



Vaasan yliopisto
UNIVERSITY OF VAASA

Anne Sved

Markkinakartoitus julkisissa hankinnoissa

Laskentatoimen ja rahoituksen
yksikkö
Taloustieteiden Pro gradu
-tutkielma

Vaasa 2021

VAASAN YLIOPISTO**Laskentatoimen ja rahoituksen yksikkö**

Tekijä:	Anne Sved		
Tutkielman nimi:	Markkinakartoitus julkisissa hankinnoissa		
Tutkinto:	Kauppatieteiden maisteri		
Oppiaine:	Talousoikeus		
Työn ohjaaja:	Jaana Boëlius		
Valmistumisvuosi:	2021	Sivumäärä:	85

TIIVISTELMÄ:

Julkisten hankintojen yhteydessä markkinakartoituksella tarkoitetaan mitä tahansa hankintayksikön toimintaa, jolla kerätään tietoa markkinatilanteesta hankittavan palvelun tai tavaransa osalta hankinnan valmisteluvaiheessa ennen varsinaisen hankintailmoituksen julkaisemista. Markkinakartoitus voi kohdistua esimerkiksi hankittavan tavaransa tai palvelun ominaisuuksien selvittämiseen, potentiaalisten toimittajien kartoittamiseen tai hankittavaan tavaraan tai palveluun liittyvän alan yleisten sopimusehtojen tai käytäntöjen kartoittamiseen. Tarkoituksena markkinakartoituksen tekemisessä on saada käsitys olemassa olevista markkinoista sekä siitä, miten hankinnan kohde tulisi määritellä hankintailmoituksessa tai millaista hankintamenettelyä olisi hyvä käyttää, jotta päästään toivottuun lopputulokseen. Markkinakartoituksen tavoitteena voi myös olla antaa etukäteen markkinoille tietoa tulevasta hankinnasta tai ohjata olemassa olevien markkinoiden kehitystä haluttuun suuntaan. Markkinakartoituksen tekemistä säätelee Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016). Laissa markkinakartoituksen toteuttamiselle ei määritellä täsmällistä muotoa, vaan sen voi toteuttaa eri tavoilla. Keskeistä markkinakartoituksen toteuttamisessa on huomioida lakiin kirjatut oikeusperiaatteet, joista erityisesti syrjimättömyys ja avoimuus on mainittu markkinakartoituksen yhteydessä. Hankintayksikön tulee myös varmistua siitä, että mahdollinen hankintayksikön ulkopuolisen avun käyttäminen markkinakartoituksessa ei johda kilpailun vääristymiseen.

Tässä tutkielmassa tarkastellaan julkisiin hankintoihin liittyvän markkinakartoituksen merkitystä käytännön hankintaprosessin kannalta ja kartoitetaan, tulkitaan ja systematisoidaan markkinakartoituksen tekemiseen kohdistuvaa sääntelyä voimassa olevien säädösten ja oikeuskäytännön kautta. Lisäksi tutkielmassa tarkastellaan hankintayksikön näkökulmasta hankintamenettelyyn ja markkinakartoitukseen liittyviä oikeudellisia ja taloudellisia riskejä. Aihetta käsitellään pääsääntöisesti tavara- ja palveluhankinnoissa käytettävän avoimen hankintamenettelyn näkökulmasta.

Keskeisempänä lopputuloksena tutkielmassa esitetylle tarkastelulle on se, että julkisiin hankintoihin liittyvä markkinakartoitus on parhaimmillaan monipuolinen työkalu, jota hankintayksikkö voi hyödyntää hankintamenettelyn valmisteluvaiheessa eri tavoin. Hankintayksikkö voi määrittellä hyvin vapaasti tavoitteet ja toteutustavan markkinakartoitukselle sekä käyttää tarvittaessa apunaan ulkopuolisia asiantuntijoita, vaikka vastuu hankinnan sisällön määrittelystä säilyykin hankintayksiköllä. Markkinakartoitukseen liittyvät riskit vaikuttavat liittyvän laajemmin koko hankintamenettelyyn kuin pelkästään markkinakartoitukseen. Oikeusperiaatteiden huomiotta jättäminen muodostanee markkinakartoituksen, kuten myös hankintamenettelyn kannalta, selkeimmän riskin sille, että hankintamenettelystä muodostuu virheellinen. Osana hankinnan valmisteluvaihetta markkinakartoituksella on oikeuskäytännön perusteella merkityksensä erityisesti siinä, että markkinakartoituksen tekemisen ja sen dokumentoimisen avulla hankintayksikkö voi osoittaa valmistautuneensa hankintamenettelyyn huolellisesti. Samoin markkinakartoituksella hankitulla tiedolla hankintayksikön on mahdollista välttää sellaisia virheitä hankintamenettelyn toteuttamisessa, jotka johtaisivat oikeudellisen ja taloudellisen riskin toteutumiseen.

AVAINSANAT: markkinakartoitus, julkiset hankinnat

Sisällys

1	Johdanto	6
1.1	Tutkimuskohteen kuvaus: Markkinakartoitus	9
1.2	Tutkimuksen tavoite	11
1.3	Tutkimusmenetelmä ja lähdeaineisto	11
1.4	Tutkimuksen rakenne	12
1.5	Keskeiset termit	13
2	Markkinakartoitus osana hankintaprosessia	15
2.1	Julkisten hankintojen hankintaprosessi	15
2.2	Markkinakartoitus hankinnan valmisteluvaiheessa	19
3	Markkinakartoituksen oikeudellinen sääntely	23
3.1	Markkinakartoitus hankintalaissa	23
3.2	Oikeuseriaatteiden huomioiminen markkinakartoituksessa	24
4	Markkinakartoituksen hyödyntäminen	28
4.1	Hankintamenettelyn valinta	28
4.2	Hankinnan kohteen ehtojen määrittely	30
4.3	Soveltuvuusvaatimusten määrittely	34
4.4	Kilpailuolosuhteiden hyödyntäminen	36
4.5	Alan käytäntöjen ja sopimusehtojen selvittäminen	39
4.6	Markkinakartoitus suoramarkkinan yhteydessä	40
4.7	Hankintamenettelyn väärinkäyttö markkinakartoituksena	45
5	Hankinnan valmisteluun osallistuva yritys	48
5.1	Poissulkeminen tarjouskilpailusta	50
5.2	Osallistuminen markkinakartoitukseen vai hankinnan valmisteluun	52
6	Oikeudelliset ja taloudelliset riskit	57
6.1	Riskienhallinnasta	57
6.2	Riskit hankintamenettelyssä ja markkinakartoituksessa	58
6.3	Oikeusturvakeinot julkisiin hankintoihin liittyen	60
6.4	Oikeuskäsittelyn seurauksia	65

6.5	Vahingonkorvausvelvollisuus hankintalaissa	69
6.6	Muut riskit	73
7	Lopuksi	76
	Lähteet	80

Kuviot

Kuvio 1.	Julkisten hankintojen hankintaprosessi, avoin menettely	19
Kuvio 2.	Esimerkki markkinakartoituksen eri toteutustapojen soveltumisesta hankinnan valmistelun vaiheisiin	21
Kuvio 3.	Valituksen käsittely markkinaoikeudessa	63

1 Johdanto

Julkisten hankintojen tekemistä Suomessa säätelee laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, jäljempänä hankintalaki), joka pohjautuu EU-lainsäädäntöön. Julkisia hankintoja ovat julkisilla varoilla ostetut palvelut, tavarat ja rakennusurakat ja hankintalakia sovelletaan näihin ostoihin silloin, kun hankintalain mukaan määriteltä hankinnan ennakoitu arvo ylittää kansallisen kynnyksarvon, 60 000 €. Julkisten hankintojen tekijöitä eli ostajia ovat laissa määritellyt julkisilla varoilla toimivat hankintayksiköt, kuten esimerkiksi valtion ja kuntien viranomaiset, seurakunnat ja julkisoikeudelliset laitokset, kuten esimerkiksi yliopistot tai kansaneläkelaitos. Näiden tahojen tulee kilpailuttaa oman organisaationsa ulkopuolelta hankitut tavarat ja palvelut hankintalain mukaisesti. ¹ Hankintalain ohella julkisia hankintoja säädellään mm. valtioneuvoston asetuksella valtionhallinnon yhteishankinnoista ² sekä valtiovarainministeriön päätöksellä valtionhallinnon yhteishankinnoista ³. Lisäksi julkisista hankinnoista säädetään laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (muun muassa hankintaan liittyvien asiakirjojen julkiseksi tuleminen) ⁴ sekä laissa kaupallisten sopimusten maksuehdoista ⁵. Myös arvonlisäverolakia ⁶ tulee soveltaa julkisiin hankintoihin, samoin kuin lakia tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (muun muassa rakentamistoiminnan osalta) ⁷. Lisäksi on olemassa niin sanottu erityisalojen hankintalaki eli Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista ⁸.

¹ Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016 (jäljempänä hankintalaki), 1 §, 5 §; Pekkala, Pohjonen, Huikko ja Ukkola 2017, s. 20.

² Valtioneuvoston asetus valtionhallinnon yhteishankinnoista 765/2006.

³ Valtiovarainministeriön päätös valtionhallinnon yhteishankinnoista 766/2006.

⁴ Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 621/1999, 7.2 §.

⁵ Laki kaupallisten sopimusten maksuehdoista 30/2013.

⁶ Arvonlisäverolaki 1501/1993.

⁷ Laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä 1233/2006, 1 §, 2 §.

⁸ Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1398/2016.

Hankintalain soveltamiseen ja tulkitsemiseen Suomessa vaikuttavat lain varsinaisen sanamuodon lisäksi lain esityöt sekä moneen muuhun lakiin verraten korostuneesti myös oikeuskäytäntö. Suomessa markkinaoikeus käsittelee ja ratkaisee ison osan hankintalain piiriin kuuluvista oikeustapauksista, jolloin markkinaoikeuden luoman oikeuskäytännön huomioiminen on olennaista hankintalain tulkinnassa. Ylempänä tuomioistuimena hankintalain osalta on korkein hallinto-oikeus. Kotimaisen oikeuskäytännön lisäksi Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut ovat merkittävässä asemassa myös kansallista hankintalakiä sovellettaessa. Tämä johtuu siitä, että hankintalaki pohjautuu vahvasti Euroopan unionin hankintadirektiiviin (2014/24/EU), jolloin Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuksista voidaan löytää tulkintoja myös kotimaiseen hankintalakiin liittyen erityisesti ennakoivasti eli koskien sellaisia ongelmia, jotka eivät vielä ole Suomessa päätyneet oikeusprosessiin.⁹

Hankintalain tavoitteena on julkisten varojen käytön tehostaminen, jotta julkisilla varoilla pystyttäisiin hankkimaan laadukkaita tavaroita ja palveluita. Tavoitteena on myös tehdä julkisista palveluista tehokkaampia ja laadukkaampia sekä tukea talouden kasvua ja edistää kilpailukykyä ja työllisyyttä tukemalla yritysten ja yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia osallistua tarjouskilpailuihin ja hankintojen toteuttamiseen. Euroopan unionin tasolla julkisten hankintojen sääntely on osa tavaroiden ja palveluiden vapaata liikuttamista unionin jäsenmaiden välillä. Sääntelyllä myös pyritään edesauttamaan vapaata kilpailua Euroopan unionin sisämarkkinoilla sekä sijoittumisvapautta. Julkisten hankintojen taloudellinen merkitys on Euroopan unionin alueella suuri ja suuren volyymin vuoksi julkisiin hankintoihin kohdistuvalla lainsäädännöllä katsotaan pystyttävän edistämään myös yleisempiä, esimerkiksi ympäristönsuojeluun liittyviä, tavoitteita.¹⁰

Julkisten hankintojen sääntelyssä keskeinen lähtökohta on aidon kilpailun tukeminen ja markkinoiden avaaminen. Hankintalaissa¹¹ veloitetaan julkiset hankintayksiköt muun

⁹ Määttä ja Voutilainen 2017, s. 67-68.

¹⁰ HE 108/2016 vp, s. 5.

¹¹ Hankintalaki 1 §, 93 §.

muassa kilpailuttamaan hankintansa ja valitsemaan saaduista tarjouksista edullisin vaihtoehto. Hankintayksiköiden velvollisuutena on hyödyntää olemassa olevat kilpailumahdollisuudet. Tavoitteena on tukea yritysten välistä kilpailua ja sitä kautta esimerkiksi vaikuttaa markkinoiden hintatasoon ja julkisten rahojen riittävyyteen. Näiden velvoitteiden asettaminen hankintayksiköille on nähty tarpeelliseksi siksi, että julkisella rahoituksella toimivilla hankintayksiköillä ei välttämättä ole aina ollut tarvetta kilpailuttaa hankintojaan kuin esimerkiksi yrityksillä, joiden tulee itse huolehtia omasta rahoituksestaan. Tärkeäksi on nähty myös se, että sääntelyllä saataisiin luotua yhdenmukaiset kilpailuolosuhteet Euroopan unionin alueella.¹²

Hankintalaissa määritellyt toimintatavat julkisten hankintojen suhteen poikkeavat toisistaan muun muassa sen mukaisesti, mitä ollaan hankkimassa ja mikä on hankinnan ennakoituksen arvo. Hankintalaissa on määritelty erilliset kansalliset kynnyksarvot esimerkiksi palveluille ja tavaroille, rakennusurakoille ja sosiaali- ja terveyspalveluille. Kansallisen kynnyksarvon ylittyessä hankintalain määräyksiä tulee soveltaa kyseessä olevaan hankintaan ja hankinta tulee kilpailuttaa julkisesti Suomessa. Kansallisten kynnyksarvojen lisäksi hankintalaissa määritellään EU-kynnyksarvot, joiden ylittyessä hankinta tulee kilpailuttaa julkisesti Euroopan unionin alueella. Julkinen kilpailuttaminen tarkoittaa pääsääntöisesti käytännössä sitä, että kansallisissa hankinnoissa julkinen hankintailmoitus on julkaistava hankintailmoitukset.fi –sivustolla (niin kutsuttu HILMA-sivusto) ja EU-kynnyksarvon ylittävä hankinta on julkaistava Euroopan unionin yhteisellä TED (Tenders Electronic Daily) –sivustolla, jolloin hankintailmoitus on vapaasti saatavilla kaikille siitä kiinnostuneille toimittajille. Kaikki hankintaprosessit eivät etene keskenään samalla tavalla, vaan hankintalaki mahdollistaa erilaisia hankintamenettelyjä, kuten avoimen tai rajoitetun menettelyn sekä neuvottelumenettelyn tai jopa suora hankinnan ilman julkista kilpailutusta. Tarjolla olevista hankintamenettelyistä hankintayksikkö voi valita tilanteeseen sopivan tavan toteuttaa hankinnan kilpailutus.¹³

¹² Kuoppamäki 2018, s. 422-423, 457.

¹³ Hankintalaki 25 §, 26 §, 32 §, 33 §, 34 §, 40 §.

1.1 Tutkimuskohteen kuvaus: Markkinakartoitus

Julkisiin hankintoihin liittyen markkinakartoituksella tarkoitetaan mitä tahansa hankintayksikön toimintaa, jolla kerätään tietoa markkinatilanteesta hankittavan palvelun tai tavaransa osalta ennen varsinaisen hankintailmoituksen julkaisemista. Kartoitus voi kohdistua esimerkiksi hankittavan tavaransa ominaisuuksien selvittämiseen, potentiaalisten toimittajien kartoittamiseen tai hankittavaan palveluun liittyvän alan yleisten sopimusehtojen tai käytäntöjen kartoittamiseen. Tarkoituksena markkinakartoituksen tekemisessä on saada käsitys olemassa olevista markkinoista sekä siitä, miten hankinnan kohde tulisi määritellä hankintailmoituksessa tai millaista hankintamenettelyä olisi hyvä käyttää, jotta päästään toivottuun lopputulokseen. Markkinakartoituksen tavoitteena voi myös olla antaa etukäteen markkinoille tietoa tulevasta hankinnasta tai jopa ohjata olemassa olevien markkinoiden kehitystä haluttuun suuntaan. Pakollista markkinakartoituksen tekeminen ei kuitenkaan hankintayksiköille ole.¹⁴

Markkinakartoitusta koskeva lainkohta on otettu mukaan hankintalakiin sen uudistamisen yhteydessä vuoden 2017 alusta lähtien¹⁵. Markkinakartoituksen merkitys on nostettu esille myös Kansallisessa julkisten hankintojen strategiassa 2020, jossa markkinakartoitus ja markkinavuoropuhelu nähdään osana kokonaisuutta, jolla julkisista hankinnoista tehdään kiinnostavia erilaisille tarjoajille ja samalla madalletaan kynnystä osallistua kilpailutukseen. Strategian toteutumisen mittareissa huomioidaan muun muassa tietopyyntöjen ja markkinavuoropuhelukutsujen määrä suhteessa tehtyihin hankintoihin.¹⁶ Julkisten hankintojen hankintamenettelyn osana markkinakartoituksella on merkittävä rooli olemassa olevien kilpailumahdollisuuksien kartoittamisessa ja niiden hyödyntämisessä ja sitä kautta yritysten välisen kilpailun edistämässä.

¹⁴ Halonen ja Sammalmaa 2017, s. 36; HE 108/2016 vp, s. 162-163; Kontio, Kronström, Kumlin ja Mäki 2017, s. 92-93; Nieminen 2016, s.206-207, Pekkala ja muut 2017:333-337.

¹⁵ HE 108/2016 vp, s. 162.

¹⁶ Kansallinen julkisten hankintojen strategia 2020 s. 8, liite 2 s. 4.

Markkinakartoituksen voi toteuttaa esimerkiksi siten, että hankintayksikkö pyytää suoraan potentiaalisia toimittajia erilliseen **esittelytilaisuuteen** kertomaan omasta tuotteestaan tai palvelustaan, jolloin hankintayksikön on mahdollista saada tietoa hankintamennettelyn suunnittelua varten eri toimittajilta. Jos potentiaalisia toimittajia on paljon tai hankintayksiköllä ei ole tietoa alan markkinoista, on mahdollista julkaista julkinen **tietopyyntö** ja sitä kautta kutsua mahdollisia toimittajia käymään vuoropuhelua hankintayksikön kanssa hankittavasta palvelusta tai tuotteesta. Tietopyynnössä hankintayksikön on mahdollista kartoittaa esimerkiksi sopivia hankinnan toteutustapoja, hankittavan tuotteen tai palvelun hintatasoa ja markkinoilla olevia yleisiä sopimusehtoja. Mahdollista on myös selvittää markkinakartoituksen avulla, millaisissa osissa tai millaisina kokonaisuuksina tuleva hankinta olisi järkevää kilpailuttaa. Tietopyynnön kautta potentiaaliset tarjoajat pääsevät esittelemään omia tuotteitaan tai palveluitaan, jotka voisivat sopia hankintayksikön tarpeisiin sekä esittämään ajatuksiaan liittyen siihen, miten hankittava kokonaisuus voitaisiin parhaiten määritellä. Lisätäkseen markkinoiden kiinnostusta tulevasta hankinnasta, hankintayksikkö voi myös pitää **tiedotustilaisuuden**, jonka tavoitteena ei niinkään ole kerätä markkinoilta tietoa kuin antaa tietoa tulevasta hankinnasta mahdollisille toimittajille. Markkinakartoituksessa tietoa voi siis liikkua molempiin suuntiin, markkinoilta hankintayksikölle ja hankintayksiköltä markkinoille. Tietopyyntö ja tiedotustilaisuus voidaan toteuttaa yhdistettynä toisiinsa siten, että tietopyyntö julkaistaan ensin tai samanaikaisesti tiedotustilaisuuden kanssa ja tiedotustilaisuuden jälkeen potentiaalisilla tarjoajilla on vielä aikaa vastata tietopyyntöön. Mitä monimutkaisempi tai epätavallisempi hankinta on kyseessä, sitä hyödyllisempää on kertoa siitä etukäteen alan toimijoille, jotta he osaavat varautua tulevaan kilpailuun. Hankintayksiköiden on myös mahdollista **kartoittaa markkinoita omaehtoisesti** hankkimalla tietoa vaikkapa osallistumalla alan messuille tai hakemalla tietoa internetistä. Lisäksi mahdollista on käyttää toisten hankintayksiköiden kokemuksia apuna hankintojen tekemisessä. Vielä siinä vaiheessa, kun hankintailmoitus on jo luonnoksena ja lähes julkaisuvalmis, on mahdollista käydä potentiaalisten toimittajien kanssa niin sanottua **teknistä vuoropuhelua**, jossa toimittajia pyydetään kommentoimaan hankintailmoitusluonnosta yleisesti tai sen yksityis-

kohtia ja esimerkiksi ottamaan kantaa tarjoajien soveltuvuusehtoihin tai hankintasopimusluonnoksessa esitettyihin sopimusehtoihin. Teknisen vuoropuhelun toteutustapa on vapaa ja sen voi toteuttaa esimerkiksi sähköpostikyselynä tai julkaisemalla siitä ilmoitus kuten tietopyynnöstä.¹⁷ Usein tekninen vuoropuhelu toteutetaan kirjallisessa muodossa, jotta siihen liittyvät annetut ja saadut tiedot olisi helpompi dokumentoida¹⁸.

1.2 Tutkimuksen tavoite

Tämän tutkimuksen tavoitteena on tarkastella julkisiin hankintoihin liittyvän markkinakartoituksen merkitystä ja sen sääntelyä. Tavoitteena on kuvailla, miten markkinakartoitus asemoituu osaksi julkisten hankintojen prosessia, ja selvittää, millaisia oikeudellisia normeja markkinakartoituksen tekemiseen liittyy sekä tarkastella, miten oikeuskäytännössä on normistoa tulkittu. Tämän tarkastelun pohjalta tavoitteena on lisäksi pohtia, millaisissa tilanteissa hankintayksikön tulisi erityisesti huomioida markkinakartoitukseen, sen tekemiseen tai tekemisen laiminlyöntiin, liittyvä oikeudellinen ja taloudellinen riski. Aihetta käsitellään tässä tutkimuksessa pääsääntöisesti tavara- ja palveluhankinnoissa käytettävän avoimen hankintamenettelyn näkökulmasta.

1.3 Tutkimusmenetelmä ja lähdeaineisto

Tutkimusmenetelmänä tässä tutkimuksessa on lainopillinen eli oikeusdogmaattinen tutkimusmenetelmä, jolla tulkitaan ja systematisoidaan voimassa olevaa oikeutta. Tutkimus keskittyy selvittämään voimassa olevan oikeuden sisältöä sekä lain ja muiden oikeuslähteiden, kuten lainvalmisteluasiakirjojen ja oikeuskäytännön, merkitystä normien tulkinassa. Tutkimuksessa käsitellään myös oikeusperiaatteiden sisältöä ja niiden merkitystä markkinakartoitukseen liittyen.¹⁹

¹⁷ Eskola, Kiviniemi, Krakau ja Ruohoniemi 2017, s. 319-323; Karinkanta ja Lahtinen 2017 s. 34-36; Kontio ja muut 2017, s. 92-93; Mäkelä 2011 s. 2-5; Nieminen 2016, s.206-207; Pekkala ja muut 2017 s. 333-337.

¹⁸ ks. Halonen ja Sarmalmaa 2017, s. 45-47.

¹⁹ Lainopista tutkimusmenetelmänä, Hirvonen 2011 s. 21-26.

Valitun tutkimusmenetelmän mukaisesti lähdeaineistona tutkimukselle toimivat julkisiin hankintoihin liittyvät oikeusnormit, joiden pohjalta tässä tutkimuksessa pyritään rakentamaan johdonmukaista kuvaa valitun aiheen eli markkinakartoituksen olemuksesta, siihen kohdistuvista velvoitteista ja rajoituksista sekä markkinakartoituksen käyttömahdollisuuksista. Tutkimuksen taustalla on pääasiassa hankintojen toteuttajan, hankintayksikön, näkökulma ja sen hyvin käytännönläheinen tarve tietää, miten julkisiin hankintoihin liittyvässä markkinakartoituksessa tulisi olemassa olevien normien ja oikeuskäytännön perusteella toimia ja miten markkinakartoitusta on mahdollista hyödyntää.²⁰

Keskeisimpänä lähdeaineistona toimivat hankintalaki ja siihen liittyvät lainvalmisteluasiakirjat. Myös oikeuskäytännöllä on tutkimuksen lähdeaineistona merkittävä rooli, koska kuten edellä todettiin, hankintalain osalta oikeuskäytännön huomioiminen on mooneen muuhun lakiin verraten korostunutta. Tähän tutkimukseen liittyvää oikeuskäytäntöä luodaan Suomessa määrällisesti eniten markkinaoikeuden päätöksillä sekä myös osin korkeimman hallinto-oikeuden päätöksillä.²¹

1.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkimus jakautuu kolmeen osioon, joissa tutkimuksen aihetta käsitellään eri teemojen kautta. Ensimmäisen osion muodostavat tutkimuksen luvut 1, 2 ja 3, joiden tarkoituksena on antaa lukijalle käsitys siitä, mitä ovat julkiset hankinnat ja niihin liittyen erityisesti, mikä on tutkimuksen aiheena oleva markkinakartoitus. Tässä osiossa tarkastellaan sitä, miten markkinakartoitus toimii osana hankintaprosessia ja sitä, miten markkinakartoitusta säädellään oikeudellisesti.

Tutkimuksen toisen osion muodostavat luvut 4 ja 5, joissa markkinakartoitusta ja siihen liittyviä oikeudellisia normeja käsitellään pääasiassa sen kautta, miten asetettuja normeja on tulkittu oikeuskäytännössä. Tässä osiossa esille nostetaan erilaisia tilanteita,

²⁰ Ks. Hirvonen 2011 s. 25.

