

Esikaupalliset hankinnat, syrjimättömyys ja hankintalainsäädäntö

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Esikaupalliset hankinnat, syrjimättömyys ja hankintalainsäädäntö

Tekijä: Teo Virtanen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: OTM, Velvoiteoikeus

Työn laji: Pro gradu -työ

Sivumäärä:

Vuosi: 2017

Tiivistelmä:

Suomen hankintalainsäädäntö pohjautuu Euroopan unionin direktiiveihin, joista keskeisimmät voimassa olevat direktiivit ovat direktiivi julkisista hankinnoista; direktiivi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista; sekä direktiivi palveluja koskevista käyttöoikeussopimuksista. Direktiivin soveltamisala ulottuu perinteisten hankkeiden toteuttamisesta innovaatiohankintoihin, joissa pyritään luomaan uusi tuote tai parantamaan jo aikaisemmin markkinoilla olevaa toteutusta. Lisäksi osa innovaatiohankinnoista on unionin poikkeukselle rajattu hankintalainsäädännön ulkopuolelle.

Tämä tutkimus on toteutettu ensi sijassa lainopillisin keinoin eli tutkimalla voimassaolevaa oikeutta ja oikeuskirjallisuutta. Tutkimuksessa käsitellään innovaatiohankintoja hankintalainsäädännön rajoissa sekä sen ulkopuolelle ja selvitetään, mitä hankintayksiköiden tulisi ottaa huomioon innovaatiohankinnoissa huomioon. Hankintojen tutkimus on toteutettu ensi sijassa hankintayksikön näkökulmasta. Ensin on tutkittu itse lainsäädäntöä ja innovaatiohankintojen edellytyksiä ja sitä, millaisia riskejä ja seurauksia hankintayksikölle voi aiheutua hankintamettelysääntelyn huolimattomalla soveltamisella.

Tutkimus osoittaa, että myös hankintalainsäädännön ulkopuolelle on sovellettavaa normistoa, jonka huomioimatta jättäminen voi aiheuttaa hankinnan keskeytymisen tai muita seuraamuksia. Lisäksi hankintojen kilpailuttamisella voi olla korostettu merkitys rajat ylittävissä hankinnoissa silloinkin, kun hankintalainsäätelyä ei tarvitsisi muuten soveltaa. Tällöin kilpailutus voi mahdollistaa riskien vähentämisen, kun mahdolliset riitatilanteet aktualisoituvat jo hankinnan alussa. Myös hankintaosapuolien tasapuolisella ja syrjimättömällä kohtelulla on korostettu merkitys.

Hankintamallien osalta tutkimuksessa tutkitaan ensi sijassa Euroopan komission vuonna 2007 esittelemään esikaupalliseen hankintamalliin, kuinka siihen liittyvät hankinnat tulisi toteuttaa ja mitä sääntelyä hankintayksikön tulisi ottaa huomioon hankinnassa. Lisäksi käsitteellään innovaatiohankintamenettelyä lyhyesti ja vertaillaan sen toteutusta suhteessa esikaupalliseen hankintamalliin.

Innovaatiohankintoihin liittyvien hankintamallien tutkimus osoittaa, ettei uudet menettelyt ainakaan vielä nykyisessä muodossaan ole poistaneet hankintoihin liittyvää epävarmuutta ja lainsäädännöllistä jatkokehitystä kaivattaisiin lisää. Hankintojen epävarmuus saattaa kasvattaa niiden kustannuksia. Epävarmuus saattaa poistua osittain mahdollisen tulevan oikeuskäytännön kautta.

Avainsanat: julkiset hankinnat, esikaupalliset hankinnat, hankintadirektiivi, unionin perusperiaatteet

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi X

(vain Lappia koskevat)

Sisällysluettelo

Lähdeluettelo	IV
Kirjallisuus	IV
Lainsäädäntö	IX
Oikeuskäytäntö	XI
1. Johdanto.....	1
1.1. Julkisten hankintojen merkitys ja sääntely	1
1.2. Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet.....	6
1.3. Tutkimusmenetelmät	13
1.4. Tutkimuksen vaiheet.....	15
1.5. Hankintadirektiivin välittömät oikeusvaikutukset	17
2. Hankintalainsäädäntö ja tutkimus- ja kehittämispalvelujen edellytykset.....	19
2.1. Hankintalain soveltamisala ja hankintojen kynnysarvot.....	19
2.2. Tutkimus- ja kehittämisedellytykset vuoden 2014 hankintadirektiivin perusteella	22
2.3. Hankintalainsäädännön ulkopuolelle jäävät julkiset hankinnat.....	28
2.3.1. Perusoikeudet, perussopimukset ja EU-primäärioikeus	28
2.3.2. Peruseriaatteiden merkitys	31
2.3.3. Seuraamukset ja menettelyvaatimukset	35
2.3.4. Yhteenveto tutkimus- ja kehittämispalveluiden edellytyksistä.....	40
2.4. Tasapuolinen kohtelu ja syrjimättömyys	41
2.4.1. Tasapuolisen kohtelun vaarantuminen hankintalain ulkopuolisissa julkisissa hankinnoissa.....	41
2.4.2. Ihmisoikeustuomioistuin ja syrjimättömyys	44
2.4.3. Yhteenveto tasapuolisesta kohtelusta hankintadirektiivin ulkopuolella	44
3. Tutkimus- ja kehitystyö	46
3.1. Esikaupalliset hankinnat hankintalain sisällä.....	47
3.1.1. Yleistä	47

3.1.2. PCP-hankintoihin liittyvät ongelmat	49
3.1.3. Esikaupalliset hankinnat toimittajan näkökulmasta.....	51
3.1.4. Esikaupallisten hankintojen tehokas toteuttaminen	55
3.1.5. Syrjimättömyys ja tasapuolinen kohtelu esikaupallisissa hankinnoissa	60
3.1.6. Esikaupallisen hankintamallin hyödyntäminen unionin tasolla.....	63
3.2. Innovaatiokumppanuus uutena menettelynä.....	65
3.2.1. Innovaatiokumppanuusmenettelyn perusteet.....	65
3.2.2. Innovaatiokumppanuus vai esikaupalliset hankinnat.....	68
3.3. Yhteenveto esikaupallisesta hankintavaiheesta	69
4. Johtopäätökset	71
4.1. Hankkeiden toteuttaminen hankintalainsäädännön ulkopuolella.....	72
4.2. Yhteenveto tutkimus- ja kehittämispalveluista hankintalainsäädännössä	74
4.3. Tasapuolisuuden toteutuminen	76
4.4. Tutkimuksen lopputulos ja pohdinnat.....	77

Lähdeluettelo

Kirjallisuus

- Aarnio, A. *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationalisuudesta ja hyväksyttävyydestä..* Juridica. Helsinki (1982).
- Aarnio, A. *Laintulkinnan teoria.* Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö. Helsinki (1989).
- Aarnio, A. *Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta.* Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki (2011).
- Andrecka, M. *Innovation partnership in the new public procurement regime - a shift of focus from procedural to contractual issues?* Sweet & Maxwell and its Contributors. (2015).
- Apostol, A. R. Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness? *Public Procurement Law Review.* (2012).
- Brown, A.. EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives. *Public Procurement Law Review*, 169-181. (2010).
- Ekroos, A.;Kumpula, A.;Kuusiniemi, K.;& Vihervuori, P. *Ympäristöoikeuden pääpiirteet.* Talentum. (2012).
- Ervasti, K. *Riidat käräjäoikeuksissa - Empiirinen tutkimus riita-asioista ja oikeudenkäyntikuluista.:* Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja. Helsinki (2005).
- Euroopan komissio. Press Release Database, Innovaatiosuorituskyvyn vertaaminen: Miten Suomi pärjää innovaatiovertailussa? Brysseli (2016). Noudettu osoitteesta: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2486_fi.htm (2.1.2017).
- Euroopan komissio. *Explanatory Note - Competitive Dialogue.* European Commission. (2005).
- Euroopan komissio. Explanatory Note on Framework Agreements CC/2005/03. (2005b).
- Euroopan komissio.. SEC(2007) 280 - Guide on Dealing With Innovative Solutions in Public Procurement. Brysseli. (2007)

Euroopan komissio. *Eurooppa 2020 - älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia*. Brysseli: Euroopan komissio. (2010).

Euroopan komissio. *Public Procurement Indicators 2008*. Brysseli: Euroopan komissio. (2010b).

Euroopan komissio. KOM(2010) 546 lopullinen, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle, SEC(2010)1161. (2010c).

Euroopan komissio. *Compilation Of Results Of The Ec Survey On The Status Of Implementation Of Pre-Commercial Procurement Across Europe*. (2011).

Euroopan komissio. *Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisista hankinnoista, KOM (2011) 896*. Brysseli: Euroopan komissio. (2011a).

Euroopan komissio. *Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita, vihreä kirja*. Brysseli: Euroopan komissio. (2011b).

Euroopan komissio. KOM(2011) 897 lopullinen, ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi käyttöoikeussopimusten tekemisestä. Brysseli. (2011c).

Euroopan komissio. *Digital Agenda for Europe*. Noudettu osoitteesta Public Procurement of Innovative Solutions: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/public-procurement-innovative-solutions>. (2015).

Euroopan komissio. *Digital Single Market*. Noudettu osoitteesta Innovation Procurement: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/innovation-procurement#Article> (käyty viimeksi 1.11.2016) (2016).

Euroopan komissio. *Public Procurement Indicators 2014*. Euroopan komissio. (2016b).

Euroopan yhteisöjen komissio. KOM(2007)799 lopullinen, esikaupalliset hankinnat: innovoinnin edistäminen kestävien ja korkealaatuisten julkisten palveluiden varmistamiseksi Euroopassa, komission tiedonanto. Brysseli. (2007).

Graells, A. S. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oregon, Oxford and Portland: Hart publishing. (2015).

Halonen, K.-M. *Hankintasopimuksen tehottomuus - Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön*

- vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille*. Turku: Edita Publishing Oy. (2015).
- Hansen, C. R. *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*. Kööpenhamina: Djof Publishing. (2012).
- Harjula, H.;& Prättälä, K. *Kuntalaki*. Talentum verkkokirjasto: Talentum Media Oy. (2015).
- Jokela, M.;Kartio, L.;& Ojanen, I. *Maakaari*. Talentum. (2010).Jyränki, A.;& Husa, J. *Valtiosääntöoikeus*. Hämeenlinna: Kariston kirjapaino Oy. (2012).
- Kaisto, J. *Varallisuus-oikeus ja julkiset hankinnat*. Edilex. (2009).
- Kalima, K.;Häll, M.;& Oksanen, A. *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki: Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ Oy. (2007).
- Kangas, U. Lesken oikeudellinen asema. *Oikeusdogmaattinen tutkimus lesken sosiaaliturvan laajuudesta*. Vammala. (1982).
- Kotivuori, H.-M.;& Uotila, S. *Lainlaatijan EU-opas*. Helsinki: Oikeusministeriö. (2012).
- Kuitunen, V. (2016). *European Convention on Human Rights and transition of the legal culture - Reception of the argumentation of the European Court of Human Rights by the Finnish supreme jurisdictions*. Rovaniemi: Lapin yliopisto.
- Kulju, M. *Euroopan unionin perusoikeuskirja Suomen valtiosäännön näkökulmasta*. Tampere: Tampereen yliopisto. (2014).
- Kunzlik, P. From suspect practice to market-based instrument: policy alignment and the evolution of EU law's approach to "green" public procurement. *Public Procurement Law Review*, P.P.L.R. 97. (2013).
- Majamaa, H.;Junnila, S.;Doloi, H.;& Niemistö, E. *End-user oriented public-private partnerships in real estate industry*. International Journal of Strategic Property Management . (2008).
- Majamaa, W. *The 4th P – People – in urban development based on Public-Private-People Partnership*. Väitöskirjatutkimus. Espoo: Teknillinen korkeakoulu. (2008).
- Marmor, A. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Noudettu osoitteesta The Pure Theory of Law: <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/> (käyty viimeksi 1.11.2016) (2016).

- Marta Andrecka. Innovation partnership in the new public procurement regime - a shift of focus from procedural to contractual issues? *Public Procurement Law Review*. (2015).
- Mäenpää, O. *Hallinto-oikeus*. Talentum Media Oy. (2003).
- Mäenpää, O. *Hallintoprosessioikeus*. Talentum media. (2007).
- Nenonen, A. *Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut, Unigrafia. (2014).
- Pekkala, E. *TEMatiikkaa-blogi*. Noudettu osoitteesta Työ- ja elinkeinoministeriö: https://www.tem.fi/ajankohtaista/blogit/tematiikkaa-blogi/elise_pekkala_hankintalain_valmistelu_on_alkanut.113379.blog (käyty viimeksi 1.6.2016) (2014).
- Pekkala, E.; & Pohjonen, M. *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Printon, Tallinna: Tietosanoma Oy. (2015).
- Raitio, J. *Euroopan unionin oikeus*. Talentum Media Oy ja Juha Raitio. (2016).
- Robbie Pyburn. *Public Spend Forum Europe*. Noudettu osoitteesta <http://publicspendforumeurope.com/2015/09/02/eu-purchasing-authorities-struggle-with-cross-border-interest-regulations/> (käyty viimeksi 1.11.2016) (2015).
- Sajama, S. *Mikä tekee tutkimuksesta tieteellisen? - Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta*. EDILEX Edita Publishing Oy. (2015).
- Sundstrand, A. *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*. Stockholm: Jure Förlag AB. (2012).
- Talentum Fokus. *Käsikirja oikeudellisen tiedon hakijoille*. Helsinki: Talentum Fokus. (2015).
- Tekes Innovaatorahoituskeskus. *Innovatiiviset hankinnat - Tekes-rahoitus kunnille hankintojen kehittämiseen*. Suomi. (2015).
- Tekes. *Julkiset palvelut*. Noudettu osoitteesta <http://www.tekes.fi/rahoitus/julkiset-palvelut/innovatiiviset-julkiset-hankinnat/> (käyty viimeksi 1.11.2016). (2016)

- Tekes. Hankintalaki ja Tekes-rahoitus. Noudettu osoitteesta
http://www.tekes.fi/globalassets/global/rahoitus/hankintalaki_ja_tekes-rahoitus.pdf
(käyty viimeksi 1.11.2016) (2016b)
- Thomas, S.; Wong, J.; & Wong, K. *A public private people partnerships (P4) process framework for infrastructure development in Hong Kong*. Hong Kong: Department of Civil Engineering, The University of Hong Kong. (2013).
- Tilastokeskus. Julkisyhteisöjen kokonaismenot suhteessa bruttokansantuotteeseen sekä vuoden 2014 rahassa. (2014).
- Työ- ja elinkeinoministeriö. *HILMA*. Noudettu osoitteesta Julkiset hankinnat:
<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/cpv> (käyty viimeksi 1.11.2016) (2008).
- Työ- ja elinkeinoministeriö. *Työ- ja elinkeinoministeriön viralliset sivut*. Noudettu osoitteesta Teollisoikeudet: <https://www.tem.fi/yritykset/teollisoikeudet> (käyty viimeksi 1.6.2016) (2015).
- Työ- ja elinkeinoministeriö. *Työ- ja elinkeinoministeriön viralliset sivut*. Noudettu osoitteesta Hankintalakiesitys eduskunnalle alkutalvesta 2016:
https://www.tem.fi/kuluttajat_ja_markkinat/julkiset_hankinnat/hankintalain_kokonaisuudistus (käyty viimeksi 1.6.2016) (2015b)
- Työ- ja elinkeinoministeriö. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, 37/2015. (2015c).
- Työ- ja elinkeinoministeriö. Direktiivin välitön oikeusvaikutus ja siirtymäkauden soveltaminen sekä muutokset soveltamisalassa, Markus Ukkola. Työ- ja elinkeinoministeriö. (2016).
- Valtioneuvosto. *Valtioneuvoston kirjelmä U 49/2006 Eduskunnalle ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (julkisten hankintojen oikeussuojakeinot)*. Helsinki: Valtioneuvosto. (2006).
- Wang, P. Public-Private Partnerships under the EU Public Procurement Rules. Teoksessa C. Tvarno, *PPP - An International analysis in a legal and economic perspective* (s. 124 - 179). (2010).
- Villa, S.; Airaksinen, M.; Bärlund, J.; Jauhiainen, J.; Kaisanlahti, T.; Knuts, M.; . . . Wilhelmsson, T. Yritysoikeus. Talentum Fokus. (2015).

VTT. *Esikaupalliset hankinnat: Menetelmä yhteiskunnalle tärkeiden innovaatioiden yrityslähtöiseksi kehittämiseksi*

http://www.vtt.fi/files/sites/procuinno/procuinno_es1.pdf (käyty viimeksi 1.11.2016).
(2010).

Lainsäädäntö

Asetukset

Komission täytäntöönpanoasetus 2011/842/EY 19.8.2011

Direktiivit

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi käyttöoikeussopimusten tekemisestä. KOM(2011) 897 lopullinen Brysseli 20.12.2011. 2011/0437 (COD) C7-0004/12 (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11 päivänä joulukuuta 2007, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti).

Neuvoston direktiivi, annettu 21 päivänä joulukuuta 1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (89/665/ETY).

Neuvoston direktiivi 92/13/ETY, annettu 25 päivänä helmikuuta 1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

Hallituksen esitykset

HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi 22.6.2016..

HE 190/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta 9.10.2009.

HE 50/2006 vp. - Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 28.4.2006.

Kansallinen lainsäädäntö

Kuntalaki 17.3.1995/365

Kuntalaki 410/2015. (10. 4 2015).

Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348)

Suomen perustuslaki 11.6.1999/731

Sopimukset

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, Virallinen lehti nro C 326, 26/10/2012 s. 0001 - 0390. (2012).

Euroopan neuvosto ja ulkoasiainministeriö 20.5.1999. 63/1999 Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi) sellaisena kuin se on muutettuna yhdennellätoista pöytäkirjalla. Helsinki.

Euroopan unionin virallinen lehti 26. 10 2012. Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT), virallinen lehti nro C 326, s.0001 - 0390.

WTO 6. 4 2014. General Procurement Agreement

Oikeuskäytäntö

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2003:74

Markkinaoikeus

MaO 44/11

EU-tuomioistuin

Asia 8/81 Becker v Münster-Innenstadt 19.1.1982. Kok. VI 00285 (englanninkielinen erityispainos)

Asia C-76/97 Walter Tögelv Niederösterreichische Gebietskrankenkasse 24.9.1998. Kok 1998 I-05357 (European Court Reports)

Asia C-278/14 16.4.2015. ECLI:EU:C:2015:228

Asia C-159/11 19.12.2012. EU:C:2012:817

Asia C-147/06 SECAP SpA v Comune di Torino 15.5.2008. Kok. 2008 I-03565 (European Court Reports)

Asia C-507/03 Commission v. Ireland 13.11.2007. Kok. 2007 I-09777 (European Court Reports)

Asia C-324/98 Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, aiemmin Post & Telekom Austria AG 7.12.2000. Kok. 2000 I-10745 (European Court Reports)

- Asia C-275/98 Unitron Scandinavia ja 3-S v Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri
18.11.1999. Kok. 1999 I-08291 (European Court Reports)
- Asia 6/64 Flaminio Costa v. ENEL 15.7.1964. Kok I 00211 (englanninkielinen erikoispainos)
- Asia C-95/10 Strong Segurança SA v Município de Sintra ja Securitas-Serviços e Tecnologia
de Segurança 17.3.2011. Kok. 2011 I-01865 (European Court Reports)
- Asia C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v Manova
A/S 10.10.2013. ECLI:EU:C:2013:647 Asia C-599/10, SAG ELV Slovensko ym.
29.3.2012. ECLI:EU:C:2012:191
- Asia T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits v Euroopan komissio 29.10.2015. EC-
LI:EU:T:2015:820
- Asia C-177/82 ja C-178/82 Jan Van de Haar ja Kaveka de Meern BV 5.4.1984, yhdistetty
tuomio. Kok. 1984 -01797 (European Court Reports)
- Asia C-91/08 Wall AG v. La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und
Service (FES) GmbH, 13.4.2010. Kok 2010 I-02815 (European Court Reports)
- Asia C-231/03 Coname v. Comune di Cingia de' Botti 21.7.2005. Kok. 2005 I-07287 (Euro-
pean Court Reports)
- Asia C-388/12 Comune di Ancona v Regione Marche 14.11.2013. ECLI:EU:C:2013:734
- Asia C-188/95 julkisasiainmies Jacobsin ratkaisuehdotus; ratkaisu 41/74 Van Duyn 26.6.1997.
Kok. 1997 I-06783 (European Court Reports)
- Asia C-458/03 Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG
13.10.2005. Kok. 2005 I-08585 (European Court Reports)
- Fabricom. Asia C-21/03 ja asia C-34/03, yhdistetty tuomio.
- Asia T-345/03, European Dynamics v Commission, ECLI:EU:T:2008:67, 12.3.2008
- Asia T-461/08, Evropaiki Dynamiki, ECLI:EU:T:2011:494, 20.9.2011
- Asia C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki [2002] E.C.R. I-7213;
[2003] 3 C.M.L.R.
- Asia C-488/01 EVN [2003] E.C.R. I-14527; [2004] 1 C.M.L.R. 22

Asia 31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands 20.9.1988. EC-
LI:EU:C:1988:422.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 10.7.1998

Airey v. Irlanti, tuomio 9.10.1979. E.H.R.R. 305, Women, Rights

1. Johdanto

1.1. Julkisten hankintojen merkitys ja sääntely

Julkiset hankinnat tuottivat EU:n komission tilastojen mukaan noin 18,5 % Suomen bruttokansantuotteesta vuonna 2014. Suomessa julkisten hankintojen osuus BKT:stä on ollut nousussa vuodesta 2004 alkaen ja prosentuaalinen muutos suhteessa on ollut noin 11,2 prosenttia.¹ Oheisessa taulukossa on esitetty EU:n komission julkaisemia lukuja julkisten hankintojen määrästä miljardeissa euroissa.

FINLAND	2004	2008	2012	2014	Difference	Percentage %
Total value	25,30	30,98	35,7	37,9	12,6	49,8
Total GDP %	16,63	16,77	17,9	18,5	1,87	11,2
Number of notices	1645	2746	3002	2993	1348	81,9
EU TOTAL	2004	2008	2012	2014	Difference	Percentage %
Total value	1735,89	2155,48	1866,8	1931,5	195,61	11,3
Total GDP %	16,37	17,23	12,9	13,0	-3,37	-20,6
Number of notices	114405	151448	149145	151058	36653	32,0

2

Koska julkisilla hankinnoilla on koko EU:n tasolla merkittävä vaikutus talouden kehitykseen, pidetään luonnollisesti sitä koskevaa lainsäädännöllistä kehitystyötä myös merkittävässä asemassa. Suomen nykyinen hankintalaki (30.3.2007/348) (jäljempänä Hankintalaki) pohjautuu seuraaviin direktiiveihin: julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2004/18/EY, jäljempänä vuoden 2004 hankintadirektiivi) sekä julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamisesta koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi (665/1989/ETY, 1. valvontadirektiivi tai oikeusturvadirektiivi). Lisäksi on erityisalojen hankintadirektiivi (2004/17/EY) ja 2. valvontadirektiivi tai oikeusturvadirektiivi (92/13/ETY).

¹ EU-tasolla tiettyjen jäsenmaiden päinvastainen kehitys on vienyt keskiarvoa alaspäin johtuen tietyistä jäsenmaista, kuten Espanja, Italia ja Kypros, mutta edelleen julkisilla hankinnoilla ja hankintailmoituksilla on merkittävä taloudellinen vaikutus.

² Euroopan komissio, 2010b. Public Procurement Indicators 2008 ja Euroopan komissio, 2016b. Public Procurement Indicators 2014. Summat ovat miljardeissa euroissa lukuun ottamatta GDP-arvoa, joka on esitetty prosentuaalisesti. 2010 julkaistussa taulukossa ei ole selkeästi ilmaistu eroa ”utilities and defence” -hankintojen osalta, mutta taulukon muihin arvoihin perustuen arvot näyttäisivät olevan vertailukelpoisia keskenään. Vertailuluvut heittelevät hieman sen mukaan, minkä vuoden taulukkoa käyttää. Esimerkiksi uusimmassa vuoden 2016 taulukossa vuoden 2012 kokonaisarvo hankinnoille Suomen osalta oli yllä esitetty 35,7 miljardia euroa, mutta esimerkiksi 2015 julkaistussa hallituksen esityksessä uudeksi hankintalaksi käytettiin arvoa 33 miljardia, joka oli sen hetkinen ajankohtainen tieto.

Molempia oikeusturvadirektiivejä on muutettu direktiivillä kyseisten direktiivien muuttamisesta tehokkuuden parantamiseksi (2007/66/EY). Hankinnoista on lisäksi ilmoitettava komission vakiolomakeasetuksen 2011/842/EY mukaisesti ja noudatettavat kynnsarvot säädetään kahden vuoden välein annettavalla komission asetuksella.³

Julkisia hankintoja koskevia uusia direktiivejä on vuoden 2014 aikana julkaistu peräti kolme kappaletta. Näitä ovat direktiivit ”julkisista hankinnoista (2014/24/EU, komission ehdotus KOM 2011/896)”, ”vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (2014/25/EU, komission ehdotus KOM 2011/895)” sekä ”palveluja koskevista käyttöoikeussopimuksista (2014/23/EU, komission ehdotus KOM 2011/897)”.

Tämän tutkimus keskittyy direktiiviin 2014/24/EU (jatkossa Hankintadirektiivi) eli niin kutsuttuun hankintadirektiiviin, jonka tarkoitus on sovittaa yhteen kansallisia hankintamenettelyjä.⁴ Direktiivi myös käsittelee tarjousehdokkaiden tasapuolista kohtelua ja sitä, ettei hankintamenettelyssä saa esiintyä diskriminointia osapuolten välillä. Siksi se on yksi ensisijaisista oikeuslähteistä tutkimuksessani. Hankintadirektiiviä koskevan kansallisen lain oli tarkoitus tulla voimaan vuoden 2016 alussa, mutta näyttäisi nyt viivästyvän seuraavaan vuoteen, vastaavaa hallituksen esitystä ei vielä keväällä 2016 ole julkaistu.

Myös palvelujen käyttöoikeusdirektiivillä (2014/23/EU) (jäljempänä Käyttöoikeusdirektiivi) on osansa tutkimuksessa, sillä perustelujen 1 kohdassa todetaan, että käyttöoikeussopimusten sääntelemättömyys on aiheuttanut oikeudellista epävarmuutta, luonut esteitä palvelujen vapaalle tarjoamiselle ja vääristänyt kilpailua. Perustelut jatkuvat toteamalla, että pienet ja keskiuuret yritykset (jäljempänä pk-yritykset) eivät voi hyödyntää liiketoimintamahdollisuuksia, eivätkä viranomaiset voi käyttää julkisia varoja parhaalla mahdollisella tavalla. Perustelujen mukaan käyttöoikeussopimusten tekemistä koskeva asianmukainen, tasapainoinen ja joustava lainsäädäntökehys voisi mahdollistaa oikeusvarmuutta ja syrjimätöntä pääsyä markkinoille. Tämä puolestaan edistäisi julkisia investointeja infrastruktuureihin ja kansalaisille tarjottaviin strategisiin palveluihin. Näillä perusteilla direktiiviä voidaan pitää myös tämän tutkimuksen kannalta olennaisena, sillä innovaatiohankinnoissa on kyse muiden syiden lisäksi julkisten hankintojen entistä tehokkaammasta toteuttamisesta.

³ Ks. Pekkala & Pohjonen, 2015. s. 27

⁴ Direktiivi 2014/24/EU Johdannon kohta 1.

Tarkoitukseni on tutkia, voidaanko Hankintadirektiivin ja Käyttöoikeusdirektiivin säännöksillä saavuttaa kehitys- ja innovaatiohankkeiden osalta oikeudellisesti varmempia lopputuloksia ja voidaanko direktiiviä hyödyntää näiden hankkeiden toteutuksessa yleensä.

Hankintalain mukaiset hankintamenettelyt ovat kuitenkin vain osittain ohjaamassa kehitystyötä julkisella sektorilla. Hankintalain säännökset ja hankintojen kilpailuttaminen soveltuvat sellaisenaan joskus huonosti hankinnan toteuttamiseen, kun valmista tuotetta tai palvelua ei ole mahdollista löytää markkinoilta tai menettelysäännösten raskaus haittaa hankintaprosessia.⁵ Esikaupallisissa hankintavaiheissa ja innovaatioyhteistyössä on hankintayksikön ja toimittajan välisessä prosessissa mahdollista toteuttaa joustavia menettelytapoja, sillä tällainen yhteistyö ei ole kovin tarkasti säänneltyä. Esikaupalliset hankinnat kilpailutetaan vasta tutkimus- ja kehitysvaiheen jälkeen, jolloin kilpailutuksen kohteena on uusi tuote tai palvelu, jota ei välttämättä aikaisemmin ollut mahdollista hankkia markkinoilta. Myös hankintalainsäädännön kynnsarvojen alle jäävät hankinnat on mahdollista toteuttaa yleensä ilman säänneltyä hankintamenettelyä. Ongelmia saattaa kuitenkin muodostua, kun valmis innovaatio halutaan kilpailuttaa, eikä hankintayksikkö pystykään jatkamaan yhteistyötä saman toimittajan kanssa. Näistä haasteista lisää tutkimus- ja kehitystyötä käsittelevässä osiossa (kappale 3) ja erityisesti kappaleissa 3.1.2 sekä 3.1.3.⁶

Perinteisten hankintamallien oheen on kehitetty erilaisia toimintamalleja tilanteisiin, joissa markkinoilla ei ole välttämättä tarjota haettua tuotetta tai palvelua. Tällaisia malleja ovat ainakin Public Procurement of Innovative solutions (jäljempänä PPI) eli innovatiivisten ratkaisujen hankinnat ja Pre-Commercial Procurement (jäljempänä PCP) eli esikaupalliset hankinnat, johon tämä tutkimus ensi sijassa keskittyy. PPI-malli soveltuu jo lähes valmiin prosessin kaupallistamiseen, jonka osuus jää tutkimuksessa vähemmälle.⁷

⁵ Ks. KOM(2007)799 s. 10. Komission tiedonannossa todetaan, että tutkimus- ja kehitystyön (t&k) luoteeseen kuuluu aina epäonnistumisen vaara eikä teknologinen onnistuminen ole aina taattu. Julkisella ostajalla on tiedonannon mukaan vasta esikaupallisen hankinnan lopussa vertailukelpoista testiaineistoa, joka todistaa, ovatko kehitetyt ratkaisut todella parempia kuin markkinoilta samaan aikaan löytyvät. Edelleen todetaan, että esikaupallinen hankinta on valmisteluvaihe, jonka ansiosta julkiset osatajat voivat kartoittaa mahdollisten vaihtoehtoisten ratkaisujen t&k-riskejä ennen sitoutumistaan laajamittaisen kaupallisen tuotteen hankintaan. Tästä voidaan päätellä, että komissio pitää direktiivisiin sääntelemää hankintaprosessia sopimattomana tilanteisiin, joissa mahdollisuuksia vasta kartoitetaan. Tiedoksianto on julkaistu 2007, eikä siinä siten ole huomioita hankintadirektiivien muutoksia, mutta lopputuloksen voidaan edelleen mielestäni olettaa pitävän paikkansa, sillä esimerkiksi Hankintadirektiivin muutos toi pikemminkin lisäyksiä ja tarkennuksia direktiivin sisältöön kuin vähensi sääntelyn merkitystä.

⁶ Koska esikaupalliset hankinnat ovat niin keskeinen osa tutkimusta, on niitä luontevaa käsitellä kokonaan erillisessä osiossa.

⁷ Ks. jäljempänä kappale 3.

Esikaupallisilla hankinnoilla tarkoitetaan yksinkertaisuudessaan hankintamallia, jossa hankinnan riskit ja hyödyt on jaettu yhdessä hankinnan toimittajien kanssa. Palaan hankintamalliin tarkemmin myöhempanä, mutta tarkoituksena mallissa on mahdollistaa innovatiivisten uudenlaisten ratkaisujen toteutus hieman normaalista hankintamenettelystä vapaammassa muodossa. Vaikka tutkimus- ja kehitystyöhön ei sovelleta hankintadirektiivien säännöksiä suoraan, on Euroopan komissio kuitenkin antanut menettelyyn liittyen ohjeistuksensa, joita olisi syytä noudattaa. Lisäksi varsinainen innovaatiovaihe, jossa tuote tai palvelu otetaan kaupalliseen käyttöön edellyttää kuitenkin kilpailuttamista.⁸

Koska suurin osa julkisiin hankintoihin kohdistuvasta kehityspaineesta koskee nimenomaan hankintojen rahoitusta ja sitä, miten samalla tai mielellään pienemmällä rahoituksella saadaan toteutettua vastaavat tai paremmat palvelut ja toiminnot jatkossa, kun väestö ikääntyy ja yhteiskunta muuttuu, on olennaista huomioida tämän tutkimuksen taloudellinen tarkoitus.⁹ Sekä Hankintalaissa että tulevassa hankintalaissa (jäljempänä Uusi hankintalaki) ja niiden esitöissä mainitaan kokonaistaloudellisesti parhaasta tarjouksesta ja kokonaistaloudellisesti parhaan hankinnan toteuttamisesta, mutta hinta on silti edelleen yksi olennainen kriteeri hankinnan toteutuksessa.¹⁰ Myös innovaatiohankkeissa on tärkeää noudattaa EU:n primäärioikeuden tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimuksia, jotta varmistetaan kaikkien yhtäläinen kohtelu ja se, ettei hankintoja tarvitse jälkikäteen lähteä selvittämään oikeusjärjestelmän avulla. Yhteiskunnalle tulee merkittäviä taloudellisia kustannuksia riitaisten hankintojen selvittämisestä ja niiden toteutus viivästyy tai pahimmassa tapauksessa peruuntuu kokonaan.¹¹

Kirsi-Maria Halonen toteaa väitöskirjassaan: ”Jotta EU-oikeus voi toteutua tehokkuusperiaatteen edellyttämällä tavalla, tulee vakavasti EU-oikeutta loukkaaviin päätöksiin voida puuttua muutoksenhaulla.”¹² Koska tehokkuusperiaate edellyttää tehokkaiden muutoksenhakukeinoja,

⁸ Euroopan komissio, 2016. Digital Single Market, sivustoa ylläpitää ”Directorate General for Communications Networks, Content & Technology”, joka on komission digitaalisesta taloudesta ja yhteiskunnasta vastaavan jäsenen alaisuudessa. DG Connect pyrkii toteuttamaan hyväksytyjä päämääriä talouden kasvattamiseksi ja työpaikkojen luomiseksi.

⁹ Ks. Tilastokeskus, 2014. Kun julkisten menojen suhde bruttokansantuotteeseen oli vielä 1970-luvun lopussa 40 prosentin tuntumassa, oli se 2014 jo 58 prosenttia. Lamavuonna 1993 BKT-suhde oli jopa 64 prosenttia, Kasvua on kuitenkin vuosituhaten alusta ollut jo yli 10 prosenttiyksikköä, joka osoittaa tarvetta löytää vaihtoehtoisia ja tehokkaampia tapoja kanavoita julkista rahoitusta.

¹⁰ Ks. HE 190 /2009 s. 5 ”tarjousten valintaperusteet on painotettava etukäteen, kun valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta.”

