

Haasteita julkisissa IT-hankinnoissa

Julkisten hankintojen virheetön läpivienti on suuri haaste hankintayksikölle. Hankinnan tärkein vaihe on huolellinen suunnittelu, markkinakartoitus ja siihen liittyvä vuoropuhelu toimittajien kanssa. Suunnitteluvaiheessa säästetty aika voi tulla kalliiksi, sillä suunnittelun puute voi johtaa pahimmillaan siihen, että hankinnan alkuvaiheessa tehtyä virhearviointia ei voida korjata muutoin kuin keskeyttämällä koko hankintaprosessi. Neuvottelumenettelyn etuna voidaan pitää sitä, että neuvottelujen avulla hankintayksikkö voi keskustella valittujen tarjoajien kanssa ja hakea näissä keskusteluissa hankintayksikön tarpeisiin soveltuvaa optimaalista ratkaisua. Hankinnan kohde määritellään siis lopullisesti vasta siinä vaiheessa, kun neuvottelut osapuolten välillä on käyty. Neuvottelumenettelyn käyttö on yleistymässä ja se soveltuukin hyvin esimerkiksi tietojärjestelmähankintoihin.

Hyvin suunniteltu on puoliksi tehty

Julkinen hankintaprosessi poikkeaa merkittävästi yksityisen sektorin hankinnoista siinä, että yksityissektorilla tarjouspyyntö vasta avaa neuvotteluvaiheen, jonka kuluessa osapuolilla on mahdollisuus yhdessä hakea ostajalle optimaalista ratkaisua. Sen sijaan julkisissa hankinnoissa ostajan täytyy pääsääntöisesti itse määritellä hankinnan kohde ja sen ostamiseen liittyvät tärkeimmät sopimusehdot. Erityisesti IT hankinnoissa hankinnan huolellisen valmistelun ja suunnittelun merkitys on suuri. Ennen kilpailun aloittamista hankintayksikön tulisi tehdä markkinakartoitus, jolla kerätään tietoa mm. hankinnan kohteen määrittelyyn. Tavanomaisen markkinakartoituksen lisäksi hankintayksikkö voi laatia potentiaalisille tarjoajille osoitetun ns. tietopyynnön, joka voidaan myös julkaista www.hankintailmoitukset.fi ilmoituskanavassa. Tietopyynnöstä käytetään myös termejä tekninen vuoropuhelu ja RFI (request for information).

Tietopyynnön avulla hankintayksikkö kartoittaa markkinoilla tarjolla olevia ratkaisumalleja, jotta hankinnan kohteen kuvaus tarjouspyyntöön onnistuu ja hankintayksikkö saa tarpeidensa mukaisen

ratkaisun. Tietopyynnöllä kerätään tietoa myös potentiaalisista tarjoajista ja heidän teknisestä ja ammatillisesta pätevyydestään. Näitä tietoja tullaan tarvitsemaan hankinnan myöhemmässä vaiheessa, kun/jos hankintayksikkö asettaa tarjoajille mahdollisia ammatilliseen pätevyyteen ja tekniseen osaamiseen liittyviä vähimmäisvaatimuksia.

Tärkeä selvittävä kohde on myös hankinnan kohteeseen liittyvät hinnat, hinnoittelumallit ja alalla tavanomaisesti noudatettavien sopimusehtojen sisältö. Jos tarjouspyynnössä esitetään toimialalle epätyypillisiä tapoja tuotteiden tai palveluiden hinnoitteluun tai jos tarjouspyynnön liitteenä on sopimusluonnos, jossa on alalle epätyypillisiä ehtoja tai esimerkiksi poikkeuksellisen ankaria sanktioelementtejä, on olemassa vaara, ettei tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia saada lainkaan.

Neuvottelumenettelyn käyttö IT-hankinnoissa yleistyy

Kiinnostus neuvottelumenettelyn käyttöön on selvästi lisääntymässä asiakkaidemme keskuudessa. Erityisesti IT hankinnoissa neuvottelumenettely kiinnostaa, koska menettely mahdollistaa ostajan ja myyjän väliset neuvottelut, jossa hankinnan kohdetta voidaan määritellä yhdessä. Neuvottelumenettelyn sisällöstä ei hankintalaissa ole kovin yksityiskohtaisia säännöksiä, vaan hankintayksikölle on jätetty jossain määrin harkintavaltaa sen suhteen, miten prosessi käytännössä viedään läpi.