²¹ Määttä ja Voutilainen 2017, s. 67-68.

joissa markkinakartoitusta on hyödynnetty tai mahdollista hyödyntää ja pyritään avaamaan, mikä merkitys on markkinakartoituksen toteutustavalla sekä ylipäätään markkinakartoituksen ottamisella osaksi hankintaprosessia on tilanteessa, jossa hankintamenettelystä tehtyä valitusta käsitellään oikeudessa. Osiossa käsitellään myös markkinakartoituksen toteuttamiseen läheisesti liittyviä tilanteita, joista esille nostetaan hankintalain kielletty toimintatapa, jossa varsinaista hankintamenettelyä käytetään markkinakartoituksena, sekä tarjouskilpailuun osallistuvan yrityksen osallistuminen markkinakartoitukseen tai hankinnan valmisteluun markkinakartoitusta laajemmin.

Kolmannessa osiossa, luvussa 6, käydään läpi niitä oikeudellisia ja taloudellisia riskejä, jotka liittyvät markkinakartoitukseen hankintamenettelyn yhteydessä. Tarkastelussa huomioidaan sekä olemassa olevat oikeusnormit, tässä tutkimuksessa oikeustapauksien kautta esitellyt normien tulkinnat sekä muut mahdolliset hankintoihin liittyvät taloudelliset riskit.

Edellisten lisäksi tutkimuksen lopussa olevassa luvussa 7 esitetään yhteenvetoa tutkimuksessa esille nousseista asioista.

1.5 Keskeiset termit

Julkisten hankintojen sääntelyyn liittyy alakohtaisia termejä, joita käytetään myös tässä tutkimuksessa. Lukemisen sujuvoittamiseksi alla on yleiset määritelmät keskeisimmistä termeistä.

Hankintayksiköllä tarkoitetaan viranomaista tai muuta hankintalainsäädännön velvoittamaa yksikköä, joka on hankinnan toteuttava osapuoli eli siis se taho, joka saa hankittavan tavaran tai palvelun hyödykseen ja maksaa siitä. Vastapuolena hankintayksiköllä on hankintaprosessin toinen osapuoli, yleensä yritys, joka toimittaa hankittavan tuotteen tai palvelun hankintayksikölle ja saa tästä hankintayksiköltä maksun. Hankintojen yhteydessä tätä hankintaprosessin toimijaa kutsutaan yleisesti **toimittajaksi**. Kun hankinta on vasta valmisteluvaiheessa, voidaan puhua yleisesti toimittajista, ja hankintamenettelyn

käynnistettyä samoihin toimijoihin viitataan termeillä **tarjoaja** tai **ehdokas**, riippuen hankintamenettelyn luonteesta. Avoimessa hankintamenettelyssä, jossa tarjouspyynnöllä pyydetään suoraan tarjoukset, terminä on tarjoaja, kun taas esimerkiksi neuvottelumenettelyssä, jossa toimijat ensin ilmoittautuvat halukkaiksi osallistua hankintamenettelyyn, termi on ehdokas, kunnes edetään varsinaiseen tarjousvaiheeseen.²²

Kilpailuttamisella tai **kilpailutuksella** tarkoitetaan toimintaa, jolla hankintayksikkö etsii sopivinta toimittajaa, joka pystyy toimittamaan halutun tuotteen tai palvelun määriteltujen kriteerien mukaisesti joko kaikkein edullisimmin tai parhaalla hinta-laatu –suhteella. Kilpailutukseen liittyy **hankintailmoitus**, joka on hankinnan keskeiset tiedot sisältävä julkinen ilmoitus hankinnan käynnistämisestä. **Tarjouspyyntö** puolestaan on ostajan eli hankintojen yhteydessä hankintayksikön laatima asiakirja, jossa määritellään tarkemmin hankintaa koskevat ehdot. Jos hankintailmoituksen sisältö on ristiriidassa tarjouspyynnön kanssa, hankintailoituksessa oleva teksti on ensisijainen.²³

²² Ks. Valtiovarainministeriö 24.4.2017.

²³ Ks. Valtiovarainministeriö 24.4.2017.

2 Markkinakartoitus osana hankintaprosessia

2.1 Julkisten hankintojen hankintaprosessi

Julkisten hankintojen hankintaprosessia säädellään hankintalaissa määrittelemällä sallittuja, vaadittuja tai kiellettyjä menettelytapoja hankintojen toteuttamiseen liittyen. Hankintalaissa kuvataan suoraan tiettyjä hankintaprosessin etenemisen vaiheita. Hankintalain luku 9 käsittelee aikaa ennen hankintailmoituksen julkaisemista eli hankinnan valmistelua, tarjouspyynnön laatimista ja sisältöä sekä hankinnan kohteen kuvausta tarjouspyynnössä. Luku 10 puolestaan käsittelee hankintaprosessin vaihetta, joka alkaa, kun hankintailmoituksen määräaika umpeutuu ja saadut tarjoukset tulee käsitellä ja tarjouskilpailun voittanut tarjous valita. Lisäksi hankintalain luvussa 5 kuvataan erilaiset mahdolliset hankintamenettelyt, kuten avoin ja rajoitettu menettely ja neuvottelumenettely tai kilpailullinen neuvottelumenettely. Näissä menettelyjen kuvauksissa on määritelty myös hankintaprosessin etenemistä, mutta esimerkiksi avoimen menettelyn²⁴ osalta määrittely on lyhyt ja hyvin yleisellä tasolla. Neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn sekä innovaatiokumppanuuden ja dynaamisen hankintajärjestelmän²⁵ osalta hankintalaissa on kuvattu tarkemmin näiden hankintamenettelyjen eteneminen vaiheesta toiseen. Lisäksi hankintalaissa säädetään esimerkiksi julkisiin hankintoihin liittyvistä ilmoitusvelvollisuuksista hankinnan eri vaiheissa sekä hankintoihin liittyvistä määräajoista²⁶.

Jos hankintaprosessia tarkastellaan ajallisesta ja hankintayksikön käytännön toiminnan näkökulmasta, hankintaprosessi voidaan nähdä laajempänä kokonaisuutena kuin se, mitä hankintalaissa säädetään. Hankintalain säädökset kohdistuvat pääsääntöisesti varsinaisen kilpailuttamisen aikana käytettäviin menettelytapoihin, eikä lailla säädellä esimerkiksi sitä, mitä strategisia linjauksia hankintayksikkö tekee hankintoja koskien tai mi-

²⁴ Hankintalaki 32 §.

²⁵ Hankintalaki 35 §, 37 §, 39 § ja 52 §.

²⁶ Hankintalaki 6 §, 7 §.

ten hankintayksikkö valvoo hankintamenettelyn seurauksena tehtyjen hankintasopimusten toimeenpanoa. Tosin hankintalain tavoitteissa²⁷ edellytetään hankintayksiköiltä sitä, että hankintatoimi on järjestettävä niin, että hankintojen tekeminen on mahdollisimman taloudellista, laadukasta sekä suunnitelmallista, mutta varsinainen hankintatoimen järjestämistapa ja hankintojen sisällön määrittäminen jätetään kunkin hankintayksikön itsensä päätettäväksi. Lisäksi samaisessa lain kohdassa velvoitetaan käyttämään hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet ja huomioimaan ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat. Ajallisesti hankintaprosessin alkupäässä voidaan katsoa olevan hankintayksikön itselleen määrittelemä hankintastrategia sekä sen pohjalta luotu hankintaohjeistus. Nämä dokumentit ohjaavat käytännön hankintaprosesseissa tehtäviä periaatteellisia ratkaisuja. Strategisella tasolla hankintojen linjaamisessa voi olla kyse esimerkiksi siitä, mitkä palvelut tuotetaan hankintayksikössä, esimerkiksi kunnassa, sisäisesti ja mitkä palvelut halutaan tai on tarve ulkoistaa. Hankintaohjeistuksella voidaan ottaa kantaa myös siihen, suositaanko hankintayksikössä yhteishankintoja tai miten vaikkapa hankintojen ympäristövaikutukset ohjeistetaan huomioimaan hankintoja tehtäessä. Hankintatoimen järjestämiseen sekä hankintastrategian sisältöön hankintayksikössä vaikuttaa muun muassa hankintayksikön koko, hankintojen määrä ja hankintayksikön toiminnan sisältö.²⁸ Esimerkiksi suuressa yliopistosairaalassa hankintojen volyymin voi ajatella olevan suurempaa ja hankintojen sisällön erikoistuneempaa kuin vaikkapa hankintayksikkönä toimivalla pienellä seurakunnalla, jolloin suuressa yksikössä tarvitaan sekä selkeämmät strategiset linjaukset että enemmän henkilökuntaa hankintojen tekemiseen.

Ensimmäinen hankintaprosessin vaihe, jota hankintalaki varsinaisesti säätelee on hankinnan valmisteluvaihe ennen varsinaisen hankintailmoituksen julkaisemista.²⁹ Valmisteluvaiheessa hankintayksikkö kartoittaa hankintatarpeensa sekä esimerkiksi mahdollisten asiakkaiden tarpeet, tekee mahdollisesti markkinakartoituksen sekä suunnittelee

²⁷ Hankintalaki 2.2 §; HE 108/2016 vp, s. 71.

²⁸ Määttä ja Voutilainen 2017, s. 155-156; Pekkala ja muut 2017, s. 20-23.

²⁹ Hankintalaki luku 9.

hankinnan sisällön ja aikataulun ja pyrkii tunnistamaan hankintaprosessin kannalta olennaiset toimijat, jotka tarvitaan hankinnan sisällön määrittelyyn. Nämä toimijat voivat olla hankintayksikön sisäisiä tai tarpeen vaatiessa esimerkiksi ulkopuolisia asiantuntijoita. Usein hankinnan valmisteluvaiheen alkuun kuuluu myös nykytilan kartoitus, jolla selvitetään esimerkiksi mahdollisen aikaisemman vastaavan hankinnan pohjalta, mitä muutos- tai kehitystarpeita tulevalle hankinnalle on olemassa. Hankinnan valmistelun luonteeseen vaikuttaa merkittävästi hankinnan mittakaava sekä se, onko hankintayksikkö tekemässä kyseistä hankintaa ensimmäistä kertaa vai onko kyseessä toistuva rutiininomainen hankinta. Lisäksi valmisteluvaiheeseen kuuluu hankintamenettelyn valinta, jota osaltaan ohjaavat valmisteluvaiheen alussa määritelty hankintatarve sekä markkinakartoituksella saatu tieto tarjolla olevista vaihtoehdoista. Edelleen hankinnan valmisteluvaiheeseen kuuluu tarjouspyynnön laatiminen. Tarjouspyynnön laatiminen on hankintaprosessin kannalta keskeinen vaihe, koska siinä hankinnan sisältö ja esimerkiksi tarjousten vertailukriteerit määritellään tarkasti ja myöhemmin tehtävien vertailujen ja päätösten tulee pohjautua tarjouspyynnössä esitettyihin asioihin. Tarjouspyynnön yhteydessä määritellään myös usein keskeisimmät hankintasopimuksen ehdot, joita ei enää sopimusta tehtäessä ole pääsääntöisesti mahdollista muuttaa. Tarjouspyynnön riittävän tarkka määrittelyminen ennen hankintamenettelyn käynnistymistä on keskeistä siksi, että sen muokkaaminen hankintamenettelyn käynnistyttyä on mahdollista vain lain sallimissa rajoissa ja lain mukaisilla menettelytavoilla. Tarjouspyynnön sisällöstä on pitkälti kiinni se, millaiset mahdollisuudet hankintamenettelyllä on onnistua.³⁰

Mikäli hankintayksikkö on valinnut hankintamenettelyksi avoimen hankintamenettelyn, joka on yleisin hankintamenettely³¹, valmisteluvaiheessa laadittu tarjouspyyntö julkaistaan kansalliseen HILMA-järjestelmään³² tehtävän hankintailmoituksen kautta, jolloin ilmoitus on julkisesti saatavilla kaikille mahdollisille tarjoajille ja tarjoajien on mahdollista

³⁰Hankintalaki 67 §, 68 §, 71 §; Holma ja Sammalmaa 2018, s. 23-28; Huhtala 2016, s. 150; Määttä ja Vuottilainen 2017, s. 429-432; Pekkala ja muut 2017:20-23.

³¹ Pekkala ja muut 2017, s. 194.

³² Hankintailmoitukset.fi

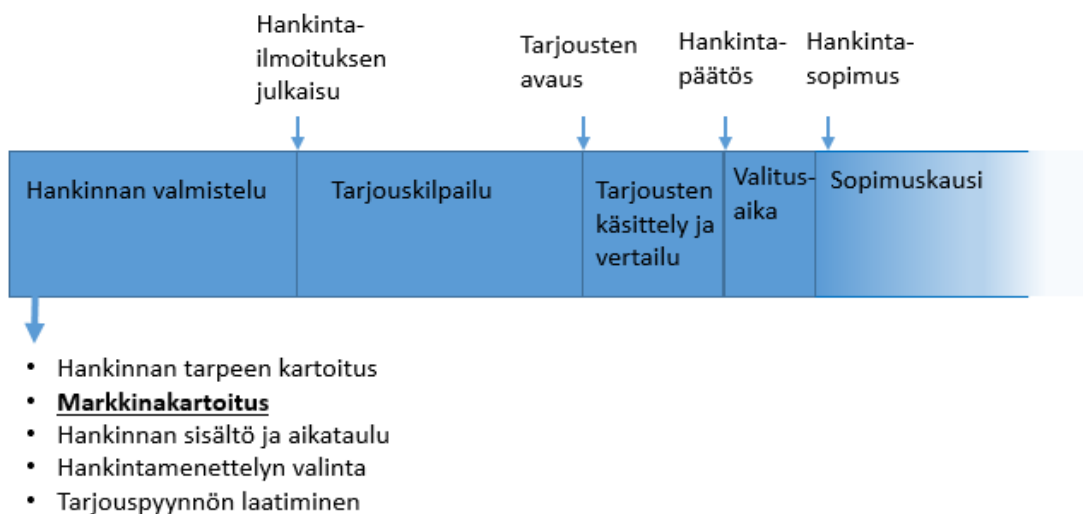
jättää tarjouksensa tai tarvittaessa kysyä lisätietoja tai täsmennyksiä tarjouspyyntöön liittyen. Kun tarjousaika umpeutuu, kaikki tarjouspyyntöön tulleet tarjoukset avataan yhtä aikaa, eikä tarjoajilla ole enää mahdollisuutta muuttaa annettua tarjousta.³³

Tarjoukset käsitellään siten, että ensin tarkistetaan tarjoajien soveltuvuus eli se täyttävätkö tarjoajat tarjouspyynnössä asetetut vähimmäisvaatimukset. Tällaisia vähimmäisvaatimuksia voivat olla esimerkiksi tarjoajayrityksen taloudelliselle tilanteelle tai tekniselle suorituskyvyille ja ammatilliselle pätevyydelle asetetut vaatimukset. Jos vähimmäisvaatimukset eivät ylity, tarjoaja on suljettava pois kilpailusta, kuten myös siinä tapauksessa, että tarjoajaan kohdistuu ns. pakollinen poissulkemisperuste kuten esimerkiksi tarjoajan syyllistyminen lahjontaan, veropetokseen tai rahanpesuun³⁴. Kun soveltuvat tarjoajat ovat selvillä voidaan jäljellä olevien tarjousten osalta suorittaa tarjousten vertailu. Jos tarjouspyynnössä on esimerkiksi hintatiedon lisäksi esitetty kriteerit tarjousten laadun pisteytykselle, vertailuvaiheessa mukana olevat tarjoukset pisteytetään ilmoitetun mukaisesti, jolloin saadaan selville voittava tarjous. Hankintalaissa säädetään, että valittava tarjous voi olla hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras. Kaikki käytettävät arviointi- ja vertailuperusteet on ilmoitettava jo hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.³⁵

³³ Pekkala ja muut 2017, s. 20-23.

³⁴ Hankintalaki 80 §.

³⁵ Hankintalaki 105 §, 106 §; Pekkala ja muut 2017, s. 20-23.



Kuvio 1. Julkisten hankintojen hankintaprosessi, avoin menettely

Kun voittava tarjous on saatu selville, hankintayksikön tulee tehdä asiasta kirjallinen hankintapäätös, joka toimitetaan tiedoksi kaikille tarjouksen jättäneille tahoille. Hankintapäätöksessä tulee olla perusteltu, miten tarjoukset on vertailtu ja miten ilmoitettuun lopputulokseen on päädytty. Tarjoajille tulee myös toimittaa tieto siitä, millä tavoin hankintapäätökseen voi hakea muutosta tai miten siitä voi valittaa. Hankintapäätöksen tiedoksi antamisesta käynnistyy 14 vuorokauden valitus-aika, jonka jälkeen hankintayksikkö voi tehdä hankintasopimuksen valitun toimittajan kanssa. Hankintasopimuksesta puolestaan on tehtävä vielä julkinen jälki-ilmoitus, mikäli hankinnan arvo ylittää EU-kynnysarvon. Vielä viimeisenä vaiheena hankintaprosessissa on sopimuksen täytäntöönpano eli varsinainen toiminta hankintasopimuksen pohjalta.³⁶

2.2 Markkinakartoitus hankinnan valmisteluvaiheessa

Hankintaprosessissa markkinakartoituksen tekeminen ajoittuu hankinnan valmisteluvaiheeseen eli aikaan ennen hankintailmoituksen julkaisemista. Valmisteluvaiheessa, jo en-

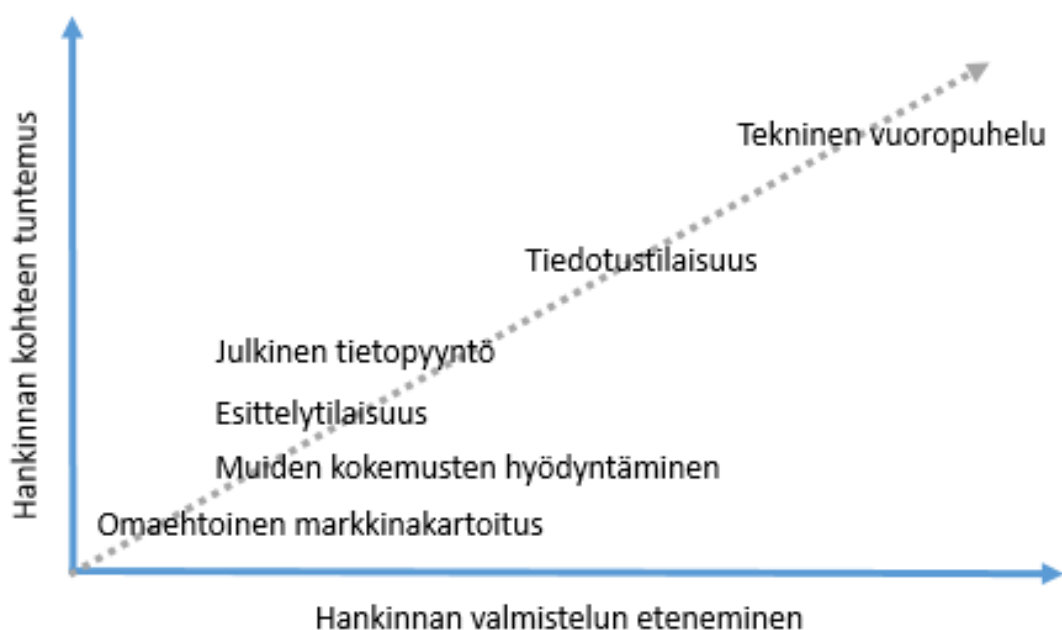
³⁶ Hankintalaki 129.1 §; Pekkala ja muut 2017, s. 20-23.

nen markkinakartoituksen tekemistä, hankintayksikön on hyvä määritellä, millaista hankintaa ja mihin tarpeeseen ollaan tekemässä, jotta markkinakartoitus osattaisiin suunnata oikein ja siitä saataisiin paras hyöty.³⁷ Se, kuinka pitkälle hankinnan sisältö on hahmoteltava ennen markkinakartoituksen tekemistä, riippuu osittain siitä, minkä muotoisena markkinakartoitus aiotaan toteuttaa. Toisesta näkökulmasta katsottuna, hankintayksikön markkinatuntemuksen määrä ja kyky määritellä hankinnan sisältö vaikuttavat siihen, missä vaiheessa hankinnan valmistelua markkinakartoituksen tekeminen tulee tarpeelliseksi ja millä tavalla markkinakartoitus on hyödyllisintä toteuttaa.

Hankintayksikön omaehtoinen markkinoiden kartoitus on mahdollista, vaikka hankintayksiköllä ei olisi juurikaan tietoa markkinoista tai hankittavasta tuotteesta tai palvelusta. Omaehtoisen markkinoiden kartoituksen kautta hankintayksikkö pääsee muodostamaan alustavaa näkemystä siitä, miten markkinoilla olevat tuotteet ja palvelut voisivat vastata olemassa olevaan hankintatarpeeseen. Jos taas halutaan kutsua mahdollinen toimittaja esittelemään tuotettaan hankintayksikölle tai käyttää hankinnan suunnittelussa ja markkinakartoituksessa apuna ulkopuolisia konsultteja tai asiantuntijoita, hankintayksikön tulee pystyä jollakin tasolla sanoittamaan tarvetta ja olosuhteita, johon hankintaa ollaan tekemässä, jotta vuorovaikutus hankintayksikön ulkopuolisten tahojen kanssa olisi sujuvaa ja hyödyllistä. Myös markkinakartoituksen toteuttaminen julkisena tietopyyntönä sopii hankinnan valmistelun alkuvaiheisiin, jolloin tietoa hankinnan sisällöstä ei tarvitse vielä kovin paljoa olla. Tietopyynnön avulla hankintayksikkö pääsee kosketuksiin markkinoilla olevien toimittajien kanssa ja saa heiltä tietoa tarjonnasta. Mikäli markkinakartoitus puolestaan toteutetaan järjestämällä tiedotustilaisuus hankinnasta potentiaalisille toimittajille, hankintayksikön on oltava edellä mainittuja markkinakartoituksen tapoja paremmin selvillä hankintaan liittyvistä reunaehdoistaan eli hankinnan vähimmäisvaatimuksista, jotta tiedotustilaisuuden keskeinen tarkoitus, toimittajien informoiminen hankinnasta, toteutuisi. Kaikkein pisimmälle meneviä määrittelyjä hankinnan kohteesta ja esimerkiksi sopimusehdoista ennen markkinakartoitusta hankintayksikön tulee pystyä

³⁷ Pekkala ja muut 2017, s. 333-337.

tuottamaan silloin, kun markkinakartoitus toteutetaan teknisenä vuoropuheluna. Teknisessä vuoropuhelussa potentiaalisilta toimittajilta pyydetään kirjallisia kommentteja valmisteilla olevaan tarjouspyyntöluonnokseen, joka tulee olla riittävän valmis, että toimitajat pystyvät sen perusteella muodostamaan kokonaiskuvan hankinnasta. Teknisessä vuoropuhelussa halutaan usein kommentteja erikseen nimettyihin yksityiskohtiin esimerkiksi hankintasopimuksen ehtoihin tai pyydetään ottamaan kantaa esimerkiksi siihen, ovatko hankintayksikön määrittelemät ehdot tai muut ratkaisut alan käytännön mukaisia tai muuten toimittajien toteutettavissa. Teknisen vuoropuhelun perusteella hankintayksikkö voi tehdä tarjouspyyntöluonnokseen muutoksia ennen sen julkaisemista, mutta tämä ei ole pakollista.³⁸



Kuvio 2. Esimerkki markkinakartoituksen eri toteutustapojen soveltumisesta hankinnan valmistelun vaiheisiin

Markkinakartoituksen toteutustavan voi siis valita tarpeen mukaan ja mikään ei myöskään estä hankintayksikköä käyttämästä useaa eri markkinakartoituksen tapaa saman

³⁸ Ks. Mäkelä 2011, s. 3-5; Ks. Pekkala ja muut 2017, s. 333-337.

hankinnan valmistelun eri vaiheissa. Kun halutaan laajasti tietoa tai keskustelua toimittajien kanssa, markkinakartoituksella voidaan kartoittaa yleisesti markkinoilla olevia palveluita tai tuotteita, selvittää, miten muut hankintayksiköt ovat vastaavia hankintoja toteuttaneet, tai kutsua toimittajia keskustelemaan täysin uudenlaisten palvelujen kehittämisestä hankintayksikön tarpeisiin. Usein markkinakartoitus halutaankin järjestää hankinnasta, jossa ollaan ostamassa tuotetta tai palvelua ensimmäistä kertaa ulkopuoliselta toimittajalta tai halutaan uudistaa toistuvan hankinnan sisältöä ³⁹. Jos taas hankinnan tarve on jo tiedossa ja hankintailmoitus ja tarjouspyyntö luonnosteltuna, markkinakartoituksesta voi saada apua yksityiskohtien hiomiseen tai siihen, että saadaan potentiaalisten toimittajien huomio herätettyä ja sitä kautta mahdollisesti enemmän kilpailua aikaiseksi kyseiseen hankintaan liittyen. Myös potentiaalisten toimittajien osalta erilaisiin markkinavuoropuheluihin osallistuminen voi olla tärkeää, koska sitä kautta toimittajat saavat tietoa tulevan kilpailutuksen toteutuksesta ja vaatimuksista, jolloin niillä on mahdollisuus harkita riittävätkö omat resurssit kilpailutukseen osallistumiseen ⁴⁰.

³⁹ Holma ja Sammalmaa 2018, s. 30; Kontio ja muut 2017, s. 92.

⁴⁰ Holma ja Sammalmaa 2018, s. 31.