¹¹ Ks. Ervasti, 2005. s. 91. Ervasti käsittelee tutkimuksessaan siviiliprosessiin liittyvien kulujen kasvua, mistä ei voida vetää suoraa vastaavuutta hallintolainkäyttöasioihin, mutta selvä kulukehitys ylöspäin on kuitenkin nähtävissä, kun arvioidaan yleisesti asianajajien palkkioita, tuomioistuineläinlaitoksen kustannusrakennetta ja oikeudenkäynteihin uhrattuja resursseja yleensä.

¹² Halonen, 2015. s. 218. Hankintojen tehottomuusvaikutusta on väitöskirjassaan käsitellyt tarkemmin Kirsi-Maria Halonen. Halonen viittaa väitöskirjassaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa on puututtu sopi-

tulisi lähtökohtaisesti mielestäni olettaa, että tällainen tehokas muutoksenhaku on olemassa, mikä taas voi tarkoittaa hankinnan toteuttaville tahoille merkittäviä kustannuksia, mikäli jo toteutettua hankintaa lähdetään olennaisesti jälkikäteen muuttamaan.

Innovaation määritelmän osalta olisi vielä syytä huomioida, että EU on Hankintadirektiivissä ensimmäisen kerran antanut legaalisen määritelmän innovaatiolle. Se kuvastaa mielestäni sitä seikkaa, että kehitystyö aiheen osalta on vielä kesken. Hankintadirektiivin 2(22) artiklassa todetaan:

"**innovation**' means the implementation of a new or significantly improved product, service or process, including but not limited to production, building or construction processes, a new marketing method, or a new organisational method in business practices, workplace organisation or external relations inter alia with the purpose of helping to solve societal challenges or to support the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth". (korostus lisätty)

Siten innovaatioissa on kyse Eurooppa 2020 -strategian implementoinnista käytännössä entistä tehokkaimmilla metodeilla ja hankinnoilla. Ainakin innovaatiotermin määrittelyllä oikeudelliset tavoitteet ovat selvemmin ymmärrettävissä. Toisaalta määritelmä voi aiheuttaa tiettyä epävarmuutta, sillä sisältö riippuu siitä, kuinka ymmärrämme esimerkiksi Hankintadirektiivin määrittelemän merkittävän parannuksen tuotteessa. Direktiivin johdannon kohdassa 47 on pyritty täsmentämään tutkimusta ja innovointia siten, että sen tulisi löytää paras taloudellinen vastine julkisille rahoille. Lisäksi on huomioitu esimerkiksi ympäristönäkökulmia.

Marta Andreckan mielestä innovaation määritelmä on liian epäselvä, sillä ensinnäkin määritelmä on tuomittu vanhentumaan viimeistään vuonna 2020, sillä siinä viitataan Eurooppa 2020 -tavoitteisiin. Toiseksi hän myös huomauttaa, että määritelmä on muutenkin liian monimutkainen.¹³ Nämä väittämät on helppo hyväksyä, sillä innovaation määritelmä ei ole helpposti ymmärrettävissä ja määritelmän vanhentuminen muutaman vuoden sisään ei kuulosta kovin rohkaisevalta hankkeessa, jolla tulisi olla kauaskantoisia taloudellisia vaikutuksia.

Seuraavassa kappaleessa tarkoitukseni on esitellä hieman laajemmin tutkimusongelmaa sekä lähtökohtia ja tavoitteita, joihin tutkimukseni keskittyy. Tarkoitukseni on selventää sitä, miksi olen kyseisen aiheen valinnut ja mistä syystä aihetta tulisi tutkia enemmän.

muksen sitovuuden suojaan, vaikka tehottomuusseuraamusta onkin pidetty poikkeuksellisen ankarana seuraamuksena.

¹³ Andrecka, 2015. 2. Background.

1.2. Tutkimuksen lähtökohdat ja tavoitteet

Tutkimukseni perustuu osittain meneillään olevaan lainsäädännölliseen kehitysohjelmaan, jonka takia aihe on mielestäni ajankohtainen. Työ- ja elinkeinoministeriö julkaisi toukokuussa 2015 mietinnön (37/2015) hankintalain kokonaisuudistuksesta, joka pohjautui vuonna 2014 annettuun hankintadirektiiviin. Sääntelyuudistuksen pääasiallisena tarkoituksena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, yksinkertaistaa hankintamenettelyjä, selkeyttää lain keskeisiä käsitteitä, parantaa pienten ja keskisuurten yritysten osallistumismahdollisuuksia tarjouskilpailuissa, parantaa mahdollisuuksia huomioida ympäristö- ja sosiaalisia näkökohtia sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa. Uudistuksen tarkoituksena olisi lisäksi tuoda kilpailuttamissääntöjä julkisia käyttöoikeussopimuksia koskeviin järjestelyihin.¹⁴

Yksi keinoista, joilla pyritään päämäärään pyritään pääsemään, on innovaatiotoiminnan kehittäminen. Innovaatiolla tarkoitetaan Hankintadirektiivin määritelmän mukaan sellaisen uuden tai merkittävästi parannetun tuotteen, palvelun tai menetelmän, mukaan lukien muiden muassa tuotanto- tai rakennusprosessit, uuden markkinointimenetelmän tai uuden organisatorisen menetelmän toteuttamista liiketoimintatavoissa, työpaikkaorganisaatiossa tai ulkoisissa suhteissa, jonka tarkoituksena on esimerkiksi auttaa ratkaisemaan yhteiskunnallisia haasteita tai tukea älykkään, kestävä ja osallistavan kasvun Eurooppa 2020 -strategiaa.¹⁵ Nykyiseen hankintalakiin (30.3.2007/348) ei ole otettu innovaation määritelmää.

Miksi sitten aihe on ajankohtainen? Työ- ja elinkeinoministeriön Hankintadirektiivin pohjalta annetussa mietinnössä todetaan innovatiivisten tuotteiden ja palvelujen hankinnoista, että julkisia hankintoja ei ole Euroopassa juurikaan kohdistettu innovaatioihin, vaikka jo vuoden 2004 EU:n hankintadirektiivit tarjoavat siihen mahdollisuuksia.¹⁶

Koska työ- ja elinkeinoministeriön mietintö ja komission tiedonanto asiasta osoittavat selkeästi, etteivät julkisten hankintojen toteutukset innovaatioasioissa käytä kaikkea sitä mahdollista potentiaalia, mitä niiden hyödyntämisellä voitaisiin saavuttaa, tutkin tarkemmin niitä perusteita, joilla innovaatioiden toteutuksesta on säädetty, minkälaisia ongelmia prosessin toteutukseen liittyy ja miten uusi lainsäädäntö vaikuttaa innovaatiohankkeisiin.

¹⁴ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 3 Mietinnön tiivistelmä. Lain tavoitteet mietinnön sivuilla 298–299.

¹⁵ Ks. Direktiivi 2014/24/EU s. L 94/98, kohta 22.

¹⁶ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c s. 31 ja komission tiedoksianto KOM (2010) 546 lopullinen s. 17.

Ensisijaisena lainsäädännöllisenä tutkimuslähteenäni käytän Hankintadirektiiviä, Hankintalakiä, näiden esitöitä ja taustamateriaalia sekä mietintöjä. Tutkimuskohteena ovat myös erityisesti esikaupalliset hankinnat ja niitä koskevat ohjeistukset ja määräykset, sillä esikaupallisella hankintamallilla pyritään julkisia hankintoja ohjaamaan juuri niihin innovaatiohankintoihin, joihin Euroopassa ei komission tiedoksiannon mukaan ole päästy.

Komission mukaan julkiset hankkijat voivat tutkimus- ja kehitysvaiheen hankinnoilla (jäljempänä t&k-hankinnat) ja rahoituksella kiihdyttää innovaatioita kysyntäpuolelta. Tällä tavalla viranomaiset kykenisivät luomaan uusia julkisia palveluita ja mahdollisuuksia uudelle yritykselle, mikä puolestaan voisi vahvistaa eurooppalaisia markkinoita sekä luoda kasvua ja työpaikkoja. Vaikka mitään lainsäädännöllistä estettä PCP-mallin käytölle aikaisemmin ei ole ollut, on malli ollut alikäytetty Euroopassa. Tutkin siis, miten uusilla komission ja kansallisten viranomaisten toimilla on pyritty vaikuttamaan PCP-mallin rohkeampaan käyttöön. Innovatiohankkeissa ei useinkaan markkinoilta löydy suoraan valmiita tuotteita tai palveluita, joita voitaisiin perinteistä hankintamenettelyä käyttämällä hankkia.¹⁷

Koska esikaupallisissa hankinnoissa (PCP) on kyse valmisteluvaiheesta, jolloin markkinoilta ei ole löydettävissä vastaavaa toteutusta, tarkoitukseni on selvittää, millaiset säännöt ja toteutusmallit toimintaa ohjaavat ja minkälaisia haasteita menettelyyn sisältyy. Toisaalta, hankintalainsäädännön ulkopuolelle jäävät innovaatiohankkeiden lisäksi muun muassa sellaiset hankinnat, jotka jäävät lainsäädännön mukaisten kansallisten kynnysarvojen alle ja joihin voidaan siten soveltaa vapaampia menettelysääntöjä.¹⁸

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (HE 50/2006 vp) annettiin vuonna 2006. Tulkiten osittain hankintalain tarkoitusta 2006 julkaistun esityksen perusteella, sillä uutta hankintalakiä ei ole vielä annettu, vaikka hallitus antoikin asiaa koskevan hallituksen esityksen kesäkuussa 2016. Vanhan 2006 hallituksen esityksen tarkoituksena oli tehostaa julkisten varojen käyttöä, selkeyttää hankintaviranomaisten ostoyhteistyön edellytyksiä sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa. Uuden hankintadirektiivin ja ministeriön mietinnön perusteella lainsäädäntöuudistuksilla pyritään jatkamaan tämän saman päämäärän tavoittelua, sillä kuten komission PCP-mallia koske-

¹⁷ Ks. Euroopan komissio, 2016. Pre-Commercial Procurement (PCP)

¹⁸ Hankintalaki 30.3.2007/348. HL 15 § kansallisista kynnysarvoista ja HL 16 § EU-kynnysarvoista. Hankintadirektiivin sekä työ- ja elinkeinoministeriön esityksessä kynnysarvojen summarajoja on tarkistettu.

vasta esittelystä myös ilmenee, haluttua päämäärää ei ole täysin saavutettu ja innovaatioiden hyödyntäminen hankinnoissa on suhteellisen harvinaista.¹⁹

EU:n halusta kehittää innovaatiolainsäädäntöä kertoo mielestäni hankintadirektiivin 31 artikla, jossa säädetään uudesta innovaatiokumppanuusmenettelystä. Menettelyn tavoitteena on artiklan 2 kohdan mukaan innovatiivisen tuotteen, palvelun tai rakennusurakan kehittäminen ja tämän tuloksena tuotettavien tavaroiden, palvelujen tai rakennusurakoiden ostaminen, jos ne vastaavat hankintaviranomaisten ja osallistujien sopimaan suoritustasoa ja niiden sopimia enimmäiskustannuksia. Kehityssuunnasta kertoo mielestäni myös innovaation määrittely Hankintadirektiivissä (ks. kappaleen alku) sekä se, että tavoitteena on suhteellisten hankintakustannusten laskeminen hankintojen tehokkuutta kasvattamalla.²⁰

Olen ylempänä pyrkinyt esittämään, millä tavalla aihe on ajankohtainen ja miksi sitä tulisi tutkia laajemmin. Osaksi motivaationi kirjoittaa aiheesta tulee nimenomaan siitä ongelmasta, ettei innovaatioita ole juurikaan säännelty aikaisemmin hankintalainsäädännössä. Tämä taas saattaa osittain johtua siitä tosiasiasta, ettei kansallisessa hankintalaissa ole antanut juurikaan viitteitä tällaiselle mahdollisuudelle. Tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä ja tieteellisiä päämääriä on hankintalaissa käsitelty vain kerran suorahankintaa koskevassa kappaleessa (27 §), eikä siinäkään kovin kattavasti. Vanhassa hallituksen esityksessä asiaa ei avata juuri enempää. Suorahankintaa käsittelevässä kappaleessa myös erikseen kielletään massatuotanto tällaisissa tilanteissa, joten kehitystyön tulos joudutaan kilpailuttamaan joka tapauksessa uudelleen prosessin valmistuttua, mitä voidaan pitää ongelmana, kun voi olla kyse useiden vuosien työpanoksesta.

Hankintadirektiivissä ongelmaan on pyritty vaikuttamaan uudella innovaatiokumppanuus -menettelyllä, jossa myös tuotteen kaupallinen hyödyntäminen on pyritty tiettyyn pisteeseen asti mahdollistamaan.²¹ Työ- ja elinkeinoministeriön mietinnössä innovaatiokumppanuudesta kirjoitetaan, että hankintayksiköt voisivat yhdistää tutkimus- ja kehittämispalveluhankinnan sekä kyseisen työn lopputuloksena syntyneen idean tai prototyypin toteuttamista koskevan hankinnan samaan hankintamenettelyyn siten, että jälkimmäistä vaihetta ei tarvitsisi kilpailuttaa erikseen. Koska menettelyssä ensimmäisen vaiheen tarjouskilpailun voittajan tai voittajien ei tarvitsisi enää osallistua uuteen tarjouskilpailuun, jossa näiden kehittämät ideat olisivat vaa-

¹⁹ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 31 Kappale ympäristö- ja sosiaalisten sekä innovaationäkökohtien huomioimisesta. Euroopan komissio, 2016. Pre-Commercial Procurement.

²⁰ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 3 Mietinnön tiivistelmä. Lain tavoitteet mietinnön sivuilla 298–299.

²¹ Ks. kappale 3.2

rassa kadota kilpailijoille, olisi innovaatiokumppanuusmenettely toimittajille ja näiden tuotekehitystyölle houkutteleva hanke.²²

Tämä tutkimus perustuu ensi sijassa PCP-mallin eli esikaupallisen hankintamallin tutkimukselle. Vaikka innovaatiokumppanuusmenettely ja hankintalainsäädännön tutkimus väistämättä tulevat vaikuttamaan tutkimukseen, tarkoitukseni on kuitenkin nimenomaan tutkia julkisten hankintojen tutkimus- ja kehitystyötä (t&k tai englanniksi r&d, research and development) ja sitä kuinka tehdyn tutkimus- ja kehitystyön hyödyntäminen myöhemmässä vaiheessa toteutetaan. Vaikka innovaatiokumppanuusmenettely antaa mahdollisuuden t&k -materiaalin hyödyntämiselle myös kaupallisesti ainakin lainsäädännön tasolla se ei se tarkoita sitä, etteikö tasapuolisuus- ja syrjimättömyysnäkökulmia tulisi noudattaa.²³

Euroopan unionin jäsenenä Suomi on hyväksynyt Euroopan unionin jäsenyyteen liittyvät perussopimukset, joihin kuuluu muun muassa sopimus Euroopan unionin toiminnasta (jäljempänä SEUT, virallinen lehti nro C 326, 26.10.2012 s. 0001 - 0390).²⁴ Täten myös Suomi on tullut sidotuksi SEUT:n 10 artiklaan, joka kieltää kaiken sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän. Vastaavanlaisia syrjinnän kieltäviä pykäläitä on muitakin kyseisessä sopimuksessa, Suomen kansallisessa lainsäädännössä, sekä muissa kansainvälisissä sopimuksissa, kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksessa.²⁵

Julkisissa hankinnoissa on kyse verorahojen hyödyntämisestä tavalla, joka hyödyttää kaikkia kansalaisia tasapuolisesti. Koska kyse on yhteisten rahojen hyödyntämisestä, eikä julkinen toimija joudu markkinaehtoisesti kilpailemaan yksityisten toimittajien kanssa toiminnan jatkumisen varmistamiseksi, on olemassa suuri riski, että väärin käytettynä rahojen käyttö rikkoo niitä syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun vaatimuksia, joihin kansainvälisillä sopimuksilla Suomikin on sitoutunut. Nimenomaan riski tappion tekemisestä, joka yksityisillä toimijoilla on, asettaa yksityiset toimijat valtion ja muiden viranomaistahojen kanssa eriarvoiseen asemaan.²⁶

²² Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 142

²³ Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 142. Koska esikaupallisen hankintamallin tutkimus edellyttää myös menettelyn vertailua muihin hankintamalleihin, on innovaatiokumppanuudesta välttämättömyydestä otettu oma lukunsa tutkimukseen (3.2).

²⁴ Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT), virallinen lehti nro C 326, s.0001 - 0390

²⁵ Euroopan ihmisoikeussopimukseen Suomi liittyi 1989 (SopS 85–86/1998)

²⁶ Ks. Hansen, 2012. Hansen käsittelee riskin suhdetta palveluhankintasopimuksissa ja viittaa Wangin (Ks. Wang, 2010 s. 133) kirjoitukseen, jossa todetaan: "risk arises out of the fact that the service provider bears the cost of providing the service, and obtains income to cover those costs and make a profit only if it is successful in generating revenue by exploiting the services by selling them to the public." Hansenin mukaan yksityinen toimi-

Euroopan komissio on hyvää hallintotapaa koskevassa valkoisessa kirjassa [KOM(2001) 428 lopullinen] määritellyt hyvää hallintotapaa koskevat periaatteet asiantuntijoiden toiminnan tehokkuudesta. Hyvä hallintotapa on sidottu tehokkuusvaatimukseen. Vastaavasti viranomaisen toiminnan tehokkuudesta on otettu maininta hallituksen esitykseen hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta (HE 72/2002).²⁷ Esityksen mukaan hyvän hallinnon taakkeet voidaan ymmärtää lähinnä tehokkaaksi ja palveluperiaatteiden mukaiseksi virkatehtävien hoitamiseksi. Koska viranomaisen on toimittava hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti, on mielestäni perusteltua olettaa tehokkuusvaatimusten koskevan myös julkisia hankintoja. Tämä ei kuitenkaan poista sitä, että julkisen toiminnan tavoitteena ei välttämättä ole voiton tavoittelu, kuten yksityisellä puolella. Viranomaisen on toteutettava siltä edellytetyt velvoitteet riippumatta niiden kannattavuudesta, jolloin ei välttämättä aina käytännön syistä päädytä kaikkein tehokkaimpaan toteutukseen.

Kun innovaatiohankinnoissa mahdollistetaan tutkimus- ja kehitystyön hyödyntämisen mahdollisesti tulevaisuudessa myös kaupallisesti, täytyy olla erityisen tarkkana, etteivät hankintayksiköt syyllisty kehityshankkeita tukiessaan syrjivään käyttäytymiseen. Koska julkisten hankintojen arvo BKT:stä on lähes 20 %, voidaan hankinnoilla pahimmassa tapauksessa aiheuttaa markkinoiden vääristymistä ja hintakehitystä epätoivottuun suuntaan, jolloin ei päästä niihin innovaatiotoiminnan hyötyihin, joihin esimerkiksi hankintadirektiivissä pyritään.²⁸

Syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden noudattaminen hankintadirektiivin ulkopuolelle jäävissä julkisissa hankinnoissa on kytkettävissä niinkin yksiselitteiseen asiaan kuin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Oikeuskäytännön perusteella syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita on noudatettava myös kynnysarvojen alle jäävissä julkisissa hankinnoissa.²⁹

Ennen kuin siirryn käsittelemään käyttämiäni tutkimusmetodeita, käyn vielä nopeasti läpi tyypillisen esikaupallisen hankintamallin perinteistä rakennetta. Tyypillisen esikaupallisen hankinnan toimintamallin voi nähdä oheisesta kuvaajasta. Vastaavaa kuvaajaa on käytetty esimerkiksi VTT:n esikaupallista hankintamallia kuvaavassa asiakirjassa vuodelta 2010.³⁰

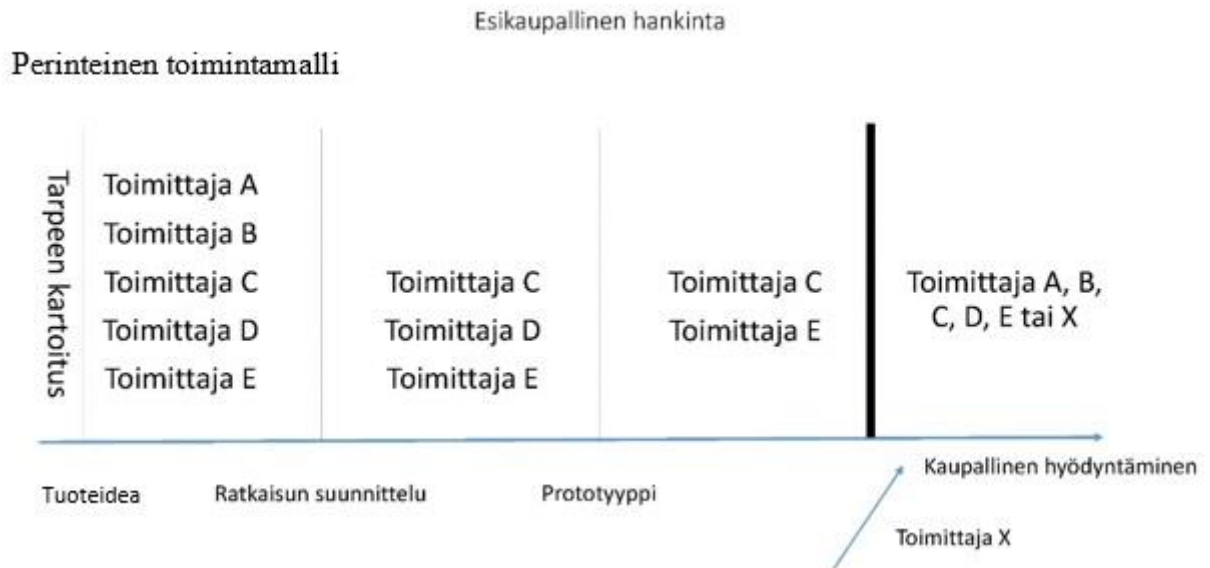
ja voi voittaa riskin vain kannattavalla liiketoiminnalla kattaessaan toimintakustannukset asiakkailta saaduilla tuloilla. Vastaavan riskin puuttuminen viranomaiselta aiheuttaa markkinoiden vääristymistä, kun kannattamaton toiminta voi ajaa kannattavan toiminnan pois markkinoilta.

²⁷ Ks. HE 72/2002. Yleisperustelut, 1. Johdanto ja ks. lisäksi KOM(2001) 428 lopullinen.

²⁸ Ks. Euroopan komissio, 2016b. Public Procurement Indicators 2014 s. 12

²⁹ Ks. HE 190/2009 s. 30

³⁰ Ks. VTT, 2010. Esikaupalliset hankinnat: Menetelmä yhteiskunnalle tärkeiden innovaatioiden yritysälähtöiseksi kehittämiseksi s. 3



Kuten todettu, myös perinteisessä PCP-hankintamallissa syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden näkökohdat on otettava huomioon. VTT:n kuvaamassa mallissa ensimmäisessä vaiheessa tehdään ”eksploratiivinen ratkaisun etsiminen” vertailemalla yrityksen esittämien ehdotusten teknistä, taloudellista ja organisatorista toteuttamiskelpoisuutta. Toisessa vaiheessa kehitetään prototyyppi, jolla pyritään varmistamaan ratkaisun ominaisuudet. Kolmannessa vaiheessa kehitetään ensimmäiset testituotteet, joilla varmistetaan ratkaisun suorituskyky.³¹

Edellä kuvatuissa vaiheissa on kysymys esikaupallisesta hankinnasta, jota ei ole vielä kilpailutettu julkista hankintaa koskevien kaupankäyntisääntöjen ja määräysten mukaisesti. PCP-mallissa tehdään kehityssopimus, joka koskee vain t&k-palveluja. Se voi kattaa ratkaisun etsimisen ja suunnittelun, prototyypin valmistamisen sekä tavaran tai palvelun ensikappaleen kehittelyn rajallisten testisarjojen muodossa. T&k-toimet eivät kata kaupallisia kehitystoimia, eivät riskit ja hyödyt päädy yksinomaan viranomaisen vastuulle, vaan ne jaetaan teollisuuden kanssa. Tätä varten PCP-mallista olennaista on julkinen läpinäkyvyys ja avoimuus.³²

Esikaupallisissa hankinnoissa julkinen ostaja ei varaa t&k -toimien tuloksia omaan yksinomaiseen käyttöönsä, vaan kyse on jakamisperiaatteesta siten, että hankinta ei muodosta valtiontukea. Tämän lähtökohtia ovat riskien ja hyötyjen jakaminen markkinaehdoilla, kehitystyön kilpailuttaminen vaiheittain ja t&k -vaiheen erottaminen lopputuotteiden kaupallisten

³¹ Ks. VTT, 2010. Esikaupalliset hankinnat: Menetelmä yhteiskunnalle tärkeiden innovaatioiden yrityslähtöiseksi kehittämiseksi s. 2-6

³² Ks. KOM(2007)799 s. 2-3

erien käyttöön otosta. ”Tavoitteena on helpottaa innovatiivisten ratkaisujen kehittämistä julkisille palveluille laajemmasta näkökulmasta.”³³

Erityiskysymyksenä esikaupallisissa hankinnoissa ovat mahdolliset kehitystyössä syntyvät teollis- ja tekijänoikeudet (jäljempänä tekijänoikeudet). Niiden osalta on varmistettava, että oikeuksien jakaminen tehdään siten, ettei anneta yhtiöille/toimittajille minkäänlaista epäoikeudenmukaista etua mahdollisissa tulevaisissa hankinnoissa ja joka tarjoaa julkisen ostajan ulottuville riittävän laajan ja kilpaillun toimitusketjun. Komission tiedoksiannossa mahdolliseksi vaihtoehdoksi on ehdotettu kehitystyön tuloksen pakkolisensointia kolmansille osapuolille kohtuullisin markkinaehtoisin ehdoin. Toisena vaihtoehtona on ehdotettu vapaan lisenssin myöntämistä julkiselle ostajalle t&k -tulosten sisäiseen käyttöön.³⁴

Komission ehdotus teollis- ja tekijänoikeuksien jakamisesta lisenssillä kolmansille osapuolille kuulostaa mielestäni täysin realistiselta vaihtoehdolta. Se ei kuitenkaan aseta kaikkia toimijoita täysin tasavertaiseen asemaan, sillä teollis- tai tekijänoikeuksien omistajalle ei enää kehitysvaiheen jälkeen aiheudu kustannuksia näiden oikeuksien lisensoimisesta ja se saa tuottoa muilta toimijoilta, jolloin se on todellisuudessa muita paremmassa kilpailuasemassa. Siten täysin neutraalia kilpailutilannetta voi olla vaikea varmistaa.

Tutkimuskysymykseni on siis tiivistettynä: Mitä ovat esikaupalliset hankinnat, miten niitä on säännelty ja kuinka innovaatiohankintojen toteutus esikaupallista hankintamallia käyttämällä käytännössä toteutetaan. Erityiskysymyksinä ovat syrjimättömän ja yhdenvertaisen kohtelun varmistaminen innovaatiokehitysyhteistyössä. Tekijänoikeuksien jäsentymisen innovaatiohankkeissa on myös oma erilliskysymyksensä, johon en kuitenkaan tässä tutkimuksessa tule keskittymään. Tekijänoikeudet vaikuttavat laajemmin moniin erityyppisiin innovaatiohankkeisiin ja kaikkeen kehitystoimintaan, joten niitä ei ole järkevää tutkia tämän aiheen alakysymyksenä, vaan täysin omassa erillisessä tutkimuksessaan.

Tämä tutkimus käsittelee julkista hankintaprosessia ja sen toteutusta innovaatiohankkeissa. Tämän takia on luontevaa käyttää kansallisissa hankintalaissa, lain esitöissä ja mietinnöissä sekä hankintadirektiiveissä käytettyjä määritelmiä kuvatessa erilaisia hankintamenetelmiä ja hankintojen toteutusta ylipäätään. EU-lainsäädännön tulkintavaikutuksen ja ensisijaisuuden takia EU:n direktiiviä julkisista hankinnoista sekä siinä hyödynnettyjä termejä käytetään so-

³³ Ks. KOM(2007)799 s. 7

³⁴ Ks. KOM(2007)799 s. 7

veltuivissa kohdissa. Hankintalain osalta määritelmät pohjautuvat ennen kaikkea Hankintalain 5 & 6 §:iin.³⁵

Seuraavassa kappaleessa käsittelen tutkimusmetodeita eli sitä millä tutkimuskeinoilla aion löytää vastauksia tutkimusongelmiin ja miten aion dataa käsitellä.

1.3. Tutkimusmenetelmät

Tieteellinen tutkimus etenee siten, että ensin esitetään tutkimuskysymys, jossa määritellään tarkemmin, mistä ollaan kiinnostuneita ja mitä halutaan selittää. Tämän jälkeen haetaan tutkimusaineisto. Kolmannessa vaiheessa tehdään hypoteesi käyttäen tätä kerättyä tietoa, jonka jälkeen hypoteesia koetellaan tietyn valitun tutkimusaineiston avulla. Lopuksi analysoidaan tutkimustulokset ja tehdään johtopäätökset. Toteutusjärjestys voi vaihdella tutkimuksesta riippuen. Tarkoituksena on varmistaa tutkimustulosten kriittinen tarkastelu.³⁶ Käytän tätä päättelymallia omassa tutkimuksessani oikeustieteellisistä lähtökohdista. Lähdeaineistona toimivat siten lähinnä lainsäädäntö, valmisteluaineisto, oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus.

Tutkimus on tarkoitus tehdä lainopin metodein (oikeusdogmaattisesti) eli tutkimalla voimassaolevaa oikeutta ja oikeuskirjallisuutta sekä selvittää näiden avulla, mitkä ovat innovaatiohankinnan lainopilliset haasteet.³⁷ Oikeusdogmatiikan tehtävä on tulkita voimassaolevia säännöksiä ja systematisoida niitä, minkä lisäksi se tutkii, minkälaisia johtopäätöksiä ja oletuksia voimassaolevasta oikeudesta voidaan tehdä.³⁸ Tutkin siis voimassaolevaa lainsäädäntöä kansallisten lakien ja Euroopan unionin sääntelyn perusteella, jossa keskityn siis nimenomaan julkisia hankintoja koskevaa sääntelyyn hankintayksikön näkökulmasta. Lainopilla pyritään selvittämään säädösten tulkinnallinen sisältö ja saamaan sitä kautta informaatiota oikeusnormeista³⁹. Tutkimukseni on osittain ongelmakeskeinen tutkimus, jossa pyritään lainopillisin keinoin selvittämään voimassa olevan oikeuden sisältöä. Urpo Kangas luonnehtii väitöskirjassaan ongelmakeskeisyyttä perinteisestä lainopista poikkeavaksi siten, että pyritään muodostamaan kokonaiskäsitys jostain peruskysymyksestä ja niistä tekijöistä, jotka vaikuttavat tutkimuksen kohteen sisällön muotoutumiseen. Ongelmakeskeiseksi tutkimuksen tekee

³⁵ Ks. Laki julkisista hankinnoista (30.3.2007/348). Uuden hallituksen esityksen (HE 108/2016 vp) mukaiset pykälänumerot ovat 4 & 5.

³⁶ Ks. Sajama, 2015. s. 12

³⁷ Ks. (Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationalisuudesta ja hyväksyttävyydestä., 1982) s. 62

³⁸ Ks. Aarnio, 2011. s. 10. Aarnion mukaan kaikissa tieteissä on muodostettava kanta siihen, mikä on tutkimuksen kohde, mitä tuosta kohteesta voidaan tietää ja millä menetelmällä tietoa hankitaan. Ks. lisäksi Aarnio, 1989. s. 1

³⁹ Ks. Aarnio, 2011. s. 13

tutkimuskysymysten ja vastausten jakaantuminen EU-oikeuteen, kansalliseen velvoiteoikeuteen ja viranomaistoiminnan periaatteisiin.⁴⁰

Toisaalta tutkimukseni tulee keskittymään sääntöjen ja määräysten tulkintaa ja tarkoitukseni on sitä kautta määrittää voimassaolevan oikeuden sisältöä. Siinä mielessä tutkimukseni on siis sääntökeskeistä. Sääntökeskeinen näkökulma on oikeustieteellisen tutkimuksen perinteinen tarkastelukulma. Sillä pyritään selvittämään säädösten tulkinnallinen sisältö ja saamaan sitä kautta informaatiota oikeusnormeista. Aion siis lukijalle tuoda esille, miten voimassaolevat oikeusnormit vaikuttavat esikaupallisten hankintojen toteuttamiseen ja mitä tulisi ottaa huomioon innovaatiohanketta toteutettaessa.⁴¹

Aulis Aarnio jakaa oikeuslähdeoppia käsittelevässä kappaleessaan tutkimuslähteet oikeuslähteisiin ja informaatiolähteisiin. Oikeuslähde on hänen mukaan ratkaisun materiaallinen perusta ja voi tarkoittaa esimerkiksi lakia, lainsäätäjän tarkoitusta (lainvalmisteluaineisto) ja ennakkoratkaisuja. Informaatiolähteitä ovat puolestaan esimerkiksi oikeuskirjallisuus ja muut tieteelliset artikkelit. Tulen käyttämään tutkimuksessani molempia, pohjaten argumentaationi ensisijassa oikeuslähteisiin, joiden oikeudellinen merkitsevyys on kiistaton, sillä länsimaissa lainsäätäjän tahto on ensisijainen oikeuslähde. Huomioiden toki sen, että Euroopan unionin sääntely menee kansallisen sääntelyn edelle niissä asioissa, joissa unionilla on yksinomainen toimivalta. Tulen käyttämään kuitenkin myös argumentaatiossani informaatiolähteitä erityisesti niissä asiakysymyksissä, joihin voimassaolevasta lainsäädäntöaineistosta ei suoraa vastausta lainsäätäjän tahdosta ole luettavissa.⁴²

Julkisia hankintoja koskeva sääntely perustuu EU-oikeuteen: primäärioikeuden periaatteisiin, sekundäärioikeuteen sekä EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön. Primäärioikeus luo perustan EU-toiminnalle ja sitä koskevat periaatteiden pitäisi olla taustalla kaikessa jäsenvaltioiden toiminnassa, eivätkä jäsenvaltiot saa toiminnallaan merkittävästi hankaloittaa primäärioikeuden toteutumista. Primäärioikeus muodostuu lähinnä perussopimuksista, kuten EU:n perustamissopimuksesta.⁴³ Sekundäärioikeuteen puolestaan kuuluvat ne normit, joita EU:n toimielimet ovat antaneet perussopimusten valtuutuksen perusteella. Perustuen tähän, näen EU-oikeuden tulkinnan ensisijaisuuden tutkimuksessani olevan perusteltua ja kansalliseen säädäntöaineistoon perustan päättelyäni vain niissä kohdin, joissa siihen on erityistä syytä.

⁴⁰ Ks. Aarnio 1982. s. 62 ja Kangas, 1982. s. 383–387. Ks. lisäksi Halonen, 2015. s.14.

⁴¹ Ks. Aarnio 2011. s. 13–14

⁴² Ks. Aarnio 2011. s. 65–65

⁴³ Ks. Talentum Fokus 2015. III EU:n oikeudellisia informaatiolähteitä, 2 EU:n perussopimukset, EU:n primäärioikeus

Tutkimukseni perustuu ensi sijassa Suomen oikeuden tutkimukseen, sillä tutkimukseni on tarkoitettu ensi sijassa suomalaiselle lukijakunnalle ja viitataan muiden EU:n jäsenmaiden kansalliseen aineistoon vain hyvin poikkeuksellisesti niissä tapauksissa, joissa vertailusta on hyötyä Suomen oikeuden tulkinnassa. Toteutettavassa oikeusvertailussa keskityn erityisesti pohjoismaiseen ja eurooppalaiseen oikeusvertailuun, sillä EU:n hankintadirektiivin osalta jäsenmailla on saman sisältöiset velvoitteet direktiivin kansallisessa voimaansaattamisessa, jonka takia lainsäädäntöratkaisuja ja osittain myös oikeuskäytäntöä voidaan hyödyntää meillä voimassa olevan oikeuden sisällön tarkasteluun. Tältä osin tutkimusmenetelmäni on siis oikeusvertailu, jossa vertaillaan eri maiden voimassaolevan oikeuden sisältöä.

