

Hankintayksikkö terveen kilpailun vartijana –

**konsernisuhteen arvioiminen  
hankintalain 81 §:n 1 momentin  
6 kohdan tarkoittamana kilpailua  
vääristävänä sopimuksena**

10.5.2022

OTM Ella Häkkinen

# Tutkimus- kysymykset

Haluatko lukea koko tutkielman?

Saatavilla osoitteessa:

<https://lauda.ulapland.fi/bitstream/handle/10024/64672/H%E4kkinen%20Ella%20gradu.pdf;jsessionid=883450F46151F5722155959F311A6F62?sequence=1>

- Miten konserniyritysten sidossuhdetta arvioidaan lain julkisista hankinnoista (1397/2016, jäljempänä ”**hankintalaki**” ) 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena silloin, kun saman konsernin yritykset osallistuvat samaan hankintamenettelyyn?
- Millä edellytyksillä konsernisuhteessa olevat yritykset voivat osallistua samaan hankintamenettelyyn?
- Millä taholla on näyttötaakka osoittaa, muodostaako konsernisuhde harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen tai käänteisesti se, ettei konsernisuhde muodosta poissulkemisperustetta?
- Mitä toimenpiteitä konserniyritysten hankintamenettelyyn osallistuminen edellyttää hankintayksiköltä ja ehdokkaina tai tarjoajina olevilta yrityksiltä?

## Mikä on harkinnanvarainen poissulkemisperuste?

- Hankintalainsäädännössä (hankintalain 81 §) määritelty seikka, jonka perusteella hankintayksikkö voi sulkea ehdokkaan tai tarjoajan pois hankintamenettelystä, johon se on osallistunut.
- Poissulkeminen voidaan tehdä missä tahansa hankintamenettelyn vaiheessa, jos hankintayksiköllä on riittävän uskottavaa näyttöä siitä, että harkinnanvarainen poissulkemisperuste on olemassa.
- Hankintayksiköllä on harkintavalta todeta
  - poissulkemisperusteen olemassaolo; ja
  - onko poissulkemisperusteen soveltaminen asiassa oikeasuhtainen toimenpide.
- Hankintalaki ei määrittele tarkkoja ohjeita siihen, mikä on ”riittävä näyttö” harkinnanvaraisen poissulkemisperusteen soveltamiseksi.
- Hankintalaki ei määrittele, voidaanko hankintayksikön päätös jättää soveltamatta harkinnanvaraista poissulkemisperustetta katsoa hankintalain vastaiseksi.

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan:

*”Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan [...] joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen”* . (korostukset tässä)

## Mitä hankintalaissa tarkoitetaan kilpailua vääristävällä sopimuksella?

*"Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan -- joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen" (korostukset tässä)*

- EU:n kilpailuoikeudessa kilpailua vääristäväksi menettelyksi katsotaan menettelyt, joilla markkinoilla toimivat yritykset aikaansaavat kiellettyjä kilpailunrajoituksia.
  - Horisontaaliset eli kilpailijoiden väliset kilpailunrajoitukset, esim. kartellit.
  - Vertikaaliset eli eri tuotanto- ja jakeluportaalla toimivien yritysten väliset kilpailunrajoitukset, esim. jälleenmyyntihinnan määrääminen.
  - Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.
- Hankintalaissa, hankintadirektiivissä tai niiden valmisteluaineistossa ei ole määritelty kilpailua vääristävää sopimusta.
- Hankintalainsäädännön mukaan harkintavalta siitä, milloin kyseessä on kilpailua vääristävä sopimus, on hankintayksiköllä ja viimesijaisesti tuomioistuimella.
- Hankintalain esitöiden perusteella voidaan katsoa, että kilpailua vääristävällä sopimuksella tarkoitetaan mitä tahansa kilpailua vääristävää menettelyä.
  - Harkinnanvaraiseksi poissulkemisperusteeksi riittää, että asiassa on pyritty kilpailua vääristävään menettelyyn.