3 Markkinakartoituksen oikeudellinen sääntely

3.1 Markkinakartoitus hankintalaissa

Hankintalaissa markkinakartoitus määritellään tapahtuvaksi ennen hankintamenettelyn aloittamista. Markkinakartoitus tehdään lain mukaan hankinnan valmistelua varten ja sen avulla hankintayksikkö antaa toimittajille tietoa tulevasta hankinnasta.⁴¹ Markkinakartoituksen määritelmä on sisällytetty hankintalakiin lain uudistamisen yhteydessä vuonna 2016. Hallituksen esityksessä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevasi lainsäädännöksi todetaan, että markkinakartoituksen määritelmä laissa ei ole tyhjentävä vaan sen piiriin lasketaan kuuluvaksi kaikki markkinoilla oleva tieto, jota hankintayksikkö voi saada ja jota se voi hyödyntää hankinnan suunnittelussa. Markkinakartoituksen tarkoituksena on lisätä hankintayksikön tuntemusta markkinoista ja auttaa määrittelemään hankinnan kohde hankintailmoitukseen siten, että hankinta onnistuu mahdollisimman hyvin. Myös käytettävän hankintamenettelyn valinnassa markkinakartoitus voi olla apuna. Markkinakartoituksen ei tarvitse olla yksipuolista tietojen hakemista markkinoilta vaan se mahdollistaa hankintayksikölle sen, että markkinakartoituksen avulla potentiaalisille tavaroiden ja palveluiden toimittajille on mahdollista kertoa jo hankinnan valmisteluvaiheessa hankintaa koskevista suunnitelmista ja vaatimuksista.⁴²

Markkinakartoituksen tekotavasta hankintalaissa todetaan, että markkinakartoitusta tehtäessä on mahdollista käyttää apuna riippumattomia asiantuntijoita, muita viranomaisia tai toimittajia eli tahoja, jotka ovat mahdollisia tarjouksen antajia. Laissa kuitenkin todetaan, että hankintayksikön ulkopuolisten neuvojen käyttäminen ei saa johtaa kilpailun vääristymiseen eikä hankintalaissa määriteltyjen syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden vastaiseen menettelyyn⁴³. Hallituksen esityksessä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevasi lainsäädännöksi markkinakartoituksen tekemisen ajankohdaksi määritellään hankinnan valmisteluvaihe ennen hankintailmoituksen julkaisemista.

⁴¹ Hankintalaki 65.1 §.

⁴² HE 108/2016 vp, s. 47, s. 162-163.

⁴³ Hankintalaki 65.2 §.

Esityksessä myös todetaan, että ennen markkinakartoituksen tekemistä hankintayksikön on hyvä miettiä omaa hankintatarvettaan. Markkinakartoituksen toteuttamisen muodolle ei aseteta juurikaan vaatimuksia, vaan sen voi toteuttaa erilaisilla tavoilla, kuten esimerkiksi julkisen tietopyynnön tai teknisen vuoropuhelun kautta tai kartoittamalla markkinoilla olevia vaihtoehtoja omatoimisesti tai toisen hankintayksikön kanssa yhteistyössä. Toimittajia voi myös kutsua esittelemään omia tuotteitaan. Hankintayksikön ulkopuolisten asiantuntijoiden käyttäminen on myös mahdollista. Mahdollista on myös käyttää toimittajia hankinnan valmistelun apuna. Tällöin kuitenkin tulee varmistua siitä, että toimittajan oleminen mukana valmistelussa ei pääse vaikuttamaan hankinnan määrittelyyn siten, että kilpailu toimittajien kesken vääristyisi tai avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteet vaarantuisivat. Tämä on mahdollista erityisesti silloin, kun valmisteluvaiheessa mukana ollut toimittaja jättää myöhemmässä vaiheessa tarjouksensa julkaistuaan tarjouspyyntöön ko. asiaa koskien.⁴⁴

3.2 Oikeusperiaatteiden huomioiminen markkinakartoituksessa

Vaikka markkinakartoituksen muodolle ei aseteta hankintalaissa vaatimuksia, sen toteuttamisessa tulee huomioida hankintalakiin kirjatut oikeusperiaatteet. Hankintalain markkinakartoitusta koskevassa pykälässä 65 säädetään, että erityisesti käytettäessä markkinakartoituksen tekemisessä apuna asiantuntijoita, viranomaisia tai toimittajia tulee hankintayksikön varmistua siitä, että tämä ei johda kilpailun vääristymiseen eikä syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden vastaiseen menettelyyn.⁴⁵ Hankintalakiin on koko julkisten hankintojen prosessia koskevana kirjattu noudatettaviksi oikeusperiaatteiksi hankintamenettelyn osallistujien ja muiden toimittajien tasapuolinen ja syrjimätön kohdelu sekä toimiminen avoimesti ja suhteellisuuden vaatimuksen huomioon ottaen.⁴⁶

⁴⁴ HE 108/2016 vp, s. 162-164.

⁴⁵ Hankintalaki 65.2 §.

⁴⁶ Hankintalaki 3 §.

Koko julkisten hankintojen prosessia läpileikkaava avoimuusperiaate perustuu unionin perustamissopimukseen ja sitä tulkitsevaan oikeuskäytäntöön samoin kuin kansallisessa lainsäädännössä määriteltyihin hallinnon avoimuutta koskeviin vaatimuksiin. Avoimuuden kautta pyritään varmistamaan, että kilpailua mahdollisten toimittajien välillä syntyy ja että julkisiin hankintoihin pääsevät osallistumaan kaikki halukkaat toimijat. Tästä syystä muun muassa hankintailmoituksen sisällön riittävälle tarkkuudelle ja selkeydelle sekä esimerkiksi tarjouksen valintakriteereiden ilmoittamiselle jo hankintailmoituksen julkaisemisvaiheessa on asetettu vaatimuksia. Avoimuuden kautta hankintayksiköitä myös ohjataan hyödyntämään olemassa olevat kilpailuolosuhteet.⁴⁷

Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti hankintayksikön toimijoille ja hankinnan kohteelle asettamien vaatimusten ja kriteerien tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Käytännössä se tarkoittaa sitä, että mitä arvokkaampi ja laajempi hankinta on kyseessä, sitä vaativampia kriteereitä siihen liittyen voi asettaa, kun taas puolestaan ennakoidulta arvoltaan tai laadultaan alhaisempaan hankintaan liittyen myös asetettujen vaatimusten tulisi olla sellaisia, etteivät esimerkiksi toimittajat joudu näkemään niiden saavuttamiseksi tai dokumentoimiseksi tarjoutua varten suhteettoman paljon vaivaa. Hankintalain suhteellisuusperiaate on samankaltainen kuin hallintolain⁴⁸ vastaava periaate ja oikeuskäytännössä sen on katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista, jolloin hankinnan kohteelle tai toimittajalle asetetut vaatimukset tulee olla järkevässä suhteessa siihen nähden, mitä hankintaprosessilla on tarkoitus saavuttaa. Osana suhteellisuusvaatimusta on myös olemassa olevien kilpailuolosuhteiden huomioiminen siten, että tarjouspyynnön sisältämät vaatimukset eivät saa rajoittaa kilpailua.⁴⁹

⁴⁷ HE 108/2016 vp, s. 73; Määttä ja Voutilainen 2017, s. 120-121.

⁴⁸ Hallintolaki 434/2006, 6 §.

⁴⁹ HE 108/2016 vp, s. 73-74; Määttä ja Voutilainen 2017, s. 133-134.

Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden oikeusperiaatteen ottaminen mukaan hankintalakiin liittyy Euroopan unionin perustamissopimuksessa määriteltyihin sisämarkkinava-pauksiin sekä siihen, että syrjintä kansallisuuden perusteella on kiellettyä. Hankintayksiköiden tulee siis kohdella tasapuolisesti ja syrjimättömästi toimittajia, ehdokkaita ja tarjoajia riippumatta siitä, ovatko ne kotimaisia tai ulkomaisia. Sama periaate ylittää myös siihen, että hankintailmoitus tulee laatia siten, että se ei aseta tarjoajia epätasa-arvoiseen asemaan esimerkiksi siten, että hankintailmoituksessa esitetyt vaatimukset väärivät kilpailua tai siten, että hankintailmoitus ei syystä tai toisesta olisi vapaasti kaikkien halukkaiden saatavilla.⁵⁰

Markkinakartoituksen suunnittelemisen ja toteuttamisen kannalta oikeusperiaatteista tulee siis erityisesti huomioida tasapuolisuus, syrjimättömyys ja avoimuus. Riippumatta siitä, minkä tavan tehdä markkinakartoitusta hankintayksikkö valitsee, keskeistä on toimia potentiaalisten tarjoajien suhteen tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Usein tämä taa-taan käymällä vuoropuhelua mahdollisuuksien mukaan kaikkien tai ainakin useiden tiedossa olevien potentiaalisten tarjoajien kanssa. Suppeampikin markkinakartoitus on kuitenkin mahdollinen ja keskustelu pelkästään yhden toimittajan kanssa voi olla mahdollinen markkinakartoituksen toteutustapa ja joskus tarpeellista, mikäli markkinakartoituksen yhteydessä joudutaan esimerkiksi käsittelemään liikesalaisuuden piiriin liittyviä tietoja. Vain yhden potentiaalisen tarjoajan kanssa käytyjen keskustelujen ongelmaksi saattaa muodostua se, että ko. toimittajan vaikutus lopulliseen tarjouspyyntöön muodostuu liian suureksi, jolloin tarjouspyyntö saattaa olla muita mahdollisia tarjoajia syrjivä. Riippumatta siitä, millaista markkinakartoituksen toteutustapaa hankinnan valmistelussa käytetään, hankintayksikön on hyvä dokumentoida valmisteluvaiheen aikaiset vuorovai-kutustilanteet, jotta niistä voidaan tarvittaessa tasapuolista kohtelua ylläpitäen jakaa tietoa myös niille tarjouskilpailuun osallistuville osapuolille, jotka eivät ole osallistuneet markkinakartoitukseen.⁵¹

⁵⁰ HE 108/2016 vp, s. 73-74; Määttä ja Voutilainen 2017, s. 124-125, 128.

⁵¹ Eskola ja muut 2017, s. 319-323; Holma ja Sammalmaa 2018, s. 74; Mäkelä 2011 s. 14; Pekkala ja muut 2017 s. 336-337.

Lisäksi hankintalain pykälässä 65 säädetään yleisemmin hankinnan valmistelusta siinä tapauksessa, jos hankinnan valmisteluun on osallistunut tarjouskilpailuun osallistuva ehdokas, tarjoaja tai tarjoajaan liittyvä yritys. Myös tässä tilanteessa hankintayksikön tulee huolehtia siitä, ettei kilpailu vääristy ja että eri osapuolia kohdellaan tilanteessa tasapuolisesti ja syrjimättömästi.⁵² Tätä näkökulmaa käsitellään tarkemmin tämän tutkimuksen luvussa 5.

⁵² Hankintalaki 65.2 §; Pekkala ja muut 2017, s. 338.

4 Markkinakartoituksen hyödyntäminen

4.1 Hankintamenettelyn valinta

Hankintalaki antaa mahdollisuuden käyttää erilaisia hankintamenettelyjä⁵³, joista hankintayksikkö voi valita mieleisensä sen mukaan kuin hankinnan tarkoituksenmukainen toteuttaminen vaatii. Hankintamenettelyä valitessa vaikuttavia tekijöitä ovat muun muassa hankinnan arvo ja hankinnan kohteen ominaisuudet, joista erityisesti hankinnan monimutkaisuus vaikuttaa valittavaan hankintamenettelyyn. Mikäli hankinnan sisältö on helposti määriteltävissä, avoin hankintamenettely on todennäköisesti sen toteuttamiseen soveltuvin tapa. Jos taas hankinnan sisällön määrittelyssä tarvitaan enemmän vuorovaikutusta hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välillä, on hyvä valita tätä tarkoitusta varten jokin muu hankintaan soveltuva hankintamenettely. Lisäksi hankinnassa käytettävät valintaperusteet sekä hankittavaa tuotetta tai palvelua tuottavien toimittajien määrä markkinoilla ovat harkittavia tekijöitä hankintamenettelyä valitessa. Markkinakartoituksen käyttäminen hankintamenettelyn valinnan yhteydessä on järkevää erityisesti, jos hankintayksikkö on hankkimassa tuotetta tai palvelua, josta sillä ei ole kokemusta tai muuten tietoa etukäteen. Markkinakartoituksella on mahdollista muun muassa saada selville, onko tarvittavaa tuotetta tai palvelua saatavana sellaisenaan markkinoilta, ja toisaalta, paljonko mahdollisia toimittajia on olemassa. Jos esimerkiksi hankittavaa tuotetta ei ole sellaisenaan saatavilla ja hankinnan loppuun vieminen vaatisi tuotteen räätälöimistä, hankintamenettelyksi voidaan valita neuvottelumenettely tai innovaatiokumppanuus, jotka molemmat antavat hankintayksikölle mahdollisuuden käydä potentiaalisten toimittajien kanssa pidemmälle menevää vuoropuhelua hankittavalle tuotteelle tai palvelulle asetettavista ominaisuusvaatimuksista ja innovaatiokumppanuiden tapauksessa päästä luomaan täysin uutta, juuri hankintayksikön tarpeisiin sopivaa tuotetta. Jos taas tuotetta tai palvelua on hyvin saatavilla ja toimittajia useita, voidaan hankinta toteuttaa esimerkiksi avointa menettelyä käyttämällä.⁵⁴

⁵³ Mahdolliset hankintamenettelyt määritellään hankintalain luvussa 5.

⁵⁴ Pekkala ja muut 2017, s. 193-194, 203, 232-233, 334.

Hankintalain mukaisesti hankinta on mahdollista jakaa osiin, jolloin hankintaan voi tarjouspyynnössä määritellyn mukaisesti antaa tarjouksia joko koko hankintaa koskien tai osatarjouksena jotain hankinnan osaa koskien. Tällä toimintatavalla pyritään muun muassa parantamaan pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia antaa tarjouksia liittyen julkisiin hankintoihin. Markkinakartoitusta voi hyödyntää esimerkiksi siinä, että sen yhteydessä selvitetään toimittajilta, millaisissa osissa heidän olisi mahdollista tai järkevää jättää tarjouksensa tarjouspyyntöön, jolloin hankintayksikkö voi saadun tiedon perusteella miettiä, millaisina kokonaisuuksina hankinta on mielekästä kilpailuttaa. Hankintaa ei kuitenkaan saa pilkkoa pienempiin osiin siksi, että sillä vältettäisiin esimerkiksi kynnyksarvon ylittyminen, vaan hankinnat tulee kilpailuttaa perusteltavissa olevina kokonaisuuksina.⁵⁵

Hankintayksiköiden on hankintamenettelyn valinnassa huomioitava lisäksi se, että hankintamenettelyn valinta vaikuttaa suoraan hankintasopimuksen muotoon. Myös tämä asia on hyvä huomioida jo hankintaa valmisteltaessa ja markkinakartoitusta tehdessä sekä viimeistään siinä vaiheessa, kun hankintamenettelystä päätetään. Hankintasopimus tulee tehdä sen hankintamenettelyn mukaisesti, jolla hankinta toteutetaan. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että jos hankintayksikkö haluaa hankkia tuotteita tai palveluita puittejärjestelyn tyyppisesti eli siten, että hankintasopimuksen jälkeen tuotteita tai palveluita tilataan useammalta mukana olevalta toimittajalta, tämä päätös tulee tehdä jo hankinnan valmisteluvaiheessa ja hankinta tulee kilpailuttaa sen mukaisesti. Jos taas käytetään avointa hankintamenettelyä, jossa tarjouspyynnön liitteenä esitetään tietyt hankintasopimuksen ehdot, niistä ei enää sopimusvaiheessa voi olennaisesti poiketa ilman, että päädytään tilanteeseen, jossa hankintayksikkö joutuu kilpailuttamaan hankinnan uudelleen.⁵⁶ Markkinakartoitusta tehtäessä on mahdollista selvittää alalla vallitsevia käytäntöjä myös tästä näkökulmasta ja valita sellainen hankintamenettely, jonka seurauksena tehty sopimus on toimiva sopimuskaudella.

⁵⁵ Eskola ja muut 2017, s. 321; HE 108/2016 vp, s. 47, 144; Hankintalaki 31 §, 75 §.

⁵⁶ Määttä ja Voutilainen 2017, s. 429-432.

4.2 Hankinnan kohteen ehtojen määrittely

Markkinakartoituksen yhtenä tarkoituksena on lisätä hankintayksikön tuntemusta markkinoista sekä edesauttaa hankinnan kohteen vaatimusten ja kriteerien määrittelemistä hankintailmoitukseen siten, että hankintaprosessin lopputuloksena on halutun lainen tuote tai palvelu.⁵⁷ Hankinnan kohteen ehtoja määritellessä hankintayksikön tulee kuitenkin huomioida se, että asetetut vaatimukset eivät saa olla osapuolia syrjiviä, kilpailua rajoittavia tai tiettyä tarjoajaa suosivia. Nämä rajaukset mielessä pitäen hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti melko laaja vapaus määritellä haluamallaan tavalla tuote tai palvelu, jota se on hankkimassa.⁵⁸

Aina kuitenkin hankintayksikön näkemys hankinnan kannalta olennaisten ehtojen määrittelemisestä ei vastaa tarjoajien näkemystä.

Korkein hallinto-oikeus on käsitellyt Poliisihallituksen hankintaa, joka koski passien, henkilökorttien, oleskelukorttien ja oleskelulupakorttien hankintaa. Asiassa valittanut taho, Sagem Segenmark Oy, on pitänyt Poliisihallituksen asettamia vertailuperusteita syrjivinä sillä perusteella, että osa laadullisiksi vertailuperusteiksi asetetuista teknisistä lisäominaisuuksista on ollut patentilla suojattuja, jolloin muiden kuin patentinhaltijan ei ole ollut valittajan tulkinnan mukaan mahdollista jättää tarjousta hankintaan liittyen. Valittajan mielestä hankintayksikön olisi täytynyt hyväksyä myös muut vastaavat saman turvallisuustason tuoteominaisuudet eikä vaatia juuri tiettyä teknistä ratkaisua. Hankintayksikkö puolestaan on perustellut näiden tiettyjen ominaisuuksien vaatimista sillä, että virallisten lupa-asiakirjojen osalta uusimpien mahdollisten turvatekijöiden vaatiminen on ollut olennaista, koska se heikentää mahdollisuuksia väärentää lupa-asiakirjoja. Lisäksi vas-

⁵⁷ HE 108/2016 vp, s. 47, 162-163.

⁵⁸ Pekkala ja muut 2017, s. 333-334.

taavien ominaisuuksien salliminen olisi vaikeuttanut tarjousten vertailua. Hankintayksikkö myös toteaa, ettei se ole tarjouspyynnössään vaatinut tietyn patentin käyttämistä vaan kuvannut tekniikkaa, joka on hankinnan kannalta olennaista ja joka on ollut tarjoajien saatavilla esimerkiksi lisenssin perusteella. Ennen hankintailmoituksen julkaisemista hankintayksikkö on järjestänyt hankinnasta markkinakartoituksen, jolla se on kerännyt tietoa passien ja henkilökorttien uusimmista turvaominaisuuksista ja tuotekehittelystä. Sekä asiassa markkinaoikeuteen valittanut Sagem Segenmark Oy että kilpailutuksen voittanut taho ovat osallistuneet markkinakartoitukseen. Molemmilla on myös ollut mahdollisuus kertoa omia näkemyksiään kartoitettavasta asiasta sekä vastata hankintayksikön esittämiin tarkentaviin kysymyksiin.⁵⁹

Päätöksessään korkein hallinto-oikeus toteaa, että hankintayksiköllä on oikeus kartoittaa markkinoilla olevia vaihtoehtoja ja käydä teknistä vuoropuhelua ennen tarjouspyynnön laatimista eikä hankintayksikkö korkeimman hallinto-oikeuden mukaan ole tässä tapauksessa toteuttanut markkinakartoitusta syrjivästi. Myöskään markkinakartoituksessa selvitettyjen ominaisuuksien käyttäminen tarjouspyynnössä ei ole osapuolia syrjivää. Korkein hallinto-oikeus myös pitää tarjouspyynnössä asetettuja kriteereitä hankinnan onnistumisen kannalta olennaisina ja siten määriteltynä, että ne eivät ole syrjiviä. Hankintayksikön ei tarvitse muuttaa tarvitsemiaan ominaisuuksia pelkästään siksi, että markkinoilla on vain pieni määrä tarjoajia, jotka pystyvät tarjoamaan vaatimukset vastaavaa tuotetta. Lopputuloksena päätöksessä todetaan, että hankintayksikkö ei ole menetellyt hankintalain vastaisesti.⁶⁰

Edellä esitellyssä oikeustapauksessa oli siis kyse hankinnasta, jossa hankinnan kohteen ehdot oli hankintailmoituksessa asetettu varsin vaativiksi. Ennen hankintamenettelyn

⁵⁹ KHO:2017:152.

⁶⁰ KHO:2017:152.

käynnistämistä oli myös tehty markkinakartoitus, jonka tulokset olivat olleet yhtenä perusteluna ehtojen asettamiselle. Toimintatapa oli korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen mukaan hankintalain mukainen, koska markkinakartoituksessa ei oltu toimittu syrjivästi ja toisaalta hankinnan kohteelle asetetut ehdot olivat hankinnan kannalta olennaisia. Kyseisessä hankinnassa hankintayksikkö oli hankkimassa passeja, henkilökortteja, oleskelukortteja ja oleskelulupakortteja, jotka virallisina asiakirjoina selvästikin ovat sellaisia, ettei niitä haluta väärennettävän ja siitä syystä varsin edistyksellisienkin ominaisuuksien vaatiminen on hankinnan tarkoituksen mukaisen toteutumisen kannalta olennaista.

Toisessa tapauksessa markkinaoikeus on käsitellyt tapausta, jossa Oulun kaupunki on hankkinut kalusteet ja varusteet teknisen käsityön tiloihin.

Safirma Oy on valittanut tehdystä hankintapäätöksestä vedoten siihen, että tarjouspyyntö ei ole tuottanut yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia eikä hankintamenettely ole ollut tasapuolista ja syrjimätöntä. Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaarantuminen on valittajan mielestä liittynyt osin ennen hankintamenettelyn käynnistämistä käytyyn, teknisenä vuoropuheluna toteutettuun markkinakartoitukseen, joka ei valittajan mielestä ole ollut kaikilta osin avointa, vaan se on suosinut voittanutta tarjoajaa. Perusteenaan valittaja on esittänyt mm. sen, että markkinakartoituksen perusteella valittaja on todennut, että hankintayksikkö on hankinnassaan käyttänyt voittajayritykset tekemää laskentataulukkoa tarjouspyynnön keskeisenä asiakirjana, jolloin taulukon käyttö on suosinut voittanutta tarjoajaa. Hankintayksikkö kiisti, että hankinnassa käytetty laskentataulukko olisi voittaneen tarjoajan tekemä. Lisäksi valittaja näkee, että yksityiskohtaisten kommenttien esittämiselle suhteellisen laajaan aineistoon on varattu liian vähän aikaa. Markkinaoikeus on päätöksessään todennut, ettei teknisen vuoropuhelun käymiselle ole säädetty aikarajoja ja, vaikka aika onkin ollut suhteellisen lyhyt, se ei ole ollut vaarantanut potentiaalisten toimittajien tasavertaista ja syrjimätöntä

kohtelua. Hankintayksikkö on myös käsitellyt teknisen vuoropuhelun avulla saamia tietoja hankinnan kohteen ehtojen määrittelyssä siten, ettei se markkinaoikeuden päätöksen mukaan ole ollut syrjivää vaan muutoksia hankinnan kohteen ehtoihin on hyväksytty usealta toimijalta. Markkinaoikeuden loppupäätelmä on, että hankintayksikkö ei ole toiminut hankintalain vastaisesti.⁶¹

Markkinakartoituksen kautta hankintayksikkö voi siis selvittää markkinatilannetta ja saada tietoa markkinoilla olevista uusimmista ratkaisuista. Tätä tietoa hankintayksikön on mahdollista käyttää hyväkseen hankinnan ehtojen määrittelemisessä, mikä on oikeuskäytännön perusteella täysin hyväksyttävä tapa. Mikäli hankinnan ehdot ovat hankinnan kannalta olennaisia, suhteellisuusperiaatteen mukaisia ja syrjimättömiä, hankintayksikön ei tarvitse muokata niitä, vaikka tietäisikin, että vain muutama tarjoaja pystyy jättämään tarjouksensa hankintaan liittyen⁶². Toisaalta kuitenkin markkinakartoituksella saatua tietoa ei tule käyttää siihen, että hankintayksikkö tieteen tahtoen lähtisi rajoittamaan kilpailua asettamalla hankinnan kohteen ehdot sellaisiksi, että hankintayksikkö jo hankintailmoitusta julkaistessaan tietää, että markkinoilla on mahdollisesti vain yksi toimitaja, joka ehtoihin pystyy vastaamaan. Hankintayksikön ei myöskään tule liian voimakkaasti tukeutua markkinakartoituksessa vain yhden potentiaalisen tarjoajan tapaan määrittellä hankinnan sisältö, vaan sen tulisi pyrkiä toimimaan objektiivisesti. Kuitenkin, vaikka potentiaalisia toimittajia olisikin tiedossa vain yksi, koviakin ehtoja voi käyttää, mikäli ne ovat tarpeellisia hankinnan toteuttamiseksi. Keskeistä hankinnan kohteen ehtojen määrittelyssä on se, että hankinnan kohde on kuvattu ja sille asetetut vaatimukset määriteltä hyväksyttävällä ja lainmukaisella tavalla. Jos hankintayksikön toimintatapa on hyväksyttävä, sen ei katsota rajoittavan kilpailua.⁶³ Tekemällä markkinakartoituksen ennen hankintamenettelyn käynnistämistä hankintayksikkö välttyy ainakin tietämättömyydestä johtuvilta virheiltä hankinnan kohteen ehtojen määrittelyssä.

