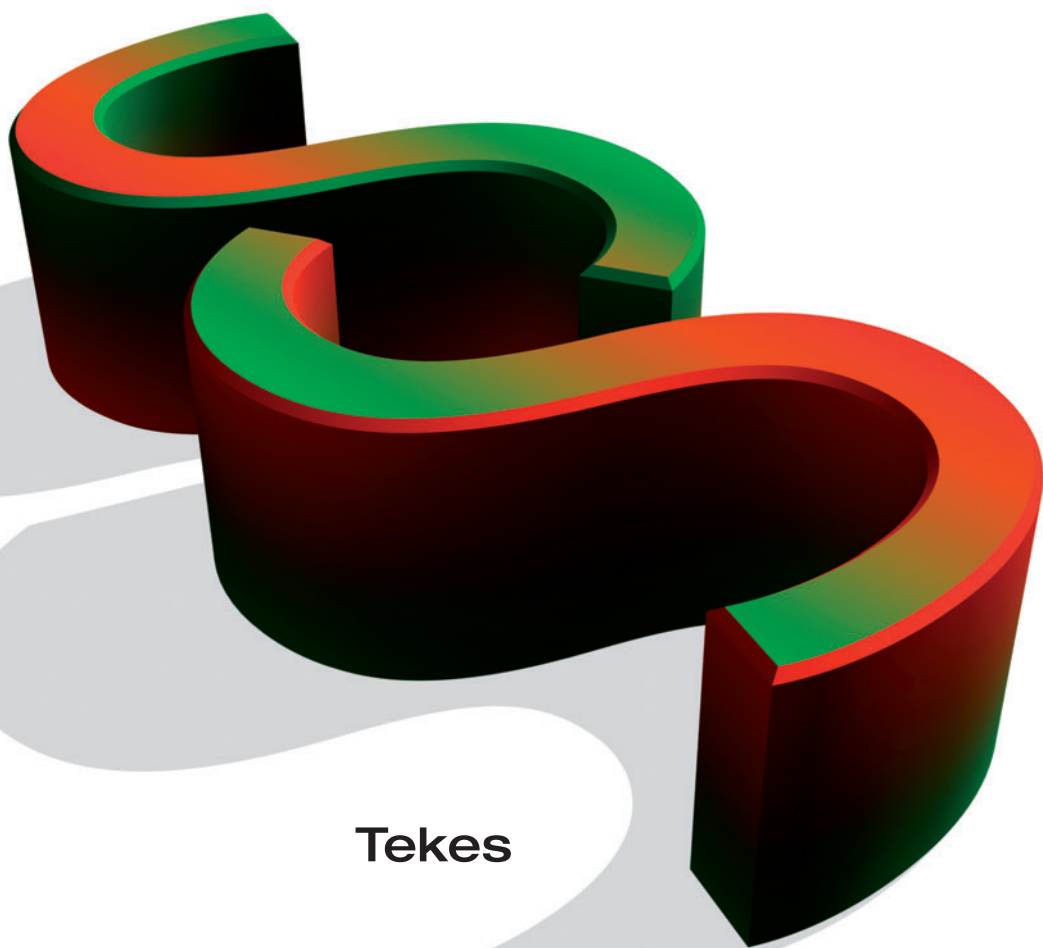


Innovointi ja julkinen hankinta

Kehityshankkeiden kilpailuttamisen juridisia kysymyksiä

Tuomas Aho



Tekes

Innovointi ja julkinen hankinta

– Kehityshankkeiden kilpailuttamisen
juridisia kysymyksiä

Tuomas Aho



Helsinki 2009

Tekes – rahoitusta ja asiantuntemusta

Tekes on tutkimus- ja kehitystyön ja innovaatiotoiminnan rahoittaja ja asiantuntija. Tekesin toiminta auttaa yrityksiä, tutkimuslaitoksia, yliopistoja ja korkeakouluja luomaan uutta tietoa ja osaamista ja lisäämään verkottumista. Tekes jakaa rahoituksellaan teollisuuden ja palvelualojen tutkimus- ja kehitystyön riskejä. Toiminnallaan Tekes vaikuttaa liiketoiminnan kehittymiseen, elinkeinoelämän uudistumiseen, kansantalouden kasvuun, työllisyyden vahvistumiseen ja yhteiskunnan hyvinvointiin. Tekesillä on vuosittain käytettävissä avustuksina ja lainoina noin 500 miljoonaa euroa tutkimus- ja kehitysprojektien rahoitukseen.

Copyright Tekes 2009. Kaikki oikeudet pidätetään.

Tämä julkaisu sisältää tekijänoikeudella suojattua aineistoa, jonka tekijänoikeus kuuluu Tekesille tai kolmansille osapuolille. Aineistoa ei saa käyttää kaupallisiin tarkoituksiin. Julkaisun sisältö on tekijöiden näkemys, eikä edusta Tekesin virallista kantaa. Tekes ei vastaa mistään aineiston käytön mahdollisesti aiheuttamista vahingoista. Lainattaessa on lähde mainittava.

ISBN 978-952-457-476-1

Kansi: Oddball Graphics Oy
Sisäsivut: DTPage Oy

Tekesin saatesanat

Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisen koetaan usein olevan jarruna, jopa estävän tarkoituksenmukaiset hankinnat. Yksityiskohtaisten hankintasääntöjen koetaan estävän erityisesti sellaiset hankinnat, joissa toimittaja etukäteen voisi saada varmuuden siitä, että hänen kannattaa panostaa tuotteen tai palvelun ”räätälöintiin” hankintayksikön tarpeiden mukaisesti. Vastaavasti hankintayksiköllä ei ole näkemystä siitä, mitä markkinat kykenevät tarjoamaan, koska valmista palvelua tai tuotetta ei ole. Potentiaalinen toimittaja puolestaan ei uskalla lähteä kehittämään tuotetta tai palvelua ilman varmuutta hankintayksikön tilauksesta.

Raportin tarkoituksena on selvittää ja kuvata mahdollisuuksia hankinta- ja sopimuskäytäntöjen kehittämiseen näissä hankkeissa ottaen huomioon kehityshankkeeseen osallistuvilta yrityksiltä edellytettävä ideointi- ja innovointipanos jo valmisteluvaiheessa, hankkeiden innovatiivinen luonne ja siihen liittyen valmiiden markkinoiden puute.

Tietämyksen levittäminen hyvistä käytännöistä on auttanut hankintakäytäntöjen kehittymistä normaaleissa palveluhankinnoissa. Uuden tyyppinen ongelma hankintalainsäädännön soveltamisen kannalta on muodostunut julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyöhankkeista. Tässä selvityksessä pyritään osoittamaan, että hankintalain asianmukaisen soveltamisen ei tarvitse muodostua esteeksi tämän tyyppisille yhteistyöhankkeille.

Käsillä oleva raportti on täydennetty päivitys syksyllä 2005 ilmestyneestä Kehityshankkeet ja kilpailuttaminen -raportista (183/2005). Raportin on laatinut ja päivittänyt asianajaja, OTL Tuomas Aho (Asianajotoimisto Bützow Oy).

Helsingissä 25 päivänä toukokuuta 2009

Tekesin saatesanat

1 Kehityshankkeet	1
1.1 Kehityshankkeet ja innovaatiot palvelutuotannossa	1
1.2 Kehityshankkeen osapuolet ja vaiheet.	2
1.3 Kehityshankkeiden moni-ilmeisyys	5
1.4 Yhteenveto kehityshankkeen tyypillisistä ja juridisesti relevanteista piirteistä	6
2 Hankintalain soveltuminen kehityshankkeisiin	8
2.1 Yleistä hankintalain soveltumisesta.	8
2.2 Suorahankinnan käyttömahdollisuudet	9
2.2.1 Kyseessä ei hankinta lainkaan.	9
2.2.2 Hankintalain tarkoittamat suorahankintatilanteet	13
2.3 Hankintalain huomioon ottaminen kehityshankkeen vaiheistamisessa	14
2.4 Johtopäätös: hankintayksikön toimintavaihtoehdot.	16
3 Neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö kehityshankkeissa	17
3.1 Neuvottelumenettelyjen käyttöala	17
3.1.1 Neuvottelumenettelyn edellytykset.	17
3.1.2 Kilpailullisen neuvottelumenettelyn edellytykset	18
3.1.3 Tekninen eritelmä	19
3.1.4 Erytysalojen hankintojen osalta huomattava	20
3.2 Hyvin johdettu neuvottelumenettely	20
3.2.1 Hanketta tarkasteltava kokonaisuutena	20
3.2.2 Hankkeen vaiheiden listaaminen valmisteluvaiheessa	21
3.2.3 Hankinnan vaiheet	21
3.3 Hankintasopimus.	26
3.3.1 Tarjouspyynnön merkitys hankintasopimukselle	26
3.3.2 Sopimusneuvottelut	26
3.3.3 Sopimuksen sisältö	27
3.4 Neuvottelumenettelyjen eroavaisuuksista.	27
4 IPR:n ja liikesalaisuuksien suojaaminen	28
4.1 Lähtökohtana oikeuksien tunnistaminen	28
4.2 Liikesalaisuuksien suojaaminen neuvottelumenettelyissä	28
4.3 IPR:n suojaaminen hankintasopimuksessa.	30
Lähteitä	32
Liite Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) eräitä tämän selvityksen kannalta keskeisiä säännöksiä.	33

1 Kehityshankkeet

1.1 Kehityshankkeet ja innovaatiot palvelutuotannossa

Käsillä olevassa raportissa tarkastellaan sitä, mitä reunaehtoja hankintalainsäädännöstä on johdettava kehityshankkeisiin. Kehityshankkeilla tarkoitetaan tässä sellaisia julkiseen hankintaan perustuvia julkisen ja yksityisen sektorin yhteishankkeita, jotka tähtäävät palveluiden kehittämiseen ja sisältävät tietyn kehitystyön.

Käytössä on myös käsite innovatiivinen julkinen hankinta. Innovatiivisilla julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan sellaisten tuotteiden tai palvelujen hankkimista, joita ei vielä ole olemassa, tai uusien toimintatapojen kehittämistä. Tällaisilla hankinnoilla edistetään innovaatiotoimintaa. Innovatiiviset julkiset hankinnat ovat nousseet huomion keskipisteeseen eurooppalaisessa innovaatiopolitiikassa. Julkisilla hankinnoilla arvioidaan olevan parhaimmillaan suurempi kannustevaikutus yritysten innovaatiotoimintaan kuin perinteisillä julkisilla tutkimus- ja kehittämistuilla.¹

Kehityshanke ja innovatiivinen julkinen hankinta eivät ole synonyymejä. Pikemminkin asia tulee nähdä niin, että kehityshanke on osa laajempaa prosessia, jota voidaan kutsua innovatiiviseksi julkiseksi hankinnaksi. Siten ne liittyvät läheisesti toisiinsa.

Hankintayksiköiden tehtävä ja oma etu on edistää markkinoiden kehittymistä. Markkinoiden kehittyminen merkitsee parhaimmillaan tervettä hintakilpailua, tarjonnan joustavaa sopeutumista (julkiseen) palvelutarpeeseen ja uusia innovatiivisia palveluntuotantoratkaisuja. Tätä tehtävää ne toteuttavat parhaiten varmistamalla palveluntarjoajien syrjimättömän kohtelun.

Kehitys on hiljalleen menossa kohti yhä hajautuvaa ja monipuolistuvaa palveluntuotantoverkosta, jossa yksityiset ja julkiset palveluntuottajat kilpailevat ja tekevät yhteistyötä. Kunnat ovat julkisten palvelujen pääasiallinen järjestäjä. Järjestämisvastuunsa kunnat toteuttavat tuottamalla palvelut itse tai osoittamalla tuotantotehtävän muulle taholle. Tämä muu taho voi olla muu julkisyhteisö tai yksityinen palveluntuottaja. Kuntien ohella merkittäviä julkisia palveluntuottajia ovat sairaanhoitopiirit ja vähäisemmässä määrin muun tyyppiset kuntayhtymät. Näiden merkitys palveluiden ostajina on merkittävä.

Julkisyhteisöjen hankintatoimeen kohdistuu kasvavia vaatimuksia. Palveluhankinnat ovat erityisen haastavia johtuen mm. laatuksiteerien merkityksen korostumisesta. Kaikkein haastavimpia ovat juuri uuden tyyppiset kehityshankkeet.

Periaatteellisemmat, kehityshankkeisiin liittyvät teknologiapoliittiset kysymykset ovat seuraavat:

- miten varmistetaan projektissa syntyneen osaamis pääoman tehokas hyödyntäminen (innovaatiointressi)?
- miten turvataan mukana olevien tahojen taloudellinen intressi suojaamalla niiden projektiin antamaa tietotaitoa (varallisuusintressi)?

Käytännöt ovat kuitenkin normaaleissa palveluhankinnoissa kehittymään päin. Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) eli hankintalain voimaantulo lisäsi merkittävästi kiinnostusta ja sitä kautta tietoa hankintoja koskevaa normistoa kohtaan. Perustietoa on jo runsaasti. Nyt ollaan tultu vaiheeseen, jossa hyviä käytäntöjä kehittämällä ja niitä koskevaa tietämystä levittämällä vähennetään kitkaa hankintanormiston soveltamisessa. Kehittämishankkeissa pitäisi päästä samaan: hyviä käytäntöjä kehittämällä voidaan varmistaa, että yhteiskunnallisesti arvokkaat kehittä-

¹ Kimmo Halme, Markku Kotilainen (toim.): Innovatiiviset julkiset hankinnat, Tekesin katsaus 225/2008

mishankkeet eivät viivästy tai peräti jää kokonaan toteutumatta hankintalainsäädännön soveltamiseen liittyvän epävarmuuden vuoksi.

1.2 Kehityshankkeen osapuolet ja vaiheet

Kehityshankkeella ei ole mitään yhtä tiettyä mallia. Luonteenomaista sille on palvelukonseptiin ja/tai siinä käytettyihin innovaatioihin liittyvä tuotekehityskomponentti. Innovaatiopanos voi rajoittua olemassa olevan teknologian tai muun innovaation soveltamiseen palvelukonseptissa. Toimijoita voi olla useampia:

- julkisyhteisö (hankintayksikkö),
- mahdollisesti yksi tai useampi yritys innovaatioiden kehittäjänä tai palveluntuottajana tai molempina,
- rahoittaja (usein Tekes osarahoittajana).

Hankkeita voidaan luonnehtia eri näkökulmista seuraavasti:

Tilaaaja: Tilaajana on julkisen sektorin toimija, hankintayksikkö, esimerkiksi kunnan terveyskeskus. Hankintayksikkö on identifioinut tarpeen ja lähtee kehittämään sitä. Se saattaa ottaa jo alkuvaiheessa kumppanikseen yhden tai useamman yrityksen kehittämään ideaa. Myös konsultin käyttö esiselvitysvaiheessa on tavallista.

Markkinat: Leimallista kehityshankkeille on, että markkinoita sanan varsinaisessa mielessä ei ole, kun ”markkinoilla” tarkoitetaan tuotteen tai palvelun olemassaoloa: periaatteessa yhdenkin ulkopuolisen tavaran- /palveluntarjoajan olemassaolo riittää synnyttämään hankintamarkkinat. Mitään valmista tuotetta tai palvelukonseptia ei tiedetä olevan tyydyttämään sitä tarvetta, jonka julkisen sektorin toimija on identifioinut.

Rahoitus: Hankkeen rahoitukseen osallistuvat sekä hankintayksikkö että joltakin osin mahdollisesti yksityinen taho, joka haluaa olla mukana hankkeessa. Tällaiselle taholle kustannukset ovat yleensä luokiteltavissa tuotekehityskustannuksiksi. Osarahoitusta hankkeelle haetaan usein julkisista lähteistä, useimmiten Tekesiltä. Tällöin hakijana ovat yrityspartnerit. Jos julkisyhteisö osallistuu itse kehitystyöhön, se voi hakea myös itse rahoitusta. Yrityspartnerit saattavat olla mukana pelkästään ylätason seurannassa ja samalla rahoittajan ominaisuudessa, tai sitten mukana varsinaisessa kehitystyössä (ja rahoituksessa). Näistä on pidettävä erillään alihankkijat, joilta ostetaan kehittämispalveluja ostopalveluina (tuotekehitysalihankinta).

Taustalla on yleensä palvelutuotannon tehostamis- ja järjeistämisyrykimys. Hankintayksikkö haluaa ymmärrettävästi omiin tarpeisiinsa räätälöidyn palvelun. Yrittäjäosapuolet saattavat olla mukana yleisestä mielenkiinnosta, halusta luoda julkiseen sektoriin kontakteja, ymmärtääkseen paremmin toimialaa, tai sitten nimenomaisesti ollakseen mukana itse palvelunkehittämisprosessissa.

Julkisen rahoittajan (usein Tekes) tavoitteena on edistää sen tyyppistä tuotekehitystä, jonka lopputuloksena olisi tuote, joka olisi markkinoitavissa myös laajemmin markkinoille. Ongelmana on usein, että julkisyhteisö (tilaaja) määrittää liian täsmällisesti omiin tarpeisiinsa sopivan hankkeen ja kilpailuttaa jo tässä vaiheessa, vaikka pitäisi kilpailuttaa vasta siinä vaiheessa, kun on valmis tuote. Nyt kilpailuttamisella lyödään lukuun ”lopputuote”, joka ei sitten sovi muille markkinoille.

Esimerkki I

Monivaiheinen ja useamman toimijan rinnakkaisista hankkeista muodostuva yhteishanke

a) Esiselvitys

Selvitetään julkisen terveydenhuollon tulevaisuuden haasteita haastattelututkimuksella kartoittaen niitä toimenpidealueita, joilla terveydenhuollon asiantuntijoiden arvioiden mukaan haasteet ovat nopeimmin kasvamassa ja joilla uusilla toimintatavoilla ja hyvien käytäntöjen levittämällä olisi vastaavasti suhteellisesti suurin vaikuttavuus terveydenhuollon tulosten ja julkisen talouden kannalta.

b) Vaihe: Innovaatioyritysten hankkeiden suunnittelu

Esiselvityksen pohjalta joukko yrityksiä – alihankkijana esiselvityksen tekijä ja osarahoitukseen Tekes-raha – kehittää kaupallisia sovelluksia hyödynnettäväksi julkisessa palvelutuotannossa esiselvityksen osoittamilla painopistealueilla.

c) Vaihe: Julkisen sektorin hankkeet

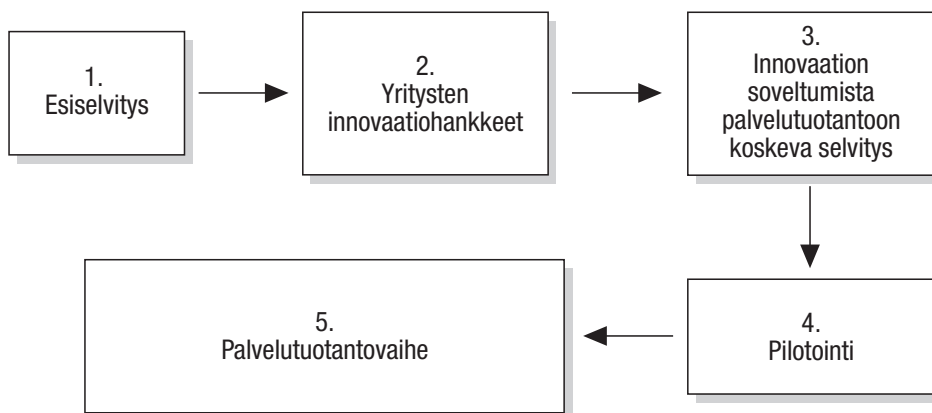
Julkisen sektorin toimija/toimijat käynnistää omat selvityksensä innovaatioiden soveltumisesta palvelutuotantoon.

