

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLIV

2011

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Eva Tammi-Salminen, puheenjohtaja
Tatu Leppänen
Tapio Määttä
Seppo Villa

Toimittaja

Tapani Lohi

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668
www.lakimiesyhdistys.fi
toimisto@lakimiesyhdistys.fi

© 2011 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-308-6

ISBN 978-951-855-727-5 (verkkokirja)

Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2011

Anne Nenonen

HALLINTO-OIKEUDELLINEN
VALITUS JA TUOMIOISTUIMEEN
PÄÄSY HANKINTALAKIEN
ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ
HANKINNOISSA

Sisällys

1	TAUSTAKSI.....	335
2	TUTKIMUSTEHTÄVÄ.....	337
3	JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN TAVOITTEET JA KEINOT.....	339
4	OIKEUSTURVAKEINOJEN SÄÄNTELYSTÄ	340
5	HANKINTALAIN SÄÄNNÖSTEN LUONNE	342
6	HANKINTALAKIEN ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ HANKINNOISSA SOVELLETTAVAT SÄÄNNÖKSET	344
7	OIKEUSTURVAN TARVE JULKISISSA HANKINNOISSA	348
8	MENETTELYLLISET OIKEUDET	349
9	HALLINTOPROSESSIN TEHTÄVÄT JA VALITUSOIKEUS.....	353
10	IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET	355
	10.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.....	355
	10.2 6(1) artiklan soveltamisedellytykset	358
	10.2.1 Riita.....	358
	10.2.2 Oikeudesta päättäminen	359
	10.2.3 Kansallisen oikeuden tunnustama oikeus.....	359
	10.2.4 Yksityisluonteinen oikeus	361
	10.3 Ratkaisukäytäntöä	362
	10.3.1 Elinkeinonharjoittamista koskevat ja vastaavanlaiset luvat.....	362
	10.3.2 Julkisia hankintoja koskevat tapaukset	364
	10.3.2.1 Syrjintätapaukset	365
	10.3.2.2 Muut julkisia hankintoja koskevat tapaukset	367

10.4 Johtopäätöksiä EIT:n oikeuskäytännöstä	369
10.4.1 Oikeus syrjimättömään kohteluun.....	369
10.4.2 Hankintalakeihin perustuvat oikeudet.....	370
10.4.3 Oikeudet hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa	372
11 PERUSTUSLAIN VAATIMUKSET	373
11.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.....	373
11.2 Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä.....	375
11.2.1 Harkinnanvaraiset päätökset	375
11.2.2 Muutoksenhakuoikeus virkaan nimittämistä koskevissa asioissa	379
11.2.3 Hankintalain muutoksenhakurajoitukset.....	382
12 MUUTOKSENHAKUOIKEUS HALLINTO- VALITUKSESSA JA KUNNALLISVALITUKSESSA	383
12.1 Hankintapäätöksen valituskelpoisuus	384
12.1.1 Yleisiä näkökohtia.....	384
12.1.2 Oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkemykset ja oikeuskäytäntö.....	385
12.1.3 Kysymyksen arviointi	387
12.2 Valitusoikeus	390
12.2.1 Tarjoajan valitusoikeus – tulkinnan muuttuminen	391
12.2.2 Valitusoikeus hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa	393
13 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	395
LÄHTEET.....	397
OIKEUSTAPAUKSET	401
LYHENTEET	403
ADMINISTRATIVE APPEAL AND ACCESS TO COURT IN PROCUREMENT CASES OUTSIDE OF THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION	404

Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

1 TAUSTAKSI

Oikeussuojaa koskevilla direktiiveillä¹ säädetään julkisissa hankinnoissa käytettävistä oikeussuojakeinoista. Nämä direktiivien edellyttämät oikeussuojakeinot sisältyvät lakiin julkisista hankinnoista (hankintalaki) ja ne soveltuvat myös vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain (erityisalojen hankintalaki) alaan kuuluviin hankintoihin.

Oikeussuojadirektiivit samoin kuin hankintamenettelyä sääntelevät hankintadirektiivit² koskevat hankintoja, jotka ovat arvoltaan vähintään EU-kynnysarvojen määräisiä³. Hankintalaki on kuitenkin soveltamisalaltaan mainittuja direktiivejä laajempi sen koskiessa EU-kynnysarvon alittavia, mutta vähintään kansallisen kynnysarvon suuruisia hankintoja.⁴

¹ Neuvoston direktiivit 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (ensimmäinen valvontadirektiivi) ja 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (toinen valvontadirektiivi) sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi (oikeussuojadirektiivi). Tutkimuksessa käytetään näistä kaikista direktiiveistä myös nimitystä ”oikeussuojadirektiivit”.

² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivit 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (hankintadirektiivi) ja 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (erityisalojen hankintadirektiivi).

³ EU-kynnysarvot ovat ajalla 1.1.2010–31.12.2011 valtion keskushallintoviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 125 000 euroa, muiden hankintaviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 193 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 4 845 000 euroa. EU-kynnysarvo erityisalojen tavara- ja palveluhankinnoissa on 387 000 euroa ja rakennusurakoissa 4 845 000 euroa.

⁴ Kansallisia kynnysarvoja on korotettu lailla 321/2010. Kansalliset kynnysarvot tavara- ja palveluhankinnoissa sekä palveluja koskevilla käyttöoikeussopimuksissa ovat 30 000

Erityisalojen hankintalaki koskee puolestaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Soveltamisalan rajaukset merkitsevät, ettei kansallisen kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa ole mahdollista tehdä hankintalain mukaista valitusta markkinaoikeudelle. Vastaavasti erityisalojen hankinnoissa valitus markkinaoikeudelle ei ole mahdollinen EU-kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa.

Unionin tuomioistuin (EUT) on oikeuskäytännössään katsonut, että tietyissä hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle kokonaan tai osittain jäävissä julkisissa hankinnoissa on noudatettava Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (nykyisin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen) perusvapauksia koskevia määräyksiä sekä yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteita samoin kuin niistä seuraavaa avoimuutta koskevaa velvoitetta. Edellytyksenä kyseisten määräysten ja periaatteiden soveltumiselle on hankintaan liittyvä jäsenvaltioiden rajat ylittävää intressi.⁵ Jos hankintalakien ulkopuolelle jäävään hankintaan liittyy tällainen intressi, hankintamenettelyssä on noudatettava EU-oikeudesta seuraavaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitetta.⁶ EU-oikeuden soveltuessa yksityisillä oikeussubjekteilla on oltava käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot unionin oikeuteen perustuvien oikeuksiensa toteuttamiseksi.⁷ Kansallisia oikeussuojakeinoja koskevien säännösten tulkintaan vaikuttavat tällöin EU-oikeudesta johtuvat vaatimukset.

Jos hankintaan ei liity rajat ylittävää intressiä, EU-oikeus ei tule sovellettavaksi eikä aseta vaatimuksia julkisissa hankinnoissa noudatettavalle menettelylle tai oikeussuojakeinoille. Hankintayksikön menettelyä hankinta-asiassa ja käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja määrittää tällöin yksinomaan kansallinen oikeus.

Oikeussuoja julkisissa hankinnoissa voidaan siten jakaa kolmeen eri tasoon. Ensimmäiseen tasoon kuuluvat hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot. Näiden oikeussuojakeinojen soveltamisala perustuu yhtäältä oikeussuojadirektiiveihin ja toisaalta kansallisen lainsäätäjän päätökseen laajentaa hankintalain soveltamisala direktiivien edellyttämää laajemmaksi ottamalla tällä tavoin huomioon EUT:n edellä todettu yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitetta koskeva oikeuskäytäntö. Toisen tason muodostavat kansalliset kynnysarvot alittavat hankinnat ja muu-

euroa, terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa sekä eräissä koulutuspalveluissa 100 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 150 000 euroa.

⁵ Ks. mm. asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009, kohdat 38–39 ja asiat C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*, tuomio 15.5.2008, kohdat 25–35.

⁶ Ks. *Nenonen*, LM 2009a ja *Nenonen*, LM 2009b.

⁷ Perusoikeuskirjan 47 artiklan 1 kohta. Ks. myös esimerkiksi asia C-432/05, *Unibet*, tuomio 13.3.2007, kohdat 37–38 ja kohdissa mainittu oikeuskäytäntö.

toin hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin kuitenkin tulevat sovellettaviksi EU-oikeuden määräykset ja periaatteet. Nämä kaksi tasoa voidaan määritellä julkisten hankintojen EU-pohjaiseksi soveltamisalueeksi. Kolmannen tason muodostavat ne hankintalakien ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin EU-oikeus ei tule sovellettavaksi ja joiden oikeusturvakeinot määräytyvät kansallisen oikeuden mukaan. Tämä kolmas taso on julkisten hankintojen kansallisen oikeuden varaan jäävä kotoperäinen soveltamisalue. Tällä lähtökohtaisesti yksinomaan kansallisella tasollakin EU-oikeudella saattaa kuitenkin olla tosiasiallista tulkintaa ohjaavaa vaikutusta.

2 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

Tässä kirjoituksessa tutkimuksen kohteena ovat oikeussuojakeinot edellä mainitulla kolmannella tasolla eli kansallisen oikeuden varaan jäävissä hankinnoissa. Tutkittavana kysymyksenä on, onko näiden hankintojen osalta olemassa tosiasiallisesti käytettävissä oleva oikeussuojakeino, joka mahdollistaa tuomioistuimeen pääsyn. Keskeisiä kysymyksiä ovat tällöin päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa.

EU-oikeuteen pohjautuvalla soveltamisalueella hankintadirektiivien piiriin kuuluvissa hankinnoissa tuomioistuimeen pääsyä määrittävät direktiiveissä säädetyt oikeussuojakeinot. Direktiivien säännöksissä on otettu huomioon julkisten hankintojen erityispiirteet ja niistä seuraavat vaatimukset oikeussuojakeinoille. Niissä hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, joissa on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen määräyksiä sekä yleisiä oikeusperiaatteita, EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate määrittää käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja. Vaikka oikeusturva järjestetäänkin prosessiautonomian mukaisesti kansallisten muutoksenhakua koskevien säännösten pohjalta, kyseinen periaate edellyttää esimerkiksi päätöksen valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevissa ratkaisuihin tulkintaa, joka turvaa EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen. Julkisten hankintojen sääntelylle asetetut tavoitteet ja julkisten hankintojen erityispiirteistä seuraavat vaatimukset oikeussuojakeinoille vaikuttavat kansallisten prosessisäännösten tulkinnassa EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskevan periaatteen kautta.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa mahdollinen oikeussuojakeino on hallinto-oikeudellinen muutoksenhaku eli hallintovalitus tai

kunnallisvalitus hallinto-oikeuteen.⁸ Jos hankintaan ei liity jäsenvaltioiden rajat ylittävää intressiä, ei EU-oikeus eikä siten myöskään EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate tule sovellettavaksi. Julkisten hankintojen kansallisen oikeuden varaan jäävällä soveltamisalueella tuomioistuimeen pääsy määräytyy kansallisen tulkintakäytännön mukaisesti, vaikkakin tulkintaan voivat tosiasiaassa vaikuttaa myös EU-oikeuden periaatteet.

Hallintovalitus ja kunnallisvalitus ovat muotoutuneet kansallisista lähtökohdista historiallisen kehityksen tuloksena saaden vaikutteita myös muiden maiden oikeusjärjestelmistä. Tuomioistuimeen pääsyä ovat määrittäneet ja edelleen määrittävät perinteiset tulkintaopit. Valituskelpoisuutta hallintovalituksessa rajoittaa tulkintaoppi siitä, ettei päätös yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimisesta ole valituskelpoinen ratkaisu. Valitus-oikeuden perusteena on korostunut aineellisen oikeuden olemassaolon vaatimus. Julkiset hankinnat eivät erityispiirteidensä vuoksi sopeudu näihin tulkintaoppeihin eivätkä perinteiseen käsitykseen hallintoasiasta, joka voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa.

Tutkimuksessa tarkastellaan ensin julkisten hankintojen sääntelyä sekä hankinta-asioiden luonnetta ja niihin liittyvää oikeussuojan tarvetta. Seuraavaksi selvitetään, edellyttävätkö oikeusturvaa koskevat Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) ja perustuslain säännökset oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn hankinta-asiassa. Tämän jälkeen näitä vaatimuksia peilaten pohditaan, onko hankintalakien ulkopuolelle jäävä julkinen hankinta mahdollista saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi ja miten valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevia säännöksiä olisi näissä asioissa tulkittava.

