

Protection of Commercially Sensitive Information Contained in Bid Documents in Public Procurement

Keywords: public procurement, transparency, freedom of information, access to information, confidentiality, bid documents, tender documents, trade secrets

Anna Dimoulis

English Abstract

Transparency is one of the basic principles in public procurement in the European Union (EU). It has a key role in the opening-up of procurement to competition, but it must have its limits and the sensitive economic information contained in bids should be protected. This article examines access to tender documents supplied by the bidder. The viewpoint is a Finnish one but the Swedish and British systems are analysed for the sake of comparison. The article aims to ascertain what balance has been struck between the disclosure and withholding of information and if the outcome varies in the three legal systems. As public procurement regulation is based on an EU directive, these confidentiality issues are also studied on EU level.

By comparing the three national legal systems, we draw the conclusion that commercial interests and trade secrets are defined in a similar way and protected in each. Nevertheless, many differences can also be found. It would seem that the protection of information related to pricing is less strict in the UK than in Finland and Sweden. However, in Finland, tenderers have access to more information than the general public, whereas no such distinction exists in Sweden and the UK. Furthermore, the scope of public authorities covered by freedom of information legislation varies in the three EU states. These differences may lead to some countries becoming less attractive to bidders and thus suggest that a more detailed regulation of access to tender documents might be in order on EU level.

Full Article in Finnish

Tarjousasiakirjoihin sisältyvän elinkeinotoimintaa koskevan tiedon suoja julkisissa hankinnoissa

Asiasanat: avoimuus, asiakirjajulkisuus, tarjousasiakirjat, tarjouskilpailu, julkiset hankinnat, liikesalaisuus

1 Johdanto

Avoimuus on yksi tärkeimmistä julkisia hankintoja ohjaavista periaatteista. Avoimuusperiaate edellyttää muun muassa sitä, että hankintamenettelyä koskevia tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia.¹ Näistä viimeksi mainittuun liittyy myös tämän artikkelin aihe eli tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely.

Tarjousasiakirjojen julkisuus on kaksiteräinen miekka: Yhtäältä se parantaa tarjousten laatua, koska tarjoajat voivat ottaa mallia aiemmissa tarjouskilpailuissa hyvin menestyneistä toimittajista. Se helpottaa samoin julkisten hankintojen laillisuuden valvontaa ja auttaa tarjoajia oikeussuojatarpeensa arvioinnissa.² Toisaalta tarjousten julkisuus vaikuttaa siihen, mitä tietoja yritys haluaa hankintayksikölle antaa, jos on vaarana, että kyseiset tiedot tulevat joko kilpailijan tietoon tai julkisuuteen. Hankintayksikön kannattaa näin ollen harkita, kuinka yksityiskohtaista tietoa se vaatii tarjouspyynnössään. Jos on nimittäin mahdollista, että yrityksen arkaluontoiset tiedot paljastuvat sen pahimmalle kilpailijalle tarjouskilpailuun osallistumisen vuoksi, se ei ehkä halua jättää tarjousta ollenkaan. Tämä vähentää kilpailua, mikä saattaa nostaa hankittavan tuotteen tai palvelun hintaa ja laskea laatua.

Artikkelin taustalla on 1.10.2011 voimaan tullut julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan muutos, joka lisäsi hieman tarjousasiakirjojen julkisuutta. Tarkoituksena on ensinnäkin tutkia, miten paljon tietoja tarjousasiakirjoista tulee antaa oikeuden nykytilassa Suomessa. Toiseksi pohditaan, millä muulla ta-

1 HE 50/2006, s. 47.

2 Ks. esimerkiksi Amos – McDonagh 2004, s. 11.

valla elinkeinotoimintaan liittyvän tiedon suoja julkisissa hankinnoissa voitaisiin järjestää sekä millainen olisi erilaisen systematiikan lopputulos julkisuuden ja salassapidon tasapainon kannalta. Toisin sanoen mielenkiinnon kohteena on se, johtaako julkisuussäntelyn rakentaminen eri lailla joko Suomea kapea-alaisempaan tai laajempaan salassapitoon vai onko lopputulos sama systematiikasta riippumatta. Analyysi koskee ainoastaan vaiheita tarjouskilpailun ratkeamisen jälkeen. Onhan ilmeistä, ettei tietoja tarjousasiakirjoista voida antaa aikaisemmin.

Oikeusjärjestelmien vertailu tarjoaa mahdollisuuden oppia toisten kokemuksista, vaikka institutionaalisten erojen vuoksi suorat mallit ovat harvoin sellaisenaan käyttökelpoisia.³ Koska pyörää ei kannata yrittää keksiä uudestaan, lainvalmistelussa on vuosisatainen perinne poimia ideoita muista järjestelmistä. Kun päämääränä on samantapainen ideointi oman oikeuden kehittämiseksi tai kritisoimiseksi, ei ole välttämätöntä perehtyä kovinkaan syvällisesti vieraaseen oikeuskulttuuriin.⁴ Artikkelissa pyritään näin ollen rakentamaan pintapuolinen oikeusvertaileva asetelma, ja tarkoituksena on sekä pohtia suomalaisen järjestelmän kehittämistarvetta että yrittää ymmärtää sitä paremmin.⁵

Koska julkisten hankintojen sääntely pohjautuu Euroopan unionin (EU) oikeuteen, asettaa EU-lainsäädäntö ja -oikeuskäytäntö rajat sille, millaista tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely voi olla jäsenvaltioissa. Ensin tutustutaan hankintoja sääntelevän direktiivin määräyksiin ja unionin tuomioistuimen *Varec*-tapaukseen. Sitten tarkastellaan kotimaisia säännöksiä ja niiden tulkintaa sekä kotimaisen oikeuden jälkeen Ruotsin ja Yhdistyneiden kuningaskuntien oikeusjärjestelmiä. Kyseiset maat on valittu vertailuun, koska Ruotsin oikeusjärjestelmä on monessa suhteessa lähellä omaamme ja antaa näin hyvän vertailukohdan. Yhdistyneiden kuningaskuntien oikeusjärjestys taas on sekä yleisesti että kyseisessä asiassa erilainen kuin Suomessa. Lopuksi verrataan kotimaista järjestelmää ulkomaisiin ja yritetään löytää olennaisia eroja sekä yhtäläisyyksiä vertailtavien maiden välillä.

³ Tala 2010, s. 809–810.

⁴ Husa 2010, s. 710, 715 ja 717.

⁵ Ks. Hautamäki 2003, s. 107, jossa Hautamäki esittää oikeusvertailun yhdeksi motiiviksi juuri kotimaisen järjestelmän paremman ymmärtämisen.

Liikesalaisuuksien suojan tutkiminen on hyödyllistä myös EU-näkökulmasta. Jos yritysten taloudellisten tietojen suoja on hyvin erilainen EU:n jäsenmaissa, voidaan olettaa tämän vaikuttavan hankintojen toteutumiseen ja kilpailuun kielteisesti. Tällöin asian entistä tarkempaa sääntelyä EU-tasolla saattaisi olla tarpeen harkita.

2 Hankinta-asiakirjojen julkisuuden sääntely EU-tasolla

Avoimuus ja sitä myötä hankinta-asiakirjojen julkisuus on lähtökohtana julkisissa hankinnoissa EU:ssa. Hankintayksiköillä on myös velvollisuus perustella kaikki hankintaprosessissa tekemänsä päätökset, mihin käytetään tarjousasiakirjoista löytyviä tietoja. Aivan poikkeuksetonta tämä avoimuus ei kuitenkaan voi olla. Euroopan unionin tasolla hankinta-asiakirjojen luottamuksellisuutta on säännelty hankintadirektiivin⁶ 6 artiklassa⁷:

”Luottamuksellisuus

Jollei tämän direktiivin säännöksistä ja erityisesti 35 artiklan 4 kohdassa ja 41 artiklassa säädetystä tehtyjen hankintasopimuksien julkaisemista sekä ehdokkaille ja tarjoajille tiedottamista koskevista velvoitteista muuta johdu, ja sen kansallisen lainsäädännön mukaisesti, jonka alainen hankintaviranomainen on, hankintaviranomainen ei saa paljastaa sellaisia taloudellisten toimijoiden hankintaviranomaiselle antamia tietoja, jotka nämä ovat määritelleet luottamuksellisiksi. Tällaisia tietoja ovat erityisesti tekniset tai kaupalliset liikesalaisuudet ja tarjousten luottamukselliset näkökohdat.”

Direktiivin 35 artikla koskee jälki-ilmoitusten julkaisemista. Artiklan 4 kohdan viimeisessä virkkeessä taas säädetään:

”Tietyn hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn tekoa koskevat tiedot saa jättää julkaisematta, jos se estäisi lain soveltamista tai olisi muuten yleisen edun vastaista, haittaisi julkisten tai yksityisten taloudellisten toimijoiden oikeutettuja kaupallisia etuja taikka voisi haitata niiden välistä rehellistä kilpailua.”

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

7 Samanlainen säännös löytyy myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivistä 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 (erityisalojen hankintadirektiivin) 13 artiklan 2 kohdasta.

Samalla tavalla säädetään 41 artiklan 3 kohdassa ilmoituksista hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn tekemisestä taikka dynaamiseen hankintajärjestelmään hyväksymisestä. Nämä säännökset toki ohjaavat tulkintaa, mutta mitään tarkkaa linjanvetoa salaiseksi luokiteltavista asiakirjoista ei vielä tämän perusteella voida tehdä, erityisesti koska 6 artiklassa mainitaan riippuvuus kansallisesta lainsäädännöstä.

Unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä syntyy käsitys, ettei hankintapäätösten perusteluissa tarvitse antaa kovin yksityiskohtaista tietoa tarjouksista⁸, joten päätösten perusteluvollisuus ei luultavasti vaikuta taloudellisen tiedon suojaan. Hieman enemmän apua tulkintaan tarjoaa nykyisen unionin tuomioistuimen (EUTI) ennakkoratkaisu *Varec*⁹ vuodelta 2008. Se oli ensimmäinen ja toistaiseksi ainoa tapaus, jossa EUTI sai mahdollisuuden arvioida tarjoajien hankintamenettelyssä toimittamien tietojen luottamuksellisuutta. Ratkaisu on merkityksellinen myös siksi, että siinä käsitellään liikesalaisuuksien suojelun ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa¹⁰ taatun oikeudenkäynnin kontradiktorisuuden suhdetta.

Belgian valtio järjesti tarjouskilpailun Leopard-panssarivaunujen telaketjujen teloista ja sai tarjouksen kahdelta yhtiöltä: *Varec SA*:lta ja *Diehl Remscheid GmbH & Co*:lta. *Varecin* tarjous katsottiin sääntöjen vastaiseksi ja siten hylättiin. *Diehlin* tarjous taas täytti kaikki vaatimukset, ja se voitti tarjouskilpailun. *Varec* haki muutosta belgialaisessa *Conseil d'État*'ssa vaatien saada nähdä *Diehlin* tarjouksen kokonaisuudessaan. Tarjous sisälsi kuitenkin eräitä osia, jotka *Diehl* katsoi luottamuksellisiksi. Täten ennen pääasian käsittelyä oli ratkaistava kysymys niiden *Diehlin* tarjousasiakirjojen luottamuksellisuudesta, jotka sisälsivät liikesalaisuuksiin liittyviä tietoja ja jotka oli liitetty asiakirjavihkoon kyseisessä tuomioistuinmenettelyssä. *Conseil d'État* päätti esittää asiasta ennakkoratkaisukysymyksen unionin tuomioistuimelle.