Julkisilla hankinnoilla on epäilemättä suuri vaikutus myös EU:n ulkopuolella. Esikaupallinen hankintamalli on kuitenkin ensi sijassa Euroopan komission esittelemä toimintamalli, jonka takia oikeusvertailu ja muu tutkimus tulee perustumaan lähinnä tämän aineiston tutkimiseen. Myös kansainvälisen oikeuden eroavuus (esimerkkinä common law) aiheuttaa sen, ettei tällaisen materiaalin sisältö välttämättä olisi suoraan hyödynnettävissä tutkimusaineistona ilman laajempaa analyysia vaikutuksista kyseiseen oikeusjärjestelmään.

1.4. Tutkimuksen vaiheet

Tutkimukseni käsittelee siis esikaupallisia hankintoja ja kilpailuttamista innovaatiohankkeissa. Tutkimuskysymyksiä ja -metodeita olen käynyt läpi edellä. Hankintojen kilpailuttamista yleisesti käsittelevät esimerkiksi Elise Pekkala ja Mika Pohjonen teoksessaan *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot (2015)*.⁴⁴ Olen käsitellyt tieteellistä tutkimusta tarkemmin tutkimusmetodi-osiossa ja asiasta on julkaistu Edilex-lakipalvelussa Seppo Sajaman artikkeli ”Mikä tekee tutkimuksesta tieteellisen”.⁴⁵

Tutkimukseni alkaa tarkastelulla tutkimus- ja kehityshankkeiden edellytysten täyttymisestä Hankintadirektiivin ja siihen kiinteästi liittyvän muun ylikansallisen sekä kansallisen lainsäädännön tarkastelulla. Hankintadirektiivi mahdollistaa tietyin kriteerein hankintojen toteuttamisen siten, ettei toteutuksessa tarvitse noudattaa Hankintadirektiivin suhteellisen tiukkoja vaatimuksia hankintaprosessista. Kappaleessa 2 tarkastelen tähän liittyviä poikkeuksia ja mitä sitten käytännössä merkitsee se, etteivät hankintadirektiivin määräykset tule sovellettavaksi. Erityisesti kappaleesta 2.3 eteenpäin käsittelem hankintalainsäädännön ulkopuolisia julkisia

⁴⁴ Pekkala & Pohjonen 2015.

⁴⁵ Sajama 2015.

hankintoja, jota ennen esittelen tutkimus- ja kehityshankkeiden edellytykset hankintadirektiivin 14 artiklan poikkeussäännöksen osalta.

Hankintalain ulkopuoliseen sovellettavuuteen sopii hyvin myös jatkaa tarkastelua EU:n primäärioikeuden periaatteista ja milloin näiden vaikutukset tulee ottaa julkisia hankintoja toteuttaessa huomioon. Hankintayksiköiden on luonnollisesti otettava myös kansallinen perusoikeussäännöstä huomioon, jonka ei tulisi kuitenkaan olla ristiriidassa EU-sääntelyn kanssa.

Koska Hankintadirektiivin perustelujen ensimmäisessä kohdassa todetaan, että direktiivin tarkoituksena on muun muassa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden varmistaminen, on direktiivin menettelysääntöjen noudattaminen vahva indisio yhdenvertaisen kohtelun ja syrjimättömyyden periaatteiden mukaisesta menettelystä. Siten lienee perusteltua kysyä, missä laajuudessa direktiivin soveltamisalan ulkopuolella voidaan menettelysäännöistä poiketa siten, että yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys voidaan varmistaa. EU:n primäärioikeus ja siihen liittyvät perusoikeudet liittyvät luonnollisella tavalla myös tähän. Lisäksi Primäärioikeuden periaatteet tulisi huomioida myös Hankintadirektiiviä sovellettaessa.

Olen käsitellyt tasapuolisen kohtelun vaatimuksia ja asiasta löytyvää oikeuskäytäntöä kappaleessa 2.4. Kappale käsittelee tämän unionin peruseriaatteen keskeistä sisältöä, kuten myös käytännön soveltamista julkisissa hankinnoissa. Hyödynnän tässä kappaleessa kertynyttä aineistoa myös tutkimus- ja kehityshankkeita käsittelevässä kappaleessa soveltuvin osin.

Kappale **Error! Reference source not found.** käsittelee kokonaisuudessaan tutkimus- ja kehityshankkeita, kuten myös tutkimuksen yhtä pääteemaa eli esikaupallisia hankintoja. Tässä yhteydessä on aiheellista myös käsitellä hankintadirektiivin julkisia hankintoja koskevia yleisiä ohjeita ja määräyksiä ja miten julkisia hankintoja direktiivin mukaan tulisi toteuttaa. Tämä on aiheellista, jotta lukijalle muodostuu mahdollisimman kattava käsitys säädöspohjasta. Esikaupallisia hankintoja käsitellään kappaleessa 3. Tämä siksi, että lukijan on syytä ymmärtää, miten tutkimus- ja innovaatiovaiheessa kehitetty lopputuote hyödynnetään kaupallisesti, mikä lisäksi PCP-mallin sijoittaminen tähän kappaleeseen helpottaa vertailua muihin hankintamalleihin.

Käsittelen kappaleessa 3 myös innovaatiokumppanuusmenettelyä. Keskityn ensisijaisesti esikaupallisiin hankintoihin, mutta mielestäni on aiheellista myös vertailla PCP-mallia direktiivin esittelemään uuteen hankintamenettelyyn ja siihen kuinka nämä eroavat toisistaan ja milloin hankintayksikön kannattaa mitään hankintamallia hyödyntää. Innovaatiokumppanuuden

osalta tutkimus keskittyy lähinnä komission mietintöihin ja ohjeistukseen sekä oikeuskirjallisuuteen, sillä unionin oikeuskäytännöstä tätä menettelyä ei vielä ole käsitelty.

Viimeisessä kappaleessa 4 kokoon yhteen tutkimuksen tulokset ja kertaan vielä erikseen pääpiirteissään aikaisempien kappaleiden päätelmät. Lisäksi arvioin hankintalainsäädännön kehityksen onnistumista ja sitä, kuinka jatkossa lainsäädäntöä tulisi kehittää.

1.5. Hankintadirektiivin välittömät oikeusvaikutukset

Viranomaisten on ollut syytä huomioida Hankintadirektiivin välittömät oikeusvaikutukset julkisissa hankinnoissa 18.4.2016 alkaen, vaikkei asiaa koskevaa kansallista lainsäädäntöä ole vielä päivitetty.

Vuoden 2014 hankintadirektiivi astui Suomessa voimaan vuoden 2016 alkupuolella. Hallituksen esitys hankintalaista (HE 108/2016 vp) annettiin 22.6.2016. Hankintadirektiivillä oli kuitenkin 18.4.2016 jälkeen tiettyjä välittömiä oikeusvaikutuksia, jotka eivät ole riippuvaisia Suomen valtion toimista kansallisen lainsäädännön saattamiseksi ajan tasalle. Osa hankintadirektiivin säännöksistä tuli nimittäin sovellettavaksi jo tuona päivämääränä kansallisesta säädöstaustasta huolimatta.⁴⁶

Asiassa C-188/95 julkisasiamies Jacobs toteaa

”Direktiivin säännöksen välitön oikeusvaikutus edellyttää, että sillä myönnetyn oikeuden perussisältö on **riittävän selkeä kansallisen oikeusjärjestyksen turvattavaksi**. On epä johdonmukaista katsoa säännös riittävän selkeäksi myöntämään yksityisille kansallisissa tuomioistuimissa toteutettavissa olevia oikeuksia, ja samanaikaisesti vapauttaa yksityinen noudattamasta kansallisessa lainsäädännössä näiden oikeussuojakeinojen käytölle asettamia rajoituksia sillä perusteella, että hänelle myönnetyt oikeudet eivät ole riittävän selkeitä... Direktiivien välittömän oikeusvaikutuksen tunnustamisen tarkoituksena varmaankin oli varmistaa, että siitä huolimatta, että **direktiivi on saatettu puutteellisesti osaksi kansallista oikeusjärjestystä**, sillä myönnettäviksi tarkoitetut **oikeudet turvataan kansallisissa tuomioistuimissa** samalla tavoin kuin suoraan sovellettavaan yhteisön oikeuteen perustuvat oikeudet.”⁴⁷ (korostus lisätty)

Tämän oikeusasiamiehen tulkinnan perusteella voidaan todeta, että oikeusvaikutukset ovat voimassa siltä osin, kun oikeusvaikutuksilta voidaan olla riittävän tarkasti selvillä. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä periaatteesta todetaan, että yksityisillä on mahdollisuus vedota välittömästi Euroopan unionin lainsäädäntöön kansallisissa tuomioistuimissa ja EU-tuomioistuimissa, mikäli oikeusvaikutusten tarkka sisältö on riittävän tarkasti selvillä enna-

⁴⁶ Ks. Asia C-188/95 – julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, ratkaisu 41/74, Van Duyn

⁴⁷ Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus — asia c-188/95, kohta 66.

kolta. Oikeudellinen epävarmuus syntyy siitä, ettei ole välttämättä selvää, mitkä oikeudet katsotaan riittävän selviksi, jotta yksityinen voi vedota niihin viranomaista vastaan. Pidemmällä aikavälillä tilanne olisi kestävämmän oikeusturvan kannalta, mutta tämän toimintatavan logiikkana lienee, että direktiivin sisältö otetaan mahdollisimman pian osaksi kansallista lainsäädäntöä.

Unionin oikeuskäytännössä on otettu kantaa välittömän oikeusvaikutuksen osalta effet utile –periaatteen. Periaatteen rooli on EU:n oikeuden auktoriteetin säilyttämisessä. Ratkaisu asiassa 8/81 Becker v Münster-Innenstadt unionin oikeuden tehokas vaikutus heikentyy, jos yksityisiä oikeussubjekteja estetään vetoamasta direktiivin tietyillä tavoilla velvoittaviin säännöksiin tuomioistuimessa ja jos kansallisia tuomioistuimia estetään ottamasta sitä huomioon osana yhteisön oikeutta.⁴⁸

Tuomioistuin toteaa lisäksi perustelujen kohdissa 24-25 seuraavasti:

”Näin ollen jäsenvaltio, joka ei ole määrääjässä toteuttanut direktiivissä säädettyjä täytäntöönpanotoimenpiteitä, ei voi yksityisiä vastaan vedota siihen, että se itse ei ole täyttänyt direktiivissä säädettyjä velvoitteitaan.

Jos direktiivin säännökset ovat sisältönsä osalta ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, niihin voidaan vedota sellaisia kansallisia säännöksiä vastaan, jotka eivät ole direktiivin säännösten mukaisia, kun toimenpiteitä direktiivin täytäntöönpanemiseksi ei ole toteutettu määrääjässä. Yksityiset oikeussubjektit voivat myös vedota kyseisiin säännöksiin, siltä osin kuin niissä määritellään oikeuksia, joihin yksityiset voivat vedota suhteessa valtioon.”

Täten tietyissä tilanteissa yksityinen on voinut vedota hankintadirektiivin säännöksiin jo 18.4.2016 alkaen. Viranomainen ei sen sijaan voi vedota yksityistä vastaan sellaiseen seikkaan, jota se ei itse ole saattanut voimaan kansallisesti. EU-tuomioistuimen ratkaisussa C-76/97 Tögel täsmennetään tätä vielä siten, että yksityisen vetoaminen direktiivin säännökseen edellyttää, että sopimus on tehty kyseisen direktiivin täytäntöönpanolle säädetyn määrääjän umpeuduttua. Työ ja elinkeinoministeriön tulkinnan mukaan Hankintadirektiivin sääntöjä sovelletaan menettelyihin, jotka on aloitettu 18.4.2016 tai sen jälkeen⁴⁹.

Mikäli viranomainen epäonnistuu ehdottomien ja täsmällisten velvoitteiden noudattamisessa välittömän oikeusvaikutuksen osalta, tulisi yksityisellä on unionin periaatteiden mukaisesti käytössään tehokkaat muutoksenhakekeinot, joilla virheellinen oikeustila saadaan korjattua.

⁴⁸ Ks. Asia 8/81 Becker v Münster-Innenstadt, kohta 23

⁴⁹ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2016., Markus Ukkola, s.11, direktiivin välitön oikeusvaikutus ja siirtymäkauden soveltaminen sekä muutokset soveltamisalassa

Pahimmillaan tämä voi tarkoittaa merkittäviä vahingonkorvauksia tai sopimuksen tehotto-
muutta, jolloin koko hankinta joudutaan aloittamaan alusta. Siksi välitön oikeusvaikutus on
tiedostettava myös innovaatiohankinnoissa, joihin tämä tutkimus perustuu.

2. Hankintalainsäädäntö ja tutkimus- ja kehittämisspalvelujen edellytykset

Tämän kappaleen tarkoituksena on kartoittaa niitä perusteita, jolloin tutkimus- ja kehittämis-
palveluihin liittyvät edellytykset täyttyvät Hankintalain, uuden vuoden 2014 Hankintadirek-
tiivin ja oikeuskäytännön perusteella. Tutkimus- ja kehittämisspalveluiden edellytyksillä tar-
koitan ennen kaikkea Hankintadirektiivin 14 artiklan mukaisia edellytyksiä, joiden täytyessä
Hankintadirektiiviä sovelletaan julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin ja vastavuoroisesti
ei sovelleta (poikkeussäännös), mikäli nämä edellytykset eivät täyty.⁵⁰ Hankintadirektiivin
poikkeussäännöksen lisäksi Hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät sellaiset
hankinnat, jotka jäävät hankintojen kynnsarvojen alle sekä käyttöoikeussopimukset, joihin
sovelletaan direktiiviä 204/23/EU.⁵¹

Tarkoitus on selvittää, mitä näiden edellytysten tähtyminen käytännössä tarkoittaa ja minkä-
laisia vaikutuksia niillä on. Erytisesti edellytysten osalta on tarkoitus huomioda se, milloin
hankintalainsäädäntöä ja direktiiviä sovelletaan, milloin taas ei. Tutkimuksessa käytetään
myös vanhaa hankintadirektiiviä (2004/18/EY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi
julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten
tekomenettelyjen yhteensovittamisesta) muutosten vertaamiseksi.

Vanhan hankintadirektiivin hyödyntäminen oikeuskäytännön tutkimuksessa on hyödyllistä,
sillä uusi direktiivi on tullut voimaan vasta 2016, jonka takia sitä koskevaa oikeuskäytäntöä ei
juurikaan ole saatavilla tämän tutkimuksen kirjoitushetkellä. Käsittelen myös lyhyesti hankin-
tadirektiivien ja Hankintalain pohjalta säädettyjä hankintojen kynnsarvoja, jotka vaikuttavat
siihen, miten hankinnat tulee toteuttaa.

2.1. Hankintalain soveltamisala ja hankintojen kynnsarvot

Vuoden 2009 hallituksen esitys hankintalain ei juuri pitänyt sisällään tutkimus- ja kehitys-
työn viittaavaa sisältöä, vaikka Euroopan komissio esitteli PCP-mallin innovoinnin edistämi-

⁵⁰ Ks. Kappale 2.2.

⁵¹ Kynnsarvoista tarkemmin katso kappale 0.

seksi jo 2006 ja sitä koskevan tiedonannon 2007.⁵² Suorahankintaa koskevassa tilanteessa on mainittu yhdeksi mahdolliseksi hankintatilanteeksi se, jos tavarahankinta tehdään tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten. Tutkimus- ja kehitystoimintaa ei kuitenkaan vielä vuoden 2009 hallituksen esityksessä avata sen enempää.⁵³ Uudessa hankintadirektiivissä tilanne on täysin toinen. Direktiivi esittelee kokonaan uuden hankintamenettelymuodon, innovaatiokumppanuuden, ja lisäksi tutkimus- ja kehitystyöhön perustuvaa materiaalia on löydettävissä sekä direktiivistä, sen perusteluista kuten myös työ- ja elinkeinoministeriön mietinnöstä uudeksi hankintalaiksi.⁵⁴ Tutkimus- ja kehitystyöhön keskittyvää lainsäädäntöä ja oikeudellista argumentaatiota on siis selkeästi aiempaa enemmän, minkä takia tämäkin tutkimus on mielestäni ajankohtainen.

Vaikkei tutkimus- ja kehitystyötä ole juurikaan käsitelty vanhassa hankintalaissa tai sitä edeltävässä hallituksen esityksessä, se ei tarkoita, ettei tällainen tutkimukseen ja kehitystyöhön perustuva julkinen hankinta olisi ollut mahdollinen aikaisemmin, josta hyvänä esimerkkinä komission esittelemä PCP-malli. Hankintalain 3 luvussa käsitellään kynnysarvoja ja hankinnan ennakoitun arvon laskemista. Kappale pitää sisällään sen määrittelyn, milloin hankintalakiä sovelletaan ja milloin taas jäädään hankintalain säännösten ulkopuolelle, jolloin hankintalain määräyksiä ei tarvitse noudattaa (sellaisenaan). 15 §:ssä käydään läpi kansalliset kynnysarvot ja 16 §:ssä EU-kynnysarvot. EU-kynnysarvot ovat luonnollisesti kansallisia kynnysarvoja korkeampia. Siten EU-kynnysarvojen alittavat hankinnat saattavat kuulua vielä hankintalainsäädännön soveltamisalaan, mutta niissä ei tarvitse noudattaa 16 §:ssä määriteltyjä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivejä 2004/17/EY ja 2004/18/EY.

Hankintalain 15 §:n mukaan lakia ei sovelleta käyttöoikeussopimuksiin, joiden ennakoitu arvo on vähemmän kuin 30 000 euroa. Terveystieteiden- ja sosiaalipalveluissa, sekä tietyissä koulutuspalveluissa noudatetaan arvioitua 100 000 euron rajaa, mikäli tietyt edellytykset täyttyvät. Rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa arvioitu arvo tulee olla vähemmän kuin 150 000 euroa. Uudessa hallituksen esityksessä kynnysarvoja on esitetty nostettavaksi.⁵⁵

Lain 17–19 §:ssä määrätään hankkeen arvon laskemista ja 20 § kieltää hankinnan jakamisen tai yhdistelyn keinotekoisesti. Esimerkiksi markkinaoikeuden MAO:44/11 ratkaisussa 31.1.2011 markkinaoikeus toteaa hankinnan jakamisesta seuraavaa:

⁵² Ks. KOM(2007)799, esikaupalliset hankinnat: innovoinnin edistäminen kestävien ja korkealaatuisten julkisten palveluiden varmistamiseksi Euroopassa, komission tiedonanto.

⁵³ Ks. HE 190 /2009 s. 17 Suorahankinnat.

⁵⁴ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, 37/2015 s. 141 Innovaatiokumppanuus.

⁵⁵ Ks. HE 108/2016 s. 37

”Hankintalain 20 §:n ensimmäisen virkkeen mukaan hankintaa ei saa jakaa eriin, osittaa tai laskea poikkeuksellisin menetelmin tämän lain säännösten soveltamisen välttämiseksi. Säännöksen esitöissä (HE 50/2006 vp s. 70–71) on todettu, että hankinnan jakamisen osiin tulee perustua **todellisiin taloudellisiin ja teknisiin seikkoihin**, jotka hankintayksikön tulee pystyä näyttämään tarvittaessa toteen. Lähtökohtana arvioinnissa olisi luontevan hankintakokonaisuuden määrittely. Luontevasti samanaikaisesti kilpailutettavien samantyyppisten hankintojen tulisi katsoa kuuluvan samaan hankintakokonaisuuteen. Huomiota voidaan kiinnittää ajanjaksoihin, joiden aikana tehtäviä hankintaeriä kilpailutetaan kokonaisuuksina suunnitelmallisessa hankintatoimessa.

Espoon kaupunki on edellä markkinaoikeuden toteamin tavoin tehnyt hankintasopimuksen kuljetusten tilausvälityspalvelusta samassa yhteydessä, kun se on kilpailuttanut itse kuljetuspalvelut. Kuljetuspalveluiden hankinta on edellyttänyt myös tilausvälityspalvelun hankintaa. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, että nyt käsillä olevassa tilanteessa kuljetuspalvelu ja tilausvälityspalvelu ovat muodostaneet **yhden jakamattoman hankintakokonaisuuden**.⁵⁶

Perustuen näihin hankintalain säännöksiin, oikeuskäytäntöön ja hallituksen esitykseen, hankintaa ei ole siis keinotekoisesti mahdollista jakaa osiin, silloin kun ne muodostavat yhden jakamattoman hankintakokonaisuuden. Siten hankintalainsäädäntöä sovelletaan aina, kun todellisten kustannusten arvion (ennen hankkeen toteuttamista kyse ei voi olla todellisesta hankinta-arvosta) mukaiset kynnsarvo-rajat hankintakokonaisuudelle ylittyvät. EU:n primäärioikeuden periaatteet ja muut oikeusperiaatteet kuitenkin johtavat siihen, että myös kynnsarvot alittavat hankinnat ovat tietyn pakottavan sääntelyn alaisia, eikä siten tutkimus- ja kehityshankkeissakaan voi toimia täysin vapaasti. Palaan tähän erikseen omassa EU:n primäärioikeutta ja sekundäärioikeutta käsittelevässä kappaleessaan.

Hankintalain 8 §:ssä on mainittu palveluhankintoja koskevasta poikkeuksista, joiden toteutuksessa hankintalakia ei sovelleta. Pykälän 6 kohdan mukaan lakia ei sovelleta tutkimus- ja kehityspalveluihin, paitsi jos niistä saatava hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritettua palvelua kokonaan. Säännös tulee suoraan EU:n hankintadirektiivistä (14 artikla), jota käsitelen seuraavassa kappaleessa.

Kansalliset kynnsarvot ovat olennaisessa asemassa rajat ylittävän intressiä arvioitaessa, josta lisää jäljempänä. Kynnsarvoja arvioitaessa rajat ylittävän intressin lisäksi tulee kyseeseen yhdenmukaisuus GP-sopimuksessa asetettujen raja-arvojen kanssa. (General Procurement Agreement). Tutkimukseni käsittelee kyseistä sopimusta, sillä eurooppalaisten hankintasopimuk-

⁵⁶ MaO 44/11 ratkaisussa 31.1.2011, Markkinaoikeuden ratkaisun perustelut.

sen sisältöön sillä ei ole suoraan vaikutusta, vaikkakin hankintadirektiiviä on säädetty noudattelemaan kyseisen sopimuksen raja-arvoja.⁵⁷

2.2. Tutkimus- ja kehittämisedellytykset vuoden 2014 hankintadirektiivin perusteella

Kuten todettua, uudessa hankintadirektiivissä on tutkimus- ja kehitystyölle otettu huomattavasti aiempaa suurempi rooli ja Euroopan unionin komissio on katsonut sen olevan merkittävä osa Eurooppa 2020 -strategian toteutusta. Tutkimus- ja kehitystyötä käsitellään direktiivin johdanto-osion kohdissa 35, 47 ja 96. Myös muualla johdannossa, kuten esimerkiksi kohdassa 95, löytyy tutkimus- ja kehitystyötä sivuavia osioita.

Johdannossa todetaan, että tutkimus- ja kehittämishojelmien osarahoittamista toimialojen lähteistä olisi kannustettava. Samalla myös todetaan, että direktiiviä sovelletaan ainoastaan silloin, kun kyseisenlaista osarahoitusta ei ole ja kun asianomainen hankintaviranomainen saa tutkimus- ja kehittämistoiminnan tulokset hyödykseen. Samalla myös todetaan, että tulosten näennäinen jakaminen ei estä direktiivin soveltamista.⁵⁸ On siis selvää, että direktiivillä pyritään tutkimus- ja kehitystyön aiempaa laajempaan käyttöön myös julkisissa hankinnoissa. Vielä tämän perusteella toteutuksen onnistumisesta ei kuitenkaan voi sanoa mitään.

Johdannon kohdassa 47 todetaan, että tutkimus ja innovointi, myös ekoinnovointi ja sosiaalinen innovointi, kuuluvat tärkeimpiin tulevaa kasvua edistäviin tekijöihin, ja niille on annettu keskeinen sija älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun Eurooppa 2020 -strategiassa.⁵⁹ Viranomaisten olisi käytettävä julkisia hankintoja strategisesti parhaalla mahdollisella tavalla edistääkseen innovointia. Siten toisaalta direktiivi tunnustaa innovaatioiden tärkeän roolin talouskehityksessä. Huomionarvoista on sanavalinta ”olisi käytettävä”, joka epäsuorasti näyttää käskevän viranomaisia aktiivisiin toimiin valitun strategian saavuttamiseksi. Johdannon kohdassa 95 itse asiassa todetaan, että koska markkinoiden välillä on merkittäviä eroja, ei olisi kuitenkaan asianmukaista asettaa yleisiä pakollisia vaatimuksia ympäristön, yhteiskunnan ja

⁵⁷ Ks. Hansen, 2012. s. 110, kappale 4, ”Contracts Below the Thresholds”. Tarkoitukseni ei ole lainkaan vähätellä GP-sopimuksen merkitystä, vaan lähinnä totean, että kyseinen sopimus ansaitsee oman tutkimuksensa.

⁵⁸ Direktiivi 2014/24/EU s. L 94/71 johdannon kohta 35.

⁵⁹ Euroopan komissio, 2011b. Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita, vihreä kirja; Euroopan komission vihreässä kirjassa ”Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita” on määritelty tarkemmin, mitä Eurooppa 2020 strategian mukaisilla julkisilla hankinnoilla on erityisesti pyrittävä kehittämään. Hankinnoilla pyritään parantamaan yritysten innovoinnin reunaehtoja ja hyödyntämään kysyntäpuolen toimia täysimääräisesti, tukemaan siirtymistä resurssitehokkaaseen ja vähähiiliseen talouteen muun muassa edistämällä vihreiden hankintojen laajempaa käyttöä sekä parantamaan erityisesti innovatiivisten pk-yritysten liiketoimintaympäristöä. Strategia painottaa myös julkisten varojen tehokasta käyttöä ja markkinoiden avoimuutta koko EU-alueella.

innovoinnin kannalta tärkeille hankinnoille. Tämän perusteella on tulkittavissa, että myös pakollisen ehdollistava vaihtoehto oli EU:n toimielinten harkinnassa, kun direktiiviä koskevaa materiaalia luonnosteltiin. Siten ei välttämättä olla kaukana siitä pisteestä, jossa innovaatioista tulee vielä keskeisempi osa julkista hankintaprosessia ja siten toimintatavoista ajan tasalla pysyminen on ensiarvoisen tärkeää. Lainsäätäjä on jo asettanut pakollisia hankintavaatimuksia moottoriajoneuvojen ja toimistolaitteiden erityistavoitteiden saavuttamiseksi.⁶⁰

Johdannon 96 kohdassa mainitaan vielä lisäksi kokonaistaloudellisesti kannattavin hankinta, jossa mahdollistetaan edullisin tarjous ja alhaisimmat hinnat käyttämällä elinkaarikustannusmallia. Siten kaikki rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen elinkaaren aikaiset kustannukset on mahdollista huomioida. Se merkitsee siis ”sisäisiä kustannuksia, kuten tutkimus-, kehitys-, tuotanto-, kuljetus-, käyttö-, ylläpito- ja käytöstäpoistokustannuksia, mutta voi sisältää myös kustannuksia, jotka johtuvat ulkoisista ympäristövaikutuksista, kuten tuotteessa käytettyjen raaka-aineiden hankkimisen taikka itse tuotteen tai sen valmistuksen aiheuttamasta ympäristön pilaantumisesta, jos kyseisiä kustannuksia voidaan arvioida rahallisesti ja seurata.”

Elinkaarikustannusten huomioiminen osana hankintaprosessia voi mahdollistaa entistä paremmin myös tutkimus- ja kehityshankkeiden huomioimisen osana hankintaprosessia, kun uusi tehokkaampi prosessi voikin olla tätä kautta kokonaistaloudellisesti halvin ja tehokkain.⁶¹

Tutkimusta ja kehittämistä käsitellään hankintadirektiivin eri osioissa useaan otteeseen. Eriyisesti sitä koskeva osio on kuitenkin 4 jakson 14 artikla, joka on otsikoitu ”tutkimus- ja kehittämispalvelut”. Artikla on muotoiltu seuraavasti:

”Tätä direktiiviä sovelletaan vain niiden tutkimus- ja kehittämispalvelujen julkista hankintaa koskeviin sopimuksiin, jotka kuuluvat CPV-koodeihin 73000000-2–73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 ja 73430000-5, edellyttäen että molemmat seuraavista edellytyksistä täyttyvät:

a) saatavat hyödyt koituvat yksinomaan hankintaviranomaiselle käytettäväksi tämän toiminnassa; ja

b) hankintaviranomainen maksaa suoritettun palvelun kokonaan.”

CPV-koodien merkitys on määritelty esimerkiksi HILMA:ssa, joka on työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämä sähköinen ilmoituskanava, jossa hankintayksiköt ilmoittavat julkisista han-

⁶⁰ Direktiivi 2014/24/EU s. L 94/83.

⁶¹ Direktiivi 2014/24/EU s. L 94/83–84

kinnoista. CPV-koodeilla (Common Procurement Vocabulary) tarkoitetaan hankintailmoituksessa käytettyjä yksilöimiskoodeja, EU:n komission luokittelujärjestelmän mukaisesti. CPV-koodit sisältävät 6 000 eri nimikettä 9-numeron tarkkuudella. CPV:n nimikkeiden avulla potentiaaliset tavara- ja palvelualojen toimittajat saavat nopeasti yksilöidyt tiedot omaa sektoriin koskevista hankinnoista.⁶² Tarkemmin yksittäiset CPV-koodit on määritelty EU:n komission asetuksessa 2008/213/EY EU:n virallisessa lehdessä L74 15.3.2008.

Siten artiklan 14 CPV-koodien merkitykset ovat seuraavat:

73000000-2–73120000-9 Tutkimus- ja kehittämisspalvelut ja niihin liittyvät konsulttipalvelut; tutkimuspalvelut ja kokeelliset kehityspalvelut; tutkimuspalvelut; tutkimuslaboratorioiden palvelut; Merentutkimuspalvelut; Kokeelliset kehityspalvelut.

73300000-5 Tutkimus- ja kehittämistoiminnan suunnittelu ja toteutus

73420000-2 Ennakkototeutettavuustutkimus ja teknologinen demonstrointi

73430000-5 Testaus ja arviointi

Hankintadirektiivin 14 artiklan poikkeusta sovelletaan siis vain niihin tutkimus- ja kehittämisspalvelujen julkista hankintaa koskeviin sopimuksiin, jotka kuuluvat edellä mainittuihin kategorioihin ja jotka täyttävät molemmat direktiivin alakohdat a ja b. Hyöty tulee koitua yksinomaan hankintaviranomaisen käytettäväksi ja hankintaviranomaisen tulee maksaa suoritettu palvelu kokonaan.

Direktiivin johdannossa mainitaan siitä, ettei tulosten näennäinen jakaminen estä direktiivin soveltamista. PCP-hankinnassa hankintayksikkö kuitenkin jakaa tulokset ainakin t&k-toimittajan kanssa, jonka takia tähän menettelyyn ei sovelleta hankintadirektiivin säännöksiä.⁶³ Lisäksi tekijänoikeudet säilyvät usein toimittajalla. Hankintaviranomainen tosin yleensä rahoittaa hankinnan, mutta rahoitus tulee PCP-hankinnan ehtojen mukaisesti toteuttaa markkinaehtoisesti, jottei toiminta vääristä kilpailua.⁶⁴

Hankintadirektiivin 14 artikla voi aiheuttaa hämmennystä myös sen osalta, milloin katsotaan, että hankintaviranomainen on maksanut suoritettujen palvelun kokonaisuudessaan. Onko esimerkiksi se, että hankintaviranomainen on saanut osarahoituksen valtiolta tai vaikka toiselta hankintayksiköltä, joka uskoo tulevaisuudessa hyötyvänsä tehdystä tutkimuksesta, sellainen

⁶² Työ- ja elinkeinoministeriö, 2008. HILMA, CPV-koodit.

⁶³ Ks. KOM(2007)799. Esikaupalliset hankinnat: innovoinnin edistäminen kestävien ja korkealaatuisten julkisten palveluiden varmistamiseksi Euroopassa, komission tiedonanto ja erityisesti s. 3, Risk-benefit sharing

⁶⁴ Ks. Direktiivi 2014/24/EU L 94/71 kohta 35, näennäinen jakaminen.

rahoituskuvio, joka rajaa hankkeen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle? Uuden hankintadirektiivin oikeuskäytäntöä ei juuri ole vielä kertynyt tämän osalta, joten asiaa täytyy tarkastella direktiivin 2004/18/EY pohjalta.

Vanhan hankintadirektiivin 16 artiklan f-kohta vastaa sisällöltään monelta osin uutta hankintadirektiivin 14 artiklaa. F kohdan mukaan direktiiviä ei sovelleta julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka koskevat ”muita tutkimus- ja kehittämisspalveluja koskevia sopimuksia kuin niitä, joista saatava hyöty koituu yksinomaan hankintaviranomaiselle käytettäväksi tämän omassa toiminnassa, jos hankintaviranomainen korvaa suoritettujen palvelun kokonaan.” Saman direktiivin 17 artiklassa on vielä erikseen palelujia koskevista käyttöoikeussopimuksista määräys, jonka mukaan direktiiviä ei sovelleta 1 artiklan 4 kohdassa määriteltyihin palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, sanotun kuitenkin rajoittamatta 3 artiklan säännösten soveltamista. Sananmuoto on siis käännetty verrattuna vanhan direktiivin sisältöön.

Käyttöoikeussopimusten osalta sääntely on uudessa lainsäädännössä siirretty hankintadirektiivistä erilliseen käyttöoikeusdirektiiviin (2014/23/EU), sillä kuten Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto toteavat direktiivin johdannossa (1 kohta):

”Unionin tasolla ei ole voimassa selkeitä sääntöjä, joilla säänneltäisiin käyttöoikeussopimusten tekemistä, mikä aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta, luo esteitä palvelujen vapaalle tarjoamiselle ja vääristää sisämarkkinoiden toimintaa. Tämän vuoksi talouden toimijat, erityisesti pienet ja keskisuuret yritykset (pk-yritykset), eivät voi käyttää oikeuksiaan sisämarkkinoilla eivätkä hyödyntää tärkeitä liiketoimintamahdollisuuksia, kun taas viranomaiset eivät välttämättä pysty käyttämään julkisia varoja parhaalla mahdollisella tavalla, jotta unionin kansalaiset hyötyisivät laadukkaista ja mahdollisimman edullisista palveluista. Käyttöoikeussopimusten tekemistä koskevalla asianmukaisella, tasapainoisella ja joustavalla lainsäädäntökehyksellä voitaisiin varmistaa unionin kaikille talouden toimijoille todellinen ja syrjimätön pääsy markkinoille sekä oikeusvarmuus, mikä edistäisi julkisia investointeja infrastruktuureihin ja kansalaisille tarjottaviin strategisiin palveluihin. Tällainen lainsäädäntökehys lisäisi oikeusvarmuutta talouden toimijoiden kannalta ja voisi muodostaa lähtökohdan ja keinon avata julkisten hankintojen kansainvälisiä markkinoita entistä enemmän ja lisätä kansainvälistä kauppaa. Erityisen tärkeää on helpottaa pk-yritysten pääsyä käyttöoikeussopimusmarkkinoille kaikkialla unionissa.”

