

Hankintayksikkö terveen kilpailun vartijana –
konsernisuhteen arvioiminen hankintalain 81 §:n 1 momentin
6 kohdan tarkoittamana kilpailua vääristävänä sopimuksena

Ella Häkkinen
Maisteritutkielma
Oikeustieteiden tiedekunta
Kauppa-oikeus
Kevät 2021

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Hankintayksikkö terveen kilpailun vartijana – konsernisuhteen arvioiminen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana kilpailua vääristävänä sopimuksena

Tekijä: Ella Häkkinen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Oikeustiede, kauppaoikeus

Työn laji: Pro gradu -tutkielma

Sivumäärä: XVIII + 82

Vuosi: 2021

Tiivistelmä: Tutkielmassa selvitetään lainopillisen metodin avulla, miten samaan hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien tai ehdokkaiden välinen konsernisuhte vaikuttaa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen arviointiin. Tutkielmassa arvioidaan myös, millä edellytyksillä saman konsernin yritykset voivat osallistua keskenään samaan hankintamenettelyyn hankintalainsäädännön puitteissa.

Tutkielmassa tarkastellaan ensin yleisesti julkisissa hankinnoissa noudatettavia periaatteita ja hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisedellytyksiä. Tämän jälkeen arvioidaan konsernisuhdetta hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan ja kilpailua vääristävän yhteistyön kontekstissa.

Tutkielman perusteella konsernisuhte luo oletettaman siitä, että samaan hankintamenettelyyn osallistuneiden konserniyritysten tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomat. Hankintayksiköllä on tällöin velvollisuus selvittää, onko konsernisuhteella ollut konkreettista vaikutusta samaan hankintamenettelyyn osallistuneiden konserniyritysten tarjouksiin. Jos hankintayksikkö toteaa, että tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomat, sen on suljettava konserniyritykset pois hankintamenettelystä.

Tutkielman mukaan konserniyritysten tarjousten riippumattomuudesta vaadittavan näytön kynnystä ei voida tämänhetkisen oikeustilan perusteella määrittää. Tutkielman perusteella asiassa on tarvetta laajemmalle oikeustieteelliselle tutkimukselle, kansallisten ja EU-viranomaisten kannanotoille ja ohjeistuksille sekä erityisesti oikeustilaa täsmentävälle oikeuskäytännölle.

Avainsanat: julkiset hankinnat, harkinnanvarainen poissulkemisperuste, kilpailua vääristävä sopimus, kilpailua vääristävä yhteistyö, konserni

SISÄLLYS

LÄHTEET.....	V
--------------	---

LYHENTEET	XVI
-----------------	-----

1	<i>Johdanto</i>	1
1.1	Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet.....	1
1.2	Tutkimuskysymykset ja tutkielman rakenne.....	3
1.3	Tutkielman rajaukset	4
1.4	Tutkimusmetodi ja lähdemateriaali	5
1.5	Julkisten hankintojen sääntely.....	6
2	<i>Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet</i>	8
2.1	Julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteet	8
2.2	Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden määrittely	10
2.2.1	Avoimuusperiaate	10
2.2.2	Suhteellisuusperiaate.....	12
2.2.3	Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate	13
2.3	Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden soveltaminen	14
3	<i>Harkinnanvarainen poissulkemisperuste</i>	16
3.1	Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen määrittely.....	16
3.2	Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon arvioiminen.....	20
3.3	Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen arviointi.....	21
3.3.1	Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisala	21
3.3.2	Kilpailua vääristävän sopimuksen määrittely.....	24
3.3.3	Muun toimittajan ja taloudellisen toimijan määrittely.....	27
3.3.4	Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tunnusmerkistön määrittely ja kilpailua vääristävästä sopimuksesta tarvittava ”riittävä näyttö”	29
4	<i>Konsernisuhde hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena</i>	36
4.1	Konsernisuhteen määrittely.....	36
4.2	Konsernisuhteen arvioiminen kilpailurikkomuksena	40
4.3	Konsernisuhteen arvioiminen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena	42

4.3.1	Sanamuotoon perustuva arviointi	42
4.3.2	Lain tarkoitukseen ja tavoitteisiin perustuva arviointi.....	44
4.3.3	Julkisissa hankinnoissa noudatettaviin oikeusperiaatteisiin perustuva arviointi..	45
4.3.4	Oikeuskäytäntöön perustuva arviointi	47
4.4	Konsernisuhteen arviointi hankintalain tarkoittamana kilpailua vääristävänä menettelynä	55
4.5	Hankintamenettelyn muodon vaikutus arviointiin konsernisuhteen merkityksestä tarjousten riippumattomuuteen.....	57
5	<i>Konsernisuhteen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolosta luoman olettamien arvioiminen hankintayksikön näkökulmasta</i>	<i>60</i>
5.1	Lähtökohtia	60
5.2	Konsernisuhteen havaitseminen	61
5.3	Hankintayksikön harkinta konsernisuhteen vaikutuksesta tarjoustien riippumattomuuteen.....	65
6	<i>Konsernisuhteen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolosta luoman olettamien arvioiminen konsernin näkökulmasta</i>	<i>69</i>
6.1	Lähtökohtia	69
6.2	Konsernisuhteesta ja tarjoustien riippumattomuudesta ilmoittaminen.....	70
6.3	Konserniyrityksen varautuminen konsernisuhteen luomaan olettamien kilpailun vastaisesta yhteistyöstä	72
7	<i>Johtopäätökset</i>	<i>78</i>

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Parikka, Julius – Petäjaniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Helsinki 2008.

Aalto-Setälä, Ilkka -Aine, Antti – Lehto, Petri – Piekkala, Henriikka – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailunrajoitukset: lainsäädäntö käytännössä. 5. painos. Helsinki 2016.

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleinen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.

Aarnio, Aulis: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki 2011.

Aarnio, Aulis: Oikeutta etsimässä: erään matkan kuvaus. Helsinki 2014.

Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa: Osakeyhtiölaki I. 2. painos. Helsinki 2010.

Bitti, Giuseppe: Competition in the Competitor: Collusion in Public Procurement Procedures and Insurance Syndicates. EPPPL 2/2019. s. 129–133.

Blummé, Nils: Koncernintresset, borgenärsintresset och aktieägarnas likställdhet vid beviljandet av koncernbidrag. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 6/1994, s. 621–626.

Bovis, Christopher: Public procurement in the European union. Hampshire 2005.

Burgi, Martin: The Role of Banks in PPP Procurement Procedures – Existence and Scope of an unwritten Prohibition of “Simultaneous Participation” after ECJ’s “Assitur” -Case. EPPPL 1/2010. s. 17–22.

Brown, Adrian: May two Lloyd’s syndicates participate in the same tender procedure for a public contract for insurance? Case C-144/17 Lloyd’s of London v Agenzia Regionale per la Protezione dell’Abiente della Calabria. P.P.L.R. 2018, 3, NA85–NA89.

Hjelmborg, Simon Evers – Jakobsen, Peter Stig – Puolsen, Sune Troels: Public procurement law – the EU directive on public contracts. Kööpenhamina 2006.

Huttunen, Allan: Virallisen vastaväittäjän lausunto Pauli Kosken väitöskirjasta Konserni. Lakimies 1977. s. 583–608.

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

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement. 2. painos. Lontoo 2005.

Giosa, Penelope Alexia: Participation of Related Undertakings in the Same Tendering Procedure: Is the Principle of Competition Infringed? CoRe, Vol 3, Issue 2 2019. s. 1–7.

Eskola, Saila – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkko: Julkiset hankinnat. 3. painos, Helsinki 2017.

Hallipelto, Aatos – Hietanen, Matti – Narikka, Jouko – Saltevo, Anu – Soikkanen, Kalle: Yhtiöittäminen. Helsinki 2013.

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

Halonen, Kirsi-Maria – Sammalmaa, Johanna: Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa, Defensor Legis N:o 1/2017. s. 34–51.

Halonen, Kirsi-Maria: The attempt to create flexibility and minimum regulation – transposition of Directive 2014/24 in Finland. P.P.L.R. 5 2019. s. 214–228.

Hemmo, Mika – Hoppu, Kari: Sopimusoikeus. Helsinki 2020.

Iloranta, Kari – Pajunen-Muhonen, Hanna: Hankintojen johtaminen. Helsinki 2018.

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2007

Kaisanlahti, Timo: Äänilaji- ja äänileikkurimääräykset osakeyhtiössä, Oikeustiede – Jurisprudentia 1998. s. 69–146.

Kaisto, Janne: Lainoppi ja oikeusteoria. Helsinki 2005.

Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Helsinki 2007.

Kangas, Urpo: Lesken oikeudellinen asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus lesken sosiaaliturvan laajuudesta. Vammala 1982.

Karinkanta, Pauliina – Lahtinen, Tapio: Julkiset hankinnat yrityksille käytännönläheisesti. Helsinki 2017.

Klesná, Katarína – Patakyová, Mária T.: Subjects of legal regulation – Different approaches of competition public procurement and corporate law. Bratislava 2019. Saatavilla: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3546676 (haettu 20.4.2021).

Kontio, Annamari – Kronström, Sanna – Kumlin, Aarne – Mäki, Laura: Julkiset hankinnat: käsikirja. Helsinki 2017.

Koski, Pauli: Konserni. Vammala 1977.

Koski, Pauli: Konsernit ja osakeyhtiölaki. Vammala 1980.

Kotsonis, Totis: Public procurement law concerns and competition law principles: some further reflections on tender co-ordination by affiliated entities in light of Specializuotas transportas (C531/16). P.P.L.R. 2019 4. NA153–NA160.

Kováčiková, Hana – Blažo, Ondrej: Rule of law assessment – case study of public procurement. EJTS 2019, V. 7, N:o 2. s. 221–236.

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. 3. painos, Helsinki 2018.

Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi: Julkisten hankintojen käsikirja. Helsinki 2007.

Kyläkallio, Juhani – Iiro, Olli – Kyläkallio, Kalle: Osakeyhtiö. Helsinki 2008.

Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. Helsinki 2012.

McVea, Harry: “Ad Hoc” Chinese Walls, *Journal of Corporate Law Studies* 2:1. s. 24–33.

Mehtonen, Pekka: Siirtohinnoittelu, tuloverotus ja konsernistrategiat – erityisesti strategisen suunnittelun dokumentoinnista ja reaaliargumentaatiosta. Helsinki 2005.

Mukherjee, Pramothesh: Conundrum of the single economic entity doctrine in India. *E.C.L.R.* 2021 42(1). s. 41–49.

Mäenpää, Olli: Hallintosopimus: hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Helsinki 1989.

Mäenpää, Olli: Yleinen hallinto-oikeus. Helsinki 2017.

Mäkinen, Eija – Luoto, Ilpo: Miten tässä nyt näin kävi – eikö kuntien ostopalvelusopimuksista syntyneitä riitoja ratkaistakaan hallintoriitoina? *Lakimies* 7–8/2012. s. 1168–1186.

Määttä, Kalle – Turtiainen, Matti: Tarjousyhteistyö kilpailuoikeudellisena haasteena. Helsinki 2014.

Määttä, Kalle – Voutilainen, Tomi: Julkisten hankintojen sääntely. 1. painos. Helsinki 2017.

Nenonen, Anne: Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 2011: XLIV. s. 335–443.

Niemivuo, Matti – Keravuori-Rusanen, Marietta – Kuusikko, Kirsi: Hallintolaki. Helsinki 2010.

Nyström, Patrik: Konserniavustus, vähemmistöosinko ja konserni-intressi, *Oikeustieto* 1/2016, oikeustapauskommentti. s. 4–7.

Okko, Paavo – Björkroth, Tom – Koponen, Aki – Lehtonen, Annina – Pelkonen, Eija: Terveyspalveluiden hierarkiat ja markkinat. Vammala 2007.

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Hulkko, Katariina – Ukkola, Markus: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 10. painos. Helsinki 2019.

Pesu, Jarkko: Ryhmittymänä tarjoamisen sallittavuus ja haasteet julkisten hankintojen kilpailutuksissa. Helsinki 2019.

Pönkä, Ville: Osakassopimuksen tavoitteet ja voimassaolon hallinta. Helsinki 2008. (*Pönkä 2008a*)

Pönkä, Ville: Määräysvallasta osakeyhtiössä, *Defensor Legis* N:o 5/2008, s. 737–758. (*Pönkä 2008b*)

- Pönkä, Ville*: Yhtiön etu – osakeyhtiöoikeudellinen näkökulma I, *Lakimies* 1/2013, s. 21–34.
- Raitio, Juha*: EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus. Helsinki 2004.
- Raitio, Juha*: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Helsinki 2013.
- Raitio, Juha – Tuominen, Tomi*: Euroopan unionin oikeus. 2. painos. Helsinki 2020.
- Rose, Vivien – Bailey David, – Bellamy, Christopher – Child, Graham*: European Union Law of Competition. 8. painos. Oxford 2018. (*Bellamy – Child*)
- Sánchez Graells, Albert*: Public Procurement and the EU Competition Rules. Oxford 2011.
- Sigma – Support for Improvement in Governance and Management*: Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions 2011.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2003.
- Siikavirta, Kristian*: Julkisten hankintojen perusteet. Porvoo 2015.
- Smith, Susie*: Disclosure and investigation of links between tenderers: case C-531/16 Specializuotas transportas. P.P.L.R. 2018 5. NA131–N135.
- Trybus, Martin – Caranta, Roberto – Edelstam, Gunilla*: EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond. Brysseli 2013.
- Ukkola, Markus*: Julkisten hankintojen EU-lainsäädännön modernisaatio, *Defensor Legis* N:o 2/2013, s. 259–269. (2013a)
- Ukkola, Markus*: Kahden kerroksen väkeä – EU:n primäärioikeuden normit julkisten hankintojen lainsäädännössä. *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja* 2012, s. 167–187. Vantaa 2013. (2013b)
- Ukkola, Markus*: Hankintalainsäädännöstä ja sitoutumiskammosta. Helsinki 2017.
- Vapaavuori, Tom*: Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset. Jyväskylä 2005.
- Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Alén-Savikko, Anette – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kanervo, Joel – Knuts, Mårten – Kuoppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Viitanen, Klaus*: Yritysoikeus. Helsinki 2020.
- Tuch, Andrew F.*: Financial Conglomerates and Information Barriers, *The Journal of Corporation Law*, Vol 39:3, 2014. s. 564–616.
- Verkkoaineisto ja muut lähteet (haettu 20.4.2021)**
- Eduskunnan verkkosivut, asian käsittelytiedot HE 244/2020 vp. Saatavilla: eduskunta.fi/FI/vaski/KasittelytiedotValtiopaivaasia/Sivut/HE_244+2020.aspx.
- EU-terveydenhuollon verkkosivut. Saatavilla: <https://www.eu-terveydenhoito.fi/hoitoon-ulkomailta-suomeen/terveydenhuoltojarjestelma-suomessa/>.

How to Crack a Nut -blogin kirjoitus julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksesta 22.11.2017 asiassa C-531/16 Specializuotas transportas. Saatavilla: <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/11/22/interesting-ag-campos-opinion-on-limits-of-duty-to-investigate-intra-group-collusion-in-procurement-c-53116?rq=specializuotas%20transportas>.

How to Crack a Nut -blogin kirjoitus komission tiedoksiannosta 2021/C 91/01 koskien kilpailuvastaisen yhteistyön torjumista. Saatavilla: <https://www.howtocrackanut.com/blog/bid-rigging-exclusion-guidance>.

Helsingin Sanomissa 12.4.2021 julkaistu yleisönosastokirjoitus: Julkisista hankinnoista ei kilpailua vielä riittävästi, ja se tulee kalliiksi. Saatavilla: <https://www.hs.fi/mielipide/art-2000007913569.html>.

Julkisten hankintojen neuvontayksikön verkkosivut. Saatavilla: <https://www.hankinnat.fi/yhteiset-saannokset/hankintapaatos>.

Kilpailu- ja kuluttajaviraston verkkosivut: määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Saatavilla: <https://www.kkv.fi/Tietoa-ja-ohjeita/kilpailuasiat/maaraavan-markkina-aseman-vaarin kaytto/>.

Komission verkkosivujen uutinen 4.7.2007. Saatavilla: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_1011.

OLAFin tilaama tutkimus 30.6.2013: Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU. Saatavilla: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

Virallislähteet

Sopimukset

Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamis-sopimuksen muuttamisesta (2007/C 306/01).

Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (2012/C 326/49).

Direktiivit

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, 31.3.2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 26.2.2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, 26.2.2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 26.2.2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU, 26.2.2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31.3.2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31.3.2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta.

Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, 21.12.1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

Neuvoston direktiivi 92/13/ETY, annettu 25.2.1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

Asetukset

Komission täytäntöönpanoasetus (EU) 2016/7, annettu 5.1.2016, yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan vakiolomakkeen vahvistamisesta.

Kansallinen lainsäädäntö

Hallintolaki (434/2003).

Kirjanpitolaki (1336/1997).

Laki julkisista hankinnoista (1505/1992).

Laki julkisista hankinnoista (348/2007).

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016).

Laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (698/2011).

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

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

Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999).

Osakeyhtiölaki (624/2006).

Perustuslaki (731/1999).

Valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista (614/2007).

Hallituksen esitykset

HE 154/1992 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

HE 173/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kirjanpitolain ja laiksi osakeyhtiölain 11 ja 12 luvun ja osuuskuntalain 79 c §:n muuttamisesta.

HE 101/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

HE 109/2005 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.

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

HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 244/2020 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain, julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista annetun lain 47 §:n sekä rikosrekisterilain 6 b §:n muuttamisesta.

Muut

International Competition Network (ICN): Anti-cartel enforcement manual. Chapter on Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies. 2015. Saatavilla: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEM-PublicProcurement.pdf. (ICN 2015)

Työ- ja elinkeinoministeriö: Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö 29.4.2015. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 37/2015. Saatavilla: https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/74981/TEM_jul_37_2015_web_13052015.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (TEM 2015)

Työ- ja elinkeinoministeriö: Ohjeistus yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan sähköisestä täyttämisestä ja käytöstä Euroopan komission luomassa palvelussa. Työ- ja elinkeinoministeriö 27.1.2017. Päivitetty versio 2. Saatavilla: <https://tem.fi/documents/1410877/2132242/ESPD-v%C3%A4line/248a72a3-8921-4f11-b316-d9df153b784c/ESPD-v%C3%A4line.pdf>.

Työ- ja elinkeinoministeriö: Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 2020:1: Toimialaraportit - Sosiaali- ja terveystalouden palvelut. Saatavilla: https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/161994/TEM_2020_01.pdf. (TEM 2020)

Maailmanpankki: Fraud and Corruption Awareness Handbook: A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement. 2013. Saatavilla: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/18153/877290PUB0Fraud00Box382147B00PUB-LIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (Maailmanpankki 2013)

OECD: OECD:n neuvoston suositus tarjouskartellien torjumiseksi julkisissa hankinnoissa 17.7.2012. Saatavilla: <https://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBid-Rigging2012.pdf>. (OECD 2012)

Euroopan unioni

Valkoinen kirja. Yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista. (COM(2008) 165 lopullinen. (Komissio 2008)

Komissio: Komission tiedonanto: Eurooppa 2020 – Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia. KOM(2010) 2020 lopullinen. (Komissio 2010)

Vihreä kirja. EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Kohti tehokkaampia euroopalaisia hankintamarkkinoita. KOM(2011) 15 lopullinen. (Komissio 2011a)

Komissio: Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle: Sisämarkkinoiden toimenpidepaketti 12 viputekijää kasvun vauhdittamiseksi ja luottamuksen lisäämiseksi ”Yhdessä uuteen kasvuun”. KOM(2011) 206 lopullinen. (Komissio 2011b)

Komissio: Komission tiedonanto: Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin. EUVL 201/C 11/01. (Komissio 2011c)

Komissio: Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle: Julkiset hankinnat toimiviksi Euroopassa ja Euroopan hyväksi. COM(2017) 572 final. (Komissio 2017)

Komissio: Euroopan petostentorjuntaviraston (OLAF) käsikirja: Julkisiin hankintoihin liittyvät petokset: varoittavia merkkejä ja parhaita käytäntöjä. Ref. Ares(2017)6254403. (OLAF 2017)

Komissio: Komission kertomus neuvostolle ja Euroopan parlamentille: Kilpailusääntöjen täytäntöönpano lääkealalla (2009–2017) – Eurooppalaisten kilpailuviranomaisten yhteistyö koh- tuuhintaisten ja innovatiivisten lääkkeiden takaamiseksi. COM(2019) 17 final. (Komissio 2019)

Komissio: Ilmoitus välineistä kilpailunvastaisen yhteistyön torjumiseksi julkisissa hankinnoissa ja ohjeista tähän liittyvien poissulkemisperusteiden soveltamisesta, EUVL 2021/C 91/01. (Komissio 2021)

Oikeuskäytäntö

Unionin tuomioistuimen ratkaisut (sähköisen oikeustapauskokoelman verkko-osoitteet haettu 20.4.2021)

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 13.7.1966. *Établissements Consten SARL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio* yhdistetyissä asioissa 56-64 ja 58-64, ECLI:EU:C:1966:41. Kok. 1966 00429 (suomenkielinen erityispainos sivu 00275).

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 31.10.1974. *Centrafarm BV ja Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.* asiassa 15/74, ECLI:EU:C:1974:114. Kok. 1974 01147 (suomenkielinen erityispainos sivu 00373).

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 17.9.2002. *Concordia Bus Finland Oy Ab, aiemmin Stagecoach Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne* asiassa C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495. Kok. 2002 I-07213.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu 3.3.2005. *Fabricom SA v. Belgia* yhdistetyissä asioissa C-21/03 ja C-34/03. ECLI:EU:C:2005:127. Kok. 2005 I-01559.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 6.4.2006 *General Motors BV v. komissio* asiassa C-551/03 P, ECLI:EU:C:2006:229. Kok. 2006 I-03173.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 16.12.2008 *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE:n, jolle Pantekniki AE:n oikeudet ovat siirtyneet*, asiassa C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731. Kok. 2008 I-09999.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 19.5.2009 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* asiassa C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317. Kok. 2009 I-04219.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 6.10.2009 *GlaxoSmithKline Services and Others v. komissio ja muut* yhdistetyissä asioissa C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 23.12.2009 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano* asiassa C-376/08, EU:C:2009:808. Kok. 2009 I-09291.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 29.4.2010 *komissio v. Saksa* asiassa C-160/08. ECLI:EU:C:2010:230. Kok. 2010 I-03713.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 17.2.2011 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB* asiassa C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83. Kok. 2011 I-00527.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 10.5.2012 *komissio v. Alankomaat* asiassa C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 10.7.2014 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici v. Comune di Milano* asiassa C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 18.12.2014 *Generali-Providencia Biztosító Zrt v. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* asiassa C-470/13, EU:C:2014:2469. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 12.3.2015 *eVigilo Ltd v. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* asiassa C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 22.10.2015 *Impresa Edilux Srl, yritysten tilapäisen yhteenliittymän valtuuttamana ja Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) v. Assessorato Beni*

Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, UREGA – Sezione provinciale di Trapani ja Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana asiassa C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 21.1.2016 *"Eturas" UAB ym. v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* asiassa C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 14.12.2016 *Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) ja muut* asiassa C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 8.2.2018 *Lloyd's of London v. Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria* asiassa C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 17.5.2018 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras v. "Ecoservice projektai" UAB, aiemmin "Specializuotas transportas"* asiassa C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 24.10.2018 *Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH* asiassa C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 4.6.2019 *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) v. Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA* asiassa C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 19.6.2019 *Meca Srl v. Comune di Napoli* asiassa C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 3.10.2019 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA v. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* asiassa C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

EU-tuomioistuimen ratkaisu 20.11.2019 *Indaco Service Soc. coop. sociale v. Ufficio Territoriale del Governo Taranto* asiassa C-552/18, ECLI:EU:C:2019:997. Julkaistu sähköisessä oikeustapauskokoelmassa, saatavilla osoitteessa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106311/fi/.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamies Ján Mazák in ratkaisuehdotus 10.2.2009 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* asiassa C-538/07, ECLI:EU:C:2009:71.

Julkisasiamies Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus 22.11.2017 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras v. "Ecoservice projektai" UAB, aiemmin "Specializuotas transportas"* asiassa C-531/16, ECLI:EU:C:2017:883.

Komission päätökset

Komission päätös 5.2.1992 asiat IV/31.572 ja IV/32.571, 92/204/EEC.

Komission päätös 21.10.1998 asia IV/35.691/E-4, 1999/60/EC.

Komission päätös 21.2.2007 asia COMP/E-1/38.823, 2008/C 75/10.

Komission päätös 4.7.2007 asia COMP/38.784, 2008/C 83/05.

Komission päätös 2.4.2014 asia AT.39610, 2014/C 319/06.

Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) ratkaisut

KHO 2011:40, dnro. 2474/2/08, taltio 1057.

KHO 2016:56, dnro. 317/3/14, taltio 1604.

KHO 2016:182. dnro. 4045/3/14, taltio 4880.

KHO 2019:85, dnro. 2552/3/18, taltio 3062.

Korkeimman oikeuden (KKO) ratkaisut

KKO 2013:19.

KKO 2013:58.

Markkinaoikeuden (MaO) ratkaisut

MaO 83–84/07.

MaO 646/09.

MaO 481/15.

Apulaisoikeuskanslerin päätökset

Apulaisoikeuskanslerin päätös 7.6.2016, AOKS 1022/1/2015.

Oikeuskäytäntö Iso-Britannia

Chancery Division of the High Court

3 All ER 524, Chancery Division, 25., 26. ja 30.3.1999 *Young and others v Robson Rhodes* (a firm) and another.

House of Lords

Session 1998-99, 18.12.1998, *Prince Jefri Bolkiah v. K.P.M.G (A Firm)*.

Oikeuskäytäntö Saksa

Oberlandesgericht (OLG)

VII-Verg 23/06, OLG Düsseldorf, 27.7.2006. Saatavilla: <https://openjur.de/u/119025.html> (haettu 20.4.2021).

VI-W (Kart) 24/04, OLG Düsseldorf, 13.9.2004. Saatavilla: <https://openjur.de/u/540137.html> (haettu 20.4.2021).

LYHENTEET

AOKS	Apulaisoikeuskansleri
dnro.	Diaarinumero
ELY-keskus	Elinkeino-, liikenne ja ympäristökeskus
ennakkopäätössääntö 1	EU-oikeuskäytännöstä konstruoitu ennakkopäätössääntö, jonka mukaan keskenään sidoksissa olevien tarjoajien tai ehdokkaiden tarjouksiin ei voi soveltaa poissulkemisperustetta pelkän määräysvalta- tai sidossuhteen perusteella.
ennakkopäätössääntö 2	EU-oikeuskäytännöstä konstruoitu ennakkopäätössääntö, jonka mukaan hankintaviranomainen on velvollinen tarkistamaan sidonnaisuussuhteessa olevien toimijoiden tarjousten itsenäisyyden ja toisistaan riippumattomuuden suhteellisuusperiaatteen tarkoittamalla tavalla oikeasuhtaisiin toimenpiteisiin ryhtymällä, jos hankintayksikkö on saanut tietoonsa olettamia, jotka osoittavat, että tarjoukset eivät välttämättä ole toisistaan riippumattomia.
ennakkopäätössääntö 3	EU-oikeuskäytännöstä konstruoitu ennakkopäätössääntö, jonka mukaan hankintamenettelyssä hankintayksikön tietoon tullut määräysvalta tai sidossuhde luo olettamian siitä, että kyseisessä sidossuhteessa olevien toimittajien tarjoukset eivät ole olleet toisistaan erillisiä ja riippumattomia.
erityisalojen hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2017/25/EU, 26.2.2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.
erityisalojen hankintalaki	laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (1398/2016)
EU	Euroopan unioni
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
ETA	Euroopan talousalue

EY	Euroopan yhteisö
hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2017/25/EU, 26.2.2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.
hankintalaki	laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
<i>ibid</i>	<i>ibidem</i> , samassa paikassa
ICN	International Competition Network, Kansainvälinen kilpailuviranomaisverkko
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
Kok.	Euroopan unionin tuomioistuimen suomenkielinen oikeustapauskokoelma
ks.	katso
käyttöoikeusdirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, 26.2.2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä.
MaO	Markkinaoikeus
N:o	numero
oikeusturvadirektiivit	Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, 21.12.1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta eli ns. ensimmäinen valvontadirektiivi, sekä neuvoston direktiivi 92/13/ETY, 25.2.1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta eli ns. toinen valvontadirektiivi.
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development, Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö
OLAF	The European Anti-Fraud Office, Euroopan petostentorjuntavirasto
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> , Saksan ylempi aluetuomioistuin

TEM	työ- ja elinkeinoministeriö
toim.	toimittanut
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
<i>supra</i>	yläpuolella
vanha hankintalaki	laki julkisista hankinnoista (30.3.2007/348)
vanha hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY
v.	vastaan
vp	valtiopäivät

1 Johdanto

1.1 Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet

Toimivat markkinat ja terveellinen kilpailu ovat tehokkaan julkisten varojen käytön avain.¹ Kilpailutilanteessa saatavilla olevien tuotteiden ja palveluiden määrä kasvaa ja laatu paranee samalla, kun hinnat laskevat.² Kun julkisen hankinnan kohteena olevaa tuotetta ja palvelua hankittaessa saadaan aikaan toimiville markkinoille ominainen kilpailutilanne, hankinnalle saadaan selvitettyä optimaalinen hinta ja paras mahdollinen laatu. Tästä hyötyvät sekä julkisia varoja käyttävä hankintayksikkö että markkinoihin nähden oikeasuhtaisen tarjouksen tehnyt tarjoaja, jonka tuote tai palvelu lopulta hankitaan.³

Euroopan unioni (jäljempänä ”EU”) on pyrkinyt yhteisiin, toimiviin ja tehokkaisiin sisämarkkinoihin EU:n yhteisellä sääntelyllä.⁴ Vaikka kilpailu- ja hankintalainsäädäntöä tarkastellaan yleensä toisistaan erillisinä sääntelyaloina, niillä on yhteisiä piirteitä ja yhtymäkohtia. Tämä perustuu siihen, että niissä noudatetaan Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä ”SEUT”) periaatteita ja niillä pyritään samaan tavoitteeseen – varmistamaan EU:n hyvinvoivat sisämarkkinat.⁵ Sekä kilpailusääntelyssä että julkisten hankintojen sääntelyssä erityistä merkitystä saavat tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaate, sijoittautumisvapauden periaate ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaate sekä niistä johtuvat yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteet.⁶

Hankintalainsäädännöllä ja siinä noudatettavilla periaatteilla on asetettu julkisille hankinnoille toimivat kehykset. Tästä huolimatta hankintayksiköillä on hankintalainsäädännön puitteissa merkittävästi vastuuta tiettyjen hankintasäädöksiä tulkinna. ⁷ Yksi hankintayksiköiden hankintavaltaan kuuluva kysymys on hankintalainsäädännön suhtautuminen konsernirakenteeseen

¹ Ks. Komissio 2017, s. 5.

² *Villa ym.* 2020, Verkkokirjahylly>Yritysoikeus>VIII KILPAILUNRAJOITUKSET JA JULKISET HANKINNAT>1. Kilpailuoikeuden perusteet>Kilpailunrajoitukset ja taloudellinen kilpailu>Hintojen merkitys ja Aalto-Setälä ym. 2008, s. 21.

³ Ks. Komissio 2017, s. 5; *Bovis* 2005, s. 124. HE 88/2010 vp, s. 1–2. HE 108/2016 vp, s. 5.

⁴ Ks. *Trybus ym.* 2013, s. 100–101.

⁵ *Pekkala ym.* 2019 s. 34. C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB* [2007], kohta 20 ja C-538/07 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* (jäljempänä ”**Assitur**”) [2009], kohta 30.

⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston antaman direktiivin 2014/24/EU (jäljempänä ”**hankintadirektiivi**”), johdanto-osa, kohta 1. *Sánchez Graells* 2011, s. 3 ja *Ukkola* 2013a, s. 259–260.

⁷ Komissio 2021, s. 13. C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH* (jäljempänä ”**Vossloh Laeis GmbH**”) [2018], kohta 23, C-41/18, *Meca Srl v Comune di Napoli* (jäljempänä ”**Meca**”) [2019], kohdat 28 ja 31 ja C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA vastaan Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* (jäljempänä ”**Delta Antrepriza**”) [2019], kohdat 25–29.

harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena ja kilpailua vääristävänä tekijänä. Vaikka kysymys on ensisijaisesti julkisten hankintojen alaan kuuluva, on sitä arvioitaessa kiinnitettävä huomiota myös samoihin tavoitteisiin ja periaatteisiin nojaavaan kilpailulainsäädäntöön.

Hankintalainsäädäntö sisältää nimenomaisen maininnan siitä, miten hankintayksikön on suhtauduttava tilanteeseen, jossa hankintamenettelyyn osallistuva ehdokas tai tarjoaja on sidossuhteessa hankintayksikköön.⁸ Sen sijaan hankintalainsäädäntö tai sen esityöt eivät ota kantaa tilanteeseen, jossa samassa hankintamenettelyssä on ehdokkaan tai tarjoajan roolissa useita yrityksiä, joilla on keskinäinen konsernisuhde. Hankintalainsäädäntö ei myöskään kerro, millaisia toimenpiteitä hankintayksiköltä tai ehdokkaana tai tarjoajana olevalta konserniyritykseltä tällöin edellytetään.

Asiaan on otettu tietyiltä osin kantaa tässä tutkielmassa esiteltävissä Euroopan unionin tuomioistuimen (jäljempänä ”EU-tuomioistuin”⁹) ratkaisuisissa. Ratkaisuisista on johdettavissa tiettyjä ennakkopäätöissäntöjä, joiden voidaan katsoa ohjaavan asian tulkintaa tulevaisuudessa. Kaikkiin avoimiin kysymyksiin ei näissäkään ratkaisussa ole annettu selvää ja yksiselitteistä vastausta. Tämä johtunee siitä, että kannanotot ovat rajoittuneet yksittäisiin ongelmatilanteisiin eikä niissä ole ollut tarvetta arvioida tiettyjä, joissain toisissa tilanteissa mahdollisesti esiin nousevia kysymyksiä. Yksiselitteisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön puuttuessa oikeustila on jokseenkin epäselvä.

Tämän tutkielman tavoitteena onkin pyrkiä selkeyttämään hankintamenettelyyn osallistuvien konserniyritysten oikeudellista asemaa hankintamenettelyssä, johon osallistuu useampi kuin yksi saman konsernin yritys. Tutkielmassa muodostetaan kokonaiskuva konsernisuhteen edellyttämistä hankintaprosessin aikaisista menettelytavoista niin tarjoajana tai ehdokkaana olevien yritysten kuin hankintayksikönkin kannalta. Tutkielmassa konserniyritysten hankintaprosessiin liittyvän riskienhallinnan apuna käytetään erityisesti EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössään vahvistamia tulkintalinjoja.

Tutkielman aihe on ajankohtainen, koska tilanteet, joissa saman konsernin yritykset pyrkivät osallistumaan samoihin hankintamenettelyihin tulevat todennäköisesti yleistymään viimeaikaisen yritysrakenteiden ja muun muassa julkisen sektorin palveluntuotannon kehityksen

⁸ HE 108/2016 vp, s. 14.

⁹ Käsitteellä EU-tuomioistuin viitataan tässä tutkielmassa vanhemman oikeuskäytännön osalta myös tuomioistuimeen, joka toimi vuoteen 2009 saakka nimellä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin. Kyseessä on sama toimielin, jonka nimi muuttui vuonna 2009 Lissabonin sopimuksen myötä.

seurauksena. Esimerkkinä voidaan mainita terveydenhuoltoala, jossa palveluita ostetaan enenevässä määrin julkisten hankintojen kautta yksityisiltä toimijoilta.¹⁰ Yksityiset terveystalot tuottavat nykyään jo runsaan neljänneksen kaikista Suomen sosiaali- ja terveystalouksista,¹¹ ja myös sote-palveluita tarjoavien konserniyritysten määrä on ollut viime vuosina nousussa.¹²

1.2 Tutkimuskysymykset ja tutkielman rakenne

Hankintalain, sen esitöissä, kotimaisessa oikeuskäytännössä tai oikeuskirjallisuudessa ei tähän mennessä ole otettu kantaa saman konsernin yritysten edellytyksiin osallistua samaan hankintamenettelyyn. Hankintayksiköiden on vaikea arvioida kotimaisten oikeuslähteiden perusteella, mitä toimenpiteitä siltä edellytetään, jos samaan hankintamenettelyyn osallistuu useampi kuin yksi samaan konserniin kuuluva yritys. Hankintamenettelyyn osallistuvien konserniyritysten on puolestaan vaikea arvioida, millaisia riskejä samaan hankintaprosessiin osallistuminen sisältää ja miten näitä riskejä voisi rajoittaa.

Tämän tutkielman pääasiallisena tutkimuskysymyksenä on selvittää, miten konserniyritysten sidossuhdetta arvioidaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena silloin, kun ne osallistuvat samaan hankintamenettelyyn. Tutkielmassa tarkastellaan, onko konsernilla käytettävissään keinoja, joilla se voisi varmistaa useamman konserniyrityksen samaan hankintamenettelyyn osallistumisen hankintalainsäädännön puitteissa. Tähän liittyen tutkielmassa tarkastellaan myös, millä taholla on näyttötaakka osoittaa, muodostaako konsernisuhde harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tai käänteisesti se, ettei konsernisuhde muodosta poissulkemisperustetta. Tutkielman tavoitteena on ratkaista kysymys siitä, millä edellytyksillä konsernisuhteessa olevat yritykset voivat osallistua samaan hankintamenettelyyn. Lisäksi tavoitteena on selvittää, mitä toimenpiteitä konserniyritysten hankintamenettelyyn osallistuminen edellyttää hankintayksiköltä ja ehdokkaina tai tarjoajina olevilta yrityksiltä.

Tässä tutkielmassa on johdannon ja johtopäätösten lisäksi viisi päälukua. Ensimmäisessä pääluvussa eli luvussa 2 tarkastellaan julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden sisältöä ja merkitystä tutkielmassa tarkasteltavan harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen kannalta.