8 Arrowsmith 2003, s. NA153, jossa hän viittaa tapauksiin *Strabag Benelux NV v. Euroopan unionin neuvosto* ja *Renco SpA v. Euroopan unionin neuvosto*.

9 *Varec SA v. Belgian valtio*.

10 Roomassa 4.11.1950 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi allekirjoitettu yleissopimus, SopS 18–19/1990.

Vaikka vastaus perustuu ennen nykyisiä hankintadirektiivejä voimassa olleiden direktiivien¹¹ säännöksiin, tulkinta olisi luultavasti sama myös nykyisten hankintadirektiivien kohdalla. EUTI mainitsee ensin hankintojen sääntelyn perimmäiseksi tavoitteeksi hankintojen avaamisen vääristymättömälle kilpailulle EU:n laajuisesti ja toteaa, etteivät hankintaviranomaiset tämän vuoksi saisi paljastaa hankintaa koskevia tietoja, joita saatettaisiin käyttää kilpailun vääristämiseen joko kyseessä olevassa tai myöhemmissä hankinnoissa. EUTI korostaa luottamusta hankintayksikön ja tarjoajien välillä, koska jälkimmäisten on voitava toimittaa kaikki sopimuksentekomenetelyssä olennaiset tiedot pelkäämättä niiden paljastumista.¹² Vaikka direktiivien säännökset mahdollisuudesta olla antamatta luottamuksellisina pidettäviä tietoja koskevat direktiivin sanamuodon mukaan vain hankintayksikköä, niiden tehokas vaikutus kuitenkin vaarantuisi, jos muutoksenhaun yhteydessä kaikki hankintamenettelyä koskevat tiedot olisi rajoituksetta annettava muutosta hakeneelle tai jopa muulle taholle, kuten väliintulijalle. Tällaisessa tapauksessa vaarana olisi myös se, että jokin taho hakisi muutosta vain saadakseen kilpailijansa toimittamat asiakirjat käyttöönsä. Taloudellisten toimijoiden etujen turvaaminen säännöksin on erityisen tärkeää, koska tavallisesti asiakirjat toimittanut taho ei ole osallisena oikeudenkäynnissä, vaan tuomioistuimessa valittajan vastapuolena on hankintaviranomainen. Näillä perusteilla EUTI katsoo, että muutoksenhakuelimen on vastattava siitä, ettei rehellistä kilpailua tai taloudellisten toimijoiden oikeutettua etua vaaranneta. Tämä saattaa tarkoittaa sitä, ettei hankintaan liittyvää asiakirjavahkoa toimiteta asianosaisille tai heidän asianajajilleen, jos se on tarpeen edellä mainittujen intressien suojaamiseksi.¹³

EUTI pohtii myös tulkintansa mahdollista ristiriitaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa. Sopimuksen 6 artiklan 1 kappaleessa taattu oikeudenkäynnin kontradiktorisuus tarkoittaa, että oikeudenkäynnin osapuolilla on oikeus saada tietoonsa tuomioistuimelle esitetyt todisteet ja huomautukset ja keskustella niistä. Tämä oikeus ei kuitenkaan ole poikkeukseton,

11 Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 ja neuvoston direktiivi 93/36/ETY julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993.

12 *Varec SA v. Belgian valtio*, kohdat 34–36.

13 *Ibid.*, kohdat 38–43.

vaan muut perusoikeudet tai tärkeä yleinen etu voivat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan rajoittaa sitä. Perusoikeuksista voi hankintojen kohdalla tulla kyseeseen erityisesti yksityiselämän suoja eli ihmisoikeussopimuksen 8 artikla. Koska yksityiselämän osaksi voidaan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan katsoa myös luonnollisten henkilöiden ja oikeushenkilöiden ammatti- tai liiketoiminta, EUTI katsoo liikesalaisuuksien suojan olevan osa yksityisyyden suojaa. Rehellisen kilpailun säilyttäminen taas on sellainen merkittävä yleinen etu, joka myös voi rajoittaa kontradiktorisuuden täysimääräistä toteutumista. Ristiriitaa ihmisoikeussopimuksen kanssa ei ole.¹⁴

Tietojen toimittamisesta päätettäessä on EUTI:n mukaan punnittava vastakkain asianosaisten oikeutta tutustua tietoihin ja muiden taloudellisten toimijoiden oikeutta luottamuksellisten tietojensa ja liikesalaisuuksiensa suojaan. Suoja on toteuttava siten, että se sovitetaan yhteen tehokasta oikeussuojaa koskevien vaatimusten, oikeusriidan asianosaisten puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen kanssa. Tämä taas ei voi toteutua, jollei muutoksenhakuelimellä itsellään ole kaikkia tarvittavia tietoja asian ratkaisemiseksi, luottamukselliset tiedot ja liikesalaisuudet mukaan lukien. Ennen tietojen luovuttamista oikeudenkäynnin osapuolille, muutoksenhakuelimen on kuitenkin annettava tiedot alunperin hankintayksikköön toimittaneelle taholle mahdollisuus vedota niiden luottamuksellisuuteen.¹⁵

EUTI:n lähestymistapaa asiaan on pidetty ymmärrettävänä. Olisi epäloogista, jos näiden tietojen paljastumiselta suojattaisiin kokonaisuudessaan hankintamenettelyssä mutta ei muutoksenhaussa. Ratkaisu ei kuitenkaan anna mitään suuntaviivoja sille, minkälaisille tiedoille voi legitimiä saada suoja ja milloin taas tiedot pitäisi antaa. Edellä esitelty hankintadirektiivin 6 artikla voisi johtaa tulkintaan, että tarjoajat voivat vapaasti luokitella tarjoustensa osat julkisiksi tai avoimiksi. Loogisempi ja myös paremmin kilpailuoikeudellisissa tapauksissa omaksuttua linjaa mukaileva tulkinta olisi kuitenkin se, että tiedot jätetään antamatta ainoastaan, kun on kyse aidosti taloudellisesti arkaluontoisista kohdista ja osista. Vaikuttaisi toisin sanoen

14 Ibid., kohdat 44–50.

15 Ibid., kohdat 51–54.

siltä, että harkittaessa luottamuksellisten tietojen antamista muutoksenhakuelimessä lähdetään luottamuksellisuusolettamasta, josta luovutaan vain, jos on olemassa painavampia syitä tietojen antamiselle.¹⁶

3 Suomi

3.1 Yleiskatsaus

Suomessa lainsäädännön lähtökohta on julkisuusperiaate eli jokaisella on oikeus saada tietoa julkisesta vallankäytöstä ja viranomaisen muusta toiminnasta.¹⁷ Tämä on kirjattu myös Suomen perustuslain (731/1999, myöh. perustuslaki) 12.2 §:ään. Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007, myöh. hankintalaki) 84 §:n mukaan hankinta-asiakirjojen julkisuuden suhteen noudatetaan lakia viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, myöh. julkisuuslaki), joka on asiaa säätelevä yleislaki. Jos hankintayksikkö on julkisuuslain 4 §:ssä määritelty viranomainen tai jos muualla lainsäädännössä on niin määrätty, soveltuu julkisuuslaki kokonaisuudessaan asiakirjojen julkisuuteen ja niistä perittäviin maksuihin. Jos hankintayksikkö taas ei ole julkisuuslaissa tarkoitettu viranomainen, vaan esimerkiksi julkisoikeudellinen laitos tai julkista tukea saava taho, tulevat julkisuuslaista sovellettaviksi vain asianosaisjulkisuutta koskevat säännökset, asiakirjan julkisuuden määräytymistä koskevat säännökset ja tiedonsaantiasian käsittelyä koskevat säännökset. Näiden hankintayksiköiden asiakirjat eivät ole yleisöjulkisia eli kenen tahansa saatavissa, vaan niitä annetaan ainoastaan asianosaisille, mikä tarkoittaa käytännössä tarjouskilpailuun osallistuneita. Hankintalain 84.3 §:ssä säädetään lisäksi, että muutoksenhaku tiedonantamispäätökseen tapahtuu julkisuuslain 33 §:n mukaisessa hallinto-oikeudessa ja muilla kuin viranomaisilla yksikön sijaintipaikan mukaan määräytyvässä hallinto-oikeudessa.

Hiljattain mediassa on noussut esiin kysymys valtion yhteishankintayksikkö Hansel Oy:n asiakirjojen julkisuudesta.¹⁸ Asia on olennainen, koska Hansel hoitaa merkittävän osan valtion keskushallintoviranomaisten hankinnoista. Julkisuuslain 4 §:n viranomaisen määritelmä ei kata julkisyhteisöjen omis-

16 Brown 2008, s. NA122–123.

17 Aho 2006, s. 63.

18 Kolehmainen 2012a ja 2012b.

tamia yhtiöitä. Mäenpään tulkinta asiasta kuitenkin on, että julkisuuslaki koskee Hanselia ja muita yhtiömuotoisia yhteishankintayksiköitä sen 5.2 §:n perusteella, koska siinä laajennetaan julkisuuslain soveltamisalaa viranomaisen toimeksiannon perusteella laadittuihin ja saatuihin asiakirjoihin.¹⁹ Myös Kalima on esittänyt, että julkisuuslaki tulee kokonaisuudessaan sovellettavaksi yksityisen tahon hallussa oleviin ja sen laatiin asiakirjoihin, jos yksityinen yhteisö harjoittaa ostotoimintaa viranomaisen lukuun.²⁰

Hansel puolestaan katsoo, että se ei kilpailuta puitejärjestelyitä toimeksiannon vaan yhtiöstä säädetyn lain perusteella. Tuekseen se viittaa Hämeenlinnan hallinto-oikeuden ratkaisuun 10/0336/3, jonka mukaan sen tulee noudata ainoastaan julkisuuslain asianosaisjulkisuutta koskevia säännöksiä.²¹

Hankinta-asiakirjojen julkiseksi tulosta on erityissäännöksiä julkisuuslaissa. Yleisön osalta tarjousasiakirjat tulevat lain 7.2 §:n mukaan julkisiksi vasta, kun hankintasopimus on tehty. Viranomainen voi kuitenkin harkintansa mukaan antaa tiedot jo aikaisemmin hankintapäätöksen tekemisen ja sopimuksen solmimisen välisenä aikana. Tiedon antamista ei saa rajoittaa ilman asiallista ja lakiin perustuvaa syytä eikä enempää kuin on välttämätöntä. Tiedon pyytäjiä on lisäksi kohdeltava tasapuolisesti.²²

Vaikka julkisuus on lainsäädännön lähtökohta, on tähän pääsääntöön olemassa lukuisia poikkeuksia. Hankinnoissa näistä olennaisimmat ovat ne, jotka koskevat yksityisen liike- ja ammattisalaisuuksien suojaa ja muita vastaavia liike- ja elinkeinotoimintaan liittyviä seikkoja. Yksityisten etujen suojaamisesta säädetään julkisuuslain 24 §:n 20 kohdassa. Sen mukaan salassa pidettäviä ovat tiedot yksityisestä liike- tai ammattisalaisuudesta. Näiden kohdalla on ehdoton salassapitovelvollisuus. Lisäksi salaisiksi säädetään muut vastaavat elinkeinotoimintaa koskevat seikat, mutta vain jos tietojen antaminen aiheuttaisi elinkeinonharjoittajalle taloudellista vahinkoa. Tieto elinkeinotoimintaa koskevasta seikasta on kuitenkin annettava, jos kyse on kuluttajien terveyden tai ympäristön terveellisyyden suojaamiseksi tai toiminnasta haittaa kärsivien oikeuksien valvomiseksi merkityksellisistä tie-