Käyttöoikeussopimusten sääntelemättömyyttä on pidetty ongelmallisena ja selkeiden sääntöjen puute on aiheuttanut oikeudellista epävarmuutta. Komission ehdotuksessa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi käyttöoikeussopimusten tekemisestä [KOM (2011) 897] pohditaan myös vaihtoehtoisesti julkisia hankintoja koskevien säännösten ulottamista käyttöoikeussopimuksiin, jolloin erillistä direktiiviä asiasta ei tarvitsisi antaa. Komissio kuitenkin

toteaa haittojen olevan tässä tapauksessa hyötyjä suuremmat, kun käyttöoikeussopimusten käytön houkuttelevuus viranomaisten kannalta vähentyisi, jonka takia tätä vaihtoehtoa ei pidetä houkuttelevana.⁶⁵ Palveluhankintasopimuksia koskevista poikkeuksista säädetään myös uuden hankintadirektiivin 3 jaksossa (10 & 11 artikla).

Olen tässä kappaleessa käsitellyt niitä edellytyksiä, joiden täyttyessä hankintadirektiivin säännöksiä ei julkisissa hankinnoissa tarvitse noudattaa. Edellisessä kappaleessa olen lisäksi huomioinut niitä tilanteita, jotka jäävät direktiivin säädösten ulkopuolelle, mutta jotka kuitenkin jäävät kansallisen hankintalain soveltamisalan piiriin. EU:n oikeuskäytännössä on kuitenkin vahvistettu, että myös direktiivin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa on noudatettava syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita, joten täysin vapaasti näitä direktiivin ulkopuolelle jääviä julkisia hankintoja ei kuitenkaan saa toteuttaa.⁶⁶ Edempänä käsittelen tutkimus- ja kehitysedellytysten toteutumista yksityiskohtaisemmin yksittäisissä hankintatilanteissa.

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä löytyy runsaasti liittyen unionin oikeuden noudattamiseen direktiivin ulkopuolella. Tähän ratkaisukäytäntöön viittaa myös Hankintalain vuoden 2009 hallituksen esitys. Esimerkiksi tuomioistuimen ratkaisussa asiassa C-278/14 asiasta on todettu seuraavasti:

”On kuitenkin huomattava, että sellaisten hankintasopimusten tekemiseen, jotka eivät arvonsa perusteella kuulu mainitun direktiivin soveltamisalaan, sovelletaan siitä huolimatta EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä ja yleisiä periaatteita, erityisesti **yhdenvertaista kohtelua ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa** koskevia periaatteita sekä niistä seuraavaa **avoimuusvelvollisuutta**, mikäli kyseisiin sopimuksiin liittyy varma rajat ylittävä intressi, kun otetaan huomioon tietyt objektiiviset kriteerit.”⁶⁷ (korostus lisätty)

Asiassa C-278/14 viitataan puolestaan kohdassa 16 asiaan C-159/11, jonka 23 kohdassa viitataan eteenpäin ratkaisuihin asioissa C-147/06 ja C-148/06 ja näin edelleen. Siten voidaan mielestäni pitää selvänä, että EU-oikeuden yleisiä periaatteita on noudatettava, vaikka kynnsarvorajat tai muut direktiivin edellyttämät rajat jäisivätkin täyttämättä. Käsittelen seuraavassa kappaleessa vielä erikseen tarkemmin EU:n primääri- ja sekundäärioikeutta, joihin olen lyhyesti viitannut johdannossa ja jotka liittyvät tähän tulkintaan yhdenvertaisuuden, avoimuuden ja syrjimättömyyden vaatimuksista.

⁶⁵ KOM(2011) 897 lopullinen. s. 4

⁶⁶ HE 190 /2009 s. 30

⁶⁷ Asia C-278/14, kohta 16.

Hankintadirektiivin artiklan 14 perusteella on joka tapauksessa selvää, että artiklan molempien edellytysten on täytyttävä, jotta hankintadirektiivi tulisi artiklan mukaisissa hankintaluokissa sovellettavaksi. Kun viranomainen päättää jakaa tutkimustulokset research and development-toiminnasta (tutkimus- ja kehitystyö) siten, etteivät hyödyt jää yksinomaan hankintayksikön käytettäväksi tai jos rahoitus on ainakin osittain järjestetty muulla tavoin kuin hankintayksikön omalla rahoituksella, ei Hankintadirektiivin säännöksiä sovelleta. Lopputuotteen hyödyntäminen ei kuitenkaan sisälly 14 artiklan mukaiseen poikkeukseen, jolloin nämäkin tutkimustulokset on kilpailutettava, olettaen hankintalainsäädännön mukaisten kynnysarvojen täyttyvän.

Ongelmaksi tässä näkisin myös sen, että jos tutkimustulokset ovat kaikkien vapaasti hyödynnettävissä, jäävät joskus hyvinkin kalliit tutkimus- ja kehitystyön rahoituskustannukset ”edelläkävijänä” toimineen hankintayksikön vastuulle, mikä ei todellisuudessa rohkaise rahoittamaan innovaatioita. Hyöty saattaa ylittää tutkimus- ja kehitystyön kustannukset, mutta tästä ei ole välttämättä takuuta ja näin suurimman hyödyn saavat sivusta seuranneet muut toimijat, jotka eivät ole millään tavalla pyrkineet selvittämään innovatiivisia ratkaisuja. Tutkimus- ja kehitystyöstä tarkemmin kappaleessa 3.

Vanhan hankintadirektiivin perusteella tutkimus- ja kehitystyön hyödyntäminen hankintayksikön hankinnoissa oli mahdollista muutamalla tavalla: esimerkiksi Esikaupallista hankintamallia käyttäen (PCP) ja tämän jälkeen normaalilla kilpailutuksella avoimessa tai rajatussa menettelyssä taikka sitten joko tarjousperusteista neuvottelumenettelyä tai kilpailullista neuvottelumenettelyä käyttämällä, jolloin koko tutkimus- ja kehitystyö yhdistettiin itse hankinnan kanssa yhdeksi kokonaisuudeksi. Uusi hankintadirektiivi toi lisäksi vielä rinnalle uuden innovaatiokumppanuus-menettelyn, joka muistuttaa prosessina hieman aikaisemmin lanseerattuja neuvottelumenettelyjä.⁶⁸

Tämä tutkimus keskittyy PCP-malliin, jonka etu on se, ettei tutkimus- ja kehitystyötä säännellä yhtä tiukasti kuin hankintadirektiivin 29–31 artiklojen mukaisia hankintamenettelyjä. Toisaalta tutkimus- ja kehitystyön on kuitenkin noudatettava primäärioikeuden periaatteita ja perusoikeussääntelyä, joista hieman laajemmin seuraavassa kappaleessa. Lisäksi PCP-malli edellyttää sitä, että tutkimus- ja kehitystyön tulokseen perustuva hankinta joka tapauksessa kilpailutetaan hankintadirektiivin sääntöjen mukaisella tavalla. Siten hankintayksikkö ei välttämättä jatka r&d -vaiheen jälkeen yhteistyötä saman toimittajan tai toimittajien kanssa. Tätä

⁶⁸ Ks. Direktiivi 2014/24/EU, 29–31 artiklat. sekä Marta Andreckan kirjoitus Innovation partnership in the new public procurement regime (s. 2). Ks. myös Raitio, 2016. s. 681–682.

ei kuitenkaan välttämättä tarvitse nähdä negatiivisena ominaisuutena, koska hankintadirektiivin tulisi varmistaa, että kokonaistaloudellisesti edullisin ratkaisu tulee valituksi.

2.3. Hankintalainsäädännön ulkopuolelle jäävät julkiset hankinnat

Kappaleissa 0 ja 2.2 olen käsitellyt sitä, millä edellytyksillä tutkimus- ja kehittämisspalveluiden kriteerit täyttyvät. Kun nämä edellytykset täyttyvät, ei hankidirektiivin määräyksiä siis sovelleta, sillä nämä tapaukset on erikseen direktiivissä suljettu vaikutusalueen ulkopuolelle. Hankintadirektiivin 14 artiklan mukaan direktiivin sääntelyä tulee noudattaa, mikäli artiklan edellytykset täyttyvät. Yhtä hyvin voidaan kuitenkin ajatella siten, että edellytyksenä on, ettei ainakaan toinen artiklan kriteereistä täyty, jolloin Hankintadirektiiviä ei siis tarvitse noudattaa.⁶⁹

Lisäksi hankintadirektiiviä ei sovelleta silloinkaan, kun hankinnan kokonaisarvo jää alle direktiivissä säädettyjen kynnyksarvojen. Seuraavaksi käy läpi sitä, kuinka hankintadirektiivin säännösten suoran sovellettavuuden poisjäänti vaikuttaa julkisiin hankintoihin ja millaisia menettelytapoja ja sääntöjä hankintayksikön tulisi ottaa huomioon hankintaa toteuttaessa.

2.3.1. Perusoikeudet, perussopimukset ja EU-primäärioikeus

Mihin sääntelyyn tutkimus- ja kehitystoiminta perustetaan silloin, kun kansalliset hankintalain säännökset ja hankintadirektiivin säännökset eivät tulekaan noudatettaviksi? Vai voivatko hankintayksiköt tällöin toimia vapaasti ilman lainsäädännöllistä ohjausta? Kun vastausta ei löydy suoraan hankintalainsäädännöstä, on etsittävä vastausta ylempää säädöshierarkiasta, oikeuskäytännöstä ja oikeuskirjallisuudesta. Edellisissä kappaleissa on käsitelty edellytyksiä sille, ettei hankintalainsäädäntöä tutkimus- ja kehityshankkeissa tarvitse soveltaa. Tutkin seuraavaksi asiaa valtiosääntöoikeuden näkökulmasta. Lisäksi käsittelen tässä yhteydessä unionin primäärioikeuden periaatteita ja miten unionin oikeuden sääntely on syytä huomioida.

Suomen kansallisessa säädöshierarkiassa perustuslaki saa korkean aseman, kun valtiosuvereeniuden periaatteeseen liittyy ajatus, että koko oikeusjärjestys nousee yhdestä suvereenista tahdosta. Tähän perustuu perustuslain määräävä asema suhteessa muuhun kansalliseen lainsäädäntöön.⁷⁰ Suvereeniutta on kuitenkin jouduttu tarkistamaan unionin jäsenyyden myötä.

⁶⁹ Ks. kappaleesta 2.2. ainakin 14 artiklan mukaiset tutkimus- ja kehitysedellytyspoikkeukset, sekä Hankintadirektiivin johdantoa koskeva pohdinta.

⁷⁰ Ks. Jyränki & Husa, 2012. s.88. Tarkemmin oikeussääntöjen hierarkiasta ja perustuslain keskeisestä asemasta valtiosuvereeniteetissä.

Perustuslain 1.3 §:n mukaan Suomi on Euroopan unionin jäsen ja päätäntävalta tietyissä asioissa on luovutettu unionille vapaaehtoisesti. Jyränki & Husa kuitenkin toteaa, että EU-oikeutta on vaikea kytkeä hierarkkiseen järjestelmään systematiikkaa rikkomatta.⁷¹

En lähde enempää tässä avaamaan valtiosääntöoikeudellista taustaa aiherajauksen takia, mutta totean kuitenkin sen verran, että tähän perustuen kansallinen perusoikeustason säännöstö, kuten myös ylikansalliset valtiosopimukset, joihin Suomi on sitoutunut suvereenia päätösvaltaa käyttämällä, tulevat sovellettavaksi silloinkin, kun yksittäistapauksessa asiaan kuuluvaa lainsäädäntöä ei ole saatavilla. Siten myös hankintayksiköiden on noudatettava sekä kansallista perusoikeussäännöstöä, kuten myös ylikansallisia perussopimuksia, joihin Suomi on sitoutunut.

Koska julkisissa hankinnoissa on kyse hallinnollisesta asiasta, muodostavat hallinnon oikeusperiaatteet (hallintolain 6 §) keskeiset oikeuslähteen hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Yleiset oikeusperiaatteet eli yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaate kuuluvat perustuslain 21 §:ssä turvatuun hyvän hallinnon periaatteisiin. Nenonen kirjoittaa väitöskirjassaan, että sopimusosapuolten tasapuolisen ja objektiivisen kohtelun vaatimus voi edellyttää tarjouskilpailun järjestämistä myös silloin, kun siihen ei ole suoraa lakisääteistä velvollisuutta.⁷² Tästä on helppo olla samaa mieltä, sillä kyseiset säännökset tarjouskilpailun järjestämisestä on luotu nimenomaan tasapuolisen kohtelun varmistamiseksi.⁷³

C.R. Hansen kirjoittaa: ”By ensuring competition, the contracting authority will create better access to public contract as well as ensuring getting better value for money.”⁷⁴ Kilpailun varmistaminen luo tehokkuutta julkisen rahan käyttöön, jolloin sen varmistamista voidaan pitää perusteltuna riippumatta siitä, onko olemassa velvoitetta tarjouskilpailun järjestämiseen. Vaatimus sopii hyvin yhteen viranomaisen tehokkuusperiaatteen kanssa. Pekkala & Pohjosen mukaan avoimuusperiaatteen soveltaminen kynnysarvojen osalta voi johtaa velvollisuuteen järjestää tarjouskilpailu myös silloin, kun hankinta jää vähäisesti kynnysarvojen alle.⁷⁵

Kuten aikaisemmin todettu, unionin perusoikeustason sääntely voi tulla sovellettavaksi myös silloin, kun hankintalainsäädäntöä ei sovelleta. EU:n primäärioikeudella tarkoitetaan perusso-

⁷¹ Ks. Jyränki & Husa, 2012. s. 91

⁷² Nenonen, 2014. s. 37

⁷³ Tasapuolisen kohtelun vaatimuksen on katsottu turvaavaan myös parhaan mahdollisen laadun ja hinnan vaatimukset viranomaisten järjestämissä julkisissa hankinnoissa.

⁷⁴ Hansen, 2012. s. 319

⁷⁵ Ks. Pekkala & Pohjonen, 2015. Kappale 13, kansallisten hankintojen eli EU-kynnysarvot alittavien hankintojen kilpailuttaminen.

pimuksia, kuten sopimusta Euroopan unionin toiminnasta (SEUT). Oikeuskäytäntöä primäärioikeuden noudattamisesta löytyy laajalti. Asiassa C-278/14 edellytetään avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden noudattamista siinäkin tapauksessa, että hankintadirektiivit eivät tule noudatettaviksi. Asiassa oli kyse sopimuksen tekomenettelyn yhteensovittamisesta rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskien. Ennakkoratkaisukysymys koski epäsuorasti unionin yleisten periaatteiden soveltamista. Vaikka kyseisessä asiassa tuomioistuin päätyi päinvastaiseen tulkintaa muihin syihin perustuen, totesi se kuitenkin, että hankintaviranomainen ei voi hylätä tarjousta, joka täyttää hankintailmoituksen vaatimukset, käyttäen perusteena syitä, joita ei ole ilmoitettu kyseisessä ilmoituksessa. Peruseriaatteita (yhdenvertainen kohtelu erityisesti) edellytettiin siis noudatettavaksi riippumatta siitä, ettei asiaan sovellettu Hankintadirektiiviä hankinnan jäädessä kynnyсарvorajojen alle.

Oikeusministeriö on 2012 julkaissut lainlaatijan oppaan, jossa primäärioikeus on muotoiltu EU:n perussopimukseksi pöytäkirjoineen, niiden muutossopimuksiksi, jäsenvaltioiden liittytösopimuksiksi sekä perusoikeuskirjaksi. Oikeusministeriö toteaa lisäksi, että Lissabonin sopimus on luonteeltaan aikaisempien perussopimusten muutossopimus ja muodollisesti ovat edelleen voimassa alkuperäiset yhteisöjen perustamissopimukset ja unionisopimus muutossopimuksineen. EU- ja EUT-sopimuksissa primäärioikeus on suurimmilta osin konsolidoitu.⁷⁶

Sekundäärioikeutta ovat oikeudellisesti sitovat säädökset eli asetukset, direktiivit ja päätökset. Näitä voidaan antaa sekä lainsäätämisyjärjestyksessä että alemman tasoisina säädöksinä. Lisäksi voidaan antaa suosituksia ja lausuntoja. Säännöksen vaikuttavuus kussakin tapauksessa tulee arvioitavaksi sen sisällön perusteella ja sen mukaan, mitä vaikutuksia sillä on tarkoitettu saada aikaan.⁷⁷

Sekundäärioikeus on siis primäärioikeudesta johdettua oikeutta. Sekundäärioikeus saa valtuutuksensa primäärioikeudesta ja pitää sisällään sitovat säädökset. Kun julkisia hankintoja koskeva EU:n sekundäärioikeudellinen aineisto on käytännössä hankintadirektiivin muodossa ja sitä ei tule sovellettavaksi, voidaan keskittyä EU:n primäärioikeuteen ja siihen, missä määrin primäärioikeus tulee sovellettavaksi näihin direktiivin ulkopuolisiin julkisiin hankintoihin.

Koska primäärioikeudella tarkoitetaan perussopimuksia pöytäkirjoineen, niiden muutossopimuksia, jäsenvaltioiden liittymissopimuksia sekä perusoikeuskirjaa erotuksena EU:n sekun-

⁷⁶ Ks. Kotivuori & Uotila, 2012 s. 11

⁷⁷ Ks. Kotivuori & Uotila, 2012 s. 15

däärioikeudesta, on käytännössä suurin osa EU:n primäärioikeuden sisällöstä koottu sopimukseen Euroopan unionin toiminnasta ja sopimukseen Euroopan unionista (EUT)⁷⁸.

2.3.2. Peruseriaatteiden merkitys

SEUT 15 artiklassa mainitaan unionin toimielimien, elimien ja laitosten toimien mahdollisimman suuresta avoimuudesta hyvän hallintotavan edistämiseksi ja kansalaisyhteiskunnan osallistamiseksi. Muita tärkeitä periaatteita julkisten hankintojen kannalta ovat yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys. Nämä periaatteet ovat lähtöisin muun muassa EUT:n 1 artiklan 1 kohdassa, jossa mainitaan Euroopan unionin yhteisistä tavoitteista ja niiden saavuttamisesta. 2 artiklassa on tarkemmin määritelty yhteisiksi arvoiksi syrjimättömyys, suvaitsevaisuus, oikeudenmukaisuus, yhteisvastuu, sekä tasa-arvo, joista erityisesti syrjimättömyyden vaatimuksen täyttymiseen tulisi kiinnittää erityistä huomiota, kun hankintayksiköillä ei ole sekundäärlainsäädäntöä ohjaamassa toimintatapoja ja näin varmistamassa syrjimättömyyden edellytysten täyttymistä.

Tasapuolisuuden vaatimuksen osalta olennaista on erityisesti, että hankintalain ulkopuolisista hankinnoista ei muodostu edes epäsuorasti markkinoita vääristävää valtiontukea. Sopimus Euroopan unionin toiminnasta pitää sisällään VII osaston 1 luvussa kilpailusäännöstöä, jota tulee noudattaa myös hankintalain ulkopuolella. SEUT:n 1 luvun 2 jaksossa (107-109 artiklat) tarkastellaan valtion tukeen liittyviä säännöksiä ja 1 kohdassa todetaankin, ettei jäsenvaltioiden myöntämä tuki valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, sovellu EU:n sisämarkkinoille. Tästä poikkeuksena ovat tilanteet, joista on erikseen määrätty perussopimuksissa, kuten yksittäisille kuluttajille myönnettävät sosiaalitet. Tällöinkään tuki ei saa aiheuttaa tuotteiden alkuperään perustuvaa syrjintää.⁷⁹

Avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen on katsottu EUT:n oikeuskäytännössä johtavan tietyiltä osin siihen, että myös hankintalain ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa menettelyä koskevat samantapaiset vaatimukset kuin hankintalaissa on asetettu. Asiassa C-147/06 SECAP SpA oli kyse tarjousten automaattisesta poissulkemista tiettyyn hintaan perustuen. Vaikka tuomioistuin totesi, ettei automaattinen poissuljenta hintaan perustuen välttämättä sellaisenaan täytä syrjinnän kriteereitä, voisi automaattinen poissuljenta johtaa yhteisön

⁷⁸ Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto (EUT). Virallinen lehti nro C 326, 26.10.2012 s. 0001 - 0390

⁷⁹ Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT), virallinen lehti nro C 326, s.0001 - 0390 107 artikla.

oikeuden kannalta ristiriitaiseen lopputulokseen, jos esimerkiksi ulkomaalainen toimija kykenisi volyyymiin pohjaten tai voittomarginaalista tinkimällä painamaan hinnan kansallisia toimijoita alhaisemmalle tasolle, mutta automaattisen poissuljennan takia ei kuitenkaan voisi voittaa tarjouskilpailua. Tällöinkin tarjous voisi olla luotettava ja varteenotettava tarjoajien erilaisen kustannusrakenteiden perusteella.⁸⁰ Vanhan hankintadirektiivin 2004/18/EY 55 artiklan mukaan hankintayksikön on ennen poikkeuksellisen alhaiselta vaikuttavan tarjouksen hylkäämistä annettava tarjoajalle mahdollisuus esittää selvitystä tarjouksen perusteista.

Koska Hankintalain säännöksiä ei sovelleta suoraan lain ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, ei luonnollisesti yksittäisiin pykäliin ja niiden asettamiin vaatimuksiin voida vedota, mutta toimintatavat antavat viitteitä siitä, milloin jokin toimintamalli tai sen vastainen menettely voisi olla osapuolia syrjivä. Vastaavasti hankintadirektiivin ulkopuolisissa hankinnoissa voitaisiin mielestäni hyödyntää hankintadirektiivin määräyksiä oikeudellisesti hyväksyttävän toimintatavan selvittämisessä. Mikäli hankintayksikkö päättää omatoimisesti noudattaa hankintalain säännöksiä soveltuvien osin, pitäisin suhteellisen luotettavana sitä tulkintaa, ettei syrjivää kohtelua tapahdu, sillä tämä tekisi myös kyseisestä hankintalain vastaavasta määräyksestä mitä ilmeisimmin syrjivän. Tätä taas voidaan pitää suhteellisen epätodennäköisenä.⁸¹ Tämä ajatuskuvioni, jonka olen rakentanut Sundstradin ja Hansenin ajattelun pohjalta, perustuu siihen tosiseikkaan, että tietyt asiat on tarkoituksella jätetty lainsäädännön ulkopuolelle, jotta menettely olisi suoraviivaisempaa. Tällöin tiukempi tulkinta olisi vastoin lainsäädännön tavoitteita.⁸²

Teoriassa menettely, jota hankintadirektiivin rajoissa edellytetään noudatettavan, voisi olla direktiivin ulkopuolella syrjivä, mikäli perusteita vastaavalle menettelylle ei esimerkiksi menettelyn monimutkaisuuden takia olisi, mutta pidän tätä teoreettista mahdollisuutta hyvin epätodennäköisenä. Tämä oma pohdintani perustuu siihen ajatukseen, että hankintalainsäädäntö on luotu tiettyä tarkoitusta varten, joka ei välttämättä toteudu niissä tilanteissa, jotka on erikseen rajattu lainsäädännön ulkopuolelle.

EU:n oikeuskäytännössä avoimuuden ja syrjimättömyyden osalta viitataan usein unionin vapaan tavaroiden liikkuvuuden periaatteeseen sekä perustellaan syrjijä nimenomaan toisesta jäsenvaltioista tulevien tarjousten osalta. Tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta unionin sisällä

⁸⁰ Ks. Asia C-147/06 SECAP SpA Kohdat 23–29

⁸¹ Ks. Sundstrand, 2012. Primäärioikeudesta ja hankintalain ulkopuolelle jäävistä hankinnoista on kirjoittanut Andrea Sundstrand väitöskirjassaan ”Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt”. Ks. lisäksi Hansen, 2012 rajat ylittävän intressin osalta sivuilta 121-157.

⁸² Ks. Hansen, 2012 s. 19, jossa kirjoittaja toteaa, ettei lainsäätäjän tarkoituksena ollut ulottaa lainsäädäntöä tässä kohtaa laajemmalle.

säädetään SEUT:n II osastossa. Tässä puhutaan erityisesti jäsenvaltioiden välisten vienti- ja tuontirajoitusten kiellosta. Toisaalta EU:lla ei edes ole oikeutta määrätä jäsenmaan sisäiseen suvereeniteettiin kuuluvasta asiasta, kunhan sisäinen asia ei vaikuta sisämarkkinoiden toimintaan jäsenmaiden välillä tai kyse ei ole EU:n yksinomaiseen määräysvaltaan kuuluvasta asiasta.

Carina Risvig Hansen on käsitellyt väitöskirjassaan ”Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive” kappaleessa 6 monikansallisia vaikutustilanteita hankintadirektiivin ulkopuolelle jäävissä julkisissa hankinnoissa (Cross-border Interest). Hansen toteaa väitöskirjassaan muun muassa viitaten oikeustapaukseen C-507/03⁸³, että julkisessa hankinnassa tulee ottaa huomioon EU-oikeuden yleiset periaatteet, kun hankinnassa on kyse rajat ylittävistä intresseistä.⁸⁴

Tuomioistuin toteaa tapauksessa C-507/03:

”julkistamisjärjestelmää, jonka yhteisön lainsäätäjä on ottanut käyttöön liitteeseen I B kuuluvia palveluja koskevien sopimusten osalta, ei voida tulkita siten, että se olisi esteenä EY 43 ja EY 49 artiklasta johtuvien periaatteiden soveltamiselle, **mi-käli tällaisiin sopimuksiin kuitenkin liittyy varma rajat ylittävä intressi.**” (Korostus lisätty)⁸⁵

Tapauksessa tuomioistuin ei määritellyt tarkasti, milloin rajat ylittävä intressi on katsottavissa olevan olemassa. Toissijaisuusperiaatteen mukaisesti EU-tasolla säädetään asioista vain silloin, kun vastaavaa ei voida toteuttaa yhtä tehokkaasti kansallisella tasolla, ja toimivalta määräytyy samalla logiikalla niissä asioissa, jotka eivät kuulu unionin yksinomaiseen toimivaltaan.⁸⁶ Käsittääkseni tapauksessa oli kyse siitä, ettei rajat ylittävää intressiä ei ole haluttu tuomioistuimen oikeuskäytännössä (tai pikemminkin EU-lainsäädännössä, jota tuomioistuin tulkitsee) lähteä avaamaan kaikilta osin, vaan on osittain kansallisen oikeuslaitoksen varassa tulkita, milloin rajat ylittävä intressi on ollut olemassa.

Toisaalta unionin tuomioistuin ei myöskään välttämättä ole halunnut lähteä linjaamaan tulkin-taa siltä osin, kuin sitä ei suoraan hankintalainsäädännöstä tai EU:n primäärioikeudesta ole luettavissa. Täten esimerkiksi EU ei Suomen osalta (kuten ei muidenkaan jäsenmaiden kohdalla) ole määrännyt tiettyjä kansallisia kynnyksärajoja, jolloin rajat ylittävä intressi voi olla

⁸³ Ks. C-507/03 *Commission v. Ireland*, [2007] ECR I-9777

⁸⁴ Ks. Hansen, 2012. Kappale 6 ”Cross-border Interest.

⁸⁵ Asia C-507/03, kappale 29

⁸⁶ EU-sopimus, 2012. 5 artikla, kohdat 1-4 (aiempi EY-sopimuksen 5 artikla).

olemassa, vaan kansallisessa hankintalaissa on säädetty kansallisista kynnysarvoista, joiden ylittyessä tiettyjä lain määräämiä menettelytapoja on noudatettava.⁸⁷

Ensisijainen vastuu rajat ylittävän intressin tunnistamiselle ja sen huomioimiselle on kuitenkin hankintayksiköllä, joka kantaa lopulta vastuun, mikäli sopimus on toteutettu käyttäen virheellistä menettelyä ja siihen joudutaan puuttumaan vahingonkorvauskanteella tai pahimmillaan sopimuksen mitätöinnillä. Viitataan vastuun osalta jälleen Hansenin argumentointiin:

“In Denmark, the Complaints Board for Public Procurement has found that it is up to the contracting authority to prove elements such as whether the contract in question falls outside the Public Sector Directive (see chapter 5, section 5). **I see no reason why it should not be up to the contracting authority to justify that its assessment of whether a contract has a cross-border interest was correct.**”
(korostus lisätty)⁸⁸

On mielestäni helppo yhtyä Hansenin näkemykseen siitä, että hankintayksikön tulisi pyrkiä varmistamaan mahdollisen rajat ylittävän intressin olemassaolosta, varsinkin, kun se on hankintayksikkö, jonka hankinta tilanteessa viivästyy, mikäli menettely ei ole mennyt suunnitellulla tavalla. On kuitenkin syytä huomioida, että Tanskan muutoksenhakuinstanssin ratkaisulla ei ole vaikutusta suhteessa Suomen oikeusjärjestelmään ja Hansenin mielipide perustuu valistuneeseen näkemykseen tässä asiassa, eikä sitovaan normistoon. Toisen suuntaiseen tulkintaan olisi siis myös mahdollista päätyä.

Hansen kuitenkin toteaa vielä erikseen, että tarkennus määrittelyyn unionin tuomioistuimelta olisi tervetullut ja erillinen ohjeistus kansallisille muutoksenhakuelimille voisi olla paikallaan (vapaa käänös).⁸⁹ Kovin aktiivista velvollisuutta hankintayksikölle ei voitane asettaa, mutta on hankintayksikön omassa intressissä varmistaa, että asia tulee selvitettyksi.⁹⁰

Hankintayksiköt joutuvat ainakin toistaiseksi elämään osittain oikeudellisessa epävarmuudessa, sillä lopullista tulkintaa asiassa ei ole annettu. Riskiä ei voida kuitenkaan mielestäni pitää kovin suurena olettaen, että normaaleja hankintalain mukaisia kynnysarvoja noudatetaan,

⁸⁷ Tästä ei suoraan ole mielestäni pääteltävissä, että kansallisten kynnysarvojen alittuessa ei hankinnassa olisi rajat ylittävää intressiä, mutta käytännössä siihen oikeuden tulkinta johtaa. Uudessa hankintalain hallituksen esityksessä HE 108/2016 vp kynnysarvoja esitetään nostettavaksi siten, että tavara- ja palveluhankinnat sekä suunnittelukilpailut nousevat 60 000 euroon, sosiaali- ja terveyspalvelut ym. erityiset palvelut 400 000 euroon, käyttöoikeussopimukset 500 000 euroon ja rakennusurakat 150 000 euroon (säily ennallaan).

⁸⁸ Hansen, 2012. s. 148

⁸⁹ Ks. Hansen, 2012. s.149

⁹⁰ Ks. Robbie Pyburn, 2015. Haastattelu. Andrea Sundstrand toteaa rajat ylittävän intressin osalta artikkelissa, joka on julkaistu publicspendforumeurope.com -verkkosivustolla, että EU-oikeus säätelee pääosin jäsenmaiden välisiä oikeusasioita, jolloin yksittäistä jäsenmaata käsittelevä säädöskäytäntö jää vähemmälle huomiolle (vapaa käänös). Sundstrand toteaa, että rajat ylittävä intressi voisi olla (ainakin teoriassa) myös kansalliset rajat alittavissa hankinnoissa. Tällöin mielestäni tapauksen riittauttaminen voisi johtaa yllättäviinkin lopputuloksiin.

mikä on suhteellisen selvää. Rajat ylittävää intressiä ei luonnollisesti tarvitse arvioida hankintadirektiiviä sovellettaessa, sillä sovellettavuus ei ole riippuvainen intressin olemassaolosta⁹¹.

Asiassa C-324/98 *Telaustria* todettiin ensimmäisen kerran unionin oikeudessa perussopimuksen perustavanlaatuisien sääntöjen (erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö) koskevan hankintadirektiivien ulkopuolelle jääviä hankintoja. Tuomiossa mainittiin esimerkkinä erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö, josta oli asiassa C-275/98 (*Unitron Scandinavia* ja 3-S, 18.11.1999) johdettu avoimuusvelvoite. Tämä perustuen siihen, että hankintaviranomiset voisivat varmistua kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon noudattamisesta. Asiassa on lisäksi todettu, että avoimuusvelvollisuuden noudattaminen johtaa hankinnasta ilmoittamiseen asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpialuille ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyjen puolueettomuutta voidaan valvoa.⁹²

Olen kirjoittanut paljon siitä, miksi hankintayksikkö on velvollinen noudattamaan perusoikeussäännöksiä. Perusoikeuksien tarkoitus on kuitenkin varmistaa, että kaikilla on yhtäläiset mahdollisuudet toimia markkinoilla. Kun kaikille osapuolille taataan yhtäläiset toimintamahdollisuudet, lisää se kilpailua ja sitä kautta myös hankintayksikkö voi hyötyä näistä velvoitteista. Kyse on siis myös viranomaisen toimintaa turvaavista periaatteista.⁹³ Tällöin oletuksena on kuitenkin, että laaditut säännökset ovat toimivia ja oikeasti kilpailua edistäviä.

2.3.3. Seuraamukset ja menettelyvaatimukset

Edellisissä kappaleissa olen käsitellyt niitä peruseriaatteita, mistä säädösten velvoittavuus syntyy. Yksilöin tässä kappaleessa tarkemmin menettelyvaatimuksia ja mahdollisia seuraamuksia. Vaikka kysymys siitä, tarvitsee lakia noudattaa, voi olla siinä mielessä merkitykseltön, että viranomaisen olisi todellisuudessa toimittava sääntöjen mukaisesti jo pelkästään sen perusteella, että säännöt ovat olemassa, on silti aiheellista ymmärtää sääntelyn tarkempi sisältö ja seuraukset, jotta niihin on mahdollista etukäteen varautua.⁹⁴

⁹¹ Ks. Hansen, 2012. s. 123. ”However, a contract that falls within the Public Sector Directive must ensure that the Directive and the Treaties are applied, regardless of whether the specific contract is of cross-border interest”.

⁹² Asia C-324/98 *Telaustria*. Kohdat 60-63.

⁹³ Ks. Hansen, 2012. s. 319

⁹⁴ Asianhan ei pitäisi olla näin ja tässä kappaleessa ei olekaan kyse niinkään juridisesta pohdinnasta, vaan pyrkimyksestä ymmärtää, miksi reaali maailma ei aina tunnu menevän sääntöjen mukaisesti. Laittoman menettelyn estämiseksi on luotu muutoksenhakuinstansseihin perustuva oikeuslaitos, mutta valitettavasti muutoksenhaku on usein hyvin raskas prosessi, joka ei välttämättä aina johda loppujen lopuksi kenenkään kannalta täysin oikeudenmukaiseen lopputulokseen.