## Kenen kanssa tehty sopimus voidaan tulkita kilpailua vääristäväksi?

*"Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan -- joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen" (korostukset tässä)*

- Hankintalaissa ei ole määritelty termiä "toimittaja".
- Hankintalaissa käytetään hankintamenettelyyn osallistuvasta taloudellisesta toimijasta nimitystä "ehdokas" tai "tarjoaja".
- Hankintadirektiivin mukaan "talouden toimija" -termiä on tulkittava laajasti. Talouden toimijoita ovat luonnolliset henkilöt, oikeushenkilöt, julkiset yksiköt tai tällaisten henkilöiden ja/tai yksiköiden ryhmät ja yritysten mahdolliset tilapäiset yhteenliittymät, jotka tarjoavat markkinoilla tavaroiden toimittamista tai palveluiden suorittamista.
- Hankintalain esitöissä on viitattu hankintadirektiivissä käytettyyn termiin "talouden toimija" termeillä "taloudellinen toimija" ja "toimittaja".
- Hankintalain ja hankintadirektiivin lainsäädäntötavoitteiden valossa tulkittuna hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan "muu toimittaja" tarkoittaa hankintadirektiivissä ja hankintalaissa määriteltyä "talouden toimijaa" / "taloudellista toimijaa".

# Milloin hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tunnusmerkistö kilpailua vääristävästä sopimisesta täyttyy?

*"Hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan -- joka on tehnyt muiden toimittajien kanssa sopimuksia, joilla pyritään vääristämään kilpailua, ja hankintayksikkö voi näyttää tämän toteen" (korostukset tässä)*

- Ehdokas tai tarjoaja on toiminut tavalla, joka aiemmin tai kyseessä olevan hankintamenettelyn aikana on objektiivisesti tarkasteltuna vääristänyt tai pyrkinyt vääristämään kilpailua.
- Ehdokkaan tai tarjoajan kilpailua vääristänyt tai siihen pyrkinyt toiminta on voitava näyttää toteen hankintayksikön riittävän luotettavaksi arvioimalla tavalla.
  - Varmana näyttönä voidaan pitää ainoastaan kilpailunrikkomuksesta saatua lainvoimaista tuomiota.
  - Hankintalain ja hankintadirektiivin tarkoituksen puitteissa hankintayksikkö voi katsoa riittäväksi näytöksi myös muita tosiseikkoja.

Millä edellytyksillä konsernisuhteessa olevat yritykset voivat osallistua samaan hankintamenettelyyn?



## Mikä on konserni?

- Konserni on kahden tai useamman juridisesti itsenäisen yrityksen eli oikeushenkilön muodostama taloudellinen kokonaisuus, jossa yhdellä yrityksellä on määräysvalta muihin yrityksiin nähden.
- **Konserniyritykset ovat itsenäisiä oikeushenkilöitä** eivätkä niiden oikeudet ja velvollisuudet käytännössä poikkea itsenäisinä konserniin kuulumattomina yrityksinä toimivien yritysten oikeuksista ja velvollisuuksista. Konsernisuhde tai konsernin etu ei oikeuta konserniyritystä toimimaan sen omien etujen tai sen velkojien etujen vastaisesti.

# Konsernisuhde

## ...kilpailurikkomuksena?

- Konsernisuhde ei itsessään ole kielletty tai sellaisenaan kilpailua vääristävä rakenne.
- Hankintalain esitöissä viitataan hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan soveltamisen mahdollisena edellytyksenä kilpailurikkomus.
  - Kilpailurikkomus on viittaus kilpailulakiin (12.8.2011/948). Kilpailurikkomuksina pidetään kilpailulain 5 §:ssä tarkoitettuja elinkeinonharjoittajien välisiä kiellettyjä kilpailunrajoituksia ja kilpailulain 7 §:ssä tarkoitettua määräävään markkina-aseman väärinkäyttöä.
- Kilpailulain kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevien säännösten soveltaminen edellyttää sopimuksen osapuolena olevalta oikeushenkilöltä siinä määrin itsenäistä päätäntävaltaa, että sitä voidaan pitää itse vastuullisena kyseisestä kilpailunrajoituksesta.
  - Konsernisuhde voi muodostaa kilpailulain tarkoittaman kielletyn kilpailunrajoituksen ainoastaan silloin, kun kyseessä on määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.
- Hankintalain hallituksen esityksessä on nimenomaisesti mainittu, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on yksipuolinen kilpailurikkomus, joka ei voi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama kilpailua vääristävä sopimus.
  - Usean konsernisuhteessa olevan toimittajan yhdessä harjoittama määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voinee kuitenkin olla julkisten hankintojen kannalta katsottuna useamman kuin yhden toimittajan harjoittamaa kilpailua vääristävää toimintaa, koska julkisissa hankinnoissa konserniyritykset on katsottava toisistaan erillisiksi talouden toimijoiksi.