19 Ibid. ja Mäenpää 1999, s. 53.

20 Kalima teoksessa Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 274.

21 Kolehmainen 2012.

22 OMMML 6/2010, s. 71.

doista tai elinkeinonharjoittajan velvollisuuksia ja niiden hoitamista koskevista tiedoista. Tässä elinkeinotoimintaa koskevilla seikoilla tarkoitetaan lähinnä tietoja, jotka on yritystoiminnan kannalta yleensä perustellusti tarpeellista pitää salassa, vaikka kyseessä ei olekaan varsinainen liikesalaisuus.²³ Tällaisen tiedon kohdalla on olettamana julkisuus ja salassapitoa harkittaessa tulee ottaa huomioon vahingon aiheutumisen mahdollisuus. Yksityisen tahto pitää asiakirja salassa ei ole ratkaiseva, mutta se pitää kuitenkin selvittää ja ottaa huomioon arvioinnissa erityisesti epäselvissä tapauksissa, samoin kuin elinkeinonharjoittajan käsitys tiedon antamisen vaikutuksista.²⁴ Jotteivät julkisyhteisön kilpailukumppanit saisi perusteetonta etua, myös julkisyhteisön liike- ja ammattisalaisuuksia suojataan julkisuuslain 24 §:n 17 kohdassa ehdottomalla salassapidolla ja muita vastaavia tietoja vahinkoedellytteisesti. Hankintojen kohdalla vahinko tarkoittaisi tyypillisesti julkisyhteisön kilpailuaseman huonontumista tai toisen tahon kilpailuaseman parantumista taikka edullisten hankintojen mahdollisuuden pienenemistä.

Julkisissa hankinnoissa asianosaisia ovat ainakin tarjousmenettelyyn osallistuneet elinkeinonharjoittajat. Lisäksi oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että asianosainen voi olla alalla toimiva yrittäjä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Koska ehdokkaiden ja tarjoajien asianosaisasema perustuu intressiin hakea muutosta hankintayksikön tekemään ratkaisuun, myös asianosaisasema päättyy tämän oikeudellisen intressin eli muutoksenhaun määräajan päättyessä.²⁵ Asianosaisasema antaa laajemman oikeuden ei-julkisten asiakirjojen sisältämiin tietoihin. Julkisuuslain 11 §:n perusteella henkilöllä on tällainen oikeus, jos kyseinen tieto voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Asianosaisella on myös mahdollisuus saada tarjouskilpailun lopputulokseen vaikuttaneita tietoja heti hankintapäätöksen tekemisen jälkeen, jotta se voisi arvioida, onko sillä perusteita hakea muutosta. Oikeus ei kuitenkaan koske toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuuksia, tarjouksen hintaa lukuunottamatta.

23 Mäenpää 2006, s. 71.

24 HE 30/1998, julkisuuslain 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut.

25 OMMML 6/2010, s. 74.

Myös valitusprosessin aikana voi pyytää markkinaoikeudelta tai korkeimmalta hallinto-oikeudelta tietoa jätetyistä tarjouksista, koska ne kuuluvat lähes aina oikeudenkäyntiaineistoon. Silloin sovelletaan oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annettua lakia (381/2007). Lain 3 §:n mukaan noudatettaviksi tulevat julkisuuslain säännökset, ellei toisin säädetä. Asianosaisen oikeus asiakirjaan määräytyy lain 9.1 §:ssä hieman eri lailla kuin julkisuuslaissa. Sen mukaan asianosaisella on oikeus saada tieto muunkin kuin julkisen asiakirjan sisällöstä, jos se voi tai on voinut vaikuttaa asian käsittelyyn. Julkisuuslain 11.2 §:n 1 tai 6 kohdissa mainitun tiedon voi kuitenkin jättää antamatta, jos se on välttämätöntä salassapitosäännöksessä tarkoitetun edun suojaamiseksi eikä vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista (lain 9.3 §). Kyseiset julkisuuslain kohdat koskevat tiedon antamista muun muassa silloin, kun kyse on ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuudesta. Markkinaoikeudessa tiedon antaminen liike- ja ammattisalaisuuksista riippuu näin ollen tuomioistuimen harkinnasta.

3.2 Liike- ja ammattisalaisuuden käsite

Liike- ja ammattisalaisuutta ei ole tyhjentävästi määritelty lakitekstin tasolla, eikä täsmällinen määrittely varmasti olisi mahdollistakaan. Lainvalmisteluasiakirjoista saadaan kuitenkin apua tulkintaan. Hallituksen esityksessä julkisuuslaiksi mainitaan liikesalaisuuksilla tarkoitettavan taloudellisuonteisia, lähinnä kaupankäynnin alaan kuuluvia yrityksen salaisuuksia. Liikesalaisuuden käsite kattaa samoin yrityskokemukset eli niin sanotun *know-how*'n, joka on kokemukseen perustuvaa taitoa tiedon hyväksikäytöstä. Tekninen salaisuuskin voi olla liikesalaisuus. Ammattisalaisuus puolestaan tarkoittaa hallituksen esityksen mukaan enemmän taidollisia salaisuuksia, joita voi olla myös vapaiden ammattien harjoittajilla, kuten lääkäreillä ja asianajajilla riippumatta siitä, harjoittavatko he liiketoimintaa.²⁶

Myös laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978, myöh. SopMenL) säädetään liikesalaisuuksista. Lain perusteluiden mukaan tunnusomaista liikesalaisuudelle on, että kyseisen seikan salassapidolla on merkitystä sitä hallussaan pitävän yrityksen elinkeinotoiminnalle. Vaikka

26 HE 30/1998, 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut.

liikesalaisuus usein on tärkeä juuri uutuutensa vuoksi, ei uutuus kuitenkaan ole liikesalaisuudelle ehdoton tunnusmerkki. Ei myöskään ole välttämätöntä, että liikesalaisuus olisi vain suppean henkilöpiirin tiedossa, vaan se voi esimerkiksi olla tunnettu kahdessa tai useammassa yhteistoimintaa harjoittavassa yrityksessä. Tiedon haltijan pitää tosin osoittaa jonkinlaista aktiivisuutta liikesalaisuuden säilyttämiseksi vaikkapa sisällyttämällä työ- tai muihin sopimuksiin lauseke vaitiolovelvollisuudesta taikka valvomalla salaisuuden suojelemista yrityksessä. Liikesalaisuuden kannalta ei ole välttämätöntä, että siihen liittyy työ- tai taloudellinen panos esimerkiksi tuotekehittelyn tai muun sellaisen tutkimustoiminnan tuloksena, mutta tällainen panostus on indikaatio salassapitointressistä.²⁷

Edelleen SopMenL:n esitöiden mukaan liikesalaisuudet sisältävät taloudellisia tai teknisiä tietoja. Taloudelliset liikesalaisuudet voivat koskea yrityksen organisaatiota, yritysten välisiä suhteita ja sopimuksia tai tuotantoon ja markkinointiin liittyviä kysymyksiä, kuten tuotteiden hankintaa, hintapolitiikkaa tai alennusjärjestelmiä. Esimerkkeinä teknisistä liikesalaisuuksista mainitaan rakennetta, materiaaliyhdisteitä ja kuljetusta koskevat tiedot. *Know-how* määritellään suurin piirtein samoin kuin julkisuuslain esitöissä kokemukseen perustuvaksi tiedoksi käyttää tietoa hyväksi. Laajimmassa merkityksessä se voidaan ymmärtää kaikkena tietyn elinkeinon harjoittamiseen tarvittavana tietona ja kokemuksena. *Know-how*'ta voidaan suojata liikesalaisuutena, kun se pidetään salassa.²⁸

Julkisuuslain säännöksessä ei ole omaksuttu rikoslaisa (39/1889, myöh. RL) käytettyä yrityssalaisuuden käsitettä sen vuoksi, että salassapito edellyttäisi RL:ssa omaksutun määritelmän mukaan yrittäjän salassapitotahdon selvittämistä.²⁹ Yrityssalaisuuden määritelmää on kuitenkin lainattu RL:n esitöistä myös julkisuuslain perusteluihin, joten lienee syytä katsoa lyhyesti yrityssalaisuuden määritelmää kyseisessä laissa. Siinä 30:11:ssä määritellään yrityssalaisuus liike- tai ammattisalaisuudeksi taikka muuksi vastaavaksi elinkeinotoimintaa koskevaksi tiedoksi, jonka elinkeinonharjoittaja pitää salassa ja jonka ilmaiseminen olisi omiaan aiheuttamaan taloudellista va-

27 HE 114/1978, s. 14.

28 Ibid., s. 14.

29 HE 30/1998, 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut. Ks. myös Aho 2006, s. 69, jossa kyseenalaistetaan tämä erottelu.

hinkoa joko elinkeinonharjoittajalle itselleen tai toiselle elinkeinonharjoittajalle, joka on uskonut tiedon hänelle. Lainkohdan perusteluista käy ilmi, että liike- ja ammattisalaisuudet ovat yrityssalaisuuden alalajeja. Yrityssalaisuudelle ominaista on se, että se sisältää elinkeinotoimintaan liittyvää tietoa esimerkiksi tuotteiden valmistusmenetelmistä ja tuotekehittelystä taikka kaupallis-taloudellisista, hallinnollis-organisatorisista tai jopa yhteiskunnallisista seikoista. Elinkeinotoiminnan kannalta merkityksettömät tai yleisesti tunnetut seikat eivät luonnollisesti voi olla yrityssalaisuuksia.³⁰

Mäenpää on viitannut myös aiemmin mainittuun perustuslain 12.2 §:ään, jonka mukaan asiakirjojen julkisuutta voidaan rajoittaa vain välttämättömiin syiden vuoksi. Näin ollen liikesalaisuuden tulkinnassa tulee ottaa huomioon, onko yritystä koskevan tiedon julkisuuden rajoittaminen välttämättömyyttä hyväksyttävistä ja riittävän painavista syistä. Toisaalta hän huomauttaa, ettei tiedolla tarvitse olla mitattavaa taloudellista arvoa tai ettei julkistamisen tarvitse aiheuttaa nimenomaan taloudellista vahinkoa.³¹

3.3 Oikeuskäytäntöä liike- ja ammattisalaisuuksista

Korkein hallinto-oikeus (KHO) päätyi ratkaisussaan 2000:14 siihen tulokseen, että asianosaisella on oikeus saada hankinnan kokonaisarvon lisäksi tietoonsa myös yksikköhinnat.³² Tarjouksessa esitettyjen yksikköhintojen julkisuutta pohdittiin myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2007:83. Referoituaan julkisuuslain perusteluja KHO totesi, että yksikköhintojen joutuminen kilpailevien elinkeinonharjoittajien tietoon antaisi näille kilpailuetua ja että yrityksellä oli legitiimi salassapitointressi, joten yksikköhintoja oli pidettävä liikesalaisuuksina. Tietoja ei tarvinnut antaa. Tämän ratkaisun erona edelliseen on, että jälkimmäisessä tapauksessa tietojen pyytäjä ei ollut asianosainen. Asianosaisillahan on mainittu julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan mukainen oikeus saada tietää tarjouksen hinta.

