

**KILPAILUOIKEUDEN SOVELTAMINEN
TARJOUSYHTEISTYÖHÖN JULKISISSA HANKINNOISSA –
ERITYISESTI TARJOUSKONSORTION
KILPAILUOIKEUDELLISET HAASTEET**

Jenni Ollila, 504592
OTM-tutkielma
Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Kilpailuoikeus
Lokakuu 2018

TIIVISTELMÄSIVU

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

OLLILA JENNI: Kilpailuoikeuden soveltaminen tarjousyhteistyöhön
julkisissa hankinnoissa – Erityisesti tarjouskonsortion
kilpailuoikeudelliset haasteet

Pro Gradu-tutkielma, xiii + 88 s.

Kilpailuoikeus ja oikeustaloustiede

Lokakuu 2018

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

Tutkielmassa käsitellään yritysten välisen tarjousyhteistyön kilpailuoikeudellisia haasteita julkisissa hankinnoissa. Yritysten välisen yhteistyön muodoista tutkielmassa on perehdytty erityisesti kilpailijoiden väliseen tarjouskonsortioon. Konsortio käsitteenä tarkoittaa tietyn sopimuksen tai tavoitteen toteuttamiseksi solmittua yritysten välistä sopimusta. Hankintadirektiivin perusteella hankintamenettelyyn osallistuvat tarjoajat voivat perustaa konsortion, mutta siitä huolimatta se on kilpailuoikeudelliselta kannalta saatettu katsoa kielletyksi johtuen sen kilpailua rajoittavista vaikutuksista.

Tutkielmassa tarkastellaankin konsortiosopimuksella saavutettavia hyötyjä ja mahdollisia vaikutuksia kilpailuun prosessina. Toimintaympäristönä on julkiset hankinnat. Hankintanormien johdosta tilaajina toimivat hankintaviranomaiset ovat velvollisia noudattamaan menettelyä koskevia sääntöjä ja tämän vuoksi tutkielmassa perehdytään myös hankintaviranomaisen omaan rooliin tehokkaan kilpailun turvaamisessa. Lisäksi tutkielma sivuaa myös tarjouskartelleiden esiintymistä julkisten hankintojen yhteydessä. Tarjouskartellin ja konsortion käsitteillä onkin yhtäläisyyksiä ja menettelytapana ne saattavat olla toisiinsa rinnastettavia. Konsortiosopimukseen liitännäistä tietojenvaihtoa on myös käsitelty jonkin verran.

Tutkimus on pääosin oikeusdogmaattinen ja tarkastelee voimassa olevan oikeuden tilaa, mutta siinä on myös hyödynnetty kilpailuoikeudelle tyypillisesti oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa. Konsortioita koskeva sääntely ei ole yksityiskohtaista, joten erityisesti oikeuskäytännöllä on tutkielmassa suuri merkitys.

Tutkielman johtopäätöksenä on esitetty, että kilpailuoikeuden väljästä sääntelytekniikasta johtuen tarjousyhteistyön sallittavuuden arviointi ennalta ei ole aina mutkatonta. Lisäksi oikeuskäytännön valossa hintojen vahvistaminen suhteessa hankintayksikköön voidaan tulkita tarkoitukselliseksi kilpailunrajoittamiseksi ja konsortion yhteistyö on paikoitellen rinnastettu tarjouskartelliin. Pääsääntöisesti kuitenkin silloin, kun konsortion jäsenillä ei olisi ollut mahdollisuutta osallistua tarjouskilpailuun muulla tavoin, konsortiosopimusta voidaan pitää sallittuna.

Asiasanat: kilpailuoikeus, julkinen hankinta, tarjousyhteistyö, tarjouskonsortio, tarjouskartelli, tietojenvaihto

Sisällysluettelo

Lähteet.....	V
Lyhenteet.....	XIII
1. Johdanto	1
1.1. Tutkielman tausta	1
1.2. Tutkielman aihe, rajaus ja rakenne.....	3
1.3. Tutkimusmenetelmät ja lähteet	5
2. Kielletyt kilpailunrajoitukset	7
2.1. SEUT 101(1) artiklan lähtökohdat	7
2.2. Yritysten väliset sopimukset, päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat.....	9
2.3. Sopimusten jaottelu kilpailuoikeudessa	13
2.3.1. Horisontaaliset sopimukset	13
2.3.2. Vertikaaliset sopimukset.....	15
3. Julkiset hankinnat, kilpailu ja tarjousyhteistyö.....	17
3.1. Hankintadirektiivin soveltamisen lähtökohdat	17
3.2. Vaihtoehtoisista hankintamenettelyistä ja niiden vaikutuksesta kilpailuun	20
3.3. Kilpailuolosuhteiden huomioon ottaminen tarjouspyyntöä laadittaessa	23
3.3.1. Tarjouspyyntö ja hankinnan kohteen kuvaaminen.....	23
3.3.2. Tarjoajan soveltuvuuden arviointi.....	26
3.4. Hankintadirektiivin mukaiset yhteistyömahdollisuudet	28
3.4.1. Konsortion muodostaminen ja muiden voimavaroihin vetoaminen.....	28
3.4.2. Alihankinta	30
4. Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta	32
4.1. Tarjousyhteistyö ja markkinat.....	32
4.1.1. Tarjouskartellit	32
4.1.2. Julkiset hankinnat osana markkinoita	35
4.1.3. Markkinaolosuhteiden vaikutus yritysten välisen yhteistyön muodostumiseen	38
4.2. Tietojenvaihto	41
4.3. Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudessa	44
4.3.1. Tarjouskonsortion ja tarjouskartellin käsitteiden keskeiset erot – onko niitä?	44
4.3.2. Tietojenvaihto yhteisen tarjouksen valmistelemiseksi	48
4.3.3. Tietojenvaihto osana tarjousyhteistyötä.....	50
5. Tarjouskonsortion arviointi kilpailuoikeudessa.....	54
5.1. Tarjouskonsortion taloudellinen tarkastelu.....	54
5.1.1. Tarjouskonsortio ja hankintayksikön säästöt	54
5.1.2. Konsortioiden rajoittaminen ja hyödynnettävät synergiat	55
5.2. Tarjouskonsortioiden juridinen arviointi	58
5.2.1. Kilpailuoikeuden ja hankintadirektiivin lähtökohdat	58
5.2.2. Horisontaaliset ja vertikaaliset konsortiot.....	61
5.3. Tarjouskonsortion luonne; tarkoitus vai vaikutus?	62
5.4. Arvioinnissa esiintyviä tulkintaongelmia	65
5.4.1. Resurssien arviointi	65

5.4.2.	Osatarjoukset ja niiden vertailu	67
5.4.3.	Käytössä olevien voimavarojen hyödyntäminen.....	68
5.5.	Asetettujen määräaikojen ja hankintayksikön tavoitteiden merkitys	70
6.	Tarjousyhteistyöllä saavutettavat hyödyt ja de minimis- tiedonanto.....	72
6.1.	Vähämerkityksellinen yhteistyö.....	72
6.1.1.	Markkinaosuusrajat	72
6.1.2.	Relevanttien markkinoiden määrittelyn haasteet	74
6.2.	Hyödyllisten sopimusten salliminen	77
6.2.1.	Tehokkuuskriteeri.....	78
6.2.2.	Kuluttajille siirtyvä hyöty	80
6.2.3.	Välttämättömyys ja kilpailun säilyminen	81
7.	Johtopäätökset.....	84

Lähteet

Kirjallisuus ja artikkelit

Aalto-Setälä, Ilkka (2011): Kilpailuoikeudellista vahinkoa koskeva sopimusehto hankintasopimuksessa. Edilex artikkeli. Edita Publishing Oy. Julkaistu 10.8.2011.

Aine, Antti (2011): Kilpailu ja sopimus. Vammalan kirjapaino Oy. Sastamala.

Albano, Gian Luigi – Spagnolo, Giancarlo – Zanza, Matteo (2009): Regulating Joint Bidding in Public Procurement. *Journal of Competition Law and Economics*.

Alkio, Mikko – Wiik, Christian (2009): Kilpailuoikeus. Talentum Media Oy. Helsinki.

Bellamy, Christopher – Child, Graham (2008): European Community Law of Competition (ed.) *Roth, Peter – Rose, Vivienne*. Oxford University Press. Oxford.

Bishop, Simon – Walker, Mike (2002): The Economics of EC Competition Law: concepts, application and measurement. Sweet & Maxwell Limited. London.

Chernomaz, Kirill (2012): On the effects of joint bidding in independent private value auctions: An experimental study. *Games and Economic Behavior*, volume 76. Issue 2, s.690-710. Saatavilla osoitteessa: <http://www.personal.kent.edu/~edecheda/Kirill.pdf>. Vierailtu 4.10.2018.

Chever, Lisa – Saussier, Stéphane – Yvrande-Billon, Anne (*Chever et al.* 2017): The law of small numbers: investigating the benefits of restricted auctions for public procurement. *Applied Economics*, volume 49, issue 42, s. 4241-4260.

Compte, Olivier – Jenny, Frédéric – Rey, Patrick (2002): Capacity constraints, Mergers and Collusions. *European Economic Review*, volume 46, issue 1, s.1-29.

Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erko (*Eskola et al.* 2017): Julkiset hankinnat. Alma Talent Oy. Liettua.

Estache, Antonio – Iimi, Atsushi (2009): Joint bidding, Governance and public procurement costs: A case of road projects. *Annals of Public and Cooperative Economics* 80:3, s. 393 – 429. Ciriec.

Giannino, Michele (2017): Competition Law Enforcement and Public Contracts Procurement in Italy: *The School Cleaning Services Case*. *European Procurement & Public Private Law Review*, volume 12(1), s.40-49.

Heimler, Alberto (2012): Cartels in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, volume 8, issue 4, s. 849-862.

Hirvonen, Ari (2011): Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja: Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki.

Hüschelrath, Kai (2013): Economic Approaches to Fight Bid Rigging. *Journal of European Competition Law & Practice*, volume 4, issue 2, s. 185-191.

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (2001): Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen. Talentum Media Oy. Saarijärvi.

Klemperer, Paul (2008): Competition Policy in Auctions and Bidding Markets. In *Buccirosi, Paolo* (ed.) *Handbook of Antitrust Economics*, s.583-624. MIT Press. Cambridge.

Krishna, Vijay - Morgan John (1997): (Anti-)competitive effects of joint bidding and bidder restrictions. Princeton Woodrow Winston School Discussion Paper in Economics No.184.

Kuoppamäki, Petri (2012): Uusi kilpailuoikeus. Sanoma Pro Oy. Helsinki.

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

Langer, Howard (2012): Competition Law of the United States. Kluwer Law International BW. Croydon.

Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko (Leivo et al. 2012): Eu:n ja Suomen kilpailuoikeus. Talentum Media Oy. Liettua.

Lichère, Francois – Caranta, Roberto – Treumer, Steen (Lichère et al. 2014): Modernising Public Procurement: The New Directive. Djøf Publishing. Kööpenhamina.

Lunander, Anders – Lundberg, Sofia (2013): Bids and Costs in Combinatorial and Noncombinatorial Procurement Auctions – evidence from procurement of public cleaning contracts. *Contemporary Economic Policy*. Huntington Beach. Volume 31, issue 4, s.733-745.

Maci, Marsela (2012): Private Enforcement in Bid-Rigging Cases in the European Union. *European Competition Journal*, volume 8, issue 1, s. 211-227.

Mentula, Arttu (2002): Kartellit Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa. Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä.

Moody, C.E. – Krivant, W.J. (1988): Joint bidding, Entry and the price of OCS leases. *Rand Journal of Economics*, volume 19, issue 2, s.276-284.

Moretti, Luigi – Valbonesi, Paola (2015): Firms' Qualifications and Subcontracting in Public Procurement: An Empirical Investigation. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, volume 31, issue 3, s.568-598.

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

Määttä, Kalle – Turtiainen, Matti (2014): Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudellisena haasteena. Edilex artikkeli. Edita Publishing Oy. Julkaistu 1.9.2014.

Pace, Lorenzo Frederico (2007): European Antitrust Law, Prohibitions, Merger control and Procedures. Edward Elgar Publishing Limited. Cheltenham.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika - Huikko, Katariina – Ukkola, Markus (Huikko et al. 2017): Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma. Tallinna.

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

Pekkala, Elise (2008): Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma Oy. Jyväskylä

Petäjaniemi-Björklund, Anne – Salminen, Leea – Uusitalo, Lotta (Petäjaniemi-Björklund et al. 2011): Tietojenvaihto. Lakimiesliiton kustannus. Hämeenlinna.

Porter, Robert H. – Zona, J. Douglas (1992): Detection of bid rigging in procurement auctions. NBER working paper series; working paper NO 4013. National Bureau of Economic Research. Cambridge.

Puikkonen, Ilkka (2010): Cooperative Mankala- Companies – The Acceptability of the Company Form in EC Competition Law. Helsinki Law Review 2010/1, s. 139-156.

Ritter, Cyril (2017): Joint tendering under EC competition law. Saatavilla osoitteessa SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> tai <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>. Vierailtu 5.10.2018.

Rotenberg, Julio – Saloner, Garth A. (1986): Supergame-Theoretic Model of Price Wars During Booms. American Economic Review, volume 76, issue 3, s. 390-407.

Sauter, Wolf (2015): Public Services in EU Law. Cambridge University Press. Cambridge.

Sánchez Graells, Albert (2011): Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing Ltd. Oxford.

Sánchez Graells, Albert (2017): Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing? Journal of European Competition Law and Practice, volume 8, issue 7, s.451- 453.

Tapola, Marita (2012): Tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus. Sanoma Pro Oy. Helsinki.

Teese, David J. (1994): Information Sharing, Innovation and Antitrust. Antitrust Law Journal, volume 62, issue 2, s. 465-482.

Thomas, Christopher (2015): Two bids or not to bid? An Exploration of legality of Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition Law. Journal of European Competition Law and Practice volume 6, issue 9, s. 629 – 638.

Vives, Xavier (2002): Private information, strategic behavior and efficiency in Cornout markets. *The RAND Journal of Economics*, volume 33, issue 3, s. 361-376.

Wagner-Von Papp, Florian (2011): What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Notices? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany. Teoksessa *Criminalising Cartels* (ed. *Beaton-Wells, Caron & Ezrachi, Ariel*). Hart Publishing Ltd. Oxford.

Weishaar, Stefan E. (2013): Cartels, competition and public procurement: law and economics approaches to bid rigging, Edward Elgar Publishing Ltd. Cheltenham.

Weiss, Friedl (1993): Public Procurement in European Community Law. The Athlone Press Ltd. Lontoo.

Virallislähteet

Euroopan komission tiedonannot, suuntaviivat ja muu tulkinta-aineisto

Komission tiedonanto: Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, EUVL [2011] C 11/1.

Komission tiedonanto: Tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (de minimis -tiedonanto), [EUVL 2014] C 291/01.

Komission asetus Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin, 330/2010.

Komission tiedonanto: Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, [EUVL 2004] C 101/97.

Komissio: Vihreä kirja 27.1.2011: EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta; Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita.

Komission tiedonanto: Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, 2010/411.

Komission suositus mikroyritysten sekä pienten ja keskisuurten yritysten määritelmästä [EUVL 2003] L 124/36.

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, [EUVL 1997] C 372/5.

Komission tiedonanto: Julkiset hankinnat toimiviksi Euroopassa ja Euroopan hyväksi, COM (2017) 572, 3.10.2017.

Komission XXXI kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (XXXIst report on Competition Policy), 2001.

Komission VII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (Seventh report on Competition Policy), 1978.

Komission VI kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus (Sixth Report on Competition Policy), 1977.

Hallituksen esitykset

Hallituksen esitys 108/2016: Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

Hallituksen esitys 11/2004: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

Hallituksen esitys 162/1991: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.

Hallituksen esitys 148/1987: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.

Ruotsi

Regeringens proposition 1992/93:56: Ny konkurrenslagstiftning.

OECD:n aineisto

OECD: Guidelines for fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2009 (Ohje tarjouskartellien torjumiseksi).

OECD: Competition and Procurement: Role of Competition Authorities (2007).

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia C-425/14, *Impresa Edilux srl ja Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) v. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani ym.*, 22.10.2015, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2015:721.

Asia C-373/14, *Toshiba Corporation v. komissio*, 20.1.2016, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2016:26.

Asia C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta*, 7.4.2016, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2016:214.

Asia C-286/13 P, *Dole v. komissio*, 19.5.2013, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2015:184.

Asia C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v. komissio*, 11.9.2014, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2014:2204.

Asia C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. ym. v. Gazdasági Versenyhivatal*, 14.3.2013, julkaistu sähköisessä kokoelmassa ECLI:EU:C:2013:160.

Asia C-226/11, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence ym.*, 13.12.2012, julkaistu sähköisessä kokoelmassa EU:C:2012:795.

- Asia C-8/08, *T-Mobile Netherlands ym. v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4.6.2009, Kok. 2009 I-04529.
- Asia C-209/07, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, 20.11.2008, Kok. 2008 I-08637.
- Asia C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. komissio*, 11.7.2006, 2006 I-06295.
- Asia C-314/01, *Siemens AG Österreich and ARGE Telekom & Partner v. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, 18.3.2004, Kok. 2004 I-02549.
- Asia C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S yms. v. komissio*, 7.1.2004, Kok. 2004 I-00123.
- Asia C-531/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*, 17.9.2002, Kok. 2002 I-07213.
- Asia C-176/98, *Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari*, 2.12.1999, Kok. 1999 I-08607.
- Asia C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA and Leitschutz Handels- und Montage GmbH v. Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, 16.9.1999, Kok. 1999 I-05697.
- Asia C-7/95 P, *John Deere v. komissio*, 28.5.1998, 1998 I-03111.
- Yhdistetyt asiat C-215/96 ja C-216/96, *Carlo Bagnasco ym. v. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) (C-215/96) ja Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) (C-216/96)*, 21.1.1999, Kok. 1999 I-00135.
- Asia C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA v. Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*, 20.3.1990, Kok. 1990 I-00889.
- Asia C-45/87, *komissio v. Irlanti*, 22.9.1988, Kok. 1988 04929.
- Asia 246/86, *Belasco ym. v. komissio*, 11.7.1989, Kok. 1989 02117.
- Asia 30/78, *Distillers Company Ltd v. komissio*, 10.7.1980, Kok. 1980 2229.
- Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. komissio*, 13.2.1979, Kok. 1979 00461.
- Asia 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. komissio (Metro I)*, 25.10.1977, Kok. 1977 01875.
- Asia 15/74, *Centrafarm BV ja Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.* 31.10.1974, Kok. 1974 01147.
- Asia C-40/73, *Suiker Unie ym. v. komissio*, 16.12.1975, Kok. 1975 I-1663.
- Asia 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v. komissio*, 14.7.1972, Kok. 1972 00619.
- Yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, *Établissements Consten SARL ja Grundig-VerkaufsgmbH v. komissio*, 13.7.1966, Kok. 1966 00275.
- Asia C-56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*, 30.6.1966, Kok. 1966 00337.

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin

- Asia T-40/01, *Scan Office Design v. komissio*, 28.11.2002. Kok. 2002 II-05043.

Asia T-395/94, *Atlantic Container Line AB yms. v. komissio*, 28.2.2002, Kok. 2002 II-00875.

Asia T-374/94, *European Night Services Ltd yms. v. komissio*, 15.9.1998, Kok. 1998 II-03141.

Asia T-102/92, *VIHO Europe BV v. komissio*, 12.1.1995, Kok. 1995 II-00017.

Euroopan unionin komissio

Komission päätös, Aminohapot, EUVL 2001 L 152/24.

Komission päätös, Pirelli/BICC, EUVL 2003 L 70/35.

Komission päätös, Télévision Par Satellite (TPS), EUVL 1999 L 090.

Komission päätös, Pre-insulated Pipes, EUVL 1999 L 24.

Komission päätös, Stichting Baksteen, EUVL 1994 L 131.

Komission päätös, International Private Satellite Partners, EUVL 1994 L 354.

Komission päätös, Ford/Volkswagen, EUVL 28.1.1993 L 20.

Komission päätös, Building and construction industry in the Netherlands, EUVL 1992 L 1.

Komission päätös, Elopak/Metal Box – Odin, EUVL 1990 L 209.

Komission päätös, Konsortium ECR 900, EUVL 1990 L 228.

Komission päätös, European Sugar Industry, EUVL 1973 L 140/70.

Kotimainen oikeuskäytäntö

Korkein hallinto-oikeus

KHO 20.11.2017/5966 dnro 1584/3/16.

KHO 2009:83/2389 (*asfalttikartelli*) dnro 188/3/08, 189/3/08, 190/3/08, 191/3/08, 196/3/08, 197/3/08 ja 199/3/08.

KHO 23.11.2005/3049 dnro 1106/2/04.

KHO 14.12.2001/3131 dnro 904/2/01 ja 905/2/01.

Markkinaoikeus

MAO 329/18, 14.6.2018 dnro 2017/317 ja 2017/391.

MAO 923/15, 22.12.2015 dnro 2015/487.

MAO 438/13, 21.11.2013 dnro 188/13/JH.

MAO 69/13, 28.2.2013 dnro 223/11/KR.

MAO 519/12, 27.12.2012 dnro 225/12/JH.

MAO 46/10, 25.1.2010 dnro 570/09/JH.

MAO 407/2009, 3.9.2009 dnro 327/09/JH.

MAO 106/09, 15.2.2010 dnro 281/09/JH.

MAO 359/09, 5.8.2009 dnro 100/09/JH.

MAO 441/07, 19.12.2007 dnro 94/04/KR.

Kilpailuneuvosto ja kilpailuvirasto

Kilpailuviraston päätös 20.12.2012 dnro 182/14.00.00/2011.

Kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998 dnro 1/359/98 (Matka-Autot Oy/TLO).

Kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998 dnro 27/359/98 (Kemijärven taksikeskus Oy).

Ulkomainen oikeuskäytäntö

EFTA Court

Asia E-3/16, Ski Taxi SA, Follo Taxi SA ja Ski Follo Taxidrift AS v. Staten (Ski Taxi), 22.12.2016.

Ruotsi

Stockholms Tingsrätt 24.1.2014 nr. T 18896-10, Konkurrensverket v. Däckia Aktiebolag & Euromaster Aktiebolag.

Italia

Italian kilpailuviranomaisen päätös (AGCM) 22.12.2015, Case I785, Gara Consip Servizi di pulizia nelle scuole.

Unkari

Unkarin kilpailuviranomaisen (GVH) päätös 05-D-24, 21.5.2005, ÁB-Aegon/ Allianz Hungaria/ Generali Providencial/OTP Garancial/Uniqua, Case Vj-149/2003/23.

Tanska

Tanskan kilpailuviranomaisen päätös 14/04158, 24.6.2015, LKF Vejmarkering A/S ja Eurostar Danmark A/S (Dansk Vejmarkerings Konsortium).

Internetlähteet

Markkinaoikeus vuositilastot 2017:

http://www.markkinaoikeus.fi/material/attachments/markkinaoikeus/oikeamaoliit-etiedostot/tilastotmao/1MWROIeRI/Vuositilasto_2017.pdf. Vierailtu 4.10.2018

Kilpailu- ja kuluttajavirasto: Vinkkejä tarjouskartellin havaitsemiseen, 2012:

<https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/muut/vinkkejatarjouskartellien-havaitsemiseen-2012.pdf>. Vierailtu 2.10.2018.

Tanskan kilpailu- ja kuluttajavirasto: Kilpailuoikeudellinen ohje yhteistarjouksen tekijöille, 2018:

https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718_joint-bidding-guidelines.pdf. Vierailtu 2.10.2018.

Irlannin kilpailu- ja kuluttajavirasto: Ohje pienille ja keskisuurille yrityksille tarjoamisesta konsortiona, 2014:

https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide_0.pdf. Vierailtu 4.10.2018.

Lyhenteet

Dnro	Diaarinumero
HE	Hallituksen esitys
EFTA	European Free Trade Association
EU	Euroopan Unioni
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
Kok.	Oikeustapauskokoelma
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development (Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö)
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

1. Johdanto

1.1. Tutkielman tausta

Kilpailuoikeuden ja julkisten hankintojen yhteyttä on käsitelty runsaasti oikeuskirjallisuudessa. Kilpailuoikeutta voidaan tulkita myös siten, että perinteisen kartelleita ja markkina-asemaa koskevan sääntelyn rinnalla valtion tuet ja julkiset hankinnat katsotaan osaksi kilpailuoikeutta.¹ Kun kilpailuoikeudellisen sääntelyn kohteena on markkinoiden toiminta soveltuu se myös julkisiin hankintoihin, jotka muodostavat merkittävän osan markkinatoiminnoista.² Hankintasääntelyssä on kyse puolestaan viranomaisen menettelyä ohjaavista normeista, joilla tavoitellaan julkisten varojen tehokasta kohdentumista. Tehokas kohdentuminen on rinnastettavissa varojen tehokkaaksi käytöksi, joka toteutuu parhaiten silloin, kun hankintayksiköt käyttää olemassa olevia kilpailuolosuhteita tarvitsemiensa tuotteiden tai palveluiden hankintaan.³ Näin ollen hankintamenetellyn lähtökohta on kilpailutusvelvollisuus.⁴

Julkisissa hankinnoissa keskeisenä toimijana ovat hankintayksiköt⁵, eli julkinen yhteisö, kuten valtion tai kunnan viranomainen. Hankintayksiköiden sopimuskumppanina on yksityinen yritys, joka toteuttaa hankintayksikön tilaaman tavara- tai palveluhankinnan taikka rakennusurakan kokonaan tai osittain, sen jälkeen, kun se on voittanut sopimuksen tarjouskilpailussa tai muussa hankintamenettelyssä.⁶ Hankintasopimuksen voittanut yritys voi edelleen hyödyntää muiden yritysten voimavaroja tai turvautua alihankkijaan

¹ Mm. *Kuoppamäki* (2012) s.1 ja *Sauter* (2015), joka on kuvannut julkisia hankintoja koskevan normiston kilpailuoikeuden ja sisämarkkinoiden sääntelyn hybridinä, s.162.

² Sen sijaan markkinoilla toimivaan viranomaiseen ei välttämättä sovelleta kilpailuoikeutta siinä laajuudessa kuin yksityisiin taloudellisiin toimijoihin. Asia C-205/03 P, *FENIN*, jossa tuomioistuin totesi, että julkisen toimijan yksityiseltä yritykseltä hankkiman tavaran myöhempi käyttö määrittelee sen, onko kyse sellaisesta taloudellisesta toiminnasta, johon sovelletaan kilpailunormeja, kohdat 26-27.

³ *Eskola et al.* (2017) s.23.

⁴ Kilpailullisen menettelyn aikaansaamiseksi hankintayksiköiden on käytettävä hyväksi olemassa olevia kilpailuolosuhteita, jolla pyritään siihen, että hankinnan kohteelle saadaan paras mahdollinen hintalaatusuhde ja hankintayksikkö saa sen tarpeisiin parhaiten soveltuvan ratkaisun. Kilpailuttamisvelvollisuus on hankintamenetellyn lähtökohta, josta voidaan poiketa ainoastaan tietyissä olosuhteissa. Toimiva kilpailu on puolestaan kilpailuoikeudessa käytetty termi, jolla voidaan tarkoittaa esimerkiksi sitä, että ”*hinnan muodostus perustuu toimijoiden itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan hintamekanismiin, eikä alalle pääsyä keinoitekoisesti estetä*”, HE 162/1991 vp s.1.

⁵ Hankintaviranomainen on määritelty direktiivissä seuraavanlaisesti: hankintaviranomaisilla tarkoitetaan valtion viranomaisia, alue- tai paikallisviranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman tällaisen viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä. Kotimaisessa hankintalaissa (Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016) käytetään käsitettä hankintayksikkö. Tässä tutkielmassa käytän molempia termejä eikä niiden välillä ole eroa.

⁶ Tarjouskilpailuun voi osallistua myös toinen hankintayksikkö tai hankintayksikön organisaatioon kuuluva yksikkö.

hankintasopimuksen täyttämässä. Yritykset voivat tehdä yhteistyötä jo tarjouskilpailussa muodostamalla ryhmittymän yhteisen tarjouksen tekemistä varten. Ryhmittymää, eli konsortiota on kuvattu yritysten väliseksi yhteenliittymäksi, joka on perustettu tietyn sopimuksen täyttämistä varten.⁷ Yhteistyön myötä yrityksillä voi olla hyödynnettävissä sellaisia tarjouksen hintaa alentavia tehokkuusetuja, joiden avulla konsortio saa tarjouskilpailussa paremman aseman kuin tilanteessa, jossa yritykset olisivat toimineet itsenäisinä.

Konsortiosopimus myös poistaa kilpailupaineita ja epävarmuutta konsortion jäsenten väliltä kyseisessä tarjouskilpailussa varsinkin silloin, kun yritykset ovat toistensa kilpailijoita. Ilman yhteistyötä yritykset eivät olisi tietoisia toistensa tarjousstrategioista ja hankintayksikkö saisi yhden sijasta useamman tarjouksen. Tarjousyhteistyössä voi olla kyse myös laajamittaisemmasta toiminnasta, jolloin yritysten välillä ei ole lainkaan kilpailua; keskinäisen järjestelyn perusteella tarjouskilpailun voittaja on saatettu sopia jo ennakkoon. Tällainen toiminta on kilpailuoikeuden nojalla katsottu tarjouskartelliksi.⁸ Näissä tilanteissa tarjouskilpailu ei perustu toimivaan kilpailuun vaan keinotekoiseen järjestelyyn, eivätkä hankintayksikön tavoitteet varojen tehokkaasta kohdentumisesta toteudu kilpailuttamisesta huolimatta.

Tarjouskartellien esiintyminen julkisissa hankinnoissa on ollut tiedossa jo useamman vuosikymmenen.⁹ Kartellin toiminta perustuu siihen, että kilpailupaineiden poistuessa hintatasoa pystytään nostamaan, jolloin kartellin jäsenet saavat enemmän voittoa. Huolimatta siitä, että ongelma on ollut pitkään tiedossa, julkisissa hankinnoissa esiintyy edelleen kiellettyä yhteistyötä, joka on niin ikään vahingollista sekä hankkijana toimivalle hankintayksiköille että muille yrityksille, jotka eivät ole järjestelyyn osallisia.¹⁰ Kielletystä menettelystä tulisi kuitenkin erottaa sallittu tarjousyhteistyö, joka on tarpeellista varsinkin sellaisissa hankinnoissa, joissa saatetaan niiden laadun ja laajuuden

⁷ *Mentula* (2002) s.319.

⁸ Tarjouskartelli on ymmärretty sopimukseksi tai yhdenmukaiseksi menettelytavaksi, jonka toimintaympäristönä on tarjouskilpailu ja tavoitteena on tarjouksen hintatasoon tai muihin ehtoihin vaikuttaminen. Se voi olla limittäinen myös hintakartellin tai markkinoidenjakokartellin kanssa, *Määttä-Turtiainen* (2014) s.3.

⁹ Esim. *Porter & Zona* (1992) ovat todenneet tutkimuksessaan, että vuosina 1982 – 1988 yli puolet Yhdysvaltojen kilpailuviranomaisen käsittelemistä tapauksista koski tarjouskartellia tai hintojen yhdenmukaistamista tarjouskilpailussa. Edelleen vuonna 2015 kahdeksan Italian kilpailuviranomaisen aloittamista neljästätoista tutkinnoista koski tarjouskartellia, *Giannino* (2017) s.41.

¹⁰ *Maci* (2012) s.213.

vuoksi tarvita valtavasti resursseja.¹¹ Yhteistoiminnalla voi olla saavutettavissa myös tehokkuushyötyjä ja se voi helpottaa pienempiä yrityksiä markkinoille tulossa, jolloin kyse on kilpailuoikeudellisesti hyödyllisestä sopimuksesta. Koska tarjousyhteistyö on menettelynä läheinen tarjouskartelliin nähden, osin jopa identtinen, rajanveto kielletyn ja sallitun menettelyn välillä ei ole aina helppoa.

1.2. Tutkielman aihe, rajaus ja rakenne

Tässä tutkielmassa tarkastelen keskenään kilpailevien yritysten tarjousyhteistyötä. Keskiössä on erityisesti tarjouskonsortio, mutta tarjousyhteistyön moninaisuuden vuoksi perehdyn myös tarjouskartelleihin sekä kiellettyyn tiedonvaihtoon, jotta rajanveto eri järjestelyjen välillä voidaan tehdä. Tutkielma ei kuitenkaan kohdistu tarjouskartelleihin vaan pikemminkin tämän hetkiseen oikeustilaan koskien tarjousyhteistyötä. Tavoitteenani on tutkia, milloin konsortion muodostamista voidaan pitää SEUT 101(1) artiklan nojalla sallittuna. Kysymyksen kannalta on olennaista tarkastella niitä oikeudellisia ja taloudellisia seikkoja, joilla on merkitystä sovellettaessa SEUT 101(1) artiklaa konsortiosopimuksiin. Kuten edellä on todettu, konsortiosopimuksilla voi olla runsaasti positiivisia vaikutuksia sekä kilpailuun että hankintayksikön varojen kohdentumiseen ja on olennaista selvittää, mitä hyötyjä tarjouskonsortiolla saavutetaan ja kenelle hyödyt kohdistuvat.

Tarjouskonsortiossa on kyse SEUT 101(1) artiklassa tarkoitetusta yritysten välisestä sopimuksesta¹² ja mikäli sopimusjärjestelyllä on negatiivisia vaikutuksia kilpailuun sitä ei *välttämättä* voida sallia, vaikka hankintadirektiivin nojalla menettely voi näyttäytyä yrityksille sallittuna toimintatapana. Lähtökohtana arvioinnissa on kilpailuoikeudellinen sääntely ja tämän vuoksi tutkielman toisessa pääluvussa käsitellään lyhyesti kiellettyjä kilpailunrajoituksia SEUT 101(1) artiklan lähtökohdista. Luvun tarkoituksena on antaa kattava esitys elinkeinoharjoittajien välisistä järjestelyistä ja kilpailuoikeuden soveltumisesta niihin. Tämän hetkisen oikeustilan selvittämisen kannalta myös tulkitsevalla oikeuskäytännöllä on suuri merkitys. Tutkimuksen tarkoituksena on hakea

¹¹ Merkittävä osuus investoinneista tehdään julkisten hankintojen kautta ja niiden osuus EU:n BKT:stä on 14 prosenttia, Komission tiedonanto COM (2017) 572 s.1.

¹² Kyse voi olla myös kahden yrityksen perustamasta yhteisyrityksestä, joka osallistuu tarjouskilpailuun itsenäisten yritysten puolesta. Sen sijaan itse konsortioon osallistuvat yritykset eivät ole SEUT 101 artiklan tarkoittama yhteenliittymä, sillä kyse on lyhyt aikaisesta, tietyn sopimusvelvoitteen täyttämistä varten perustetusta yhteistyöstä, kts. esim. *Mentula* (2002) s. Sillä, onko kyseessä yhteenliittymä vai ei, ei kuitenkaan ole suurta merkitystä itse asiaratkaisun lopputuloksen kannalta.

vastauksia pikemminkin vallitsevasta EU:n tasoisesta sääntelystä ja tuomioistuinratkaisuksista, jonka vuoksi kansalliseen lainsäädäntöön ei ole juurikaan paneuduttu. Toisaalta jäsenvaltioiden kansallinen kilpailunormisto on harmonisoitu SEUT 101 ja 102 artikloiden kanssa, joten tutkimuksessa esille tulleet seikat ovat niin ikään soveltamiskelpoisia myös kansallisella tasolla.

Tarjousyhteistyö on toki mahdollista myös yksityisissä tarjouskilpailuissa, mutta tässä tutkielmassa toimintaympäristönä on julkiset hankinnat, eli palvelun, tavarain tai rakennusurakan tilaajana on hankintayksikkö. Hankintasääntelyllä saattaa olla merkitystä arvioitaessa konsortiosopimuksia ja tämän vuoksi kolmannessa luvussa on perehdytty lyhyesti hankintadirektiiviin ja kilpailulliseen hankintamenettelyyn. Sen sijaan eri hankintalajeilla¹³ ei ole tässä tutkielmassa merkitystä. Käyn hankintamenettelyt lyhyesti läpi, mutta tutkielman rajauksen vuoksi itse prosessista tai sen vaiheista ei ole tarpeen kirjoittaa. Sen sijaan tärkeämpää on perehtyä hankintayksikön rooliin kilpailullisen hankintamenettelyn aikaansaamiseksi. Luvussa selvennetään, mitä hankintadirektiivissa tarkoitetaan konsortiolla ja missä tilanteissa yritykset voivat tehdä muiden kanssa yhteistyötä. Asiaa lähestytään täysin hankintadirektiivin suunnalta, eikä tässä luvussa oteta kantaa kilpailuoikeudellisiin seikkoihin.

Neljäs ja viides luku ovat tutkielman päälukuja, joissa perehdyn tutkimuskysymyksiin tarkemmin. Neljännessä luvussa tarkastelen tarjouskartelleja tarjouskilpailuiden laajempaan ilmiöön sekä yritysten välistä tietojenvaihtoa, joka on välttämätöntä, mikäli yritykset aikovat toimia ryhmittymänä. Kun kilpailunrajoitusten esiintyminen tarjouskilpailuissa on melko tyypillistä, käsittelen myös julkisten hankintojen markkinoilla esiintyviä erityispiirteitä sen selvittämiseksi, miksi kartelliriski on tarjouskilpailuissa ilmeinen ja onko se erityisen korkea julkisissa hankinnoissa. Luvussa tarkastelen kartelli- ja konsortiojärjestelyiden keskinäistä suhdetta sen selvittämiseksi voiko käsitteitä erottaa toisistaan. Viidennessä luvussa perehdyn niihin oikeudellisiin ja taloudellisiin olosuhteisiin, joilla voi nähdäkseni olla merkitystä arvioitaessa yksittäisen tarjouskonsortion asemaa kilpailuoikeudessa. Tosin tutkielman rajauksen vuoksi kaikkia

¹³ Hankintalajia ei ole määritelty direktiivissä tai kansallisessa lainsäädännössä, vaikkakin hankintalaji mainitaan hankintalaissa. Tässä yhteydessä sillä tarkoitetaan sitä, kuuluuko hankinta tavara-, vai palveluhankintojen vai rakennusurakoiden luokkaan. Myös käyttöoikeussopimukset muodostavat oman hankintalajinsa, HE 108/2016 vp s. 57. Hankintasopimus voi olla myös sekamuotoinen.

merkityksellisiä seikkoja ei ole mahdollista esittää tyhjentävästi ja olenkin nostanut esille hankintamenettely huomioiden ne olennaisimmat asiat, jotka tulisi huomioida tarjousyhteistyön asemaa selvitettäessä.

Yritysten välisen yhteistyön asema on osittain riippuvainen sillä saavutettavista hyödyistä. Kuudennen luvun tavoitteena on selvittää, voiko konsortiosopimuksesta seurata hankintayksikölle sellaisia hyötyjä, että sitä voitaisiin pitää sallittuna SEUT 101(3) artiklan nojalla, vaikka itse konsortiosopimus rajoittaisi kilpailua. Viimeisessä luvussa on esitetty kokoavia johtopäätöksiä sekä avoimeksi jääneitä kysymyksiä.

1.3. Tutkimusmenetelmät ja lähteet

Tutkielman metodi on pääosin oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Oikeusdogmatiikka tutkii voimassa olevan oikeuden, eli lakien ja muiden oikeuslähteiden, sisältöä sekä niiden merkitystä.¹⁴ Lainopin avulla voidaan siis selvittää, miten lainsäädäntö ja muu virallisaineisto suhtautuu tarjousyhteistyöhön yritysten välisenä järjestelynä kuten myös sen erilaisiin muotoihin. Tutkimusmenetelmille tyypillisesti tutkielmassa tarkastellaan Euroopan unionin sekä jäsenvaltioiden voimassa olevia oikeusnormeja koskien kilpailunrajoituksia sekä julkisia hankintoja.

