jokaista kilpailuneuvoston mainitsemaa kohtaa erikseen voidaan vuoropuhelun osalta antaa seuraavat vastaukset (taulukko 1):

Taulukko 1: Arviointikriteerien suhde vuoropuheluun.

Arviointikriteeri	Kommentti
Markkinatoimijan osallistumisen laatu ja laajuus sekä millaista etua osallistumisesta on saatu?	Osallistumisen laatu ja laajuus on hankintayksikön harkintavallassa. Markkinatoimijat saavat ne tiedot, mitä hankintayksikkö päättää niille antaa. Mikäli hankintayksikkö toteuttaa vuoropuhelun avoimuusperiaatetta noudattaen, ei markkinatoimijalle voi syntyä kilpailuetua suhteessa muihin tarjoajiin.
Kuinka pitkä aika osallistumisesta on kulunut?	Hankintayksikkö voi ilmoittaa vuoropuhelusta julkisesti käyttämällä virallista kanavaa, jolla ajallisen edun saaminen saadaan neutralisoitua.
Millainen tarjousaineisto ehdokkaille on toimitettu?	Hankintayksikön tulee toimittaa kaikille tarjoajille sama aineisto, mikä on ollut sellaisen markkinatoimijan saatavilla, joka on osallistunut hankintayksikön järjestämään vuoropuheluun.
Olisiko kilpailuneutraliteetti voitu turvata muulla toimenpiteellä kuin hankintamenettelystä poissulkemalla.	Hankintayksikön on mahdollista toteuttaa vuoropuhelu ilman, että kukaan toimija saa sellaista kilpailuetua, joka voisi vaarantaa tarjoajien yhdenvertaisen aseman tarjouskilpailussa.

Edellä mainituin perustein en näe mahdolliseksi, että vuoropuhelusta syntyisi sellaista kilpailuetua, jonka vuoksi tarjoaja voitaisiin sulkea ulos tarjouskilpailusta, mikäli hankintayksikkö toteuttaa vuoropuhelussa riittävän avointa toimintatapaa ja vielä ennen tarjouskilpailun käynnistämistä varmistaa, että kaikilla tarjoajilla on käytössään samat tiedot alkaessaan laatimaan tarjousta sekä vahvistaa riittävän pitkät määräajat tarjousten laatimiselle. Mikäli hankintayksikkö kuitenkin merkittävästi poikkeaa näistä toimintaperiaatteista, alkaa riski kasvaa, että joku potentiaalisista tarjoajista esittää jonkun vuoropuheluun osallistuneen toisen tarjoajan poissulkemista tarjouskilpailusta.

## 5.2 Hankinnan keskeyttäminen yrityksen poissuljennan sijaan?

### 5.2.1 Aluksi

EU-tuomioistuin linjasi jo vuonna 2005 antamassaan *Fabricom*-ratkaisussa sen, ettei yritystä saa automaattisesti sulkea tarjouskilpailusta sen hankinnan valmisteluun osallistumisen johdosta. Tarjoajaa ei näin ollen saanut asettaa automaattisesti huonompaan asemaan.<sup>173</sup> Kyseinen pääsääntö on nyttemmin linjattu selkeästi myös uudessa hankintadirektiivissä, jonka mukaan tarjoaja saadaan vasta *viimesijaisena keinona* sulkea ulos tarjouskilpailusta, mikäli tarjoajien yhdenvertaista kohtelua ei voida muuten taata.

Hankintayksikön tulee siis ensisijaisesti käyttää muita mahdollisia keinoja turvataksien tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun. Mitä muita mahdollisia keinoja hankintayksikkö voi käyttää tai se on jopa velvollinen käyttämään? Olisiko muihin keinoihin esimerkiksi luettavissa edellä hahmottamani toimintamallien toteuttaminen, jotta tarjoajien yhdenvertainen kohtelu toteutuisi. Artiklan sanamuoto jättää auki sen, mitä toimia hankintayksikön on mahdollisesti toteutettava ennen kuin se voi viimesijaisena keinona sulkea hankinnan valmisteluun osallistuneen yrityksen tarjouskilpailun ulkopuolelle sekä missä määrin kyseisen keinon tulee olla siis viimesijainen? Sanamuodon mukaisen tulkinnan perusteella kaikki mahdolliset keinot yhdenvertaisen kohtelun noudattamiseksi tulisi käyttää, ennen kuin hankintayksikkö voi turvautua tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailusta.

### 5.2.2 Kilpailuetu ja hankinnan keskeyttäminen

Mikäli yritys on saanut kilpailuetua vuoropuheluun osallistumisestaan, voisiko poissuljennan sijaan tulla ensisijassa kyseeseen hankinnan keskeyttäminen (hankintalain 73 a §, 17.6.2011/699)? Nähdäkseni tämä on relevantti kysymyksenasettelu, koska jos tarjoaja on saanut etua vuoropuheluun osallistumisestaan tarkoittaa se sitä, ettei hankintayksikkö ole pitänyt huolta riittävän avoimesta toiminnasta. Tällöin tarjoajan poissulkemisen sijasta voisi oikeampi menettely olla se, että hankintayksikön tulisi

---

<sup>173</sup> *Fabricom*-ratkaisu. Myös Tanskan Complaints Board lausui ratkaisussaan B4 ApS v. Holboek Kommune 1995, että hankintaviranomainen ei saa automaattisesti kieltäytyä hyväksymästä tarjousta, jonka on jättänyt tarjoaja, joka on osallistunut avoimen menettelyn valmisteluun. (Treumer 1999.)

keskeyttää hankintamenettely kokonaan, koska se on itse toiminut yleisten hankintaperiaatteiden vastaisesti vuoropuhelua toteuttaessaan.