Kyseessä on tällöin rinnakkainen hanke innovaatiohankkeen kanssa näiden muodostaessa yhdessä hankekokonaisuuden yhteisesti sovittuine tavoitteineen. Selvitystyö ja mahdollinen pilotointi tehdään yhdessä.

Osa-alueet ovat siis:

1. Esiselvitys
2. Innovaatiohanke
3. Innovaation soveltumista palvelutuotantoon koskeva selvitys
4. Pilotointi
5. Palvelutuotantovaihe.

Vaiheet 1–4 ovat selkeästi osa palvelutuotantovaihetta edeltävää kehitysvaihetta. Kehityshanke saattaa käsittää kaikki nämä vaiheet (1–4) tai osan niistä.



Esimerkki II

Hankintayksikkölähtöinen kehityshanke

1. Hankintayksikkö määrittelee hankkeen

Toisessa tilanteessa hankintayksikkö itse ideoi/määrittää palvelutuotantonsa kehittämistarpeet ja siihen liittyvät kriteerit. Tässä se voi käyttää konsulttia, mutta hankkeeseen ei muutoin osallistu tässä vaiheessa etenkin teknologian tai muiden innovaatioiden tarjoajia.

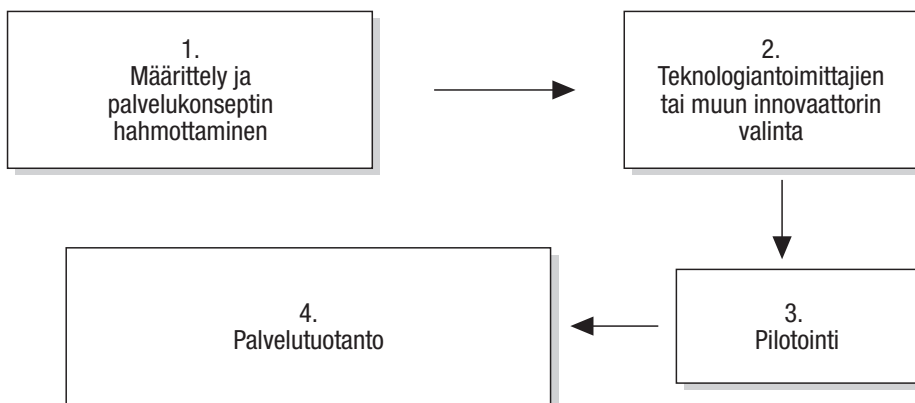
2. ”Innovaattorit” kutsutaan mukaan

Seuraavassa vaiheessa – hankintayksikön jo tietäessä toimintojen kehittämisen suuntaviivat – se kutsuu innovaatioiden kehittäjiä esittämään ratkaisumalleja palvelukonseptin toteuttamiseksi. Olettama on tällöin, että vähäisellä ”räätälöinnillä” olemassa olevia teknologioita ja muita innovaatioita voidaan soveltaa palvelukonseptin toteuttamiseksi. Yritysosapuolten asema saattaa muistuttaa tutkimusalihankkijan asemaa.

3. ”Innovaattorin” valinta ja palvelukonseptin pilotointi

Tarkoituksenmukaisen innovaation löytymisen jälkeen innovaatiota kokeillaan.

Edellä sanottu graafisesti:



1.3 Kehityshankkeiden moni-ilmeisyys

Kehityshankkeet ovat keskenään hyvin erilaisia. Niille on tyypillistä jonkin asteinen kumppanuus ja yhteinen tavoitteenasettelu hankintayksikön ja yksityissektorin toimijan kesken sekä tietty innovatiivinen, yleensä julkisen palvelun tuottamista-poihin liittyvä kehityselementti.

Kehityshanke voi lähteä liikkeelle tuotekehityshankkeena ilman olennaista hankintaan liittyvää elementtiä. Tuotekehityshankkeen voidaan katsoa eroavan julkisesta hankinnasta siinä, että tuotekehityshankkeessa tavalla tai toisella mukana oleva hankintayksikkö ei hanki vastiketta vastaan tuotetta tai palvelua. Julkiselle hankinnalle ja siten hankintalainsäädännön soveltamisedellytysten täyttymiselle puolestaan on olennaista tuotteen tai palvelun vastikkeellinen ostaminen, vuokraaminen tai hankkiminen muulla tavoin ulkopuoliselta toimijalta.

Yhdeltä kokonaisuudelta näyttävä projekti saattaa todellisuudessa muodostua (juridisessa merkityksessä) useammasta täysin erillisestä projektista. Kyseessä voi olla tuotekehityshankkeen, hankinnan ja viranomaisen sisäisen kehityshankkeen muodostama kokonaisuus. Tällöin ei ole tarvetta arvioida kokonaisuutta hankintalainsäädännön näkökulmasta, vaan saattaa riittää, että vain osaan siitä sovelletaan hankintanormistoa. Viranomaisen kaikki rahankäyttö projektiin ei siten välttämättä ole hankintalain tarkoittamaa hankintaa: kyseessä voi olla kehityshankkeen muu rahoitus.

Tämän vuoksi on tärkeää analysoida projekti taupauskohtaisesti. Oikeuskäytännössä on lisäksi vaikiintunut tulkinta, että jos hanke pääosin on muuta kuin julkinen hankinta, ei hankkeeseen välttämättä lainkaan tarvitse soveltaa hankintanormistoa. Yhdeltä möhkäleeltä näyttävä hanke saattaa todellisuudessa muodostua seuraavista elementeistä:

- a. Yrityksen kehityshanke
- b. Hankintayksikön kehityshanke
- c. Julkinen hankinta.

Julkisten palvelujen kehittämistyön voidaan uskoa vahvistuvan yksityiseltä sektorilta tulevien sekä palvelukonseptien ja teknologioiden käyttöön liittyvien aloitteiden seurauksena. Tässä mielessä vahva yhteiskunnallinen intressi on tukea tällaisten yksityisten aloitteiden esiintuloa. Käytännössä se tarkoittaa aloitteisiin liittyvien liikeideoiden suojaamista myös siinä vaiheessa, kun niitä esitellään hankintayksikölle. Tämä koskee erityisesti näiden yksityisten aloitteiden (liikesalaisuus) salassapitoa tilanteessa, joissa hankintayksikkö päätyy kilpailuttamaan kehityshankkeeseen osallistumisen. Yrityksille tulisi antaa mahdollisuus keskustella ideoistaan ja testata niitä hankintayksiköiden kanssa ilman pelkoa niiden oikeudettomasta ja vastikkeettomasta hyväksikäytöstä ja vuotamisesta julkisuuteen. Missään tapauksessa hankintayksikkö ei saa ilman suostumusta käyttää mahdollisessa tarjouspyynnössään/hankintailmoituksessaan yksityisen toimijan sille antamia liikesalaisuuksia.

Yksityisen yrityksen tai muun vastaavan aloitteeseen perustuva hanke on kaikkein haastavin määriteltäväksi hankintalainsäädännön näkökulmasta. Siihenkin pätee edellä sanottu: niin kauan kuin hankintayksikkö ei hanki tuotetta/palvelua/tuotekehitystyötä yksityiseltä osapuolelta vastiketta vastaan (vaan osapuolet kattavat kustannuksensa itse), kyseessä ei ole julkinen hankinta. Tästä on säännös hankintalain 8 §:n 6 kohdassa. Heti kun hankintayksikkö maksaa vastiketta työstä, se voi muuttua ainakin periaatteessa palveluhankinnaksi. Hankintalainsäädäntö on hyvin kategorinen tässä suhteessa.

Hankintayksiköllä on hyvä syy julkaista mahdollisimman aikaisessa vaiheessa mahdolliseen palvelutuotantoon johtavaa kehityshanketta koskeva hankintailmoitus ainakin niissä tilanteissa, joissa hankintayksikkö itse on ideoinut uuden palvelutuotantokonseptin ja etsii siihen kehitystyön partnereita. Tällöin hankintayksiköllä ei ole mitään ”lojaalisuusveloitteita” ketään yksityistä tahoaa kohtaan. Tällöin hankintayksiköllä on suuri intressi kartoittaa markkinat mielenkiintoisimpien kehitystyöpartnereiden löytämiseksi. Avoimuus-

den korostaminen on luontevaa tässä tilanteessa, eikä se ole minkään yksityisen tahon intressien vastaista. Tällöin on luontevaa hakea hankintailmoitusta vastaavalla ilmoituksella kehityshankke-partnereita, vaikka kyseessä ei olisikaan julkinen hankinta hankintalain tarkoittamalla tavalla.

Hankintalain soveltamisongelmat käytännössä näyttävät kulminoituvan kehityshankkeissa vaiheeseen, jossa kehitysvaiheen ja mahdollisen pilotivaiheen jälkeen lähestytään palvelutuotantoa. Sekä hankintayksiköllä että tämän partnerilla/partnereilla on usein tarve varmistaa kehityshankkeen jatkuminen palvelutuotantona. Tällöin on houkutus esittää kysymys, onko mahdollista varmistaa kehityshankkeessa mukana olevien osallistuminen palvelutuotantoon. Mukanaoloa perustellaan luonnollisesti yritysten taloudellisilla kannustimilla olla mukana kehityshankkeissa. Taloudellinen intressi olla mukana itse palvelutuotannossa on sitä suurempi, mitä ”räätälöidymmästä” kehityshankkeesta on kysymys.

Kilpailuttaminen nähdään tässä vaiheessa erityisenä ”väärytenä” siksi, että mahdollisessa julkisessa hankinnassa hankintailmoitukseen joudutaan laittamaan tietoja, jotka perustuvat kehityshankkeen tuloksiin.

Projektia käynnistettäessä on hyvä noudattaa avoimuutta ja reilun pelin sääntöjä, mikä toteutuu parhaiten ilmoittamalla julkisesti pyrkimyksestä löytää partneri ja kehittää tietty toimintamalli, konsepti tai vastaava.

1.4 Yhteenveto kehityshankkeen tyypillisistä ja juridisesti relevanteista piirteistä

Kehityshankkeiden määrittely on vaikeaa, mikä johtuu jokaisen erillisen hankkeen ominaispiirteiden vaihtelevuudesta. Tässä selvityksessä pidetään silmällä erityisesti sellaisia hankkeita, joissa hankintayksikkö ja yksityissektorin toimija kehittävät yhteisymmärryksessä palvelutuotetta, joka

edesauttaa hankintayksikön lakisääteistä velvollisuutta järjestää tietty julkinen palvelu. Kehityshankkeeseen liittyy usein teknologian tai innovaatioiden kehittämistä tai olemassa olevan innovaation soveltamista uudella tavalla tietyn palvelun järjestämiseksi.

Oleellinen piirre on innovatiivinen elementti, joka liittyy innovaation käyttöön tai kehittämiseen tai palvelun kehittämiseen käyttäen hyväksi yksityissektorilla olevaa innovaatiopanosta jonkin sellaisen aikaan saamiseksi, jota ei halutussa muodossa ole vielä olemassa.

Tämän kaltaisten hankkeiden merkittävimmän julkisen rahoittajan, Tekesin näkökulmasta kyseessä on yhden tai useamman (yrityksen) tuotekehityshanke, jonka rinnalla saattaa olla julkisyhteisön (hankintayksikkö) oma rinnakkainen tuotekehityshanke. Julkisyhteisön tuotekehityshanke on Tekesin ohjeiden mukaisesti rahoituksellisesti aina erillinen hanke. Hankkeet kytkeytyvät usein toisiinsa laajemmassa yhteisprojektissa, jossa on määritelty projektin kokonaistavoitteet. Hanke on saattanut käynnistyä esiselvityksenä, johon on myös saatettu saada julkista t&k-rahoitusta.

Kehityshankkeelle on luonteenomaista yhteistyön syveneminen hankkeen kestäessä sekä yhteisen tietotaidon ja näkemyksen kehittyminen hankkeen kestäessä. Rajat omien ja muille kuuluvien ideoiden ja tietotaidon välillä hämärtyvät.

Kehityshanke on usein jatkumo, joka käynnistyy tosiasiallisesti ideoinnista selkeytyen vähitellen yhdeksi tai useammaksi tuotekehityshankkeeksi. Kehitysvaiheessa osapuolille syntyy kustannuksia, joiden kattamisen julkinen rahoittajataho (Tekes) saattaa osallistua. Kuten jäljempänä osoitetaan, kustannusten kattamisella on suuri merkitys arvioitaessa hanketta hankintalain kannalta. Jo ennen kehityshankkeen käynnistymistä osapuolet ideoivat hanketta ja paljastavat samalla mahdollisia liikesalaisuuksiaan. Monesti alkuvaiheen sopimukset ovat hyvin yleispiirteisiä, mikäli sopimuksia ylipäätänsä tehdään.

Käytännössä kehitysvaiheeseen osallistuvia ei yleensä valita kilpailuttamisen tai muun hankintalain tarkoittaman hankintamenettelyn mukaisesti, vaan yhteistyöhön ajaututaan muun tyyppisen ja epävirallisen ”verkottumisen” kautta.

Julkisyhteisöillä (hankintayksikkö) on kasvava tarve kehittää palveluntuotantokonseptejaan ulkopuolisia näkemyksiä hyödyntäen ja saaden siten kehitettyä alustavaa ideaansa tai toimintamalliaan julkisyhteisön järjestämistä vastaavalla olevan palvelun tuottamisessa. Tähän voi liittyä pyrkimys hyödyntää uusia innovaatioita, jonka vuoksi innovaatioyhteydet ovat mukana hankkeessa.

Innovatiivinen panos voi tulla peräti neljältä eri taholta:

- julkisyhteisöltä itseltään,
- kehityshankkeessa mahdollisesti mukana olevalta palveluntarjoajalta,
- innovaatioyhteykseltä, tai
- esiselvitysvaiheessa mukana olevalta konsultilta tai vastaavalta taholta.

Leimallista on, että kaikkien näiden panokseen liittyy mahdollisesti kehityshankkeen konseptia eteenpäin vievä innovatiivinen elementti, jonka hyödyntäminen vastikkeettomasti olisi useimmissa tapauksissa kohtuutonta.

Kehityshankkeissa käytännössä esiin tulevat kysymykset näyttäytyvät muotoutuvan seuraavallisiksi:

- 1a. Voiko hankintayksikkö ryhtyä kehityshankkeeseen (alihankintasuhteeseen tms.) potentiaalisen palveluntuottajan kanssa ilman hankintamenettelyä?²
- 1b. Voiko hankintayksikkö valita ilman hankintamenettelyä kehityshankkeessa mukana olevia yrityksiä palveluntuotantovaiheeseen?
2. Millä edellytyksillä voidaan hyödyntää neuvottelumenettelyä, joka kuitenkin tarjoaa tiettyä joustoa tarjouspyynnön määrittelyyn?
3. Miten varmistetaan, ettei kehityshankkeessa kehitettyä palvelua/teknologiaa oikeudettomasti (ilman asianmukaista vastiketta) oteta käyttöön kilpailuttamisen seurauksena?

Tärkeintä on hahmottaa, mistä hankkeessa on juridisessa mielessä kysymys. Useimmissa tilanteissa hankintayksiköllä on jossakin vaiheessa edessään hankintalain tarkoittama hankintamenettely.

² Lain tuntemat hankintamenettelyt ovat avoin menettely, rajoitettu menettely sekä neuvottelumenettely ja kilpailullinen neuvottelumenettely. Kaksi ensiksi mainittua edellyttävät hankinnan kohteen täsmällistä määrittelyä jo ennen hankinnan käynnistämistä. Neuvottelumenettelyt puolestaan antavat mahdollisuuden täsmentää hankinnan kohteen määrittelyä menettelyn kestäessä. Suunnittelukilpailu on myös hankintalain tuntema menettely.

2 Hankintalain soveltuminen kehityshankkeisiin

2.1 Yleistä hankintalain soveltumisesta

Kehityshankkeita hankintalain kannalta arvioitaessa lähtökohdaksi on luontevaa ottaa hankintalain yleinen soveltamisala. Lähtökohtaisesti hankintalakia sovelletaan (julkisyhteisön tekemään) tavara- ja palveluhankintaan, palveluhankintoja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sekä urakoihin. Nimenomaisesti lakia ei kuitenkaan sovelleta tiettyjä palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin kuten erityisesti vuokrasopimuksiin.

Kehityshankkeiden arvioinnin kannalta hankinnan määritelmällä on suuri merkitys. Hankintalakia sovelletaan vain laissa tarkoitettuihin hankintayksiköiden tekemiin julkisiin hankintoihin. Hankintalain 5 §:n mukaan hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palveluiden ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa. Hankinnan määritelmä tulee ymmärtää laajasti. Ostamiseen ja vuokraamiseen rinnastettavana toimintana mainitaan osamaksukauppa, leasingkauppa ja optiosopimukset. Palveluhankintojen alaa ei ole rajattu koskemaan vain joitakin palveluja, vaan hankinnan piiriin luetaan kaikentyyppiset palvelut. Rahoituspalveluja koskeva sopimus silloinkin, kun se liittyy kiinteistön vuokraukseen, kuuluu kuitenkin aina lain soveltamisen piiriin.

Vain hankintaan ja mahdollisesti käyttöoikeussopimukseen sovelletaan hankintalainsäädäntöä. Haaste on toteuttaa kokonaisprojekti siten, että hankinta tehdään hankintalain hengessä ilman, että sidonnaisuudet kehityshankkeisiin eivät ratkaise hankintojen kohtaloa. Edelleen on huomattava, että lain 8 §:n 1 kohdan mukaan hankintalakia ei sovelleta palveluhankintasopimuksiin, jotka koskevat maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia.

Hankintalainsäädäntöä ei tarvitse soveltaa tilanteissa, joissa hankintayksikkö kehittää palvelua yhdessä yksityisen yrityksen kanssa, jos kumpikin/kukin osapuoli vastaa omista kustannuksistaan ilman, että kehitystyöhön liittyy tuotekehitystyön tai muun palvelun vastikkeellista ostamista joltakin hankkeen osapuolelta. Tähän ei vaikuta se, saako yksi tai useampi hankkeen osapuoli julkista rahoitusta tuotekehitykseen esim. Tekesiltä. Kehityshankkeen luonteva lähtökohta monesti onkin tuotekehityshanke, jossa jokainen taho vastaa omista kustannuksistaan ilman, että hankintayksikön ja yksityisten hankkeeseen osallistuvien yritysten välillä maksetaan korvauksia tehdystä työstä.

Hankintalain soveltamisedellytykset eivät siis täyty edellä tarkoitetuissa tilanteissa. Tämä pätee hankkeen kestäessä ainakin niin kauan kuin hankintayksikkö ei maksa palkkioita muiden hankkeessa mukana olevien toimijoiden suorittamasta tuotekehityksestä tai muusta työstä.