Kilpailuoikeudessa toimintaympäristö on taloudellinen ja keskeisessä roolissa on markkinatalousjärjestelmän sääntely.¹⁵ Koska kilpailuoikeudella on läheinen suhde oikeustaloustieteeseen, tutkielmassa käytetään osittain myös kilpailuoikeudelle tyypillistä oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa. Taloustiedettä tarvitaan muun muassa kartellin tai muun kilpailunrajoituksen laajuuden, vaikutusten tai kolmannelle syntyneen haitan arvioimiseksi.¹⁶ Taloustieteellisillä teorioilla voidaan myös selittää yritysten markkinakäyttäytymistä esimerkiksi tarjouskilpailuihin osallistuessa.¹⁷ Tässä tutkimuksessa oikeustaloustiede näkyy voimakkaimmin, kun arvioidaan markkinoiden erityispiirteitä, konsortion asemaa markkinoilla sekä hyötyjä, joita konsortio voi saavuttaa.

¹⁴ Hirvonen (2011) s.22.

¹⁵ Alkio – Wiik (2009) s.45

¹⁶ Bishop – Walker (2002) s.152.

¹⁷ Yhtenä esimerkkinä mainittakoon *peliteoriat*, joita on käytetty laajasti apuna arvioitaessa yritysten käyttäytymistä ja strategioita tarjouskilpailuissa tai huutokaupoissa. Tarjouskilpailussa yritysten strategista käyttäytymistä on havainnollistettu paljon esimerkiksi Nashin tasapainolla (*Nash equilibrium*).

Oikeuskäytännön merkitys tutkielman kannalta on kiistaton. Olen käyttänyt lähteenä erityisesti oikeuskäytäntöön perustuvia linjauksia ja periaatteita. Kun kilpailuoikeudellinen lainsäädäntö ei ole yksityiskohtaista, vaan sillä pikemminkin luodaan karkeita suuntaviivoja ja periaatteita, on tulkitsevalla oikeuskäytännöllä lähteenä suuri merkitys.¹⁸ Tutkielmassa on pääosin käytetty lähteenä EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, jonka linjaamia ratkaisuja tulee soveltaa myös kansallisella tasolla. Lisäksi komission päätöksillä ja linjauksilla on suuri rooli tutkielman lähteissä. Kotimaista ja ulkomaista oikeuskäytäntöä on myös käytetty jonkin verran lähteenä.¹⁹

Kun tarjousyhteistyöstä ei ole yksityiskohtaisia kirjoitettuja normeja, olen käyttänyt tulkinta-apuna myös runsaasti oikeuskirjallisuutta. Tässä kohtaa on huomautettava, että tarjousyhteistyö laajempaan kokonaisuutena on ollut useasti tarkastelun kohteena, mutta konsortioiden asemaan kilpailuoikeudessa on niiden tavanomaisuudesta huolimatta herätty vasta viime vuosina.²⁰ Tuoreita ja yksityiskohtaisia artikkeleja aiheesta oli siten saatavilla tyydyttävä määrä. Sen sijaan oppikirjamaisissa teoksissa konsortioihin ei ole juurikaan otettu kantaa kuin lyhyesti aihetta sivuamalla. Keskeisimmistä tutkielmasta käytetyistä lähteistä mainittakoon tässä Albert Sánchez Graellsin vuonna 2015 julkaistu *Public Procurement & Competition Law*, joka oppikirjoista poiketen tarkasteli montakin seikkaa kriittisellä otteella.

Koska tutkielmani kohdistuu enemmänkin unioniin ja sisämarkkinoihin, on myös EU:n tasoinen sääntely tässä lähtökohtana. Tutkielman tavoitteiden kannalta laajemman oikeusvertailun tekeminen eri jäsenvaltioiden välillä ei ole välttämätöntä. Huolimatta yhdenmukaisista kilpailunormeista, voi EU:n sisällä kansallisessa lainsäädännössä olla vaihtelua ja eri valtioiden välistä normivertailua on käytetty tutkielmassa havainnollistamaan tietyn seikan vaihtoehtoisia mahdollisuuksia.

¹⁸ Kuoppamäki (2003): ”Kilpailuoikeuden säädöstiheys on varsin pieni, jos sitä verrataan esimerkiksi osakeyhtiöoikeuteen. Kilpailulain tasolla operoidaan enimmäkseen merkitykseltään suhteellisten avoimiksi jäävillä määritelmillä ja yleislauskeilla”, s.24.

¹⁹ Kotimaisella oikeuskäytännöllä on tässä tutkielmassa suurin rooli julkisten hankintojen osalta, kun taas puhtaasti kilpailuoikeudelliset ratkaisut ovat pääosin EU:n oikeuskäytännöstä. Tämä on osittain selitettävissä määrällisillä seikoilla, sillä Suomessa julkisia hankintoja koskevia markkinaoikeusratkaisuja annettiin huomattavasti kilpailuoikeudellisia ratkaisuja enemmän, kts. Markkinaoikeus vuositilastot: http://www.markkinaoikeus.fi/material/attachments/markkinaoikeus/oikeamaoliitetiedostot/tilastotmao/1_MWROIeRI/Vuositilasto_2017.pdf.

²⁰ Esim. *Albano et al.* (2009) toteavat, että aihetta koskevalle tutkimukselle olisi kiireellistä tarvetta, s. 335. Muun muassa Tanskan kilpailuviranomainen on herännyt tilanteeseen ja laatinut vuonna 2018 ohjeistuksen yrityksille konsortiomuotoista yhteistyötä varten.

2. Kielletyt kilpailunrajoitukset

2.1. SEUT 101(1) artiklan lähtökohdat

Yritysten välisestä yhteistyöstä taloudellisen kehityksen kannalta haitallisimpana tunnustettiin ensin kartellit. Varsinkin ennen 1920- lukua, jolloin kilpailunrajoituksia koskevaa sääntelyä ei ollut olemassa, kartellit olivat melko yleinen markkinatoimija Euroopassa.²¹ Sen sijaan Yhdysvalloissa, joissa ”yhteismarkkinat” olivat Eurooppaa huomattavasti kehittyneemmät, kartellit oli kielletty jo 1890 säädetyllä *Sherman Actilla*. Tosin Euroopassa valtioiden tarkoituksena ei vielä tuolloin ollut talousyhteistyö, saati yhteismarkkinoiden luominen.²² Euroopassa käydyt sodat olivat omiaan vahvistamaan kartellien asemaa sekä niiden kehittymistä kansallisista toimijoista kansainvälisiksi.²³

Euroopan unionissa siirryttiin kohti harmonisoitua kilpailulainsäädäntöä vuoden 1957 Rooman sopimuksella kieltämällä kartellit sekä määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, joilla saattoi olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.²⁴ Rooman sopimuksen tavoitteena oli talousyhteistyön kehittäminen avaamalla jäsenvaltioiden väliset markkinat. Sopimuksen tavoitteisiin tuskin olisi päästy, mikäli kartelleihin ei olisi puututtu. Kilpailuoikeuden voidaan katsoa edelleen olevan tärkeä työväline, jotta unionin sisämarkkinoiden periaatteet, tavaroiden vapaa liikkuvuus ja markkinoiden avoimuus, toteutuvat parhaiten. Ajan kuluessa kilpailuoikeuden painopiste on siirtynyt kartellisääntelystä markkinavoiman sääntelyyn.²⁵

Nykyään kielletyistä kilpailunrajoituksista säädetään SEUT 101(1) artiklassa, jonka mukaan; ”sisämarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja

²¹ Pace (2007) s.13.

²² Yhteismarkkinat luovat myös eron Euroopan ja Yhdysvaltojen kilpailuoikeuden tavoitteissa; Yhdysvalloissa ei kilpailuoikeudella pyritä liittovaltionlaajuisten yhteismarkkinoiden luomiseen, katso esim. *Alkio – Wiik* (2009), jotka kuitenkin toteavat, ettei eroavaisuutta tule korostaa liikaa, s.19.

²³ Pace (2007) s.7.

²⁴ Tiettyjen toimialojen kilpailun turvaamisesta oli säännöksiä jo vuoden 1951 Pariisin sopimuksessa (Euroopan hiili- ja teräsyhteisö), jonka sisämarkkinatavoitteet olivat osittain yhdenmukaisia Rooman sopimuksen kanssa, mm. Pace (2007) s.24.

²⁵ *Alkio – Wiik* (2009) s.8.

joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy sisämarkkinoilla”.²⁶

Lisäksi SEUT 101 artiklan 1 kohdassa todetaan, että *erityisesti sellaiset* sopimukset, päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat ovat kiellettyjä:

- a) joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja;*
- b) joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka investointeja;*
- c) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä;*
- d) joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin sovelletaan erilaisia ehtoja kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;*
- e) joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.*²⁷

Sopimuksen, päätöksen tai yhdenmukaistetun menettelytavan merkittävyys unioninlaajuisesti ratkaisee sen, kuuluuko kilpailunrajoituksen arvioiminen komission vai jäsenvaltion kilpailuviranomaisen toimialaan. Oikeuskäytännön mukaan kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jos riittävällä todennäköisyydellä voidaan ennakoida, että kilpailunrajoituksella voi olla yhteismarkkinoiden kannalta merkityksellinen välitön tai välillinen, todellinen tai potentiaalinen vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.²⁸ Kauppavaikutus edellyttää jonkinlaista yhteyttä sisämarkkinoihin; järjestelyn tulee vaikuttaa toiseen jäsenvaltioon vietävien tuotteiden hintoihin tai rajoittaa hyödykkeiden siirtymistä jäsenvaltioiden rajojen yli. Tosin kauppavaikutuksen ei tarvitse olla negatiivinen, vaan olennaista on, että

²⁶ Jäsenvaltioiden kilpailulainsäädäntö on harmonisoitu SEUT 101(1) artiklan kanssa. Jäsenvaltioiden lainsäädännössä tosin ei edellytetä kauppavaikutusta, vaan kansallisella tasolla kilpailunrajoituksen tulee vaikuttaa merkittävästi relevantteihin markkinoihin kyseisen jäsenvaltion alueella, jotta se voitaisiin katsoa kielletyksi menettelyksi.

²⁷ SEUT 101 artiklan 1 kohdan alakohdassa a-e mainitut sopimustyytit ovat merkityksellisiä, kun tutkielmassa arvioidaan myöhemmin konsortiosopimuksen luonnetta. Alakohdassa a-e mainitut sopimukset ovat kilpailulle kaikista haitallisimpia, jonka vuoksi tällaisen sopimuksen tarkoituksena on katsottu olevan kilpailun rajoittaminen. Tosin myös muut menettelyt voivat täyttää tarkoituksellisen kilpailun rajoittamisen tunnusmerkit, asia C-209/07, BIDS-tuomio, kohta 23.

²⁸ Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*.

tarkasteltava yritysten välinen järjestely *voi* vaikuttaa joko positiivisesti tai negatiivisesti unionin ja jäsenvaltioiden välisiin hyödykevirtoihin.²⁹

Pelkästään se, että sopimukseen osalliset yritykset ovat samasta jäsenvaltiosta ei tarkoita, että kyseiseen järjestelyyn sovellettaisiin kyseisen valtion kansallista kilpailulakia.³⁰ Myös tällaisella järjestelyllä voi olla vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jolloin toimivalta on komissiolla. Jos järjestelyyn on osallisena laaja joukko jäsenvaltioon rekisteröityjä yrityksiä, voi järjestelyllä olla vaikutuksia myös kyseisen jäsenvaltion ulkopuolelle, jotka ilmenevät esimerkiksi markkinoille tulon esteinä. *Bagnasco*- tapaus puolestaan muutti aikaisempaa linjausta siitä, että *koko jäsenvaltion kattava sopimusjärjestely* loisi automaattisesti oletaman siitä, että kauppavaikutus on olemassa. Tapauksessa oli kyse Italian pankkiyhdistyksen, ABI:n, asettamista yhdenmukaisista tililuottojen ehdoista, jotka estivät jäsenpankkeja tarjoamasta asiakkailleen edullisempia sopimusehtoja. Tuomioistuin ei siis katsonut näin laajan, käytännössä koko Italian kattavan järjestelyn vaikuttavan automaattisesti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan toisin kuin aikaisemmin oikeuskäytännössä oli todettu.³¹

2.2. Yritysten väliset sopimukset, päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys pystyy käyttämään taloudellista valta-asemaansa väärin toimimalla yksipuolisesti suhteessa muihin yrityksiin ja rajoittamaan näin kilpailua. Tällaisessa asemassa olevan yrityksen ei myöskään tarvitse ottaa vallitsevaa kilpailua huomioon markkina-asemansa johdosta.³² Yritys voi asettaa kauppakumppanilleen kohtuuttomia ehtoja ja kieltäytyä ilman perusteltua syytä toimittamasta esimerkiksi tiettyä hyödykettä, josta jakelija on riippuvainen. Sen sijaan SEUT 101(1) artiklassa tarkoitettu yritysten välinen järjestely edellyttää toteutuakseen luonnollisesti useampien markkinoilla toimivien yritysten keskinäistä yhteistyötä.

²⁹ Yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, *Consten & Grundig*.

³⁰ Yhdistetyt asiat C-215/96 ja C-216/96, *Carlo Bagnasco v. Banca Popolare di Novara soc. coop. ari (BPN) yms.* kohta 47. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että tässä tapauksessa ei ollut kyse sopimuksesta, joka olisi ollut omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan SEUT 101 artiklan tarkoittamalla tavalla. Tuomioistuin perusteli ratkaisuaan kyseisten rahoituspalveluiden kansallisella luonteella sekä sillä, että muiden kuin italialaisten pankkien osallistuminen tarkastelun kohteena olevaan järjestelyyn oli vähäistä, kohta 51.

³¹ Asia C-246/86, *Belasco yms. v. komissio*, kohta 33.

³² Asia 85/76, *Hoffmann-La Roche*, kohta 4.

Unionin oikeuskäytännössä sopimuksen käsitettä on tulkittu laajasti ja se poikkeaa siitä, mitä sopimusoikeudessa yleisesti tarkoitetaan oikeudellisesti sitovalla sopimuksella.³³ Tosin laajentava tulkinta on perusteltua kilpailuoikeudellisten tavoitteiden saavuttamiseksi ja tehokkaan kilpailun toteuttamiseksi.³⁴ Mikäli sopimuksen käsitettä ei kilpailuoikeudellisessa ympäristössä voitaisi tulkita laajasti, estäisi se viranomaisten tehokkaan puuttumisen sellaisiin haitallisiin kilpailunrajoituksiin, jotka eivät perustu suoranaiseen sopimukseen. Sopimuskriteerin voidaan katsoa kilpailuoikeutta sovellettaessa täyttyvän, kun kyse on molemminpuolisesta tahdonilmaisusta, yhteisymmärryksestä tulevaisuudessa tapahtuvaan toimintaan sekä sopimusosapuolten oman toiminnan rajoittumisesta.³⁵ Sopimus voi siis olla muukin kuin nimenomainen kirjallinen, oikeudellisesti sitova sopimus ja näin ollen esimerkiksi ”hiljainen sopimus” täyttää kartelliikiellon tarkoittaman sopimuksen kriteerin.³⁶ Tämä ”kilpailuoikeudellinen sopimustulkinta” näyttää olevan laajasti hyväksytty oikeuskirjallisuudesta, eikä sitä vastaan ole juurikaan löydettävissä argumentteja.

Samaan konserniin kuuluvien tytäryhtiöiden välisissä sopimuksissa on harvemmin kyse kilpailun rajoittamisesta, vaan tällaisten sopimusten tehtävä on enemmänkin konsernin sisäinen työnjako. Tytäryhtiö, joka on emoyhtiön valvonnan alaisena, ei ole siinä määrin itsenäinen elinkeinoharjoittaja, että kilpailulaki tulisi sovellettavaksi.³⁷ Joissain tapauksissa tytäryhtiö voi kuitenkin olla itsenäinen markkinatoimija, jolloin sopimuksessa voi olla myös markkinavaikutuksia. Tarjousyhteistyön kannalta konsernin sisäisiä sopimuksia yhteistyöstä voidaan pitää siten lähtökohtaisesti hyväksytyinä. Asiassa tulee arvioida tytäryhtiön itsenäisyyttä suhteessa emoyhtiöön; mitä enemmän tytäryhtiö on emoyhtiönsä omistuksessa, sitä vähemmän sillä on itsenäistä päätäntävaltaa.

Yritysten välinen sopimus itsessään ei kuitenkaan ole kielletty SEUT 101(1) artiklan nojalla. *Aine* toteaa, että puuttuminen yritysten välisiin sopimusjärjestelyihin on

³³ Esimerkiksi komission päätös *Pre-insulated Pipe*, EUVL [1999] L 24 kohta 134, jossa komissio totesi, että sopimus voi olla paljon epävarmemmassakin tilassa kuin mitä kaupallisen sopimuksen täytäntöönpanolta edellytetään. Sopimuksen tarkkoja ehtoja ei välttämättä ilmaista missään vaiheessa yksiselitteisesti ja osapuolten välillä ei edes välttämättä saavuteta täyttä yhteisymmärrystä. Siitä huolimatta kyseessä olisi SEUT 101(1) tarkoittama sopimus.

³⁴ SEUT 101(1) artiklan vastaiset sopimukset tai päätökset ovat mitättömiä SEUT 101(2) artiklan nojalla, joten olisi epäloogista, mikäli niiden tulisi olla sopimusoikeudellisesti sitovia.

³⁵ Mm. *Kuoppamäki* (2003) s.460.

³⁶ *Alkio – Wiik* (2009) s. 110.

³⁷ Asia 15/74, *Centrafarm v. Sterling Drug* ja T-102/92, *Viho v. komissio*.

perusteltua kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta vain silloin, kun sopimusjärjestelyllä on jonkinasteisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan.³⁸ Vaikutukset voivat olla tosiasiallisia tai potentiaalisia kuten hintojen nousu, innovatiivisuuden lasku tai tuotekehityksen yksipuolistuminen tarkasteltavana olevilla markkinoilla.³⁹ Lisäksi niiden tulee olla luonteeltaan merkittäviä.⁴⁰ Se, että yritysten välinen järjestely rajoittaa yhden osallisen toimintavapautta ei automaattisesti tarkoita, että sillä olisi vaikutusta markkinoihin. Tosin tällainen sopimus voi tulla jonkun sopimusosapuolen kannalta arvioitavaksi kohtuuttomana, mutta mikäli sillä ei ole kilpailuoikeudellisia vaikutuksia, arvioidaan sopimuksen tasapainoa sopimusoikeudellisten normien valossa. Ainoastaan silloin, kun järjestelyllä on kyseisen sopimussuhteen yli meneviä vaikutuksia, siihen on mahdollista puuttua kilpailuoikeudellisin keinoin.⁴¹

Yritysten välisten sopimusten lisäksi myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä on tarkasteltu kyseisen oikeussuhteen ylittävien vaikutusten kannalta; Yhdysvaltalaisen tulkinnan mukaan pelkästään kilpailijalle aiheutettu haitta ei riitä näyttämään määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, vaan lisäksi edellytetään sitä, että menettely on johtanut kilpailun rajoittamiseen ja aiheuttanut siten haittaa kilpailuprosessille itselleen sekä kuluttajille.⁴² Yhdysvaltalainen tulkintalinja vastaa osittain EU:ssa yritysten välisiin järjestelyihin sovellettavaa *de minimis*- tiedonantoa. EU:n oikeuskäytännössä on perustellusti todettu, että viranomaisten ei tule puuttua yritysten käyttäytymiseen, mikäli kyse on normaalista suorituskilpailusta; taloudellisilla toimijoilla tulee olla mahdollisuus sopeuttaa oma käyttäytymisensä kilpailijoiden markkinakäyttäytymisen kanssa ja vastata tällä tavoin kilpailuun.⁴³

Sopimuksen lisäksi kilpailunrajoitus voidaan toteuttaa myös yhdenmukaistetulla menettelytavalla. Varsinaisten sopimusten asema onkin jäänyt vähäisemmäksi ja painopiste kilpailunrajoituksissa on siirtynyt toiminnan yhdenmukaistamiseen.⁴⁴ EU:n oikeuskäytännön perusteella yhdenmukaistetulla menettelytavalla tarkoitetaan ”yritysten

³⁸ *Aine* (2011) s.334.

³⁹ *Pace* (2007) s.80.

⁴⁰ Ns. merkittävyysskriteeriä on käsitelty jäljempänä luvussa 6.1.

⁴¹ *Aine* (2011) s.403.

⁴² *Langer* (2012) s.32.

⁴³ Asia C-8/08, *T-Mobile*, kohta 33.

⁴⁴ Vielä 1970- luvulla pääpaino oli sopimuksissa, jotka nähtiin yhdenmukaistettua toimintaa raskaampana rikkomuksena, *Kuoppamäki* (2003) s.468. Menettelyn oikeudellista muotoa ei tulisi kuitenkaan liikaa korostaa, vaan merkityksellisempää on sen vaikutus markkinoilla.

välistä yhteistoimintaa, jolla tietoisesti korvataan kilpailun riskit käytännön yhteistyöllä laatimatta asiasta kuitenkaan sopimusta”.⁴⁵ Yhdenmukaistettua menettelyä ei ole se, että yritys kilpailuun vastatakseen sopeutuu kilpailijoidensa markkinakäyttäytymiseen olematta toiseen yritykseen kuitenkaan yhteydessä. Tällöin kyse on yrityksen itsenäisestä toiminnasta markkinoilla, joka ei täytä SEUT 101(1) artiklan kriteeriä. Jotta menettely tulisi arvioitavaksi yhdenmukaistettuna ja siten kiellettynä, edellytetään, että yritykset ovat keskenään suorassa tai epäsuorassa yhteydessä, jolloin kyse ei ole itsenäisestä toiminnasta markkinoilla.⁴⁶

Menettelyn toteamiseksi yritysten välinen konkreettinen sopimus on helpompi näyttää toteen tuomioistuimessa. Myös yhdenmukainen menettelytapa edellyttää tiettyä näytön tasoa, mutta välttämättä yhtä suoraa näyttöä ei ole saatavilla kuin niissä tilanteissa, jolloin kyse on suoraan sopimukseen perustuvasta kilpailunrajoituksesta.⁴⁷ EU- tuomioistuin on todennut, että yhdenmukaisen toiminnan selvittämiseksi voidaan nojautua myös taloudelliseen näyttöön, joka voi osoittaa kartellin olemassaolon, mikäli kartellista epäiltyjen yritysten markkinakäyttäytymiselle ei ole mitään muuta järkevää selitystä.⁴⁸ Oikeuskäytännössä on arvioitu esimerkiksi yritysten tarjouskäyttäytymistä ja mikäli tietyt olosuhteet ovat olleet toistuvia, on menettelyä voitu pitää kiellettynä. Esimerkiksi voittaneiden tarjousten alueellinen jakautuminen aina tietyille toimijoille tai niiden jakautuminen markkinaosuuksiin nähden epätyypillisellä tavalla voi indikoida tarjousyhteistyöstä kilpailijoiden välillä.⁴⁹

⁴⁵ Asia 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v. komissio*, kohta 64.

⁴⁶ Yhdenmukaistetusta menettelystä tulee erottaa normaali suorituskilpailu, joka tarkoittaa yritysten pyrkimyksiä parantaa asemaansa markkinoilla parantamalla oman suorituksensa hinta-laatusuhdetta kilpailijoihin nähden. Suorituskilpailu on normaali kilpailukeino, jossa yritykset eivät ole yhteistoiminnassa keskenään, *Kuoppamäki* (2003) s. 560. On kuitenkin huomattava, että myös suorituskilpailussa on hyväksyttävää vaihtaa tiettyssä määrin tietoja yritysten välillä, jotta yritys pystyisi parantamaan omaa suoritustaan. Esimerkiksi esikuvavertailun tekeminen (*benchmarking*), jossa alan parhaita käytäntöjä verrataan yrityksen omaan suoritukseen, edellyttää tietojenvaihtoa siten, että yritys voi arvioida omaa toimintaansa kriittisesti ja parantaa sitä, *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.93.

⁴⁷ Toki sopimuskin voi olla hiljainen sopimus, jolloin mitään konkreettista sopimusta ei ole näyttönä esitettävissä.

⁴⁸ Asia C-40/73, *Suiker Unie*, kohta 174.

⁴⁹ Kilpailuviraston päätös 20.12.2012 dnro 182/14.00.00/2011, jossa luonnonkiviurakoissa havaittiin jakautumista läntisen ja pohjoisen alueen välillä. Näytön perusteella ei kuitenkaan tehty esitystä markkinaoikeudelle. Lisäksi italialainen tapaus *Gara Consip Servizi di pulizia nelle scuole*, jossa koulujen siivoushankintaan osallistuneet yritykset eivät olleet jättäneet toistensa kanssa päällekkäisiä alueita koskevia tarjouksia indikoi sitä, että yritykset olivat sopineet ennalta tarjouskäyttäytymisestään. Mainittakoon, että viranomaiset kiinnittivät huomiota myös siihen, että erään alueen merkittävä markkinatoimija ei ollut jättänyt kyseisen alueen palveluita koskevaa tarjousta.

Elinkeinoharjoittajien yhteenliittymien päätökset ovat kolmas SEUT 101(1) artiklassa mainittu esimerkki. Kyseeseen voivat tulla monenlaiset päätökset, joilla on markkinoille ulottuvia vaikutuksia. Toimialajärjestö on tyypillinen esimerkki artiklassa tarkoitettusta yhteenliittymästä, mutta kyseeseen voi tulla mikä tahansa elinkeinoharjoittajien ryhmä, jota ei toiminnan luonteen vuoksi pidetä pelkästään väliaikaisena.⁵⁰ Yhteenliittymän toiminta edellyttää tietynlaista tietoisuutta ja suunnitelmallisuutta, eikä ainoastaan yhdenmukaistettu käyttäytyminen tarkoita, että kyse olisi lain tarkoittamasta yhteenliittymästä. Tässä kohtaa on hyvä huomauttaa, että tutkielman kannalta keskeinen käsite konsortio ei välttämättä tule arvioitavaksi yhteenliittymänä, sillä konsortio on pikemminkin väliaikainen, tietyn tavoitteen saavuttamiseksi perustettu järjestely.⁵¹ Sen toiminta ei pitkällä tähtäimellä ole niin tavoitteellista ja järjestelmällistä kuin esimerkiksi toimialajärjestön. Hankintayksikkö voi kuitenkin edellyttää konsortiolta tiettyä oikeudellista muotoa ja jos konsortio hankintayksikön vaatimuksesta yhtiötetään, on mahdollista, että sen asema vakiintuu sellaiseksi, että sitä ei pidetä enää väliaikaisena. Mikäli yhtiömuotoinen konsortio osallistuu vielä muihinkin tarjouskilpailuihin, olisi sitä mielestäni pidettävä kilpailuoikeudellisesti yhteenliittymänä. Konsortiossa on kuitenkin aina kyse yritysten välisestä sopimuksesta tai yhdenmukaistetusta menettelystä koskien tiettyä tarjouskilpailua.⁵² Tältä osin SEUT 101(1) artiklan soveltamisen pitäisi olla ongelmaton suhteessa konsortioihin.

2.3. Sopimusten jaottelu kilpailuoikeudessa

2.3.1. Horisontaaliset sopimukset

Horisontaalisilla sopimuksilla tarkoitetaan samalla tuotanto- ja jakeluportaalla toimivien yritysten välisiä sopimuksia.⁵³ Horisontaalisessa suhteessa olevat yritykset tuottavat tai jakelevat samaa hyödykettä tai palvelua ja ovat siten toistensa tosiasiallisia tai mahdollisia kilpailijoita. EU:n oikeuskäytännön perusteella SEUT 101(1) artiklan on katsottu suojaavan myös potentiaalista kilpailua, joten näin ollen potentiaaliset kilpailijat

⁵⁰ Esim. HE 11/2004 vp s.30. Toimialajärjestöön kuuluu yrityksiä, joilla on samoja kaupallisia päämääriä ja näin ollen yritykset voivat olla toistensa kilpailijoita. Yritykset ovatkin hyödyntäneet toimialajärjestön kokouksia ja tapaamisia kielletyn toiminnan koordinoimiseen ja tietojenvaihtoon, esim. OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi julkisissa hankinnoissa 2009.

⁵¹ *Mentula* (2002) s.318.

⁵² Konsortiosopimuksesta riippuen osapuolet ovat voineet sopia koko hankinnan toteuttamisesta yhdessä tai siitä, että kukin vastaa vain tietyistä hankinnan osa-alueista.

⁵³ Edelliseen kappaleeseen viitaten sopimuksen lisäksi kyseeseen tulevat tietenkin myös yhdenmukaistetut menettelytavat ja yhteenliittymien päätökset, joita ei tässä ole tarpeen mainita joka kerta erikseen.

on otettava huomioon.⁵⁴ Horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin on suhtauduttu tiukemmin kuin vertikaalisiin, sillä niiden kilpailuvaikutuksien on katsottu olevan merkittävämpiä.⁵⁵ Edelleenkin vertikaalisten kilpailunrajoitusten tarkastelu on löyhempää; esimerkiksi *de minimis*- tiedonannossa kilpailunrajoituksen vähämerkityksellisyyttä arvioitaessa vertikaalisten sopimusten ollessa kyseessä, vaikutukset voivat olla vähäisiä suuremmilla markkinaosuuksilla kuin jos kyse olisi horisontaalisesta sopimuksesta. Aina jaottelu horisontaaliseen ja vertikaaliseen ei kuitenkaan ole helppoa.⁵⁶

Kilpailijoiden välinen kielletty yhteistyö voi toteutua monin eri tavoin, joista keskeisin lienee hintakartelli.⁵⁷ SEUT 101(1) artiklan mukaan kiellettyä on elinkeinoharjoittajien tai elinkeinoharjoittajien yhteenliittymien sopimukset, suositukset tai muut vastaavat järjestelyt, joilla pyritään vaikuttamaan hintoihin tai vastikkeisiin. Horisontaalinen sopimus voi antaa yrityksille mahdollisuuden nostaa hintojaan, mikäli ne toimivat keskenään yhteistyössä, tai vaihtoehtoisesti horisontaalinen sopimus voi heikentää yritysten välistä kilpailua, joka johtaa hintakilpailun heikentymiseen.⁵⁸ Sopimus ei siis välttämättä aiheuta vahinkoa suoraan kuluttajille, mutta sen sijaan sillä voi olla negatiivisia vaikutuksia uusien yritysten alalle pääsyyn.⁵⁹ Sen sijaan hintojennoususta kärsivät myös kuluttajat. Hintojen nousu on myös nähty tarjousyhteistyön osalta sen keskeisimmäksi kilpailua haittaavaksi vaikutukseksi.

Joissain tapauksissa horisontaaliset sopimukset voivat edistää kilpailua tai niistä voi kilpailun rajoittumisesta huolimatta seurata sellaisia tehokkuushyötyjä, jotka puoltavat niiden sallimista SEUT 101(3) artiklan nojalla.⁶⁰ Esimerkiksi sellainen yhteistyösopimus, jolla pyritään luomaan jotain uutta, jota ei vielä ole markkinoilla sillä hetkellä saatavilla voidaan katsoa sallituksi. Esimerkiksi ratkaisussa *Ford/Volkswagen* komissio totesi, ettei kilpailijoiden välinen yhteistyösopimus rajoita kilpailua katumaastureiden markkinoilla.⁶¹ Kumpikaan yhtiöistä ei ollut toiminut kyseisillä markkinoilla ennen

⁵⁴ C-7/95 P, *John Deere*, kohta 77.

⁵⁵ Esim. asia C-32/11, *Allianz ja Generali*, kohta 43.

⁵⁶ Yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, *Consten & Grundig*.

⁵⁷ *Bishop – Walker* (2002) s.171. sekä *Kuoppamäki* (2012); ”Hintakartelleja koskeva kielto on kilpailulain keskeisimpiä säännöksiä, sillä markkinataloudessa hyödykkeen hinta on keskeinen tuotanto- ja kulutus päätöksiä ohjaava tekijä” s.131.

⁵⁸ *Bishop – Walker* (2002) s.171.

⁵⁹ *Bishop – Walker* (2002) s.172.

⁶⁰ SEUT 101(3) artiklaan palataan jäljempänä kohdassa 6.2.

⁶¹ Komission päätös, *Ford/Volkswagen*, [EUVL 1993] L 20.

yhteistyösopimusta eikä kumpikaan yhtiöistä olisi todennäköisesti siirtynyt kyseisille markkinoilla itsenäisenä toimijana. Tässä tapauksessa komissio katsoi, että yhteistyö laajensi vaihtoehtoja, tasapainotti markkinarakennetta sekä lisäsi hinta- ja laatukilpailua kyseisellä toimialalla.⁶² Kyseisten ajoneuvojen markkinoilla oli ollut ennestään yksi suuri toimittaja, jonka markkinaosuus oli yli 50 prosenttia relevanteista markkinoista. Komission päätöksestä on havaittavissa sen kontekstin merkitys, johon yritysten välinen järjestely sijoittuu. Muunlaisessa ympäristössä sopimus olisi saattanut rajoittaa kilpailua, mutta tapauksen erityispiirteiden vuoksi se katsottiin sallituksi. Tästä on huomattavissa myös yksittäistapausten merkitys ja se, ettei lopullista arviointia voida perustaa puhtaasti yleisiin normeihin.⁶³

2.3.2. Vertikaaliset sopimukset

Vertikaalisen sopimuksen osapuolina ovat sellaiset yritykset, jotka eivät ole samalla tuotanto- tai jakeluportaalla, eli eivät siten ole toistensa aktuaalisia tai potentiaalisia kilpailijoita. Vertikaalisia sopimuksia ovat esimerkiksi tuottajan ja vähittäiskauppiaan tai jakelijan ja vähittäiskauppiaan väliset sopimukset. Kuten edellä on todettu, vertikaalisia sopimuksia ei lähtökohtaisesti pidetä vaikutuksiltaan niin merkittävinä kuin horisontaalisia ja tämä näkyy myös suhtautumisessa vertikaalisiin tarjouskonsortioihin, kuten myöhempana esitetään. Tietyissä olosuhteissa myös vertikaalisiin sopimuksiin voi kuitenkin sisältyä erityisen korkea kilpailun rajoittamisen mahdollisuus.⁶⁴ Sopimukseen perustuvat rajoitukset ovat vertikaalisissa suhteissa yleensä toisen osapuolen määräämiä ja kohdistuvat ainoastaan toiseen sopimusosapuoleen. Valmistaja voi esimerkiksi vaatia jakelijalta tai vähittäismyyjältä tiettyä vähimmäismyyntiä tai kieltää jakelijaa jakelemasta valmistajan kanssa kilpailevia tuotteita.⁶⁵

Vertikaalisten sopimusten osalta jaottelu kilpailuoikeudellisesti kiellettyyn tai kilpailua edistävään ei ole yhtä selkeä kuin horisontaalisten sopimusten osalta.⁶⁶ Vertikaalisiin sopimuksiin sisältyvillä rajoituksilla voidaan toisaalta tehostaa kilpailua. Esimerkiksi määrähinnoittelua koskevilla rajoituksilla on tietynlaisia tehokkuusvaikutuksia; ne turvaavat jakelijalle tietyn hintamarginaalin ja estävät vapaamatkustamisen. Mikäli

⁶² Komission päätös, *Ford/Volkswagen*, [EUVL 1993] L 20.

⁶³ Esim. *Aine* (2011) s.336. ja asia C-56/65, *Société Technique Minière*.

⁶⁴ Asia C-32/11, *Allianz ja Generali*, kohta 43.

⁶⁵ *Bishop – Walker* (2002) s.156.

⁶⁶ *Bishop – Walker* (2002) s.156.

jälleenmyyjällä on huomattavasti markkinavoimaa, ylintä sallittua hintaa koskevalla ehdolla pystytään estämään haitallisen korkea hinnoittelu, joka voisi vahingoittaa valmistajan tuotteen imagoa.⁶⁷ Hinnoittelun pysyminen kohtuullisena puolestaan on kuluttajanäkökulmasta ostovoimaa lisäävä tekijä.⁶⁸ Tosin EU:n kilpailuoikeus suhtautuu vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin tiukemmin kuin esimerkiksi Yhdysvallat, joissa vertikaalisia sopimuksia arvioidaan *rule of reason*-periaatteen kautta.⁶⁹ Haitallisimmat kilpailijoiden väliset sopimukset on Yhdysvalloissa katsottu kielletyiksi, eikä niihin voida soveltaa tehokkuuspuolustusta. Sen sijaan vertikaalisten sopimusten ollessa kyseessä oikeudessa voidaan esittää laaja joukko argumentteja, joiden perusteella sopimus tulisi sallia.⁷⁰

Vertikaalisia sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisalaan kuuluvat sopimukset ovat sallittuja, mikäli sopimukseen ei sisälly asetuksessa kiellettyjä sopimusehtoja.⁷¹ Tällaisilla sopimuksilla saavutettavien hyötyjen on katsottu ylittäneen niistä aiheutuneet kilpailulle haitalliset vaikutukset. Ryhmäpoikkeusasetusta ei sovelleta, mikäli toimittajan ja/tai ostajan markkinaosuus relevanteilla markkinoilla on 30 prosenttia. Taustaolettamana voidaan katsoa olevan, että osapuolten markkinaosuuksien jäädessä näin vähäiseen, vertikaaliset rajoitukset johtavat todennäköisemmin esimerkiksi tuotannon tai jakelun tehostumiseen hyödyttäen viime kädessä kuluttajia.⁷² Yllä mainitun markkinaosuusrajan ylittyminen ei kuitenkaan johda automaattisesti siihen, että vertikaalinen sopimus kiellettäisiin. Kynnysarvon tarkoituksena on nimenomaan erotella sopimukset, joihin voidaan soveltaa laillisuusolettamaa sekä ne, joita tulee arvioida tapauskohtaisesti niiden todellisten markkinavaikutuksien perusteella.⁷³

⁶⁷ Kuoppamäki (2012) s.184.

⁶⁸ Bishop – Walker (2002) s.157.

⁶⁹ Langer (2012) s.33.

⁷⁰ ”Where the rule of reason is applied, various justifications can be offered, and are often found persuasive by the courts, Langer (2012) s.33.

⁷¹ Komission asetus 330/2010, ns. ryhmäpoikkeusasetus.

⁷² Alkio – Wiik (2009), s.265.

⁷³ Komission tiedonanto 2010/411, suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista.

3. Julkiset hankinnat, kilpailu ja tarjousyhteistyö

3.1. Hankintadirektiivin soveltamisen lähtökohdat

Kuten kilpailuoikeutta, myös julkisten hankintojen toteuttamista jäsenvaltioissa on ohjattu EU:n tasolla 1970-luvulta alkaen, tosin tässä tapauksessa direktiivein.⁷⁴ Uusimmat julkisia hankintoja koskevat direktiivit ovat vuodelta 2014 ja ne ovat toimineet myös kansallisen lainsäädännön uudistamisen pohjana. Tämän tutkielman kannalta keskeisin direktiivi on Euroopan parlamentin ja neuvoston julkisista hankinnoista antama direktiivi, joka koskee julkiseen käyttöön tulevia sekä rakennusurakoista että tavara- ja palveluhankinnoista tehtäviä hankintasopimuksia. Toinen merkittävä direktiivi on ns. erityisalojen hankintadirektiivi, jota sovelletaan vesi-, energia-, liikenne- ja postipalveluiden aloilla toimivien hankintayksiköiden tekemiin hankintasopimuksiin. Jälkimmäiseen direktiiviin ei tässä tutkielmassa kuitenkaan syvennyttä sen tarkemmin.