Markkinaoikeus (MAO) katsoi ratkaisussaan 50/03 tarjoukseen sisältyneet opetussuunnitelman ja hintaerittelyn liikesalaisuuksiksi, eikä antanut niistä tietoja oikeudenkäynnin asianosaiselle. Hakijalle oli annettu tieto tarjouk-

30 HE 66/1988, s. 92–93.

31 Mäenpää 2006, s. 72–73.

32 OMMML 6/2010, s. 75 av. 34, jossa kerrotaan kyseisen tapauksen lopputulos.

sen liitteenä olleesta kaavakkeesta, josta MAO:n mielestä kävi riittävästi ilmi tarjousvertailuun ja hankintapäätökseen vaikuttaneet tiedot. Markkinaoikeuden ratkaisussa 403/08 lähtökohdaksi otettiin yritysten oikeus saada tieto toistensa tarjouksista. Kuitenkin voittaneen tarjoajan hintaerittelyjä yksikköhintatietoineen ja kokonaistuntimäärän jakautumista työvaiheittain pidettiin yhtiön liike- tai ammattisalaisuuksina, samoin tarjoukseen sisältyneitä tietoja kolmannen yrityksen toteuttamien projektien hinnoittelusta ja sen teknisestä yhteistyöstä tarjoajayhtiön kanssa. Tietoja ei tarvinnut antaa, koska tarjouskilpailu oli ratkaistu pelkän kokonaishinnan perusteella.

Tapauksessa MAO 505/09 oli kyse maarakennus- ja kuljetusalan työvoimapoliittisen aikuiskoulutuksen hankinnasta. Siinä tuotiin selvästi ilmi, että ratkaisussa olennaista on punnita keskenään voittaneelle tarjoajalle tai hankintayksikölle aiheutuvaa haittaa tai vahinkoa ja toisaalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen edellytyksiä. Tuomioistuimien otti huomioon, että hakija ei ollut vaatinut tiettyjä tarjousasiakirjoja, vaan tarjousta yleisesti, ja että tarjouksen julkinen versio oli sisältänyt runsaasti asiakirjoja. Tämän jälkeen se totesi, että seuraavia tietoja ei liikesalaisuuksina tarvinnut antaa: yksikköhinnat, henkilöstön eli opettajien ansioluettelot, ajoneuvokalustoa koskeva kustannuslaskelma, suunnitelmat työvoimapoliittisen näkökulman huomioimisesta koulutusprosessissa ja koulutuskeskuksen ja työelämän yhteistyöstä, koulutus- ja tutkimustoiminnan laatukuvaus, työssä oppimisen käsikirja sekä koulutussuunnitelma. Liike- ja ammattisalaisuusiksi on markkinaoikeudessa katsottu myös esimerkiksi liite nimeltään ”Tekninen ja toiminnallinen kuvaus”³³ sekä huoltoprosessia, huoltopisteitä ja alihankkijoita koskevat asiakirjat³⁴.

Tapauksista käy ilmi, että punnitessaan taloudellisen toimijan intressiä säilyttää liike- ja ammattisalaisuutensa sekä toisen intressiä saada ne tietoonsa oikeudenkäyntiä varten, markkinaoikeus päätyy lähes aina suojaamaan liikesalaisuuksia. Tätä se on perustellut usein muun muassa sillä, ettei hakija itsekään tiennyt, mitkä asiakirjat tarkalleen halusi. Tällä haluttiin ilmeisesti estää tietojen ”kalastelu” kilpailuedun saamiseksi. Lisäksi markkinaoikeus on päättänyt suojaamaan liikesalaisuuksia sillä perusteella, että hakijalla oli

33 MAO 649–650/09.

34 MAO 140/11.

muun saamansa aineiston perusteella tarvittavat, asian käsittelyyn vaikuttavat tiedot.

3.4 Tilanne julkisuuslain muutoksen 1.10.2011 jälkeen

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittämistä miettinyt työryhmä pohti myös asianosaisjulkisuuden toteuttamista hankinta-asioissa. Työryhmässä harkittiin asianosaisen tiedonsaantioikeuden rajoittamista voittaneeseen tarjoukseen, muttei päädytty sen kannalle, koska tieto muistakin tarjouksista voi olla tarpeen esimerkiksi tarjousvertailun lainmukaisuuden selvittämiseksi.³⁵

Tärkeämpää oli kuitenkin pohdinta hintatietojen julkisuudesta asianosaisiin nähden. Julkisuuslaissa oli ennestään toteamus, ettei hinta voi olla asianosaiselta salassa pidettävä tieto. Työryhmä totesi, että tarjoajia pyydetään tavallisesti antamaan tarjoukset yksikköhintoina, joita vertaillaan. Tällöin asianosaisilla on intressi saada ne tietoonsa mahdollisia oikeussuojavaateita varten. Sen sijaan hinnan määräytymisperusteet tai tarkempi muu määrittelytapa saattavat olla liike- tai ammattisalaisuutena suojattavaa tietoa.³⁶ Hallituksen esitykseen tuli näin ollen julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohtaan sanamuodoksi, ettei asianosaisella ole oikeutta: ”– – julkisessa hankinnassa toisen ehdokkaan liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin *tarjousvertailussa käytettävää hintaa lukuun ottamatta* – –”.³⁷ Säännösten yksityiskohtaiset perustelut olivat samat kuin työryhmän mietinnössä.³⁸

Eduskunnan talousvaliokunta oli asiasta toista mieltä ja muutti edellä siteeratun kohdan kuulumaan: ”julkisessa hankinnassa toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin; *tieto tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä on kuitenkin aina annettava*”. Tässä muodossa säännös myös annettiin, ja se tuli voimaan 1.10.2011. Valiokunta perustelee muutosta sillä, että asianosaiselle on turvattava tiedonsaanti kaikista seikoista, joita on käytetty vertailuperusteina riippumatta siitä, ovatko ne luokiteltavissa liike- tai ammattisalaisuuksiksi.³⁹

35 OMMML 6/2010, s. 74.

36 OMMML 6/2010, s. 75.

37 HE 182/2010, s. 36, kursiivi tässä.

38 Ibid., s. 24.

39 TaVM 48/2010.

Onko uutta säännöstä tosiaan tulkittava siten, että kaikki vertailuperusteiden arvioinnissa käytetty aineisto onkin nykyään asianosaisjulkista? Säännöksen sanamuoto ainakin puhuu tämän tulkinnan puolesta. Samoin vaikuttaisi tekevän myös talousvaliokunnan mietintö. Valiokunta mainitsee kylläkin vain *täsmentävänsä* säännöstä niin, että siitä selvästi ilmenee kaikkien vertailussa käytettyjen tietojen olevan asianosaisten saatavilla, ja mainitsee esimerkkinä tarjoajan yksikköhinnat. Esimerkki on juuri se, jota myös työryhmä käytti, ja ehkä myös täsmentää-sana viittaa valiokunnan haluun selventää tuota tarkoitusta. Toisaalta yksikköhintoja käytetään vain esimerkkinä, mikä tarkoittaa, että säännös kattaa myös muita seikkoja. Lisäksi lyhyet perustelut kokonaisuutena viittaavat aivan toiseen suuntaan.⁴⁰ Ne ovat oikeastaan ainoa tulkinnassa käytettävissä oleva aineisto, muuttuihan tuo virkkeen kohta vasta eduskunnassa.

Kirsi-Maria Halonen näyttää kuitenkin tulkinneen säännöstä, niin että oikeus koskee vain hintaa, eikä muita vertailuperusteita.⁴¹ Se vaikuttaa päinvastaisen tulkinnan seurauksia ajatellen loogiselta, mutta olisin silti taipuvainen uskomaan, että oikeampi tulkinta olisi säännöksen sanamuodon mukainen. Toisin sanoen lokakuusta 2011 lähtien olisi asianosaiselle annettava tieto kaikista vertailuperusteina käytetyistä seikoista.

Asiasta ei ole vielä ehtinyt syntyä varsinaista oikeuskäytäntöä. Säännöstä uudessa muodossaan on kuitenkin sovellettu muun muassa ratkaiussa MAO 531/11. Siinä valittaja pyysi saada nähtäväkseen useita tarjouksen liitteinä olleita asiakirjoja, mutta markkinaoikeus hylkäsi vaatimuksen. Perustelujen alkupuolella MAO mainitsi nimenomaisesti, että asiakirjoilla ei ollut ollut merkitystä tarjousten vertailussa, vaan ne olivat liittyneet hankinnan vähimmäisvaatimusten arviointiin. Tästä voisi tehdä päätelmän, että jos asiakirjat olisivat olleet käytössä tarjousvertailussa, ne olisi pitänyt antaa.

40 TaVM 48/2010. Perustelut kuuluvat: ”Asianosaisille tulee turvata tiedonsaanti kaikista niistä seikoista, joita hankintayksikkö on päätöstä tehdessään käyttänyt vertailuperusteena, riippumatta siitä, ovatko tiedot luokiteltavissa liike- tai ammattisalaisuuden piiriin kuuluviksi. Lakiehdotuksessa tiedonsaanti on rajattu hintatietoon. Valiokunta esittää säännöstä täsmennettäväksi siten, että siitä selkeästi ilmenee kaikkien vertailussa käytettyjen seikkojen kuuluvan asianosaisjulkisuuden piiriin. Asianosaisella on näin ollen oikeus saada tiedot esimerkiksi tarjoajan yksikköhinnoista siinä laajuudessa kuin ne ovat vaikuttaneet tarjousten vertailuun.”

41 Halonen 2011.

Tällainen tulkinta voi olla merkittävä kilpailun kannalta. Tietenkin saattaa olla, että sanamuotoa ”muu tekijä” tulkitaan suppeasti siinä mielessä, että tarjousasiakirjoista poimitaan tarkasti vain nämä asiat, eikä esimerkiksi katsota koko liitettä asianosaisjulkiseksi. Kuitenkin juuri liitteestä syntyvä kokonaiskuva saattaa usein olla olennainen tarjousten vertailussa. Jää nähtäväksi, muuttuuko mikään uuden säännöksen myötä vai oliko kyseessä todellakin vain täsmennys aiempaan tilanteeseen verrattuna.

4 Ruotsi

Ruotsissa asiakirjajulkisuutta säätelee julkisuus- ja salassapitolaki (*offentlighets- och sekretesslag* 2009:400, myöh. OSL). Laki koskee hieman laajempaa piiriä kuin Suomessa, sillä julkisuusperiaatteen piirissä ovat paitsi valtion, läänien ja kuntien viranomaiset myös läänien ja kuntien omistamat yhtiöt. Valtionyhtiöitä julkisuuslainsäädäntö ei kuitenkaan koske.

Toisin kuin Suomessa, hankinta-asiat tulevat pääsääntöisesti julkisiksi, kun hankintapäätös on tehty (OSL 19 luku 3.2 §). Ruotsin järjestelmä eroaa omastamme myös siinä, että systemaattista erottelua yleisö- ja asianosaisjulkisuuden välillä ei tehdä, vaan kaikkia tietoa pyytäviä koskevat samat säännökset. Liikesuhteita viranomaisten kanssa koskee OSL:n 31 luvun 16 §. Sen mukaan tiedot yksityisen liikesuhteesta viranomaiseen ovat salassa pidettäviä, jos erityisestä syystä voidaan olettaa yksityisen kärsivän vahinkoa tiedon antamisesta. OSL:ssä ei nimenomaisesti mainita liike- ja ammatillisuuksia, mutta esitöissä ruotsalaisen hankintalain muuttamiseksi ja muun muassa aiemman asiakirjajulkisuutta säädelleen lain muuttamiseksi mainitaan, että vaikka yleisesti ottaen tieto hankintapäätöksen perusteena olleista seikoista pitäisi olla mahdollista antaa kenenkään kärsimättä vahinkoa, nämä tiedot eivät saa sisältää yrityssalaisuuksia. Myös muuntyyppiset tiedot kuin yrityssalaisuudet voivat paljastuessaan aiheuttaa vahinkoa. Jotta tietopyynnön käsittely olisi EU-oikeuden mukaista, pitäisi asettaa yhteen vaakakuppiin hävinneen tarjoajan oikeus saada tietoa hankintapäätöksestä ja toiseen voittaneen tarjoajan ja hankintayksikön intressi suojata luottamuksellisia tietoja.⁴²

⁴² Prop. 2001/02:142, s. 64.