Edellä mainittujen kysymysten selvittäminen antaa vastauksen esimerkiksi siihen, voiko kansallisen kynnysarvon alittavaa hankintaa koskevaan tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja saattaa hallinto-oikeuden tutkittavaksi päätöksen, jolla kyseisen tarjoajan tarjous on hylätty tai jätetty valitsematta ja onko tässä suhteessa merkitystä sillä, onko kyse valtion vai kunnallisen viranomaisen hankintapäätöksestä.

⁸ Lisäksi evankelis-luterilaisen kirkon viranomaisen päätökseen voidaan hakea muutosta kirkollisvalituksella hallinto-oikeudelta. Ks. hankintalain 104 §, kirkkolain 24 luvun 8 a § sekä HE 292/2010 vp s. 1–2.

3 JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN TAVOITTEET JA KEINOT

EU:n julkisia hankintoja koskeva sääntely liittyy tavoitteeseen unionin laajusten julkisten hankintojen markkinoiden luomisesta. EU:ssa oli todettu, että hankinnat tehtiin yleensä pääasiallisesti kotimaisilta yrityksiltä ja hankintoja käytettiin välineinä muun muassa poliittisten tavoitteiden toteuttamiseen. Kotimaisia yrityksiä suosittaessa kukin valtio muodostaa oman markkina-alueensa eikä tavoite unionin laajuisista markkinoista toteudu. Lisäksi kotimaisia yrityksiä suosivista hankintakäytännöistä katsottiin aiheuttavan lisäkustannuksia.⁹ Syynä julkisia hankintoja koskevan sääntelyn omaksumiseen voidaankin pitää eräänlaista epäluottamusta siihen, että viranomaiset ilman hankintasäännöksiä tekisivät mahdollisimman edullisia ja laadukkaita hankintoja tarvittaessa ulkomaalaisia toimittajia valitsemalla.

Kotimaisten yritysten suosiminen pyritään estämään hankintadirektiivien säännöksillä hankinnoissa noudattavista menettelyistä.¹⁰ Tavoitteena on mahdollistaa muiden jäsenvaltioiden yritysten osallistuminen tarjouskilpailuihin seuraavilla keinolla: hankintayksiköille on asetettu velvollisuus tarjouskilpailujen järjestämiseen, velvollisuus niistä ilmoittamiseen sekä velvollisuus kohdella tarjoajia tasapuolisesti hankintamenettelyssä. Kyse on avoimuusvelvoitteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisesta. Hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa vastaavaa tavoitetta julkisten hankintojen markkinoiden avaamisesta unionin laajuiselle kilpailulle toteutetaan EUT:n oikeuskäytännöstä seuraavien vaatimusten avulla. EUT:n oikeuskäytännön mukaan perusvapauksia koskevat määräykset sekä yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteet edellyttävät tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua ja mainituista periaatteista seuraava avoimuusvelvoite puolestaan hankinnoista ilmoittamista.

Vaikka hankintadirektiivien taustalla vaikuttavien syiden perusteella direktiivien tavoitteena näyttäisi olevan ennen kaikkea eri jäsenvaltioista olevien toimittajien syrjimättömän kohtelun turvaaminen, hankintadi-

⁹ Ks. mm. Vihreä kirja ”Julkiset hankinnat Euroopan Unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä” s. 4–5 ja Information from the Commission – Guide to the Community rules on open government procurement s. 1–3.

¹⁰ EUT on todennut, että hankintadirektiiveillä ”pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja näin suojaamaan sellaisten jäsenvaltion sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille”. Ks. asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002, kohta 43. Ks. myös kyseistä asiaa koskeva julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 28.6.2001, kohdat 19–21, hankinta- ja oikeussuojadirektiivien tavoitteista.

rektiivien sisältämä yhdenvertaisen kohtelun periaate kuitenkin kieltää tarjoajien perusteettoman erilaisen kohtelun riippumatta siitä, johtuuko erilainen kohtelu kansalaisuudesta vai jostakin muusta perusteesta.¹¹ Myös hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa kyse näyttäisi olevan yleisemmästä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vaatimuksesta.¹² Hankintasäännösten tavoitteet eivät siten rajoitu kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän estämiseen, vaan ovat laajempia. Tämä ilmenee myös hankintalain tarkoitusta koskevasta lain 1 §:n 2 momentista. Säännöksen mukaan lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.

4 OIKEUSTURVAKEINOJEN SÄÄNTELYSTÄ

Julkisia hankintoja koskeva sääntelymme on varsinaisesti käynnistynyt EU:n hankintadirektiivien implementoinnista.¹³ Ensimmäistä (vanhaa) hankintalakia (1505/1992) säädettäessä kilpailuneuvoston toimivalta rajattiin vain EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, mutta ulotettiin sittemmin lain muutoksella 1247/1997 myös EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin erityisalojen hankintoja lukuun ottamatta.¹⁴ Kyseisen oikeusturvakeinoja koskevan muutoksen perusteluina lain esitöissä viitattiin siihen, että Euroopan yhteisön perustamissopimuksen tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat periaatteet sekä syrjimättömyyden periaate soveltuvat myös kynnysarvot alittaviin hankintoihin ja että riittävien oikeusturvakeinojen saatavuus tulisi siten voida taata kaikkien julkisten hankintojen

¹¹ Hankintadirektiiveissä todetaan yhdenvertaisen kohtelun periaate syrjimättömyyden periaatteen ohella hankinnoissa noudatettavana ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta johdettavana vaatimuksena. Ks. hankintadirektiivin 2004/18/EY johdannon 2 kohta ja erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY johdannon 9 kohta. Hankintadirektiivin 2004/18/EY 2 artiklassa ja erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY 10 artiklassa asetetaan myös vaatimus kohdella tarjoajia yhdenvertaisesti ja syrjimättä.

¹² Ks. kysymyksestä *Nenonen*, LM 2009a s. 95–100. EUT on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään viitannut sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen että kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen soveltumiseen hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta, ks. mm. edellä viitattu asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009, kohta 39.

¹³ Julkisten hankintojen sääntelyn kehityksestä ks. *Kanninen*, DL 2005 s. 527–528.

¹⁴ Samalla lain muutoksella 1247/1997 säädetyin valituskiellon mukaan markkinaoikeuden (aikaisemmin kilpailuneuvoston) toimivaltaan kuuluvasta asiasta ei saanut valittaa kuntalain eikä hallintolainkäyttölain nojalla sillä perusteella, että päätös on hankintalain vastainen. Ks. tältä osin *Telivuo* 2008 s. 444–445.

tekemisessä.¹⁵

Uuden hankintalain (348/2007) säätämiseen saakka hankintalaki ja sen mukaiset oikeusturvasäännökset koskivat siis hankintoja niiden arvosta riippumatta ja ainoastaan erityisaloilla hakemus markkinaoikeuteen voitiin tehdä vain EU-kynnysarvon ylittävästä hankinnasta.¹⁶ Uudessa hankintalaissa lain soveltamisen alarajana otettiin käyttöön kansalliset kynnysarvot. Hankintalain esitöissä kansallisia kynnysarvoja on perusteltu muun muassa hankintamenettelyn joustavuuden lisäämisellä pienissä ja pienehköissä hankinnoissa sekä tavoitteella täsmentää arvoltaan vähäisen hankinnan sisältöä.¹⁷ Kansallisen kynnysarvon alle jäävistä hankinnoista ei ole mahdollista tehdä valitusta markkinaoikeudelle, ja näissä markkinaoikeuden toimivaltaan kuulumattomissa hankinnoissa oikeussuojakeinoksi on hankintalakien esitöissä todettu yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakekeinot.¹⁸ Kansallisen kynnysarvon alle jääviä hankintoja kutsutaan pienhankinnoiksi. Erityisalojen hankintalain ulkopuolelle jäävät hankinnat voivat kuitenkin olla arvoltaan varsin huomattavia EU-kynnysarvojen muodostaessa lain soveltamisen rajan.

Hankintalain muutoksella (321/2010) käyttöön otettu hankintaoikaisu on mahdollinen myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, mutta hankintaoikaisun tekeminen ei avaa valitustietä markkinaoikeuteen.¹⁹ Myös hallintolakiin ja kuntalakiin sisältyvät säännökset oikaisuvaatimusmenettelystä.²⁰

Käsiteltäessä eduskunnassa hankintalakien muuttamista koskevaa hallituksen esitystä on asiantuntijakuulemisessa esitetty, että kunnallisvalituksen käyttöoikeus poistettaisiin pienhankintojen osalta tai että yleishallinto-oikeudellinen oikeussuojakeino muutettaisiin hallintovalitukseksi. Talousvaliokunta on todennut näiden valitusmuotojen välillä olevan merkittäviä eroja valitusoikeuden ja valitusperusteiden suhteen. Talousvaliokunta on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että kunnallisvalituksen poistaminen merkitsisi luopumista kunnallisvalituksesta kunnalliseen itsehallintoon kuuluvana oikeussuojakeinona lukumääräisesti yhä suuremmassa asiaryhmässä. Talousvaliokunnan mukaan kysymys on periaatteellinen ja edellyttää jatkoselvittämistä, minkä yhteydessä on aiheellista selvittää pienhankintojen oikeussuojakeinot sekä kunnallisen että valtion viranomaisen päätöksestä

¹⁵ HE 69/1997 s. 7–8.

¹⁶ Vanhan hankintalain (1505/1992) 5 §:n 2 momentin mukaan hankinnan vähäistä arvoa voitiin kuitenkin pitää perusteena hankinnan tekemiseen ilman tarjouskilpailua.

¹⁷ HE 50/2006 vp s. 32 ss. ja s. 66–67.

¹⁸ HE 190/2009 vp s. 57 ja s. 90.

¹⁹ Ks. hankintalain 83 §.

²⁰ Lisäksi kirkkolaisissa on säädetty oikaisuvaatimuksen tekemisestä. Ks. oikaisuvaatimusmenettelyjen päällekkäisyydestä talousvaliokunnan mietintö TaVM 2/2010 vp s. 5.

valitettaessa.²¹ Eduskunta on hankintalakiin muuttamista koskevat lait hyväksyessään edellyttänyt, että pienhankintojen oikeussuojakeinojen käyttöön liittyvät mahdolliset tulkintaongelmat selvitetään ja ryhdytään tarvittaviin toimiin sääntelyn selkeyttämiseksi.²²

5 HANKINTALAIN SÄÄNNÖSTEN LUONNE

Hankintalaki sääntelee hankinnassa noudatettavaa menettelyä ja siinä määritetään, miten hankintoja tehtäessä on toimittava.²³ Hankintalaki sisältää säännökset eri kilpailuttamismenettelyistä, hankinnoista ilmoittamisesta, tarjouspyynnön sisällöstä ja hankinnan kohteen määrittelemisestä sekä tarjoajien ja tarjouksen valinnasta. Lain keskeisenä periaatteena on tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus, jonka lisäksi hankintalain 2 §:n 1 momentissa mainitaan muina huomioon otettavina periaatteina avoimuus- ja suhteellisuusperiaate. Avoimuusperiaatteen keskeisenä sisältönä on hankinnoista ja tehdystä hankintapäätöksestä ilmoittaminen.

Kun hankintayksikkö on päättänyt toteuttaa hankintalain soveltamispiiriin kuuluvan hankinnan, sen on noudatettava laissa asetettuja menettelysäännöksiä hankintaa tehdessään. Hankintalaki ei sen sijaan sisällä säännöksiä siitä, onko hankintamenettely ylipäätään aloitettava. Hankintayksikkö on siten oikeutettu päättämään, hankintaanko palvelut kilpailuttamalla omana työnä tekemisen sijasta. Hankintalaki ei myöskään sääntelee hankinnan kohteelle asetettavia vaatimuksia.²⁴ Hankintayksikkö on oikeutettu päättämään, millaisia tavaroita ja palveluja se hankkii tai millaisen rakennuksen se rakennuttaa, kunhan noudatetaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta ja mahdollisesti muun lainsäädännön määräyksiä. Tosin hankintalain 2 §:n 2 momenttiin sisältyy säännös hankintatoimen järjestämisestä. Kyseisen momentin mukaan hankinnat on pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Pykälää koskevissa yksityiskohtaisissa perusteluissa on todettu momentin olevan suosituksenluonteinen.²⁵ Hankintatoimen yleiseen järjestämiseen liittyvät

²¹ Talousvaliokunnan mietintö 2/2010 vp s. 5.