Tällaisessa tilanteessa avoimuusperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate asettuvat niin sanottuun kilpailutilanteeseen. Kumpi näistä periaatteista on vahvempi? Se, että hankintayksikkö toimii avoimesti ja pyrkii näin ennalta ehkäisemään minkään yrityksen etulyöntiaseman vai mahdollisesti tämän laiminlyöminen ja yritysten tasapuolisuuden takaaminen jälkikäteenä keinona poissulkemalla joku vuoropuheluun osallistunut yritys? Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa (KHO:2003:74) tuomioistuin totesi, että vaikka hankintayksikkö olisi voinut etukäteisellä toiminnallaan neutralisoida yhden tarjoajan saaman kilpailuedun, ei hankintayksikkö ollut toiminut hankintasäännösten vastaisesti sulkiessaan tarjoajan myöhemmin ulos tarjouskilpailusta.<sup>174</sup>

Kun kysymyksessä on vuoropuhelu, on otettava huomioon kuitenkin myös se, ettei tarjoaja ole voinut vaikuttaa vuoropuhelun toteutukseen vaan hankintayksiköllä on velvollisuus johtaa ja huolehtia avoimesta sekä tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta myös hankinnan valmisteluvaiheessa. Näin ollen hankinnan keskeyttäminen olisi yrityksen näkökulmasta perusteltua ja kohtuullista, koska tällöin yritys saisi mahdollisesti uuden tilaisuuden kilpailla hankinnan kohteesta.<sup>175</sup> Edellä mainitusta oikeustapauksesta on kuitenkin tulkittavissa se, että hankintasäännösten perimmäisenä ja tärkeimpänä asiana on tasapuolisen kilpailun suojaamisen, eikä niinkään yksittäisten tarjoajien oikeuksien suojaaminen. Myös tämä eräänlainen avoimuusperiaatteen heikennys ja sen korvaaminen kilpailutuksesta poissulkemisella on osaltaan osoitus siitä, ettei markkinatoimijoiden mahdollisuus osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun ole täysin turvattu, mikäli ne ovat osallistuneet hankinnan valmistelussa toteutettuun vuoropuheluun.

---

<sup>174</sup> Vaikka hankintayksikkönä oleva Tiehallinto olisi voinut etukäteisellä toiminnallaan kiinnittää enemmän huomiota niihin ongelmiin, joita mahdollisen tarjoajan käyttäminen suunnittelutehtävissä voi aiheuttaa, ei se ole menetellyt hankintalainsäädännön vastaisesti jättäessään Oy VR-Rata Ab:n tarjouksen käsittelyn ulkopuolelle sen turvaamiseksi, että tarjousmenettely on tasapuolinen ja siinä saadaan aikaan kilpailua.

<sup>175</sup> Toisaalta on myös syytä kiinnittää huomiota siihen, voidaanko uutta kilpailutusta suorittaa niin, että muut tarjoajat saatetaan etua saaneen yrityksen kanssa samalle tasolle tai vaihtoehtoisesti etua saaneen yrityksen etu saataisiin poistettua.

### **5.2.3 Kilpailun estyminen ja hankinnan keskeyttäminen**

Hankinnan keskeyttäminen on nähdäkseni ainoa oikea vaihtoehto silloin, mikäli hankintayksikkö on laatinut tarjouspyynnön ehdot räätälöidysti jollekin yritykselle. Tällöin jo itse tarjouspyyntö on ollut hankintasäännösten vastainen, eikä tilannetta voida korjata pelkästään kyseinen sulkemalla suosittu tarjoaja pois tarjouskilpailusta. Muun muassa edellä esitellyissä ratkaisuisissa (KHO:3067/2015, MaO:161/14 ja MaO:771/14) tuomioistuimet pitivät ainoana mahdollisuutena korjata tilanne velvoittamalla hankintayksikkö uuden tarjouskilpailun järjestämiseen. Tuomioistuimet eivät siten velvoittaneet hankintayksikköä sulkemaan paremmassa asemassa ollutta tarjoajaa ulos tarjouskilpailusta vaan koko hankintamenettely tuli uusiksi.

On toki totta, että tällaisten tilanteiden syntymisessä on syynä voinut mahdollisesti olla markkinatoimijan aktiivinen ja hyvä markkinointi vuoropuhelun aikana sekä hankintayksikön heikko osaaminen. Nähdäkseni yritystä ei voida kuitenkaan alkaa rangaistamaan hyvän markkinoinnin takia, koska markkinointi on yritysten keino saada tuotteitaan ylipäättään myytyä. Koska hankintalainsäädäntö asettaa lisäksi vain hankintayksikölle velvollisuuden huolehtia tasapuolisen tarjouskilpailun aikaansaamisesta, ei tämän tulisi vaikuttaa yrityksen suorittamaan markkinointiin rajoittavasti.

### **5.3 Luottamuksensuojan periaate julkisissa hankinnoissa**

Erittäin tärkeää vuoropuhelun toteutuksessa ja yritysten halukkuudessa osallistua siihen on, että yritykset voivat luottaa hankintayksikön toimiin niiden osallistuessa vuoropuheluun. Edellä mainitusta johtuen käsittelen seuraavaksi luottamuksensuojan periaatetta ja sitä, miten se mahdollisesti ilmenee julkisissa hankinnoissa.