## ...hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena

- Sanamuotoon perustuva arviointi
  - Yhteistyötä on tarkasteltava julkisten hankintojen kontekstissa kilpailulain puitteissa sallitun yhteistyön näkökantaa kriittisemmin, koska konserniyritykset on katsottava julkisissa hankinnoissa toisistaan erillisiksi talouden toimijoiksi.
- Lain tarkoitukseen ja tavoitteisiin perustuva arviointi
  - Hankintalain ja hankintadirektiivin johdanto-osan tavoitteena yhtäältä kilpailun lisääminen ja edistäminen, mutta toisaalta nimenomaan terveen kilpailun turvaaminen.
- Julkisissa hankinnoissa noudatettaviin oikeusperiaatteisiin perustuva arviointi
  - Jokaisen julkisen hankinnan jokaisessa vaiheessa on sovellettava kaikkia julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita – avoimuus, suhteellisuus sekä tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu.
  - Hankintalain hallituksen esityksessä on mainittu 81 §:n 1 momentin 6 kohdalla erityisesti tasapuolisuuden ja suhteellisuuden periaatteiden huomioiminen, mikä viittaa siihen, että näille periaatteille on annettava kyseistä lainkohtaa sovellettaessa suurin painoarvo.
- Oikeuskäytäntöön perustuva arviointi
  - EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johdetut tulkintasäännöt.

Konsernisuhde hankintalain  
81 §:n 1 momentin 6 kohdassa  
tarkoitettuna  
harkinnanvaraisena  
poissulkemisperusteena

## **Sanamuotoon perustuva arviointi**

- Tarkastelu kilpailulain puitteissa sallitun yhteistyön näkökantaa kriittisempää, koska konserniyritykset katsotaan julkisissa hankinnoissa toisistaan erillisiksi talouden toimijoiksi.
- Määräysvaltasuhde luo vahvan oletuksen siitä, että yksi ja sama taho käyttää määräysvaltaa sen suhteen, millaisen tarjouksen kaksi näennäisesti erillistä konserniyritystä antaa samassa hankintamenettelyssä.
- Hankintalain mukaan hankintamenettelyyn voivat lähtökohtaisesti osallistua ”kaikki halukkaat toimittajat” – eli myös samaan konserniin kuuluvat yritykset.
- Sanamuotoon perustuva tulkinta ei ohjaa konsernisuhteen käyttämiseen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittamana poissulkemisperusteena.

Konsernisuhde hankintalain  
81 §:n 1 momentin 6 kohdassa  
tarkoitettuna  
harkinnanvaraisena  
poissulkemisperusteena

## Lain tarkoitukseen ja tavoitteisiin perustuva arviointi

- Hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteena on korostettu kilpailun lisäämistä.
- Kilpailun edistämistavoitteen valossa toimittajien poissulkeminen hankintamenettelystä pelkästään niiden valitseman toimintamallin ja oikeudellisen muodon perusteella ei liene ollut tavoiteltu lopputulos.
- Hankintadirektiivillä on korostettu myös tarvetta suojata nimenomaan tervettä kilpailua.
- Terveen kilpailun edistämistavoitteen hankintayksikköä on kannustettu pitämään kilpailua vääristävän yhteistyön olettaman syntymisen kynnyistä alhaisena, koska olettama velvoittaa hankintayksikön selvittämään havaitun olettaman perusteella kilpailua vääristävän sopimuksen mahdollisuuden.
- Hankintalain ja hankintadirektiivin tavoitteiden perusteella konsernisuhde ei itsessään voi olla käyttämiseen hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama poissulkemisperuste ainakaan automaattisesti ja ilman erillistä harkintaa.
- Toisaalta, jos konserniyritysten toimintaan liittyy tekijöitä, joiden perusteella niiden samaan hankintamenettelyyn osallistuminen vaarantaa terveen kilpailun, on tapauskohtaisesti harkittava, pitäisikö poissulkemisperustetta soveltaa.