Hankintadirektiivin yhtenä päätavoitteista voidaan katsoa olevan julkisten varojen tehokas hyödyntäminen, johon pyritään hankintojen kilpailuttamisvelvoitteella.⁷⁵ Avoimen ja kilpailullisen tarjouskilpailun, jossa osallistujien määrää ei ole rajattu, on nähty johtavan hankintayksikön kannalta taloudellisesti optimaalisimpaan tulokseen.⁷⁶ Oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi *Weiss* on jakanut hankintojen kilpailuttamisella saavutettavat säästöt kolmeen osaan.⁷⁷ Ensinnäkin julkisten varojen käyttöä voidaan tehostaa, kun hankintayksikkö hankkii tarvittavan tuotteen tai palvelun EU:n halvimmalta toimittajalta.⁷⁸ Toiseksi EU:n laajuisen kilpailuttamisen myötä yritysten välinen kilpailu kasvaa, jolloin tuotteen tai palvelun hinta laskee, kun kansallisten toimijoiden lisäksi tarjouskilpailuun osallistuu ulkomaalaisia toimittajia. Viimeiseksi säästöjä saadaan myös laajaulotteisemmin hankintojen rakenteellisten markkinavaikutusten myötä (*restructuring effect*), joiden johdosta tuottavuus kasvaa ja tuotantokulut pienenevät. Rakenteellisista vaikutuksista mainittakoon hankintasopimuksia toteuttavien pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuus vakauttaa asemaansa markkinoilla, joka vaikuttaa

⁷⁴ Direktiivi 71/305/EEC (directive concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts).

⁷⁵ *Sánchez Graells* (2011) s.102.

⁷⁶ *Sánchez Graells* (2011) s.103.

⁷⁷ *Weiss* (1993), s. 12.

⁷⁸ Direktiivin nimenomaisena tarkoituksena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, siten että hankintayksiköt ostaisivat käytössään olevilla verovaroilla hinta-laatusuhteeltaan mahdollisimman edullisia tuotteita ja/tai palveluita.

edelleen kyseisen maantieteellisen alueen työllisyyteen.⁷⁹ Kilpailutuksella on niin ikään myös makrotaloudellisia hyötyjä; julkisten toimijoiden tehokas varojen käyttö tuo säästöjä, joka hyödyttää muun muassa loppukäyttäjänä olevia kuluttajia.⁸⁰

Viime vuosikymmeninä hankintasääntelyllä on pyritty myös muiden yhteiskunnallisten tavoitteiden ajamiseen, kuten ympäristönsuojeluun, innovaatiopolitiikan sekä sosiaalisten näkökohtien edistämiseen.⁸¹ Uusimmassa hankintadirektiivissa on huomioitu myös entistä paremmin pk-yritysten asema markkinoilla. Mainitut tavoitteet ovat yhdistettävissä kilpailuoikeudelliseen ordoliberalistiseen ajattelutapaan, jossa kilpailumekanismi nähdään yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamisen työkaluna.⁸² Esimerkiksi pk-yritysten asemaa parantamalla markkinavoiman keskittymistä pystytään torjumaan ja nimenomaan markkinoiden keskittyminen on nähty ordoliberalistisen koulukunnan keskuudessa kilpailua haittaavaksi tekijäksi.⁸³ Hankintadirektiivin tärkeistä periaatteista mainittakoon vielä syrjimättömän kohtelun periaate, jonka perusteella julkisia hankintoja koskevat kansalliset markkinat on pyritty avaamaan myös muille Euroopan unionin jäsenvaltioille.⁸⁴

Hankintadirektiivin 2 artiklan mukaan julkisella hankinnalla tarkoitetaan hankintasopimusta, joka on hankintayksikön ja yhden tai useamman tarjoajan välinen kirjallinen sopimus. Sopimus voi koskea tavara- tai palveluhankintaa tai rakennusurakkaa. Hankintasopimuksen tunnusmerkit täyttyvät, kun kyseessä on vastikkeellinen sopimus: hankintayksikkö saa tavara- tai palvelusuorituksen vastiketta

⁷⁹ Pk-yritysten aseman parantaminen on yksi hankintadirektiivin tavoitteista, joka on vahvistettu myös kansallisella tasolla, kts. esim. HE 108/2016 vp s.199. Komissio on määritellyt pk-yrityksen seuraavanlaisesti: ”näiden (mikro-, pienet- ja keskisuuret yritykset) yritysten luokka koostuu yrityksistä, joissa on vähemmän kuin 250 työntekijää ja joiden liikevaihto vuodessa on enintään 50 miljoonaa euroa tai taseen loppusumma on enintään 43 miljoonaa euroa”, komission suositus mikroyritysten sekä pienten ja keskisuurten yritysten määritelmästä 2003/361/EC, 6.5.2003. On huomattava, että pk-yritysten määritelmä vaihtelee jäsenvaltioissa.

⁸⁰ Weiss (1993), s.12.

⁸¹ Pekkala et al. (2017) s.52–53.

⁸² Esim. Kuoppamäki (2003) s.201.

⁸³ Ordoliberalistinen koulukunta on ollut merkittävästi muovaamassa EU:n kilpailuoikeutta, Kuoppamäki (2003) s.189. Tämä tausta huomioon ottaen, on mahdollista, että koulukunnan vaikutukset ovat välillisesti vaikuttaneet myös hankintalain tavoitteisiin siltä osin, kun hankintasääntelyllä pyritään luomaan kilpailulliset olosuhteet.

⁸⁴ EU:n perustamissopimuksesta lähtöisin oleva syrjimättömyyden kriteeri on yksi hankintalain periaatteista myös Suomessa, kts. esim. HE 108/2016 vp s.5. Aikaisemmin Suomessa oli hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, jonka perusteella oman kunnan alueella oleville yrityksille tuli antaa etusija hankintaprosessissa. Tavoitteena oli kunnan yritystoiminnan tukeminen, mutta sisämarkkinoiden avauduttua kyseisen kaltaiset säännökset eivät tule enää kyseeseen. Tarjoajia tulee kohdella samalla tavalla riippumatta kotipaikasta, kts. esim. Asia C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA*.

vastaan. Jotta kyseessä voisi olla hankintasäädännön piiriin kuuluva järjestely, hankintayksiköllä tulee olla määräysvalta siitä, kenen kanssa hankintasopimus lopulta tehdään.⁸⁵

Direktiiviä sovelletaan sellaisiin hankintoihin, joiden ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa ylittää direktiivissä mainitut kynnsarvot. Kynnsarvot ovat Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen ("GPA- sopimus") kanssa yhdenmukaiset. Se, tuleeko hankintadirektiivi sovellettavaksi, riippuu siten hankinnan kohteen ennakoidusta arvosta sekä siitä, onko hankintayksikkönä valtion keskushallinnon viranomainen vai muu taho.⁸⁶ Edellä mainittujen hankintaviranomaisten hankintasopimukseen sovelletaan hieman erilaisia kynnsarvoja riippuen, mikä hankintasopimuksen kohde on. Lisäksi on huomioitava, että erityisaloja koskevissa hankinnoissa sovelletaan omia kynnsarvojaan. GPA- sopimuksessa tarkoitettujen kynnsarvojen rinnalla jäsenvaltioissa on omia kansallisia kynnsarvojaan. Hankinnan arvo voi siis alittaa GPA- sopimuksen mukaisen kynnsarvon, mutta hankinta tulee kuitenkin kilpailuttaa kansallisten kynnsarvojen perusteella. Sen laskemiseksi, ylittyykö direktiivissä mainittu kynnsarvo, hankintayksikön tulee arvioida suurin mahdollinen hankintakokonaisuuden arvo. Suurinta mahdollista arvoa laskettaessa otetaan huomioon myös vaihtoehtoiset toteuttamistavat sekä tarjoajille maksettavat palkkiot ja palkat sekä optiot. Hankinta on mahdollista toteuttaa pienemmissä osissa, mutta arvoa laskettaessa se tulee huomioida kokonaisuutena.⁸⁷

Hankintasäädännökset on tarkoitettu hankintayksiköille menettelyohjeeksi, joiden mukaan hankintamenettely tulee kynnsarvojen ylittyessä järjestää.⁸⁸ Siitä huolimatta, että hankintadirektiiviä ei ole tarkoitettu tavaran tai palvelun toimittajalle taikka rakennusurakan suorittajalle kohdistetuksi normistoksi, on toimittajien kuitenkin noudatettava hankintayksikön valitsemaan menettelytapaa ja kriteereitä, jotta sillä olisi mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun. Hankintayksiköllä on nimittäin velvollisuus sulkea sellainen tarjoaja tai tarjous hankintamenettelystä, joka ei täytä hankintayksikön

⁸⁵ Esim. *Huikko et al.* (2017) s.87.

⁸⁶ Ennakoitu arvo on ennen hankintamenettelyn aloittamista tehty arvio maksettavasta kokonaiskorvauksesta, lisää ennakoidun arvon laskemisesta mm. *Huikko et al.* (2017) s. 133-139.

⁸⁷ Julkisista hankinnoista annetun direktiivin 2014/24/EU perustelut, kohdat 18-20.

⁸⁸ *Sauter* (2015) s.163.

asettamia vaatimuksia.⁸⁹ Hankintasäännösten ja kilpailuoikeuden yksi leikkauspiste on tarjouskilpailu; hankintayksikön on valittava menettely ja kriteerit siten, että markkinaolosuhteita voidaan hyödyntää ja ehdokkaiden välillä saadaan kilpailullisia tarjouksia, kun taas ehdokkaiden on jätettävä tarjouksensa itsenäisesti, jolloin tarjous perustuu kilpailulliseen hintamekanismiin. Näitä seikkoja on käyty läpi seuraavissa kappaleissa hankintadirektiivin valossa.

3.2. Vaihtoehtoisista hankintamenettelyistä ja niiden vaikutuksesta kilpailuun

Vaikka tutkielman rajauksen ja aiheen vuoksi varsinaisia hankintamenettelyjä ei ole tarpeen käydä läpi tyhjentävästi, on hyödyllistä selostaa lyhyesti tutkimuskysymyksen kannalta olennaisimmat hankintamenettelyt pääpiirteittäin menettelyjen kulun avaamiseksi. Lisäksi tehokkaan menettelyn valinta on yksi tapa varmistaa, että tarjoajien ja tarjousten välillä on kilpailua, josta hankintayksikkö hyötyy.⁹⁰ Lähtökohtana hankintadirektiivissä on *avoin menettely*, joka tarkoittaa käytännössä sitä, että hankintayksikkö julkaisee hankinnasta ilmoituksen, jonka perusteella kaikki halukkaat yritykset voivat osallistua tarjouskilpailuun ja pyytää tarjousasiakirjoja hankintayksiköltä. Tarjousasiakirjat voidaan lähettää yritykselle heti, kun hankintayksikkö on saanut pyynnön tai vaihtoehtoisesti pyyntöjen jättämiselle varatun määräajan kuluttua. Tosin sähköisten kilpailutusjärjestelmien yleistyessä hankinta-asiakirjat ovat saatavilla yleensä heti rekisteröitymisen jälkeen eikä erillisiä pyyntöjä tarvita. Avoin menettely on myös yleisin hankintamenettely, sillä direktiivin mukaan neuvottelumenettelyä, suorahankintaa sekä muita mahdollisia tapoja voidaan käyttää vain direktiivin mukaisten edellytysten täytyessä. Tällä on pyritty takaamaan mahdollisimman kilpailullinen hankintaprosessi.⁹¹

Myös *neuvottelumenettelyssä* hankintayksikkö julkaisee hankinnasta ilmoituksen, jonka perusteella halukkaat toimittajat voivat tehdä osallistumishakemuksen. Hakemusten perusteella hankintayksikkö valitsee ne toimittajaehdokkaat, joiden kanssa se neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista. Menettely on siten hankintayksikön kannalta joustava, sillä yksiköllä on mahdollisuus vaikuttaa hankinnan lopulliseen sisältöön yritysten kanssa

⁸⁹ Tarjoajien soveltuvuuden ja tarjousten arviointi ovat toisistaan erillisiä menettelyjä. Ennen tarjousten vertailua tulisi suorittaa tarjoajien soveltuvuuden arviointi, *Eskola et al.* (2017) s.409.

⁹⁰ Vihreä kirja 27.1.2011, s.4.

⁹¹ *Sánchez Graells* (2011) s.235.

käytävissä neuvotteluissa.⁹² Todellisen kilpailun varmistamiseksi hankintayksikön on kutsuttava neuvotteluun riittävä määrä yrityksiä. Kuten aikaisemmin on jo todettu, neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista vain silloin, kun direktiivin mukaiset edellytykset täyttyvät. Menettelyä voidaankin käyttää esimerkiksi tilanteissa, joissa hankinnan poikkeuksellisen luonteen vuoksi ei ole mahdollista antaa etukäiteistä kokonaishintaa tai mikäli tarjouspyyntöä taikka määrittelyä ei ole mahdollista antaa siinä muodossa, että tarjouksia voitaisiin vertailla avoimessa menettelyssä.

Aikaisemmista esimerkeistä eroten *suorahankinnassa* hankinnasta ei tehdä erillistä ilmoitusta. Kun kilpailuttamisvelvollisuutta ei ole, on suorahankinnan käyttöedellytykset asetettu korkealle; suorahankintaa voidaan käyttää, jos sitä edeltävässä menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka jätetyt osallistumishakemukset tai tarjoukset eivät ole olleet soveltuvia. Hankinnan kohde voi olla myös taiteellisesta, teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä luonteeltaan sellainen, että vain yksi toimittaja voi sen toteuttaa. Tässäkin tapauksessa hankintayksikön tulee kartoittaa järkevät vaihtoehtoiset tai korvaavat ratkaisut ennen suorahankinnan toteuttamista, jotta kilpailua ei perusteettomasti rajoitettaisi.⁹³

Uusimpana hankintamenettelynä on *innovaatiokumppanuus*, jonka tarkoituksena on nimensä mukaisesti edistää innovaatiotoimintaa julkisten hankintojen yhteydessä.⁹⁴ Direktiivin perusteluiden mukaan innovaatiokumppanuus soveltuu erityisesti niihin tilanteisiin, jolloin hankintayksiköllä ei ole mahdollisuuksia kehittää tuotetta tai sitä ei ole markkinoilla saatavissa.⁹⁵ Kyse on siten hankintayksikön ja kumppanin pidempikestoisesta sopimuksesta tuotteiden, palveluiden tai rakennusurakoiden kehittämistä ja myöhempää ostamista varten. Hankintayksikkö voi perustaa innovaatiokumppanuuksia myös useamman kumppanin kanssa ja tämä on myös suositeltavaa tilanteessa, jossa ainoastaan yhden kumppanin valitseminen rajoittaisi kilpailua.

⁹² Vaikka hankintayksiköllä onkin mahdollisuus päättää menettelyn kulusta, on sen noudatettava ennalta ilmoittamia sääntöjä. Ehdokkaiden valinta on myös tehtävä siten kuin missä tahansa muussakin menettelyssä eikä tarjoajien soveltuvuudelle voi asettaa suhteettomia tai syrjiviä kriteereitä, *Pekkala* (2008), s.181 ja asia T-40/01, *Scan Office Design v. komissio*.

⁹³ Direktiivin 2014/24/EU perustelut, kohta 80.

⁹⁴ *Huikko et al.* (2017) s.232.

⁹⁵ Direktiivin 2014/24/EU perustelut, kohta 49

Muita direktiivin mukaan mahdollisia menettelyjä ovat rajoitettu menettely, kilpailullinen neuvottelumenettely, puitejärjestely, suunnittelukilpailu, sähköinen huutokauppa ja dynaaminen hankintajärjestelmä. Hankintamenettelyn valintaan vaikuttaa pääosin hankinnan kohteen luonne ja hankintaprosessin olosuhteet. Esimerkiksi suorahankinnan käyttämiseen ei ole juurikaan annettu harkinnanvaraa. Vallitsevana käsityksenä on tällä hetkellä se, että sitä paremmin kilpailu toteutuu, mitä enemmän tarjoajia tarjouskilpailussa on mukana ja näin ollen avoimen menettelyn on nähty palvelevan parhaiten hankintayksikön tarpeita.⁹⁶ Osa aiheesta tehdyistä tutkimuksista kuitenkin osoittaa toista; ehdokkaiden rajoittaminen ei ole absoluuttisesti sama asia kuin kilpailun rajoittaminen. Kilpailu tarjoajien keskuudessa on nähty tehokkaimmaksi silloin, kun osallistujien määrää on rajoitettu valitsemalla esimerkiksi kilpailullinen neuvottelumenettely, jolloin tarjoaja mieltää tarjouskilpailun voittamisen todennäköisemmäksi kuin tilanteessa, jossa tarjoajien määrä on rajoittamaton.⁹⁷ Argumentti on mielestäni hieman tarjouskilpailukeskeinen; kilpailu saattaa olla kovempaa yksittäisessä tarjouskilpailussa osallisten ehdokkaiden välillä, mutta sen sijaan rajoittua suhteessa muihin yrityksiin.⁹⁸ Lisäksi yritysten valinta neuvotteluihin saattaa olla kilpailuoikeudellisesti ongelmallinen.

Toisaalta muut menettelyt kuin avoin menettely voivat tuoda hankintayksikölle säästöjä ja sikäli niiden valinta voi olla perusteltavissa tehokkuuseduin. Hankinnan kohteen ollessa monimutkainen, kilpailijoiden rajoittaminen menettelyvalinnalla voi niin ikään pienentää hankintayksikön tulevaisuuden kulumiskä, kun se neuvottelee hankinnan kohteesta suoraan toimittajien kanssa.⁹⁹ Tästä on huomattavissa myös hankintasäännösten sisäisten, kilpailun edistämistä ja tehokkuutta koskevien tavoitteiden välinen ristiriita.¹⁰⁰

⁹⁶ Esimerkiksi komissio totesi tiedonannossa seuraavaa: ”*Julkisissa hankinnoissa nojataan avoimeen kilpailuun, jotta julkiselle rahalle saadaan paras vastine. Kilpailuun perustuvaa menettelyä ei joko käytetä tai sen käyttö on vähenemässä*”, Komission tiedonanto COM (2017) 572, s.5.

⁹⁷ *Chever et al.* (2017) s. 4243.

⁹⁸ Argumenttia voidaan kuitenkin puoltaa sillä, että yrityksille aiheutuu merkittäviä kustannuksia tarjouksen laatimisesta ja räätälöimisestä hankintayksikön tarpeisiin ja avoin tarjouskilpailu voi johtaa siihen, että potentiaalinen yritys pidättäytyy osallistumasta, mikäli kokee kilpailuasemansa lähtökohtaisesti huonoksi, kts. *Chever et al.* (2017) s.4243.

⁹⁹ *Chever et al.* (2017) s.4242, tällöin myös muut sopimusriskit ovat pienemmät.

¹⁰⁰ Kilpailuoikeuden ja hankintadirektiivin tavoitteista mm. *Sánchez Graells* (2011) s.76.

3.3. Kilpailuolosuhteiden huomioon ottaminen tarjouspyyntöä laadittaessa

3.3.1. Tarjouspyyntö ja hankinnan kohteen kuvaaminen

Oikeuskirjallisuudessa on perustellusti todettu, että tarjouspyynnön laatiminen on hankintaprosessin tärkein vaihe.¹⁰¹ Tarjouspyynnössä tulisi pyrkiä kuvaamaan hankinnan kohde ja toteuttamiseen liittyvät seikat niin tarkasti, että sen perusteella saadaan vertailukelpoisia tarjouksia. Hankintayksikkö voi vapaasti määritellä tarjouspyynnössään haluamansa tuotteen, palvelun tai urakan sisällön, sen laatuvaatimukset tai hankintaehdot sekä tarjoajilta vaadittavat edellytykset ja ominaisuudet, kunhan ne ovat suhteellisia, syrjimättömiä ja objektiivisia. Tällä tavoin hankintayksiköiden huolehtii omalta osaltaan siitä, että tarjouskilpailussa käytetään hyväksi markkinoilla olemassa olevaa kilpailua. Avoinkaan menettely ei ole kilpailullinen, mikäli hankintayksikkö rajoittaa osallistujien määrää välillisesti muotoilemalla tarjouspyynnön siten, että siinä esitetyt vaatimukset sulkevat suurimman osan markkinoilla olevista yrityksistä hankinnan ulkopuolelle.¹⁰²

Tarjouspyynnössä siis kuvataan hankinnan kohde niin tarkasti, että tarjoajat voivat sen perusteella laatia tarjouksensa ja tietävät, millä seikoilla on merkitystä tarjouksia vertailtaessa.¹⁰³ Itse hankinnan kohdetta kuvaavat hankintadirektiivin 42 artiklan mukaiset *tekniset eritelmät*, jotka kuvaavat samalla myös hankintayksikön hankinnan kohteelle asettamia vähimmäisvaatimuksia; jos tarjous ei vastaa kuvausta, sen ja tarjouspyynnön välillä on ristiriita ja tarjous tulisi hylätä.¹⁰⁴ Tekniset eritelmät ja niihin sisältyvät määritelmät on esitettävä hankintayksikön asiakirjoissa ja niistä on käytävä ilmi ominaisuudet, joita hankintayksikkö vaatii hankinnan kohteena olevalta tavaralta, palvelulta tai rakennusurakalta. Tekniset eritelmät voidaan esittää esimerkiksi viittaamalla erilaisiin standardeihin tai teknisiin hyväksyntöihin taikka ne voidaan esittää hankinnan kohdetta koskevilla toiminnallisilla tai suorituskykyyn liittyvillä vaatimuksilla.¹⁰⁵ Esitystavan on kuitenkin oltava sellainen, että tarjoajilla on niiden perusteella yhtäläinen mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun. Vaikka hankintayksiköllä onkin runsaasti harkintavaltaa sen suhteen, millaisia vaatimuksia se

¹⁰¹ Pekkala – Pohjonen (2010) s.378.

¹⁰² Tarjouspyyntöä ei voida lähtökohtaisesti laatia siten, että vain yhdellä olisi mahdollisuus toimittaa hankinnan kohde, ellei kyse ole suorahankinnan soveltamistilanteista.

¹⁰³ Huikko et al. (2017) s.438.

¹⁰⁴ Huikko et al. (2017) s.341.

¹⁰⁵ Tapola (2012) s.232.

asettaa hankinnan kohteelle, ne eivät kuitenkaan saa olla syrjiviä. Hankintayksiköllä voi tietenkin olla myös perusteltu syy edellyttää tarjoajilta esimerkiksi tietynlaista laitetta, jolloin vaatimusta ei katsota syrjiväksi.¹⁰⁶

Tärkeintä on, että tarjouspyynnön perusteella saadaan keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Kotimaisessa oikeuskäytännössä markkinaoikeus katsoi, että tarjouspyynnössä esitetyt tarjousten vertailuperusteet jäivät epäselviksi siten, etteivät tarjoajat tiedneet, onko muuttoautoille esitetyn hinnan odotettu sisältävän myös muuttoneuvon kuljettamisesta aiheutuneet henkilöstökustannukset. Epäselvän tarjouspyynnön perusteella hankintayksikkö ei siten saanut tältä osin yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia.¹⁰⁷

Käytännössä hankintadirektiivi estää hankintayksikköä määrittelemästä hankinnan kohteena olevaa urakkaa, palvelua tai tavaraa siten, että sen voisi toimittaa vain yksi tilaaja. Kilpailu rajoittuu, jos markkinoilla on ainoastaan yksi yritys, joka pystyy toimittamaan hankintayksikön kuvauksen mukaista tuotetta johtuen hankinnan kohteelle asetetuista ominaisuuksista. Näin ollen teknisissä eritelmissä ei saa mainita tiettyä valmistajaa tai viitata tiettyyn tavaramerkkiin taikka patenttiin.¹⁰⁸ Lisäksi hankintayksikön asettamat tarjousten vertailuperusteet voivat olla sellaisia, ettei niillä ole liityntää itse hankinnan kohteeseen, mikä on tarjoajia syrjivää.¹⁰⁹ Oikeuskäytännön perusteella hankintayksikön asettamat vaatimukset on voitu katsoa kuitenkin tietyissä tilanteissa sallituiksi, vaikka hankinnan kohdetta voisi toimittaa vaatimuksista johtuen vain yksi tai muutama toimittaja.¹¹⁰ Kotimaisessa oikeuskäytännössä asiaan on vaikuttanut osaltaan markkinatilanne ja hankintayksikön saamien tarjousten määrä.¹¹¹ Merkitystä on myös sillä, palveleeko valittu ratkaisu hankintayksikön tarpeita parhaiten.¹¹² Teknisillä eritelmillä on pyritty sulkemaan ulkomaalaisia toimittajia pois tarjouskilpailusta vetoamalla esimerkiksi tiettyyn tuotemerkkiin tai kansalliseen

¹⁰⁶ Esim. MAO 106/10 dnro 281/09/JH: hankintayksiköllä oli ollut perusteltu syy tietynlaisen tuotteen hankkimiselle ja tuotetta oli saatavilla useilta eri toimijoilta.

¹⁰⁷ MAO 329/18 dnro 2017/317 ja 2017/391.

¹⁰⁸ Tapola (2012) s.233.

¹⁰⁹ Pekkala – Pohjonen (2010), s.284.

¹¹⁰ MAO 519/12 dnro 225/12/JH ja asia C-531/99, *Concordia Bus*.

¹¹¹ MAO 438/13 dnro 188/13/JH ja MAO 923/15 dnro 2015/487.

¹¹² MAO 359/09 dnro 100/09/JH.

standardiin. Tällaisissa tapauksissa kyse on syrjinnästä, sillä se sulkee automaattisesti ulkomaalaisen itsenäisen ehdokkaan tarjouskilpailusta pois.¹¹³

Itse hankinnan kohteelle asetettujen vaatimusten lisäksi tarjouspyynnössä tulee myös ilmoittaa, salliiko hankintayksikkö osatarjouksia. Osatarjoukset voivat lisätä kilpailua etenkin laajuudeltaan poikkeavissa hankinnoissa, missä resurssikysymysten vuoksi kokonaistarjouksen jättäminen on haasteellista. *Pekkala* on katsonut, että osatarjoukset tulisi sallia aina, kun se on hankinnan kohteen kannalta järkevää.¹¹⁴ Mikäli osatarjouksia ei hyväksytä, vaihtoehtona on yhteenliittymän muodostaminen. Osatarjouksista on erotettava vaihtoehtoiset tarjoukset, joilla tarkoitetaan tarjoajien ehdotuksia hankinnan vaihtoehtoisesta toteuttamisesta. Vaihtoehtoisia tarjouksia voidaan käyttää esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö ei tiedä markkinoilla olevia vaihtoehtoja ja jättää tarjouspyynnössä ehdokkaille mahdollisuuden toteuttaa hankinta vaihtoehtoisella tavalla. Tällöin hankintayksikön tulee ilmoittaa hankinnan kohteen vähimmäisvaatimukset sekä vaihtoehtoiset määrittelyt sopimuksen kohteelle. Myös vaihtoehtoisten tarjousten mahdollisuus on ilmoitettava tarjouspyynnössä.

Teknisten eritelmien merkitys riippuu täysin hankinnan kohteesta. Teknisten eritelmien käyttö on tyypillistä esimerkiksi rakennusurakoissa tai tavarahankinnoissa, mutta toki palveluakin kuvatessa voidaan viitata standardeihin.¹¹⁵ Palveluhankinnoissa tarjoajaan kohdistuvat vaatimukset, esimerkiksi henkilökunnan ammattitaito, saattavat kuitenkin olla keskeisemmässä roolissa kuin tietty tekninen vaatimus.¹¹⁶ Tällä perusteella voitaisiinkin väittää, että palvelun osalta aikaisemmat referenssit ovat erittäin tärkeitä, kun taas tavara- ja rakennusurakoissa ns. fyysisillä resursseilla on enemmän merkitystä. Palveluhankinnoissa palvelun laatu on korostunut seikka ja se on helpoin todentaa aikaisemmilla referensseillä, jotka liittyvät enemmänkin tarjoajaan itseensä kohdistuviin vaatimuksiin kuin työn toteuttamistapaan.¹¹⁷

¹¹³ Esim. asia C-45/87, *komissio v. Irlanti*.

¹¹⁴ *Pekkala* (2008) s.371.

¹¹⁵ *Tapola* (2012) s.231.

¹¹⁶ *Tapola* (2012) s.240.

¹¹⁷ Tällaisia tarjoajan omia referenssejä ei voi kuitenkaan koskaan käyttää vertailuperusteina, mutta sen sijaan tarjoajan palveluksessa olevan henkilöstön osalta aikaisemmat referenssit voivat tulla kyseeseen. Tarjoajan itsensä ammattitaitoa ja pätevyyttä koskevia edellytyksiä voidaan käyttää kuitenkin vähimmäisvaatimuksina ja niillä voidaankin edistää laatuun liittyvien tekijöiden huomioimista, *Eskola et al.* (2017) s. 432.

3.3.2. Tarjoajan soveltuvuuden arviointi

Itse tarjouksen kohteen lisäksi hankintayksikkö voi asettaa tarjoajaan kohdistuvia vaatimuksia, joilla pyritään varmistamaan tarjoajan soveltuvuus kyseisen hankinnan toimittajaksi. Tällaiset kelpoisuus- ja soveltuvuusvaatimukset voivat koskea tarjoajan taloudellista ja rahoituksellista asemaa, teknistä osaamista, ammatillista pätevyyttä ja laatua. Kuten itse hankinnan sisällön kohteen osalta, myös tarjoajille asetettujen vaatimusten tulee liittyä tarjoajan edellytyksiin toteuttaa hankinta, eivätkä ne saa olla suhteettomia hankinnan käyttötarkoitukseen ja laatuun nähden. Hankintayksikkö voi sulkea sellaiset tarjoajat pois tarjouskilpailusta, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia soveltuvuusvaatimuksia. Vaikka hankintayksiköllä onkin laaja harkintavalta sen suhteen, mitä tarjoajan ominaisuuksilta edellytetään, vaatimukset eivät saa syrjiä tiettyjä ehdokkaita tai olla soveltumattomia itse hankinnan kohteen kannalta. Liian ankarien vaatimusten asettaminen vähentää tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien määrää ja rajoittaa kilpailua perusteettomasti.

Tarjoajalta voidaan edellyttää esimerkiksi vähimmäisliikevaihtoa, joka ei saa olla tietyllä ajanjaksolla pienempi kuin hankinnan kohteen arvo. Vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus saa olla lähtökohtaisesti enintään kaksi kertaa hankinnan arvioidun arvon suuruinen, ellei suurempien liikevaihtoarvojen määräämistä ole asianmukaisesti perusteltu.¹¹⁸ Joka tapauksessa liikevaihtoa koskevalle vaatimukselle on oltava hyväksytty syy, koska vaatimus estää automaattisesti pienempien toimijoiden mahdollisuuden osallistua tarjouskilpailuun itsenäisinä toimijoina.¹¹⁹ Pelkästään se, että hankinta on arvoltaan suuri, ei ole riittävä syy vaatia tarjoajilta vähimmäisliikevaihtoa. Sen sijaan hankinnan kiireellisyys tai erityisolosuhteet voivat perustella vähimmäisliikevaihdon vaatimusta laajassa ja arvoltaan merkittävässä hankinnassa.¹²⁰ Näin saadaan varmuus siitä, että kiireellisessä hankinnassa toteuttajalla on varmasti riittävät resurssit. Pienempikin toimija voi käyttää hankinnassa apuna alihankkijoita tai vedota muiden voimavaroihin, minkä vuoksi pienempi liikevaihto ei automaattisesti tarkoita sitä, että tarjoaja ei soveltuisi hankinnan toteuttajaksi. Mikäli aikataulu on

¹¹⁸ Esimerkiksi hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät suuret riskit tai oikea-aikaisen toimituksen erityinen merkitys voivat olla tällaisia perusteita, direktiivin 2014/24/EU perustelut, kohta 83.

¹¹⁹ Kotimaisesta oikeuskäytännöstä esim. MAO 407/2009 dnro. 327/08/JH.

⁸⁹ KHO 23.11.2005/3049 ja MAO 46/10 dnro 570/09/JH.

kuitenkin kiireinen, voidaan laajassa urakassa vaatia, että tarvittavat resurssit ovat tarjoajan käytettävissä välittömästi.¹²¹

Taloudellisten vaatimusten lisäksi hankintayksikkö voi asettaa tarjoajalle teknistä ja ammatillista osaamista koskevia vaatimuksia. Nämä vaatimukset voivat liittyä tarjoajan henkilöstön osaamiseen sekä aikaisempiin, vastaavanlaisiin suorituksiin. Mikäli hankinnan kohteen laadukkaan toteuttamisen kannalta on perusteltua, hankintayksikkö voi vaatia selvitystä myös tarjoajien käytössä olevista työvälineistä tai teknisistä laitteista.¹²² Teknisten laitteiden ja työvälineiden hankinta edellyttää yritykseltä investointeja, jotka voivat varsinkin laajoissa hankinnoissa olla arvoltaan merkittäviä. Hankintayksikkö ei voi vaatia, että tarjoajalla olisi riittävät resurssit käytössään tarjouskilpailuvaiheessa ennen hankintapäätöksen tekemistä, sillä tämä asettaisi ehdokkaat eriarvoiseen asemaan ja sulkisi automaattisesti pienempiä toimijoita pois. Riittävää on, että tarjoaja pystyy osoittamaan tarjouksessaan sen, että sillä on sopimuksen alkaessa hankinnan toteuttamisen kannalta tarvittavat resurssit.

Hankinnan laadun ja muiden syiden vuoksi tietyissä tapauksissa voi kuitenkin olla perusteltua edellyttää, että resurssit ovat yrityksen käytössä jo heti tarjousta jätettäessä. Tarjoajille asetettu vaatimus voi koskea myös muuta seikkaa kuin riittäviä resursseja tai aikaisempaa kokemusta. Kotimaisessa KHO:n ratkaisussa hankintayksikkö oli asettanut tarjoajille sijaintia koskevan vaatimuksen, jonka ensisilmäyksellä voisi katsoa asettavan muualle sijoittautuneet tarjoajat eri arvoiseen asemaan. Noutopainotöiden hankintailmoituksessa edellytettiin tarjoajan toimipisteen olevan 10 kilometrin etäisyydellä. Vaatimus oli kuitenkin perusteltu ja yhteydessä hankinnan toteuttamiseen, jonka vuoksi vaatimus katsottiin sallituksi. Korkein hallinto-oikeus totesi, että mainitun etäisyysvaatimuksen asettaminen oli perusteltu, ottaen huomioon tuotteiden pieni tilausmäärä ja tarve kopioiden nopealle toimitukselle.¹²³

¹²¹ KHO 23.11.2005/3049.

¹²² Pekkala – Pohjonen (2010), s.359.

¹²³ KHO 20.11.2017/5966.

3.4. Hankintadirektiivin mukaiset yhteistyömahdollisuudet

3.4.1. Konsortion muodostaminen ja muiden voimavaroihin vetoaminen

Edellä esitetyt hankintayksikön asettamat hankinnan kohdetta ja tarjoaa koskevat vaatimukset voivat johtaa siihen, että kaikki halukkaat tarjoajat eivät voi osallistua tarjouskilpailuun. Pienempien yritysten kannalta hankinnan toteuttaminen voi edellyttää sellaisia investointeja, ettei sen olisi edes taloudellisesti kannattavaa jättää tarjousta. Mikäli kyse on esimerkiksi suuremmasta urakkahankinnasta tai harvinaisemmasta tavarahankinnasta, markkinat saattavat olla varsin keskittyneet ja niillä toimii vain muutama sellainen yritys, joilla on mahdollisuus hankkia tarvittavat resurssit hankinnan toteuttamiseksi.¹²⁴ Kilpailun säilymisen ja tarjousten monimuotoisuuden kannalta onkin tärkeää, että yritykset voivat yhdistää resurssinsa ja osallistua tarjouskilpailuun ryhmittymänä tai hyödyntää toisten taloudellisten toimijoiden voimavaroja.

Hankintadirektiivi antaa tarjoajille mahdollisuuden osallistua tarjouksen jättämiseen ryhmittymänä. Ryhmittymällä tarkoitetaan useammasta itsenäisestä taloudellisesta toimijasta koostuvaa yritysryhmää, joka toimii yhdessä tietyn hankintasopimuksen saamiseksi. Ryhmittymä on hankintadirektiivistä peräisin oleva termi, kun taas tässä tutkielmassa olen käyttänyt pääsääntöisesti termiä konsortio. Näiden välillä ei ole kuitenkaan mitään eroa. Yritysten kannalta konsortion muodostaminen on kannattavaa etenkin laajemmissa hankintasopimuksissa, sillä yksittäisinä yrityksinä yhteenliittymän jäsenet eivät välttämättä täyttäisi itsenäisinä toimijoina tarjoajalta edellytetyjä ominaisuuksia tai eivät pystyisi toteuttamaan yksin hankintasopimusta suppeampien resurssiensa vuoksi.¹²⁵ Hankintayksikön näkökulmasta tarkasteltuna konsortio tarjoaa parhaimmillaan monialaista osaamista ja ammattitaitoa verrattuna yksittäisiin tarjoajiin.

Mahdollisuudella osallistua hankintaan ryhmittymänä on tavoiteltu erityisesti pienten ja keskisuurten yritysten aseman parantamista tarjouskilpailuissa. Pk-yritysten aseman parantaminen tarjouskilpailuissa on perusteltua; nämä yritykset ovat merkittäviä taloudellisia toimijoita EU:n sisämarkkinoilla, mutta siitä huolimatta niillä ei ole

¹²⁴ Oikeuskirjallisuudessa on mainittu esimerkiksi laivateollisuus, *Bishop – Walker* (2002) s. 432.

¹²⁵ Hankintalain esitöissä todetaan, että ryhmittymän käyttäminen on erityisen kannattavaa laajoissa hankinnoissa, joiden toteuttaminen vaatii useiden erityisalojen tuntemusta ja ammattitaitoa, jota yksittäinen toimija ei välttämättä hallitse, HE 108/2016 vp s.199. Ryhmittymänä toimiminen voi siten olla perusteltua myös suurempien yritysten ollessa kyseessä, jos yritysten ammattitaito on suppeaa verrattuna hankinnan kohteeseen.

vastaavaa osuutta hankintasopimuksista.¹²⁶ Pienempien resurssien lisäksi pk-yrityksille haasteita tuovat korkeat rahoitus- ja työntekijäkustannukset skaalaetujen ollessa pienempiä.¹²⁷ Pk-yritysten osallistumisella tarjouskilpailuihin on kuitenkin positiivisia vaikutuksia. Ensinnäkin, näiden yritysten aseman parantamisella on hankintadirektiivin sosiaalisia tavoitteita tukeva vaikutus, sillä niiden on katsottu luovan isompia yrityksiä enemmän työpaikkoja ja parantavan paikallisen alueen talouskasvua.¹²⁸ Pk-yritysten osallistuminen parantaa myös hankintadirektiivin keskeisimmän tavoitteen, julkisten varojen tehokkaan hyödyntämisen toteutumista, kun tarjouksia saadaan monipuolisemmin kilpailun kasvaessa. Pk-yrityksillä on myös merkittävää innovaatiopotentiaalia ja näiden edellä mainittujen seikkojen vuoksi niitä onkin kuvattu EU:n talouden selkärangaksi.¹²⁹ Niiden aseman parantaminen julkisissa hankinnoissa on siten ehdottomasti hyödyllistä pitkällä aikavälillä. Toki pk-yritykset voivat jättää niin ikään osatarjouksia jostain tietystä hankinnan osasta tai toimia alihankkijoina, mutta konsortion muodostaminen on yksi keino osallistua suurempiin tarjouskilpailuihin.

Hankintayksikkö voi asettaa konsortiolle sellaisia erityisehtoja, joita ei edellytetä yksittäisiltä toimijoilta. Hankintayksikkö ei voi esimerkiksi edellyttää tarjoajalta tiettyä oikeudellista muotoa, mutta konsortion ollessa kyseessä, tällaisia erityisehtoja on mahdollista asettaa. Ehtojen on kuitenkin oltava tarpeellisia hankintasopimuksen toteutumisen kannalta, eivätkä ne saa olla perusteettomia tai suhteettomia.¹³⁰ Hankintayksikkö voi siten edellyttää konsortion olevan hankintasopimuksen tekohetkellä osakeyhtiömuotoinen toimija, jos se on sopimuksen toteuttamiseksi tarpeellista.¹³¹

Hankintadirektiivin 63 artiklan nojalla tarjoaja tai tarjoajana toimiva konsortio voi tarjouksessaan vedota myös muiden yksiköiden voimavaroihin, joita se tulee hyödyntämään kyseisessä hankintasopimuksessa. Kyse voi olla esimerkiksi tarjoajan

¹²⁶ Komission tiedonanto COM (2017) 572, s.6.