Hankinnan laaja määritelmä on funktionaalinen, mikä merkitsee, että säännösten kiertämisen estämiseksi hankintalaki soveltuu myös sellaisiin järjestelyihin, joissa asiallisesti on kyse hankinnasta, vaikka vastike suoritettaisiin muulla tavalla, esimerkiksi tuen muodossa. Hankintalainsäädännön soveltumisen kannalta ei siten ole merkitystä sillä, nimitetäänkö hankintayksikön ja yrityksen välistä sopimusta esimerkiksi kumppanuus- tai yhteistyösopimukseksi, jos sopimuksen tarkoituksena on tosiasiallisesti ostaa vastiketta vastaan tuotteita tai palveluita.

Sen lisäksi että hanketta arvioitaessa tulee ratkaistavaksi se, soveltuuko hankintalaki ylipäättänsä, soveltamistilanteessa joudutaan tietystikin ottamaan kantaa siihen, sovelletaanko hankintalain nk. kansallisia menettelyjä vai lain II osan säännöksiä. Viimeksi mainittua sovelletaan EU-kyn-

nysarvon³ ylittäviin tavarahankintoihin, liitteen A mukaisiin ensisijaisiin palveluhankintoihin, rakennusurakoihin, käyttöoikeusurakoihin ja suunnittelukilpailuihin. Toissijaisten palveluhankintojen nk. liitteen B palveluhankintojen (mm. sosiaali- ja terveyssektorin palveluhankinnat) ja palveluhankintoja koskevien käyttöoikeussopimusten osalta hankintayksiköllä on erältä osin ”vapaamat kädet”. Näitä kansallisia menettelyjä sovellettaessa ovat tietyt lain tarjouspyynnölle asetettavia vaatimuksia, teknisiä eritelmiä, ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuuden arviointia ja eräitä muita seikkoja koskevat säännökset hiukan väljemmin sovellettavissa.

2.2 Suorahankinnan käyttömahdollisuudet

2.2.1 Kyseessä ei hankinta lainkaan

T&k-hankkeet (tutkimus ja kehitys)

Lähtökohtaisesti ei ole mitään syytä asettaa vastakkain markkinamekanismin hyödyntämistä ja markkinoiden avoimuuden vaatimusta yhtäältä ja innovaatiopolitiikan tehokkuuden tavoitetta toisaalta. Tietyissä tilanteissa saattaa kuitenkin olla tarkoituksenmukaista jättää hankintayksikölle (Tekes, yliopisto, tutkimuslaitos, valtionapua saava yritys tai muu hankintayksikkö) vapaus päättää yhteistyökumppanistaan ilman edeltävää hankintamenettelyä. Käytännössä on kuviteltavissa tällaisia tilanteita, joissa esimerkiksi liikeideat, toimintakonseptit, palveluinnovaatiot ja vastaavat suojaamattomina liikesalaisuuksina joutuvat avoimessa hankintamenettelyssä vaaraan vuotaa julkisuuteen.

Voidaan myös hyvin ymmärtää vaatimusta, että hankintayksikkö saisi tietyissä kehityshanketta seuraavissa tilanteissa hankkia teknologiaa suoraan kehityshankkeessa mukana olleelta innovaation kehittäjältä osana kehityshankkeen päämää-

ränä olleen palvelun kehittämistä. Yleiset, palvelujen kehittämiseen ja innovaation kaupallistamiseen tähtäävät motiivit saattaisivat puoltaa tällaista tulkintaa. Innovaation osto ei voisi tietenkään tarkoittaa hankintayksikön sitomista innovoijaan rajoittamattomaksi ajaksi, vaan se tulisi nähdä osana tietyn hankkeen toteuttamista.

Hankintalainsäädännön keskeisenä tarkoituksena on tarjoajien eli markkinoilla toimivien yritysten syrjimätön kohtelu ja markkinoillepääsy. Innovaatiopolitiikan tavoitteiden näkökulmasta syrjimättömään kohteluun verrattavana ”arvona” voidaan nähdä yritysten ja tutkimuslaitosten tutkimus- ja tuotekehitysyhteistyön edistäminen, joka tietyissä tilanteissa saattaa edellyttää hankintayksikön harkintaa. Näitä ei siis ole syytä nähdä toisilleen ristiriitaisina tavoitteina. Jos hankintayksiköllä ei missään tilanteessa ole harkintavaltaa toimia ei-avoimen menettelytavan mukaan, saattavat innovaatioiden kehittämiseen tähtäävät intressit kärsiä.

Edellä sanottua silmällä pitäen hankintalaissa onkin tietyjä poikkeussäännöksiä erityisesti t&k:n sulkemisesta pois hankintalain soveltamisen piiristä tietyin edellytyksin.

Lisäksi ei ole mitään syytä pyrkiä laajentamaan hankintalain soveltamisalaa siitä, mihin se on tarkoitettu: **hankintalakia sovelletaan vain tavaran tai palvelun ostamiseen ja tavaran hankkimiseen vuokraamalla, leasing-järjestelyllä tai vastaavalla.**⁴

T&k-hankkeet voidaankin pitää erillään hankinnoista **aina silloin, kun kysymys ei** ole selkeästi alihankintatyypisistä tutkimuspalveluhankinnasta (vain näihin viimeksi mainittuihin ostopalveluihin on pakko soveltaa hankintalakia).

Tekniset, taiteelliset ja yksinoikeuden suojaamiseen liittyvät perusteet suorahankinnan käytölle

3 133 000 euroa valtion keskushallintoviranomaisten tavarahankinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa; 206 000 euroa muiden kuin 1 kohdassa tarkoitettujen hankintayksiköiden vastaavissa hankinnoissa; sekä 5 150 000 euroa rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa. Huomaa, että erityisaloilla on omat kynnysarvonsa. Kynnysarvot vahvistetaan kahdeksi vuodeksi kerrallaan.

4 Tavarahankintasopimuksen kohteena on tavaroiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä; tavarahankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on tavarahankinnan lisäksi kokoamis- ja asennustöitä; palveluhankintasopimuksen kohteena on palvelun hankinta vastiketta vastaan.

ovat toinen huomion arvoinen kriteeri hankintalainsäädännössä, joka mahdollistaa suorahankinnan käytön. Näihin perusteisiin on mahdollista tukeutua poikkeuksellisesti silloin, kun hankintayksikkö haluaa tilata tietyn kehityshankkeen jatkona teknologiaa tai palvelukonseptin, jonka ei voida katsoa olevan markkinoilla tunnettu (yrityssalaisuus), tai niiden käyttö edellyttää immateriaalioikeuksia, joita kehityshankkeessa on syntynyt.

Liikesalaisuuden suojaaminen tulee voida nähdä perusteluna (”yksinoikeuden suojaaminen”) suorahankinnan käytölle erityisesti kahdessa tilanteessa: tutkimusryhmä tai vastaava tarjoaa hankintayksikölle ideaa jatkokehitettäväksi, ja kysymys on jatkoselvityksestä, jota tehdään nimenomaan hankintayksikön tarpeisiin (tutkimusalihankintaan tai konsultointiin verrattavana palveluna). Tällöin saattaisi muutoin tulla sovellettavaksi hankintalaki, mutta idean kehittelyn edellyttämät suojaamistarpeet eivät salli julkista hankintamenettelyä.

Hankintalain 8 §:n 6 kohtaan sisältyy direktiivin mukaisesti säännös, jonka mukaan ”tätä lakia ei sovelleta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka ovat... tutkimus- ja kehittämisspalveluja koskevia sopimuksia paitsi, jos niistä saatava hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritetun palvelun kokonaisuudessaan.”⁵ Myös tämä säännös on sisältynyt jo aiemmin voimassa olleeseen hankinta-asetukseen, mutta siitäkään ei ole mitään vakiintunutta tulkintaa.

Lain esitöissä⁶ poikkeussäännöksen soveltamisalan osalta viitataan erityisesti korkeakoulujen yhteisesti rahoitamiin tutkimusohjelmiin: ”soveltamisalasta olisivat käytännössä poissuljettuja esimerkiksi korkeakoulujen, tutkimuslaitosten ja muiden tiedeyhteisöjen yhteisesti rahoittamat tutkimusohjelmat. Lainkohdassa tarkoitettujen tutkimushankkeiden tunnistamisessa merkityksellistä on tutkimuksen avoimuus ja tutkimuksen hyödynnettävyys mahdollisimman laajasti.”

Soveltamisalasta ovat siten käytännössä poissuljettuja esimerkiksi korkeakoulujen, tutkimuslaitosten ja muiden tiedeyhteisöjen yhteisesti rahoittamat tutkimusohjelmat. Lainkohdassa tarkoitettujen tutkimushankkeiden tunnistamisessa merkityksellistä on tutkimuksen avoimuus ja tutkimuksen hyödynnettävyys mahdollisimman laajasti. Siten sellaisen tutkimuksen rahoitus, joka pyrkii kehittämään tuotteita, teknologiaa tai muita innovaatioita koko markkinoiden hyödyksi yleensä, ja missä hankintayksiköllä itsellään ei ole vaatimuksia/tarvetta (requirements), on hanke selkeästi poissuljettu lain soveltamisalasta. Tämä on kyseessä

- julkisen sektorin rahoittamissa tutkimuksissa julkisissa tutkimuslaitoksissa, yliopistoissa jne., mutta
- myös ”yleishyödyllinen” (public benefit) tutkimus on suljettu pois silloinkin, kun sitä suorittaa yksityinen liikevoittoa tavoitteleva yritys.

Hankintalakityöryhmän lyhyet perustelut saattavat antaa turhankin rajoitetun kuvan poikkeussäännöksen soveltamisalasta.⁷ Sitä voitaneen tulkita kattamaan laajemmin monet sellaiset hankintayksikön kehityshankkeet ja t&k-työ, jossa hankintayksikkö ei ole yksin tutkimuksesta hyötyjä ja sen ainoa rahoittaja. Hankinnaksi ei pääsääntöisesti tarvinne katsoa mitään sellaista t&k-työtä, jossa tulokset jäävät myös tuotekehitystyön tekijän käyttöön.

Ainoan rahoittajan vaatimus tarkoittaa sitä, että hankintayksikkö kattaa kaikki kulut (ja katteen) tutkimuksen tekijälle. Jos näin ei ole, eli jos tuotekehitystä suorittava yritys esimerkiksi kunnan terveyskeskuksen kanssa tehtävässä kehityshankkeessa ottaa osan kustannuksista kannettavakseen saaden samalla (kunnan terveyskeskuksen rinnalla) oikeuden hyödyntää tuloksia, poikkeussäännös voi soveltua. Kyseessä ei siis tarvitse olla perinteinen korkeakoulun tutkimusyhteistyö, vaan hankintayksikön tilaustutkimuskin voi täyttää sanotut kriteerit, jos siinä on muutoin yhteistutki-

5 Hankintadirektiivissä, johon kansallinen sääntely perustuu, on englanninkielisessä versiossa sama ilmaistu seuraavasti: “research and development programmes where benefits accrue exclusively to the contracting authority for its use in the conduct of its own affairs, on condition that the service provided is wholly remunerated by the contracting authority.”

6 Hankintatyöryhmän raportti, s. 119

7 KTM:n työryhmäraportti, s. 119

	Hankintayksikkö saa kaikki oikeudet hankkeen tuloksiin	Hankintayksikkö ei saa yksinoikeutta tuloksiin vaan ne jäävät myös hankkeen muiden osapuolten käyttöön tai julkistetaan.
Hankintayksikkö kattaa kaikki t&k-hankkeen kustannukset, eikä niiden kattamiseen osallistu mikään muu hankkeen osapuolena oleva taho	<i>Hankintalakia sovelletaan (katsotaan tuotekehitysalihankinnaksi)</i>	<i>Hankintalakia todennäköisesti sovelletaan</i>
Hankintayksikkö ei kata yksin kaikkia hankkeen kustannuksia, vaan siihen osallistuvat myös muut hankkeen osapuolet. (Merkitystä ei ole, osallistuuko julkinen rahoittajataho osapuolena hankkeen kustannuksiin.)	<i>Hankintalakia ei sovelleta (käytännössä epätodennäköinen tilanne, koska oikeuksia tuskin haluttaisiin antaa yksistään hankintayksikölle)</i>	<i>Hankintalakia ei sovelleta</i>

muksen piirteitä. Vähimmäisvaatimuksena tällaiselle tulokinnalle voidaan pitää sitä, että tutkimusta suorittavan yrityksen oma taloudellinen panos ei ole vain näennäinen. Voidaan ehkä ajatella, että jos yritys ottaa osaa tutkimushankkeen ”riskinkantoon”, on kyseessä pikemminkin yhteistutkimus eikä hankinta.

Asiaa voidaan pelkistää yllä olevan taulukon mukaisesti.

Tietysti edellä sanottu tulkinta pätee vain niin kauan kuin järjestelyn tarkoitus ei ole olla syrjivä. Viranomaisen motiivit eivät tietenkään saa olla syrjiviä, vaan perustelut yhteistyökumppanien valitsemisessa tulee olla asialliset.

Järjestelyn pääasiallinen tarkoitus on muu kuin hankinta

Sekamuotoiset sopimukset voivat kokonaisuutena olla jotakin muuta kuin julkinen hankinta. Oikeuskäytännöstä löytyy esimerkkejä, joissa sopimuskokonaisuuden keskeinen osa on luonteeltaan muuta kuin julkista hankintaa. Tapauksessa markkinaoikeus katsoi, että ”sopimuskokonai-

suuden keskeinen osa on ravitsemistilojen vuokraaminen” yrittäjälle eikä palvelujen tarjoaminen hankintayksikölle. Niinpä markkinaoikeus katsoi, että (vanhan) hankintalain 4 §:n 1 kohdan säännöksestä seuraa, ettei sanottua sovelleta, kun hankintayksikkö vuokraa omaisuuttaan ulkopuoliselle yrittäjälle. Myöskään ravintolatoiminnan harjoittamista koskevan yksinoikeuden luovuttaminen yrittäjälle palvelujen tuottamista vastaan siten, että tämä saa vastikkeen toiminnalleen asiakailta, ei kuulu hankintalain soveltamisalaan.

Ammattikorkeakoulu oli järjestänyt tarjouskilpailun, jonka kohteena oli dokumenttifilmin tuottaminen. Ammattikorkeakoululla oli yhteistyökumppani, joka teki tarjouksen voittaneen yrityksen kanssa sopimuksen. Ammattikorkeakoulun rooli oli lähinnä koulutuksen tarjoaminen opiskelijoille projektin yhteydessä: Jutussa markkinaoikeus totesi, että ammattikorkeakoulu ei ole kysymyksessä olevassa menettelyssä toiminut tavaran tai palvelun ostajan ominaisuudessa. Sen osuus on rajoittunut kahdelle opiskelijalle maksettaviin palkkoihin. Markkinaoikeus katsoi, ettei se ole

toimivaltainen, koska tapaukseen ei tullut soveltaa hankintalakia.⁸

Työsopimuksen tekeminen ei ole hankintalain mukainen hankinta. Ammattikorkeakoulu on järjestänyt tarjouskilpailun ja tehnyt tarjoajan valintaa koskevan päätöksen yhteistyökumppanin puolesta. Siihen puolestaan sovellettaisiin hankintalain säännöksiä vain, jos hankinnan toteuttamiselle on myönnetty julkista tukea siten, että tuen nettomäärä on yli puolet hankinnan arvosta. Koska tapauksessa vain ammattikorkeakoulun maksamat palkat olivat julkista tukea, ei 50 %:n kynnys ylittynyt.

Toisaalta markkinaoikeus on katsonut julkiseksi hankinnaksi sellaisenkin järjestelyn, jossa hankintayksiköllä ei ole suoraa sopimussuhdetta palveluntuottajaan. Markkinaoikeus katsoi että ”kysymyksessä olevan järjestelyn pääasiallisena tarkoituksena ja sisältönä on se, että kaupunki päivähoitopalveluiden lakisääteisesti vastuullisena järjestäjänä hankkii palvelurahana (vrt. palveluseteli) maksettavaa vastiketta vastaan valitsemiltaan palveluntuottajilta päättämillään ehdoilla yksityisiä päivähoitopalveluja, joita se tarjoaa asiakasmaksulakiin perustuvaa päivähoitomaksua vastaan palvelunkäyttäjille. Oikeus katsoi, että mainittu järjestely on siten tarkoitukseltaan ja rakenteeltaan asiallisesti rinnastettavissa siihen, että kaupunki hankkisi päivähoitopalveluja ostopalveluna yksityisiltä palveluntuottajilta. Edellä mainittua kokonaisarviointia ei markkinaoikeuden mukaan muuta se, että kyseessä olevassa järjestelyssä ei muodollisesti synny yksityisoikeudellista sopimussuhdetta Kotkan kaupungin ja palveluntuottajien välille.”

Myynti- ja varauspalvelujen ostamisessa kaupungille on ollut kysymys hankintalaissa tarkoitettua palveluhankinnasta. Seuraava markkinaoikeuden lausuma on olennainen: koska ”sopimuskokonaisuuden pääasialliseen osaan ei voida soveltaa hankintalakia, ei pelkästään se seikka, että kaupunki samalla hankkii kysymyksessä olevat vuokrattavia tiloja koskevat palvelut, muodosta tästä kokonaisuudesta hankintalaissa tarkoitettua hankintaa.

Koska järjestelyn pääasialliseen osaan ei voida soveltaa hankintalakia ja koska tarjouskilpailussa olleiden tarjousten perusteella on pääteltävissä, että palveluiden hankinnan erottaminen ravitsemistilojen vuokraamisesta ja ravitsemispalveluiden tuottamisesta ei ole mahdollista, sopimusjärjestely on käsiteltävä kokonaisuutena ratkaistaessa, onko hakemus tutkittava.” Korkein hallinto-oikeus on vahvistanut periaatteen mm. tapauksessa, joka käsitteli liikennelaitoksen mainostilojen vuokrausta.

Tapauksista ilmenee paitsi se, että kysymyksessä ei ole välttämättä lainkaan hankinta, ja toisaalta se, että jos kyseessä on ”pääasiallisesti” muu kuin hankinta, ei hankintalakia välttämättä sovelleta. Tällaisesta ”ei-hankinnasta” tai hankintalain soveltamatta jättämisestä sen johdosta, että kyseessä on ”pääasiallisesti” muu kuin hankintalain tarkoittama hankinta, voi hyvinkin olla kysymys silloin, kun osapuolet (esim. kunta-yritys-yritys) yhdessä kehittävät toimintamallia, joka liittyy palvelun tuottamiseen.

Uudessa hankintalaissa otettiin käyttöön myös käsite palveluja koskeva käyttöoikeussopimus. Sillä tarkoitetaan muuten samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskeva sopimus, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä. Oikeuskäytännössä on ollut esillä ainakin sellainen käyttöoikeussopimus, jossa kunta luovuttaa jäähallitiloja yrittäjälle palvelujen tuottamista varten siten, että tämä saa vastikkeen toiminnalleen asiakkaiden suorittamista tilojen käyttömaksuista. KHO katsoi, että tällainen ”sekamuotoinen sopimusjärjestely” on käsiteltävä kokonaisuutena arvioitaessa, onko kysymys julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitetuista hankinnoista. KHO katsoi, että pelkästään se seikka, että kunta samalla hankkii hallivuorot, ei muodosta kokonaisuudesta laissa tarkoitettua hankintaa, koska sopimuskokonaisuuden pääasialliseen osaan ei voida soveltaa julkisista hankinnoista annettua lakia.