⁶¹ MAO:481/15.

⁶² Ks. Pekkala ja muut 2017 s. 343-347.

⁶³ Rainiala 2017, s. 53-54.

4.3 Soveltuvuusvaatimusten määrittely

Markkinakartoituksen avulla on myös mahdollista kartoittaa sitä, millaisia soveltuvuusvaatimuksia tarjoajille olisi tarpeen asettaa. Soveltuvuusvaatimusten asettamisen tarkoituksena on varmistaa, että tarjoajalla on riittävät resurssit toteuttaa hankintasopimuksen sisältö. Vaatimukset voivat kohdistua esimerkiksi tarjoajan taloudelliseen tilanteeseen, tekniseen osaamiseen, henkilöstön määrään tai ammattitaitoon. Asetettavien soveltuvuusvaatimusten tulee liittyä tarjoajan mahdollisuuksiin toteuttaa hankinta. Soveltuvuusvaatimukset ovat hankinnan kannalta vähimmäisvaatimuksia, jolloin mikäli tarjoaja ei täytä niitä, se tulee sulkea pois kilpailusta.⁶⁴

Markkinaoikeudessa käsitellyssä tapauksessa Seinäjoen kaupunki on hankintayksikkönä kilpailuttanut ohjelmatuotteiden ja tietojärjestelmien palveluhankinnan liittyen suun terveydenhuollon käyttöön tulevaan palvelukokonaisuuteen. Tehdyistä hankintapäätöksestä on markkinaoikeuteen valittanut TripleBit Studios Oy, joka perustaa valituksensa siihen, että tarjouspyyntö on ollut syrjivä ja hankintayksikkö on jättänyt kilpailuolosuhteet hyödyntämättä. Syrjivyyden valittajan mukaan muodostunut siitä, että tarjouspyynnössä on asetettu vaadittaville henkilöstöresursseille kohtuuttomia vaatimuksia, jotka ovat tarpeettomia palvelun tuottamiseksi. Lisäksi markkinoilla on valittajan mukaan olemassa vain kaksi toimijaa, joista vain toinen on pystynyt täyttämään esitetyt vaatimukset. Hankintayksikkö on tehnyt markkinakartoituksen ennen hankintailmoituksen julkaisemista ja tällä perusteella valittaja katsoo, että hankintayksikkö on ollut tietoinen valittajan käytössä olevista henkilöstöresursseista. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikön tavoitteena on tarjouspyynnössä esitettyjen henkilöstö- ja referenssivaatimusten kautta varmistua siitä, että toimittaja pystyy toteuttamaan hankinnan halutulla tavalla. Hankintayksikkö voi itse määritellä, millaiset laatu- tai määräkriteerit hankinnalle asetetaan, kunhan niillä ei syrjitä ketään ja ne ovat

⁶⁴ HE 108/2016 vp s. 190; Pekkala ja muut 2017, s. 372; Ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuutta koskevista vaatimuksista: Hankintalaki 2017, 83-86 §.

suhteellisuus- ja avoimuusperiaatteen mukaisia. Tässä tapauksessa markkinaoikeus totesi, että osa asetetuista ehdoista on merkityksellisiä, jotta toimittaja pystyy toteuttamaan hankittavat palvelut hankintayksikön toivomalla tavalla. Markkinaoikeus kuitenkin piti osaa henkilöstöresursseihin liittyvistä vaatimuksista liian korkeina ja sellaisina, että ne eivät ole hankinnan toteuttamisen kannalta suhteellisuusperiaatteen mukaisia hankinnan arvon, laajuuden ja markkinatilanteen huomioiden. Liian korkeat vaatimukset ovat rajoittaneet potentiaalisten tarjousten määrää ja sitä kautta rajoittaneet kilpailua. Lisäksi markkinaoikeus viittaa päätöksessään siihen, että hankintayksiköllä on ollut markkinatilanne tiedossaan, jolloin hankintayksikön olisi tullut jo hankintailmoituksen julkaistessaan olettaa, että siihen ei näillä ehdoilla saada juurikaan tarjouksia. Vaatimusten asettaminen kohtuuttoman korkealle on rajoittanut kilpailua ja johtanut syrjivään ja suhteellisuusperiaatteen vastaiseen lopputulokseen.⁶⁵

Toisessa tapauksessa, jossa markkinaoikeus on ottanut kantaa soveltuvuusvaatimusten hyväksyttävyyteen, hankintayksikkönä on ollut Mustankorkea Oy, joka on kilpailuttanut rajoitetulla menettelyllä biokaasulaitoksen kokonaisvastuurakentamisen urakan. Envor Protech Oy:n valitus hankintaan liittyen perustuu siihen, että prosessisuunnittelijaa ja tarjoajayritystä koskevat referenssivaatimukset ovat olleet valittajan mielestä kohtuuttomat ja sitä kautta estäneet kilpailua syrjimällä valittajaa ja suosimalla yhtä ehdokasta. Hankintamenettelyssä hankintayksikkö on saanut viisi osallistumishakemusta rajoitettuun menettelyyn, joista se on hylännyt neljä keskenään vastaavien soveltuvuusvaatimuksiin liittyvien puutteiden vuoksi. Ennen hankintamenettelyn käynnistämistä hankintayksikkö on pyrkinyt varmistumaan soveltuvuusvaatimusten kohtuullisuudesta tekemällä markkinakartoituksen eri teknologiavaihtoehtoista sekä markkinoilla olevista laitostoimittajista. Markkinaoikeus toteaa päätöksessään, hankintayksiköllä on ollut oikeus käyttää hankinnassa siinä käytettyjä soveltuvuusvaatimuksia, eivätkä ne ole olleet kohtuuttomia. Hankintayksikkö on myös selvittänyt, että alalla on useita toimittajia ja

⁶⁵ MAO:357/18.

saanut useita osallistumishakemuksia hankintailmoitukseensa. Vaikka lopputuloksena yhtä lukuun ottamatta kaikki muut ehdokkaat on suljettu pois kilpailusta, se ei riitä todistamaan, että asetetut vaatimukset olisivat olleet liian ankarat. Hankintayksikkö ei siis ole menetellyt hankintalain vastaisesti.⁶⁶

Samoin kuin edellä käsiteltyjen hankinnan kohteen ehtojen ollessa kyseessä myös tarjoajille tai ehdokkaille asetettujen soveltuvuusvaatimusten osalta hankintayksikön on mahdollista määritellä vaatimukset tarpeensa mukaisesti, mikäli määrittelyllä ei rikota tasapuolisuuden, syrjimättömyyden ja suhteellisuuden oikeusperiaatteita. Hankinnan ennakoitua arvoa ja sen sisältöä on hyvä pohtia suhteessa asetettaviin soveltuvuusvaatimuksiin, jotta hankintayksikkö ei esimerkiksi tulisi vaatineeksi tarjoajilta liian suuria ponnistuksia hankintaan osallistumiseksi tai etteivät asetetut vaatimukset muuten rikkoisi suhteellisuusperiaatetta vastaan. Suhteellisuutta arvioitaessa harkittavana on se, ovatko asetetut soveltuvuusvaatimukset kohtuullisessa suhteessa hankintayksikön tavoitteisiin minimoida hankinnan toteuttamiseen sisältyvä riski⁶⁷. Mikäli hankinnan toteuttamisesta hankintayksikölle seuraava riski ei ole kovin suuri, myöskään soveltuvuusvaatimusten ei tulisi olla ylimitoitettuja ja vastaavasti, jos hankinnan toteuttaminen aiheuttaa hankintayksikölle merkittävän riskin, kuten esimerkiksi mittavassa rakennusurakan kilpailutuksessa voi olla, soveltuvuusvaatimukset voidaan määritellä vastaavasti korkeammiksi. Jotta hankintayksikkö voisi pitää kiinni oikeusperiaatteiden toteutumisesta, sen tulee sekä tuntea hankittavan tuotteen tai palvelun ominaisuudet että olla vähintäänkin pääpiirteittäin selvillä siitä, millaisia toimijoita markkinoilla on.

4.4 Kilpailuolosuhteiden hyödyntäminen

Hankintalaissa velvoitetaan hankintayksiköitä käyttämään hankintoja tehdessään hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Hankintojen valmistelun osalta hankintalaissa

⁶⁶ MAO:657/16.

⁶⁷ Rainiala 2017, s. 55.

säädetään, että markkinakartoituksen tekeminen tai ehdokkaan tai tarjoajan osallistuminen hankinnan valmisteluun ei saa johtaa kilpailun vääristymiseen.⁶⁸ Lisäksi hankintalaissa määritellyissä harkinnanvaraisissa poissulkemisperusteissa annetaan mahdollisuus sulkea kilpailusta pois sellainen tarjoaja, ”joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen”⁶⁹. Kilpailuolosuhteiden huomioiminen hankintoja tehdessä on tarkoitettu hankintalain esitöiden⁷⁰ mukaan suositukseksi hankintayksiköille ja se tulee huomioida hankintojen valmistelussa ja toteutuksessa yleisenä periaatteena, jolloin tahallista kilpailun rajoittamista tai vääristämistä tulee välttää. Kuten edellisessä luvussa todettiin, kyse ei kuitenkaan ole hankinnan kohteen ehtojen muokkaamisesta pelkän kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen nimissä vaan hankintayksikkö voi määritellä ehdot tarpeensa mukaisesti.

71

Kilpailuolosuhteiden huomioimisen merkitys hankintayksiköille konkretisoituu yksittäisen hankinnan osalta lähinnä sitä kautta, että mikäli hankintamenettelyyn liittyen saadaan aikaiseksi todellinen kilpailutilanne eri tarjoajien kesken, hankintayksiköllä on paremmat mahdollisuudet saada tehtyä hankinta parhaaseen mahdolliseen hintaan tai parhaalla tarjolla olevalla hinta-laatusuhteella. Pidemmällä aikavälillä ja erityisesti toistuvissa hankinnoissa on myös hankintayksikön etu, jos seuraavan kerran samaa hankintaa tehdessä markkinoilla on edelleen olemassa useampia mahdollisia toimittajia eli kilpailuolosuhteet ovat olemassa vielä myöhempiäkin kilpailutuksia tehdessä. Jos aikaisemmin toimiville markkinoille jää jatkossa esimerkiksi vain yksi elinkelpoinen toimittaja, ei hankintayksikön tulevilla kilpailutuksilla ole juurikaan mahdollisuuksia saada aitoa tarjouskilpailua aikaiseksi. Toisaalta, mikäli markkinat keskittyvät vain tietyille toimittajille, riskinä ovat mahdolliset kartellit tai muut kielletyt kilpailunrajoitusten keinot. Kartellien syntyminen rajoittaa tuotteiden ja palveluiden valikoimaa ja nostaa hintoja, mikä aiheuttaa sen, että julkisten varojen käyttö ei ole niin tehokasta kuin se voisi olla. Hankintalaissa

⁶⁸ Hankintalaki 2.2 §, 65.2 §, 66 §.

⁶⁹ Hankintalaki 81.1 § 6 kohta.

⁷⁰ HE 108/2016 vp, s. 71.

⁷¹ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 35.

hankintamenettelyn aikaista korruptiota on pyritty torjumaan monin keinoin esimerkiksi hankintamenettelyn erivaiheisiin liittyvän ilmoitusvelvollisuuden ja sekä yleisesti hankintoihin liittyvän avoimuusperiaatteen avulla. Toisaalta avoimuus ja julkiset ilmoitukset edistävät hankintojen ennustettavuutta, mikä saattaa osaltaan helpottaa yritysten kiellettyä yhteistyötä ja lisätä riskiä kartellien syntymiselle.⁷²

Kilpailuolosuhteiden huomioiminen kuuluu hankintaprosessissa valmisteluvaiheeseen, vaikka laki ei nimenomaisesti vaadikaan yksittäisiä hankintayksiköitä huolehtimaan jonkin tietyn markkinan toimivuudesta tai olemassa olost. Kilpailuolosuhteita tukeakseen hankintayksikön on hankinnan valmisteluvaiheessa järkevää markkinakartoituksen avulla selvittää, millaisilta markkinoilta hankintaa ollaan tekemässä, ja samalla myös miettiä sitä, kuinka merkittävästä hankinnasta on kyse markkinoiden kannalta eli millaiset markkinavaikutukset hankintaan liittyy. Jos hankintayksikkö on yksi useista tahoista, joka hankkii tuotteita tai palveluita kyseisiltä markkinoilta, yksittäisellä hankinnalla ei todennäköisesti ole kilpailuolosuhteiden kannalta kovinkaan suurta merkitystä. Jos taas hankintayksikkö on esimerkiksi alueellisesti tai jonkin tietyn tuotteen osalta markkinoiden kannalta merkittävä ostaja, yksittäisenkin hankinnan toteuttamisella voi olla vaikutusta markkinoiden toimintaan. Lisäksi on mahdollista, että jokin muukin hankintayksikkö on tekemässä vastaavaa hankintaa samanaikaisesti, jolloin vaikka yksittäisen hankintayksikön volyyymi ei olisikaan yksin kovin iso, kahden hankintayksikön yhtäaikaisella hankinnalla saattaa olla jo enemmän merkitystä. Markkinakartoituksen yhteydessä voi siis olla järkevää myös olla yhteydessä muihin hankintayksiköihin ja selvittää niiden kokemuksiä sekä suunnitelmia tuleville hankinnoille. Hankinta on hyvä suunnitella siten, että siihen saadaan mahdollisimman paljon hyviä tarjouksia, jotka kilpailevat toistensa kanssa. Tämä voidaan toteuttaa esimerkiksi valitsemalla markkinoiden toimivuutta tukeva hankintamenettely. Lisäksi on hyvä huomioida erikokoisten ja –tyyppisten tarjoajien

⁷² Ruuskanen 14.2.2019; Ruuskanen 19.2.2019; Korruptiontorjunta.fi 2021; Siikavirta 2015, s. 65-67.

osallistumismahdollisuudet esimerkiksi jakamalla hankinta soveltuviin osiin, mikä osaltaan voi lisätä saatavien tarjousten määrää.⁷³

4.5 Alan käytäntöjen ja sopimusehtojen selvittäminen

Markkinakartoituksen avulla hankintayksikkö voi pyrkiä selvittämään, millaisia yleisiä käytäntöjä tai sopimusehtoja hankittavaan palveluun tai tuotteeseen liittyvällä alalla on⁷⁴. Hankintasopimus tulee julkisissa hankinnoissa tehdä aina kirjallisesti⁷⁵ ja, vaikka hankintasopimus sijoittuukin ajallisesti hankintamenettelyn loppuun, jo tarjouspyynnön tulee sisältää hankinnan kannalta keskeiset sopimusehdot⁷⁶. Tarjousta jättäessä tarjoaja joutuu hyväksymään tarjouspyynnössä asetetut sopimusehdot eikä niistä pääsääntöisesti ole mahdollista neuvotella enää tarjousmenettelyn käynnistyttyä. Tämä siksi, että mikäli tarjoajilla olisi mahdollisuus esittää omia sopimusehtojaan, tarjousten vertailtavuus kärsisi ja vaarana olisi, että tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu ei toteutuisi. Tarjoajan tarjouskilpailun aikana esittämät uudet sopimusehdot tai varaukset johdattavatkin pääsääntöisesti tarjouksen hylkäämiseen tarjouspyynnön vastaisena.⁷⁷ Myös muutosten tekemistä hankintasopimukseen sopimuskauden aikana on säädelty hankintalaisissa, jossa kielletään olennaisten muutosten tekeminen. Mikäli olennaisia muutoksia on tarpeen tehdä, hankinta tulee kilpailuttaa uudelleen.⁷⁸ Keskeistä siis on, että hankintayksikkö jo hankintaa valmisteltaessa miettii läpi keskeisimmät sopimusehdot ja pyrkii myös selvittämään, toimivatko ne käytännössä hankittavan tavaran tai palvelun suhteen.

Usein julkisissa hankinnoissa käytetään ja hankintailmoituksissa viitataan julkishallinnon yleisiin sopimusehtoihin, joita ovat esimerkiksi niin sanotut JYSE-ehdot⁷⁹, joita on omansa tavarahankintoihin ja omansa palveluhankintoihin. Yleiset ehdot ovat nimensä

⁷³ Ruuskanen 14.2.2019; Ruuskanen 19.2.2019; Korruptiontorjunta.fi (2021); Toivanen, Norkela ja Hermas 2018.

⁷⁴ Pekkala ja muut 2017, s. 334-335.

⁷⁵ Hankintalaki 128 §.

⁷⁶ Hankintalaki 68 §.

⁷⁷ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 137.

⁷⁸ Halonen ja Sammalmaa 2017, s. 36; Hankintalaki 136 §.

⁷⁹ Valtiovarainministeriö 2017a ja 2017b.

mukaisesti yleisiä, joten niiden lisäksi tarvitaan varsinainen hankintasopimus, jossa sovi-
taan juuri kyseisen hankinnan yksityiskohdista, kuten hinnasta, toimitustavasta tai lasku-
tusehdoista. Hankintasopimuksen sisältöön hankintalaki ei ota kantaa. Markkinakartoi-
tuksen aikana käytävissä vuoropuhelussa hankintayksikön on mahdollista hakea poten-
tiaalisilta toimittajilta tietoa siitä, miten hankintasopimuksen yksityiskohtia kannattaisi
määritellä, jotta sopimus olisi mahdollisimman toimiva molemmille osapuolille. Lähtö-
kohtaisesti muutoksia tarjouspyyntöön on hankalampi tehdä enää tarjouspyyntövai-
heessa. Hankintayksikkö voi hankintansa mukaan huomioida potentiaalisilta toimittajilta
esimerkiksi teknisessä vuoropuhelussa tulevat muutosehdotukset ennen hankintame-
nettelyn käynnistämistä. Ehdotusten huomioiminen on siinä mielessä järkevää, että
usein toimittajilla on hankintayksikköä parempi tieto siitä, millaisia realiteetteja liittyy
esimerkiksi hankittavan palvelun tuottamiseen tai millaisena kokonaisuutena hankinnan
kohde olisi järkevää tai edullista tuottaa, kun taas hankintayksikölle asia voi olla vie-
raampi, mikäli hankinta ei kohdistu hankintayksikön ydintoimintaan. Aktiivinen osallis-
tuminen markkinavuoropuheluun on myös toimittajien etu, sillä vuoropuhelun avulla on
mahdollista päästä vaikuttamaan hankinnan kohteen ja sopimusehtojen määrittelyyn si-
ten, että tarjouspyynnöstä muotoutuu sellainen, johon toimittaja pystyy jättämään tar-
jouksen. Mikäli vuoropuhelua hankintayksikön ja markkinoiden välillä ei käydä ennen
hankintamenettelyn aloittamista, julkisten hankintojen osalta tilanne on usein se, ettei
toimittaja pääse missään vaiheessa varsinaisesti neuvottelemaan sopimuksesta tai edes
kommentoimaan sitä, vaan joutuu hyväksymään tarjouspyynnön liitteenä olevan sopi-
musluonnoksen sellaisenaan.⁸⁰

4.6 Markkinakartointu suorahankinnan yhteydessä

Yksi hankintalaissa määritellyistä hankintamenettelyistä on suorahankinta, jolla tarkoite-
taan tilannetta, jossa hankintayksikkö ei julkaise hankinnasta hankintailmoitusta vaan
neuvottelee suoraan toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista. Tilanteet, jossa
suorahankintaa voidaan käyttää, on rajattu laissa tiettyihin yksittäisiin tilanteisiin, joita

⁸⁰ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 125, 131-135.

hankintalaissa on lueteltu kahdeksan. Näitä ovat muun muassa hankintayksiköstä riippumaton, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutunut äärimmäinen kiire tai se, että tarkoituksena on hankkia ainutkertainen taideteos tai taiteellinen esitys.⁸¹

Yksi hankintalain mahdollistama suoramankintamenettelyn käyttötilanne on silloin, jos hankittavan tuotteen tai palvelun voi teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä toteuttaa vain tietty toimittaja. Edellytyksenä suoramankinnan käyttämiselle tällaisessa tilanteessa on se, että vaihtoehtoisia tai korvaavia ratkaisuja ei ole eikä kilpailun puuttuminen johdu siitä, että hankintayksikkö olisi tietoisesti kaventanut hankinnan ehtoja niin, että vain yksi tarjoaja pystyisi toimittamaan hankittavan tuotteen tai palvelun. Tausta-ajatuksena suoramankinnan sallimiselle tällaisessa tilanteessa on se, että jos markkinoilla ei ole tarvittavaa kilpailua kyseisestä tuotteesta tai palvelusta, avoimen hankintamenettelyn käyttämisellä ei saavuteta hankintalain tavoitteiden mukaista hyötyä.⁸² Jos hankintayksikkö vetoaa kilpailun puuttumiseen teknisistä syistä suoramankinnan käynnistämässä, hankintayksikön on määriteltävä ja perusteltava tarkasti ne syyt, joiden vuoksi muiden toimittajien olisi teknisesti lähes mahdotonta antaa tarjouspyyntöön hyväksyttävä tarjous. Myös hankinnalle asetetut yhteentoimivuusvaatimukset voivat olla tällainen tekninen syy.⁸³ Mahdollisuuksia perustella suoramankinta sillä, että hankinnan osalta markkinoilta puuttuu kilpailu teknisistä syistä, tulkitaan oikeuskäytännössä suppeasti. Taustasyynä tähän on muun muassa se, että hankinnan julkisen kilpailutuksen yhteydessä se, syntykö hankintaan liittyen kilpailua, selviää lopullisesti vasta, kun tarjousaika on päättynyt, kun taas suoramankinnassa hankintayksikkö tekee päätöksen kilpailun puuttumisesta ennen hankintamenettelyä. Suoramankintaa käyttämällä hankintayksikkö saattaa evätä potentiaalisten tarjoajien mahdollisuuden osallistua hankintamenettelyyn, mikäli heitä on markkinoilla enemmän kuin hankintayksiköllä on tiedossaan.⁸⁴

⁸¹ Hankintalaki 40 §.

⁸² Hankintalaki 2 §, 40 §; Pekkala ja muut 2017, s. 244-246.

⁸³ HE 108/2016 vp, s. 134.

⁸⁴ Rainiala 2017, s. 66-67.

Markkinaoikeus on arvioinut suorahankintaperusteiden täyttymistä teknisiin syihin liittyen.

Kyseessä on hankinta, jossa Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä hankki sydänkeuhkokoneen suorahankintana vedoten siihen, että hankittu sydänkeuhkokone on ollut ainoa sydänkeuhkokone, jossa on ollut vaaditut koneen käyttäjien työtä helpottavat toiminnallisuudet. Hankinnan arvo on ollut hankintayksikön suorahankintailmoituksen mukaan 250 500 euroa, jolloin se on ylittänyt hankintalaissa säädetyn EU-kynnysarvon. Asiasta markkinaoikeuteen valituksen tehnyt LivaNova Finland Oy katsoi, että hankitun sydänkeuhkokoneen tekniset ominaisuudet eivät poikkea LivaNova Finland Oy:n valmistaman sydänkeuhkokoneen ominaisuuksista niin merkittävästi, että suorahankintaperusteet teknisten syiden osalta täyttyisivät. Markkinaoikeuden käsittelyn yhteydessä valituksen tehnyt LivaNova Finland Oy vetoaa siihen, että sydänkeuhkokoneen hankkinut Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä ei ole ennen hankintaa tehnyt riittävän kattavaa markkinakartoitusta, jotta se voisi todeta, ettei muita vastaavia laitteita ole saatavilla. Lisäksi LivaNova Finland Oy vetoaa siihen, että sydänkeuhkokoneelle asetetut vaatimukset eivät ole kaikilta osin laitteen käytön kannalta perusteltuja, jolloin niitä ei tulisi käyttää hankinnan kohteen vähimmäisvaatimuksina. Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä puolestaan toteaa tehneensä markkinakartoituksen saatavilla olevista sydänkeuhkokoneista. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että hankintayksiköllä on laaja harkintavalta, kun se määrittelee hankittavan tuotteen tai palvelun ominaisuuksia, joten tässäkin tapauksessa hankintayksikkö on saanut määritellä sydänkeuhkokoneen ominaisuudet haluamallaan tavalla eikä vaatimuksia tarvitse asettaa vastaamaan markkinoilla tarjolla olevien tuotteiden ominaisuuksia. Asetetut vaatimukset olivat siis tässä tapauksessa oikeutettuja. Markkinaoikeus kuitenkin toteaa, että Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän lausunnosta ei käy ilmi, miten laaja markkinakartoitus asiassa on tehty ennen suorahankintapäätöstä. Koska hankinnan arvo on ollut yli hankin-

talaissa määritellyn EU-kynnysarvon, markkinaoikeus katsoo, että markkinakartoit-
tus asiassa olisi tullut tehdä vähintään Euroopan unionin markkinoiden laajuisesti
ja että hankintayksikön olisi tullut pystyä osoittamaan, että soveltuvaa sydänkeuh-
kokonetta ei ole ollut saatavilla Euroopan unionin alueelta joltakin muulta toimit-
tajalta. Tällä perusteella markkinaoikeus toteaa, että suorahankintaan ei ole ollut
lain mukaista perustetta.⁸⁵

Toisessa markkinaoikeuden käsittelemässä tapauksessa kiistan kohteena on Puo-
lustusvoimien logistiikkalaitoksen tekemä suorahankintapäätös, jonka perusteella
on hankittu matkakorttijärjestelmäpalveluita Oy Matkahuolto Ab:lta puolustus-
voimien ja rajavartiolaitoksen varusmiehille, reserviläisille sekä uusinta- ja jälkitar-
kastuksiin ja valintatesteihin ja pääsykokeisiin matkustaville. Myös tässä tapauk-
sessa kyseessä on suorahankinta hankintalain 40 §:n 2 momentin 2 kohdan perus-
teella eli hankintayksikkö on perustanut suorahankintapäätöksensä sille, että
markkinoilla ei ole ollut muita mahdollisia toimittajia, jotka olisivat teknisesti pys-
tyneet tarjoamaan haluttua palvelua vaaditussa ajassa. Hankinnan ennakoitu arvo
on ollut suorahankintailmoituksessa ilmoitetun mukaisesti kolme miljoonaa euroa.
Asiasta markkinaoikeuteen valituksen tehnyt Savonlinja Oy perustaa valituksensa
siihen, että suorahankinnalla ei tässä tapauksessa ole hankittu mitään sellaista
teknistä osaamista vaativaa palvelua, jota muut toimijat eivät pystyisi toimitta-
maan. Vaikka hankittu palvelu on suorahankinnan tekemisen hetkellä ollut sellai-
senaan olemassa vain Oy Matkahuolto Ab:llä, se ei tarkoita sitä, että muut toimijat
eivät pystyisi vastaavaa palvelua toimittamaan. Savonlinja Oy toimii samoilla
markkinoilla kuin Oy Matkahuolto Ab ja, jos hankintayksikkö olisi järjestänyt tar-
jouskilpailun, Savonlinja Oy olisi voinut osallistua siihen joko yksin tai yhdessä yh-
teistyökumppaniensa kanssa. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että hankin-

⁸⁵ MAO:322/20.

tayksikön on pääsääntöisesti kilpailutettava julkiset hankintansa ja että tässä tapauksessa hankintayksikkö ei ole esittänyt mitään selvitystä siitä, miksi toimittajaksi valittu Oy Matkahuolto Ab olisi ainoa mahdollinen palveluntarjoaja.⁸⁶

Molemmissa yllä esitellyissä tapauksissa markkinaoikeus on edellyttänyt, että suorahankintaperusteiden olemassa olemiseksi hankintayksikön olisi tullut pystyä perustelemaan väitteensä siitä, että tuotteen tai palvelun hankkiminen joltain muulta toimittajalta ei olisi teknisesti mahdollista. Väitteen perusteiksi ensimmäisessä tapauksessa, jossa oli kyseessä sydänkeuhkokoneen hankinta, markkinaoikeus olisi edellyttänyt koko Euroopan unionin markkinoiden laajuista kartoitusta. Se, että hankintayksikkö oli tehnyt jonkinlaista markkinakartoitusta ennen suorahankinnan tekemistä, ei vielä sellaisenaan riittänyt suorahankinnan perusteiksi. Jälkimmäisessä tapauksessa, joka liittyi matkakorttijärjestelmäpalveluihin, hankintayksikön perusteluista on luettavissa, että hankintayksiköllä on ollut ennakkonäkemyksensä markkinoista ja tähän näkemykseen perustuen hankintayksikkö on päätenyt siihen, että suorahankinnan perusteet täyttyvät. Markkinaoikeuden päätöksessä todetaan kuitenkin, että hankintayksikkö ei ole pystynyt esittämään selvitystä siitä, miksi valittu toimittaja olisi ainoa mahdollinen palveluntarjoaja, joten myöskään tässä tapauksessa suorahankinnan perusteet eivät täyty.