¹⁰ Suomen terveydenhuoltotoimialalla on tapahtunut viime vuosina rakennemuutoksia johtuen terveystalouksien yksityistämisestä ja muutoksista väestön ikärakenteessa. Nämä muutokset ovat lisänneet yksityisen sektorin osuutta julkisin varoin järjestettävien terveydenhuoltopalvelujen tuotantoon – julkisia hankintoja. Ks. tarkemmin *Okko* 2007, s. 80–82.

¹¹ Ks. <https://www.eu-terveydenhoito.fi/hoitoon-ulkomailta-suomeen/terveydenhuoltojarjestelma-suomessa/> (hattu 20.4.2021).

¹² TEM 2020, s. 33–35.

Luvussa 3 tarkastellaan yleisesti julkisissa hankinnoissa sovellettavia harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita. Luvussa 4 syvennyttään tarkemmin tutkielman keskiössä olevaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamaan harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen ja siihen, voidaanko konsernisuhdetta soveltaa tällaisena poissulkemisperusteena. Luvuissa 5 ja 6 arvioidaan konsernisuhteen merkitystä harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena. Luvussa 5 arviointi tehdään hankintayksikön ja luvussa 6 konserniyrityksen näkökulmasta.

1.3 Tutkielman rajaukset

Tutkielmassa konsernisuhteen vaikutusten tarkasteleminen on rajattu hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohtaan, jossa käsitellään tarjoajan tai ehdokkaan tekemää sopimusta, jolla on kilpailua vääristävä vaikutus. Tutkielman keskiössä on konsernisuhteen merkitys kilpailua vääristävänä sopimuksena. Tutkielman ulkopuolelle jäävät muut hankintalain 10 luvun 81 §:n 1 momentissa tarkoitetut tarjoajan tai ehdokkaan laiminlyönnistä tai virheestä johtuvat poissulkemisperusteet sekä muut kuin tarjoajasta tai ehdokkaasta johtuvat kilpailun vääristymiseen johtavat poissulkemisperusteet.

Tutkielman aihetta käsitellään avoimen hankintamenettelyn, rajoitetun hankintamenettelyn, neuvottelumenettelyn, kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja innovaatiokumppanuuden näkökulmasta. Vaikka tutkielmassa ei erikseen käsitellä puitejärjestelyä, soveltuvat tutkielmassa esitetyt kannanotot myös siihen, koska hankintayksikön on hankintalain mukaan valittava toimitajat puitejärjestelyyn jotakin edellä mainittua hankintamenettelyä noudattaen. Aihetta ei käsitellä suorahankintojen osalta, koska suorahankinnan edellytykset muodostavat erillisen kokonaisuuden, jonka käsitteleminen tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista.

Tutkielmassa on tarkasteltu hankintalainsäädäntöä muiltakin osin silloin, kun se on ollut tarpeellista hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tulkinnan kannalta. Lisäksi hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tulkinta on tietyiltä osin edellyttänyt kilpailulain (948/2011) tulkintaa.

Tutkielmassa käsitellään niitä hankintoja, joihin hankintalain 81 §:n harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet soveltuvat. Käytännössä tämä tarkoittaa EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja ja niitä kansallisen kynnysarvon ylittäviä hankintoja, joihin hankintayksikkö haluaa harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita soveltaa. Tutkielmassa ei ole ollut merkityksellistä tehdä erottelua kansallisen kynnysarvon ylittävien ja EU:n kynnysarvon alittavien hankintojen ja EU:n kynnysarvon ylittävien hankintojen välille, koska harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita sovelletaan kaikkiin kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin samalla tavalla. Sen sijaan

kansallisen kynnyksarvon alittavat pienhankinnat on rajattu tutkielman ulkopuolelle, koska niihin ei lähtökohtaisesti sovelleta hankintalakia ja hankintadirektiiviä.

1.4 Tutkimusmetodi ja lähdemateriaali

Tutkielma on tehty käyttäen *oikeusdogmaattista* eli lainopillista tutkimusmetodia. Lähtökohdiana oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa on oikeusjärjestys ja se, millaisia oikeusnormeja se sisältää.¹³ Lainopillisessa tutkimuksessa käytettävät tulkintasäännöt on määritelty ennalta. Näillä tulkintasäännöillä on keskeinen merkitys siinä, mihin tulokseen oikeudellisen normin tulkinnassa päädytään.¹⁴ Lainopillisessa tutkimuksessa pyritään tyypillisesti perustelemaan tutkimuksessa tehtyjä päätelmiä ja tulkintoja myöhemmin kohdistettavan kritiikin varalta. Tämän vuoksi tutkimukset ovat usein sisältösuuntautuneita ja niissä on havaittavissa argumentaatio-teorioita.¹⁵ Tässäkin tutkielmassa pyritään huomioimaan ennakoivasti mahdollisia erilaisia näkemyksiä ja väitteitä sekä esittämään niille tukea erilaisten lähteiden avulla.

Koska tutkielman taustalla on käytännönläheinen tutkimuskysymys, johon pyritään hakemaan selviä vastauksia lainopillisen metodin avulla, kyseessä voidaan katsoa olevan perinteisen lainopillisen tutkimuksen sijaan *Aarnio* tarkoittama ongelmakeskeinen tutkimus.¹⁶ Ongelmakeskeisen tutkimusmetodin on katsottu soveltuvan erityisen hyvin julkis- ja yksityisoikeuden rajapinnassa sijaitsevien kysymyksen tutkimiseen.¹⁷

Tutkielman lähteinä on käytetty pääosin virallislähteitä. Silloin, kun lainsäädännöstä tai oikeuskäytännöstä ei ole pystytty johtamaan vastausta tutkimuskysymykseen, tulkintoja on tehty sääntelyn esitöiden, tavoitteiden ja erilaisten viranomaisten lausumien perusteella. Tutkielmassa on hyödynnetty myös EU-oikeuskäytäntöä, jossa on otettu kantaa tarjoajien tai ehdokkaiden välisen sidossuhteen vaikutukseen poissulkemisperusteena. EU-tuomioistuimen ratkaisujen ja niihin liittyvien julkisasiamiehen ratkaisuehdotusten perusteella on hahmotettu ennakkoratkaisuperiaatteita ja rakennettu argumentaatiota sekä oikeudellisia tulkintoja. Edelleen tutkielmassa on hyödynnetty oikeuskirjallisuutta siltä osin kuin sitä on ollut aiheeseen liittyen saatavilla.

¹³ *Kaisto* 2005, s. 162.

¹⁴ *Aarnio* 1989 s. 194–195.

¹⁵ *Aarnio* 2011, s. 7.

¹⁶ Ks. *Aarnio* 1982, s. 62. Ongelmakeskeinen lainoppi poikkeaa perinteisestä lainopista siten, että siinä pyritään muodostamaan laaja kokonaiskäsitys jostain oikeuden peruskysymyksestä ja niistä tekijöistä, jotka vaikuttavat tutkimuksen kohteen sisällön muotoutumiseen sen sijaan, että tarkastelun kohteena olisi ainoastaan yksittäinen oikeuden ”siivu”. ks. *Kangas* 1982 s. 383–387.

¹⁷ *Halonon* 2015, s. 14.

Suomen oikeuskäytännössä ei ole toistaiseksi arvioitu konsernisuhteen, tai muunkaan yritysten keskinäisen sidossuhteen, merkitystä kilpailua vääristävänä yhteistyönä tai poissulkemisperusteena tilanteessa, jossa sidossuhde on ollut tarjoajina tai ehdokkaina hankintamenettelyyn osallistuneiden yritysten välillä. Sen sijaan Suomen oikeuskäytännössä on otettu kantaa yritysten hankinnan valmisteluun osallistuneen yrityksen ja hankintamenettelyyn osallistuneen tarjoajan keskinäisen sidossuhteen aiheuttamaan intressikonfliktiin. Tutkielmassa on pyritty soveltuvilta osin hyödyntämään näiden olemassa-olevien kansallisten ratkaisujen tulkintalinjoja tarjoajina tai ehdokkaina olevien konserniyritysten välisen suhteen vaikutusten arviointiin.

Todettakoon, että lähdemateriaalien hankkimisessa on vallitsevan maailmanlaajuisen COVID-19-pandemiatilanteen takia jouduttu turvautumaan suurelta osin verkkolähteisiin, koska kirjallisten lähteiden saatavuus on ollut rajoitustoimien vuoksi osin erittäin heikko.¹⁸

1.5 Julkisten hankintojen sääntely

EU:n jäsenvaltioiden hankintasääntely on yhteistä. Yhteisen hankintasääntelyn tausta on 1960- ja 1970-luvuilla, jolloin komissio antoi ehdotuksen julkisten hankintojen vapauttamisesta ja ensimmäiset hankintadirektiivit hyväksyttiin. Hankintoja koskevia säädöksiä on sittemmin jatkuvasti päivitetty kulloinkin vallinneen sisämarkkinapolitiikan ja yleisten lainsäädännön harmonisointitavoitteiden sisältöä vastaavasti.¹⁹ Suomessa vallitsevan oikeuslähdeopin mukaan kansallinen hankintasääntely sijoittuu järjestyksessä EU-hankintasääntelyn ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevien yleisten oikeusohjeiden jälkeen.²⁰

Vuonna 2014 hyväksyttiin kirjoitushetkellä voimassa oleva Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24 (jäljempänä ”**hankintadirektiivi**”)²¹, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU (jäljempänä ”**erityisalojen hankintadirektiivi**”)²² ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU (jäljempänä ”**käyttöoikeusdirektiivi**”)²³, jotka yhdessä

¹⁸ *Pro gradu* -tutkielman kirjoittaminen on tapahtunut kevään 2020 ja kevään 2021 välillä, jolloin kirjastot ovat olleet ajoittain kokonaan suljettuna. Edelleen kirjastojen avauduttua rajoitetusti, kirjaston luentosalikappaleiden käyttö ei ole ollut sallittua, koska kirjastossa työskentely on ollut kiellettyä ja lainattavissa olevien teoksien varaimiseen on liittynyt rajoituksia. Kirjastoissa lainattavissa olevan materiaalin osalta laina-aikoja on myös pidennetty, mistä syystä lainakappaleiden haltuun saaminen on ollut hyvin vaikeaa ja osin jopa mahdotonta.

¹⁹ Ks. *Hjelmborg ym.* 2007, s. 19, *Kaarresalo* 2007, s. 1, *Kalima ym.* 2007, s. 3–4 ja *Kuusniemi-Laine – Takala* 2007, s. 34.

²⁰ Ks. *Siltala* 2003 s. 300–310. EU-oikeuden etusijasta myös korkeimman oikeuden ratkaisu ei-arvonlisäverovelvollisen auton verotusta koskeneessa asiassa *KKO 2013:58*.

²¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, 26.2.2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

²² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2017/25/EU, 26.2.2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.

²³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, 26.2.2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä.

muodostavat pohjan kirjoitushetkellä voimassa olevalle kansalliselle hankintasääntelylle. Lisäksi voimassa on kaksi oikeusturvadirektiiviä²⁴, jotka niin ikään vaikuttavat Suomen kansallisen hankintasääntelyn taustalla. Voimassa olevien hankintadirektiivien tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä huolehtimalla siitä, että julkisille varoille saataisiin hankinnoissa aiempaa parempi vaste.²⁵

Suomen julkisia hankintoja koskeva sääntely uudistettiin viimeisimmän kerran vuonna 2017, jolloin voimaan tulivat laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, jäljempänä ”**hankintalaki**”) ja laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (1398/2016, jäljempänä ”**erityisalojen hankintalaki**”).²⁶ Hankintalainsäädännön uudistuksen tarkoitus oli saattaa kansallisesti voimaan EU:n vuoden 2014 hankintadirektiivi, erityisalojen hankintadirektiivi ja käyttöoikeusdirektiivi.²⁷ Hankintalakiuudistuksessa otettiin huomioon myös EU-tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuimien oikeuskäytäntöä sekä Suomen kansallisia tarpeita yksinkertaistaa joitakin sellaisia hankintoja, joihin hankintadirektiivit eivät sovellu.²⁸

Kirjoitushetkellä Suomessa on vireillä niin sanottu hankintalain korjaussarja, jolla on tarkoitus tehdä teknisiä korjauksia ja täydennyksiä Suomen hankintalainsäädäntöön.²⁹ Hallituksen esityksessä ei ehdoteta hankintalainsäädäntöön sellaisia uudistuksia, jotka vaikuttaisivat tässä tutkielmassa käsiteltävän asian tulkintaan.

²⁴ Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, 21.12.1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta eli ns. ensimmäinen valvontadirektiivi, sekä neuvoston direktiivi 92/13/ETY, 25.2.1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta eli ns. toinen valvontadirektiivi.

²⁵ *Komissio* 2017, s. 3. EU-lainsäädännön modernisaatiosta ks. esim. *Ukkola* 2013a, s. 259–269.

²⁶ Vuonna 2017 voimaan tullut hankintalainsäädäntö kumosi julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007), sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä annetun lain (698/2011), vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain (349/2007) ja julkisista hankinnoista annetun valtioneuvoston asetuksen (614/2007).

²⁷ *HE 108/2016 vp*, s. 32.

²⁸ *Eskola ym. 2017* s. 19.

²⁹ Työ- ja elinkeinoministeriö on valmistellut esityksen HE 244/2020 vp laiksi hankintalain, erityisalojen hankintalain, puolustus- ja turvallisuushankinnoista annetun lain 47 §:n sekä rikosrekisterilain 6b §:n muuttamisesta. Esityksessä parannetaan hankintayksiköiden tiedonsaantioikeutta tarjoajien sekä näiden alihankkijoiden soveltuvuuden täyttymisestä ja näin edistetään harmaan talouden torjuntaa julkisissa hankinnoissa. Lisäksi laajennetaan hankintojen sähköisen kilpailutusjärjestelmän, HILMAN käyttöä sekä mahdollisuuksia saada hankintoja koskevaa tilastotietoa. Esityksessä täsmennetään puitejärjestelyä koskevaa sääntelyä siten, että puitejärjestelyt mahdollistaisivat tarkoituksenmukaisen ja hankintayksiköiden muutostarpeet huomioivan tavan hankkia tuotteita ja palveluja puitejärjestelyn sisällä. Korjaussarjan oli tarkoitus tulla voimaan 1.3.2021, mutta kirjoitushetkellä 20.4.2021 sitä ei ole voimaansaatettu. Tällä hetkellä asian käsittelyvaihe on ”asian käsittelystä päättäminen”. Ks. *eduskunta.fi/FI/vaski/Kasittelytiedot/Valtiopaivaasia/Sivut/HE_244+2020.aspx* (haettu 20.4.2021).

2 Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet

2.1 Julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteet

Hankintadirektiivien keskeiset tavoitteet liittyvät EU:n sisämarkkinoihin ja SEUTissa tarkoitettuihin perusvapauksiin.³⁰ Tavoitteena on avata EU:n julkisten hankintojen sisämarkkinat kaikille EU:n jäsenmaiden yrityksille,³¹ tehostaa julkisten varojen käyttöä³², edistää laadukkaita, kestäviä ja innovatiivisia hankintoja sekä edistää tasapuolisten osallistumismahdollisuuksien luomista julkisissa hankinnoissa.³³ Hankintalain näitä hankintadirektiivin kanssa yhdenmukaiset tavoitteet on määritelty 2 §:ssä otsikon ”lain tavoitteet” alla seuraavasti:

”Lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.”

Hankintalain esitöiden yleisperusteluissa on todettu, että hankintalain tavoitteena oli tehostaa julkisten varojen käyttöä siten, että käytössä olevilla rajallisilla resursseilla voitaisiin hankkia laadultaan parhaat tuotteet ja palvelut sekä avata samalla julkisten hankintojen markkinat EU:n laajuiselle kilpailulle. Julkisten varojen rehellinen ja oikeudenmukainen käyttö on merkittävässä roolissa yhdenvertaisten markkinoiden avaamisessa. Tämä puolestaan edellyttää tasapuolista, objektiivista ja avointa toimintamallia.³⁴

Edelleen hankintalain esitöiden mukaan lain tavoitteena on julkisten palveluiden tehostaminen ja laadun parantaminen sekä kilpailukyvyyn, talouden kasvun ja työllisyyden edistäminen.³⁵ Hallituksen esityksessä on mainittu lain tarkoituksena myös hankintamenettelyjen keventäminen ja joustavoittaminen, pk-yritysten aseman parantaminen hankinnoissa, yhtenäisten ja asianmukaisten menettelyjen varmistaminen sekä hankintojen valvonnan kehittäminen perustamalla Kilpailu- ja kuluttajavirastolle hankintalainsäädännön valvontatehtävä. Hallituksen esityksessä on todettu myös julkisten hankintojen rooli yhteiskuntapolitiikan toteuttamisessa.³⁶

³⁰ Ks. muun muassa Pekkala ym. 2019, s.34 ja Arrowsmith 2005 s. 126–135.

³¹ Pekkala ym. 2019 s. 21 ja 3. Eskola ym. 2017, s. 19.

³² Komissio 2010, kohta 4.3. Ks. myös Pekkala ym. 2019 s. 46 ja Eskola ym. 2017, s. 19.

³³ Komissio 2011b, kohta 2.12. Ks. myös Eskola ym. 2017 s. 23 ja Pekkala ym. 2019; s. 34.

³⁴ Iloranta – Pajunen-Muhonen 2018 s. 255.

³⁵ HE 108/2016, s. 5.

³⁶ HE 108/2016 s. 32.

Hankintadirektiivin tavoitteisiin pyritään julkisissa hankinnoissa noudatettavilla periaatteilla. Hankintadirektiivin 18 artiklassa julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet määritellään seuraavasti (korostukset tässä):

*”Hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita **yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa.**”*

Nämä periaatteet eli avoimuus, suhteellisuus sekä tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu pohjautuvat SEUTiin, ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.³⁷ Yleiset periaatteet on huomioitava kaikessa jäsenvaltioiden julkisiin hankintoihin liittyvässä lainsäädännössä sekä hankintayksiköiden julkisiin hankintoihin liittyvässä päätöksenteossa. Siten ne muodostavat pohjan julkisten hankintojen lainsäädännön tulkinnalle yhdessä hankintalainsäädännön tavoitteiden kanssa.³⁸ Periaatteiden merkitys korostuu erityisesti silloin, kun vastausta johonkin tulkintakysymykseen ei löydy suoraan hankintalaista.³⁹

EU-sääntelyn ja kansallisen sääntelyn julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet vastaavat pienistä sanamuodon eroista huolimatta toisiaan.⁴⁰ Suomen kansallisessa lainsäädännössä julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista on säädetty hankintalain 3 §:n 1 momentissa otsikon ”julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet” alla. Periaatteiden luonne on hankintamenettelyn läpileikkaava.⁴¹ Kyseisessä lainkohdassa julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden sisältö on määritelty seuraavasti (korostukset tässä):

*”Hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia **tasapuolisesti ja syrjimättömästi** sekä toimittava **avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.**”*

Kansallisella tasolla noudatettavien oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttaa tietyiltä osin myös hallintolaki (434/2003). Tämä perustuu siihen, että suuri osa hankintayksiköistä on hallintolaisissa tarkoitettuja viranomaisia, joiden toimintaan sovelletaan hallintolakia.⁴² Näiden

³⁷ Pekkala ym. 2019, s. 34, Eskola ym. 2017, s. 34. Myös Kováčiková – Blažo, s. 228.

³⁸ Ks. Sigma 2011 s. 2–3, Pekkala ym. 2019, s. 34 ja Eskola ym. 2017, s. 34.

³⁹ Ks. Pekkala ym. 2019, s.37.

⁴⁰ Ks. HE 108/2016 vp, s. 73.

⁴¹ Ks. Määttä – Voutilainen 2017, s. 112.

⁴² Hallinto-oikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa hankintasopimusten on itse asiassa katsottu olevan hallintosopimuksina ainakin silloin, kun kyseessä on lakisääteisten palveluiden tuottamiseen liittyvä sopimus. Tätä on

hankintayksiköiden tekemiin julkisiin hankintoihin tulevat sovellettavaksi hankintalaissa asetettujen periaatteiden lisäksi hallintolain 6 §:ssä mainitut hallinnon oikeusperiaatteet, joita ovat yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja luottamuksensuoja-periaate⁴³

Hallinnon oikeusperiaatteiden merkitys hankintamenettelyssä liittyy hankintayksikön hankintapäätökseen johtavaan harkintaan ja hankintapäätöksen tekemiseen sekä julkisen hankinnan menettelyllisiin vaatimuksiin.⁴⁴ Koska hankintalain periaatteiden sisältö vastaa pitkälti hallintolain oikeusperiaatteiden sisältöä, on hallintolain oikeusperiaatteiden luonne hankintalakiin nähden lähinnä täydentävä silloinkin, kun hankintayksikkö kuuluu hallintolain soveltamisalan piiriin.⁴⁵ Lähtökohtana on, että hankintalain ja hallintolain yleisiä oikeusperiaatteita on sovellettava julkisiin hankintoihin toisiaan täydentäen hankintalajista tai hankinnan arvosta riippumatta silloin, kun hankintayksikkö kuuluu hallintolain soveltamisen piiriin.⁴⁶ Tässä tutkielmassa hallintolain yleisiä oikeusperiaatteita ei käsitellä erikseen, mutta ne otetaan luvussa 2.2 hankintalain periaatteiden määrittelyssä huomioon täydentävinä periaatteina.

2.2 Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden määrittely

2.2.1 Avoimuusperiaate

Avoimuusperiaate⁴⁷ on yleinen julkista hallintoa koskeva periaate, jonka perustana vaikuttavat niin SEUT, hankintadirektiivi ja hankintalaki kuin perustuslaki (731/1999), laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999) ja hallintolakikin.⁴⁸ Julkisten hankintojen avoimuus

perusteltu sillä, että vaikka hankintasopimusten sisältöä painotetaan usein yksityisoikeudellisesti ja sopimus muistuttaa usein tulkinnaltaan yksityisoikeudellista sopimusta, hallintolain 2 §:n 2 ja 3 momentin mukainen hallintolain soveltamisala vastaa hankintalain 5 §:n hankintayksiköiden määritelmää ja 6 §:n soveltamisalaa. Ks. *Mäenpää* 1989, s. 87 ja 91 sekä *Mäkinen – Luoto* 2012, s. 1185. Toisaalta korkein oikeus on EU-tuomioistuimen ratkaisuun C-160/08 *komissio v. Saksa* viitaten todennut ratkaisussaan *KKO 2013:19*, että ”jos sopimuksen kohteena on tyypiltään sellainen suoritus, jonka hankinta voi kuulua mainittujen (hankintalain) säädösten soveltamisalaan, tämä merkitsee yleensä samalla, että sopimus jää julkisen vallan käyttöön liittyvien hallintosopimusten piiriin ulkopuolelle, ellei tästä ole erikseen säädetty”. Ks. myös *Halonen* 2015, s. 162.

⁴³ Lista oikeusperiaateista ei kuitenkaan ole tyhjentävä. Ks. tarkemmin *Mäenpää* 2017, s. 144 ja *Niemivuo ym.* 2010, s. 119.

⁴⁴ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 112.

⁴⁵ Hallintolain periaatteet kuitenkin muodostavat hankintalakia vastaavat vaatimukset hankintalain ulkopuolelle jäävien hankintojen toteuttamiselle siten, että lähtökohtaisesti kilpailuttamisvelvollisuutta on noudatettava myös hankintalain ulkopuolelle jääviin hankintoihin, joita tehdään julkisilla varoilla. Ks. tarkemmin esimerkiksi *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 113 ja *Nenonen* 2011, s. 373 ja 394.

⁴⁶ Ks. *AOKS 1022/1/2015* ja *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 113.

⁴⁷ Toisinaan myös läpinäkyvyysperiaate, joka on avoimuusperiaatetta suurempi käänös englanninkielisestä termistä *transparency*.

⁴⁸ HE 108/2016, vp, s. 73 ja HE 50/2006 vp, s. 124. Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 112 ja *Pekkala ym.* 2019, s. 34.

perustuu julkisuusperiaatteen asettamaan vaatimukseen julkisten varojen käyttöön liittyvän vaatimuksen täyttämistä.⁴⁹ Avoimuusperiaate edellyttää hankintamenettelyä koskevien tietojen julkisuutta, ilmoittamista julkisesti, tiedottamista tarjouskilpailun ratkaisemisesta sekä asiakirjajulkisuutta hankintaa koskevien asiakirjojen osalta.⁵⁰

Hankintamenettelyn avoimuudella pyritään siihen, että hankintayksiköt pystyvät hyödyntämään olemassa olevia kilpailuolosuhteita mahdollisimman tehokkaasti.⁵¹ Mitä avoimemmin hankintamenettely toteutetaan, sitä enemmän kilpailua syntyy ja oletusarvoisesti kilpailun lisääntyminen heijastuu hankintamenettelyn hintoihin hankintayksikön kannalta positiivisesti.⁵² Toisaalta avoimuusperiaatteen tarkoituksena on varmistaa myös hankintamenettelyn puolueettomuuden arviointi ja ehkäistä riski siihen, että hankintayksikkö toimisi puolueellisesti tai suosisi jotakin ehdokasta tai tarjoajaa.⁵³ Huolimatta avoimuusperiaatteella mahdollisesti saavutettavasta hinnan alenemisesta, periaatteen pääasiallisena tarkoituksena on edistää puolueettomuuden arviointia sekä toimivia ja rehellisiä sisämarkkinoita.⁵⁴

EU-tuomioistuimen mukaan avoimuuden periaatteen toteutuminen edellyttää kaikkien hankintamenettelyn ehtojen ja yksityiskohtaisten sääntöjen selvää, täsmällistä ja yksiselitteistä muotoilua hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa. Tällaisella menettelyllä varmistetaan ensinnäkin siitä, että kaikki tavanomaisen huolelliset ja kohtalaisen valistuneet tarjoajat ymmärtävät hankintamenettelyn ehtojen ja sääntöjen täsmällisen ulottuvuuden. Toiseksi menettelyllä varmistetaan, että hankintayksiköillä on todellinen mahdollisuus tarkastaa, ovatko tarjoajien tarjoukset kyseessä olevan hankinnan arviointiperusteiden mukaisia.⁵⁵

Hankintamenettelyn avoimuus edellyttää myös, että hankintailmoitus, jolla hankinnasta ilmoitetaan, on asiallisesti oikeansisältöinen hankintamenettelyllä hankittavan hyödykkeen, hankinnan laajuuden ja hankintaan osallistuvien hankintayksiköiden osalta. Oikeansisältöisellä

⁴⁹ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 119.

⁵⁰ HE 50/2006 vp, s. 47. *Eskola ym.* 2017 s. 34 ja *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 119.

⁵¹ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 121 ja *Kováčiková – Blažo*, s. 226.

⁵² Ks. *Bovis* 2005, s. 128.

⁵³ *Kováčiková – Blažo*, s. 226.

⁵⁴ Jos avoimuusperiaatteen ainoa funktio olisi tehostaa kilpailua ja alentaa hankintayksikön kustannuksia, ei se välttämättä olisi tämän tavoitteen saavuttamiseksi kovin tehokas, koska avoimuusperiaate ja kilpailun lisääntyminen voi johtaa tilanteeseen, jossa hallinnolliset kustannukset kasvavat merkittävästi tarjousten määrän noustessa ja saavutettu hintaetu menetetään. Lisäksi muun muassa *Bovis* on todennut, että avoimuusperiaatteella saavutettavat edut soveltuvat lähinnä yksittäisiin hankintoihin, eivät toistuviin hankintoihin. Tämä perustuu siihen, että kilpailun ja toimijoiden lisääntymisen myötä hankintasopimuksia joudutaan solmimaan jatkuvasti tuntemattomien ja eri toimittajien kanssa, jolloin jatkuvuutta yhteistyöhön ei synny. Ks. tarkemmin *Bovis* 2005, s. 129.

⁵⁵ Ks. C-368/10 *komissio v. Alankomaat*, kohta 109.

ilmoituksella varmistetaan, että tarjoajat voivat totuudenmukaisesti päätellä mahdollisuutensa tarjota hankintailmoituksen mukaisia hyödykkeitä.⁵⁶

2.2.2 Suhteellisuusperiaate

Hankintalaissa määritelty suhteellisuusperiaate vastaa sisällöltään sekä hallintolain suhteellisuusperiaatetta että hankintadirektiivin suhteellisuusperiaatetta.⁵⁷ Suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintamenettelyssä asetetaan sellaiset vaatimukset, jotka ovat oikeassa suhteessa hankinnan päämäärän kanssa ja otetaan kohtuullisuusnäkökanta huomioon läpi hankintamenettelyn.⁵⁸ Hankintalain suhteellisuusperiaate saa tosiasiallisen sisältönsä oikeuskäytännöstä, jossa tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten suhteellisuutta on arvioitu. Oikeuskäytännössä sen on katsottu tarkoittavan muun muassa kohtuullisuuden vaatimusten huomioon ottamista hankintayksikön asettamissa vaatimuksissa hankintamenettelyn aikana.⁵⁹ Suhteellisuusperiaatteen mukaan näiden vaatimusten on oltava järkevissä suhteissa hankinnan kohteeseen.⁶⁰

Koska hankintalainsäädäntö jättää hankintayksikölle laajan harkintavallan monissa hankintoihin liittyvissä kysymyksissä, suhteellisuusperiaatteen rooli on hankintayksikön toiminnassa merkittävä.⁶¹ Suhteellisuusperiaatteella on keskeinen merkitys muun muassa ehdokkaiden tai tarjoajien hankintamenettelystä poissulkemisessa.⁶² Hankintalain esitöissä ja myös itse lain kohdissa viitataan suoraan suhteellisuusperiaatteen sisältöön ohjenuorana, jonka perusteella hankintayksikön on käytettävä harkintavaltaansa poissulkemisessa.⁶³ Suhteellisuusperiaatteen edellyttämää harkintaa on havainnollistettu hallituksen esityksessä toteamalla, että jos hankintayksikkö poissulkisi jonkun ehdokkaan tai tarjoajan ainoastaan vähäisen rikkomuksen vuoksi, menettely olisi todennäköisesti suhteellisuusperiaatteen vastaista. Toisaalta hallituksen esityksessä todetaan, että hankintayksiköllä on mahdollisuus kiinnittää huomiota poissulkemisen vaikutuksiin kilpailutuksessa etenkin, jos kyseessä on toimiala, jonka markkinat ovat kapeat ja

⁵⁶ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 120. Hankintaan osallistuvien hankintayksiköiden ilmoittamisesta ja merkityksestä tarkemmin esim. *KHO 2016:182*.

⁵⁷ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 133.

⁵⁸ C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici v. Comune di Milano*. HE 108/2016 vp, s. 73–74 ja HE 50/2006 vp, s. 124. *Eskola ym.* 2017 s. 35–35 ja *Pekkala ym.* 2019 s. 36.

⁵⁹ HE 50/2006 vp, s. 47.

⁶⁰ *MAO 481/15*.

⁶¹ Ks. *Hyvönen ym.* 2007 s. 6.

⁶² Ks. *Kováčiková – Blažo*, s. 226.

⁶³ Esimerkiksi hankintalain hallituksen esityksessä HE 108/2016 vp on todettu 81 §:n 1 momentin kohdan 4 osalta, että ehdotettua lainkohtaa sovellettaessa hankintayksikkö voisi kiinnittää huomiota suhteellisuusperiaatteen ja 81 §:n 1 momentin 6 kohdan osalta, että hankintayksikön tulee huomioida suhteellisuuden periaate. Myös varsinaiseen hankintalain 81 §:ään on sen 2 momenttiin kirjattu, että poissulkemista koskevassa harkinnassa voidaan ottaa huomioon muun muassa virheen, rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset, mikä käytännössä tarkoittaa suhteellisuusperiaatteen soveltamista. Ks. HE 108/2016 vp, s. 183 ja 186.

toimijoita on vähän.⁶⁴ Myös varsinaiseen hankintalain sanamuotoon on harkinnanvaraisien poissulkemisperusteiden osalta kirjattu suhteellisuusperiaatteen sisältö. Hankintalain 81 §:n 2 momentin sanamuodon mukaan poissulkemista koskevassa harkinnassa voidaan ottaa huomioon muun muassa virheen, rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika sekä mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset. Käytännössä sanamuoto tarkoittaa suhteellisuusperiaatteen soveltamista.

Hankintadirektiivin johdanto-osassa todetaan vastaavasti, että hankintayksikön on vapaaehtoisia poissulkemisperusteita soveltaessaan kiinnitettävä erityistä huomiota suhteellisuusperiaatteen.⁶⁵ EU-tuomioistuin on todennut, että harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita käytettäessä suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintaviranomainen suorittaa poissulkemisharkinnan kohteena olevan ehdokkaan tai tarjoajan konkreettisen ja yksilöllisen arvioinnin.⁶⁶ Arvioinnilta edellytetään riippumattomuutta muiden viranomaisten aiemmista päätöksistä ja siinä on huomioitava ehdokkaan tai tarjoajan mahdollisesti esittämät korjaavat toimenpiteet.⁶⁷

2.2.3 Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate

Syrjimättömyyden periaate perustuu SEUT 18 artiklan syrjintäkieltoon, joka kattaa laajasti kaikenlaisen syrjinnän. Tasapuolisuuden periaate on johdettu Euroopan unionin oikeuskäytännössä SEUT 18 artiklan syrjintäkiellosta sekä tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden ja sijoittamisvapauden periaatteista.⁶⁸ Vaikka hankintalaissa tasapuolinen kohtelu on mainittu syrjimättömyydestä erillisenä periaatteena, käsitellään niitä tyypillisesti yhtenä kokonaisuutena. Tämän voidaan katsoa perustuvan siihen, että tasapuolisen kohtelun periaate on oikeuskäytännössä johdettu syrjimättömyyden periaatteesta ja niillä on siten sekä sama perusta että tavoite.

Syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun periaate edellyttää, että samankaltaisia tilanteita kohdellaan aina samalla tavalla.⁶⁹ Jos näin ei tehdä, on erilainen kohtelu voitava perustella puolueettomilla syillä.⁷⁰ Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate ulottuu hankintamenettelyn kaikkiin vaiheisiin ja kaikkiin tarjoajiin sekä potentiaalsiin tarjoajiin.⁷¹ Käytännössä sen

⁶⁴ HE 108/2016 vp, s. 186.

⁶⁵ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 102.

⁶⁶ Ks. C-425/18, *Conorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) v. Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA* (jäljempänä "CNS") [2019], kohta 34.

⁶⁷ Komissio 2021, s. 14.

⁶⁸ Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 36.

⁶⁹ Ks. *Raitio–Tuominen* 2020, 681.

⁷⁰ Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 36.

⁷¹ Ks. *Hyvönen ym.* 2007, s. 21.

käyttäminen kuitenkin edellyttää myös avoimuus- ja suhteellisuusperiaatteiden soveltamista, koska periaatteet muodostavat kokonaisuuden.

Tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu on oikeuskäytännössä laajasti käsitelty periaate. Suomen lainsäädännössä tämä on perustunut osittain ensimmäisen hankintalain (1505/1992) yleisluontoisuuteen menettelysäännösten suhteen, mikä edellytti menettelysäännösten johtamista tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteista. Sääntelyn tarkentuessa periaatteiden rooli keventyi, mutta niitä käytetään edelleen ratkaistaessa sellaisia ongelmia, joihin ei löydy yksiselitteistä vastausta lakitekstistä.⁷²

Hankintalain 3 §:n 2 momentissa on nimenomaisesti säädetty hankintayksikölle velvoite kohdella tarjoajia yhdenvertaisesti hankintayksikön omistaman yhteisön tai laitoksen tai toisen hankintayksikön osallistuessa tarjouskilpailuun. Pykälän mukaan tällaisen yhteisön osallistuminen hankintamenettelyyn on siis täysin sallittua, mutta laissa on katsottu aiheelliseksi erityisesti painottaa syrjimättömyyttä ja tasapuolista kohtelua tältä osin. Hankintalaissa ei ole vastaavaa kannanottoa minkään muun omistusjärjestelyn osalta. Sen sijaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatetta on painotettu hankintalain esitöissä ainakin 81 §:n 1 momentin 6 kohdan osalta toteamalla nimenomaisesti, että hankintayksikön tulee huomioida kyseistä poissulkemisperiaatetta soveltaessaan tasapuolisuuden periaate.⁷³

2.3 Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden soveltaminen

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet tulevat aina lähtökohtaisesti sovellettavaksi kokonaisuutena ja niitä sovelletaan jokaiseen julkiseen hankintaan jokaisessa hankinnan vaiheessa.⁷⁴ Tämä on loogista, koska kaikkien julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden tarkoitus on sama – tähdätä toimiviin EU:n sisämarkkinoihin ja varmistaa rehellinen ja toimiva kilpailu. Hankintalainsäädännössä on paikoitellen korostettu tiettyjen periaatteiden asemaa. Muun muassa hankintadirektiivin 57 artiklan alakohdan 6 ja hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta korostuneeseen asemaan on nostettu suhteellisuuden ja tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteet.⁷⁵

⁷² Näihin periaatteisiin liittyvää vanhaa oikeuskäytäntöä on lähtökohtaisesti pidettävä ajantasaisena, koska tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate on sisällöltään säilynyt lainsäädäntöuudistuksien jälkeen samana. Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 36–38.

⁷³ *HE 108/2016 vp*, s. 186.

⁷⁴ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 1.

⁷⁵ *HE 108/2006 vp*, s. 186. Komissio 2021, s. 13–14.

Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden soveltaminen kokonaisuutena on erityisen tärkeää silloin, kun harkintaa joudutaan tekemään kahden eri oikeushyvän välillä eikä yksittäinen periaate anna vastausta siihen, kuinka tilanne pitäisi ratkaista. Harkittavaksi voi tulla myös periaatteiden etusijajärjestys. Julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden soveltaminen onkin osin tarkoitussidonnaisuusharkintaa⁷⁶ Esimerkiksi tilanteessa, jossa yrityksen A hankintamenettelyyn osallistuminen saattaa aiheuttaa sen, että yritysten B ja C tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu vaarantuisi, hankintayksikön on ratkaistava, onko tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatetta tulkittava A:n hyväksi vai B:n ja C:n hyväksi. Kun tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate ei yksinään anna ratkaisua tilanteeseen, on asiaa harkittava avoimuus- ja suhteellisuusperiaatteiden valossa. Erityisesti suhteellisuusperiaatteen painoarvo on merkittävä, koska se ohjaa aina ottamaan huomioon kaikki asiassa vaikuttavat olosuhteet ja ryhtymään vain sellaisiin toimenpiteisiin, jotka ovat tilanteessa oikeansuhtaisia. Hankintayksikön on esimerkkitapauksessa harkittava tapauksen olosuhteet huomioon ottaen, onko tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatetta tulkittava siten, että A:lla on oltava oikeus osallistua hankintamenettelyyn vai siten, että B:n ja C:n tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaaminen edellyttää A:n poissulkemista hankintamenettelystä. Esimerkki vastaa osaltaan myös kysymykseen siitä, miksi hankintalain esitöissä on painotettu erityisesti suhteellisuusperiaatteen merkitystä.