Yrityssalaisuus määritellään laissa yrityssalaisuuksien suojasta (lag om skydd för företagshemligheter 1990:409)⁴³. Lain 1 §:n mukaan yrityssalaisuudet ovat tietoja liikesuhteista elinkeinonharjoittajan yrityksessä. Elinkeinonharjoittaja pitää nämä tiedot salassa ja niiden paljastuminen voisi aiheuttaa hänelle kilpailuhaittaa. Ne voivat olla esimerkiksi piirrosten, mallien tai muiden vastaavien teknisten esikuvien muodossa. Tiedon pitää olla luottamuksellista, eikä se saa olla yleisesti tiedossa.⁴⁴ Mitään vaatimusta oma-leimaisuudesta ei kuitenkaan ole, vaan tieto voi olla myös triviaalia. Lain esitöiden mukaan kyseeseen voi tulla tieto tuotteesta, jota ei ole vielä saatettu markkinoille, teknisistä aluevaltauksista ja tuotantokokemuksista sekä kaupallinen tieto hallinnosta, suunnittelusta, myynnistä tai rahoituksesta. Tiedon pitää olla liiketoiminnalle arvokasta, ja sitä pitää suojella paljastumiselta, mutta ei kuitenkaan vaadita, ettei tietoa saisi levittää tietyn henkilömäärän tai tietyn piirin ulkopuolelle. Toisaalta piirin pitää olla rajattu, määriteltävissä ja suljettu siinä mielessä, etteivät osalliset saisi rajoituksetta hyödyntää tai levittää tietoa. On suotavaa, että elinkeinonharjoittaja tekee tiedon luottamuksellisuuden mahdollisimman selväksi esimerkiksi turvallisuusohjeilla tai leimaamalla sen salaiseksi. Ei silti ole välttämätöntä, että toimenpiteet olisivat ulkopuolisen havaittavissa. Yrityssalaisuuden määrittely ei kuitenkaan riipu pelkästään elinkeinonharjoittajan tahdosta, vaan suoja saavat ainoastaan oleelliset tiedot, jotka paljastuessaan huonontaisivat hänen kilpailuasemaansa.⁴⁵ Myös Ruotsissa tarjouksen jättäjän kannattaa merkitä tarjoukseensa, mitkä osat siitä ovat luottamuksellisia, mutta se ei sido viranomaista, joka tekee päätöksensä tietojen antamisesta lain perusteella.⁴⁶

Asianosaisen oikeudesta oikeudenkäyntiasiakirjoihin säädetään OSL 10 luvun 3.1 §:ssä. Salassapito ei yleensä estä saamasta asiakirjaa, johon asianosaisella on asemansa perusteella oikeus, paitsi jos on yleisen tai yksityisen edun kannalta erityisen painavia syitä, että kyseistä aineistoa ei luovuteta. Näissä tapauksissa tuomioistuimen pitää muutoin antaa tieto asiakirjan sisällöstä niiltä osin, kuin asianosainen sitä tarvitsee puolustaakseen oikeuksiaan, ja ilman että suojeltava intressi kärsii.

43 Myös edellä mainitussa hallituksen esityksessä Prop. 2001/02:142 viitattiin tähän lakiin.

44 Falk 2009, s. 489.

45 Prop. 1987/88:155, s. 12–13.

46 Konkurrensverket 2012, s. 20.

Ruotsissa yksityisen tahon taloudellisten tietojen salassapidon (OSL 31 luku 16 §) ohella oikeuskäytännössä on usein noussut esiin hankintayksikön taloudellisen edun suojeleminen OSL 19 luvun 3.1 §:n perusteella. Hankintaviranomaiset ovat usein väittäneet tuomioistuimessa, että tietämättömyys muiden yritysten aiemmista tarjouksista on edellytys alhaiselle hintatasolle seuraavissa kilpailutuksissa ja takaa julkisyhteisölle parhaan lopputuloksen. Jos tiedot annettaisiin, tarjoajat voisivat arvata tarjouskilpailun hintatason ja mitoittaa oman tarjouksensa sen mukaan. Ruotsin ylin hallintotuomioistuimien *Regeringsrätten* (nykyinen *Högsta förvaltningsdomstolen*) ei kuitenkaan ole hyväksynyt tällaisia perusteluita tavanomaisissa hankinnoissa, vaan on vaatinut, että vahinkoriski näytetään toteen säännöksen edellyttämällä tavalla. Hankintayksikön pitää osoittaa, mitä konkreettista vahinkoa tietojen antamisesta voisi olla.⁴⁷

Tapauksessa RÅ 1993 not. 345 maahanmuuttoviraston onnistui kuitenkin vakuuttaa Regeringsrätten siitä, että vahinkoriski oli olemassa. Asia koski sopimuksen hintatietoja. Maahanmuuttoviraston kantaa tuki se, että sopimuskorvaus oli huomattava, mahdollisten tarjoajien määrä oli pieni ja kyseisenlainen hankinta ei tietyissä tapauksissa ollut lainkaan mahdollinen. Viranomaisen neuvotteluasema oli ”taloudellisesti haavoittuvainen” ja hintatietojen antaminen olisi voinut johtaa sille vahingolliseen kilpailunrajoitukseen. Riskin vahingosta katsottiin olevan konkreettinen myös tuomiossa RÅ 1993 not. 409. Siinä oli kyse keskusrautatieaseman peruskorjauksesta. Jos tiedot ensimmäisen vaiheen tarjouksista ja niiden hinnoista olisi annettu, olisi projektin seuraavan vaiheen kilpailutukselle selvästi aiheutunut haittaa. Samoin lumenaurauspalveluiden hankinnassa ratkaisussa RÅ 1987 not. 370 oli hyväksyttävää olla antamatta tietoja tarjousten hinnoista ja ehtoista. Tätä perusteltiin sillä, että kunnan lumenaurausyhdistyksen jäsenet olivat aiemmin neuvotelleet keskenään tarjousten antamisesta. Salassapito oli välttämätöntä, jotta seuraavalle kilpailutukselle luotaisiin hyvät edellytykset. Jos katsotaan julkisyhteisön edun vaativan salassapitoa, vahingon mahdollisuutta yksityiselle ei aina edes tutkita.⁴⁸ Yksityisten taloudelliset tiedot voivat saada suojaa välillisesti viranomaisen edun perusteella.

47 Ks. esimerkiksi tapaukset RÅ 1991 not. 307, RÅ 1991 not. 434, RÅ 1992 not. 537 ja RÅ 1993 not. 345.

48 Ks. esimerkiksi edellä mainittu tapaus RÅ 1993 not. 345.

Myös yksityisten taloudellisten tietojen ja liikesalaisuuksien ollessa kyseessä on olennaista osoittaa, miksi tiedot ovat luottamuksellisia kussakin tapauksessa. Lähtökohtana on nimittäin tarjousasiakirjojen julkisuus, paitsi jos vahingon mahdollisuus pystytään näyttämään toteen. Joissain tapauksissa tarjoukset on annettu tiedoksi kokonaisuudessaan, kun asiakirjojen sisältö tai muut asiassa ilmenneet seikat eivät ole antaneet aiheutta olettaa, että yksityiselle aiheutuisi vahinkoa.⁴⁹ Asiassa RÅ 1991 not. 465 tarjoajan perustelut salassapidolle hyväksyttiin. Se aikoi osallistua muihinkin tarjouskilpailuihin. Tulevissa hankintamenettelyissä oli tärkeää, etteivät sen kilpailijat olisi selvillä sen taloudellisista laskentamalleista. Hintatiedot on pidetty salassa yksityisen taloudellisen edun suojaamiseksi myös tuomiossa RÅ 1991 not. 434.

Alemmassa oikeusasteessa, kamarioikeuksissa, asiaa on tulkittu samalla tavalla. Jos yritys ei pysty perustelemaan, miksi vahinkoa aiheutuisi tietojen antamisesta, on aineisto julkista.⁵⁰ Sundsvallin kamarioikeus on pitänyt kokonaishintaa julkisena tietona, mutta yksikköhintoja salaisina.⁵¹ Jönköpingsin kamarioikeuden tuomiossa taas on katsottu tarjoajan hinnoittelustrategian ohella luottamuksellisiksi yksityiskohtaiset tiedot yrityksen toiminnasta, koska näiden tietojen antaminen olisi vahingoittanut yksityisen etua.⁵² Sitä vastoin Tukholman kamarioikeus päätyi kaikkien tarjousasiakirjojen julkisuuteen, koska riskiä kilpailun vääristymisestä, tarjouskartelleista tai vahingosta yksityiselle ei ollut todistettu. Yhden tarjoajan vastustuksesta huolimatta annettiin myös tiedot laatutyöstä ja -suunnitelmasta, henkilöstöpolitiikasta sekä henkilöstön kehittämisestä.⁵³ Suurin osa esitellyistä oikeustapauksista on ajalta ennen OSL:ää, mutta koska kyseisten säännösten sisältö ei juurikaan muuttunut, kun ne siirrettiin uuteen lakiin, niihin voi yhä tukeutua.

49 Ks. esimerkiksi RÅ 1991 ref. 56, RÅ 1991 not. 307 ja RÅ 1992 not. 537.

50 Esimerkiksi Kammarrätten i Sundsvall 2294-04.

51 Kammarrätten i Sundsvall 565-04. Kyseessä oli ruoka- ja siivouspalveluiden hankinta. Luottamuksellisenä pidettiin kouluruoan hintaa/hlö ja siivouksen hintaa/m².

52 Kammarrätten i Jönköping 3702-11.

53 Kammarrätten i Stockholm 2982-03.

5 Iso-Britannia

Yhdistyneissä kuningaskunnissa⁵⁴ (Iso-Britannia) julkisia hankintoja sääntelevät määräykset julkisista sopimuksista (Public Contracts Regulations 2006, PCR). Tarjouksen jättäneillä on niiden mukaan oikeus saada perustiedot hankintapäätöksestä, kun se on tehty (PCR 31). Hankintojen yhteydessä annettavien tietojen luottamuksellisuutta koskee PCR 43:n määräys. Hankintayksikkö ei sen mukaan saa paljastaa muille taloudellisten toimijoiden sille toimittamia tietoja, jotka ne ovat perustellusti määritelleet luottamuksellisiksi. Määräyksen 2 kohdassa selvennetään, että kyseisessä säädöksessä luottamuksellisella tiedolla tarkoitetaan teknisiä tai liikesalaisuuksia sekä tarjousten luottamuksellisia kohtia.