Konsernisuhde hankintalain  
81 §:n 1 momentin 6 kohdassa  
tarkoitettuna  
harkinnanvaraisena  
poissulkemisperusteena

## **Julkisissa hankinnoissa noudatettaviin oikeusperiaatteisiin perustuva arviointi**

- Jokaisen julkisen hankinnan jokaisessa vaiheessa on sovellettava kaikkia julkisissa hankinnoissa noudatettavia oikeusperiaatteita.
  - Avoimuusperiaate, suhteellisuusperiaate sekä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteet.
- Hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan osalta hankintalain esitöissä on korostettu tasapuolisuuden ja suhteellisuuden periaatteita.
- Tasapuolisuuden periaate ohjaa siihen, että konsernisuhde ei itsessään voi olla hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdan tarkoittama poissulkemisperuste.
- Suhteellisuusperiaate edellyttää kaikkien asiassa relevanttien seikkojen ottamista huomioon ja niiden toimenpiteiden tekemistä, jotka ovat asian olosuhteisiin nähden perusteltavissa ja oikean suhtaisia.
  - Käytännössä hankintayksikkö voi tosiasiallisesti soveltaa suhteellisuusperiaatetta vasta sen jälkeen, kun se on saanut luotettavan selvityksen siitä, onko konsernisuhteella kilpailua vääristävää vaikutusta.

Konsernisuhde hankintalain 81 §:n 1 momentin 6 kohdassa tarkoitettuna harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena

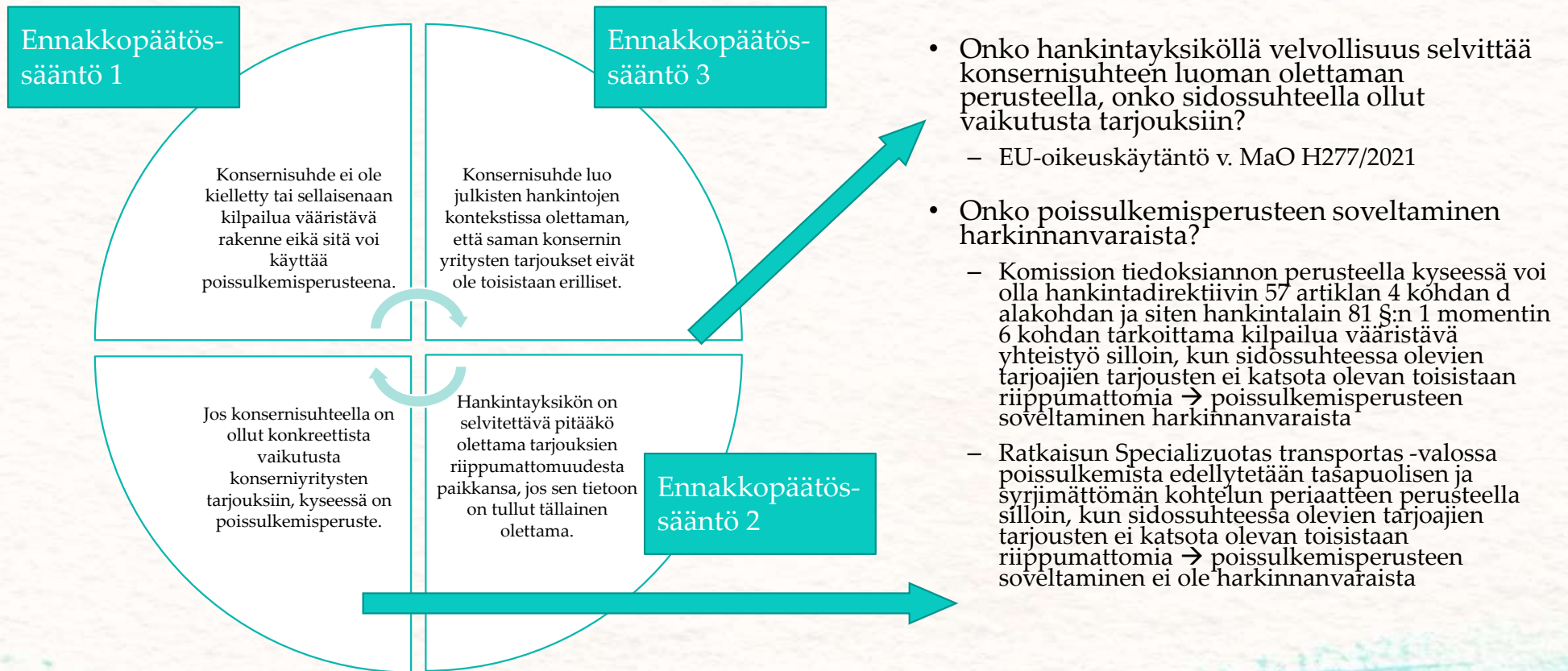
## Oikeuskäytäntöön perustuva arviointi

- EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö:
  - *Assitur (C-538/07, 2009)*
    - Voidaanko tarjoajia, joiden välillä on määräysvaltasuhde, kieltää osallistumasta samaan hankintamenettelyyn?
  - *Lloyd's of London (C-144/17, 2018)*
    - Avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden tulkinta.
  - *Specializuotas Transportas (C-531/16, 2018)*
    - Avoimuuden, yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden tulkinta.

# EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johdetut tulkintasäännöt

- Ennakkopäätössääntö 1:
  - Keskenään sidoksissa olevien tarjoajien tai ehdokkaiden tarjouksiin ei voi soveltaa poissulkemisperustetta pelkän määräysvalta- tai sidossuhteen perusteella, koska toimijoiden keskinäinen sidonnaisuus ei itsessään osoita, etteivät tarjoukset olisi toisistaan riippumattomia.
- Ennakkopäätössääntö 2:
  - Hankintaviranomainen on velvollinen tarkistamaan sidonnaisuussuhteessa olevien toimijoiden tarjousten itsenäisyyden ja toisistaan riippumattomuuden suhteellisuusperiaatteen tarkoittamalla tavalla oikeasuhtaisiin toimenpiteisiin ryhtymällä, jos hankintayksikkö on saanut tietoonsa olettamia, jotka osoittavat, että tarjoukset eivät välttämättä ole toisistaan riippumattomia.
- Ennakkopäätössääntö 3:
  - Hankintamenettelyssä hankintayksikön tietoon tullut määräysvalta- tai sidossuhde luo olettamian siitä, että kyseisessä sidossuhteessa olevien toimittajien tarjoukset eivät ole olleet toisistaan erillisiä ja riippumattomia.

# Ennakkopäätössääntöjen soveltaminen





**Millä taholla on näyttötaakka osoittaa,  
muodostaako konsernisuhde  
harkinnanvaraisen  
poissulkemisperusteen tai  
käänteisesti se, ettei konsernisuhde  
muodosta poissulkemisperustetta?**

- EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön ("Eturas" UAB ym. v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, C-74/14, 2016, kohta 37 ja Specializuotas Transportas, kohta 37) mukaan harkinnanvaraista poissulkemisperustetta voidaan soveltaa kilpailua vääristävästä menettelystä saadun objektiivisen ja yhtäpitävän oletaman perusteella, jos talouden toimijalle annetaan mahdollisuus esittää asiassa vastanäyttöä.
- Käytännössä hankintayksiköllä on näyttötaakka siitä, että asiassa on oletama kilpailua vääristävästä menettelystä (tutkielman kontekstissa konsernisuhde).
  - Missä laajuudessa hankintayksikön edellytetään olevan tietoinen tai tutkivan hankintamenettelyyn osallistuvien toimittajien sidossuhteita?
  - Pitäisikö hankintayksikön havaita toimittajien välinen sidonnaisuus, kuten konsernisuhde, oma-aloitteisesti?
  - Jos hankintayksikkö on tietoinen jonkun toimittajan konsernisuhteesta, edellyttääkö tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, että hankintayksikkö selvittää kaikkien osallistujien konsernisuhteet?
- Olettama kilpailua vääristävästä menettelystä kääntää todistustaakan hankintamenettelyyn osallistuneelle konserniyritykselle.
  - Hankintayksiköllä on laaja harkintavalta siitä, mikä on "riittävän näyttö", joka kumoo oletaman kilpailun vääristymisestä.