Neuvottelumenettely käynnistyy aina hankintailmoituksen julkaisemisella www.hankintailmoitukset.fi ilmoituskanavassa. Tyypillisesti hankintailmoituksessa luetellaan ehdokkaiden rahoitukselliseen asemaan sekä ammatilliseen pätevyyteen liittyviä asiakirjoja, jotka tulee toimittaa hankintayksikölle osallistumishakemuksen liitteenä. Hankintailmoituksessa ehdokkaille voidaan asettaa myös minimivaatimuksia. Tällaisia voivat olla esim. vaatimus ehdokkaan minimiliiketoimintavaihdosta ja vaatimus siitä, että ehdokkaalla tulee olla hankinnan kohdetta vastaavia referenssitöitä. Asetettavien minimivaatimusten tulee



Kirjoittaja on PTC Services Oy:n toimitusjohtaja ja varatuomari. Karinkanta on erikoistunut julkisiin hankintoihin ja sopimus-oikeuteen, erityisesti IT hankintoihin.

On tärkeää, että hankinta-ilmoituksessa on selkeät kriteerit.

liittyä ehdokkaan kykyyn toteuttaa hankinta ja se tulee muutenkin suhteuttaa hankinnan kohteeseen ja laajuuteen. Jotta minimivaatimuksia ei aseteta liian korkeiksi, hankintayksikön tulisi markkinakartoitusvaiheessa selvittää myös sitä, millaisia vaatimuksia ehdokkaille voidaan asettaa. Jos nimittäin käy niin, että kukaan ehdokas ei täytä asetettuja minimivaatimuksia, ei hankintayksiköllä ole käytännössä muuta mahdollisuutta kuin keskeyttää menettely ja aloittaa se alusta julkaisemalla uusi hankintailmoitus.

Neuvottelumenettelyyn tulee valita vähintään 3 tarjoajaa. Hankintailmoituksessa on kerrottava ne objektiiviset ja syrjimättömät kriteerit, jolla tarjoajat valitaan siinä tapauksessa, että minimivaatimukset täyttäviä ehdokkaita on enemmän kuin tarjoajia tullaan valitsemaan mukaan. IT alalla on tyypillistä, että esim. järjestelmätoimituksia koskevaan kilpailutukseen osallistuu jopa yli 20 ehdokasta. Tätä silmällä pitäen on tärkeää, että hankintailmoituksessa on selkeät kriteerit, joilla jatkoon pääsevät tarjoajat valitaan. Nämä kriteerit liittyvät tyypillisesti tarjoajan ammatilliseen ja tekniseen suoriutuskykyyn, esimerkiksi ehdokkaan referenssien määrään ja vastaavuuteen suhteessa hankinnan kohteeseen. Myös ehdokkaan henkilöstön riittävää määrää ja osaamista käytetään usein yhtenä vertailukriteerinä. Hankintalaissa ei ole kuitenkaan rajoitettu sitä, mitä ne objektiiviset ja syrjimättömät periaatteet voivat olla, joilla tarjoajat valitaan, joten niiden asettamisessa hankintayksiköllä on laaja harkintavalta.

On tärkeää tehdä ero ehdokkaiden vertailun ja tarjousten vertailun välillä: Ehdokkaiden vertailu liittyy rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn ja kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn ja nimenomaan siihen vaiheeseen, jolloin valitaan jatkoon pääsevät tarjoajat. Tässä vaiheessa on hyväksyttävää vertailla yrityksen ominaisuuksiin liittyviä seikkoja, kuten referenssejä, taloudellista asemaa ja henkilöstöresursseja. Sen sijaan tarjousten vertailussa ja tarjousten vertailuperusteita asetettaessa kriteerien tulisi liittyä tarjottavien tuotteiden tai palvelun ominaisuuksiin, eikä esimerkiksi tarjoajan referensseihin.

EU-hankinnat

EU-hankinnoissa neuvottelumenettelyyn kutsuttaville lähetetään neuvottelukutsu tai hankekuvaus. Yksi neuvottelumenettelyn haasteista on, että jo neuvottelukutsuun tulee liittää tarjouspyyntö tai ainakin samat tiedot kuin mitä tarjouspyynnöltä edellytetään. Käytännön ongelmaksi on nähty se, että lopullisten vertailuperusteiden asettaminen neuvottelukutsuun on epätarkoituksenmukaista. Kun hankintayksikkö ei tässä vaiheessa ole täysin selvillä hankinnan kohteen tarkasta sisällöstä ja siihen liittyvistä minimivaatimuksista, ei myöskään vertailuperusteiden tarkkaa asettamista voida tässä vaiheessa tehdä, tai ainakaan se

ei ole järkevää. Käytännössä ongelman voi välttää sillä, että asettaa vertailuperusteet neuvottelukutsuun vaihteluvälillä (esim. hinta 30-50%) ja ilmoittaa samalla, että lopulliset painoarvot tullaan asettamaan lopulliseen tarjouspyyntöön.