⁸ Dnro 60/02/JH, Pohjois-Karjalan ammattikorkeakoulu – elokuvatuotannon koulutusprojekti

Vastaavasti käyttöoikeusurakalla tarkoitetaan muuten samanlaista sopimusta kuin rakennusurakkaa koskeva sopimus, paitsi että toteutettavan rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

Edellä sanotuilla esimerkeillä pyritään siis osoittamaan, että sopimuskokonaisuus tulee arvioida kokonaisuutena myös hankintalain kannalta. Sopimuskokonaisuus siis saattaa kokonaisuudessaan jäädä kilpailuttamisvelvollisuuden ulkopuolelle, jos siinä on pääasiallisesti kysymys muusta kuin hankinnasta eli tavaroiden tai palvelujen ostamisesta.

2.2.2 Hankintalain tarkoittamat suorahankintatilanteet

Hankinta saadaan tehdä ilman tarjouskilpailua vain erityisistä syistä. Erityisenä syynä voidaan pitää:

- hankinnan vähäistä arvoa tai
- suoran neuvottelumenettelyn käytölle asetettujen edellytysten täyttymistä.

Suoralla neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö valitsee menettelyyn osallistuvat (yksi tai useampi), neuvottelee tämän tai näiden kanssa hankintasopimuksen ehtoista ja lopulta valitsee palvelun tai tavarantoimittajan.

Menettelystä ei julkaista ilmoitusta.

Suorahankinta on mahdollista kaikissa (lain soveltamisalaan kuuluvissa) hankinnoissa vain samoin ehdoin kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Suorahankinta ilman edeltävää hankintailmoitusta on hankintalain 27 §:n mukaan mahdollista silloin, kun:

1. avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia ja alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta;

2. teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan;
3. sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi;
4. hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavarantoimittajan valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi;
5. hankinta koskee raaka-ainemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita;
6. tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesänhoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena; taikka
7. kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.

Edelleen suorahankinta voi tulla kyseeseen, kun kyseessä on alkuperäisen hankintasopimukseen sisällyttämättömän lisäpalvelu tai -urakka, joka tehdään alkuperäisen toimittajan kanssa, joka on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi palvelun toteuttamiselle sellaisena kuin se on alun perin määritelty; edellytyksenä on, että lisäpalvelua tai lisäurakkaa ei voida teknisesti tai taloudellisesti erottaa pääsopimuksesta aiheuttamatta hankintayksikölle huomattavaa haittaa tai, vaikka lisäpalvelu tai lisäurakka voitaisiinkin erottaa alkuperäisen sopimuksen toteuttamisesta, se on ehdottoman välttämättömän alkuperäisen sopimuksen loppuunsaattamiseksi.

Kehityshankkeiden kannalta merkityksellinen suorahankinnan oikeuttava peruste ovat em. teknisen, taiteellisen tai yksinoikeuden suojaami-

seen liittyvät syyt. Säännöksen soveltamisesta ei ole kotimaista oikeuskäytäntöä. Lain perusteluisa todetaan, että teknisenä seikkana kyseeseen voisi tulla esimerkiksi poikkeuksellinen uusi tekninen ratkaisu tai hankinnan kohteen edellyttämä tietty käsityötaito, jota hankinnan toteuttaminen edellyttää. Säännöksen käyttötilanteiden tulisi olla perusteltuja. Säännöksen tarkoittamana syytä ei voisi siten olla esimerkiksi hankintayksikön ilman pakottavaa syytä toteuttamat toimet tai tekemät sopimukset, joilla taataan tietyille palveluntarjoajalle yksinoikeus palvelujen tuoteistamiseen taikka hankintojen puutteellisesta suunnittelusta aiheutuvat tilanteet, jollainen voisi olla kysymyksessä muun muassa hankintatarpeen tultua vajavaisesti kartoitetuksi etukäteen.⁹ Tapauksia ovat esimerkiksi sellaiset, että tietty toimittaja on kehittänyt uuden teknisen ratkaisun, hankinta edellyttää tiettyä käsityötaitoa tai patentoitu tuote hankitaan suoraan patentin haltijalta. Hankinta voidaan tehdä suoraan myös silloin, jos hankinta tehdään taiteilijalta.

EY:n tuomioistuin on todennut tapauksessa 199/85, Komissio vastaan Italia, että ei riitä, että hankintayksikkö osoittaa, että tietty toimittaja tekee asian tehokkaimmin. Suorahankinnan käyttö edellyttää, että *vain* kyseinen toimittaja kykenee suorittamaan vaadittavan palvelun. Tässä tilanteessa hankintayksiköllä on oikeus painottaa omaa, ”subjektiivista arviotaan” tarpeistaan edellyttäen, että niiden tarkoituksena ei ole säännösten kiertäminen.

Ennemminkin edellytetään osoitettavaksi, että *yksin* tuo tarjoaja kykenee tuottamaan vaaditun suorituksen. Se tietysti supistaa määräyksen käyttöalaa.

Teknisiin syihin vetoaminen ei siten näyttäisi oikeuskäytännön valossa voivan perustua yksin siihen, että jonkun palveluntarjoajan tiedetään suorittavan palvelun tehokkaimmin, vaan aidosti mahdollisia tarjoajia olisi vain yksi. Yksinoikeuden suojaan liittyvä syy viittaa puolestaan tilanteisiin, joissa oikeudellisista syistä johtuen vain yksi

yritys voi suorittaa palvelun. Tämä on tilanne erityisesti silloin, kun sopimuksen kohde on suojattu patentilla, tavaramerkillä tai on tekijänoikeussuojan piirissä. Tällöin ei kuitenkaan riitä, että hankintayksikkö ”haluaa” ostaa palvelun tai tavaran juuri tältä taholta; sen tehtävä on osoittaa, että vastaavaa palvelua tai tuotetta ei ole saatavilla.

Kysymys ei siis ole preferenssistä vaan aidon vaihtoehdon olemassaolosta. Hankintayksikkö tietysti arvioi sen, onko vastaavia vaihtoehtoja ylipäättänsä olemassa. Kehittämishankkeen seurauksena voi esiintyä tilanteita, joissa vain yksi toimittaja voi – yksinoikeuksiin tai teknisiin syihin vedoten – toimittaa teknologiaa tai palvelun. Mutta hankintayksikkö on helposti syrjivällä polulla, jos se alusta lähtien on rakentanut kehityshankkeen niin, että tuotekehityshankkeen jälkeen vain yksi toimittaja voi – yksinoikeuksiinsa vedoten – tulla hankintasopimuksen osapuoleksi.

2.3 Hankintalain huomioon ottaminen kehityshankkeen vaiheistamisessa

Markkinoiden kykyyn innovoida on syytä suhtautua avoimen myönteisesti. Hyviin käytäntöihin kuuluu samalla markkinoilla toimivien avoin ja yhdenvertainen kohtelu.

Edellä on tullut esiin, että edeltävä kehityshanke ei ole laillinen peruste kiertää hankintasääntelyn tarkoittamaa hankintamenettelyä siirryttäessä palveluhankintavaiheeseen. Tärkeintä on muistaa tämä jo siinä vaiheessa, kun julkinen (hankintayksikkö) ja yksityinen osapuoli sitoutuvat yhteiseen kehityshankkeeseen. **Selvät pelisäännöt alusta lähtien** ovat varmin tae, ettei mikään osapuoli koe tullessa väärin kohdelluksi. Selvät pelisäännöt ovat varmin keino varmistaa, että yksityinen osapuoli voi arvioida kehityshankkeeseen osallistumisen taloudellisen kannattavuuden.

⁹ Hankintalakityöryhmän raportti, s. 132

Pelkistetysti kehityshankkeen ja hankintasääntelyn keskinäistä suhdetta koskevan tarkastelun johdopäätökset voidaan tiivistää seuraavasti:

- niin kauan kun kyseessä on pelkkä kehityshanke ilman palvelu- tai muuta hankintaa, hankintasääntelyä ja sen edellyttämää hankintamenettelyä ei ole pakko soveltaa,
- kun kehityshanke muuttuu palveluntuottamiseksi tai kun kehityshankkeen jatkoksi jo alusta lähtien luetaan kuuluvaksi myös palveluhankintaa, tulee hankintasääntely sovellettavaksi.

Raportissa on kuvattu kehityshankkeen ja palvelutuotantovaiheen leimallisia piirteitä: nyrkissäntönä voidaan pitää, että jos hankkeen osapuolet kattavat edes osan omista kustannuksistaan pyrkimättä saamaan osallistumisesta voittoa, kyseessä on kehitystyö eikä hankinta.

Hankkeen vaiheistus on tärkeää. On syytä tehdä selkeä ero projektin eri vaiheiden välille: esim. määritysten tekeminen (konsultointi), pilotointi (toteuttaminen), varsinainen palvelutuotanto (varsinainen palveluhankinta) ja mahdollinen evaluointi (konsultointihanke). Selkeintä on jaotella sopimuksellisestikin hanke osiin, jos ei ole varmuutta, mitä halutaan tai kyetään (esim. resurssisyistä) toteuttamaan. Ensi vaiheen konsultointi on mahdollista kilpailuttaa erikseen.

Eri vaiheiden kilpailuttaminen yhdessä ei välttämättä ole tarkoituksenmukaista, koska ensi vaiheessa ei todellakaan tiedetä, mikä on tuote lopussa. Jos jo alkuvaiheessa kilpailutetaan, hankintayksikön on jo tässä vaiheessa nähtävä, kuinka pitkälle ensi vaiheen hankinta voi mennä.

Aivan keskeistä on tunnistaa hankinnan juridinen luonne. Tärkeintä on hahmottaa, onko kyseessä todella hankintalain tarkoittama hankinta, vai onko kyseessä mahdollisesti (myös) joku muu toimi. Keskeistä on tehdä ero kehityshankkeen ja hankinnan välillä. Edellinen on siis hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävä sopimusjärjestely.

On täysin mahdollista, että sopimusjärjestely kokonaisuudessaan on jotakin sellaista, mitä ei tarkoiteta edes hankintalain poikkeussäännöksissä. Tällöin hankintalaki ei tule lainkaan sovellettavaksi. Selvältä kuitenkin näyttää, että tällainen kehityshanke ei voi koskea itse ostettua palvelutuotantoa, vaan sitä edeltävää vaihetta – enimmäislään pilotointivaihetta.

Toisin sanoen ideointi, määritelmien tekeminen ja suunnittelu sekä mahdollinen pilotointi voisivat kuulua tällaisen menettelyn piiriin.

Hankintayksikön näkökulmasta perusvaihtoehdot toimintatavalle näyttäisivät olevan seuraavat:

- Pelkkään kehityshankkeeseen voidaan mennä mukaan ilman edeltävää hankintamenettelyä niin kauan kun kyseessä ei ole hankintalain tarkoittama hankinta. Tutkimushanke, jossa kyseessä ei ole pelkkä tutkimuspalvelujen ostaminen vaan jossa on yhteistutkimuksen piirteitä, on esimerkki hankkeesta, johon ei tarvitse soveltaa hankintalakia.
- Mikään ei estä, että alusta lähtien kaksi vaihetta (kehityshanke + hankinta) yhdistetään yhdeksi hankinnaksi, josta ilmoitetaan hankintalain edellyttämällä tavalla jo ennen kehityshankkeen alkua; tällöin hankintayksikkö voi valita kehityshankepartnerinsa esim. neuvottelumenettelyä käyttäen ja samalla voidaan varmistaa, että kehityshankepartnerin kanssa voidaan ilman uutta kilpailuttamista tehdä sopimus (esim. optio palvelutuotannosta, jos hankintayksikkö on tyytyväinen kehityshankkeen tulokseen) palvelutuotantovaiheesta joiksikin vuosiksi.

Jos julkisyksikkö käyttää niissä konsulttia, saattaa tämän valinta ainakin suuremmissa hankkeissa edellyttää hankintamenettelyä.

Joissakin tilanteissa saattaa olla mahdollista vedota yksinoikeuden suojaamiseen liittyviin perusteisiin haluttaessa käyttää suorahankintaa kehi-

tyshankkeen jatkona, mutta oikeuskäytännön puuttuessa tähän turvautuminen on epävarmaa. Huomattavasti turvallisempi vaihtoehto on valita innovaation kehittäjä/palveluntuottaja tällöin neuvottelumenettelyä noudattaen. Kehityshankkeen partnerin tehtävä on tällöin osoittaa, että se kykenee tekemään kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen.

Neuvottelumenettely ja kilpailullinen neuvottelumenettely muodostunevat jatkossa pääsääntöiseksi hankintamenettelyksi kehityshankkeiden jatkohankkeissa eli vaiheessa, jossa kehityshankkeesta siirrytään palvelun ostamiseen, ja myös niissä hankekokonaisuuksissa, joissa kehityshanke ja määräaikainen palveluntuotantosopimus nivotaan yhteen. Riippumatta siitä, onko kyseessä hankintalain tarkoittama hankinta, hankintayksikön on syytä viestittää uusista kiinnostuksen kohteista (kehityshankkeet) kattavasti – esim. käyttämällä ennakoilmoitusta, vaikka laki ei sitä edellyttäisikään.

2.4 Johtopäätös: hankintayksikön toimintavaihtoehdot

Hankintayksiköllä on karkeasti jaoteltuna seuraavat toimintavaihtoehdot:

- A. Kehityshanketta ei tarvitse katsoa lainkaan julkiseksi hankinnaksi: Peruste voi olla seuraava:
 - a. Kyseessä on tutkimushanke, jossa hankintayksikkö ei yksin rahoita hanketta eikä yksin saa omakseen tutkimustuloksia (oikeuksia).
 - b. Kyseessä on pääasiallisesti muunlainen järjestely kuin hankinta.
- B. Kelpoisuusehdot täyttyviä tarjouksia ei ole saatavissa avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä.
- C. Hankintayksikkö kilpailuttaa koko hankkeen, johon sisältyvät sekä kehityselementti että palvelutuotantovaihe (tässä vaiheessa innovaatioelementtikin on siis vielä avoin).

Itse hankintalain mukaiseen kilpailuttamiseen hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä tai kilpailullista neuvottelumenettelyä sen mukaan kuin seuraavassa luvussa (3. luku) kuvataan.

3 Neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö kehitys-hankkeissa

3.1 Neuvottelumenettelyjen käyttöala

3.1.1 Neuvottelumenettelyn edellytykset

Hankinnat voidaan jakaa viiteen eri tilanteeseen neuvottelumenettelyn sallittavuuden suhteen. Nämä tilanteet ovat seuraavat:

- A. Hankinnan luonteesta ja toimialasta riippumatta neuvottelumenettelyn käyttö on sallittu, jos hankinnan ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa tai rakennusurakan ennakoitu kokonaisarvo alle 500 000 euroa.
- B. Silloin kun kysymys on hankinnasta hankintalain liitteessä B luetelluissa nk. toissijaisissa palveluissa (ks. alaviite 10)¹⁰, neuvottelumenettelyä voidaan käyttää hankinnan ennakoidusta kokonaisarvosta riippumatta, ja muissa kuin liitteessä B luetelluilla toimialoilla suoritettavan hankinnan osalta menettelyä voidaan käyttää kansallisen kynnysarvon ylittävien mutta EU-kynnysarvot alittavien hankintojen osalta silloin kun kysymys on:
1. hankinnasta, jonka luonteen vuoksi tarjouspyyntöä ei voida tai sitä ei ole tarkoituksenmukaista laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen;
 2. hankinnasta, jonka luonne ei poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua;
 3. tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnasta, joka edellyttää pal-

velun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arviointia;

4. julkisen ja yksityisen sektorin yksittäistä hanketta koskevaan yhteistyöjärjestelyyn liittyvästä hankinnasta tai pysyvää kumppanuussopimusta koskevasta hankinnasta sekä pitkäkestoisesta hankinnasta;
5. valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitetävissä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnasta;
6. moniammatillista erityisosaamista edellyttävästä hankinnasta erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon alalla;
7. poikkeuksellisen kiireellisestä hankinnasta, johon hankintayksikkö ei ole voinut kohtuudella varautua;
8. palvelua koskevasta käyttöoikeussopimuksesta ja käyttöoikeusurakan saajan valinnasta; sekä
9. hankinnasta, joka tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- tai kehittämiskulujen korvaamiseksi. Hankintayksikön on ennen hankintamenettelyä laadittava kuvaus hankinnan tavoitteista ja pääasiallisesta sisällöstä. Neuvottelumenettely voidaan toteuttaa vaiheittain vähentämällä ehdokkaiden tai tarjoajien määrää. Menettelyn vaihteellisuudesta sekä ehdokkaiden tai tarjoajien vähentämisen perusteista on ilmoitettava hankintailmoituksessa, hankinnan kuvauksessa tai tarjouspyynnössä. Hankintayksikön on neuvoteltava vähintään kolmen ehdokkaan kanssa, jos sopivia ehdokkaita on riittävästi.

¹⁰ Liitteen B palveluja ovat mm. tuki- ja avustavat kuljetuspalvelut, oikeudelliset palvelut, työnvälitys- ja henkilöstön-hankintapalvelut, tutkinta- ja turvallisuuspalvelut (paitsi panssariautopalvelut), koulutuspalvelut ja ammatilliset koulutuspalvelut, terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut sekä virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut. (Huom. lista tässä ei ole tyhjentävä, mutta raportin liitteessä on A- ja B-liitteen palvelut listattu kokonaisuudessaan.)

C. Neljäntenä ryhmänä tulevat EU-kynnysarvot ylittävät muissa kuin toissijaisissa palveluissa tehtävät hankinnat. Tässä ryhmässä edellytyksenä on, että hankinnan osalta seuraavat kriteerit täytyvät (samat kuin kohdan B osalta).

Kyse on

1. hankinnasta, jonka luonne ei poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua;
2. palveluhankinnasta, kuten rahoituspalvelujen, rakennusten suunnittelupalvelujen sekä muiden asiantuntija- ja osaamispalvelujen hankinnasta, jossa hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyyntöä tai tehtävämäärittelyä ei voida laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen;
3. rakennusurakasta, jos rakennustyö tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi taikka tutkimus- ja kehittämiskulujen korvaamiseksi; sekä
4. käyttöoikeusurakan saajan valinnasta.

D. Lopuksi: **neuvottelumenettelyyn voidaan liittää siirtyä sen johdosta, että edeltävässä tarjouspyyntömenettelyssä ei ole saatu kelpoisuusehdot täyttäviä tarjouksia.** Hankintayksikkö voi valita neuvottelumenettelyn, jos avoimessa menettelyssä, rajoitetussa menettelyssä tai kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä on saatu tarjouksia, jotka eivät sisällöltään vastaa tarjouspyyntöä, tai jos tarjouksia ei voida hankintalain 47, 48, 50 tai 52–60 §:n perusteella hyväksyä. Edellytyksenä on lisäksi, että tarjouspyynnön mukaisia sopimusehtoja ei olennaisesti muuteta. Uutta hankintailmoitusta ei tarvitse julkaista, jos neuvottelumenettelyyn otetaan mukaan kaikki ne tarjoajat, jotka täyttävät lain 52–60 §:n mukaisesti asetetut vähimmäisedellytykset ja jotka ovat edeltävässä menettelyssä tehneet tarjousmenettelyn muotovaatimusten mukaisen tarjouksen.¹¹

Edellytyksiä on siis runsaasti myös suuremmissa hankinnoissa. Edellä 1–4 kohdissa kuvatut edellytykset ovat siinä mielessä väljiä, että monien kehityshankkeiden voi kuvitella mahtuvan määrittelyn piiriin. Erityisesti jos palveluhankinnassa ”*hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyyntöä tai tehtävämäärittelyä ei voida laatia niin tarkasti...*”, voisi edellytyksen kuvitella täyttyvän. Samaten jos *hankinnan luonne tai siihen liittyvät riskit* eivät mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua. Edellytykset on muotoiltu siten, että neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista kehityshankkeissa hyvinkin luontevasti myös ensisijaisena hankintamenettelynä.