¹²⁷ *Lichère et al.* (2014) s. 259. Skaalaetuja saadaan tilanteessa, jossa tuotettavan hyödykkeen keskimääräinen hinta laskee sen mukaan, mitä enemmän hyödykettä tuotetaan.

¹²⁸ *Lichère et al.* (2014) s. 258-259.

¹²⁹ Vihreä kirja 27.1.2011, s.28.

¹³⁰ Asia C-425/14, *Impresa Edilux Srl*, jossa katsottiin unionin oikeuden suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi ehdokkailta ja tarjoajilta edellytetty ilmoitus siitä, että ne eivät ole määräysvalta- tai assosiaatiosuhteessa toisiinsa ehdokkaisiin tai tarjoajiin tai että ne eivät ole tehneet tai aio tehdä sopimuksia toisten hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien kanssa, kohta 29.

¹³¹ Hankintayksikkö voi myös vaatia, että konsortio nimeää edustajan, joka toimii koko konsortion jäsenten edustajana suhteessa hankintayksikköön. Lisäksi konsortiolle voidaan asettaa liikevaihtoa koskevia vaatimuksia, jonka koko konsortion jäsenet täyttävät yhdessä tai siten, että vähintään yksi sen jäsenistä täyttää tietyn vähimmäisliikevaihtovaatimuksen, *Eskola et al.* (2017) s.450-451.

kanssa samaan konserniin kuuluvista yhtiöistä tai kumppanuusyhtiöistä, joilla on sellaisia taloudellisia tai teknisiä voimavaroja, jotka mahdollistavat hankinnan toteuttamisen. Toisen yksikön voimavaroja voivat olla tekninen tai ammatillinen pätevyys, joita tarjoaja hyödyntää hankintasopimuksen toteuttamisessa tilanteessa, jossa sillä itsellään ei ole vastaavaa kokemusta tai pätevyyttä. Oikeuskäytännössä on katsottu sallituksi se, että tarjoaja, joka ei täyty itse tarjoajalle asetettuja vaatimuksia voi vedota sellaisen yrityksen suorituskykyyn, johon se voi myös turvautua hankinnan kohteen toteuttamisessa.¹³² Tarjoajan on esitettävä riittävä näyttö siitä, että sen yksikön, jonka voimavaroihin tarjoaja vetoaa, resurssit ovat riittävät ja käytettävissä hankintasopimuksen toteuttamisessa. Hankintaviranomaisen on puolestaan varmistettava, että tarjoajan ehdottama yksikkö soveltuu suorittamaan hankinnan kohteen ja että tarjoajalla on tosiasiasa mahdollisuus hyödyntää resursseja koko hankinnan ajan.¹³³ Kolmannen voimavaroihin vetoaminen on tarjoajan oikeus, jota voidaan rajata ainoastaan poikkeuksellisissa olosuhteissa.¹³⁴ Toisten voimavaroihin vetoamista voisi verrata alihankintaan. Konsortioista poiketen, se, joka vetoaa toisten voimavaroihin jättää itsenäisen tarjouksensa eivätkä ne yritykset, joiden voimavaroja hyödynnetään, ole vastuussa hankinnan toteuttamisesta.

3.4.2. Alihankinta

Alihankintaa on myös hyvin tyypillisesti käytetty hankinnan osan toteuttamisessa. Alihankkijana toimiva yritys ei ole tarjoaja eikä vastaa hankinnan kohteesta hankintayksikölle. Se on pikemminkin tarjoajan palkkaama toimija, joka toteuttaa tietyn osan hankinnan kohteesta. Alihankkija on suorassa sopimussuhteessa ainoastaan tarjoajaan, eikä hankintayksikön ja alihankkijan välille synny sopimussuhdetta. Käytännössä päätoteuttaja jättää siis tarjouksen itsenäisesti ja vasta sen jälkeen keskustelelee alihankinnan toteuttamisesta omien sopimuskumppaniensa kanssa.¹³⁵ Vaihtoehtoisesti hankinnan päätoteuttaja ja alihankkija voivat valmistella ja jättää tarjouksen yhdessä, jolloin järjestely on lähempänä konsortiota, mutta alihankkija vastaa edelleen vain tietyn osan toteuttamisesta.¹³⁶

¹³² Asia C-176/98, *Holst Italia SpA*, kohta 27.

¹³³ Asia C-176/98, *Holst Italia SpA*, kohta 28.

¹³⁴ Asia C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, kohta 39.

¹³⁵ *Thomas* (2015) s.629.

¹³⁶ *Thomas* (2015) s.629.

Hankintayksikkö voi vaatia tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan hankinnasta tarjoaja mahdollisesti aikoo antaa alihankkijan toteutettavaksi. Ilmoituspyyntö voi koskea lisäksi myös ehdotettuja alihankkijoita, vaikka hankintayksikön ja alihankkijan välille ei muodostukaan keskinäistä sopimusta. Tietojen pyytäminen tuo läpinäkyvyyttä pääsopimuskumppanin solmimaan sopimusketjuun ja hankintayksikkö saa tietoa siitä, mitkä yritykset suorittavat palveluita hankintayksikön valvomissa tiloissa.¹³⁷ Jo 1970- luvulla alihankinnan nähtiin edistävän merkittävästi jäsenvaltioiden rajat ylittävää kauppaa, minkä vuoksi alihankinnan tukeminen nähtiin yhtenäisten sisämarkkinoiden kannalta hyödyllisenä.¹³⁸ Komissio on todennut alihankinnan olevan erittäin hyödyllistä pk-yritysten kannalta ja todennut, että alihankinnan mahdollistaminen mahdollistaa myös pk-yritysten kasvun ja markkinoille pääsyn.¹³⁹ Tämän vuoksi vielä vuoden 2004 hankintadirektiivissa säädettiin siitä, että viranomaisella oli mahdollisuus edellyttää, että käyttöoikeussopimuksen saaja tekee kolmansien kanssa sopimuksia, joiden arvo on vähintään 30 prosenttia kyseisen urakan kohteena olevien töiden kokonaisarvosta.

Pääsopimuskumppanilla on edelleenkin katsottu olevan mahdollisuus antaa osa sopimuksesta alihankintana kolmannelle osapuolelle.¹⁴⁰ EU:n oikeuskäytännössä omaksutun linjauksen mukaan alihankkijan käyttö voidaan kieltää ainoastaan perustelluista syistä tiettyjen kriittisten töiden osalta, mutta vain rakennusurakka- ja palveluhankinnoissa tai tavarahankintaan liittyvissä kokoamis- ja asennustöissä.¹⁴¹ ”Kuten Euroopan yhteisöjen komissio on perustellusti todennut, direktiivin 92/50/ EY:n vastainen ei ole sellainen kielto tai rajoitus, joka koskee turvautumista alihankkijoihin sopimuksen olennaisten osien täyttämiseksi ja jota sovelletaan nimenomaan silloin, kun hankintaviranomainen ei ole kyennyt tarkistamaan alihankkijoiden teknistä ja taloudellista suorituskykyä tutkiessaan tarjouksia ja valitessaan edullisinta tarjoajaa”.¹⁴²

¹³⁷ Pekkala et al. (2017) s.290.

¹³⁸ Komission VII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 24.

¹³⁹ Komission VI kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 5.

¹⁴⁰ Asia C-178/98, *Holst Italia SpA*, kohdat 24-27.

¹⁴¹ *Eskola et al.* (2017) s.394. Tämä on perusteltu näkökulma, sillä tavarahankinnoissa yrityksen rooli on hieman erilainen kuin palveluhankinnoissa, joissa yrityksen tarjoaman palvelun tasolla on tavarahankintoja huomattavasti suurempi merkitys.

¹⁴² Asia C-314/01, *Siemens v. ARGE Telekom*, kohta 45. Italiassa alihankkijan määrääminen voi olla tietyissä tapauksissa jopa pakollista. Hankintaviranomaisen tulee ilmoittaa kaikki sopimukseen liittyvät tehtävät ja jakaa ne ensisijaisiin (*Ta*) ja toissijaisiin velvoitteisiin (*Tb & Tc*). Pakollinen alihankinta tulee kyseeseen silloin, kun sopimuksen toissijaisen tehtävien osalta tarjouskilpailun voittaja sellainen yritys, joka ei itsenäisesti täyty hankintaviranomaisen asettamia tarjoajia koskevia vaatimuksia. Ensisijaisten tehtävien

Alihankintaa ei myöskään saisi sallia silloin, kun sitä käytetään kiertämään hankintaviranomaisen asettamia vaatimuksia.¹⁴³ On tiedostettava, että alihankintaankin saattaa liittyä kilpailua haittaavia vaikutuksia, varsinkin silloin, kun alihankintasopimus on kilpailijoiden välinen.¹⁴⁴ Edellä mainittujen syiden lisäksi *Sánchez Graells* toteaa, että alihankinnalla ei aina saada tehokkaasti uudelleenallokoitua sopimuksen kohteena olevia velvoitteita ja hankintayksikön tulisi harkita alihankinnan käyttöä ainakin sopimuksien olennaisten osien osalta, varsinkin niissä tilanteissa, joissa hankinta voidaan jakaa osiin.¹⁴⁵

4. Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta

4.1. Tarjousyhteistyö ja markkinat

4.1.1. Tarjouskartellit

Julkiset hankinnat ovat taloudellisesti merkittäviä hankkeita julkisten toimijoiden ostaessa yksityisiltä toimijoilta tavaroita ja palveluita miljardeilla euroilla jo pelkästään kansallisella tasolla.¹⁴⁶ Johtuen muun muassa julkisen kysynnän vakaudesta ja ennustettavuudesta, julkiset hankinnat ovat valitettavasti myös otollinen maaperä tarjouskartelleille.¹⁴⁷ On myös esitetty näkökantoja siitä, että hankintaprosessin läpinäkyvyys olisi omiaan helpottamaan kartellien muodostumista.¹⁴⁸ Tarjouskartelleja voi esiintyä myös yksityisissä tarjouskilpailuissa, mutta julkisissa hankinnoissa niiden olemassaolo on nähty erittäin haitallisena. Kun hankintamenettelyllä pyritään verovarojen tehokkaaseen käyttöön, estävät tarjouskartellit tämän tavoitteen toteutumisen; kun tarjous ei perustu todelliseen kilpailuun yritysten välillä myös hankintayksikön saama tarjous on korkeampi. Haitallisuuden osalta on myös huomattava,

osalta tarjoajat eivät voi vedota alihankkijan resursseihin, mutta voivat perustaa *ad hoc* konsortion, josta ainakin yhden yrityksen tulee täyttää kaikki hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset, kts. *Moretti – Valbonesi* (2015) s.575.

¹⁴³ *Sánchez Graells* (2011) s.290. On huomioitava, että Suomessa tilaajavastuulain (1233/2016) mukaiset selvitysvelvollisuudet koskevat myös alihankkijoita.

¹⁴⁴ Thomas on maininnut riskeistä muun muassa alihankkijaa sitovat epäedulliset sopimusehdot, jotka voivat estää alihankkijaa kilpailemasta tarjouksesta itsenäisesti. Mahdollista on myös se, että alihankintasopimus on tehty siinä tarkoituksessa, että yritykset eivät kilpaile keskenään tarjouskilpailusta vaan sen sijaan jakavat sopimuksen. Tällainen käyttäytyminen on tyypillistä tarjouskartelleille, *Thomas* (2015) s. 637.

¹⁴⁵ *Sánchez Graells* (2011) s.291.

¹⁴⁶ Esim. *Huikko et al.* (2017) s. 20.

¹⁴⁷ *Sánchez Graells* (2011) s.69.

¹⁴⁸ Euroopan komissio, vihreä kirja 27.1.2011, s. 32-33.

että kynnysarvoista johtuen hankintayksiköllä on velvollisuus kilpailuttaa kaikki kyseiset arvot ylittävät hankinnat, jolloin kyse on liiketaloudellisesti erittäin arvokkaista sopimuksista.

Tarjouskartellilla tarkoitetaan siis *tarjouskilpailun yhteydessä* tarjouksesta keskenään kilpailevien yritysten välistä sopimusta tai yhdenmukaistettua menettelyä, jolla pyritään vaikuttamaan muun muassa tarjouksen hintaan tai tarjouskilpailuun osallistumiseen.¹⁴⁹ Keskinäinen tietojenvaihto helpottaa yritysten mahdollisuuksia tehdä tarjousmenettelyssä sellaista yhdenmukaistettua yhteistyötä, joka saattaa SEUT 101(1) artiklan nojalla tulla arvioitavaksi tarjouskartellina. Varsinkin silloin, kun kartelliin osalliset yritykset vahvistavat hintoja suhteessa kolmansiin tai jakavat keskenään markkinoita taikka asiakkaita menettely nähdään erittäin haitallisena. Tällöin yritysten toimintaa arvioidaan kyseisen järjestelyn tarkoituksen perusteella, eikä kilpailua rajoittavia vaikutuksia tarvitse osoittaa.¹⁵⁰ Kuten Euroopassa, tarjouskartelleihin suhtaudutaan myös Yhdysvalloissa kielteisesti ja ne ovat Sherman Actin nojalla kiellettyjä *per se*, jolloin viranomaisen ei tarvitse osoittaa järjestelyn tosiasiallisia vaikutuksia tai potentiaalisia hyötyjä.¹⁵¹

Kartellin yhdenmukaistaessa tarjouskäyttäytymisensä järjestelyyn kuuluvat yritykset pystyvät jättämään tarjouskilpailussa korkeamman tarjouksen, sillä kilpailua ei enää ole. Tyypillisin toteutustapa lienee se, että ennalta sovittu ”voittaja” tekee matalimman tarjouksen, joka on kuitenkin korkeampi kuin kilpailullisessa tilanteessa vastaava matalin tarjous. Muut tarjoajat jättävät tällöin näennäisen peitetarjouksen tai luopuvat tarjoamisesta kokonaan.¹⁵² Kun tarjouskilpailun järjestäjä maksaa sopimuksesta korkeamman hinnan, yritykset saavat siitä enemmän voittoa, jotka jaetaan kartellin jäsenten kesken.¹⁵³ Tarjous voi myös muilta ehdoiltaan perustua tarjouskartelliin, jolloin hankintayksikkö sitoutuu epäedullisempiin ehtoihin kuin ilman kartellia.¹⁵⁴ Tyypillistä on kartelliin osallisten yritysten rotaatio, jolloin tarjouksen voittaja perustuu ennalta

¹⁴⁹ mm. *Hüschelrath* (2013) s.185.

¹⁵⁰ *Asia C-67/13, CB v. komissio*, kohta 49. ja C-209/07, BIDS- tuomio, joissa todettiin, että tietyn tyyppinen kollusiivinen toiminta johtaa niin todennäköisesti haitallisiin kilpailuvaikutuksiin, että sitä on pidettävä tarkoitukseen perustuvana kilpailunrajoituksena. Hintojen vahvistaminen suhteessa kolmansiin on yksi esimerkki edellä tarkoitettusta kollusiivisesta menettelystä.

¹⁵¹ *Langer* (2015) s.99.

¹⁵² *Hüschelrath* (2013) s.185

¹⁵³ OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi, s.8.

¹⁵⁴ Yritysten yhdenmukaistettua menettelyä voi esiintyä myös niiden ostaessa tavaroita tai palveluita, jolloin tavoitteena on sopimuksen saaminen edullisemmilla ehdoilla kuin kilpailullisessa tilanteessa. Myös tällöin kyse on tarjouskartellista, esim. MAO 69/13 dnro 223/11/KR.

sovittuun järjestykseen, joka vaihtelee tarjouskilpailuittain.¹⁵⁵ Kartellin toiminnasta poikkeavaa jäsentä rangaistaan muiden jäsenten toimesta. Laajoissa tapauksissa tarjouskartelliin on myös liittynyt markkinoiden tai asiakkaiden jakamista maantieteellisiin alueisiin. Tällöin muut kartelliin osalliset eivät voi osallistua lainkaan tai osallistuvat peitetarjouksilla tiettyyn tarjouskilpailuun kyseisellä sopimuksella jaetuilla markkinoilla tai niiden osalla.¹⁵⁶ Tarjouskartellissa on siis kyse jatkuvasta tietojenvaihdosta koskien tarjouskilpailuissa jätettäviä tarjouksia sekä niiden tarkempaa sisältöä. Toisaalta mainitunlainen käyttäytyminen on myös omiaan paljastamaan kartellin jäsenten toiminnan.¹⁵⁷

Mikäli tarjous perustuu yritysten väliseen sopimukseen tai muuhun järjestelyyn, tarjous ei perustu kilpailupaineesta aiheutuvaan toimivaan hintamekanismiin.¹⁵⁸ Mitä keskittyneempi kartelli on ja mitä enemmän siinä on mukana kyseisillä markkinoilla toimivia yrityksiä, sitä enemmän hinnat nousevat sen seurauksena.¹⁵⁹ Tarjouskilpailun perustuminen keinotekoiseen järjestelyyn vaikeuttaa kartelliin kuulumattomien tarjoajien mahdollisuuksia voittaa tarjouskilpailua, jolloin ainoaksi vaihtoehdoksi voi jäädä tarjouskartelliin liittyminen elinkeinotoiminnan jatkamiseksi.¹⁶⁰ Näin on varsinkin silloin, mitä enemmän kartellilla on markkinavoimaa, jota se voi hyödyntää tarjouksen laadussa. Komissio otti ensimmäisen kerran kantaa tarjouskartellien luonteeseen tapauksessa *European Sugar Industry*, jolloin se totesi, että tarjouskilpailun toteutumisen kannalta nimenomaan tarjoajien välinen kilpailu on tärkein tekijä.¹⁶¹

Hankintayksiköiden tulisikin ottaa kartelliriski huomioon ja suunnitella hankintaprosessi siten, että viranomaisen ei itse rajoita kilpailua perusteettomasti, jolloin se saattaakin tulla helpottaneeksi myös kartellin toimintaa.¹⁶² Aikaisemmin käsiteltyjen tarjousasiakirjojen ja tarjoajia koskevien vaatimusten lisäksi suuressa roolissa on niin ikään itse menettelytapa. Avoimessa hankintamenettelyssä tarjoajien määrä on suurempi, jonka on

¹⁵⁵ *Wagner-Von Papp* (2011), rotaatio on myös omiaan vaikuttamaan kartellien keston, s.180.

¹⁵⁶ KHO 2009:83/2389, *asfalttikartelli*.

¹⁵⁷ Suomessa kilpailuviranomainen on julkaissut ohjeen tarjouskartellien havaitsemiseksi, KKV (2012).

¹⁵⁸ Kartellin saavuttaman kollusiivisen markkinavoiman avulla yritykset voivat nostaa hinnan kilpailullisen tason yläpuolelle.

¹⁵⁹ *Hüschelrath* (2013) s.186.

¹⁶⁰ Esim. Komission päätös, *Building and construction industry in the Netherlands*, [EUVL 1992] L 92/1, kohta 109.

¹⁶¹ Komission päätös, *European Sugar Industry*, [EUVL 1999] L 140/17, kohta II F ja asia C-40/73 *Suiker Unie*.

¹⁶² OECD ohje tarjouskartellien torjumiseksi, sivut 7-8.

nähty johtavan lähtökohtaisesti siihen, että tarjoajien välinen kilpailu kasvaa. Toisaalta esimerkiksi suora hankinnan tai kilpailullisen neuvottelumenettelyn valitseminen voi osaltaan vaikeuttaa kartellin toimintaa, kun hankintayksikkö päättää sopimusneuvotteluihin kutsuttavat yritykset eivätkä yritykset voi käydä keskinäistä vuoropuhelua. Hankintamenettelyn valinnan lisäksi hankintayksikön tulee myös huomioida se, miten laajasti se antaa prosessin kulusta ja osallisista tietoa tarjoajille. Tiettyssä yksittäisessä hankinnassa kartellin muodostamiseksi tarjoajien tulee pystyä identifioimaan muut tarjoajat.¹⁶³ Joskus jopa tarjoajien lukumäärä ilman tarkempia yksilöintitietoja voi olla ratkaiseva tekijä.¹⁶⁴ Tällainen tilanne on mahdollinen ainakin laajassa tarjouskilpailuissa, jotka koskevat sellaista palvelu- tai tavarahankintaa taikka rakennusurakkaa, jonka markkinat ovat keskittyneet ja ehdokkaiden on helppo arvata muiden tarjoajien identiteetti pelkästään tarjouskilpailun kohteen koosta tai vaadittavista resursseista. Vaikka osa hankintamenettelyistä voikin vaikeuttaa kartellin toimintaa rajoittamalla sen mahdollisuuksia yhdenmukaistaa tarjouksensa, valittu toteutustapa voi kuitenkin rajoittaa kilpailua välillisesti. Näin on katsottu olevan esimerkiksi kilpailullisen neuvottelumenettelyn osalta, joka voi menettelyn yhdenmukaistamisen sijaan olla ongelmallinen suhteessa tiedonvaihtoon kilpailijoiden välillä.¹⁶⁵ Menettelyssä nimittäin vaihdetaan sensitiivistä tietoa aina hinnoittelusta alkaen, joka tulee niin ikään kilpailijoiden tietoon.

4.1.2. Julkiset hankinnat osana markkinoita

Kartellien yleisyyden kannalta lienee syytä tarkastella julkisten hankintojen markkinoita laajemmin. Julkiset hankinnat eroavat muista markkinoista siinä, että tavaran, tuotteen tai urakan hankintaprosessi perustuu lähtökohtaisesti tarjouskilpailuun, jossa voittaneen ehdokkaan tarjous valitaan hankinnan kohteen toimittajaksi. *Bishop ja Walker* ovat katsoneet, että niin sanottujen normaalien kaupallisten markkinoiden ollessa kyseessä yritysten välinen kilpailu tapahtuu markkinoilla (*in the market*).¹⁶⁶ Yritys asettaa hinnan,

¹⁶³ *Weishaar* (2013) s. 96.

¹⁶⁴ *Weishaar* (2013) s.96. Näin saattaa olla tilanteissa, joissa markkinat ovat pienet ja tarjoajien on helppo päätellä muut tarjouskilpailuun osallistuneet ehdokkaat.

¹⁶⁵ Välillisellä kilpailun rajoittamisella *Sánchez Graells* on tarkoittanut hankintamenettelyn aiheuttamaa kilpailunrajoitusta, ei niinkään yritysten keskinäistä vuoropuhelua, *Sánchez Graells* (2011) s.71.

¹⁶⁶ Normaaleilla kaupallisilla markkinoilla on tässä yhteydessä tarkoitettu niitä markkinoita, joilla yrityksen asettamat hinnat ovat kaikille potentiaalisille ostajille samat, *Bishop – Walker* (2002) s.432. Sen sijaan julkisen hankintayksikön toimiessa ostajana myynti tapahtuu tarjouksen muodossa, josta puuttuu yksityisoikeudelliselle kaupankäynnille tyypillinen neuvottelumahdollisuus esimerkiksi vastatarjouksen muodossa.

jolla uskoo saavansa ostajia. Korkeampi hinta ei kuitenkaan johda siihen, ettei tuotetta ostettaisi ollenkaan – ellei hinta ole selvästi liian korkea. Sen sijaan tarjouskilpailussa kilpailu tapahtuu markkinoista (*for the market*), tai tässä tapauksessa hankintasopimuksista. Liian korkean tarjouksen jättäneet yritykset häviävät kilpailun ja ainoastaan voittajan tarjous valitaan.¹⁶⁷ Kun sopimukset ovat arvoltaan suuria ja vain yksi tarjous voi voittaa (*”winner takes it all”*), yrityksille syntyy paine tarjouskilpailun voittamiseen, jota voidaan vähentää kollusiivisella käyttäytymisellä.¹⁶⁸ Mielestäni ajattelutapa on kuitenkin liian mustavalkoinen ottaen huomioon, että julkisen kysynnän kohteena on hyvin laaja joukko erilaisia tavaroita ja palveluita.

Myös oikeuskirjallisuudessa on esitetty vastakkaisia näkökantoja, joiden mukaan kyseistä ajattelutapaa ei kuitenkaan voida soveltaa sellaisenaan suurimpaan osaan julkisien ostajien toteuttamiin tarjouskilpailuihin, sillä hankintoja koskevasta sääntelystä johtuen hankintayksiköiden järjestämiltä tarjouskilpailuilta puuttuu sellaisia ominaisuuksia, jotka on katsottu tarjousmarkkinoiden (*bidding markets*) tyypillisiksi ominaisuuksiksi.¹⁶⁹ Näin ollen julkiset hankinnat voitaisiin nähdä täysin omanlaisinaan markkinoina, joilla kaupanteko ja käyttäytyminen perustuu hankintasääntöihin. Tämä vaikuttaisi myös relevanttien markkinoiden määrittelyyn. Käytännössä arviointi on kuitenkin tapauskohtaista ja hankintayksiköiden rooli markkinoilla vaihtelee.¹⁷⁰ Tiettyjen tuotteiden tai palveluiden ollessa kyseessä julkista kysyntää ei juurikaan ole, kun taas tietyissä tilanteissa hankintayksiköt ovat ainoita ostajia.¹⁷¹ Julkisten hankintojen markkinoita ei siten nähdäkseni voida määrittellä joko omikseen tai normaaleihin markkinoihin kuuluviksi hankintasääntelyn laajan soveltamisalan johdosta.

Sánchez Graells on määritellyt julkisia hankintoja koskevan sääntelyn markkinahäiriöksi, sillä sen seurauksena tasapaino kyseisillä markkinoilla eroaa normaaleista markkinoista ja kilpailu vääristyy suoraan tai epäsuoraan.¹⁷² Yksi epäsuorista vaikutuksista on nimenomaan tarjoajien välisen yhteistyön lisääntyminen. Syynä tähän on nähty olevan

¹⁶⁷ *Bishop – Walker* (2002) s.436.

¹⁶⁸ *Bishop – Walker* (2002) s.433. ”Tarjoaja saa kaiken”-periaatteen vaikutuksiin yritysten tarjouskäyttäytymisessä on kiinnitetty myös huomiota komission ratkaisukäytännössä, esim. *Pirelli/BICC*, [EUVL 2003] L 70/35.

¹⁶⁹ *Sánchez Graells* (2011) s. 61, tarjousmarkkinoiden ominaisuuksista kts. *Klemperer* (2008) s.585-589.

¹⁷⁰ Kts. markkinamäärittelystä luku 6.1.

¹⁷¹ Esimerkkinä mainittakoon luksustuotteet, joiden kysyntälähteet ovat lähes täysin yksityisiä, kun taas puolustushankinnoissa tilanne on päinvastainen, *Sánchez Graells* (2011) s. 42.

¹⁷² *Sánchez Graells* (2011) s.57.

hankintasääntöjen läpinäkyvyys ja ennalta-arvattava tarjousprosessi.¹⁷³ Siinä missä yksityinen toimija saa tarjouskilpailua järjestäessään valita strategiansa vapaasti, julkinen hankintaviranomainen on sidottu toimimaan läpinäkyvyyttä ja menettelyä koskevien sääntöjen mukaan, joiden tarkoituksena on osittain estää julkisen toimijan hankintavallan väärinkäyttö.¹⁷⁴

Kilpailua eivät rajoita välttämättä ainoastaan tarjoajien keskinäiset toimet, vaan tietyissä tapauksissa hankintayksikkö voi vaikuttaa kilpailijoiden asemaan haitallisesti. Mikäli julkinen kysyntä on markkinoilla pääsääntöinen kysynnänlähde hankintayksiköllä on ostovoimaa, josta tarjoajat ovat riippuvaisia.¹⁷⁵ Hankintayksikkö voi asettaa tarjoajien kannalta taloudellisesti epäedullisia ehtoja, kuten enimmäishinnat tai –budjetit, jotka eivät välttämättä perustu markkinaehtoisuuteen, jolloin myös tarjoajien mahdollinen voitto pienenee. Hankinta voidaan järjestää myös siten, että tarjoajien on kehitettävä tarjoustaan edelleen hankintaprosessin edetessä. Tästä esimerkkinä Sánchez Graells mainitsee kilpailullisen neuvottelumenettelyn, jossa neuvottelujen päättymisen jälkeen pyydetään lopullista tarjousta (*best and final offers*).¹⁷⁶ Tarjouksen jättämisen kustannukset kasvavat siinä suhteessa, mitä useampivaiheinen prosessi on ja mitä enemmän aikaa se vaatii. Yritysten kannalta on monia syitä miksi osallistua tällaiseen taloudellisesti epäedulliseen tarjouskilpailuun. Ensinnäkin tarjouksen voittaminen antaa yritykselle kokemusta, josta on hyötyä myöhemmissä (taloudellisesti houkuttelevimmissa) hankinnoissa, etenkin niissä mahdollisesti asetettavien kokemusvaatimusten vuoksi. Tarjouskilpailun voittamisesta voi saavuttaa myös strategisia hyötyjä, kuten mainetta tai uusille markkinoille pääsyn. Tarjouksen mukauttaminen voi johtua myös siitä, että sopimuksen voittamalla yritys saa menettämänsä osallistumiskustannukset ja muut tarjoukseen liittyvät kustannukset katettua.¹⁷⁷

Tällaisella menettelyllä hankintayksikkö voi vaikuttaa markkinoiden normaaliin kehittymiseen ja kilpailuun tarjoajien välillä. Vaikka menettelyllä saataisiinkin hankintayksikön rahoille paras vastine kyseisessä tarjouskilpailussa, pitkällä aikavälillä

¹⁷³ Sánchez Graells (2011) s.71.

¹⁷⁴ OECD: Public Procurement: Role of Competition Authorities (2007) s.40.

¹⁷⁵ Motta (2004) s.145.

¹⁷⁶ Sánchez Graells (2011) s.361.

¹⁷⁷ Sánchez Graells (2011) s.360-361, Sánchez Graells on käyttänyt termiä ”squeezing public contractors”.

menettely voi johtaa siihen, että tarjoajat jättävät korkeampia tarjouksia, jotta heillä olisi varaa mukauttaa tarjoustaan monivaiheisen hankintamenettelyn pitkittyessä.¹⁷⁸ Vahvan ostajan neuvotteluvoimalla voidaan lisätä toisaalta myös kilpailua tarjoajien välillä ja vahva ostaja voi ostokäyttäytymisellään vaikeuttaa kollusiivista toimintaa.¹⁷⁹ Tästä esimerkkinä *Motta* on maininnut muun muassa toimittajan vaihtamisen ja sopimuksen siirtämisen toiselle.¹⁸⁰ Motan esimerkki soveltunee paremmin yksityisten toimijoiden väliseen sopimussuhteeseen. Julkisissa hankinnoissa yllä mainittu tilanne voisi tulla kyseeseen silloin, mikäli käsillä on hankintadirektiivissä tarkoitettu harkinnanvarainen poissulkemisperuste, kuten aikaisempi sopimusrikkomus. Hankintayksikkö ei kuitenkaan voi uhkailla vaihtavansa toimittajaa, sillä lähtökohtaisesti myös aikaisemmalla toimittajalla on oikeus osallistua uuteen hankintaprosessiin. Vaikka julkisella hankintayksiköllä onkin lähtökohtaisesti paljon ostovoimaa, sen menettely on sidottu tiettyihin ennalta-arvattaviin normeihin.

4.1.3. Markkinaolosuhteiden vaikutus yritysten välisen yhteistyön muodostumiseen

Hankintaprosessia koskeva sääntely voi olla omiaan lisäämään kolluusiota ja vaikuttamaan markkinoiden kilpailuolosuhteisiin, mutta merkitystä on myös muilla markkinaolosuhteilla. Muun muassa *Klemperer* on todennut, että tarjousmarkkinoilla, käsittäen sekä yksityiset että julkiset tarjouskilpailut, esiintyvät kilpailuongelmat ovat verrattavissa normaaleihin kaupallisiin markkinoihin.¹⁸¹ Julkisia hankintoja ei mielestäni voida edes eristää omiksi markkinoikseen, sillä hankintojen kohteena on laaja joukko tavaroita tai palveluita ja vain osa hankinnoista on tarkkaan hankintayksikön tarpeisiin mukautettuja. Yritysten kollusiivinen käyttäytyminen oli jo 1980-luvulla hyvin yleinen ongelma tarjouskilpailuiden yhteydessä ja yhdysvaltalaiset *Porter ja Zona* ovat tutkineet tarjouskartellien esiintymistä valtion tietöitä koskevissa hankinnoissa.¹⁸² Kyseisillä markkinoilla ilmeni useita ominaisuuksia, jotka edesauttoivat yritysten toiminnan yhdenmukaistamista. Alalla toimivat yritykset tekivät yhteistyötä hankinnan saamiseksi

¹⁷⁸ *Sánchez Graells* (2011) s.361.

¹⁷⁹ *Motta* (2004) s.145.

¹⁸⁰ *Motta* (2004) s.145.

¹⁸¹ *Klemperer* (2008) s.590.

¹⁸² *Porter – Zona* (1992) s.1: ”Between 1982 and 1988, more than half of the criminal cases filed by the Antitrust Division of the Department of Justice involved bid rigging or price fixing in auction markets. Bid rigging appears to be a pervasive problem, with indictments in highway construction, the distribution of school milk, utility procurement and other auction markets.

(muodostivat konsortion); markkinat olivat melko keskittyneet; tarjousmenettely oli järjestetty siten, että yritykset pystyivät vaihtamaan tietoja toistensa kanssa; maantieteelliset markkinat olivat eristäytyneet¹⁸³ ja alalle tulo oli vaikeaa. Kuten tutkielman alussa jo todettiin, tarjouskilpailuissa esiintyvää kartelliongelmaa ei ole saatu ratkaistua tähän päivään mennessä.¹⁸⁴

Merkityksellisin niistä seikoista, jotka helpottavat tarjouskartellien muodostumista, lienee markkinoiden keskittyneisyyden aste.¹⁸⁵ Kun keskittyneillä tai oligopolistisilla markkinoilla toimii vain vähän yrityksiä, joiden markkinaosuudet ovat suuret, on kilpailijoiden välisen menettelyn yhdenmukaistaminen ja sen säilyttäminen helpompaa.¹⁸⁶ Keskittyneille markkinoille tulo ei myöskään ole uusien yritysten kannalta yhtä houkuttavaa verrattuna kilpailtuun toimialaan. Kun kilpailu lisääntyy, myös kartellin toiminta ja hintojen ylläpitäminen korkeina vaikeutuu. Ensinnäkin, yritysten välisen yhteisymmärryksen saavuttaminen edellyttää enemmän neuvotteluita ja toisekseen kartellin jäsenille maksettavat palkkiot (*pay-offs*) pienenevät, jos järjestelyssä on useampia yrityksiä mukana.¹⁸⁷ Kun mukana on enemmän yrityksiä hintakilpailu on lähtökohtaisesti kovempaa, jolloin kartellin mahdollisuudet hinnan korottamiseksi ovat pienemmät. Keskittyneisyyden asteeseen liittyy osittain myös markkinoille pääsy; markkinat saattavat keskittyä, mikäli alalle pääsy on vaikeaa ja vaatii runsaasti resursseja, jolloin pienempien ja uusien yritysten on vaikeampi tulla markkinoille. Mikäli markkinoillepääsy on helppoa ja houkuttelee uusia yrityksiä, vaikeuttaa se yhdenmukaistettua toimintaa.¹⁸⁸ Keskittyneisyyden aste vaikuttaa luonnollisesti myös

¹⁸³ Eristyneillä markkinoilla *Porter & Zona* luultavasti tarkoittivat tarjoajien paikallisuutta, sillä tässä tapauksessa tarjouskilpailuihin osallistuminen oli vaikeaa johtuen kustannuksista, joita resurssien siirtäminen alueelta toiselle aiheutti. Tästä syystä paikallisten tarjoajien oli myös helpompi voittaa tarjouskilpailu.

¹⁸⁴ Mm *Kuoppamäki* (2003) on väitöskirjassaan maininnut kartellien renessanssin, sillä 2000-luvun alussa kartellitapauksia ilmeni tavallista runsaammin, s. 535. Tosin yhtenä syynä hän esittää komission panostuksen entistä enemmän kartellien suuntaan ja Yhdysvalloista saadun materiaalin tarjoaman avun.

¹⁸⁵ Pohjoismaisessa energiateollisuudessa toimialan keskittyneisyyden asteen on nähty olevan korkea johtuen osittain tuotantolaitosten omistusten jakaantumisesta kilpailijoiden kesken. Kyse on ”Mankala”-periaatteella toimivista yhtiöistä, joissa tuotantolaitoksen omistaa useampi kilpailija, jotka vastaavat tuotantolaitoksen kustannuksista ja saavat vastikkeeksi sähköä alle markkinahinnan. Kyse on yhteenliittymästä, jonka toiminnan koordinoiminen edellyttää sen omistajien yhteistoimintaa. Yhteistoiminnan on puolestaan nähty nostavan riskiä kilpailuoikeuden vastaiseen käyttäytymiseen, sillä yhteisessä omistuksessa olevan tuotantolaitoksen ylläpito edellyttää jonkinasteista vuoropuhelua, kts. esim. *Puikkonen* (2010) s.148. Omistus voi toki jakaantua myös vertikaalisessa suhteessa olevien yritysten kesken, eikä kyse ole välttämättä horisontaalisesta yhteistyöstä.

¹⁸⁶ *Vives* (2002) s.370.

¹⁸⁷ *Weishaar* (2013) s.51.

¹⁸⁸ *Motta* (2004) s.143.

yksittäiseen tarjouskilpailuun siten, että tällaisilla markkinoilla järjestettävässä tarjouskilpailussa tarjousten määrä ei ole suuri.¹⁸⁹

Tuotteiden homogeenisyys on nähty monesti kolluusiota helpottavana tekijänä.¹⁹⁰ Tämän on nähty selittyvän sillä, että identtisten tuotteiden ollessa kyseessä yritysten on helpompi päästä yhteisymmärrykseen hinnoittelusta. Toisaalta *Motta* on todennut, että kollusiivista käyttäytymistä saattaa yhtä hyvin olla myös keskenään erilaisten tuotteiden ollessa kyseessä vaikkakin sen ylläpitäminen vaikeampaa, sillä toisistaan eroavien tuotteiden markkinoilla hinnanvaihtelu on suurempaa ja kilpailevien yritysten on tästä johtuen vaikeampi rangaista kolluusiosta poikkeavaa yritystä.¹⁹¹ Toisaalta erilaisten tuotteiden ollessa kyseessä, kolluusiosta poikkeaminen ei välttämättä ole kuitenkaan aina kannattavaa; poikkeava yritys ei tuotteiden erilaisuuden vuoksi voi odottaa saavansa kovin suurta markkinaosuutta poikkeamalla kolluusiosta, ellei yritys tee hintaan merkittävää leikkausta. Tuotteiden homogeenisyys ei siis yksin selitä kollusiivista käyttäytymistä.¹⁹² Myös kilpailevien yritysten keskinäinen symmetria laajemmin kuin pelkästään tuotteiden homogeenisyyden suhteen on nähty kolluusiota edistävänä tekijänä. Symmetria voi ilmetä yhtäläisinä markkinaosuuksina, tuoteportfolion tuotteiden määrällisenä yhdenmukaisuutena, teknologisena osaamisena tai saman tasoisena resurssikapasiteettina.¹⁹³ Kun kapasiteetiltaan symmetriset yritykset pitävät yllä kollusiivista hintaa, on toisten yritysten helppo rangaista tästä poikkeavaa yritystä, jolloin kannustinta kollusiivisesta hinnasta poikkeamiselle ei ole.¹⁹⁴ Sen sijaan, jos hinnasta poikkeava yritys on kapasiteetiltaan muita kolluusiosta toimivia suurempi, on muiden, kapasiteetiltaan rajoittuneempien yritysten vaikeampi asettaa rangaistuksia poikkeavalle yritykselle.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Tarjoajien vähäinen määrä ei kuitenkaan aina indikoi sitä, että tarjoajia ei olisi tarpeeksi kilpailun kannalta, *Bishop – Walker* (2002) s.435.

¹⁹⁰ Mm. *Kuoppamäki* (2003) s.342-343 ja OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi, s.3

¹⁹¹ *Motta* (2004) s.146.