²² Eduskunnan vastaus 24/2010 vp hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

²³ Ks. myös *Virtanen* 2008 s. 532.

²⁴ Hankinnassa käytettävistä teknisistä eritelmistä sisältyvät säännökset hankintalain 44 ja 45 §:ään.

²⁵ HE 50/2006 vp s. 48.

kysymykset eivät varsinaisesti kuulukaan hankintalain piiriin, vaan hankintalain tarkoituksena on säädellä ennen kaikkea hankintamenettelyä ja erityisesti tarjoajien kohtelua hankintamenettelyssä.

Hankintalain säännösten perusteella ei suoraan ratkaista sitä, kenen tarjoajan tarjous tulisi valita.²⁶ Tarjouskilpailun voittaja on valittava hankintayksikön tarjoajille ja hankinnan kohteelle asettamien vaatimusten sekä tarjouskilpailun ratkaisemiselle asetetun valintaperusteiden ja sen vertailuperusteiden nojalla. Näitä tarjouskilpailun ehtoja on noudatettava tarjouksen valinnassa. Hankintalaki ei siten määritä hankintapäätöksen ”aineellista” oikeellisuutta, vaan kyse on hankinnassa noudatettavan menettelyn sääntelemisestä.²⁷ Menettelysäännösten noudattamisella pyritään varmistamaan, että valittu tarjous vastaa hankintayksikön hankinnalle asettamia vaatimuksia ja valinta tehdään tarjouskilpailun ehtojen mukaisesti. Tällä tavoin toteutetaan myös hankintalain tavoitetta julkisten varojen käytön tehostamisesta ja laadukkaiden hankintojen tekemisen edistämisestä. Menettelyllisellä sääntelyllä on kuitenkin myös hankintapäätöksen sisältöön heijastuva vaikutus: jos hankintamenettelyssä ja tarjousta valittaessa menetellään tasapuolisesti, myöskään hankintamenettelyn lopputuloksena tehtävä hankintapäätös ei voi olla syrjivä.

Hankintalain hankintamenettelyä määrittävät säännökset ovat suurelta osin johdettavissa laissa keskeisenä periaatteena vaikuttavasta tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta. Hankintojen kilpailuttaminen ja niistä ilmoittaminen tekevät mahdolliseksi toimittajien osallistumisen tarjouskilpailuun. Tarjoajia ja hankinnan kohdetta koskevien vaatimusten ja tarjouksen valintaperusteiden ilmoittaminen tarjouspyynnössä estää tarjouskilpailun ehtojen asettamisen saatujen tarjousten perusteella tiettyä tarjoajaa suosien tai syrjien. Myös velvollisuus noudattaa tarjouskilpailun ehtoja tarjouskilpailua ratkaistaessa turvaa tasapuolista kohtelua. Menettelyä koskevien säännösten tavoitteena on siten mahdollistaa tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun omien ansioidensa perusteella ilman syrjintää tai toisen tarjoajan suosimista. Tarjoajalla ei ole kuitenkaan subjektiivista oikeutta vaatia juuri tietynlaisen kilpailuttamismenettelyn noudattamista.²⁸

Hankintalain voidaan katsoa asettavan hankintayksiköille menettelyyn liittyviä velvollisuuksia ja antavan tarjoajille vastaavia menettelyyn liittyviä oikeuksia. Näillä menettelysäännöksillä pyritään suojaamaan tarjoajaa

²⁶ *Virtanen* 2008 s. 532.

²⁷ Poikkeuksen tästä muodostaa hankintalain 53 §:n säännös pakollisista tarjoajan pois-sulkemisperusteista. Säännöksen mukaan hankintayksikkö on velvollinen sulkemaan tarjouskilpailun ulkopuolelle säännöksessä mainittuihin rikoksiin syyllistyneet ehdokkaat ja tarjoajat.

²⁸ *Virtanen* 2008 s. 532.

hankintayksikön epätasapuoliselta ja syrjivältä kohtelulta. EU-oikeuden kannalta tarjoajien suojaamisella on osaksi välinearvo, koska sääntelyn tavoitteena on taata vapaa liikkuvuus ja vapaa kilpailu, ja näin luoda unionin laajuiset julkisten hankintojen markkinat.

6 HANKINTALAKIEN ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ HANKINNOISSA SOVELLETTAVAT SÄÄNNÖKSET

Kun kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa hankintalain menettelysäännökset eivät tule sovellettaviksi, menettelyä määrittäviä säännöksiä on etsittävä muusta lainsäädännöstä. Hankintalain esitöissä on todettu, että hankintalain soveltamisalan rajaamisesta huolimatta julkisten hankintojen toteuttamisessa noudatettaviksi voivat tulla muussa lainsäädännössä olevat velvoitteet. Esitöiden mukaan esimerkiksi soveltuvat hallintolain ja kuntalain tasapuolisuus- ja avoimuusvelvoitteet sekä menettelytapavelvoitteet koskisivat edelleen myös hankintalain soveltamisalan ulkopuolella olevien hankintojen tekemistä ja samaten sovellettavaksi voivat tulla toimintojen taloudellista tarkoituksenmukaisuutta sekä toimivaltasuhteita koskeva sääntely ja ohjeistus. Esitöissä viitataan hankintayksiköiden sisäisinä ohjeina muun muassa hankintasääntöihin ja -ohjeisiin, taloussääntöihin sekä työjärjestyksiin.²⁹

Hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien kannalta hallintolain 6 §:ssä todetut hallinnon oikeusperiaatteet muodostavat keskeisen oikeuslähteen hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Merkityksellisiä ovat erityisesti yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteet, jotka asettavat tarjoajien kohtelulle samanlaisia vaatimuksia kuin hankintalain tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate. Myös esteellisyyttä koskevat säännökset turvaavat osaltaan hankintamenettelyn puolueettomuutta ja niillä on siten liityntä yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteisiin. Monilta osin hallintolain säännösten soveltaminen hankinta-asioihin ei kuitenkaan ole ongelmantonta. Esimerkiksi selvittämis- ja kuulemisvelvollisuus sopii huonosti hankinta-asioiden luonteeseen. Hankintamenettelyssä lähtökohdana on annettujen tarjousten lopullisuus, joten hankintayksikön ei voitane katsoa laiminlyöneen selvittämisvelvollisuuttaan, jos se on hylännyt selvästi puutteellisen tarjouksen tarjouspyyntöä vastaamattomana eikä ole pyytänyt tarjoajalta lisäselvitystä. Hankintayksikön ei voida myöskään edellyttää kuulevan tarjoajia tarjousvertailusta ennen hankintapäätöksen tekemistä.

²⁹ HE 50/2006 vp s. 67.

Hankintalain esitöissä todetut hankintayksiköiden hankintasäännöt ja -ohjeet määrittävät hankinnoissa noudatettavia menettelyjä. Hankintasääntöjen ja -ohjeiden merkitykseen julkisissa hankinnoissa liittyy kaksi kysymystä: sitovatko ne oikeudellisesti hallinnon toimijoita ja voivatko ne olla oikeusnormin luonteisia antaen yksityisille oikeussubjekteille oikeuksia, joihin voidaan vedota hankintamenettelyssä ja hallintoprosessissa.

Ratkaisun KHO 2006:11 perusteella hankintalain soveltamisalueella kunnallisvalitusta ei voitu tehdä siihen vedoten, että hankinnassa olisi menetelty kunnan hankintaohjeiden vastaisesti. Tapaus on vanhan hankintalain ajalta, jolloin markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvasta asiastakin sai valittaa hallinto-oikeuteen, mutta ei hankintalakiin nojautuvalla perusteella. KHO katsoi päätöksessään, ettei hallinto-oikeus voinut kunnallisvalituksenä tutkia valitusta, joka perustui kaupungin hankintaohjeiden kohtiin yleisistä hankintaperiaatteista ja hankintojen toteuttamisesta. Valituksen tueksi esitettyjen perustelujen katsottiin koskevan aineellisoikeudellisesti sitä, onko hankinnassa menetelty hankintalain mukaisesti. Päätöksessä lausuttiin hankintaohjeiden kysymyksessä olevien kohtien soveltamisen tuomioistuimessa edellyttävän sen tutkimista, ovatko ne ristiriidassa hankintalain kanssa. Tähän nähden asiassa esitetyt valitusperustelut eivät olleet sillä tavoin itsenäisiä verrattuna hankintalakiin, että niiden tutkiminen kuuluisi hallinto-oikeuden toimivaltaan. Valituksessa ei siten ollut esitetty kuntalain 90 §:n 2 momentin mukaista valitusperustetta.

Silloin kun hankintalaki ei hankintaan sovellu, kyse ei ole KHO:n ratkaisussa esillä olleesta tilanteesta, jossa hankintaohjeiden soveltaminen olisi tosiasiallisesti merkinnyt markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaa hankinnan hankintalain mukaisuuden tutkimista. Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa hankintalain ja hankintaohjeiden päällekkäisyys ei siten muodostuisi esteeksi hankintaohjeiden soveltamiselle. Hankintaohjeiden sitovuudesta ja luonteesta KHO:n päätöksessä ei erikseen lausuttu.³⁰

Kuntalain 16 §:n 1 momentin mukaan kunta päättää hallintonsa järjestämisestä kuntalaissa säädetyllä tavalla. Hallinnon järjestämiseksi valtuusto hyväksyy tarpeelliset johtosäännöt, joissa määrätään kunnan eri viranomaisista sekä niiden toiminnasta, toimivallan jaosta ja tehtävistä. Kuntalain 50 §:n mukaan kunnassa on oltava hallintosääntö, jossa annetaan tarpeelliset määräykset kunnan hallinto- ja päätöksentekomenettelystä. Hallintosääntö on ainoa pakollinen johtosääntö, mutta valtuuston päätöksellä voidaan

³⁰ KHO:n päätöksessä lausuttiin, että kunnilla on velvollisuus noudattaa hankintoja tehdessään hankintalakia ja että Jyväskylän kaupungissa on lisäksi käytössä kaupunginhallituksen hyväksymät kaupunkikonsernin hankintaohjeet. Hallinto-oikeus oli lausunut päätöksessään, ettei kaupunginhallituksen hyväksymiä kaupunkikonsernin hankintaohjeita voida verrata merkitykseltään kaupungin johtosääntöihin, jotka valtuuston on hyväksyttävä ja jotka sitovat, paitsi valtuustoa itseään, myös kaupungin muita viranomaisia.

hyväksyä eri johtosääntöjä valtuuston tarpeelliseksi harkitseman mukaan.³¹

Harjula ja *Prättälä* ovat todenneet, että kunnan hallinnossa on noudatettava hyväksytyin johtosäännön määräyksiä ja esimerkiksi johtosäännöllä määräytyistä toimivaltarajoista poikkeaminen merkitsee päätöksen tehneen viranomaisen toimivallan ylitystä.³² Teoksessa *Hannus – Hallberg – Niemi* lausutun mukaan johtosääntö sitoo sekä valtuustoa että sitä viranomaista, jota se koskee, ja vaikka johtosäännöt kohdistuvat lähinnä kunnan sisäiseen hallintoon, niillä on usein huomattavaa vaikutusta myös ulospäin. Teoksen mukaan kunnallinen säädösvalta on sopeutettava yleiseen lainsäädäntöön, johon nähden se ei voi olla ristiriitainen. Teoksessa on todettu, että eräissä tapauksissa kunta voi kuitenkin antaa lain tai asetuksen säännöksiä tiukempia määräyksiä kunnallisilla säännöillä.³³

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty kannanottoja johtosäännön vastaisen menettelyn suhteesta kuntalain 90 §:n 2 momentin mukaisiin kunnallisvalituksen valitusperusteisiin. Teoksessa *Hannus – Hallberg – Niemi* todetun mukaan kunnallisvalituksen valitusperuste päätöksen syntymisestä virheellisessä järjestyksessä sisältää muun ohella ohje- tai johtosäännön määräysten vastaisen järjestyksen. Teoksen mukaan kuntalain 90 §:n 2 momentin 3) kohdan mukaisen valitusperusteen sana ”lainvastainen” tarkoittaa myös kunnallisen säännön määräyksen vastaisuutta.³⁴ *Harjula* ja *Prättälä* ovat lausuneet kuntalain 90 §:n 2 momentin 1 kohdassa tarkoitettua valitusperusteesta, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, jos johtosäännön menettelyä koskevia määräyksiä ei ole noudatettu.³⁵ Teoksessa *Kalima – Häll – Oksanen* on otettu kantaa nimenomaan hankintasääntöjen vastaiseen menettelyyn kunnallisvalituksen valitusperusteena. Teoksessa on katsottu, että hankintasääntöjen rikkomiseen voidaan vedota tehokkaasti kuntalain 90 §:n 2 momentin 3 kohdan muu lainvastaisuus -perusteella, jos hankintasäännöt on kunnassa hyväksytty oikeudellisesti velvoittavina hallintosäädöksinä.³⁶

Mäenpää on puolestaan todennut yleisesti hallintonormeista, että ne yleensä sitovat hallinnon sisällä, mutta niitä ei voida käyttää hallinnon oikeuslähteenä, eikä niillä tai niiden nojalla voida itsenäisesti päättää hallinnon ulkopuolisten oikeuksista tai velvollisuuksista. *Mäenpää* on viitannut siihen, että perustuslain 2 §:n 3 momentin nojalla viranomaisen toimivalta julkisen vallan käyttöön voi perustua vain lakiin. Jos viran-

³¹ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 400 ja *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 143.