Olennessa tärkeää on muistaa kirjoittaa auki sekä hankintailmoitukseen että hankintapäätökseen sen lain mukainen perustelu, miksi kyseisessä hankinnassa käytetään neuvottelumenettelyä ja mihin lainkohtaan tämä perustuu.

3.1.2 Kilpailullisen neuvottelumenettelyn edellytykset

Kilpailullinen neuvottelumenettely tulee hankintalain 29 §:n mukaan kyseeseen vain ”erityisen monimutkaisessa hankinnassa”, jossa:

1. hankintayksikkö ei pysty objektiivisesti ennakolta määrittelemään hankinnan oikeudellisia tai taloudellisia ehtoja taikka teknisiä keinoja tarpeidensa tai tavoitteidensa toteuttamiseksi 44 §:n 2 momentin 2–4 kohdan mukaisesti; sekä
2. tarjouksen valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus.

Kilpailullisella neuvottelumenettelyllä pyritään juuri siirtämään näiden vaatimusten määrittely neuvottelumenettelyyn. Se on kilpailullisen neuvottelumenettelyn keskeinen idea. Tämän lisäksi halutaan turvata useammalle mahdollisuus tarjota.

Neuvottelujen sijasta kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä neuvottelun sijasta puhutaan usein

¹¹ Lain sanamuoto on hiukan ongelmallinen, koska yhtäältä se edellyttää, että kelpoisuusehdot täyttäviä tarjouksia ei ole. Toisaalta säännöksessä kuitenkin todetaan, että neuvotteluihin tulee ottaa mukaan kaikki ne tarjoajat, jotka täyttävät 52–60 §:n mukaisesti asetetut vähimmäisedellytykset ja jotka ovat edeltävässä menettelyssä tehneet tarjousmenettelyn muotovaatimusten mukaisen tarjouksen. Eli mikä on sitten ollut tarjousten tai tarjoajien hylkäysperuste ensi kierroksella, jos siellä kuitenkin on vähimmäisedellytykset ja muotomääräykset täyttäviä tarjouksia.

vuoropuhelusta kuvaamaan hankintayksikön ja eri osallistujien välistä keskustelua hankkeen teknisistä ominaisuuksista.

Periaatteessa neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn johtaminen ovat samantyyppisiä, mutta kiistatta kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä johtaminen on haastavampaa siksi, että itse neuvotteluista (vuoropuhelusta) odotetaan saatavan huomattavasti enemmän irti varsinaisen hankinnan kohteen määrittelyn osalta. Vastaavasti mm. eri osallistujien liikesalaisuusiensa suojaaminen on haasteellisempaa. Vuoropuhelu voi koskea myös oikeudellisia, taloudellisia ja muita vastaavia ehtoja, ei siis pelkästään teknisiä ominaisuuksia.

Neuvottelumenettelyä selkeämmin kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä aloitetaan ”tyhjältä pöydältä” eli alustaviakaan tarjouksia ei vuoropuhelun aluksi välttämättä pyydetä. Keskeistä hankintayksikön alkuvaiheen valinnoille on, että sillä on selkeä kuva omista tarpeistaan.

Sekä neuvottelumenettelyssä että kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä on tärkeää, että osallistujien valintakriteereihin kiinnitetään huomiota. Tärkeintä on varmistaa, että osallistujilla on valmius toteuttaa ko. suuruusluokan hanke.

3.1.3 Tekninen eritelmä

Edellisessä alakohdassa viitattiin kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, jossa nimenomaisesti keskeisenä edellytyksenä on, että ”hankintayksikkö ei pysty objektiivisesti ennakolta määrittelemään hankinnan oikeudellisia tai taloudellisia ehtoja taikka teknisiä keinoja tarpeidensa tai tavoitteidensa toteuttamiseksi 44 §:n 2 momentin 2–4 kohdan mukaisesti.” *Oikeudelliset ja taloudelliset ehdot sekä tekniset keinot tavoitteidensa ja tarpeidensa toteuttamiseksi* viittaavat juuri erityisesti kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä olevaan liikkumavaraan sekä **tavoitelähtöisyyteen** hankinnan kohteen määrittelyssä. Vastaavasti itse menettelyn aikana on suuri liikkumavara määrittellä, mitä oikeastaan viime kädessä hankitaan.

Tämän vuoksi on suuri merkitys sillä, mitä erityisesti hankinnan kohteen teknisten eritelmien osalta todetaan. Jos tässä käytetään liian rajoittavia määritelmiä, hankkeen innovatiivisuus saattaa kärsiä. Teknisellä eritelmällä tarkoitetaan hankinnan kohteen teknisiä tai toiminnallisia vaatimuksia.

Lähtökohtaisesti hankinnan sisältöä kuvaavat ja hankintayksikön itsensä laatimat tekniset eritelmät on esitettävä hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Teknisten eritelmien on mahdollistettava tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuun. Tekniset eritelmät eivät saa perusteettomasti rajoittaa kilpailua julkisissa hankinnoissa. Teknisissä eritelmissä on mahdollisuuksien mukaan otettava huomioon vammaisten käyttäjien tarpeet.

Tekniset eritelmät on laadittava lain mukaan:

1. viittaamalla suomalaisen tai muuhun kansalliseen standardiin, jolla saatetaan voimaan eurooppalainen standardi, eurooppalaiseen tekniseen hyväksyntään, viralliseen tekniseen määrittelyyn, kansainväliseen standardiin tai tekniseen viitteeseen taikka, jos edellä mainittuja ei ole, kansalliseen standardiin, kansalliseen tekniseen hyväksyntään tai kansalliseen suunnitteluun, laskentaan tai rakennusurakan toteuttamiseen taikka tuotteiden tuottamiseen liittyvään tekniseen asiakirjaan; viittaukseen on liisättävä ilmaisu ”tai vastaava”;
2. sellaisten suorituskyykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia koskevien vaatimusten perusteella, jotka ovat riittävän täsmällisiä hankinnan kohteen määrittämiseen ja tarjouksen valintaan;
3. viittaamalla hankinnan kohteen tiettyjen ominaisuuksien osalta 1 kohdan mukaisesti teknisiin määrittelyihin ja tiettyjen ominaisuuksien osalta 2 kohdan mukaisesti vaatimuksiin; taikka
4. suorituskyykyä koskevien tai toiminnallisten vaatimusten perusteella ja viittaamalla 1 kohdan mukaisesti teknisiin määrittelyihin olettaen niiden olevan suorituskyykyä tai mikäli ne ovat suorituskyykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia koskevien vaatimusten mukaisia.

Neljän kohdan lista viittaa:

- kansalliseen tai kansainväliseen standardiin (1 kohta),
- suorituskykyä tai toiminnallisia ominaisuuksia koskeviin vaatimuksiin (2–4 kohta).

Näistä jälkimmäinen tarjoaa selvästi väljemmät raamit hankinnan kohteen tarkemmalle määrittelylle hankinnan kuluessa eli juuri sille innovoinnille, jota neuvottelumenettelyssä/kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä odotetaan. Olennaista siis on, että toiminnalliset vaatimukset/tarpeet on määriteltävä. Tämä riittää hankinnan kohteen määrittelyksi hankintailmoituksessa/alustavassa tarjouspyynnössä.

3.1.4 Erityisalojen hankintojen osalta huomattava

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetussa laissa (349/2007) eli erityisalojen hankintalain säädetään vesi-, energia-, liikenne- ja postipalvelujen alalla toimivien yritysten tietyistä hankinnoista. Tässä raportissa on mahdollista vain viitata erityisalojen hankintalakiin. Syvästi siihen ei voida paneutua tässä.

Mainittujen erityisalojen piirissä toimivien julkisyhteisöjen ja julkisten yritysten sekä tietyissä tapauksissa erityis- ja yksinoikeuksien nojalla toimivat hankintayksiköt noudattavat ko. toimialaan liittyvissä hankinnoissaan erityisalojen hankintalain.

Tässä todetaan listauksen omaisesti vain seuraavaa:

- neuvottelumenettely on mahdollinen myös erityisaloilla, sen sijaan kilpailullinen neuvottelumenettely ei
- kynnysarvot ovat korkeammat erityisalojen hankinnoissa
- hankintalaki (348/2007) tulee tietyissä hankinnoissa sovellettavaksi myös erityisaloilla

- hankintailmoitusta ja tiedottamista koskevat osin erilaiset periaatteet erityisaloilla
- muitakin eroavaisuuksia on, joihin on syytä perehtyä, jos kysymys on hankinnasta erityisaloilla.

3.2 Hyvin johdettu neuvottelumenettely

3.2.1 Hanketta tarkasteltava kokonaisuutena

Menettelyn johtaminen on kokonaisuus ja prosessi. Kaiken lähtökohta on hyvä prosessinjohtaminen ja ennakoiva suunnittelu. Hankintamenettely tulee nähdä kokonaisuutena, joka alkaa valmistelusta, etenee ilmoittelun ja varsinaisen hankintamenettelyn kautta hankintasopimuksen laadintaan ja täytäntöönpanoon. Erityisesti neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä on tärkeää, että hankintayksikkö jo hankinnan suunnitteluvaiheessa (ennen ilmoituksia) miettii valmiiksi myös neuvottelujen toteutuksen.

Euroopan komissio on kirjannut¹² käytännön kokemusten perusteella kymmenen suositusta innovatiivisia julkisia hankintoja tekeville:

1. Toimi ”älykkäänä asiakkaana” (viittaa juuri hyvään valmisteluun ja näkemykseen siitä, mitä hankintayksikkö tarvitsee)
2. Neuvottele markkinoiden kanssa ennen hankintailmoituksen julkaisemista
3. Pidä keskeiset osapuolet mukana koko hankintaprosessin ajan
4. Anna markkinoiden ehdottaa luovat ratkaisut
5. Etsi arvoa rahalle, ei matalinta hintaa
6. Hyödynnä elektronisia menetelmiä (internet-sivut, ym.)
7. Päätä, kuinka hallitset riskiä
8. Käytä sopimuksia innovaatioiden rohkaisemisessa (spesifioi hintaan, laatuun ja teknologiaan liittyvät vaatimukset)
9. Kehitä toteuttamissuunnitelma (juuri tässäkin tarkoitettu kokonaisnäkemys prosessista)
10. Opi tulevaisuutta varten.

12 European Commission (2007): Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practise. SEC (2007) 280. Brussels

3.2.2 Hankkeen vaiheiden listaaminen valmisteluvaiheessa

Hankintayksikön on syytä listata hyvissä ajoin ennen hankintailmoituksen tekemistä olennaiset elementit menettelyssä:

1. *Hankinnan ennakkosuunnittelu*
2. *Hankintailmoitus*
3. *Osallistumishakemuksen jättäneiden kelpoisuuden arviointi*
4. *Neuvottelukutsu (alustava tarjouspyyntö)*
5. *Neuvottelut*
6. *Mahdollinen osallistujien karsinta*
7. *Mahdolliset jatkon neuvottelut*
8. *Lopullinen tarjouspyyntö*
9. *Lopulliset tarjoukset*
10. *Tarjouspyynnön mukaisuuden tarkistaminen*
11. *Tarjousten vertailu*
12. *Hankintapäätös*
13. *Sopimusneuvottelut.*

3.2.3 Hankinnan vaiheet

Hyvin valmisteltu on puoliksi tehty. Sanonta pätee erittäin hyvin myös neuvottelumenettelyyn. Hyvällä valmistelulla voi vähentää edessä olevaa epävarmuutta ja riskejä menettelyvirheistä.

Valmistelu on hankintayksikön sisäistä siinä mielessä, että sen ei ulospäin tarvitse näkyä mitenkään. Jo tässä vaiheessa on tärkeä huolehtia siitä, että organisaatio on kykenevä johtamaan menettelyn loppuun asti. **Organisaation jäsenet tulee vastuuttaa.** Hankintayksikön tulee nimetä neuvotteluista vastaavat ja niin edelleen.

Markkinakartoitus on tärkeä osa valmistelua. Hankintayksiköllä tulee olla näkemys markkinatarjonnasta ja ainakin yleispiirteinen käsitys siitä, minkälaisia tarjoajia on todennäköisesti tulossa. Näiden tuotteisiin ja palveluihin on hyvä tutustua etukäteen.

Hankinnan kohteen alustava määrittely on tietysti kaikkein keskeisin valmisteluvaihe. Neuvottelu-

menettelyä voidaan käyttää hankittavan palvelun/urakan teknisten ja kaupallisten ehtojen tarkemmaksi määrittämiseksi parhaan ratkaisun löytämiseksi.

1. Osallistujien valinta

Hankintayksikkö valitsee neuvotteluihin osallistujat noudattamalla hankintailmoituksessa ilmoitettuja valintakriteerejä. Tarjoajien kelpoisuuden arviointi on siis samanlainen kuin muissakin hankintamenettelyissä.

Laissa ei selvästi sanota, voiko hankintayksikkö karsia tässä vaiheessa myös kelpoisuusehdot täytättäviä osallistumishakemuksen jättäneitä tarjoajia vähentääkseen osallistujien määrää. Vastaus lieenee myönteinen, eli **jos hankintayksikkö on ilmoittanut, että se valitsee (esim.) neljä osallistujaa neuvotteluihin, se voi karsia joukosta myös vähimmäiskelpoisuusehdot täyttäviä tarjoajia. Tämän tulee tapahtua noudattamalla syrjimättömiä, osallistumishakemuksen jättäneiden tarjoajien vertailun mahdollistamia ja kelpoisuuteen liittyviä kriteerejä. Vain kelpoisuusehdot täyttäviä tarjoajia voidaan valita jatkokon.**

Hankintayksikön tulee aina valita neuvotteluihin vähintään kolme osallistujaa, jos kelpoisuusehdot täyttäviä tarjoajia on niin monta.

Hankintayksikön ei välttämättä tässä vaiheessa kannata tehdä muutoksenhakukelpoista päätöstä, vaan se voidaan lykätä lopullisen hankintapäätöksen yhteyteen. Näin vältetään jonkun karsitun tarjoajan aloittama mahdollinen muutoksenhakuprosessi.

Valituille lähetetään neuvottelukutsu, joka sisältää alustavan tarjouspyynnön.

Alustava tarjouspyyntö ei välttämättä sisällä paljon muuta kuin mitä hankintailmoituksessa on jo sanottu. **Oleennaista on kuitenkin, että se ei ole ristiriidassa hankintailmoituksen kanssa.** Se voi ja käytännössä aina täydentää hankintailmoitusta. Siinä tuleekin antaa lisätietoja, jotta osallistujat voisivat tehdä alustavat tarjoukset, joiden

pohjalta neuvottelut käydään. **Hyvä käytäntö on, että jo hankintailmoituksessa kuvataan hankkeen tavoitteet ja vertailuperusteet niin yksityiskohtaisesti kuin mahdollista.** Niitä ei ole mahdollista täydentää tarjouspyynnössä.

Tarjouspyyntöön sovelletaan soveltuvin osin, mitä lain 40 ja 41 §:ssä säädetään muutoinkin tarjouspyynnöstä.

Neuvottelut käynnistyvät kutsun lähettämällä. Neuvotteluista pois karsituille on perusteltua lähettää epävirallinen tieto tilanteesta maininnoin, että muutoksenhakukelpoinen päätös lähetetään hankintapäätöksen yhteydessä (sen osana).

2. Alustava tarjouspyyntö

Tarjouspyyntö rajaa osittain, mistä neuvotteluissa neuvotellaan. Karkeasti jaotellen neuvotteluissa voidaan neuvotella yhtäältä hankinnan kohteen teknisistä ominaisuuksista ja toisaalta kaupallisista ehtoista.

Neuvottelumenettelyissä haetaan tilanteesta riippuen vastausta erilaisiin kysymyksiin. Hankinta voi erota mm. seuraavalla tavalla (poiminto JHS 167 -suosituksesta):

- a. hankinnan kohde pystytään alustavassa tarjouspyynnössä määrittelemään melko yksityisluonteisesti ja ilmoittamaan suurin osa vähimmäisvaatimuksista, mutta jokin esim. hankinnan luonteesta tai riskeistä johtuva seikka jää neuvoteltavaksi;
- b. hankinnan kohteelle pystytään alustavassa tarjouspyynnössä tai hankekuvauksessa määrittelemään vähimmäisvaatimukset vain osittain. Neuvoteltavaksi jää noin puolet ominaisuuksista. Näille voi löytyä myös erilaisia vaihtoehtoisia ratkaisumalleja, jos vaihtoehdot ovat ko. hankkeessa sallittuja.
- c. hankkeessa etsitään uusia innovatiivisia ratkaisumalleja. Neuvottelukutsuissa ja hankekuvauksessa vähimmäisvaatimukset esitetään hankkeen tavoitteina ja lopputulosta kuvaavina toiminnallisina ominaisuuksina. Suurin osa hankkeesta jää neuvoteltavaksi yleensä usean kierroksen neuvotteluissa, joissa hankintayksikkö täsmentää asettamiaan vaatimuksia asteittain.

(Aikataulujen salliessa ja hankkeen laajuudesta riippuen hankintayksikkö voi myös käyttää esiselvitystä ja vaatimusten tarkentamista ennen kuin tällä vaihtoehdolla lähdetään etenemään.)

Varsinaisissa kehityshankkeissa tämä viimeksi mainittu menettely on todennäköisesti tarpeen, jos innovatiivisia ratkaisuja halutaan aidosti etsiä.

Hankkeen tavoitteet ja toiminnalliset ominaisuudet kuvataan siis neuvottelujen lähtökohtina. Neuvottelut voivat käynnistyä yhteistapaamisella, jossa hankintayksikkö esittää yksityiskohtaisesti hankkeen tavoitteet (odotukset ja toiveet) ja toiminnalliset ominaisuudet (kriteerit). Nämä viimeksi mainitut on siis muotoiltava vertailukriteereiksi. Vertailukriteerit on pitänyt kuvata riittävän tarkasti jo hankintailmoituksessa. Niitä ei myöhemmässä vaiheessa ole mahdollista muuttaa mutta kylläkin täsmentää.

Innovatiivisten ratkaisumallien etsiminen hankintamenettelyllä on tietysti vaativampaa, koska neuvottelukierroksia saatetaan tarvita useita, ja hankintayksikön tulee kyetä itsensäkin antamaan panoksensa hankkeen etenemiseen, mutta menettely voi lopputuloksena antaa lopulta paljon paremman ja tehokkaamman lopputuloksen.

Neuvottelut käydään hankkeen tavoitteiden ja vaatimusten esittelyjen jälkeen jokaisen osallistujan kanssa erikseen. Tällöin on tärkeää muistaa seuraavat asiat:

- neuvottelut dokumentoidaan riittävän tarkasti
- saatu aineisto merkitään liikesalaisuudeksi
- saatua aineistoa ei saa jakaa muille neuvottelijoille eikä niistä saa antaa tietoja
- hankintayksikkö ei saa käyttää yhdeltä osallistujalta saamiaan ideoita toisen osallistujan idean kehittämiseen. (Tämä voi olla erittäin vaikeaa käytännössä, koska houkutus etsiä kaikilta osin paras ratkaisu on tietysti suuri, mutta periaatteesta tulisi kuitenkin pitää kiinni.)