Näistä oikeustapauksista on pääteltävissä, että markkinoiden kartoittaminen systemaattisesti ja riittävän laajasti sekä markkinakartoituksen riittävä dokumentointi on tärkeää, mikäli hankintayksikkö päätyy käynnistämään suorahankintamenettelyn tekniseen syyhyn vedoten. Markkinakartoituksen laajuuden arviointiin vaikuttaa suunnitellun hankinnan ennakoitu arvo, joka kertoo myös osaltaan sen, mille toimittajajoukolle hankintailmoitus suunnattaisiin, mikäli kyseessä olisikin avoin hankintamenettely. Käytännössä siis, jos kyseessä on kansallisen kynnyksarvon ylittävä suorahankinta, markkinakartoituksen tulisi kohdistua potentiaalisiiin kansallisiin toimittajiin ja vastaavasti, mikäli kyseessä on arvoltaan EU-kynnyksarvon ylittävä suorahankinta, markkinoiden kartoitus Euroopan

⁸⁶ MAO:247/20.

unionin laajuisesti on todennäköisesti tarpeellista. Myös kansallisen kynnsarvon ylittävässä hankinnoissa tilanne saattaa olla se, että mahdollisia toimittajia ei Suomesta löydy, jolloin markkinakartoitus on käytännön syistä tarpeen laajentaa oman maan rajojen ulkopuolisiin toimittajiin. Joka tapauksessa suora hankinnan tekeminen sillä perusteella, että jokin toimittaja on teknisesti ainoa mahdollinen toimittaja kyseiselle tuotteelle tai palvelulle, asettaa hankintayksikölle vaatimuksen pystyä osoittamaan perustelunsa paikansäilyttäviksi ja hyvin dokumentoitu markkinakartoitus on yksi keino täyttää tämä vaatimus. Markkinakartoituksen kautta hankintayksikkö voi vakuuttua suora hankintaperusteiden olemassa olosta tai sitä tehdessä voi myös käydä selväksi, ettei suora hankintaperusteita lopulta olekaan olemassa ja hankintamenettelyn muuttaminen esimerkiksi avoimeksi menettelyksi on paikallaan.

4.7 Hankintamenettelyn väärinkäyttö markkinakartoituksena

Markkinakartoituksen tekeminen liittyy siis hankinnan valmisteluvaiheeseen, joka on ennen hankintailmoituksen julkaisemista. Varsinainen hankintamenettely puolestaan käynnistyy hankintailmoituksen julkaisemisesta⁸⁷. Välillä hankintoja tehdessä syntyy tilanne, jossa jo käynnissä oleva hankintamenettely on tarve keskeyttää. Hankinnan keskeyttäminen onkin hankintalain mukaisesti mahdollista todellisesta ja perustellusta syystä. Kun keskeytyspäätöstä tehdään, hankintayksikön tulee sekä esittää perustelut hankinnan keskeyttämiselle että varmistua siitä, ettei ratkaisu vaikuta syrjivästi ehdokkaisiin tai tarjoajiin. Hyväksyttäväksi syiksi keskeyttää hankintamenettely on oikeuskäytännössä katsottu esimerkiksi tulkinnanvarainen tarjouspyyntö tai hankintamenettelyssä tapahtunut virhe, samoin kuin hankinnan tarpeen muutos. Hankintayksikön on pystyttävä osoittamaan, että on olemassa hyväksyttävä syy hankinnan keskeyttämiselle. Keskeyttämisestä huolimatta tarve hankinnan tekemiseen ei välttämättä poistu vaan hankinta saatetaan käynnistää uudelleen piankin keskeytyksen jälkeen.⁸⁸ Mikäli hankinnan keskeytyksen syy on epäselvä ja hankintaprosessi käynnistetään uudelleen, saattaa tarjoajille syntyä

⁸⁷ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 46.

⁸⁸ Hankintalaki 125 §; Määttä ja Voutilainen 2017, s. 386-389; Pekkala ja muut 2017, s. 421-422.

mielikuva, että aikaisempaa hankintamenettelyä on käytetty väärin markkinoiden kartoittamiseen. Tällainen toimintatapa ei ole sallittu. Hankintamenettelyä ei saa käynnistää ja sitten keskeyttää vain siksi, että hankintayksikkö haluaa sen avulla kartoittaa olemassa olevat markkinat, vaan hankintamenettelyn käynnistäessään hankintayksiköllä on oltava aito tarkoitus tehdä kyseinen hankinta.⁸⁹

Markkinaoikeus on käsitellyt valitusta hankintamenettelyn keskeyttämisestä väärin perustein. Kysymyksessä on avoin hankintamenettely, jolla Fimlab Laboratoriot Oy on ollut hankkimassa immunofluoresenssin kokonaisautomaatiota, niiden tuki- ja huoltopalveluja ja immunofluoresenssin antigeenilaseja. Hankintayksikkö on tehnyt asiassa ensin hankintapäätöksen, mutta sen jälkeen tehnyt päätöksen keskeyttää hankintamenettely ja aloittaa uuden kilpailutuksen valmistelu. Ennen uutta kilpailutusta hankintayksikkö on päättänyt tuottaa palvelun omana työnään. Markkinaoikeuteen toimitettu valitus koskee edellä mainittua keskeytyspäätöstä. Valittaja vetoaa siihen, että hankinnan keskeytyksen perustelut eivät ole olleet todelliset, koska hankintayksikön tulee jo ennen hankintamenettelyn käynnistämistä päättää, toteuttaako se tarvittavan palvelun omana työnään vai hankkiiko oman organisaation ulkopuolelta. Valituksessa vedotaan siihen, että hankintaprosessin käynnistäminen markkinakartoitusta varten on kiellettyä. Hankintayksikkö puolestaan toteaa vastineessaan, että se on perustanut keskeyttämisspäätöksensä kahden organisaation yhdistymisestä johtuvaan merkittävään muutokseen hankittavan palvelun volyymissä. Tämä muutos ei ole ollut hankintayksikön tiedossa hankintamenettelyn käynnistyessä. Markkinaoikeus toteaa päätöksessään samoin kuin valittaja, että hankintamenettelyn aloittaminen ilman aikomusta tehdä hankintasopimusta esimerkiksi markkinatilanteen kartoittamiseksi ole hyväksyttävää. Samalla markkinaoikeus kuitenkin toteaa, että tästä ei ole tässä tapauksessa kyse vaan hankintayksikön perustelun hankinnan tarpeen muutoksesta on pätevä syy keskeyttää hankintamenettely.⁹⁰

⁸⁹ Pekkala ja muut 2017, s. 422.

⁹⁰ MAO:503/19.

Hankintamenettelyn keskeyttämiseen voi liittyä myös keskeytystä seuraava suora hankintamenettely, koska suora hankinnan voi hankintalain mukaisesti tehdä myös silloin, jos avoimessa tai rajoitetussa hankintamenettelyssä ei ole saatu ollenkaan tai ei ole saatu soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia. Tässäkin tilanteessa mahdollista suorahankintaa tulee edeltää aito hankintamenettely, jonka tavoitteena on ollut tehdä kyseessä oleva hankinta eikä vain kartoittaa markkinatilannetta. Tuloksetonta avointa tai rajattua hankintamenettelyä seuraavan suora hankinnan ehtojen tulee olla olennaisilta osiltaan samat kuin aikaisemmassa menettelyssä eli ehtoja ei voida tässä välissä muuttaa paremmin tarjoajille soveltuviksi. Hankintayksikön on mahdollista käynnistää suorahankinta valitsemansa toimittajan kanssa, mikäli toimittaja täyttää edeltävässä hankintamenettelyssä olleet vaatimukset.⁹¹

⁹¹ Hankintalaki 40 §; Pekkala ja muut 2017, s. 242-243.

5 Hankinnan valmisteluun osallistuva yritys

Hankintalain mukaan hankintayksikkö voi käyttää markkinakartoituksen tekemiseen ja muuhun hankinnan valmisteluun apuvoimia, jotka voivat olla riippumattomia asiantuntijoita tai muita viranomaisia tai jopa toimittajayrityksiä. Hankintayksiköllä ei välttämättä ole kaikkiin toteutettaviin hankintoihin liittyen tarvittavaa asiantuntemusta hankinnan alalta. Mitä innovatiivisempi tai ennalta vaikeammin kuvattava hankinta on kyseessä, sitä tavallisempaa hankintayksikön on hakea apua oman osaamisensa ulkopuolelta. Hankinnan valmistelussa saatetaan käyttää apuna alalla toimivaa yritystä, jolla on ajankohtaista tietoa hankinnan kohteesta. Kun hankinnan valmisteluvaihe on ohi ja varsinainen tarjouskilpailu käynnistyy, on tavallista, että tarjoajina on yrityksiä, jotka ovat olleet mukana markkinakartoituksessa. Tämä lisäksi on mahdollista, että hankinnan valmisteluun osallistunut yritys tai muu yritys, joka liittyy hankinnan valmisteluun osallistuneeseen tahoon, on myös ehdokkaana tai tarjoajana mukana tarjouskilpailussa. Mikäli hankinnan valmisteluun osallistunut yritys osallistuu tarjouskilpailuun, hankintayksikön vastuulla on varmistaa, että kilpailu ei vääristy ja että kaikkia osapuolia kohdellaan syrjimättömästi ja tasapuolisesti.⁹²

Kilpailu voi vääristyä esimerkiksi, jos hankinnan valmisteluun osallistuvalla yrityksellä on muita ehdokkaita tai tarjoajia enemmän tietoa kyseisen hankinnan sisällöstä ja hankintayksikön tavoitteista, jolloin sillä saattaa olla etulyöntiasema tarjouksen muotoilun osalta muihin tarjoajiin nähden. Tällaisessa tapauksessa hankintayksikön on mahdollista huomioida asia etukäteen esimerkiksi varmistamalla, että kaikilla tarjoajilla on hankinnasta ja tarjouskilpailusta keskenään vastaavat tiedot ja myös riittävästi aikaa tutustua tarjouspyyntömateriaaleihin. Toinen mahdollinen tilanne, jossa kilpailu on vaarassa vääristyä, on se, jos hankinnan valmistelussa mukana oleva yritys pääsee liiaksi vaikuttamaan hankinnan kohteen määrittelyyn, jolloin tarjouspyyntö ei välttämättä ole enää sisällöllisesti tasapuolinen tarjoajia kohtaan. Kovin yksinkertaista ei ole aina vetää rajaa

⁹² Eskola ja muut 2017, s. 322-323; Hankintalaki 65.2 §, 66 §; Mäkelä ja Pöykkö 2013, s. 3-4.

siihen, milloin hankinnan kohteelle määritellyt ehdot ovat hankintayksikön itsensä tarpeista lähteviä ja milloin hankinnan valmisteluun osallistuva yritys on päässyt muokkaamaan niitä omiin tarpeisiinsa sopiviksi. Tällainen muokkaaminen ei välttämättä ole tahallista, sillä vaikka hankinnan valmisteluun osallistuvalla yrityksellä usein on substanssittieto hankittavasta kohteesta enemmän kuin hankintayksiköllä. Voi kuitenkin olla, että yrityksellä ei ole tietoa julkisia hankintoja määräävistä säädöksistä. Hankintayksikön vastuulla onkin huolehtia, että toteutettava hankinta on hankintalain mukainen ja että tasapuolisuus ja syrjimättömyys toteutuvat ja että esimerkiksi liian yksityiskohtaisia tai kilpailua rajoittavia tuotemäärittelyjä ei oteta mukaan tarjouspyyntöön.⁹³

Markkinaoikeus on käsitellyt tapausta, jossa hankintayksikkönä toiminut Kuusamon kaupunki on järjestänyt avoimella menettelyllä toteutetun tarjouskilpailun kaupungin skeittiparkin rakennusurakasta. Asiasta on valittanut tarjouskilpailussa valitsematta jäänyt Ykkös Infra Oy, joka vaatii hankintapäätöksen kumoamista sillä perusteella, että tarjouskilpailun voittaja on osallistunut olennaisesti rakennusurakan suunnitteluun ja sitä kautta on aiheutunut eturistiriita, jota hankintayksikkö ei ole pyrkinyt tarjouskilpailussa poistamaan. Hankintayksikkö perustelee antamassaan vastineessa, että rakennusurakan suunnitelmat on tehty yhteistyössä paikallisen skeittiyhteisön kanssa ja voittanut tarjoaja on laatinut hankintayksikön ohjeistuksen mukaan lopullisen rakennesuunnitelman ja työselostuksen, mutta ei ole muuten osallistunut hankkeen valmisteluun eikä ole osallistunut hankinnan valmisteluun. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että tarjouskilpailun voittanut yritys on osallistunut hankinnan valmisteluun laatimalla siihen liittyviä asiakirjoja. Kokonaisuudessaan markkinaoikeus katsoo, että voittanut tarjoaja on laatinut kaikki tarjouspyynnön liitteenä olevat asiakirjat, jotka ovat olleet keskeisiä hankinnan kannalta. Lisäksi voittanut tarjoaja on saanut suunnitteluvaiheessa tietoonsa hankinnan ennakoidun arvon, jota ei tarjouspyynnössä ole julkaistu. Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikön toiminta on voinut vääristää kilpailua tai johtaa

⁹³ Eskola ja muut 2017, s. 322-323; Halonen ja Sarmalmaa 2017, s. 50; Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 39; Mäkelä ja Pöykkö 2013, s. 3-4; Pekkala ja muut 2017, s.338-340.

eturistiriitoihin eikä se ole ollut riittävän tasapuolista ja avointa. Hankintayksikkö on siis toiminut kyseessä olevan hankintamenettelyn suhteen virheellisesti.⁹⁴

Markkinaoikeuden päätöksen perusteella tässä tapauksessa voittaneen yrityksen osallistuminen hankinnan valmisteluun on melko ilmeistä, vaikka se ei olisi varsinaista tarjouspyyntöä kirjoittanutkaan. Usein tarjouspyynnön liitteissä on esitetty hankinnan kanalta hyvin keskeisiä ehtoja, jolloin niiden valmisteleminen on keskeinen osa hankintamenettelyn valmistelua. Tällaisessa tilanteessa hankintayksikön tulisi varmistaa, että kaikilla tarjoajilla on tasapuolisesti saatavilla samat tiedot kuin valmisteluun osallistuvalla yritykselläkin.

5.1 Poissulkeminen tarjouskilpailusta

Hankintalaki antaa hankintayksikölle mahdollisuuden päättää, että hankinnan valmisteluun osallistunut tai osallistuneeseen yritykseen liittyvä yritys ei voi osallistua tarjouskilpailuun. Kyseessä on niin sanottu hankinnanvarainen poissulkemisperuste, joten poissulkeminen ei ole automaattista eikä sitä siis ole pakko tehdä, mikäli tilanne ei muuten sitä vaadi. Vastuu valmisteluun osallistuneen yrityksen aseman arvioinnista hankintamenettelyyn osallistumisen suhteen on aina hankintayksiköllä ja arviointi tulee tehdä tapauskohtaisesti. Poissulkemista ei tule käyttää ensisijaisena keinona vaan pääsääntöisesti tulee pyrkiä ratkaisemaan tilanne muulla tavalla. Lisäksi ennen kuin hankinnan valmisteluun osallistunut yritys poissuljetaan tarjouskilpailusta, sillä tulee olla hankintalain mukaisesti mahdollisuus osoittaa, ettei tasapuolinen ja syrjimätön hankintamenettely ole vaarantunut hankinnan valmisteluun osallistumisesta huolimatta.⁹⁵

Korkein hallinto-oikeus on käsitellyt tapausta, jossa hankintayksikkönä toiminut Liikennevirasto oli sulkenut Finnmap Consulting Oy:n pois tarjouskilpailusta siitä syystä, että kilpailutetun hankinnan valmisteluun oli osallistunut Sweco PM Oy,

⁹⁴ MAO:91/19.

⁹⁵ Hankintalaki 81.1 § 8 kohta; ks. Mäkelä ja Pökkyä 2013, s. 25-26; Pekkala ja muut 2017, s. 338-340.

joka kuuluu samaan konserniin Finnmap Consulting Oy:n kanssa. Hankintayksikkönä Liikennevirasto oli katsonut, että hankinnan valmisteluun osallistuessa Sweco PM Oy oli saanut niin paljon tietoa hankinnasta, että tarjoajien syrjimätön ja tasapuolinen kohtelu olisi vaarantunut, jos samaan konserniin kuulunut Finnmap Consulting Oy olisi saanut osallistua tarjouskilpailuun. Liikennevirasto oli hankintailmoituksessaan asettanut poissulkemisehdon hankinnan valmisteluun osallistuneisiin yrityksiin liittyen sekä myös aikaisemmassa suunnittelupalveluita koskevassa kilpailutuksessa ilmoittanut, että suunnitteluttajakonsultin kanssa samaan konserniin kuuluva ehdokas tai tarjoaja voidaan sulkea tarjouskilpailusta. Markkinaoikeus oli tämän tapauksen kohdalta todennut, että hankintailmoituksessa ollut esteellisyystilanteita koskenut soveltuvuusehto oli ollut epäselvä ja siitä syystä poissulkeminen oli hankintalain vastainen toimenpide. Korkein hallinto-oikeus puolestaan ei pitänyt esteellisyysehtoa epäselvänä ja se katsoi, että Liikennevirasto ei ollut toiminut hankintalain vastaisesti vaan, että Finnmap Consulting Oy:n tarjouksen oli saanut sulkea pois tarjouskilpailusta sillä perusteella, että samaan konserniin kuulunut yritys oli osallistunut hankinnan valmisteluun.⁹⁶

Toisessa saman tyyppisessä tapauksessa korkein hallinto-oikeus totesi, että hankintayksikkönä toiminut Lahden kaupungin tilakeskus ei ole ollut velvollinen sulkemaan pois tarjouskilpailusta voittajayritystä sillä perusteella, että voittajayrityksen kanssa samaan yritysryhmään kuuluvan yhtiön kaksi edustajaa ovat olleet hankintayksikön avustajia kyseiseen hankintaan liittyen ja osallistuneet ennen tarjouskilpailun ratkeamista järjestettyyn selonottoneuvotteluun myös voittajayrityksen osalta. Tämän päätöksen osalta korkein hallinto-oikeus totesi, että tarjouskilpailun voittajayrityksellä ei ole ollut saatavillaan mitään sellaista lisätietoa, joka ei olisi ollut myös muiden tarjoajien saatavilla. Tässä kyseisessä tapauksessa saman yritysryhmän edustajien osallistuminen selonottoneuvotteluun samaan yritysryhmään kuuluvan tarjouskilpailun voittajayrityksen osalta ei korkeimman hal-

⁹⁶ KHO:2016:56.

linto-oikeuden mukaan ollut vaikuttanut tarjouskilpailun lopputulokseen. Kuitenkin korkein hallinto-oikeus piti saman yritysryhmän edustajien osallistumista selonottoneuvotteluun virheellisenä, koska hankintamenettely ei tältä osin ole turvannut tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua.⁹⁷

Näistä esimerkeistä ilmenee, kuten edelläkin mainittiin, ettei hankintamenettelyyn osallistuneen yrityksen sulkeminen pois tarjouskilpailusta ole automaattinen toimenpide. Hankintayksikön tulee kuitenkin huomioida tai ennakoida mahdollisen epätasa-arvoisen tilanteen syntyminen ja pyrkiä toimillaan estämään se. Tilanteeseen on mahdollista vaurautua jo siinä vaiheessa, kun hankinnan valmisteluun haetaan avuksi yritystä. Hankintayksikkö voi tehdä selväksi esimerkiksi hankinnan valmisteluun liittyvän sopimuksen ehtoissa, että valmisteluun osallistuvan yrityksen osalta eturistiriitoja ei välttämättä voida estää, jolloin yritys joudutaan mahdollisesti sulkemaan pois valmistelua seuraavasta tarjouskilpailusta, jolloin asia on molempien osapuolien tiedossa, kun varsinainen tarjouskilpailu alkaa.⁹⁸

5.2 Osallistuminen markkinakartoitukseen vai hankinnan valmisteluun

Varsinaisen hankinnan valmisteluun osallistumisen ohella on mahdollista myös, että jollekin tarjouskilpailuun osallistuneista yrityksistä on muodostunut esimerkiksi tarjouspyynnössä asetettujen ehtojen perusteella mielikuva siitä, että hankinnan valmistelussa on ollut osallisena se tarjoaja, joka on voittanut tarjouskilpailun, vaikka tämä ei olisikaan ollut todellinen tilanne. Usein on kyse siitä, että hävinnyt tarjoaja olettaa voittaneen tarjoajan osallistuneen hankinnan valmisteluun siten, että se on valmistelun aikana päässyt vaikuttamaan hankinnan ehtojen määrittelyyn itselleen suosiollisella ja mahdollisesti muita yrityksiä syrjivällä tavalla. Välttämättä kyseessä ei kuitenkaan ole tilanne, jossa voittajayritys olisi osallistunut hankinnan valmisteluun vaan kyseessä voi olla ainoastaan

⁹⁷ KHO:2019:85.

⁹⁸ Määttä ja Voutilainen 2017, s. 326-327.

markkinakartoitukseen osallistuminen. Kun hankinnan valmistelua varten tehdään markkinakartoitusta, johon pyritään osallistamaan yleensä useampia mahdollisia toimittajia, on tavallista ja tarkoituksenmukaistakin, että markkinakartoitukseen osallistujat ovat mukana tarjouskilpailussa tarjoajina tai ehdokkaina. Tämä ei ole ongelma, mikäli markkinakartoituksessa on toimitettu tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Hankinnan valmisteluun osallistuvalla toimittajalla voi kuitenkin olla hankinnan valmistelussa isompi rooli, kuin pelkkään markkinakartoitukseen osallistuvalla toimittajalla. Tämä saattaa asettaa valmisteluun osallistuneen yrityksen erityisasemaan kilpailutilanteessa, mistä voi seurata kilpailun vääristyminen. Välillä voi olla vaikea vetää rajaa sille, missä määrin jokin potentiaalisista toimittajista on osallistunut hankinnan valmisteluun ja milloin kyseessä on vain markkinakartoitukseen osallistuminen.