Hankintayksiköllä on hankintalain 123 §:ään perustuva velvollisuus tehdä kaikki tarjoajan tai ehdokkaan asemaan vaikuttavat päätökset kirjallisesti. Hankintapäätöksestä tai siihen liittyvistä asiakirjoista on käytävä ilmi kaikki ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat. Tällaisia ovat ainakin ehdokkaan tai tarjoajan hylkäämisen perusteet, tarjouksen hylkäämisen perusteet ja hyväksytyjen tarjousten vertailuperusteet.⁷⁷

⁷⁶ Tarkoitussidonnaisuusharkinnassa kaikki tehtävissä olevat ratkaisut ovat lähtökohtaisesti lainmukaisia. Ks. Aarnio 2014, s. 279–280.

⁷⁷ Eskola ym. 2017, s. 544. <https://www.hankinnat.fi/yhteiset-saannokset/hankintapaatos> (haettu 20.4.2021).

3 Harkinnanvarainen poissulkemisperuste

3.1 Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen määrittely

Harkinnanvaraisella poissulkemisperusteella tarkoitetaan sellaista hankintalainsäädännössä määriteltyä seikkaa, jonka perusteella hankintayksikkö voi sulkea ehdokkaan tai tarjoajan pois hankintamenettelystä, johon se on osallistunut. Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden tarkoitus on vähentää ehdokkaan tai tarjoajan heikosta taloudellisesta asemasta tai muista epävarmuustekijöistä johtuvia riskejä, jotka voivat vaikuttaa hankinnan toteutumiseen.⁷⁸ Sekä hankintadirektiivissä että hankintalaissa on säädetty harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista. Hankintadirektiivissä harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet on lueteltu artiklan 57 kohdan 4 alakohdissa a–f. Hankintalaissa harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet on lueteltu 10 luvun 81 §:n 1 momentin kohdissa 1–11. Luettelot ovat tyhjentyvät, mutta niihin liittyy nimensä mukaisesti merkittävästi tulkinnan- ja harkinnanvaraa.

Harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet antavat hankintayksikölle oikeuden poissulkea tarjoaja tai ehdokas hankintamenettelystä missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa tilanteessa, jossa hankintayksiköllä on riittävän uskottavaa näyttöä siitä, että harkinnanvarainen poissulkemisperuste on olemassa. Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen edellytyksenä on hankintalain 81 §:n kohtien 1–11 sanamuotojen mukaan se, että hankintayksikön täytyy pystyä näyttämään epäily harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolosta uskottavasti toteen.⁷⁹ Hallituksen esityksen mukaan näyttönä poissulkemisperusteen olemassaolosta voi olla ainakin lainvoimainen päätös tai tuomioita, mutta myös muu aineistoa.⁸⁰

Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden arviointi on osa tarjoajien tai ehdokkaiden soveltuvuusarviointia⁸¹. Hankintayksikkö arvioi harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden olemassaolon lähtökohtaisesti ennen tarjousvertailua.⁸² Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että hankintayksikön havaitessa jonkin tarjoajan kohdalla harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen ja

⁷⁸ HE 108/2016 vp, s. 183 ja TEM 2015, s. 201 sekä *Hyvönen ym.* 2007, s. 228.

⁷⁹ Ks. HE 108/2016 vp., s. 183 ja *Eskola ym.* 2017, s. 416–417.

⁸⁰ HE 108/2016 vp., s. 183. Luvussa 3.2 arvioidaan, millaista näyttöä hankintayksiköllä on oltava hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan osalta.

⁸¹ Tarjoajien soveltuvuusarviointi koostuu kolmesta vaiheesta. Ensimmäisenä arvioidaan, täyttävätkö tarjoajat ja niiden tarjoukset hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä asetetut ehdottomat soveltuvuusvaatimukset. Toiseksi arvioidaan, onko tarjoajien osalta syytä soveltaa hankintalain 80 §:n tarkoittamia pakollisia poissulkemisperusteita. Kolmanneksi arvioidaan, onko tarjoajien osalta syytä soveltaa 81 §:n tarkoittamia harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita. Rajoitetussa menettelyssä ja neuvottelumenettelyssä soveltuvuusarviointi tehdään osallistumishakemuksen lähettäneiden ehdokkaiden osalta jo ennen tarjoajien valintaa. Ks. *Karinkanta – Lahtinen* 2017, s. 115.

⁸² *Karinkanta – Lahtinen* 2017, s. 115.

päättää soveltaa sitä, ei kyseisen tarjoajan jättämää tarjousta tarkastella lainkaan. Vaikka harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltaminen tapahtuu tyypillisimmin tarjoajien tai ehdokkaiden kelpoisuusarvioinnin yhteydessä, voi poissulkeminen tapahtua myös myöhemmin missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa.⁸³ Mahdollisuudella soveltaa poissulkemisperustetta koska tahansa on pyritty siihen, ettei selvästi olemassa olevan poissulkemisperusteen soveltaminen esty, vaikka hankintayksikkö havaitsisi sen vasta kelpoisuusarvioinnin jälkeen. On myös mahdollista, että harkinnanvarainen poissulkemisperuste ylipäätään syntyy vasta hankintamenettelyn aikana esimerkiksi siten, että rajoitettuun menettelyyn valitut tarjoajat tekevät sopimuksen tarjoustensa hinnoista, kun ovat saaneet tietää tulleensa valituiksi hankintamenettelyyn.⁸⁴

Vanhan hankintalain (348/2007) hallituksen esityksen perustelujen mukaan hankintayksikön ei tarvinnut hankintailmoitusta laatiessaan kirjata hankintailmoitukseen tai tarjouspyyntöasiakirjoihin niitä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita, joita se mahdollisesti aikoi soveltaa sellaisia havaitessaan.⁸⁵ Vastaavasti hankintayksikön ei tarvinnut ilmoittaa, että se ei aio soveltaa jotakin harkinnanvaraista poissulkemisperustetta, vaikka sellainen olisi olemassa.⁸⁶ Nykyisessä hankintalaissa tai sen perusteluissa ei ole otettu kantaa siihen, tuleeko hankintayksikön ilmoittaa mahdollisesti sovellettavista harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista etukäteen. Kannanottoa ei ole kumpaankaan suuntaan – sen puolesta, että ilmoitusta edellytettäisiin tai sen puolesta, että sitä ei edellytetä.

Hankintalain 87 §:ssä on kuitenkin säädetty EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta yhteisestä eurooppalaisesta hankinta-asiakirjasta, jota hankintayksikön on vaadittava käytettäväksi alustavana näyttönä siitä, että mikään 81 §:ssä tarkoitetuista harkinnanvaraisista poissulkemisperusteista ei koske ehdokasta tai tarjoajaa. Yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan sisältö perustuu Euroopan komission täytäntöönpanoasetuksessa (EU) 2016/7 yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan vakiolomakkeen vahvistamisesta vahvistettuun vakiolomakkeeseen.⁸⁷ Käytännössä vakiolomakkeen täyttö tapahtuu siten, että hankintayksikkö esitäyttää

⁸³ HE 108/2016 vp, s. 183.

⁸⁴ Esimerkiksi hankintalain 81 §:n 1 momentin 10 kohdan harkinnanvarainen poissulkemisperuste eli olennaisesti väärin tietojen antaminen hankintayksikölle tapahtuu käytännössä aina vasta hankintamenettelyn aikana. Ks. HE 108/2016 vp, s. 183.

⁸⁵ HE 50/2006 vp, s. 97.

⁸⁶ Hankintayksikkö saattoi halutessaan ilmoittaa tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa, että jokin hankintalain poissulkemisperusteista aiheuttaa automaattisesti tarjoajan sulkemisen pois tarjouskilpailusta ja luopua tällä tavoin tapauskohtaisesta harkinnasta. Käytännössä tämä oli kuitenkin mahdollista ainoastaan sellaisten poissulkemisperusteiden osalta, jotka eivät edellyttäneet tapauskohtaista harkintaa joko itse poissulkemisperusteen olemassaolon tai riittävän näytön olemassaolon osalta, ks. *Hyvönen ym.* 2007, s. 228.

⁸⁷ *Ukkola 2017*, s. 4.

lomakkeen ja ilmoittaa muun muassa, mistä hankinnasta on kyse ja mitä soveltuvuusvaatimuksia se asettaa. Tämän jälkeen ehdokas tai tarjoaja täyttää lomakkeen omalta osaltaan esittäen vakuutuksia hankintayksikön asettamien vaatimusten täyttymisestä.⁸⁸

Harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta hankintayksikön on esitäytön aikana yksilöitävä ja ilmoitettava ne harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet, joiden olemassaoloon ehdokkaan tai tarjoajan on otettava kantaa. Hankintayksikkö siis ilmoittaa tarjouskilpailun alussa harkinnanvaraiset poissulkemisperusteet, joiden olemassaolosta se haluaa ehdokkaan tai tarjoajan vakuutuksen. Ilmeisesti hankintayksikön voidaan katsoa sitoutuneen näiden ilmoittamiensa harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta siihen, että se selvittää niiden olemassaolon ja arvioi, onko niitä sovellettava harkinnanvaraisina poissulkemisperusteina.⁸⁹ *Ukkolan* mukaan sitoutumisen ei ilmeisesti voida yleensä katsoa yltävän niin pitkälle, että hankintayksikkö tulisi velvoitetuksi soveltamaan kyseisiä harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita automaattisesti niiden olemassaolon havaitessaan.⁹⁰ Tämä näkökanta voidaan kuitenkin kyseenalaistaa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, koska tasapuolisen kohtelun vaarantavissa tilanteissa hankintayksiköllä on katsottu olleen velvollisuus poissulkuun sillä perusteella, että poissulkemisperusteen soveltamatta jättäminen vaarantaisi tarjoajien tai ehdokkaisen yhdenvertaisen kohtelun.⁹¹ Myös siinä tapauksessa, että hankintayksikkö on yksiselitteisesti ilmoittanut esitäytetyssä yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa tai muussa hankinta-asiakirjassa, että se väistämättä sulkee tarjoajan tai ehdokkaan hankintamenettelystä tietyn harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen täytyessä, tätä ilmoitusta on pidettävä sitovana.⁹²

⁸⁸ Ks. Ohjeistus yhteisen eurooppalaisen hankinta-asiakirjan sähköisestä täyttämisestä ja käytöstä Euroopan komission luomassa palvelussa. *Työ- ja elinkeinoministeriö. 27.1.2017. Päivitetty versio 2.*

⁸⁹ *Ukkola* 2017, s. 5.

⁹⁰ *Ukkola* on esittänyt myös vaihtoehdoisen tulkinnan, jonka mukaan EU-tuomioistuimen tarjousten vertailuperusteita koskeva vakiintunut oikeuskäytäntö (ks. esim. C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, aiemmin Stagecoach Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne*), jonka mukaan vertailuperusteet tulee asettaa hankinta-asiakirjoissa sellaisella tarkkuudella, että ne eivät anna hankintamenettelyn myöhemmissä vaiheissa hankintayksikölle rajoittamatonta valinnanvapautta, voisi soveltua myös harkinnanvaraisen poissulkemisperusteiden yksilöinnin sisältämään sitoutumiseen. *Ukkolan* mukaan yksilöidyn harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tarkistamiseen velvoittavaa sitoutumista tukevat ainakin hankintalainsäädännön toimintavelvoitteiden soveltamisen johdonmukaisuus, poissulkemisperusteiden sääntelyn tavoitteet sekä hankintamenettelyn prosessiekonomiaan liittyvät argumentit. Ks. *Ukkola* 2017, s. 7.

⁹¹ Ks. C-531/16 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras v. "Ecoservice projektai" UAB, aiemmin "Specializuotas transportas"* (jäljempänä "**Specializuotas transportas**"). Tämä tulkinta soveltuu vain hankintamenettelyn aikaiseen tasapuolisen kohtelun vaarantavaan menettelyyn. Jos kyseessä siis on esimerkiksi toimittajan muussa yhteydessä tekemä virhe, samanlaista tasapuolisen kohtelun vaatimukseen perustuvaa velvollisuutta poissulkemisperusteen soveltamiseen ei liene olemassa.

⁹² Ks. C-171/15 *Connexion Taxi Services BV v Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) and Others* (jäljempänä "**Connexion Taxi Services**").

Hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohta olisi antanut mahdollisuuden kaventaa hankintayksikön harkintavaltaa poissulkemisperusteiden käyttämisessä, mutta Suomi ei ole tätä keinoa käyttänyt. Kyseisen kohdan mukaan jäsenvaltioilla olisi ollut mahdollisuus harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita määrittäessään velvoittaa hankintayksiköt soveltamaan niitä jossakin hankintadirektiivin artiklan 57 kohdan 4 alakohdan a–i tilanteessa. Komission helmikuussa 2019 teettämän kyselyn vastausten perusteella useimmat jäsenvaltiot päättivät Suomen tavoin pitää poissulkemisperusteen soveltamisen hankintaviranomaisille vapaaehtoisena, kun vuoden 2014 direktiivit saatettiin osaksi kansallista lainsäädäntöä.⁹³

Koska hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti harkintavalta päättää siitä, soveltaako se jotakin olemassa olevaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta, hankintalaissa ei ole sanktioitu tilannetta, jossa hankintayksikkö päättää olla soveltamatta harkinnanvaraista poissulkemisperustetta. Hankintayksiköllä on kuitenkin aina velvollisuus perustella kaikki hankintamenettelyn aikana tekemänsä päätökset eli myös päätös olemassa olevan poissulkemisperusteen soveltamatta jättämisestä.⁹⁴ Jos hankintayksikkö ei ole perustellut päätöstään riittävällä tavalla, hankintayksikön hankintamenettelyä on pidettävä virheellisenä ja markkinaoikeus tai korkein hallinto-oikeus voi määrätä hankintayksikölle hankintalaissa määriteltyjä seuraamuksia.⁹⁵

Hankintayksikkö on hankintalain 3 §:n mukaan velvollinen kohtelevaan hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimimaan avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Jos hankintayksikkö havaitsee, että jonkin toimittajan kohdalla sovellettavaksi voisi tulla harkinnanvarainen poissulkemisperuste, mutta se ei sovelta sitä, lienee mahdollista, että se on toiminut harkinnassaan suhteellisuusperiaatteen ja tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen vastaisesti. Siten, vaikka hankintalaissa ei ole varsinaisesti edellytetty hankintayksiköltä harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden soveltamista, saattavat hankintalain periaatteet tätä edellyttää. Hankintayksikön vastuun virheellisesti sovelletusta harkinnanvaraisesta poissulkemisperusteesta voidaan siis katsoa ulottuvan myös virheellisesti soveltamatta jätettyyn harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen.⁹⁶

⁹³ Komissio 2021, alaviite 35.

⁹⁴ Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 544.

⁹⁵ *ibid.*, s. 545.

⁹⁶ Samaan viittaa EU-tuomioistuimen toteamus asiassa C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37: ”Jos käy ilmi, että tarjoukset eivät ole itsenäisiä ja riippumattomia, direktiivin 2004/18 2 artikla on esteenä sille, että hankintasopimuksen sopimuspuoliksi valitaan tällaisen tarjouksen jättäneitä tarjoajia.”

3.2 Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon arvioiminen

Hankintalainsäädännössä tulkintaongelmat liittyvät yleensä tapauksiin, joissa lain sanamuoto ei anna suoraa vastausta siihen, miten jokin asia tulisi ratkaista. Tulkintaongelma voi johtua myös siitä, että hankintalain sanamuoto on tulkinnanvarainen sen osalta, missä määrin lain sanamuotoon voidaan tukeutua lakia tulkittaessa.⁹⁷ Harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon arviointiin liittyvä tulkintaongelma voidaan katsoa näistä jälkimmäiseksi. Hankintayksiköllä on siis harkintavalta todeta poissulkemisperusteen olemassaolo ja se, onko sen soveltaminen kussakin tapauksessa oikea toimenpide, mutta hankintalain sanamuoto ei määrittele varsinaisia rajoja tälle harkintavallalle.

Kun lain sanamuoto jättää asian jossain määrin tulkinnanvaraiseksi, ratkaisu on haettava arvioimalla poissulkemisperusteen olemassaoloa hankintalainsäädännön tarkoituksen ja tavoitteiden kannalta sekä arvioimalla kysymystä julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden pohjalta.⁹⁸ Jos lain tarkoitus ja periaatteet eivät vastaa tulkintakysymykseen, avuksi otetaan aiempi oikeuskäytäntö.⁹⁹ Hankintalainsäädännön tulkinta voi niveltyä myös muuhun lainsäädäntöön.¹⁰⁰

Hankintayksikön tehtävä selvittää ensin harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolo ja se, onko poissulkeminen oikeasuhtainen toimenpide silloin, kun poissulkemisperuste on havaittu ei ole aina yksinkertainen. Syynä tälle on se, että hankintalaki jättää hankintayksikölle poissulkemisperusteiden arvioinnissa laajan harkintavallan lisäksi laajan vastuun poissulkemisperusteen oikeasta soveltamisesta antamatta kuitenkaan tarkempia ohjeita siitä, milloin poissulkeminen on tehtävä. Ensinnäkään hankintalaki ei määrittele yksiselitteisesti, millainen näyttö riittää poissulkemisperusteen soveltamiseen. Toiseksi hankintalaki ei määrittele tarkkoja ohjeita siihen, miten vahvaa näyttöä poissulkemisperusteen soveltamiseen tarvitaan.¹⁰¹ Kolmanneksi hankintalaki ei vastaa kysymykseen siitä, voidaanko myös hankintayksikön päätös jättää soveltamatta harkinnanvaraista poissulkemisperustetta katsoa hankintalain vastaiseksi, vaikka

⁹⁷ Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 61.

⁹⁸ Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 33.

⁹⁹ Tavallisesti oikeuskäytännöllä viitataan korkeimpien oikeusasteiden ratkaisuihin, mutta hankintalain osalta markkinaoikeuden oikeuskäytännöllä on olennainen painoarvo. Toisaalta asiassa on huomioitava, että hankintasioissa korkein kansallinen instanssi on korkein hallinto-oikeus. Julkisten hankintojen EU-oikeussidonnaisuuden takia tärkeä osa oikeuskäytäntöä on myös EU-oikeus. Sen avulla voidaan usein hahmottaa vastauksia sellaisiinkin tulkintaongelmiin, jotka eivät ole kansallisesti vielä tulleet käsiteltäviksi. Siten EU-oikeuskäytännön analysointi on tietyllä tavalla ennakkollista oikeutta. Koska useat hankintalain säännökset vastaavat sisällöltään julkisia hankintoja koskevia EU-direktiivejä, hankintalain säännöksiä tulkitaan yhdenmukaisesti direktiivien kanssa. Tällaisissa tapauksissa luonnollinen lähtökohta on, että lainkohtaa tulkitaan EU-oikeuskäytännön mukaisesti. tarkemmin ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 68.

¹⁰⁰ *ibid.*, s. 63.

¹⁰¹ *HE 108/2016 vp*, s. 183.

lähtökohtaisesti harkintavalta olemassa olevaksi todetunkin poissulkemisperusteen soveltamisesta on hankintayksiköllä.¹⁰²

E erityisesti pienille hankintayksiköille, joiden hankintoihin kohdistetut resurssit ja hankintoihin liittyvä oikeudellinen osaaminen on rajallista, harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden arvioiminen voi tuottaa vaikeuksia. Komissio on maaliskuussa 2021 ehdottanut tähän ratkaisuksi kansallisten julkisten hankintojen valvontaviranomaisten antamaa apua. Komission ehdotuksessa on keskitytty nimenomaan kilpailun vastaisen toiminnan torjuntaan eli hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan alakohdan d tulkintaan, joten keskushankintaviranomaisen lisäksi komissio on katsonut, että myös kilpailuviranomainen voisi olla elin, joka tarjoaa apua harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamisessa. Komission mukaan hankintayksikön tulisi kääntyä viranomaisten puoleen heti, kun ne havaitsevat mahdollisuuden siihen, että harkinnanvaraista poissulkemisperustetta tulisi soveltaa. Tällöin viranomaiset voisivat antaa asiantuntijalausunnon, joka auttaisi hankintayksikköä tapauksen kokonaisarvioinnissa ja mahdollisen poissulkemispäätöksen perustelussa.¹⁰³ Lopullinen toimivalta ja viimekätinen harkintavalta säilyisi viranomaisilta saadusta avusta huolimatta hankintayksiköllä.¹⁰⁴

3.3 Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen arviointi

3.3.1 Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisala

SEUT 101 artikla kieltää talouden toimijoiden välisen kilpailunvastaisen yhteistyön:

”Sisämarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy sisämarkkinoilla”.

¹⁰² Käytännössä harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamatta jättämisen virheellisyys perustuisi hankintalain periaatteiden virheelliseen soveltamiseen tai soveltamatta jättämiseen.

¹⁰³ Komissio 2021, s. 20.

¹⁰⁴ *ibid.* s. 21.

SEUT 101 artiklan tarkoitus on tukea EU:n tarkoitusta toimivien ja rehellisten sisämarkkinoiden luomisessa, mikä luonnollisesti sisältää pyrkimyksen kilpailun vääristymisen estämiseen.¹⁰⁵ Tämä taloudellinen pyrkimys on vaikuttanut ja vaikuttaa edelleen merkittävästi SEUT artiklan 101 soveltamiseen.¹⁰⁶

Julkisissa hankinnoissa kilpailunvastaisella yhteistyöllä tarkoitetaan hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien ja ehdokkaiden tekemiä lainvastaisia sopimuksia, joiden pyrkimyksenä on vääristää kilpailua hankintamenettelyissä. Tarjoajat saattavat muun muassa sopia tarjousten sisällöstä tai sopia etteivät ne jätä tarjouksia tietyssä hankintamenettelyssä lainkaan. Tällaisen toiminnan tavoitteena on vaikuttaa hankintamenettelyn lopputulokseen siten, että hankintamenettelyn voittaa ennalta määrätty taho, vaikka ulospäin pyritään luomaan kuva, että hankintamenettelyssä on toteutunut rehellinen ja tehokas kilpailu.¹⁰⁷

Ennen vuoden 2014 hankintadirektiivejä EU:n sääntelyssä ei ole ollut erillisiä säädöksiä, joilla olisi ehkäisty kilpailua vääristävää menettelyä julkisissa hankinnoissa. Komissio¹⁰⁸ ja EU-jäsenmaiden kansalliset kilpailuviranomaiset, joilla on valtuudet soveltaa SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaa ovat kuitenkin käsitelleet tapauksia, joissa on ollut kyse julkisiin hankintoihin liittyvästä kilpailunvastaisesta yhteistyöstä. Myös komission alaisuudessa toimiva Euroopan petostentorjuntavirasto (jäljempänä ”**OLAF**”)¹⁰⁹, kansainvälinen kilpailuviranomaisverkko (jäljempänä ”**ICN**”)¹¹⁰ ja monet muut merkittävät toimijat kuten Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (jäljempänä ”**OECD**”)¹¹¹ ja Maailmanpankki¹¹² ovat ottaneet julkisten hankintojen kilpailun vääristymiseen kantaa. Kannanotoilla on pyritty ennaltaehkäisemään julkisten hankintojen kilpailun vääristymistä ja torjumaan kilpailunvastaista yhteistyötä.

¹⁰⁵ Bellamy – Child 2018, s. 150.

¹⁰⁶ Tulkintakanta on ensimmäisen kerran todettu yhdistetyissä asioissa 56-64 ja 58-64 *Établissements Consten SARL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio*. Samaa näkökantaa sovelletaan edelleen, ks. esimerkiksi C-551/03 *General Motors BV v komissio* [2006], kohdat 67–69 sekä yhdistetyt asiat C-501/06P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services and Others v. komissio ja muut* [2009].

¹⁰⁷ Komissio 2021, s. 3.

¹⁰⁸ Ks. rakennusalan yrityksiä koskevat asiat IV/31.572 ja IV/32.571 [1992], esieristettyjä putkia koskeva asia IV/35.691/E-4 [1999], hissejä ja liukuportaita koskeva asia COMP/E-1/38.823 [2007], voimakapeleita koskeva asia AT.39610 [2014] sekä komission kertomuksessa kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta lääkealalla [2019] mainitut tapaukset.

¹⁰⁹ OLAF on julkaissut käsikirjan ”*Julkisiin hankintoihin liittyvät petokset: varoittavia merkkejä ja parhaita käytäntöjä*”, ks. OLAF 2017. Tätä ennen se on myös tilannut tutkimuksen ”*Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*”, ks. OLAF 2013.

¹¹⁰ ICN:n mukaan hintakartellit muodostavat julkisissa hankinnoissa merkittävän ongelman, ks. ICN 2015, s. 24.

¹¹¹ OECD:n neuvosto puolestaan antoi 17.7.2012 suosituksen tarjouskartellien torjumiseksi julkisissa hankinnoissa, ks. OECD 2012.

¹¹² Maailmanpankki julkaisi vuonna 2013 julkisiin hankintoihin osallistuville virkamiehille tarkoitettua petoksia ja korruptiota koskevan käsikirjan, joka sisältää myös kilpailunvastaista yhteistyötä koskevan osion, ks. Maailmanpankki 2013.

Kannanotoista on käynyt selvästi ilmi, että kilpailua vääristävät menettelyt ulottuvat julkisiin hankintoihin. Tämän havainnon seurauksena julkisten hankintojen sääntelyuudistuksen¹¹³ yhteydessä kilpailua vääristävä sopimus on lisätty hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan ja hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan säännöksellä itsenäiseksi harkinnanvaraiseksi poissulkemisperusteeseen.¹¹⁴

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan sanamuoto, jonka perusteella tarjouskilpailusta on mahdollista sulkea tarjoaja tai ehdokas, joka on ollut osallisena kilpailua vääristävässä sopimuksessa, on seuraava:

”Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan

--

joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen”.

Hallituksen esityksen mukaan kohdan tarkoituksena on antaa hankintayksikölle mahdollisuus sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle epäluotettavaksi osoittautuneet tarjoajat.¹¹⁵ Lain sanamuoto ei kuitenkaan kerro yksiselitteisesti, millainen muiden toimittajien kanssa tehty sopimus on luonteeltaan kilpailua vääristävä ja mitä lainkohdan ”muilla toimittajilla” tarkoitetaan. Siten hankintayksikön on hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan osalta arvioitava poissulkemisperusteen edellytyksiä tulkitsemalla lainkohtaa hankintalain ja -direktiivin tarkoituksen, julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden sekä asiaan soveltuvan oikeuskäytännön avulla.

Ensinnäkin hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen arvioinnin ja soveltamisen kannalta on merkityksellistä määritellä, *mitä hankintalaissa tarkoitetaan kilpailua rajoittavalla sopimuksella*. Tämä on olennaista siksi, että hankintayksikön on

¹¹³ EU:n osalta uusien hankintadirektiivien hyväksyminen vuonna 2014 ja Suomen kansallisen lainsäädännön osalta vuoden 2017 hankintalakiuudistus, ks. *supra* luku 1.5 ja alaviitteet 21–26.

¹¹⁴ Komissio on todennut tiedoksiannossaan, että harkinnanvaraisten poissulkemisperusteiden osalta on syytä tarkastella, tulisiko käyttöön ottaa uusia poissulkemisperusteita. Erityisesti poissulkemisperusteen ”vakava virhe ammattitoiminnassa” tarkoituksenmukaisuus ja kattavuus – eli poissulkemisperusteen soveltamisala – on kyseenalaistettu, vaikka kyseistä kohtaa oli mahdollista soveltaa kilpailua vääristävään menettelyyn tietyin edellytyksin, ks. C-425/18 *CNS* [2019], kohdat 18 ja 33. Hankintadirektiiviin on lopulta lisätty erillisenä poissulkemisperusteena kilpailua vääristävä sopimus. Ks. Komissio 2011a, s. 53. Direktiivissä 2014/24/EU säädettyä poissulkemisperustetta voidaan soveltaa myös vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta 26 päivänä helmikuuta 2014 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2014/25/EU 80 artiklan 1 kohdan nojalla.

¹¹⁵ HE 108/2016 vp, s. 185.

tiedettävä, millaista menettelyä on pidettävä kilpailua vääristävänä sopimisena, jotta se voi edes teoriassa ryhtyä harkitsemaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen soveltamista.

Toiseksi hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen arvioinnin ja soveltamisen kannalta on merkityksellistä määritellä, *kenen kanssa tehty sopimus voidaan ylipäätään tulkita kilpailua rajoittavaksi*. Tämän selvittämiseksi on puolestaan määriteltävä, *missä laajuudessa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa käytettyä ”muu toimija” -termiä on tulkittava*.

Kolmanneksi hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen arvioinnin ja soveltamisen kannalta on merkityksellistä määritellä, *millainen kokonaisuus muodostaa lainkohdassa tarkoitetun kilpailua rajoittavan sopimuksen muun toimijan kanssa ja onko kyseiselle harkinnanvaraiselle poissulkemisperusteelle olemassa sellaista tunnusmerkistöä, johon hankintayksikkö voisi nojata*.

3.3.2 Kilpailua vääristävän sopimuksen määrittely

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohta perustuu hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaan.¹¹⁶ Sen sanamuodon mukaan hankintamenettelystä voidaan poissulkea toimittaja, joka on tehnyt *sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua*. Lainkohdan mukaan poissulkeminen edellyttää, että hankintayksikkö voi esittää näyttöä tällaisesta kilpailua vääristävästä sopimuksesta.

EU:n kilpailuoikeudessa kilpailua vääristäviksi menettelyiksi katsotaan menettelyt, joilla markkinoilla toimivat yritykset aikaansaavat kiellettyjä kilpailunrajoituksia.¹¹⁷ Kilpailunrajoitukset voivat olla horisontaalisia eli kilpailijoiden välisiä tai vertikaalisia eli eri tuotanto- ja jakelupor- taalla toimivien yritysten välisiä.¹¹⁸ Horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin kuuluvat erilaiset yritysten väliset kartellit, kuten hintakartellit, tuotantokiintiökartellit, aluekartellit ja tarjouskartellit sekä sopimukset, joilla pyritään sulkemaan kilpailijoita pois markkinoilla. Kartelleita pidetään yleensä vakavimpina kilpailunrajoituksia ja esimerkiksi komissiolla ei ole näyttötaakka

¹¹⁶ Sama poissulkemisperuste on kirjattu myös käyttöoikeussopimuksista annetun direktiivin 2014/25/EU 38 artiklan 7 kohdan e alakohtaan ja olennaisista palveluista annetun direktiivin 80 artiklan 1 kohtaan.

¹¹⁷ Raitio – Tuominen 2020, s. 719.

¹¹⁸ Ks. tarkemmin horisontaalisista ja vertikaalisista kilpailunrajoituksista esim. *Aalto-Setälä ym.* 2016, s. 128–233.

osoittaa näiden kilpailunrajoitusten kilpailua rajoittavia vaikutuksia.¹¹⁹ Vertikaalisia kilpailunrajoituksia ovat esimerkiksi jälleenmyyntihinnan määrittäminen, ohjehinnoittelu, alennusjärjestelmät ja selektiivinen jakelu.¹²⁰

Horisontaalisten ja vertikaalisten kilpailunrajoitusten lisäksi myös määrävän markkina-aseman väärinkäyttö on EU:n kilpailuoikeudessa kielletty. Vaikka yritys voi täysin sallitusti pyrkiä määrävään markkina-asemaan markkinoilla, se ei aseman saavuttaessaan saa käyttää markkinavoimaansa kilpailua vääristävällä tavalla, eli esimerkiksi ohjata hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja tietyillä markkinoilla ja tietyllä tuotannon tai jakelun portaalla.¹²¹ Jos konserni, johon kuuluu emoyhtiö ja useita tytäryhtiöitä menettelee siten, että se määrävässä markkina-asemassa ohjaa hyödykkeiden hintatasoa keskinäisillä sopimuksilla, se voi saada tuomion määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Huomionarvoista on, että jos vastaava hyödykkeiden hintatasosta sopiminen tapahtuu sellaisten yhtiöiden toimesta, jotka eivät ole keskenään konsernisuhteessa, kyseessä olisi hintakartelli.¹²²

Hankintalaissa tai sen lainvalmisteluaineistossa ei ole määritelty kilpailua vääristävää sopimusta.¹²³ Myöskään hankintadirektiivissä tai sen johdanto-osassa ei ole määritelty, mitä sanamuodolla ”sopimus, jolla pyritään vääristämään kilpailua” tarkoitetaan. Sen sijaan harkintavalta siitä, milloin kyseessä on kilpailua vääristävä sopimus ja siten harkinnanvarainen poissulkemisperuste, on jätetty hankintayksikön ja viimesijaisesti tuomioistuimen ratkaistavaksi. Sekä hankintalain että hankintadirektiivin sanamuodosta tosin käy ilmi, että poissulkemisperusteen soveltaminen ei edellytä sitä, että kilpailu olisi tosiasiallisesti vääristynyt sopimuksen seurauksena, vaan pelkkä pyrkimys tähän riittää poissulkemisperusteeksi.

Hankintalain ja hankintadirektiivin kilpailua vääristävän sopimisen lisäämisellä harkinnanvaraiseksi poissulkemisperusteeksi, on pyritty yhdenmukaiseen tavoitteeseen – toimiviin ja

¹¹⁹ Ks. *Leivo ym.* 2012, s. 160–171, 257. *Raitio – Tuominen* 2020, s. 730. Vaikka kilpailijoiden välinen yhteistyö on lähtökohtaisesti kielletty, yhteistyö voidaan sallia, jos sillä voidaan tehostaa hyödykkeiden valmistusta ja jakelua sekä edistää uusien keksintöjen syntymistä. Ks. *Kuoppamäki* 2018, s. 152.

¹²⁰ Ks. *Aalto-Setälä ym.* 2016, s. 177, jossa vertikaalisiksi kilpailunrajoituksiksi on listattu: jälleenmyyntihinnan määrittäminen, ohjehinnoittelu, alennusjärjestelmät, kaksiosainen hinnoittelu, myytävän määrän vaatiminen tai rajoittaminen, vaatimukset oheispalvelujen tarjonnasta ja laadusta, toimituskielto, selektiivinen jakelu, yksinosto- tai yksinmyyntiehdot sekä sidonta.

¹²¹ *ibid.*, s. 329–332.

¹²² Kilpailulain 5 §:n mukaan kiellettyjä ovat sellaiset elinkeinonharjoittajien väliset sopimukset, elinkeinonharjoittajien yhteenliittymien päätökset sekä elinkeinonharjoittajien yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on merkittävästi estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy, rajoittuu tai vääristyy. Kartelleista tarkemmin mm. *Kuoppamäki* 2018, s. 167.

¹²³ Ks. HE 108/2016 vp 185. Lainvalmisteluaineistossa on nimenomaisesti todettu, että hankintalaissa ei ole tarkoitus määrittellä kilpailua vääristävää sopimusta.

kilpailun kannalta vääristymättömiin EU:n sisämarkkinoihin – SEUT 101 artiklan kanssa.¹²⁴ Siten lähtökohtana on pidettävä sitä, että hankintalain ja hankintadirektiivin kilpailua vääristävällä sopimuksella tarkoitettaisiin samaa kuin vastaavalla sanamuodolla SEUT 101. SEUT 101 artiklassa mainitaan kuitenkin hankintadirektiivin ja hankintalain sanamuodoista poikkeavasti kilpailua vääristävän sopimisen lisäksi kilpailua potentiaalisesti vääristävinä toimenpiteinä myös yritysten yhteenliittymien päätökset ja yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat. Ilmeisesti jäsenvaltioilta edellytetään tästä huolimatta hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan ja siten kansallisen hankintalain soveltamisessa SEUT 101 artiklan kassa yhdenmukaista tulkintaa. Tällöin harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tarkoittamaksi kilpailua vääristäväksi sopimuksesi on katsottava varsinaisen sopimuksen lisäksi myös SEUT 101 artiklassa mainitut päätökset ja menettelytavat, joilla on kilpailua vääristävä vaikutus.¹²⁵

Komission mukaan vaihtoehtoinen ja hankintadirektiivin perustelujen¹²⁶ puitteissa mahdollinen tulkintatapa olisi katsoa, että muu kilpailua vääristävä menettely kuin sopimus olisi hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan c alakohdan tarkoittama ”ammattin harjoittamiseen liittyvä vakava virhe”. Tällöin tulkinta olisi samankaltainen vanhan hankintadirektiivin kanssa. Käytännössä toimivampi ja SEUT 101 artiklan kanssa paremmin yhteen sopiva tulkintavaihtoehto lie nee kuitenkin katsoa kaikki kilpailua vääristävä menettely hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan alaan kuuluvaksi. Ilmeisesti tällä tavoin asiaa on tulkinnut myös komissio, koska vanhan hankintadirektiivin mukainen tulkinta on esitetty jäsenvaltioiden vaihtoehtoisena tulkintatapana.¹²⁷

Hankintalain esitöiden mukaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohta vastaa soveltamisalaltaan vanhan hankintalain 54 §:n 1 momentin 4 kohdan säännöstä ammattitoimintaan liittyvästä vakavasta virheestä siltä osin kuin sitä on sovellettu kilpailulainsäädännön rikkomiseen. Hallituksen esityksen mukaan kilpailua vääristävään sopimukseen osallisena olleen toimijan poissulkeminen on hankintalaissa erotettu muusta ammattitoiminnan vakavasta virheestä erilliseksi kohdaksi, kun vanhan hankintalain 54 §:n 1 momentin 4 kohdan säännöstä vastaava poissulkemisperuste on edelleen sanamuodoltaan vastaavana hankintalain 81 §:n 1 momentin kohdassa 3. Hallituksen esityksen mukaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan nimenomaisena

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Komissio 2021, s. 12.