Neuvottelujen kuluessa voi syntyä ajatus, että kaksi tai useampi hanke (tarjous) kannattaisi yhdistää. **Tälle ei ole estettä. Mikään ei estä kah-**

den tai useamman tarjouksen yhdistämistä, jolloin niiden parhaat elementit voitaisiin yhdistää.

Mainittakoon tässä yhteydessä myös, että tietty osallistuja voi tehdä kaksi tai jopa useamman vaihtoehtoisen tarjouksen.

Neuvottelut päättyvät siihen, kun hankintayksikkö katsoo, että osallistujien tarjouksia on ”hiottu” riittävästi lopullista tarjouskilpailua varten. Hankintayksikkö päättää neuvottelut ja ilmoittaa edessä olevasta tarjouskilpailusta.

Hankintayksikkö laatii lopullisen tarjouspyynnön, jossa toistetaan hankkeen tavoitteet ja valintakriteerit. Valintaperuste neuvottelumenettelyssä on käytännössä aina kokonaistaloudellinen edullisuus. **Valintakriteerejä voidaan siis tämentää mutta ei muuttaa verrattuna hankintailmoituksessa ja alustavassa tarjouspyynnössä ilmoitettuihin.**

Tarjouspyyntöä ei tarvitse julkaista sähköisissä ilmoitusjärjestelmissä, vaan riittää, että tarjouspyyntö lähetetään osallistujille.

3. Neuvottelut

Neuvottelut voivat koskea

- teknisiä ominaisuuksia (hankinnan kohteen täsmällisempi määrittely)
- kaupallisia ehtoja (sopimusehdot).

Neuvottelumenettelyn haastavin osuus liittyy neuvottelujen toteuttamiseen. Se on haastava vaihe niin hankintayksikön kuin tarjoajienkin kannalta.

Neuvotteluissa voidaan käydä läpi niin tarjousten teknisiä ominaisuuksia kuin kaupallisia ehtoja. Voidaan esimerkiksi ajatella, että hankintailmoituksessa on ilmoitettu, että hinta voi olla enintään xx euroa. Tällöin kaupalliset ehdot ovat tärkeältä osin lyöty lukkoon, mutta toteutusmalli jää auki. Tällainen kiinteähintainen tarjouspyyntö saattaa muutoinkin olla erittäin käyttökelpoinen, koska se

todennäköisesti suuntaa tarjouksia hankintayksikön kannalta kaikkein olennaisimpiin ratkaisumalleihin. Toisaalta tekniset ominaisuudet voivat olla osin ennalta määrättyjä ja kaupalliset ehdot puolestaan täysin avoinna.

Miten sitten neuvotellaan? Olennaista on:

- ensinnäkin neuvottelut käydään jokaisen tarjoajan kanssa erikseen
- toisekseen hankintayksikön on syytä suunnitella neuvottelut hyvin tarkkaan; hankintayksikön edustaja toimii puheenjohtajana
- neuvottelut tulee dokumentoida
- neuvotteluissa luovutettavat asiakirjat tulee merkitä liikesalaisuuksiksi kaiken sen materiaalin osalta, jota tarjoaja pitää liikesalaisuutena.

Neuvotteluissa hankintayksikkö tämentää omia tarpeitaan (kaikille tarjoajille tulisi kertoa samat olennaiset asiat). Hankintayksikkö voi esittää näkemyksensä siitä, miltä pohjalta tarjouksen teknisiä ominaisuuksia tulisi parantaa. Hankintayksikkö voi myös esittää näkemyksiään hinnan ja laadun suhteesta. Sen sijaan voidaan pitää selvänä, että hankintayksikkö ei saa kommentoida neuvottelujen kuluessa tarjousten välisiä hintaeroja. Voi tosin olla ja suositeltavaa on, että neuvottelujen tässä vaiheessa (alustavat tarjoukset) tarjouksiin ei sisälly ainakaan täsmällisiä hintoja.

Neuvottelukierroksia voidaan käydä yksi tai useampia mutta oletettavaa on, että yksi keskustelukierros auttaa jo tarjoajaa tämentämään tarjoustaan teknisen ratkaisun osalta sekä mahdollisesti karsimaan ominaisuuksia, jos hankintayksikkö antaa ymmärtää, että hinta on liian korkea.

4. Mahdollinen osallistujien karsinta

Laissa todetaan menettelystä lyhyesti vain, että neuvottelut voivat tapahtua vaiheittain siten, että neuvotteluissa mukana olevien tarjousten määrää rajoitetaan neuvottelujen aikana soveltamalla tarjouksen valintaperusteita. Edellytyksenä on, että neuvottelujen vaihteellisuudesta ja neuvotteluissa noudatettavista perusteista on ilmoitettu hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.

Mukana olevien osallistujien määrää voidaan siis karsia. Karsimisesta on huomattava, että siinä tulee noudattaa seuraavia periaatteita:

- Tarjouksien laittamisessa paremmuusjärjestykseen neuvottelijoiden tulee soveltaa tarjouspyynnössä ilmoitettuja valinta- ja vertailuperusteita (laatukriteerit); tämä tarkoittaa sitä että tietynlainen tarjousluonnosten välivertailu suoritetaan valintaperusteita noudattaen. Välivertailu suoritetaan yhtä lailla dokumentoidusti kuin lopullinenkin tarjousvertailu.

Sen sijaan välivertailusta ei tarvitse tehdä valituskelpoista päätöstä tässä vaiheessa, vaan välivertailu voidaan sisällyttää lopulliseen hankintapäätökseen, ja neuvotteluista karsimisesta ilmoitetaan tässä vaiheessa vain epävirallisesti ilman muutoksenhakuosoitusta.

- Vaiheittaisuudesta on tullut ilmoittaa tarjouspyynnössä. Tarjouspyynnössä on tullut siis mainita, että tarjoajien määrää voidaan karsia yhden tai useamman kerran neuvottelujen kuluessa noudattaen lopullisen tarjouspyynnön osalta sovellettavaksi ilmoitettuja valintaperusteita.

5. Jatkoneuvottelut

Mahdolliset jatkoneuvottelut käydään noudattaen em. periaatteita dokumentoinnista, syrjimättömästä kohtelusta, hintatietojen salassapidosta muilta jne.

6. Lopullinen tarjouspyyntö

Neuvotteluvaihe päättyy lopullisen tarjouspyynnön laatimiseen. Sen osalta noudatetaan, mitä muutoinkin hankintalain 40 ja 41 §:n mukaan tarjouspyynnöstä säädetään:

Tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava niin selväksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.

Tarjouspyynnössä on oltava:

1. hankinnan kohteen määrittely, jossa noudatetaan, mitä teknisten eritelmien ja vaatimusten esittämisestä hankintalain 44 ja 45 §:ssä sääde-

tään, sekä hankinnan kohteeseen liittyvät muut laatuvaatimukset

2. viittaus julkaistuun hankintailmoitukseen ja käytyihin neuvotteluihin
3. määräaika tarjousten tekemiselle
4. osoite, johon tarjoukset on toimitettava
5. kieli tai kielet, joilla tarjoukset on laadittava
6. tarjouksen valintaperuste sekä käytettäessä kokonaistaloudellista edullisuutta tarjouksen vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus tai kohtuullinen vaihteluväli taikka poikkeuksellisissa tapauksissa vertailuperusteiden tärkeysjärjestys
7. tarjousten voimassaoloaika.

Tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa on oltava myös muut tiedot, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyssä ja tarjousten tekemisessä.

Tämä pätee siis lopulliseen tarjoukseen. Käytännössä tarjoajan kelpoisuutta koskevat seikat kerrotaan jo alustavassa tarjouksessa eikä niitä enää tässä vaiheessa tarvitse kertoa. Alustavassa tarjouksessa on siis tullut kertoa ehdokkaan taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä kelpoisuutta ja ammatillista pätevyyttä koskevat ja muut vaatimukset sekä luettelo asiakirjoista, joita tarjoajan on tätä varten toimitettava.

Niissä tilanteissa, joissa kehityshanke päättyy hankintaan (kilpailuttamiseen), voidaan ajatella, että hankintayksiköllä on houkutus asettaa yhdeksi valintakriteeriksi hankintayksikön aiemmat kokemukset tarjoajasta. Oikeuskäytännössä on suhtauduttu kielteisesti hankintayksikön omien aiempien kokemusten käyttöä muodollisena tai tosiasiallisena valintakriteerinä. Oikeuskäytännössä on linjattu, että aikaisempien kokemusten sijasta valintakriteeri tulisi pikemminkin muotoilla siten, että valinta perustuisi tuotteiden tai palvelun laatuun sekä toimitusaikaan. Valintaa ei kuitenkaan tule perustaa subjektiivisiin näkemyksiin tarjoajan aikaisemmasta toiminnasta. Ehdottoman tiukkaa kielteistä kantaa on kuitenkin myöhemmin lievennetty siten, että ”aikaisempi kokemus ei kuitenkaan saa muodostua välttämättömäksi edellytykseksi tarjouksen hyväksymiselle”.

7. Parhaan tarjouksen valinta

Hankintapäätöstä neuvottelumenettelyissä koskevat samat vähimmäisvaatimukset kuin muissakin kilpailutuksissa. Olennaisia huomioon otettavia asioita ovat ainakin:

- hankintapäätös on syytä perustella hyvin
- tarjousten vertailutaulukko tulee olla selkeä ja pisteytys pitää perustella
- hankintapäätöksessä ei saa ottaa huomioon sellaisia seikkoja, joista tarjouspyynnössä ei ole mainintaa.

Myös itse menettelymuodoissa on syytä noudattaa hyviä hankintakäytäntöjä:

- tarjoukset avataan samanaikaisesti ja tilaisuudessa, joissa on paikalla vähintään kaksi hankintayksikön edustajaa
- tarjousten avaustilaisuudesta laaditaan pöytäkirja.

Neuvottelumenettelyn hankintapäätös vastaa muutoin muissakin kilpailutuksissa noudatettavaa päätösmenettelyä.

Lain mukaan neuvottelujen ”tarkoituksena on parhaan tarjouksen valinta”. Parhaan tarjouksen määritelmän osalta viitataan puolestaan lain 62 §:ään, jossa on edullisimman tarjouksen valinnassa noudatettavia periaatteita ja sallittuja valintakriteerejä. Tarjouksista on hyväksyttävä se, joka on hankintayksikön kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaan, tai se, joka on hinnaltaan halvin. Periaatteessa normaalissa neuvottelumenettelyssä (päinvastoin kuin kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä) valintaperusteena voi olla halvin hinta. Käytännössä näin tuskin koskaan on.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen vertailuperusteina voidaan käyttää **esimerkiksi**

- laatua
- hintaa
- teknisiä ansioita
- esteettisiä ja toiminnallisia ominaisuuksia
- ympäristöystävällisyyttä
- käyttökustannuksia
- kustannustehokkuutta

- myynnin jälkeistä palvelua ja teknistä tukea
- huoltopalveluja
- toimituspäivää tai toimitus- tai toteutusaikaa
- elinkaarikustannuksia.

Laissa olevaa listaa ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi, vaan hankintayksiköllä on vapaus määritellä muitakin vertailuperusteita lähtien hankinnan tarpeista. Käytännössä vertailuperusteeksi määritetään kokonaistaloudellinen edullisuus, joka muodostuu hinta- ja laatu-elementistä. Laatu-elementti puolestaan ”pilkotaan” yksityiskohtaisempiin vertailukriteereihin, jotka tulee määritellä jo tarjouspyynnössä.

Hankintayksikkö voi lisäksi kokonaistaloudellista edullisuutta arvioidessaan ottaa huomioon myös

- asianomaisen yleisön tarpeisiin liittyviä taloudellisia ja laadullisia perusteita
- ympäristövaatimusten täyttämiseen liittyviä perusteita, jos ne ovat mitattavissa ja liittyvät hankinnan kohteeseen.

Samoin edellytyksin hankintayksikkö voi ottaa huomioon myös

- hankinnan kohteen käyttäjänä toimivan erityisen heikossa asemassa olevan väestönosan tarpeisiin liittyviä perusteita, jos tällaiset tekijät on määritelty teknisissä eritelmissä.

Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta vertailuperusteet ja niiden suhteellinen painotus on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjoissa.

Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä vastaavat tiedot on ilmoitettava hankintailmoituksessa tai hankekuvauksessa. Painotus voidaan ilmaista myös ilmoittamalla kohtuullinen vaihteluväli. Jos vertailuperusteiden suhteellisen painotuksen ilmaiseminen ei ole perustellusti mahdollista, vertailuperusteet on ilmoitettava tärkeysjärjestyksessä.

Hankintayksikön harkintavalta on laaja kriteerejä asettaessaan. Laissa ei aseteta juuri mitään rajoituksia hankintayksikölle sen suhteen, mitä vaatimuksia hankinnalle asetetaan. **Oleennaista on,**

että asetettujen kriteerien perusteella tarjouksia tulisi kyetä vertailemaan. Toinen vaatimus on se, että kriteerien tulee olla relevantteja hankinnan kannalta.

Hankintapäätöksen tiedoksianto tapahtuu kuten muissakin kilpailutuksissa, eli päätös on syytä antaa tiedoksi kaikille kirjallisesti päivätyllä kirjeellä (mahdollisesti saantitodistusta vastaan). Kirjeen laittamisesta postin kuljetettavaksi tai vaihtoehtoisesti saantitodistuksen osoittamasta vastaanotto-päivästä alkaa kulua muutoksenhaun määräaika.

3.3 Hankintasopimus

3.3.1 Tarjouspyynnön merkitys hankintasopimukselle

Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö määrittävät pitkälti sen, minkälaiset sopimukset lopulta laaditaan. Hankintasopimusneuvottelut voivat kuitenkin olla neuvottelumenettelyn lopputulemana syntyneen hankintapäätöksen jälkeen monitahoisemmat kuin tavallisen kilpailutuksen jälkeen. Tämä johtuu siitä, että neuvottelumenettelyssä voidaan neuvottelujen kuluessa käydä neuvotteluja myös kaupallisista sopimusehdoista, eikä hankintayksikön kannata sen vuoksi tarjouspyynnössä lyödä ehtoja kiinni tarjoajia sitovalla tavalla. Näistä ei voitaisi siinä tapauksessa enää neuvotella. **Lopulliseenkaan tarjouspyyntöön ei kannata laittaa liian tiukkoja ehtoja, vaan hankintayksikön kannattaa antaa näihin kaupallisiin ehtoihin liikkumavaraa sopimusneuvotteluihin.**

Hankintayksikön ei ylipäänsä kannata tarjouspyynnössä määritellä yksipuolisesti liian tiukkoja sopimusehtoja, koska tämä saattaa nostaa osallistumisen kynnystä tarpeettomasti.

3.3.2 Sopimusneuvottelut

Sopimusneuvottelut voidaan aloittaa välittömästi, mutta hankintasopimusta ei saa allekirjoittaa heti hankintapäätöksen jälkeen: EU-kynnyksarvot ylit-

tävissä hankinnoissa hankintasopimuksen saa allekirjoittaa vasta 21 päivän määräajan päättymisen jälkeen.

Sopimusneuvottelujen aluksi tulee kartoittaa, a) mitkä kysymykset on määritetty tarjouspyynnössä, b) mitkä kysymykset ovat määntyneet voittaneen tarjouksen perusteella, ja c) mitkä kysymykset ovat jääneet sopimusneuvotteluissa ratkaistavaksi.

Julkisessa hankintamenettelyssä tarjouspyynnössä – eli hankintayksikön toimesta - määritellään yleensä varsin yksityiskohtaisesti hankinnan olennaiset ehdot ja mahdollisesti viitataan yleisiin sopimusehtoihin, joista käytetyin on julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot JYSE 1994. Sopimusneuvotteluissa on siis mahdollista puuttua vain niihin sopimuksen ehtoihin, joita ei ole tarjouspyynnössä lyöty lukkoon.

Täysin selvää ohjetta ei ole mahdollista antaa siitä, kuinka paljon sopimusneuvotteluissa voidaan poiketa – jos tarvetta ilmenee - tarjouspyynnössä kiinni lyödyistä sopimusehdoista. Ehdot voivat olla jo teknisiä tai kaupallisia: ensiksi mainitut koskevat hankinnan kohteen toiminnallisia tai teknisiä ominaisuuksia, jälkimmäiset kaupallisia seikkoja, kuten hintaa, maksuaikoja, optiovuosia, purkuperusteita jne. Lähtökohtana on, että sopimusneuvotteluissa ei voida poiketa niin paljon tarjouspyynnössä määritetyistä kriteereistä, että hankinnan kohde muuttuisi. Hankinnan kohde muuttuu mm. silloin, kun sopimuskausi on eri kuin mitä tarjouspyynnössä on mainittu. Jos hankinta olisi olennaisesti eri kuin tarjouspyynnössä, hankintamenettelyssä on tällöin virhe.

Neuvottelumenettelyjen jälkeen käytävät sopimusneuvottelut eroavat edellä sanotusta, koska jo neuvottelumenettelyvaiheessa voidaan ja kuuluu-kin neuvotella toiminnallisista, teknisistä, taloudellisista ja kaupallisista seikoista. Vaikka neuvottelujen keskeinen sisältö on toiminnallisissa ja teknisissä seikoissa (eli siinä, minkälainen lopullinen palvelu tai tuote on), myös muista seikoista voidaan neuvotella. Näin ollen itse sopimusneuvotteluun voittaneen tarjoajan kanssa ei välttämättä jää juuri mitään neuvoteltavaa.

3.3.3 Sopimuksen sisältö

Hankintalaki on hyvin vähäsanainen hankintasopimuksesta. Laissa todetaan ainoastaan, että hankinnasta tulee tehdä kirjallinen sopimus. Sopimuksen sisällöstä ei ole yksityiskohtaisia säännöksiä. Hankintasopimuksen sisällön määrittävät pitkälti hankintaan liittyvät tarpeet, vakiintuneet sopimuskäytännöt ja yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet.

Oleennaista on tiedostaa, että hyvinkin hoidettu hankintamenettely voi päättyä ongelmiin, jos sopimus laaditaan puutteellisesti.

Jokainen sopimus on aina erilainen. Ensiksi on listattava seikat, jotka tarjouspyynnössä on jo määrätty sitoviksi ehdoiksi. Toiseksi voittaneesta tarjouksesta on otettava ne ehdot, jotka siihen tarjouspyynnön edellyttämällä tavalla on laitettu tarjouksen ehdoiksi (erityisesti hinta). Kolmanneksi on syytä käyttää yleisiä sopimusehtoja (JYSE 1994) muistilistana, ettei mikään oleellinen kaupallinen ehto ole unohtunut sopimusluonnoksesta.

Hankinnan luonteesta, kestosta ja laajuudesta riippuen hankintasopimukseen tulee sisällyttää hyvinkin yksityiskohtaisia määräyksiä. Kehityshankkeessa seuraaviin osa-alueisiin liittyvien määräysten merkitys korostuu:

- liikesalaisuuksien suoja (voi siis koskea myös sopimuskautta)
- IPR-määräykset, joiden osalta on huomattava
 - olemassa olevia oikeuksia koskevat määräykset
 - hankkeen kuluessa syntyviä oikeuksia koskevat määräykset
 - mahdollinen oikeuksien lisensointi ja käyttö sopimuskauden jälkeen
 - ks. tarkemmin jäljempänä kohta 4.3.