³² *Harjula – Prättälä* 2007 s. 205.

³³ *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 141 ss.

³⁴ *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 541–543.

³⁵ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 678.

³⁶ *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 263.

omaiselle on laissa säädetty yksilöity toimivalta normin antamiseen, viranomaisen päättämä normi voi olla oikeusnormi.³⁷ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella lailla voitaneen osoittaa kunnille kunnallisten johtosääntöjen antamisvaltaa jossain määrin laajemmin kuin perustuslain 80 §:n 2 momentin perusteella on mahdollista uskoa valtion viranomaisille norminasettamisvaltaa. Perustuslakivaliokunnan mukaan kunnallinen itsehallinto ei kuitenkaan muodosta perustetta tulkita väljästi perustuslain 80 §:n 1 momentin vaatimusta säätää lailla yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista.³⁸

Myös teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, etteivät hallinnon virallislähteet (muun muassa erilaiset hallinnolliset määräykset ja ohjeet) voi olla itsenäisenä perustana yksityisten oikeuksille ja velvollisuuksille eikä viranomaisten julkisen vallan käyttö voi perustua niihin.³⁹ Teoksessa on hallinnon virallislähteistä todettu, että ohjauksen kohteena olevien toimijoiden kannalta hallinnolliset määräykset saattavat olla oikeudellisesti sitovia, mutta raja oikeudellisesti sitovien hallinnollisten määräysten ja oikeudellista sitovuutta vailla olevien hallinnollisten ohjeiden välillä ei ole käytännössä aina selvä ja yksiselitteinen.⁴⁰

Kuntalakiin perustuva, valtuuston hyväksymä johtosääntö voi sisältää määräyksiä hankintatoimen organisoinnista.⁴¹ Johtosääntöön kuntalakiin perustuvan ja hallintoa sitovan luonteen vuoksi on katsottava, että kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinta-asioissa kunnallisvalituksen valitusperusteluna voidaan vedota johtosäännöllä mahdollisesti määrättyjen toimivaltarajojen ylitykseen ja siten johtosääntöön vastaiseen menettelyyn. Kunnallisvalitukseen liittyvä valvontafunktio perustelee kunnan jäsenen oikeutta saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi kunnan viranomaisen menettelyn johtosääntöön mukaisuus. Myös tarjouskilpailuun osallistuneella tarjoajalla on katsottava olevan vastaava oikeus vedota johtosääntöön määräyksiin viranomaisen toimivallasta hankinta-asioissa. Sen sijaan esimerkiksi kunnanhallituksen hyväksymien hankintaohjeiden sitovuus ja kysymys niihin perustuvista tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien hankintamenettelyä koskevista oikeuksista on epäselvempi. Käytännössä hankintaohjeissa ei välttämättä ole edes määritelty kilpailuttamismenettelyä kansallisten kynnysarvojen alle jäävien hankintojen osalta niin tarkasti, että hankinta-

³⁷ *Mäenpää* 2003 s. 135–136. *Mäenpään* toteaman mukaan oikeusnormin luonne myös edellyttää, että perustuslain 80 §:n mukaisia lainsäädäntövallan siirtämisen edellytyksiä on muutenkin noudatettu.

³⁸ Ks. perustuslakivaliokunnan virkasääntöjä koskevat lausunnot PeVL 3/2000 vp s. 3 ja PeVL 64/2002 vp s. 2 sekä myös PeVL 20/2003 vp s. 2.

³⁹ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 28.

⁴⁰ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 27 ss.

⁴¹ Kuntien yleiset hankintaohjeet s. 10.

ohjeiden perusteella voisi syntyä hankintamenettelyyn liittyviä oikeuksia ja velvollisuuksia.⁴² Sikäli kuin hankintaohjeet sisältävät yksityiskohtaisempia menettelytapamääräyksiä, yksityisille oikeussubjekteille syntyy kuitenkin oikeutettu odotus siitä, että kunta myös menettelee ohjeiden mukaisesti.

7 OIKEUSTURVAN TARVE JULKISISSA HANKINNOISSA

Hankintojen kilpailuttamisen tavoitteena on, että kaikki halukkaat toimittajat voisivat osallistua tarjouskilpailuihin ja saada mahdollisuuden hankintojen toteuttamiseen. Hankintamenettelyssä hankintayksikön on kohdeltava tarjouskilpailuun osallistuvia tarjoajia tasapuolisesti. Hankintapäätöksellä hankintayksikkö ratkaisee hankinnan toteuttamista koskevan kilpailutilanteen ja myös tätä päätöstä tehdessään hankintayksikön on noudatettava tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Leimallista hankinta-asialle on, että oikeussuojan tarve voi syntyä hankintamenettelyn eri vaiheissa ja että hankinta-asiaan liittyy useita eri tahoja.

Alalla toimivan yrityksen kannalta oikeusturvan tarve saattaa syntyä pääasiallisesti kolmessa erilaisessa tilanteessa. Ensimmäisen ryhmän muodostavat tapaukset, joissa tarjouskilpailu on järjestetty, yritys on jättänyt tarjouksen ja hankintapäätös on tehty, mutta yritystä ei ole valittu tarjouskilpailun voittajaksi. Yrityksen tarjous on voitu hylätä tarjouspyyntöä vastaamattomana tai yritys on voitu sulkea tarjouskilpailusta ennen tarjouksen valintaa sen vuoksi, ettei yritys ole täyttänyt tarjoajille asetettuja vaatimuksia. Yleisin on kuitenkin tilanne, jossa yrityksen jättämä tarjous ei ole menestynyt tarjousvertailussa. Näissä kaikissa tilanteissa on olemassa hankintaa koskeva päätös. Tarjouksen hylkäämisestä tai tarjoajan poissulkemisesta on voitu tehdä joko erillinen päätös hankintamenettelyn kuluessa tai tämä päätös on voitu tehdä tarjouskilpailua ratkaistaessa.

Toisen ryhmän muodostavat tilanteet, joissa tarjouskilpailua ei ole järjestetty ja hankintayksikkö on tehnyt hankinnan suorahankintana. Alalla toimiva yritys ei ole tällöin päässyt osallistumaan tarjouskilpailuun. Suorahankinnasta on voitu tehdä hankintapäätös, mutta mahdollista myös on, ettei erillistä hankintapäätöstä ole tehty.

Kolmannen, selvästi harvinaisemman ryhmän muodostavat tapaukset, joissa tarjouskilpailu on järjestetty ja hankintapäätös tehty, mutta alalla toimiva yritys ei ole jättänyt tarjousta. Tämä on voinut johtua tarjouspyynn-

⁴² Vrt. esim. Kuntien yleiset hankintaohjeet s. 32–34.

nössä määritellyistä ehdoista, joita sittemmin muutetaan tai joita yritys väittää syrjiviksi.

Kun edellä mainituissa tapauksissa hankinnasta on yleensä tehty hankintapäätös, täyttyy hallinto-oikeudellisen valituksen edellytyksenä oleva vaatimus päätöksestä, johon valitus kohdistetaan.⁴³ Pelkästään tarjouskilpailun ehto tai muu syrjivä menettely ilman asiaa koskevaa päätöstä ei voi siten olla muutoksenhaun kohteena vastaavaan tapaan kuin hankintalain mukaan on mahdollista. Hankintapäätöksen valituskelpoisuudesta hallintovalituksessa on kuitenkin esitetty oikeuskirjallisuudessa erisuuntaisia näkemyksiä, sen sijaan hankintapäätöksen valituskelpoisuutta kunnallisvalituksessa on pidetty selvänä.

Kun alalla toimivaa yritystä ei ole edellä mainituissa tilanteissa valittu toimittajaksi, yritys menettää mahdollisuuden hankinnan toteuttamiseen ja siltä jää saamatta tuloja. Tarjouksen laatimisesta on aiheutunut yritykselle kuluja, jotka jäävät sen tappioksi. Yrityksen kannalta oikeusturvan tarve liittyy pohjimmiltaan tarjouskilpailussa valitsematta jäämiseen ja siitä aiheutuviin tulon menetyksiin.

Selvää on, ettei kenelläkään voi olla subjektiivista oikeutta tarjouskilpailun voittamiseen. Tällaista aineellista oikeutta ei ole lainsäädännöstä löydettävissä. Hankintalakien voidaan kuitenkin edellä selostetulla tavalla todeta antavan tarjoajalle hankintamenettelyyn liittyviä oikeuksia. Myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa erityisesti hallintolain 6 §:n hallinnon oikeusperiaatteiden ja lisäksi mahdollisesti hankintäsääntöjen ja -ohjeiden on katsottava antavan tarjoajalle oikeuden tulla kohdelluksi hankintamenettelyssä niiden asettamien vaatimusten mukaisesti. Tarjoajan oikeuksia arvioitaessa ei tulisikaan lähteä siitä, onko tarjoajalla subjektiivinen oikeus tarjouskilpailun voittamiseen, vaan tulisi pohtia, mitä menettelyyn liittyviä oikeuksia tarjoajalle sovellettavissa säännöksissä annetaan.

8 MENETTELYLLISET OIKEUDET

Menettelysäännöt määrittävät, millaisia muotoja ja menettelytapoja viranomaisen on noudatettava asioita käsitellessään. Ne antavat vastauksen siihen, miten viranomaisen tulee menetellä.⁴⁴ Oikeus asianmukaiseen käsittelyyn ja hyvään hallintoon on turvattu perusoikeutena perustuslain 21

⁴³ *Suviranta* 2006 s. 92.

⁴⁴ *Laakso* 1990 s. 21, *Kulla* 1998a s. 52 sekä *Kulla* 2008 s. 19 ss.

§:ssä. Kyseisiä oikeuksia kutsutaan menettelyllisiksi perusoikeuksiksi.⁴⁵ Kun viranomaisen menettelylle on asetettu lainsäädännössä vaatimuksia, yksityiselle oikeussubjektille syntyy vastaavasti oikeus vaatimusten mukaiseen menettelyyn. Menettelyä koskevien viranomaisten velvollisuuksien voidaan siten katsoa antavan menettelyyn liittyviä oikeuksia. Voidaan kuitenkin kysyä, ovatko menettelylliset oikeudet erotettavissa aineellisista oikeuksista ja voidaanko hankinta-asioissa ja nimenomaan hankintalakiin ulkopuolella tarjoajilla katsoa olevan menettelyllisiä oikeuksia.