Luottamuksensuojan periaate on keskeinen tekijä arvioitaessa hankintayksikön ja markkinatoimijoiden asemaa ja vaikutusmahdollisuuksia vuoropuhelussa. Luottamuksensuojan periaate liittyy ennen kaikkea hyvään hallintoon ja on siten viranomaisien harkintavaltaa rajoittava periaate. Periaate lukeutuu nykyisin yhdeksi hallinto-oikeudelliseksi peruseriaatteen. Vaikka luottamuksensuojan periaate onkin erityisen vahva viranomaistoiminnassa, *suojataan luottamusta myös yksityisten välillä*. Lisäksi

luottamuksensuojaan on katsottu olevan erityisen vahvat perusteet, mikäli toisella osapuolella voidaan katsoa olevan toista suurempi asiantuntemus.<sup>176</sup>

Julkisissa hankinnoissa hankintayksiköllä voidaan yleensä edellyttää olevan parempaa asiantuntemusta, koska hankintalainsäädäntö asettaa velvollisuuksia yksinomaan sille. Myös oikeussuojauudistusta valmistelleen JUHO-työryhmän mietinnössä<sup>177</sup> todetaan, että jos sopimus ja hankinta valmistellaan toisen, asiantuntevamman tahon johdolla, voidaan katsoa, että toisella on lähtökohtaisesti oikeus luottaa tämän sopimuksen asianmukaisuuteen. Näin ollen ei liene luottamuksensuojan osalta merkitystä sillä, onko hankintayksikkö viranomainen vai osakeyhtiö, kun luottamusta suojataan sekä asiantuntevamman osapuolen toiminnan osalta että myös yksityisten välillä.<sup>178</sup>

Lähtökohtaisesti markkinatoimijoiden tulisi pystyä luottamaan hankintaa valmistelemaan hankintayksikköön ja sen vuoropuhelussa suorittamiin toimiin.

#### **5.4 Hankintalainsäädännön tarkoitus ja yrityksen asema**

Hankintalainsäädännön perimmäisenä tarkoituksena on edistää sisämarkkinoiden toimintaa avoimella kilpailuttamisella ja varmistaa tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu riippumatta siitä, mistä maasta tai alueelta toimittajat tulevat. Hankintalainsäädännöllä pyritään näin ollen julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön sekä korruption estämiseen. Koska julkisten hankintojen taustalla on voimakkaat peruseriaatteet tarjoajien yhdenvertaisuudesta ja syrjimättömyydestä, ei yksittäinen tarjoaja välttämättä aina saa tehokasta suojaa muita tarjoajia vastaan ja saattaa siksi kärsiä oikeussuojan puutteesta. Tilanne konkretisoituu erityisesti juuri valmisteluvaiheessa, jossa yksittäinen yrittäjä antaa hankintayksikölle konkreettista tietoa hankinnan kohteena olevan alan käytännöistä. Mikäli hankintayksikkö ei informoi muita potentiaalisia tarjoajia vuoropuhelussa annetuista ja saaduista tiedoista, saattaa suurena riskinä olla, että kyseinen yritys joudutaan sulkemaan tarjouskilpailusta. Hankintalainsäädännön tarkoituksena ei siis ole suojella yksittäistä tarjoajaa, vaan sen primäärinä tarkoituksena on saada aikaan ennen kaikkea tasapuolinen ja syrjimätön tarjouskilpailu.

Edellä mainituista hankintalainsäädännön tarkoituksista johtuen ei yritysten asema julkisten hankintojen piirissä ole helppo. Toisaalta hankintalainsäädäntö suojaa

---

<sup>176</sup> Halonen 2015 s. 195–196.

<sup>177</sup> Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. (OM 6/2010)

<sup>178</sup> Halonen 2015 s. 195–196.



avointa ja tasapuolista kilpailua, mutta toisaalta se saattaa kääntyä neuvoa antavaa yritystä vastaan. Nähdäkseni hankintalainsäädäntö ei tässä suhteessa tyydyttävästi vastaa siihen tarpeeseen, joka käytännön hankintatoiminnassa vallitsee: vuoropuhelua ja hankintoihin tarjoavia yrityksiä tarvitaan molempia. Hankintalainsäädännön mahdollistaessa avustavan yrityksen poissuljennan, voivat molemmat käytännön elämän tarpeet olla vaarannettuina.

## 6 LOPUKSI

### 6.1 Johtopäätöksiä

Julkisten hankintojen tarkoituksenmukaisen toteuttamisen ja julkisten varojen tehokkaan hyödyntämisen kulmakivi on edellä tutkimuksessa mainituin tavoin vuoropuhelu markkinatoimijoiden ja hankintayksikön välillä. Kuten aiemmin on käytännön hankintatoiminnassa, oikeuskäytännössä sekä oikeuskirjallisuudessa havaittu, liittyy vuoropuhelun toteuttamiseen kuitenkin tiettyjä ongelmia tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta ja sitä myötä riski vuoropuheluun osallistuneen yrityksen saamasta epäoikeuteudesta edusta. Tästä syystä vuoropuhelun toteuttaminen on saattanut muodostua toisinaan varsin haasteelliseksi ja johtanut jopa siihen, että osa hankintayksiköistä on päätenyt välttelemään koko vuoropuhelun toteuttamista. Vuoropuhelun sivuuttamisella on kuitenkin saatettu myöhemmin ajautua paljon suurempiin ongelmiin kuin mitä vuoropuhelun toteuttaminen olisi aiheuttanut. Pahimmillaan hankintayksiköiden laatimat tarjouspyynnöt ovat olleet niin epäonnistuneita, etteivät tarjoajat ole voineet edes tarjota tavaroitaan tai palveluitaan koko kilpailutukseen. Myös tarjoajat ovat aika-ajoin joutuneet ongelmiin antaessaan neuvoja hankintayksikölle. Pahimmassa tapauksessa yritykset ovat alkaneet niin ikään välttelemään neuvojen antamista ja hankintayksiköiden avustamista hankinnan valmisteluvaiheessa.

*Voiko vuoropuheluun osallistuminen vaarantaa yrityksen osallistumisen varsinaiseen tarjouskilpailuun?*

Kuten edellä tutkimuksessa on havaittu, ei tutkimuskysymykseen vastaaminen ole täysin yksiselitteistä. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että vuoropuhelussa tulevat noudatettavaksi yleiset hankintaoikeudelliset periaatteet, joiden soveltaminen ei ole kovin yksinkertaista. Lisäksi kysymykseen vastaamista hankaloittaa olennaisesti myös se, ettei oikeuskäytännössä ole vielä olemassa sellaista ratkaisua, jossa olisi ollut suoranaisesti kysymys juuri tarjoajan osallistumisesta vuoropuheluun ja siitä mahdollisesti saatuun kilpailuetuun. Annetut ratkaisut ovat koskeneet lähinnä konsultin roolissa toimineita markkinatoimijoita ja niiden myöhempää osallistumista tarjouskilpailuun. Näistä ratkaisuista voidaan kuitenkin saada tiettyjä tulkintalinjoja myös vuoropuheluun osallistuneen yrityksen tilanteen arviointiin. Seuraavaksi vedän yhteen tutkimuksessa tehdyt havainnot ja esitän näkemykseni tutkimuskysymykseen.