Asiakirjajulkisuus ei kuitenkaan ratkea vain PCR:n perusteella, vaan sitä säätelee laki tiedon vapaudesta (Freedom of Information Act 2000, myöh. FOIA), jota sovelletaan PCR:n määräyksistä riippumatta. Tarjoaja, joka ei PCR:n perusteella koe saaneensa tarpeeksi tietoa, voi tehdä FOIA:n mukaisen pyynnön tiedon saamiseksi. Lakia sovelletaan suureen joukkoon viranomaisia, jotka on listattu lain liitteissä. Näihin sisältyvät julkisyhteisöjen omistamat yhtiöt. Ministeri voi määrätä lain koskemaan myös yksityisiä tahoja, joille jokin julkisyhteisö on ulkoistanut palvelunsa. Kuka vain voi tehdä FOIA:n mukaisen tietopyynnön, ja hänellä on oikeus saada kirjallinen vastaus siihen, onko viranomaisella hallussaan kyseinen tieto, ja oikeus saada mahdolliset tiedot käyttöönsä (1(1) FOIA).

Oikeus tietoon ei tietyksi ole poikkeukseton Iso-Britanniassakaan. Käytännössä viranomaiset usein hylkäävät tiedonsaantipyynnön sillä perusteella, että se saattaisi loukata jonkun liiketaloudellisia etuja (*commercial interests*).⁵⁵ Joskus on myös vedottu kannekelpoiseen luottamuksensuojan rikkomiseen (41 FOIA) tai EU-velvollisuuksien vastaisuuteen (44(1) FOIA), mutta liiketaloudellisten intressien suojaaminen tuntuisi olevan yleisin peruste.

Taloudellisia etuja koskee FOIA:n pykälä 43. Jos tieto on liikesalaisuus (43(1) FOIA) tai jos sen antaminen loukkaisi tai todennäköisesti loukkaisi

54 Tarkennuksena, että tässä kohtaa kyse on vain Englannista, Walesistä ja Pohjois-Irlandista, sillä Skotlannissa on oma lakinsa asiakirjajulkisuudesta.

55 Oonan 2010, s. NA148.

kenen tahansa henkilön, mukaan lukien tiedon haltijana toimivan viranomaisen, liiketaloudellisia etuja (43(2) FOIA), sitä ei ole velvollisuutta antaa. Liikesalaisuutta ei ole määritelty tarkasti, mutta yleisesti sellaisena pidetään informaatiota, jota a) käytetään liikkeen- tai ammatinharjoittamisessa, joka b) olisi omiaan aiheuttamaan todellista tai merkittävää haittaa ”omistajalleen” ja jonka c) levittämistä elinkeinonharjoittaja rajoittaa taikka jonka laajaa julkistamista se ei ainakaan rohkaise tai salli.⁵⁶ Kyse on taloudellisesti arvokkaasta tiedosta, joka on kyseisen elinkeinonharjoittajan omaa.⁵⁷ Termiä on tulkittava laajasti. Se kattaa paitsi salaiset kaavat ja reseptit myös asiakkaiden nimet ja ostot sekä hinnoittelujärjestelmän, jos nämä eivät ole yleisesti tiedossa ja niistä on kilpailuetua. Huomioon tulee ottaa, onko tieto selvästi senlaatuista tai onko sen omistaja tehnyt muuten selväksi, että tiedon levittämisestä olisi haittaa sille tai etua sen kilpailijoille, ja kuinka helppoa kilpailijoiden olisi itse saada selville tai tuottaa kyseinen tieto.⁵⁸

Liikesalaisuudet ovat yksi esimerkki liiketaloudellisista intresseistä, joka on laajempi kategoria. Nämä intressit liittyvät henkilön kykyyn osallistua kilpailulliseen liiketoimintaan eli tavaroiden ja palveluiden ostamiseen ja myyntiin. Säännöksessä tarkoitettu tieto voi liittyä liiketoimintaan vain epäsuorasti mutta vaikuttaa kuitenkin liiketoimintakykyyn. Yleensä toiminnan tavoitteena on liikevoiton saaminen, mutta ei aina. Liiketaloudellisiin etuihin liittyvä tieto on myös erotettava elinkeinonharjoittajan taloudellista asemaa koskevasta informaatiosta, vaikka nämä monesti liittyvät toisiinsa.⁵⁹

Kun tieto todetaan liikesalaisuudeksi, ei tarvitse miettiä sen antamisen mahdollisesti aiheuttamaa vahinkoa. Sen sijaan kun kyseessä on 43(2) FOIA ja liikesalaisuuksia vähäpätöisemmät liiketaloudelliset intressit, pitää myös tehdä niin kutsuttu haittatesti (*the test of prejudice*). Tällöin viranomaisen on harkittava muun muassa a) koskeeko tieto taloudellista toimintaa tai voiko se vaikuttaa siihen, b) harjoitetaanko kyseistä toimintaa kilpailuhenkisessä ympäristössä, c) aiheutuisiko haittaa elinkeinonharjoittajan maineelle tai luottamukselle siihen, d) keiden kaikkien taloudelliseen etuun tiedon anta-

56 Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 2, jossa viitataan tapaukseen *Lansing Linde Ltd. v Kerr* (1991) 1 WLR 251.

57 *Ibid.*, s. 2.

58 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 3–4.

59 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 4 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 3–4.

minen voisi vaikuttaa, e) onko tieto taloudellisesti arkaluontoista ja f) mikä on vahingon aiheutumisen todennäköisyys.⁶⁰

Molempiin salassapitoperusteisiin liittyy niin sanottu yleisen edun testi (*public interest test*, 2 FOIA). Tiedon antamisesta voi nimittäin kieltäytyä vain, jos yleinen etu tiedon paljastamatta jättämisestä on suurempi kuin etu sen paljastamisesta. Lähtökohtalettamana on tiedon luovuttaminen.⁶¹ Sitä puoltavat muun muassa julkisten varojen tehokkaan käytön valvominen, julkisyhteisöiden liiketoiminnan, kuten hankintojen, ja muun toiminnan avoimuus ja rehellisyys sekä ajankohtaisten kysymysten ymmärtäminen ja keskusteluun osallistuminen.⁶² Lisäksi on luonnollisesti tärkeää suojella yleisöä esimerkiksi vaarallisilta tuotteilta tai kyseenalaisilta liikekäytännöiltä.⁶³ Huomioon ei pidä ottaa sitä, onko tieto vaillinaista ja siksi mahdollisesti harhaanjohtavaa tai voisiko paljastuminen olla noloa viranomaiselle.⁶⁴ Yleissääntönä voidaan myös sanoa, että mitä vanhempaa tieto on, sitä vähemmän syytä voi olla sen epäämiseksi.⁶⁵ Yleinen etu voittaa punninnassa vain harvoin liikesalaisuuden suojan, mutta jos on kyse yleisen terveyden tai turvallisuuden taikka ympäristön suojelusta, saattaa taloudellinen menetys tai vahinko kilpailuasemalle jäädä toissijaiseksi.⁶⁶

Toisaalta salassapito voi olla aiheellista, jos tieto on annettu vapaaehtoisesti ja sen paljastaminen voisi haitata vastaavien tietojen saamista ja viranomaisen tehtävien hoitoa tulevaisuudessa, jos tiedon antaminen vaikuttaisi julkisyhteisön neuvotteluasemaan ja johtaisi siten tehottomampaan julkisten varojen käyttöön tai jos se vaikuttaisi kilpailuun kielteisesti.⁶⁷ Viranomaisia varoitetaan kuitenkin uskomasta varauksetta väitteitä siitä, että tiedon antaminen vähentäisi halukkuutta liiketoimiin niiden kanssa, sillä monet yritykset olisivat valmiita ottamaan riskin hankintasopimusten suuren arvontakia. Tiedon lisääminen hankintaprosessista, vertailuprosessista ja voitta-

60 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 6–7.

61 Ibid., s. 2.

62 Ibid., s. 2 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 11.

63 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 8.

64 Ibid., s. 2.

65 Ks. muun muassa Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 9 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 12.

66 BiP Solutions 2009, s. 19.

67 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 8 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 11–12.

neista tarjouksista saattaa todellisuudessa parantaa annettavia tarjouksia ja kannustaa potentiaalisia toimittajia osallistumaan tarjouskilpailuihin.⁶⁸

Edellä mainittuja sääntöjä on syytä konkretisoida, kuten muidenkin maiden kohdalla, katsomalla oikeuskäytäntöä. Viranomaisten FOIA:n perusteella tekemistä päätöksistä voi valittaa tietovaltuutetulle (*Information Commissioner*) ja sen ratkaisuihin puolestaan tietotuomioistuimeen (*Information Tribunal*). Valtuutetun päätökset eivät ole sitovia ennakkoratkaisuja brittijärjestelmässä, mutta antavat viitteitä siitä, minkä tyyppistä tietoa pidetään julkisena tai luottamuksellisena.⁶⁹ Aineistoa on tietysti myös muutoksenhausta hankinta-asioissa.

Tarkastellaan ensin tietotuomioistuimen ratkaisuihin ilmeneviä seikkoja. Liikesalaisuuden se on käsittänyt olevan yleensä jotain teknistä, ainutlaatuista ja vain jonkinasteisella vaikeudella tai panostuksella saavutettavissa olevaa. Liiketaloudellisesti arkaluontoisen tiedon taas on oltava edelleen paikkansapitävää ja liiketaloudellisesti tärkeää, eikä se saa olla laajalti tiedossa. Jälkimmäisen seikan kohdalla se, että julkisyhteisön henkilökunta käyttää kyseistä tuotetta tai palvelua ja saa sitä kautta siitä jotain tietoja, on eri asia, kuin jos sitä koskevat suunnitelmat ja piirustukset olisivat yleisön tiedossa.⁷⁰ Jotta liiketaloudellisen tiedon paljastamisesta aiheutuvaa vahinkoa pidettäisiin todennäköisenä, kyseessä on oltava muu kuin hypoteettinen tai kaukainen mahdollisuus ja vahinkoriskin tulee olla todellinen ja merkittävä.⁷¹ Hankintayksikön pitää pystyä todistamaan empiirisesti, että vahinkoa saattaa aiheutua, samoin kuin Ruotsissa.⁷²

Yleistä etua punnittaessa puolestaan voidaan ottaa huomioon hankintayksikön ja toimittajan hyvän liikesuhteen jatkuminen. On tietenkin tärkeää, että asiat toimivat sopimussuhteessa, mutta toisaalta liiallinen tottuminen voi vähentää innovaatioita ja siten verorahoille saatavaa vastinetta. Lisäksi nykyisellä toimittajalla on tiedollinen etulyöntiasema tulevissa hankinnoissa. Myös se, että kyseisestä hankinnasta on muutoin vähän julkistettua tietoa

68 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 9.