¹⁹² *Motta* (2004) s.146.

¹⁹³ *Motta* (2004) s.147.

¹⁹⁴ Kolluusion ylläpitäminen ja yritysten sitoutuminen siihen edellyttää oikeaa rangaistuksen uhkaa, joka estää järjestelyyn osallisia yrityksiä poikkeamasta siitä, *Kuoppamäki* (2003) s. 354. Lisäksi on huomattava, että kolluusion käsite on taloustieteessä ja kilpailuoikeudessa erilainen. Taloustieteessä kolluusio viittaa hintatasoon; markkinoilla *toteutunut* hintataso on korkeampi kuin vertailun kohteena oleva kilpailullinen hintataso. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että markkinoiden hintataso voi lähennellä monopolihintoja, vaikka toimiala on kilpailtu. Kilpailuoikeudessa kolluusiolla puolestaan viitataan yritysten *toimintaan* ja sen yhdenmukaisuuteen, joka tulee arvioitavaksi yleensä kartellina, *Motta* (2004) s. 132.

¹⁹⁵ *Compte, Jenny & Rey* (2002).

Kysynnän ja tarjonnan muutokset vaikeuttavat kartellin muodostumista, kun taas julkinen kysyntä pysyy pääsääntöisesti vakaana ja edesauttaa kartellin toimintaa. Tässä tapauksessa kyse ei ole kysynnän joustosta, vaan pikemminkin sen säännöllisyydestä.¹⁹⁶ Tosin myös yleinen taloudellinen epävarmuus voi kannustaa yrityksiä yhdenmukaiseen menettelyyn; taloudellisesti vaikeina aikoina kartellituloilla voidaan korvata menetetty liikevaihto. Osa tutkimuksista on kuitenkin osoittanut, että erityisen kannattavaa kartellitoimintana olisi taloudellisen kasvun aikana, eikä se siten välttämättä liity suoraan taloudelliseen tilanteeseen.¹⁹⁷

Yllä esitetyt seikat eivät ole mitenkään riippuvaisia siitä, onko ostajana julkinen toimija tai siitä, millä tavalla tavara taikka palvelu hankitaan. Markkinoista riippumatta samat markkinoilla ilmenevät olosuhteet, kuten keskittyneisyyden aste, helpottavat yritysten kollusiivista käyttäytymistä.¹⁹⁸ Toisaalta julkiset hankinnat muodostavat erinomaisen mahdollisuuden yritysten väliselle yhteistyölle ja kilpailupaineen vähentämiselle riippumatta taloudellisesta tilanteesta. Lisäksi on mahdollista, että hankintayksikön laatima tarjouspyyntö jo itsessään rajoittaa kilpailua, jolloin ainoastaan markkinavoimaa omaavilla yrityksillä on mahdollisuus jättää tarjouksensa. Erittäin merkittävän tarjouskilpailun voittaminen voi kasvattaa yrityksen markkinavoimaa entisestään, joka tietenkin vaikuttaa myös muiden yritysten asemaan markkinoilla.¹⁹⁹

4.2. Tietojenvaihto

Niin sallittuun kuin kiellettyynkin tarjousyhteistyöhön liittyy olennaisesti tietojenvaihto järjestelyyn osallisten yritysten välillä. Varsinkin kartellista tietoja vaihtamalla yritykset pystyvät yhdenmukaistamaan tarjouskäyttäytymisensä sekä hinnoittelustrategiansa niin, että järjestely toimii aiotulla tavalla. Tietojenvaihto itsessään tai kartelliin liitännäisenä toimintana voi olla SEUT 101(1) artiklan vastaista.²⁰⁰ EU:n oikeuskäytännössä on useasti todettu, että jokaisen taloudellisen toimijan on päätettävä itsenäisesti hinnoittelupolitiikkansa, jota se aikoo markkinoilla soveltaa ja kiellettyä on vaihtaa sellaisia tietoja, joiden perusteella toinen yritys saa selville toisen toimijan

¹⁹⁶ Tasaiset tarjouskilpailut eivät houkuttele poikkeamaan kollusiivisesta käyttäytymisestä, mikäli niistä saatava hyöty jää alle tuottojen, joita yritys saa toimimalla kolluusiossa, *Motta* (2004) s.145.

¹⁹⁷ Tätä ovat tutkineet mm. *Rotenberg – Saloner* (1986).

¹⁹⁸ *Klemperer* (2008) s. 590

¹⁹⁹ *Klemperer* (2008) s.590.

²⁰⁰ *Tietojenvaihtokartelli* on myös yleisesti käytetty termi oikeuskirjallisuudessa.

markkinakäyttäytymisestä sensitiivisiä tietoja, kuten milloin ja missä laajuudessa yritys aikoo mukauttaa markkinakäyttäytymistään.²⁰¹ On huomioitava, että kartellin yhteydessä tapahtunutta tietojenvaihto arvioidaan osana kartellia, eikä kartellin sallittavuus riipu siitä, minkälaista tietoa osapuolet ovat keskenään vaihtaneet.²⁰² Tietojenvaihto voi jo itsessään ilman kartellin olemassa oloa olla SEUT 101(1) artiklan vastaista, sillä menettely luo mahdollisuuden yritysten toiminnan yhdenmukaistamiseen, jolloin normaali kilpailu ei enää ole kannattavaa, kun vaihdettujen tietojen avulla voidaan ennakoita kilpailijan markkinakäyttäytyminen.²⁰³

Tietojenvaihtoa arvioitaessa otetaan huomioon markkinoiden ominaispiirteet, vaihdetun tiedon luonne sekä kenen päämääriä tiedonvaihto ensisijassa palvelee.²⁰⁴ Kuten kartellien muodostumisenkin osalta on todettu, muun muassa markkinoiden keskittyneisyyden aste, vakaus ja yksinkertaisuus lisäävät todennäköisyyttä siitä, että yritysten välinen tietojenvaihto johtaa kilpailulle haitalliseen lopputulokseen.²⁰⁵ Yhteisymmärryksen saavuttaminen ja pitkäkestoisempi tietojenvaihto on helpompaa keskittyneillä markkinoilla, mikä ei sinänsä ole yllätyksellistä, sillä tietojenvaihto on usein välttämätön osa kartellia ja keskittyneisyyden aste on myös yksi kartellien muodostamista helpottava tekijä.²⁰⁶ Varsinkin oligopolistisilla markkinoilla tietojenvaihto mahdollistaa kilpailun vähentymisen ja voi vaikeuttaa muiden yritysten markkinoille tuloa varsinkin silloin, kun kyse on luottamuksellisen tiedon vaihtamisesta. Mitä enemmän yrityksillä on markkinavoimaa, sitä helpompi niiden on hyödyntää saamiaan tietoja kilpailijoidensa vahingoksi.²⁰⁷

Tiedon luonteen osalta toisistaan erotetaan yksilöitävissä olevan tiedon vaihtaminen sekä kokonaistietojen vaihtaminen.²⁰⁸ Yksilöitävissä olevalla tiedolla tarkoitetaan tietoa, jonka perusteella voidaan yksilöidä suoraan tai epäsuoraan tietty yritys. Sen sijaan puhtaasti

²⁰¹ Esim. asia C-286/13 P, *Dole v. komissio*, kohta 120 ja asia C-8/08, *T-Mobile*.

²⁰² *Alkio – Wiik* (2009) s.204 ja esimerkiksi komission päätös 7.6.2000, *Aminohapot*, [EUVL 2001] L 152/24.

²⁰³ *Alkio – Wiik* (2009) s.204

²⁰⁴ Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohdat 55-58 sekä *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.59.

²⁰⁵ *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.60.

²⁰⁶ ”Tietojenvaihdon merkitys kartellin onnistumisessa voi olla keskeinen, koska tiedot esimerkiksi sovellettavista hinnoista, tuotantomääristä ja investoinneista mahdollistavat kartellin valvomisen”, *Alkio – Wiik* (2009) s.204.

²⁰⁷ *Kuoppamäki* (2003) s. 562.

²⁰⁸ *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.68.

tilastollisten tietojen vaihtaminen ei anna yritykselle sellaisia tietoja, joiden perusteella se voisi yhdenmukaistaa menettelyään. Kilpailuun vastaaminen ja oman markkinakäyttäytymisen sopeuttaminen on sallittua.²⁰⁹ Näin ollen esimerkiksi yleisten hintatietojen keräämistä tai markkina-analyysien julkaisemista voidaan pitää sallittuna. Sen sijaan, mikäli yritysten välillä vaihdetaan tarkkoja määrähintoja koskevia tietoja ja muita sellaisia tietoja, joiden perusteella tietty yritys voidaan yksilöidä, on kyse SEUT 101(1) artiklan vastaisesta toiminnasta. Vaikka hintatietojen merkitystä onkin kirjallisuudessa sekä oikeuskäytännössä korostettu, yhtä haitallista on markkinaosuuksia ja asiakassuhteita koskevien tietojen vaihtaminen. Tietyissä tilanteissa tällainen tiedonvaihto voi saada aikaan jopa enemmän vahinkoa.²¹⁰

Yleisesti ottaen tietojenvaihto vaikuttaa järjestelmässä mukana olevien yritysten sisäiseen suhteeseen, mutta myös ulkoisesti markkinoihin. Sisäisesti järjestelmässä mukana olevilla yrityksillä on saatavilla enemmän tietoa, joka poistaa epävarmuutta markkinoiden toiminnasta.²¹¹ Tarjousyhteistyön kannalta tämä tarkoittaa sitä, että epävarmuus kilpailijoiden tarjouskäyttäytymisestä ja yritysten välinen kilpailupaine poistuvat. Lähtökohtaisesti kilpailua eivät rajoita sellaisten tietojen vaihtaminen, jotka koskevat mielipidetutkimuksia, yhteisiä markkinatutkimuksia tai tilastoja. Eri asia kuitenkin on, jos tietojenvaihdon perusteella yritykset pystyvät ja pyrkivät yhtenäistämään tulevaa markkinakäyttäytymistään tai hinnoitteluaan.²¹² Tällainen menettely vaikuttaa luonnollisesti myös järjestelyn ulkopuolelle, eli markkinoihin. Oligopolistisilla markkinoilla tietojenvaihdolla on suurempi merkitys, sillä vaikutukset markkinoihin ovat laaja-alaisemmat.²¹³

Tarjouskilpailussa tietojenvaihto vaikuttaa hankintayksikön saamien tarjousten hintaan tai muihin tarjouksen ehtoihin, jolloin tarjoukset eivät perustu normaaliin kilpailuun. Sovellettavalla hankintamenettelyllä voi olla merkitystä sen suhteen, miten helppoa tiedonvaihto on toteuttaa potentiaalisten tarjoajien välillä. Avoin menettely mahdollistaa tietojenvaihdon helpommin ennen tarjousten jättämistä ja näin ollen helpottaa yritysten välistä kolluusiota, mikäli yritykset pystyvät yksilöimään muut tarjouskilpailuun

²⁰⁹ Asia C-40/73 *Suiker Unie*, kohta 174.

²¹⁰ *Kuoppamäki* (2003) s.562.

²¹¹ *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.66.

²¹² Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohdat 72-74.

²¹³ *Alkio – Wiik* (2009) s.214.

osallistuvat yritykset. Hankintayksiköiden ei tulisi paljastaa tietoa muista tarjoajista ennen hankintapäätöksen tekemistä.²¹⁴ Neuvottelumenettely tai suora hankinta ei anna yrityksille samanlaista mahdollisuutta tietojenvaihtoon ennen tarjouskilpailua, sillä niissä hankintayksikkö on suoraan yhteydessä ehdokkaisiin. Menettelyissä, joissa hankintayksikkö neuvottelee tarjoajien kanssa, on kuitenkin vaarana se, että yritykset pystyvät neuvotteluiden edetessä yhdenmukaistamaan käyttäytymistään hankintayksiköltä saamansa tiedon perusteella.²¹⁵

Tietojenvaihdon ongelmallisuus johtunee osittain siitä, että sillä on saavutettavissa myös runsaasti hyötyjä.²¹⁶ Yritykset voivat solmia esimerkiksi tuotantosopimuksen, jolla pyritään tuomaan tietty tuote tehokkaasti markkinoille. Tällaisten sopimusten on katsottu todennäköisesti palvelevan markkinoita; erikoistumisopimukset edistävät tavaroiden tuotannon tai jakelun parantamista, jos osapuolilla on toisiaan täydentäviä taitoja ja resursseja, jolloin tuotteen toimittaminenkin onnistuu kustannustehokkaammin, jolloin myös kuluttajat hyötyvät sopimuksesta edullisempien hintojen muodossa.²¹⁷ Tietojenvaihto voi parantaa myös alan läpinäkyvyyttä, jolloin kuluttajilla on paremmat mahdollisuudet rationaalisten ostopäätösten tekoon.²¹⁸

4.3. Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudessa

4.3.1. Tarjouskonsortion ja tarjouskartellin käsitteiden keskeiset erot – onko niitä?

Esitetyn perusteella voidaan todeta, että tarjouskartelli on kielletty kilpailunrajoitus, jonka tarkoituksena katsotaan olevan kilpailun rajoittaminen. Tarjouskartellia ei siten voida lähtökohtaisesti puolustaa saavutettavilla tehokkuushyödyillä tai sen vähämerkityksellisyydellä. Laajoissa tapauksissa tarjouskartelli onkin kaikkea muuta kuin vähämerkityksellinen. Konsortioilla puolestaan tarkoitetaan yhteisen toimeksiannon suorittamista koskevaa sopimusta²¹⁹ ja sen muodostaminen on julkisissa hankinnoissa

²¹⁴ *Petäjäniemi-Björklund et al.* (2011) s.215.

²¹⁵ *Sánchez Graells* (2011) s.72.

²¹⁶ ”Accordingly, unless one is simply looking at the naked exchange of information on prices and output, information should be viewed neutrally, if not favorably: it lies at the heart of highly dynamic and competitive economic systems, *Teese* (1994) s. 471.

²¹⁷ Komission suuntaviivojen mukaan ryhmäpoikkeusta ei sovelleta sellaisiin sopimuksiin, joissa sopimuspuolten yhteenlaskettu markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla ylittää 20 prosenttia, Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohta 170.

²¹⁸ *Alkio – Wiik* (2009) s.202.

²¹⁹ *Mentula* (2002) s.319.

hankintadirektiivin nojalla lähtökohtaisesti sallittu ja myös kilpailuoikeudessa konsortioon suhtaudutaan tietyissä olosuhteissa sallivasti. Karkeasti jaoteltuna konsortio on yksittäisen tarjouksen jättämistä varten perustettu työyhteenliittymä, kun taas tarjouskartelli pyrkii vaikuttamaan useampaan tarjouskilpailuun. Tarjouskartelli ja -konsortio eivät ole siten automaattisesti toistensa synonyymejä. Lisäksi kartelli on kilpailijoiden välinen järjestely, kun taas konsortion voivat muodostaa yhtä lailla vertikaalisessa suhteessa olevat yritykset.

Konsortion ja kartellin käsitteet ovat kuitenkin osittain yhteneväisiä. Esimerkiksi Suomessa aikaisemmin voimassa olleessa kilpailunrajoituslain (480/1992) 5 §:ssä oli nimenomainen konsortiopoikkeus, jonka mukaan kyseisen pykälän 1. momentissa mainittua kartellikieltoa ei kuitenkaan sovellettu sopimukseen tai järjestelyihin, jonka perusteella tarjouksen antajat ovat liittyneet yhteen tehdäkseen yhteisen tarjouksen yhteisestä suorituksesta (*konsortiopoikkeus*). Edellytyksenä tällöin oli se, että jokainen yhteistyöhön sitoutunut yritys oli jollain tavalla itse vastuussa sopimuksen täyttämisestä.²²⁰ Tosin jo vanhentuneesta lainkohdasta on huomattavissa se, että konsortio perustuu samankaltaiseen yritysten väliseen järjestelyyn kuin kartelli, mutta sitä ei kohdeltu kartellina. Kummassakin järjestelyssä on kyse siitä, että muutoin keskenään kilpailevat yritykset ovat sopimuksella sopineet yhteistoiminnasta ja siten kilpailun poistamisesta sopimuksen kohteena olevilta markkinoilta. Nimenomaista konsortiopoikkeusta ei ole nykyisessä kilpailulaissa, mutta mainittu konsortiopoikkeus on verrattavissa oikeuskirjallisuudessa omaksuttuun tulkintalinjaan, jonka perusteella konsortion hyväksyttävyyttä arvioidaan yritysten resurssien kannalta. Konsortiopoikkeuksenkin kannalta merkityksellistä oli se, että jokainen yhteistarjouksen jättänyt yritys tosiasiallisesti osallistuu sopimuksen täyttämiseen ja että jokaisen työpanoksella on merkitystä sopimuksen toteutumisen kannalta. Näin ollen yritysten määrän tuli olla oikeassa suhteessa tarjoukseen. Nykyinen tulkintalinja on omaksuttu myös jäsenvaltioissa, tosin viime aikoina osa jäsenvaltioista on soveltanut tiukempaa linjaa konsortioratkaisuissaan.²²¹

²²⁰ HE 148/1987 vp s.21.

²²¹ Esim. Unkarin kilpailuviranomaisen (GVH) päätös Vj-149/2003, jossa todettiin, että tarjouskonsortion muodostaminen voi olla kilpailua rajoittava järjestely, jos konsortioon osalliset yritykset olisivat voineet jättää tarjouksensa itsenäisinä. Konsortiota voidaan tällöin puolustaa siitä saatavilla hyödyillä. Tiukemmin konsortioon on suhtauduttu uudemmissa pohjoismaisissa ratkaisuissa *Ski Taxi SA* ja *Däckia/Euromaster*, joita käydään tarkemmin läpi seuraavassa pääluvussa.

Rajanveto kielletyn ja sallitun järjestelyn välillä ei kuitenkaan ole aina käytännössä selkeä.²²² Suomalaisessa oikeuskäytännössä on yhteistarjous katsottu aikaisemman kilpailunrajoituslain perusteella kielletyksi, kun se ei sopimuksen toteuttamisen kannalta ollut tarpeellista ottaen huomioon tarjouksen jättäjien suuri määrä.²²³ Toisessa vastaavanlaisessa tapauksessa yhteistarjous oli lain mukainen, kun yritysten yhdistäessä voimavaransa voitiin saavuttaa kustannussäästöjä ja työsuorituksen laajuus edellytti yhteistyötä yritysten välillä.²²⁴ Myös yhteistarjous konkurssipesän omaisuudesta on katsottu aikaisemman kilpailunrajoituslain vastaiseksi tarjouskartelliksi, johon konsortio poikkeus ei soveltunut, sillä kumpikin yritys olisi pystynyt tekemään omat tarjouksensa.²²⁵ On huomionarvoista, että korkein hallinto-oikeus kuvasi yhtiöiden tekemää yhteistarjousta ”kartelliyhteistyöksi”, vaikka yhteistarjouksessa ei tässä tapauksessa ollut kyse laajamittaisesta ja pitkäkestoisesta yhteistyöstä. Tämä osoittaa käsitteiden päällekkäisyyden.

Itse kuitenkin näkisin asian enemmänkin niin, että yksittäisessä konsortiojärjestelyssä on kyse lähinnä sopimuksesta, jolla voi olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia, jotka ovat mahdollisesti puolustettavissa tehokkuushyödyillä. Se, että kilpailijat tekevät yhteistyötä ainoastaan yhdessä tarjouskilpailussa, ei ole vaikutuksiltaan rinnastettavissa siihen, että kilpailijat pidättäytyisivät kilpailemasta kokonaan. Toki julkisissa hankinnoissa on muistettava niiden luonteen ja laajuuden vaihtelevuus, joten ei voida automaattisesti olettaa, että konsortiolla olisi ainoastaan vähäisiä vaikutuksia. Lisäksi on tietenkin mahdollista, että konsortion taustalla on laajamittainen tarjouskartelli, jonka jäsenien yhteistyö on jatkunut jo pitkään.²²⁶

Merkittäviä eroavaisuuksia järjestelyjen välillä kuitenkin löytyy, kuten esimerkiksi toiminnan avoimuus. Kartelli ei ole aina havaittavissa, mutta sen sijaan tarjouskonsortio on. Tarjoajien yhteistyön läpinäkyvyys nousi myös kysymykseksi jäljempänä käsiteltävässä *Ski Taxi*- tapauksessa, jossa valittajat olivat niin ikään todenneet, että järjestelyä ei voida pitää tarkoituksellisenä kilpailunrajoituksena, mikäli osapuolet ovat

²²² Tarjouskonsortion kilpailuoikeudellista arviointia on käsitelty yksityiskohtaisemmin seuraavassa pääluvussa.

²²³ Kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998, *Matka-Autot Oy/TLO*, dnro 1/359/98.

²²⁴ Kilpailuneuvoston päätös 5.5.1998, *Kemijärven taksikeskus Oy*, dnro 27/359/98.

²²⁵ KHO 14.12.2001/3131.

²²⁶ Tarjouskartelleille tyypillisen rotaation vuoksi niillä on nähty olevan luontainen taipumus olla yleensä myös pitkäkestoisia, *Wagner- Von Papp* (2011) s.180.

toimineet täysin avoimesti.²²⁷ Saman suuntaisen näkemyksen ovat oikeuskirjallisuudessa esittäneet myös *Bellamy & Child*.²²⁸ Kartellin jäsenet puolestaan haluavat pitää toiminnan salassa markkinoilta mahdollisimman pitkään²²⁹ ja tämän vuoksi myös kartellisopimukset ovat useimmiten salaisia tai suullisia.²³⁰ Konsortiojärjestelyn avoimuudelle ei kuitenkaan ole oikeuskäytännössä annettu merkitystä, mikä on sinällään perusteltua, sillä järjestelyn avoimuus ei poista sen kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Toisaalta avoimuus tekee eron tarjouskonsortion ja tarjouskartellien käsitteen välille. Kartelli ei voisi toimia avoimesti, sillä sen pystyssä pysyminen edellyttää sitä, että kiinnijäämisen riski on mahdollisimman pieni.²³¹ Tähän liittyy myös kartellin kesto; mitä pidempään toiminta saadaan salattua, sitä kauemmin kartellia on mahdollista pitää pystyssä.

Myös konsortion ja kartellin tavoitteet eroavat toisistaan. Tarjouskonsortio tähtää tietyn sopimuksen solmimiseen ja sen menestyksekkääseen toteuttamiseen, joten syitä sen taustalla voi olla useita. Kartellissa tavoitteena on sen sijaan markkinavoiman hankkiminen, jonka seurauksena hintoja voidaan korottaa niin, että kartellin jäsenyritykset saavat mahdollisimman suuret voiton kun taas kuluttajien valintamahdollisuudet pienenevät.²³² Toisin sanoen kartellin tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen. Yksittäinen konsortiosopimus soveltuu mielestäni huonosti pyrkimyksiin nostaa hintatasoa pysyvästi. Ensinnäkin konsortio koskee yhden sopimuksen toteuttamista, jolloin mahdollinen hintojen nousu kohdistuu vain kyseiseen hankintayksikköön. Toiseksi hankintasopimukset ovat lähtökohtaisesti määräaikaista²³³, jolloin konsortio ei voi pysyvästi nostaa hintatasoa toisin kuin kartelli. Kolmanneksi, mikäli tarjouskilpailussa on riittävästi kilpailua, sopimuksen saaminen on konsortion

²²⁷ Asia E-3/16 *Ski Taxi SA*.

²²⁸ *Bellamy & Child* (2008): ”Provided that the cooperation is carried out openly and made known to the tenderee, joint bids by competing companies may not infringe competition law”, s.375.

²²⁹ *Kuoppamäki* (2003) s.536.

²³⁰ *Alkio – Wiik* (2009) s.176.

²³¹ *Kuoppamäki* (2003) s.352. Kuoppamäen mukaan kiinnijäämisriskin lisäksi toinen merkittävä tekijä kartellin pystyssä pysymisen kannalta on kartellin valvomisen mahdollisuus sekä se, että mukana olevien yritysten intressit säilyvät mahdollisimman saman suuntaisina.

²³² Komission XXXIst kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, kohta 32 sekä *Kuoppamäki* (2003) s.349.

²³³ Hankintasopimusten enimmäismääräajasta ei ole säädetty hankintadirektiivissa, lukuun ottamatta puitejärjestelyä. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että puitejärjestelyn neljän vuoden enimmäismääräaikaa voidaan soveltaa myös muihinkin tilanteisiin ja neljän vuoden ylittävältä osin kesto tulisi perustella, *Eskola et al.* (2017) s.386. Hankintayksikön velvollisuus on kuitenkin käyttää hyväksi olemassa olevia kilpailuolosuhteita, mikä voisi tarkoittaa osittain myös sitä, että kilpailutus tulisi tehdä aika ajoin.

näkökulmasta epävarmaa. Toisin sanoen, hintatason nostaminen ei perustu yhtä järjestelmälliseen toimintaan kuin kartellin ollessa kyseessä.²³⁴ Kartelli sen sijaan pyrkii toimimaan kolluusiossa pidemmän aikaa siten, että hintatasoa saadaan pysyvästi nostettua ylöspäin. Liiketoiminnan ollessa kyseessä, konsortiokin on oikeutettu saamaan voittoa hankinnan toteuttamisesta, mutta olennaista on niin ikään hankintayksikön saaman tarjouksen hinta suhteessa tilanteeseen, jossa konsortiota ei olisi muodostettu. Toki toiminnan yhdenmukaistaminen voi koskea myös tuotantoa tai muita sopimusehtoja.²³⁵

4.3.2. Tietojenvaihto yhteisen tarjouksen valmistelemiseksi

Yrityskauppoihin liittyvän tiedonvaihdon ongelmallisuus on saanut runsaasti huomiota kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa. On selvää, että yrityskaupassa ostajalla on oltava oikeus kaupan kohteen tarkastamiseen ja tarkastuksen piiriin kuuluu myös myyjäpuolen liikesalaisuuksiksi katsottavia sensitiivisiä tietoja. Tietoja luovutetaan ostajalle jo yrityskaupan valmisteluvaiheessa, mutta kilpailuoikeudellisesti kyse ei ole kielletystä kilpailunrajoituksesta, vaan yrityskauppaan liitännäisestä toiminnasta, jolla ei pyritä kilpailun rajoittamiseen.²³⁶ Myös tarjousyhteistyössä yritysten on vaihdettava keskenään tietoja, jotka ovat tarjouksen valmistelemiseksi tarpeen. Analogisesti yrityskauppojen tiedonvaihtoa koskevia periaatteita voitaisiin tulkita siten, että tiedonvaihto tarjousyhteistyön valmistelemiseksi on lähtökohtaisesti sallittua, jos itse konsortion muodostaminen on kilpailuoikeudellisesti sallittua. Muussa tapauksessa tarjouksen valmisteleminen olisi mahdotonta. Analoginen tulkinta ei kuitenkaan sovi konsortioihin kaikilta osin; yrityskaupassa sensitiivisten tietojen luovuttaminen on ostajan näkökulmasta tarpeen muun muassa riskin minimoimiseksi, hinnan määrittämiseksi sekä sopimuksen aikaansaamiseksi. Sen sijaan yhteisen tarjouksen valmistelemisessä ei kaikella toista osapuolta koskevalla tiedolla ole läheskään niin suurta merkitystä.

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että ainoastaan sellaisia tietoja voidaan vaihtaa, jotka ovat yhteisen tarjouksen tekemisen kannalta *välttämättömiä*.²³⁷ Muu kuin

²³⁴ On kuitenkin mahdollista, että konsortiosopimus tehdään laajemman kartellijärjestelyn osallisten kesken.

²³⁵ *Bellamy & Child* (2008) s.328.

²³⁶ Eri asia on tietenkin tilanne, jossa ostaja toimii vilpillisessä mielessä tietoja kalastellakseen eikä tarkoituksena ole ollut kaupan toteuttaminen missään vaiheessa.

²³⁷ *Petäjaniemi – Björklund et al.* (2011) s.219.

yhteistarjouksen tekoon liittyvä tietojenvaihto on siten kiellettyä, ellei kyse ole sellaisesta tietojenvaihdesta, jota ei muutoinkaan katsottaisi kilpailuoikeudellisesti kielletyksi. Hintoihin liittyvät tiedot on nähty kaikkein strategisimmiksi tiedoiksi ja hintoja koskeva tietojenvaihto onkin kilpailulle haitallisinta.²³⁸ Kiistatonta kuitenkin on, että yhteisen tarjouksen valmistelu edellyttää konsortioon osallisilta jonkinasteista keskustelua tarjouksen hinnoittelusta ja tällöin yritykset saavat ainakin välillisesti tai mahdollisesti myös suoraan selville toisen ryhmittyvään kuuluvan yrityksen sensitiivisiä tietoja.²³⁹ Muita merkittäviä tietoja, joita yhteisen tarjouksen valmisteleminen voi nostaa esille, ovat esimerkiksi toisen yrityksen tarjouskäyttäytyminen ja –strategiat, teknologiset resurssit, voittomarginaalit ja muut kustannukset.²⁴⁰

Tietojenvaihdon ajallista ulottuvuutta on käsitelty muun muassa kotimaisessa asfalttikartellissa, jossa markkinaoikeus²⁴¹ totesi tarjoushintoja koskevasta tietojenvaihdesta tarjouksen jättämiselle asetetun määräajan jälkeen seuraavaa: ” *Julkista hankintaa koskevassa tarjouskilpailussa annettujen tarjousten hinnat tulevat tarjouskilpailuun osallistuneiden tietoon viimeistään hankintapäätöksen yhteydessä. Tarjousten jättämiselle asetetun määräajan päätyttyä tapahtuvalla hintatietojen vaihtamisella ei ole enää vaikutuksia tarjouskilpailussa annettavan tarjouksen hintaan. Tällaisella tietojenvaihdoilla ei ole merkitystä myöskään muissa tarjouskilpailuissa annettaviin tarjoushintoihin, sillä tarjouskilpailut poikkeavat toisistaan esimerkiksi hankinnan kohteen suhteen. Tietojenvaihto yhdessä tarjouskilpailussa annetuista hinnoista ei siten poista kilpailua samaan aikaan vireillä olevasta toisesta tarjouskilpailusta*”. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että tietojenvaihtoon tarjousten jättämisen määräajan jälkeen tulisi suhteutua tiukemmin, mikäli tarjouksia arvioitaisiin hinnan sijasta kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteella.²⁴² *Petäjaniemi – Björklund ym.* perustelevat tätä sillä, että tuotteen tai palvelun ominaisuudet, jotka vaikuttavat kokonaistaloudelliseen edullisuuteen, eivät ole samalla tapaa muuttuvia hankinnasta toiseen. Tarjouskonsortioidenkin osalta muun muassa Thomas on katsonut, että yhdessä tarjouskilpailussa vaihdetulla tiedolla voi olla merkitystä ainakin välillisesti

²³⁸ *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s.66.

²³⁹ *Thomas* (2015) s.634.

²⁴⁰ *Thomas* (2015) s.634.

²⁴¹ MAO 441/07 dnro 94/04/KR ja KHO 2009:83.

²⁴² *Petäjaniemi-Björklund et al.* (2011) s. 221.

seuraavissakin tarjouskilpailuissa.²⁴³ Yhteisen tarjouksen jättämiseksi tietojenvaihto on kuitenkin välttämätöntä ja konsortiosta johtuvat tehokkuusedut kompensoivat tietojenvaihdosta seuraavaa kilpailullista haittaa.²⁴⁴

Mikäli yritykset jättävät itsenäiset tarjouksensa, tietojenvaihto ei luonnollisestikaan tule kysymykseen kilpailijoiden välillä. Suomessa tarjousasiakirjat tulevat kansallisen lainsäädännön perusteella julkisiksi vasta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen eikä tarjouskilpailuun osallistunut yritys saa paljastaa tarjouksensa sisältöä muille ehdokkaille. Kilpailijoiden liikesalaisuuksiksi katsottavia tai muita salassa pidettäviä tietoja pidetään salaisina myös hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Jos tarjousasiakirjat tulisivat julkisiksi heti niiden saavuttua viranomaiselle, olisi tarjoukseen osallistuvien yritysten varsin helppo saada tietoja kilpailijoidensa tekemien tarjousten sisällöstä ennen tarjouksen jättämisen määräpäivää.²⁴⁵ Tässä tilanteessa tilanne ei olisi tarjoajien kannalta tasapainoinen, kun muut ehdokkaat pystyisivät hyötymään aikaisempien tarjousten kustannuksella. Hankintayksikön on puolestaan yhdenmukaisen kohtelun periaatteen mukaisesti annettava kaikille tarjoajille tiedot samassa laajuudessa ja samanaikaisesti. Suomessa hankinta-asiakirjojen julkisuudesta on säädetty nimenomaisesti julkisuuslaissa (laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta 621/1999), jonka mukaan yritykset eivät siis voi vertailla tarjouksiaan keskenään ja korjata tarjouksia toisiaan vastaaviksi. Mikäli yritykset paljastavat tarjousta koskevia tietoja toisille tarjoajille tarjousmenettelyn aikana, on kyse kilpailuoikeudellisesti kielletystä tietojenvaihdosta.

4.3.3. Tietojenvaihto osana tarjousyhteistyötä

Aina kyse ei ole kartellista, kun yritykset vaihtavat tietoja keskenään, mutta kartellin toteuttamiseen ja toimimiseen sen sijaan liittyy aina yritysten keskinäistä tietojenvaihtoa.²⁴⁶ Kuten on todettu, tietojenvaihto mahdollistaa esimerkiksi tarjousyhteistyössä hinnan ja tarjousehtojen kontrolloimisen sekä koordinoimisen.²⁴⁷ Tietojenvaihtojärjestelmän olemassaolo voi jo itsessään olla SEUT 101(1) artiklan vastaista, vaikka komissio ei pystyisikään osoittamaan paljaaseen kartelliin viittaavaa

²⁴³ Thomas (2015) s. 636.

²⁴⁴ Teese (1994) s.471.

²⁴⁵ Petäjaniemi-Björklund et al. (2011) s. 215.

²⁴⁶ Mm. Bellamy – Child (2008) s.354.

²⁴⁷ Bellamy – Child (2008) s.354-355.

toimintaa yritysten välillä.²⁴⁸ Tarjouskonsortion osalta lopputulema voi olla se, että kyse ei ole SEUT 101(1) artiklan tarkoittamasta kielletystä kilpailunrajoituksesta. Sen sijaan on mahdollista, että tietyn tarjouksen valmistelua varten yritykset ovat vaihtaneet keskenään tietoja, joilla saattaa olla kyseisen tarjouksen ylittäviä vaikutuksia. Mikäli kyse on ollut ei-julkisen tiedon vaihtamisesta, kuten yritysten hinnoitteluperusteet ja kustannukset, voittomarginaali tai tekninen suorituskyky, *Thomas* on katsonut, että tietojenvaihto voi rajoittaa tässä tapauksessa kilpailua suhteessa tuleviin tarjouskilpailuihin.²⁴⁹ EU:n oikeuskäytäntöön perustuen oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin yleisimmin katsottu, että kartellin yhteydessä tapahtuva tietojenvaihto on kartelliin liitännäinen, jolloin sitä arvioidaan osana kartellia.²⁵⁰ *Thomas* kuitenkin toteaa, että kaikenlainen tietojenvaihto tai tarjoajien väliseen keskusteluun yhteistarjouksen jättämisestä tai sen jättämättä tekemisestä saattaa olla ongelmallista eikä tähän ole kiinnitetty juurikaan huomiota.²⁵¹ Pitäisikö tietojenvaihtoa siis käsitellä muusta toiminnasta itsenäisenä toimintana?

Mikäli tarjouskonsortiossa ei ole ollut kyse järjestelystä, jonka tarkoituksena olisi ollut kilpailun rajoittaminen, sitä tulee arvioida sen vaikutusten perusteella. On mahdollista, että tässä tilanteessa konsortio voi vedota SEUT 101(3) artiklaan²⁵², jolloin yritysten välinen järjestely ei ole kielletty, vaikka sillä olisikin kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Mikäli yritykset ovat kuitenkin samassa yhteydessä vaihtaneet keskenään kaupallista tietoa tarjousyhteistyötä varten ja kyseinen tietojenvaihto on ollut laajempaa kuin mikä olisi ollut välttämätöntä konsortion muodostamiseksi, sen osalta ei Thomaksen tulkinnan mukaan voitaisi soveltaa SEUT 101(3) artiklan poikkeusta. SEUT 101(3) artiklan viimeinen edellytys on nimittäin se, että kilpailu ei saa poistua markkinoilta. Markkinoilla voidaan katsoa tarkoitettavan relevantteja markkinoita kokonaisuudessaan, ei ainoastaan kyseistä hankintasopimusta.²⁵³ Näin tulkittuna tietojenvaihtoa ei olisi puollettavissa SEUT 101(3) perusteella, varsinkaan silloin, jos se on ollut laajaa ja jos konsortiossa on

²⁴⁸ Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, luku 2 käsittelee kokonaisuudessaan tietojenvaihtoa.

²⁴⁹ *Thomas* (2015), s.633.

²⁵⁰ *Mm. Petäjäniemi-Björklund et al.* (2011) s.41 ja *Bellamy – Child* (2008), jotka ovat erottaneet kartelliin liitännäisen tietojenvaihtojärjestelmän itsenäisestä, s.355.

²⁵¹ *Thomas* (2015) s.629.

²⁵² Yritysten puolustautumiskeinosta jäljempänä luvussa 6.

²⁵³ *Thomas* (2015) s.363.

ollut mukana useita yrityksiä, jolloin järjestelyllä on luultavasti merkittävä vaikutus relevanteilla markkinoilla.²⁵⁴

Eurooppalaisesta oikeuskäytännöstä mainittakoon italialainen *School Cleaning Services*-tapaus.²⁵⁵ Tapauksessa koulujen siivouspalveluiden hankintakilpailuun osallistui konsortio ATI, johon kuului CNS, joka oli niin ikään markkinajohtaja. Konsortiossa oli mukana myös pienempi jäsen Kuandra. Itsenäisen tarjouksen jätti lisäksi toinen markkinavoimaa omaava yritys MFM sekä kolmantena toimijana RM. Siivouspalvelut oli jaettu kolmeentoista alueelliseen osaan, joista kahdeksasta tarjouksen tekivät MFM sekä konsortion puolesta CNS. Huomattakoon, että osatarjoukset eivät olleet päällekkäisiä kuin ainoastaan kahden osa-alueen osalta. MFM ja CNS tekivät tarjouksensa pohjoisen alueen osista, mutta eivät miltään osin etelän osista. Merkittävää oli myös se, että Rooman alueella vahva toimija RM ei jättänyt tarjoustaan kyseisen alueen palveluista.²⁵⁶ Italian kilpailuviranomaisen esittämien todisteiden valossa osapuolten käytökselle tarjouskilpailussa ei nähty olevan mitään muuta syytä kuin tarjouskilpailuun vaikuttaminen haitallisesti. Kolmen yrityksen katsottiin rikkoneen Italian kilpailulainsäädäntöä sekä SEUT 101(1) artiklaa. Pienimmän yhtiön, Kuandran, osalta tuomioistuin kuitenkin katsoi, että osallistuminen toimintaan oli osa sen liiketoimintastrategiaa eikä sen osalta kyse ollut kartellista, vaikka se olikin osallistunut yhteistarjouksen tekemiseen.

Ratkaisussaan kilpailuviranomainen oli lähtenyt EU:n oikeuskäytännössä omaksutusta tulkintalinjasta, jonka mukaan yritysten menettelyssä voi olla kyse kielletystä kilpailunrajoituksesta, jos markkinakäyttäytymiselle ei ole olemassa muuta järkevää syytä.²⁵⁷ Tapauksessa hankinta oli mahdollista toteuttaa myös osissa ja yritykset olivat

²⁵⁴ *Thomas* (2015) s.363.

²⁵⁵ Italian kilpailuviranomaisen päätös 22.12.2015, Case I785, *Gara Consip Servizi di pulizia nelle scuole*.

²⁵⁶ Tämä viittasi Italian kilpailuviranomaisen mukaan siihen, että osapuolet olivat jakaneet keskenään hankinnan osat siten, että jokaisen osuus olisi keskenään saman arvoinen.