¹²⁶ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 101.

¹²⁷ Komissio 2021, s. 12.

tarkoituksena on hallituksen esityksen mukaan ollut antaa hankintayksikölle mahdollisuus sulkea hankintamenettelystä pois yritykset, jotka ovat osoittautuneet epäluotettavaksi.¹²⁸

Hankintalain esitöiden perusteella voidaan katsoa, että hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan kilpailua vääristävän sopimuksen termiä on tarkoitettu tulkittavan edellä esitetyllä tavalla laajasti ja SEUT 101 artiklan kanssa yhdenmukaisesti siten, että siihen sisältyy kaikki kilpailua vääristävä menettely. Tulkinnan mukaan myös sellainen kilpailua vääristävä menettely, joka ei kirjaimellisesti ole sopimus katsottaisiin siis hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamaksi kilpailua vääristävän sopimuksen tekemiseksi.

3.3.3 Muun toimittajan ja taloudellisen toimijan määrittely

Hankintalaissa käytetään hankintamenettelyyn osallistuvasta taloudellisesta toimijasta nimitystä ”ehdokas” tai ”tarjoaja”. Hankintalain 4 §:n määrittelyn mukaan ehdokkaalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on ilmoittanut halukkuutensa osallistua hankintalain 33 §:ssä tarkoitettuun rajoitettuun menettelyyn, 34 §:ssä tarkoitettuun neuvottelumenettelyyn, 36 §:ssä tarkoitettuun kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, 38 §:ssä tarkoitettuun innovaatiokumppanuusmenettelyyn tai 40 §:ssä tarkoitettuun suorahankintaan. Hankintalain 4 §:n määrittelyn mukaan tarjoajalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen hankintamenettelyssä. Molemmilla termeillä siis viitataan sellaiseen ”toimittajaan”, joka osallistuu hankintamenettelyyn.¹²⁹ Termiä ”toimittaja” ei ole määritelty hankintalaissa. Hankintalain hallituksen esityksessä on todettu, että ”toimittaja” tarkoittaa taloudellista toimijaa, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita, palveluja tai rakennustyötä tai -urakoita. Edelleen hallituksen esityksessä on todettu, että toimittaja voi olla luonnollinen henkilö tai yksityisellä tai julkisella sektorilla toimiva oikeushenkilö.¹³⁰

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan *tarjoaja tai ehdokas* voidaan sulkea hankintamenettelystä silloin, jos *ehdokas tai tarjoaja* on tehnyt *muiden toimittajien* kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua. Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohta vastaa sisällöllisesti hankintadirektiivin artiklan 57 kohdan 4 alakohtaa d. Hankintadirektiivin sanamuoto kuitenkin eroaa hankintalaista hieman. Hankintadirektiivin mukaan hankintayksikkö voi sulkea *talouden toimijan*¹³¹ pois hankintamenettelystä silloin, kun *talouden toimija* on tehnyt

¹²⁸ HE 108/2016 vp, s. 185.

¹²⁹ Hankintalain 92 §:ssä säädetään tarjoamisesta ryhmittymänä. Tietyissä yhteyksissä tarjoaja tai ehdokas -termi voi siis viitata myös useasta erillisestä taloudellisesta toimijasta koostuvaan ryhmittymään, joka on jättänyt hankintayksikölle tarjouksen.

¹³⁰ HE 108/2016 vp, s. 79.

¹³¹ Hankintadirektiivin 2 artiklan 1 kohdan 11 alakohdan sanamuodon mukaan tarjoajalla tarkoitetaan talouden toimijaa, joka on jättänyt tarjouksen ja ehdokkaalla talouden toimijaa, joka on pyytänyt kutsua saada osallistua tai

muiden *talouden toimijoiden* kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua. Hankintadirektiivissä siis käytetään termiä ”talouden toimija”, johon on viitattu hankintalain hallituksen esityksessä samaa tarkoittavalla termillä ”taloudellinen toimija”.¹³² Hankintadirektiivissä ja sen johdanto-osassa ”talouden toimijan” termi on kuitenkin määritelty hankintalain hallituksen esityksessä käytettyä ”toimittajan” tai ”taloudellisen toimijan” käsitettä täsmällisemmin.

Termi ”talouden toimija” määritellään hankintadirektiivin 2 artiklan 1 kohdan 10 momentissa. Sillä tarkoitetaan luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista yksikköä tai tällaisten henkilöiden ja/tai yksiköiden ryhmää, yritysten mahdolliset tilapäiset yhteenliittymät mukaan lukien, joka tarjoaa markkinoilla rakennustöiden ja/tai -urakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista. Hankintadirektiivin johdanto-osassa on todettu, että ”talouden toimijan” käsitettä on tulkittava laajasti sisällyttäen siihen kaikki henkilöt ja/tai yksiköt, jotka tarjoavat markkinoilla rakennusurakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista, riippumatta oikeudellisesta muodosta, jossa ne ovat päättäneet toimia. Kyseisen kohdan mukaan kaikkien julkisten ja yksityisten yritysten, sivuliikkeiden, tytäryhtiöiden, kumppanuuksien, osuuskuntien, osakeyhtiöiden, korkeakoulujen ja muun muotoisten yksiköiden, jotka eivät ole luonnollisia henkilöitä, olisi sisällyttävä talouden toimijan käsitteeseen riippumatta siitä, ovatko ne oikeushenkilöitä kaikissa olosuhteissa.¹³³

Hankintalain hallituksen esityksen mukaan hankintalaissa käytetyllä termillä ”toimittaja” on selkeyden vuoksi korvattu hankintadirektiivin 2 artiklan 10 kohdan oleva termi ”taloudellinen toimija”.¹³⁴ SEUT 288(3) artiklan mukaan kansallisen lainsäädännön, jolla direktiivi saatetaan voimaan, on vastattava EU-direktiiviä sen lainsäädäntötavoitteen osalta.¹³⁵ Siten myös hankintalain käsitteistön tulkinnassa tulee ottaa huomioon kansallisen lainvalmisteluaineiston ja julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden lisäksi hankintadirektiivin lainsäädäntötavoitteet ja käsitteiden yhtenäisyys. Kun hankintalain ”toimittaja” käsitettä tulkitaan hankintalain ja hankintadirektiivin lainsäädäntötavoitteiden valossa, voidaan pitää selvänä, että hankintalain termillä ”toimittaja” ja hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan termillä ”muu

joka on kutsuttu osallistumaan hankintamenettelyyn. Hankintadirektiivissä puhutaan siis ”toimittajan” sijaan ”talouden toimijasta”, mutta näillä hankintalain ja hankintadirektiivin termeillä tarkoitetaan selvästi samaa asiaa.

¹³² Ks. HE 108/2016 vp, s. 79.

¹³³ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 14.

¹³⁴ HE 108/2016, vp., s.79.

¹³⁵ EU-direktiivit ovat EU:n jäsenvaltioita sitovia sekundäärinormeja, jotka muodostavat osan EU:n ja jäsenvaltioiden lainsäädäntöyhteistyöstä. EU-direktiivin sitova velvoite on toteutettava kansallisen oikeuden sitovalla säännöksellä, joka hankintadirektiivin osalta on Suomessa hankintalaki. EU:n lainsäädäntöjärjestelmästä tarkemmin mm. *Raitio* 2016, s. 204–205.

toimittaja” tarkoitetaan hankintadirektiivissä määritellyn ”talouden toimijan” määritelmää vastaavasti laajasti mitä tahansa henkilöä tai yksilöä, joka tarjoaa markkinoilla rakennusurakoiden toteuttamista, tavaroiden toimittamista tai palvelujen suorittamista, riippumatta oikeudellisesta muodosta. Siten termi ”muu toimija” tarkoittaa myös mitä tahansa tarjoajana tai ehdokkaana olevan toimittajan kanssa sidoksissa olevaa taloudellista toimijaa mukaan lukien samaan konserniin kuuluva emo- tai tytäryhtiö, vaikka tähän ei ole hankintalaissa tai hallituksen esityksessä varsinaisesti otettu kantaa.¹³⁶

Kun kilpailua vääristävän sopimuksen termiä tulkitaan ”muun talouden toimijan” käsitteen valossa, voidaan huomata, että tarjoajat ja ehdokkaat voivat tehdä keskenään sellaisiakin kilpailua vääristäviä sopimuksia, joita ei voida välttämättä pitää kilpailulain vastaisina. Esimerkiksi tilanteessa, jossa kaksi samaan konserniin kuuluvaa yritystä sopivat johonkin julkiseen hankintamenettelyyn osallistuessaan myyntihinnasta, ne eivät voi edes periaatteessa saada tuomiota kilpailurikkomuksesta, jos kyseisellä konsernilla ei ole määräävää markkina-asemaa.¹³⁷ Tätä aihetta käsitellään jäljempänä tarkemmin luvussa 4.2.

3.3.4 Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tunnusmerkistön määrittely ja kilpailua vääristävästä sopimuksesta tarvittava ”riittävä näyttö”

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltaminen edellyttää, että hankintayksikkö voi näyttää kilpailua vääristävän menettelyn toteen. Hankintalaissa tai hankintadirektiivissä ei määritellä, millaista näyttöä kilpailua vääristävästä sopimuksesta tai menettelystä edellytetään, jotta hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan tai hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan poissulkemisperustetta voidaan soveltaa. Ilmeisesti tällaisten edellytysten määrittelemättä jättämisellä on pyritty antamaan hankintayksikölle harkintavaltaa arvioida tapauskohtaisesti, täytyvätkö poissulkemisen edellytykset.¹³⁸ Näytön arvioiminen on hankintayksikön kannalta olennainen osa poissulkemisperusteen soveltamista, koska jos näyttö kilpailua vääristävästä menettelystä ei ole riittävä, hankintayksikön on kannettava vastuu tekemästään virheellisestä arviosta.¹³⁹

¹³⁶ Ks. HE 108/2016 vp, s. 79.

¹³⁷ Kilpailulain elinkeinonharjoittajan määritelmän mukaan kaksi samaan konserniin kuuluvaa yritystä ovat yksi elinkeinonharjoittaja. Siten kyseessä ei voi olla Kilpailulain 5 §:n tarkoittama kilpailua vääristävä sopimus. Jos elinkeinonharjoittajalla eli konsernilla ei ole määräävää markkina-asemaa, ei kyseessä voi olla myöskään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.

¹³⁸ C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH* [2018], kohta 23, C-41/18 *Meca* [2019], kohdat 28 ja 31 ja C-267/18 *Delta Antrepriza* [2019], kohdat 25–29.

¹³⁹ Hankintayksikön vastuu virheellisestä poissulkemisperusteen soveltamisesta voi joissain tapauksissa välillisesti rajoittaa hankintayksikön mahdollisuutta tai halua soveltaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta. HE 108/2016 vp, s.185.

Yleisesti hankintayksiköllä on mahdollisuus ottaa epäillyn kilpailunvastaisen yhteistyön arvioimisessa huomioon kaikki sen tiedossa olevat tosiseikat, jotka voivat osoittaa jonkin tarjoajan tai ehdokkaan olleen osallisena tällaisessa menettelyssä.¹⁴⁰ Hankintayksikön tulee kuitenkin välttää ennako-oletuksia ja kohdistaa arviointi kilpailua vääristävästä menettelystä ainoastaan tosiseikkoihin ja niihinkin suhteellisuusperiaatteen asettamissa rajoissa.¹⁴¹

Komission maaliskuussa 2021 antaman tiedoksiannon mukaan näyttönä kilpailunvastaisesta yhteistyöstä voidaan pitää muun muassa kilpailuviranomaisen käynnistämää tutkintaa tai rikosoikeudellista syytettä, jotka on nostettu toimijan johtoa vastaan liittyen epäilyyn kilpailunvastaisesta yhteistyöstä.¹⁴² Tämän kaltaisen seikaston näyttöarvo lienee muutenkin melko itsestään selvä. Hankintayksikön kannalta on huomattavasti vaikeampaa arvioida sellaisten tarjoajien toimintaan liittyvien seikkojen painoarvoa kilpailunvastaisen yhteistyön näyttönä, joihin ei ole kohdistettu minkäänlaista virallista tutkintaa, mutta jotka luovat jonkinlaisen epäilyn kilpailun vääristymisestä tai kilpailun vääristymiseen johtavasta pyrkimyksestä.

Hankintalain hallituksen esityksen mukaan mahdollisuus kilpailua vääristävän sopimuksen perusteella poissulkemiseen ei rajoitu ainoastaan hankintamenettelyn aikana havaittaviin tarjouskartelleihin. Poissulkeminen voi tulla kyseeseen myös silloin, kun rikkomus ei ole kohdistunut asiassa harkintavaltaa käyttävään hankintayksikköön tai ylipäänsä liittynyt julkiseen hankintaan.¹⁴³ Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että *jos ehdokas tai tarjoaja on syyllistynyt kilpailulain rikkomiseen ja saanut siitä lainvoimaisen tuomion, voi kyseessä olla hankintalain 81 §:n § momentin 6 kohdan tarkoittama poissulkemisperuste*. Tulkinta on komission näkemystä vastaava ja perusteltu, koska lainvoimainen tuomio on ilmeinen näyttö siitä, että ehdokas tai tarjoaja on syyllistynyt kilpailua vääristävään sopimiseen. Hallituksen esityksen mukaan lainvoimainen tuomio on siis kiistatta riittävä näyttö hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamiseen.

Hankintalain hallituksen esityksessä on jostain syystä nimenomaisesti nostettu esiin se seikka, että hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohta ei sanamuotonsa mukaan sovellu yrityksen yksipuoliseen toimeen, vaikka yritys olisi tuomittu esimerkiksi määräävän markkina-aseman

¹⁴⁰ Komissio 2021, s. 14.

¹⁴¹ Hankintadirektiivin perusteluosa, kohta 102 ja Komissio 2021, s. 15.

¹⁴² Komissio 2021, s. 15.

¹⁴³ HE 108/2016, s. 185, hallituksen esityksessä on viitattu EU-tuomioistuimen ratkaisuun asiassa C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt v. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* [2014].

väärinkäytöstä.¹⁴⁴ Kannanotto on sinällään looginen, koska kilpailua vääristämään pyrkivä sopiminen edellyttää vähintään kahta sopijaosapuolta.¹⁴⁵ Hallituksen esitys ei kuitenkaan huomioi julkisille hankinnoille tyypillistä tilannetta, jossa sopimuksen osapuolina ovat sellaiset toimijat, joiden tekemänä sopimus on kilpailuoikeuden määritelmien valossa yksipuolinen, mutta julkisten hankintojen valossa kaksipuolinen menettely. Tämä perustuu siihen, että julkisissa hankinnoissa kaksi sellaista toimijaa, jotka kilpailuoikeudessa katsottaisiin yhden talouden toimijan osiksi voivat julkisissa hankinnoissa olla toistensa kilpailijoita.

Hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on yksipuolinen toimi eikä sitä siten voida soveltaa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana poissulkemisperusteena. Tällaisella lausumalla hankintayksikköä ohjataan mahdollisesti virheelliseen tulkintaan Esimerkiksi kahden määräävässä markkina-asemassa olevan konsernin yritysten keskinäisiä sopimuksia tarjousten hinnasta ei välttämättä hallituksen esityksen mukaan voitaisi pitää hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana kilpailua vääristävänä menettelyä. Tällainen tulkinta olisi ilmeisen virheellinen, koska on selvää, että edellä kuvatulla menettelyllä olisi kilpailua vääristävä vaikutus hankintamenettelyyn. Tulkinta ei myöskään vastaisi hankintalain tai hankintadirektiivin tavoitteita ja tarkoitusta. Hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteita tarkastelemalla on ennemmin päädyttävä tulkintaan, jonka mukaan myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi tietyissä tilanteissa olla katsottavissa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamaksi kilpailua vääristäväksi sopimiseksi.¹⁴⁶

Vaikka hankintalain esitöissä on todettu, että lainvoimainen tuomio ei ole poissulkemisperusteiden soveltamisen edellytys, on lainvalmisteluaineistossa puhuttu kilpailua vääristävän sopimuksen muodostavana poissulkemisperusteena ”kilpailunrikkomuksista” tai lyhyemmin ”rikkomuksista”, joilla ilmeisesti viitataan nimenomaan kilpailunrikkomuksiin.¹⁴⁷ Siten lainvalmisteluaineiston perusteella vaikuttaisi siltä, että hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltaminen edellyttäisi joko, että tarjoajalla tai ehdokkaalla on lainvoimainen tuomio kilpailurikkomuksesta tai että hankintayksiköllä on uskottavaa näyttöä jostakin kilpailunrikkomuksesta,

¹⁴⁴ HE 108/2016 vp, s. 185.

¹⁴⁵ Sopimus on kaksipuolinen oikeustoimi eli sopimuksen syntyminen edellyttää *kahden tai useamman* henkilön yhtäpitävää tahdonilmaisua. Ks. *Hemmo – Hoppu* 2020, Sopimusoikeus>6. SOPIMUKSEN TEKEMINEN.

¹⁴⁶ Ks. tarkemmin luku 4.2.

¹⁴⁷ Tämä ilmenee muun muassa hallituksen esityksen HE 108/2016 vp sivulta 185, jossa todetaan, että ”*mahdollisuus poissulkemiseen ei rajoittuisi vain tarjouskartelleihin ja voisi tulla kyseeseen myös silloin kun rikkomus ei olisi kohdistunut juuri kyseiseen hankintayksikköön tai ylipäänsä liittynyt julkiseen hankintaan*”, minkä jälkeen seuraavassa kappaleessa viitataan edellisessä kappaleessa käytettyyn ”rikkomus” termiin seuraavasti: ”*Jos kilpailunrikkomuksesta ei ole lainvoimaista tuomiota, tulisi hankintayksikön tapauskohtaisesti harkita, onko käsillä riittävän uskottava näyttö*”.

johon tarjoaja tai ehdokas on syyllistynyt. Näistä jälkimmäinen tarkoittaisi siis käytännössä sitä, että tarjoaja tai ehdokas on syyllistynyt kilpailunrikkomukseen, josta on sellaista näyttöä, jonka perusteella tarjoaja tai ehdokas voidaan tuomita myöhemmin. Esimerkinomaisesti hallituksen esityksessä on mainittu, että kyseistä poissulkemisperustetta olisi mahdollista käyttää tilanteissa, joissa kilpailunvastainen toiminta vaarantaa yrityksen luotettavuuden niin, että hankintayksikkö ei katso voivansa valita tätä sopimuskumppaniksi. Edelleen tästä esimerkkinä mainitaan kartelliin osallistuminen, joka on kilpailunrikkomus.¹⁴⁸

Edellä esitetty tulkinta johtaisi siihen, että ainoastaan kilpailulain kilpailunrikkomuksen tunnusmerkistön täyttävät kilpailua vääristävät toimet, joista tekijä on saanut tai voi myöhemmin saada tuomion muodostaisivat hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman poissulkemisperusteen. Kaikki tätä lievemmat tai muulla kuin kilpailulain tarkoittamalla tavalla kilpailua vääristävät sopimukset ja toimet jäisivät lainkohdan soveltamisen ulkopuolelle. Tämä ei oletettavasti ole ollut lainsäätäjän tarkoitus hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteiden ja tarkoituksen takia.

Ensinnäkin edellä esitetty tulkinta on hyvin jyrkkä ja nostaa hankintayksikön poissulkemisperusteen soveltamiseksi tarvitseman ”riittävän näytön” varsin korkeaksi. Jos hankintayksikkö nimittäin päättää soveltaa poissulkemisperustetta tilanteessa, jossa se katsoo, että sillä on näyttöä tarjoajan tai ehdokkaan kilpailunrikkomuksesta, se joutuu kantamaan riskin siitä, päätyykö viime kädessä markkinaoikeus tai korkein hallinto-oikeus hankintayksikön kanssa samaan tulkintaan eli riittääkö käytetty näyttö myös oikeudessa. Jos markkinaoikeus tai korkein hallinto-oikeus katsoisi, että tarjoajan tai ehdokkaan toiminta ei täytä kilpailunrikkomuksen tunnusmerkistöä, ei kyseessä tämän tulkinnan perusteella voisi olla myöskään hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama harkinnanvarainen poissulkemisperuste ja hankintayksikkö joutuisi kantamaan tästä virheestä mahdollisesti hyvinkin merkittävän taloudellisen vastuun.¹⁴⁹

Toiseksi esitetty tulkinta sulki hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle kaikki sellaiset julkisten hankintojen kannalta kilpailua vääristävät sopimukset, joita ei olisi pidettävä kilpailurikkomuksina. Todellisuudessa tällaisetkin sopimukset voivat selvästi vääristää kilpailua ja niitä olisi hankintadirektiivin valossa pidettävä kilpailua vääristävinä

¹⁴⁸ Vaikka hallituksen esityksessä todetaan, että hankintalain 81:6.1 tarkoittama poissulkemisperuste soveltuu myös muihin kilpailua vääristäviin sopimuksiin kuin kartelleihin, hallituksen esitys käyttää ainoana lainkohdan soveltamisesimerkkinä kartellia. Tältä osin voitaneen todeta, hallituksen esitystä olisi ollut syytä tarkentaa ja siinä olisi tullut mainita vähintään yksi muu esimerkki lain soveltamistilanteesta. Ks. HE 108/2016 vp, s.185–186.

¹⁴⁹ Hankintalain 145 §:ssä on määritelty ne seuraamukset, joita markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikölle.

sopimuksina. Tällainen sopimus olisi muun muassa saman konsernin yritysten välinen sopimus tarjousten hinnoista tilanteessa, jossa kyseisellä konsernilla ei ole määräävää markkina-asemaa.

Vaikka hallituksen esitys ei suoraan anna tulkintaohjetta, jonka mukaan myös muu kuin kilpailunrikkomus tai potentiaalisesti kilpailunrikkomukseksi katsottava menettely voisi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama kilpailua vääristävä sopimus, se ei toisaalta myöskään selvästi totea, että näin ei voisi olla. Hankintalain esitöiden ja hankintadirektiivin johdanto-osan mukaan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoituksena on ollut antaa hankintayksikölle mahdollisuus sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle epäluotettavaksi osoittautuneet tarjoajat.¹⁵⁰

Edellä luvussa 3.3.2 esitetyn määritelmän mukaan kilpailua vääristävän sopimuksen termiä on tulkittava laajasti tarkoittamaan myös muuta kuin kirjaimellista sopimusta. Tarjoajan tai ehdokkaan epäluotettavaksi osoittava kilpailun vääristämiseen pyrkivä menettely voi siis joissain tilanteissa olla myös muu kuin sellainen menettely, joka tuomittaisiin markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa kilpailunrikkomuksena. Siten, hankintalakia on hallituksen esityksen epätäsmällisestä muotoilusta huolimatta tulkittava siten, että menettely, jolla pyritään vääristämään kilpailua voi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama poissulkemisperuste riippumatta siitä, onko kyseessä kilpailulain vastainen menettely vai muulla tavalla kilpailua vääristävä menettely. Tällainen väljempi tulkinta jättää asiassa laajan hankintavallan hankintayksikölle sen suhteen, millaista toimintaa on pidettävä kilpailua vääristävänä sopimuksena ja on selvästi paremmin linjassa hankintalain tavoitteiden ja hankintadirektiivin kanssa.¹⁵¹ Samalla se kuitenkin jättää avoimeksi, millainen näyttö riittävää hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamiseksi.

EU-tuomioistuimien on vahvistanut oikeuskäytännössään, että julkisia hankintoja koskevien sääntöjen rikkominen, kuten kilpailua rajoittava toiminta, voidaan esittää suoran näytön lisäksi olettamalla kilpailun vääristämisestä. Näin voidaan tehdä siinä tapauksessa, että oletama on objektiivinen ja yhtäpitävä. Lisäksi edellytyksenä on, että kilpailua vääristävästä toiminnasta epäillylle tarjoajalle tai ehdokkaalle annetaan mahdollisuus esittää asiassa vastanäyttöä.¹⁵²

¹⁵⁰ HE 108/2016 vp., 185 ja hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 101.

¹⁵¹ Komission mukaan EU:n lainsäätäjän tarkoituksena lienee ollut antaa hankintaviranomaisille mahdollisuus arvioida tapauskohtaisesti, täytyvätkö edellytykset tarjoajan poissulkemiseksi kilpailua vääristävän sopimisen perusteella, olematta liian määräävä. Ks. Komissio 2021, s. 13 oikeustapausviittauksineen.

¹⁵² C-74/14 *"Eturas" UAB ym. v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* [2016], kohta 37 ja C-531/16, *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 37 ja C-538/07 *Assitur* [2009], julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 43.

Objektiivisista olettamista, joita hankintayksikkö voi perustellusti käyttää hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamiseen tarvittavana ”riittävänä näyttönä” on julkaistu hankintayksiköille erinäisiä ohjeita. Muun muassa Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (jäljempänä ”OECD”) julkaisi vuonna 2012 suosituksen tarjouskartellien torjumiseksi julkisissa hankinnoissa. Suosituksessa se listasi varoitusmerkkejä, joiden perusteella tarjouskartellia tulisi epäillä ja tarjouksista havaittavia seikkoja, jotka voivat osoittaa, että kyseessä on kilpailua vääristävä yhteistyö.¹⁵³ Samana vuonna KKV julkaisi sisällöllisesti vastaavan julkaisun ”Vinkkejä tarjouskartellin havaitsemiseen: muistilista hankinnoista vastaaville”.¹⁵⁴ Komissio on ottanut kantaa kilpailua vääristävän sopimisen ehkäisemiseen muun muassa vuonna 2011 tiedoksiannossaan koskien SEUT 101 artiklan soveltumisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin¹⁵⁵ ja julkaissut viimeisimmän aihetta käsittelevän tiedoksiantonsa vuonna 2021. Viimeisimmässä tiedoksiannossa hankintayksikön havaittavissa olevat oletamat kilpailua vääristävästä menettelystä ovat käytännössä samansisältöiset OECD:n vuoden 2012 julkaisun kanssa.¹⁵⁶

EU-oikeuskäytännön ja komission tiedoksiannon valossa ainakin komission itsensä mainitsemia seikkoja kilpailua vääristävästä sopimisesta on voitava pitää siinä määrin objektiivisina ja yhtäpitävinä olettamina, että hankintayksikkö voi vedota niihin hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan poissulkemisperustetta soveltaessaan. Oletamat itsessään eivät kuitenkaan ole yksin riittävä näyttö, vaan niiden lisäksi hankintayksikön on otettava vastaan mahdollinen ehdokkaiden tai tarjoajien antama vastanäyttö.¹⁵⁷ Toisaalta, jos vastanäyttöä ei ole, sitä ei anneta tai se ei ole riittävää kumotakseen olettaman kilpailua vääristävästä yhteistyöstä, tulisi olettama ilmeisesti katsoa ”riittäväksi näytöksi”. Tällöin hankintayksikön on kuitenkin perusteltava, miksi tarjoajan tai ehdokkaan antamaa vastanäyttöä tai sen ehdottamia korjaavia toimenpiteitä pidettiin riittämättöminä tarjoajan tai ehdokkaan pitämiseksi mukana hankintamenettelyssä.¹⁵⁸

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tunnusmerkistöksi voidaan siis hahmottaa ehdokkaan tai tarjoajan sellainen toiminta, joka aiemmin tai kyseessä olevan hankintamenettelyn aikana objektiivisesti tarkasteltuna on vääristänyt tai pyrkinyt vääristämään kilpailua. Tämä toiminta on voitava myös näyttää toteen hankintayksikön riittävän luotettavaksi arvioimalla

¹⁵³ OECD 2012.

¹⁵⁴ KKV 2012.

¹⁵⁵ Ks. Komissio 2011c.

¹⁵⁶ Komissio 2021, s. 25–26.

¹⁵⁷ C-531/16 *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 37. Ks. myös Komissio 2021, s. 17.

¹⁵⁸ *ibid.*

tavalla. Vaikka kilpailua vääristävä sopiminen voi olla myös muu menettely kuin kilpailunrikkomus, varmana näyttönä kilpailua vääristävästä menettelystä voidaan käytännössä pitää ainoastaan kilpailunrikkomuksesta saatua lainvoimaista tuomiota. Tämä siitakin huolimatta, että hankintalain ja hankintadirektiivin tarkoituksen puitteissa hankintayksikkö voi katsoa vähintään olettamaksi kilpailua vääristävästä menettelystä myös sellaisia tosiseikkoja kuin tarjousten ulkoasu.

4 Konsernisuhde hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkin- nanvaraisena poissulkemisperusteena

4.1 Konsernisuhteen määrittely

Taloudellinen globalisaatio, EU:n yhteiset sisämarkkinat ja vapaan kilpailun tehostaminen lain-
säädannöllä ovat muodostaneet markkinat, joilla menestyminen edellyttää yrityksiltä yritystoi-
minnan strategista suunnittelua. Tällaisilla markkinoilla yritys voi saavuttaa konsernirakenteen
avulla merkittävän kilpailuedun. Kilpailuetua voidaan tavoitella muun muassa joustavilla ja te-
hokkailla rakenteilla ja konserniyritysten välisellä työnjaolla.¹⁵⁹ Tästä syystä yhä useammat yri-
tykset harjoittavat elinkeinotoimintaansa osana konsernia. Konsernirakenne on sekä kansalli-
sesti että kansainvälisesti tunnustettu yritystoiminnan muoto ja konsernin yhteisen intressin aja-
minen konserniyritysten yhteistyöllä on lähtökohtaisesti sallittua. Yhteistyö ei kuitenkaan saa
rajoittaa konserniin kuuluvan yksittäisen yrityksen etua.¹⁶⁰

Konserni on kahden tai useamman juridisesti itsenäisen yrityksen eli oikeushenkilön muodos-
tama taloudellinen kokonaisuus, jossa yhdellä yrityksellä on määräysvalta muihin yrityksiin
nähdessä.¹⁶¹ Konsernin määritelmä löytyy kirjanpitolain (1336/1997) 1 luvun 6 §:stä sekä osake-
yhtiölain (624/2006) 8 luvun 12 §:stä. Lakien valmisteluaineistojen mukaan määritelmät on
tietoisesti muotoiltu samansisältöisiksi, jotta yritysten ei tarvitse käyttää kahta toisistaan eroa-
vaa konsernikäsitettä.¹⁶² Osakeyhtiölain ja kirjanpitolain yhdenmukaisen määrittelyn mukaan
kyseessä on konserni silloin, kun kirjanpitovelvollisella yhteisöllä on kirjanpitolain 1 luvun 5
§:n tarkoittama määräysvalta toisessa kotimaisessa tai ulkomaisessa yhteisössä tai säätiössä.
Määräysvaltaa käyttävä yhteisö on konsernin emoyhteisö ja määräysvallassa oleva yhteisö on
tytäryhteisö.

Kyseessä on konserni myös silloin, jos yhteisöllä on määräysvalta toiseen yhteisöön yhdessä
yhden tai useamman tytäryhteisön kanssa tai määräysvalta on välillistä eli määräysvalta on ty-
täryhteisöllä yksin tai yhdessä muiden tytäryhteisöjen kanssa. Konsernisuhde voi edellä esite-
tyn määritelmän mukaan muodostua monien eri yritysmuotojen ja yhteisöjen välille.¹⁶³ Selvyy-
den vuoksi todettakoon, että tässä tutkielmassa käytetään julkisten hankintojen kontekstissa

¹⁵⁹ Mehtonen 2005, s. 35.

¹⁶⁰ Myös Suomen kansallisessa oikeuskäytännössä on ollut viitteitä konserni-intressijattelun omaksumisesta, ks.
muun muassa KKO 2015:105 ja Patrik Nyströmin analyysi kyseisestä ratkaisusta, Nyström 2016, s. 7.

¹⁶¹ Kyläkallio ym. 2008, s. 1080.

¹⁶² HE 109/2005 vp, s. 98 ja HE 173/1997 vp, s. 9. Ks. Airaksinen ym. 2010, s. 618.

¹⁶³ Hallipelto ym. 2013, s. 63.

konsernin yhteisöistä termejä konserniyritys, emoyritys ja tytäryritys. Tutkielmassa oletetaan ensisijaisesti, että konserniyritykset harjoittavat toimintaansa osakeyhtiöinä, mutta siinä ei pois-suljeta mahdollisuutta muuhunkin yrittäjämuotoon.

Osakeyhtiölain konsernisäännöksiä sovelletaan ainoastaan, kun konsernin emoyrityksenä on osakeyhtiö. Tytäryritys voi olla osakeyhtiölain sääntelynkin piirissä myös muu yritys.¹⁶⁴ Osakeyhtiölain mukaan konsernisuhteen edellyttämä määräysvaltasuhde syntyy, kun yritys omistaa yli puolet toisen yhteisön tai säätiön äänistä tai muun yhteisön tai säätiön ääniä tuottavista osuuksista tai vastaavista. Määräysvalta perustuu äänen enemmistöön, ei esimerkiksi osakkeiden enemmistöön. Äänimäärä on laskettava kaikista äänistä, vaikka tosiasiallista määräysvaltaa käyttäisi merkittävästi pienempi äänimäärä.¹⁶⁵

Äänivallan enemmistö voi perustua yrityksen omistusosuuden sijaan myös sopimukseen, jonka nojalla se voi tosiasiallisesti määrätä toisen osakkeenomistajan äänivallan käyttämisestä.¹⁶⁶ Esimerkiksi tilanteessa, jossa yritys A omistaa yrityksen C äänistä osuuden x ja voi tosiasiallisesti käyttää toisen osakkeenomistajan, yrityksen B, ääniosuutta y , voi yrityksellä A olla tosiasiallinen äänivallan enemmistö yritykseen C. Tällöin A:n omistaman kokonaisäänimäärän on kuitenkin oltava yli puolet eli $x + y \geq 51$ %.

Ääniosuutta laskettaessa ei oteta huomioon yhtiöjärjestykseen, yhtiösopimukseen, lakiin tai muuhun vastaavaan perustuvia äänestysrajoituksia. Konsernisuhde syntyy siten myös tilanteessa, jossa yhtiö omistaa yhtiön äänistä 51 %, mutta ei äänileikkurin¹⁶⁷ takia voi käyttää kuin tiettyä osuutta näistä äänistä, eikä sillä siten ole välttämättä tosiasiallista määräysvaltaa kohdeyrityksessä.¹⁶⁸

Eräissä tapauksissa äänivallan enemmistön voidaan katsoa muodostuvan myös silloin, kun määräysvaltaa käyttävät yritykset toimivat ”yksissä tuumin”. Tämä tarkoittaa arvopaperimarkkinalain (14.12.2012/746) 11 luvun 5 §:n 1 momentin mukaan sitä, että yritys, toimii

¹⁶⁴ *Kyläkallio ym.* 2008, s. 1081.

¹⁶⁵ Esimerkiksi pörssiyhtiössä määräysvaltaa käyttää ehdotonta enemmistöä selvästi alhaisemmalla omistuksella tietyt osakkeet. Ks. tarkemmin esim. *Airaksinen ym.* 2010, s. 624.

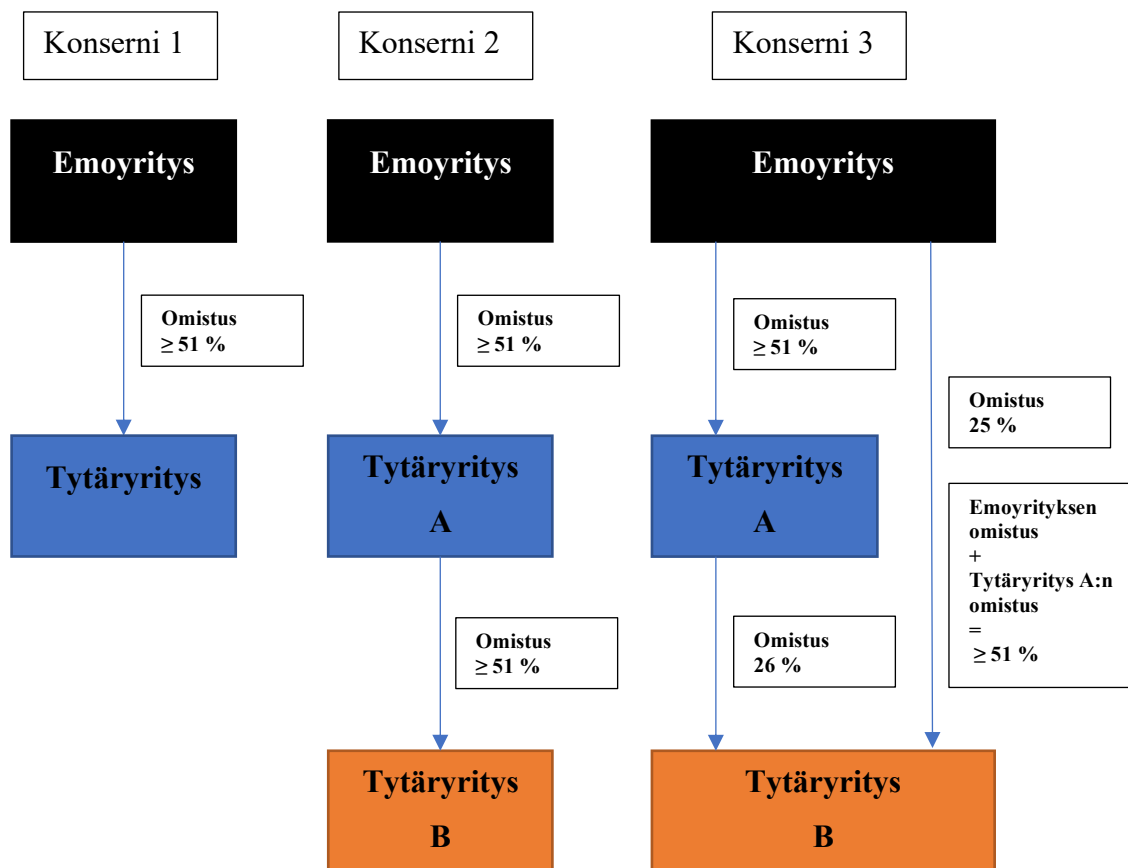
¹⁶⁶ *ibid.*

¹⁶⁷ Äänileikkurilla tarkoitetaan yhtiöjärjestykseen kirjoitettavaa lauseketta, joka rajoittaa kaikkien tai vain tietyn osakesarjan omistajien mahdollisuuksia käyttää osakkeisiinsa liittyvää äänioikeutta täysimääräisesti. Ks. äänileikkureista muun muassa *Kaisanlahti* 1998, s. 69–146.