Tutkimuksessa tehtyjen havaintojen perusteella voi vuoropuhelun seurauksena siihen osallistuvalla yritykselle syntyä kilpailuetua. Tällaisen kilpailuedun syntyminen on kuitenkin hankintayksikön toimista johtuvaa ja ennen kaikkea seurausta siitä, ettei riittävää avoimuutta ole noudatettu taikka hankintayksikkö ei ole ennen tarjouskilpailun aloittamista toteuttanut muita kilpailuneutraalisia turvaavia toimia. Koska hankintojen perustavanlaatuisena tarkoituksena on tasapuolisen hankintamenettelyn aikaansaaminen, ei tarjoajaa välttämättä suojaa se, että sen saama kilpailuetu on hankintayksikön toimista johtuvaa. Jos tarjoajan saama kilpailuetu voidaan yksilöidä, on vaarana tarjoajan tuleminen poissuljetuksi hankinnasta.

Toisaalta jos tarjoaja kykenee osoittamaan, että sen saama kilpailuetu on seurausta hankintayksikön toimista, ei kyseisen tarjoajan poissulkeminen kuitenkaan ole nähdäkseni täysin yksiselitteistä. Hankintayksikön on nimittäin noudatettava yleisiä hankintaperiaatteita kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa. Mikäli tarjoaja kykenee osoittamaan, ettei hankintayksikkö ole toiminut yleisten hankintaperiaatteiden mukaisesti, voisi seurauksena mahdollisesti olla myös hankinnan keskeyttäminen, koska hankintayksikön voidaan katsoa toimineen hankintalainsäädännön vastaisesti.

Oikeuskäytännössä muodostuneen linjauksen sekä nyttemmin myös uudessa hankintadirektiivissä olevan säännöksen mukaan tarjoajalle tulee antaa mahdollisuus osoittaa ennen sen poissulkemista, ettei sen osallistuminen hankinnan valmisteluun ole johtanut tasapuolisen ja syrjimättömän hankintamenettelyn vaarantumiseen. Säännöksen sanamuodon mukaan tarjoajan tulisi näin ollen pystyä osoittamaan, ettei se ole saanut kilpailuetua vuoropuheluun osallistumisestaan. Näin ollen ei siis ole millään tavoin varmaa, että tarjoaja kykenisi suojaamaan oman asemansa tarjouskilpailussa, vaikka se pystyisikin osoittamaan, että sen saama kilpailuetu on hankintayksikön toimista johtuvaa eli hankintayksikön yleisten hankintaperiaatteiden laiminlyönnistä. Tämä on nähdäkseni erittäin ongelmallista yrityksen kannalta. Lisäksi on syytä todeta, että yrityksen on hyvin vaikea osoittaa, ettei se ole saanut vuoropuheluun osallistumisestaan hyötyä, mikäli vuoropuhelua ei ole dokumentoitu riittävästi, mikä on edellä tutkimuksessa katsottu hankintayksikön velvollisuudeksi.

Kaiken kaikkiaan yrityksen poissulkeminen tarjouskilpailusta vuoropuhelun seurauksena on erittäin ongelmallista. Hankintayksikön velvollisuutena on toimia yleisten hankintaperiaatteiden mukaisesti ja toteuttaa asianmukaiset toimenpiteet kilpailuneutraalisuuden turvaamiseksi ennen varsinaisen tarjouskilpailun käynnistämistä. Mikäli hankintayksikkö noudattaa vuoropuhelun toteuttamisessa riittävää avoimuutta sekä

suorittaa tietojen jakamisen ja vahvistaa riittävän pitkät määräajat tarjousten laatimiseksi on hyvin vaikea nähdä, että kukaan tarjoaja saisi sellaista kilpailuetua, että se voitaisiin sulkea tarjouskilpailusta. Jos hankintayksikkö sen sijaan laiminlyö edellä mainitut toimenpiteet on se nähdäkseni toiminut hankintasäännösten vastaisesti ja hankinta tulisi voida jopa keskeyttää ennemmin kuin sulkea vuoropuheluun osallistunut tarjoaja ulos tarjouskilpailusta. Otettaessa huomioon korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu (KHO:2003:74) jossa tuomioistuin totesi, että vaikka hankintayksikkö olisi voinut etukäteisellä toiminnallaan neutralisoida yhden tarjoajan saaman kilpailuedun, ei hankintayksikkö ollut toiminut hankintasäännösten vastaisesti sulkiessaan tarjoajan myöhemmin ulos tarjouskilpailusta. Ratkaisusta voidaan vetää johtopäätös, että vuoropuheluun osallistuneen yrityksen poissulkeminen on mahdollista, vaikka hankintayksikkö olisikin voinut etukäteisellä toiminnallaan taata tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun. Lisäksi hankintalainsäädännön perimmäisenä tarkoituksena on tasapuolisen hankintamenettelyn aikaansaaminen, eikä niinkään yksittäisen tarjoajan suojaaminen. Uuden kilpailutuksen järjestäminen johtaisi niin ikään julkisten varojen runsaampaan ja tehottomampaan käyttöön. Uusi tarjouskilpailu ei välttämättä myöskään takaa, että yrityksen vuoropuhelun seurauksena saama kilpailuetu saataisiin kokonaan neutralisoitua uudessa tarjouskilpailussa.