²⁵⁷ Italiassa on omaksuttu EU:n oikeuskäytäntöön perustuen kaksivaiheinen testi, jonka ensimmäisessä vaiheessa tarkastellaan sitä, miten relevantit markkinat toimivat, jos yritykset toimivat konsortiossa. Merkitystä tässä kohtaa on niin ikään sillä, onko yritysten käyttäytymiselle jokin looginen selitys vai onko kyse pelkästään kilpailun rajoittamiseen tähtäävästä toiminnasta. Toisessa vaiheessa tarkastellaan todisteita, jotka tukevat kilpailuviranomaisen päätelmiä relevanteista markkinoista ja yritysten käyttäytymisestä niillä. Kun kilpailuviranomainen voi osoittaa seikkoja, joiden perusteella kolluusio on ulkoisesti havaittavissa, todistustaakka kääntyy yrityksille, joiden tulee osoittaa menettelyn olleen laillista. Ulkoisia seikkoja ovat yritysten välinen sensitiivisen tiedon vaihto, yritysten väliset sopimukset tai yhteisiin liittymien ohjeistukset, kts. *Giannino* (2017) s.42.

kukin tarjonneet kukin eri osista, vaikka resursseja olisi ollut myös kokonaistarjouksen tekemiseen. Muista konsortioita koskevista tapauksista poiketen, yritysten väliseen tiedonvaihtoon kiinnitettiin tässä tapauksessa huomiota; yritykset olivat vaihtaneet keskenään tietoja sensitiivisistä seikoista, jotka mahdollistivat sen, ettei päällekkäisiä tarjouksia tehty. Tiedonvaihto osoitti ulkoisesti yritysten toimineen yhteistyössä ja sopineen tarjouskäyttäytymisestään ennakolta. Tässäkin tapauksessa tiedonvaihtoa käsiteltiin osana kartellia, eikä Kuandraa, jonka ei katsottu toimineen muiden tavoin tarkoituksellisesti, kohtaan esitetty seuraamusmaksua pelkästään sensitiivisen tiedon vaihtamisesta, vaikka perusteita ehkä olisi ollut. Yritysten ennen tarjouskilpailua vaihtama sensitiivinen tieto oli nimittäin omiaan vaikuttamaan tässä tapauksessa kilpailuun koko Italian alueella. Lisäksi on merkillistä, miten samaan tietojenvaihtojärjestelyyn osallista yritystä kohdeltiin keskenään eri tavalla. On huomattava, että Kuandra täytti hankintaviranomaisen asettamat vaatimukset myös itsenäisenä toimijana.²⁵⁸ Tässä tapauksessa merkitystä oli nähdäkseni sillä, että tiedonvaihdon katsottiin olleen yksin konsortion suurimman toimijan CNS:n vastuulla.

Thomaksen esittämä näkökulma on tavallaan aiheellinen, sillä oikeuskäytännössä ei juurikaan ole kiinnitetty huomiota tietojen vaihtamiseen erillisenä järjestelynä niissä tilanteissa, joissa itse konsortio on ollut kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävä. Teoriassa konsortio voisi siis olla sallittu, mutta siihen liittyvä tietojenvaihto kiellettyä. Thomaksen esittämä kanta ei täysin ole perusteeton, onhan esimerkiksi yleisesti sallituksi todettu julkisten tietojen vaihtaminen kilpailijoiden kesken katsottu kielletyksi tilanteessa, jossa sillä tuetaan toista kilpailunvastaista järjestelyä.²⁵⁹ Tosin tässäkin *Cement* tapauksessa tietojenvaihtoa käsiteltiin osana suurempaa sopimusjärjestelyä.

²⁵⁸ Ryhmittymän ATI toiminnasta oli tehty sopimus, jossa viitattiin muille tarjouskilpailuun osallistuneille maksettavista hyvitysmaksuista. Kuandra oli allekirjoittanut sopimuksen konsortioon liittytessään, kts. *Giannino* (2017) s. 44.

²⁵⁹ Asia C- 204/00 P, *Aalborg Portland v komissio*, kohta 281.

5. Tarjouskonsortion arviointi kilpailuoikeudessa

5.1. Tarjouskonsortion taloudellinen tarkastelu

5.1.1. Tarjouskonsortio ja hankintayksikön säästöt

Kun kilpailuoikeudessa käytetään paljon hyväksi taloustieteellistä lähestymistapaa, voitaneen myös tarjouskonsortion vaikutuksia arvioida taloudelliselta kannalta. Erilaisissa tilanteissa konsortioiden salliminen tai kieltäminen voi nimittäin vaikuttaa siihen, millaisia säästöjä hankintayksikön on mahdollista saavuttaa.²⁶⁰ Lähtökohtaisesti hankintayksikkö pyrkii valitsemaan kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen, joka perustuu hintaan tai hinta-laatu-suhteeseen. Suuret yritykset hyötyvät skaalaeduista, joten pienemmät ja heikommat yritykset olisivat tarjouskilpailussa heikoilla, jos niillä ei olisi mahdollisuutta muodostaa konsortiota hankinnan kohteen kannalta tarpeellisten resurssien hankkimiseksi.²⁶¹ Mikäli kaikki tarjoajat toimisivat itsenäisesti, pienemmät tarjoajat jättäisivät korkeamman tarjouksen, mutta hankintayksikön kannalta tarjouksen sisällöllinen arvo olisi sama, se vain maksaisi siitä korkeamman hinnan.²⁶² Pienempien yritysten olisi siten mahdotonta vastata kilpailuun pelkästään omilla resursseillaan.

Edellä mainitussa tilanteessa ehdokkaiden jättämät tarjoukset ovat *epäsymmetrisiä* keskenään.²⁶³ Konsortion osallistuminen tarjouskilpailuun saattaa laskea itsenäisten tarjousten määrää, mutta se ei kuitenkaan aina rajoita niiden välistä kilpailua. Konsortion muodostaminen voi vaikuttaa positiivisesti tarjoajien väliseen kilpailuun, kun konsortio vähentää tarjoajien välistä hajontaa ja tasoittaa tai mahdollisesti jopa lisää kilpailua tarjousten ollessa ”lähempänä toisiaan”, vaikka tarjoajien numeraalinen määrä pienenisikin.²⁶⁴ Albano ym. mukaan tämä voi johtaa siihen, että hankintayksikkö saa lopulta edullisemman tarjouksen kuin tilanteessa, jossa tarjoajien välillä on epäsymmetriaa.²⁶⁵ Tilanne on tietenkin vastakkainen, mikäli konsortio lisää tarjoajien välistä hajontaa entisestään sen sijaan, että tarjoajista tulisi keskenään yhtenäisempiä. Lisäksi tarjoajien välisen kilpailun lisääntyminen voi tietyissä tapauksissa vaikeuttaa olemassa olevan kartellien toimintaa tekemällä kilpailutilanteesta epävakaa.²⁶⁶

²⁶⁰ Albano et al. (2009), s. 356.

²⁶¹ Chernomaz (2006), s.1.

²⁶² Chernomaz (2006), s.1.

²⁶³ *Compte – Jenny – Rey* (2003) s.2-3.

²⁶⁴ Albano et al. (2009) s.352.

²⁶⁵ Albano et al. (2009) s.352.

²⁶⁶ *Compte, Jenny – Rey* (2002) s.3.

Käytännössä lisääntynyt kilpailu pakottaa yritykset muuttamaan mahdollista strategiaansa ja tarjoamaan aggressiivisemmin. Merkittävää on myös se, että tarjouskonsortio voi myös vaikuttaa hankinnan kohteen laatuun; yritysten yhdistäessä voimavaransa, hankintayksikkö voi saada ominaisuuksiltaan paremman tuotteen kuin mihin itsenäiset tarjoajat olisivat pystyneet.²⁶⁷ Tämä voi olla myös hankintayksikön nimenomaisena tavoitteena.

Toisena esimerkkinä mainittakoon sopimusriskin jakaminen. Kuten sopimukseen yleensä, myös hankintasopimukseen sisältyy aina riski siitä, että suoritusta toteutettaessa ilmaantuu sellaisia seikkoja, joita ei ole otettu huomioon sopimusta allekirjoitettaessa tai jotka ovat sopimusosapuolista riippumattomia. Hankintayksikön kannalta tarjouskonsortion ehdottomana hyötynä on taloudellisten riskien ja vastuun jakautuminen yhden sijasta useammalle yritykselle.²⁶⁸ Kun konsortion jäsenet vastaavat ennakoimattomien tapahtumien aiheuttamista taloudellisista kustannuksista yhdessä ja suuremmilla resursseilla, on hankinnan toteuttaminen hankintasopimuksen mukaisella tavalla todennäköisempää vaikka sopimussuhteessa esiintyisikin mahdollisia suoritushäiriöitä. Kun hankintamenettelyn valinnalla voidaan vaikuttaa hankintayksikölle *ex ante* syntyviin transaktiokustannuksiin, tässä tapauksessa on kyse käytännössä hankintasopimuksen tekemisen jälkeen ilmenevien transaktiokustannusten säästöstä.²⁶⁹ Tämä myös puoltaisi konsortioiden sallimista laajoissa hankkeissa, joissa *ex post* transaktiokustannukset ovat todennäköisempiä kuin yksinkertaisissa hankinnoissa.²⁷⁰ Tarjoajien kannalta tämä tarkoittaa taloudellisen panostuksen keventymistä, mikä puolestaan lisää juurikin pk-yritysten halukkuutta osallistua tarjouskilpailuun.²⁷¹

5.1.2. Konsortioiden rajoittaminen ja hyödynnettävät synergiat

Kuten yrityskaupoissakin, myös tarjouskonsortioon voi liittyä synergiaetuja, joilla on kilpailua lisäävä vaikutus sekä merkitystä sen kannalta, mitä hankintayksikkö lopulta hankinnasta maksaa.²⁷² Tässä luvussa on tarkasteltu yksinkertaistaen Albano ym. käyttämää esimerkkiä erilaisista tilanteista, joissa hankintayksikkö on rajoittanut

²⁶⁷ *Sánchez Graells* (2011) s.339.

²⁶⁸ *Ritter* (2017), s.7.

²⁶⁹ *Chever et al.* (2017) s.7.

²⁷⁰ *Chever et al.* (2017) s.5.

²⁷¹ *Moody – Kruwant* (1988) s.277.

²⁷² *Albano et al.* (2009) s.353-356.

konsortioiden muodostamista, ottamatta huomioon synergioita, joita yritykset voisivat hyödyntää tehdessään yhteistyötä. Albano ym. ovat esimerkissään jakaneet kooltaan heterogeeniset yritykset isoihin ja pieniin.²⁷³ Konsortion järjestelykustannukset ovat suuremmat, mitä enemmän konsortiossa on jäseniä, kun taas yritysten keskinäinen heterogeenisuus puolestaan vähentää järjestelykustannuksia.²⁷⁴

Ensimmäisessä tilanteessa hankintayksikkö suhtautuu kielteisesti tarjouskonsortioihin ja niiden käyttö on rajoitettu sekä pienten että isojen yritysten osalta. Tilanteessa kaikki yritykset jättävät tarjouksensa itsenäisinä toimijoina, jonka vuoksi tarjoajien sekä tarjousten määrä on runsas. Tarjousten runsas määrä aiheuttaa kilpailua, jolloin myös hankintayksikön kustannukset laskevat, varsinkin silloin, kun synergiaedut suurten yritysten välillä ovat pienet. Albano ym. ovat todenneet, että sen sijaan tilanteessa, jossa isot yritykset olisivat voineet hyödyntää synergiaetuja muodostamalla konsortion, hankintayksikön saavuttamien säästöjen määrä laskee. Tämä johtuu siitä, että itsenäisinä toimijoina ne kantavat kaiken sopimusriskin, jolloin tarjous on korkeampi.²⁷⁵ Esimerkki osoittaa sen, että konsortiona toimimista ei pitäisi täysin kieltää, sillä tässä tilanteessa hankintayksikön kannalta edullisimman tarjouksen tekee todennäköisemmin iso yritys, joka voi hyödyntää skaalaetuja.²⁷⁶ Pienten yritysten on edellä mainitussa tilanteessa vaikea vastata kilpailuun, jolloin kilpailu tarjoajien välillä on nimellistä.

Seuraavassa tilanteessa tarjouskonsortioiden käyttöä on sen sijaan rajoitettu ainoastaan isojen yritysten osalta, mutta pienet yritykset saavat muodostaa konsortioita vapaasti. Tämä voi johtaa siihen, että hankintayksikkö saa enemmän tarjouksia, sillä tässä tilanteessa pienet yritykset pystyvät muodostamaan konsortioita ja käyttämään synergioita hyödykseen kilpaillakseen isojen yritysten kanssa tarjouksesta, kun isot toimijat tekevät itsenäisiä tarjouksia.²⁷⁷ Tässä tapauksessa konsortion muodostamisen mahdollisuus lisää tarjoajien määrää.²⁷⁸ Kilpailu tarjoajien välillä siten lisääntyy ja

²⁷³ Albano et al. (2009) s.353-356.

²⁷⁴ Albano et al. (2009) s.354: ”The presence of a big player may facilitate the solution of coordination problems in the formation of consortia”.

²⁷⁵ Albano et al. (2009) s.354-355.

²⁷⁶ Isommat yritykset käyttävät myös aggressiivisempia strategioita ja tarjoavat helpommin yli-/alihintaan, sillä taloudellinen tappio kyseisessä tarjouskilpailussa on niille luonnollisesti pienempi riski kuin pienemmälle yritykselle, esim. Lunander – Lundberg (2013), s.734.

²⁷⁷ Albano et al. (2009) s.355.

²⁷⁸ Estache – Iimi (2009): ”First, joint bidding can directly increase or decrease the number of bidders who participate in an auction”, s. 395.

vaikuttaa lopulta siihen hintaan, jonka hankintayksikkö maksaa sopimuksesta. Tämä kuitenkin edellyttää, että pienempien yritysten on mahdollista käyttää synergioita hyödykseen, mikäli ne muodostavat tarjouskonsortion. Mikäli synergioita on käytettävissä isojen ja pienten yritysten välillä, isojen yritysten muodostamien tarjouskonsortioiden rajoittaminen voi vähentää pienten toimijoiden osallistumista.

Viimeisessä esimerkissä synergiaetuja on käytettävissä sekä isojen yritysten muodostamissa konsortioissa, että sekamuotoisissa konsortioissa, jotka muodostuvat pienistä ja isoista yrityksistä. Mikäli konsortion muodostamista rajoitetaan ainoastaan isojen yritysten kesken ja sekamuotoiset konsortiot sallitaan, tarjouskilpailuun saadaan mukaan enemmän myös pienempiä yrityksiä. Konsortioiden on nähty toimivan yleisesti ottaen aggressiivisemmin, jonka seurauksena hankintayksikkö saavuttaa tässä tapauksessa säästöjä.²⁷⁹

Mikäli hankintayksiköllä olisi mahdollisuus tarkastella mahdollisten tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten välillä saavutettavia synergiaetuja ja sitä kautta määritellä konsortion käytön rajat hankintakohtaisesti, se voisi saavuttaa tehokkuus- ja kustannushyötyjä.²⁸⁰ Tähän ei kuitenkaan välttämättä ole resursseja ja konsortiona toimimisen sallittavuutta arvioidaan kilpailuviranomaisten toimesta jälkikäteen, jolloin kyse on puhtaasti kilpailuoikeudellisesta arvioinnista. Hankintayksiköllä on tosin mahdollisuus tehdä markkinakartoitus, joka auttaa hankintayksikköä valmistelemaan tulevaa hankintaa, mutta sen tarkoituksena ei ole ottaa kantaa konsortioiden muodostamiseen.²⁸¹

Oman kysymyksensä puolestaan muodostaa se, voiko hankintayksikkö kieltää Albanon ym. esimerkin mukaisesti tietyn tyyppisten konsortioiden muodostamisen tietyssä hankinnassa tehokkuusetuja tavoitellessaan vai olisiko menettely syrjivää. Tähän ei ole mahdollista perehtyä tarkemmin tässä tutkielmassa, mutta lyhyesti todettuna

²⁷⁹ Krishna – Morgan (1997): ”When bidders are randomly assigned in to bidding groups, they can systematically obtain a more correct estimate of the true value, whence submitting more aggressive bids. This is called the information concentration effect”.

²⁸⁰ Albano et al. (2009) s.356.

²⁸¹ Ennen hankintamenettelyn aloittamista hankintayksikkö voi tehdä markkinakartoituksen, jonka tarkoituksena on tiedonhankinta sen hetkisistä markkinaolosuhteista, jota hankintayksikkö voi hyödyntää suunnitellessaan hankintaprosessia. Markkinakartoitusta voidaan käyttää esimerkiksi tilanteissa, joissa hankittava tuote on uudentyypinen tai jos kokonaisuutta kilpailutetaan ensi kertaa, kts. Huikko et al. (2017) s.333-338.

hankintayksiköllä saattaa olla mahdollisuus hylätä esimerkiksi suurten yritysten muodostaman konsortion tekemä tarjous kilpailunormien vastaisena.²⁸² Toiseksi, mikäli yritysten välinen järjestely katsotaan kuuluvaksi niihin yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, joita on pidettävä luonteensa puolesta sellaisena järjestelynä, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua (*restriction by object*), ei taloudellisella toimintaympäristöllä ole nähty olevan juurikaan merkitystä kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.²⁸³ Taloudellinen konteksti ja järjestelyllä saavutettavat tehokkuusedut voidaan kuitenkin huomioida siinä tapauksessa, jos konsortiota arvioidaan sen kilpailullisten vaikutusten kautta.

5.2. Tarjouskonsortioiden juridinen arviointi

5.2.1. Kilpailuoikeuden ja hankintadirektiivin lähtökohdat

Tarjouskonsortiot yhtäältä lisäävät kilpailua tarjoajien välillä sekä toisaalta voivat vähentää sitä, riippuen hyödynnettävistä synergioista ja/tai konsortioiden rakenteesta. Hankintadirektiivi ohjaa ainoastaan hankintamenettelyä ja yritysten itsensä on lähtökohtaisesti arvioitava sitä, millaisia kilpailuvaikutuksia ryhmittymänä toimimisesta voi seurata ja miten konsortiosopimusta arvioidaan kilpailuviranomaisten toimesta.²⁸⁴ Tarjousyhteistyö ei saa rajoittaa kilpailua siten, että siitä kärsii sekä hankintayksikkö että kilpailijat. Oikeuskirjallisuudessa vallitsevana näkökantana on se, että tarjouskilpailuun osallistuminen ryhmittymänä on hyväksyttävää, jos konsortion osallisilla yrityksillä ei muuten olisi ollut resursseja hankinnan kohteen toteuttamiseen.²⁸⁵ *Sanchez Graells* on puolestaan katsonut, että konsortiot ovat sallittuja silloin, kun ne lisäävät kilpailua suhteessa tarjouskilpailuun eivätkä rajoita kilpailua markkinoilla.²⁸⁶

Kirjallisuudessa omaksuttu näkökanta saa tukea komission horisontaalisia sopimuksia koskevasta tiedonannosta. Tiedonannon mukaan markkinoille saattamista koskeva sopimus ei yleensä aiheuta kilpailuongelmia, jos se on tarpeen, jotta toinen osapuoli voi tulla markkinoille, joille se ei olisi esimerkiksi kustannusten vuoksi voinut tulla yksin tai siten että yhteistyöhön osallistuvia osapuolia olisi ollut vähemmän. Edelleen komissio

²⁸² Oikeuskirjallisuuden perusteella on epäselvää, voiko hankintayksikkö ottaa kantaa järjestelyn kilpailuoikeudelliseen luonteeseen ja tästä onkin esitetty eriäviä näkökantoja, kts. lisää kohta 5.2.1.

²⁸³ Asia C-8/08, *T-Mobile*, kohta 20.

²⁸⁴ *Sanchez Graells* (2011) s.277.

²⁸⁵ Esim. *Petäjäniemi-Björklund et al.* (2011), s.217.

²⁸⁶ *Sanchez Graells* (2011) s.338.

toteaa, että ” *erikoistapauksen muodostavat konsortiojärjestelyt, joiden avulla yritykset voivat osallistua hankkeisiin, joihin ne eivät olisi voineet osallistua yksin. Koska konsortiojärjestelyn osapuolet eivät ole potentiaalisia kilpailijoita hankkeen täytäntöönpanossa, kyse ei ole 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta kilpailun rajoittumisesta*”.²⁸⁷ Oikeuskirjallisuudessa komission tiedonantoa on tulkittu siten, että mikäli konsortion jäsenet ovat keskenään vertikaalisessa suhteessa, järjestelyä ei voida pitää kiellettynä.²⁸⁸ Komission kanta on nähty tulkinnanvaraiseksi sen sijaan niissä tapauksissa, joissa konsortion jäsenet ovat kilpailevia yrityksiä, eivät välttämättä kaikkien, mutta joidenkin hankinnan kohteena olevien tavaroiden tai palveluiden osalta.²⁸⁹ Suurin tulkintaongelma liittyy siihen, milloin yrityksillä olisi ollut mahdollisuus jättää tarjouksensa itsenäisenä toimijana (*ability to bid*). Tulkintakysymyksiin palataan jäljempänä tässä luvussa.

Kuten aikaisemmin on todettu, julkiset hankinnat muodostavat oivan elinympäristön tarjouskartelleille. Tästä kertoo osaltaan myös se, että OECD on laatinut hankintayksiköille ohjeen tarjouskartellien havaitsemiseksi.²⁹⁰ On kuitenkin huomattava, että hankintadirektiivi mahdollistaa konsortion muodostamisen ja konsortiolla on tietyissä tilanteissa kilpailua lisääviä vaikutuksia. Tosin konsortio ja kartelli perustuvat samanlaiseen menettelyyn samanlaisessa toimintaympäristössä, joten asiaa tuleekin tarkastella tapauskohtaisesti. Hankintadirektiivi ei aseta konsortion muodostamiselle minkäänlaista kriteeriä, vaan sen perusteella taloudelliset toimijat voivat toimia konsortiona riippumatta siitä, onko se hankinnan kohteen laajuuden tai erityisluonteen kannalta tarkoituksenmukaista vai ei. Direktiivin lähestymistapa konsortioihin on siten neutraali ja jäsenvaltiot voivat määritellä kansallisessa lainsäädännössään tarkemmat kriteerit, joiden perusteella konsortion käytön tarkoituksenmukaisuutta voidaan arvioida.²⁹¹ Näin ei kuitenkaan ole juurikaan monessa jäsenvaltiossa tehty, vaan pikemminkin konsortioita on arvioitu myöhemmin oikeuskäytännössä.²⁹²

²⁸⁷ Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohta 237.

²⁸⁸ Thomas (2015) s. 632.

²⁸⁹ Thomas (2015): ” *But what of the more typical situation of a contract that requires a multitude of products and technologies, and the undertakings each possess most but not all of them*”, s. 632.

²⁹⁰ kts. OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi, 2009.

²⁹¹ Sánchez Graells (2011) s.336.

²⁹² Albano et al. (2009), s. 338-347.

Hankintadirektiivi on enemmänkin hankintamenettelyä ja kilpailuttamista sääntelevä normisto, jossa ei oteta kantaa hankintojen sisältöön tai sen tarkoituksenmukaisuuteen.²⁹³ Näin ollen hankintaviranomaisella ei nähdäkseni ole lähtökohtaisesti toimivaltaa puuttua konsortion mahdollisiin kilpailuoikeudellisiin vaikutuksiin, varsinkaan tulkinnanvaraisessa tilanteessa. Tosin norjalaisessa *Ski Taxi*- tapauksessa paikallinen hankintaviranomainen järjesti tarjouskilpailun uudelleen kahden osa-alueen osalta vähäisen kilpailun vuoksi.²⁹⁴ On kuitenkin epäselvää, voiko hankintayksikkö hylätä tarjouksen kilpailunormien vastaisena, mikäli tarjoajat ja heidän tarjouksensa täyttävät tarjouspyynnössä asetetut vaatimukset. Hankintadirektiivin valossa hankintaviranomaisten tehtävänä on mahdollisimman kilpailullisen hankintamenettelyn järjestäminen siten, ettei hankintayksikön oma menettely rajoita kilpailua.²⁹⁵

Heimler on katsonut, että kun hankintasäätelyssä on kyse enemmänkin hallinnollisen menettelyn sääntelystä pelkästään kilpailunvastaisen toiminnan epäileminen ei ole peruste menettelyn keskeyttämiselle, eikä hankintayksiköllä ole tähän edes toimivaltaa.²⁹⁶ Toisaalta EU:n oikeuskäytännössä on katsottu, että hankintayksiköllä ei ole velvollisuutta tehdä sopimusta ainoan tarjouskilpailuun soveltuvaksi osallistujaksi katsotun urakoitsijan kanssa.²⁹⁷ Tarjouspyyntöasiakirjoissa voidaan edellyttää tarjoajan sitoumusta siitä, että tarjoaja ei ole osallistunut kilpailunrajoitukseen ja mikäli näin olisi, tarjous voitaisiin hylätä tarjouspyynnön vastaisena.²⁹⁸ Konsortioiden osalta tällainen ehto ei ole mielestäni kuitenkaan yhtä selkeä, sillä konsortioiden sallittavuus riippuu pitkälti tapauskohtaisista olosuhteista, joiden arviointi kuuluu kilpailuviranomaisen

²⁹³ Pekkala – Pohjonen (2010) s.23.

²⁹⁴ Asia E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA ja Ski Follo Taxidrift AS v. Staten (Ski Taxi)*, kohta 13-14.

²⁹⁵ Tietyissä tilanteissa hankintayksikön tulisi harkita, voitaisiinko yksivaiheisen menettelyn sijaan käyttää esimerkiksi neuvottelumenettelyä, joka vaikeuttaa tarjouskartellien toimintaa, esim. OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi 2009, s.7.

²⁹⁶ *Heimler* (2012) s. 853.

²⁹⁷ Asia C-27/98, *Metalmecanica Francasso SpA*, kohdat 32-33: Jos jäljelle jää vain yksi tarjous, hankintaviranomainen ei voi verrata sopimusten hintoja tai muita ominaisuuksia keskenään tehdäkseen sopimuksen direktiivin perusteiden mukaisesti.

²⁹⁸ Ns. kartelliehdosta on käytetty myös nimitystä CIBD (*Certificate of Independent Bid Determination*), jolla yritys vakuuttaa, että tarjouksen hinnoitteluun on päätyttyä itsenäisesti, esim. *Aalto-Setälä* (2011). CIBD-ehdon vastaista on kaikki kirjeenvaihto kilpailijoiden kanssa, koskien vireillä olevaa tarjouskilpailua. Tosin tarjouspyynnössä voidaan vaatia myös sitoumusta siitä, ettei yritys ole osallistunut kilpailunrajoitukseen, mikä on sikäli laajempi sitoumus, että myös aikaisempi kielletty menettely voitaisiin katsoa poissulkemisperusteeksi. Toki hankintayksikön kannalta on riskialtista sulkea tarjoaja pois sellaisen menettelyn perusteella, josta tarjoaja on jo seuraamuksensa kärsinyt. Näin ollen ehto ei voine ulottua ajallisesti liian pitkälle.

toimivaltaan.²⁹⁹ Tarjouksen hylkääminen saattaa kuitenkin olla perusteltua selvästi kilpailuoikeuden vastaisessa tilanteessa.

5.2.2. Horisontaaliset ja vertikaaliset konsortiot

Komission tiedonannon perusteella konsortiona toimiminen voi olla kilpailua rajoittavaa vain silloin, kun konsortion jäsenet ovat toistensa kilpailijoita.³⁰⁰ Kuten horisontaalisia sopimuksia käsittelevässä luvussa on todettu, horisontaalisissa kilpailunrajoituksissa on kyse tosiasiallisten tai potentiaalisten kilpailijoiden välisistä järjestelyistä. Potentiaaliseksi kilpailijaksi voidaan lukea sellainen taho, jolla on aidot mahdollisuudet tulla markkinoille ja todennäköisesti näin aikoo tehdäkin.³⁰¹ Tulkinta on omaksuttu myös komission päätöksissä, joissa se on yksiselitteisesti todennut, että kyse ei ole SEUT 101(1) artiklan vastaisesta toiminnasta, mikäli järjestelyn osapuolet eivät ole olleet kilpailijoita keskenään.³⁰²

Kuten todettiin, tilanne voi olla se, että konsortion jäsenet ovat osittain kilpailevia. Hankintailmoituksessa on voitu vaatia useita eri tuotteita ja jokainen konsortion jäsen toimittaa sekä keskenään korvattavissa olevia tuotteita että tuotteita, joita muut konsortion jäsenet eivät, mutta kaikkien näiden tuotteiden toimittaminen tai valmistaminen on hankinnan kohteena. Kun kyse on tiettyä tarjouskilpailua varten perustettavasta konsortiosta, kilpailijan käsitettä tulisi arvioida nimenomaisen tarjouskilpailun ja tarjouksen valossa.³⁰³ Tällaisessa tilanteessa tulisi arvioida sitä, millä tahoilla olisi ollut potentiaalinen mahdollisuus jättää tarjouksensa itsenäisinä toimijoina ja olisivatko konsortion jäsenet jättäneet itsenäistä tarjousta, jos konsortiota ei olisi muodostettu.³⁰⁴ Tässäkin kohtaa *Ritterin* mukaan merkityksellistä on yrityksen käytössä olevat resurssit.³⁰⁵

²⁹⁹ Asia C-425/14, *Impresa Edilux Srl*. Hankintayksikkö oli asettanut ehdon, jossa edellytettiin, etteivät tarjoajat ole tehneet sopimuksia muiden tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten kanssa. Ehto oli suhteellisuusperiaatteen vastainen eikä näin pitkälle menevää itsenäisyyttä voida vaatia, sillä markkinatoimijat ovat aina jonkinasteisessa vuorovaikutuksessa keskenään. Näin ollen pelkkä konsortiosopimus ei ole peruste hylätä tarjousta.

³⁰⁰ Komission tiedonanto 2011/C 11/01, kohta 237.

³⁰¹ Asia C-373/14 P *Toshiba*, kohdat 31- 36.

³⁰² Komission päätökset, TPS, *Elopak/Metal Box- Odin*, ja *International Private Satellite Partners*.

³⁰³ *Ritter* (2017) s.7.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid.

Kilpailuoikeudessa vallitsevan näkökulman mukaan pääsääntö on se, että yritykset, jotka eivät ole keskenään kilpailijoita, voivat muodostaa konsortion tarjouksen jättämistä varten eikä kyse ole kilpailua rajoittavasta järjestelystä. Tosin on huomattava, että vertikaaliset konsortiot tai konsortiot osittain kilpailevien yritysten välillä eivät ole saaneet kirjallisuudessa tai oikeuskäytännössä yhtä laajaa huomiota kuin horisontaaliset konsortiot.

5.3. Tarjouskonsortion luonne; tarkoitus vai vaikutus?

Tarjouskonsortion toimintaa ja sen kilpailuoikeudellisia vaikutuksia arvioidaan SEUT 101(1) artiklan perusteella. Tarjouskonsortio kuuluu ongelmitta yritysten välisen sopimuksen kategoriaan, sillä konsortioon osallisten yritysten välillä on kiistatta jonkinasteinen sopimus. Sen sijaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan alakohdista a-e ei suoraan selviä onko konsortioissa kyse automaattisesti kilpailunrajoituksesta, jonka tarkoituksena on rajoittaa kilpailua (*”restriction by object”*) vai tuleeko konsortio arvioitavaksi sen tosiasiallisten vaikutusten perusteella. Arviointi on merkityksellinen muun muassa näyttökysymysten kannalta.

Yritysten välinen tarjousyhteistyö voi rajoittaa kilpailua, mutta se jää vähämerkitykselliseksi, jolloin merkittävyyskriteeri ei täyty.³⁰⁶ Lisäksi kyse voi olla kilpailua merkittävästi rajoittavasta menettelystä, joka on kuitenkin perusteltavissa tehokkuuspuolustussäännön, eli SEUT 101(3) artiklan nojalla. Sen sijaan, jos kyse on järjestelynä, jonka tarkoituksena on kilpailun vääristäminen, rajoittaminen tai estäminen, viranomaisen ei tarvitse osoittaa järjestelyn vaikutuksia.³⁰⁷ Tällöin luonnollisestikaan *de minimis*- tiedonantoa ei voida soveltaa ja tehokkuuspuolustuksenkin soveltamiseen on suhtauduttu varauksellisesti.³⁰⁸

Kyse ei kuitenkaan tarvitse olla laajamittaisesta tarjouskartellista tai -yhteistyöstä, jotta järjestelyä voitaisiin arvioida siten, että sen tarkoituksena on ollut kilpailun rajoittaminen.³⁰⁹ Norjalaisessa *Ski Taxi*- tapauksessa kilpailuviranomainen otti

³⁰⁶ Määttä- Turtiainen (2014) s.1.

³⁰⁷ Tulkinta on omaksuttu jo pitkään EU:n oikeuskäytännössä, asia C-67/13, *CB v. komissio* ja C-209/07, *BIDS*-tuomio.

³⁰⁸ Mm. *Leivo et al.* (2012) s.184.

³⁰⁹ Myös yksittäiseen tarjouskilpailuun osallistuminen voi tulla kyseeseen kartelliyhteistyönä, esim. KHO 14.12.2001/3131.

konsortion tutkittavakseen sillä perusteella, että taksiyhtiöt Ski Taxi ja Follo Taxi olisivat voineet jättää tarjouksen kumpikin itsenäisinä toimijoina.³¹⁰ Asiasta kilpailuviranomaisille ilmoitti Oslon yliopistollinen sairaala, joka oli tarjouskilpailun järjestäjä. Se oli jakanut sairaalakuljetusten hankinnan maantieteellisesti yhdeksään eri alueeseen, joista kahden alueen osalta se sai ainoastaan yhden tarjouksen, joka oli edellä mainittujen taksiyhtiöiden muodostaman yhteisyrityksen jättämä tarjous.³¹¹ Tässä tapauksessa vaikuttaa selvältä, että yhteenliittymän jättäessä tarjouksen kilpailu rajoittui; ilman yhteenliittymää hankintayksikkö olisi teoriassa voinut saada kaksi erillistä tarjousta näiden kahden alueen osalta. Järjestelyn vaikutuksia ei kuitenkaan tuomioistuimessa arvioitu, sillä järjestelyn katsottiin olevan tarkoitukseltaan kilpailua rajoittava.³¹²

Ratkaisun perusteluissa EFTA- tuomioistuin nojautui pitkälti EU:n tuomioistuimen ratkaisuun *CB v. komissio*, jossa todettiin, että tietäntyyppisen kollusiivisen toiminnan on EU:n oikeuskäytännössä katsottu johtavan haitallisiin kilpailuvaikutuksiin niin todennäköisesti, että toiminnan vaikutuksia ei ole ollut tarpeen arvioida.³¹³ Näin on erityisesti silloin, kun kartellit ovat vahvistaneet hintojaan horisontaalisesti, joka vaikuttaa haitallisesti hintoihin, tuotteisiin ja palveluiden määriin tai laatuun.³¹⁴ Jos järjestelyn luonteesta ei ilmene riittävää vahingollisuutta kilpailulle, on tutkittava järjestelyn tosiasiallisia vaikutuksia.³¹⁵ Kilpailunvastainen tarkoitus ja vaikutus eivät ole siten kumulatiivisia, vaan pikemminkin vaihtoehtoisia edellytyksiä.³¹⁶ Sitä, milloin joku järjestely on riittävän vahingollinen siten, että sitä voidaan pitää kilpailun tarkoituksellisen rajoittamisena, on asiassa tarkasteltava sopimuslausekkeiden sisältöä, tavoitteita sekä sen taloudellista ja oikeudellista asiayhteyttä.³¹⁷

Myös toisessa pohjoismaisessa tapauksessa oli kyse tarkoituksellisesta kilpailun rajoittamisesta. Rengasyritykset *Däckia ja Euromaster* olivat osallistuneet kahteen

³¹⁰ Asia E- 3/16, *Ski Taxi SA*.

³¹¹ Osapuolien yhteenliittymä oli laatinut osakassopimuksen, jossa nimenomaisesti todettiin, että yhteistyö tulee vähentämään kilpailua.

³¹² Asia E- 3/16, *Ski Taxi SA*: Ratkaisu perustui ETA- sopimuksen kilpailua koskevaan 53 artiklaan, joka vastaa SEUT 101 artiklaa sisällöllisesti. Tuomion soveltuvuudesta EU:n oikeuskäytännössä, mm. Sánchez Graells (2018): ”Therefore, the extent to which the *Ski Taxi Judgement* is relevant under EU competition law will depend on future decisions of the CJEU”, s.162.

³¹³ Asia C- 67/13, *CB v. komissio*, kohta 49 ja C-209/07, BIDS- tuomio.

³¹⁴ Esim. asia C- 67/13, *CB v. komissio*.

³¹⁵ Asia C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító ym.*, kohta, 34.

³¹⁶ Asia C-8/08, *T-Mobile*, kohta 28.

³¹⁷ Asia C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító ym.*, kohta, 36.

tarjouskilpailuun rengasliiton kautta tekemillään yhteistarjouksilla, vaikka oikeudessa todettiin, että molemmat osapuolet olisivat olleet kykeneviä jättämään itsenäiset tarjouksensa.³¹⁸ Kilpailunrajoituksen luonnetta arvioitaessa oikeus totesi, että yhteistyössä oli kyse ainoastaan yhteisestä hinnoittelusta, eikä sillä ollut tuotannollisia hyötyjä tai jakelua edistäviä vaikutuksia. Käräjäoikeus katsoi, että kyseisen sopimuksen tarkoituksena oli rajoittaa kilpailua.³¹⁹

Näin ollen ainakin tilanteissa, joissa yhteistyö käsittää myös hinnoista sopimisen voi kyse olla järjestelystä, jonka tarkoituksiksi voidaan katsoa kilpailun rajoittaminen. Tällöin merkitystä ei ole myöskään sillä, minkä hinnan hankintayksikkö lopulta sopimuksesta maksaa.³²⁰ Tästä voidaan päätellä, että myös sellaisia yhteistarjouksia, joihin sisältyy asiakkaiden tai markkinoiden jakamista, kohdellaan edellä mainittujen tapausten kanssa yhdenmukaisesti. Silloin, kun menettelyn yhteensovittamisen ei voida katsoa olevan riittävän haitallista kilpailulle, toisin sanoen toiminta ei ole luonteeltaan tietyn tyyppistä, tulee asiassa arvioida yhteensovitetun menettelyn vaikutuksia kilpailuun. On huomioitava, että tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä voidaan soveltaa vain tietyn tyyppiseen menettelyyn, eli sitä on siten tulkittava suppeasti.³²¹ Ongelmallista on se, että tarjousyhteistyöhön kuuluu välttämättömänä osana yhteisymmärryksessä tehty hinnoittelu jollain tasolla ja hintojen vahvistaminen suhteessa kolmanteen, eli hankintayksikköön. Kun viimeisimmissä ratkaisuissa hinnoista sopimista on painotettu tarkoitukseen perustuvana kilpailunrajoituksena, voi konsortioille olla käytännössä epäselvää, millä tasolla etenkin hintoja koskevia tietoja voidaan vaihtaa kilpailijoiden välillä ilman, että menettely katsottaisiin kielletyksi. Kuten jo aikaisemmin on todettukin, hintoihin liittyvät tiedot ovat strategisimpia tietoja, joiden vaihtaminen ja vahvistaminen on katsottu kilpailulle haitalliseksi ja tämän vuoksi tarkoitukseen perustuvaksi kilpailunrajoitukseksi.³²²

³¹⁸ *Konkurrensverket v. Däckia/Euromaster*, 21.1.2014.

³¹⁹ *Konkurrensverket v. Däckia/Euromaster*, 21.1.2014.

³²⁰ kts. Tanskan kilpailuviranomaisen päätös, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 24.6.2015.