Markkinaoikeus on käsitellyt Oulun kaupungin hammashoitoyksiköiden tavara-hankintaa koskevaa valitusta, jossa valittaja Hammasväline Oy esittää, että tarjouskilpailun voittanut yritys on osallistunut hankinnan valmisteluun siten, että se on ollut tarjouskilpailussa tiedollisesti ylivoimaisessa asemassa muihin tarjoajiin nähden. Perusteluna tähän valittaja esittää, että hankinnalle asetetuista vaatimuksista osa on ollut hankinnan kannalta tarpeettomia ja että hankinnan valmisteluun osallistunut yritys on päässyt vaikuttamaan tarjouspyynnön muotoilemiseen omaksi edukseen. Lisäksi hankintayksikkö on hylännyt valittajan tarjouksen, koska se ei ole ollut hankintayksikön mukaan tarjouspyynnön mukainen. Tarjouksen valmisteluun osallistumisesta valittaja pitää osoituksena sitä, että tarjouskilpailun voittajayrityksellä on ollut pidemmän aikaa hankintayksikön tiloissa niin sanottu mallihuone ja hoitokone, jonka ominaisuuksien mukaan tarjouskilpailussa on pyydetty tarjoukset. Vastineessaan hankintayksikkönä toiminut Oulun kaupunki puolestaan toteaa, että hankinnassa on pyritty tasapuolisuuteen ja syrjimättömyyteen sekä että hankinnalle asetetut ehdot ovat olleet relevantteja hankinnan kannalta. Hankintayksikkö vetoaa myös siihen, että tarjouspyyntöön saatiin neljä tarjousta, joista valittajan tarjous oli ainoa, joka ei täyttänyt tarjouspyynn-

nössä mainittuja ehtoja. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikkö on ennen hankinnan aloittamista julkaissut julkisen tietopyynnön koskien markkinavuoropuhelua kyseisen hankinnan valmisteluun liittyen ja tähän vuoropuheluun ovat osallistuneet sekä tarjouskilpailun voittanut yritys että valittaja. Lisäksi valittajan mainitsemisissa mallihuoneissa on ollut myös muiden valmistajien hoitoyksiköitä. Markkinaoikeuden päätöksen mukaan voittanut tarjoaja ei ole osallistunut hankinnan valmisteluun siten, että tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu olisi vaarantunut. Tarjouspyynnön sisällön osalta markkinaoikeus toteaa, että hankintayksiköllä on ollut oikeus asettaa hankinnan kohteen vaatimukset tarjouspyynnössä olleella tavalla eikä siitä ole näyttöä, että ehdot olisivat syrjivät.⁹⁹

Toisessa tapauksessa markkinaoikeus on käsitellyt Kirjavälitys Oy:n valitusta Kuntien Tiera Oy:n hankinnasta liittyen digitaalisiin ja painettuihin oppimateriaaleihin oheismateriaaleineen ja –tarvikkeineen. Kyseisen tarjouskilpailun on voittanut kahden yrityksen ryhmittymä, joista valittajan mukaan ainakin toinen on osallistunut hankintamenettelyn valmisteluun antamalla hankintayksiköille neuvoja ja vaikuttamalla tarjouspyynnön vaatimuksiin. Kyseiseen hankintaan liittyen on ensin ollut hankintamenettely, joka on keskeytetty ja sen jälkeen hankintayksikkö on käynnistänyt uuden hankintamenettelyn, johon tarjouspyyntöä on valittajan mukaan muokattu hankinnan valmisteluun osallistuneelle ja sen voittaneelle yritykselle sopivammaksi. Hankintayksikkö puolestaan toteaa vastineessaan, että keskeytetyn hankintamenettelyn jälkeen, hankintayksiköllä on ollut mahdollisuus tarkastella hankinnalle asetettuja ehtoja uudelleen ja muokata niitä siten, että hankintaprosessin on mahdollista onnistua. Hankintayksikkö myös toteaa käyneensä valmistelun yhteydessä markkinavuoropuheluita, jolloin kaikilla tarjouskilpailuun osallistuneilla yrityksillä on ollut mahdollisuus vaikuttaa tarjouspyynnön sisältöön ja vaatimuksiin. Myös valittaja on osallistunut markkinavuoropuheluun ja valitta-

⁹⁹ MAO:579/17.

jan esittämiä toiveita on osin huomioitu hankinnan ehtojen määrittelyssä. Hankintayksikkö toteaa, että se ei ole käyttänyt voittanutta yritystä apuna tarjouspyynnön laadinnassa vaan toiminut tältä osin itsenäisesti. Päätöksessään markkinaoikeus toteaa, että hankintayksikkö on kartoittanut markkinoita ennen hankintamenettelyn aloittamista käymällä vuoropuhelua kaikkien tarjouskilpailuun osallistuneiden tarjoajien kanssa. Siltä osin, onko vuoropuheluun perustuen nähtävissä kilpailun vääristymistä tai syrjimättömyyden tai avoimuuden periaatteiden vastaisuutta, markkinaoikeus toteaa, ettei tarjouspyynnön ehtojen muuttamista aikaisemmasta poikkeavaksi käydyn vuoropuhelun perusteella voida pitää syrjivänä vai kilpailua vääristävänä. Markkinakartoituksen tarkoitus huomioiden on luonnollista, että asetetut vaatimukset muuttuvat hankintayksikön tietojen lisääntyessä.¹⁰⁰

Molemmissa edellä mainituissa markkinaoikeuden käsittelemissä tapauksissa hankintayksiköt ovat markkinaoikeuden tulkinnan mukaan tehneet markkinakartoitusta ennen hankintamenettelyn käynnistämistä ja potentiaalisten toimittajien kanssa käyty vuoropuhelu on ollut avointa ja syrjimätöntä. Kyseessä ei siis markkinaoikeuden näkemyksen mukaan ole ollut tilanne, jossa hankinnan valmistelussa olisi käytetty yritystä, joka sitten olisi osallistunut tarjouskilpailuun. Markkinakartoituksen ja potentiaalisten toimittajien kanssa käydyn vuoropuhelun perusteella hankintayksiköt ovat muokanneet hankintailmoitustaan, mikä onkin luontevaa, kun hankintayksikön näkemys hankittavasta kokonaisuudesta on kartoituksen ja vuoropuhelun kautta täsmentynyt tai muuttunut. Ensimmäisessä tapauksessa markkinakartoituksen muotona on ollut ennen hankinnan aloittamista julkaistu julkinen tietopyyntö ja sitä seurannut markkinavuoropuhelu hankinnan valmisteluun liittyen. Vuoropuheluun ovat voineet osallistua useammat halukkaat tahot. Myös jälkimmäisessä tapauksessa hankintayksikkö on käynyt vuoropuhelua useamman potentiaalisen toimittajan kesken ja ottanut huomioon kommentteja useammalta kuin yhdeltä taholta. Se, miten hankintayksikkö huomioi markkinakartoituksessa esille tulleet seikat ja muokkaa hankinnan ehtoja niiden perusteella, on, kuten markkinaoikeus toteaa

¹⁰⁰ MAO:236/18.

¹⁰¹, pitkälti hankintayksikön päätettävissä. Ylipäätään hankintayksikön on pääsääntöisesti mahdollista määritellä melko vapaasti omien tarpeidensa mukaisesti hankinnan sisältö ja laatuvaatimukset¹⁰². Tästä seurauksena jonkin tarjoajan tuote tai palvelu saattaa soveltua paremmin hankintayksikön käyttöön kuin jonkin toisen tarjoajan tuote tai palvelu, mutta tätä ei siis sinällään pidetä ongelmana, mikäli hankintaprosessissa on edetty avoimesti ja tasapuolisuutta ja syrjimättömyyttä edistävällä tavalla.

¹⁰¹ Ks. MAO:236/18.

¹⁰² Pekkala ja muut 2017, s. 342.

6 Oikeudelliset ja taloudelliset riskit

6.1 Riskienhallinnasta

Julkisia hankintoja tekevät hankintayksiköt ovat julkisen sektorin organisaatioita, jotka toimivat pääosin julkisella rahoituksella. Suurimpana toiminnallisena erona julkisen ja yksityisen sektorin organisaatioiden välillä on se, että julkisten organisaatioiden tarkoituksena ei ole tuottaa voittoa vaan toteuttaa niin sanottua yhteiskunnallista perustehtävää. Tämä eroavaisuus pois lukien julkisen sektorin organisaatioiden toiminta on muuttunut ja muuttumassa edelleen monin osin samankaltaiseksi kuin yksityisen sektorin organisaatioiden toiminta.¹⁰³ Kuten yritystoimintaan, niin myös hankintayksiköiden toimintaan kuuluu riskienhallinta, jolla pyritään turvaamaan esimerkiksi organisaation omaisuutta, mainetta tai toiminnan häiriöttömyyttä. Riskien tunnistaminen on keskeistä niiden hallinnan kannalta ja riskit voidaan jaotella erilaisiin ryhmiin, joista esimerkkejä ovat muun muassa liiketoimintariskit, taloudelliset riskit ja vahinkoriskit. Kun mahdolliset riskit on tunnistettu, organisaatio voi analysoida riskin tarkemmin ja analyysinsä perusteella pyrkiä esimerkiksi välttämään tai pienentämään sitä. Mahdollista on myös hyväksyä riskin olemassaolo ja jatkaa toimintaa siitä huolimatta. Riskin toteutumista seuraaviin vahinkoihin on mahdollista varautua ennalta, kun riski on tunnistettu, ja sen toteutumista voidaan seurata. Mikäli riski toteutuu, organisaatio voi oppia tapahtuneesta ja pyrkiä seuraavalla kerralla toimimaan eri tavalla.¹⁰⁴

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan hankintamenettelyn aikaiseen toimintaan ja erityisesti siihen liittyvään markkinakartoitukseen liittyen oikeudellisia ja taloudellisia riskejä, jotka monilta osin käyvät käsi kädessä siten, että oikeudellisen riskin toteutumisesta seuraa usein taloudellisia seuraamuksia joko suoraan lisäkustannusten muodossa tai esimer-

¹⁰³ Viitala ja Jylhä 2019, kohta V Kasvu, kansainvälistyminen ja kestävä kehitys, alakohta Johtaminen julkisen sektorin organisaatioissa.

¹⁰⁴ Viitala ja Jylhä 2019, kohta III Yritystoiminnan sisäisen tehokkuuden johtaminen, alakohta Yritystoiminnan riskien hallinta.

kiksi hankintayksikön toiminnan häiriöiden kautta. Hankintasopimuksen jälkeisiä sopimuskauden velvoitteisiin liittyviä riskejä ei tässä tutkimuksessa käsitellä. Hankintatoimeen liittyy yksityiskohtaista lainsäädännöllistä ohjausta, jonka huomioiminen on keskeisessä roolissa oikeudellisten riskien välttämässä. Yleisesti ottaen oikeudellisten riskien toteutumiseen voidaan vaikuttaa muiden oikeudellisten toimenpiteiden kautta, jolloin esimerkiksi sopimukseen liittyviin vastuuriskeihin voidaan varautua velvoitteiden ja vastuiden määrittelyllä tai tuotevastuuriskeihin vastuunrajoitusehdoilla, mutta oikeudellisilla keinoilla ei kuitenkaan useinkaan voida estää riskien toteutumista vaan riskin realisoitumisen estämiseen tarvitaan muita toimenpiteitä¹⁰⁵. Esimerkiksi tuotevastuuriskeihin voidaan varautua vaikkapa huolehtimalla tuotteen tuotantoon liittyvästä laadunvalvonnasta ja siihen liittyen tuotantoyrityksen henkilöstön riittävästä koulutuksesta. Oikeudellisen riskin toteutumisen taustalla voikin olla myös osaamispääomaan liittyvä riski¹⁰⁶, mikä julkisiin hankintoihin liittyen voi toteutua etenkin pienissä hankintayksiköissä silloin, jos hankintoja tekevien henkilöiden osaaminen ei riitä oikeudellisten riskien torjumiseen. Yleisesti sekä myös hankintamenettelyyn liittyen oikeudellinen riski ilmenee joko menetyksenä, esimerkiksi hankintamenettelyssä korvausvelvollisuuden kautta, tai odotuksen toteutumatta jäämisinä, hankintamenettelyssä esimerkiksi siten, että hankintayksikön suunnittelemaa toimintaa ei voidakaan toteuttaa riskin realisoitumisen vuoksi¹⁰⁷.

6.2 Riskit hankintamenettelyssä ja markkinakartoituksessa

Kun tarkastellaan hankintamenettelyä siihen liittyvien oikeudellisten ja taloudellisten riskien kannalta, markkinakartoitus on pääsääntöisesti osa hankintamenettelyn kokonaisuutta ja siihen liittyvät riskit ovat samoja, jotka liittyvät koko hankintamenettelyyn ylipäätään. Hankintalaissa säädetään, että markkinaoikeuden käsiteltäväksi voidaan saat-

¹⁰⁵ Hemmo 2005, s. 14-15.

¹⁰⁶ Ks. Viitala ja Jylhä 2019, kohta III Yritystoiminnan sisäisen tehokkuuden johtaminen, alakohta Yritystoiminnan riskien hallinta, alakohta Riskien tunnistaminen.

¹⁰⁷ Ks. Hemmo 2005, s. 10.

taa hankintayksikön päätös tai muu hankintayksikön hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan, mutta valitusoikeutta on kuitenkin rajattu niin, että valitusta ei voi tehdä sellaisesta asiasta, joka koskee yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua¹⁰⁸. Koska markkinakartoituksen tekeminen on hankintamenettelyn valmistelua, siihen liittyviä päätöksiä tai muita ratkaisuja ei siis voida irrallisina riitauttaa. Oikeustapauksissa markkinakartoituksen aikaiset päätökset näkyvätkin osana niitä ratkaisuja, joita hankintayksikkö on myöhemmin hankintamenettelyssä tehnyt. Yleisesti hankintamenettelyyn liittyy oikeudellinen riski siitä, että hankintamenettely päättyy markkinaoikeuteen käsiteltäväksi ja, mikäli asia ei ratkea siellä, mahdollisesti korkeimpaan hallinto-oikeuteen asti. Tästä seurauksena on vähintäänkin se, että hankinnan toteuttaminen pitkittyy mahdollisesti huomattavankin paljon, mikä hyvin todennäköisesti aiheuttaa hankintayksikölle kuluja.

Ajalla 2017-2019 tehdyistä markkinaoikeuden ratkaisuksista, jotka liittyivät hankintalakien soveltamiseen, 44 prosentissa oikeus päätyi siihen, että hankintayksikkö oli menetellyt lainvastaisesti. Näistä tapauksista 42 prosenttia liittyi tavalla tai toisella tarjouspyynnön laatimiseen, mikä tarkoittaa sitä, että tässä hankintamenettelyn vaiheessa tapahtui suhteessa muihin vaiheisiin eniten menettelyvirheitä, joista tehtiin valitus markkinaoikeuteen. Muut virhetilanteet liittyivät ilmoitusmenettelyyn, tarjouksen käsittelyyn tai hankintapäätökseen. Tarjouspyynnön laatimisessa tehdyt virheet liittyivät pääasiassa tarjoajan soveltuvuuden vaatimusten asettamiseen epäselvästi tai liian vaativiksi, tarjousten vertailuperusteiden esittämiseen liian yleisesti tai epätasaisesti sekä hankinnan kohteen määrittelyyn epäselvästi.¹⁰⁹ Tästä voitaneen päätellä, että hankintayksikön on hyvä ottaa selvää sekä markkinoilla olevista toimijoista että hankinnan kohteen ominaisuuksista ennen hankintamenettelyn aloittamista toteuttamalla markkinakartoitus muodossa tai toisessa.

¹⁰⁸ Hankintalaki 146 §.

¹⁰⁹ Suojanen 2020, s. 11, 15-16.

Jos hankintamenettely päättyy oikeuteen käsiteltäväksi, siihen liittyy aina riski oikeudenkäyntikuluista. Mahdollista on myös, että markkinaoikeuden käsittelyn seurauksena hankintayksikölle määrätään maksettavaksi hyvitys- tai seuraamusmaksu tai että markkinaoikeuden päätöksen jälkeen hankintayksikkö voidaan käräjäoikeudessa nostetun kanteen perustella velvoittaa maksamaan vahingonkorvausta virheellisestä hankintamenettelystä kärsineelle asianosaiselle.¹¹⁰ Hankintamenettely voidaan ottaa oikeuteen käsiteltäväksi erilaisten siinä tapahtuneiden tai oletettavasti tapahtuneiden virheiden vuoksi. Markkinakartoituksen osalta kyse on yleensä hankintalakiin kirjattujen oikeusperiaatteiden¹¹¹, avoimuuden sekä tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vastaisesta toiminnasta tai epäilyistä kilpailun vääristymisestä. Hankintamenettelyyn liittyvät oikeudelliset ja osin myös taloudelliset riskit ilmenevät pitkälti julkisiin hankintoihin liittyvien oikeusturvakeinojen käyttöön ottamisen kautta.

6.3 Oikeusturvakeinot julkisiin hankintoihin liittyen

Julkisiin hankintoihin liittyy oikeusturvakeinoja, jotka suojelevat hankintoihin osallistuvia yrityksiä. Hankintamenettely on julkista toimintaa ja siihen osallistuneiden eli tarjouksensa tai osallistumisilmoituksensa jättäneiden yritysten katsotaan olevan hankintaprosessin suhteen asianosaisia. Asianosaiseksi voidaan katsoa myös alalla toimiva yritys, joka ei ole osallistunut hankintamenettelyyn, siinä tapauksessa, että se on jätetty lainvastaisesti tarjouskilpailun ulkopuolelle tai kilpailutus on jätetty tekemättä kokonaan eli on tehty niin sanottu laitton suorahankinta. Mikäli tarjouksen jättänyt tai hankintamenettelyyn osallistunut yritys kokee, että hankintayksikön menettely tai tehty hankintapäätös on virheellinen, sen on mahdollista saattaa asia viranomaisten tutkittavaksi ja sitä kautta saada muutos menettelyyn tai päätökseen, jos se todetaan virheelliseksi. Mahdollista on myös saada korvaus kärsitystä vahingosta. Käytännössä hankintamenettelyyn ja siihen liittyviin päätöksiin tyytymättömän tarjoajan on mahdollista tehdä hankintayksikölle

¹¹⁰ Ks. Määttä ja Voutilainen 2017, s. 67-68.

¹¹¹ Hankintalaki 65 §.

hankintaoikaisuvaatimus tai markkinaoikeudelle markkinaoikeusvalitus tai nämä molemmat yhtäaikaisesti.¹¹²

Markkinaoikeus käsittelee julkisiin hankintoihin liittyviä riita-asioita pääsääntöisesti asianosaisen eli tarjoajan tai ehdokkaan valituksen johdosta. Tavallisesti valittajana on hankintojen kilpailutuksen hävinnyt osapuoli tai tarjoaja, joka on suljettu pois kilpailusta. Samalla, kun asianosainen tekee valituksen markkinaoikeuteen, sen on myös ilmoitettava asiasta kyseessä olevalle hankintayksikölle. Kun markkinaoikeus ottaa asian käsiteltäväkseen, se voi samalla keskeyttää tai kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon käsittelynsä ajaksi. Keskeytyksen tai kiellon osalta markkinaoikeuden päätökseen vaikuttaa se, ettei näiden toimenpiteiden aiheuttamien haittojen tulisi olla niillä saavutettuja etuja suurempia. Mahdollista on myös, että markkinaoikeus sallii hankintapäätöksen toimeenpanon, vaikka valitus olisikin käsiteltävänä. Tämä on mahdollista esimerkiksi sellaisessa tilanteessa, jossa hankintayksikkö pyytää markkinaoikeudelta päätöstä hankintapäätöksen täytäntöönpanon sallimisesta sillä perusteella, että hankintasopimuksen tekeminen on syytä tai toisesta välttämätöntä ennen kuin markkinaoikeus ehtii tehdä päätöksensä. Markkinaoikeus voi asettaa päätöksensä tehosteeksi myös harkintansa mukaan hankintayksikölle uhkasakon, joka tulee maksettavaksi mikäli hankintayksikkö ei noudata markkinaoikeuden päätöstä.¹¹³

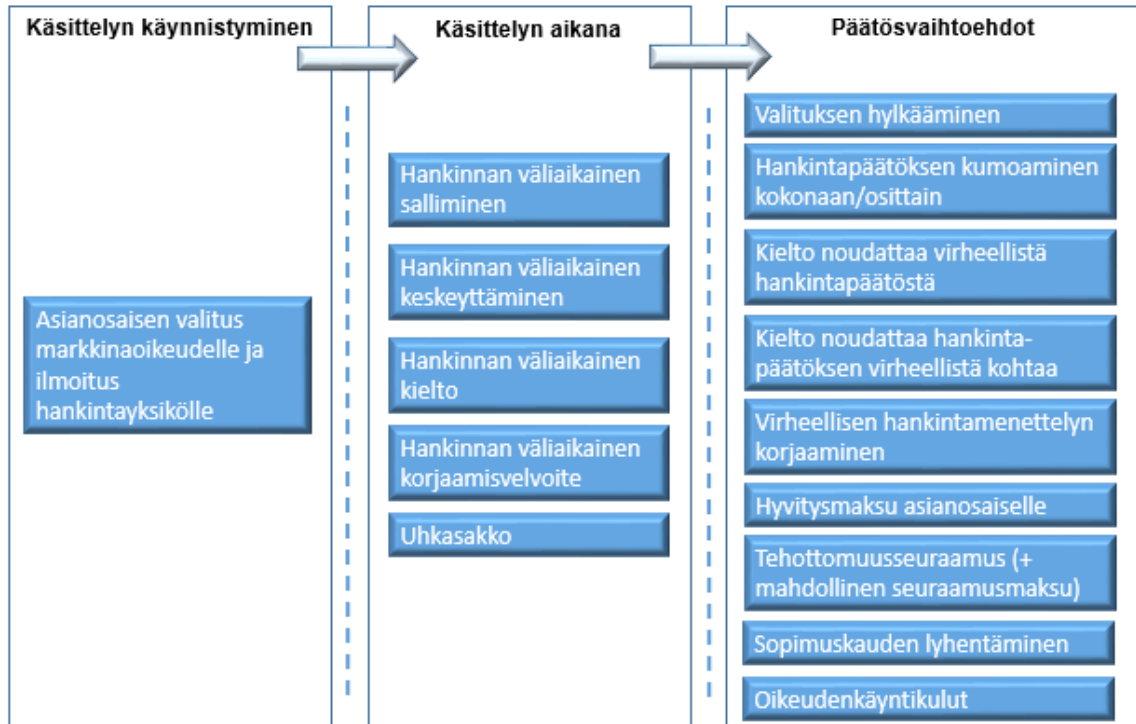
Mikäli markkinaoikeus käsittelyssään toteaa hankintayksikön menettelyn virheelliseksi, se voi kumota hankintayksikön päätöksen tai osan siitä tai kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintapäätöstä tai päätöksen kohtaa, joka on todettu virheelliseksi, tai kieltää muuten toimimasta virheellisesti. Mahdollista on myös, että markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelyn tai maksamaan hyvitysmaksun tarjoajalle, joka olisi voinut voittaa tarjouskilpailun, mikäli menettely olisi ollut virheetön.

¹¹² Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 139-140; Kuoppamäki 2018, s. 501-502; Kontio ja muut 2017, s. 278-279; Siikavirta 2015, s. 174.

¹¹³ Kuoppamäki 2018, s. 505-522; Kontio ja muut 2017, s. 283, 286-294; Hankintalaki 154-156 §, 169 §; Pekkala ja muut 2017, s. 587-588; Uhkasakkolaki 14.12.1990/1113, 1 §, 10 §.

Hyvitysmaksua käytetään lähinnä sellaisessa tilanteessa, jossa hankintapäätöksen kumoamisella ei enää voida korjata tapahtunutta virhettä. Toinen mahdollinen tilanne hyvitysmaksun määräämiselle on se, jos hankinnan keskeyttämisestä aiheutuisi merkittävää haittaa hankintayksikölle tai esimerkiksi yleiselle edulle. Jotta markkinaoikeus määräisi hankintayksikön maksettavaksi hyvitysmaksun, sen on todettava, että hankintamenettely on ollut virheellinen ja että hankinnasta valittaneella taholla olisi virheettömässä menettelyssä ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Markkinaoikeuden on mahdollista myös määrätä tehottomuusseuraamus pääasiassa EU-kynnysarvon ylittämissä hankinnoissa, jolloin hankintayksikön tekemä hankintapäätös muuttuu pätemättömäksi. Tehottomuusseuraamus kohdistuu pääasiassa laittomiin suorahankintoihin sekä ennen odotusajan päättymistä tai markkinaoikeuden käsittelyn aikana tehtyihin hankintapäätöksiin ja erityisesti hankinta-arvoltaan EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Samassa yhteydessä hankintayksikölle voidaan määrätä valtiolle maksettava seuraamusmaksu tai jo tehdyn hankintasopimuksen sopimuskautta voidaan lyhentää siten, että markkinaoikeus määrää sopimukselle uuden päättymispäivämäärän. Lisäksi on tavallista, että markkinaoikeus tuomitsee oikeuden käyntikulut hävinneen osapuolen maksettavaksi. Tosin, joissain tapauksissa voidaan myös päättää, että osapuolet vastaavat kukin omista oikeudenkäyntikuluistaan. Hankinnan kilpailutuksessa vääryyttä kokeneen tarjoajan on myös mahdollista hakea hankintayksiköltä vahingonkorvausta, jos tarjoaja olisi oikein järjestetyssä kilpailutuksessa voittanut kilpailutuksen.¹¹⁴ Vahingonkorvauksesta tarkemmin luvussa 6.5.

¹¹⁴ Kuoppamäki 2018, s. 505-522; Kontio ja muut 2017, s. 283, 286-294; Hankintalaki 154-156 §, 169 §; Pekkala ja muut 2017, s. 587-588.