Sen sijaan, jos hankintayksikkö on laatinut tarjouspyyntöasiakirjat vuoropuheluun osallistunutta tarjoajaa suosivaksi<sup>179</sup>, on tällöin ainoa oikea vaihtoehto hankinnan keskeyttäminen ja koko tarjouskilpailun uusiminen. Tällöin koko tarjouspyyntö on ollut hankintalainsäädännön vastainen, eikä tilannetta voida korjata sulkemalla vuoropuheluun osallistunut yritys ulos tarjouskilpailusta.

Edellä mainituin tavoin yrityksen mahdollisuus osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun on erityisesti riippuvainen hankintayksikön toimista vuoropuhelun aikana sekä ennen tarjouskilpailun käynnistämistä. Nähdäkseni tämä on hyvin epätarkoituksenmukaista vuoropuheluun osallistuneiden yritysten kannalta, joiden mahdollisuus turvata osallistumisensa varsinaiseen tarjouskilpailuun on lähes mitätön. Yritykset eivät voi täydellisesti vahtia sitä, jakaako hankintayksikkö kaiken oleellisen tiedon myös muille potentiaalisille tarjoajille. Tällainen ”vahtiminen” ei ole edes yrityksen tehtävä

---

<sup>179</sup> Vaikka suosiminen ei olisi edes ollut tarkoituksena, vaan näin on vain yksinkertaisesti päässyt käymään.

vaan sen tulisi voida luottaa hankintayksikön toimivan hankintalainsäädännön mukaisesti.

## 6.2 Tarjoajien poissulkemisen seurauksena aiheutuvat ongelmat

Tämänhetkinen tilanne aiheuttaa epävarmuutta sekä oikeusvarmuuden puutetta niin markkinoilla toimiville yrityksille kuin myös hankintayksiköille. Mikäli markkinatoimijoita aletaan sulkemaan tarjouskilpailuista niiden antamien neuvojen seurauksena, *kuka enää jatkossa haluaa antaa hankintayksiköille tarkoituksenmukaisen tarjouspyynnön aikaansaamiseksi maksuttomasti neuvoja alansa toiminnasta*. Mikäli yritykset alkavat välttelemään vuoropuheluihin osallistumista ja neuvojen antamista, ovat hankintayksiköt ongelmissa.

Valtaosassa suomalaisia hankintayksiköitä ei ole olemassa sellaista henkilöstöä, joka todellisuudessa osaisi kaikki organisaatiossa vastaan tulevat kilpailutukset, eikä tällaisen olosuhteen järjestäminen ole edes mahdollista, saati tarkoituksenmukaista. Tietotaidon ja alan kokemuksen puute näyttäytyvät tällä hetkellä heikkoina tarjouspyyntöasiakirjoina ja näin ollen lisääntyvinä markkinaoikeusprosesseina<sup>180</sup>. Nämä tekijät puolestaan johtavat julkisten varojen tuhlaamiseen, mikä on vastoin julkisten hankintojen perusideaa ja tarkoitusta.

Julkisten varojen tehoton käyttö koituu myös koko yhteiskunnan haitaksi, jos kerättyjä verorahoja ei käytetä tehokkaalla tavalla vaan niitä käytetään turhaan. Näistä syistä johtuen on äärimmäisen olennaista, että keskusteluyhteyttä markkinatoimijoiden ja hankintayksiköiden välillä ylläpidetään ja sitä toteutetaan avoimella tavalla, jottei yrityksiä tarpeettomasti peloteta pois vuoropuhelusta kilpailutuksesta poissulkemisen mahdollisuudella. Vuoropuhelun turvaamiseksi on siis olennaista ymmärtää

---

<sup>180</sup> Vuonna 2015 julkisia hankintoja koskevia valituksia saapui markkinaoikeuteen 524 kappaletta eli hieman vähemmän kuin vuonna 2014 (591 kpl). Markkinaoikeus ratkaisi vuonna 2015 yhteensä 561 hankinta-asiaa, joiden keskimääräinen käsittelyaika oli noin 5,7 kuukautta. Suomessa käsittelyajat ovat muihin EU-maihin nähden poikkeuksellisen pitkiä. Esimerkiksi Ruotsissa on tehty aloite 90 päivän käsittelyajasta. Niin ikään Virossa käsittelyaika on noin 2 viikkoa. Käsittelyaikojen pituus johtuu maiden erilaisista mallista käsitellä hankinta-asioita. Vuonna 2016 hankintavalitusten määrä tulee todennäköisesti laskemaan johtuen uudesta tuomioistuinmaksulaista (1455/2015), joka astui voimaan 1.1.2016. Uuden tuomioistuinmaksulain myötä hankinta-asian pienin oikeudenkäyntimaksu nousi 2.000 euroon sen ollessa aiemmin 244 euroa. Muutos on siis suuri ja vaikuttaa mahdollisesti monen pk-yrityksen halukkuuteen sekä myös mahdollisuuteen tehdä valitus julkisesta hankinnasta,

noudatettavien pelisääntöjen tärkeys. Toiminnan tulee olla avointa ja antaa myös ulospäin sellainen varmuus, ettei mikään yritys saa etua tai haittaa osallistumisestaan vuoropuheluun.

### 6.3 Ratkaisuvaihtoehtoja

**Oikeasuhtaisen toimintatavan valitseminen.** Turhien riskien ja haasteiden välttämiseksi tulisi hankintayksikön aina miettiä ennen vuoropuhelun aloittamista, miksi se aloittaa vuoropuhelun markkinatoimijoiden kanssa ja mitä tietoja se erityisesti näiltä haluaa. Hankintayksiköiden tulisi siten kartoittaa omaa tilannettaan siitä, minkä se jo hallitsee ja mihin se mahdollisesti tarvitsisi neuvoa. Tämän kartoituksen tehtyään hankintayksikkö valitsisi vuoropuhelun toteuttamisen malleista sen, mikä vastaisi sen tarkoitusta parhaiten ja mikä olisi yksinkertaisin tapa saada haluttu tieto markkinatoimijoilta. Hankintayksikön tai markkinatoimijoiden kannalta ei ole edullista tai järkevää, että hankintayksikkö lähtee toteuttamaan vuoropuhelua tavalla, mikä ei ole sen tarvetta vastaavaa. Vuoropuhelua ei siis kannata lähteä suorittamaan ensimmäiseksi suullisilla keskustelutilaisuuksilla, mikäli pelkillä kirjallisilla kysymyksillä saavutettaisiin riittävä tietomäärä. Tällä tavoin toimimalla hankintayksikkö saa yksinkertaisesti dokumentoitua saamansa ja antamansa tiedot, minkä seurauksena myös tietojen jakaminen on helpompaa.