- sopimuskausi
- menettely sopimuskauden jälkeen
- muiden toimijoiden asema (on huomattava, että hankintasopimukseen voidaan ottaa muitakin sopijapuolia kuin hankintayksikkö ja varsinainen tarjoaja; esim. alihankkijoilta voidaan joutua pyytämään ainakin salassapitositoumuksia jne.)
- sopimuksen valvonta ja erimielisyyksistä sopiminen
- sanktiosäännökset: kehityshankkeessa suoritusvelvollisuuden sisältö voi olla vaikeammin määriteltävissä. Siksi on tärkeää määritellä, milloin suoritus tyydyttää hankintayksikköä.

Kehityshankkeessa sopimuksen merkitys korostuu, koska tarjouspyyntövaiheessa on vaikeaa nähdä, mitä kaikkia sopimusmääräyksiä tarvitaan. Näin siis sopimusneuvottelujen ja sopimuksen merkitys korostuu.

3.4 Neuvottelumenettelyjen eroavaisuuksista

Tässä raportissa ei erikseen kuvata kilpailullista neuvottelumenettelyä ja sen eri vaiheita. Kilpailullinen neuvottelumenettely on tarkoitettu erityisen vaativiin hankkeisiin, kuten elinkaarihankkeisiin, joissa osallistujat osallistuvat alusta pitäen hankkeen suunnitteluun.

Menettelyissä on eroavaisuuksia. Myös niiden käyttöedellytykset ovat erilaiset.

Toisaalta menettelyissä on paljon yhtäläisyyksiä, ja isoa hanketta koskeva neuvottelumenettely ja kevyesti toteutettu kilpailullinen neuvottelumenettely voivat hankintayksikön kannalta olla lähellä toisiaan.

4 IPR:n ja liikesalaisuuksien suojaaminen

4.1 Lähtökohtana oikeuksien tunnistaminen

Erityisesti selkeän teknologisen kehityselementin sisältävissä kehityshankkeissa on tärkeää erottaa yhtäältä kehityshankkeen käynnistyessä olemassa oleva aineisto (teollis- ja tekijänoikeudellisesti suojatut aineistot, IPR, ja liikesalaisuuden suojan piiriin kuuluva aineisto) ja toisaalta kehityshankkeessa syntyvä aineisto (tutkimushankkeiden tapaan tätä voidaan kehityshankkeissakin kutsua *tulosaineistoksi*). On tärkeää, että osapuolet sopivat hankkeessa syntyvien oikeuksien omistus- ja käyttöoikeuksista hyvissä ajoin. Kehityshankkeessa mukana olevan julkisyhteisön (hankintayksikön) intressissä on tietysti varmistaa, että sillä on tietty liikkumavapaus hyödyntää kehityshankkeen tuloksena syntynyttä aineistoa ja oikeuksia, jos kehityshankepartneri syystä tai toisesta ei ole mukana palveluntoimittajana palvelujen ostovaiheessa. Näin on ainakin niissä tilanteissa, joissa kehityshankkeen osalta nimenomaisesti on osapuolten kanssa sovittu, että kehityshankkeen jälkeen palvelujen osto hankitaan kilpailutamisen kautta.

Neuvottelumenettelyssä mutta myös muutoin on hankintayksikön haastavimpia tehtäviä ja velvollisuuksia suojella kilpailijoiden liikesalaisuuksia. Hankintayksiköiden tehtävä on suojella palveluntuottajien luottamusta markkinoiden toimintaan. Ideoiden suojalla on tässä suhteessa suuri merkitys. Tarjouskilpailussa tilaaja eli hankintayksikkö saa paljon tietoa tarjoajilta. Tätä tietoa pitää suojella eikä sitä saa käyttää väärin. Tämä on yksi tärkeä syy, miksi kilpailuttaminen pitää järjestää ”vakavalla tarkoituksella” eli sitä ei saa peruuttaa muista kuin painavista syistä.

4.2 Liikesalaisuuksien suojaaminen neuvottelumenettelyissä

Liikesalaisuudella tarkoitetaan kaikkia yrityksen liiketoiminnan kannalta merkityksellisiä tietoja, joita yritys ei ilmeisesti ole tarkoittanut yleisön tietoon ja joiden pitämiseen poissa julkisuudesta yrityksellä voidaan katsoa olevan erityinen intressi. Liikesalaisuuden määritelmän kannalta yrityksen salassapitotahto ei kuitenkaan ole ratkaiseva kriteeri, vaan tiedon salassapidettävyyden arvioitava objektiivisesti. Salassapitointressi liittyy useimmiten suojaan kilpailijoilta. Liikesalaisuudet voivat olla luonteeltaan teknisiä tai kaupallisia, mutta ne voivat liittyä myös yrityksen hallintoon, budjettiin, toimintastrategiaan, tietotietoon, yrityskokemukseen tai liikeideaan.

Liikesalaisuuksia ovat kaikki liikeideat, toimintamallit, tekniset ratkaisut ym., joita ei ole määritelty hankintailmoituksessa. Tieto on tarjoajan kannalta merkityksellistä ja taloudellisesti arvokasta erityisesti, jos on kysymys prototyyppivaiheen tai ideointivaiheen tiedosta. Tällainen tieto on kiistatta liikesalaisuuden piiriin kuuluvaa tietoa, jolle tilaajan (hankintayksikön) tulee antaa suojaa. Tällaista liikesalaisuutta tilaaja ei luonnollisestikaan saa käyttää hyväkseen tai antaa eteenpäin, vaikka tästä ei olisi mitään sovittu.

Käytännössä suuri merkitys on liikesalaisuuksien identifioinnilla eli sen osoittamisella, mitkä asiakirjat/tiedot ovat (elinkeinonharjoittajan mielestä) liikesalaisuuksia. Tämä voidaan osoittaa esimerkiksi viranomaisen ja elinkeinonharjoittajan välisessä dokumentissa. Salassapitomerkinällä tarkoitetaan salassa pidettävään viranomaisen asiakirjaan tekemää merkintää, jonka mukaan

asiakirja on pidettävä salassa. Yksityinen liike- tai ammattisalaisuus kuuluu ehdottoman salassapitovelvollisuuden piiriin. Muu vastaava yksityisen elinkeinotoimintaa koskeva tieto on puolestaan pidettävä salassa, jos tiedon antaminen aiheuttaisi elinkeinon tai ammatin harjoittajalle taloudellista vahinkoa. Näitä ovat sellaiset tiedot, jotka yrittäjä pitää salassa, vaikka kyseessä ei olisi varsinainen liikesalaisuus.

Tuotekehityshankkeet ovat tarjoajan kannalta ongelmallisia, koska niissä annetaan tietoa, eikä lopputuotteen aikaansaamisesta ole varmuutta.

Julkinen hankintaprosessi on lähtökohtaisesti avointa. Salassapito on poikkeus avoimuuden pääsääntöön. Toisaalta liikesalaisuudet pitää suojata kunnolla. Mitään harmaata aluetta ei pitäisi olla. Lähtökohtaisesti liikesalaisuuksia ovat kaikki tiedot, jotka tarjoaja katsoo itsensä kannalta liikesalaisuudeksi. Selvää tietysti on, että tarjouskilpailun kannalta monia olennaisia tietoja ei voi vaatia salattavaksi. Hinta ei koskaan ole liikesalaisuus. Arviointi muuttuu huomattavan paljon vaikeammaksi, jos tarjoukseen sisällytetään jokin liikeidea tai suunnitelma, joka ei sellaisenaan ole muiden tiedossa ja joka perustuu joko ennen tarjouskilpailua tai tarjouskilpailun aikana tehtyyn tuotekehitykseen tai suunnitteluun. Tällöinhän tarjoajalla on suuri intressi, että tieto ei vuoda varsinkaan jos ko. tarjoajan tarjous ei tule hyväksytyksi. Kehityshankkeet, jossa kilpailutus tapahtuu alkuvaiheessa, ovat tarjoajien kannalta turvallisempia, koska varsinainen panostus alkaa vasta sitten, kun on olemassa tieto hankkeen saamisesta itselle. Myös salassapitoaspektit puoltavat siten kilpailutusta mahdollisimman aikaisessa vaiheessa.

Salassapitovelvollisuus perustuu aina suoraan lakiin: eli jos viranomaisen haltuun tulee esimerkiksi hankintamenettelyssä liike- tai ammattisalaisuus, se saa suojaa ilman, että siitä tarvitsee sopia. Viranomaisen hallussa olevan asiakirjan (tai liikesalaisuus muussa muodossa) salassapito ei edes voi oikeudellisesti pätevällä tavalla perustua sopimukseen. Sen sijaan ei ole estettä sille, että viranomaisen salassapitosäännösten rajoissa sitoutuu salassapitoon. Tällainen sopimus ei voi kuiten-

kaan sisältää laissa säädetyistä poikkeavia salassapitoperusteita eikä ulottua niitä laajemmalle tai supistaa niitä, koska julkisuuden rajoituksen perusteet on joka tapauksessa määriteltävä laissa. Muu sopimus on oikeudellisesti sitomaton.

Liike- ja ammattisalaisuuden säilyttämiseen ei sisälly vahinkoedellytystä: salassapitovelvollisuus on ehdoton riippumatta siitä, aiheutuisiko tiedon paljastamisesta vahinkoa. Muun vastaavan elinkeinotoimintaa koskevan tiedon salassapito sen sijaan edellyttää, että tiedonantaminen aiheuttaisi taloudellista vahinkoa elinkeinonharjoittajalle.

Hankintayksikön on neuvotteluosapuolena varmistettava, että merkityksellisiä ideoita toisen osallistujan kanssa käytävistä keskusteluista ei vuoda toisen osallistujan tietoon. Neuvottelut yleensä on syytä dokumentoida siitä syystä, että tiedetään mitä ideoita ja ratkaisuja missäkin vaiheessa tuotiin hankintayksikön tietoon.

Neuvottelumenettely päättyy lopulliseen tarjouspyyntöön, siihen annettuihin tarjouksiin ja hankintapäätökseen. Tässä vaiheessa tarjousten käsittely vastaa avointa hankintamenettelyä, eikä erityisiä neuvottelumenettelyä johtuvia liikesalaisuuksien suojaamistarpeita enää ole.

Kilpailullinen neuvottelumenettely on kaikkein vaativin menettely hankintayksikön näkökulmasta. Osallistujille se merkitsee erityistä tarvetta huolehtia liikeideoista, suunnitelmista ja muista liikesalaisuuksista, joita se harkitsee tarjoavansa osaksi kilpailullisen neuvottelumenettelyn kohdetta.

Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö lähtee rakentamaan suunnitelmaa hankinnan kohteesta yhdessä osallistujien kanssa. Osallistujat antavat suhteellisesti suuren panoksen itse hankinnan kohteen määrittelyyn. Hankintayksikkö pyrkii hyödyntämään osallistujien suunnitelu- ja muuta henkistä panosta hankinnan kohteen määrittelyssä. Kuitenkin hankkeen voi voittaa vain yksi tarjoajista. Näin ollen riski tietotaidon ”hukkaamisesta” korvauksetta on osallistujalle suuri.

Lähtökohta on, että kukin tarjoaja kehittää tarjousta yhdessä hankintayksikön kanssa neuvottelumenettelyn aikana, ja menettelyn päätyttyä jokainen ehdotus laitetaan rinnakkain kilpailutusviivalle. Liikesalaisuuksien suojaamisen kannalta olennaisia asioita ovat tarjouspyyntö ja neuvottelumenettelyn johtaminen. Neuvottelumenettelyn johtamisella tarkoitetaan ainakin seuraavia asioita:

- aikataulut
- ohjeistus osallistujille
 - asiakirjoja koskevat vaatimukset
 - asiakirjojen käsittely
 - ohjeet lisäsalaisuuksien suojaamisesta
- menettelyn dokumentointi.

Liikesalaisuuksien suojaamisen kannalta olennaista on:

1. tuntee liikesalaisuuden käsite
2. tiedostaa liikesalaisuuksien merkitys yrityksille
3. antaa selkeät ohjeet liikesalaisuuksien merkitsemisestä
4. huolehtia hankintayksikkönä siitä, että yhden osallistujan antamat tiedot eivät prosessin aikana kulkeudu muille osallistujille
5. ohjeistaa hankintayksikkönä oma henkilökunta siitä, että ennen neuvotteluja tarkistetaan se, mikä on
 - a. neuvotteluosapuolen antamaa tietoa
 - b. kilpailevan tarjoajan antamaa tietoa (liikesalaisuus)
 - c. hankintayksikön määräysvallassa olevaa tietoa.

4.3 IPR:n suojaaminen hankintasopimuksessa

Immateriaalioikeuksilla tarkoitetaan joko rekisteröinnin kautta tai suoraan lain nojalla syntyvää oikeutta estää muita käyttämästä kaupallisiin tarkoituksiin ("ammattitoiminnassa") suojan kohdetta (kuten keksintö, tavaramerkki, piirustus, tietokanta, luettelo, jne.). Tyypillinen esimerkki immateriaalioikeudesta on patentti, jolla keksintöön kohdistuvien oikeuksien haltija osoittaa oikeutensa ja saa sen nojalla suojaa. Patentinhaltijalla on

oikeus estää muita käyttämästä keksintöä. Toisen patenttia loukannut voidaan kieltää jatkamasta loukkaavaa menettelyä, ja tämä on lähtökohtaisesti myös velvollinen vahingonkorvaukseen. Vastaavanlaiset seuraamukset voidaan kohdistaa myös muun tyyppisen immateriaalioikeuden loukkaajaan.

Ennen kaikkea on tärkeää varmistaa, että kehityshankkeessa minkään kolmannen osapuolen mahdollisia oikeuksia ei loukata, eli muille kuuluvia oikeuksia ei käytetä ilman näiden suostumusta.

Toisekseen on tärkeää varmistaa, että sopijapuolten kesken oikeuksien siirrosta sovitaan varsinaisen hankinnan asianmukaisen toteuttamisen mahdollistamiseksi.

Kolmanneksi on tärkeää varmistaa, kenelle mahdollisesti hankinnan yhteydessä syntyvät oikeudet kuuluvat hankinnan päättyessä.

Palveluhankinnat ja rakennusurakat voivat olla epäselviä, koska ei tiedetä, mitä immateriaalioikeuksia niihin ylipääntänsä sisältyy, ja kenelle nämä oikeudet kuuluvat. Palvelut tuotetaan yleensä tilaajan määrittämällä tavalla. Niihin voidaan harvoin ymmärtää kuuluvan mitään immateriaalioikeuksia. Sen sijaan rakennusurakassa on tilanteita, joissa rakennetaan jonkin muun kuin urakoitsijan piirustusten pohjalta. Tällöin ollaan tekemisessä toiselle kuuluvan tekijänoikeuden piiriin kuuluvan aineiston hyödyntämisen kanssa. Se vaatii luonnollisesti aina lupaa.

Immateriaalioikeudet voivat olla luovutuksen kohteena. Samoin niihin voidaan myöntää lisenssi (käyttölupa). Tällöin puhutaan oikeuksien siirrosta (oikeuksien kokonaisluovutus) ja lisensoinnista. Oikeuksien kokonaisluovutukset ovat harvinaisempia. Immateriaalioikeuksien hyödyntäminen perustuu suurelta osin muiden omistamien immateriaalioikeuksien lisensseihin. Lisenssillä tarkoitetaan oikeudenhaltijan toiselle antamaa suostumusta käyttää suojan kohdetta, kuten patentoitua keksintöä tai teosta.

Hankintamenettelyssä on varmistettava, että kenenkään oikeuksia ei loukata.

Immateriaalioikeuksien koskevien määräysten tarkastelussa on syytä tehdä erottelu yhtäältä jo hankintasopimuksen voimaan tullessa olemassa oleviin immateriaalioikeuksiin ja toisaalta hankinnan yhteydessä syntyviin oikeuksiin.

Hankintamenettelyn käynnistyessä olemassa olevat oikeudet ja hankinnan seurauksena syntyvät oikeudet on syytä tiedostaa ja erottaa toisistaan. Viimeksi mainitusta käy esimerkkinä oikeudet luetteloihin ja tietokantoihin, jotka syntyvät palveluhankintasopimuksen voimassa ollessa esimerkiksi kunnan terveydenhuollon ostopalvelujen yhteydessä. Luetteloihin ja tietokantoihin syntyy tekijänoikeudet tietyin edellytyksin. Hankin-

tasopimuksessa on tärkeää määrätä siitä, kenelle nämä tekijänoikeudet kuuluvat/siirtyvät hankintasopimuksen voimassaolon päättyessä. Esimerkiksi kunnan sosiaalitoimen ostopalveluja koskevassa hankintasopimuksessa on luonnollisesti huolehdittava myös nimenomaisin sopimusmääräyksin, että oikeudet asiakastiedostoihin kuuluvat kaikissa vaiheissa tilaajalle eli kunnalle.

Oikeudet syntyvät lähtökohtaisesti sille, joka on tehnyt keksinnön, luonut teoksen tai laatinut tietokannan, jne. Palveluntuottaja on yleensä se, joka toimii. Näin oletettavasti palveluntuottaja on se, jolle oikeudet lähtökohtaisesti syntyvät, jollei toisin ole sovittu. Vain niissä tilanteissa, joissa kyse on ”vain” asiantuntijaresurssien luovuttamisesta tilaajalle sovittua tehtävää vastaan, oikeudet kuuluvat lähtökohtaisesti tilaajalle.

Lähteitä

- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista HE 50/2006.
- Aarto, Markus – Aho, Tuomas – Regelin, Juha – Uotila, Jaakko – Vatanen, Tuomo: Hankintasopimus – käytännön käsikirja, Edita Helsinki 2009
- Aho, Tuomas. Yrityssalaisuuksien suojasta julkisissa hankinnoissa ja yhteishankkeissa. Defensor Legis 1/2006, s. 59.
- Aho, Tuomas. Kehityshankkeet ja kilpailuttaminen. Tekesin katsaus 183/2005.
- European Commission, Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practise. SEC (2007) 280. Brussels www.proinno-europe.eu
- Halme, Kimmo – Kotilainen, Markku (toim.): Innovaatiiviset julkiset hankinnat. Tekesin katsaus 225/2008.
- Hyvönen, Olli, Kess, Kaija, Piiri, Tero, Tuomela, Heikki & Uotila, Jaakko. Julkiset hankinnat hankintayksikössä, Helsinki, 2007.
- Pekkala, Elise. Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma, Jyväskylä 2007.