**Mitä toimenpiteitä konserniyritysten  
hankintamenettelyyn osallistuminen  
edellyttää?**

## Hankintayksiköltä?

- Jos tullut tietoiseksi siitä, että hankintamenettelyyn on osallistunut useita saman konsernin yrityksiä, velvollisuus selvittää, onko konsernisuhde todellisuudessa vaikuttanut konserniyritysten tarjousten erillisyyteen ja siten vääristänyt kilpailua.
  - Hankintayksikkö voi pyytää konserniyrityksiltä selvityksen tarjousten erillisyydestä.
  - Hankintayksiköllä on harkintavalta arvioida, osoittaako annettu selvitys tarjousten erillisyyden.
- EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella velvollisuus soveltaa harkinnanvaraista poissulkemisperustetta, jos konserniyritysten toisistaan riippumattomat tarjoukset ovat vääristäneet tai pyrkineet vääristämään kilpailua.

† Harkittava, pitäisikö tarjouspyynnöllä edellyttää toimittajia toimittamaan näyttöä tarjousten riippumattomuudesta jo tarjousten jättämisen yhteydessä.

## Konserniyritykseltä?

- Velvollisuus esittää selvitys tarjousten erillisyydestä, jos hankintayksikkö tällaista selvitystä pyytää.
  - Käytännössä varauduttava jo ennen hankintamenettelyä esittämään (kirjallista) näyttöä siitä, että konserniyritysten tarjoukset ovat erilliset ja annettu itsenäisesti.
  - Syytä arvioida jo konsernistratgiaa luodessa, tulevatko konsernin yritykset osallistumaan samoihin hankintamenettelyihin. Jos pidetään todennäköisenä, on syytä varmistaa tarjousten erillisuus ennakkoon suunnitelluilla järjestelyillä (ainakin konserniyritysten toiminnan erillisuus ja itsenäisyys hankintamenettelyyn liittyvien kaupallisten toimintaperiaatteiden ja liiketoiminnan harjoittamisen osalta).
  - Lisäksi taattava hankintamenettelyssä jätettyjen tarjousten laatimisen itsenäisyys ja luottamuksellisuus esimerkiksi seuraavin keinoin: konserniyritysten toimipaikkojen fyysinen erottaminen, asiakirjojen ja tietojärjestelmien erillisyyden varmistaminen, hankintamenettelyyn liittyvien tietojen rajaaminen tietyille henkilöpiirille ja konserniyritysten kokousten ja päätöksenteon erillisyyden varmistaminen.
- Varmistettava tapauskohtaisesti, onko sillä velvollisuus ilmoittaa hankintayksikölle sidossuhteensa muihin saman konsernin yrityksiin.

## Lopuksi

- Oikeustila on epäselvä keskenään sidoksissa olevien yritysten kilpailua vääristävään yhteistyöhön perustuvan poissulkemisperusteen osalta niin Suomessa kuin EU-tasollakin.
  - Hankintayksikkö joutuu kantamaan riskin poissulkemisperusteen virheellisestä soveltamisesta tilanteessa, jossa objektiivisesti arvioidenkin on vaikea määritellä, milloin poissulkemisperusteen käyttämiseen tai käyttämättä jättämiseen on esitetty riittävää näyttöä.
  - Hankintamenettelyyn osallistuvien saman konsernin yritysten osalta ongelmallista on se, että ne eivät voi olla varmoja siitä, miten harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita tullaan kyseisessä hankintamenettelyssä soveltamaan.
- Epäselvä oikeustila ja sen aiheuttamat epävarmuustekijät voivat vaikuttaa hankintamenettelyihin osallistumiseen eikä julkisissa hankinnoissa siten välttämättä saavuteta maksimaalista kilpailutilannetta.
- Lisäksi epäselvä oikeustila voi aiheuttaa kierteen, jossa uutta oikeuskäytäntöä ei saada, koska asianosaiset eivät uskalla viedä asiaa markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden käsiteltäväksi.
- Ensisijaisia keinoja ongelman ratkaisemiseen olisivat kansallisten ja EU-viranomaisten kannanotot ja ohjeistukset, joilla hankintayksiköille annettaisiin apua rajanvetoon tarjousten riippumattomuuden arvioinnissa.

An aerial photograph of a vast, lush green field, possibly a meadow or a large agricultural field. A narrow, winding path or stream cuts through the field from the bottom left towards the center. The top of the image shows a thin strip of white, likely a sky or a boundary. The overall scene is bright and verdant.

Kiitos!