Edellä mainitut hankintayksikön oman osaamisen kartoitus ja mahdollisimman kevyen vuoropuhelun toteuttaminen ovat sekä vuoropuheluun osallistuvien markkinatoimijoiden että myös hankintayksiköiden itsensä etu. Mitä kevyempi ja helpompi vuoropuhelu on, sitä helpompi on myös toteuttaa sen avoimuus ja sitä kautta taata, ettei kukaan markkinatoimija saa edullisempaa asemaa suhteessa muihin tarjoajiin. Näin ollen hankintayksikön on oltava huolellinen ennen vuoropuhelun aloittamista, jotta se säästyisi myöhemmin eteen tulevilta mahdollisilta haasteilta ja väitteiltä jonkun yrityksen etulyöntiasemasta. Mikäli hankintayksikkö päätyisi sulkemaan jonkun tarjoajista etulyöntiaseman vuoksi ulos tarjouskilpailusta, saisi hankintayksikkö jatkossa entistä vähemmän tarjouksia ja sitä kautta kilpailu vähenisi. Julkisten varojen tehokkaan käytön toteuttajana hankintayksikön tulisi sen sijaan aina yrittää aikaansaada mahdollisimman laaja ja tehokas kilpailu.

**Valvontaviranomaisen ohjeistus vuoropuhelun toteuttamisesta.** Jotta vuoropuheluun liittyvät ongelmat saataisiin vältettyä, on erittäin tärkeää ymmärtää vuoropuhelussa noudatettavat avoimuuden ja tasapuolisuuden vaatimukset edellä tutkimuksessa todetuin tavoin. Ongelman keskittyessä vuoropuhelun toteuttamisessa siihen, ettei siinä noudatettavia pelisääntöjä ole juurikaan ohjeistettu, on selkeiden pelisääntöjen luominen nähdäkseni yksi ratkaisu tilanteen parantamiseksi. Edellä mainitulla en tarkoita yksityiskohtaista lainsäädäntöä, mutta sen sijaan voisi olla tarpeellista, että uuden hankintalain myötä hankintoihin tuleva valvontaviranomainen (hankintadirektiivi 83 artikla) laatisi ohjeistuksen vuoropuhelun suorittamisesta, joka sekä helpottaisi hankintayksiköiden vuoropuhelun järjestämistä että myös osaltaan poistaisi yritysten pelkoja osallistua julkisten hankintojen vuoropuheluihin.

Uuden hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp) mukaan tällaisen valvontaviranomaisen olemassaolo vaihtelee eri EU-maiden välillä<sup>181</sup>. Ruotsissa julkisia hankintamenettelyjä valvoo *Konkurrensverket*, joka tarjoaa myös neuvontaa julkisia hankintoja koskevissa asioissa. Neuvontaa ja tukea antaa lisäksi myös 1.9.2015 aloittanut julkisten hankintojen tukiorganisaatio *Upphandlingsmyndighet*. Uuden hankintalainsäädännön myötä Suomeen tuleva valvontaviranomainen vastaa Ruotsissa järjestettyä mallia. Valvontaviranomaiseksi on näin ollen tulossa *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, jolla on tehtävä ja toimivalta valvoa hankintalainsäädännön noudattamista. Uuden lainsäädännön myötä myös yritykset alkavat saada veloituksetonta neuvontaa julkisissa hankinnoissa.<sup>182</sup> Tähän mennessä vain hankintayksiköille on ollut tällaista apua tarjolla Kuntaliiton yhteydessä toimivan neuvontayksikön muodossa ([www.hankinnat.fi](http://www.hankinnat.fi)).

Uuden valvontaviranomaisen<sup>183</sup> aseman myötä Kilpailu- ja kuluttajavirasto voisi laatia Ruotsin vastaavan viranomaisen (*Konkurrensverket*) tapaan vuoropuhelua koske-

---

<sup>181</sup> Iso-Britanniassa erillistä hankintamenettelyä valvovaa viranomaista ei ole olemassa. Sen sijaan heillä on kuitenkin olemassa julkisten hankintojen ohjaus- ja neuvontaelin (Crown Commercial Service), jonka osana toimii palautekanava (Mystery Shopper service). Kyseisen palautekanavan kautta toimittajat voivat tuoda esiin hankintamenettelyjä ja niiden asianmukaisuutta koskevia kommenttejaan. Myös Saksassa on viranomaisia antamassa neuvontaa ja ohjeistusta hankintayksiköille. Useimmissa sen liittovaltion osavaltioissa on viranomaisia (VOB-Stellen), jotka valvovat hankintamenettelyjä ja antavat neuvontaa hankintayksiköille. Niin ikään myös Ranskassa on olemassa erillinen hankintayksiköille neuvontaa antava erillinen valtiollinen elin. Sen sijaan tarkasteltaessa muita pohjoismaita, ei Tanskassa ja Norjassa ole omaa valvontaviranomaista ainakaan tällä hetkellä.

<sup>182</sup> Yrityksille neuvontaa antavasta toimijasta ei ole vielä varmuutta tällä hetkellä.