¹⁶⁸ *Airaksinen ym.* 2010, s. 625. Se, miten äänivallan enemmistöä arvioitaessa tulisi suhtautua osakkeisiin, jotka tuottavat äänioikeuden vain määrätyissä asioissa, on epäselvää. Lähtökohtaisesti äänivallalliseksi osakkeeksi lie-nee tulkittava ainakin sellainen osake, joka tuottaa oikeuden päättää yhtiön hallituksen valitsemisesta. Samaan arvioon ovat päätyneet sekä *Airaksinen ym.* 2010, s. 624 ja 626 että *Kyläkallio ym.* 2008, s. 1083.

sopimuksen perusteella tai muutoin yhteistyössä toisen yrityksen kanssa tarkoituksenaan käyttää vaikutusvaltaa kohdeyhtiössä. Kyseinen arvopaperimarkkinlain kohta liittyy julkiseen ostotarjoukseen ja tarjousvelvollisuuteen. Konsernisuhteen syntyminen tällaisen toiminnan perusteella on ainakin *Airaksisen* mukaan mahdollista, mutta edellyttää, että yrityksellä voidaan katsoa olevan määräysvaltaa toiseen yritykseen nähden. Lisäksi merkitystä on tapauskohtaisella harkinnalla.¹⁶⁹

Äänivallan omistukseen liittyvät peruskonsernitilanteet on kuvattu seuraavassa kuviossa¹⁷⁰.



Tytäryrityksen itsensä hallussa olevat tytäryrityksen ääniosuudet vähennetään konsernisuhteen arvioinnissa kokonaisäänimäärästä.¹⁷¹ Esimerkiksi edellä esitetyssä taulukossa tämä tarkoittaa konsernissa 2 sitä, että tilanteessa, jossa emoyritys omistaisi tytäryrityksestä A 60 %, tytäryritys A omistaisi omia osakkeitaan 20 % ja tytäryritys B omistaisi tytäryrityksen B osakkeita 20 %, emoyrityksen kokonaisäänimäärää tytäryrityksessä A koostuisi ainoastaan sen itsensä omistamasta 60 % osuudesta.

¹⁶⁹ *Airaksinen ym.* 2010, s. 625.

¹⁷⁰ Mukaelma kuvioista *Airaksinen ym.* 2010 s. 625.

¹⁷¹ *Airaksinen ym.* 2010, s. 627.

Määräysvalta toiseen yritykseen voi perustua myös siihen, että yritys voi nimittää tai erottaa yli puolet hallituksen tai vastaavan toimielimen jäsenistä. Tällainen oikeus voi perustua esimerkiksi yhtiöjärjestyksen tai yhtiösopimuksen määräykseen, tällaisen määräyksen ja äänivallan yhteisvaikutukseen, osakassopimukseen¹⁷² tai kaikkien edellä mainittujen yhteisvaikutukseen. Määräysvalta voi edelleen perustua myös siihen, että yritys pystyy nimittämään tai erottamaan yli puolet sellaisen toimielimen, kuten osakeyhtiössä hallintoneuvoston, jäsenistä, joka nimittää hallituksen tai sitä vastaavan toimielimen.¹⁷³

Kiinteäkään konserni ei ole sellaisenaan erillinen oikeushenkilö, vaikka yritysten välinen konsernisuhde voi käytännössä johtaa siihen, että konserni toimii ikään kuin se olisi yksi yritys. Konserneihin kohdistuvalla oikeudellisella sääntelyllä on pyritty huomioimaan se taloudellinen ja organisatorinen kokonaisuus, jonka konserniin kuuluvat juridisesti erilliset oikeushenkilöt muodostavat.¹⁷⁴

Konserniyrityksen oikeudet ja velvollisuudet eivät käytännössä poikkea itsenäisinä konserniin kuulumattomina yrityksinä toimivien yritysten oikeuksista ja velvollisuuksista. Konsernisuhde tai konsernin etu ei siis oikeuta konserniyritystä toimimaan sen omien etujen tai sen velkojien etujen vastaisesti.¹⁷⁵ Konsernisäännöksiä sisältävät lait eivät ylipäätään tunnusta konserniedun tai konserni-intressin olemassaoloa.¹⁷⁶

Tytäryrityksellä on konsernisäännöksiin perustuva velvollisuus antaa emoyhtiön hallitukselle tietoja konsernin aseman arvioimiseksi ja sen toiminnan tuloksen laskemiseksi. Tämä saattaa edellyttää sitä, että tytäryritys luovuttaa emoyritykselle luottamuksellisia tietoja, vaikka se olisi tytäryrityksen taloudellisten etujen vastaista.¹⁷⁷ Konsernin aseman arvioimiseksi tarpeellisia

¹⁷² Ks. Sopimuskonsernin syntymisestä osakassopimuksella *Pönkä* 2008a, s. 138–142.

¹⁷³ *Airaksinen ym.* 2010, s. 626.

¹⁷⁴ Konserneihin kohdistuu muun muassa vero-oikeudellista ja työoikeudellista sääntelyä. ks. *Mähönen* 2005, s. 201. Osakeyhtiölain konsernisäännökset liittyvät pääosin siihen, että niillä pyritään kieltämään ilmeisimmät osakeyhtiölain kiertämistilanteet, ks. esim. *Airaksinen ym.* 2010 s. 618–619.

¹⁷⁵ *ibid.*, s. 484. OYL:n konsernia koskevien säännöksiä tarkoittavasta ja vähemmistöosakkeiden eduista *ibid.*, s. 618.

¹⁷⁶ Konserni-intressillä (*corporate benefit*) tarkoitetaan konserniyritysten muodostaman taloudellisen kokonaisuuden intressiä, joka ei ole samastettavissa tytäryritysten tai emoyrityksen yksittäisiin intresseihin. Ks. *Koski* 1977 s. 231 ja *Koski* 1980, s. 131. Konserni-intressiä on käsitelty Suomenkin oikeuskirjallisuudessa jonkin verran ja siihen on otettu välillisesti kantaa myös oikeuskäytännössä. Ks. muun muassa *Pönkä* 2013, s. 30–34, *Blummé* 1994 s. 621–626, *Huttunen* 1977, s. 601–603 sekä KKO 2015:105 ja *Nyströmin* analyysi kyseisestä ratkaisusta, *Nyström* 2016, s. 7. Yleisesti ottaen suhtautuminen on ollut jokseenkin kielteinen, koska vähemmistöosakkaiden osakeyhtiölakiin perustuvan yhdenvertaisen aseman on nähty vaarantuvan, jos konserni-intressi hyväksytään sellaisenaan.

¹⁷⁷ Ks. *Airaksinen ym.* 2010, s. 485.

tietoja ei ole määritelty laissa, mikä edellyttänee, että tämän arvion tekee nimenomaan tytäryrityksen hallitus tai sitä vastaava toimielin. Koska säännös perustuu ensisijaisesti tilinpäätöksen laatimiseen, lienee perusteltua olettaa, että tytäryhtiön tiedonantovelvollisuus koskee lähinnä taloudellista informaatiota ja muu tieto jää lähtökohtaisesti tiedonantovelvollisuuden ulkopuolelle.¹⁷⁸ Tästä huolimatta on pidettävä todennäköisenä, että etenkin sellaisissa konserneissa, joissa emoyritys on tytäryrityksen ainoa omistaja ja tytäryritys on perustettu lähinnä hallinnollisesta syystä, konserniyritykset vaihtavat tietoja laajasti ja ilman erityisiä rajoituksia.¹⁷⁹

Hankintalainsäädäntöön ei ole erikseen kirjattu konserniin sovellettavaa sääntelyä. Siten konserniyritysten toimintaan julkisten hankintojen sääntelykentässä liittyy tietyiltä osin epävarmuutta. Hankintalain 10 luvun 92 §:ssä säädetään tarjoamisesta ryhmittymänä. Ryhmittymänä tarjoamisella tarkoitetaan hankintalaissa sitä, että taloudelliset toimijat, riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta, muodostavat julkiseen hankintaan osallistumista varten ryhmittymän, jolla ne jättävät tarjouksen. Konserniyritykset voivat halutessaan osallistua hankintamenettelyyn 10 luvun 92 §:n tarkoittamana ryhmittymänä.¹⁸⁰ Tässä tutkielmassa tarkastellaan kuitenkin tilannetta, jossa konserniyritykset tekevät toisistaan erilliset tarjoukset samassa hankintamenettelyssä eli kyseessä ei ole ryhmittymänä tarjoaminen.

4.2 Konsernisuhteen arvioiminen kilpailurikkomuksena

Konserniyritysten samaan hankintamenettelyyn osallistumisen sallittavuuteen vaikuttaa osaltaan kilpailulain sääntely. Tämä johtuu siitä, että hankintalain hallituksen esityksessä viitataan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisen mahdollisena edellytyksenä kilpailurikkomus, jolla viitataan kilpailulakiin. Kilpailurikkomuksina pidetään kilpailulain 5§:ssä tarkoitettuja elinkeinonharjoittajien välisiä kiellettyjä kilpailunrajoituksia¹⁸¹ ja kilpailulain 7§:ssä tarkoitettua määräävään markkina-aseman väärinkäyttöä¹⁸².

Kilpailulain kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevien säännöksiä soveltaminen edellyttää sopimuksen osapuolena olevalta oikeushenkilöltä siinä määrin itsenäistä päätäntävaltaa, että sitä voidaan pitää itse vastuullisena kyseisestä kilpailunrajoituksesta. Konserniyritysten keskinäiset

¹⁷⁸ Airaksinen ym. ilmeisesti tulkitsevat tietojen antamisoikeutta ja -velvollisuutta laajemmin. Heidän mukaansa osakeyhtiölain tytär- ja emoyhtiöiden tiedonantamisoikeutta ja -velvollisuutta koskevien säännöksiä tarkoitukseen on ollut mahdollista konsernin yhdenmukainen johtaminen, ja siinä tarkoituksessa tietojen antamisoikeus ja -velvollisuus tulisi tulkita hyvin laajaksi. Toisaalta kirjoittajat myöntävät, että ahtaasti tulkittuna tietojenantovelvollisuus koskisi etupäässä taloudellista informaatiota. Ks. *Airaksinen ym.* 2010, s. 485.

¹⁷⁹ Ks. *ibid.*, s. 486.

¹⁸⁰ Ks. ryhmittymänä tarjoamisen sallittavuudesta muun muassa *Pesu* 2019.

¹⁸¹ Ks. kielletyistä kilpailunrajoituksista esim. *Kuoppamäki* 2018, s. 131.

¹⁸² Ks. määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä esim. *Kuoppamäki* 2018, s. 247.

sopimusjärjestelyt jäävät siten yleensä kilpailulain soveltamisalan ulkopuolelle, koska niissä on yleensä kyse saman taloudellisen yksikön sisäisestä työnjaosta, ei kielletystä kilpailun rajoittamisesta.¹⁸³ EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kyseessä on konserninsisäinen järjestely silloin, kun tytäryritys tai tytäryritykset ovat emoyrityksen jatkuvan valvonnan ja ohjauksen alaisia. Tällöin tytäryrityksiä ei voida pitää emoyritykseen tai muihin tytäryrityksiin nähden itsenäisinä toimijoina.¹⁸⁴ Esimerkiksi emoyhtiön omistaessa 100 % tytäryhtiöstä, yrityksen välinen sopimus jää omistuksen perusteella kilpailulain 5 §:n soveltamisalan ulkopuolelle.

Vaikka konserniyritysten väliset sopimukset ovat lähtökohtaisesti kilpailulain 5 §:n soveltamisalan ulkopuolella, voivat konserniyritysten keskinäiset järjestelyt täyttää kilpailulain 7 §:n eli määrävän markkina-aseman väärinkäytön tunnusmerkistön.¹⁸⁵ Esimerkiksi hintaruuvitilanteessa, jossa monopoliasemassa ylämarkkinoilla oleva yritys suosii kohtuuttomalla tavalla omaa tytäryritystään alamarkkinoilla suhteessa sen kilpailijoihin, kyseessä on yksipuolinen määrävän markkina-aseman väärinkäyttö.¹⁸⁶

Jos konsernilla ei ole kilpailulain tarkoittamaa määrävää markkina-asemaa, konserniyritys saa kilpailulain puitteissa harjoittaa aggressiivistakin yhteistyötä esimerkiksi hinnoittelun suhteen ilman, että kyseessä on kilpailunrikkomus. Ainoa edellytys on, että järjestely on nimenomaan konsernin sisäinen ja se on toteutettu sellaisten konserniyritysten välillä, jotka eivät käytä toisistaan itsenäistä päätäntävaltaa.¹⁸⁷

Edellä esitetyn perusteella konsernisuhde voi muodostaa kilpailulain tarkoittaman kilpailua vääristävän sopimuksen ainoastaan silloin, kun kyseessä on määrävän markkina-aseman väärinkäyttö. Hallituksen esityksessä on nimenomaisesti mainittu, että määrävän markkina-aseman väärinkäyttö on yksipuolinen kilpailunrikkomus, joka ei voi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama kilpailua vääristävä sopimus. Hankintalain ja

¹⁸³ *Kuoppamäki* 2018, s. 146.

¹⁸⁴ C-15/74 *Centrafarm BV ja Adriaan de Peijper vastaan Sterling Drug Inc.* [1974].

¹⁸⁵ *Pönkä* 2008a, s. 142 ja *Kuoppamäki* 2018, s. 146.

¹⁸⁶ Hintaruuvilla tarkoitetaan sitä, että vertikaalisesti integroitunut, useammalla tuotantoportaalla toimiva yritys heikentää kilpailijansa asemaa lopputuotteen markkinoilla perimällä tältä ylihintaa väli- tai liitännäisestä hyödykkeestä. Hintaruuvien avulla määrävässä markkina-asemassa oleva vertikaalisesti integroitunut yritys, kuten teleoperaattori, voi häiritä tai estää kilpailijoidensa toimintaa. Tällaisesta hintaruuvitilanteesta oli kysymys muun muassa Espanjan ADSL-markkinoita hallitsevan teleoperaattori Telefónica tapauksessa (*COMP/38.784* [2007]), jossa Euroopan komissio määräsi sille 4.7.2007 antamallaan päätöksellä 151,9 miljoonan euron sakot. Telefónica oli käyttänyt vuosina 2001–2006 väärin määrävää markkina-asemaansa soveltamalla hinnoittelussaan hintaruuvia. Ks. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_1011 (haettu 20.4.2021); Hintaruuvista oli kyse myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa vuonna 2011 käsitellyssä Elisa-tapauksessa *KHO 14.4.2011, dnro 2474/2/08, taltio 1057*.

¹⁸⁷ *Kuoppamäki* 2018, s. 146.

hankintadirektiivin tarkoitukseen perustuvan tulkinnan perusteella tulee kuitenkin päätyä siihen, että hallituksen esityksen toteamus ulottuu julkisten hankintojen osalta ainoastaan sellaiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, jossa se on ollut yhdellä toimittajalla ja ainoastaan tämä toimittaja on syyllistynyt yksipuoliseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Tämä perustuu siihen, että julkisissa hankinnoissa konserniyritykset on katsottava toisistaan erillisiksi talouden toimijoiksi. Tällöin konsernin eli usean konsernisuhteessa olevan toimittajan yhdessä harjoittama määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi olla julkisten hankintojen kannalta katsottuna useamman kuin yhden toimittajan harjoittamaa kilpailua vääristävää toimintaa.¹⁸⁸

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, jossa toimijoina on ollut useita konserniyrityksiä, voi olla myös hankintalain 81 §:n 1 momentin mukainen poissulkemisperuste. Todennäköisesti tämä kuitenkin edellyttäisi, että hankintamenettelyyn, jossa mainittua poissulkemisperustetta sovelletaan, olisi osallistunut useampi kuin yksi saman konsernin yritys. Tilanteessa, jossa konserni olisi saanut tuomion määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä ja lainvoimaisen tuomion jälkeen johonkin hankintamenettelyyn osallistuisi ainoastaan yksi kyseisen konsernin yritys, olisi aiempaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä pidettävä hallituksen esityksen tarkoittamalla tavalla yksipuolisena kilpailunrikkomuksena.

4.3 Konsernisuhteen arvioiminen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena

4.3.1 Sanamuotoon perustuva arviointi

Konsernisuhdetta ja konserniyritysten välistä yhteistyötä on tarkasteltava julkisten hankintojen kontekstissa kilpailulain puitteissa sallitun yhteistyön näkökantaa kriittisemmin. Syynä tähän on se, että konserniyritykset on katsottava julkisissa hankinnoissa toisistaan erillisiksi talouden toimijoiksi.¹⁸⁹ Julkisten hankintojen kontekstissa ongelmallisena voidaan perustellusti pitää jo sitä, että konserniyrityksen määritelmän mukaan keskenään konsernisuhteessa olevissa yrityksissä määräysvaltaa käyttää sama taho. Määräysvaltasuhde luo siis jo itsessään vahvan oletettaman siitä, että yksi ja sama taho käyttää määräysvaltaa myös sen suhteen, millaisen tarjouksen konserniyritys A ja konserniyritys B antavat jossakin hankintamenettelyssä.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Hankintadirektiivin perusteluosa, kohta 14.

¹⁸⁹Ks. *Kotsonis* 2019, s. 156.

¹⁹⁰Jos kyseessä on hankintamenettely, jossa yhden tarjoajan tai ehdokkaan on sallittua jättää useampia vaihtoehtoisia tarjouksia, käsillä on erityyppinen kysymyksenasettelu. Tässä tutkielmassa ei kuitenkaan perehdytä tutkielman rajoitetun laajuuden takia tällaiseen tilanteeseen tarkemmin.

Hankintayksiköllä voi siis olla perusteltu syy epäillä, että konserniyritysten osallistuessa samaan hankintamenettelyyn avoimuuden ja tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteet vaarantuvat.¹⁹¹ Konsernisuhde herättäkin jo lähtökohtaisesti kysymyksen siitä, voiko samaan hankintamenettelyyn osallistua useampi kuin yksi samaan konserniin kuuluva yritys.

Toimijoiden välinen sidossuhde, jollaiseksi konsernisuhde voidaan katsoa, on otettu hankintalaissa nimenomaisesti huomioon ainoastaan osana hankintayksikön rakennetta ja tilanteessa, jossa jonkin ehdokkaan tai tarjoajan sidosyksikkö on osallistunut hankintamenettelyyn valmisteluun. Hankintalaissa tai sen esitöissä ei ole käsitelty erikseen tilannetta, jossa hankintamenettelyyn osallistuu useampi kuin yksi samaan konserniin kuuluva tarjoaja tai ehdokas tai mitä vaikutuksia tällaisella tarjoajien tai ehdokkaiden välisellä sidoksella voi olla. Hankintadirektiivi tai hankintalaki ei sisällä sellaista säännöstä, jonka perusteella konsernisuhde tai jokin muu yritysten välinen sidos voisi olla itsessään hankintadirektiivin tai hankintalain tarkoittama poissulkemisperuste.¹⁹² Myöskään vanhassa hankintalaissa tai hankintadirektiivissä ei ole ollut tällaista säännöstä.¹⁹³

Hankintalain 5 luvun 32 §:n mukaan avoimeen hankintamenettelyyn voivat osallistua ”kaikki halukkaat toimittajat”. Hankintalain 5 luvun 33 §:n mukaan rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee ilmoituksen hankinnasta, johon ”kaikki halukkaat toimittajat” voivat pyytää saada osallistua. Hankintalain 5 luvun 34 §:n mukaan neuvottelumenettelyssä, 36 §:n mukaan kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä ja 38 §:n mukaan innovaatiokumppanuudessa hankintayksikkö julkaisee ilmoituksen hankinnasta, johon ”kaikki halukkaat toimittajat” voivat pyytää saada osallistua. Siten hankintalain mukaan ”kaikilla halukkailla toimittajilla” on lähtökohtaisesti oltava mahdollisuus osallistua hankintamenettelyyn.

Toimittajan on hankintalain ja hankintadirektiivin sanamuotojen sekä lain tarkoituksen valossa katsottava tarkoittavan mitä tahansa taloudellista toimijaa riippumatta siitä, missä muodossa se taloudellista toimintaansa harjoittaa.¹⁹⁴ Siten termin ”kaikki halukkaat toimijat” on katsottava sisältävän myös samaan konserniin kuuluvat yritykset, jos ne ovat halukkaita hankintamenettelyyn osallistumaan. Hankintalain sanamuodon perusteella on siis katsottava, että konserniyrityksillä on oikeus osallistua hankintamenettelyyn tarjoajana tai ehdokkaana, jos niitä ei ole

¹⁹¹Ks. Komissio 2021, s. 17.

¹⁹² Ks. *Bitti* 2019, s. 132.

¹⁹³ Ks. *Giosa* 2019, s. 5 ja *Burgi* 2010, s. 18.

¹⁹⁴ Ks. Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 14.

suljettava hankintamenettelyn ulkopuolelle jollakin hankintalain 80 §:n tarkoittamalla pakollisella poissulkemisperusteella ja jos hankintayksikkö ei sovelle niihin jotakin mahdollisesti olemassa olevaa hankintalain 81 §:n tarkoittamaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta.

Sanamuodon ”kaikki halukkaat toimittajat” ja hankintadirektiivin ”talouden toimijan” määrittelyn perusteella vaikuttaa luontevalta olettaa, että hankintalain sanamuoto ei ohjaa konsernisuhteen käyttämiseen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana poissulkemisperusteena. Erillisen kysymyksen muodostaa toki se, voiko konsernisuhte johtaa siihen, että konserniyritykset ovat käytännössä niiden välillä vallitsevan määräysvaltasuhteen myötä harjoittaneet kilpailua vääristävää yhteistyötä. Jos tällaista kilpailua vääristävää yhteistyötä katsottaisiin konsernisuhteen perusteella tapahtuneen, poissulkemisperustetta voitaisiin soveltaa. Hankintalain tai hankintadirektiivin sanamuoto ei kuitenkaan itsessään ohjaa tähänkään tulkintaan.

4.3.2 Lain tarkoitukseen ja tavoitteisiin perustuva arviointi

Hankintalain hallituksen esityksessä ja hankintadirektiivin johdanto-osassa on korostettu tavoitteena kilpailun lisäämistä.¹⁹⁵ Mahdollisimman laaja kilpailu julkisissa hankinnoissa on sekä yhteisön että hankintayksikön etu.¹⁹⁶

Kilpailun edistämistavoitteen valossa tiettyjen toimittajien poissulkeminen hankintamenettelystä pelkästään niiden valitseman toimintamallin ja oikeudellisen muodon perusteella ei ole voinut olla tavoiteltu lopputulos. Tähän ohjaa osaltaan myös SEUT, jonka mukaan EU-säätelyllä pyritään turvaamaan EU:n toimivat sisämarkkinat sekä tavaroiden ja palveluiden vapaa liikkuvuus.¹⁹⁷ Jos yritysten mahdollisuutta tarjota palveluitaan voitaisiin rajoittaa toiminnan harjoittamisen muodon perusteella, olisi kyseessä SEUTin, hankintadirektiivin ja hankintalain kilpailua edistävän tarkoituksen vastainen tulkinta.¹⁹⁸

Toisaalta uudella hankintadirektiivillä on korostettu myös tarvetta suojata nimenomaan tervettä kilpailua.¹⁹⁹ Jos kilpailua vääristävä menettely on näytettävissä toteen, ohjaavat EU-direktiivin tavoitteet hankintayksikköä sulkemaan hankintamenettelystä kilpailua vääristävään yhteistyöhön osallistuneen tarjoajan tai ehdokkaan kohtuullisen matalalla kynnyksellä.²⁰⁰ Tämä siitäkin

¹⁹⁵ HE 108/2016 vp., s. 33 ja Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 2.

¹⁹⁶ *Burgi* 2010, s. 20.

¹⁹⁷ Ks. *Bellamy – Child* 2018, s. 151–152 ja *Ukkola* 2013b, s. 167–187.

¹⁹⁸ Tällainen tulkinta voisi mahdollistaa esimerkiksi jossakin jäsenvaltiossa tyypillisen yritystoiminnan muotojen syrjimistä, mikä olisi SEUT 101 vakiintuneen tulkinnan vastaista.

¹⁹⁹ *Giosa* 2019, s. 5.

²⁰⁰ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 101.

huolimatta, että hankintalain hallituksen esityksessä on todettu, että ehdokas tai tarjoaja olisi suljettava hankintamenettelystä vähäisten rikkomusten perusteella vain poikkeuksellisesti.²⁰¹ Myös komission julkilausumissa on toistuvasti korostettu hankintayksikön asemaa kilpailua vääristävän menettelyn havaitsemisessa ja kilpailua vääristävään toimintaan puuttumisen merkitystä.²⁰² Käytännössä hankintadirektiivi ja siten myös hankintalaki sekä komissio kannustavat hankintayksikköä pitämään vähintään kilpailua vääristävän yhteistyön olettan kynnystä melko alhaisena, koska olettan velvoittaa hankintayksikön selvittämään havaitun olettan perusteella kilpailua vääristävän sopimuksen mahdollisuuden.²⁰³

Hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteet tukevat hankintalain sanamuodon kirjaimellista tulkintaa, jonka mukaan kaikilla halukkailla toimittajilla on oltava mahdollisuus osallistua hankintamenettelyyn. Samoin ne tukevat tulkintaa, jonka mukaan konsernisuhde ei itsessään voi olla poissulkemisperuste ainakaan automaattisesti ja ilman erillistä harkintaa. Lähtökohtaisestihan on ajateltava, että jos sidossuhteessa olevat yritykset osallistuvat hankintamenettelyyn itsenäisillä tarjouksilla, osallistuminen lisää kilpailua ja siten alentaa kilpailutuksen kohteena olevan tuotteen hintaa ja parantaa sen laatua.²⁰⁴ Toisaalta, jos konserniyritysten toimintaan liittyy sellaisia tekijöitä, joiden perusteella konserniyritysten samaan hankintamenettelyyn osallistuminen vaarantaa terveen kilpailun, on tapauskohtaisesti harkittava, pitäisikö harkinnanvaraista poissulkemisperustetta soveltaa.

4.3.3 Julkisissa hankinnoissa noudatettaviin oikeusperiaatteisiin perustuva arviointi

Jokaisen julkisen hankinnan jokaisessa vaiheessa on sovellettava kaikkia julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita – avoimuus, suhteellisuus sekä tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu.²⁰⁵ Hankintalain hallituksen esityksessä on todettu, että lain 81 §:n 1 momentin 6 kohtaa soveltaessa hankintayksikön on huomioitava tasapuolisuuden ja suhteellisuuden periaatteet.²⁰⁶ Vaikka hankintamenettelyssä on huomioitava kaikki edellä mainitut periaatteet, jokin periaatteista voi tulla tietyssä asiassa voimakkaammin painotetuksi kuin toinen. Hallituksen esityksessä hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdalla mainittu tasapuolisuuden ja suhteellisuuden periaatteiden huomioiminen viittaakin siihen, että näille periaatteille on annettava kyseistä lainkohtaa sovellettaessa suurin painoarvo.

²⁰¹ HE 108/2016 vp., s. 185.

²⁰² Ks. Komissio 2011a, s. 53, Komissio 2017, s. 12 ja Komissio 2021, s. 20 ja 23–28.

²⁰³ Komissio 2021, s. 16.

²⁰⁴ Ks. *Mukherjee* 2020, s. 48.

²⁰⁵ C-538/13, *eVigilo* [2015], kohdat 42 ja 43, KHO:2016:56.

²⁰⁶ HE 108/2016 vp., s. 186.

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate ohjaa 81 §:n 1 momentin 6 kohtaa sovellettaessa yhtäältä siihen, että kaikki toimittajat toiminnan harjoittamisen muodosta riippumatta saavat osallistua hankintamenettelyyn. Toisaalta sama periaate ohjaa siihen, että yhdenkään toimittajan ei tule olla toista paremmassa asemassa hankintamenettelyyn osallistuessaan. Käytännössä tulkinta on siis sama kuin sanamuotoon ja hankintalainsäädännön tavoitteisiin perustuvat näkökannat.

Suhteellisuusperiaate edellyttää kaikkien asiassa relevanttien seikkojen ottamista huomioon ja niiden toimenpiteiden tekemistä, jotka ovat asian olosuhteisiin nähden perusteltavissa ja oikean suhtaisia.²⁰⁷ Siten suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintayksiköllä on selvä käsitys siitä, onko kahden tarjoajan keskinäisellä konsernisuhteella jokin kilpailua vääristävä vaikutus siinä hankintamenettelyssä, johon ne osallistuvat. Vasta sen jälkeen, kun hankintayksiköllä on luotettava selvitys siitä, onko konsernisuhteella jotain vaikutusta kilpailuun, voidaan suhteellisuusperiaatetta tosiasiallisesti soveltaa.

Lienee selvää, että tilanteessa, jossa hankintayksikkö on todennut, että kaikki hankintamenettelyssä jätetyt tarjoukset ovat toisistaan erillisiä eikä yhdenkään yrityksen toimintaan liity mitään kilpailua vääristävää toimintaa huolimatta kahden toimittajan välisestä konsernisuhteesta, olisi sekä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun että suhteellisuusperiaatteen vastaista sulkea jokin yritys menettelystä ainoastaan konsernisuhteen perusteella.

Jos hankintayksikkö toteaisi, että kahden tarjoajan välinen konsernisuhte vaikuttaa hankintamenettelyyn joltain osin kilpailua vääristävästi, tulisi sen harkittavaksi, onko konsernisuhteessa olevien toimittajien poissulkeminen suhteellisuusperiaatteen tarkoittamalla tavalla oikeasuhtainen toimenpide.²⁰⁸ Tältä osin EU-tuomioistuim on jäljempänä luvussa 4.3.4 tarkemmin käsiteltävässä oikeuskäytännössään linjannut, että julkisten hankintojen yhteydessä yhdenvertaisen kohtelun periaate olisi esteenä toisiinsa sidoksissa olevien tarjoajien tarjouksille, jotka eivät ole itsenäisiä ja toisistaan riippumattomia.²⁰⁹ Tämä EU-tuomioistuimen jyrkkä kannanotto ei käytännössä jätä tilanteessa sijaa suhteellisuusperiaatteen tapauskohtaiselle soveltamiselle siinä arvioinnissa, onko tarjoajan tai ehdokkaan poissulkeminen oikeasuhtainen toimenpide kyseisessä hankintamenettelyssä. Sen sijaan se asettaa oletuksen harkinnanvaraisen

²⁰⁷ *Aalto-Setälä ym.* 2008, s. 542.

²⁰⁸ Jos poissulkemiseen päädytään, tasapuolisuuden ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää, että hankintamenettelystä poissuljetaan kaikki keskinäisessä konsernisuhteessa olevat toimittajat, ei ainoastaan yhtä.

²⁰⁹ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohdat 27–40.

poissulkemisperusteen pakollisesta yhdenvertaisuusperiaatteeseen perustuvasta soveltamisesta.²¹⁰ Tällainen tulkinta kaventaa merkittävästi hankintayksikölle hankintadirektiivin ja Suomen kansallisessa lainsäädännössä hankintalaille annettua harkintavaltaa. Samoin sitä voidaan kritisoida ainakin tietyltä osin EU-tuomioistuimen omien hankintayksikön harkintavaltaa korostavien ratkaisujen kanssa ristiriitaiseksi, koska EU-tuomioistuin on johdonmukaisesti oikeuskäytännössään vahvistanut, että direktiivin 57 artiklan 4 kohdan mukaan on hankintaviranomaisen tehtävä arvioida itsenäisesti, onko talouden toimija suljettava tietyn hankintamenettelyn ulkopuolelle vai ei.²¹¹ Toisaalta asiassa voidaan perustellusti katsoa, että suhteellisuusperuste ja poissulkemisen oikeasuhtaisuus on tullut hankintayksikön arvioitavaksi jo siinä vaiheessa, kun se on arvioinut, onko tarjoajana tai ehdokkaana olevien yritysten sidossuhde tosiasiallisesti ja konkreettisesti vaikuttanut tarjousten riippumattomuuteen.²¹²

4.3.4 Oikeuskäytäntöön perustuva arviointi

Suomen kansallisessa oikeuskäytännössä ei ole otettu kantaa hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittaman harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltumiseen konserni- tai sidossuhteeseen. EU-oikeuskäytännössä asiaa on käsitelty. Hankintalakia on tulkittava EU-oikeuskäytännön valossa, koska hankintalain säännökset vastaavat sisällöltään julkisia hankintoja koskevia EU-direktiivejä. Lisäksi EU-oikeuskäytäntö on itsessään jäsenvaltioita sitovaa oikeutta.²¹³

EU-tuomioistuimen *Assitur* -ratkaisussa²¹⁴ oli pyydetty ennakkoratkaisua koskien sitä, voidaanko tarjoajia, joiden välillä on määräysvaltasuhde, kieltää osallistumasta samaan hankintamenettelyyn. Tapauksessa oli tiivistetysti kyse seuraavasta:

Italian kansallinen lainsäädäntö kieltää määräysvaltasuhteessa tai sidossuhteessa olevia yrityksiä osallistumasta samaan hankintamenettelyyn. Italian kansallisen lainsäädännön mukaan määräysvallan omaava yhtiö on tietoinen määräysvallassaan olevan yhtiön tarjouksesta.

Tapauksessa oli kyseessä avoin hankintamenettely, jossa tarjouskilpailuun olivat osallistuneet SDA Express Courier SpA, Poste Italiane SpA ja Assitur Srl. Assitur Srl vaati, että

²¹⁰ Ks. *Kotsonis* 2019, s.159.

²¹¹ Komissio 2021, s. 13. C-124/17 oikeustapausviittauksineen.

²¹² Ks. myös *Kováčiková – Blažo*, s. 227.

²¹³ *Raitio* 2004, s. 110–111. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja SEUT 267 artiklan mukaan EU-tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu perussopimusten ja Euroopan unionin toimielimen säädöksen tulkinnasta. Jos siis tällainen kysymys tulee esille sellaisessa kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävänä olevassa asiassa, jonka päätöksiin ei kansallisen lainsäädännön mukaan saa hakea muutosta, tämän tuomioistuimen on saatettava kysymys EU-tuomioistuimen käsiteltäväksi. Ks. *Voutilainen – Määttä* 2017, s. 68.

²¹⁴ C-538/07 Assitus Srl vastaan Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (jäljempänä ”Assitur”) *Assitur* [2009].

SDA Express Courier SpA ja Poste Italiane SpA oli suljettava tarjouskilpailusta, koska niiden välillä oli määräysvaltasuhde ja Italian kansallisen lainsäädännön perusteella määräysvaltaa käyttänyt Poste Italiane SpA oli ollut tietoinen SDA Express Courier SpA:n tarjouksesta.

EU-tuomioistuimien katsoi, että säännös, joka perustuu oletamaan, jota ei voida kumota ja jonka mukaan sidossuhteessa olevien yritysten samassa tarjouskilpailussa tekemät tarjoukset ovat kiistatta vaikuttaneet toisiinsa loukkaa suhteellisuusperiaatetta. EU-tuomioistuimen mukaan yrityksillä on oltava mahdollisuus näyttää toteen, että niiden kohdalla kilpailua vääristävää menettelyä ei ole tapahtunut.²¹⁵

EU-tuomioistuimen mukaan tapauksen *Assitur* kaltaisessa kontekstissa määräysvaltasuhteen vaikutuksen hankintamenettelyyn selvittäminen on kuulunut hankintaviranomaiselle. Jos hankintaviranomainen toteaa, että määräysvaltasuhteella on ollut kilpailua vääristävä vaikutus missä tahansa muodossa, voidaan poissulkemisperustetta soveltaa. Jos taas hankintaviranomainen katsoo, ettei määräysvaltasuhteella ole ollut konkreettisia vaikutuksia tarjoajien toimintaan, ei poissulkemisperuste tule kyseeseen.²¹⁶

EU-tuomioistuimen asiassa *Lloyd's of London*²¹⁷ oli pyydetty ennakkoratkaisua koskien avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteiden tulkintaa. Tapauksessa oli tiivistetysti kyse seuraavasta:

Italian kansallisen lainsäädännön mukaan julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin eivät voi osallistua, eivätkä alihankintasopimuksia voi saada eikä niitä koskevia sopimuksia voi tehdä tarjoajat, jotka ovat samaan hankintamenettelyyn osallistuvaan toiseen tahoon nähden määräysvaltasuhteessa tai missä tahansa tosiasiallisessa suhteessa, jos tällainen määräysvalta- tai muu suhde merkitsee, että tarjousten voidaan katsoa olevan peräisin yhdeltä ainoalta päätöksentekokoelimityltä.

Tapauksessa *Lloyd's of London* hankintamenettelyyn oli osallistunut useita Lloyd's of Londonin jäseniä olevia syndikaatteja, joiden tarjoukset oli allekirjoittanut sama Italiaa varten olevan yleisen edustajan erityinen asiamies. Lloyd's of Londonin jäsensyndikaatit suljettiin pois hankintamenettelystä yllä esitetyn Italian lainsäädännön perusteella, koska saman asiamiehen allekirjoituksen katsottiin tarkoittavan, että tarjoukset olivat peräisin samalta päätöksentekokoelimityltä.²¹⁸

EU-tuomioistuimen mukaan määräysvalta- tai assosiaatiosuhteessa toisiin kilpailijoihin olevien ehdokkaiden tai tarjoajien poissulkeminen ylittää sen, mikä olisi tarpeen kilpailua vääristävän käyttäytymisen estämiseksi ja siten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen varmistamiseksi.²¹⁹ Tällainen automaattinen poissulkeminen muodostaisi EU-tuomioistuimen mukaan oletaman, jota ei voida kumota yritysten vuorovaikutuksesta samassa hankintamenettelyssä annettujen tarjousten osalta ja ehdokkailla tai tarjoajilla ei siis olisi

²¹⁵C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 30.