³²¹ Asia C-67/13 P, *CB v. komissio*, kohta 58: ”Unionin yleinen tuomioistuin on toisaalta katsonut virheellisesti, kun mainittu oikeuskäytäntö otetaan huomioon, valituksenalaisen tuomion 124 kohdassa ja sittemmin sen 146 kohdassa, että tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä ei pidä tulkita suppeasti. Tarkoitukseen perustuvan kilpailunrajoituksen käsitettä voidaan soveltaa vain tietyn tyyppiseen yritysten toiminnan yhteensovittamiseen, joka on riittävän vahingollista kilpailulle, jolloin voidaan katsoa, ettei sen vaikutusten tutkiminen ole tarpeen, jotta komissiota ei vapauteta velvollisuudesta osoittaa sellaisten sopimusten konkreettisia vaikutuksia markkinoilla, joista ei ole lainkaan osoitettu, että ne ovat jo luonteeltaan kilpailun normaalia toimintaa haittaavia.”

³²² Esim. *Konkurrensverket v. Däckia/Euromaster*, 21.1.2014

5.4. Arvioinnissa esiintyviä tulkintaongelmia

5.4.1. Resurssien arviointi

Oikeuskirjallisuudessa kilpailunormien vastaisena on nähty konsortiojärjestely tilanteessa, jossa konsortion osapuolet olisivat voineet jättää tarjouksen itsenäisinä. Miten yritysten käytössä olevia resursseja tulisi siten arvioida ja mitä näillä oikeuskirjallisuudessa manituilla resursseilla tarkoitetaan? Julkisia hankintoja koskevan oikeuskirjallisuuden perusteella resursseilla voitaisiin katsoa tarkoitettavan yrityksen kykyä suoriutua hankintasopimusveloitteiden täyttämisestä.³²³ Arvioinnissa voidaan lähteä kysymyksestä olisivatko jäsenet jättäneet kukin oman tarjouksensa tilanteessa, jossa konsortiota ei olisi muodostettu.³²⁴

Ritter on katsonut, että tärkein tekijä on yrityksen kyky tarjota (*ability to bid*).³²⁵ Tällä hän katsoo tarkoitettavan nimenomaan sitä, täyttääkö yritys hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset esimerkiksi laitteiston, työntekijöiden tai laatuvaatimusten osalta.³²⁶ Kyse on objektiivisesta arvioinnista, jossa ei oteta huomioon sitä, olisiko konsortio voinut tarjota sisällöllisesti paremman tarjouksen kuin yksittäiset toimijat. *Thomas* on esittänyt pidemmällä menevän näkökannan; ”yrityksen kykyä toimia itsenäisesti tulisi arvioida siten, että se olisi ollut objektiivisesti mahdollista, eikä arvioinnissa tulisi ottaa huomioon, miten helppoa se käytännössä on”.³²⁷ Tällöin yrityksen olisi mahdollisesti luovuttava muista projekteistaan vapauttaakseen resursseja kyseisen hankinnan toteuttamiseksi. Mielestäni muista projekteista luopuminen on liian pitkälle viety vaatimus varsinkin, kun muiden projektien osalta saattaa olla jo solmittuja sopimuksia. Tällöin yritys joutuisi kantamaan sopimusrikkomuksesta seuraavan taloudellisen riskin ilman takuuta tarjouskilpailun voittamisesta.

Toisaalta yrityksen kykyä jättää tarjous itsenäisenä toimijana voitaisiin tarkastella myös liikevaihdon kannalta. Tällöin kyse olisi siitä, minkä suuruinen liikevaihto kulloinkin

³²³ Kyky suoriutua hankintasopimusveloitteiden täyttämisestä puolestaan liittyy siihen, mitä vaatimuksia hankintayksikkö on tarjoajille asettanut sen varmistamiseksi, että tarjoajalla on riittävät taloudelliset ja rahoitukselliset voimavarat sekä tekninen ja ammatillinen kyky sopimuksen toteuttamiseen, esim. *Huikko et al.* (2017) s.372.

³²⁴ *Thomas* (2015) s. 632.

³²⁵ *Ritter* (2017) s.7.

³²⁶ *Ritter* (2017) s.7.

³²⁷ *Thomas* (2015), s. 632.

tarkoittaa sitä, että yrityksellä on riittävät resurssit toimia itsenäisesti hankintaprosessissa. Hankinnan kohteiden laajuuden vuoksi täsmällisiä liikevaihtorajoja ei kuitenkaan voitaisi asettaa vaan kyse olisi pikemminkin liikevaihdosta suhteessa hankinnan kohteeseen. Albanon ym. esittämässä mallissa konsortiota ei voitaisi muodostaa sellaisten yritysten kesken, joiden vuotuinen liikevaihto ylittää *hankinnan kohteen* arvon.³²⁸ Tällöin vaihtoehtona olisi itsenäisen tarjouksen jättäminen. Puhtaasti liikevaihdon perusteella tehtävässä arvioinnissa ei kuitenkaan ole huomioitu hankintayksikön asettamia vaatimuksia ja hankintayksikkö onkin voinut vaatia tarjoajien liikevaihdon olevan kaksi kertaa hankinnan kohteen arvon. Tämä vaatimus estää osallistumisen tarjouskilpailuun itsenäisenä toimijana.³²⁹ Näin ollen olisi siis mahdollista, että konsortio ei ole sallittu, kun konsortion osallisten liikevaihto ylittää hankinnan kohteen ennakoiden arvon, mutta itsenäinen tarjous tulisi hylätyksi jo sillä perusteella, ettei hankintayksikön asettama korkeampi liikevaihtovaatimus täyty.³³⁰ Siten resursseja arvioitaessa on perusteltua ottaa lähtökohdaksi hankintayksikön tarjouspyyntö ja siinä asetetut vaatimukset.³³¹

Ehdokkaalla ei tarvitse lähtökohtaisesti olla hankintasopimuksen solmimiseksi tarvittavia resursseja tarjousten arviointihetkellä. Kuitenkin myös yrityksen mahdollisuus hankkia tarvittavia resursseja tulisi ottaa huomioon. Esimerkiksi kotimaisessa oikeuskäytännössä yrityksen mahdollisuus vedota muiden sidosryhmien voimavaroihin olisi ollut peruste jättää tarjous itsenäisenä toimijana.³³² Myös Ritter on katsonut, että mikäli yritys ei täytä vaatimuksia tarjouskilpailun hetkellä, on arvioita sitä, miten helposti yritys olisi voinut hankkia esimerkiksi vaaditun laitteiston.³³³ On kuitenkin muistettava, että

³²⁸ Kts. *Albano et al.* (2009), jotka esittävät, että hankintayksikkö voisi soveltaa konsortioon liikevaihtorajoja. Esitetystä tilanteesta konsortiota ei voisi muodostaa silloin, kun sen jäsenten liikevaihto on määrällisesti suurempi kuin hankinnan tai hankinnan osan arvo, s. 356-359. On kuitenkin huomioitava, että relevantit markkinat ovat alueelliset, mutta kokonaisliikevaihto voi kertyä maailmanlaajuisesti. Albano et al. eivät ole ottaneet kantaa esimerkiksi siihen, miten konsernin liikevaihto tulisi laskea.

³²⁹ Irlannin kilpailuviranomainen tulkinnut yrityksen kykyä tarjota siten, että horisontaalisia konsortioita tulisi pitää sallittuna, mikäli yksikään konsortion jäsenistä ei täytä hankintayksikön asettamia vaatimuksia itsenäisenä toimijana ja osa konsortion jäsenistä ei olisi yhdessä täyttänyt hankintayksikön asettamia vaatimuksia. Linjaus on hieman epäselvä, mutta sillä todennäköisesti viitataan siihen, että konsortion koostuessa useammasta kuin kahdesta jäsenestä, jokaisella jäsenellä on roolinsa hankinnan toteuttamisessa. Toisin sanoen konsortion jäsenten tulee täydentää toistensa osaamista, jotta menettelyä voitaisiin pitää välttämättömänä, Irlannin kilpailu- ja kuluttajaviranomainen (2014).

³³⁰ Hankintayksikkö voi ilmoittaa vähimmäisliikevaihtoa koskevan vaatimuksen, jonka koko konsortio täyttää yhdessä, mutta sen lisäksi se voi vaatia, että konsortion yksittäisten jäsenten liikevaihto ylittää tietyn vähimmäistason, *Eskola et al.* (2017) s.450-451.

³³¹ Mikäli hankintayksikkö ei ole asettanut liikevaihtoa koskevaa vähimmäisvaatimusta, voi tarjoajien vuotuinen liikevaihto kuitenkin indikoida tarjoajan resurssien riittävydestä tai niiden puutteellisuudesta, kun vuotuista liikevaihtoa verrataan hankinnan ennakoituun arvoon.

³³² KHO 14.12.2001/3131.

³³³ *Ritter* (2017) s.7.

hankintamenettely voi olla aikataulultaan hyvin tiukka eikä konserniyhtiön varoja ole välttämättä mahdollista vapauttaa nopeasti.

5.4.2. Osatarjoukset ja niiden vertailu

Urakasta, tavara- tai palveluhankinnasta voidaan hankintayksikön niin päättäessä jättää myös osatarjouksia, jolloin tarjouskilpailuun osallistuva yritys tarjoaa vain hankinnan kohteen osasta. Kotimaisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että osatarjouksen mahdollisuus esti yrityksiä jättämästä yhteistä kokonaistarjousta.³³⁴ Mainituissa ratkaisuisissa lopputulokseen vaikuttivat toki muutkin seikat, kuten osapuolten resurssit ja hankinnan kohteen koko suhteessa yritysten voimavaroihin. *Määttän ja Turtiaisen* mukaan mainitunlaisiin seikkoihin on syytä kiinnittää huomiota arvioitaessa tarjouskonsortion sallittavuutta.³³⁵ Heidän näkemyksensä mukaan tarjouskilpailu, jossa osatarjouksia ei sallita, tekisi konsortiona toimimisesta hyväksyttävämpää.³³⁶ Myös *Pekkala ja Pohjonen* ovat katsoneet, että mikäli osatarjoukset ovat olleet sallittuja, yrityksen tulisi arvioida suorituskykyään osatoimitusten perusteella.³³⁷

Tarjouskonsortiota arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota tapauskohtaisiin seikkoihin, jolloin myös osatarjouksilla on vaikutusta asiaa arvioitaessa, mutta pelkästään osatarjousten mahdollisuuden ei nähdäkseni tulisi estää konsortion muodostamista. Ongelmallista nimittäin on se, että osatarjouksia ja kokonaistarjouksia ei pysty vertaamaan keskenään ja kunkin toteutettavan osan osalta on suoritettava erillinen tarjousvertailu ja erillinen päätös.³³⁸ Hankinnan kohde voi olla sisällöllisesti suppea siten, että kohteena on vain tietyn tyyppinen tavara tai palvelu. Määrällisesti se voi kuitenkin tässä tapauksessa olla erittäin laaja ja tällöin ne ehdokkaat, jotka pystyvät tarjoamaan esimerkiksi tiettyä tavaraa sen kappalemäärän, jonka hankintayksikkö tarvitsee, pystyvät hyödyntämään skaalaetuja.³³⁹ Näin ollen kokonaistarjous on todennäköisesti hankintayksikön kannalta edullisempi kuin osatarjous, joka koskisi vain puolta hankintayksikön tarvitsemasta kokonaismäärästä. Hankintayksikön kannalta kokonaistarjous saattaa olla myös houkuttelevampi vaihtoehto, sillä yhtä

³³⁴ KHO 14.12.2001/3131.

³³⁵ *Määttä ja Turtiainen* (2014) s.16.

³³⁶ *Määttä ja Turtiainen* (2014) s.16.

³³⁷ *Pekkala – Pohjonen* (2010), s.687.

³³⁸ *Pekkala – Pohjonen* (2010) s.451.

³³⁹ *Lunander – Lundberg* (2012) s.743.

hankintasopimusta on helpompi hallita kuin useaa erillistä.³⁴⁰ Yhden toimittajan etuna on lisäksi koko hankinnan samanlainen tekninen toteutus.³⁴¹

5.4.3. Käytössä olevien voimavarojen hyödyntäminen

Pohdittaessa yritysten mahdollisuutta jättää tarjouksensa konsortiona herää kysymys, tulisiko yritysten hyödyntää ensi sijassa esimerkiksi samaan konserniin kuuluvien yritysten voimavaroja ja olisiko tarjouskonsortio toissijainen vaihtoehto. Ratkaisussa *Siemens & ARGE Telekom* todettiin, että palvelujen suorittaja, joka ei yksin täytä osallistumisen vähimmäisedellytyksiä, sallitaan vetoavan kolmannen osapuolen suorituskykyyn, johon se aikoo turvautua.³⁴² Tältä osin voidaan viitata myös edellä mainittuun kansalliseen ratkaisuun KHO 14.12.2001, jossa tarjouskonsortion käyttöä ei pidetty sallittavana tapauksessa, jossa hankinnan kohde oli pieni verrattuna yritysten käytössä oleviin voimavaroihin.³⁴³ Lisäksi on muistettava tarjoajan mahdollisuus käyttää alihankkijaa tarjouksen toteuttamisessa, mikäli kyse ei ole suuresta yrityksestä, joka voi turvautua emo- tai sisaryhteisön voimavaroihin.

Mikäli tarjouskonsortio olisi toissijainen vaihtoehto suhteessa muiden voimavarojen käyttöön on arvioitava sitä, milloin yrityksen voimavarat ovat riittävän suuret siten, että se ei voi muodostaa konsortiota. Mahdollista on, että yrityksen sidosityhteisössä ei ole vapaana voimavaroja tai niitä ei voida hankkia maantieteellisistä syistä johtuen.³⁴⁴ Tilanteessa, jossa kaksi suurta toimijaa jättää yhteisen tarjouksen, vähentää se yritysten välistä kilpailua verrattuna siihen, että kumpikin näistä toimijoista käyttäisi hyväkseen esimerkiksi sisaryhtiön voimavaroja. Oikeuskirjallisuudessa tai –käytännössä ei kuitenkaan ole otettu huomioon sitä mahdollisuutta, että hankintayksikön kannalta konsortion jättämä tarjous voi olla laadullisesti parempi.³⁴⁵ Tosin tällaisessa tapauksessa järjestelyä voitaisiin puoltaa sen tehokkuuseduilla, mikäli kaikki SEUT 101(3) artiklan tarkoittamat edellytykset suinkin täyttyvät. Lisäksi on otettava huomioon, että muiden

³⁴⁰ Ritter (2017) s.8.

³⁴¹ Kokonaistarjouksen ja osatarjousten eduista, Eskola et al. (2017) s.350-354.

³⁴² Asia C-314/01, *Siemens & ARGE Telekom*, kohta 43.

³⁴³ KHO 14.12.2001/3131, kumpikin yrityksistä oli kooltaan suuria ja itsenäisinä toimijoina niillä olisi ollut mahdollisuus vedota samaan konserniin kuuluvien yritysten voimavaroihin.

³⁴⁴ Albano et al. (2009) s.353.

³⁴⁵ Esimerkiksi innovaatiokumppanuuden ollessa kyseessä on hyvinkin mahdollista, että konsortiosopimus olisi rinnastettavissa tutkimus ja kehityssopimukseen, kts. komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohdat 111-149.

voimavarojen hyödyntäminen ensisijaisena vaihtoehtona konsortioon nähden ei välttämättä rajoittaisi tarjouskartelleiden muodostumista, ainakaan silloin, jos muiden voimavarojen käyttämisellä tarkoitetaan alihankintaa. Tarjouskartelleissa on tyypillistä, että sopimuksen voittaa tietty yritys kartellin kesken sovitun rotaation mukaisesti ja voittanut yritys käyttää muita kartellin jäseniä alihankkijoinaan.³⁴⁶ Sen sijaan, jos sidosryhmä ei ole itsenäinen toimija kyseiseen järjestelyyn ei sovelleta SEUT 101(1) artiklaa, sillä toimijoiden ei katsota tällöin olevan kilpailijoita.³⁴⁷

Kuten konsortioidenkin osalta myös alihankintaan suhtaudutaan hankintadirektiivissa neutraalisti ja alihankkijan käyttöä voidaan oikeuskäytännössä omaksutun linjauksen perusteella rajoittaa ainoastaan erityisistä syistä koskien hankinnan kohteen olennaisimpia tai kriittisimpiä osia. Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta myös pääurakoitsijan ja alihankkijan yhteistyössä on kyse sopimuksesta tai yhteenliittymästä, jonka toimintaa arvioidaan SEUT 101(1) artiklan mukaisesti.³⁴⁸ *Thomasin* mukaan hankinnan päätoteuttajan käyttäessä alihankkijaa, näiden sopimussuhdetta tulisi arvioida samoin kriteerein kuin konsortiota eli objektiivisesti yrityksen resurssien mukaan.³⁴⁹ Samanlainen suhtautuminen olisi perusteltua varsinkin tilanteessa, jossa sopimuksen päätoteuttaja ja alihankkija laativat tarjouksen yhteydessä, sillä tällöin järjestely on käytännössä lähempänä konsortiota, vaikka sopimusvelvoitteista suhteessa hankintayksikköön vastaakin edelleen yksin päätoteuttaja.³⁵⁰ Alihankintasopimus ei *Thomasin* mukaan ole kilpailuoikeudellisesti haitallinen, mikäli sopimusosapuolet eivät ole kilpailijoita keskenään tai mikäli sopimusosapuolilla ei olisi resurssien vuoksi mahdollista toteuttaa hankintaa kokonaisuudessaan.³⁵¹ *Määtän ja Turtiaisen* näkökulma ”ehdoin tahdoin ongelmia ei pidä aiheuttaa esimerkiksi sopimalla yhteistyöstä kilpailijan

³⁴⁶ OECD:n ohje tarjouskartellien torjumiseksi, 2009, kohta 4.

³⁴⁷ Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista: ”kun yksi yritys käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa toisessa yrityksessä, ne muodostavat yhden ainoan taloudellisen yksikön ja ovat siten osa samaa yritystä. Sama koskee sisaryhtiöitä eli yhtiöitä, joissa sama emoyhtiö käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa. Tämän vuoksi niitä ei katsota kilpailijoiksi, vaikka ne toimisivat samoilla merkityksellisillä tuote- ja maantieteellisillä markkinoilla”, kohta 11. Muiden voimavaroihin vetoaminen ei hankintadirektiivin mukaan kuitenkaan tarkoita, että yrityksen olisi vedottava saman konsernin sidosyksiköiden voimavaroihin. Direktiivin 63 artiklan mukaan tarjoaja voi tarkoituksenmukaisissa tapauksissa yksittäistä sopimusta varten käyttää hyväksi muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta sen ja näiden yksiköiden välisten yhteyksien oikeudellisesta luonteesta.

³⁴⁸ *Thomas* (2015) s.730.

³⁴⁹ *Thomas* (2015) s.636.

³⁵⁰ *Thomas* (2015) s.636.

³⁵¹ *Thomasin* esittämä kanta on oikeuskäytännön linjauksen kanssa ristiriitainen, sillä alihankinnan rajoittaminen on katsottu sallituksi vain tietyissä olosuhteissa, esim. asia C-314/01, *Siemens v. ARGE Telekom*, kohta 45.

kanssa alihankintana”, jää epäselväksi, mutta ilmeisesti heidän mukaansa tarjouskilpailua ei tulisi vaikeuttaa tarjoajan toimesta turhaan.³⁵² Tällä voidaan katsoa tarkoitettavan kilpailijoiden välisten alihankintasuhteiden ongelmallisuutta, vaikka periaatteessa kyse onkin hankintadirektiivin sallimasta menettelystä.

5.5. Asetettujen määräaikojen ja hankintayksikön tavoitteiden merkitys

Yrityksen käytössä oleviin resursseihin voi vaikuttaa myös muut hankintamenettelyyn liittyvät seikat. Hankintailmoituksessa tarjoajille asetetut määräajat voivat kiireellisissä tapauksissa olla erittäin lyhyet.³⁵³ Tilanne voi siis olla sellainen, että yrityksellä olisi *teoriassa* resursseja jättää tarjous itsenäisesti, mutta hankintailmoituksen määräajoista johtuen resursseja ei ole *käytännössä* mahdollista vapauttaa tai siirtää muualta. Tapauksessa *Konsortium ECR 900* komissio totesi, että tarjouspyynnön asettaessa tiukat määräajat sopimusosapuolet tuskin olisivat pystyneet noudattamaan asetettua aikataulua, mikäli ne olisivat toimineet itsenäisinä.³⁵⁴ Tässä tapauksessa määräajat olivat siten osittainen peruste konsortion muodostamiselle. Määräajoilla voi olla merkitystä myös arvioitaessa sitä, toimivatko yritykset samoilla relevanteilla markkinoilla. Määräajat nimittäin vaikuttavat siihen, miten nopeasti yrityksen on mahdollista tulla samoille markkinoille, jolloin tällä on vaikutusta kun arvioidaan markkinoiden potentiaalista kilpailua.³⁵⁵ Hankintadirektiiviä laadittaessa on nähty tärkeänä pitää määräajat lyhyinä menettelyn tehostamiseksi, mutta samalla on myös todettu, ettei tällä tavoin kuitenkaan tule luoda tarpeettomia markkinoille pääsyn esteitä ja vaikeuttaa yritysten EU:n laajuista osallistumista tarjouskilpailuihin.³⁵⁶ Tästä on niin ikään huomattavissa jälleen kilpailun ja tehokkuuden keskinäinen ristiriita.

Kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa ei ole juurikaan huomioitu itse tarjouspyyntöä, vaan keskitytty arvioimaan yritysten kykyä jättää itsenäinen tarjous objektiivisten seikkojen perusteella. Kun keskustelu on ollut yksipuolisesti kilpailuoikeudellista, hankinnan luonne tai hankintayksikön tavoitteet eivät ole saaneet niin suurta painoarvoa. Yrityksen mahdollisuus osallistua hankintaprosessiin ilmenee lähtökohtaisesti

³⁵² Määttä - Turtiainen (2014) s.18.

³⁵³ Avoimessa menettelyssä hankintadirektiivin mukainen vähimmäismääräaika tarjousten vastaanottamiselle on 35 päivää hankintailmoituksen lähettämispäivästä.

³⁵⁴ Komission päätös 27.7.1990, *Konsortium ECR 900*.

³⁵⁵ Leivo et al. (2012) s.437.

³⁵⁶ Direktiivin 2014/24/EU perustelut, kohta 80.

hankintayksikön laatimasta tarjouspyynnöstä, joten konsortion sallittavuutta tulisi arvioida enemmän sen kannalta, mitä tarjouspyynnössä on ehdokkailta edellytetty ja mitä tavoitteita hankintayksiköllä on. Näin ollen myös hankinnan luonteella voi olla merkitystä sen kannalta, miten tarjouskonsortioon suhtaudutaan.

Pekkala ja Pohjonen ovat todenneet, että hankintayksikön tavoitteilla ja ilmoitetuilla tarjousten vertailuperusteilla on suuri merkitys arvioitaessa yhteistarjouksen sallittavuutta.³⁵⁷ Tästä esimerkkinä he mainitsevat tilanteen, jossa hankintayksikkö tavoittelee korkeampaa laatua ja se on myös tarjousten vertailuperusteena. Tällaisessa tilanteessa yhteistarjous voisi olla sallittu, mikäli yhteistyöllä saataisiin paremman laatuinen tuote tai palvelu aikaiseksi. Samoin se, että hankintayksikön tavoitteena on nopea toimitusaikataulu, voisi olla peruste jättää yhteistarjous hankintayksikön nimenomaisen tavoitteen toteutumiseksi.³⁵⁸ Sen sijaan silloin, kun hankintayksikkö on määritellyt laadun taikka toimitusajan hankintailmoituksessaan eikä hankintayksikkö tavoittele määritelmäänsä parempaa suoritusta, yhteistarjous ei tällä perusteella tulisi kyseeseen. Resurssilähtöisestä näkökulmasta poiketen, Pekkalan ja Pohjosen esittämä vaihtoehtoinen lähestymistapa ottaa hankintayksikön nimenomaiset tavoitteet huomioon. Myös hankinnan poikkeuksellinen laajuus on nähty kilpailuoikeudessa perusteeksi konsortion muodostamiselle³⁵⁹: mitä laajempi ja vaativampi hankinta on kyseessä, sitä todennäköisemmin se voidaan toteuttaa konsortiona. Tosin tässäkin on lopulta kyse yrityksen käytössä olevista resursseista.³⁶⁰

³⁵⁷ Pekkala – Pohjonen (2010) s.687.

³⁵⁸ Pekkala – Pohjonen (2010) s.688.

³⁵⁹ Komission päätös 27.7.1990, *Konsortium ECR 900*. Kyse oli laajasta ja uudentyypisestä ratkaisusta, johon sisältyi myös merkittävä sopimusriski. Yhteistyö käsitti siten niin laajan kokonaisuuden, ettei konsortion jäsenillä olisi ollut mahdollisuutta toimia itsenäisinä.

³⁶⁰ Laajoissa hankkeissa tarjoajien määrä on automaattisesti pienempi, kun harvemmallalla yrityksellä on resursseja sen toteuttamiseen, joten konsortion muodostaminen lisää tässä tapauksessa tarjoajien määrää ja siten kilpailua.

6. Tarjousyhteistyöllä saavutettavat hyödyt ja de minimis- tiedonanto

6.1. Vähämerkityksellinen yhteistyö

6.1.1. Markkinaosuusrajat

Määttä ja Turtiainen ovat jakaneet tarjousyhteistyön eri kategorioihin sen kilpailuoikeudellisen luonteen mukaisesti.³⁶¹ Ensinnäkin kilpailijoiden välinen yhteistyö voi olla luonteeltaan SEUT 101(1) artiklan vastaista eivätkä myöskään SEUT 101(3) artiklassa tarkoitettujen tehokkuuspuolustuksen edellytykset täyty. Tämä tilanne tulee kyseeseen silloin, kun tarjousyhteistyön tarkoituksena katsotaan olleen kilpailun rajoittaminen, estäminen tai vääristäminen.³⁶² Kun tarjousyhteistyöhön tällaisenaan on perehdytty tutkielmassa aikaisemmin, tässä kappaleessa tarkastellaan tilanteita, jolloin konsortio voi olla sallittu huolimatta sen kilpailua rajoittavista vaikutuksista. Tarjousyhteistyö voi nimittäin olla SEUT 101(1) artiklan vastaista, mutta se ei rajoita kilpailua tai rajoittaa kilpailua ainoastaan vähäisesti, jolloin ns. *merkittävyysskriteeri* ei täyty. Vaihtoehtoisesti se rajoittaa merkittävästi kilpailua (*merkittävyysskriteeri täyttyy*), mutta täyttää kuitenkin tehokkuuspuolustussäännössä mainitut neljä edellytystä, jolloin järjestely katsotaan sallituksi sen tehokkuusetujen johdosta. Tilanteissa, joissa tarjousyhteistyöhön liittyy hintojen vahvistamista tai markkinoiden taikka asiakkaiden jakamista tarjousyhteistyö ei kuitenkaan tule sallituksi.³⁶³

Mikäli yritysten välinen yhteistyö on vähämerkityksellistä, sitä ei voida pitää kiellettyinä kilpailunrajoituksena, vaikka sillä saattaisikin olla vaikutusta kilpailuun markkinoilla. Komission tiedonannon mukaan yritysten välisiä sopimuksia tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja ei voida pitää SEUT 101(1) artiklan vastaisena, jos yhdenkään sopimusosapuolen markkinaosuus ei ylitä 10 prosenttia millään sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla, kun sopimusosapuolet ovat todellisia tai mahdollisia kilpailijoita joillakin näistä markkinoista.³⁶⁴ Myöskään silloin sopimukset tai yhdenmukaistetut menettelytavat eivät rajoita kilpailua tuntuvasti, jos yhdenkään sopimuspuolen markkinaosuus ei ylitä 15 prosenttia millään sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla, kun yritykset eivät ole todellisia

³⁶¹ *Määttä – Turtiainen* (2014) s.1.

³⁶² Asia E-3/16, *Ski Taxi SA*.

³⁶³ Kilpailuviranomainen voi kuitenkin jättää priorisointioikeutensa nojalla kilpailunrajoituksen tutkimatta.

³⁶⁴ Komission tiedonanto vähämerkityksellisistä sopimuksista, 2014/ C 291/01, ns. ”*de minimis-tiedonanto*”.

tai mahdollisia kilpailijoita millään näistä markkinoista.³⁶⁵ Ensimmäinen 10 prosentin raja soveltuu siis tilanteisiin, joissa on kyse horisontaalisista sopimuksista, kun taas jälkimmäinen 15 prosentin raja koskee vertikaalisia sopimuksia. Jos yritysten asemaa markkinoilla on vaikea määrittää, sovelletaan tiukempaa raja-arvoa. Poikkeukset eivät kuitenkaan koske ryhmäpoikkeusasetuksessa määriteltyjä vakavimpia kilpailunrajoituksia tai sopimuksia, joiden tarkoitus on ollut kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen.³⁶⁶ Tällaisia sopimuksia tulee pitää kiellettyinä, riippumatta siitä, onko niillä ollut merkittävää haitallista vaikutusta kilpailuun.

De minimis- tiedonanto on implementoitu jäsenvaltioiden kansalliseen lainsäädäntöön. Esimerkiksi Ruotsin Konkurrenslag (2008:579) kieltää yritysten väliset sopimukset vain, jos niillä voidaan katsoa olevan merkittäviä vaikutuksia Ruotsin markkinoilla. Suomessa vastaava periaate on muotoiltu lakiin laueammin; ”...seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy”. Ruotsin kilpailulain esitöissä merkittävyysskriteeriä arvioitiin markkinaosuusrajan avulla; yhteistyön ei katsota rajoittavan kilpailua merkittävästi, jos sopimustuotteiden markkinaosuus relevanteilla markkinoilla on enintään 10 prosenttia ja kyse on pienten ja keskisuurten toimijoiden välisestä sopimuksesta tai yhteistyöstä.³⁶⁷ Pienempien yritysten, joiden liikevaihto jää alle 10 miljoonaan kruunuun, osalta sallitaan hieman suurempi markkinaosuus kuin edellä mainittu 10 prosenttia. Ruotsissa lain esitöissä on nimenomaisesti mainittu kilpailulain tavoitteeksi vahvistaa pienten ja keskisuurten toimijoiden asemaa ja kykyä vastata kilpailuun markkinoilla.³⁶⁸ Suomessa merkittävyysskriteeriin ei ole otettu kantaa yhtä laajasti lain esitöissä.

Lähtökohtaisesti pk-yritysten tarjousyhteistyötä laajemmassa hankinnassa ei pidetä kiellettyinä kilpailunrajoituksena johtuen siitä, että niillä ei yleensä ole resursseja jättää tarjousta itsenäisesti.³⁶⁹ Silloin kun pk-yritykset ovat kykeneväisiä osallistumaan hankintaan itsenäisinä toimijoina niiden muodostamassa konsortiossa ei välttämättä ole kyse merkityksellisestä kilpailunrajoituksesta, sillä pk-yritysten markkinaosuudet ovat pienet ja niiden toiminta paikallista. Konsortio ei voine rajoittaa kilpailua siten

³⁶⁵ Komission *de minimis*- tiedonanto, kohta 8.

³⁶⁶ Asia C-226/11, *Expedia*, kohta 35. ja yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, *Consten ja Grundig*.

³⁶⁷ Prop. 1992/93:56 s.22.

³⁶⁸ Prop. 1992/93:56.

³⁶⁹ *Määttä – Turtiainen* (2014) toteavat, että myös pk-yritysten mahdollisuus tarjouskonsortioon tulisi suhteuttaa hankintaprosessissa esiintyviin reunaehtoihin, kuten tarjoajan vähimmäisliikevaihdolle asetettuun määrään, s.18.

merkittävästi. Epäselvää on sen sijaan tilanne, jossa konsortio on ns. sekatyypinen konsortio, joka koostuu isosta sekä pienestä toimijasta, jotka kilpailevat keskenään ja joista isomman yrityksen markkinaosuus ylittää mainitun 10 prosentin rajan. Miten konsortiota tulisi arvioida tällaisessa tilanteessa merkittävyysskriteerin valossa. Määttä ja Turtiainen ovat epäilleet, että sekamuotoinen tarjouskonsortio ei olisi yhtä edullisessa asemassa sellaisen konsortion kanssa, joka koostuu ainoastaan pk-yrityksistä.³⁷⁰ Näkökulmaa on perusteltu EU:n tuomioistuimen melko vanhalla tapauksella *Distillers Company*, jossa tuomioistuin totesi, ettei voi soveltaa de minimis- tiedonantoa suuryritykseen, vaikka sen markkinaosuus tarkastelun kohteena olevilla relevanteilla markkinoilla oli vähäinen.³⁷¹ Toki myös aikaisemmin mainitussa italialaisessa *School Cleaning Services*- tapauksessa³⁷² katsottiin, että pk-yritykseksi luokiteltavan yrityksen osalta tarjousyhteistyölle katsottiin olleen hyväksyttävä peruste, kun taas muiden kolmen yrityksen sen sijaan katsottiin toimineen kilpailua rajoittavasti.

Tutkielmassa esitetyn oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta, että pienempien yritysten tarjousyhteistyö on helpommin puolustettavissa. Näin ollen sekamuotoisen konsortion muodostaminen saattaa olla sallittua kokonaisuudessaan, kaikkien yritysten osalta tai pelkästään sekamuotoiseen konsortioon kuuluneiden pienten yritysten osalta. Luonnollisesti kun kyse on isoista yrityksistä, joiden markkinaosuudet ylittävät 10 prosentin liikevaihtorajan tarjousyhteistyö täyttää merkittävyysskriteerin. Mikäli yritykset eivät ole toistensa kilpailijoita, sovellettaisiin de minimis- tiedonannon mukaan 15 prosentin rajaa.

6.1.2. Relevanttien markkinoiden määrittelyn haasteet

Merkittävyysskriteerin lisäksi yritysten välisen sopimuksen tulee olla vaikutuksellinen tietyillä markkinoilla. Relevanttien markkinoiden määrittely on kilpailuoikeudessa tyypillinen tapa selvittää tietyn sopimuksen tai järjestelyn vaikutuksia ja sitä käytetään niin ikään yritysten välisen sopimuksen tai esimerkiksi yritysjärjestelyn vaikutusalan arvioinnissa. Markkinoiden määrittelyllä saadaan selvitettyä myös edellä mainitut markkinaosuudet, joilla on merkitystä arvioitaessa järjestelyn vaikutusten merkittävyyttä

³⁷⁰ Määttä – Turtiainen (2014) s.24.

³⁷¹ Asia 30/78, *Distillers Company Limited v komissio*, kohdat 27-28.

³⁷² Italian kilpailuviranomaisen päätös 22.12.2015, Case I785, *Gara Consip Servizi di pulizia nelle scuole*.

ja hahmotettaessa yritysten välisen kilpailun rajoja.³⁷³ Merkityksellisiä markkinoita määriteltäessä pyritään siis tunnistamaan hyödykkeet sekä ne maantieteelliset alueet, joilla yritys tarjoaa kyseisenlaisia hyödykkeitä.³⁷⁴ Hyödykemarkkinoita arvioitaessa keskeistä on tuotteen keskinäisen vaihdettavuuden arviointi, eli voidaanko tietty hyödyke korvata toisella hyödykkeellä. Tietyn hyödykkeen korvattavuus toisella rajoittaa tuotteen toimittajien käyttäytymistä muun muassa myyntiehtoista päätettäessä. Jos asiakkaat voivat helposti siirtyä käyttämään korvaavia tuotteita, yritys ei voi vaikuttaa hyödykkeen hintoihin niin merkittävästi kuin tilanteessa, jossa hyödyke ei olisi helposti korvattavissa toisella.³⁷⁵ Merkityksellisillä maantieteellisillä markkinoilla tarkoitetaan komission tiedonannon määritelmän mukaan aluetta, jolla asianomaiset yritykset tarjoavat kyseisiä hyödykkeitä tai palveluita ja jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa viereisistä maantieteellisistä alueista juuri kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.³⁷⁶

Käytännössä markkinoiden määrittelyyn on kuitenkin liittynyt suuria vaikeuksia ja osapuolilla on voinut olla aivan erilainen käsitys siitä, mitkä ovat relevantit markkinat.³⁷⁷ Kun edellä on käsitelty julkisten hankintojen markkinoiden ominaispiirteitä, herää kysymys, miten relevantit markkinat määritellään siinä tapauksessa, jos tarjouskilpailuun osallistunut konsortio joutuu soveltamaan de minimis- tiedonantoa? Jos markkinamäärittely on epäselvä, julkisissa hankinnoissa sen voidaan olettaa erittäin epäselvä. Kun relevantit markkinat on tyypillisesti jaettu tuote- ja maantieteellisiin markkinoihin, ensimmäinen ongelma ilmenee jo tuotemarkkinoiden määrittelyssä. Tuotemarkkinoiden osalta *kysynnän* korvattavuus on ollut tarjonnan korvattavuutta merkityksellisempää kun määritellään markkinoita.³⁷⁸ Markkinoilla, joissa kysyntälähde on vahvasti julkinen, ei kysyntä ole välttämättä korvattavissa.³⁷⁹ Lisäksi on muistettava, että osa hankintapäätösten taustatekijöistä saattaa riippua muun muassa poliittisista linjauksista, eli siitä mihin yhteiskunnan varoja halutaan kohdistaa.³⁸⁰

³⁷³ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 2.

³⁷⁴ *Alkio – Wiik* (2009) s.70.

³⁷⁵ *Alkio – Wiik* (2009) s.73.

³⁷⁶ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, kohta 8.

³⁷⁷ *Mentula* (2002) s.207.

³⁷⁸ *Alkio – Wiik* (2009) s.81.

³⁷⁹ *Sánchez Graells* (2011) s.39.

³⁸⁰ *Sánchez Graells* (2011) s.35.

Kuoppamäki on todennut, että relevanteissa markkinoissa kyse on ajattelun apuvälineestä eivätkä todelliset markkinat aina vastaa teoreettista markkinamäärittelyä.³⁸¹ Lisäksi markkinoiden muuttuessa jatkuvasti monimutkaisemmiksi myös relevanttien markkinoiden rajoja on entistä vaikeampi määritellä.³⁸² Julkiset hankinnat ovat omiaan lisäämään markkinoiden yhteisönlajuisuutta, sillä niiden välillisenä tavoitteena on tavaroiden ja palveluiden liikkuvuus sekä tarjoajien syrjimätön kohtelu sijoittautumismaasta riippumatta.

Myös komissio kiinnitti tähän huomiota päätöksessään, kun se arvioi yrityskeskittymän hyväksyttävyyttä.³⁸³ Komission mukaan kyseisessä tapauksessa kysynnän näkökulmasta markkinat olivat tarjousmarkkinat, joilla asiakkaat hankkivat voimakapeleita yhä enemmän Euroopan tasolla hankintadirektiivin mukaisessa hankintamenettelyssä ja kaapeliteollisuuden kilpailuolosuhteet olivat siten kansainvälistymässä.³⁸⁴ Lisäksi komissio katsoi, että markkinarakenne perustui pääosin kansallisten asiakkaiden hankintapolitiikkaan. Päätöksessään komissio totesi, ettei järjestely johda määräävään markkina-asemaan, sillä markkinoilla toimi ainakin neljä muuta yritystä, jotka olivat potentiaalisia tarjoajia ja koska kysynnästä vastasivat yksinomaan suuret asiakkaat, jotka tekivät hankintansa tarjouskilpailuissa.³⁸⁵ Nähdäkseni myös konsortioiden tapauksessa relevanteja markkinoita voitaisiin arvioida vastaavalla tavalla siten, että julkinen kysyntä erotetaan muusta kysynnästä. Näin ollen voitaisiin saada relevantit alamarkkinat määriteltyä, sillä julkisissa hankinnoissa kysyntä- ja tarjousolosuhteet poikkeavat

³⁸¹ *Kuoppamäki* (2003) s.324.

³⁸² *Kuoppamäki* (2003) s.325.

³⁸³ Komission päätös, *Pirelli/BICC*, [EUVL 2003] L 70/35.