<sup>183</sup> ”Lausuntojen mukaan olemassa oleva julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmä ei poista tarvetta hankintasääntelyn noudattamisen puolueettomaan viranomaisvalvontaan, koska oikeusteitse pystytään puuttumaan rikkomuksiin vasta jälkikäteen, mikä tulee kalliiksi kaikille osapuolille. Valvontaviranomainen puolestaan voisi puuttua havaitsemiinsa epäkohtiin jo varhaisemmassa vaiheessa hankintamenettelyä. Yksityisten markkinatoimijoiden oikeussuojajärjestelmän kautta toteuttama valvonta on

van ohjeistuksen, joka auttaisi hankintayksikköjä noudattamaan avoimuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteita vuoropuhelun toteuttamisessa ja samalla loisi myös tietynlaista yhdenmukaisuutta vuoropuhelujen toteuttamiselle. Kyseinen ohjeistus olisi myös yrityksille tärkeä, koska sen avulla ne voisivat myös itse olla paremmin tietoisia siitä, kuinka vuoropuhelua tulisi toteuttaa ja mitkä ovat mahdollisesti sen mukanaan tuomat riskit. Mikäli molemmat osapuolet saisivat ohjeistusta, olisi se nähdäkseni olennainen tekijä ensinnäkin poistamaan hankintayksikköjen pelkoa ja epävarmuutta vuoropuhelua kohtaan sekä toisaalta tarjoajille poistamaan ennakkoluuloja toisten tarjoajien suosinnasta.

**Riskeistä ilmoittaminen vuoropuheluilmoituksessa.** Yksi periaatteessa mahdollinen vaihtoehto saada tehokkaammin vältettyä tarjoajan mahdollista poissulkemista tarjouskilpailusta on myös se, että hankintayksikkö ilmoittaisi vuoropuhelun toteuttamisesta koskevassa ilmoituksessaan, että osallistumisesta voi johtua mahdollisesti riski markkinatoimijan osallistumisesta varsinaiseen hankintaan. Mikäli näin toimittaisiin, ei markkinatoimijoille tulisi täytenä yllätyksenä mahdollinen poissulkeminen varsinaisesta tarjouskilpailusta. Etukäteisellä markkinatoimijoiden informoimisella saataisiin mahdollisesti myös itse markkinatoimijat olemaan tarkkaavaisempia ja valveutuneempia vuoropuhelun toteuttamisessa. Markkinatoimijat voisivat parantaa omaa oikeusturvaansa muun muassa sillä, että ne pitäisivät huolen siitä, että kaikki niiden antama ja saama tieto dokumentoitaisiin, joka puolestaan auttaisi niitä myöhemmässä vaiheessa, mikäli jokin tarjoaja esittäisi väitteen vuoropuheluun osallistuneen tarjoajan saamasta kilpailuedusta muihin markkinatoimijoihin nähden. Vuoropuheluun osallistunut tarjoaja voisi näin helposti osoittaa, mitä tietoja se on antanut ja saanut ja näin ollen todistaa, ettei se ole saanut kilpailuetua muihin tarjoajiin nähden. Näin ollen mahdollisesta riskistä ilmoittaminen voisi olla tarkoituksenmukaista vuoropuheluun osallistuvien markkinatoimijoiden oikeusturvan kannalta.

Käytännössä tällainen ilmoitus kuitenkin suurella todennäköisyydellä pelottaa vuoropuhelusta kiinnostuneet tarjoajat ja ne päätyisivät jättäytymään vuoropuhelusta pois turvatakseen mahdollisuutensa osallistua varsinaiseen tarjouskilpailuun. Lisäksi on selvää, että markkinatoimijat ovat ymmärrettävästi kiinnostuneempia turvaamaan mahdollisuutensa tehdä kauppaa kuin olla ilmaisia neuvonantajia hankintayksiköille.

---

lausuntojen mukaan ongelmallista senkin vuoksi, että markkinatoimijoilla on usein tosiasiallisia syitä, joiden vuoksi ne joutuvat kenties vakavankin rikkomuksen havaitessaan pidättäytymään viranomaisen haastamisesta oikeusprosessiin.”



Lisäksi on otettava huomioon, etteivät markkinatoimijat ole olleet kovin aktiivisia muutoinkaan osallistumaan jo järjestettyihin vuoropuhelutilaisuuksiin, vaikka niillä olisi tällöin ollut mahdollisuus vaikuttaa hankinnan tarkoituksenmukaiseen toteuttamiseen. Mikäli markkinatoimijat alkavat entistään enemmän välttelemään vuoropuhelutilaisuuksia, eivät hankintayksiköt enää saa apua tarkoituksenmukaisen tarjouspyynnön aikaansaamisessa. Näin ollen mahdollisesta riskistä etukäteen ilmoittaminen on hyvin teoreettinen vaihtoehto.

**Korvaus annetuista neuvoista.** Mikäli vuoropuhelua koskevassa ilmoituksessa mainittaisiin vuoropuhelun markkinatoimijoille mahdollisesti aiheuttamasta riskistä ja haluttaisiin, että tarjoajat vielä jatkossa osallistuisivat hankintayksiköiden järjestämiin vuoropuheluihin, edellyttäisi se nähdäkseni vähintään sitä, että hankintayksiköille neuvoa antaville markkinatoimijoille alettaisiin maksaa korvausta mahdollisen riskin ottamisesta. Tällöin yritykset eivät ottaisi riskiä turhaan, vaan ne voisivat saada myös jotain korvausta antamistaan neuvoista. Korvauksen maksaminen neuvojen antamisesta voisi ehkä saada muutamat markkinatoimijat paremmin osallistumaan vuoropuheluihin. Käytännössä tarjoavien yritysten laajempi kiinnostus oman toimialansa konsultointiin edellyttäisi kuitenkin sellaista korvaustasoa, että se ylittäisi tarjouksen mahdollisen kannattavuuden. Hankintayksiköillä tuskin olisi kuitenkaan tällaiseen laajemmin resursseja, koska hankintayksiköt kamppailevat jo muutenkin resurssipuolien kanssa.