²¹⁶C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 32.

²¹⁷C-144/17 *Lloyd's of London vastaan Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria* (jäljempänä ”**Lloyd's of London**”) [2018].

²¹⁸C-144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohdat 12–21.

²¹⁹C-538/07, *Assitur* [2009], kohta 28, C-376/08 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Srl v Comune di Milano* (jäljempänä ”**Serrantoni**”) [2009], kohdat 38 ja 40 ja C-425/14 *Impresa Edilux* [2015], kohdat 36 ja 38.

mahdollisuutta todistaa tarjoutensa itsenäisyyttä. Tämä olisi vastoin EU:n intressiä varmistaa mahdollisimman monen tarjoajan osallistuminen tarjouspyyntömenettelyyn.²²⁰

EU-tuomioistuimissa katsoi, että suhteellisuusperiaatteen noudattaminen edellyttää, että hankintayksikkö on velvollinen tutkimaan ja arvioimaan tosiseikat kokonaisuudessaan arvioidakseen, onko kahden tarjoajan tai ehdokkaan välisellä suhteella ollut konkreettinen vaikutus samassa hankintamenettelyssä annettujen tarjousten sisältöön. Edelleen EU-tuomioistuimissa on todennut, että tällaisen vaikutuksen havaitseminen riittää siihen, että kyseiset tarjoajat tai ehdokkaat voidaan sulkea pois hankintamenettelystä.²²¹

EU-tuomioistuimen asiassa *Specializuotas Transportas*²²² oli niin ikään pyydetty ennakkoratkaisua koskien avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäntäkiellon periaatteiden tulkintaa. Tapauksessa oli tiivistetysti kyse seuraavasta:

Hankintamenettelyyn osallistuneista toimijoista kaksi (jäljempänä ”**tarjoajat A ja B**”) oli saman emoyhtiön tytäryhtiöitä. Tarjouspyynnön julkaisemisen aikaan sovelletussa kansallisessa lainsäädännössä ei ollut säädetty nimenomaisesti tarjoajan velvollisuudesta ilmoittaa sidoksistaan muihin samaan tarjouspyyntömenettelyyn osallistuviin toimijoihin tai hankintaviranomaisen velvollisuudesta tarkistaa, arvioida ja ottaa huomioon nämä sidokset päätöksissään. Myöskään tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ollut asetettu tällaisia velvollisuuksia. Tarjoaja B oli kuitenkin esittänyt tarjouksensa yhteydessä valahtoisen ilmoituksen, jonka mukaan se osallistui menettelyyn itsenäisesti riippumattomasti kaikista toimijoista, joihin sillä saataisi olla sidoksia. Lisäksi tarjoaja B sitoutui toimittamaan luetellon niistä toimijoista, joihin se oli sidoksissa, jos hankintaviranomainen sellaista pyytäisi.²²³

Hankintaviranomainen valitsi tarjoajan B hankintasopimuksen sopimuspuoleksi.²²⁴ Hankintamenettelyssä toiseksi sijoittunut toimija teki hankintaviranomaisille oikaisuvaatimuksen väittäen, että tarjoajien tarjouksia ei ollut arvioitu asianmukaisesti ja että menettelyssä oli loukattu yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta.

Tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimissa ja muutoksenhakutuomioistuimissa katsoivat, että hankintaviranomainen ei ollut siitä huolimatta, että se tiesi tarjoajien A ja B keskinäisestä sidoksesta, tehnyt mitään tutkiakseen, oliko tällä sidoksella vaikutusta näiden tarjoajien välisen kilpailun aitouteen. Tuomioistuimien mukaan tarjoajien A ja B olisi pitänyt ilmoittaa keskinäisistä sidoksistaan hankintaviranomaiselle, koska tarjoajat A ja B olivat tietoisia toistensa osallistumisesta hankintamenettelyyn. Tuomioistuimen mukaan ilmoitus olisi tullut antaa, vaikka kansallisessa lainsäädännössä ei säädetä tällaisesta velvollisuudesta. Tarjoajan B esittämä valahtoisen ilmoituksen ei katsottu riittävällä tavalla osoittavan, että tämä velvollisuus oli asianmukaisesti täytetty.²²⁵

EU-tuomioistuimen mukaan tapauksen *Specializuotas Transportas* kaltaisessa asiassa se, että tarjoajien keskinäisillä sidoksilla todetaan olleen vaikutusta niiden samassa menettelyssä jättämien tarjousten sisältöön riittää siihen, että hankintayksikön on suljettava ne

²²⁰ C-538/07 *Assitur* [2009], kohdat 29 ja 30, C-376/08 *Serrantoni* [2009], kohdat 39 ja 40 C-425/14 *Impresa Edilux* [2015], kohta 36.

²²¹ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 32.

²²² C-531/16 Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras ja ”Ecoservice projektai” UAB, aiemmin ”Specializuotas transportas” UAB (jäljempänä ”**Specializuotas transportas**”) [2018].

²²³ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohdat 7–11.

²²⁴ Hankintaviranomainen hylkäsi tarjoajan A tarjouksen sillä perusteella, että tarjous ei täyttänyt laatustandardeja, eikä tarjoaja A riitauttanut tätä päätöstä.

²²⁵ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohdat 12–16.

pois hankintamenettelystä. Poissulkemisperusteena on tällöin se, että keskenään sidoksissa olevien tarjoajien tarjoukset eivät ole toisistaan itsenäiset ja riippumattomat. EU-tuomioistuin on kuitenkin vahvistanut aiemman käytäntönsä mukaisesti, että ainoastaan sen toteaminen, että kyseisten yritysten välillä on määräysvaltasuhde ei riitä siihen, että hankintaviranomainen voi automaattisesti sivuuttaa nämä tarjoukset hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyssä selvittämättä, onko tällaisella suhteella ollut konkreettista vaikutusta näiden tarjousten itsenäisyyteen.

Edellä tiivistetyissä EU-tuomioistuimen ratkaisuihin on otettu kantaa tulkintaongelmaan koskien keskinäisessä määräysvalta- tai sidossuhteessa olevien yritysten osallistumista samaan hankintamenettelyyn. Näiden ratkaisujen ja niissä tehtyjen oikeustapaustapausten perusteella voidaan pyrkiä määrittelemään EU-oikeuden soveltamisen näkökulma, joka ulottuu Suomen kansallisen lainsäädännön tulkintaan. Näkökulman määrittelyssä on kuitenkin huomioitava ratkaisujen suuntaa antava luonne, joka ei välttämättä ole automaattisesti sovellettavissa jokaiseen hankintamenettelyyn, jossa on arvioitava sidosyksikköjen asemaa hankintamenettelyssä.²²⁶

Määttän mukaan hankintalain tulkinnassa hyödynnettävät argumentit ja oikeuslähteet eivät ole läheskään aina joko/tai-luonteisia, vaan enemmän suuntaa antavia. *Määttän* mukaan ennakkopäätösratkaisujen ongelmaksi voi muodostua sen määrittäminen, mitä päätös jättää vielä auki, ja toisaalta, kuinka laajalti se tarjoaa niin sanotun lopullisen kannanoton tulkintaongelmaan. *Määttän* näkemyksen mukaan yksittäisen päätöksen perusteella ei sen vuoksi pitäisi tehdä liian pitkälle meneviä päätelmiä, vaan sen perusteella tulisi pyrkiä rakentamaan *ennakkopäätöissäntö*.²²⁷ Vaikka *Määttä* on esittänyt ongelman kansallisten ennakkoratkaisujen tasolla, sama epävarmuusongelma koskee myös EU-tuomioistuimen ratkaisuja. Tästä syystä EU-tuomioistuimen ratkaisusta on eriteltävä ne seikat, joiden voidaan katsoa muodostavan selvän tulkintalinjauksen ja siten *ennakkopäätöissäntö* sekä ne seikat, joihin ei ole suoranaisesti otettu kantaa, vaan jotka jäävät avoimiksi.

Tapauksissa *Assitur*, *Lloyd's of London* ja *Specializuotas Transportas* oli kyse samankaltaisista tilanteista, joissa EU-tuomioistuimen oli ratkaistava EU-sääntelyn suhtautuminen keskenään sidoksissa oleviin toimijoihin, jotka osallistuivat samaan hankintamenettelyyn. Vaikka osa ratkaisusta on annettu uuden hankintadirektiivin voimassaoloaikana, niissä kaikissa on sovellettu vanhaa hankintadirektiiviä, koska se on ollut voimassa tapauksien tapahtumainkulun hetkellä. Tällä hetkellä voimassa olevan hankintadirektiivin sisältö vastaa vanhaa hankintadirektiiviä

²²⁶ Ks. *Määttä* – *Voutilainen* 2017, s. 67.

²²⁷ Ks. *Määttä* – *Voutilainen* 2017, s. 67.

siinä määrin, että EU-tuomioistuimen kannanottoja voidaan soveltaa myös nykyisen hankintalainsäädännön puitteissa.

EU-tuomioistuin on todennut kaikissa edellä eritellyissä ratkaisuissa, että julkisia hankintoja koskeva EU-sääntely on annettu EU:n vapaita sisämarkkinoita ja vapaata liikkuvuutta toteutettaessa, mistä syystä on EU-oikeuden intressissä, että tarjouskilpailuun osallistuminen on mahdollista mahdollisimman monelle osallistujalle.²²⁸ Analogisesti EU-tuomioistuimen mukaan samaan hankintamenettelyyn osallistumisen kategorinen epääminen sidossuhteessa olevilta yrityksiltä olisi julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn vastaista.²²⁹

EU-tuomioistuin on todennut kaikissa ratkaisuisaan myös, että yritysryhmittymillä voi olla erilaisia muotoja ja tavoitteita eikä ole välttämättä suljettu pois, että toisen yrityksen määräysvallassa olevilla yrityksillä olisi tiettyä itsenäisyyttä kaupallisten toimintaperiaatteidensa ja liiketoimintansa harjoittamisen osalta erityisesti julkisiin hankintamenettelyihin osallistumisen alalla. Lisäksi samaan konserniin kuuluvien yritysten välisiin sidossuhteisiin voidaan EU-tuomioistuimen mukaan soveltaa erityisiä, esimerkiksi sopimukseen perustuvia, määräyksiä, joilla voidaan taata sekä itsenäisyys että luottamuksellisuus sellaisten tarjousten laatimisessa, jotka kyseiset yritykset esittävät samanaikaisesti samassa hankintamenettelyssä.²³⁰

Ensimmäinen edellä mainittujen tapauksien avulla johdettavissa oleva ennakkopäätössääntö onkin se, että *toisiinsa sidoksissa olevien toimijoiden samaan hankintamenettelyyn osallistumiselle ei ole lähtökohtaisesti estettä, koska toimijoiden keskinäinen sidonnaisuus itsessään ei osoita, etteivät tarjoukset olisi toisistaan riippumattomia* (jäljempänä ”**ennakkopäätössääntö 1**”). Toisin muotoiltuna ennakkopäätössääntö tarkoittaa siis sitä, että *jos keskenään sidoksissa olevien tarjoajien tai ehdokkaiden tarjoukset ovat toisistaan riippumattomat ja erilliset, ne eivät vääristä kilpailua eikä niihin tule soveltaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta*.

Tapauksessa *Specializuotas transportas* EU-tuomioistuin on tämän lisäksi todennut, että vanhan hankintadirektiivin 2 artiklaa on tulkittava siten, että *keskenään sidoksissa olevilla tarjoajilla, jotka jättävät samassa menettelyssä erillisiä tarjouksia, ei ole ilman nimenomaista*

²²⁸ C-144/17 *Lloyd’s of London* [2018], kohdat 34 ja 35, C-531/16 *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 21, C-538/07 *Assitur* [2009], kohdat 25 ja 26 ja C-376/08, *Serrantoni* [2009], kohta 40 sekä C-425/14 *Impresa Edilux*, kohta 36. Ks. *Brown* 2018, s. 89 ja *Klesná – Patakyová* 2019, luku 6.

²²⁹ C-531/16 *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 21; C-538/07, *Assitur* [2009], kohdat 26 ja 28.

²³⁰ C-531/16 *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 22, C-144/17, *Lloyd’s of London*, kohta 38 ja C-538/07, *Assitur* [2009], kohta 31. Ks. myös Komissio 2011a, s. 53.

*normatiivista säännöstä tai tarjouspyynnössä tai hankinta-asiakirjoissa olevaa erityistä ehtoa velvollisuutta ilmoittaa omasta aloitteestaan keskinäisistä sidoksistaan.*²³¹

EU-tuomioistuimen toteamus on mielenkiintoinen, koska vaikka yleisellä tasolla toisiinsa sidoksissa oleville tarjoajille tai ehdokkaille voitaisiin asettaa velvoite ilmoittaa keskinäisistä sidoksistaan, ei velvoitetta voitaisi toteuttaa tilanteessa, jossa tarjoukset jättäneiden toiminta on aidosti itsenäistä. Jos keskenään sidoksissa olevat yritykset ovat tarjousten erillisyyden varmistamiseksi esimerkiksi konsernin sisäisillä järjestelyillä erottaneet liiketoimintansa tehokkaasti, yritykset voivat olla aidosti tietämättömiä toistensa osallistumisesta samaan hankintamenettelyyn. Tällöin niiden olisi mahdotonta ilmoittaa sidonnaisuuksistaan samaan hankintamenettelyyn osallistuviin toimittajiin.²³² Toisaalta ratkaisun *Lloyd's of London* perusteella mahdottona ei voitane pitää myöskään tilannetta, jossa keskenään sidoksissa olevat toimittajat tietävät ainakin jonkin organisaation elimen kautta toistensa osallistumisesta hankintamenettelyyn, mutta tosiasiaassa tällä tiedolla ei ole ollut merkitystä tarjousten riippumattomuuden ja itsenäisyyden kannalta.²³³

EU-tuomioistuimen aiemmasta oikeuskäytännöstä on todettavissa, että EU-sääntely ja EU-tuomioistuin edellyttävät hankintayksiköltä aktiivista roolia julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden soveltamisessa.²³⁴ EU-oikeuskäytännön mukaan hankintayksiköllä on muun muassa velvollisuus tarkastaa, onko hankintaviranomaisen asiantuntijan taholla mahdollisesti olemassa eturistiriitoja ja toteuttaa tarkoituksenmukaiset toimenpiteet estääkseen, paljastaakseen ja poistaakseen eturistiriidat.²³⁵ EU-tuomioistuin on soveltanut tätä aiempaa käytäntöään tapauksessa *Specializuotas transportas*. Se on todennut, että hankintayksikkö, joka saa tietää objektiivisista seikoista, jotka kyseenalaistavat tarjouksen itsenäisen ja riippumattoman luonteen, on velvollinen tutkimaan kaikki merkitykselliset olosuhteet, jotka johtivat kyseisen tarjouksen esittämiseen. Hankintayksikkö voi tutkia olosuhteita esimerkiksi pyytämällä osapuolia toimitamaan lisäselvitystä ja näyttöä. Hankintayksikölle asetetulla velvollisuudella toimia aktiivisesti varmistetaan tarjoajien ja ehdokkaiden tasapuolinen ja syrjimättömän kohtelu sekä pyritään estämään, paljastamaan ja poistamaan seikat, jotka voivat rasittaa hankintamenettelyä.²³⁶

²³¹ C-531/16 *Specializuotas Transportas* [2018], kohta 26.

²³² Vrt. *Kotsonis* 2019, s. 158. Kotsoniksen mukaan ei olisi suhteetonta edellyttää konserniyrityksiä tiedustelemaan konsernin sisällä, aikovatko muut konsernin yritykset osallistua samaan hankintamenettelyyn.

²³³ C 144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohta 28. Burgi 2010, s. 19 ja *Kotsonis* 2019, s. 158. Jos konsernin sisäisissä tiedusteluissa ilmenee, että samaan hankintamenettelyyn on osallistumassa useampia saman konsernin yrityksiä, yritysten on varmistettava, että tarjoukset valmistellaan itsenäisesti ja riippumattomasti.

²³⁴ C-538/13 *eVigilo* [2015], kohta 42.

²³⁵ C-538/1, *eVigilo* [2015], kohta 43.

²³⁶ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 34 ja C-538/13, *eVigilo* [2015], kohta 44.

Hankintayksikön on siis aina tutkittava, on siis aina tutkittava, onko tarjouksen itsenäisen ja riippumattoman luonteen kyseenalaistavan objektiivisen oletaman luoneella seikalla ollut konkreettinen vaikutus samassa julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä jätettyjen tarjousten sisältöön sillä tavoin, että menettely on vääristänyt kilpailua.²³⁷ EU-oikeuskäytännön valossa toisena ennakkopäätössääntönä voidaankin pitää sitä, että *hankintayksikkö on velvollinen tarkistamaan sidonnaisuussuhteessa olevien toimijoiden tarjousten itsenäisyyden ja riippumattomuuden suhteellisuusperiaatteen tarkoittamalla tavalla oikeasuhtaisiin toimenpiteisiin ryhtymällä, jos hankintayksikkö on saanut tietoonsa seikan, joka luo oletaman siitä, että tarjoukset eivät olisi toisistaan riippumattomia* (jäljempänä ”**ennakkopäätössääntö 2**”).

Jotta hankintayksikkö voi soveltaa ennakkopäätössääntöä 2, sen on arvioitava, millaiset seikat luovat selvitysvelvollisuuden tarkoittaman oletaman siitä, että sidossuhteessa olevien yritysten tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomia. EU-tuomioistuimien on todennut *Assitur*-ratkaisusaan seuraavaa:

*”[Y]ritysryhmillä voi olla erilaisia muotoja ja tavoitteita, eikä ole välttämättä suljettu pois, että toisen yrityksen määräysvallassa olevilla yrityksillä on tiettyä itsenäisyyttä kaupallisten toimintaperiaatteidensa ja liiketoimintansa harjoittamisen osalta erityisesti julkisiin tarjouskilpailuihin osallistumisen alalla.”*²³⁸

Vaikka tämä toteamus osoittaa, että konsernisuhde ei voi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama harkinnanvarainen poissulkemisperuste, se osoittaa myös, että määräysvalta- tai sidossuhteessa olevan yrityksen itsenäisyys tarjousten osalta ei ole pääsääntö vaan poikkeus. Tätä johtopäätöstä tukee myös EU-tuomioistuimen ratkaisussa *Specializuotas Transportas* edellä siteerattuun *Assitur*-ratkaisun kohtaan 31 tekemä viittaus.²³⁹

Siten kolmantena tässä luvussa käsitellyistä EU-tuomioistuimen ratkaisuista johdettavana ennakkopäätössääntönä voidaan pitää sitä, että *hankintamenettelyssä hankintayksikön tietoon tullut tarjoajien välinen sidossuhde luo oletaman siitä, että sidossuhteessa olevien toimittajien tarjoukset eivät ole toisistaan erillisiä ja riippumattomia* (jäljempänä ”**ennakkopäätössääntö 3**”). Täten pelkästään se, että hankintayksikkö saa tietää, että saman konsernin tai muun sidossuhteen omaavat yritykset osallistuvat hankintamenettelyyn, luo sille ennakkopäätössääntö 2

²³⁷ Ks. myös C-144/17 *Lloyd’s of London*, kohta 39 ja C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 32.

²³⁸ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31.

²³⁹ C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37.

mukaisen velvollisuuden selvittää tarjousten keskinäinen riippumattomuus esimerkiksi pyytämällä tarjoajilta tai ehdokkailta tarkempaa selvitystä tarjousten itsenäisyydestä.²⁴⁰

Samaan hankintamenettelyyn osallistuvien yritysten sidossuhteen vaikutusten arvioinnin voidaan katsoa olevan hyvin samankaltainen kuin eturistiriitaan liittyvä arviointi tilanteessa, jossa hankinnan valmisteluun osallistuneen talouden toimijan ja hankintaan tarjoajana osallistuneen talouden toimijan välillä on sidossuhde. Eturistiriidankin osalta EU-tuomioistuin on pitänyt lähtökohtana, että hankinnan valmisteluun osallistunutta tarjoajaa tai siihen sidossuhteessa olevaa tarjoajaa ei voida automaattisesti sulkea pois hankintamenettelystä. Sen sijaan sidossuhteen kilpailua vääristävä vaikutus on tällöinkin arvioitava objektiivisesti ja tapauskohtaisesti.²⁴¹ EU-tuomioistuimen mukaan hankintayksikön on selvitettävä asiaan liittyvät tosiseikat ja vasta siinä tapauksessa, että asiassa ei pystytä osoittamaan, että ehdokkaan tai tarjoajan ja hankintayksikön välillä ei ole eturistiriitaa, hankintayksikön on poissuljettava ne hankintamenettelystä.²⁴² Analogisesti tarjoajien sidossuhteeseen sovellettuna tämä tarkoittaa sitä, että jos sidossuhteessa olevat tarjoajat eivät pysty osoittamaan, että niiden tarjoukset ovat toisistaan riippumattomia, hankintayksikön on poissuljettava ne hankintamenettelystä.

Eturistiriita-arvioinnin osalta on olemassa myös kotimaista oikeuskäytäntöä. Korkein hallinto-oikeus (jäljempänä ”KHO”) on todennut ratkaisussaan *KHO 2016:56*, että hankinnan valmisteluun osallistuneen yrityksen ja hankintamenettelyyn osallistuneen tarjoajan taloudellinen sidossuhde vaarantaa tarjoajien tasavertaisen ja syrjimättömän kohtelun.²⁴³ KHO:n näkemyksessä on kuitenkin viitattu EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa on painotettu tapauskohtaista harkintaa ja KHO onkin päätenyt siihen, että konsernisuhteen vaikutuksen osalta on eturistiriitatilanteissakin aina arvioitava kyseisen tapauksen olosuhteet kokonaisuudessaan.²⁴⁴ Tapauksessa *KHO 2016:56* tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn katsottiin vaarantuvan tarjouksen valmisteluun osallistuneen talouden toimijan ja hankintamenettelyyn osallistuneen tarjoajan välisen sidossuhteen vuoksi.

²⁴⁰ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohdat 34 ja 37 sekä C-538/13 *eVigilo* [2015], kohta 44.

²⁴¹ C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom SA v. Belgia*. Kotimaisessa oikeuskäytännössä *MaO 83/07–84/07*, jossa tarjousvertailuun osallistuneen henkilön ja tarjoajan välisen omistussuhteen ei katsottu johtaneen tosiasialliseen syrjimiseen, vaikka se oli omiaan vaarantamaan tarjoajien tasapuolisen kohtelun sekä *KHO 2016:56* ja *MaO 646/09*, joissa on annettu enemmän merkitystä sille, miltä hankintayksikön menettely vaikuttaa ulkopuolisen silmin tarkasteltuna. Ks. tarkemmin *Halonen – Sammalmaa 2017*, s. 40.

²⁴² C-538/13 *eVigilo Ltd vastaan Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* (jäljempänä ”**eVigilo**”) [2015], kohdat 42 ja 43.

²⁴³ Vastaavasti *MaO 646/09* ja *KHO 2019:85*.

²⁴⁴ Ks. myös. *Halonen – Sammalmaa 2017*, s. 40.

4.4 Konsernisuhteen arviointi hankintalain tarkoittamana kilpailua vääristävänä menettelyinä

Kuten kilpailulain kannalta asiaa tarkasteltaessa on todettu, konsernisuhde ei itsessään ole kielletty tai sellaisenaan kilpailua vääristävä rakenne. Kilpailulain kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevat säännökset eivät ylipäätään sovellu tiedonvaihtoon tai yhteistyöhön saman konsernin sisällä.²⁴⁵ EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä muodostetun ennakkopäätössäännön 3 mukaan konsernisuhde luo kuitenkin julkisten hankintojen kontekstissa oletettaman siitä, että yritysten tarjoukset eivät ole toisistaan erilliset.²⁴⁶

Ennakkopäätössäännön 2 mukaan hankintayksikön on selvitettävä pitääkö oletttama todellisudessa paikkansa eli onko yritysten sidossuhteella ollut konkreettista vaikutusta konserniyritysten tarjouksiin. Yleensä tämä selvitys tarkoittaa käytännössä todistustaakan kääntämistä. Jos siis ehdokkaina tai tarjoajina olevat konserniyritykset eivät kykene osoittamaan näyttöä tarjoutensa erillisyydestä ja itsenäisyydestä, tätä oletttamaa voidaan käyttää julkisessa hankinnassa poissulkuperusteena, vaikka se ei loukkaa kilpailuoikeuden sääntöjä.²⁴⁷ EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, että tällaisen oletttaman arvioinnissa ei ylipäätään ole kyse SEUT 101 eli kilpailuoikeuden rikkomuksen arvioimisesta.²⁴⁸ Tästä huolimatta kyseessä voi olla julkisten hankintojen kontekstissa tasapuolisen kilpailun vaarantava yhteistyö.

EU-tuomioistuin on pitänyt poissulkemisperusteena sitä, että samaan konserniin kuuluvien tarjoajien tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomat. EU-tuomioistuimen mukaan ilman poissulkemista muiden tarjoajien ja ehdokkaiden tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu vaarantuisi.²⁴⁹ Sen sijaan EU-oikeuskäytännön perusteella ei ole yksiselitteistä, perustuuko tällainen poissulkeminen johonkin harkinnanvaraiseen poissulkemisperusteeseen, kuten hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaan vai johonkin periaatteeseen tai poissulkemisperusteeseen, jota ei ole toistaiseksi kirjattu hankintadirektiiviin tai hankintalakiin.

Ratkaisussa *Specializuotas Transportas*, jossa velvollisuus poissulkemiseen tarjouten riippumattomuuden kyseenalaistavan oletttaman perusteella on vahvistettu, on sovellettu vanhaa hankintadirektiiviä. Ratkaisussa ei ole viitattu mihinkään vanhan hankintadirektiivin poissulkemisperusteeseen, johon poissulkeminen perustuisi. Sen sijaan siinä on viitattu tasapuolisen ja

²⁴⁵ Ks. Halonen 2019, s. 225.

²⁴⁶ Ks. *supra*, luku 4.3.4.

²⁴⁷ C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37 ja Komissio 2021, s. 15.

²⁴⁸ *Brown* 2018, s. 89 ja *Smith* 2018, s. 134.

²⁴⁹ C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37.

syrijättömän kohtelun vaarantumiseen.²⁵⁰ Myös komission tiedoksiannossa, jossa on käsitelty sidossuhteessa olevien tarjoajien poissulkemista samalla perusteella, jota *Specializuotas transportas* -ratkaisussa on käytetty, on todettu poissulkemisen perustuvan avoimuuden sekä tasa-
puolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden vaarantumiseen.²⁵¹ Ratkaisun *Specializuotas transportas* -valossa vaikuttaa siis siltä, että tarjousten riippumattomuuden kyseenalaistavaan olettamaan perustuva poissulkeminen on eräänlainen tasapuolisen kohtelun turvaamiseksi luotu "lisäpoissulkuperuste", jota ei ole kirjattu hankintadirektiiviin tai hankintalakiin.

Toisaalta ratkaisussa *Specializuotas transportas* on sovellettu vanhaa hankintadirektiiviä, joka ei ole sisältänyt kilpailua vääristävään menettelyyn perustuvaa poissulkemisperustetta, joka on kirjattu uuden hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohtaan. Komission kyseistä hankintadirektiivin kohtaa koskeva tiedoksianto sisältää nimenomaisen luvun, jossa käsitellään sidossuhteessa olevien talouden toimijoiden poissulkemista hankintamenettelystä avoimuuden ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteet vaarantavissa olosuhteissa. Komission mukaan hankintayksiköllä on hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan mukainen oikeus arvioida, onko tarjoajien keskinäinen sidossuhde vaikuttanut niiden hankintamenettelyyn osallistumiseen tai tarjousten sisältöön. Arvionsa perusteella hankintayksikkö voi päättää, salliiko se asianomaisten toimijoiden osallistumisen menettelyyn.²⁵² Siten komission tiedoksiannon perusteella perusteltu tulkinta on se, että kyseessä voi olla hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan ja siten hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama kilpailua vääristävä yhteistyö silloin, jos sidossuhteessa olevien tarjoajien tarjousten ei katsota olevan toisistaan riippumattomia.

Tämä tulkinta perustuu osaltaan siihen, että julkisten hankintojen ja kilpailuoikeuden suhtautuminen konserniyrityksiin ja niiden välisiin sopimuksiin on erilainen kuin kilpailuoikeuden. Kilpailu, jonka turvaamiseen julkisissa hankinnoissa pyritään ei ole vastaavaa yleistä sisämarkkinoiden kilpailua kuin kilpailuoikeudessa vaan ”erityistä” kilpailua, jonka on vallittava hankintamenettelyssä.²⁵³ Julkisten hankintojen sääntely siis ylittää kilpailulainsäädännön vaatimukset.²⁵⁴ Hankintamenettelyssä konserniyrityksiin suhtaudutaan keskenään kilpailevina talouden toimijoina, kun kilpailuoikeudessa konserni nähdään yhtenä toimijana.²⁵⁵ Koska julkisten

²⁵⁰ C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37.

²⁵¹ Komissio 2021, s. 17.

²⁵² Komissio 2021, s. 17–18.

²⁵³ C-531/16 *Specializuotas transportas*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 71.

²⁵⁴ Ks. *Smith* 2019, s. 4.

²⁵⁵ Ks. *supra*, luku 4.2. Ks. myös *Smith* 2019, s. 4.

hankintojen kilpailuperiaatteet poikkeavat tältä osin kilpailulain kilpailuperiaatteista, myös kilpailua vääristävää menettelyä on tarkasteltava tästä näkökulmasta. Jos kaksi saman konsernin yritystä siis osallistuu samaan hankintamenettelyyn, niihin suhtaudutaan julkisissa hankinnoissa toistensa kilpailijoina. Täten myös niiden välinen yhteistyö on kielletty. Jos siis havaitaan, että konsernisuhteella on ollut konkreettista vaikutusta konserniyritysten tarjouksiin, kyseessä voidaan katsoa olevan kielletty kilpailijoiden välinen yhteistyö eli hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama kilpailua vääristävä menettely.

Konserniyritysten välisestä sidossuhteesta seuraava oletama siitä, että konserniyritysten tarjoukset eivät ole erilliset ja sitä seuraava todistustaakan kääntäminen on käytännössä vastaava kuin kilpailuoikeuden kiellettyjen kilpailunrajoitusten sääntelyssä. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten sääntelyssähän kilpailijoiden välinen tarjouksiin liittyvä sopiminen on lähtökohtaisesti kielletty. Jos yritykset kuitenkin esittävät näyttöä siitä, että yhteistyölle on hyväksyttävä syy, yhteistyö voidaan poikkeuksellisesti katsoa hyväksyttäväksi.²⁵⁶ Julkisten hankintojen kontekstissa konserniyritysten välinen sidossuhde vastaa kilpailijoiden välistä tarjousyhteistyötä, joka on lähtökohtaisesti kielletty, mutta jonka osalta konserniyritykset voivat esittää vastanäyttöä. Vastanäytöllä konserniyritysten on osoitettava, että konsernisuhde ei ole vaikuttanut tarjousten valmisteluun tai hankintamenettelyyn kilpailua vääristävästi. Sekä kiellettyjen kilpailunrajoitusten sääntelyssä että hankintalain harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamisessa pääsääntö on kuitenkin se, että jos ennako-oletusta ei osoiteta vääräksi, kyseessä on kilpailua vääristävä menettely.

4.5 Hankintamenettelyn muodon vaikutus arviointiin konsernisuhteen merkityksestä tarjousten riippumattomuuteen

Kulloisenkin tapauksen olosuhteet vaikuttavat merkittävästi harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamiseen ja olosuhteiden arviointiin. Yksi merkittävä olosuhde on se, millaisessa menettelyssä julkinen hankinta toteutetaan.

Avoimessa hankintamenettelyssä²⁵⁷ kukin tarjoaja jättää tarjouksen, jota ei muuteta hankintamenettelyn edetessä. Siten konsernisuhteen vaikutusta on arvioitava ainoastaan siltä osin,

²⁵⁶ Ks. Määttä – Turtiainen 2014, s. 1–2.

²⁵⁷ Avoimesta hankintamenettelystä säädetään hankintalain 5 luvun 32 §:ssä. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen ja asettaa saataville tarjouspyynnön. Hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön eli hankinta-asiakirjojen perusteella kaikki halukkaat toimittajat jättävät tarjouksen. Hankinta-asiakirjojen saataville asettamisen jälkeen hankintayksiköllä on myös oikeus lähettää tarjouspyyntö suoraan sellaisille toimittajille, joita se pitää sopivina. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö tarkastaa kaikkien tarjoajien soveltuvuuden ja tarjoustensa tarjouspyynnön mukaisuuden. Tarjouskilpailun voittaa kokonaistaloudellisesti edullisin,

ovatko hankintamenettelyyn osallistuneiden saman konsernin yritysten jättämät tarjoukset toisistaan riippumattomat. Arviointia ei ole tarpeen ulottaa konserniyritysten toimintaan yleisemmin, koska konsernin muulla päätöksenteolla ei ole merkitystä yksittäisen avoimen hankintamenettelyn kilpailua vääristävän vaikutuksen kannalta. Jos hankintayksikkö voi varmistua siitä, että samaan konserniin kuuluvien toimittajien avoimessa hankintamenettelyssä jättämät tarjoukset ovat toisistaan erilliset, ei harkinnanvaraista poissulkemisperustetta tule soveltaa.

Kun avoimessa hankintamenettelyssä arviointi tarjousten riippumattomuudesta voidaan kohdistaa ainoastaan hankintamenettelyssä jätettyihin tarjouksiin, rajoitetun menettelyn²⁵⁸, neuvottelumenettelyn²⁵⁹, kilpailullisen neuvottelumenettelyn²⁶⁰ ja innovaatiokumppanuuden²⁶¹ osalta tilanne on erilainen. Jokaisen edellä mainitun menettelyn kulku alkaa siten, että hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen, jonka perusteella kaikki halukkaat toimittajat voivat ilmoittaa halukkuutensa osallistua hankintamenettelyyn. Näiden ilmoituksien perusteella hankintayksikkö valitsee ne toimittajat, jotka saavat jättää tarjouksen tai osallistua menettelyyn. Vastan jälkeen, kun ehdokkaat on valittu, toimittajat jättävät tarjouksensa (rajoitettu menettely) tai hankintayksikkö ja toimittajat ryhtyvät neuvottelemaan hankinnan toteuttamisesta (neuvottelumenettely, kilpailullinen neuvottelumenettely ja innovaatiokumppanuus).

hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä ilmoitettujen valinta- ja vertailuperusteiden mukainen paras tarjous. Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 217–218.

²⁵⁸ Rajoitetusta hankintamenettelystä säädetään hankintalain 5 luvun 33 §:ssä. Rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen hankinnasta, johon kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Hankintayksikkö valitsee halukkaista toimittajista ne ehdokkaat, jotka saavat tehdä tarjouksen. Rajoitetussa menettelyssä hankintayksiköllä on menettelyn kaksivaiheisen rakenteen avulla mahdollisuus rajoittaa tarjouskilpailuun osallistuvien tarjoajien määrää. Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 219.

²⁵⁹ Neuvottelumenettelystä säädetään hankintalain 5 luvun 34 §:ssä. Neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen hankinnasta, johon kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Hankintayksikkö valitsee halukkaista toimittajista ne ehdokkaat, joiden kanssa se neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista. Sitä voidaan kuitenkin käyttää ainoastaan hankintalaissa määriteltyjen edellytysten täytyessä. Kansallisissa hankinnoissa neuvottelumenettelyä voidaan käyttää koska tahansa. EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta ks. *Eskola ym.* 2017, s. 224–225.

²⁶⁰ Kilpailullisesta neuvottelumenettelystä säädetään hankintalain 5 luvun 36 §:ssä. Kilpailullisessa hankintamenettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen hankinnasta, johon kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Hankintayksikkö valitsee halukkaista toimittajista ne ehdokkaat, joiden kanssa se kartoittaa ja määrittää keinot, joilla hankintayksikön tarpeet voidaan parhaiten täyttää. Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan käyttää neuvottelumenettelyä vastaavasti ainoastaan silloin, kun hankintalaissa määrätyt edellytykset täyttyvät. Edellytykset ovat samat kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja neuvottelumenettelyn osalta. Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 235.

²⁶¹ Innovaatiokumppanuudesta säädetään hankintalain 5 luvun 38 §:ssä. Innovaatiokumppanuudessa hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen hankinnasta, johon kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Innovaatiokumppanuuden tavoitteena on innovatiivisen tavaran, palvelun tai rakennusurakan kehittäminen ja tämän kehittämisen tuloksena tuotettavien tavaroiden, palvelujen tai rakennusurakoiden hankkiminen. Innovaatiokumppanuuden tarkoitus on hankkia sellainen tavara, palvelu tai rakennusurakka, jota ei vielä ole avoimilla markkinoilla saatavissa. Innovaatiokumppanuusmenettelyssä hankintayksikkö kilpailuttaa ensin tutkimus- ja kehittämistyön, jolla pyritään saamaan aikaan innovatiivinen tuote tai palvelu. Tämän jälkeen kyseinen tuote- tai palvelu voidaan hankkia sen kehittäjältä ilman erillistä kilpailutusta. Ks. *Eskola ym.* 2017, s. 238.

Rajoitetun menettelyn osalta arviointi on kohtalaisen suoraviivainen, koska kyseessä on ainoastaan yksi tarjous. Vastaavasti kuin avoimessa menettelyssä, tarkastelua toimittajien toiminnan erillisyydestä ja määräysvallan käytöstä yrityksissä ei tarvitse ulottaa rajoitetussa menettelyssä jätettyjä tarjouksia laajemmalle.

Neuvottelumenettelyn, kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja innovaatiokumppanuuden osalta tarjousten erillisyyden arviointi ei ole yhtä suoraviivainen. Näissä menettelyissä voi joko hankintayksikön tietämättä tai hankintayksikön tietäen syntyä tilanne, jossa kaikki neuvotteluihin valitut ehdokkaat kuuluvat samaan konserniin. Tällöin herää aiheellinen kysymys avoimuuden ja tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn periaatteiden mahdollisesta loukkaamisesta. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä muodostetun ennakkopäätössäännön 1, joka perustuu tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen soveltamiseen, ei kuitenkaan voida katsoa kohtelevan eri hankintamenettelyjä eri tavalla. Siten ennakkopäätössäännön 1 perusteella konserniyrityksillä täytyy olla yhdenvertainen mahdollisuus osallistua myös neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn ja innovaatiokumppanuusmenettelyyn.