Liite

Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007) eräitä tämän selvityksen kannalta keskeisiä säännöksiä

5 § Määritelmät

Tässä laissa ja sen nojalla annetuissa säännöksissä tarkoitetaan:

- 1) *hankintasopimuksella* kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan;
- 2) *rakennusurakkasopimuksella* hankintasopimusta, jonka tarkoituksena on jonkin liitteessä C tarkoitettuun toimintaan liittyvän rakennustyön tai rakennusurakan toteuttaminen taikka suunnittelu ja toteuttaminen yhdessä; rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan myös hankintayksikön asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttamista millä tahansa tavalla; rakennusurakka voi olla talon-, maan- tai vesirakennustöiden muodostama taloudellinen tai tekninen kokonaisuus;
- 3) *tavarahankintasopimuksella* muuta kuin rakennusurakkaa koskevaa hankintasopimusta; tavarahankintasopimuksen kohteena on tavaroiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä; tavarahankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on tavarahankinnan lisäksi kokoamis- ja asennustöitä;
- 4) *palveluhankintasopimuksella* muuta kuin julkista rakennusurakkaa tai julkista tavarahankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen; palveluhankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo; lisäksi palveluhankintasopimukseksi katsotaan hankintasopimus, johon palvelujen ohella sisältyy liitteessä C tarkoitettuja rakennustöitä;
- 5) *käyttöoikeusurakalla* muuten samanlaista sopimusta kuin rakennusurakkasopimus, mutta rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä;
- 6) *palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella* muuten samanlaista sopimusta kuin palveluhankintasopimus, mutta palvelujen vastikkeena on joko oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä;
- 7) *toimittajalla* luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoa taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita;
- 8) *ehdokkaalla* toimittajaa, joka on ilmoittanut halukkuutensa osallistua rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn taikka kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn;

9) *tarjoajalla* toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen;

10) *avoimella menettelyllä* hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja jossa kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen; hankintailmoituksen ohella hankintayksikkö voi lähettää tarjouspyyntöjä soveliaiksi katsomilleen toimittajille;

11) *rajoitetulla menettelyllä* hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua; ainoastaan hankintayksikön valitsemat ehdokkaat voivat tehdä tarjouksen;

12) *neuvottelumenettelyllä* hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua; hankintayksikkö neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista valitsemiensa toimittajien kanssa;

13) *suorahankinnalla* hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai usean toimittajan, jonka kanssa hankintayksikkö neuvottelee sopimuksen ehdoista;

14) *kilpailullisella neuvottelumenettelyllä* hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon kaikki toimittajat voivat pyytää saada osallistua; hankintayksikkö neuvottelee menettelyyn hyväksytyjen ehdokkaiden kanssa löytääkseen yhden tai usean ratkaisun, joka vastaa sen tarpeita ja jonka perusteella valittuja ehdokkaita pyydetään tekemään tarjouksensa;

7 § Yleiset hankintoja koskevat poikkeukset soveltamisalasta

Tätä lakia ei sovelleta hankintoihin:

1) jotka ovat salassa pidettäviä tai joiden toteuttaminen edellyttää lakiin perustuvia erityisiä turvatoimenpiteitä taikka jos valtion keskeiset turvallisuusedut sitä vaativat;

2) joiden kohde soveltuu pääasiallisesti sotilaalliseen käyttöön; taikka

3) joita koskevat muut menettelysäännöt ja jotka tehdään:

a) Suomen ja yhden tai useamman kolmannen maan välisen kansainvälisen sopimuksen nojalla, joka koskee tavarahankintoja tai rakennusurakoita allekirjoittajavaltioiden yhteisen rakennusurakan toteuttamiseksi tai hyödyntämiseksi taikka palveluhankintoja allekirjoittajavaltioiden yhteisen hankkeen toteuttamiseksi tai hyödyntämiseksi;

b) kansainvälisen järjestön erityismenettelyn nojalla; taikka

c) joukkojen sijoittamiseen liittyvän kansainvälisen sopimuksen nojalla, joka koskee jossakin Euroopan unionin jäsenvaltiossa tai kolmannessa maassa toimivia yrityksiä.

Edellä 1 momentin 3 kohdan a alakohdassa säädetystä poiketen lakia sovelletaan kehitys yhteistyösopimukseen perustuviin ulkoasiainhallinnon hankintoihin.

8 § Palveluhankintoja koskevat poikkeukset soveltamisalasta

Tätä lakia ei sovelleta palveluhankintoihin, jotka koskevat:

- 1) maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia;
- 2) televisio- ja radiotoiminnan harjoittajien ohjelmien ostoa, kehittämistä, tuotantoa tai yhteistuotantoa taikka lähetysaikaa;
- 3) välimies- ja sovittelupalveluja;
- 4) keskuspankkipalveluja taikka arvopaperien tai muiden rahoitusvälineiden liikkeeseen laskemiseen, ostoon, myyntiin tai siirtoon liittyviä rahoituspalveluja, kuten liiketoimia, joilla hankintayksikkö hankkii rahaa tai pääomaa;
- 5) työsopimuksia;
- 6) tutkimus- ja kehittämisspalveluja, paitsi jos niistä saatava hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritettun palvelun kokonaan;
- 7) ilmastonmuutosta koskevan Yhdistyneiden Kansakuntien puitesopimuksen Kioton pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta (SopS 12/2005 ja SopS 13/2005) mukaisten päästöyksiköiden hankintaa; taikka
- 8) sellaisten lentoliikennepalveluiden hankintaa, joihin sovelletaan yhteisön lentoliikenteen harjoittajien pääsystä yhteisön sisäisen lentoliikenteen reiteille annettua neuvoston asetusta (ETY) N:o 2408/92.

Edellä 1 momentin 1 kohdassa säädetystä poiketen lakia sovelletaan missä tahansa muodossa tehdyn osto- tai vuokrasopimuksen kanssa samanaikaisesti, ennen sitä tai sen jälkeen tehtäviin rahoituspalveluja koskeviin sopimuksiin.

15 § Kansalliset kynnysarvot

Tätä lakia ei sovelleta:

- 1) tavara- tai palveluhankintoihin, suunnittelukilpailuihin eikä palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin, jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 15 000 euroa;
- 2) poiketen siitä, mitä 1 kohdassa palveluhankinnoista säädetään, liitteen B (ryhmä 25) mukaisiin terveydenhoito- ja sosiaalipalveluihin ja liitteen B mukaisiin palveluihin, joita hankitaan julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain (1295/2002) 6 luvun 3 §:n mukaisesti yhteishankintana työnantajan kanssa, jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 50 000 euroa; sekä
- 3) rakennusurakoihin ja käyttöoikeusurakoihin, jos hankinnan ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähemmän kuin 100 000 euroa.

16 § EU-kynnysarvot

EU-kynnysarvot, jotka perustuvat Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin sovellettavien kynnysarvojen osalta annettuun komission asetukseen (EY) N:o 2083/2005, ovat:

- 1) 137 000 euroa valtion keskushallintoviranomaisten tavarahankinnoissa ja palveluhankinnoissa;
- 2) 211 000 euroa muiden kuin 1 kohdassa tarkoitettujen hankintayksiköiden tavarahankinnoissa ja palveluhankinnoissa; sekä
- 3) 5 278 000 euroa rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa.

Euroopan yhteisöjen komissio tarkistaa kynnysarvot asetuksella kahden vuoden välein hankintadirektiivin 78 artiklassa säädetyn menettelyn mukaisesti ja julkaisee tarkistetut kynnysarvot Euroopan unionin virallisessa lehdessä, jolloin 1 momentin mukaisten arvojen tilalle tulevat Euroopan yhteisöjen komission kulloinkin tekemien tarkistusten mukaiset arvot. Kauppa- ja teollisuusministeriön on viivytyksettä ilmoitettava virallisessa lehdessä EU-kynnysarvojen muutoksista Euroopan yhteisöjen komission tekemien tarkistusten mukaisesti.

Valtioneuvoston asetuksella säädetään, mitkä Suomessa ovat 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettuja hankintadirektiivin liitteeseen IV sisältyviä valtion keskushallintoviranomaisia.

24 § Hankintamenettelyn valinta

Hankinnoissa käytettävät kilpailuttamismenettelyt määritellään 5 §:n 10–18 kohdassa. Hankinnassa on käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä. Neuvottelumenettelyä, suoraankintaa, kilpailullista neuvottelumenettelyä ja puitejärjestelyä voidaan käyttää 25–32 §:ssä säädetyn edellytyksin.

Rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö voi ennalta rajata niiden ehdokkaiden määrää, jotka kutsutaan tarjousmenettelyyn. Menettelyyn kutsuttavien ehdokkaiden vähimmäismäärä sekä tarvittaessa ehdokkaiden enimmäismäärä on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Tarjoajiksi hyväksyttävät ehdokkaat on valittava noudattamalla hankintailmoituksessa esitettyjä ehdokkaiden soveltuvuutta koskevia vähimmäisvaatimuksia sekä objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita.

Ehdokkaita on kutsuttava tarjouskilpailuun hankinnan kokoon ja laatuun nähden riittävä määrä todellisen kilpailun varmistamiseksi. Tarjouskilpailuun on rajoitetussa menettelyssä kutsuttava vähintään viisi ehdokasta, jollei soveltuvia ehdokkaita ole vähemmän. Neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä ehdokkaita on kutsuttava vähintään kolme, jollei soveltuvia ehdokkaita ole vähemmän.

Neuvottelumenettelyssä ja kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä menettelyn viimeisessä vaiheessa on todellisen kilpailun varmistamiseksi oltava riittävä määrä ehdokkaita, jos vaatimukset täyttäviä ehdokkaita tai ratkaisuja on riittävästi.

Tarjouskilpailuun on kutsuttava vähintään hankintayksikön ennalta vahvistama määrä ehdokkaita. Jos soveltuvia ehdokkaita on vähemmän, hankintayksikkö voi jatkaa hankintamenettelyä pyytämällä soveltuvia ehdokkaita esittämään tarjouksen tai aloittamaan neuvottelut. Tarjouskilpailuun voidaan ottaa vain ne ehdokkaat, jotka täyttävät vähimmäisedellytykset ja jotka ovat tehneet osallistumishakemuksen.

25 § Neuvottelumenettely

Hankintayksikkö voi valita neuvottelumenettelyn, jos avoimessa menettelyssä, rajoitetussa menettelyssä tai kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä on saatu tarjouksia, jotka eivät sisällöltään vastaa tarjouspyyntöä, tai jos tarjouksia ei voida 47, 48, 50 tai 52–60 §:n perusteella hyväksyä. Edellytyksenä on lisäksi, että tarjouspyynnön mukaisia sopimusehtoja ei olennaisesti muuteta. Uutta hankintailmoitusta ei tarvitse julkaista, jos neuvottelumenettelyyn otetaan mukaan kaikki ne tarjoajat, jotka täyttävät 52–60 §:n mukaisesti asetetut vähimmäisedellytykset ja jotka ovat edeltävässä menettelyssä tehneet tarjousmenettelyn muotovaatimusten mukaisen tarjouksen.

Hankintayksikkö voi valita neuvottelumenettelyn myös:

- 1) hankinnassa, jonka luonne ei poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua;
- 2) palveluhankinnassa, kuten rahoituspalvelujen, rakennusten suunnittelupalvelujen sekä muiden asiantuntija- ja osaamispalvelujen hankinnassa, jossa hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyyntöä tai tehtävänmäärittelyä ei voida laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen;
- 3) rakennusurakassa, jos rakennustyö tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi taikka tutkimus- ja kehittämiskulujen korvaamiseksi; sekä
- 4) käyttöoikeusurakan saajan valinnassa.

26 § Neuvottelumenettelyn kulku

Hankintayksikön on neuvoteltava tarjoajien kanssa tarjousten mukauttamiseksi hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä esitettyihin vaatimuksiin. Neuvottelujen tarkoituksena on 62 §:n mukaisen parhaan tarjouksen valinta.

Neuvottelut voivat tapahtua vaiheittain siten, että neuvotteluissa mukana olevien tarjousten määrää rajoitetaan neuvottelujen aikana soveltamalla tarjouksen valintaperusteita. Edellytyksenä on, että neuvottelujen vaiheittaisuudesta ja neuvotteluissa noudatettavista perusteista on ilmoitettu hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä.

Hankintayksikön on kohdeltava ehdokkaita ja tarjoajia neuvotteluissa tasapuolisesti. Hankintayksikkö ei saa antaa tietoja tavalla, joka vaarantaa tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolisen kohtelun.

27 § Suorahankinta

Hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos:

- 1) avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia ja alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta;
- 2) teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan;
- 3) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi;
- 4) hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavarantoimittajan valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi;
- 5) hankinta koskee raaka-ainemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita;
- 6) tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesähoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena; taikka
- 7) kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.

28 § Suorahankinta lisätilauksissa

Hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan, kun alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä tavarahankinta on lisätilaus, jonka tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston osittainen korvaaminen tai laajentaminen. Edellytyksenä on, että toimittajan vaihtaminen johtaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisen materiaalin hankkimiseen, mikä aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Tällaisten sopimusten ja uudistettavien sopimusten voimassaoloaika saa ainoastaan poikkeuksellisesti ylittää kolme vuotta.

Sen lisäksi, mitä 1 momentissa säädetään, hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan, kun kyseessä on alkuperäiseen hankintasopimukseen sisällymätön lisäpalvelu tai lisäurakka, joka hankitaan alkuperäiseltä toimittajalta ja joka on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi palvelun tai urakan toteuttamiselle sellaisena kuin se on alun perin määritelty. Edellytyksenä on, että lisäpalvelua tai lisäurakkaa ei voida teknisesti tai taloudellisesti erottaa pääsopimuksesta aiheuttamatta hankintayksikölle huomattavaa haittaa tai, vaikka lisäpalvelu tai lisäurakka voitaisiinkin erottaa alkuperäisen sopimuksen toteuttamisesta, se on ehdottoman välttämätön alkuperäisen sopimuksen loppuunsaattamiseksi.

Lisäksi edellytyksenä on, että lisäpalvelujen tai lisäurakoiden kokonaisarvo on enintään 50 prosenttia alkuperäisen hankinnan arvosta. Hankintayksikkö voi tehdä samoin edellytyksin suoraan hankinnan myös käyttöoikeusurakkaan liittyvästä lisäurakasta alkuperäisen käyttöoikeusurakan saajan kanssa.

Sen lisäksi, mitä 1 ja 2 momentissa säädetään, hankintayksikkö voi tehdä suoraan hankinnan, kun kyseessä on alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä uusi rakennusurakkasopimus tai palveluhankinta, joka vastaa aikaisemmin avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen tehtyä rakennusurakkaa tai palveluhankintaa. Edellytyksenä on, että alkuperäistä hankintaa koskevassa hankintailmoituksessa on mainittu mahdollisesta myöhemmästä suoraan hankinnasta ja että lisäpalvelun tai uuden rakennusurakan ennakoitu arvo on otettu huomioon laskettaessa alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvoa. Suoraan hankinta voidaan tehdä enintään kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.

29 § Kilpailullinen neuvottelumenettely

Hankintayksikkö voi käyttää kilpailullista neuvottelumenettelyä erityisen monimutkaisessa hankinnassa, jossa:

- 1) hankintayksikkö ei pysty objektiivisesti ennakolta määrittelemään hankinnan oikeudellisia tai taloudellisia ehtoja taikka teknisiä keinoja tarpeidensa tai tavoitteidensa toteuttamiseksi 44 §:n 2 momentin 2–4 kohdan mukaisesti; sekä
- 2) tarjouksen valintaperusteena on kokonaistaloudellinen edullisuus.

Hankintayksikön on kohdeltava ehdokkaita ja tarjoajia menettelyssä tasapuolisesti. Hankintayksikkö ei saa antaa tietoja tavalla, joka vaarantaa tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolisen kohtelun.

Hankintayksikkö ei saa paljastaa tarjouskilpailun aikana muille tarjoajille toisen tarjoajan ehdottamia ratkaisuja tai neuvotteluissa annettuja luottamuksellisia tietoja ilman ehdokkaan tai tarjoajan suostumusta.

Hankintayksikkö voi maksaa kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn osallistuville raha- tai muita palkkioita taikka antaa palkintoja.

Kansalliset menettelyt

9 luku Tarjousmenettely EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa sekä eräissä muissa hankinnoissa

65 § Hankintamenettelyt

Tämän luvun mukaisia hankintamenettelyjä voidaan käyttää EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa sekä EU-kynnysarvoista riippumatta liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa, palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa ja suunnittelukilpailuja koskevissa hankinnoissa sen mukaan, kuin 4 luvussa säädetään.

Hankinnoissa käytettävät kilpailuttamismenettelyt määritellään 5 §:n 10–18 kohdassa. Hankinnassa on käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä. Hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä 25 §:n 1 momentissa ja 66 §:ssä säädetyin edellytyksin sekä tehdä suora hankinnan 67 §:ssä säädetyin edellytyksin. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja puitejärjestelyn käyttöön sovelletaan, mitä 29–32 §:ssä säädetään.

66 § Neuvottelumenettely

Hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä tavara- ja palveluhankinnoissa, joiden ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa, sekä rakennusurakoissa, joiden ennakoitu kokonaisarvo on alle 500 000 euroa.

Hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä myös:

- 1) hankinnassa, jonka luonteen vuoksi tarjouspyyntöä ei voida tai sitä ei ole tarkoituksenmukaista laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen;
- 2) hankinnassa, jonka luonne ei poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua;
- 3) tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnassa, joka edellyttää palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arviointia;
- 4) julkisen ja yksityisen sektorin yksittäistä hanketta koskevaan yhteistyöjärjestelyyn liittyvässä hankinnassa tai pysyvää kumppanuussopimusta koskevassa hankinnassa sekä pitkäkestoisessa hankinnassa;
- 5) valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävässä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnassa;
- 6) moniammatillista erityisosaamista edellyttävässä hankinnassa erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon alalla;
- 7) poikkeuksellisen kiireellisessä hankinnassa, johon hankintayksikkö ei ole voinut kohtuudella varautua;
- 8) palvelua koskevassa käyttöoikeussopimuksessa ja käyttöoikeusurakan saajan valinnassa; sekä
- 9) kun hankinta tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten eikä taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- tai kehittämiskulujen korvaamiseksi.

Hankintayksikön on ennen hankintamenettelyä laadittava kuvaus hankinnan tavoitteista ja pääasiallisesta sisällöstä. Neuvottelumenettely voidaan toteuttaa vaiheittain vähentämällä ehdokkaiden tai tarjoajien määrää. Menettelyn vaiheittaisuudesta sekä ehdokkaiden tai tarjoajien vähentämisen perusteista on ilmoitettava hankintailmoituksessa, hankinnan kuvauksessa tai tarjouspyynnössä. Hankintayksikön on neuvoteltava vähintään kolmen ehdokkaan kanssa, jos sopivia ehdokkaita on riittävästi.

Toissijaiset palveluhankinnat

<i>Ryhmät</i>	<i>Palvelujen kuvaus</i>
17	Hotelli- ja ravintolapalvelut
18	Rautatiekuljetuspalvelut
19	Vesikuljetuspalvelut
20	Tuki- ja avustavat kuljetuspalvelut
21	Oikeudelliset palvelut
22	Työnvälitys- ja henkilöstönhankintapalvelut
23	Tutkinta- ja turvallisuuspalvelut, paitsi panssariautopalvelut
24	Koulutuspalvelut ja ammatilliset koulutuspalvelut
25	Terveystenhoito- ja sosiaalipalvelut
26	Virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut
27	Muut palvelut

Huom. Listasta on jätetty pois tietyt poikkeustilanteet. Ne on syytä tarkistaa tarvittaessa suoraan säädöksestä.



PL 69, 00101 Helsinki
Puh. 010 60 55000, fax (09) 694 9196
Asiakasneuvonta: tekes@tekes.fi • Virallinen posti: kirjaamo@tekes.fi
www.tekes.fi