69 Oonan 2010, s. NA149.

70 Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

71 John Connor Press Associates Ltd v Information Commissioner (EA/2005/0005).

72 Oonan 2010, s. NA152.

ja että aikaa sopimuksen solmimisesta on kulunut, tukee tiedon antamista. Toisaalta, jos tiedon tuottamiseen tarvittiin rahallinen investointi, luovuutta tai teknistä asiantuntijuutta, jos tieto antaa sen haltijalle kilpailuedun tai jos kyseessä on uusi lähestymistapa asiaan, voidaan kallistua salassapidon puolelle. Luottamuksellisina on pidetty esimerkiksi tietoa käytettävästä markkinointiasiantuntemuksen määrästä, ratkaisun laskemisessa käytettyjä perusolettamia, listaa turvallisuusstandardeista, palvelukuvauksen osia sekä yksityiskohtaista tietoa hinnoittelusta ja hinnoittelujärjestelmästä.⁷³

Myös tietovaltuutettu on pitänyt salaisina yksityiskohtaisia tietoja ja ennusteita yrityksen taloudellisesta tilasta, koska kyseessä oli sen mukaan luottamuksellisesti saatu tieto (41 FOIA). Luottamuksellisiin tietoihin eivät kuuluut volyymit, kunkin toimenpidetyypin hinta tai jokaisesta toimenpidetyypistä maksettava vuosihinta.⁷⁴ Samoin tapauksessa *Mid Suffolk District Council* tietovaltuutettu velvoitti hankintayksikön antamaan tiedot yksikköhintoista. Viranomaisen oli vedonnut 43(2) FOIA:aan, mutta se ei soveltunut, koska hankintayksikkö ei pystynyt osoittamaan vahinkoa tuleville hankintamenettelyille (eli itselleen) tai voittaneelle tarjoajalle. Valtuutettu perusteli tätä muun muassa sillä, ettei yksikään sopimus ole samanlainen ja että hinnoittelu muuttuu ajan myötä. Tietopyynnön hetkellä tarjouskilpailun ratkaisemisesta oli jo kulunut 18 kuukautta.⁷⁵ Tietovaltuutettu on toisessakin ratkaisussaan päätenyt pyydettyjen tietojen luovuttamiseen, koska hankintayksikkö ei ollut pystynyt esittämään empiirisiä todisteita siitä, että antaminen häittäisi seuraavaa kilpailutusta. Tarjouksen laatimisesta oli tietopyynnön hetkellä kulunut jo kahdeksan kuukautta, alalla oli paljon kilpailua ja hankinta oli ainutlaatuinen, eikä toistuisi samanlaisena.⁷⁶

Muutoksenhakuprosessissa muissa tuomioistuimissa on otettu huomioon muun muassa se, ettei tarjoaja ollut itse merkinnyt tarjouksensa mitään osaa salaiseksi, vaikka hankintayksikkö siihen oli kehottanut. Se ei ollut ratkaisevaa, mutta tuki tiedon antamista.⁷⁷ Vaakakupissa painaa myös se, jos

⁷³ Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

⁷⁴ Information Commissioner and Plymouth Primary Care Trust (FS50084359).

⁷⁵ Information Commissioner and Mid Suffolk District Council (FS50131138).

⁷⁶ Information Commissioner and Camden Primary Care Trust (FS50214920).

⁷⁷ *Healthcare at Home Ltd v Common Services Agency* [2011] CSOH 22; 2011 G.W.D. 8-197. Tapaus on Skotlannista eikä siksi sido Englannissa tai Walesissä, mutta sitä tullaan luultavasti siteeraamaan sielläkin.

tiedon julkaisemista pyytää viranomaisen halutessaan edistää yleistä etua ja tietoisuutta tärkeästä hankinnasta.⁷⁸ Tapauksessa *Croft House* punnittiin vastakkain tietojen luottamuksellisuutta ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ottaen huomioon myös hankintayksikön etu uuden kilpailutuksen tapahtuessa. Huomionarvoista oli se, että tiedon leviämisen estämiseksi asiakirjat luovutettiin vain tietyille henkilöille kussakin yrityksessä luettavaksi asianajajan läsnä ollessa ja niin, ettei kopioita toimitettu. Lisäksi asiakirjoista piti poistaa kaikki tiedot, joiden avulla olisi voinut identifoida, kenelle tarjoajalle ne kuuluivat.⁷⁹

Oikeussääntöjä on hankintayksiköille annetuissa ohjeissa kiteytetty siten, että hävinneiden yritysten tarjoukset ovat yleensä taloudellisesti arkaluontoisia (43(2) FOIA), mutta tiedot niiden vertailusta pitää antaa. Toisaalta tarjoukset saattavat sisältää myös ei-arkaluontoista aineistoa ja tarjousvertailutiedot luottamuksellista. Voittaneen toimittajan tarjous on pääosin julkinen. Siten esimerkiksi kokonaishinta ja maksuehdot ovat julkista tietoa. Jos yrityksellä on ainutlaatuinen lähestymistapa asiaan, sitä voidaan pitää liikesalaisuutena (43(1) FOIA). Liikesalaisuuksia saattavat lisäksi olla tekniset tiedot hankinnan kohteesta. Yrityksen taloudellisia intressejä (43(2) FOIA) loukkaa tiedon antaminen niiden hinnoittelujärjestelmästä, kuten voittomarginaalista, päivätakstasta tai kiinteistä kustannuksista. Saman säännöksen soveltamisalaan kuuluvat taloudelliset mallit eli yksityiskohtainen tieto hankintayksikön ja toimittajan kassavirroista sopimuksen aikana. Yksikköhinnat ovat lähtökohtaisesti arkaluontoista tietoa, mutta niiden paikkansapitävyys ja siten luottamuksellisuus vähenee ajan kuluessa.⁸⁰

6 Maiden vertailua ja loppupäätelmät

Vaikuttaa siltä, että jokaisessa tarkastelun kohteena olleessa maassa liikesalaisuuksia ja muuta luottamuksellista liiketaloudellista tietoa suojataan ja Varc-tapauksen velvoitteita siten noudatetaan. Eroja kuitenkin on jo julkisuuslainsäädännön soveltamisalassa. Isossa-Britanniassa FOIA:n sovelta-

78 *London Regional Transport v Mayor of London* [2001] EWCA Civ 1491; [2003] E.M.L.R. 4; [2001] W.L.R. 825728.

79 *Croft House Care Ltd v Durham CC* [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD).

80 FOI Policy and Guidance 2008, s. 30 ja 37.

misala kattaa myös kaikkien julkisyhteisöjen omistamat yhtiöt. Ruotsissa OSL ei koske valtionyhtiöitä, mutta se koskee kuntien ja läänien omistamia yhtiöitä. Suomessa taas julkisyhteisöjen omistuksessa olevia yhtiöitä ei ole nimenomaisesti säädetty julkisuuslain soveltamisalaan, eikä edellä esitettyjen eriävien mielipiteiden valossa ole selvää, soveltuuko se kyseisiin yhtiöihin julkisten tehtävien hoidon delegoinnin perusteella.

Toinen ero maiden välillä on suhtautuminen asianosaisjulkisuuteen. Suomessa erot asiakirjojen saatavuudessa yleisön ja asianosaisten välillä ilmenevät heti hankintapäätöksen tekemisestä lähtien, mutta Ruotsissa asianosaisten laajempi oikeus saada käyttöönsä muutoin salaisia asiakirjoja toteutuu vasta muutoksenhakuprosessissa tuomioistuimessa. Isossa-Britanniassa puolestaan erottelua yleisöjulkisiin ja asianosaisjulkisiin tietoihin ei tehdä lainkaan. Tietojen antaminen voi kuitenkin olla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytys, kuten ratkaisussa *Croft House*. Silloin asianosaisten oikeus asiakirjaan on suurta yleisöä laajempi.⁸¹

Liikesalaisuuden ja muun taloudellisesti arkaluontoisen tiedon määrittely vaikuttaa ensi silmäyksellä melko samanlaiselta jokaisessa kolmessa maassa. Liikesalaisuuksia suojataan tiukemmin kuin muuta taloudellisiin intresseihin liittyvää tietoa. Merkityksellistä liikesalaisuuden käsitteen kannalta on joka maassa muun muassa tiedon leviämisen rajoittaminen, vaikutus yrityksen kilpailuasemaan ja se, ettei asia ole yleisesti tiedossa. Ainoa ero liikesalaisuuden määrittelyssä tuntuisi olevan se, että Isossa-Britanniassa vaaditaan panostusta tiedon tuottamiseen ja siten tiedon uutuutta ja ainutlaatuisuutta, kun taas muissa oikeusjärjestelmissä tällaista edellytystä ei ole. Muun yrityksen taloudellisen tiedon kohdalla luottamuksellista on vain informaatio, joka paljastuessaan aiheuttaisi haittaa sen tuottaneelle yritykselle.

Yhtäläisyydet loppuvatkin siihen, sillä käytäntö ei ole yhteneväistä siinä, kuka saa ja mitä taloudellista tietoa. Suomessa liikesalaisuuden käsitettä on tulkittu melko laajasti. Yksityiskohtainen tieto hinnoittelusta ja yrityksen toiminnasta hankinnan kokonaishintaa lukuun ottamatta on näin ollen lähes aina salaista ja yleisön ulottumattomissa. Asianosaisilla on oikeus saada

81 *Croft House Care Ltd v Durham CC* [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD), erityisesti kohta 44.

tietoa myös liikesalaisuuksista, mutta *vain, jos informaatio on ollut merkityksellistä tarjousvertailussa*. Julkisuuslain muutoksen jälkeen ei ole selvää, koskeeko tämä oikeus vain yksikköhintoja vai muitakin liike- ja ammatillisuuksia. Asianosaisen tietojensaantioikeus voi oikeudenkäynnissä kattaa muutoin salaiset tiedot, jos oikeudenmukainen oikeudenkäynti sitä edellyttää, mutta käytännössä markkinaoikeus ei velvoita liikesalaisuuksien luovuttamiseen valittajalle.

Ruotsissa taas on poikkeuksellista Suomeen verrattuna se, että tarjousasiakirjojen sisältämiä tietoja on usein pidetty salassa, koska on katsottu, että muuten aiheutuisi haittaa hankintayksikön edulle tulevissa hankintamenettelyissä. Usein asiaa tutkitaan niin hankintayksikön kuin yksityisen elinkeinonharjoittajan kannalta toisin kuin Suomessa, vaikka julkisuuslaissa on samantapainen säännös. Ruotsalaisten tuomioistuinten retoriikassa ei yleensä edes mainita sanaa liikesalaisuus, vaan tulkinnan lähtökohtana on vain se, onko vahinkoriski todellinen. Kokonaishinta vaikuttaisi yleensä olevan julkinen tieto, mutta yksikköhintoja ja hinnoittelumalleja on tavallisesti pidetty luottamuksellisina. Ilmeisesti sillä ei ole väliä, onko tieto ollut merkityksellistä tarjousvertailussa vai ei, toisin kuin Suomessa.

Britanniassa taloudellista tietoa pidetään nähtävästi melko harvoin liikesalaisuutena. Esimerkiksi yksityiskohtainen tekninen tieto tai innovatiivinen lähestymistapa voivat saada suojaa liikesalaisuuksina. Silloinkin pitää punnita yleistä etua tiedon avoimuudesta ja suojattavaa yksityistä tai hankintayksikön etua. Muiden kuin liikesalaisuuksien kohdalla hankintayksikön, yleensä yhteistyössä tiedon omistajan kanssa, pitää osoittaa vahingon aiheutuminen, ennen kuin yleisen edun testi on edes ajankohtainen. Yksikköhintoja ei ole pidetty liikesalaisuuksina, eikä normaalisti edes liiketaloudellisesti arkaluontoisina, jos aikaa on kulunut jo jonkin verran hankintasopimuksen solmimisesta. Tiedot saa kuka vain tietoonsa. Tämä eroaa suuresti Suomen järjestelmästä, jossa vain asianosainen voi saada tiedon muista kuin kokonaishinnasta ja jossa asianosaisasemakin menetetään, jos hankintapäätöksestä ei ole valitettu määräajan kuluessa. Taloudellisiin malleihin ja hinnoittelustrategiaan soveltuu 43(2) FOIA eli niiden antamisesta katsotaan tavallisesti aiheutuvan haittaa, mutta nekin pitää antaa, jos yleisen edun testissä syyt tiedon antamiselle ovat painavimmat. Britanniassa ei ilmeisesti

ole tehty selvää eroa tarjousvertailuun liittyvän ja muun tarjousasiakirjoista ilmenevän tiedon välillä, vaikka hankintayksiköille suunnatussa ohjeistuksessa esitetäänkin pääsääntöisesti tiedon antamista niistä. Britanniassa ei myöskään ole erotettu selvästi asianosaisten joukkoa, jolle juuri tarjousvertailua koskeva tieto olisi ratkaisevan tärkeää.