Anne Nenonen on julkaissut väitöskirjan Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa aiheena ”Oikeussuoja hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa”. Väitöskirja käsittelee erityisesti erilaisia muutoksenhakukeinoja ja oikeussuojan tarvetta sekä sen sisältöä. Oma tutkimukseni lähinnä sivuaa oikeussuojaa määrittämällä, minkälaisia hankintamenettelyjä missäkin tilanteessa tulisi hyödyntää sekä erityisesti, miten ja milloin innovatiivisia hankintoja voidaan toteuttaa.⁹⁵

Hankintayksikön on otettava huomioon oikeussuojaa koskevat vaatimukset käytännössä silloin, kun oikeussuojaan liittyvän käsittelyn lopputulos tulisi vaikuttamaan sen toteuttamaan hankintaan tavalla tai toisella. Tämä on hyvin suppea tulkinta, sillä käytännössähän viranomaisen on kaikessa toiminnassaan noudatettava lakia ja muita määräyksiä. Hankintayksikön olisi siis aktiivisesti pyrittävä noudattamaan myös niitä määräyksiä ja oikeusohjeita (hallintonormeja yms.), joiden noudattamatta jättämisellä ei suoranaisesti olisi negatiivisia seurauksia.⁹⁶

Perustuslain 21.1 §:ssä säädetään jokaisen oikeudesta saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Siten hankintayksikön päätöksen voi saattaa tuomioistuimen käsittelyyn sellainen taho, jonka oikeuksia tai velvollisuuksia asia koskee. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklan 1 kappale vahvistaa oikeuden saada oikeuksia ja velvollisuuksia koskeva asia käsitellyksi oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä.

EIS 13 artikla (”Oikeus tehokkaaseen oikeussuojakeinoon”) edellyttää kansallisten tehokkaiden oikeussuojakeinojen saatavilla oloa oikeudenloukkauksen varalta:

”Jokaisella, jonka tässä yleissopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä siinäkin tapauksessa, että oikeuksien ja vapauksien loukkauksen ovat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt”.⁹⁷

⁹⁵ Tutkimuskysymysteni määrittelyn olen tehnyt kappaleessa 1.2. Kysymys siitä, mitä menettelyä hankintayksikön tulisi hyödyntää hankinnoissaan, on merkityksellinen tutkimukseni kannalta ja käsitykseni mukaan olennainen kysymys koskien kaikkia julkisia hankintoja. Oikean menettelyn valinnalla voidaan varmistaa tehokkuusperiaatteen toteutuminen viranomaistoiminnassa.

⁹⁶ Hallintonormeja ja niiden velvoittavuutta sekä viranomaisen toimimisvelvollisuuksia on käsitelty esimerkiksi Olli Mäenpää Hallinto-oikeus teoksessaan (s. 136)

⁹⁷ 63/1999 Ulkoasiainministeriön ilmoitus Euroopan ihmisoikeussopimuksesta (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi) sellaisena kuin se on muutettuna yhdennellätoista pöytäkirjalla.

Vaatimuksessa mennään jo askel pidemmälle ja edellytetään käsittelyn lisäksi myös oikeuskeinojen tehokkuutta. Hankintayksikön on hyvä huomioida, että tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaatteita rikkova hankintamenettely voi Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan olla sellainen toimi, johon voidaan käytännössä tehokkailla oikeudellisilla prosesseilla puuttua oikeudentilan korjaamiseksi. Käytännössä tämä tarkoittanee siis oikeudenloukkauksen estämistä tai teon hyvittämistä, mikä julkisissa hankinnoissa tarkoittanee yleensä taloudellista korvausta, mutta voi pitää sisällään myös muita oikeussuojakeinoja.⁹⁸

Artikla 13 ei varsinaisesti suoraan sananmuodon perusteella edellytä välttämättä tuomioistuinkäsittelyä, vaan tehokas oikeussuoja voi muodostua myös kansallisten oikeussuojakeinojen kokonaisuudesta, kuten Anne Nenonen toteaa väitöskirjassaan sivulla 7. Toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on aikaisemmin todennut ratkaisussaan *Airey v. Irlanti*, ettei EIS:n tarkoitus ole taata teoreettisia tai näennäisiä, vaan käytännöllisiä ja tehokkaita oikeuksia.⁹⁹ Siten voidaan pohtia, toteutuuko EIS:n tarkoittama oikeussuoja, mikäli asiaa ei saateta tuomioistuimen käsiteltäväksi.

Tehokas oikeussuoja voidaan varmistaa jo yksittäisten hallintonormien tasolla, mikäli ne on laadittu riittävällä tarkkuudella. Hallintonormeja ei kuitenkaan voi käyttää varsinaisena oikeuslähteenä, eikä niillä tai niiden nojalla voida itsenäisesti päättää hallinnon ulkopuolisten oikeuksista tai velvollisuuksista. Hallintonormi voi olla oikeudellisesti sitova, mikäli sen antaneella viranomaisella on laissa säädetty yksilöity toimivalta sen antamiseen ja perustuslain 80 §:ssä määriteltyjä lainsäädäntövallan siirtämisen edellytyksiä on noudatettu. Siten yksityinen oikeussubjekti voisi vedota tällaiseen hallintonormiin.¹⁰⁰ Lienee perusteltua olettaa, että yksityinen oikeussubjekti voi luottaa viranomaisen toimivan julkaisemiensa hankintaohjeiden mukaisesti.

Aikaisemmassa kuntalaissa oli 16.1 §:ssä maininta hallinnon järjestämisestä. Uudessa kuntalaissa (410/2015) ainoaksi johtosäännöksi on jäänyt 90 §:n mukainen hallintosääntö. Toisaalta kunnallisvalituksen perusteet ovat säilyneet ennallaan, vaikkakin määräys on siirtynyt 135 §:ään. Mikäli hallintonormin rikkominen voidaan nähdä viranomaisen toimivallan ylityksenä tai muuten lainvastaisena, voi kunnallisvalitukseen tekemiseen oikeutettu oikeussubjekti tätä

⁹⁸ Ks. Nenonen, 2014. s.6

⁹⁹ *Airey v. Irlanti* kohta 24. Kohdassa oli kyse ennen kaikkea access to justice -periaatteesta ja siitä, toteutuuko tämä, jos Aireyn kohdalla, mikäli tämä pääsee esittämään asiansa tuomioistuimen edessä, mutta ei saa tähän juristin apua. Kun Aireyn miehellä vastapuolella oli mahdollisuus juristin käyttöön, tuomioistuin katsoi, ettei käsittely ainakaan olisi ollut tasapuolinen. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteisiin kuuluva equality of arms -periaate ei tällöin olisi toteutunut.

¹⁰⁰ Mäenpää, 2003. s. 136

kautta esittää valituksen ennen kuntalain mukaisten valitusaikojen päättymistä. Teoksessa ”julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt” on katsottu, että mikäli hankintasäännöt on hyväksytty kunnassa oikeudellisesti velvoittavina hallintasääntöinä ja sitä on rikottu, täytyy muu lainvastaisuus vuoden 1995 kuntalain mukaan.¹⁰¹ Vuoden 2015 kuntalaki ei tehnyt kunnallisvalituksen perusteisiin muutosta, joten on otaksuttavaa, että tulkinta on edelleen voimassa.

Kunnallisvalitus on kassatorinen muutoksenhakukeino eli muutosinstanssi voi virheellisyyden havaitessaan vain kumota päätöksen ja palauttaa asian kunnan viranomaisen käsiteltäväksi, ei korvata päätöstä tai sen osaa uudella päätöksellä. Valitusperusteita on kunnallisvalituksessa rajoitettu kahdesta syystä ja valitus on mahdollista vain 135 §:ssä mainituilla perusteilla. Ensinnäkin perustuslain 121 §:n kunnallisesta itsehallinnon suojasta ja toisena syynä vaatimus paikallisolojen tuntemisesta ovat syynä valitusperusteiden rajoittamiseen.¹⁰²

Tehokkuusperiaatteen mukaisesti virheellisiin päätöksiin on voitava puuttua tarvittavalla voimakkuudella. Asiassa 6/64 Costa v. ENEL EU-tuomioistuin muotoili lopullisen etusijan unionin oikeudelle suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön, jonka perusteella hankintayksiköiden tulisi kiinnittää ensisijainen huomio hankinnoissa pyrkimykselle unionin oikeuden mukaiseen ratkaisuun.¹⁰³ Käytännön syistä tähän ei välttämättä kuitenkaan päästä täysin.¹⁰⁴

Menettelyvaatimusten osalta hankintalain ulkopuolella mielenkiintoinen tapaus löytyy unionin tuomioistuimen ratkaisusta asiassa C-95/10, jossa kansallinen tuomioistuin esitti unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen siitä, onko hankintadirektiivin ulkopuolisessa hankinnassa tapauksessa sovellettava direktiivin säännöstä. Taustalla oli ajatus siitä, voiko säännös tulla sovellettavaksi, mikäli kyseinen direktiivin säännös turvaa hankintamenettelyjen syrjimättömyyttä ja avoimuutta.¹⁰⁵ Tapaus on ajankohtainen, vaikka taustalla ollut direktiivi on vanhentunut, sillä teoreettista kysymystä voitaisiin yhtä hyvin soveltaa vuoden 2014 hankintadirektiivin, eivätkä tuomioistuimen perustelut tältä osin ole vanhentuneet.

¹⁰¹ Ks. Kalima;Häll;& Oksanen, 2007. s. 263

¹⁰² Ks. Harjula & Prättälä, 2015. s. 902–904

¹⁰³ Ks. Kulju, 2014. Asia 6/64 Costa v. ENEL (Kansallisen tuomioistuimen velvollisuus soveltaa kansallista lainsäädäntöä s. 217-218). Tarkemmin Euroopan unionin perusoikeuskirjasta Suomen valtiosäännön näkökulmasta ks. samanniminen väitöskirja, Mira Kulju, Tampereen yliopisto (2014).

¹⁰⁴ Julkisen hallinnon tehokas toimiminen edellyttää toimintaohjeita, mitkä ovat alttiita inhimillisille virheille. Lisäksi hankintaedellytyksissä on tiettyä oikeudellista epävarmuutta, kun joudutaan tekemään tulkintaa siitä, mitkä hankinnat kuuluvat unionin oikeuden soveltamisalaan ja mitkä eivät.

¹⁰⁵ Ks. Asia C-95/10, Strong Segurança SA v Município de Sintra.

Vaikka tuomioistuin ei tapauksessa päätyneenkään velvoittamaan direktiivin noudattamista suoraan, ei tuomioistuin mielestäni täysin kiistänytkään mahdollisuutta. Tuomioistuin totesi-kin, että ”siitä, ettei tällaista velvollisuutta ole olemassa, ei voi aiheutua kansallisuuteen tai sijoittautumispaikkaan perustuvaa suoraa tai välillistä syrjintää.” Ei ole käsittäakseni mahdoton ajatus, ettei direktiivin säännöksiä olisi laadittu nimenomaan pohjautuen sille ajatukselle, että vältetään syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden vastaiset hankinnat. Tällöin olisi loogista ajatella myös, että syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteiden mukainen toteutus voi jossain tapauksissa mennä hyvinkin lähelle direktiivin säätämiä toimintamalleja. Vieläkin todennäköisempää mielestäni olisi tulkita asiaa niin, että mikäli hankintayksikkö päättää noudattaa hankintadirektiivin säännöksiä direktiivin soveltamisalueen ulkopuolisissa hankinnoissa, on sitä hyvin vaikea tällöin syyttää syrjivästä tai tasapuolisen kohtelun vastaisesta menettelystä. Olisi siten jossain tapauksissa mahdollisesti turvallista hankintayksiköille noudattaa direktiivin menettelysäännöksiä silloinkin, kun laki ei siihen erikseen velvoita.¹⁰⁶

Yhdenvertaisen kohtelun periaate (syrjimättömyys) ja avoimuusperiaate johtavat unionin tuomioistuimen mukaan myös siihen, että kaikennäköiset neuvottelut hankintaviranomaisen ja tarjoajien välillä tarjouspyynnön jättämisen jälkeen ovat käytännössä kiellettyjä myös hankintadirektiivin ulkopuolisissa hankinnoissa. Unionin tuomioistuin toteaa asiassa C-336/12 *Manova*, että yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite ovat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä esteenä kaikenlaisille hankintaviranomaisen ja jonkin tarjoajan väliselle neuvottelulle, mikä merkitsee lähtökohtaisesti sitä, että kun tarjous on jätetty, sitä ei voida enää muuttaa hankintaviranomaisen eikä tarjoajan aloitteesta. Epäselvästä tarjouskohdasta voidaan pyytää täsmennystä¹⁰⁷.

Hankintayksikön on syytä huomioida hanketta toteuttaessaan, että tarjouspyyntö on syytä tehdä tarkasti, sillä sitä ei voi enää jälkikäteen muokata. Voidaan kuitenkin varmasti perustellusti olettaa, että mikäli tarjouspyyntö on niin epäselvä, ettei sen perusteella ole mahdollista laatia järkevää tarjousta, on tarjouspyyntö tällaisessa tapauksessa korjattavissa.¹⁰⁸ Asiassa C-599/10 tosin mainittiin, että tarjouspyynnön korjaaminen ei tosiasiallisesti saa johtaa täysin uuden tarjouksen esittämiseen.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ks. Sundstrand, 2012 s. 158-159 ja 329.

¹⁰⁷ Ks. Asia C-336/12, kohta 31.

¹⁰⁸ Ks. Asia C-366/12, kohta 32, ”tarjouksen yksittäisiä kohtia voitaisiin korjata tai täydentää etenkin sen vuoksi, että niitä on selvästi vain täsmennettävä, tai ilmeisten kirjoitus- tai laskuvirheiden korjaamiseksi”.

¹⁰⁹ Ks. Asia C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s.*, kohta 40. Hankintayksikkö voi olla virheellisen tarjouksen kanssa haastavassa tilanteessa, kun se ei saa muuttaa tarjouspyyntöään, mutta toisaalta tarjoajat voivat olla eriar-

Asiassa T-199/14 asiaa on käsitelty avoimuuden ja tasapuolisen kohtelun periaatteen osalta. Tuomioistuin lausui ratkaisussaan, että hankintaviranomainen ja tarjoaja saavat olla yhteydessä toisiinsa ainoastaan silloin, kun avoimuuden ja tasapuolisen kohtelun periaatteet voidaan turvata. Yhteydenotot eivät saa johtaa sopimusehtojen tai alkuperäisten tarjousehtojen muuttamiseen.¹¹⁰ Koska avoimuuden ja tasapuolisuuden vaatimusten toteutuminen arvioidaan jälkikäteen, on mielestäni kaikissa yhteydenotoissa merkittävä riski tarjouskilpailun vääristymisestä. Nykyisin sähköisillä viestimillä pystytään varmistamaan saman viestinnän näkyminen kaikille tarjouskilpailun osapuolille, jolloin viestintä on ainakin entistä avoimempaa.

2.3.4. Yhteenvedo tutkimus- ja kehittämispalveluiden edellytyksistä

Hankintalainsäädännön tutkimus- ja kehittämispalveluiden edellytykset on helposti määriteltävissä. Hankintadirektiivistä löytyy selkeät hankinta-arvon perusteella arvioitavat rajat, jotka määrittelevät sen, milloin sovelletaan hankintadirektiivin säännöksiä. Mikäli rajat eivät ylitä, ei yleensä direktiiviäkään tarvitse soveltaa. Hankintalaki asettaa Suomessa tarkemmat rajat sille, milloin hankintaan tulee kuitenkin soveltaa Suomen kansallisia hankintamenettelysäännöksiä. Näiden osaltakin toiminta on perusmuodossaan yksinkertaista ja selkeää. Jos kansalliset rajat ylittyvät, mutta hankinnan arvo pysyy direktiivin kynnyсарвоjen alapuolella, sovelletaan kansallisia menettelysäännöksiä.

Sitten on vielä huomioitava ne tapaukset, joissa hankinnan arvo on nähty niin pieneksi, ettei hankintaan sovelleta mitään kansallisia tai kansainvälisiä spesifejä säännöksiä. Tällöinkään hankinta ei kuitenkaan jää täysin sääntelemättömäksi, vaan hankintaan sovelletaan kansallisia perusoikeussäännöksiä. Lisäksi kansainväliset perusoikeussäännöt voivat tulla sovellettavaksi, mikäli hankinnassa nähdään olevan rajat ylittävä intressi. On kuitenkin vaikeaa nähdä, että hankintayksikkö, joka ei joudu soveltamaan edes kansallisia kynnyсарvoja ja sitä kautta kansallisia menettelysäännöksiä, osaisi ottaa huomioon unionin perusperiaatteiden vaikutuksen näissä hankinnoissaan. Siten kysymys lienee lähinnä teoreettinen. Arvoltaan näin pienet hankkeet eivät välttämättä myöskään koskaan nouse niin merkittäviksi, että niitä jouduttaisiin arvioimaan kansainvälisellä tasolla. Ehkä poikkeuksena tähän ainoastaan se tilanne, jos komissio näkisi tärkeäksi nostaa hanketta vastaan kanteen unionin oikeudessa.¹¹¹

voisessa asemassa, kun tarjouspyynnön sisällöstä ei saa kunnolla selvää. Tällöin lienee suuri muutoksenhaun riski riippumatta siitä, minkä tarjouksen hankintayksikkö valitsee voittajaksi.

¹¹⁰ Ks. Asia T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits, kohta 150.

¹¹¹ Ks. esimerkiksi asia C-507/03 rajat ylittävän intressin osalta.

Kynnysarvorajojen ohella hankintadirektiiviin on otettu tutkimus- ja kehittämisspalveluita koskeva poikkeus. Mikäli hankintadirektiivin 14 artiklan mukaiset poikkeukset ehdot täyttyvät kokonaisuudessaan, sovelletaan hankintadirektiivin säännöksiä. Muussa tapauksessa tutkimus- ja kehittämisspalvelut jäävät hankintamenettelyn ulkopuolelle. Siten joissain tapauksissa, kuten esimerkiksi esikaupallisissa hankinnoissa, ei sovelleta hankintadirektiivin menettelysääntöjä. Poikkeussäännös ei kuitenkaan mahdollista lopputuotteen kaupallistamista, vaan t&k-menettelyn lopputuote tulee vielä erikseen kilpailuttaa, jotta tasapuolisen ja syrjimättömän menettelyn periaatteiden toteutumisesta voidaan varmistua.

Siten tutkin seuraavaksi erityisesti näiden kahden periaatteiden merkitystä julkisissa hankinnoissa ja pyrin selvittämään, minkälaisia vaikutuksia näillä unionin oikeuden perusperiaatteilla voi julkisiin hankintoihin todellisuudessa olla.

2.4. Tasapuolinen kohtelu ja syrjimättömyys

2.4.1. Tasapuolisen kohtelun vaarantuminen hankintalain ulkopuolisissa julkisissa hankinnoissa

Euroopan unionin hankintalainsäädäntö on rakennettu ajatukselle avoimuudesta, kilpailukyvyn parantamisesta ja kehityksestä kohti älykkästä, kestävästä ja osallistavaa kasvun Eurooppa 2020 -strategiaa.¹¹² Vaikka hankintadirektiivi onkin kirjoitettu pitäen silmällä näitä tavoitteita, voidaan mielestäni olettaa, että vastaavat pyrkimykset ovat myös hankintalain ulkopuolisissa hankkeissa. Tämä siksi, että taustalla on ajatus viranomaisen toiminnan tehokkuudesta ja kustannusrakenteen parantamisesta, joihin näillä tavoitteilla pyritään. Lainsäätäjä on jättänyt tietyt hankinnat tarkoituksellisesti lainsäädännön ulkopuolelle.¹¹³

Osittain sovellettavuus koskee vain kansalliset kynnsarvot ylittäviä ja direktiivin kynnsarvot alittavia hankintoja, mutta joidenkin EU-oikeuden yleisperiaatteiden tehokas soveltaminen edellyttää niiden noudattamista myös kansallisten kynnsarvojen alittuessa. Esimerkiksi vapaan liikkuvuuden periaatteiden osalta ei ole sovellettu de minimis -sääntöä eli vaikka rajoi-

¹¹² Ks. Euroopan komissio, 2010. Eurooppa 2020 - älykkään, kestävä ja osallistavan kasvun strategia s. 10 - 20

¹¹³ Ks. kappaleesta 2.3 primäärioikeuden periaatteiden soveltamisesta Hankintadirektiivin ja hankintalainsäädännön ulkopuolella. Ks. myös Hansen, 2012. s, 19 sekä kappaleet 3-5, joissa käsitellään syitä sille, miksi tietyt hankinnat on jätetty Hankintadirektiivin (Public Sector Directive 2014/24/EU) soveltamisalan ulkopuolelle.

tuksella olisi vain hyvin rajoittunut vaikutus markkinoiden toimintaan, vapaan liikkuvuuden periaatteita sovelletaan.¹¹⁴

Kun EU:n yleiset periaatteet muun muassa avoimuudesta, syrjimättömyydestä ja vapaasta liikkuvuudesta tulevat noudatettavaksi riippumatta siitä, onko kyse hankintadirektiivin, kansallisen hankintalainsäädännön tai muun vastaavan ohjeistuksen tai määräysten noudattamisesta tai noudattamatta jättämisestä, tulee hankintayksikön arvioida tasapuolisen kohtelun vaarantumista mielellään jo ennen varsinaista hankinnan toteuttamista, jolloin vaikutuksiin kyetään varautumaan ennakolta. Toisaalta Anne Nenosen mukaan tulkinta syrjimättömyysperiaatteiden sovellettavuudelle ja laajuudelle on EUT:n oikeuskäytännössä vaihdellut, eikä ole täysin selvää, milloin mikäkin periaate tulee sovellettavaksi ja erityisesti missä laajuudessa. Nenonen on kuitenkin väitöskirjassaan sitä mieltä, että voidaan perustellut puhua yleisestä yhdenvertaisen kohtelun velvoitteesta.¹¹⁵

Ketä periaatteet sitten koskevat? Kun arvioidaan sitä, voidaanko joku toimija rinnastaa markkinoilla viranomaiseen, jonka on noudatettava avoimuusvelvoitetta (palvelukonsessiosopimus, sisältäen muun muassa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja kansalaisuuteen kohdistuvan syrjinnän kiellon periaatteen), voidaan ottaa tutkittavaksi ainakin tapaus C-91/08 wall. Tapauksessa oli kyse siitä, että Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (jäljempänä FES), joka oli yksi kolmesta yrityksestä, jotka osallistuivat Frankfurtin kaupungin järjestämään tarjouskilpailuun, voitti kilpailutuksen, jonka jälkeen tuli arvioitavaksi, oliko toiminta ollut markkinaehtoista.¹¹⁶

Yhtenä markkinoilla kilpailuehtoisesti toimimisen kriteerinä tuomioistuin piti sitä, onko viranomaisella tosiasiallinen määräysvalta yhtiössä. Vaikka Frankfurtin kaupunki omisti yhtiöstä 51 prosenttia, ei sillä tuomioistuimen päättelyn perusteella kuitenkaan ollut tosiasiallista määräysvaltaa yhtiössä, kun päätöksien toteuttamiseen edellytettiin yhtiöjärjestyksessä kolmen neljäsosan äänimäärää. Toisaalta tuomioistuin totesi, että yhtiö toimii markkinoilla kilpailuehtoisesti kilpailuolosuhteissa ja Frankfurtin kaupunki nimitti hallintoneuvoston jäsenistä

¹¹⁴ Ks. Hansen, 2012. s. 150 sekä yhdistetty tuomio tapauksissa c-177/82 ja C-178/82, Van de Haar [1986], kapale 13. Tuomioistuin totesi, että mikäli kansallisen toimen vaikutus tuontiin on rajoittava, sitä tulee arvioida määrällisenä rajoituksena tuontiin siitä huolimatta, että vaikutus olisi vähämerkityksellinen ja tuotteita on olisi mahdollista markkinoida toisin tavoin.

¹¹⁵ Ks. Nenonen, 2014. s. 30

¹¹⁶ Ks. Asia C-91/08 Wall AG v FES

vain neljänneksen, mukaan lukien puheenjohtajan, jonka ääni ratkaisee äänten mennessä ta-san.¹¹⁷

Tapausta tutkimalla saadaan käsitystä siitä, mitä kriteereitä unionin tuomioistuin pitää olennaisina arvioitaessa sellaista hankintaratkaisua, jolla saattaisi olla kilpailua ja markkinoita vääristävää vaikutusta. Jotta voidaan arvioida, milloin hankintaviranomaisen toiminnan voidaan katsoa olevan syrjivää tai tasapuolisen kohtelun vastaista, on hyvä olla selvillä siitä, minkä tyyppisissä tilanteissa tilanne voi aktualisoitua. Kun tietty toimija ei toimi markkinoilla markkinaehtoisesti tai kun yhteistyö hankintaviranomaisen kanssa ei ole kilpailutettua, ei voida olettaa syntyvän todellista riskiä epäonnistumisesta, mikä luo yksittäiselle yritykselle muihin nähden poikkeuksellisen kilpailuedun, joka ei ole EU-oikeuden peruseriaatteiden mukaista.

Avoimuusperiaatetta on käsitelty myös tarkemmin asiassa C-231/03 Coname v. Comune di Cingia de' Botti (jäljempänä Coname), jossa vahvistettiin avoimuusvelvoitteen perustuminen suoraan EY 43 ja EY 49 artikloihin (Nykyisen SEUT:n 49 ja 56 artiklat). Tapauksessa oli kyse niin ikään palvelukonsessiosopimuksesta, joka ei kuulu hankintadirektiivin alle, mutta jota on nyt säädelty käyttöoikeussopimuksia koskevalla direktiivillä 2014/23/EU. Conamen asian yhteydessä ei kuitenkaan ollut vielä olemassa vastaavaa direktiiviä.¹¹⁸

Nenonen kirjoittaa väitöskirjassaan:

”Vaikka EUT on useassa ratkaisussaan viitannut avoimuusvelvoitteeseen, on kuitenkin edelleen epäselvää, millä tavoin ja mitä tietoja direktiivien soveltamisalaan kuulumattomista hankinnoista on ilmoitettava. EUT on todennut, ettei avoimuusperiaate välttämättä merkitse velvollisuutta järjestää tarjouspyyntömenettely, mutta edellyttää muiden jäsenvaltioiden toimijoiden saavan ”asianmukaisia tietoja” hankinnan kohteesta siten, että ne voivat halutessaan ilmaista kiinnostuksensa hankintasopimuksen tekemiseen.”¹¹⁹

Vaikka ”asianmukaisten tietojen” määritelmä jääkin EUT:n lausunnosta avoimeksi, edellyttää tämä mielestäni minimissään luovuttamaan sen verran tietoja, että arvio hankkeen kiinnostavuudesta voidaan tehdä.

¹¹⁷ Ks. Asia C-91/08 Wall AG v FES. Kappale 60 sekä kappaleet 47–54.

¹¹⁸ ”Käyttöoikeussopimukset ovat vastikkeellisia sopimuksia, joilla yksi tai useampi hankintaviranomainen tai hankintayksikkö antaa urakoiden toteuttamisen tai palvelujen tarjoamisen ja hallinnoimisen yhden tai useamman talouden toimijan tehtäväksi. Tällaisten sopimusten tarkoituksena on hankkia urakoita tai palveluja käyttöoikeussopimuksella, jonka vastikkeena on rakennettavan kohteen tai palvelujen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä. Tällaisiin sopimuksiin voi sisältyä, mutta ei välttämättä sisälly, omistusoikeuden siirto hankintaviranomaisille tai hankintayksiköille, mutta nämä saavat aina hyödyt kyseisistä urakoista tai palveluista” (2014/23/EU perustelujen kohta 11, korostus lisätty)

¹¹⁹ Nenonen, 2014 s. 31. Lisäksi avoimuusvelvoitteesta myös esimerkiksi asiassa C-388/12, Comune di Ancona. kohdan 53 ratkaisun osa 4.

2.4.2. Ihmisoikeustuomioistuin ja syrjimättömyys

Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön on katsottu soveltuvan myös julkisiin hankintoihin silloin, kun kyse on syrjintään perustuvasta kanteesta.¹²⁰ EIS:n 6(1) artiklan on siten katsottu soveltuvan myös julkisia hankintoja koskevaan asiaan:

“The fact that the contracts in issue were public procurement contracts or that the applicants’ offers were never accepted cannot prevent that right from being considered a “civil right” for the purposes of Article 6 § 1.”¹²¹

Oikeus saattaa asia ihmisoikeustuomioistuimen käsittelyyn saa valtuutuksensa siitä, että sopimuksen 6 artiklan mukaisesta ”right to a court” sekä ”access to justice” -periaatteista, jotka on otettu Suomenkin perustuslakiin, 21. pykälään (oikeusturva).

Mikäli hankintayksikkö hankintalain ulkopuolisessa hankinnassa epäsuorasti toiminnallaan estää yksityistä toimijaa harjoittamasta ammattiaan ja kilpailemaan vääristymättömillä markkinoilla, voidaan hankinta saattaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käsiteltäväksi.¹²²

Siten hankintayksikön tulisi arvioinnissa ottaa unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön lisäksi huomion myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö toteuttaessaan hankintoja hankintalain säännösten ulkopuolella. Komissio on myös todennut, että se suosittelee hankintamenettelysäännösten noudattamista myös kynnysarvot alittavissa hankinnoissa, vaikkakaan tähän ei mikään tietty lainsäädäntö erikseen yleensä velvoita.¹²³

2.4.3. Yhteenveto tasapuolisesta kohtelusta hankintadirektiivin ulkopuolella

Vaatus syrjimättömästä ja tasapuolisesta kohtelusta voi siis käytännössä johtaa siihen, että hankintadirektiivin säännöksiä sovelletaan myös sen ulkopuolisissa hankinnoissa. Hankintayksikön ei kuitenkaan tarvitse tuijottaa näissä mitään yksittäistä lainsäädännön pykälää, sillä käytännössä vaatimustaso ei ole aivan yhtä tiukka kuin hankintadirektiivin piiriin kuuluvissa hankinnoissa.

Tapauksessa Parking Brixen tuomioistuin toteaa:

¹²⁰ Ks. Nenonen, 2014. s. 53

¹²¹ Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta, 10.7.1998. Kohta 61.

¹²² Ks. Nenonen, 2014. s. 53

¹²³ Ks. Pekkala & Pohjonen, 2015. Kappale 13, kansallisten hankintojen eli EU-kynnysarvot alittavien hankintojen kilpailuttaminen.

”Kuitenkin se, että pääasiassa kysymyksessä olevan kaltaista, julkisia palveluita koskevaa käyttöoikeussopimuksen tekemistä ei ole lainkaan kilpailutettu, ei ole EY 43 artiklan ja EY 49 artiklan vaatimusten eikä myöskään yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteiden mukaista.”¹²⁴

”EY 43 ja EY 49 artiklaa sekä yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteita on tulkittava siten, että niiden vastaista on, että viranomaisen tekee ilman kilpailuttamista julkisia palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen sellaisen osakeyhtiön kanssa, joka on perustettu kyseisen viranomaisen omistaman erityisen liikeyrityksen muuttamisella yhtiöksi, jonka toimialaa on laajennettu uusille merkittävälle aloille, jonka osakepääoma on lyhyellä tähtämellä avattava muiden omistukselle, jonka alueellista toiminta-alaa on laajennettu koko maahan ja ulkomaille ja jonka hallituksella on hyvin laajat hallinnon edellyttämät toimivaltuudet, joita se voi käyttää itsenäisesti.”¹²⁵

Tuomion perusteella voidaan todeta, että mainitut periaatteet voivat edellyttää hankinnan kilpailuttamista myös silloin, kun hankinta jää hankintadirektiivien ulkopuolelle. Viitaten aikaisempaan kappaleeseen 2.4.1, samasta periaatteiden noudattamisesta ei voida suoraan vetää sitä johtopäätöstä, että hankintadirektiivin muut säännökset kokonaisuudessaan tulisivat sovellettavaksi silloin, kun kilpailutus täytyy unionin oikeuden periaatteiden mukaan tehdä.

Koska peruseriaatteiden noudattaminen voi johtaa myös siihen, että asia päättyy Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käsittelyyn, mikäli erityisesti syrjimättömyyttä ja tasapuolista kohtelua koskevia periaatteita rikotaan, tulisi viranomaisten ottaa myös tämä huomioon hankintoja koskevia ohjeistuksia antaessaan.

Yleiset EU-oikeudelliset periaatteet tulevat sovellettavaksi erityisesti silloin, kun kyse on rajat ylittävistä intresseistä. Mikäli asialla ei ole EU-oikeudellista merkitystä, tarvitsee hankintayksikön yleensä huomioida vain kansalliset säännökset. Tietyissä tapauksissa rajat ylittävä intressi ei kuitenkaan ole suoraan riippuvainen hankintarajoista, jolloin myös raja-arvot alittava hankinta voi tulla EU:n peruseriaatteiden mukaisesti arvioitavaksi ja hankintayksikön tulisi tehdä hankintailmoitus hankintaperiaatteiden mukaisesti (suppea ilmoitus). Lisäksi on syytä huomioida, että vastuu siitä, että hankintayksikkö on toteuttanut arvion, on hankintayksiköllä. Hankintayksikön tulisi kyetä osoittamaan, että tällainen arviointi on toteutettu, mikäli asia nousee esille.¹²⁶

¹²⁴ Asia C-458/03, Parking Brixen, . Kohta 50

¹²⁵ Asia C-458/03, Parking Brixen. Kohta 72.

¹²⁶ Ks. Hansen, 2012 s. 318, Summary of Findings sekä kappale 5.

3. Tutkimus- ja kehitystyö

Hankinnan arvon ylittäessä tietyt raja-arvot, joita on käsitelty tarkemmin kappaleessa 2, hankintayksiköllä on kaksi vaihtoehtoa hankinnan toteuttamiseksi. Joko hankintayksikkö hankkii markkinoilta jo olemassa olevan tuotteen tai palvelun noudattaen hankintadirektiivissä ja kansallisessa hankintalaissa määriteltyjä menettelytapoja tai sitten se lähtee kehittämään uutta tuotetta tai palvelua yhteistyössä markkinoilla toimivan yrityksen kanssa. Hankintayksikkö ei voi välttää direktiivin määräysten noudattamista, mutta sille on täysin sallittua valita, millä ehdoin se lähtee hanketta toteuttamaan.¹²⁷ Edellytyksenä on tällöinkin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun varmistaminen sekä avoimuus hankkeiden toteutuksessa.

Tämän kappaleen tarkoituksena on tutkia, kuinka tutkimus- ja kehittämisspalveluita tulisi toteuttaa, mikäli hankintoihin tulevat sovellettavaksi hankintadirektiivin säännökset. Tutkimukseni ei mene tarkemmin sisälle yksittäisiin hankintamalleihin, sillä innovaatiohankinnoissa on yleensä kyse pikemminkin hankinnan valmisteluvaiheesta ennen varsinaista hankintaa. Jos hankinta olisi mahdollista suoraan toteuttaa, kyse ei olisi innovaatiosta, vaan jo valmiin kokonaisuuden hankinnasta. Hankintavaihetta on käsitelty omissa siihen liittyvissä tutkimuksissaan ja esimerkiksi Pohjonen & Pekkala on varsin tyhjentävästi teoksessaan ”Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot” esitellyt, mitä eri hankintamenettelyt tarkoittavat ja miten hankintojen kilpailuttaminen yleisesti hankintadirektiivin säännösten pohjalta tulisi toteuttaa.¹²⁸

Siten tämä tutkimus keskittyy siihen, miten sellaiset tutkimus- ja kehittämisspalvelut tulisi toteuttaa, joissa palvelu, jota kehitetään, ei vielä ole löydettävissä markkinoilta. On myös mahdollista, että hankintayksikkö pyrkii luomaan jo olemassa olevalle tuotteelle tai palvelulle tehokkaamman hankintaprosessin, jolloin tavoitteena ovat esimerkiksi kustannussäästöt tai prosessin tehokkuuden parantaminen.