Vaikka konserniyrityksillä on katsottava olevan ennakkopäätössäännön 1 ja tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen perusteella oikeus osallistua neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn ja innovaatiokumppanuusmenettelyyn, vaatii tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate myös, että konserniyritysten tarjousten erillisuus arvioidaan suhteellisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla. Koska neuvottelumenettelyssä, kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä ja innovaatiokumppanuudessa tarjoukset jätetään vasta neuvottelujen päätteeksi, edellyttäneen tarjousten erillisyyden varmistaminen sitä, että konserniyritysten toiminta on koko neuvottelujen keston ajan käytävien neuvottelujen osalta erillistä. Tämä puolestaan edellyttäneen ainakin sitä, että konserniyrityksillä on oltava käytävissä neuvotteluissa eri edustajat. Lisäksi hankintayksikön tulisi varmistua siitä, että konserniyritysten neuvottelussa esittämiin seikkoihin ei ole vaikutettu konserniyrityksen yhteisellä päätöksenteolla tai yhteisiä määräysvaltasuhteita hyödyntäen, vaan että kukin neuvotteluihin osallistuva konserniyritys edustaa ja ajaa neuvotteluissa ainoastaan omaa intressiään, ei konsernin intressiä.²⁶²

²⁶² Ks. konserniyrityksen käytettävissä olevista menettelyistä tarkemmin luku 6.

5 Konsernisuhteen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolosta luoman oletettaman arvioiminen hankintayksikön näkökulmasta

5.1 Lähtökohtia

Hankintalain ja hankintalain esitöiden mukaan hankintayksiköllä on harkintavalta arvioida ensinnäkin, onko hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta olemassa ja toiseksi, käyttääkö se sitä. Hankintayksiköllä on myös vastuu siitä, sovelletaanko harkinnanvaraista poissulkemisperustetta oikein.²⁶³

EU-oikeuskäytännöstä muodostetun ennakkopäätössäännön 3 mukaan konsernisuhde luo oletettaman siitä, että konserniyritysten tarjoukset eivät ole erilliset ja että tasapuolinen hankintamenettely on vaarantunut. Tämän oletettaman seurauksena hankintayksiköllä on ennakkopäätössäännön 2 mukaan velvollisuus arvioida tarjousten erillisyyttä antamalla konserniyrityksille mahdollisuus osoittaa, että tarjoukset ovat itsenäiset ja että kilpailu ei ole vääristynyt.²⁶⁴

Kuten tässä tutkielmassa on todettu, hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamiseksi tarvittava ”riittävän näytön” käsite on tämänhetkisen sääntelyn ja oikeuskäytännön valossa vaikeasti määriteltävissä. EU-tuomioistuin ja komissio ovat todenneet, että harkinnanvaraista poissulkemisperustetta voidaan soveltaa kilpailua vääristävästä menettelystä saadun objektiivisen ja yhtäpitävän oletettaman perusteella, jos talouden toimijalle annetaan mahdollisuus esittää asiassa vastanäyttöä.²⁶⁵ Sen sijaan EU-tuomioistuin ja komissio eivät ole määritelleet, millainen vastanäyttö riittää kyseisen oletettaman kumoamiseen. Siten tarjousten erillisyyden näytön arvioinnissa hankintayksikkö on vailla selvää sääntelyyn ja oikeuskäytäntöön perustuvaa ohjeistusta siitä, millainen konserniyritysten antama näyttö on riittävää kumoamaan oletettaman kilpailua vääristävästä yhteistyöstä. Hankintalain esitöiden valossa hankintayksikön on ilmeisesti pyrittävä tekemään ratkaisu konserniyrityksen toimittaman näytön riittävydestä tasapuolisen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja suhteellisuusperiaatetta soveltamalla.²⁶⁶

Jos hankintayksikkö katsoo, että konserniyrityksen toimittama näyttö osoittaa, että konsernisuhteella ei ole ollut konkreettista kilpailua vääristävää vaikutusta konserniyrityksen tarjoukseen, vaan tarjous on riippumaton ja itsenäisesti tehty, hankintayksikön ei pidä soveltaa

²⁶³ HE 108/2016 vp, s. 183.

²⁶⁴ C-538/07 *Assitur* [2009], kohdat 29, 30 ja 32, C-376/08 *Serrantoni* [2009], kohdat 39 ja 40 sekä C-425/14 *Impresa Edilux* [2015], kohta 36.

²⁶⁵ Ks. C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 37 ja *Komissio* 2021, s. 15.

²⁶⁶ Ks. HE 108/2016 vp, s. 186.

harkinnanvaraista poissulkemisperustetta. Jos taas hankintayksikkö katsoo, että konserniyrityksen toimittama näyttö ei kumoa konsernisuhteen perusteella syntyneitä olettamia siitä, että tarjous ei ole itsenäinen, hankintayksikön on katsottava, että kyseessä on harkinnanvarainen poissulkemisperuste. Samoin, jos konserniyritys ei toimita lainkaan näyttöä, jolla se pyrkisi kumoamaan ennakkopäätössäännön 3 luoman olettamian, on konserniyrityksen ilmeisesti katsottava, että harkinnanvarainen poissulkemisperiaate on olemassa.

Siinä tapauksessa, että hankintayksikkö on todennut harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolon, sen on hankintalain esitöiden mukaan harkittava, onko poissulkemisperusteen soveltaminen suhteellisuusperiaatteen mukaista.²⁶⁷ Harkinnassa tulisi hankintalain hallituksen esityksen mukaan kiinnittää huomiota poissuljennan vaikutuksiin kilpailutuksessa varsinkin, jos markkinoilla on vain vähän toimijoita. Toisaalta EU-oikeuskäytännön perusteella hankintayksikön on ilmeisesti ilman suhteellisuusperiaatteen erillistä soveltamista suljettava konserniyritykset hankintamenettelystä kilpailua vääristävän yhteistyön perusteella, jos tällaista katsotaan tapahtuneen. EU-tuomioistuin on katsonut, että tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää tällaista poissulkemista.²⁶⁸

Hankintalain esitöiden ja hankintadirektiivin johdanto-osan valossa hankintayksikön on aina harkittava hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan harkinnanvaraista poissulkemisperustetta soveltaessaan, onko poissulkeminen suhteellisuusperiaatteen kannalta oikeasuhtainen toimenpide. Käytännössä suhteellisuusperiaatteen mukainen harkinta kuitenkin tapahtuu siinä vaiheessa, kun hankintayksikkö tarkastelee tarjoajana tai ehdokkaana olevien yritysten sidossuhteen merkitystä tarjousten riippumattomuuden kannalta.²⁶⁹ Jos hankintayksikkö siis päätyy toteamaan, että tarjoukset eivät ole olleet toisistaan riippumattomat ja ne ovat siten vääristäneet tasapuolista kilpailua, poissulkeminen on automaattisesti oikeasuhtainen toimenpide.

5.2 Konsernisuhteen havaitseminen

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä konstruoidun ennakkopäätössäännön 1 mukaan toimittajalla ei ole velvollisuutta ilmoittaa hankintayksikölle sidoksistaan, joihin konsernisuhteeseen kuuluu, jos kansallinen lainsäädäntö tai hankinta-asiakirjat eivät tätä edellytä.²⁷⁰ Suomen hankintalaki ei velvoita toimittajaa ilmoittamaan sidonnaisuuksistaan hankintamenettelyyn

²⁶⁷ Ks. HE 108/2016 vp, s. 186.

²⁶⁸ C-531/16 *Specializuoetas transportas* [2018], kohta 37.

²⁶⁹ Ks. myös *Kováčiková – Blažo*, s. 227.

²⁷⁰ *ibid.*, kohta 26.

osallistumisensa yhteydessä. Sen sijaan hankintayksikkö voi vaatia sidonnaisuuksien ilmoittamista hankintalain puitteissa tarjouspyynnössä tai hankinta-asiakirjoissa esittämillään vaatimuksilla.

Jos hankintayksikkö ei ole hankinta-asiakirjoissaan velvoittanut toimittajia ilmoittamaan sidonnaisuuksiaan, voi vastaan tulla tilanne, jossa hankintayksikkö ei havaitse, että hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien välillä on konserni- tai muu sidossuhde. Tämä johtaa kysymykseen siitä, missä laajuudessa hankintayksikön edellytetään olevan tietoinen tai tutkivan hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien sidossuhteita. Tuleeko hankintayksikön selvittää, onko jokin toimittaja osa jotakin konsernia? Tai jos hankintayksikkö on tietoinen jonkun toimittajan konsernisuhteesta, edellyttääkö tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, että hankintayksikkö selvittää kaikkien osallistujien konsernisuhteet?

Ennakkopäätössäännön 2 mukaan hankintayksikkö on velvollinen tarkistamaan sidonnaisuussuhteessa olevien toimittajien tarjousten itsenäisyyden suhteellisuusperiaatteen edellyttämässä laajuudessa, jos sen tietoon on tullut seikkoja, jotka antavat syyn olettaa, että sidossuhteessa olevien toimittajien tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomia. Ennakkopäätössäännön 3 mukaan hankintamenettelyyn osallistuvien yritysten määräysvalta- tai sidossuhde on luo oletaman, jonka mukaan kyseisten yritysten tarjoukset eivät ole toisistaan erilliset ja riippumattomat. Tämä oletama aiheuttaa hankintayksikölle ennakkopäätössäännön 2 mukaisen velvollisuuden selvittää ja arvioida, onko sidossuhde konkreettisesti vaikuttanut tarjoajien tai ehdokaiden toimintaan kilpailua vääristävällä tavalla.²⁷¹

Vaikeammin arvioitava tilanne on kyseessä silloin, jos hankintayksikkö ei ole tietoinen hankintamenettelyyn osallistuneiden toimittajien keskinäisestä sidossuhteesta. Hankintalainsäädäntö ja sen tulkintamateriaali eivät määritä kuinka laajasti hankintayksikön pitäisi tutkia kilpailua vääristäviä seikkoja hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien keskinäisten sidonnaisuuksien osalta. Hankintalain tai -direktiivin esityöt tai niihin liittyvät ohjeistukset tai kannanotot eivät kerro, pitäisikö hankintayksikön havaita kahden toimittajan välinen sidonnaisuus, kuten konsernisuhde oma-aloitteisesti.²⁷² Jos EU-oikeuskäytäntöä²⁷³ ja ennakkopäätössääntöä 2

²⁷¹ C-531/16 *Specializuotas tansportas* [2018], kohta 34 ja C-538/13 *eVigilo* [2015], kohta 44.

²⁷² Ks. *How to crack a nut* -blogin teksti: ”*First thoughts on the commission’s bid rigging exclusion guidance – what difference will it make?*”, jossa on arvioitu komission tiedoksiantoa 2021/C 91/01 ja kritisoitu sen ohjeiden ja vaikutusten konkreettisuuden puutetta. Saatavilla <https://www.howtocrackanut.com/blog/bid-rigging-exclusion-guidance> (haettu 20.4.2021).

²⁷³ C-538/13 *eVigilo* [2015], kohta 42.

tulkitaan laajentavasti, lienee mahdollista katsoa, että hankintaviranomaisella on velvollisuus tarkastaa, onko tarjouksen jättäneiden toimittajien välillä keskinäisiä sidossuhteista. Tämä kuitenkin tarkoittaisi hankintayksikön kannalta merkittävää hallinnollisen taakan kasvua etenkin laajoissa hankinnoissa, joissa tarjouksia on voitu jättää kymmeniä tai satoja.

Tällainen hallinnollisen taakan sysääminen hankintayksikölle voisi osin olla vastoin hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteita, joilla on pyritty yksinkertaistamaan ja joustavoittamaan julkisia hankintoja.²⁷⁴ Komission maaliskuussa 2021 antamassa tiedoksiannossa, joka sisälsi myös ohjeita hankintayksiköille, hankintayksiköitä on rohkaistu tutkimaan jätettyjen tarjoustien tiedot yksityiskohtaisesti ja huolellisesti. Hankintayksiköiden ohjeistuksen mukaan huomiota tulisi kiinnittää erinäisiin merkkeihin, jotka voivat viitata kilpailunvastaiseen yhteistyöhön.²⁷⁵ Kyseisessä ohjeistuksessa ei ole otettu kantaa siihen, kuuluuko hankintayksikön velvollisuuksiin tarkastaa tarjouksen jättäneiden toimittajien sidonnaisuudet. Tarkemman ohjeistuksen puuttuessa perusteltua voisi olla edellyttää, että hankintayksikkö tutkii hankintamenettelyyn osallistuneiden toimittajien keskinäisten sidossuhteiden olemassaolon vain siinä tapauksessa, että se havaitsee muita merkkejä kilpailunvastaisesta yhteistyöstä. Jos tällaisia merkkejä ei havaittaisi, hankintayksiköllä olisi velvollisuus pyytää sidossuhteisiin liittyvää selvitystä tarjoustien erillisyydestä ainoastaan niiltä tarjoajilta tai ehdokailta, joiden sidossuhteesta se on ilman erillistä selvitystä tietoinen.

Edellä esitetty tulkinta voi johtaa siihen, että hankintamenettelyyn osallistuvia eri konsernien yrityksiä kohdellaan hankintamenettelyssä eri tavalla. Kyseeseen voi tulla esimerkiksi tilanne, jossa samaan hankintamenettelyyn osallistuvat konserniin X kuuluvat A ja B, jotka eivät ilmoita sidonnaisuuksiaan, koska niillä ei ole ollut tähän velvollisuutta, ja konserniin Y kuuluvat C ja D, jotka ilmoittavat sidonnaisuutensa vapaaehtoisesti.²⁷⁶ Tällöin A:n ja B:n tarjoustien erillisyyttä ei välttämättä tutkittaisi, kun taas C:n ja D:n tarjouksiin kohdistuisi merkittävästi tarkempi arviointi. Tällaista menettelyä voisi olla perusteltua pitää epäyhdenvertaisena ja siten tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen vastaisena. Tästä syystä eräs mahdollinen tulkinta voisi olla se, että hankintayksikön saadessa tietoonsa, että joidenkin hankintamenettelyyn osallistuneiden toimittajien välillä on sidonnaisuussuhde, sen olisi tarkastettava myös muiden toimittajien mahdolliset sidonnaisuudet toisiinsa saman hankintamenettelyn toimittajiin.

²⁷⁴ Hankintadirektiivin johdanto-osa, kohta 2. HE 108/2016 vp, s. 12.

²⁷⁵ Ks. listaus Komissio 2021, s. 25–26.

²⁷⁶ Edelleen hankintamenettelyyn voisivat osallistua konserniin Z kuuluvat E ja F, joiden osalta hankintayksikkö olisi tietoinen konsernisuhteesta ilman erillistä ilmoitusta vaikkapa aiemman hankintamenettelyn seurauksena.

Hankintayksiköllä on mahdollisuus edellyttää toimittajia ilmoittamaan niiden sidonnaisuussuhteet sisällyttämällä kyseinen vaatimus hankinta-asiakirjoihin. Tämä perustuu siihen, että hankintalain 68 §:n 1 momentin 8 kohdan mukaan tarjouspyyntöön voidaan kirjata

”ehdokkaiden tai tarjoajien taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä soveltuvuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat ja muut vaatimukset sekä pyyntö täydentää yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja ja luettelo asiakirjoista, joita ehdokkaan tai tarjoajan sekä tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan on soveltuvuuden arviointia varten toimitettava”.

Hankintayksikkö ei tietenkään saa edellä siteeratun lainkohdan puitteissa pyytää sellaisia tietoja, joiden pyytäminen olisi suhteellisuusperiaatteen tai tasapuolisen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaista ja asettaisi ehdokkaat ja tarjoajat epäyhdenvertaiseen asemaan. Koska EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on ollut muodostettavissa ennakkopäätöissä 1, jonka mukaan yrityksen sidonnaisuus samaan hankintamenettelyyn osallistuvaan toiseen yritykseen ei voi itsessään olla poissulkemisperuste, ei sidonnaisuuksien ilmoittamisen edellyttäminen voi asettaa ehdokkaita tai tarjoajia eriarvoiseen asemaan.

Hankintalain hallituksen esityksessä on todettu, että ehdokkailta ja tarjoajilta edellytetty ilmoitus siitä, että ne eivät ole määräysvalta- tai assosiaatiosuhteessa toisiin ehdokkaisiin tai tarjoajiin tai että ne eivät ole tehneet tai aio tehdä sopimuksia toisten hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien kanssa on suhteellisuusperiaatteen vastainen.²⁷⁷ Se, että hankintayksikkö pyytää toimittajaa ilmoittamaan sidonnaisuutensa ei riko suhteellisuuden vaatimusta, koska sidonnaisuussuhde itsessään ei voi olla poissulkemisperuste, vaikka sillä voi olla vaikutusta asian arviointiin.

Jos hankintayksikkö edellyttää hankinta-asiakirjoissa, että toimittajat ilmoittavat kaikki sidonnaisuutensa, lienee selvää, että se on pyrkinyt riittävässä määrin täyttämään mahdollisen velvollisuutensa tarkastaa hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien keskinäisten sidossuhteiden olemassaolo. Periaatteessa hankintayksikkö voi pyytää ehdokkaita ja tarjoajia ilmoittamaan sidonnaisuutensa myös pelkästään samaan hankintamenettelyyn osallistuviin ehdokkaisiin tai tarjoajiin. Tällöin on kuitenkin mahdollista, ja jopa suotavaa, että ehdokkaat ja tarjoajat eivät pysty ilmoittamaan sidonnaisuuksiaan, koska ne eivät liiketoiminnan ja siten tarjoustensa

²⁷⁷ HE 108/2016, s. 199 ja C-425/14 *Impresa Edilux* [2015], kohta 38.

riippumattomuuden seurauksena ole tietoisia niihin sidoksissa olevien yritysten jättämistä tarjouksista.²⁷⁸ Tällainen sidonnaisuuksien ilmoittamiseen velvoittaminen ei ilmeisesti siis ole yhtä tehokas ja tarkoituksenmukainen kuin edellä mainittu kaikkien sidonnaisuuksien ilmoittamiseen velvoittaminen.

Koska asiassa ei ole yksiselitteistä, missä laajuudessa hankintayksikkö on velvollinen tarkastamaan hankintamenettelyyn osallistuneiden toimittajien keskinäiset sidonnaisuudet, ei ole myöskään selvää, millainen olisi sen kannalta tehokkain ja sujuvin hankintamenettelyn toimintamalli. Jos hankintayksikön velvollisuuden sidonnaisuuksien tarkastamiseen katsottaisiin rajoittuvan ainoastaan tapauksiin, jossa se havaitsee jonkin muun indikaation kilpailua vääristävästä sopimuksesta, olisi hankintayksikön hallinnollinen taakka pienin, jos se ei edellyttäisi sidonnaisuuksien ilmoittamista lainkaan.

Sidonnaisuuksien ilmoittamisen edellyttäminen hankintailmoituksessa olisi tehokkain menettely siinä tapauksessa, että hankintayksiköllä katsottaisiin olevan laaja velvollisuus selvittää kaikkien toimittajien mahdolliset sidonnaisuudet. Vielä tätäkin tehokkaampaa voisi olla se, että hankintayksikkö edellyttäisi, että talouden toimittajat esittäisivät jo tarjouksen jättämisen yhteydessä selvityksen siitä, kuinka tarjousten riippumattomuus on varmistettu. Etenkin yhdistettynä velvollisuuteen ilmoittaa kaikki sidonnaisuudet, tällainen vaatimus antaisi hankintayksiköille laajasti tietoa siitä, onko hankintamenettelyyn osallistuvilla tarjoajilla tai ehdokkailla keskinäisiä sidoksia ja ovatko nämä sidokset vaikuttaneet tarjouksiin kilpailua vääristävästi.

Sidonnaisuuksien ilmoittaminen samaan hankintamenettelyyn osallistuviin ehdokkaihin tai tarjoajiin ei todennäköisesti olisi tehokas tai tarkoituksenmukainen toimintamalli kummassakaan tilanteessa, vaikkei senkään käyttämiselle ole sinänsä mitään lainsäädännöllistä tai periaatteellista estettä.

5.3 Hankintayksikön harkinta konsernisuhteen vaikutuksesta tarjousten riippumattomuuteen

Saatuana tarjousten kautta tietoonsa sidossuhteet, on hankintayksikön ensin tarkistettava, onko tarjoajilla tai ehdokkailla määräysvalta- tai sidossuhteita, jotka luovat ennakkopäätöissäännön 3 tarkoittaman oletettaman siitä, että tarjoukset eivät ole toisistaan riippumattomat. Tämän jälkeen

²⁷⁸ Toisaalta ratkaisun EU-tuomioistuimen *Lloyd's of London* -ratkaisun perusteella ei ole poissuljettua, etteivätkö sidoksissa olevat yritykset voisi olla tietoisia toistensa hankintamenettelyyn osallistumisesta tarjousten ollessa tosiasiasa kuitenkin toisistaan riippumattomat. Ks. C 144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohdat 28 ja 44. Ks. myös *Bitti* 2019, s. 132.

sen on arvioita ennakkopäätössäännön 2 tarkoittamalla tavalla tarjousten erillisyyden siltä osin, kuin ennakkopäätössäännön 3 tarkoittamia oletettavia on ilmennyt. EU-tuomioistuimen kannanoton mukaan suhteellisuusperiaatteen vaatima tapa on se, että kilpailua vääristävästä yhteistyöstä epäillylle tarjoajalle annetaan mahdollisuus osoittaa, että sidossuhteessa olevien tarjoajien tarjoukset ovat toisistaan erilliset.²⁷⁹ Käytännössä kyseessä on siis todistustaakan kääntäminen.²⁸⁰

Arvioinnin kannalta olennainen kysymys on se, kuinka kauas tarjousten erillisyyden ja riippumattomuuden vaatimus ulottuu. Voidaanko konserniyritysten tarjouksia pitää toisistaan riippumattomina, jos konserniyritykset ovat tietoisia toistensa osallistumisesta samaan hankintamenettelyyn?

On selvää, että ideaalitulanteessa konserniyritysten toiminta on siinä määrin erillistä, että ne eivät jaa keskenään informaatiota siitä, mihin hankintamenettelyihin ne osallistuvat. Tämä perustuu siihen, että myös tarjouskilpailuihin osallistumisesta yhdessä päättäminen voi tietyissä olosuhteissa luoda konsernisuhteen lisäksi toisenkin oletettaman kilpailua vääristävästä yhteistyöstä. Toisaalta se, että konserniyritykset ovat tietoisia toistensa hankintamenettelyyn osallistumisesta ei välttämättä ole kilpailua vääristävästä toiminnasta sen vahvempi tai todellisempi oletama kuin itse konsernisuhdekaan. Tällaisen päätelmän voidaan katsoa olevan linjassa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa, koska EU-tuomioistuin on asiassa *Lloyd's of London* katsonut, että vaikka *Lloyd's of Londonin* Italian yleisen edustajan erityinen asiamies on allekirjoittanut kahden eri syndikaatin tarjoukset, mikä lähtökohtaisesti luo oletettaman kilpailua vääristävästä yhteistyöstä, on hankintayksiköllä ollut velvollisuus antaa syndikaateille mahdollisuus esittää asiassa vastanäyttöä. *Lloyd's of London* -ratkaisussa on lopulta katsottu, että vaikka syndikaatit ovat yleisen edustajan erityisen asiamiehen kautta olleet tietoisia toistensa tarjouksista, ei kyseessä ole ollut kilpailua vääristävä yhteistyö, koska syndikaatit eivät ole olleet tietoisia toistensa tarjousten sisällöstä.²⁸¹ Konsernisuhteiden osalta EU:n oikeuskäytäntöä tulisikin oletettavasti tulkita niin, että pelkästään se, että konserniyritykset ovat tietoisia toistensa osallistumisesta samaan hankintamenettelyyn ei estä niitä osoittamasta, että kyseessä ei ole kilpailua vääristävä yhteistyö, vaan että tarjoukset on tehty toisistaan riippumattomasti.

²⁷⁹ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 28 ja *Burgi* 2010, s. 19.

²⁸⁰ Saksassa vallitsee vastaava oikeuskäytäntö, jonka mukaan tarjoajan, jonka kanssa samaan konserniin kuuluva yritys on niin ikään jättänyt tarjouksen, on lähtökohtaisesti katsottu osallistuneen kilpailunvastaiseen yhteistyöhön harjoittamalla *salaista kilpailua* (*Geheimwettbewerbs*). Tämän salaisen kilpailun oletettaman seurauksena todistustaakan tarjousten riippumattomuudesta on katsottu kääntyvän tarjoajalle. Ks. *Burgi* 2010, s. 19 sekä saksalaiset ratkaisut *VII-Verg* 23/06, 27.7.2006 ja *VI-W (Kart)* 24/04 OLG Düsseldorf, 13.9.2004.

²⁸¹ C-144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohdat 40 ja 41.

Hankintayksikön velvollisuudeksi jää siis lopulta arvioida tarjoajien tai ehdokkaiden asiassa esittämä näyttö tarjousten riippumattomuudesta. Hankintayksikön on ilman ennakko-oletuksia ja suhteellisuusperiaatetta noudattaen harkittava, riittääkö näyttö siihen, että tarjoukset voidaan katsoa toisistaan riippumattomiksi ja kilpailua vääristämättömiksi. Suhteellisuusperiaatteen edellyttämä arviointi siitä, onko määräysvaltasuhteella ollut vaikutusta toimittajien hankintamenettelyssä jättämiin tarjouksiin, vaihtelee muun muassa sen perusteella, millaisesta hankintamenettelystä on kyse.²⁸² EU-tuomioistuimen ratkaisun *Lloyd's of London* perusteella voidaan katsoa, että harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltaminen edellyttää todellakin sitä, että toimittajien välisellä sidossuhteella on ollut *konkreettinen ja tosiasiallinen* tarjousten riippumattomuuteen ja siten tarjoajien tai ehdokkaiden tasapuolisen kohtelun loukkaamiseen.²⁸³ Tämä perustuu siihen, että EU-tuomioistuin on ratkaisussa *Lloyd's of London* todennut, että tulkinnanvaraisessakin tilanteessa toimittajalle on annettava mahdollisuus esittää vastanäyttöä, vaikka lähtökohtaisesti voitaisiin olettaa, että sidonnaisuus on vaarantanut tarjousten riippumattomuuden.²⁸⁴

Komissio on ehdottanut yhdeksi kilpailunvastaisen yhteistyön torjunnan keinoksi, että tarjoajia edellytetään toimittamaan tarjouksen jättämisen yhteydessä erillinen tarjouksen itsenäistä laatimista koskeva vakuutus.²⁸⁵ Komissio ei ole ottanut kantaa siihen, millaisen painoarvon tällainen vakuutus voisi saada näyttönä siitä, että sellaiset tarjoukset, joihin on kohdistunut sidossuhteeseen perustuva oletama kilpailua vääristävästä yhteistyöstä, ovat toisistaan riippumattomat. Sinänsä olisi perusteltua olettaa, että komission ohjeistaman toimenpiteen vakuutuksen merkitys ei olisi ainoastaan kosmeettinen, vaan että sillä olisi myös jonkinlainen näyttöarvo. Vakuutuksen painoarvo voisi olla esimerkiksi se, että sitä pidetään näyttönä tarjousten erillisyydestä, jolleivät muut seikat luo vastalettamaa kilpailua vääristävästä yhteistyöstä. Toki tällöin jouduttaisiin jälleen punnitsemaan, onko sidossuhde painavampi oletama kilpailua vääristävästä sopimisesta kuin toimittajan antama vakuutus riippumattomuudesta.

Tapauksessa *Specializuotas Transportas* kansallinen tuomioistuin ei ollut antanut painoarvoa tarjoajan antamalle vakuutukselle tarjouksen riippumattomuudesta, mutta koska EU-

²⁸² Avoimessa hankintamenettelyssä jätettyjen tarjousten erillisuus lienee helpompi näyttää toteen kuin neuvottelumenettelyn tai innovaatiokumppanuuden aikaisten neuvottelujen erillisuus.

²⁸³ Sen sijaan kilpailua vääristävän yhteistyön oletama syntyy jo pelkällä ”on voinut olla konkreettista vaikutusta” -kriteerillä, joka tässä tapauksessa on konsernisuhde tai muu sidonnaisuussuhde.

²⁸⁴ C 144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohta 41.

²⁸⁵ Komissio 2021, s. 9.

tuomioistuimien ei ottanut tähän seikkaan kantaa tuomiossaan, ei asiasta liene luotettava johtaa pääsääntöä.²⁸⁶ Toisaalta EU-tuomioistuin piti kyseisessä tapauksessa konsernisuhdetta sellaisenaan olettamana tarjousten yhteisyydestä, että se katsoi hankintayksiköllä olleen velvollisuus selvittää, ovatko tarjoukset olleet toisistaan riippumattomat.²⁸⁷ Tämän perusteella toimittajan antama vakuutus tarjousten riippumattomuudesta tarjousten jättämisvaiheessa ei kumonnut määräysvaltasuhteen luomaa olettamaa siitä, että tarjoukset eivät ole riippumattomat. Vaikuttaakin siltä, että komission suositus siitä, että hankintayksikön tulisi vaatia tarjoajilta ja ehdokailta tarjouksen itsenäistä laatimista koskeva vakuutus on ainakin sidossuhteessa olevien yritysten tarjousten osalta merkityksetön.

Jos hankintayksikkö on päätenyt harkinnassaan siihen, että tarjoukset eivät ole toisistaan erilliset, sen on hankintalain hallituksen esityksen mukaan vielä arvioitava suhteellisuusperiaatteen valossa, onko toimittajien hankintamenettelystä poissulkeminen oikeasuhtainen toimenpide. Tähän arviointiin voi vaikuttaa hallituksen esityksen mukaan muun muassa tarjouksiin liittyvän kilpailua vääristävän yhteistyön vakavuus kyseisen hankinnan olosuhteissa ja menettelyn toistuvuus.²⁸⁸ Hankintayksiköllä on velvollisuus perustella päätöksensä riippumatta siitä, päätyykö hankintayksikkö soveltamaan poissulkemisperustetta vai ei.

EU-tuomioistuimen *Specializuotas transportas* -ratkaisun valossa suhteellisuusperiaatteen soveltamisvaatimus on tosin täytetty jo siinä vaiheessa, kun hankintayksikkö on arvioinut tarjousten erillisyyttä. Jos hankintayksikkö on siis päätenyt katsomaan, että tarjoukset eivät ole toisistaan erilliset, on tämä harkinta sisältänyt arvion siitä, onko poissulkeminen oikeasuhtainen toimenpide. Siten poissulkemisperustetta on tarjousten erillisyysharkinnan jälkeen sovellettava ilman erityistä uutta poissulkemisperusteen soveltamisen oikeasuhtaisuusharkintaa.²⁸⁹ Lienee katsottava, että EU-tuomioistuimen ratkaisun mukaan hankintayksiköiden on myös Suomessa hallituksen esityksessä todetusta huolimatta suljettava hankintamenettelystä ilman erillistä suhteellisuusperiaatteen soveltamista ne ehdokkaat tai tarjoajat, joiden tarjouksia ei ole pidetty itsenäisinä. Hankintayksikkö voi toki huomioda hallituksen esityksessä mainitut hankintamenettelyn olosuhteet harkitessaan, onko tarjoukset jättäneiden toisiinsa sidoksissa olevien yritysten sidossuhteella ollut konkreettista vaikutusta tarjousten riippumattomuuteen.

²⁸⁶ Ks. C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 16.

²⁸⁷ *ibid.*, kohta 37.

²⁸⁸ HE 108/2016, s. 186.

²⁸⁹ Ks. *Kováčiková – Blažo*, s. 227.

6 Konsernisuhteen harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen olemassaolosta luoman olettaman arvioiminen konsernin näkökulmasta

6.1 Lähtökohtia

Konsernisuhde luo ennakkopäätössäännön 3 mukaan olettaman siitä, että hankintamenettelyyn osallistuneet konserniyritykset eivät ole tehneet tarjouksiaan toisistaan riippumattomasti. Hankintayksiköllä on ennakkopäätössäännön 2 mukaan velvollisuus selvittää tarjousten riippumattomuus. Koska hankintayksikön selvitysvelvollisuus täyttyy käytännössä pyytämällä konserniyrityksiltä vastaanäyttöä ennakkopäätössäännön 3 perusteella syntyneelle olettamalle, konserniyritysten on aina oltava varautuneita esittämään näyttöä tarjoustensa erillisyydestä ja riippumattomuudesta.

Tarjousten erillisyyden arvioimisen suorittaa aina hankintayksikkö.²⁹⁰ Koska asiasta ei ole olemassa täsmällistä sääntelyä eikä oikeuskäytäntöä, jonka perusteella olisi ennakoitavissa, millainen näyttö tarjousten riippumattomuudesta olisi riittävää, saa hankintayksikön harkintavalta jopa suhteettoman suuren roolin.²⁹¹ Käytännössä, jos hankintayksiköllä on EU-oikeuskäytännön valossa velvollisuus sulkea hankintamenettelystä sellainen tarjoaja tai ehdokas, jonka osalta se katsoo, että kilpailua vääristävästä menettelystä ennakkopäätössäännön 3 perusteella tehtyä olettamaa ei ole kumottu.²⁹²

Jos konserniyritys pitää hankintayksikön päätöstä virheellisenä, se voi hankintalain nojalla tehdä asiassa markkinaoikeusvalituksen, jolla se vaatii virheellisen poissulkemisen käyttämistä korjattavaksi.²⁹³ On kuitenkin mahdollista, että hankintayksikkö on jo solminut hankintasopimuksen, jolloin oikeusprosessi voi tietyissä tapauksissa parhaimmillaankin johtaa ainoastaan hyvitysmaksuun.²⁹⁴ Koska hyvitysmaksun määrä ei saa hankintalain 155 §:n mukaan ilman erityistä syytä ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta, olisi hankintayksikön virheellisesti tekemä poissulkemispäätös konserniyrityksille haitallinen siinäkin tapauksessa, että

²⁹⁰ Ks. *Kalesná – Patakyová* 2019, luku 6.

²⁹¹ Vrt. <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/11/22/interesting-ag-campos-opinion-on-limits-of-duty-to-investigate-intra-group-collusion-in-procurement-c-53116?rq=specializuotas%20transportas> (haettu 20.4.2021), jossa kirjoittaja katsoo, että hankintayksikön laaja päätösvalta on hyvä lähtökohta ja luo onnistuneen perustan rakentaa sille jopa laajempi *due diligence* -velvollisuus tunnistamaan viitteitä kilpailun vääristymisestä.

²⁹² Ks. C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37.

²⁹³ Ks. tarjoajan tai ehdokkaan oikeusturvakeinoista esim. *Kontio ym.* 2017, s. 273.

²⁹⁴ Jos muut markkinaoikeus katsoo, että hankintalain seuraamuksista hankintapäätöksen kumoaminen, täytäntöönpanokielto ja virheellisen menettelyn korjaaminen saattaisivat aiheuttaa hankintayksikölle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle suurempaa haittaa kuin toimenpiteen edut olisivat tai jos valitus on pantu vireille vasta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen ja hankinnan keskeyttäminen ei enää ole mahdollista, määrättävä seuraamus on käytännössä hyvitysmaksu. Ks. *Kontio ym.* 2017, s. 286–287.

markkinaoikeus ja viime kädessä korkein hallinto-oikeus katsoisi poissulkemisperusteen virheelliseksi. Tästä syystä konserniyritysten lienee parempi tehdä tarjousten erillisyyden varmistamiseksi ylimääräisiä toimia mieluummin kuin luottaa siihen, että erillisyyys varmistuu vähäisemmällä toimilla.

Vaikka periaatteessa on oletettava, että pelkästään se, että konserniyritykset ovat olleet tietoisia toistensa osallistumisesta samaan hankintamenettelyyn ei kyseenalaista konserniyritysten tarjousten riippumattomuutta peruuttamattomasti,²⁹⁵ on konserniyritysten kannalta aina varmempi pyrkiä järjestelyyn, jossa samaan hankintamenettelyyn osallistuvat yritykset eivät tiedä toistensa osallistumisestakaan. Tällaisella toiminnan kokonaisvaltaisella erottamisella konserniyritys pystyy maksimoimaan mahdollisuutensa osoittaa, että tarjoukset ovat aidosti ja kaikilta osin toisistaan riippumattomat. Tällaisen mahdollisuuden saavuttamiseksi ideaali olisi se, että hankintamenettelyyn osallistuvat konserniyritykset toimisivat kaikilta osin vastaavalla tavalla kuin ne toimisivat merkittävimmän toiseen yritykseen kuuluvan kilpailijansa kanssa.

Konsernin olisi siis toivottavaa tarkastella hyvissä ajoin kysymystä siitä, tuleeko se toiminnassaan pyrkimään tai päätymään tilanteeseen, jossa useat konsernin yrityksestä osallistuvat samoihin hankintamenettelyihin. Jos tämä on se, mihin konserni toiminnassaan pyrkii tai olettaa päätyvänsä, sen kannattaa automaattisesti varautua tähän hahmottamalla ne konsernin yritykset, joiden välille on luotava kilpailutilanne. Kun tämä on selvitetty, on näiden yritysten toiminta tosiasiallisesti erotettava toisistaan ainakin hankintamenettelyssä tehtävien tarjousten osalta.

6.2 Konsernisuhteesta ja tarjousten riippumattomuudesta ilmoittaminen

EU-tuomioistuimen ratkaisusta *Specializuotas Transportas* muodostetun ennakkopäätöksen 1 mukaan ehdokkaalla tai tarjoajalla ei ole velvollisuutta ilmoittaa hankintayksikölle tarjousta jättäessään sen sidoksista muihin samaan hankintamenettelyyn osallistuviin yrityksiin.²⁹⁶ Sen sijaan, jos hankintayksikkö on hankinta-asiakirjoissa velvoittanut kaikki tarjoajat tai ehdokkaat ilmoittamaan mahdollisista sidonnaisuuksistaan, on tarjoajan tai ehdokkaan ne ilmoitettava. Jos tarjoaja tai ehdokas jättää tällaisessa tapauksessa sidonnaisuutensa ilmoittamatta tai ilmoittaa sidonnaisuutensa virheellisesti, voi hankintayksikkö asian tullessa ilmi soveltaa siihen hankintalain 81 §:n 1 momentin 10 kohdan harkinnanvaraista poissulkemisperustetta.²⁹⁷

²⁹⁵ Ks. C-144/17 *Lloyd's of London* [2018], kohdat 40 ja 41.