Kuvio 3. Valituksen käsittely markkinaoikeudessa

Markkinaoikeuteen tehtävää valitusta kevyempi tapa vaikuttaa tehtyyn hankintapäätökseen tai jopa hankintamenettelyyn sen ollessa käynnissä, on tehdä hankintaoikaisuvaatimus. Hankintaoikaisua voi vaatia hankintamenettelyyn osallistunut yritys ja sen voi tehdä missä tahansa vaiheessa hankintamenettelyä aina siihen asti, kunnes hankintasopimus on tehty. Hankintaoikaisu voidaan tehdä myös hankintayksikön aloitteesta. Virheen huomattessaan hankintayksikön on mahdollista itse poistaa virheellinen päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu hankintaoikaisun avulla. Hankintaoikaisuun liittyy velvollisuus tiedottaa hankintaoikaisun käsittelyyn ottamisesta asianosaisille välittömästi. Hankintaoikaisussa hankintayksikkö tekee käytännössä hankintaan liittyen uuden päätöksen, jolla oikaistaan aikaisempaa päätöstä tai menettelytapaa. Hankintayksikkö voi tehdä hankintaoikaisun myös päätöksestä, josta hankintakilpailun osapuoli on valittanut markkinaoikeuteen. Tällöin on mahdollista, että markkinaoikeus toteaa, että tarvetta käsitellä valitusta ei enää ole, mikäli tilanne on saatu korjattua hankintaoikaisun

kautta.¹¹⁵ Toisaalta hankintaoikaisun tekeminen saattaa myös johtaa siihen, että oikaisu päätöksestä tehdään valitus. Hankintaoikaisulla ei yleisesti pystytä korjaamaan mitä tahansa hankintamenettelyssä tapahtunutta virhettä. Mahdollista on korjata esimerkiksi tarjousten vertailussa väärin tehty pisteytys tai puutteelliset hankintapäätöksen perustelut, mutta ei esimerkiksi sitä, että tarjouspyynnössä esitetyt hankinnan kohteen ehdot tai tarjoajille asetettavat soveltuvuuskaavat ovat epäselvät.¹¹⁶

Erityisesti laittomien suora hankintojen osalta julkisia hankintoja valvoo Suomessa Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Toimenpidepyynnön suora hankintojen osalta voi Kilpailu- ja kuluttajavirastolle tehdä kuka tahansa, mikä onkin tärkeää, koska suora hankintojen osalta varsinaisia asianosaisia hankinta-asiassa on vain yritys, jolta suora hankinta tehdään, joten asian vieminen esimerkiksi markkinaoikeuteen ei välttämättä ole mahdollista. Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi myös ottaa asian käsiteltäväkseen omasta aloitteestaan. Väärinkäytöksen havaitessaan Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi antaa hankintayksikölle hallinnollisen ohjauksen eli huomautuksen tai kieltää laittoman suora hankinnan joko kokonaan tai osittain sekä lisäksi tehdä markkinaoikeudelle esityksen seuraamusten määräämisestä. Mikäli hankintayksikkö on tehnyt suora hankinnasta julkisen suora hankintailmoituksen Kilpailu- ja kuluttajavirasto ei voi tehdä esitystä markkinaoikeuteen paitsi, jos suora hankintailmoitus on ollut ilmeisen puutteellinen tai virheellinen eli esimerkiksi sisällöltään olennaisesti erilainen kuin sen perusteella toteutunut suora hankinta. Jos hankintayksikkö on jo tehnyt suora hankinnassa hankintasopimuksen, Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi esittää markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen ja sen yhteydessä mahdollisen seuraamusmaksun määräämistä. Tehottomuusseuraamuksella jo tehty hankintasopimus voidaan määrätä tehottomaksi niiden suoritteiden osalta, joita sopimusosapuolet eivät vielä ole ehtineet täyttämään. Kilpailu- ja kuluttajaviraston on myös mahdollista esittää hankintaan liittyvän sopimuskauden lyhentämistä tai hankintapäätöksen kumoamista.¹¹⁷

¹¹⁵ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 140-143; Kuoppamäki 2018, s. 523.

¹¹⁶ Kuusikko 2017, s.26-27.

¹¹⁷ HE 108/2016 vp, s. 41, 46; Karinkanta ja Lahtinen 2017, s. 151; Kuoppamäki 2018, s. 503-505; Määttä ja Voutilainen 2017, s. 463; Pekkala ja muut 2017, s. 37-38.

6.4 Oikeuskäsittelyn seurauksia

Hankintamenettelyn riitautumisesta seuraava selkein taloudellinen riski, joka liittyy kuttakuinkin jokaiseen luvussa 6.3 mainittuun oikeusturvakeinoon, on se, että hankintaprosessi viivästyy aiotusta aikataulusta, mikä luonnollisestikin saattaa aiheuttaa hankintayksikölle kustannuksia esimerkiksi kyseisen toiminnon tilapäisen toteuttamisen vuoksi tai siksi, että hankintamenettelyn viivästyminen häiritsee hankintayksikön toimintaa ja estää hankintayksikköä toteuttamasta hankintaan liittyviä palveluita tai toimintoja osin tai kokona. Hankintalaki mahdollistaa hankintayksikölle hankinnan väliaikaisen järjestämisen markkinaoikeuden käsittelyn ajaksi¹¹⁸, joten jos kyseessä on hankintayksikön kannalta kriittinen hankinta, sen toteuttaminen on mahdollista myös sillä aikaa, kun markkinaoikeus käsittelee saapunutta valitusta. Toisaalta hankinnan väliaikainen järjestäminen toteutetaan yleensä ilman erillistä kilpailutusta esimerkiksi aikaisemman sopimus-toimittajan kanssa, jolloin hankintayksiköltä jää saamatta tarjouskilpailun kautta saatu- jen mahdollisesti edullisempien hintojen tuoma kustannushyöty.

Mikäli markkinaoikeus määrää tehottomuusseuraamuksen tai lyhentää sovittua hankintasopimuskautta, hankinnan mahdollinen uudelleen kilpailuttaminen on edessä joko heti tai ainakin nopeammin kuin hankintayksikkö oli alun perin suunnitellut. Uusi kilpailutusprosessi puolestaan sitoo resursseja ja aiheuttaa hankintayksikölle lisäkustannuksia. Kuten kuviosta 3 nähdään, suoraan oikeuden hankintayksikölle määräämiä taloudellisia kuluja virheellisestä hankintamenettelystä ovat mahdollinen hyvitys- tai seuraamusmaksu sekä mahdollinen uhkasakko. Lisäksi on tavallista, että jos markkinaoikeus hyväksyy valituksen, hankintayksikkö joutuu maksamaan sekä omat että vastapuolen oikeudenkäyntikulut sekä joissain tapauksissa myös mahdollisen oikeuskäsittelyssä tarvittun lausunnon antajan oikeudenkäyntikulut. Jos hankintamenettely keskeytetään valituksen

¹¹⁸ Hankintalaki 152 §.

johdosta, hankintayksikkö voi joutua korvaamaan valittajan kuluja.¹¹⁹ Lisäksi markkinaoikeuden hankintayksikön kannalta negatiivinen päätös saattaa merkitä sitä, että valituksen tehnyt tarjoaja haastaa hankintayksikön uudelleen oikeuteen, tällä kertaa vahingonkorvauskanteeseen liittyen. Tästä enemmän luvussa 6.5.

Aikaisemmin tässä tutkimuksessa esitellyssä markkinaoikeudessa käsitellyssä tapauksessa Kuusamon kaupunki oli järjestänyt avoimella menettelyllä toteutetun tarjouskilpailun kaupungin skeittiparkin rakennusurakasta. Asiasta tehtiin valitus sillä perusteella, että hankintamenettelyn valmisteluun oli osallistunut merkittävästi tarjouskilpailun voittaja, joka oli osallistumisestaan saanut etulyöntiaseman muihin tarjoajiin verrattuna. Markkinaoikeus totesi hankintayksikön menettelyn virheelliseksi, koska se oli voinut vääristää kilpailua tai johtaa eturistiriitoihin. Hankintasopimusta ei tässä tapauksessa oltu vielä tehty, joten markkinaoikeus kielsi hankintasopimuksen tekemisen ja asetti kiellolle 15 000 euron uhkasakon. Hankintayksikkö joutui myös korvaamaan valittajan oikeudenkäyntikulut 3 570 eurolla.¹²⁰

Toisessa edellä käsitellyssä tapauksessa Seinäjoen kaupunki oli hankintayksikkönä kilpailuttanut ohjelmatuotteiden ja tietojärjestelmien palveluhankinnan liittyen suun terveydenhuollon käyttöön tulevaan palvelukokonaisuuteen, ja TripleBit Studios Oy oli valittanut tehdystä hankintapäätöksestä markkinaoikeuteen, koska se piti tarjouspyyntöä syrjivänä. Tapauksen suhteen markkinaoikeus totesi hankinnan ehtojen asettamisen kohtuuttoman korkealle rajoittaneen kilpailua ja johtaneen syrjivään ja suhteellisuusperiaatteen vastaiseen lopputulokseen hankintamenettelyssä. Hankintasopimusta ei oltu kuitenkaan allekirjoitettu eikä hankintapäätöstä pantu täytäntöön, joten markkinaoikeus kumosi Seinäjoen kaupungin tekemän hankintapäätöksen ja määräsi hankintayksikön toteuttamaan tarjouskil-

¹¹⁹ Kontio ja muut 2017, s. 294.

¹²⁰ MAO:91/19.

pailun markkinaoikeuden päätöksessä esitetyt asiat huomioiden, mikäli hankinnan toteuttaminen on edelleen ajankohtaista. Oikeudenkäyntikulut jäivät molempien osapuolien itse maksettavaksi.¹²¹

Edellä olevissa tapauksissa hankintayksikölle koitui siis kuluja muun muassa omasta ja vastapuolen oikeudenkäyntikuluista, mahdollisesta uudesta hankintamenettelystä sekä hankinnan viivästymisestä. Toisessa tapauksista asetettiin myös uhkasakko. Mahdollista on myös se, että markkinaoikeus velvoittaa maksamaan oikeudenkäyntikuluja esimerkiksi oikeudenkäynnissä kuultavana olleen tahon osalta.

Edellä aikaisemmin esitellyssä tapauksessa, jossa markkinaoikeus käsitteli Mustankorkea Oy:n rajoitetulla menettelyllä kilpailuttamaa biokaasulaitoksen kokonaisvastuurakentamisen urakkaa, Envor Protech Oy valitti hankintamenettelystä perusteenaan valittajan mielestä kohtuuttomat referenssivaatimukset, valittajan syrjintä sekä kilpailun estäminen. Markkinaoikeus kumosi valituksen ja totesi, että hankintayksikkö ei ollut menetellyt hankintalain vastaisesti. Kyseisessä tapauksessa markkinaoikeus velvoitti valituksen tehneen Envor Protech Oy:n korvaamaan hankintayksikkönä toimineen Mustankorkea Oy:n oikeudenkäyntikulut 12 615 eurolla sekä asiassa kuultavan lausunnon antaneen ja tarjouskilpailun voittaneen BioGTS Oy:n oikeudenkäyntikulut 5 000 eurolla. Molemmat korvaukset huomioitiin viivästyskorkoineen.¹²²

Lainvastaisten suorahankintojen osalta oikeuskäytäntö maksettavien korvausten suhteen vaikuttaa olevan tiukempi, kuten seuraavista esimerkeistä käy ilmi.

Aikaisemmin esitellyssä markkinaoikeuden käsittelemässä tapauksessa Puolustusvoimien logistiikkalaitoksen tekemään suorahankintapäätökseen liittyen markkinaoikeus totesi, että suorahankintapäätös on tehty virheellisin perustein, koska

¹²¹ MAO:357/18.

¹²² MAO:657/16.

hankintayksikkö ei esittänyt mitään selvitystä siitä, miksi toimittajaksi valittu Oy Matkahuolto Ab olisi ainoa mahdollinen palveluntarjoaja. Tässä tapauksessa hankintasopimusta ei oltu allekirjoitettu eikä hankintapäätöstä pantu täytäntöön, joten markkinaoikeus kumosi hankintapäätöksen ja määräsi hankintayksikön toteuttamaan tarjouskilpailun, jos se edelleen aikoo toteuttaa kyseisen hankinnan. Lisäksi markkinaoikeus asetti 300 000 euron uhkasakon hankintayksikölle ja velvoitti sen maksamaan valittajan oikeudenkäyntikulut 11 362 euroa.¹²³

Toisessa tapauksessa Kilpailu- ja kuluttajavirasto on vaatinut, että markkinaoikeus määrää Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän maksamaan seuraamusmaksua liittyen neljään eri hankintaan, joita Kilpailu- ja kuluttajavirasto pitää laittomina suora-hankintoina. Kyseessä olevat hankinnat koskivat DNA-analyyysien, haavan alipainehoidon laitteiden ja tarvikkeiden, jätesäkkituotteiden sekä pehmopaperituotteiden hankintoja, joissa hankintojen tekemistä on jatkettu samoilta toimittajilta kilpailutukseen perustuvien sopimuskausien päätyttyä ilman uutta kilpailutusta. Markkinaoikeus katsoi, että hankinnat ovat laittomia suora-hankintoja ja määräsi Helsingin ja Uudenmaan Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän maksamaan seuraamusmaksua yhteensä 160 000 euroa.¹²⁴

Kuitenkaan kaikissa tapauksissa laittomasta suora-hankinnasta seuranneet taloudelliset vaikutukset eivät ole yhtä suuria.

Aikaisemmin tässä tutkimuksessa esitellyssä markkinaoikeuden käsittelemässä tapauksessa, jossa Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä hankki sydänkeuhkokoneen lainvastaisesti suora-hankintana, markkinaoikeus määräsi Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymän korvaamaan valituksen tehneen LivaNova Finland Oy:n oikeuden käyntikulut 6 500 eurolla. Tässä tapauksessa hankintapäätös oli jo pantu täytäntöön eli sopimus oli tehty ja sydänkeuhkokone oli käytössä, joten

¹²³ MAO:247/20.

¹²⁴ MAO:375/20; MAO:378/20; MAO:449/20; MAO:450/20.

markkinaoikeuden olisi ollut valittajan esittämien vaatimusten perustella mahdollista määrätä tehottomuusseuraamus tai lyhentää sopimuskautta. Koska tehottomuusvaatimus voi koskea vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita, markkinaoikeus totesi, että se olisi kohdistunut ainoastaan hankitun sydänkeuhkokoneen huoltosopimukseen, koska itse kone oli jo toimitettu. Huoltosopimusta ei ollut markkinaoikeuden näkökulmasta järkevä lyhentää, jolloin markkinaoikeuden tulkinnan mukaan tehottomuusseuraamuksen edellytykset eivät täytyneet ja tehottomuusseuraamusta ei määrätty.¹²⁵

6.5 Vahingonkorvausvelvollisuus hankintalaissa

Hankintalaissa säädetään vahingonkorvauksesta, jonka hankintayksikkö on velvollinen suorittamaan ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle, jolle se on hankintaprosessissa säädösten vastaisella menettelyllä aiheuttanut vahinkoa¹²⁶. Vahingonkorvausvastuu koskee sekä hankintamenettelyn aikaa että sitä seuraavaa hankintakautta ja syntynyt vahinko voi olla esimerkiksi hankintamenettelyyn osallistumisesta tarjoajalle aiheutuneita kustannuksia tai laajemmin esimerkiksi tarjoajayritykseltä hankintayksikön virheellisen menettelyn vuoksi saamatta jääneitä tuloja. Vahingon laatua ei ole hankintalaissa erityisesti määritelty, jolloin hankintayksikkö on lähtökohtaisesti velvollinen korvaamaan kaiken syntyneen vahingon. Tilanne voi olla esimerkiksi se, että markkinaoikeus on määrännyt tehottomuusseuraamuksen, joka lopettaa hankintasopimuksen ennen aikojaan ja tästä voi syntyä toimittajayritykselle kuluja, mikäli hankintasopimuksen vuoksi on jo tehty investointeja, jotka sitten sopimuksen päättymisen vuoksi jäävätkin hyödyttömiksi. Korvattavan vahingon määrää ei myöskään ole hankintalaissa rajoitettu, joten hankinnan arvosta riippuen korvaussumma voi olla korkeakin. Tosin niin sanotun positiivisen sopimusedun eli lähinnä menetettyjen tulojen korvaamisen osalta kanteen nostaneen tarjoajan todistustaakka on suurempi kuin tapauksissa, joissa tarjoaja hakee vahingonkorvausta vain hankintamenettelyyn osallistumisesta aiheutuneista kustannuksista eli niin

¹²⁵ MAO:322/20.

¹²⁶ Hankintalaki 169 §.

sanotun negatiivisen sopimusedun perusteella. Korvausvastuu voi myös kohdistua myös aikaan, jolloin hankintayksikkö on toteuttanut hankintoja väliaikaisesti jonkin muun toimijan kanssa, sillä aikaa, kun varsinainen hankintapäätös on ollut markkinaoikeudessa käsiteltävänä. Hankintalaissa säädetty vahingonkorvausvastuu koskee kuitenkin vain menettelyä, joka johtaa julkiseen hankintasopimukseen. Edellä mainittiin, että syntynyt vahinko voi kohdistua myös hankintasopimusta seuraavaan hankintakauteen, mutta silloinkin sen tulee olla seurausta virheellisestä hankintamenettelystä eikä esimerkiksi hankintasopimuksen osapuolten toimista hankintasopimuksen solmimisen jälkeiseltä ajalta. Hankintasopimuksen solmimisen jälkeisiin sopimussuhteisiin hankintayksikön ja valitun toimittajan välillä hankintalaki ei puutu vaan siihen pätevät tavanomaiset sopimusoikeudelliset säännökset. Aikaisemmin todettiin, että hankintamenettelyn lainvastaisuuteen liittyvät valitukset käsittelee markkinaoikeus, mutta vahingonkorvausten osalta toimivaltainen tuomioistuin on käräjäoikeus.¹²⁷

Jotta vahingonkorvausta olisi mahdollista saada, tarjoajan täytyy pystyä ensinnäkin osoittamaan, että hankintayksikkö on menetellyt lainvastaisesti ja toiseksi, että virheetömässä menettelyssä tarjoajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Usein vahingonkorvausprosessi on seurausta tuomiosta markkinaoikeudessa, jossa hankintayksikön lainvastainen toiminta tulee osoitetuksi markkinaoikeuden päätöksellä ja sen jälkeen tarjoaja voi nostaa vahingonkorvauskanteen hankintayksikköä kohtaan. Tällä tavalla etenevässä prosessissa lainvastaisuuden osoittaminen ei siis jää tarjoajan vastuulle vaan se on markkinaoikeuden käsittelyn kautta lähtökohtana vahingonkorvauskanteen nostamiselle. Tilanteesta riippuen voi olla myös niin, että markkinaoikeuden päätöksessä tulee samalla toteen näytetyksi, että ilman hankintayksikön lainvastaista menettelyä vahingonkorvausta hakevalla tarjoajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Välttämättä markkinaoikeuden päätös ei kuitenkaan sisällä tätä näkökulmaa, jolloin tarjoajan itsensä vastuulle jää näyttää toteen, että mikäli

¹²⁷ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s.151-153; Kuoppamäki 2018, s. 514-515; Pekkala ja muut 2017, s. 614-615.

hankintayksikkö olisi toiminut säädösten mukaisesti, juuri kyseinen tarjoaja olisi ollut tarjouskilpailun mahdollinen voittaja. Tämän toteen näyttäminen ei kaikissa tilanteissa ole välttämättä yksinkertaista, vaikka laki ei vaadikaan, että vahingonkorvausta hakevan tarjoajan olisi tarvinnut olla varma voittaja ilman virheellistä menettelyä. Riittävää on se, että voittoon olisi ollut todellinen mahdollisuus.¹²⁸

Korkein oikeus on käsitellyt tapausta, jossa Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoiton kuntayhtymä (HUS) oli hankkinut proteeseja tarjouskilpailun perusteella kahdelta yritykseltä, joista toinen, korkeimman oikeuden päätöksessä B Oy, oli valittanut markkinaoikeuteen hankintapäätöksen lainvastaisuudesta. HUS ei ollut pannut alkuperäistä hankintapäätöstä täytäntöön vaan jäänyt siltä osin odottamaan markkinaoikeuden päätöstä. Päätöstä odottaessaan HUS oli lain mukaisesti järjestänyt hankinnan tilapäisesti proteesien aikaisemman toimittajan ja toisen yrityksen kanssa. Asia oli edennyt korkeimpaan hallinto-oikeuteen saakka, jossa hankintayksikön alkuperäinen hankintamenettely oli todettu virheelliseksi. Oikeuskäsittelyjen aikana hankintakausi oli kuitenkin ehtinyt jo kulua umpeen, joten B Oy ei ollut voinut päästä hankinnan toimittajaksi vaan korkein hallinto-oikeus tarkasteli mahdollisen hyvitysmaksun määräämistä hankintayksikölle. Päätöksessään korkein hallinto-oikeus kuitenkin totesi, että asiassa ei ollut mahdollista todeta, että B Oy:llä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, mikäli alkuperäinen hankintamenettely olisi ollut virheetön, joten hyvitysmaksua ei määrätty. Tämän jälkeen B Oy nosti asiasta vahingonkorvauskanteen Helsingin kärjäoikeudessa, jossa se haki vahingonkorvausta menettämistään liikevoitoista siltä ajalta, jolla alkuperäisen hankintasopimuksen olisi tullut olla voimassa ja jolla HUS oli hankintayksikkönä järjestänyt hankinnan tilapäisesti kahden muun toimittajan kanssa, sekä tarjouskilpailuun osallistumisen kustannuksista. Samoin kuin korkein hallinto-oikeus kärjäoikeus katsoi, että vaikka alkuperäinen hankintamenettely oli todettu virheelliseksi, B Oy ei ollut osoittanut, että virheettömässä menettelyssä sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Tästä syystä

¹²⁸ Huhtala 2016, s. 155; Kontio ja muut 2017, s. 296-298; Pekkala ja muut 2017, s. 614-615.

käräjäoikeus hylkäsi vahingonkorvauskanteen. Samaan tuomioon päätyivät myös Helsingin hovioikeus sekä korkein oikeus, joka ei myöskään muuttanut käräjäoikeuden päätöstä. Korkeimman oikeuden päätös ei ollut yksimielinen. Yksi asian ratkaisijoista oli eri mieltä esitetyistä perusteista, mutta päätyi silti samaan tuomioon ja toinen asian ratkaisija oli sitä mieltä, että B Oy on näyttänyt toteen, että sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä, jolloin B Oy:lle olisi tullut korvata tarjousmenettelystä aiheutuneet kustannukset eli 3000 euroa korkoineen.¹²⁹

Vaikka siis ylläolevassa oikeustapauksessa useampi tuomioistuin totesi, että Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoidon kuntayhtymän toteuttama hankintamenettely oli virheellinen, saadakseen vahingonkorvausta B Oy:n tehtäväksi jäi todistaa, että sillä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, mikäli se olisi toteutettu lainmukaisella hankintamenettelyllä. Koska B Oy ei pystynyt tätä todistamaan, lopputulos oli se, että se ei saanut hyvitysmaksua eikä vahingonkorvausta tähän tapaukseen liittyen. Hankintalain esitöissäkkin todetaan, että vahingonkorvaukseen oikeuttavan syy-yhteyden osoittaminen voi olla käytännössä vaikeaa. Vaikka yllä esitellyssä tapauksessakin korkein oikeus totesi, että kanteen nostaneen tarjoajan B Oy:n mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu ei ole tarvinnut olla varma eikä tarjoajan ole tarvinnut olla ilmeinen voittaja, myöskään se, että voitto olisi ollut vain mahdollinen tai todennäköinen ei riitä. Tarvitaan siis varteenotettava todennäköisyys eli todellinen mahdollisuus.¹³⁰ Mikäli esimerkiksi tarjouspyynnön vertailuperusteet ovat olleet epäselviä tai syrjiviä, on vahingonkorvausvaatimuksen yhteydessä hankala saada todenmukaista näkemystä siitä, millainen tarjouspyyntö olisi ollut, mikäli se olisi tehty lain mukaisesti ja kuka siinä tapauksessa olisi tarjouskilpailun voittanut. Vahingonkorvauskanteiden nostaminen hankinta-asioissa ei olekaan kovin tavallista.¹³¹ Kyse vahingonkorvauksen saamisen ja sen saamatta jäämisen välillä on siis pitkälti kiinni siitä, miten vahvoiksi kanteen nostaneen yrityksen voittomahdollisuudet

¹²⁹ KKO:2015:11.

¹³⁰ HE 108/2016 vp, s. 47, s. 244-245.

¹³¹ Karinkanta ja Lahtinen 2017, s.153.

tulkitaan oikeusistuimessa. Mitään selkeää ohjenuoraa tähän on tuskin antaa ja jokainen tapaus punnittaneen erikseen.

6.6 Muut riskit

Oikeudellisten riskien ohella hankintamenettelyyn sisältyy taloudellisia riskejä riippumatta siitä, että hankintamenettely on toteutettu hankintalaissa vaaditulla tavalla. Eriyisesti markkinakartoitukseen osana hankinnan valmistelua liittyvä toiminnallinen ja osin taloudellinen riski on se, että markkinakartoituksen huonolla läpi viemisellä tai tekemättä jättämisellä, hankintayksikkö voi päätyä tilanteeseen, jossa hankittava tuote tai palvelu ei ole tarpeeseen nähden paras mahdollinen esimerkiksi hankinnan kohteen ehtojen vajavaisen määrittelyn vuoksi. Hankintamenettely voi siis sinällään olla lainmukainen, mutta markkinakartoitus tai muu valmisteluvaihe ei ole saavuttanut sille asetettuja tavoitteita, jolloin hankintayksikkö olisi voinut saada samoilla resursseilla, raha- ja työ määrällä, hankittua itselleen sopivamman tuotteen, mikäli markkinakartoitus olisi tehty huolellisesti. Tästä voi seurata esimerkiksi se, että asetettuihin toiminnallisiin tavoitteisiin ei päästä joko ollenkaan tai ei päästä ilman lisähankintoja. Tällainen tilanne voi joutua esimerkiksi siitä, että hankintayksiköllä ei välttämättä ole syvällistä osaamista hankinnan sisällön suhteen samalla tavalla kuin alalla toimivilla yrityksillä, jolloin markkinakartoituksen aikana potentiaalisten toimittajien kanssa käytävän vuoropuhelun avulla olisi mahdollista muokata tulevaa hankintapyyntöä siten, että se vastaa paremmin hankintatarvetta ja on samalla sellainen, että siihen saadaan tarjouksia eri toimittajilta ¹³². Samalla myös julkisten varojen käyttö tehostuisi.