Kysymys menettelyllisistä oikeuksista on *Kullan* mukaan oikeusteoreettisesti vaikeaselkoinen, koska rajanveto objektiivisten ja subjektiivisten oikeuksien välillä on epämääräinen, suhteellinen ja tilanteittain vaihteleva.⁴⁶ Oikeuksien luokittelu luonteeltaan joko aineelliseksi tai menettelylliseksi ei ole yksiselitteistä. Luokitteluun liittyy kysymys siitä, voivatko menettelylliset oikeudet olla itsenäisiä vai liittyvätkö ne vain aineellisten oikeuksien toteuttamiseen. Määriteltäessä menettelylliset oikeudet epäitsenäisiksi menettelyllisiä oikeuksia pidetään vain keinoina saavuttaa sisällöltään oikea ratkaisu.⁴⁷

Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu menettelyllisiä oikeuksia muun muassa ympäristöoikeudessa sekä terveyden- ja sosiaalihuoltoa koskevassa lainsäädännössä. Ympäristöllisten oikeuksien keskinäisyyden osalta ovat *Kumpulán* mukaan painottuneet näkemykset, joiden mukaan menettelylliset oikeudet ovat ensisijaisia suhteessa aineellisiin oikeuksiin.⁴⁸ Laajasti ymmärrettynä menettelyllisillä oikeuksilla tarkoitetaan *Kumpulán* määrittelyn mukaan yhdistymis- ja sananvapautta, oikeutta ympäristöä koskevaan informaatioon, oikeutta osallistua ympäristöä ja luonnonvarojen käyttöä koskevaan päätöksentekoon sekä oikeutta asianmukaisiin oikeussuojakeinoihin ympäristöä koskevassa päätöksenteossa ja ympäristövahinkotilanteissa.⁴⁹ *Kotkas* on puolestaan todennut terveyden- ja sosiaalihuollon lainsäädäntöön sisältyvien menettelyllisten oikeuksien olevan kiinteässä yhteydessä kansalaisoikeuksiin ja sosiaalisiin oikeuksiin, eivätkä ne ole luonteeltaan itsenäisiä oikeuksia. Hänen mukaan lainsäätäjät on kuitenkin pyrkinyt pitämään menettelylliset oikeudet tiukasti erillään oikeudesta johonkin tiettyyn terveyden- ja sosiaalihuollon palveluun.⁵⁰ *Kotkas* on määritellyt artikkelissaan menettelylliset oikeudet oikeuksiksi, jotka liittyvät yhtäältä

⁴⁵ Ks. mm. *Mäenpää* 2008 s. 1 ss. ja *Kulla* 2008 s. 46 ss. sekä myös KHO 2010:82.

⁴⁶ *Kulla* 2008 s. 20. Ks. myös *Galligan* 1996 s. 49–50 ja s. 100.

⁴⁷ *Kulla* 2008 s. 20–21.

⁴⁸ *Kumpula* 2004 s. 57.

⁴⁹ *Kumpula* 2004 s. 11–12.

⁵⁰ *Kotkas*, LM 2009 s. 216–217.

sosiaalisten etuuksien hakemiseen, ja toisaalta siihen tapaan, jolla jokin myönnetty terveys- ja sosiaalipalvelu on toteutettava.⁵¹

Harkinnanvaraisessa viranomaistoiminnassa yksityisellä oikeussubjektilla ei ole perinteisten oppien mukaan subjektiivisia oikeuksia.⁵² Hankintalakien ulkopuolelle jäävässä hankinta-asiassa viranomaisen menettelyä ja päätöksentekoa määrittävät sovellettavien säännösten ohella tarjouskilpailun ehdot, eikä kyse ole vastaavalla tavalla harkinnanvaraisesta viranomaistoiminnasta. Koska tarjoajalla ei kuitenkaan voida katsoa olevan subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, tämän ”aineellisen oikeuden” puuttumisen vuoksi hankinta-asiat ovat rinnastettavissa harkinnanvaraiseen viranomaistoimintaan. *Galligan* on katsonut, että vaikka oikeussubjektilla ei olisikaan oikeutta esimerkiksi tiettyyn etuuteen, tämä ei merkitse, että etuuden toteuttamista koskevaan menettelyyn ei liittyisi mitään rajoituksia. Tietyt vakiintuneet standardit määrittävät harkintavallan käyttöä, luovat kriteerejä asianmukaiselle menettelylle ja muodostavat oikeuksia menettelyn ja perustelemisen suhteen.⁵³ Viranomaisen ei voi toimia miten tahansa, vaan harkinnanvaraisen päätöksen välittömässä vaikutuspiirissä olevat oikeussubjektit voivat vaatia, että viranomaisen noudattaa asianmukaista menettelyä.⁵⁴

Kullan mukaan menettelyllistä oikeuksista voidaan puhua silloin, kun asianosainen voi vaatia tiettyä menettelysuojaa käsittelyn kuluessa riippumatta asiassa tehtävästä päätöksestä.⁵⁵ Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa menettelysuojaa tarjoavat säännökset löytyvät hallintolaista. Hankinta-asiassa kyse ei ole kuitenkaan hallintolain luonteeltaan selvästi prosessuaalisten säännösten antamasta suojasta (kuten kuulemisvelvollisuus), vaan hallinnon oikeusperiaatteiden mukanaan tuomasta suojasta syrjivää kohtelua ja epäasiallista menettelyä kohtaan. Yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteiden nojalla tarjoajalla on oikeus tasapuoliseen kohteluun ja asianmukaiseen menettelyyn hankinta-asiassa. Viranomaistoiminnan tasapuolisuuden vaatimus pohjautuu perustuslain 6 §:n sisältämään yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Näillä tasapuolista kohtelua koskevilla vaatimuksilla on kuitenkin vaikutuksensa myös hankinta-asiassa tehtävän päätöksen sisältöön. Kyse ei ole siten pelkästään

⁵¹ *Kotkas*, LM 2009 s. 212. Myös *Arajärvi* tarkastelee erikseen toimeentuloturvan menettelyllistä oikeellisuutta, ks. *Arajärvi* 2002 s. 326 ss. Menettelyllisistä oikeuksista ks. myös *Aer* 2000 s. 78 ss.

⁵² Ks. *Kulla*, LM 1998b s. 1148. *Kulla* on katsonut hallintolain edeltäjän hallintomenettelylain soveltuvan kokonaisuudessaan myös harkintatilanteisiin edellyttäen, että menettelyssä on asianosaisia.

⁵³ *Galligan* 1996 s. 106.

⁵⁴ *Kulla*, LM 1998b s. 1148.

⁵⁵ *Kulla* 2008 s. 20.

menettelyn, vaan lopulta myös hankintapäätöksen asiallisesta tasapuolisuudesta ja syrjimättömyydestä.

Edellä esitetty liittyy kysymykseen hallinnon oikeusperiaatteiden luonteesta yleisesti ja erityisesti hankinta-asioissa. *Kulla* mukaan hallinnon oikeusperiaatteet ovat lähinnä aineellisia oikeusperiaatteita eli toiminnan sisällöllisiä laillisuusperusteita, mutta periaatteilla on merkitystä myös hallintomenettelyssä. *Kulla* on todennut yhdenvertaisuusperiaatteen olevan sekä aineellinen periaate että menettelyperiaate. Hän onkin katsonut hallintolain madaltaneen sisällöllisten ja menettelyllisten sääntelyiden välistä raja-aitaa.⁵⁶ *Mäenpään* mukaan hallintolain tarkoituksena on määritellä yleiset menettelyvaatimukset hallintoasian käsittelylle ja hallintolain suhde aineelliseen lainsäädäntöön on näin ollen ensisijassa menettelyllinen.⁵⁷ *Mäenpää* on todennut hallintolain määrittelevän laadulliset perusteet hyvälle hallinnolle ja asettavan samalla viranomaiselle menettelyllisiä velvoitteita sekä määrittelevän hallinnossa asioiville menettelyllisiä oikeuksia, kuten oikeus puolueettomaan ja tasapuoliseen menettelyyn.⁵⁸ *Mäenpää* on kuitenkin erottanut menettelyn tasapuolisuutta ja puolueettomuutta käsitellessään asiallisen ja menettelyllisen yhdenvertaisuuden. Menettelyllisen yhdenvertaisuuden vaatimus perustuu hallintolain 6 §:n tasapuolisen kohtelun vaatimukseen. *Mäenpää* toteaa tasapuolisuudella olevan merkitystä erityisesti käsiteltäessä useita kilpailevia hakemuksia, jotka koskevat samaa niukkaa etua tai oikeutta.⁵⁹

Vaikka hallinnon oikeusperiaatteiden noudattamisella on liityntänsä hankintapäätöksen asialliseen sisältöön, periaatteiden merkitys on kuitenkin hankinta-asioissa luokiteltavissa pääasiallisesti menettelylliseksi, menettelyllistä suojaa antavaksi. Tässä suhteessa on mielestäni hankinta-asioissakin perusteltua puhua menettelyllisistä oikeuksista.

⁵⁶ *Kulla* 2008 s. 17 ja s. 94 ss. Teoksessa *Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko* on määritelty hallinnon oikeusperiaatteet hallintotoimintaa ja -harkintaa ohjaaviksi aineellisiksi periaatteisiksi. ks. *Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko* 2010 s. 119 ss.. Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* tarkastellaan periaatteita toimivallan ja harkintavallan käyttämiseen liittyvinä periaatteina, ks. *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 303 ss.

⁵⁷ *Mäenpää* 2008 s. 16. Ks. myös *Mäenpää*, Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).

⁵⁸ *Mäenpää* 2008 s. 25.

⁵⁹ *Mäenpää* 2003 s. 273.

9 HALLINTOPROSESSIN TEHTÄVÄT JA VALITUSOIKEUS

Hallintoprosessin perustehtävinä voidaan pitää yhtäältä oikeusturvan toteuttamista ja toisaalta hallintoon kohdistuvaa valvontaa. Näitä kahta hallintoprosessin perustehtävää kuvaavat määritelmät oikeusturvan subjektiivisesta ja objektiivisesta laajuudesta. Subjektiivisella oikeusturvalla tarkoitetaan yksityisen oikeudellisen aseman suojaamista suhteessa julkiseen valtaan, kun taas objektiivisessa oikeuskontrollissa pyritään suojaamaan oikeuden ja hallinnon lainalaisuuden toteutumista.⁶⁰

Sillä, mitä hallintoprosessin tehtävää korostetaan, on *Kullan* mukaan vaikutuksensa valitusoikeuden järjestämiseen lainsäädännössä. Subjektiivista oikeusturvaa painotettaessa valitusoikeuden edellytyksenä on pidetty subjektiivisen oikeuden loukkausta tai suppeasti määritellyn (oikeudellisen) intressin loukkausta. Sen sijaan objektiivisessa oikeuskontrollissa valitusoikeutta ei ole rajattu subjektiivisen oikeuden loukkaukseen, vaan myös henkilökohtaisen intressin (kuten taloudellisen tai aatteellisen) loukkaus voi perustaa valitusoikeuden. Tällaisen intressin on oltava luonteeltaan kuitenkin riittävän eriytynyt. Erilaisen painotuksen omaksumisen hallintoprosessin perustehtävissä on siten katsottu vaikuttavan siihen, onko puhevalta määritely oikeussidonnaisesti vai lähinnä intressisidonnaisesti.⁶¹ *Mäenpää* on hallintoprosessin funktioita tarkastellessaan todennut oikeusturvan toteuttamisen säilyvän hallintoprosessin perustehtävänä, mutta määritellyt oikeusturva- ja valvontafunktion ohella hallintoprosessin tehtäviksi riidanratkaisu- ja ohjausfunktiot, instrumentaalisen ja oikeutta luovan funktion sekä menettelyllisen oikeudenmukaisuuden takaamisfunktion.⁶² Mainittujen muiden hallintolainkäytön tehtävien voidaan katsoa kuvaavan tai ainakin liittyvän hallintolainkäytön oikeusturvan toteuttamista ja hallinnon valvontaa koskeviin funktioihin. *Mäenpää* toteaaakin esimerkiksi instrumentaalisen funktion liittyvän sekä hallintoprosessin valvonnalliseen tehtävään että oikeusturvatehtävään. Instrumentaalisisessa funktiossa hallintoprosessin tavoitteena on paitsi antaa yksityisen asiaosaisen kannalta oikea ja lainmukainen ratkaisu myös varmistaa oikeuden tehokas toteutuminen muissakin vastaavissa tapauksissa.⁶³

⁶⁰ *Suviranta* 2007 s. 172–173, *Mäenpää* 2005 s. 5–6 ja *Kulla* 1998c s. 237–238.