Vaikka sivuankin tutkimuksessani esimerkiksi hankintadirektiivissä esiteltyä uutta hankintamallia, innovaatiokumppanuusmenettelyä, tutkimukseni pääpaino on PCP-hankintamallissa, joka pohjautuu alun perin komission tiedoksiintoon vuodelta 2007. Esikaupallisiin hankintoihin ei sovelleta hankintadirektiivin tutkimus- ja kehittämisspalveluihin koskevaa poikkeusta, sillä hankintayksikkö jakaa siihen liittyvän riskin ja tutkimustulokset t&k -kumppanin kans-

¹²⁷ Ks. jäljempänä kappale 3.1.4

¹²⁸ Ks. ainakin Pekkala & Pohjonen, 2015. Kappale 5, Hankintamenettelyn valinta.

sa.¹²⁹ Mallia on kuitenkin mielekästä käsitellä tässä yhteydessä, jotta vertailu muihin vastaaviin innovaatiohankintoihin ja valmisteluvaiheen toteutuksiin luonnistuu.

Teknologian tutkimus- ja kehittämiskeskus Tekes myöntää hankintayksiköille avustusta innovaatioita edistävien hankintojen suunnitteluun ja osaamisen hankkimiseen tai hankinnan sisältämän tutkimus-, kehittämis- ja innovaatiotoimintaan. Suorahankinta on mahdollinen, kun kyse on tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten valmistettavasta tavarasta. Tällöin edellytetään myös, ettei kyse ole massatuotannosta. Innovaatorahoituksen edellytyksenä on, ettei tuki mene erikseen yrityksen tuotekehittelykustannusten kattamiseen.¹³⁰ Tämä tutkimus keskittyy nimenomaan niihin tutkimus- ja kehittämispalveluihin, jotka on tarkoitus viedä lopulta kaupalliseen vaiheeseen.

3.1. Esikaupalliset hankinnat hankintalain sisällä

3.1.1. Yleistä

Hankintadirektiivin uutena hankintaelementtinä esiteltiin innovaatiokumppanuusmenettely, jonka yhtenä tarkoituksena oli ohittaa ne haasteet ja epävarmuudet, jota esikaupallisten hankintojen kohdalla (PCP) on jouduttu kohtaamaan. Toisaalta kyse on uudesta menettelystä, joka voidaan nähdä myös uutena tapana saavuttaa älykkään, kestävän ja jatkuvan kehityksen tavoitteet.¹³¹

Vaikka hankintadirektiivi toikin mukanaan uuden innovaatiohankintoihin keskittyvän hankintamenettelyn, ei esikaupallisen hankintamenettelyn mahdollisuutta kuitenkaan samalla poistettu. Tämä voi tosin johtua siitä luonnollisesta syystä, että esikaupallinen hankintamenettely ei ole varsinainen hankintamenettely Hankintadirektiivin tarkoittamassa mielessä, vaan erillinen valmisteluvaihe, joka on esitelty erillisessä komission asiakirjassa KOM(2007)799. Siten on luonnollista, ettei sitä ole mainittu Hankintadirektiivissä tai sen esitöissä. Se ei kuitenkaan estä näiden menettelyjen vertaamista. Varsinkin, kun sekä innovaatiohankinnoissa että esikaupallisissa hankinnoissa on sama valmisteleva esivaihe.

Yksi esikaupallisen hankintamallin etu suhteessa innovaatiokumppanuusmenettelyyn on se, että menettelyn toteutusmahdollisuudet ovat olleet olemassa jo useita vuosia ja menettelystä on siten käytännön kokemusta ja ennakkotapausaineistoa. Samaa ei voida sanoa innovaa-

¹²⁹ Ks. edellytysten osalta kappaleet 0. ja 2.2.

¹³⁰ Ks. Pekkala & Pohjonen, 2015. s. 383–384.

¹³¹ Ks. Andrecka, 2015. Kappale 3.2.

tiokumppanuudesta ja uuden menettelyn omaksumisessa on aina omat riskinsä ja epävarmuustekijänsä. Marta Andrecka toteaaakin, että ”Further guidance from the Commission would be welcomed to ensure an appropriate application, understanding and development of the innovation partnership.”¹³²

Esikaupallinen hankintamalli on siis Euroopan komission 2007 kehittämä menettely siihen, kuinka hankintaan tutkimus- ja kehittämispalveluita hankintaan hankintadirektiivin menettelysäännösten ulkopuolelta siten, että vasta valmis tuote kilpailutetaan ja siten, että hankinta noudattaa kuitenkin SEUT:n keskeisiä periaatteita. Olen käsitellyt johdannossa lyhyesti menettelyä ja kuvaan nyt tarkemmin prosessia.

Anca Ramona Apostol lainaa Euroopan komissiota seuraavasti:

”Demanding the development of innovative solutions can help contracting authorities to improve the quality of their public service and steer private innovative efforts towards solutions for the important challenges of our century (such as climate change, ageing population, shortage of natural resources etc.). Moreover, by conducting PCPs, contracting authorities can bring innovative ideas closer to commercialisation and can thus strengthen the innovative capabilities of European undertakings compared to their global competitors.”¹³³

Mallin julkaisussa pyrittiin siis Eurooppa 2020 -strategian mukaisesti kehittämään julkisten palveluiden laatua ja kehittämään innovaatioiden toteutusta lähemmäs kaupallistamista. Käytännössä innovaatiohankinnat ovat kuitenkin osoittautuneet haastaviksi, josta seuraavassa kappaleessa (3.1.2) lisää.

Tietyissä tilanteissa hankintayksikön on sallittua ohittaa koko hankintamenettelyyn liittyvä ongelma suoraan hankintana tietyltä yksittäiseltä ehdokkaalta. Tällöin kuitenkin edellytetään poikkeuksellisia olosuhteita. Tilanne voi olla ajankohtainen esimerkiksi, jos vain yksi yritys voi täyttää hankinnan vaatimukset. Tällöin hankintayksikön on kyettävä osoittamaan, ettei järkevää vaihtoehtoa ollut olemassa, mikä voi käytännössä tarkoittaa esimerkiksi tarjouskilpailun järjestämistä.¹³⁴

Toteuttaakseen onnistunutta PCP-politiikkaa valtion tulisi komission mukaan toimia älykkäänä asiakkaan vaatien pitkäkestoisia suunnitelmia ja tuloksia:

” Successful public procurement for innovation requires government purchasers to be intelligent customers who plan what they will need to buy, and how to buy it.

¹³² Ks. Andrecka, 2015. Kappale 7, Conclusion

¹³³ Ks. Apostol, 2012. Kappale 1, Introduction.

¹³⁴ Ks. Apostol, 2012 Kappale 3.3.

Communicating long-term plans to the market, to both existing and potential suppliers, gives the market time to react and develop solutions to the defined need.”¹³⁵

Toiminnan pitäisi siis olla jatkuvaa, yhdenmukaista ja kommunikoinnin selkeää. Tässä ei ehkä täysin ole onnistuttu, sillä menettelyn hyödyntäminen ei ole lähtenyt liikkeelle toivotussa laajuudessa.¹³⁶

3.1.2. PCP-hankintoihin liittyvät ongelmat

Komission esittelemä PCP-malli pyrkii innovaatiohankintojen toteuttamiseen Euroopan Horizon 2020 –tavoitteiden mukaisesti eli esimerkiksi jakamalla hankkeen kehittämiskustannuksia usean hankkijan ja kehittäjän kesken ja jakamalla riskiä toimittajan ja hankintayksikön välillä. Mallissa on kuitenkin tiettyjä ongelmia ja monimutkaisuuksia, jotka ovat varmasti osittain olleet vaikuttamassa siihen, että uudessa hankintadirektiivissä on otettu vaihtoehdoksi innovaatiokumppanuusmenettely.

Ensinnäkin menettely on jaksotettu vaiheisiin tavalla, joka pidentää hankinnan kestoa.¹³⁷ Kun innovaation hankinta jaetaan vaiheisiin, alkaa tutkimus tarpeen kartoituksella, jossa arvioidaan, mitä hankinnalla halutaan saavuttaa. Tämän jälkeen käsitellään tuoteideaa ja valitaan mahdolliset toimittajat. Kolmannessa vaiheessa on ratkaisun suunnittelu ja lopulta prototyypin laatiminen. Tämän jälkeen tulee vasta kaupallinen hyödyntäminen, jossa lopullinen toimittaja valitaan joko toimittajaehdokkaista, jotka osallistuivat tuotteen tai palvelun kehitykseen tai sitten vaihtoehtoisesti valitaan täysin kolmas osapuoli. Hankintaa koskevat normaalit hankintamenettelyn säännöt, jolloin kilpailun täytyy olla avointa ja tasapuolista jokaista tarjoajaa kohtaan.¹³⁸

Marta Andrecka kirjoittaa, että positiivisena ominaisuutena menettelyssä on se, että pidennetty menettely takaa läpinäkyvyyden ja tasapuolisuuden sekä vahvistaa kilpailua. Lisäksi pienet ja keskisuuret yhtiöt voivat oletettavasti paremmin osallistua kilpailutusprosessiin, kun prosessi on jaettu pienempiin osiin. Toisaalta negatiivisena ominaisuutena voidaan pitää sitä, että pitkitetty menettely nostaa kustannuksia ja mahdollistaa moninkertaiset sopimuskumppanit vaihdokset sekä tasapaino- ja lakiongelmat. Lisäksi oikean hankintamenettelyn valinta voi tuoda oman haasteensa kokonaisuuteen. Mikäli hankintayksikkö edellyttää tietotaidon säilyt-

¹³⁵ Ks. SEC(2007) 280. Guide on Dealing With Innovative Solutions in Public Procurement s. 5.

¹³⁶ Ks. SEC(2007) 280 s. 4. Opas laadittiin, koska tutkimus- ja kehityshankkeiden toteuttaminen ei ollut edennyt toivotulla tavalla.

¹³⁷ Ks. Andrecka, 2015. Kappale 3.2. Ks. myös tämän tutkimuksen johdannon kappale 1.2, johon on otettu esikaupallista hankintaa koskeva kuvaaja.

¹³⁸ Ks. KOM(799) 799 lopullinen s. 2-4.

tämistä hankintayksikön hallussa sopimuskumppanin vaihdostilanteissa, mikä voi olla oletettavaa ja jopa suotavaa hankintayksikön kannalta ajatellen, voi tarjoajilla on omat epäilyksensä tarjouskilpailuun osallistumisen kanssa.¹³⁹ On hyvinkin mahdollista, että menetetty tietotaito on arvoltaan suurempi kuin, mitä hankintayksikkö olisi vasta kehitysvaiheessa valmis maksamaan tarjoajalle.

Komission näkemys oli kuitenkin PCP-malliin liittyvistä haasteista huolimatta, että pitkällä tähtäimellä edut menisivät negatiivisten asioiden edelle¹⁴⁰. Tämän näkemyksen voidaan otaksua osittain muuttuneen, koska Komissio näki tarpeelliseksi uuden direktiivin julkaisun, uusi-ne innovaatiomenettelyineen. Lisäksi innovaatio käsitteenä määriteltiin ensimmäisen kerran uudessa hankintadirektiivissä (käsitelty tutkimukseni johdannossa)¹⁴¹.

Ehkä yhtenä suurimmista ongelmista PCP-mallissa voidaan nähdä se, että menettelyn osiin jakamisen jälkeen varsinaisella tuotteen tai palvelun kehittäjällä yhteistyössä hankintayksikön kanssa ei ole mitään takuita siitä, että tämä saa viedä hankinnan kaupalliseen vaiheeseen asti. Tämä itsessään voi tuoda paljon legaalisia epävarmuustekijöitä, minkä lisäksi on otettava huomioon se, ettei tekijänoikeuksien siirtyminen tekijältä toiselle ole mitenkään itsestään selvää. Andreckan mukaan on mahdollista, että tällainen sopimuskumppanin jatkuva vaihtaminen voi johtaa ”kirsikoiden poimimiseen” siten, että lopulliseen tarjoukseen valitaan parhaat ominaisuudet jokaiselta yksittäiseltä tarjoajalta. Teoriassa hankintayksiköllä on joka hankintavaiheessa mahdollisuus valita paras mahdollinen sopimuskumppani, mutta käytännössä legaaliset ja käytännölliset ongelmat useinkin estävät tämän. Yritykset tuskin myöskään luovuttavat mielellään omaa tietotaitoa kilpailevien yritysten haltuun – ainakaan korvauksetta.¹⁴²

Koska kehitystyön jatkaminen muuttuu mahdottomaksi, mikäli tuloksia ei saada jakaa uuden sopimuskumppanin kanssa, voi hankintayksikkö joutua rajaamaan yksinoikeudella tutkimustulokset silloinkin, kun siihen ei käytännössä muusta syystä olisi tarvetta, jolloin kustannukset perusteetta nouset korkeammalle kuin, mikä olisi tarpeellista¹⁴³. Joissain tapauksissa tämän rajauksen tekeminen on perusteltavissa, mutta yleisesti ei. Hankintayksiköiden keskeisimpänä tavoitteena voidaan pitää omien kustannusten laskemista ja uusien toteutustapojen hakemista. Viranomaistahot eivät myöskään joudu kilpailemaan markkinaehtoisesti pysyäkseen toimin-

¹³⁹ Ks. Andrecka, 2015. Kappale 3.2.

¹⁴⁰ Ks. KOM(2007)799 s. 9

¹⁴¹ Ks. Direktiivi 2014/24/EU Johdannon kohta 22.

¹⁴² Ks. Andrecka, 2015. kappale 3.2.

¹⁴³ Ks. KOM(2007)799 s. 5 sekä Andrecka, 2015. Kappale 3.3.

nassa, jolloin kehitystyön tuloksien jakamisesta muiden viranomaistahojen kanssa ei aiheudu välttämättä suurta rahoitusongelmaa.¹⁴⁴

Esikaupallisen hankintamallin hyödyntämisestä olisi mahdollista tehdä houkuttelevampaa laskemalla tutkimus- ja kehitystyöstä koituvia riskejä. Tällöinkin tulisi kuitenkin varmistaa, ettei markkinoiden toimintaa vääristetä. Tämä voitaisiin toteuttaa esimerkiksi tutkimus- ja kehitystyöstä saatavien taloudellisten hyötyjen vähentämisellä. Vaihtoehtoisesti taloudellista riskiä kasvattamalla voitaisiin markkinoita vääristämättä myös tuloksia kompensoida paremmilla tuotto-odotuksilla.¹⁴⁵

3.1.3. Esikaupalliset hankinnat toimittajan näkökulmasta

Viitataan aikaisempaan kappaleeseen ja totean, että tietyt ongelmat esikaupallisessa hankintamallissa saattavat vähentää toimittajan halukkuutta osallistua hankintamenettelyyn tai innovaation toteutukseen. Tekijänoikeudelliset ongelmat ja se, ettei toimittaja välttämättä pääse haluamallaan tavalla kaupallisesti hyötymään itse kehittämästään konseptista, eivät motivoi toimittajia ryhtymään yhteistyöhön hankintayksikön kanssa. Vaikka ongelma on ensisijaisesti toimittajalähtöinen, eikä yksittäisessä tapauksessa tällä ole välttämättä merkitystä hankintayksikölle, näkyvät ongelmat myös hankintayksikön puolella mahdollisten yhteistyökumppaneiden määrissä ja myös esikaupallisten hankintojen kustannuksissa.¹⁴⁶

Olen esitellyt aikaisemmin hankintalain ulkopuolisissa menettelyissä velvollisuutta kohdella tarjoajia syrjimättömästi ja tasapuolisesti, ja luonnollisesti nämä velvollisuudet ovat voimassa myös hankintalainsäädäntöä sovellettaessa silloin, kun hankintalainsäädännössä (kansallinen säädöstaso ja EU-taso) ei ole yksityiskohtaisempia säännöksiä, joita tulisi tapaukseen soveltaa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyssä asiassa C-21/03 ja C-34/03 (jäljempänä Fabricom) todetaan perustuen direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohtaan, että ”hankintaviranomaisen on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.¹⁴⁷”. Lisäksi asiassa todettiin perustuen direktiiviin 93/36 5 artiklan 7 kohtaan, että ”Hankintaviranomaisten on

¹⁴⁴ Andrecka, 2015. Andrecka toi ajatuksen esille ja lisäksi arvioin asiaa perustuen tutkimukseni alussa esiteltyihin kustannuslaskelmiin (hankintojen arvot) sekä yleiseen väestökehitykseen pohjaten.

¹⁴⁵ Ks. Euroopan komissio, 2011. s. 15. Raportin sisällöstä tarkemmin ks. kappale 3.1.6.

¹⁴⁶ Ks. Kappale 3.1.2. Ks. myös Hansen, 2012. s. 319. Kilpailun varmistaminen luo kilpailua ja kustannussäästöjä.

¹⁴⁷ Fabricom, kohta 4

huolehdittava, ettei eri tavarantoimittajia kohdella eriarvoisesti”¹⁴⁸ ja edelleen direktiivin 93/38 4 artiklan 2 kohtaan perustuen, että "Hankintayksiköiden on huolehdittava, ettei ketään tavarantoimittajaa, urakoitsijaa tai palvelujen suorittajaa syrjitä." ¹⁴⁹

Kun esikaupallisissa hankinnoissa hankintamenettely on jaettu esikaupalliseen ja kaupalliseen hankintavaiheeseen ei tarjoaja voi mitenkään varmistaa, että esikaupallisessa vaiheessa kehitetty T&K -projekti (tutkimus- ja kehitystyö) johtaa aikanaan myös varsinaisen kaupallisen toteutuksen päätymiseen kyseiselle kehittäjälle. Toki voidaan olettaa, että mikäli kehitetty innovaatio menee kaikkien muiden vaihtoehtoisten toteutusmuotojen edelle ja on toteutustavaltaan niin edistyksellinen, että tarjoaja kykenee voittamaan julkisen tarjouskilpailun, on perusteltuakin myöntää hankkeen toteutus tälle taholle. Syrjiminen ei kuitenkaan ole sallittua myöskään tätä toteutettaessa, vaan kaikkien tarjoajien tulisi olla kilpailutusvaiheessa olla samalla lähtöviivalla.¹⁵⁰

Mikäli tasapuolista kohtelua ei kyetä kilpailutusvaiheessa varmistamaan, voi olla mahdollista, että esikaupallisessa vaiheessa sopimuskuppanina toiminut taho joudutaankin itse asiassa sulkemaan tarjouskilpailun ulkopuolelle. Fabricom-asiassa tuomioistuin lausui seuraavasti (kohdat 33-35):

”Tältä osin on todettava, että pääasioissa kyseessä olevan säännön kaltaisessa säännössä ei jätetä tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneelle henkilölle mitään mahdollisuutta osoittaa, että häntä koskevassa yksittäistapauksessa ei esiinny tämän tuomion 29 ja 30 kohdassa esitettyjä ongelmia. Tällaisella säännöllä kuitenkin ylitetään se, mikä on tarpeen tarjouksentekijöiden yhdenvertaista kohtelua koskevan tavoitteen saavuttamiseksi. Mainitun säännön soveltamisesta voi nimittäin seurata, että tiettyjä valmistelevia töitä suorittaneet henkilöt suljetaan pois tarjouskilpailumenettelystä ilman, että heidän osallistumisensa siihen sisältäisi minkäänlaista tarjouksentekijöiden väliseen kilpailuun kohdistuvaa riskiä.”

Tuomion perusteella on selvää, että tutkimus- ja kehitystyöhön osallistunutta tahoja ei suoraan voida sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle sillä perusteella, että tällä olisi muihin nähden kilpailua vääristävä asema. Tarjoajalle on vähintään annettava mahdollisuus selvittää, millä perusteilla tämä tulisi ottaa mukaan tarjouskilpailuun. Lisäksi hankintayksikön olisi syytä selvittää, voitaisiinko tasapuolista kohtelua toteuttaa jollain muulla tavalla kuin yhden tarjoajan poissulkemisella.

¹⁴⁸ Fabricom, kohta 5

¹⁴⁹ Fabricom, kohta 6

¹⁵⁰ Ks. KOM(2007)799 lopullinen s. 9

Vähän vastaavasti korkein hallinto-oikeus on asiassaan KHO 2003:74 käsitellyt tasapuolista kohtelua ja syrjimättömyyttä. Vaikka kansallisen tuomioistuimen ratkaisut eivät välttämättä ole kansainvälisesti merkittäviä, on korkein hallinto-oikeus joutunut perusteluissaan ottamaan kantaa myös kansainväliseen säädöspohjaan siltä osin kuin se on tapauksessa merkityksellinen. Lisäksi tämä tutkimus käsittelee kuitenkin ensi sijassa kotimaisia hankintoja. Tilanteessa ei ollut kyse esikaupallisesta hankinnasta, mutta perusteluissa on piirteitä, jotka auttavat hahmottamaan tarjousprosessia.

Tapauksessa yhtiö V oli osallistunut hankkeen osan suunnittelun toteuttamiseen ja jätti myöhemmin tarjouksen koko hankkeen toteuttamisesta. V rajattiin menettelyn ulkopuolelle, sillä osahankkeen suunnittelun toteuttaminen olisi tuonut V:lle perusteetonta kilpailuetua. V valitti päätöksestä, sillä osahankkeella ei sen mielestä ollut merkitystä varsinaisen hankkeen osalta, eikä hankintayksikkö ollut osoittanut konkreettista kilpailuetua.

Mielenkiintoiseksi tapauksen tekivät KHO:n pohdinnat, joissa todettiin, että hankintayksikkö olisi voinut ongelmiin etukäteen huomiota kiinnittämällä välttää tasapuolisen kohtelun vaarantumisen ja ehkä jopa välttää V:n sulkemisen tarjouskilpailun ulkopuolelle. Lisäksi, mikäli V tai muu taho olisi etukäteen ollut tietoinen mahdollisuudesta joutua suljetuksi ulos varsinaisesta tarjousmenettelystä, olisi V kyennyt tähän varautumaan, eikä tarvetta muutoksenhauille olisi välttämättä ollut. Tapauksessa V:n rajaaminen tarjouskilpailun ulkopuolelle olisi ollut myös mahdollisesti vältettävissä, mikäli kaikilla muilla tarjouskilpailuun osallistuvilla tahoilla olisi ollut mahdollisuus tutustua niihin asiakirjoihin ja muihin seikkoihin, jotka tekivät V:n aseman poikkeukselliseksi muihin nähden.

Esikaupallisissa hankinnoissa ei välttämättä ole mahdollista tuoda kaikkia toimittajia samalle viivalle tutkimus- ja kehitystyöhön osallistuneen tason kanssa. Mikäli on alusta asti selvää, ettei kaupallista toteutusta voida toteuttaa saman sopimuskumppanin kanssa, tulisi tämä ottaa huomioon jo tutkimus- ja kehitystyötä käynnistettäessä. Esikaupallisissa hankinnoissa on kyse nimenomaan riskien jakamisesta, ei riskien kasaamisesta pelkästään sopimuskumppanin harteille siten, että mahdolliset tuotot realisoituvat siinä vaiheessa, jos tutkimus- ja kehityskumppani joskus valitaan kaupalliseksi toteuttajaksi.¹⁵¹ Toisaalta riskien jakaminen tarkoittaa myös sitä, että mikäli kehitystyö ei onnistukaan tavalla tai toisella, myös sopimuskumppani kärsii osan taloudellisista seurauksista. Riski on osa markkinoilla toimimista, eikä ole esikaupallisen

¹⁵¹ KOM(2007)799 s. 9-10

hankintamallin tarkoituksena poistaa sitä, sillä tällöin olisi kyse nimenomaan tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun vastaisesta menettelystä ja kielletystä syrjinnästä.

Riskin toteutumisesta on kirjoittanut esimerkiksi Ping Wang¹⁵²:

“...the risk arises out of the fact that the service provider bears the cost of providing the service, and obtains income to cover those costs and make a profit only if it is successful in generating revenue by exploiting the services by selling them to the public.”

Mahdollisuus siihen, ettei yksityinen toimija teekään voittoa kehittämällään tuotteella tai palvelulla, on se mikä jokaisen markkinaehtoisesti toimivan yrityksen on tavalla tai toisella kohdattava. Joidenkin yritysten kohdalla riski voi olla teoreettinen, mutta se on silti olemassa taustalla. Ilman riskiä markkinoiden toiminta vääristyisi epäreilun kilpailuedun takia. Carina Risvig Hansen näyttää päätyvän siihen lopputulokseen riskin osalta, että ei ole mitään tiettyä riskin määrää, mikä määrittäisi, koska yritys toimii markkinaehtoisesti ja milloin on kyse kielletystä kilpailun vääristämisestä, vaan tämä riippuu toimintaympäristöstä.¹⁵³

Joka tapauksessa Hansen toteaa:

“Hence, the economic operator must bear the risk of profiting from the contract by being exposed to elements such as competition from the market financing and whether he is guaranteed payment. Thirdly the risk arising from operating the service must be substantial. However, the risk can be limited in cases where due to legislation in a specific sector (most likely only in the utilities sector), the contracting authority does not have a risk if the service were to be provided in-house.”

Riskin tulee siis lainaukseen perustuen olla merkittävä, mutta sitä voivat rajoittaa esimerkiksi lainsäädännölliset yksityiskohdat tietyillä aloilla.

Hankintayksikön osalta riskiä tutkimus- ja kehittämisspalveluista voitaisiin mahdollisesti jakaa toteuttamalla hankkeita useamman hankintayksikön kesken yhteisenä hankintamenettelyinä. Riskiä voitaisiin jakaa mahdollisesti jopa jäsenvaltioiden välillä keskinäisillä yhteistyösopimuksilla:

”In addition to the fact that PCP can be implemented at local, regional and national level, in some cases there may also be an interest from public purchasers to undertake a joint cross-border pre-commercial procurement with administrations in other Member States. Pooling together procurement needs through cooperation between public purchasers would reduce the R&D cost and risk for the individual public purchasers, provide critical mass on the demand side, stimulate competition

¹⁵² Wang, 2010 s. 133

¹⁵³ Ks. Hansen, 2012. s. 101-102

and exploit economies of scale and scope. Joint cross-border pre-commercial procurement could also contribute to solving common European issues, for example in sectors requiring interoperability and coherence of solutions across borders. Respondents to the survey report that cross-border joint procurements are generally implemented through bilateral agreements which define the applicable legislation and place of jurisdiction in case of disputes. Although this may be feasible for very large transnational projects, as the majority of public procurements are done by relatively small procurers at the local and regional level in Europe, it is cumbersome to establish fully comprehensive bilateral transnational agreements for every such smaller scale joint procurement. A default legal framework agreed by all Member States that could apply in such cases would be ideal.”¹⁵⁴ (korostus lisätty)

3.1.4. Esikaupallisten hankintojen tehokas toteuttaminen

Hankintayksikön pyrkimys toteuttaa innovaatioprosessi tehokkaasti voi johtaa siihen, että yksikkö pyrkii esikaupallisen (pre-commercial) ja kaupallisen (commercial) hankinnan yhdistämiseen yhdeksi menettelyksi. Tämä on mahdollista uuden hankintadirektiivin 31 artiklan innovaatiokumppanuusmenettelyssä.¹⁵⁵ Lisäksi vaihtoehtoina uuden direktiivin osalta ovat tarjousperusteinen neuvottelumenettely ja kilpailullinen neuvottelumenettely, joissa molemmissa on myös yhdistetty esikaupallinen ja kaupallinen vaihe. Tämän kappaleen tarkoituksena on kuitenkin selvittää, voidaanko PCP-mallia hyödyntää vielä siten, että sitä voidaan pitää varteenotettavana vaihtoehtona Hankintadirektiivin mukaisiin hankintamenettelyihin verrattuna. Tätä selvitän oikeuskäytännön ja aiheeseen liittyvän oikeuskirjallisuuden perusteella.

On luonnollista, että kun yritys on tuottanut tutkimus- ja kehittämisspalveluun liittyen tuloksia, jotka olisi seuraavaksi tarkoitus kaupallistaa ja ottaa hankintayksikön käyttöön, on kehittäjäyritykselle huomattava etulyöntiasema muihin toimijoihin nähden. Tämä on samalla haitta, sillä se voi aiheuttaa kehittäjän sulkemisen pois tarjouskilpailusta, kuten kävi ratkaisussa KHO 2003:74. Tasapuolisen kohtelun periaate edellyttää takaamaan kaikille yhtäläiset mahdollisuudet. Lisäksi hankintaprosessin tulee olla avoin ja läpinäkyvä. Poissulkemisen sijaan tilannetta voidaan koettaa tasoittaa, tarjoamalla muille halukkaille mahdollisuus tutustua tutkimus- ja kehitystyön tuloksiin. Tähän liittyen olen käynyt aikaisemmin Fabricom -tapausta, jossa käsiteltiin unionin perusperiaatteita eli syrjimättömyyttä ja tasapuolista kohtelua.¹⁵⁶

Mielenkiintoinen tapaus on *European Dynamics v Commission* (Asia T-345/03), jossa otettiin kantaa siihen, että kaikkia etuoikeuksia ei tarvitse neutralisoida. On olemassa sellaisia perus-

¹⁵⁴ Euroopan komissio, 2011. s. 5-6.

¹⁵⁵ Ks. Kappale 3.1.1.

¹⁵⁶ Ks. Apostol, 2012. kappale 4. Obligation to ensure a ‘level playing field’

teltuja kriteereitä, joihin liittyvä etulyöntiasema muihin nähden on sallittua ja hyväksyttyä, eikä tämä ilmeisestikään riko syrjimättömyyden ja tapapuolisen kohtelun periaatteita:

”Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen edellyttää kuitenkin tässä erityisessä asiayhteydessä kyseessä olevien etujen keskinäistä punnintaa.

Jotta siis voidaan mahdollisimman suuressa määrin säilyttää tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaate ja välttää hankkijatoimielimen edun vastaiset seuraukset, aiemman toimeksisaajan tai tähän alihankintasopimuksella sidoksissa olevan tarjoajan mahdollisten etujen vaikutus on kuitenkin poistettava, mutta vain siinä määrin kuin kyseinen poistaminen on teknisesti helppo toteuttaa, se on taloudellisesti hyväksyttävää eikä se loukkaa aiemman toimeksisaajan tai **mainitun tarjoajan oikeuksia**.¹⁵⁷

Apostol esittää esimerkkinä tarjoajan oikeuksista immateriaalioikeudet.¹⁵⁸ Tuomio on siinä mielessä hieman yllättävä, että useimmiten tutkimus- ja kehittämisspalveluissa, kun kehitetään jotain uutta, syntyy immateriaalioikeuksia, jotka kuuluvat usein yritykselle. Yritys myös on saattanut jo omistaa jotain sellaisia immateriaalioikeuksia, joiden avulla uutta tutkimus- ja kehitystyötä on toteutettu ja todennäköisesti onkin omistanut. Täten tällaisten oikeuksien olemassaolo saattaisi estää kilpailuttamisen kokonaan, kunhan tutkimus- ja kehitystyön tuloksena on syntynyt jotain sellaista, joka muuten kilpailutuksessa voittaa muut markkinoilla olevat ratkaisut. Sinänsä en kuitenkaan näkisi tässä varsinaisesti suurta ongelmaa kahdestakin syystä.

Ensinnäkin, ilman kehitystyötä, tällaista tulosta ei olisi koskaan välttämättä syntynyt ja tämän kaupallistaminen tarjoaa mahdollisuuden ratkaisun hyödyntämiseen myös asiakkaille. Toiseksi, tälle yritykselle, joka on kehittänyt ratkaisun hankinnan kohteena olevaan ongelmaan, on syntynyt riski mahdollisesta epäonnistumisesta, mikäli ratkaisua ei koskaan saadakaan valmiiksi. Kaikissa tilanteissa on siten pyrittävä varmistumaan siitä, että markkinoilla toimivat yritykset toimivat markkinaehtoisesti ja korvaus julkisista hankinnoista maksetaan markkinahinnalla. Riskittömyys vääristää kaikissa tilanteissa markkinoiden toimintaa, mikäli yritys pystyy hyödyntämään tämän riskittömän kehitystyön tuloksia missään muodossa kaupallisessa toiminnassaan.

Albert Sánchez Graells tuntuu olevan sitä mieltä, että tuomioistuimen tulkinta asiassa T-345/03 johtaisi siihen, että hankintayksikkö voi ottaa kilpailutusvaiheessa huomioon myös sopimuskumppanin vaihtamisesta aiheutuvat kohtuulliset kustannukset. Vaihtokustannukset

¹⁵⁷ Asia T-345/03, kohdat 75–76.

¹⁵⁸ Ks. Apostol, 2012. kappale 4.

tulisi häneen mukaansa joutua tasapainottamaan kilpailutuksessa vain, kun tasapainotus on helppo toteuttaa ja taloudellisesti hyväksyttävää.¹⁵⁹ Teoria on siinä mielessä helppo hyväksyä, että sen kumoaminen saattaisi johtaa koko periaatteen merkityksen menetykseen. Toisaalta ajatus tuntuu antavan jopa liian paljon valtaa hankintayksiköille, joiden vastuulla on arvioida, milloin etuaseman neutraloiminen on teknisesti helppo toteuttaa ja taloudellisesti hyväksyttävää. Lisäksi etua ei saisi poistaa silloin, kun se loukkaa tarjoajan oikeuksia.

Esimerkkinä kielletystä menettelystä hankintaa toteuttaessa voidaan nähdä unionin yleisen tuomioistuimen tuomio asiassa T-461/08, jossa tarjouskilpailun voittaja oli jo paikalla oleva palveluntuottaja. Lisäksi hankintamenettelyssä syntyi tarjouskilpailun voittajalle sellaisista seikoista johtuva etulyöntiasema, joka olisi kyetty välttämään huolellisemmalla tarjouspyynnöllä. Tuomioistuin päätyi toteamaan hankintayksikön päätöksen lainvastaiseksi muun muassa seuraavilla perusteilla:

”Vaikka sopimuksentekoperusteella, joka koskee valmiutta muodostaa työtiimi omilla resursseilla, piti voida arvioida erityisesti sitä, oliko tarjouksentekijällä riittävä määrä pätevää ja kokenutta henkilökuntaa vastaamaan EIP:n lisäpalvelupyynnöihin, se oli muotoiltu epämääräisesti ja epätarkasti, sillä, kuten erityisesti hankintaeritelmän 4.2 kohdasta käy ilmi, kyseisen henkilöstön osalta ei ollut ennalta määriteltä mitään optimaalista lukumäärää, eikä EIP ollut ilmoittanut tarjouksentekijöille tältä osin tarkkaa määrällistä tietoa. Tosin hankinnan alan kuvausta koskevassa hankintaeritelmän 1.2 kohdassa ilmoitettiin, että kymmenen henkilöä, jotka eivät kuuluneet EIP:n henkilökuntaan, oli varattuna kyseessä olevaan tietotekniikkasovellukseen liittyviin hankkeisiin ja että sillä hetkellä käynnissä oli kymmenkunta hanketta. Lisäksi oli ilmoitettu, että tulevina vuosina erityisesti hankkeiden toiminnan volyymin piti vähetä niin, että potentiaalisten tarjouksentekijöiden oli pidettävä hankintaeritelmissä mainittuja lukuja enimmäismäärinä. Sen jälkeen oli kuitenkin välittömästi täsmennetty, ettei ollut poissuljettu, että EIP:n hyväksymistä uusista lainatoimeksiannoista tai erityisistä operaatioista saattoi syntyä hankkeiden osalta uusia toimintahuippuja.