³⁸⁴ Tosin komissio totesi, että vielä merkittävää muutosta ei ollut tapahtunut, sillä kansalliset hankkijat suosivat edelleen kansallisia toimijoita, *Pirelli/BICC*, [EUVL 2003] L 70/35, kohta 48. Myös *Bishop & Walker* (2002) ovat huomioineet komission käyttäjäkohtaisen lähestymistavan päätöksessään, s.117.

³⁸⁵ Päätöksessä *Pre-insulated pipes* [EUVL 1999] L 24 komissio kiinnitti huomiota kaukolämmitysjärjestelmien markkinoissa muun muassa seuraaviin seikkoihin: loppukäyttäjät olivat julkisia, urakkasopimukset liittyivät usein erityishankkeisiin tai vuosihuoltoihin ja sopimus saatiin usein tarjouskilpailun kautta (60 prosenttia markkinoista). Myös jäsenvaltioiden välillä käytiin merkittävää kauppaa, kun taas yhteisön suurimmat kansalliset markkinat olivat Saksassa (40 prosenttia koko yhteisön kulutuksesta). Lopputulemasta ei kuitenkaan käy ilmi, mikä merkitys julkisten tarjouskilpailuiden roolilla tässä tapauksessa oli.

normaaleista markkinoista.³⁸⁶ Tosin tämä ei ole tarpeen kaikkien tuotteiden tai palveluiden osalta, sillä julkisen kysynnän rooli markkinoilla vaihtelee.³⁸⁷

6.2. Hyödyllisten sopimusten salliminen

Jotta kartellikielto ei muodostuisi liian tiukaksi, artiklan 101(3) kohdan mukaan kiellettyjä eivät merkittävyyskriteerin täytyessä kuitenkaan ole sellaiset sopimukset, päätökset tai yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka tehostavat tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistävät teknistä kehitystä jättäen kuluttajille osan järjestelyllä saadusta hyödystä. Järjestely ei kuitenkaan saa asettaa siihen osallisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä näiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Lisäksi edellytetään, ettei sopimus, päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa anna yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

Tarjouskonsortioilla, joka rajoittaa kilpailua, voi samanaikaisesti olla myös sitä edistäviä vaikutuksia.³⁸⁸ SEUT 101(3) kohdassa säädetään tehokkuuspuolustuksesta, jonka perusteella kiellettyjä eivät ole yritysten väliset sopimukset, yhteenliittymien päätökset tai yhdenmukaistetut menettelytavat, joilla tehostetaan tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistetään teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä. Mikäli SEUT 101 artiklan 3 kohdassa mainitut edellytykset täyttyvät, SEUT 101 artiklan 1 kohdan tarkoittama yritysten välinen sopimus on sallittu sen taloudellisen hyödyllisyyden vuoksi.³⁸⁹ Suomen oikeuskirjallisuudessa hyödyllisten sopimusten sallimista on kutsuttu *legaali poikkeukseksi* tai *tehokkuuspuolustukseksi*, joita myös käytän tässä tutkielmassa.³⁹⁰ Sopimuksesta ilmeneviä hyötyjä arvioidaan tarkasteltavana olevan sopimuksen täytäntöönpanoajankohtana ilmenevien tosiseikkojen valossa.³⁹¹ Aikaisemmin käytössä olleen poikkeuslupamenettelyn sijasta elinkeinonharjoittajat arvioivat nykyään itse,

³⁸⁶ Esim. *Kuoppamäki* (2003) on nähnyt käyttäjäkohtaiset alamarkkinat perustelluiksi silloin, kun hinnat ja tarjontaolosuhteet vaihtelevat, s.325. Kotimaisessa asfalttikartelliratkaisussa (KHO 2009:83/2389) todettiin, ettei valtion teettämiä urakoita voinut erottaa yksityisten teettämistä urakoista. Tässä tapauksessa merkityksellistä oli se, että kartellin toiminta oli koskenut molempia ja vaikuttanut haittaa pelkästään valtion tarjoamia urakoita laajemmin. Järjestelyä pidettiin siten oikeudessa kaikki urakkatyyppit kattavana kokonaisjärjestelynä. Kyseinen tapaus on kuitenkin mielestäni erotettava sallitun konsortion suhteen tehtävästä markkinamäärittelystä.

³⁸⁷ *Sánchez Graells* (2011) s.35-36.

³⁸⁸ *Pace* (2007), s.83.

³⁸⁹ Esim. komission päätös *Ford/Volkswagen*, [EUVL 1993] L 20.

³⁹⁰ *Kuoppamäki* (2012) ja *Määttä – Turtaainen* (2014).

³⁹¹ Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohta 29.

täyttääkö sopimus tai muu yritystenvälinen järjestely legaalipoikkeuksen edellytykset. Näyttötaakka siitä, että tehokkuuspoikkeus soveltuu yksittäiseen tapaukseen, on siis konsortiolla itsellään. Alla esitellyt ehdot ovat lisäksi kumulatiivisia, mikä tarkoittaa sitä, että jokaisen ehdon on tilanteessa täytyttävä, jotta artiklan poikkeusta voitaisiin soveltaa.

6.2.1. Tehokkuuskriteeri

Jotta kilpailunrajoituksen voitaisiin katsoa kuuluvan tehokkuuspoikkeuksen soveltamisalaan, artiklan nojalla edellytetään, että sopimus tai järjestely tehostaa tuotantoa tai jakelua taikka teknistä tai taloudellista kehitystä. Tekninen tai taloudellinen kehitys voi olla esimerkiksi uuden tai paremman hyödykkeen markkinoille saattaminen, joka ei olisi mahdollista ilman kyseistä sopimusta tai hyödykkeen saattaminen markkinoille ilman kyseistä sopimusta olisi muutoin kohtuuttoman kallista.³⁹² Sopimukseen tai järjestelyyn osallistuvien yritysten tulee pystyä näyttämään muutoin kielletyn järjestelyn taloudelliset hyödyt toteen, jotta tehokkuuspoikkeusta voitaisiin soveltaa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että joustavan normin vuoksi harkinnassa voidaan huomioida kunkin alan erityispiirteet sekä esimerkiksi kilpailuoikeudelliset painotukset.³⁹³ Käytännössä elinkeinonharjoittajien tulee verrata järjestelystä saatavia taloudellisia hyötyjä järjestelyn aiheuttamiin kilpailuoikeudellisiin haittoihin. Tosin yritysten tekemä itsearviointi tulee suorittaa ennen sopimuksen tai järjestelyn täytäntöönpanoa ja on mahdollista, että arviointi osoittautuu jälkikäteen haitallisemmaksi kuin mitä oletettiin. Tällöin viranomaisen voi päättyä jälkikäteen siihen, että elinkeinonharjoittajat ovat soveltaneen sääntöjä väärin, joka voi johtaa järjestelyn kieltämiseen sekä seuraamusmaksun määräämiseen.³⁹⁴ Täytäntöönpanoasetukseen perustuvan joustavan jälkikäteiskontrollin vastapainona on siten riski elinkeinonharjoittajien oikeusturvan vaarantumisesta.³⁹⁵

Konsortioista aiheutuvia tehokkuusetuja on monenlaisia, ja *Leivo ym.* ovatkin jakaneet tehokkuusedut tuotannon ja jakelun tehostumiseen tai tekniseen taikka taloudellisen kehityksen edistymiseen.³⁹⁶ Yksi konsortiolla saavutettava tehokkuusetu on tässäkin

³⁹² Komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohta 50.

³⁹³ *Kuoppamäki* (2012) s. 121.

³⁹⁴ *Kuoppamäki* (2012) s. 119.

³⁹⁵ *Kuoppamäki* (2012) s. 119.

³⁹⁶ Ks. myös *Leivo et al.* (2012), s. 184–185 ja 190. Tutkielman rajauksen vuoksi tehokkuusetuja ei voida käydä läpi kattavasti, eikä se olisi mahdollistakaan, sillä tehokkuusedut ovat moninaisia eikä niitä ole

tutkimuksessa sivuttu synergiaetu, joka seuraa osapuolten yhdistäessä voimavaransa. Synergioita voi syntyä myös siitä, että konsortiossa mukana olevien yritysten toiminta tehostuu esimerkiksi siten, että yritykset saavat valjastettua vapaana olevat kapasiteettinsa yhdistämällä ne.³⁹⁷ Vapaana olevan kapasiteetin osalta voidaan palata edellä käytyyn keskusteluun resurssien arvioinnista. Thomaksen näkökannan mukaan tehokkuuspuolustus ei olisi käytettävissä tilanteessa, jossa konsortion ovat muodostaneet sellaiset yritykset, joilla olisi kokonaisresurssiensa puolesta ollut mahdollisuus itsenäiseen tarjoukseen, mutta joiden vapaana olevat resurssit eivät olisi riittäneet hankinnan kohteen toteuttamiseen.³⁹⁸ Thomas on todennut, että yrityksen tulisi tällaisessa tilanteessa ensisijassa vapauttaa resurssiaan muualta ennen konsortion muodostamista. Sen sijaan muiden yritysten kapasiteetti säilyy edelleen vapaana. Thomas ei ole ainoa, joka on korostanut, että ylikapasiteetin vähentäminen on vain poikkeuksellisesti SEUT 101(3) artiklan mukaista.³⁹⁹ Tosin komissio on myös katsonut erityisolosuhteissa markkinoiden ylikapasiteetin vähentämisen olevan peruste SEUT 101(3) artiklan soveltamiselle.⁴⁰⁰ Tapauksessa vaikutti tiilimarkkinoiden tilanteen lisäksi ylivarastojen korkeat kustannukset ja järjestelyn määräaikaisuus sekä todennäköisesti hintoja alentava vaikutus.

Pekkala ja Pohjonen ovat nähneet myös mahdollisiksi tehokkuushyödyiksi sopimuksen riskinjakamiseen liittyvät edut, jotka ovat merkityksellisiä erityisesti pk-yritysten kannalta.⁴⁰¹ Kilpailua rajoittavaa sopimusta ei voida kuitenkaan perustella pelkästään sillä, että järjestelyn avulla pyritään takaamaan pk-yritysten kilpailumahdollisuuksia, sillä tehokkuuspuolustus tähtää nimenomaan tehokkaan kilpailun suojaamiseen.⁴⁰² Miksei sopimusriskin jakaantuminen voisi toimia myös toiseen suuntaankin, jolloin se hyödyttäisi erityisesti hankintayksikköä. Näin voisi olla ainakin laajoissa erityisosaamista tarvittavissa hankinnoissa, joihin liittyvät aikataululliset tai laadulliset riskit ovat merkittäviä. Osaamisen ja resurssien yhdistäminen voi tässä tapauksessa tarkoittaa

tyhjentävästi lueteltu. Kustannusetujen lisäksi tehokkuusedut voivat olla laadullisia, jolloin kyse voi olla esimerkiksi laadullisesti paremman tuotteen tarjoamisesta, komission tiedonanto (2004), kohta 69.

³⁹⁷ *Määttä – Turtainen* (2014) s. 29.

³⁹⁸ *Thomas* (2015) s. kts. edellä kappale 5.3.1.

³⁹⁹ *Mm. Leivo et al.* (2012) s.188.

⁴⁰⁰ Komission päätös 29.4.1994, *Stichting Baksteen*.

⁴⁰¹ *Pekkala – Pohjonen* (2010) s.688.

⁴⁰² *Määttä – Turtainen* (2014) s.28.

parhaimmillaan sitä, että tulevaisuuden sopimushäiriöistä johtuvia kustannuksia ei synny ollenkaan tai ne jäävät pieniksi.

6.2.2. Kuluttajille siirtyvä hyöty

Kilpailusääntöjen yhtenä välillisenä tavoitteena on kuluttajien hyvinvoinnin lisääminen.⁴⁰³ Ennen kuluttajahyötyjen tarkastelua on merkityksellistä huomata, että tässä yhteydessä kuluttajilla ei tarkoiteta pelkästään yksityishenkilöitä, vaan myös niitä tahoja, jotka käyttävät tuotetta tai palvelua elinkeinotoiminnassaan.⁴⁰⁴ Näin ollen myös hankintayksiköt on laskettu mukaan puhuttaessa kuluttajista tässä kappaleessa.

Tehokkuuskriteerin lisäksi edellytetään sitä, että sopimus tai järjestely siirtää tehokkuusetuja kohtuullisessa määrin yritysten asiakkaille tai kuluttajille (*kuluttajahyötykriteeri*). Tehokkuushyödyt eivät voi siten jäädä pelkästään yrityksille itselleen, vaan se tuottaa lisäarvoa myös hyödykkeen loppukäyttäjille. Kilpailunrajoituksesta johtuvat hyödyt voivat olla kuluttajien kannalta parempia tuotteita tai edullisempi hintoja kuin mitä ilman kilpailunrajoitusta olisi.⁴⁰⁵ Komissio on todennut, että kilpailunrajoituksella saatavien hyötyjen määrä on laaja ja niillä tarkoitetaan kaikenlaisia kuluttajille ilmeneviä taloudellisia hyötyjä, jotka ovat seurausta kilpailunrajoituksesta.⁴⁰⁶ Hyödyn siirtymisellä ei tarkoiteta sitä, että yksittäisen kuluttajan näkökulmasta tarkasteltuna kilpailunrajoituksella olisi merkitystä. Sen sijaan asiassa tulee tarkastella kyseisiä relevantteja markkinoita, joilla kilpailunrajoituksesta seuraavat hyödyt ilmenevät.⁴⁰⁷ Hyötyjen siirtymisen mittaaminen kohtuullisessa määrin kuluttajille on kuitenkin vaikeaa.⁴⁰⁸ Arvioinnissa voidaan kuitenkin ottaa huomioon seuraavia tekijöitä: markkinoiden rakenne, kilpailunrajoituksella saavutettavien hyötyjen luonne ja laajuus, kysynnän jousto sekä kilpailunrajoituksen laajuus.

Ratkaisussa *Metro I* kiinnitettiin huomiota toimialan sen hetkiseen kilpailutilanteeseen. Viihde-elektroniikkamarkkinoilla ollut ankara kilpailu pakotti valmistajaa ja

⁴⁰³ Kuluttajahyödyn käsitteestä mm. *Alkio – Wiik* (2009) s.50.

⁴⁰⁴ Komission suuntaviivat 81(3) artiklan soveltamisesta, kohta 84.

⁴⁰⁵ *Pace* (2007), s.83.

⁴⁰⁶ Kuluttajille siirtyviä hyötyjä on käyty läpi komission suuntaviivoissa, Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta.

⁴⁰⁷ Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, kohta 87.

⁴⁰⁸ Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta: ”yritysten on ainoastaan todistettava väitteensä esittämällä niin paljon arvioita ja tietoja, kuin niiden on kohtuullisesti mahdollista saada, kun otetaan huomioon kunkin tapauksen olosuhteet”, kohta 94.

tukkukauppiaita siirtämään tuotannon ja jakelun järjestämisestä saatavan hyödyn kuluttajille⁴⁰⁹. Ratkaisussa *Consten & Grundig*⁴¹⁰ puolestaan todettiin, että järjestelyllä saavutettavasta tehokkuudesta on aiheuduttava objektiivisesti arvioiden huomattavaa hyötyä, joka voi korvata poikkeuksesta kilpailulle aiheutuvat haitat. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että kuluttajien saamien hyötyjen tulee vähintään kompensoida kilpailunrajoituksesta aiheutuvat haitat, jolloin järjestelyn nettovaikutus on neutraali.⁴¹¹ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö järjestelyllä olisi kuluttajille hyötyä, hyötyjen merkitys ei kuitenkaan ylitä haittojen aiheuttamaa negatiivista vaikutusta taloudellisesti arvioituna. Mitä suurempi markkinavoima yrityksellä on, sitä enemmän edellytetään tehokkuushyötyjä kuten myös kuluttajille siirtyviä hyötyjä.⁴¹²

6.2.3. Välttämättömyys ja kilpailun säilyminen

Tehokkuuspoikkeuksen kolmantena kriteerinä on SEUT 101(3) artiklan perusteella se, ettei kilpailunrajoitus aseta siihen osallisille yrityksille sellaisia rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä edellä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Neljänneksi, sopimus tai järjestely ei saa antaa siihen osallisille yrityksillä mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta relevantteja markkinoita. Yllä mainittujen tehokkuusetujen on siis oltava olennaisia kyseisen järjestelyn kannalta eikä niiden saavuttamiseen ole muita mahdollisia tai kilpailua vähemmän rajoittavia keinoja.⁴¹³ Järjestelyä arvioitaessa tulee siis arvioida, miten kilpailua vähemmän rajoittavat vaihtoehdot ovat merkittävästi vähemmän tehokkaita kyseisen sopimuksen kannalta.⁴¹⁴ Sopimusta arvioitaessa tulisi osoittaa, ettei yritys voi ilman kyseistä kilpailua rajoittavaa sopimusta saavuttaa vastaavia olennaisia tehokkuusetuja esimerkiksi ainoastaan sisäisen kasvun avulla.⁴¹⁵

⁴⁰⁹ Asia 26/76, *Metro I*, jossa todettiin, että ”tässä tapauksessa toimitusten säännöllisyys on kuluttajien kannalta riittävä etu, jotta sitä voidaan pitää kohtuullisena osuutena hyödyistä, joka on seurausta komission hyväksymän kilpailunrajoituksen aiheuttamasta tehokkuuden kasvusta”, kohdat 47-48.

⁴¹⁰ Yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, *Consten & Grundig*.

⁴¹¹ *Alkio – Wiik* (2009) s.141.

⁴¹² Kyse on niin sanotusta liukuvasta asteikosta, joka tarkoittaa sitä, että mikäli kilpailua rajoittavat vaikutukset ovat melko vähäisiä, mutta tehokkuushyödyt suuria, on todennäköistä, että kuluttajat saavat kohtuullisen hyödyn järjestelyllä saavutettavista eduista, Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, kohta 90.

⁴¹³ *Wiik - Alkio* (2009) s.139.

⁴¹⁴ Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, kohta

⁴¹⁵ Komission suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, kohta

Suomalaisessa lainsäädännössä ennen ollut nimenomainen konsortioero muun muassa edellytti jokaisen konsortion jäsenen työsuorituksen olevan todellinen. Arvioitaessa järjestelyn välttämättömyyttä, voidaankin kiinnittää huomiota siihen, onko järjestelyssä mukana olevien yritysten määrä sellainen, että se on välttämätöntä työsuorituksen hoitamiseksi.⁴¹⁶ Jos konsortio olisi voinut saavuttaa tehokkuusedut, vaikka siinä olisikin ollut mukana vähemmän yrityksiä, kyseistä järjestelyä ei voida pitää välttämättömänä.⁴¹⁷ Välttämättömyydestä ei ole kyse myöskään silloin, jos konsortion jäsenet olisivat voineet saavuttaa tehokkuusedut itsenäisinä toimijoina. Tällä perusteella voitaisiin katsoa, että esimerkiksi sidosyksiköiden voimavaroihin vetoaminen voisi olla vähemmän kilpailua rajoittava vaihtoehto, jos sellaisia olisi ollut käytettävissä. Jos sidosyksikön voimavaroja ei kuitenkaan voida vapauttaa aiheuttamatta kohtuuttomia kustannuksia tai kohtuutonta haittaa, olisi konsortion muodostaminen välttämätöntä.⁴¹⁸ Järjestelyn välttämättömyyttä voidaan arvioida myös siltä kannalta, miten laajasti osapuolet ovat velvollisia luovuttamaan toisilleen tietoja yhteistarjouksen jättämiseksi.

Järjestely ei saa myöskään poistaa kilpailua relevanteilta markkinoilta pitkällä aikavälillä tarkasteltuna.⁴¹⁹ Arvioinnin kannalta merkityksellistä on siis se, miten aikaisemmin mainittu relevanttien markkinoiden määritelmä tehdään ja tarjouskonsortion osalta voitaisiinkin harkita julkisen kysynnän erottamista muusta kysynnästä.⁴²⁰ Joissakin tilanteissa järjestelyllä voi olla tehokkuusvaikutuksia lyhyellä aikavälillä tarkasteltuna, mutta myöhemmin kilpailu saattaa poistua markkinoilta sen seurauksena. Tällaisia järjestelyitä ei hyväksytä tehokkuuspoikkeuksen nojalla. Kilpailua rajoittava ehto voidaan myös katsoa tarpeelliseksi vain tietyn ajan, jonka jälkeen sen soveltaminen on kilpailuoikeuden vastaista.⁴²¹ Oikeuskäytännössä on herättänyt keskustelua SEUT 101(3) artiklan tarkoittama kilpailun säilyminen suhteessa SEUT 102 artiklan mukaiseen määräävään markkina-asemaan. Ensin mainitussa artiklassa *kilpailun säilyminen* käsitteenä on määräävää markkina-asemaa suppeampi ja sopimuksen osalta voidaankin katsoa, että sille voidaan myöntää tehokkuuspoikkeus, vaikka järjestelyn perusteella

⁴¹⁶ Kilpailuneuvoston päätös 30.3.1998, *Matka-Autot Oy/TLO*, dnro 1/359/98.

⁴¹⁷ *Määttä – Turtiainen* (2014) s.31.

⁴¹⁸ Kilpailunrajoitukseen osallisten yritysten tulee pystyä perustelemaan, miksi vähemmän kilpailua rajoittava järjestely on vähemmän tehokkaampi, *Pace* (2007) s.90.

⁴¹⁹ Relevanttien markkinoiden määrittelyn haasteita on käyty läpi yllä kohdassa 6.

⁴²⁰ Varsinkin tilanteessa, jossa kysynnästä suurin osa muodostuu julkisten toimijoiden tehdessä hankintoja hankintadirektiivin mukaisessa menettelyssä.

⁴²¹ Asia T-374/94, *European Night Services Ltd*.

osapuolet saisivatkin määräävän markkina-aseman.⁴²² Tosin mitä enemmän yrityksellä on markkinavoimaa, sitä pienempi kilpailun väheneminen voi olla kyseisillä markkinoilla sillä tavoin merkittävää, että kilpailu ei säily riittävästi.⁴²³ Näin ollen varsinkin oligopolistisilla markkinoilla pienikin vaikutus kilpailussa voi johtaa siihen, ettei järjestelyä voida hyväksyä.

Konsortion kilpailuvaikutukset liittyvät pääosin yksittäiseen tarjouskilpailuun. On kuitenkin muistettava, että hankintasopimus voi kestää mahdollisesti vuosia mahdollisine optioineen. Näin ollen on mahdollista, että konsortiolla on yksittäisen tarjouskilpailun ylittäviä kilpailuvaikutuksia ja/tai pitkällä aikavälillä ilmeneviä vaikutuksia, vaikka itse hankintasopimus koskisi vain pientä osaa markkinoista. Lisäksi kilpailijoiden väliseen yhteistyöhön liittyy tietojenvaihtoa, jolla puolestaan saattaa olla merkitystä myöhemmissä tarjouskilpailuissa. Tarjouskonsortion kannalta tarpeellinen vuoropuhelu on myös omiaan nostamaan kilpailuoikeudellisesti kielletyn käyttäytymisen riskiä kuten mikä tahansa yhteistoiminta markkinoilla.⁴²⁴ Kuten asfalttikartellitapauksen osalta todettiin, selvässä kartellitapauksessa kilpailun poistuminen on helpommin arvioitavissa ja järjestelyn laajuudesta riippuen vaikutukset ulottuvat myös tietyn tarjouskilpailun ulkopuolelle, kokonaisuun markkinoihin. Sen sijaan yksittäisen konsortion osalta asia ei ole näin selvä.

Toisin kuin SEUT 101 artiklan 1 kohdassa, SEUT 101 artiklan 3 kohdassa ei ole tehty eroa kilpailua rajoittavien sopimusten ja niiden sopimusten välillä, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua. Tehokkuuspoikkeusta sovelletaan kaikkiin niihin sopimuksiin, jotka täyttävät yllä esitetyt kriteerit. Vakavimpien kilpailunrajoitusten ollessa kyseessä, järjestely kuitenkin harvoin täyttää mainittuja ehtoja.⁴²⁵ Edellytysten täyttymistä tarkastellaan sopimuksen täytäntöönpanohetken seikkojen valossa.

⁴²² Asia T-395/94; *Atlantic Container Line AB*, kohta 330.

⁴²³ *Leivo et al.* (2012) s. 209.

⁴²⁴ *Puikkonen* (2010) s. 148.

⁴²⁵ *Mm. Leivo et al.* (2012) s.184.

7. Johtopäätökset

Lähtökohtana konsortiosopimusten kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on yritysten kyky tarjota itsenäisenä tai kyky suoriutua hankintasopimuksen täyttämisestä. Mikäli yrityksellä ei ole vaadittavia resursseja konsortiosopimus tulee sallia. Arvioinnissa on kuitenkin huomioitava myös kyseisen hankinnan ominaispiirteet, sillä mikäli hankittava tavara, palvelu tai rakennusurakka vaatii mittavia resursseja ja monialaosaamista, tulisi tarjousyhteistyöhön suhtautua mahdollisimman joustavasti. Julkisten hankintojen moninaisuudesta johtuen on periaatteessa hyvä, että kilpailuoikeudelliset säännöt ovat väljät, jolloin myös yksittäiset hankintakohtaiset olosuhteet voidaan huomioida. Toisaalta väljä sääntely voi olla riski yritysten oikeusturvan kannalta.

Tarjousyhteistyöllä saavutettavat hyödyt siirtyvät optimaalisessa tilanteessa hankintayksikölle, jolloin myös loppukäyttäjät hyötyvät niistä välillisesti. Hinnan lisäksi hankintayksikölle siirtyvät edut voivat olla laadullisia tai aikataulullisia. Tutkielmassa nousi esille erityisesti synergiat ja skaalaedut, joita on hyödynnettävissä varsinkin laajojen hankintojen kokonaistoimituksissa. Tarjousyhteistyö hyödyttää erityisesti pk-yritysten alalle pääsyä lisäten siten tarjoajien määrää ja kilpailua. Yritysten kannalta merkittävää on taloudellisen riskin jakautuminen useammalle toimijalle, joka puolestaan laskee hankintayksikön kokonaiskustannuksia. Tiivistäen voisi sanoa, että konsortiojärjestelystä voi hyötyä tilaaja, toimittajat ja kilpailuprosessi.

Tutkielmassa esitettyjen ratkaisujen perusteella voisi kuitenkin todeta, että järjestelyn mahdollisia SEUT 101(3) artiklassa mainittuja tehokkuusvaikutuksia ei ole juurikaan oikeuskäytännössä pohdittu. Tehokkuusvaikutusten sijaan konsortioiden arvioinnissa on painotettu useita *olosuhteisiin* liitännäisiä seikkoja, kuten mainittujen osatarjosten mahdollisuus, hankinnan kohteen luonne ja laajuus sekä yrityksille lankeava sopimusriski.⁴²⁶ Tästä on tosin pääteltävissä se, että mitä enemmän konsortion muodostamiselle on olemassa edellä mainittuja perusteita, sitä todennäköisemmin siihen suhtaudutaan sallivasti ja toisinpäin.

⁴²⁶ Esimerkiksi komission päätös, *Konsortium ECR 900*, jossa järjestelyn sallittavuuteen vaikutti useiden seikkojen olemassaolo, kuten hankinnan kohteen kehittäminen ja tiukka aikataulu, jotka edellyttivät usean toimijan yhteistyötä.

Olisiko siten yritysten kannalta optimaalisinta arvioida konsortiosopimuksia vertaamalla järjestelyllä saavutettavia hyötyjä ja siitä aiheutuvia haittoja rule of reason- periaatteen mukaisesti? Nähdäkseni yritysten kyky tarjota itsenäisenä on kuitenkin paras lähtökohta järjestelyn arvioimisen kannalta, sillä se on selkeämpi. Kuten Kuoppamäki on todennut, yritysten näkökulmasta ei ole aina ensiarvoista se, että oikeusnormi on taloudellisesti paras vaan usein tärkeämpää on se, että yritykset pystyvät nopeasti ja helposti selvittämään kilpailuoikeudellisen asemansa ja arvioimaan sopimuksen riskit.⁴²⁷ Kun järjestelyn luonteen arvioiminen ja mahdollisten seuraamusriskien kantaminen kuuluvat ensisijassa yrityksille, arvioinnin lähtökohtien tulisi olla selkeä.⁴²⁸ Yritysten kannalta lienee selkeämpää verrata resursseja suhteessa hankintailmoitukseen kuin selvittämää järjestelyn kilpailuvaikutuksia. Saavutettavissa olevien tehokkuusetujen luonne ja määrä ovat hankintasidonnaisia eikä yhtenäistä vähimmäistasoa ole niiden suhteen asetettavissa. Mikäli konsortio kykenee selvästi ylittämään hankintayksikön asettamat vaatimukset, voi se arvioida tehokkuuspuolustuksen täyttymistä varmistaakseen järjestelyn olevan sallittu.⁴²⁹

Konsortiosopimuksen taustalta voi löytyä useita eri syitä, kuten yritysten pyrkimys täydentää osaamistaan, jotta hankintayksikön asettamat vaatimukset täytyisivät tai tavoite jättää hankintayksikön kannalta houkuttelevampi tarjous, joka ei hankintayksikön näkökulmasta ole hintaa nostava seikka.⁴³⁰ Käytännössä yritykset pyrkivät tällöin parantamaan tarjoamansa tuotteen tai palvelun hinta-laatusuhdetta ja asemaansa tarjouskilpailussa, kuten normaalissakin suorituskilpailussa, joka johtaa hankintayksikön kannalta haluttuun lopputulokseen. Konsortiosopimusta sellaisenaan voidaan pitää huonona keinona pyrkiä kasvattamaan voittoja, sillä jo tarjouskilpailun luonteesta johtuen ainoastaan edullisin sopimus tulee lähtökohtaisesti valituksi. Mikäli mukana on muitakin tarjoajia, tällainen tavoite ei toteudu.⁴³¹ Eri asia tietenkin on, mikäli tarjousyhteistyö toteutetaan kartelliin liitännäisenä järjestelynä. Tosin konsortio voi viedä tilaa muilta tarjoajilta, mutta onko pelkästään kilpailijalle aiheutettu haitta sellainen seikka, että

⁴²⁷ *Kuoppamäki* (2003) s.490.

⁴²⁸ Mahdollisia seuraamuksia kilpailunrajoituksesta ovat seuraamusmaksu, vahingonkorvaus ja mainehaitta, kts. *Määttä – Turtiainen* (2014) s.33-39.

⁴²⁹ Esimerkiksi Irlannin kilpailuviranomainen (2014), s.14.

⁴³⁰ *Thomas* (2015): One approach might simply be to say that any reduction in the number of potential bidders constitutes a relevant restriction of competition. However, such a mechanical approach would be appropriate only in the context of an ‘object’ infringement, s.633.

⁴³¹ *Bishop – Walker*: jo toisen tarjoajan olemassaolo voi nostaa kilpailun riittäväälle tasolle, s. 434.

järjestelyä ei voitaisi sallia? Kuten on todettu, tarjoajien määrän vähentyminen ei aina ole rinnastettavissa kilpailun rajoittumiseen ja jo pieni määrä tarjoajia voi olla riittävä takaamaan kilpailun.

Nämä seikat huomioiden, on merkillistä, että viimeaikaisessa oikeuskäytännössä on kohdeltu tarjouskonsortiota järjestelynä, jonka tarkoitus on rajoittaa kilpailua.⁴³² Tosin työyhteisöliittymänä toimiminen edellyttää keskinäistä tietojenvaihtoa ja jonkinasteista sopimista hinnoista tai sen määräytymisen mekanismeista. Hintojen horisontaalinen vahvistaminen on puolestaan nähty oikeuskäytännössä kilpailunrajoitukseksi, jonka tarkoituksena on vaikuttaa kilpailuun negatiivisesti.⁴³³ Kuten *CB*- tapauksessa todetaan, on tällaisella käyttäytymisellä (hintojen vahvistamisella) todennäköisesti ilmeisen haitallisia vaikutuksia markkinoihin.⁴³⁴ On kuitenkin kyseenalaista soveltaa tätä tulkintalinjaa konsortiosopimukseen, mikäli konsortio on muodostettu ainoastaan yhden hankinnan toteuttamista varten ja sen mahdolliset kilpailuvaikutukset ilmenevät ainoastaan kyseisessä hankintakilpailussa. Toisin sanoen konsortiosopimus ei ole *riittävän vahingollinen*⁴³⁵ eikä tällaisia sopimuksia tulisi automaattisesti rinnastaa tarkoitukselliseen kilpailun rajoittamiseen.⁴³⁶

Mielenkiintoista on, että myös alihankintasopimukset ovat kilpailuoikeudellisesti SEUT 101(1) artiklan tarkoittamia yritysten välisiä järjestelyitä, joten kilpailuoikeudellisen arvioinnin olisi luullut suhtautuvan sekä konsortio- että alihankintasopimukseen samoista lähtökohdista. Alihankintaa ei kuitenkaan voida lähtökohtaisesti kieltä hankintasopimusten toteuttamisessa. Toisaalta konsortioihin liittyy kartelleille tyypillisiä

⁴³² Asia E-3/16 *Ski Taxi SA ja Konkurrensverket v. Däckia/Euromaster*, 21.1.2014. Tiukempaa tulkintalinjaa edustaa tanskalainen tiemerkinäytätapaus *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 24.6.2015, jossa kilpailuviranomainen katsoi, että konsortio oli kilpailuoikeuden vastaista huolimatta siitä, että konsortion jättämä tarjous oli kokonaistaloudellisesti edullisin.

⁴³³ Asia C-67/13, *CB v. komissio*, kohta 51.

⁴³⁴ Asia C-67/13, *CB v. komissio*, kohta 51.

⁴³⁵ Tietyt sopimukset, joiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, ovat sopimuksia, jotka saattavat luonteensa puolesta rajoittaa kilpailua SEUT 101(1) artiklassa mainitulla tavalla, komission suuntaviivat horisontaalista yhteistyötä koskevista sopimuksista, kohta 24. Huomattakoon, että SEUT 101(1) artiklan mukaan kilpailun tulee rajoittua merkittävästi. Mikäli hankinnan kohde on laaja, voi konsortiolla kuitenkin olla kyseisen hankinnan ylittäviä kilpailuvaikutuksia. Lisäksi Asia C-8/08, *T-Mobile*, kohta 31; *Yhdenmukaistetun menettelytavan on toisin sanoen ainoastaan oltava sen oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden perusteella konkreettisesti omiaan estämään kilpailu yhteismarkkinoilla tai rajoittamaan tai vääristämään sitä.*

⁴³⁶ Myös Thomas on katsonut, ettei konsortiosopimuksia voida pitää sopimuksina, joiden tarkoitus on rajoittaa kilpailua, johtuen niiden tehokkuushyödyistä, jotka siirtyvät hankintayksikölle. Ainoastaan sellaisessa tilanteessa, jossa on olemassa todisteita siitä, että tarjous on toteutettu osana laajempaa kartellia, sopimuksen tarkoituksena voitaisiin katsoa olevan kilpailun rajoittaminen, *Thomas* (2015) s. 634.

ominaisuuksia, kuten yritysten välistä tietojenvaihtoa, mutta oikeustilan näiden kahden järjestelyn välillä olisi kuvitellut olevan melko yhteneväinen. Konsortiosopimuksesta riippuen käytännössä kyse voi olla alihankintaan verrattavissa olevasta yhteistyöstä, jossa konsortion jäsenten vastuu koskee vain kunkin osaa hankintasopimuksesta, ellei hankintayksikkö ole muuta edellyttänyt.

Konsortiojärjestelyn mahdollisia vaikutuksia tulisi verrata markkinoihin yleisesti eikä pelkästään kyseiseen tarjouskilpailuun, jotta laajempia kilpailuvaikutuksia pystyttäisiin arvioimaan. Kirjallisuudessa konsortion kilpailua rajoittavat vaikutukset on nähty lähinnä vähentyneenä tarjousten määränä tarjouskilpailussa, jonka seurauksena hankintayksikkö maksamaa korkeamman hinnan. Järjestelyn vaikutusten tulisi olla merkittäviä relevanteilla markkinoilla, jotta sopimus voitaisiin kieltää. Näin ollen pelkkä vaikutus hankintayksikön hintaan ei ole riittävä, vaan järjestelyn tulisi vaikuttaa esimerkiksi muiden yritysten alalle pääsyyn haittaavasti tai sisältää ehtoja, jonka perusteella jäsenet pidättäytyvät kokonaan kilpailemasta keskenään. Mielestäni merkityksellistä on muun muassa se, että lähtökohtaisesti konsortiosopimus on väliaikainen järjestely johtuen hankintasopimusten määräaikaaisuudesta.⁴³⁷ Jos kilpailu ei konsortion määräaikaaisuudesta johtuen vähene markkinoilla pitkällä aikavälillä tarkasteltuna, voidaanko järjestelyä pitää merkittävästi kilpailuun vaikuttavana?⁴³⁸ Toki silloin kun konsortion jäsenet ovat markkinavoimaa omaavia yrityksiä ja hankinta on laaja, kilpailuvaikutukset ulottuvat kyseisen hankinnan ulkopuolelle.

Kun säädetyn oikeuden merkitys tarjousyhteistyössä on melko vähäinen ja oikeudenalojen välillä jopa ristiriitainen, oikeuskäytännön tulkitseva merkitys on suuri.

⁴³⁷ Järjestelyn määräaikaisuus on myös huomioitu vaikuttavana tekijänä komission päätöksessä *Stichting Baksteen*.

⁴³⁸ Kun yhteistoiminta helpottaa kollusiivista käyttäytymistä, mielenkiintoinen kysymys on, voiko konsortiosopimuksen pysyvyydellä olla merkitystä arvioitaessa sen kilpailuoikeudellisia vaikutuksia. Esimerkkinä mainittakoon jälleen EFTA-tuomioistuimen ratkaisu E-3/16 *Ski Taxi SA*, jossa kaksi kilpailevaa taksiyhtiötä olivat perustaneet keskenään yhteisyrityksen hoitamaan muun muassa yhteistä varauskeskusta. Muita yhteisyritykselle kuuluvia tehtäviä oli myös tarjouskilpailuihin osallistuminen ja sen mahdollisesti voittaessa tarjouskilpailun, hankinnan toteuttamisesta vastasivat yhteisyrityksen omistajat *Ski Taxi* ja *Follo Taxi* alihankkijoina. Yhteistoiminta oli tällöin käytännössä helppo ulottaa muihinkin tarjouskilpailuihin, jolloin menettely on laajempaa. Lisäksi konsortion yhtiöittäminen hankintayksikön vaatimuksesta saattaa käytännössä tarkoittaa järjestelyn muuttumista pysyvämmäksi ja olla omiaan lisäämään kyseisten yritysten kollusiivista käyttäytymistä, kun vaiva yrityksen perustamisesta on jo kertaalleen nähty. Tältä osin voidaan pohtia, onko hankintayksikön välttämätöntä edellyttää ryhmittymän toimivan esimerkiksi osakeyhtiönä taloudellisiin ja oikeudellisiin velvoitteisiin ja vastuisiin liittyvien tekijöiden vuoksi, jos samat vastuut ja velvoitteet olisivat järjestettävissä esimerkiksi sopimusoikeudellisin keinoin.

Kartellien historia tarjouskilpailuiden yhteydessä on saattanut osaltaan vaikuttaa viimeaikaiseen oikeuskäytäntöön kansallisissa tuomioistuimissa ja ajan saatossa selviää, mihin suuntaan tulkintalinja kehittyy. Oikeuskäytännön suunta on sikäli kummallinen, että myös julkiset hankinnat ovat muuttuneet entistä innovaatisemmiksi. Hankintaprosessi voi perustua innovaatiokumppanuudelle tai hankintasopimuksen muotona voi olla uudentyyppinen allianssimalli, jotka kummatkin edellyttävät tiivistä yhteistoimintaa tarjoajan ja hankintayksikön välillä. On myös mahdollista, että innovatiivisuuden myötä tarjousyhteistyön tarve saattaa lisääntyä, sillä toimialasta riippuen hankinnan menestyksekkäs toteuttaminen voi edellyttää monialaosaamista ja resurssien yhdistelemistä, jotta uudentyyppisiä palveluita ja tuotteita saadaan markkinoille.