²⁹⁶ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 26.

²⁹⁷ Hankintalain 81 §:n 1 momentin 10 kohdan mukaan hankintamenettelystä voidaan poissulkea tarjoaja tai ehdokas, joka on syyllistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle tietoja tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen.

Vastaavasti, jos hankintayksikkö on hankinta-asiakirjoissa velvoittanut kaikki tarjoajat tai ehdokkaat antamaan vakuutuksen siitä, että annettu tarjous on riippumaton muista saman hankintamenettelyn tarjouksista, ehdokkaan tai tarjoajan on toimittava näin. Vaikka tällaisen vakuutuksen antamista ei olisi edellytetty, ehdokas tai tarjoaja voi halutessaan sellaisen antaa. Vakuutuksella ei kuitenkaan ole todennäköisesti käytännön näyttöarvoa ennakkopäätöissä 3 mukaisen konsernisuhteen luoman tarjousten yhteisyyden oletaman kumoamisessa, koska kyseinen oletama on vahvistettu EU-oikeuskäytännössä.²⁹⁸

Edellä esitetyn perusteella on mahdollista, että konserniyrityksen kannattaa pidättäytyä antamasta vapaaehtoisia ilmoituksia tai vakuutuksia sidossuhteista tai tarjousten riippumattomuudesta. Tämä perustuu siihen, että ilmaisemalla hankintayksikölle sidossuhteensa, konserniyritys tuo itse esiin oletaman, jonka perusteella sen voidaan epäillä osallistuneen kilpailua vääristävään menettelyyn. Konserniyrityksen avoimeen toimintaan tähtäävä vapaaehtoinen ilmoitus sidonnaisuuksista ja tarjousten erillisyydestä voikin siis kiertyä osoittamaan päinvastaista. Tästä puolestaan seuraa käytännössä hankintayksikölle todistustaakka osoittaa, että tarjous on ollut itsenäinen ja että kilpailua vääristävää yhteistyötä ei ole tapahtunut.²⁹⁹ Jos yritys on ennalta valmistautunut esittämään näyttöä tarjousten erillisyydestä, tilanne ei aiheuta yrityksen näkökulmasta ongelmia, mutta monimutkaistaa toki hankintamenettelyä.

Vapaaehtoista sidonnaisuuksien ilmoittamista ja tarjousten riippumattomuuden vakuuttamista tehokkaampi malli voisi olla se, että konserniyritys toimittaisi jo tarjouksen jättämisen yhteydessä selvityksen siitä, kuinka tarjousten riippumattomuus on varmistettu. Tällaisen selvityksen toimittaminen voisi olla vapaaehtoista, mutta se voisi perustua myös hankintayksikön hankinta-asiakirjoihin kirjaamaan vaatimukseen. Tilanteessa, jossa konserniyritys on hoitanut tarjousten valmistelun asianmukaisesti riippumattomana sidosyrityksistään tällaisen näytön esittämisen tulisi olla joka tapauksessa mahdollista, jos hankintayksikkö sitä pyytäisi. Toimittamalla saman materiaalin ennakkoon tarjoaja tai ehdokas välttäisi turhat hankintayksikön selvityspyynnöt ja osoittaisi avoimesti hankintayksikölle, ettei samaan hankintamenettelyyn mahdollisesti osallistuneiden konserniyritysten välinen määräysvaltasuhde ole vaikuttanut vääristävällä tavalla kilpailuun.

²⁹⁸ Ks. C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31 ja C-531/16 *Specializuotas transportas*, kohta 37.

²⁹⁹ C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 34 ja C-538/13 *eVigilo*, kohta 44.

6.3 Konserniyrityksen varautuminen konsernisuhteen luomaan oletettavaan kilpailun vastaisesta yhteistyöstä

EU-tuomioistuimen mukaan on mahdollista, että toisen yrityksen määräysvallassa oleville yrityksille on esimerkiksi sopimuksilla muodostettu itsenäinen asema kaupallisten toimintaperiaatteiden ja liiketoiminnan harjoittamisessa.³⁰⁰ EU-tuomioistuimen ja EU-komission mukaan samaan hankintamenettelyyn osallistuvat sidos- tai määräysvaltasuhteessa olevat yritykset voivat varmistaa tällaisilla erityisillä järjestelyillä tarjoustensa itsenäisyyden.³⁰¹ Siihen, millaisia tällaiset järjestelyt ja sopimukset voisivat käytännössä olla, eivät EU-tuomioistuin tai komissio ole ottaneet tarkemmin kantaa. Käytännössä EU-tuomioistuimen ratkaisussa on kuitenkin annettu ymmärtää, että sidossuhteessa olevien yritysten on tullut erityisjärjestelyillään muodostaa tilanne, jossa samaan hankintamenettelyyn osallistuvat toisiinsa sidoksissa olevat talouden toimijat ovat ainakin kyseisessä hankintamenettelyssä toistensa kilpailijoita vastaavalla tavalla kuin kaikki muutkin hankintamenettelyyn osallistuvat toimittajat.

Jotta sidoksissa olevien yritysten välillä voidaan katsoa olevan kilpailutilanne, niiden hankintamenettelyssä jättämien tarjousten on oltava kaikilta osin erilliset ja toisistaan riippumattomat. Tämänhetkisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön puitteissa on hyvin vaikea hahmottaa tarjousten erillisyyden varmistavan toimintamallin minimiä. Siten konserniyritysten kannalta turvallisin tapa varmistaa, ettei samaan hankintamenettelyyn osallistuvia konserniyrityksiä pois suljeta menettelystä tarjousten yhteisyyteen liittyvän epäilyn takia, on toimia tarjousten valmistelussa ja niitä jättäessä kaikilta osin vastaavalla tavalla kuin ne toimisivat merkittävimmän toiseen yritykseen kuuluvan kilpailijansa kanssa.

Jotta konserni voi muodostaa erityisjärjestelyn, jolla konserniyritysten tarjousten itsenäinen asema varmistetaan, konsernin on oltava tietoinen siitä, missä laajuudessa konserniyritysten välistä yhteistyötä ja tiedonsiirtoa alun perin tapahtuu. Usein etenkin sellaisissa konserneissa, joissa emoyritys omistaa tytäryrityksensä kokonaan, tiedonsiirto on niin avointa, että sitä voidaan verrata yhden yksittäisen yrityksen sisäiseen tiedonvälittämiseen ja kilpailua-asetelman rakentamiseen voi vaatia merkittäviä muutoksia.³⁰² Kun konserniyritys tiedostaa tavanomaisen

³⁰⁰ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31.

³⁰¹ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31.

³⁰² Emoyrityksen ollessa osakeyhtiö, tietty konsernin sisäinen tiedonsiirtovelvollisuus perustuu osakeyhtiölakiin, mutta sen voidaan kuitenkin katsoa olevan siinä määrin tilinpäätöstietoihin ja taloudellisiin seikkoihin keskittyvä, että se ei edellytä tiettyyn julkiseen hankintaan liittyvien tietojen vaihtamista. Jos osakeyhtiölaissa edellytettäisiin tarjouspyyntöihin liittyvää tiedonsiirtoa konserniyritysten välillä, olisi sääntely ristiriidassa hankintalainsäädännön ja EU:n sisämarkkinasääntelyn kanssa. Ks. *Airaksinen* 2010 ym. s. 486.

tavan, jolla tietoa konsernin sisällä välitetään, on sillä mahdollisuus mukauttaa se tietyillä järjestelyillä sellaiseksi, että konserniyritysten osallistuminen samaan hankintamenettelyyn on mahdollista.

Yksi keino talouden toimijan eri toimialueiden toiminnan erottamisessa ja tiedonsiirron estämisessä on tyypillisesti ollut jonkinlainen *information barrier* -järjestely.³⁰³ Tällaisia järjestelyjä on käytetty muun muassa investointipankkitoiminnassa sisäpiiritiedon käytön estämiseen³⁰⁴ ja keskenään kilpailevien asiakkaiden yhtäaikaisen palvelemisen mahdollistamiseen sekä vanhan asiakkaan luottamuksellisten tietojen suojaamiseen.³⁰⁵ Informaatiomuurin koostuu tietyistä toimintatavoista ja järjestelyistä, joilla yritys estää, tai vähintään rajoittaa, tietyn yrityksen hallussa olevan ei-julkisen tiedon siirtymisen yrityksen sisällä.³⁰⁶ Toimivan informaatiomuurin on katsottu edellyttävän yrityksen eri osastojen tai liiketoiminta-alueiden fyysisen toimipisteiden erottamisen eri rakennuksiin, kokonaan erilliset tietojärjestelmät, avainhenkilöiden sitoutumisen informaation luottamuksellisena pitämiseen, henkilöstön kouluttamisen muun muassa salassapitosäännösten osalta, selkeät toimintatavat kokous- ja äänestyskäytänteiden osalta sekä selkeiden sanktioiden määrittämisen muurin rikkomisesta.³⁰⁷

Informaatiomuurin kaltainen järjestely voisi olla myös julkisiin hankintoihin osallistuvien konserniyritysten tarjousten erillisyyden varmistamisessa toimiva järjestely. EU-tuomioistuimen asiassa *Assitur* toteaman perusteella voidaan päätellä ne tavoitteet, joihin informaatiomuurilla tai muulla vastaavalla tarjousten erillisyyden varmistamalla järjestelyllä on päästävä. Ensinnäkin konserniyrityksellä on oltava ”tiettyä itsenäisyyttä” kaupallisten toimintaperiaatteiden ja liiketoiminnan harjoittamisessa ja toiseksi järjestelyn on taattava tarjousten laatimisen itsenäisyys ja luottamuksellisuus.³⁰⁸ Koska informaatiomuurin on katsottu varmistavan riittävän erillisyyden kahden kilpailevan asiakkaan tietojen suojaamiseksi, on perusteltua olettaa, että samanlainen järjestely turvaisi myös tarjousten itsenäisyyden ja luottamuksellisuuden sekä varmistaisi, että konserniyrityksillä olisi kyseisten tarjousten osalta itsenäinen kilpailuasema hankintamenettelyssä.

³⁰³ Tämän kaltaisista järjestelyistä on käytetty usein myös nimitystä ”*Chinese Wall*” tai ”*Wall of China*”, vaikka viime aikoina näistä ilmaisista onkin perustellusti pyritty pääosin luopumaan termien kulttuurisia stereotyyppioita vahvistavan luonteen takia.

³⁰⁴ *Tuch 2014*, s. 581.

³⁰⁵ Ks. *McVea 2002*, s. 26–26.

³⁰⁶ *Tuch 2014*, s. 581.

³⁰⁷ Ks. *Tuch 2014*, s. 582 ja esim. *Young v Robson Rhodes (A Firm)* [1999] 3 All ER 524 (jäljempänä ”**Young v Robson Rhodes**”).

³⁰⁸ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31.

Konserniyritysten välisen kokonaisvaltaisen informaatiomuurin rakentamiseksi konserniyritysten tulisi sitoutua kaikkien toimivan informaatiomuurin osatekijöiden toteuttamiseen. Näistä ensimmäinen on se, että *konserniyritysten toimipaikkojen fyysiset sijainnit erotetaan toisistaan*. Käytännössä se, millainen toimipaikkojen sijainnin erottaminen on riittävää, riippuu ainakin siitä, millaisesta toiminnasta on kyse ja miten erottaminen käytännössä toteutetaan. Vaikka informaatiomuureihin liittyvässä oikeuskäytännössä on viitattu siihen, että toimipaikkojen pitäisi olla eri rakennuksissa, voitaisiin ainakin joillakin toimialoilla todennäköisesti pitää riittävänä, että toiminta erotettaisiin saman rakennuksen selvästi erillisiin osiin, kuten eri kerroksiin.

Toinen informaatiomuurin osa on se, että kaikki *konserniyritysten asiakirjat ja nykyaikana olennaisessa osassa olevat tietojärjestelmät erotetaan toisistaan*. Tietojärjestelmien erillisyydellä pyritään konserniyritysten tietojen aitoon erillisyyteen.³⁰⁹ Jos yritysten toimiala on sellainen, että tarjouksiin liittyviä tietoja säilytetään fyysisinä kappaleina, liittyy tämä olennaisella tavalla toimipaikkojen erillisyyteen.

Kolmantena informaatiomuurin tekijänä yritysten välinen tiedonkulku on estettävä siten, että *kaikki tarjouksiin liittyvä tieto rajataan pidettäväksi määrättyjen henkilöiden hallussa. Informaatiomuurin piiriin kuuluvien henkilöiden on tällöin sitouduttava siihen, että he eivät tee mitään, mikä vaarantaisi informaatiomuurilla suojatun konserniyritysten tietojen erillisyyden*.³¹⁰ Käytännössä tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että ne henkilöt, joiden hallussa tarjouksiin liittyvää tietoa on sitoutuvat siihen, etteivät he keskustele siitä muiden kanssa. Samalla he sitoutuvat myös siihen, etteivät he anna muiden keskustella tarjousten erillisyyden vaarantavista tiedoista heidän kuultensa.³¹¹ Tarvittaessa konsernin on järjestettävä salassapidon piiriin kuuluville työntekijöille ja vastuuhenkilöille salassapitoon ja sen rajoihin liittyvää koulutusta.³¹²

Neljäs ja todella olennainen osa informaatiomuuria on se, että *konserni määrittää selkeät toimintatavat kokous- ja äänestyskäytänteissä informaatiomuurin piirissä olevien tarjousten ja niihin vaikuttavien seikkojen osalta*. Käytännössä tämä tarkoittaa, että ne henkilöt, joiden hallussa on tarjouksiin liittyvää tietoa eivät voi osallistua kokouksiin tai äänestyksiin, jotka liittyvät

³⁰⁹ *Tuch 2014*, s. 581. *Young v Robson Rhodes* [1999].

³¹⁰ *Young v Robson Rhodes* [1999].

³¹¹ Tämä tavoite voisi olla mahdollista saavuttaa esimerkiksi työntekijöiden tai toimielimissä toimivien johtohenkilöiden salassapitosopimuksilla. Salassapitosopimuksesta työsuhteesta ks. muun muassa *Vapaavuori 2005*, s. 259–263.

³¹² Ks. *Tuch 2014*, s. 581.

informaatiomuurin toisella puolella oleviin mahdollisiin tarjouksiin. Äänestämisestä pidättäminen koskisi myös sellaista äänestystä, jolla voi olla epäsuorasti vaikutusta tietomuurin piiriin kuuluvaan päätöksentekoon.³¹³

Käytännössä tarjouksiin liittyvien tietojen rajaaminen tietylle henkilöpiirille ja selkeiden konserniyritysten tarjousten erillisyyden ja luottamuksellisuuden varmistavien kokous- ja äänestyskäytänteiden luominen toteutuisi konserniyritysten osalta helpoimmin siten, että keskenään samaan hankintamenettelyyn osallistuvilla yrityksillä olisi erillinen hallinto. Esimerkiksi osakeyhtiöiden tapauksessa tämä tarkoittaisi, että konserniyritysten hallitukset ja mahdolliset toimitusjohtajat olisivat erit. Erillisillä hallinnoilla voitaisiin osaltaan varmistaa se, että yritysten välinen määräysvaltasuhde perustuisi ainoastaan rakenteellisiin seikkoihin, ei tosiasialliseen käytännön määräysvaltaan yritysten liiketoiminnassa.

Siltä osin kuin konserniyrityksillä tai niiden toimielimillä olisi yhteisiä kokouksia, selvät informaatiomuurin luomisen yhteydessä hahmotetut käytänteet varmistaisivat, etteivät kokouksissa annettavat tiedot vaarantaisi informaatiomuurilla varmistettua tarjousten erillisyyttä. Tämä olisi huomioitava erityisesti silloin, jos informaatiomuurilla on ollut tarkoitus varmistaa tarjousten erillisuus emoyrityksen ja tytäryrityksen välillä, koska periaatteessa myös epäsuorasti vaikuttavat päätökset vaarantavat yritysten päätöksenteon erillisyyden.³¹⁴ Siten emoyrityksen yhtiökokouksessa käyttämän määräysvallan osalta olisi aina arvioitava, vaikuttavatko yhtiökokouksen päätökset suoraan tai epäsuorasti tytäryrityksen julkisiin hankintoihin liittyvään toimintaan. Vastaavasti emoyrityksen määräysvallan merkitystä olisi arvioitava silloin, jos tarjousten erillisuus on pyritty varmistamaan kahden tytäryrityksen välillä – jos päätöksellä on vaikutusta tytäryritysten tarjouksiin, emoyrityksen päätös on vaikuttanut tytäryritysten menettelyyn edes epäsuorasti, informaatiomuurin ja tarjousten erillisyyden voidaan katsoa vaarantuneen.³¹⁵

Viides informaatiomuurin osatekijä on se, että *informaatiomuurin rikkomisesta määritellään jonkinlainen sanktio*. Sanktion tarkoituksena on luonnollisesti toimia uhkavaikutuksena varmistamassa, ettei kukaan tiedon haltija jaa salattuja tietoja eteenpäin.

³¹³ *Young v Robson Rhodes* [1999].

³¹⁴ *ibid.*

³¹⁵ Määräysvaltaan liittyen yrityksellä on etenkin osakeyhtiömuodossa toimiessaan laajat mahdollisuudet erilaisiin sopimusjärjestelyihin. Sopimusjärjestelyillä voidaan vaikuttaa merkittävästi konserniyrityksissä käytettävään määräysvaltaan ja siten tehdä informaatiomuurin vaatimia järjestelyjä. Määräysvallasta osakeyhtiössä on kirjoittanut kattavasti *Ville Pönkä*. Ks. esim. *Pönkä* 2008b, s. 737–758.

Edellä kuvattu informaatiomuurijärjestely on kokonaisvaltainen ja jatkuva. Sitä voitaneen pitää tehokkaana keinona osoittaa, että samaan hankintamenettelyyn osallistuneiden konserniyritysten tarjoukset ovat olleet erilliset. On kuitenkin mahdollista, että tarjousten erillisyyttä voidaan varmistaa myös siten, että käyttöön otetaan vain joitakin kokonaisvaltaisen informaatiomuurin toimenpiteistä. Esimerkiksi konserniyritysten erilliset hallinnot ja tietojärjestelmien erillisyyttä saattaisivat yhdessä taata tarjouksille luottamuksellisuutta siinä määrin, että niiden voitaisiin katsoa olevan toisistaan riippumattomat.

Omana kysymyksenään voidaan pitää sitä, voiko niin sanottu *ad hoc* -informaatiomuuuri olla riittävä keino varmistaa tarjousten riippumattomuus. Informaatiomuurijärjestelyihin liittyvässä oikeuskäytännössä *ad hoc* -informaatiomuureihin on suhtauduttu melko kielteisesti, eikä niiden ole välttämättä katsottu takaavan riittävällä tavalla luottamuksen suojaa kulloisessakin tapauksessa suojattaville tiedoille.³¹⁶ Toisaalta, koska EU-tuomioistuimen ratkaisun *Lloyd's of London* valossa voidaan pitää mahdollisena, että hankintayksiköt ovat tietoisia toistensa osallistumisesta samaan hankintamenettelyyn, voitaisiin pitää lähtökohtaisesti mahdollisena myös sitä, että saatuaan tämän osallistumista koskevan tiedon, konserniyritykset loisivat kyseistä hankintamenettelyä varten tarjousten erillisyyden varmistavan *ad hoc* -informaatiomuurin. Tällainen *ad hoc* -järjestely voisi syntyä esimerkiksi siten, että tarjousten valmistelu rajattaisiin kummankin yrityksen sisällä tietyille henkilöille, joita sitoisivat jonkinlaiset salassapitovelvoitteet. Myös tarjousten valmisteluun liittyvien asiakirjojen ja tietojen saatavuus olisi rajattava ainoastaan näille henkilöille. Luonnollisesti järjestelyn luotettavuus hyötyisi tässäkin tapauksessa siitä, että hankintamenettelyyn osallistuvien konserniyritysten hallintoelimet olisivat toisistaan erilliset.

Varmuutta tiettyjen toimenpiteiden tarjousten erillisyyden varmistavalle vaikutukselle ei voida taata, koska voimassa oleva oikeustila on asian suhteen epäselvä ja ratkaisun toimenpiteiden erillisyyden varmistavasta vaikutuksesta tekee hankintayksikkö ja viime kädessä markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus. Konserniyritysten lienee siis järkevää pitää pääsääntönä sitä, että tarjousten erillisyyden varmistamiseen pyrkivässä järjestelyssä on järkevämpää pyrkiä yli-reagoimaan kuin toivomaan parasta. Samoin konsernin tulisi hyvissä ajoin pyrkiä ennakoimaan, onko tietyillä konserniyrityksillä tarkoituksena osallistua tulevaisuudessa samoihin hankintamenettelyihin. Tämä perustuu siihen, että varmin konserniyritysten samaan hankintamenettelyyn osallistuminen onnistuu hankintalain puitteissa, kun tarjousten erillisyyden

³¹⁶ Ks. esim. *Prince Jefri Bolkiah v. K.P.M.G (A Firm)* [1998].

varmistavat rakenteet ja siinä mahdollisesti hyödynnettävät informaatiomuurit ovat hyvin suunniteltuja ja jatkuvia järjestelyjä.

7 Johtopäätökset

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan ja hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan d alakohdan yhdenmukaisen tulkinnan mukaan kilpailua vääristävä sopiminen tarkoittaa laajasti kilpailua vääristävää yhteistyötä. Tulkinta vastaa SEUT 101 artiklan sanamuotoa ja oikeuskäytäntöä.³¹⁷ Julkisten hankintojen osalta kilpailua vääristävän yhteistyön käsite ulottuu SEUT 101 artiklan ja kilpailulain rikkomuksia laajemmalle. Hankintadirektiivin ja hankintalain tarkoittamana kilpailua vääristävänä menettelynä on nimittäin pidettävä myös keskinäisessä sidossuhteessa olevien talouden toimijoiden menettelyä. Tällainen menettely ei olisi rangaistavaa kilpailuoikeudellisella perusteella, mutta se voi silti vaarantaa hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien tai ehdokkaiden yhdenmukaisen kohtelun ja siten vääristää kilpailua.³¹⁸ Tällaisesta menettelystä on kyse esimerkiksi silloin, jos samaan konserniin kuuluvat yritykset ovat osallistuneet samaan hankintamenettelyyn ja konsernisuhteella on ollut konkreettista vaikutusta tarjousten sisältöön.

Hankintalaki, hankintadirektiivi tai näiden esityöt eivät määrittele selkeästi, millainen näyttö kilpailua vääristävästä yhteistyöstä riittää tarjoajien tai ehdokkaiden poissulkemiseen hankintamenettelystä. Hankintavalta riittävästä näytöstä on jätetty hankintayksikölle, jonka on arvioitava näytön riittävyys huolellisesti ja oikeasuhtaisesti tosiseikkoihin keskittyen ja olettamuksia välttäen.³¹⁹ EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään todennut, että kilpailua vääristävä yhteistyö voidaan todeta myös olettan perusteella, jos se on objektiivinen, ja jos tarjoajalle annetaan mahdollisuus esittää vastanäyttöä.³²⁰

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella samaan hankintamenettelyyn osallistuvien yritysten konsernisuhte luoo objektiivisen ja vahvan olettan kilpailua vääristävästä yhteistyöstä.³²¹ EU-tuomioistuimen mukaan tämä olettan edellyttää hankintayksikköä aktiivisesti selvittämään, onko konsernisuhte todellisuudessa vaikuttanut konserniyritysten tarjousten erillisyyteen ja siten vaarantanut hankintamenettelyyn osallistuneiden tarjoajien tai ehdokkaiden yhdenvertaisen kohtelun.³²² Hankintayksikkö voi täyttää velvollisuutensa selvittää

³¹⁷ Komissio 2021, s. 12.

³¹⁸ Ks. *Kotsonis* 2019, s. 156.

³¹⁹ Ks. HE 108/2016 vp, s. 186 ja Komissio 2021, s. 17.

³²⁰ Komissio 2021, s. 15 ja C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 37.

³²¹ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31 ja C-531/16, *Specializuotas transportas* [2018], kohta 31.

³²² Ks. C-538/13 *eVigilo* [2015], kohdat 42 ja 43.

konsernisuhteen kilpailua vääristävä vaikutus pyytämällä hankintamenettelyyn osallistuneilta saman konsernin yrityksiltä selvitystä tarjousten erillisyydestä.³²³

Hankintayksiköllä on harkintavalta arvioida, osoittaako konserniyritysten toimittama näyttö, että tarjoukset ovat toisistaan erillisiä.³²⁴ Tämänhetkinen julkisten hankintojen sääntely tai oikeuskäytäntö ei tarjoa kovinkaan tehokkaita työkaluja tähän arviointiin. Hankintayksikön on arvioitava pitkälti ilman selviä ohjeita riittääkö näyttö antamaan riittävän varmuuden konserniyritysten tarjousten erillisyydestä.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistettu kanta, jonka mukaan samaan hankintamenettelyyn osallistuvien yritysten konsernisuhde luo oletettaman kilpailua vääristävästä toiminnasta edellyttää konserniyrityksiltä varautumista. Olettama tarkoittaa konserniyrityksen kannalta sitä, että sen on aina kyettävä esittämään näyttöä siitä, että se on antanut tarjouksensa itsenäisesti ja riippumattomana sen sidosyrityksistä. Siten konserniyritysten tulisi konsernistrategiaa rakentaessaan huomioida se, tulevatko konsernin yritykset osallistumaan samoihin hankintamenettelyihin. Jos tätä pidetään mahdollisena tai todennäköisenä, konsernin kannattaa varmistaa hankintamenettelyihin osallistuvien yritysten tarjousten erillisyyden hyvin suunnitelluilla järjestelyillä.

Järjestelyillä on varmistettava, että konserniyritysten toiminta on ainakin hankintamenettelyyn liittyvien kaupallisten toimintaperiaatteiden ja liiketoiminnan harjoittamisen osalta itsenäistä. Lisäksi järjestelyn on taattava, että hankintamenettelyssä jätettyjen tarjousten laatiminen on tapahtunut itsenäisesti ja luottamuksellisesti.³²⁵ Tällainen järjestely voinee muodostua esimerkiksi konserniyritysten toimipaikkojen fyysisellä erottamisella, asiakirjojen ja tietojärjestelmien erillisyyden varmistamisella, hankintamenettelyyn liittyvien tietojen tarkalla rajaamisella tietylle henkilöpiirille ja varmistamalla konserniyritysten kokousten ja päätöksenteon erillisyyden. Erillisyyden varmistamisen voi tehdä esimerkiksi valitsemalla konserniyritysten hallinnollisiin toimielimiin eri henkilöt sekä määrittelemällä sanktiot tarjousten erillisyyden vaarantavan tiedon jakamisesta määrätyn piirin ulkopuolelle.

Koska tämänhetkisen oikeustilan perusteella on vaikea määritellä minimivaatimuksia konserniyritysten tarjousten erillisyyden varmistavalle järjestelylle, konserniyritysten on järkevää

³²³ Komissio 2021, s. 15 ja C-531/16 *Specializuotas transportas* [2018], kohta 37.

³²⁴ Ks. *Kalesná – Patakyová* 2019, luku 6.

³²⁵ C-538/07 *Assitur* [2009], kohta 31.

luoda mahdollisimman tarkkarajainen erottelu konserniyritysten toiminnan välille. Ehdottoman tärkeää on myös se, että toimintojen erillisuus pystytään näyttämään toteen. Järjestelyt on siis syytä vahvistaa kirjallisilla sopimuksilla sen sijaan, että erillisuus perustuisi vakiintuneisiin kirjaamattomiin käytänteisiin.

Kun konserniyritys sitten osallistuu hankintamenettelyyn, sen on tapauskohtaisesti varmistettava, onko sillä velvollisuus ilmoittaa hankintayksikölle sidossuhteensa muihin saman konsernin yrityksiin. Hankintalaki itsessään ei edellytä sidosten ilmoittamista, mutta halutessaan hankintayksikkö voi tätä tarjouspyynnössä tai hankinta-asiakirjoissa vaatia. Jos tarjoaja tai ehdokas ei ilmoita sidossuhteitaan silloin, kun niitä on hankinta-asiakirjoissa vaadittu, hankintayksikkö voi poissulkea sen hankintamenettelystä. Jos hankintayksikkö sen sijaan ei ole vaatinut sidossuhteita ilmoitettavaksi hankinta-asiakirjoissa, konserniyritysten ei tarvitse niitä ilmoittaa. Periaatteessa konserniyritys voi ilmoittaa sidossuhteensa myös vapaaehtoisesti, mutta näin tekemällä se saattaa antaa hankintayksikölle oletettaman kilpailua vääristävästä yhteistyöstä. Siten, vaikka konserniyritys olisi varautunut tarvittaessa näyttämään toteen tarjouksensa riippumattomuuden, saattaa sen olla järkevämpää jättää sidossuhde ilmoittamatta, jos sitä ei nimenomaisesti ole tarjouspyynnössä tai hankinta-asiakirjoissa vaadittu.

Jos hankintayksikkö on tullut tietoiseksi siitä, että samaan hankintamenettelyyn on osallistunut useita saman konsernin yrityksiä ja se pyytää konserniyrityksiltä selvitystä tarjousten erillisyydestä, konserniyritysten tulee toimittaa pyydetty näyttö. Jos konserniyritys on varmistanut tarjouksensa riippumattomuuden ja varautunut sen osoittamiseen, se toimittaa kyseisen tarjousten riippumattomuuden osoittavan näytön hankintayksikölle. Tämän jälkeen hankintayksikön tulisi todeta näyttö riittäväksi ja jatkaa hankintamenettelyä kyseisen konserniyrityksen osalta eteenpäin. Jos konserniyritys ei toimita näyttöä tarjousten erillisyydestä tai se ei ole hankintayksikön mielestä riittävää, konserniyritys suljetaan todennäköisesti pois hankintamenettelystä.

Hankintayksikkö voi tehostaa hankintamenettelyä pyytämällä tarjoajia tai ehdokkaita toimittamaan tarjousten riippumattomuuden osoittavaa näyttöä jo tarjousten jättämisen yhteydessä. Tällainen vaatimus voi osaltaan tehostaa myös konserniyritysten toimintatapoja. Vaatimus pakottaisi konserniyritykset jo ennalta pohtimaan ja arvioimaan, miten ne voivat varmistaa tarjousten riippumattomuuden ja erillisyyden. Tavanomaisemmassa mallissa, jossa hankintayksikkö pyytää selvitystä tarjousten riippumattomuudesta vasta sen jälkeen, kun tarjoukset on jätetty, tilanne aktualisoituu vasta siinä vaiheessa, kun konserni ei enää käytännössä voi tehdä mitään toimenpiteitä erillisyyden varmistamiseksi. Jos konserni ei ole varmistanut tarjousten

erillisyyttä ja varautunut sen osoittamiseen, sillä ei ole tässä mallissa mahdollisuutta asian korjaamiseen. Toisaalta hyvin valmistautunut konserni on huomionnut tarvittavat järjestelyt ja voi tässäkin mallissa vedota tarjousten valmistelun aikana käytössä olleisiin järjestelyihin ja siitä olemassa olevaan näyttöön. Jos näytön esittämistä olisi kuitenkin jo vaadittu tarjouspyynnössä, yrityksille olisi annettu yhdenvertaiset pelisäännöt sen osalta, miten niiden on toimittava konsernin sisällä tarjousten erillisyyden varmistaakseen ja poissulkemisen välttääkseen. Tarjouspyyntöön tai asiakirjaan voitaisiin jopa sisällyttää minimivaatimukset toisiinsa sidoksissa olevilta yrityksiltä vaadittaville tarjousten riippumattomuuden varmistaville järjestelyille.

On selvää, että keskenään sidoksissa olevien yritysten kilpailua vääristävään yhteistyöhön perustuvan poissulkemisperusteen osalta oikeustila on epäselvä niin Suomessa kuin EU-tasollakin. Tämä aiheuttaa ongelmia sekä hankintayksiköille että tarjoajille ja ehdokkaille. Hankintayksiköiden osalta ongelmallista on, että se joutuu kantamaan riskin poissulkemisperusteen virheellisestä soveltamisesta tilanteessa, jossa objektiivisestikin arvioiden on vaikea määrittellä, milloin poissulkemisperusteen käyttämiseen tai käyttämättä jättämiseen on esitetty ”riittävää näyttöä”. Suomalaisten hankintayksiköiden osalta ongelmallisuutta lisää esimerkiksi se, että hankintalain hallituksen esitys on tietyiltä osin epäselvä ja jopa ristiriidassa hankintadirektiivin tarkoituksen kanssa.³²⁶

Hankintoihin osallistuvien tarjoajien ja ehdokkaiden osalta epäselvä oikeustila on ongelmallinen siksi, että hankintamenettelyyn osallistuva konserniyritys ei voi olla varma siitä, miten hankinnanvaraisia perusteita tullaan kyseisessä hankintamenettelyssä soveltamaan. Koska asiasta ei ole yksiselitteistä oikeuskäytäntöä, tarjoajalla tai ehdokkaalla ei ole varmuutta myöskään siitä, miten asia viimekädessä ratkaistaisiin markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Tällaiset epävarmuustekijät voivat vaikuttaa siihen, että jotkin talouden toimijat eivät osallistu hankintamenettelyihin, joihin ne lähtökohtaisesti olisivat voineet osallistua. Tällöin julkisissa hankinnoissa ei saavuteta maksimaalista kilpailutilannetta, mikä puolestaan nostaa kilpailutettavien tuotteiden hintoja. *Anssi Kujala* ja *Jussi Pyykkönen* kirjoittivat Helsingin sanomien yleisönosastokirjoituksessa 12.4.2021, että julkisista hankinnoista ei Suomessa kilpailla riittävästi ja että kilpailun lisäämisellä voitaisiin päästä miljoonien eurojen säästöihin. Luomalla selvempää oikeuskäytäntöä ja ohjeita myös konserni- ja muiden sidoksissa olevien

³²⁶ Hallituksen esityksen voidaan muun muassa katsoa ohjaavan tulkintaan, jonka mukaan konsernin sisällä tapahtuva määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ei olisi julkisten hankintojen valossa kilpailua vääristävä sopimus. Käytännössä tällainen markkina-aseman väärinkäyttö julkisessa hankinnassa toteutettuna osoittaisi, etteivät konserniyritysten tarjoukset ole toisistaan riippumattomia, minkä seurauksena hankintayksikön tulisi EU-oikeuskäytännön valossa sulkea tarjoajat pois hankintamenettelystä.

yritysten hankintamenettelyyn osallistumiseen, voitaisiin varmasti osaltaan vaikuttaa myös kilpailun lisääntymiseen julkisissa hankinnoissa.³²⁷

Riittävän kilpailun puuttumista suurempi riski epävarmassa oikeustilassa on kuitenkin se, että tultuaan poissuljetuksi hankintamenettelystä, tarjoajat tai ehdokkaat eivät välttämättä uskalla kyseenalaistaa hankintayksikön päätöstä, minkä seurauksena asiaa ei koskaan viedä markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden käsiteltäväksi. Tämä puolestaan johtaa helposti siihen, että oikeustila pysyy jatkossakin epäselvänä, millä voi olla yhä enemmän vaikutuksia julkisten hankintojen toimivuuteen. Lisäksi on selvää, että tämä vaikuttaisi myös konserniyritysten ja muiden keskinäisessä sidossuhteessa olevien yritysten yhdenvertaisiin mahdollisuuksiin osallistua EU:n sisämarkkinoilla tapahtuviin julkisiin hankintoihin.

Epäselvä oikeustila edellyttää aktiivisia toimenpiteitä sen korjaamiseksi. Epäselvään oikeustilaan on käytännössä johtanut pääasiassa ”riittävän näytön” arviointi, vaikka myös hankintalain hallituksen esityksen epätäsmällisyydet ovat edesauttaneet asiaa. Riittävän näytön kynnyksen asettaminen lainsäädännöllä olisi vaikeaa, vaikka muutos tehtäisiin EU-lainsäädännön tasolla. Sen sijaan sekä kansallisen että EU-oikeuskäytännön merkitys asiassa on olennainen. Selkeä oikeuskäytäntö asettaisi rajanvetoja riittävän ja riittämättömän näytön välille. Oikeuskäytännön syntyminen edellyttää kuitenkin epäselvien kysymysten etenemistä oikeuden ratkaistaviksi, mikä voi edellä esitetysti olla nykyisen kaltaisessa oikeustilassa jo itsessään epävarmaa.

Ensisijaisena keinona ongelman ratkaisemiseen voisivatkin olla erilaiset kansallisten ja EU-viranomaisten kannanotot ja ohjeistukset, joilla hankintayksiköille annettaisiin apua rajanvetoon tarjousten riippumattomuuden arvioinnissa. Tältä osin komission maaliskuussa 2021 julkaiseman tiedonannon tarkoitus on ollut hyvä, vaikka sen käytännön sisältö on ollut nimenomaan riittävän näytön kynnyksen määrittämisen osalta lähes olematon. Lisäksi oikeustieteellisellä tutkimuksella, jota on tästä aiheesta tehty toistaiseksi varsin vähän, voitaisiin pyrkiä luomaan asiassa suuntaviivoja. Selkeiden suuntaviivojen perusteella hankintayksiköt sekä ehdokkaat ja tarjoajat uskaltaisivat ja osaisivat tehdä oikeasisältöisiä hankintamenettelyihin liittyviä päätöksiä ja tarjoajat ja ehdokkaat toisaalta uskaltautuisivat kyseenalaistamaan suuntaviivoista poikkeavat hankintayksiköiden poissulkemispäätökset ja viemään asian eteenpäin markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi.

³²⁷ Helsingin Sanomat 12.4.2021. Saatavilla: <https://www.hs.fi/mielipide/art-2000007913569.html> (haettu 20.4.2021).