Koska tarjouskilpailun **voittanut tarjoaja oli myös jo paikalla oleva palvelujen tuottaja**, joka vastasi kyseessä olevaan tietotekniikkasovellukseen liittyvien hankkeiden kehittämisestä, ylläpidosta, tukipalveluista ja toiminnasta, se myös pystyi parhaiten arvioimaan kokemuksensa perusteella, mitkä olivat EIP:n **todelliset tarpeet** omista resursseista muodostettavaa työtiimiä koskevan valmiuden osalta hankintasopimuksen täytäntöönpanon yhteydessä mahdollisesti ilmeneviin EIP:n lisäpalvelupyynnöihin vastaamiseksi. Tästä seuraa, että sopimuksentekoperusteen, joka koskee valmiutta muodostaa työtiimi omilla resursseilla, **epätarkkuus on käytännössä saattanut suosia jo paikalla olevaa tarjouksentekijää muiden tarjouksentekijöiden vahingoksi ja erityisesti kantajan vahingoksi, mikä loukkaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, jonka mukaan tarjouksentekijöillä on olta-**

¹⁵⁹ Graells, 2015. s. 413-417

va samat mahdollisuudet niiden laatiessa tarjouksensa ehdot.¹⁶⁰ (korostus li-sätty)

Mikäli tarjouspyynnössä olisi tarkemmin yksilöity se, minkälainen on todellinen työvoiman tarve ja muutenkin pyritty ottamaan huomioon se, että vain yksi tarjouskilpailuun osallistujista todellisuudessa tunteen hankintayksikön käytännöt, olisi muillakin tarjoajilla oletettavasti ollut mahdollisuus voittaa hankintakilpailu. Tuomiosta ei ole mielestäni kuitenkaan luettavissa (kuten ei pitäisikään olla), että hankintayksikkö olisi jotenkin asettanut vaatimustason liian korkealle. On tuomion perusteella täysin hyväksyttävää, että vain yksi tarjoaja ylittää hankintayksikön vaatimalle tasolle, kunhan mahdollisuudet tarjouksen tekemiselle ovat samat.

Äskeisen kappaleen päättelystä voidaan johtaa, että hankintayksiköllä on mahdollisuus asettaa esikaupallisille hankintamenettelyille ja kaupalliselle hankintamenettelylle samat vaatimustasot, jolloin vain hankintayksikön edellyttämät kriteerit täyttävä tarjous/tarjoukset voidaan hyväksyä. Tästä seuraa se, että kun esikaupallisessa hankintamenettelyssä on kehitetty jotain oikeasti merkittävää, voi hyvin olla mahdollista, että vain esikaupallisessa hankintamenettelyssä mukana ollut taho kykenee täyttämään hankintayksikön edellyttämät kriteerit. Tämä puolestaan ei ole sellaisenaan syrjivää toimintaa täysin vastaavilla perusteilla.¹⁶¹

Jos kerran tutkimus- ja kehittämisvaiheessa syntyneet uudet ratkaisut on täysin mahdollista ottaa huomioon tarjouspyyntöä laadittaessa, miten voi olla mahdollista, että esikaupallisten hankintojen hyödyntäminen on koettu haasteelliseksi¹⁶²? En koe kysymystä ongelmallisena. On täysin ymmärrettävää, että liiketoiminnan harjoittaminen markkinaehtoisesti voi olla haastavaa. Koko liiketoimintalogiikkaan kuuluu se, että vain onnistuneet hankkeet tuottavat toimittajalleen korvauksen tehdystä työstä. Ei ole mitenkään yksinkertaista kehittää jotain sellaista uutta, mitä kukaan muu ei olisi aikaisemmin toteuttanut – ja juuri tähän on esikaupallisten hankintojen tarkoitus. Tarkoitus on toteuttaa jotain sellaista uutta, jolla sama toiminto tai jokin uusi toiminta saadaan toteutettua pienemmillä resursseilla tai tehokkaammin tai muulla tavoin paremmin. Sellaisissa tutkimuksissa, joissa ei todellisuudessa onnistuta toteuttamaan mitään uutta, ei olisi alun perinkään tullut käyttää esikaupallista hankintamallia, vaan tällöin olisi tullut hyödyntää olemassa olevia hankintadirektiivin mukaisia menettelyjä soveltuvin osin

¹⁶⁰ Asia T-461/08, Evropaiki Dynamiki, kohdat 149-150.

¹⁶¹ Ks. Apostol, 2012. Kappale 4.

¹⁶² Ks. Kappale 3.1.2.

Ongelmaksi esikaupallisissa hankinnoissa näyttääkin mielestäni muodostuvan se, ettei heikossa taloustilanteessa mahdollisesti olevilla hankintayksiköillä olisi välttämättä varaa käyttää rahaa sellaisiin tutkimushankkeisiin, jotka eivät todellisuudessa johdakaan mihinkään uudistuksiin. Eikä kysymys välttämättä ole edes hankintayksikön taloudellisesta asemasta. Kun tarkoitus on hakea uusia innovatiivisia ratkaisuja ongelmiin ja ratkaisuja ei tutkimus- ja kehitystyöllä sitten löydykään tai ratkaisut eivät ole tarpeeksi vakuuttavia, voi hankintayksikön olla joka tapauksessa vaikea perustella jälkikäteen hankkeen järkevyyttä.

Vastuuta ei kuitenkaan mielestäni tulisi syyttää pelkästään hankintayksiköiden niskaan. Oikean hankintamenettelyn valintaa ei käsitykseni mukaan ole tehty ongelmattomaksi ja epäonnistuneesta valinnasta aiheutuvat kustannusriskit voivat olla merkittäviä ja viivästyttää joskus isoakin hanketta. Riskit väärän menettelyn valinnasta ovat suuret, kun toiminta voi pahimmillaan johtaa koko hankintasopimuksen tehottomuuteen.¹⁶³ Ei siten olisi välttämättä mitenkään huono ajatus, että oikean hankintamenettelyn tarkistuttaminen jollain tavoin etukäteen tehtäisiin mahdolliseksi yksinkertaisessa, huokeassa ja tehokkaassa viranomaisprosessissa. Prosessin laatiminen ei välttämättä ole helppoa, mutta sellaiselle olisi varmasti kyllä kysyntää. Viranomainen ei voi kaikissa tilanteissa edes hyväksyä vaihtoehtoa hankkeen epäonnistumisesta, vaan hankintayksikön toimiessa virkavastuulla ja suorittaessaan sille laissa säädettyjä tehtäviä, sen on korvattava epäonnistunut hanke toisella, mikä voi nostaa hankkeen kustannuksia entisestään.

Apostol argumentoi, että vaikka tehokkailla ja vaativilla tarjouspyyntökriteereillä voidaan käytännössä mahdollistaa se, että esikaupallisessa hankintamenettelyssä mukana ollut sopimuskomppani pääsee toteuttamaan myös kaupallista vaihetta, tekee hankintayksikkö tämän ottaen itselleen merkittävän riskin hankinnan toteuttamisesta. Hankintayksikkö ei etukäteen voi olla täysin varma, että se ei joudu vastaamaan menettelystä oikeudessa, mikäli tarjouspyyntö on tehty hieman huolimattomasti.¹⁶⁴ Apostolin argumentointi on vakuuttavaa. On lisäksi epäloogista, että niitä hankintayksiköitä rankaistaisiin, jotka pyrkivät kehityksen kärjessä kehittämään uusia innovatiivisia ratkaisuja. Pikemminkin mahdollisuus epäonnistua tulisi ottaa huomioon kevyempänä säädöspohjana, mikä lisäisi menettelyn houkuttelevuutta.

¹⁶³ Ks. myös Halonen, 2015. Hankintasopimuksen tehottomuus.

¹⁶⁴ Ks. Apostol, 2012. Kappale 5. Conclusions.

3.1.5. Syrjimättömyys ja tasapuolinen kohtelu esikaupallisissa hankinnoissa

Esikaupallisissa hankinnoissa riskinä on, että hankinta toteutetaan siten, etteivät tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden edellytykset toteudu. Kun hankinta kilpailutetaan vasta valmiin ratkaisun löytyessä, ei tähän vapaampaan valmisteluvaiheeseen ennen kilpailutusta välttämät huomata kiinnittää tarpeeksi huomiota ja hankinnassa päädytään vääristämään kilpailua. Tämä taas puolestaan ruokkii kustannusten kasvua ja on este vapaalle markkinataloudelle. Tutkimus- ja kehitystyössä tarkoituksena on riskin jakaminen markkinaehtoisesti hankintaosa-puolien kesken.¹⁶⁵

Tutkimus- ja kehitystyötä toteutettaessa on myös mahdollista, että huonosti suunniteltu rahoitusjärjestely tulkitaan kielletyksi valtiontueksi, jos sopimuskumppani saa valtionrahoituksella edistää riskittömästi omaa bisnestään, jonka jälkeen siten tutkimustuloksia voidaan hyödyntää kaupallisella puolella. Euroopan yhteisön perustamissopimuksen konsolidoitu toisinto määrittelee valtiontuen valtion varoista jossakin muodossa myönnettyksi tueksi, joka vääristää tai uhkaa kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa. Tällainen tuki on sallittu vain tietyissä poikkeustapauksissa. Esikaupallisten hankintojen osalta kielletyn valtiontuen riski on mielestäni määritelty tiivistetysti komission tiedoksiintoon KOM(2007) 799:

”If the risk benefit sharing does not take place under market conditions, and the price paid for the services provided is higher than market price, this will normally be regarded as State aid that will have to be notified to and assessed by the Commission according to Articles 87-88 of the EC Treaty and the State aid Framework for Research, Development and Innovation.”¹⁶⁶

Siten toiminnan riskillä on suora yhteys siihen, voidaanko toiminta katsoa kielletyksi valtiontueksi ja vastaavasti myös siihen syrjitäänkö tutkimus- ja kehitystyössä muita toimijoita vai onko markkinaehtoisuus varmistettu riittävällä tasolla. Liiketoiminnan riskillä on siis merkittävä rooli syrjimättömyyttä ja tasapuolisuutta arvioitaessa. Pekkala & Pohjonen kirjoittaa, että “Mikäli rahoitus kilpailutetaan avoimesti, ei se ole lähtökohtaisesti julkista tukea. Tuen kilpailutuksella on siten eräänlainen "puhdistava vaikutus" myös valtiontukivalvonnan kannalta.”¹⁶⁷ Joissain tilanteissa tuen kilpailutuksella olisi siis ehkä mahdollisuus välttää myös niitä riskejä, mitä esikaupallisten hankintojen rahoitukseen liittyy. Tällöin kyse ei kuitenkaan olisi enää esikaupallisesta hankintamallista, vaan tähän voisi soveltua esimerkiksi innovaatiokump-

¹⁶⁵ Ks. KOM(2007) 799 lopullinen s. 7.

¹⁶⁶ KOM(2007)799 lopullinen s. 7

¹⁶⁷ s. 214, suorahankintaan oikeuttavat yhteistyöjärjestelyt.

panuusmenettely, jossa kilpailutus tapahtuu ennen kehitystyön aloittamista.¹⁶⁸ En kuitenkaan pitäisi mahdottomana ajatusta, että myös esikaupallisista hankinnoista julkaistaisiin ainakin vapaamuotoinen hankintailmoitus, jolloin kaikki halukkaat osapuolet voisivat osallistua tarpeenkartoituvaiheeseen ja sitten toteutuskelpoisista ideoista valittaisiin kaikkein varteenotettavimmat. Tämäkään ei tarkoita, etteikö valmista ratkaisua tulisi vielä lopuksi kilpailuttaa, mutta ainakin riski osapuolten syrjintään vähentyisi, kun kaikki hankkeesta kiinnostuneet tahot olisivat tietoisia hankkeesta.

Jotta tasapuolisuus ja syrjimättömyys voidaan varmistaa, tulee EU:n prosessin olla avoin ja läpinäkyvä, jolloin ulkopuolisella on mahdollista tutustua menettelytapoihin ja siihen, miten lopputulokseen on päädytty. SEUT:n 18 artiklan mukaisesti ” Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta perussopimusten erityismääräysten soveltamista.” Lisäksi sopimuksessa on lukuisia muita vastaavia edellytyksiä, kuten 37 artiklan kielto syrjiä jäsenvaltion kansalaisia tavaroiden hankintaa ja myyntiä koskevissa ehdoissa, jotka tulee täyttää hankintaa toteutettaessa.¹⁶⁹

Tutkimukseni toistaa tässä kohtaa hieman aikaisemmin kirjoittamaani osiota esikaupallisista hankinnoista, kun totean, että hankintayksiköllä on kuitenkin vapaat kädet valita ne kriteerit, joilla hankinta halutaan toteuttaa, kunhan kriteerit eivät ole syrjiviä. Asiassa C513/99 Concordia tuomioistuin toteaa, että tarjouksen valintavaiheessa ympäristönäkökohdat voidaan ottaa huomioon kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen määrittelemiseksi, mikäli hankintayksikkö hyötyy välittömästi itse tuotteen ympäristöystävällisestä ominaisuudesta.¹⁷⁰ Lisäksi todetaan, että kun tarjous kerran liittyy ilman muuta hankinnan kohteeseen, joten sopimuksentekoperusteiden on myös liityttävä kohteeseen.

Siten hankintayksiköllä on mahdollista ottaa tarjouspyyntöä laatiessaan huomioon yksilölliset ominaisuudet, joita hankinnalla halutaan saavuttaa. Tuomioistuin kuitenkin jatkoi argumentointiaan siten, että täysin rajoittamaton vapaus valita sopimuskumppani, olisi joka tapauksessa unionin oikeuden vastaista, mikä onkin mielestäni täysin loogista.¹⁷¹ Valinnanvapaus ei voi olla täysin rajoittamaton, vaikka innovaatioita halutaankin edistää, sillä se tekisi hankintasään-

¹⁶⁸ Ks. jäljempänä kappale 3.2.

¹⁶⁹ Tähän soveltuvat ainakin: SEUT 18 artikla (syrjimättömyys), 34-37 artilat (tavaroiden vapaa liikkuvuus), 49-55 (sijoittautumisoikeus) ja 56-62 (palvelujen vapaa tarjoaminen).

¹⁷⁰ Asia C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki ("Concordia"). Kappaleet 34 ja 59. Argumentointi pohjautuu komission tiedonantoon KOM(1998) 143 lopullinen.

¹⁷¹ Ks. Asia C-513/99 Concordia. Kappale 61. Ks. myös Asia 31/87 Beentjes tuomion kohta 26: ”The compatibility of such a provision with the directive depends on its interpretation under national law. It would be incompatible with Article 29 of the directive if its effect was to confer on the authorities awarding contracts unrestricted freedom of choice as regards the awarding of the contract in question to a tenderer.”

telystä täysin merkityksetöntä tämän osalta. Asiassa oli kyse tarjouspyynnöstä, eikä siitä siis suoraan voi tehdä johtopäätöksiä syrjimättömyyden ja tasapuolisuuden vaatimuksista esikaupallisissa hankinnoissa, joissa tarjouspyyntö tehdään vasta myöhemmässä vaiheessa. Ratkaisusta voidaan tehdä kuitenkin mielestäni se johtopäätös, että hankinnan yksilölliset piirteet voidaan huomioida ja hankintayksikön tarvekartoitus voidaan tehdä syrjimättä hankinnan osapuolia. Perusteiden tulee kuitenkin olla sellaisia, että ne liittyvät suoraan käsillä olevaan hankintaan.

Uudessa hankintadirektiivissä ”kokonaistaloudellisesti edullisin” hankinta on haluttu erikseen huomioida siten, että hankintayksikön tulisi käyttää ”paras hinta-laatusuhde” -ilmaisua. Tämä on vain yksi esimerkki siitä, miten unionin lainsäätäjät on pyrkinyt edistämään ilmaisua siten, että tarjouspyynnöistä saataisiin mahdollisimman selkeitä ja helposti ymmärrettäviä.¹⁷² Vastaava logiikka toiminee myös esikaupallisten hankintojen osalta siten, että hankintayksikön tulisi mahdollisuuksien rajoissa pyrkiä määrittelemään hankinta niin selkeästi, että tulkinnalle ei jää sijaa.¹⁷³

Asiassa C-488/01 EVN (jäljempänä EVN) tuomioistuin jatkoi samoilla suuntalinjoilla todetessaan, että hankintaviranomaiset ovat yhteisön oikeuden määräysten asettamissa rajoissa vapaita valitsemaan ne perusteet, joiden mukaisesti sopimus tehdään ja niillä on vapaus päättää hankintojen painotuksista. Asiassa todettiin lisäksi, että uusiutuvien energialähteiden lisääminen kuuluu keskeisiin painotuksiin yhteisön toiminnassa ja siten tämän alueen merkittäväkin painottaminen voi olla kokonaistaloudellisen arvion kriteerinä.¹⁷⁴ Vastaavasti hankintayksikkö voisi mielestäni käyttää samoja kriteereitä myös PCP-mallin toteutuksessa, jolloin riski syrjimättömyyden ja tasapuolisen kohtelun vastaisesta toiminnasta olisi mahdollisimman pieni. On vaikea nähdä kuinka unionin tuomioistuin perustelisi päinvastaistakaan tulkintaa asian C-488/01 ratkaisun jälkeen.

Mielenkiintoisen tapauksesta tekee se, että tuomioistuin katsoi merkittävän painotuksen vihreän energian osalta, kun se oltiin katsottu yhdeksi ”yhteisön keskeisistä painopisteistä”. Hieman ehkä jopa yllättävästi tuomioistuin siis tulkitsi käsittäakseni unionin oikeutta siten, että unionin tavoitteiden suuntaiset hankinnat ovat hyväksytympiä kuin muut. Pitäisin tätä tulkintaa siinä mielessä ongelmallisena, että se asettaa hankintayksiköt oikeudellisesti epä-

¹⁷² Ks. Hankintadirektiivin Johdannon kohta 89.

¹⁷³ Ks. myös Kunzlik, 2013. Tapausta Concordia on käsitelty professori Peter Kunzlik Public Procurement Law Review:n artikkelissa ”From suspect practice to market-based instrument: policy alignment and the evolution of EU law's approach to "green" public procurement”.

¹⁷⁴ Asia C-488/01. Kohdat 13 ja 41-42.

varmaan tilanteeseen, kun niiden tulee arvioida, milloin jokin hankinta on unionin asettamien kehittämistavoitteiden mukainen. Näkisinkin, että tuomioistuin on tässä jopa luonut uutta oikeutta (joko tahattomasti tai tarkoituksella).

Professori Peter Kunzlik päättää ympäristöoikeudellista lähtökohtaa julkisissa hankinnoissa tutkivan artikkelinsa¹⁷⁵ seuraavasti:

“Alignment of environmental policy with the core economic policies of the Union, casting public procurement in the role of the key market-based instrument to achieve economic as well as environmental goals, has wrought a transformation of the Union’s approach to GPP. **It promises both to change the legal framework and to provide important tools for those contracting authorities that wish to exercise their purchasing discretion to advance environmental values.** At the same time, as the Union adopts more mandatory environmental procurement standards on a sector-by-sector basis, it promises to reduce the scope of contracting authority discretion by requiring an alignment of public procurement demand around such standards. Only time will tell whether or not all this will actually achieve the Union’s ambitions for the up-take of GPP and, even if it does, whether or not that will help re-vitalise the European economy in the ways anticipated by the Lisbon Strategy and Europe 2020.”¹⁷⁶

Osana Eurooppa 2020 -strategiaa on siis myös tarkoitus suunnata lainsäädännöllistä kehitystyötä kohti vihreämpiä arvoja, jota tuomioistuin tuntuukin ennakoineen. Vaikka edelliset esimerkit siis käsittelevät Hankintadirektiivin mukaisia hankintamenettelyjä, voidaan näiden tulkintojen perusteella tehdä mielestäni se johtopäätös, että riskiä syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun vastaisesta menettelystä voidaan laskea riippumatta hankintatyypistä, suuntaamalla hankinnat unionin strategian mukaisiin tavoitteisiin. Käsitykseni mukaan tämä logiikka koskisi siten myös esikaupallisia hankintoja, rajoittumatta kuitenkaan pelkästään niihin.

3.1.6. Esikaupallisen hankintamallin hyödyntäminen unionin tasolla

Euroopan komissio kokosi yhteen dokumenttiin ”Compilation Of Results Of The Ec Survey On The Status Of Implementation Of Pre-Commercial Procurement Across Europe April 2011” tulokset PCP-mallin hyödyntämisestä hankinnoissa eri EU-jäsenmaissa. Tutkimus on jo useamman vuoden vanha, mutta hyödyllinen, sillä PCP-malli esiteltiin 2007 komission mietinnössä KOM/2007/799. Siten toteutettu tutkimus antaa hyvän suuntaviivan siitä, kuinka mallin implementointi eri jäsenvaltioissa on edennyt mallin julkaisun jälkeen.

¹⁷⁵ Ks. Kunzlik, 2013.

¹⁷⁶ Kunzlik, 2013. Kappale 11. Conclusion.

Suomessa innovaatiotoiminnoista vastaa TEKES, joka toimii osarahoittajana (yleensä noin 50%, joka maksetaan jälkikäteen) PCP-mallin mukaisissa hankinnoissa. TEKESin sivuilla todetaankin, että esikaupallista hankintamallia voidaan käyttää, kun markkinoilta ei löydy hankintatarpeen mukaista tuotetta tai palvelua valmiina ja olemassa oleva kysyntä on liian vähäistä kannustamaan yrityksiä kehitystyöhön omalla riskillään. Tällöin tavoitteena on laajemman kysynnän synnyttäminen tuotteelle tai palvelulle. Esikaupallinen hankinta kohdistuu tutkimus- ja kehitystyön ostamiseen.¹⁷⁷

Raportti PCP-mallin hyödyntämisestä ryhmittelee vertailumaat (jäsenmaat) kategorioihin sen mukaan, missä vaiheessa jäsenmaat ovat hankintamallin hyödyntämisessä. Vertailumaat on ryhmitelty ensinnäkin niihin, jotka jo toteuttavat kokeellisella tasolla PCP-mallia ja niihin, joissa valtiotasolla mallin hyödyntämiseen rohkaistaan, mutta jotka eivät vielä ole päässeet toteutusvaiheeseen. Tämän jälkeen tulevat PCP-pilottivaiheessa olevat jäsenmaat ja viimeisenä ne maat, jotka vasta ovat heräämässä mahdollisuuteen tällaisesta toimintatavasta. Raportin perusteella on pääteltävissä, että suurin osa vertailumaista ei tutkimuksen toteutushetkellä ollut juuri lainkaan hyödyntänyt hankintamallia. Lisäksi raportista selviää, että ymmärrys hankintamallista on unionin tasolla hyvin pirstaloitunut. Suomi erottuu positiivisesti tutkimuksesta, joskaan täälläkään ei ollut vielä tutkimushetkellä yhtään mallin toteutusta käynnissä.¹⁷⁸

Raportissa todetaan, että vaikka kansalliset lainsäädännöt eivät suoraan estäkään PCP-mallin toteutusta, kaipaivat hankintayksiköt ja niiden sopimuskumppanit käytännön esimerkkejä toimivista esikaupallisen hankintamallin toteutuksista. Tämä on parantunut aikaisemmasta, mutta edelleen mallin käytännön hyödyntäminen on hajanaista ja yhtenevää toimintamallia on haastava havaita.¹⁷⁹

Henkilökohtaisesti pitäisin kuitenkin merkittävänä raportin huomioita tekijänoikeuksien ja kaantumisesta. Hankintayksiköissä tuntuu keskimäärin olevan vähän kokemusta siitä, kuinka tekijänoikeudet jaetaan siten, että esikaupalliset hankinnat saadaan EU:n primäärioikeuksien asettamien vaatimusten suhteessa toteutettua:

”There is however very little experience in Member States about how such type of IPR distribution arrangement between public purchaser and supplier can be practically implemented in a way that does not constitute State aid. This is being perceived as a factor stalling the wider implementation of PCP. Fortunately there are a

¹⁷⁷ Tekes, 2016.

¹⁷⁸ Ks. Euroopan komissio, 2011. s.2-3

¹⁷⁹ Ks. Euroopan komissio, 2011. s.4

few good practice examples in a few Member States that can be shared with other countries to provide clearer guidance to procurers on this issue.”¹⁸⁰

Menemättä tarkemmin tekijänoikeuksia koskevaan problematiikkaan tässä tutkimuksessa, mainitsen kuitenkin, että on todennäköisesti mahdollista ratkaista tämä ongelma ainakin osittain sopimusmalleja ja käytännön esimerkkejä tutkimalla, sillä mitä todennäköisemmin keski-vertotutkimus- ja kehitystyössä peruseriaatteet tekijänoikeuksien suhteen säilyvät vastaavanlaisina. Nämä immateriaaliset oikeuskysymykset ansaitsevat kuitenkin kokonaan oman tutkimuksensa, jota ei tutkimuskysymyksen laajuuden takia ole järkevää ottaa osaksi tätä tutkimusta.

3.2. Innovaatiokumppanuus uutena menettelynä

Tutkimukseni kohteena ei ole innovaatiokumppanuusmenettely. Olen rajannut tutkimukseni esikaupallisiin hankintoihin ja jättänyt innovaatiokumppanuuden käsittelyn vähemmälle, koska tutkimukseni keskittyy Hankintadirektiivin ulkopuolisiin menettelyihin. Voidakseni arvioida esikaupallisen hankintamallin hyötyjä ja haittoja, olen kuitenkin ottanut vertailukohdaksi innovaatiokumppanuusmenettelyn, joka osittain sijoittaa hankinnan valmisteluvaiheeseen (pre-commercial) ja osittain kaupalliseen vaiheeseen (commercial). Lähtökohdiltaan nämä kaksi menettelyä ovat erilaisia siinä, että kilpailutus ajoittuu eri vaiheisiin, mutta toisaalta molemmissa menettelyissä olisi syytä huomioida tasapuolisuus- ja syrjimättömyysnäkökulmat jo hanketta suunniteltaessa, jotta menettelyyn ei tarvitsisi jälkikäteen puuttua. Kappaleessa 3.2.1. käydään läpi innovaatiokumppanuusmenettelyn keskeinen sisältö ja kappaleessa 3.2.2. puolestaan vertaillaan näiden kahden eri menettelyn erityispiirteitä.

3.2.1. Innovaatiokumppanuusmenettelyn perusteet

Hankintadirektiivin innovaatiokumppanuusmenettely mahdollistaa uudenlaisia tapoja valita kehityskumppani, jolta aikanaan ostetaan kehitelty palvelu suoraan. Uuteen hankintalakiin innovaatiokumppanuus ehdotetaan lisättäväksi pykälään 38 ja se perustuisi Hankintadirektiivin 31 artiklaan. Osittain muutoksena aikaisempaan ja ainakin pyrkimyksenä selkeyttämään prosessia, tuotetta tai palvelua kyettäisiin tällä menettelyllä kehittämään koko elinkaaren ajalta.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ks. Euroopan komissio, 2011. s.5

¹⁸¹ Ks. HE 108/2016 s. 130.

Innovaatiokumppanuusmenettelyssä hankinnan kilpailuttaminen ajoittaa hankinnan valmisteluvaiheeseen, jossa valmista lopputuotetta ei ole vielä saatavilla. Menettelyn yhtenä tavoitteena on, että hankinnan jälkimmäistä kaupallistamisvaiheetta ei tarvitsisi enää kilpailuttaa, jolloin tarjoajan eli palvelun kehittäjän ei enää tarvitsisi osallistua uuteen tarjouskilpailuun. Täten riski kehitysideoiden ajautumisesta kilpailijoiden käsiin olisi pienempi.¹⁸²

. Vaikka riski onkin olennainen osa markkinoiden toimintaa, tulee se olla kohtuudella etukäteen ennakoitavissa, jotta kehitystyötä voidaan yleensäkin pitää järkevänä. Täysin riskiä ei kuitenkaan tulisi poistaa (esimerkiksi siten, että yritys saa markkinahintaa paremman korvauksen työstään, riippumatta tutkimus- ja kehitystyön tuloksista). Kun kaikille markkinaosaapuolille taataan yhtäläinen mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuun suunnitteluvaiheessa, pidän perusteltuna, ettei välttämättä tarvitse edellyttää uutta kilpailutusta kehitystyön lopputuotteesta. Oma erityiskysymyksensä on, tarjoaako tällä tavalla toteutettu tarjouskilpailu todellisuudessa yhtäläiset mahdollisuudet kaikille. Tutkimus- ja kehitystyö vaatii yleensä pitkäaikaista sitoutumista hankintaan, kun valmiita ratkaisuja ei ole saatavilla (muutenhan innovaatiomenettelyn käyttö ei ole edes sallittu). Lienee aiheellista kysyä, voivatko esimerkiksi pk-yritykset sitoutua tällaiseen pitkäkestoiseen hankkeeseen vai ajaudutaanko yhä enemmän tilanteeseen, jossa suuret yritykset toteuttavat merkittävän osan julkisista hankinnoista.¹⁸³

Menettelyn kestoa on kommentoinut myös Marta Andrecka:

“A substantial downside of the innovation partnership is that it is not suitable for bodies seeking new services in a short timeframe, as the process has many stages and will require investment of time and money. Also the wording of the innovation partnership provision is defective in places, introducing uncertainty and confusion. Finally, it is complex, as the contracting authority carries an extensive "burden of contractual awareness".⁸⁵ The authority needs to establish intermediate targets and regulate IP rights, and this may be a difficult task especially for small contracting authorities with limited capacity or experience. These extensive contractual requirements and the potential availability of a limited version of "cherry-picking" may be an obstacle hindering the development of the innovation partnerships... Further guidance from the Commission would be welcomed to ensure an appropriate application, understanding and development of the innovation partnership.”¹⁸⁴ (korostus lisätty)

Hallitus on katsonut, että innovaatiokumppanuusmenettelyä voidaan hyödyntää esimerkiksi silloin, kun ”markkinoilla on hankintayksikön tarpeita lähellä olevia tavaroita, palveluja, urakoita taikka ratkaisuja, jotka eivät kuitenkaan täytä hankintayksikön tarpeita esimerkiksi laa-

¹⁸² Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s.142

¹⁸³ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 4. Yhtenä hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen kriteerinä oli nimenomaan parantaa pk-yritysten osallistumismahdollisuuksia.

¹⁸⁴ Andrecka, 2015 Kappale 7, Conclusions.

dun tason, asiakkaiden tarpeiden tai kehitysasteen osalta. Innovaatiokumppanuus voisi soveltaa esimerkiksi mittaviin tietohallinnon hankkeisiin, joissa on jatkuvasti huomioitava alan tekninen kehitys. Suositeltavaa olisi selvittää markkinoita ja soveltuvaa menettelytapaa jo etukäteen teknisen vuoropuhelun avulla.”¹⁸⁵

Hallitus ehdottaa, että pykälän 3 momentissa säädettäisiin mahdollisuudesta rajat ehdokkaiden määrää hankintadirektiivin 65 artiklan 1 kohdan mukaisesti. Mielenkiintoisena pidän erityisesti kommenttia ”Kyseessä ei olisi kuitenkaan tarjousten vertaileminen, vaan ehdokkaiden vertaileminen toimittajaan liittyvien objektiivisten ja syrjimättömien kriteerien perusteella.”¹⁸⁶ Innovaatiokumppanuusmenettelyssä arviointia näyttääkin siis siirtyvän tarjouksen arvioimisesta ehdokkaiden arvioimiseen ja sitä kautta sen selvittämiseen, kuka olisi paras ehdokas tutkimus- ja kehitystyöhön.

Marta Andrecka löytää uudesta innovaatiokumppanuusmenettelystä kuitenkin muutamia ongelmia ja epäselvyyksiä, jotka hänen mukaansa kaipaivat selvennystä. Innovaatiokumppanuuden yksi ongelmista on hänen mukaansa sen arviointi, mikä katsotaan riittävän innovatiiviseksi menettelyn piiriin. Direktiivin mukaan tuotteen, palvelun tai menettelyn tulee olla ”uusi tai merkittävästi paranneltu”, mikä jättää hieman arvailujen varaan, milloin hankinta täyttää tämän kriteerin.¹⁸⁷

Kiinnittäisin huomiota lisäksi hallituksen esityksen innovaatiokumppanuuteen liittyvään kohtaan, jossa todetaan, että arviointi perustuu ensivaiheessa nimenomaan ehdokkaiden vertailuun. Työ- ja elinkeinoministeriön mietinnössä todetaan, että käytännössä menettelyssä voi nousta tarve tarjousehdotusten vertailulle ennen tiettyjen tarjoajien poissulkemista¹⁸⁸. Kun lisäksi muun muassa SEUT:n 18 artiklassa kielletään kansalaisuuteen perustuva syrjintä ja ihmisoikeusyleissopimuksen 14 artiklassa kielletään muun muassa sukupuoleen tai muihin henkilökohtaisiin ominaisuuksiin perustuva syrjintä, pitäisin lähtökohtaa hieman ongelmallisena. Yritysten henkilökohtaisten ominaisuuksien yksilöimisestä ei välttämättä olla kaukana henkilöön kohdistuvasta syrjinnästä, sillä yritysten toiminnasta vastaavat lopulta yksityishenkilöt ja varsinkin pienessä yrityksessä yrityksen toiminta henkilöityä muutamaan työntekijään.

Innovaatiokumppanuusmenettelyssä voidaan siis nähdä vielä huomattava määrä sellaisia oikeudellisia ongelmia, jotka edellyttänevät vastausta, ennen kuin menettelyn vaikutuksista voi-

¹⁸⁵ HE 108/2016 s. 131

¹⁸⁶ HE 108/2016 s. 131

¹⁸⁷ Ks. Andrecka, 2015. Kappale 5, Innovation Partnerships.

¹⁸⁸ Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö, 2015c. s. 197

daan lausua tarkemmin. Vaatimuksena on lisäksi mitä ilmeisimmin se, että hankkeen arvo kattaa siitä aiheutuvat kustannukset. Siten innovaatiokumppanuutta ei välttämättä voi suosittelaa arvoltaan kovinkaan pieniin hankintoihin.

3.2.2. Innovaatiokumppanuus vai esikaupalliset hankinnat

Hankintadirektiivin perusteella on hieman hankalaa vielä arvioida, mitkä tulevat olemaan innovaatiokumppanuusmenettelyn hyödyt ja millä tavoin sitä kyetään jatkossa hyödyntämään. Esikaupallisissa hankinnoissa on omat ongelmansa, mutta menettely on myös kehittynyt selkeämmäksi oikeuskäytännön ja jäsenvaltioiden aloittamien tutkimus- ja kehityspilottien pohjalta. Innovaatiokumppanuusmenettelystä on toistaiseksi hyvin haastavaa löytää tieteelliseksi tutkimusaineistoksi kelpaavaa materiaalia, kun valistuneimmatkin arviot pohjautuvat mielipiteisiin, eikä oikeuskäytäntöä ole vielä ehtinyt muodostua.

Innovaatiokumppanuus mahdollistaa sen, että julkinen taho voi kilpailuttaa tavaran tai palvelun ilman, että sitä tulisi kilpailuttaa enää uudelleen siinä vaiheessa, kun toimitus tulee ajankohtaiseksi. Siten se saattaa herättää yksittäisissä yrityksissä aiempaa enemmän kiinnostusta myös tutkimus- ja kehitystyöhön. Toisaalta hankintayksikön kannalta tilanne voi osoittautua ongelmalliseksi, mikäli sopimuskumppania olisikin tarvetta vaihtaa myöhäisemmässä vaiheessa. Hankintayksikön on myös aiempaa tarkemmin mietittävä jo tutkimus- ja kehitystyön alussa, mitä se aikoo hankkeella saavuttaa sekä miten se tarjouspyynnön tutkimus- ja kehitystyöstä esittää. Esikaupallisissa hankinnoissahan kilpailutusta edellytetään vasta valmiilta tuotteelta, jolloin voi olla tietyissä tilanteissa helpommin arvioitaessa, mitä tarjouspyynnön ehtoiksi asetetaan.