**Valinta valmistelun ja tarjouskilpailun välillä.** Yksi periaatteessa mahdollinen malli on myös se, että tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten kanssa suoritetusta vuoropuhelusta luovutaan kokonaan ja markkinatoimijoiden on valittava osallistuvatko ne hankintaan konsultteina vai varsinaiseen tarjouskilpailuun. Tällaisessa mallissa välttyttäisiin tarjouskilpailuun osallistuvan markkinatoimijan saaman kilpailuedun mahdolliselta arvioinnilta sekä sitä myötä mahdollisen poissulkemisen arvioinnilta. Kyseisessä mallissa poistuisi nyttemmin vuoropuhelussa oleva ongelma markkinatoimijoiden oikeusturvan puutteesta. Mikäli tällaiseen malliin päädyttäisiin, saisivat hankintayksiköt neuvoja konsulteiksi ilmoittautuneilta tarjoajilta.

Edellä mainittuun ratkaisuun on päädytty muun muassa Tanskassa, jossa markkinoille on kehittynyt yrityksiä, joiden pääasiallisena tarkoituksena on toimia konsultteina hankintayksiköille julkisten hankintojen suorittamisessa ja pidättäytyä osallistumisesta varsinaiseen tarjouskilpailuun. Tällaisessa mallissa välttyttäisiin sen arvioimisesta, onko tarjouskilpailuun osallistunut yritys saanut kilpailuetua muihin tarjoajiin

nähdän vuoropuheluun osallistumisestaan. Toisaalta oman ongelmansa muodostaa tällaisessa mallissa se, että usein myös jopa konsultit joutuvat turvautumaan markkinatoimijoiden apuun ja neuvoihin tarjouspyyntömateriaalia laatiessaan. Näin ollen tutkimuksessa esitetyistä ongelmista ei päästäisi tässäkin mallissa täysin eroon, mutta niitä voidaan todennäköisesti merkittävästi vähentää.

Mikäli käytännön hankintatoiminnassa päädyttäisiin yleisemmin malliin, jossa yritykset valitsisivat joko hankinnan valmisteluun tai tarjouskilpailuun osallistumisen, päädyttäisiin käytännössä siihen malliin, minkä oikeusasiamies Legér esitti aikaisemmin käsitellyssä Fabricom-ratkaisussa. Legérin mielestä oli jokaisen yrityksen oma päätös, osallistuvatko ne hankinnan valmisteluun vai itse tarjouskilpailuun.

#### **6.4 Yhteenveto**

Kaiken kaikkiaan markkinatoimijoiden vuoropuheluun osallistuminen ei aiheuta ongelmia tasapuolisen tarjouskilpailun aikaansaamisessa, mikäli hankintayksikkö on vuoropuhelun toteuttamisessa tarkka ja huolehtii riittävästä avoimuudesta. Vuoropuheluun osallistuneiden oikeusturvan kannalta ja tasapuolisten hankintamenettelyjen aikaansaamiseksi hankintayksiköissä on kuitenkin otettava huomioon lukuisia asioita. Näin ollen toimivan vuoropuhelun toteuttaminen kaipaisi nähdäkseni nopeasti ensisijassa tulevan valvontaviranomaisen laatimaa ohjeistusta. Tämä olisi tarpeen myös sen vuoksi, että vuoropuheluun osallistuneiden yritysten poissuljennalta vältyttäisiin myös jatkossa.

Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen voimaantulo ja sitä myötä tuleva oikeuskäytäntö<sup>184</sup> näyttävät, mihin suuntaan hankintayksiköiden ja markkinatoimijoiden välinen vuoropuhelu jatkossa johtaa. Alkavatko hankintayksiköt sulkemaan markkinatoimijoita aktiivisemmin ulos tarjouskilpailuista kilpailuedun saamisen vuoksi, koska asiasta tulevaisuudessa säädetään lain tasolla vai jatkavatko hankintayksiköt tähän asti vallinneen linjan mukaisesti, jolloin poissulkeminen on ollut enemmän poikkeus kuin pääsääntö. Lisäksi on odotettavissa, että myös oikeuskäytän-

---

<sup>184</sup> Uusi hankintalainsäädäntö näyttää siltä, että oikeuskäytännön merkitys tulee mahdollisesti korostumaan jatkossa. Uudistuksessa on nimittäin palattu vuoden 1992 hankintalainsäädäntöä vastaavaan oikeustilaan, jossa hankintamenettelyiden sääntely oli suuripiirteisempää ja jätti hankintayksiköille enemmän valinnan vapautta käytettävien menettelyiden ja toimenpiteiden suorittamisessa.

nössä tullaan jatkossa näkemään ratkaisu, joka koskee nimenomaan aidon vuoropuhelun toteuttamista ja siihen osallistuneen markkinatoimijan mahdollista asemaa. On selvää, että myös markkinatoimijoista tulee jatkossa valveutuneempia,<sup>185</sup> kun yrityksen osallistumisesta hankinnan valmisteluun ja sen seurauksena mahdollisesta poisuljennasta säädetään lainsäädännön tasolla. Ensisijaista on pyrkiä suojaamaan vuoropuhelun toteuttamista myös jatkossa, jotta hankintoja saadaan toteutettua tarkoituksenmukaisesti ja onnistuneesti.

---

<sup>185</sup> mm. Sastamalan kaupungin koulukuljetuksia koskevan hankinnan lisäkysymyksissä yksi tarjoaja tiedusteli kuinka kaupunki oli varmistanut tarjoajien tasapuolisen kohtelun. Kaupungin vastaus kyseiseen kysymykseen oli ainoastaan seuraava: Keskusteluita on käyty yksittäin tarjoajien kanssa. Kyseisenlaiset vastaukset eivät tule todennäköisesti enää jatkossa riittämään vaan tarjoajat vaativat selvitystä tasapuolisen kohtelun turvaamisesta.