Hankintayksikkö sanelee neuvottelumenettelyn kulun tarkoituksenmukaiseksi katsomallaan tavalla. Yleistä on, että neuvottelukutsussa tarjoajia pyydetään toimittamaan hankintayksikölle alustava ratkaisuehdotus. Ensimmäisen neuvottelutilaisuuden sisältönä usein on, että ostaja ja myyjä keskustelevat alustavasta ratkaisuehdotuksesta ja sen soveltuvuudesta hankintayksikön tarpeisiin. Tavanomaista neuvottelumenettelylle on, että tarjoaja saa prosessin kestäessä täsmentää ehdotustaan. Neuvotteluvaiheen päätyttyä hankintayksikkö pyytää tarjoajilta vielä lopullisia tarjouksia, joiden perusteella tarjousten vertailu tullaan tekemään. Toisinaan "lopullinen tarjous" voi sisältää vain esimerkiksi hinnat, jos muut tarjoukseen sisältyvät elementit on toimitettu hankintayksikölle jo aiemmin neuvotteluvaiheen aikana.

Neuvottelut tulee toteuttaa noudattamalla tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteita.

Neuvottelut tulee toteuttaa noudattamalla tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteita. Tämä tarkoittaa sitä, että kaikkien neuvottelijoiden kanssa tavataan yhtä monta kertaa ja että neuvotteluissa yhdelle tarjoajalle kerrotut, uudet tiedot tulee kertoa myös muille tarjoajille.

Neuvottelumenettelyä pidetään joskus työläänä siihen liittyvien neuvotteluiden vuoksi, mutta onneksi lainsäätäjä on mahdollistanut sen, että neuvottelijoiden joukko voidaan rajata 3 tarjoajaan. Tavoiteltu lopputulos saavutetaan neuvottelumenettelyllä varmemmin, koska hankintayksiköllä on mahdollisuus perehtyä neuvotteluissa tarjoajan ratkaisuehdotukseen paremmin kuin puhtaasti kirjallisessa menettelyssä. Varjopuolena neuvottelumenettelyn käytössä on kuitenkin se, että kun mukaan valittavien tarjoajien joukko on pieni ja valinta tehdään esim. ehdokkaiden referenssien perusteella, valikoituu mukaan usein vain isoja yrityksiä, eikä se ole aina tarkoituksenmukaista.

Neuvottelumenettelyn käytölle on asetettu hankintalaissa erityisedellytyksiä. Neuvottelumenettelyä saa käyttää palveluhankinnassa silloin, jos "hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyyntöä tai tehtävämäärittelyä ei voida laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen". Tämä edellytys toteutuu IT hankinnoissa usein, mutta ratkaisu täytyy tietysti tehdä aina tapauskohtaisesti.

Oikeuskäytäntöä menettelyvalinnasta ei juuri ole. Muutamissa tapauksissa markkinaoikeus on ottanut kantaa neuvottelumenettelyn käyttöedellytyksiin, esim. eräissä tilaajan sovellusta koskevassa hankinnassa neuvottelumenettelyn käyttö todettiin sallituksi.

Vältä sudenkuopat tarjouksen tekemisessä

Kokemukseni mukaan yleinen syy tarjousten hylkäämiseen IT hankinnoissa on se, että tarjoukseen sisältyy tarjouspyynnön ehtojen vastaisia sopimusehtoja. Usein nämä tarjouksen virheet ovat luultavasti vahinkoja: tarjoukset tehdään ehkä vakiopohjalla, jossa on valmiina tarjoajan yleensä esittämiä sopimusehtoja. Karrikoitu esimerkki voisi olla vaikkapa sellainen, että tarjouspyynnössä pyydetään asiantuntijan tuntihintaa ja edellytetään että ilmoitetun hinnan tulee kattaa kaikki tarjoajalle aiheutuvat kustannukset mukaan lukien matkakulut. Mikäli tarjouksessa tällöin esitetään ehto siitä, että asiantuntijan matkakulut veloitetaan erikseen, tekee ehto tarjouksesta tarjouspyynnön vastaisen ja vertailukelvottoman suhteessa muihin tarjouksiin. Hankintalaki ja oikeuskäytäntö ovat tällaisen tilanteen osalta varsin yksiselitteisiä: tarjouspyynnön vastaiset ja vertailukelvottomat tarjoukset tulee hylätä, eikä tarjoajalle saa tarjota mahdollisuutta tarjouksen muuttamiseen tai parantamiseen jälkikäteen.