Juha Raitio on teoksessaan Euroopan unionin oikeus ottanut muutaman maininnan innovaatiokumppanuudesta.¹⁸⁹ Raitio kirjoittaa seuraavasti:

”Innovaatiokumppanuuksissa kaikki halukkaat talouden toimijat voivat jättää osallistumishakemuksensa hankintailmoituksen perusteella ja toimittaa hankintaviranomaisen vaatimat tiedot valintaa varten. Vähimmäismääräaika osallistumishakemusten vastaanottamiselle on tässäkin menettelyssä 30 päivää hankintailmoituksen lähettämispäivästä. **Hankinta-asiakirjoissa hankintaviranomainen määrittelee innovatiivisen tuotteen, palvelun tai rakennusurakan tarpeen, jota ei voida täyttää hankkimalla markkinoilta jo saatavilla olevia tuotteita, palveluita tai rakennusurakoita.** Hankintailmoituksessa on määriteltävä vähimmäisvaatimukset, jotka kaikkien tarjousten on täytettävä. Hankintaviranomainen neuvottelee tarjoajien kanssa alustavista tarjouksista, mutta vähimmäisvaatimuksista ja sopimuk-

¹⁸⁹ Ks. Raitio, 2016.

sen tekoperusteista ei neuvotella. Ehdokkaiden valinnassa hankintaviranomaisen on sovellettava perusteita, joilla arvioidaan ehdokkaiden valmiuksia tutkimuksen ja kehittämisen alalla. **Hankintasopimuksen tekoperuste saa olla ainoastaan hinta-laatusuhteeltaan parhaan tarjouksen valitseminen.** Innovaatiokumppanuus jäsenellään peräkkäisiin vaiheisiin, jotka vastaavat tutkimus- ja innovointiprosessin eri vaiheita. Kunkin vaiheen jälkeen hankintaviranomainen voi päättää, vähentääkö se kumppaneiden lukumäärää päättämällä yksittäisiä hankintasopimuksia.¹⁹⁰ (korostus lisätty)

Ainakin paperilla tämä innovaatiomenettely näyttää siten toimivalta tavalta uusien tuotteiden, palveluiden tai rakennusurakoiden toteuttamiseksi. Parhaimmillaan prosessi voi parantaa oikeusvarmuutta, kun muutoksenhaku keskittyy vaiheeseen, jolloin hankintakustannukset eivät vielä ole nousseet merkittäviksi. Kun hankinnan toteutusta ei merkittävästi saa muuttaa enää kilpailutuksen jälkeen, tulisi tämän ainakin oletusarvoisesti varmistaa tarjoajien tasapuolinen kohtelu.

Merkittävin ero esikaupallisen hankinnan ja innovaatiokumppanuusmenettelyn välillä vaikuttaisi olevan siis se, missä vaiheessa hankinta kilpailutetaan. Toisaalta kilpailutusvaiheen aikaistaminen takaa sen, että osa konflikteista voidaan mahdollisesti ratkaista ennen kustannusten merkittävää kasvua. Toisaalta taas tämä voi siirtää hankintayksikön kustannuksia siihen vaiheeseen, kun tutkimusta vasta ollaan valmistelemassa, eikä välttämättä ole selvää, missä määrin hankinnan kohteena oleva idea on todellisuudessa toteutuskelpoinen.

3.3. Yhteenvedo esikaupallisesta hankintavaiheesta

Esikaupallisten hankintojen määrä ja toteutus eivät ole täysin vastanneet komission odotuksia niistä tavoitteista, joita se asetti esitellessään tutkimus- ja kehitystyöhön pohjautuvan ratkaisunsa Eurooppa 2020 -tavoitteiden saavuttamiseksi. Asiaa on pohtinut esimerkiksi Marta Andrecka Public Procurement Law Review:n artikkelissa ”Innovation partnership in the new public procurement regime - a shift of focus from procedural to contractual issues?”. Kirjoituksen taustalla on ilmeisesti ajatus siitä, että kiistat julkisissa hankinnoissa kyettäisiin ratkaistaan jo sopimusvaiheessa toteutusvaiheen sijasta. Tällöin riskinä saattaa toki olla se, että oikeudellinen kiista syntyy hankinnasta, jota ei käytännössä olisi koskaan saatu toteutettua.

Syitä tavoitteista jäämiselle saattaa olla monia. Ehkä kyse on esikaupallisten hankintojen ja hankintalain monimutkaisesta säädöspohjasta tai sitten kyse on vain siitä, ettei menettelystä ole saatu tehtyä riittävään houkuttelevaa, jotta kaupalliset toimijat kiinnostuisivat siitä. Oli syy sitten mikä tahansa, hankintalainsäädännön uudistus saattaa tuoda tähän muutoksia.

¹⁹⁰ Raitio, 2016. s. 681–682.

Ensinnäkin on huomioitava uudet direktiivit julkisiin hankintoihin liittyen vuodelta 2014, jotka toivat muun muassa mahdollisuuden hyödyntää uutta innovaatiokumppanuusmenettelyä. Menettelyn tosiasiallinen merkitys selviää vasta sitten, kun sitä aletaan hyödyntää laajemmassa mittakaavassa, mutta ainakin komissio on pyrkinyt kuuntelemaan hankintojen osapuolia. Toisaalta innovaation merkitys määriteltiin ensimmäistä kertaa direktiivin tasolla uudessa hankintadirektiivissä. Pitäisin sitä merkittävänä edistysaskeleena, vaikkei sillä merkittävää suoraa vaikutusta olisikaan. Määrittely selkiyttää sitä, mihin komissio innovaatiohankkeillaan pyrkii ja kaikki selkiytyy otetaan kyllä ehdottomasti vastaan, vaikka kehitystä onkin aihetta vielä jatkaa.

Tämän lisäksi esikaupallista hankintamallia on käsitelty useissa toisiaan täydentävissä juridisissa julkaisuissa ja myös unionin tuomioistuin on tulkinnoillaan pyrkinyt ohjaamaan hankintojen toteutusta. Hankintamalli itsessään vaikuttaa tutkimukseni perusteella toimivalta ja sen avulla on käsitykseni mukaan mahdollista toteuttaa uusi innovaatio, jonka jälkeen toteutuksen onnistuneisuus arvioidaan kilpailutusvaiheessa. Jos hankintayksikkö on kyennyt määrittelemään tarpeensa mahdollisimman kattavasti ja sopimuskumppani tähän saumaan kykenee toteuttamaan uuden, markkinoilta aiemmin puuttuneen ratkaisun, eikä vaihtoehtoisia toimintatapoja ole kohtuudella löydettävissä, esikaupallisen hankinnan kautta voidaan tehdä oikeasti merkityksellisiä hankintoja. Jos lopputulos on onnistunut, sen tulisi kyetä selviytymään myös onnistuneesta tarjouskilpailusta voittajana. Tällöin toimivat markkinat lopulta arvioivat, onko toteutus ollut onnistunut, vai olisiko koko hanke alun perin tullut toteuttaa jostain toista hankintamenettelyä käyttäen siten, että jo markkinoilta löytyvää ratkaisua olisi hyödynnetty. Tällöin normaali julkinen tai rajattu hankintamenettely toteuttaa paremmin hankintayksikön hankkeen tarkoituksen. Tällainen toiminta ei myöskään onnistuneesti toteutettuna vääristä kilpailua.

En pidä mitenkään mahdottomana ajatuksena sitä, että hankintayksikkö ja toimitusyritys tekevät ennen tutkimus- ja kehitystyön aloittamista sopimuksen siitä, millä kriteereillä hanke tullaan aikanaan kilpailuttamaan. Täysin vastaavalla tavalla tällöinkin on luonnollisesti huomioitava, että kilpailutusehdot eivät saa olla muita syrjiviä tai muutenkaan peruseriaatteiden vastaisia. Tarjouskilpailussa on kyettävä aidosti arvioimaan tarjousehdokkaan paremmuus suhteessa muihin.

4. Johtopäätökset

Hankintalainsäädännön ulkopuoliset julkiset hankinnat ja niitä koskevat menettelysäännökset sekä hankintalainsäädännön alaiset julkiset hankinnat ja niitä koskevat menettelysäännökset, ovat kuin kolikon kaksi eri puolta. Toisaalta hankintadirektiivi säätelee hyvinkin yksityiskohdaisesti hankinnan kulkua ja sitä, mitä saa tehdä, mutta toisaalta myös direktiivin ulkopuolella hankintayksiköltä vaaditaan oikeudellista tulkintaa. EU:n primäärioikeuden periaatteet sekä komission asettamat tavoitteet ohjaavat kaikkia julkisia hankintoja ja julkisten hankintojen yhteiset tavoitteet tehokkaamman julkisen hallinnon puolesta sysäävät hankintoja samaan suuntaan.

Sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta määritellään niitä keskeisiä periaatteita vapaasta liikkuvuudesta, syrjimättömyydestä, tasapuolisesta kohtelusta ja niin edelleen, joita hankintayksiköiden on noudatettava. Poikkeuksena ovat ainoastaan sellaiset unionin toiminnan kannalta vähämerkitykselliset hankinnat, joita ei ole nähty tarpeelliseksi huomioida ylikansalliselä tasolla ja joihin sovelletaan lähinnä kansallisia säännöksiä. Suoraan hankinnan arvosta ei kuitenkaan ole mahdollista vetää tällaista johtopäätöstä, vaikka keskimäärin arvoltaan vähäiset hankkeet jäävätkin unionin oikeuden ulkopuolelle.¹⁹¹ Tiettyjen hankintojen rajaaminen Hankintadirektiivin sääntelyn ulkopuolelle on tehty tarkoituksella, sillä lainsäätäjät ei tarkoittanut säädellä näitä hankintoja Hankintadirektiivissä.¹⁹²

Tutkimuksessani ei ollut tarkoitus lähteä erittelemään yksittäisiä direktiivin mukaisia hankintamenettelyjä sen jälkeen, kun esikaupallinen vaihe PCP-mallissa on toteutettu, muuten kuin niissä tapauksissa, joissa se oli välttämätöntä ymmärryksen varmistamiseksi kyseisen mallin vaikutuksista. Koska käsitelin esikaupallisia hankintoja, olisi sen ulkopuolelle menevä analyysi sekoittanut asetettuja päämääriä. Tarkoitus oli muun muassa arvioida tämän julkisten hankintojen valmisteluvaiheen toteutusta lainsäädännöllisestä näkökulmasta.

Euroopan komission teettämän innovaatioita koskevan tutkimusprojektin mukaan Ruotsi, Saksa, Suomi, Tanska ja Hollanti ovat innovaatiohankkeiden edelläkävijöitä innovatiivista tehokkuutta arvioivalla käyrällä. Kun EU:n keskiverto on noin 0,500 yksikköä ja alimmillaan allaan alle 0,200 yksikössä, on mainittujen maiden tehokkuus luokassa noin 0,650 – 0,700

¹⁹¹ Hansen, 2012. s. 150 sekä yhdistetty tuomio tapauksissa C-177/82 ja C-178/82, Van de Haar, kappale 13. Tuomioistuini totesi, että mikäli kansallisen toimen vaikutus tuontiin on rajoittava, sitä tulee arvioida määrällisenä rajoituksena tuontiin siitä huolimatta, että vaikutus olisi vähämerkityksellinen ja tuotteita on olisi mahdollista markkinoida toisin tavoin. Väitöskirjassa *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive* Carina Risvig Hansen käsittelee kansainvälistä intressiä kappaleessa 6 ”Cross-border Interest”.

¹⁹² Hansen, 2012. s. 19

yksikköä. Indikaattori mittaa muun muassa työvoimaresurssien määrää, avointa, erinomaista ja kiinnostavaa tutkimusjärjestelmää sekä taloutta. Tämän lisäksi innovaatiotehokkuuden määrän on arvioitu lisääntyvän 2,5 prosenttia seuraavan kahden vuoden aikana. Tähän perusteella Tähän perustuen Suomelta olisi odotettavissa paljon innovaatiosektorilla.¹⁹³

Käsittelenkin kappaleissa 4.2 ja 4.3 ensin tutkimustuloksia kappaleiden 2 ja 3 osalta ja kokoon tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden osalta tutkimustulokset kappaleeseen 4.3. Lopuksi pyrin kappaleessa 4.4 kokoamaan koko tutkimuksen sisällön yhteen

4.1. Hankkeiden toteuttaminen hankintalainsäädännön ulkopuolella

Kappaleessa 2 on käsitelty tutkimus- ja kehittämispalveluiden edellytyksiä, joiden toteutuessa hankintalain säännöksiä ei sovelleta. Samassa yhteydessä olen käsitellyt myös sitä, mitä merkitsee hankintayksikölle toteuttaa sellaisia hankintoja, joita ei ole tarkasti säädösten avulla määritetty.

Tavallaan tutkimustulokset ovat selkeät. Hankintayksikön ei yksittäisiä määräyksiä tarvitse soveltaa ja erityisesti kansainvälisen intressin puuttuessa se voi toteuttaa hankinnan suhteellisen riskittä vain kansallisiin periaatteisiin tukeutuen.¹⁹⁴

Todellisuudessa oikeustila kuitenkin vaikuttaa kaikkea muuta kuin selkeältä. Hankintayksikkö ei voi varmasti etukäteen oikein mitenkään olla varma, etteikö hankinnasta olisi löydettävissä kansainvälistä elementtiä ja vaikka riskiä voidaan pitää suhteellisen pienenä, on tietty riski silti olemassa. Huolellisella esityöllä ja erityisesti hankintadirektiivin menettelysäännöksiä noudattaessaan hankintayksikkö mitä todennäköisemmin kykenee unionin perusperiaatteiden vastaisen menettelyn hankinnoissa, mutta tällöin erityisesti arvoltaan pienien hankintojen osalta kasvaa riski siitä, että hankinta osoittautuu taloudellisesti kannattamattomaksi.

Toisaalta avoimen kilpailun vaikutukset hankintojen hintoihin voivat olla kustannuksia laskevia, kun tarjousten määrä kasvaa ja kilpailu tätä kautta kiristyy. Hankintalainsäädännön tarkoituksena on taata kaikille tasapuolinen mahdollisuus toimia markkinoilla, eikä säädösmäärän ole tarkoitus rajoittaa toimintaa.

Anne Nenonen kirjoittaa:

¹⁹³ Ks. Euroopan komissio, 2016.

¹⁹⁴ Ks. Hansen, 2012. Kappale 6, Cross-border Interest ja erityisesti Summary of findings sivuilla 157-158.

”Kilpailun varmistaminen ja sisämarkkinoiden toiminnan toteuttamiseen liittyvät tavoitteet sekä yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttävät mahdollisimman laajaa avoimuusvelvollisuutta. Kuitenkin EU-oikeudessa sovellettavien toissijaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen, lainalaisuusperiaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen voitaisiin katsoa asettavan rajoituksia avoimuusvelvoitteelle ja sen laajuudelle.

EYT:n oikeuskäytäntöä avoimuusvelvollisuuden ulottamisesta hankintadirektiivien ulkopuolelle jääviin hankintoihin on oikeuskirjallisuudessa kritisoitu jäljempänä esitettävien tavoin. Myöskään kaikki jäsenvaltiot eivät ole suhtautuneet hyväsyvästi tähän ilmoittamisvelvollisuuden laajentamiseen. EY-sopimuksesta johdetun avoimuusvelvollisuuden kehittäminen on nähty osoituksena tuomioistuinten dynaamisesta oikeuskäytännöstä, jossa tuomioistuin toimii ikään kuin lainsäätäjän roolissa sisämarkkinoiden toteutumisen edistämiseksi.”¹⁹⁵

Tämä on ollut nähtävissä erityisesti ympäristöoikeudellisissa kysymyksissä, joissa julkinen hankinta on sallittu painottaen voimakkaasti sellaisia vihreitä arvoja, joita ei suoraan lainsäädännön perusteella välttämättä olisi ollut helppo löytää.¹⁹⁶ Näiden arvojen painotus itsessään ei ole laitonta, mutta niiden asettaminen keskeiseen asemaan hankinnan arvon suhteen silloin, kun arvojen merkitystä ei täysin voida todentaa (varsinkin kun arviointikriteeri vaihtelevat paljon jäsenmaiden välillä), mennään helposti syrjivän menettelyn puolelle. Olisikin mielenkiintoista nähdä sellainen tapaus, jossa unionin oikeus on todennut menettelyn oikeudenmukaiseksi ja ihmisoikeustuomioistuin päättyy eriävään tulkintaan.

Yhteys esimerkiksi Eurooppa 2020 -tavoitteisiin on mielestäni nähtävissä unionin oikeuskäytännössä, vaikka jonkin muun tavoitteen vastaavanlaisella painotuksella julkista hankintaa toteutettaessa tuomioistuin olisi mahdollisesti päätenyt erilaiseen lopputulokseen menettelyn syrjimättömyyttä ja avoimuutta arvioitaessa. Tähän on vaikea löytää perustetta suoraan unionin oikeudesta tai perussopimuksista.

Toisaalta on mahdollista nähdä asiassa myös sekin puoli, että lainsäätäjän ylös kirjaamat soveltamisalan rajaukset ovat olleet sen verran epämääräisiä (johtuen esimerkiksi poliittisista kompromisseista), että tämä on jättänyt unionin tuomioistuimille hieman tulkinnanvaraa. Samalla perusteella myöskin EU-kynnysarvoja voidaan pitää vain arviona, jolloin kynnysarvon alittaminen ei automaattisesti takaisi menettelysäännösten soveltumattomuutta.¹⁹⁷

Vaikka perustelut hankintadirektiivin säännösten epämääräisyydestä esimerkiksi poliittisiin syihin vedoten hyväksyttäisiinkin, ei tämä yksistään mielestäni kuitenkaan riitä selkiyttämään

¹⁹⁵ Nenonen, 2014 s. 163

¹⁹⁶ Kyse voi olla esimerkiksi jonkin toimittajalle myönnetyn vihreän sertifikaatin hyödyntämisestä hankintakriteerinä. Tällöin on varmistuttava niistä kriteereistä, joilla sertifikaatti on alun perin myönnetty, jotta voidaan varmistua tasapuolisen kohtelun toteutumisesta.

¹⁹⁷ Ks. myös Nenonen, 2014. s. 164.

toimintatapoja. Pikemminkin päinvastoin. Jos hankintayksikkö tai muu hankinnassa osallinen taho ei voi luottaa siihen, että kynnysarvoja noudatetaan, miten varmistetaan hankinnan oikeudellinen pitävyys?

Tapauksessa Coname on arvioitu sitä, milloin avoimuusperiaatetta on noudatettu riittävästi hankintadirektiivin ulkopuolella ja minkälaisia ilmoittamismenettelyjä asiassa olisi vaadittu. Erityisesti tapauksessa on todettu:

”Näin ollen kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, vastaako menettely, jossa Cingia de' Bottin kunta on tehnyt konsessiosopimuksen Padanian kanssa, niitä avoimuuden asettamia vaatimuksia, jotka — vaikka ne eivät välttämättä edellyttäkään tarjouskilpailun pitämistä — mahdollistavat sen, että jonkin muun jäsenvaltion kuin Italian tasavallan alueella sijaitseva yritys on voinut saada kyseistä konsessiosopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että tämä yritys on halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa tuon konsessiosopimuksen tekemiseen.”

Tapaus jätti osittain epäselväksi sen, miten, milloin ja missä laajuudessa hankinnasta olisi ollut syytä tiedottaa.

Kokonaisuudessaan on syytä huomauttaa, että on käsitykseni mukaan osittain edelleen epävarmaa, milloin unionin tuomioistuin katsoo syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita loukatun hankintalainsäädännön ulkopuolella. Erityisesti avoimuusperiaatteen laajuus ja miten jäsenmaat tulevat jatkossa hyväksymään EUT:n suhteellisen pitkälle menevät tulkinnat EU-oikeuden sisällöstä asettavat paineita lainsäätäjälle parantaa oikeusvarmuutta.

Uusi hankintadirektiivi toi paljon uutta hankintamenettelyihin, mutta jätti vielä useita kysymyksiä avoimeksi ja aiheutti mahdollisesti jopa osittain lisää oikeudellista epävarmuutta. Selvää on joka tapauksessa, että EU:n primäärioikeuden periaatteita edellytetään noudatettavan paljon laajemmalti kuin, mitä hankintadirektiivi ja muu julkisia hankintoja koskeva sääntely edellyttäisi.

4.2. Yhteenveto tutkimus- ja kehittämisspalveluista hankintalainsäädännössä

Tutkimuksen kolmannessa kappaleessa olen kirjoittanut tutkimus- ja kehitystyöstä hankintalain sisällä, kun niihin sovelletaan hankintadirektiivin säännöksiä. Erityisesti selvitin sitä, onko komission vuonna 2007 esittelemä esikaupallinen hankintamalli tutkimus- ja kehitystyön ratkaisemiseksi edistynyt komission toivomalla tavalla ja voidaanko sitä (vielä) pitää varteenotettavana hankintamenettelynä. Esikaupallisen hankintamallin osalta Hankintadirektiivi ei tuonut mitään uutta. Se kuitenkin esitteli uuden vaihtoehtoisen menettelyn innovaatiohankin-

toihin eli innovaatiokumppanuuden. Tutkin, poistaisiko innovaatiokumppanuusmenettely sitä oikeudellista epävarmuutta, mikä muihin innovaatiomenettelyihin ja direktiivin ulkopuolisiin hankintoihin on totuttu liittämään. Epävarmuus hankintaprosessissa on saattanut osaltaan vaikuttaa yksityisten halukkuuteen osallistua tutkimus- ja kehitystyöhön, kun liiketoiminnan riski on nähty suuremmaksi kuin menettelystä saatu hyöty.

On myös vaikuttanut, että komissio suhteellisen herkästi puuttuu yksittäisten hankintayksiköiden tekemiin ratkaisuihin. Myös Nenonen vaikuttaisi tehneen asiasta samansuuntaisia huomioita todetessaan:

”Avoimuusperiaatteeseen liittyvien velvollisuuksien epäselvyys aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta etenkin hankintayksiköille, joiden on oikeudellisten seuraamusten uhalla ratkaistava kysymys hankinnan ilmoittamisesta ja ilmoittamistavasta. Komissio on toiminut varsin aktiivisesti hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta nostaten rikkomuskanteita jäsenvaltioita vastaan katsoen niiden toimineen EY-sopimuksen määräysten ja periaatteiden vastaisesti jättäessään ilmoittamatta hankinnasta.”¹⁹⁸

Nenonen puhuu tässä hankintadirektiivien ulkopuolisesta soveltamisalasta, mutta on vaikea nähdä tässä varsinaisesti eroa siinä suhteessa, etteikö komissio puuttuisi hanakasti myös hankintadirektiivien soveltamisalaan kuuluviin tapauksiin. Tasapuolista kohtelua on käsitelty ainakin Fabricom-tapauksessa, josta tarkemmin kappaleessa 3.1.3.

Tapaus *European Dynamics v Commission* (T-345/03) antaa kuitenkin hieman toivoa siitä, että direktiivin soveltamisalaan kuuluvissa tutkimus- ja kehittämispalveluissa ja erityisesti esikaupallisissa hankinnoissa olisi päästy hieman eteenpäin (käsitelty tarkemmin kappaleessa 3.1.4). Tuomioistuin totesi asiassa T-345/03, ettei kaikkia kilpailuetuja, jotka tutkimus- ja kehitysvaiheessa on saavutettu, tarvitse hankintayksikön toimesta neutralisoida, vaan hankintayksikkö voi ottaa huomioon sellaisiakin tarjousehtoja, jotka todellisuudessa vain tutkimushankkeen kehittäjä voi saavuttaa. Asetetut ehdot eivät kuitenkaan saa olla syrjiviä. Tuomioistuimen mukaan mahdollisten etujen vaikutus on kuitenkin poistettava, mutta vain siinä määrin kuin kyseinen poistaminen on teknisesti helppo toteuttaa, se on taloudellisesti hyväksyttävää eikä se loukkaa aiemman toimeksisaajan tai mainitun tarjoajan oikeuksia.¹⁹⁹

Asian T-461/08 perusteella olisi tulkittavissa (kappale 3.1.4), että esikaupallisten hankinnan jatkaminen kaupalliseen vaiheeseen yhteistyössä tutkimus- ja kehitysprojektiin osallistuneen tahon tai tahojen kanssa olisi ollut mahdollista, mikäli tarjouspyyntö olisi tehty tarkemmin

¹⁹⁸ Nenonen, 2014, s. 165

¹⁹⁹ Ks. Asia T-345/03, kohta 76.

siten, että muilla tarjoajilla olisi ollut vastaava informaatio tarjouksen tekemistä varten. Tällöinhän on edelleen täysin mahdollista, että t&k -vaiheeseen osallistunut taho on soveltuvim taho hankkeen toteuttamiseen ja mikäli näin ei ole, ei voida välttämättä puhua kovinkaan onnistuneesta innovaatiohankkeesta.

On mahdollista, että Innovaatiokumppanuusmenettely, joka on esitelty tarkemmin kappaleen 3.2 alla, saattaa tuoda oikeudellisesti hieman epävarmaan innovaatiokehitystyöhön kaivattua lisää. Menettelyn sananmuodoissa ja kuvauksessa annetaan ymmärtää, että yrityksiä saattaisi houkuttaa mahdollisuus päästä kehittämään innovaatiota, jonka kaupallisesta hyödyntämisestä se pääsee aikaisempaa varmemmin osalliseksi.

4.3. Tasapuolisuuden toteutuminen

Unionin oikeusjärjestelmä on tuonut mielestäni paljon kehitystä tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden sääntelyyn. Lapin Yliopiston tutkija Virpi Koivu mainitsee väitöskirjassaan, että Suomen oikeuskulttuuri on käynyt ja käy edelleen läpi muutosta, jossa perusoikeudet ja ihmisoikeudet ovat selvästi vahvistuneet. Mielestäni samansuuntaisia vaikutuksia on nähtävissä myös julkisten hankintojen osalta, vaikka Koivun väitöskirjaa ei olekaan kirjoitettu julkisten hankintojen näkökulmasta. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että myös julkisiin hankintoihin voidaan tietyissä tapauksissa soveltaa ihmisoikeussopimuksen määräyksiä. Siten Suomen oikeuskulttuurin muutoksella tässä asiassa voi olla myös vaikutusta siihen, miten kansalliset tuomioistuimet puuttuvat julkisiin hankintoihin syrjimättömyysperiaatetta sovellettaessa ja erityisesti, miten niihin tullaan puuttumaan jatkossa. Tässäkin asiassa voi siis olla tulossa muutos oikeuskulttuuriin.²⁰⁰

Avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden sovellettavuus tietyissä tilanteissa on hieman epäselvää. Hankintayksiköiden on huomioita unionin periaatteiden toteutuminen ainakin silloin, kun hankkeessa on suoraa rajat ylittävää intressiä. Lisäksi periaatteet tulisi ottaa huomioon, kun hankinnan arvo sijoittuu jonnekin hieman kynnyksarvojen alapuolelle. Se, milloin kansainvälinen intressi on olemassa, ei ole täysin selvää ja vastuun asettaminen hankintayksikölle tämän arvion tekemisestä saattaa joissain tilanteissa johtaa hankinnan kannalta yllättävään lopputulokseen sekä hankintayksikön että myös tarjoajien osalta.

Unionin tasolla tulisi olla selvät säännöt siitä, milloin sovelletaan ja mitä sovelletaan, mutta vaikuttaisi siltä, että selvyys loppuu siihen viimeistään, kun siirrytään hankintadirektiivin ul-

²⁰⁰ Ks. Kuitunen, 2016. Tiivistelmä, sekä väitöstilaisuus 4.12.2015 Lapin yliopistossa.

kopuolelle. Nenonen on todennut, että Suomessa oikeudellista epävarmuutta on pyritty poistamaan kansallisin sääntelyin silloin, kun direktiivin säännökset eivät hankintaan sovellu. Nenonen kuitenkin jatkaa ja toteaa, että on epäselvää, ovatko Suomessa luodut säännöt ilmoittamisvelvollisuudesta kaikissa tapauksissa riittäviä. Tällöin toisessa jäsenmaassa sijaitseva yritys voisi nostaa kanteen avoimuusvelvoitteen rikkomisesta siitäkkin huolimatta, että kansallisia säännöksiä olisi noudatettu, mitä voidaan pitää suhteellisen kestävämmänä päättelyketjuna.²⁰¹

Tämän kaiken epävarmuuden lisäksi on mahdollista, että hankintayksikön olisi tietyissä tapauksissa velvollisuus ilmoittaa hankinnoista, vaikka ne olisivat jopa kansallisten kynnysarvojen alittavia. Tämä silloin, kun hankinta menee niin syvälle unionin oikeuden peruseriaatteisiin, että periaatteiden tehokas soveltaminen edellyttää niiden soveltamista myös hintavaikutukseltaan vähämerkityksellisessä hankkeessa. Tällainen tilanne voisi olla ajankohtainen esimerkiksi silloin, kun pienellä hankinnalla olisi pidemmälle jatkuvia vaikutuksia hankintamenettelyjen toteutukseen.²⁰²

Yksittäistapauksessa tasapuolisen kohtelun vaatimukset ja hankintayksikön huomioitavat menettelysäännökset voivat vaihdella merkittävästikin. Se on kuitenkin varmuudella todettavissa, että unionin peruseriaatteita on noudatettava silloinkin, kun muita kynnysarvoja tai menettelysäännöksiä ei tarvitsisi noudattaa.

4.4. Tutkimuksen lopputulos ja pohdinnat

Hankintasääntely on niiltä osin pirstaloitunutta, kun niistä ei säädetä hankintalainsäädännössä. Unionin peruseriaatteiden noudattaminen ja esimerkiksi esikaupallisten hankintojen toteuttamien on osittain haastavaa, koska niitä ei ole koottu yhteen kokonaisuuteen, jossa koko menettelyn kannalta merkityksellinen sisältö olisi esitetty. Toisaalta hankintadirektiiveihin on selkeästi koottu yhteen unionin julkisia hankintoja käsittelevä keskeinen sääntely, vaikkakin hankintamenettelyjen kokonaisuuden hahmottaminen tuntuu edelleen haastavalta. Mielestäni hankintojen toteuttamisen tulisi olla joustavaa ja menettelyn avointa, jotta tarjoajat ja hankkijat kykenisivät mahdollisimman tehokkaasti löytämään toisensa ja parhaan hinnan muodostus voitaisiin taata.

²⁰¹ Ks. Nenonen, 2014. s. 166

²⁰² Ks. kappale 2.4.1

Hankintojen kynnyksarvot auttavat osaltaan säätämään sitä, ettei kustannusten kasvu pääse suhteettomasti häiritsemään hankintojen toteuttamista. Lisäksi raja-arvoja on pyritty asettamaan erisuuruisille tasoille riippuen siitä, minkä tyyppisestä hankinnasta on kyse. Tämä asettaa painetta hankintayksilöille pystyä arvioimaan ja määrittelemään hankinnan tyyppin oikeaan kategoriaan. Mikäli hankintayksikkö päätyy sijoittamaan hankinnan väärään kategoriaan, voi hankinta pahimmassa tapauksessa tämän seurauksena peruuntua, kun esimerkiksi hankintaa ei olekaan kilpailutettu lain edellyttämällä tavalla. Keskimäärin kilpailun lisäämisellä ja avoimuudella on kuitenkin saatu aikaiseksi laadukkaimpia hankkeita ja hankintojen kustannusten on nähty tästä laskevan.

Unionin primäärioikeuden periaatteiden noudattaminen on otettava huomioon silloinkin, kun erityistä asiaa koskevaa sääntelyä ei ole. Toisaalta hankintayksikön on myös huomioitava kansalliset hallinnolliset oikeusperiaatteet hallintolain mukaan, sekä perustuslaissa asetetut yleiset vaatimukset hyvän hallinnon perusteista.

Kun hankinnan arvo ylittää tietyt hankintadirektiiveissä säännellyt raja-arvot, tulevat sovellettavaksi direktiivien säännökset muun muassa kilpailutuksesta, sekä hankinnan kulusta ja tarjouspyynnön sisällöstä. Aina markkinoilta ei kuitenkaan ole saatavissa tilanteeseen sopivaa tuotetta tai palvelua tai hankinnan sisällön vaatimukset eivät muuten kohtaa. Näitä tilanteita komissio on pyrkinyt auttamaan tarjoamalla useita vaihtoehtoisia hankintamalleja tutkimus- ja kehitystyön joustavoittamiseksi.

Esikaupallinen hankintamenettely soveltuu niihin tilanteisiin, joissa hankintayksikkö haluaa joustavasti toteuttaa jonkin sellaisen lopputuotteen, jota markkinoilta ei ole saatavissa. Toisaalta valmiin innovaation kaupallistaminen voi aikanaan aiheuttaa haasteita. Täten menettelyn suunnittelu olisi hyvä aloittaa hyvissä ajoin etukäteen ja mieluiten jo silloin, kun alun perin tutkimusta ryhdytään rakentamaan. T&k-yksikölle tulee tehdä hyvissä ajoin selväksi ne kriteerit, joilla tulokset tullaan aikanaan kilpailuttamaan, jotta se kykenee tekemään oman arvionsa siitä, haluaako se ryhtyä hankkeeseen. Mikäli tällöin sopivaa toimittajaa hankkeelle ei ole löydettävissä, on mielestäni tehtävissä ainoastaan se johtopäätös, ettei hanketta tällöin tällä menettelykeinolla tulisi toteuttaa. Vaihtoehtoisesti voidaan tällöin käyttää esimerkiksi innovaatiokumppanuusmenettelyä, jonka etuna on se, että koko menettely on alusta loppuun hankintadirektiivin menettelysäännösten soveltamisalueen sisäpuolella, jolloin ehdokkaiden kilpailutus tapahtuu ennen kuin mitään suunnitelmaa on edes olemassa.

Sekä esikaupallisessa hankintamenettelyssä että innovaatiokumppanuusmenettelyssä on omat hyvät puolensa. Kumpikaan menettelyistä ei kuitenkaan mielestäni vastaa täysin kaikkiin hankintayksiköiden tarpeisiin. Siten on toivottava, että lainsäädännön kehitystyötä jatketaan edelleen ja komissio huomioi uudesta menettelystä kertyvän kokemuksen jatkossakin, kuten se epäilemättä tekeekin. Henkilökohtaisesti näkisin, että innovaatiohankkeiden houkuttelevuutta voitaisiin entisestään kasvattaa, jolloin luonnollisesti myös menettelystä koituva riski saa olla suurempi. Jatkossa toimittajan vastuuta toteutuksesta tulisi pyrkiä vahvistamaan, jolloin sekä riskit että tuotto siirtyvät enemmän toimittajan puolelle ja innovaatiohankintojen houkuttelevuus kasvaa. Kun epävarmuus hankinnan toteutuksesta innovaatiomenettelyssä on joka tapauksessa suhteellisen suuri, tulisi myös toimittajan saaman tuoton korreloida mielestäni tämän kanssa. Toisaalta hankintayksikön vastuuta kasvattamalla voidaan vahvistaa kehitystyötä niillä sektoreilla, joilla riski yksittäiselle toimittajalle olisi muuten liian suuri.