⁶¹ *Kulla* 1998c s. 238 ss.

⁶² *Mäenpää* 2004 s. 226 ss. Hallintoprosessin tehtäviä on käsitelty myös hallintolainkäyttöä koskeissa väitöskirjoissa, ks. laajimmin *Siitari-Vanne* 2005 s. 153 ss. Ks. myös *Aer* 2000 s. 93 ss. sekä oikeusturva-ajattelun kehityksestä ks. *Halila* 2000 s. 16 ss.

⁶³ *Mäenpää* 2004 s. 234–235.

Kuten *Siitari-Vanne* on todennut, hallintoprosessin funktioiden painotus vaihtelee ainakin jossain määrin eri asiaryhmissä.⁶⁴ Esimerkiksi instrumentaalinen funktio on korostunut EU-oikeuden alalla, jolla pyritään yhtäältä turvaamaan unionin oikeuden tehokas ja yhdenmukainen toteutuminen sovellettaessa sitä kansallisissa tuomioistuimissa ja toisaalta takaamaan yksityisen EU-oikeuteen perustuvien oikeuksien tehokkuus.⁶⁵ Tällainen instrumentaalinen funktio on nähtävissä julkisia hankintoja koskevassa EU-oikeudessa ja kansallisissa hankintalaeissa. Markkinoilla toimivat yritykset valvovat hankintasäännösten noudattamista ja voivat saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi muun muassa hankinnat, jotka hankintayksikkö on tehnyt tarjouskilpailua järjestämättä. Oikeussuojakeinojen käyttämisessä on näin ollen kyse paitsi markkinoilla toimivien yritysten omien oikeuksien suojaamisesta myös hankintaviranomaisen toiminnan lainmukaisuuden saattamisesta tuomioistuinkontrollin piiriin ja pyrkimyksestä siten varmistaa sääntelyn noudattamista julkisissa hankinnoissa yleisemminkin.⁶⁶ Hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa hallinnon valvontafunktiosta on kyse kunnan jäsenen tekemässä kunnallisvalituksessa.

Mäenpään tavoin katson, etteivät hallintoprosessin perustehtävät ole tosiasiaassa toisistaan erotettavissa, sillä oikeusturvan antamiseen sisältyy myös valvonnallinen elementti ja valvonnan toteuttamiseen puolestaan oikeusturvaelementti.⁶⁷ Kun tarkastelen yksityisen oikeussubjektin mahdollisuutta saattaa hankinta-asia tuomioistuimen tutkittavaksi, tutkimustehtävässä painottuu oikeusturvan toteuttaminen ja siten hallintolainkäytön oikeusturvatehtävä korostuu. Oikeusturvafunktio on myös ydinsisältönä ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa oikeudessa ja perustuslain oikeusturvaa koskevassa perusoikeudessa. Säännösten tarkoituksena on mahdollistaa suoja oikeudenloukkauksia vastaan. Vastaavaa tavoitetta toteuttaa myös hallintolainkäyttölain valitusoikeutta koskeva säännös.⁶⁸

Hallinnon valvonnan on katsottu edellyttävän oikeusturvafunktioon verrattuna laajempaa, muuhun kuin oikeudelliseen intressiin pohjautuvaa valitusoikeutta. Oikeusturvafunktion toteuttamisen kannalta aineellisen oikeuden tai oikeudellisen intressin olemassaoloon pohjautuva valitusoikeus

⁶⁴ *Siitari-Vanne* 2005 s. 170.

⁶⁵ *Mäenpää* 2004 s. 234–235.

⁶⁶ Julkisasiamies on ratkaisuehdotuksessaan 13.3.2008 asiassa C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* todennut oikeussuojadirektiivien tavoitteen kaksitahoiseksi: toisaalta tavoitteena on taata yksilöille tehokas oikeussuoja hankintasopimusten tekemisen yhteydessä ja toisaalta mahdollistaa hankintaviranomaisten päätösten laillisuuden valvonta. Ks. ratkaisuehdotuksen kohta 144.

⁶⁷ *Mäenpää*, Oikeus 2007 s. 325. Vastaavasti *Pellonpää* 2008 s. 627.

⁶⁸ Ks. myös *Kulla* 1998c s. 246.

on katsottu yleensä riittäväksi. Kuitenkin yhtä hyvin hallintolainkäytön oikeussuojafunktion toteuttamisenkin voidaan katsoa edellyttävän mainittua laajempaa valitusoikeutta.

Kun julkisissa hankinnoissa on kyse ennen kaikkea menettelyn asianmukaisuudesta, oikeusturvaodotukset kohdistuvat mahdollisuuteen saattaa hankintamenettelyn virheettömyys tuomioistuimen tutkittavaksi. Kyse voidaan katsoa olevan edellä todetulla tavalla menettelyllisiin oikeuksiin liittyvästä oikeusturvan tarpeesta. Jotta tarjoaja voisi saattaa hankintamenettelyn tuomioistuimen tutkittavaksi, edellyksenä kuitenkin on, että tällainen menettelyllinen oikeus hyväksyttäisiin valitusoikeuden perusteeksi.

10 IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET

10.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklan 1 kappaleen mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan.⁶⁹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytännössä artiklan on katsottu sisältävän tuomioistuinkäsittelyä koskevan oikeuden, eikä pelkästään määrittävän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin menettelyllisiä vaatimuksia silloin kun tuomioistuimeen pääsystä on kansallisessa oikeudessa säädetty. Artikla takaa siten oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn sen soveltamispiiriin kuuluvissa asioissa.⁷⁰ Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee rikosasioiden ohella asioita, joissa päätetään henkilön oikeuksista ja velvollisuuksista. Englanninkielisenä kyseinen kohta kuuluu ”the determination of his civil rights and obligations” ja ranskan kielellä ”contestations sur ses droits et obligations de caractère

⁶⁹ Oikeudesta tuomioistuinkäsittelyyn sisältyy vastaavanlainen määräys myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) 14 artiklan 1 kappaleeseen, jonka mukaan päätettäessä rikossyytteestä henkilöä vastaan tai hänen oikeuksistaan tai velvoituksiaan riita-asiaissa jokaisella on oikeus rehelliseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetun toimivaltaisen, riippumattoman ja puolueettoman tuomioistuimen edessä.

⁷⁰ Ks. *Pellonpää* 2007 s. 364–365. Ks. myös *Ervo* 2005 s. 116. Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn ei ole ehdoton oikeus, vaan sille voidaan asettaa rajoituksia. Rajoituksella ei kuitenkaan saa tehdä kyseistä oikeutta merkityksettömäksi. Lisäksi rajoituksella on pyrittävä hyväksyttäviin tavoitteisiin ja rajoituksen on täytettävä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Ks. esim. *Mendel v. Ruotsi*, tuomio 7.4.2009, kohta 74 sekä *Pellonpää* 2007 s. 365 ja *Ervo* 2005 s. 121 ss.

civil”. Suomenkielisessä tekstissä määre ”civil” on siis jätetty kääntämättä ja käytetään vain ilmaisua ”oikeudet ja velvollisuudet”. Käsitteen ”civil rights” tulkinta on osoittautunut ongelmalliseksi 6(1) artiklan soveltamisessa. Epäselvää on ollut, missä laajuudessa sopimusmääräys soveltuu hallintoasioihin. Vaihtoehtona ”civil rights and obligations” -käsitteen tulkinnalle olisi katsoa sen tarkoittavan vain yksityisoikeudellisia asioita tai sitten tulkita sitä laajemmin katsoen sen koskevan muita asioita kuin rikosasioita, jolloin hallintoasiat niiden luonteesta riippumatta kuuluisivat käsitteen alaan ja käsite kattaisi ylipäätään kaikki yksilön/kansalaisen oikeudet ja velvollisuudet.⁷¹ EIT:n ratkaisukäytännössä oikeuden luonteen arvioinnissa aikaisemmin selvemmin nähtävissä olleen erottelun yksityis- ja julkisoikeuteen voidaan todeta menettäneen merkitystään ja tulkinnan liikkuneen kohti laajempaa 6(1) artiklan soveltamista.⁷² Vieläkin kuitenkin merkittäviä ryhmiä hallintoasioista on katsottu jäävän sopimusmääräyksen soveltamispiiriin ulkopuolelle. Käsitteen sisältö muotoutuu edelleen EIT:n ratkaisukäytännössä.⁷³

EIT:n tuomiossa *Ringeisen*-tapauksessa vuonna 1971 todettiin, että 6(1) artiklan soveltumisen kannalta ei ollut ratkaisevaa, ovatko molemmat asianosaiset yksityishenkilöitä, kuuluuko asia kansallisessa laissa yksityis- vai hallinto-oikeuden alaan ja mikä viranomaisen asiassa on toimivaltainen. Ratkaisevaa sen sijaan on, onko asialla vaikutuksia yksityisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Kyseisessä tapauksessa 6(1) artiklassa tarkoitetuista oikeuksista katsottiin päätetyn päätöksellä, jolla viranomainen oli hylännyt sille vahvistettavaksi toimitetun yksityisten henkilöiden välisen kiinteistönluovutus sopimuksen. Vaikka viranomainen sovelsi päätöstä tehdessään hallinto-oikeutta, päätöksellä oli ratkaiseva merkitys yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden kannalta (decisive for the relations in civil law).⁷⁴

EIT:n tuomio *Ringeisen*-tapauksessa perustui erotteluun yksityis- ja julkisoikeuden välillä käsitteen ”civil rights” tarkoittaessa yksityisoikeudellisia oikeuksia. Kuten edellä on todettu, myöhemmässä ratkaisukäytännössä tämän erottelun merkityksen voidaan nähdä vähentyneen. *Pellonpään* lausuman mukaan läheinen yhteys julkisoikeudelliseksi luonnehdittavan menettelyn ja siitä yksityisoikeudellisiin oikeussuhteisiin aiheutuvien heijastusvaikeuksien välillä on menettänyt merkitystään 6(1) artiklan soveltamisedellytyksenä erityisesti sosiaalietuuksia koskevissa tapauksis-

⁷¹ Sopimusmääräyksen tarkoitettu soveltamisalasta valmisteluaineiston perusteella ks. *van Dijk* 1988 s. 133 ss. Ks. myös *Mäenpää*, LM 1987 s. 315.

⁷² Ks. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 210–212 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 315.

⁷³ *Pellonpää* 2007 s. 377. Oikeuskäytännöstä ja mahdollisista kehityslinjoista ks. *Jacobs – White – Ovey* 2010 s. 253 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 222–223.

⁷⁴ *Ringeisen v. Itävalta*, tuomio 16.7.1971, kohta 94.

sa.⁷⁵ *Feldbrugge*- ja *Deumeland*-tapauksissa⁷⁶ EIT punnitsi riidanalaiseen oikeuteen liittyviä yksityis- ja julkisoikeudellisia piirteitä, ja yksityisoikeudellisten piirteiden ollessa hallitsevampia, kyseessä katsottiin olevan ”civil right”. Uudemmassa EIT:n ratkaisukäytännössä sosiaalietuuksien on katsottu voivan olla 6(1) artiklan soveltamispiirissä riippumatta siitä, liittykö niihin yksityisoikeudellisia piirteitä.⁷⁷ Vaikka EIT:n ratkaisukäytännössä 6(1) artiklan soveltamisala on laajentunut, sopimusmääräystä ei ole kuitenkaan ulotettu asioihin, joiden on luonteeltaan katsottu kuuluvan julkisen vallan keskeisiin oikeuksiin (”the hard core of public-authority prerogatives”). Esimerkiksi veroasiat on jätetty 6 artiklan siviilihaaran ulkopuolelle niihin veronmaksajille liittyvistä taloudellisista vaikutuksista huolimatta.⁷⁸ Käsite ”civil rights and obligations” ei siten viittaa vain yksityisoikeudellisiin oikeuksiin tai velvollisuuksiin, mutta ei kuitenkaan (ainakaan vielä) kaikkiin yksilön/kansalaisen oikeuksiin tai velvollisuuksiin. ”Civil right” -käsitteestä käytetty suomenkielinen käännös ”yksityisluonteinen oikeus” tarjoaa suuntaa antavan kuvan käsitteen sisällöstä.⁷⁹

Selitystä EIS 6(1) artiklan soveltamisalan laajenemiselle hallintoasioissa voidaan hakea sopimusvaltioissa tapahtuneesta kehityksestä. Viranomaisten toiminnan ja julkisoikeuden laajentuminen on lisännyt yksityisten oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaa hallinnollista päätöksentekoa. Kehitys on EIT:n dynaamisessa tulkintakäytännössä johtanut käsitteen ”civil rights” soveltamisalan kasvamiseen. Tämä on mahdollistanut oikeusturvan saamisen viranomaisten ja kansalaisten välisissä suhteissa.⁸⁰ Sopimusmääräyksen soveltamisalan laajentumiseen on teoksessa *Harris – O’Boyle – Warbrick* katsottu johtaneen myös seuraavat tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön liittyvät seikat: 6 artiklan soveltamisalan poikkeuksia koskeva suppea tulkinta, oikeuksien määrittelyminen hyvin yleisellä tasolla (kuten oikeus harjoittaa elinkeinotoimintaa), riidanalaiseen oikeuteen liittyvien taloudellisten näkökohtien painottaminen sekä oikeudesta päättämisen

⁷⁵ *Pellonpää* 2007 s. 381. Vastaavasti myös *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 210–212.