Hankinnan kohteen ehtojen määrittelemisen lisäksi huonon markkinatuntemuksen seurauksena hankintayksikkö saattaa tehdä toimittajien kanssa sopimuksia, jotka eivät pidemmällä aikavälillä ole hankintayksikön kannalta kannattavia. Tällaisia ovat esimerkiksi pitkäaikaiset, kiinteähintaiset sopimukset tuotteista tai palveluista, joiden markkinahinta todellisuudessa vaihtelee merkittävästi sopimuskauden aikana. Mikäli markkinahinta

¹³² Ks. Karinkanta ja Lahtinen 2017, s.37-39.

laskee sopimuskauden aikana paljon kilpailutushetkeen verrattuna, hankintayksikö saat-
taa joutua maksamaan tuotteesta tai palvelusta selkeää ylihintaa.¹³³ Tähänkin ongel-
maan hankintayksikön on mahdollista vastata ottamalla ennen hankintamenettelyn
käynnistämistä selvää yleisistä toimintatavoista kyseiseen tuotteeseen tai palveluun liit-
tyvillä markkinoilla sekä selvittämällä yleisesti markkinatilannetta.

On myös olennaista tunnistaa, millaisia soveltuvuusvaatimuksia toimittajille on hankin-
nan suhteen tarpeen asettaa. Liian huonoilla resursseilla toimiva toimittaja ei välttä-
mättä pysty toimittamaan sovittua tavaraa tai palvelua, mikä saattaa haitata hankintayk-
sikön toimintaa¹³⁴. Tällainen tilanne on luonnollisestikin usein tulkittavissa hankintasopi-
muksen rikkomukseksi, jolloin siitä voi olla myös mahdollista saada korvauksia toimitta-
jayritykseltä, mutta tilanteen kehittyminen tähän pisteeseen aiheuttaa joka tapauksessa
hankintayksikölle vähintäänkin lisätyötä ja sitä kautta kustannuksia. Hankintayksikön on
mahdollista pyrkiä estämään nämä ongelmat, mikäli hankinnan valmisteluvaiheessa
hankintayksikkö selvittää myös sen, millaiset resurssit tulevilla toimittajalla tulee olla,
jotta hankinta on mahdollista toteuttaa halutun mukaisena. Toimittajalle asetettujen
vaatimusten tulee kuitenkin olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia¹³⁵, joten niitä ei voi
myöskään asettaa kovin korkealle vain varmuuden vuoksi.

Pidemmällä aikavälillä katsottuna hankintayksikön voi olla tarpeen markkinakartoituk-
sen yhteydessä selvittää, millainen vaikutus sen tekemällä hankinnalla on kyseisen alan
markkinatilanteeseen yleisesti. Kuten luvussa 4.4 todettiin, tämä koskee lähinnä tilan-
teita, joissa hankintayksikkö on tekemässä pitkäaikaista ja alan markkinoihin nähden vo-
lyymiltaan suurta hankintaa, joka mahdollisesti tullaan vielä toistamaan jollakin aikavä-
lillä. Tällöin hankintayksikön intresseissä on saada myös tulevaisuudessa tehdä hankin-
tansa kilpailluilta markkinoilta, jolloin sen voi olla tarpeen pohtia, miten valmisteilla
oleva hankinta ja siinä asetetut ehdot vaikuttavat markkinoiden kokonaistilanteeseen.

¹³³ Ks. Ratsula 2016, s.174.

¹³⁴ Ks. Ratsula 2016, s.174.

¹³⁵ Ks. Hankintalaki 3 §.

Yhdellä kerralla edullisesti tehty hankinta saattaa olla karhunpalvelus sitä seuraavia myöhempiä hankintoja ajatellen, mikäli hankinnasta seuraa vaikkapa se, että valitun toimittajan kilpailijoiden ehtodot markkinoilla huononevat merkittävästi tarjouskilpailun häviämisen seurauksena.

7 Lopuksi

Kuten edellä on käynyt ilmi, julkisiin hankintoihin liittyvä markkinakartoitus on hankintamenettelyn valmisteluvaiheeseen liittyvä toimenpide, joka on hankintalaissa määritelty väljästi ja siksi mahdollista toteuttaa hankintayksikön tarpeen mukaisesti eri tavoilla. Markkinakartoituksen tekemistä ohjaavat voimakkaasti hankintalain oikeusperiaatteet, joista erityisesti syrjimättömyys ja avoimuus on mainittu markkinakartoituksen yhteydessä. Keskeistä on myös varmistaa, ettei markkinakartoituksen toteutustapa tai sillä kerättyjen tietojen hyödyntäminen hankintamenettelyssä johda kilpailun vääristymiseen. Markkinakartoituksen tekemisen tavoitteena voi olla lisätä hankintayksikön tietoa ja ymmärrystä muun muassa hankittavasta tuotteesta tai palvelusta, kyseisen alan toimintatavoista ja sopimusehdoista tai alalla toimivista yrityksistä. Toisaalta markkinakartoitus voi toimia myös keinona kertoa tulevasta hankinnasta alan yrityksille ja tapana kutsua niitä mukaan tarjouskilpailuun sekä antaa mahdollisuus esitellä omia tuotteitaan tai ratkaisujaan hankintayksikölle.

Markkinakartoitus on osa hankintayksikön huolellista valmistautumista hankintamenettelyyn ja sen avulla hankintayksikkö voi saada markkinoilta arvokasta tietoa, jota se voi käyttää hyödykseen tarjouspyyntöä laatiessaan hankintamenettelyn toteutusta suunnitellessaan ja siten edesauttaa hankinnan onnistumista. Markkinakartoituksen toteuttaminen hankinnan valmisteluvaiheessa onkin hyvä käytäntö erityisesti silloin, jos hankintayksiköllä ei ole kovin vahvaa omaa osaamista hankintaa koskevalta alalta tai kokemusta markkinoista. Markkinakartoituksella kerätyllä tiedolla hankintayksikkö voi varmistua käyttämiensä ehtojen olennaisuudesta sekä paremmin pohtia esimerkiksi sitä, millaisia soveltuvuusvaatimuksia tarjoajille on mahdollista tai tarpeellista asettaa suhteessa hankinnan laajuuteen. Täytyy kuitenkin muistaa, että huolimatta siitä, että hankintayksikkö kerää markkinoilta tietoa hankinnan toteuttamista varten, hankintayksiköllä on julkisena toimijana vapaus määritellä itselleen sekä tarpeidensa mukainen hankintastrategia että yksittäiseen hankintaan liittyen tarkemmat hankinnan yksityiskohdat riippumatta markkinakartoituksen tuloksista tai siitä, mitä tuotteita tai palveluita markkinoilla on tarjota. Hankintayksikön asema itsenäisenä toimijana mahdollistaa sen, että hankintojen kautta

hankintayksikkö voi markkinoista riippumatta toteuttaa julkisen toimijan rooliin kuuluvia ja yhteiskunnan kannalta hyödyllisiä tavoitteita, kuten vaikkapa edistää ympäristönäkökohtien huomioimista tai nuorten työllistymistä. Hankintayksiköiden valta määritellä itse hankinnan tarpeensa voidaan nähdä osana julkisen vallan koskemattomuutta, jonka keskeisenä elementtinä on julkisen toimijan eli tässä tapauksessa hankintayksikön itsenäinen päätöksenteko. Hankintayksikön itsenäisen päätöksenteon kannalta keskeistä on se, että tehtyjä päätöksiä ei ohjaile jokin muu taho, kuten esimerkiksi hankinnan valmisteluun osallistunut yritys.¹³⁶ Vaikka markkinakartoitusta tehtäisiin ja vaikka siinä olisi hankintayksikön apuna ulkopuolisia asiantuntijoita, vastuu hankintamenettelystä ja siinä käytettävien dokumenttien sisällöstä on aina hankintayksiköllä. Kuten edellä esitellyissä oikeustapauksissa kävi ilmi, vaativiakin kriteereitä voi hankinnan kohteelle tai tarjoajien soveltuvuudelle asettaa, mikäli ne ovat hankittavan tuotteen tai palvelun kannalta olennaisia. Pelkkä oma tuntuma ei kuitenkaan välttämättä riitä perustelevaan korkeiden vaatimusten olennaisuutta, mikäli sellaisia halutaan asettaa, vaan tueksi on hyvä hankkia tietoa esimerkiksi markkinakartoitusta käyttäen.

Tässä tutkimuksessa esiteltyjen oikeustapausten perusteella käytännön kannalta mielenkiintoinen kysymys on se, missä mittakaavassa markkinakartoitusta tulisi tehdä etenkin siinä tapauksessa, mikäli markkinakartoituksen perusteella päädytään toteuttamaan hankinta suoramarkintana. Hankintalain mukaan suoramarkinnan voi tehdä muun muassa silloin, jos *”teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan”*¹³⁷, mutta oikeuskäytännön perusteella hankintayksiköllä on melkoinen todistustaakka, mikäli se haluaa osoittaa, että tuotetta tai palvelua ei ole muilta toimittajilta saatavissa. Luvussa 4.6 esillä oli kaksi oikeustapausta, joista toisessa Puolustusvoimien logistiikkalaitos oli hankkimassa suoramarkintana matkakorttijärjestelmäpalveluita ja toisessa Pohjois-Savon Sairaanhoidopiirin kuntayhtymä sydänkeuhkokoneita. Ensimmäiseen tapaukseen liittyen oikeus totesi, että vaikka hankittu pal-

¹³⁶ Ks. Siikavirta 2015, s. 98-99.

¹³⁷ Hankintalaki 40.1 § 2 kohta.

velu on suorahankinnan tekemisen hetkellä ollut sellaisenaan olemassa vain Oy Matka-huolto Ab:llä, hankintayksikön olisi tullut huomioida myös muut mahdolliset toimijat, joilla on mahdollisuus järjestää haluttu palvelu, vaikka heillä ei kyseisellä hetkellä ollutkaan tarvittavaa palvelua tarjolla. Jälkimmäisessä tapauksessa puolestaan sydänkeuhkokoneiden mahdollisia toimittajia olisi tullut kartoittaa koko Euroopan alueelta sen sijaan, että oli kartoitettu vain Suomen markkinat. Molemmat tapaukset liittyvät osaltaan kilpailuoikeudellisiin näkökulmiin. Ensimmäisessä esitellyistä tapauksista vain markkinoilla olevan ja kyseisen palvelun osalta ilmeisestikin määräävään markkina-aseman omaavan tarjoajan ohella hankintayksikön olisi oikeuden päätöksen perusteella tullut huomioida myös se, että julkisella kilpailuttamisella oltaisiin voitu tukea yritysten alalle tuloa, kun taas suorahankintamenettely muodosti alalle tulolle esteen muille yrityksille. Jälkimmäisessä Pohjois-Savon Sairaanhoitopiirin kuntayhtymään liittyvän oikeuden päätöksen osalta keskeistä on näkemys siitä, mitkä ovat hankinnan suhteen relevantit maantieteelliset markkinat. Oikeuden päätöksen taustalla voidaan nähdä hankintojen kansainvälisen sääntelyn pohjana oleva ajatus markkinoiden avaamisesta ja halusta torjua protektionismia, jotta hankintayksiköt eivät suosisi vain oman maansa yrityksiä muiden EU-maiden yritysten kustannuksella¹³⁸. Kun hankintayksikkö lähtee tekemään markkinakartoitusta, voikin olla hankalaa määritellä, saatikka sitten hahmottaa käytännössä, käsite ”markkinat” kyseisen tuotteen tai palvelun osalta. Hankinnan laajuuden huomioiden on hyvä miettiä, miten laajasti markkinakartoitusta on tarpeen tehdä ja huomioida myös ne toimittajat, jotka tarjousmenettelyssä määriteltyjen ehtojen puitteissa mahdollisesti pystyvät toteuttamaan hankinnan. Ilman vahvoja perusteita sekä hyvin dokumentoitua laajaa markkinakartoitusta voi olla hankala osoittaa, että vain tietty toimittaja pystyy toteuttamaan hankinnan ja siitä syystä kyseisen suorahankintaperusteen käyttäminen vaikuttaisi olevan riskialtista hankintayksikölle, mikäli valmistelutyötä ei ole tehty huolellisesti.

Hankintamenettelyyn liittyvien oikeudellisten ja taloudellisten riskien kannalta on todettavissa, että markkinakartoitus on hankintamenettelyn kokonaisuutta ja mahdolliset ris-

¹³⁸ Ks. Kuoppamäki 2018, s.273-275, 422.

kit kohdistuvat yleensä varsinaiseen hankintamenettelyyn, joka alkaa hankintailmoituksen julkaisemisesta, eivätkä erityisesti pelkästään markkinakartoitukseen, joka on osa hankinnan valmisteluvaihetta. Oikeusperiaatteiden, avoimuuden, tasapuolisuuden, syrjimättömyyden ja suhteellisuuden, huomiotta jättäminen muodostanee markkinakartoituksen, kuten myös hankintamenettelyn kannalta, selkeimmän riskin sille, että hankintamenettelystä muodostuu virheellinen. Osana hankinnan valmisteluvaihetta markkinakartoituksella on kuitenkin oikeuskäytännön perusteella merkityksensä erityisesti siinä, että markkinakartoituksen tekemisen avulla hankintayksikkö voi osoittaa valmistautuneensa hankintamenettelyyn huolellisesti. Samoin markkinakartoituksella hankitulla tiedolla hankintayksikön on mahdollista välttää sellaisia virheitä hankintamenettelyn toteuttamisessa, jotka johtaisivat oikeudellisen ja taloudellisen riskin toteutumiseen.

Kaiken kaikkiaan voidaan todeta, että hankinnat tulisi jo valmisteluvaiheessa nähdä suurempana kokonaisuutena kuin pelkkänä hankintamenettelyn läpiviemisenä. Hankintamenettelyä ja sitä seuraavaa hankintasopimusta seuraa varsinainen sopimuskausi, jolloin hankinnan valmistelussa tehtyjen ratkaisujen kanssa saatetaan joutua elämään hankintayksikössä pidemmän aikaa. Hankintayksiköillä on tavallisesti oma intressi toteuttaa hankintalain tavoitetta siinä mielessä, että se pyrkii hankkimaan mahdollisimman laadukkaita tuotteita ja palveluita mahdollisimman edullisesti, mutta sen lisäksi usein hankintaprosessin toivotaan myös aiheuttavan hankintayksikössä mahdollisimman vähän vaivaa ja olevan mahdollisimman nopea. Tämä ajattelutapa ei ehkä ole omiaan kannustamaan huolelliseen valmistelutyöhön eikä oman aikansa vievään markkinakartoituksen toteutukseen. Toisaalta panostamalla valmisteluun saatetaan säästyä lisätyöltä myöhemmässä vaiheessa, jos hankintamenettely saadaan vietyä sujuvasti läpi, toteutettu hankinta on halutun mukainen ja hankintamenettelyä ei tarvitse puolustaa oikeudessa tai vaikkapa toteuttaa sitä uudelleen oikeudessa todettujen virheiden vuoksi.

Lähteet

- Eskola S., Kiviniemi E., Krakau T. ja Ruohoniemi E. (2017). *Julkiset hankinnat*. Alma Talent.
[[https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.proxy.uwasa.fi/teos/JADBGXGUG#/kohta:JULKISET\(\(20\)HANKINNAT\(\(20\)/piste:b0\]](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.proxy.uwasa.fi/teos/JADBGXGUG#/kohta:JULKISET((20)HANKINNAT((20)/piste:b0)
- Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi*, HE 108/2016 vp. Haettu 30. syyskuuta 2020 osoitteesta https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsitys/Documents/HE_108+2016.pdf
- Halonen K. ja Sammalmaa J. (2017). *Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa*. Defensor Legis N:o 1/2017, s. 34-51. [https://www.edilex.fi/defensor_legis/17545.pdf]
- Huhtala P. (2016). *Hankintayksikön laatima epäselvä tarjouspyyntö vahingonkorvauksen perusteena julkisissa hankinnoissa*. Edilex 13.5.2016, s. 145-177. [https://www.edilex.fi/acta_legis_turkuensia/16280.pdf]
- Hemmo M. (2005). *Oikeudellisen riskienhallinnan perusteita*. Oikeustieteellinen tiedekunta, Helsingin yliopisto.
- Hirvonen A. (2011). *Mitkä menet? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Haettu 2. tammikuuta 2021 osoitteesta https://issuu.com/arihirvonen/docs/mitk___metodit_paino
- Holma A. ja Sammalmaa J. (2018). *Julkisen hankintaprosessin alkuvaiheet: hankintatoimen ja toimittajien välinen vuorovaikutus*. Vaasan yliopisto. [<http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-476-843-6>]

- Karinkanta P. ja Lahtinen T. (2017) *Julkiset hankinnat yrityksille käytännönläheisesti*. Kauppakamari. [[https://kauppakamaritieto-fi.proxy.uwasa.fi/ammattikirjasto/teos/julkiset-hankinnat-yrityksille-kaytannonlaheisesti#kohta:Julkiset\(\(20\)hankinnat\(\(20\)yrityksille\(\(20\)k\(\(e4\)yt\(\(e4\)nn\(\(f6\)nl\(\(e4\)heisesti\]](https://kauppakamaritieto-fi.proxy.uwasa.fi/ammattikirjasto/teos/julkiset-hankinnat-yrityksille-kaytannonlaheisesti#kohta:Julkiset((20)hankinnat((20)yrityksille((20)k((e4)yt((e4)nn((f6)nl((e4)heisesti])]
- Kontio A., Kronström S., Kumlin A. ja Mäki L. (2017). *Julkiset hankinnat: Käsikirja*. Edita.
- Korruptiontorjunta.fi (2021). *Julkiset hankinnat ja reilut kilpailutukset*. Oikeusministeriö. Haettu 3. tammikuuta 2021 osoitteesta <https://korruptiontorjunta.fi/julkiset-hankinnat>
- Kuoppamäki P. (2018). *Uusi kilpailuoikeus*. Alma Talent. [<https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.proxy.uwasa.fi/teos/HABBBXDTEB#avaa%20ja%20n%C3%A4yt%C3%A4>]
- Kuusikko k. (2017). Hallintolaki markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä. Edilex 2017/45. [<https://www.edilex.fi/artikkelit/18208.pdf>]
- Mäkelä E. (2011) *Tekninen dialogi – Ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa?* Edilex 2011/25. [<https://www.edilex.fi/artikkelit/8271.pdf>]
- Mäkelä E. ja Pöykkylä P. (2013) *Konsultin kaksoisrooli – Voiko konsultti toimita hankinnassa kahdessa roolissa?* Edilex 2013/32. [<https://www.edilex.fi/artikkelit/11055.pdf>]
- Määttä K. ja Voutilainen T. (2017). *Julkisten hankintojen sääntely*. Kauppakamari. [[https://kauppakamaritieto-fi.proxy.uwasa.fi/ammattikirjasto/teos/julkisten-hankintojen-saantely-2017#kohta:Julkisten\(\(20\)hankintojen\(\(20\)s\(\(e4\)\(\(e4\)ntely\]](https://kauppakamaritieto-fi.proxy.uwasa.fi/ammattikirjasto/teos/julkisten-hankintojen-saantely-2017#kohta:Julkisten((20)hankintojen((20)s((e4)((e4)ntely])]
- Nieminen S. (2016). *Hyvä hankinta – parempi bisnes*. Talentum pro. [<https://bisneskirjasto-almatalent-fi.proxy.uwasa.fi/teos/FAGBHXCTEB#>]

Pekkala E., Pohjonen M., Huikko K. ja Ukkola M. (2017). *Hankintojen kilpailuttaminen*. Tietosanoma Oy.

Rainiala M. (2017). *Kilpailuolosuhteiden huomioiminen julkisen hankinnan sisältöä ja vaatimuksia määriteltäessä*. Lakimies 1/2017, s. 51-70. [<https://www.edilex.fi/lakimies/17559.pdf>]

Ratsula N. (2016). *Yrityksen sisäinen valvonta*. Edita Publishing Oy. 2. uudistettu painos. [<https://shop-edita-fi.proxy.uwasa.fi/digikirja/37-7167-6>]

Ruuskanen N. (14.2.2019). *Julkisilla hankinnoilla voidaan edistää markkinoiden toimivuutta ja kilpailullisuutta*. Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Haettu 3. tammikuuta 2021 osoitteesta <https://ajankohtaistakilpailusta.fi/2019/02/14/julkisilla-hankinnoilla-voidaan-edistaa-markkinoiden-toimivuutta-ja-kilpailullisuutta/>

Ruuskanen N. (19.2.2019). *Mitä hankintayksikkö voi tehdä edistääkseen markkinoiden toimivuutta ja kilpailullisuutta?* Hankinnat.fi. Haettu 3. tammikuuta 2021 osoitteesta <https://www.hankinnat.fi/blogi/2019/mita-hankintayksikko-voi-tehda-edistaakseen-markkinoiden-toimivuutta-ja>

Siikavirta K. (2015). *Julkisten hankintojen perusteet*. Edita Publishing Oy.

Suojanen S. (2020). *Hankintaprosessien virheet markkinaoikeudessa 2017-2019. Vanhoista virheistä on opittu*. Julkisten hankintojen neuvontayksikkö. Haettu 18. joulukuuta 2020 osoitteesta <https://www.kuntaliitto.fi/julkaisut/2020/2086-hankintaprosessien-virheet-markkinaoikeudessa-2017-2019>

- Toivanen T., Norkela A. ja Hermas M. (15.5.2018). *Miten ehkäistä kartelleja julkisissa hankinnoissa? – Muistilista hankintayksiköille*. Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Haettu 3. tammikuuta 2021 osoitteesta <https://ajankohtaistakilpailusta.fi/2018/05/15/miten-ehkaista-kartelleja-julkisissa-hankinnoissa-muistilista-hankintayksiköille/>
- Valtiovarainministeriö (2017a). *Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa (Tarkistettut JYSE-ehdot, huhtikuu 2017)*. Haettu 20. joulukuuta 2020 osoitteesta <https://vm.fi/documents/10623/2291459/JYSE+palvelut+huhtikuu+2017.pdf/109174f0-f238-40aa-be5d-0b5bb9ddc440/JYSE+palvelut+huhtikuu+2017.pdf>
- Valtiovarainministeriö (2017b). *Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot tavaranhankinnoissa (Tarkistettut JYSE-ehdot, huhtikuu 2017)*. Haettu 20. joulukuuta 2020 osoitteesta <https://vm.fi/documents/10623/2291459/JYSE+tavarat+huhtikuu+2017.pdf/e106b086-4ca5-4a84-8a06-8a092d05ead7/JYSE+tavarat+huhtikuu+2017.pdf>
- Valtiovarainministeriö (24.4.2017). *Hankintasanasto*. Haettu 26. tammikuuta 2021 osoitteesta <https://vm.fi/documents/10623/1169934/Liite+2+Hankintasanasto+2017+v+1+0.pdf/0e78e430-f964-426b-be9d-e9c5a7f53ad4/Liite+2+Hankintasanasto+2017+v+1+0.pdf>
- Valtiovarainministeriö ja Kuntaliitto (2020). *Kansallisten julkisten hankintojen strategia 2020*. Haettu 18. joulukuuta 2020 osoitteesta <http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2020090768680>
- Viitala R. ja Jylhä E. (2019). *Johtaminen: keskeiset käsitteet, teoriat ja trendit*. Edita Publishing Oy. [<https://www.ellibslibrary.com/book/978-951-37-7519-3>]

Lakilähteet

Arvonlisäverolaki (1501/1993)

Hallintolaki (434/2003)

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)

Laki kaupallisten sopimusten maksuehdoista (30/2013)

Laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (1233/2006)

Laki vesi- ja energihuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016)

Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999)

Uhkasakkolaki (1113/1990)

Valtioneuvoston asetus valtionhallinnon yhteishankinnoista (765/2006)

Valtiovarainministeriön päätös valtionhallinnon yhteishankinnoista (766/2006)

Oikeustapaukset

Korkein hallinto-oikeus:

25.4.2016 taltio 1604 KHO:2016:56 50-51 s.

4.10.2017 taltio 4891 KHO:2017:152 30-31 s.

28.6.2019 taltio 3062 KHO:2019:85 51-52 s.

Korkein oikeus:

4.2.2015 taltio 235 KKO:2015:11 71-72 s.

Markkinaoikeus:

3.7.2015 diaarinumero 2014/289	MAO:481/15	32-33 s.
8.11.2016 diaarinumero 2015/863	MAO:657/16	35-36, 67 s.
20.9.2017 diaarinumero 2016/408	MAO:579/17	53-54 s.
19.4.2018 diaarinumero 2017/533 ja 2017/421	MAO:236/18	54-56 s.
28.6.2018 diaarinumero 2017/767	MAO:357/18	34-35, 66-67 s.
28.2.2019 diaarinumero 2018/256	MAO:91/19	49-50, 66 s.
25.11.2019 diaarinumero 2018/438	MAO:503/19	46 s.
22.5.2019 diaarinumero 2018/249	MAO:247/20	43-44, 67-68 s.
29.6.2020 diaarinumero 2019/148	MAO:322/20	42-43, 68-69 s.
20.8.2020 diaarinumero 2019/371	MAO:375/20	68 s.
21.8.2020 diaarinumero 2019/372	MAO:378/20	68 s.
12.10.2020 diaarinumero 2019/374	MAO:449/20	68 s.
12.10.2020 diaarinumero 2019/376	MAO:450/20	68 s.