Vertailusta voidaan tehdä johtopäätös, että Isossa-Britanniassa taloudellista tietoa tarjousasiakirjoista voi saada hieman helpommin kuin kahdessa muussa maassa. Siellä punninta johtaa erityisesti yleisen edun testin vuoksi monesti avoimuuden periaatteen kunnioittamiseen. Suomessa ja Ruotsissa ei lopputuloksessa vaikuttaisi olevan suurta eroa, mutta päättely tapahtuu eri logiikalla ja Suomessa asianosaiset on eroteltu selvästi omaksi ryhmäkseen. Vaikka artikkelin tavoitteena ei suinkaan ole arvottaa eri oikeusjärjestyksiä, voitaneen silti todeta, ettei suomalaisessa julkisuuslainsäädännössä ainakaan ole mainittavia puutteita muihin verrattuna. Tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely on päinvastoin toteutettu maassamme hyvin selkeästi. Hankintoja koskevat julkisuuslaissa omat, yksityiskohtaiset säännöksensä, mikä lisää sääntelyn yksiselitteisyyttä. Muista maista voi kuitenkin saada ideoita ja tukea argumentointiin niin avoimuuden kuin salassapidon puolesta.

Kuten jo aivan aluksi todettiin, hankintayksikkö on usein puun ja kuoren välissä tasapainoillessaan hankinnoilta vaadittavan avoimuuden sekä tarjoajien liikesalaisuuksien ja muiden luottamuksellisten tietojen säilyttämisen välillä. Työtään helpottaakseen se vaatii usein tarjouspyynnössä luottamuksellisten osien merkitsemistä tarjoukseen ja kahden erillisen version, julkisen ja ei-julkisen, toimittamista. Välttääkseen ikävyyksiä tulevaisuudessa, tarjoajan kannattaa toimia näin. Samoin on suositeltavaa miettiä jo etukäteen perusteluita luottamuksellisuudelle siltä varalta, että joku kyseenalaistaa sen.⁸² Tarjous ei voi olla kokonaisuudessaan salainen, eikä niin ole järkevää väittää. Nimittäin jos koko tarjous on merkitty salaiseksi, hankintayksikön on vaikea erottaa oikeasti arkaluontoiset osat muista, ja se joutuu poimiin itse erilleen tällaiset tiedot.⁸³ Käytännössä hankintayksikkö kieltää elinkeinonharjoittajan arvion vain perustelluista syistä, jos luottamukselliset

82 Collier – Shefford – Gilbert 2011, s. 3.

83 Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 327 ja Collier – Shefford – Gilbert 2011, s. 4.

kohdat on merkitty harkiten⁸⁴, koska yrityksellä itsellään on yleensä parhaat lähtökohdat tietojen luottamuksellisuuden arvioimiseksi⁸⁵. Elinkeinonharjoittajan salaisuusarvio ei kuitenkaan ole sitova, eikä salassapidosta voida sopia laista poikkeavasti.⁸⁶

Vaikka valtioiden väliset erot eivät ole kovin suuria, voisi olla aiheellista säätää hankinta-asiakirjojen julkisuudesta tarkemmin EU-tasolla. Joka maassa on tietysti oma, yleinen viranomaisten asiakirjoja koskeva järjestelmänsä, mutta esimerkiksi Suomessa on julkisuuslaissa jo valmiiksi erityissäännöksiä hankinta-asiakirjoista. EU-sääntely lisäisi oikeusvarmuutta ja saattaisi tarjoajat taloudellisten tietojen suhteen samaan asemaan jokaisessa maassa. Ainakin EUTI:n lisäratkaisut julkisuusasioissa olisivat erittäin tervetulleita, jotta saataisiin vastauksia vaikeisiin tulkintakysymyksiin. Joka tapauksessa olisi tärkeää, että hankintayksiköillä olisi selvät toimintaohjeet julkisuuden arviointiin. Hankintalainsäädännön soveltajat eivät usein ole oikeustieteellisen koulutuksen saaneita, ja siksi tarvittaisiin työkaluja ohjaamaan heitä tulkinnassa.

84 Aho 2006, s. 72.

85 Mäenpää 2006, s. 73.

86 Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 326 ja Mäenpää 2006, s. 73. Ks. myös Konkurrenssiverket 2012, s. 20 ja Henty 2011, s. NA86.

Lähteet

Kirjallisuus

Aho, Tuomas: Yrityssalaisuuksien suojasta julkisissa hankinnoissa ja yhteishankkeissa. *Defensor Legis* 1/2006, s. 59–77. (Aho 2006)

Amos, Jim – McDonagh, Maeve: *A Practical Guide for Public Authorities*. Law Department, University College York. Lontoo 2004. Saatavilla osoitteesta: www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115b.pdf (Amos – McDonagh 2004)

Arrowsmith, Sue: An Update on Freedom of Information and Public Procurement. *Public Procurement Law Review* 6/2003, s. NA151–160, (Arrowsmith 2003).

BiP Solutions: An Insight into the Implications and Effect of the Freedom of Information Act on Public Procurement. Version 3. Glasgow 2009. Saatavilla osoitteesta: www.bipsolutions.com/docstore/pdf/02_foi_v3.pdf (BiP Solutions 2009).

Brown, Adrian: Protection of confidential information in procurement cases before national review bodies: *Varec v Belgian State (C-450/06)*. *Public Procurement Law Review* 4/2008, s. NA119-123. (Brown 2008).

Collier, Melanie – Shefford, Melanie – Gilbert, Jack: *Guidance for Bidders: Accessing Information on Public Procurements*: Olswang LLP. Lontoo 2011. Saatavilla osoitteesta: www.olswang.com/pdfs/Guidance%20FOIA%20and%20Procurement.pdf (Collier –Shefford – Gilbert 2011)

Falk, Jan-Erik: Lag om offentlig upphandling – en kommentar. *Jure AB*. Tukholma 2009. (Falk 2009).

Halonen, Kirsi-Maria: Hankintalain ja julkisuuslain muutokset voimaan 1.10.2011: Kaupakamaritiedon Lakiuutiset 4.10.2011. Saatavilla osoitteesta: www.lakiuutiset.fi -> Julkiset hankinnat -> Asiantuntija-artikkelit -> Hankintamenettelyt (Halonen 2011)

Hautamäki, Veli-Pekka: Oikeusvertailun edellytyksistä. *Lakimies* 1/2003, s. 107–110. (Hautamäki 2003)

Henty, Paul: *Healthcare at Home Ltd v Common Services Agency*. *Public Procurement Law Review* 3/2011, s. NA83–86. (Henty 2011)

Husa, Jaakko: Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – “oikeaa oikeusvertailua”? *Lakimies* 5/2010, s. 700–718. (Husa 2010)

Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ Oy. Jyväskylä 2007. (Kalima – Häll – Oksanen 2007)

Kolehmainen, Aleks: Näin Hansel perustelee julkisuuskäytäntöään. *Talouselämä* 2.3.2012. Saatavilla osoitteesta: www.talouselama.fi/uutiset/nain+hansel+perustelee+julkisuuskaytantaan/a2089992 (Kolehmainen 2012a)

Kolehmainen, Aleks: Valtion hankintayhtiö ei noudata julkisuuslakia kilpailutuksessa, *Talouselämä*. Saatavilla osoitteesta: www.talouselama.fi/uutiset/valtion+hankintayhtio+ei+noudata+julkisuuslakia+kilpailutuksessa/a2089990 (Kolehmainen 2012b)

Mäenpää, Olli: Julkisuusperiaate. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 1999. (Mäenpää 1999).

Mäenpää, Olli: Liikesalaisuudet viranomaisen toiminnassa. Edilex Asiantuntijakirjoitukset 2.2.2006. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/3005 (Mäenpää 2006)

Oonan, Elaine: Use of the Freedom of Information Act 2000 to Obtain Information in Relation to Tender Processes and Contracts Awarded by the Public Sector in England, Wales and Northern Ireland. *Public Procurement Law Review* 4/2010, s. NA148–152. (Onan 2010).

Tala, Jyrki: Lainsäädännön laatu Euroopassa – vertailua, ongelmia, kritiikkiä. *Lakimies* 5/2010, s. 791–815. (Tala 2010).

Virallislähteet

Freedom of Information Act – Awareness Guidance No. 5, versio 3.0: Information Commissioner's Office. London 2008. Saatavilla osoitteesta: www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/freedom_of_information_and_environmental_information.aspx (Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008)

Freedom of information guidance. Exemptions guidance. Section 43 – Commercial interests: Ministry of Justice. London 2008. Saatavilla osoitteesta: www.justice.gov.uk/downloads/information-access-rights/foi/foi-exemption-s43.pdf (Freedom of Information Exemptions Guidance 2008)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä liiketoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta. (HE 114/1978)

Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi. (HE 66/1988)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi. (HE 30/1998)

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

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 182/2010)

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 6/2010. Helsinki 2010. (OMML 6/2010).

Konkurrensverket: Upphandlingsreglerna – en introduktion. Saatavilla osoitteesta: www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Infomaterial/Upphandlingsreglerna.pdf (Konkurrensverket 2012)

Office of Government Commerce: FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance. Version 2.0. 2008. Saatavilla osoitteesta: www.iaccm.com/members/library/files/OGC_FOI_and_Civil_Procurement_guidance.pdf (FOI Policy and Guidance 2008).

Regeringens proposition om skydd för företagshemligheter. (Prop. 1987/88:155)

Regeringens proposition om ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. (Prop. 2001/02:142)

TaVM 48/2010. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi sähköisestä huu-
tokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unioni

Asia C-450/06, Varec SA v. Belgian valtio, Kok. 2008, s. I-581.

Asia T-183/00, Strabag Benelux NV v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2003, s. II-135.

Asia T-4/01 Renco SpA v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2003, s. II-00171.

Suomi

Hämeenlinnan HAO 17.5.2010, 10/0336/3.

KHO 2000:14.

KHO 2007:83.

MAO 50/03.

MAO 403/08.

MAO 505/09.

MAO 649–650/09.

MAO 140/11.

MAO 531/11.

Ruotsi

Kammarrätten i Jönköping 3702-11.

Kammarrätten i Sundsvall 565-04.

Kammarrätten i Sundsvall 2294-04.

Kammarrätten i Stockholm 2982-03.

RÅ 1991 ref. 56.

RÅ 1987 not. 370.

RÅ 1991 not. 307.

RÅ 1991 not. 434.

RÅ 1991 not. 465.

RÅ 1992 not. 537.

RÅ 1993 not. 345.

RÅ 1993 not. 409.

Yhdistynyt kuningaskunta

John Connor Press Associates Ltd v Information Commissioner (EA/2005/0005).

Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

Information Commissioner and Plymouth Primary Care Trust (FS50084359).

Information Commissioner and Mid Suffolk District Council (FS50131138).

Information Commissioner and Camden Primary Care Trust (FS50214920).

Croft House Care Ltd v Durham CC [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD).

Lansing Linde Ltd. v Kerr (1991) 1 WLR 251.

London Regional Transport v Mayor of London [2001] EWCA Civ 1491; [2003] E.M.L.R. 4; [2001] WLR 825728.