⁷⁶ *Feldbrugge v. Alankomaat*, tuomio 29.5.1986, kohta 40 ja *Deumeland v. Saksa*, tuomio 29.5.1986, kohta 74.

⁷⁷ *Schuler-Zraggen v. Sveitsi*, tuomio 24.6.1993, kohta 46. Ks. *Pellonpää* 2007 s. 381–382 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 217. Oikeuskäytännön kehittymisestä ks. myös *Halila* 2000 s. 170 ss.

⁷⁸ *Ferrazzini v. Italia*, tuomio 12.7.2001, kohta 29. Veronkorotusten määrittämisen on sen sijaan katsottu koskevan 6 artiklan rikoshaaraa, ks. *Jussila v. Suomi*, tuomio 23.11.2006 sekä myös ratkaisut KHO 2007:67 ja 68. Ks. muista 6(1) artiklan ulkopuolelle jäävistä asioista mm. *Pellonpää* 2007 s. 383–386 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218 ss.

⁷⁹ EIT:n tuomioiden suomenkielisissä Finlex-käännöksissä on ”civil right” käännetty yksityisluonteiseksi oikeudeksi. Ks. myös *Ervo* 2008 s. 4 ss.

⁸⁰ *Ferrazzini v. Italia*, kohta 27. Ks. *Mäenpää*, LM 1987 s. 285, *Halila* 2000 s. 174, *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218–219 sekä *Hallberg* 1999 s. 658.

ulottaminen koskemaan myös päätöksestä seuraavia vaikutuksia. Näiden tulkintaratkaisujen myötä on ollut mahdollista katsoa yhä laajenevasti hallintoviranomaisten päätösten kuuluvan 6(1) artiklan piiriin.⁸¹

EIT ei ole antanut yleistä määritelmää ”civil rights” -käsitteestä, vaan kysymys oikeuden luonteesta on ratkaistu yksittäistapauksittain. Käsitteen sisältö on muodostunut vaikeaselkoiseksi. Kunkin tapauksen tulkintaohjeen ja yhtenäisen tulkintalinjan hahmottamista vaikeuttaa se, että 6(1) artiklan soveltumista koskeva ratkaisu pohjautuu yksittäisen tapauksen olosuhteiden lisäksi usein yksilöllisiä piirteitä sisältävään kansalliseen lakiin. Useista asiatyypeistä on ratkaisukäytäntöä kuitenkin muodostunut sen verran runsaasti, että yleisempiä kannanottoja voidaan esittää.

Artikkelissa tarkastellaan seuraavaksi 6 artiklan soveltamisedellytyksiä siviilihaaran osalta EIT:n ratkaisukäytännön perusteella. Tarkastelu jakautuu seuraaviin osa-alueisiin: onko olemassa oikeutta koskeva riita, onko kyse oikeudesta päättämisestä, onko olemassa oikeus ja mikä on kyseisen oikeuden luonne. Artikkelin kannalta keskeisimpänä kysymyksenä voidaan pitää sen arvioimista, onko olemassa oikeus, joka aikaansaa 6(1) artiklan soveltumisen. Tätä kysymystä EIT on käsitellyt erilaisia lupia koskevissa asioissa, joissa subjektiivista oikeutta luvan saamiseen ei voida katsoa olevan ja joissa viranomaisella on harkintavaltaa luvan myöntämisestä tai peruuttamisesta päättäessään. Viranomaisen harkintavallasta esitetyt linjaukset tarjoavat lähtökohdan tarjoajan oikeuksien arvioinnille. Myöskään tarjoajalla ei voida katsoa olevan subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, vaikkakin julkisissa hankinnoissa viranomaisen toimintaa määrittävät ja siten harkintavaltaa rajoittavat osaltaan tarjouskilpailun ehdot. Erilaisiin lupiin liittyvän oikeuskäytännön selostamisen jälkeen tarkastelun kohteena ovat EIT:n ratkaisut, joissa on otettu kantaa tarjoajan oikeuksiin tarjouskilpailuissa.

10.2 6(1) artiklan soveltamisedellytykset

10.2.1 Riita

EIS 6 artiklan siviilihaaran soveltumisen edellytyksenä on oikeutta koskeva riita, joko kahden yksityishenkilön välillä tai yksityishenkilön ja valtion välillä. EIT:n mukaan sanaa ”riita” ei tule tulkita liian teknisesti eikä muodollisesti. Riita voi koskea sekä oikeuden olemassaoloa että sen sisältöä ja tapaa, jolla sitä käytetään. Riita voi liittyä oikeus- ja tosiasia-

⁸¹ Harris – O’Boyle – Warbrick 2009 s. 218–219, s. 222 ja s. 227.

kysymyksiin. Lisäksi riidan on oltava aito ja vakava.⁸² Periaatteelliset sopimukseen vetoamiset, joilla ei ole todellista merkitystä osapuolelle, voivat siten jäädä sopimusmääräyksen soveltamisalan ulkopuolelle.⁸³ Tämä merkitsee käytännössä, että julkisoikeudelliseen riitaan on liityttävä yksityisen oikeussubjektin oikeussuojan tarve.⁸⁴

10.2.2 Oikeudesta päättäminen

Oikeudenkäynnin tai muun menettelyn lopputuloksella on oltava välittömästi ratkaiseva merkitys asianomaiselle oikeudelle. Oikeudesta päättäminen voi olla nimenomaisesti päätöksentekoprosessin tarkoitus tai päätöksentekoprosessi voi olla ratkaiseva asianomaisen oikeuden kannalta, vaikka oikeudesta päättäminen ei olisi nimenomaisesti sen ainoa kohde. Pelkät heikot yhteydet tai kaukaiset seuraukset eivät kuitenkaan tuo riitaa EIS 6(1) artiklan piiriin.⁸⁵

10.2.3 Kansallisen oikeuden tunnustama oikeus

Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee vain riitoja oikeuksista, jotka ovat kansallisen oikeuden tunnustamia. EIS 6(1) artikla ei perusta uusia aineellisia oikeuksia eikä se takaa oikeuksille mitään aineellista sisältöä, vaan sillä tarjotaan prosessuaalista suojaa kotimaisessa oikeudessa jo tunnustetuille oikeuksille. Riittävää on, että oikeutta voidaan ainakin puolustettavain perustein pitää kotimaisen oikeuden tunnustamana.⁸⁶ Sen sijaan edellytyksenä ei ole, että valittajan esittämät väitteet ovat aiheellisia kansallisen oikeuden kannalta.⁸⁷ Kansallisella oikeudella tarkoitetaan jäsenvaltioiden

⁸² Ks. esim. *Benthem v. Alankomaat*, tuomio 23.10.1985, kohdat 32 ja 34 ja *Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia*, tuomio 23.6.1981, kohdat 44–51.

⁸³ *Ervo* 2008 s. 10.

⁸⁴ *Halila* 2000 s. 185.

⁸⁵ Ks. esim. *Benthem v. Alankomaat*, kohta 32 ja *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006. Ks. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 226–227.

⁸⁶ Ks. esim. *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006 ja *Ahtinen v. Suomi*, tuomio 23.9.2008, kohta 38. Toisinaan voi olla vaikea ratkaista, onko oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn koskeva rajoitus aineellisen oikeuden olemassaoloon vaikuttava vai luonteeltaan prosessuaalinen. Aineellisen oikeuden rajoittaminen voi johtaa siihen, ettei EIS 6(1) artikla sovellu, sen sijaan prosessuaalisen rajoituksen osalta on arvioitava rajoituksen hyväksyttävyyttä. Ks. mm. *Roche v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 19.10.2005, kohdat 118–120 sekä *Pellonpää* 2007 s. 371–372, *Jacobs – White – Ovey* 2010 s. 256–258 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 224–225 ja 241. Lisäksi on huomattava, että EIT on joissakin ratkaisuisaan katsonut 6 artiklaa loukatun asian lopputuloksen ollessa selvästi vastoin oikeusvaltioperiaatetta, vaikka menettely oli sinänsä näyttänyt olevan virheetöntä. Ks. *Pellonpää* 2007 s. 397–380 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 202.

⁸⁷ *Neves e Silva v. Portugal*, tuomio 27.4.1989, kohta 37.

osalta myös EU-oikeutta.⁸⁸

Kysymystä oikeuden olemassaolosta on harkittava kotimaisen oikeuden perusteella. Oikeuden olemassaoloa harkittaessa lähtökohtana on kotimainen laki, sen sanamuoto ja tulkintakäytäntö kansallisissa tuomioistuimissa.⁸⁹ EIT on katsonut, että täytyy olla vahvoja perusteita, jotta se voisi poiketa ylempien kansallisten tuomioistuinten tulkintaratkaisuihin ja katsoa vastoin niiden käsitystä, että oikeutta voidaan pitää puolustettavien perusteiden kansallisen oikeuden tunnustamana.⁹⁰ EIT:n lausuman mukaan arvioinnissa on keskityttävä tapauksen realiteetteihin ja jätettävä vaikutelmat ja kielelliset ilmaisut sivummalle.⁹¹ Toisaalta EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että käsitettä ”oikeus” on tulkittava autonomisesti 6(1) artiklan kannalta.⁹² Vaikka oikeuden olemassaoloa harkittaessa kansallisen oikeuden sisältö on ratkaiseva, ratkaisu siitä, onko kyseinen oikeus 6(1) artiklassa tarkoitettu oikeus, tehdään autonomisesti eli kansallisista oikeusjärjestyksistä riippumattomasti.⁹³

Kansallinen lain viranomaiselle jättämä harkintamarginaali oikeudesta päätettäessä ei välttämättä merkitse, ettei 6(1) artikla tulisi sovellettavaksi. Edellytyksenä kuitenkin on, että viranomaisen harkintavalta ei ole täysin vapaa tai väljä. Säännöksen soveltamiselle on lisäksi asetettu edellytys, jonka mukaan oikeuden olemassaolon on oltava riippuvainen tietyistä konkreettisista seikoista, joita voidaan vaikeuksitta tutkia hallintoviranomaisissa ja tuomioistuimissa.⁹⁴ *Pellonpään* toteamalla tavalla EIS 6(1)

⁸⁸ Ks. *Papoulakos v. Kreikka*, päätös 11.1.1995.

⁸⁹ Ks. *Mendel v. Ruotsi*, kohdat 41–46, jossa oikeutta päästä työmarkkinapoliittisen ohjelman piiriin ei pidetty kotimaisen oikeuden tunnustamana, koska ohjelmaan pääsyä koskevissa säännöksissä käytettiin ilmaisuja ”voidaan” ja lisäksi henkilön osallistumista ohjelmaan oli perusteltava työmarkkinapoliittisin seikoin.

⁹⁰ Mm. *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007 ja *Mendel v. Ruotsi*, kohta 42.

⁹¹ Ks. *Ahtinen v. Suomi*, kohta 38.

⁹² Ks. mm. *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006 ja *Posti ja Rahko v. Suomi*, tuomio 24.9.2002, kohta 51 sekä *Pellonpää* 2007 s. 372.