Julkinen sektori käyttää IT-hankinnoissa vakioehtoina yleensä JIT 2007 (JHS 166 Julkisen hallinnon IT-hankintojen yleiset sopimusehdot) sopimusehtoja. Mikäli tarjouspyynnössä on ilmoitettu, että hankintaan sovelletaan JIT 2007 ehtoja, tulee myös tarjouksen perustua näille sopimusehdoille. Tarjouksessa tehty sopimusehtoja koskeva varauma tai ilmoitus yrityksen omien sopimusehtojen soveltamisesta johtaa helposti tarjouksen hylkäämiseen. On nimittäin melko ilmeistä, että tarjoajan omat sopimusehdot poikkeavat JIT 2007 ehtoista tarjoajan eduksi ja toisaalta hankintayksikön vahingoksi.

Myös erilaisissa tarjouksen liitteenä toimitettavissa palvelunkuvauksissa saattaa olla tarjouspyynnön vastaisia sopimusehtoja, jotka johtavat tarjouksen hylkäämiseen. Tällaista hylkäysriskiä tarjoaja voi minimoida muotoilemalla tarjouksen kansilehteen lauseen, jossa tarjoaja ilmoittaa hyväksyvänsä ensisijaisesti kaikki tarjouspyynnössä asetetut ehdot ja että mikäli tarjouksessa katsottaisiin olevan tarjouspyynnön vastaisia ehtoja, syrjäytyvät nämä ehdot tarjouspyynnön ehtojen edeltä.

Tarjoajien osaaminen julkisissa hankinnoissa on viime vuosien aikana selvästi lisääntynyt, eikä ns. "turhia" hylkäämisiä jouduta enää tekemään kovin usein.

Hankintalakiin tulossa isoja muutoksia

Oikeusministeriön ja työ- ja elinkeinoministeriön työryhmä on laatinut mietinnön 30.4.2009, jonka keskeisenä sisältönä on saattaa kansallisesti voimaan julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmää koskeva ns. oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY. Direktiivin mukaiset muutokset tulisi kansallisesti saattaa voimaan tämän vuoden loppuun mennessä.

Uudistus vaikuttaa ennen kaikkea tarjoajien mahdollisuuksiin puuttua hankintalain vastaisiin hankintoihin. Merkittävin uudistus on EU-hankintoja koskeviin hankintasopimuksiin sovellettava tehottomuusseuraamus. Markkinaoikeus voisi valituksen johdosta määrätä jo tehdyn hankintasopimuksen tehottomaksi, jos hankinta perustuu hankintalain vastaiseen suorahankintaan, hankintasopimus on tehty asian tultua vireille markkinaoikeudessa tai jos sopimus tehdään ennen kuin ns. pakollinen odotusaika on kulunut loppuun ja hankintapäätös on muutoinkin sisällöllisesti hankintalain vastainen.

Vaihtoehtoisina seuraamuksina sopimuksen tehottomuudelle ehdotetaan sopimuskauden lyhentämistä sekä hankintayksikön maksettavaksi määrättävää erityistä sakon luonteista (valtiolle maksettavaa) seuraamusmaksua.

Sopimuksen tehottomuusseuraamus on todella merkityksellinen sanktio sekä hankintayksikön että valitun sopimuskumppanin näkökulmasta. Hankintayksikkö, joka suunnittelee tekevänsä suorahankinnan voisi ehdotuksen mukaan julkaista suorahankintaa koskevan ilmoituksen ennen sopimuksen tekemistä. Tällöin yrityksillä olisi tietyn määräajan puitteissa mahdollisuus saattaa suorahankinnan lainmukaisuus markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Toisaalta suorahankinnan etukäteisellä ilmoittamisessa saavutettaisiin se etu, että mikäli suorahankintaa koskevaa asiaa ei saateta asetetun määräajan puitteissa markkinaoikeuden tutkittavaksi, ei sitä voida myöskään jälkikäteen tehdä.

Uutena oikaisumahdollisuutena lakiin tulisi hankintaoikaisu. Hankintayksikkö voisi hankintapäätöksen tekemisen jälkeen oikaista tekemäänsä ja virheelliseksi havaitsemaansa hankintapäätöstä. Hankintaoikaisua voi pyytää tarjoaja tai hankintayksikkö voi tehdä sen omasta aloitteestaan.

Hankintalain uudistuksen lopullinen sisältö selviää vasta kun laki on vahvistettu, joten edellä esitetty perustuu vasta työryhmän välimietintöön. Tarkempaa tietoa tulevan lain sisällöstä saadaan kun hallitus antaa lakimuutosta koskevan esityksen eduskunnalle.

Merkittävin uudistus on EU-hankintoja koskeviin hankintasopimuksiin sovellettava tehottomuusseuraamus.