⁹³ Ks. myös *Mennitto v. Italia*, tuomio 5.10.2000. Tapauksessa kansallinen tuomioistuin oli katsonut valittajalla olevan kansallisen lain nojalla ”laillisen intressin” (legitimate interest) avustukseen saamiseen vammaisen perheenjäsenen hoitamisesta, mutta ei automaattista oikeutta saada avustusta. EIT ei katsonut tarpeelliseksi arvioida, kattaako 6(1) artiklassa tarkoitettu autonomisen oikeuden käsite myös laillisen intressin, vaan katsoi valittajalla ainakin puolustettavien perusteiden olleen oikeus vaatia avustuksen koko määrän saamista. Ks. tuomion kohdat 21–28.

⁹⁴ Ks. mm. *Mendel v. Ruotsi*, kohdat 43–45. Vaikka EIT katsoi, ettei oikeutta päästä työmarkkinapoliittisen ohjelman piiriin voitu pitää kotimaisen oikeuden tunnustamana, Ruotsin lain katsottiin kuitenkin tunnustaneen oikeuden siihen, ettei ohjelman piiriin päässeen henkilön osallistumista ohjelmaan peruutettaisi mielivaltaisesti. Asetuksessa oli määriteltä, milloin henkilön osallistuminen ohjelmaan voitiin peruuttaa, ja kyse oli sellaisista konkreettisista kriteereistä, joita voitiin erityisittä vaikeuksitta tutkia hallintoviranomaisissa ja tuomioistuimissa eivätkä säännökset jättäneet viranomaisille rajoittamatonta tai edes väljää harkintamarginaalia. Ks. tuomion kohdat 47–56.

artikla ei koske pelkästään subjektiivisia oikeuksia ahtaassa merkityksessä, vaan määräyksen tarkoittamasta oikeudesta voi olla kyse silloinkin, kun viranomaisella on harkintavaltaa päättäessään etuudesta, kunhan harkintavaltaa on rajoitettu oikeudellisilla kriteereillä.⁹⁵ Päätöksestä aiheutuvat taloudelliset seuraamukset eivät kuitenkaan yksinään riitä, vaan päätöksen on nimenomaisesti koskettava henkilön oikeuksia.⁹⁶

10.2.4 Yksityisluonteinen oikeus

Tuomioistuin ei ole antanut yleistä ”civil rights” -käsitteen määritelmää⁹⁷, mutta on kuitenkin ratkaisuisissaan esittänyt yleisempiä kannanottoja käsitteen tulkinnasta. Keskeistä on, että käsitteellä on sopimusmääräystä tulkittaessa autonominen sisältö.⁹⁸ Tulkinnan pohjautuminen pelkästään kansalliseen oikeuteen olisi johtanut erilaisiin lopputuloksiin EIS 6(1) artiklan soveltamisalan suhteen.⁹⁹ EIT:n mukaan käsitettä ”civil rights” ei voida tulkita yksinomaan viittaamalla kansalliseen lakiin, eikä kansallisen oikeuden luokittelulla ole merkitystä. Merkitystä ei ole juurikaan sillä, minkä tyyppisellä lailla (yksityisoikeudellinen, kaupallinen, hallinnollinen) päätöksentekomenettelystä on säädetty ja millä viranomaisella (tuomioistuin, hallintoelin) on toimivalta. Vain oikeuden luonteella on merkitystä. Kansallinen laki kyseessä olevan oikeuden sisällön ja vaikutusten osalta otetaan kuitenkin huomioon arvioitaessa oikeuden luonnetta. Myös yhdenmukainen eurooppalainen käsitys oikeuden luonteesta voi olla arvioinnissa merkityksellinen.¹⁰⁰

EIS 6(1) artiklan soveltamisen kannalta ei merkitystä ole sillä, onko hallintoviranomainen sen ja yksityisen välisessä ”riidassa” yksityistä asiaosaista vastaavassa yksityisoikeudellisessa asemassa vai julkisen vallan haltijan ominaisuudessa.¹⁰¹ *Pellonpää* on todennut, ettei sopimusmääräys koske ainoastaan Suomen oikeusjärjestyksessä yksityisoikeudelliseksi luonnehdittavia riita-asioita, vaan sopimusmääräyksen piiriin voivat kuulua myös asiat, joissa toisena osapuolena on valtio julkisen vallan haltijana.¹⁰² Jos hallintoviranomainen päättää yksilön oikeuksista, kyseessä voi olla

⁹⁵ *Pellonpää* 2007 s. 372 ja 379 sekä *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 223–224.

⁹⁶ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 227.

⁹⁷ Ks. *Bentham v. Alankomaat*, kohta 35. Yleispätevien määrittelyjen esittämisen vaikeus on ehkä syynä siihen, ettei määritelmää ole annettu.

⁹⁸ Ks. mm. *Pellonpää* 2007 s. 376–377.

⁹⁹ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 212 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 284–285.

¹⁰⁰ Ks. *König v. Saksa*, tuomio 28.6.1978, kohdat 88–89 ja *Bentham v. Alankomaat*, kohta 34. Ks. mm. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 212–213.

¹⁰¹ *König v. Saksa*, kohta 90.

¹⁰² *Pellonpää* 2007 s. 376–377.

”civil rights” -käsitteen alle kuuluva oikeus.¹⁰³ Prosessilajilla ei ole merkitystä soveltamisalaa ratkaistaessa, vaan 6(1) artiklaa voidaan soveltaa myös hallintoprosesseihin.¹⁰⁴

EIT:n ratkaisukäytännössään lausuman mukaan pelkästään riidan taloudellinen luonne ei tee siitä yksityisluonteista oikeutta 6(1) artiklan tarkoittamassa mielessä.¹⁰⁵ Teoksessa *Harris – O’Boyle – Warbrick* on kuitenkin katsottu, että tosiasiaassa 6(1) artiklan soveltumisen kannalta merkityksellisiä ovat oikeuteen liittyvät rahalliset intressit tai asiassa merkityksellisten viranomaisten toimien taloudelliset vaikutukset valittajalle.¹⁰⁶ Toisaalta myös oikeudet, joihin ei liity taloudellista luonnetta, voivat olla yksityisluonteisia oikeuksia.¹⁰⁷

10.3 Ratkaisukäytäntöä

10.3.1 Elinkeinonharjoittamista koskevat ja vastaavanlaiset luvat

EIT:n ratkaisukäytännössä EIS 6(1) artiklan tarkoittaman oikeuden olemassaoloa ja sen luonnetta on arvioitu erityisesti elinkeinonharjoittamista koskevien ja vastaavanlaisten lupien kohdalla. Oikeuskäytännön mukaan ensinnäkin kyseisenkaltaisten lupien peruuttaminen koskee yleensä artiklan tarkoittamia yksityisluonteisia oikeuksia.¹⁰⁸ Esimerkiksi *Pudas*-tapauksessa EIT on todennut, että myönnetty toimilupa antoi valittajalle oikeuden harjoittaa kuljetustoimintaa toimiluvassa ja kansallisessa laissa määriteltyjen ehtojen mukaisesti.¹⁰⁹ Vaikka EIT:n tuomio *König*-tapauksessa viittasi siihen, että luvan myöntämistä tai epäämistä olisi arvioitava eri tavoin kuin jo myönnetyn luvan jatkamista¹¹⁰, myöhemmissä ratkaisuisaan EIT on kuitenkin katsonut, että myös luvan epäämistä koskeva päätös voi koskea 6(1) artiklassa tarkoitettua oikeutta.¹¹¹

Oikeuden olemassaoloa arvioitaessa keskeistä on viranomaisen harkintavallan laajuus lupaa myönnettäessä tai peruutettaessa: jos harkintavalta

¹⁰³ *Pellonpää* 2007 s. 365.

¹⁰⁴ *Ervo* 2008 s. 3.

¹⁰⁵ Ks. mm. *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007.

¹⁰⁶ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 214, jossa katsotaan EIT:n lausuman siitä, ettei riidan taloudellinen luonne tee siitä yksityisluonteista oikeutta, käytännössä tarkoittavan, että arvioitavana oleva oikeus kuuluu julkisen vallan keskeisiin oikeuksiin (the hard core of public authority prerogatives).

¹⁰⁷ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218.

¹⁰⁸ *Pellonpää* 2007 s. 378 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215.

¹⁰⁹ *Pudas v. Ruotsi*, tuomio 27.10.1987, kohta 34.

¹¹⁰ *König v. Germany*, kohta 91.

¹¹¹ Ks. *Pellonpää* 2007 s. 378–379 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215.

on täysin vapaata tai hyvin väljää, kyseessä ei yleensä ole 6(1) artiklassa tarkoitettu oikeus.¹¹² *Pudas*-tapauksessa tuomioistuin katsoi, että vaikka toimiluvassa ei ollut määritelty ehtoja peruuttamiselle ja laki jätti tiettyä harkintavaltaa peruuttamisen suhteen, viranomaisen harkintavalta ei ollut kuitenkaan rajoittamatonta, vaan sitä sitoivat yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet.¹¹³ Valittajalla on oltava mahdollisuus saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi, onko asiassa menetelty näiden periaatteiden mukaisesti.¹¹⁴ Tuomioistuinkontrolliin on voitava saattaa myös mahdollinen harkintavallan väärinkäyttö. *Pudas*-tapauksissa EIT viittaisi siihen, että toimiluvan peruuttaminen riitautettiin lainvastaisuusperusteella eikä pelkästään tarkoituksenmukaisuusharkinnan osalta (as a matter of policy).¹¹⁵

Jos riidassa on pääasiallisesti kyse tietyn ammatin harjoittamisen edellyttämien tietojen ja kokemuksen arvioinnista, EIS 6(1) artikla ei sovellu riitaan. Arviointi on tällöin EIT:n näkemyksen mukaan koulu- ja yliopistotutkintoihin rinnastettavissa olevaa, eikä kyse ole normaalista lainkäytön alaan kuuluvasta asiasta. Tähän oikeuskäytäntönsä EIT viittasi *Nowicky*-tapauksessa, jossa oli kyse yksityisluonteisen oikeuden olemassaolosta asian koskiessa valmisteen hyväksymistä lääkeaineeksi. EIT katsoi kyseisen asian kuitenkin eroavan olennaisissa kohdin ammatillisten kelpoisuusehtojen arviointia koskevista tapauksista. Kyse ei ollut valittajan pätevyyden arvioinnista, vaan farmaseuttisen tuotteen hyväksymisestä. Tällaiseen asiaan liittyvä teknisten seikkojen arviointi on yhteinen piirre monille hallintoasioille eikä estänyt EIS 6(1) artiklan soveltamista. Tapauksessa valittajalla oli oikeus saada valmisteelleen hyväksyntä, jos laissa säädetyt edellytykset täytyivät, ja tästä kysymyksestä oli riita viranomaisten ja valittajan välillä.¹¹⁶

Landbrokes Worldwide Betting -tapauksessa puolestaan katsottiin, ettei vedonvälitys- ja pelilupaa hakeneella yhtiöllä ollut lailla tunnustettua oikeutta luvan saamiseen, koska hallituksella oli käytännöllisesti katsoen

¹¹² *Pellonpää* 2007 s. 379 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215 ja 223–224.

¹¹³ *Pudas v. Ruotsi*, kohta 34. Vastaavasti *Tre Traktörer* -tapauksessa katsottiin, että anniskeluluvan myöntäminen antoi yhtiölle oikeuden tarjoilla alkoholijuomia ravintolassa edellyttäen, että se täyttää anniskeluluvassa asetetut ehdot ja alkoholilainsäädännön asettamat vaatimukset. Viranomaisten harkintavaltaa luvan peruuttamisen suhteen sitoi alkoholin myyntiä koskeva laki, ks. *Tre Traktörer v. Ruotsi*, tuomio 7.7.1989, kohdat 39–40. Ks. myös *Allan Jacobsson v. Ruotsi*, tuomio 25.10.1989, jossa EIT katsoi, että valittaja pystyi perustellusti väittämään, että hänellä oli oikeus saada rakennuslupa toiselle talolle edellyttäen, että rakennuslainsäädännön asettamat ehdot täytyivät. Lisäksi EIT totesi, ettei viranomaisten harkintavalta rakennuslupia myönnettäessä ollut rajaton, vaan sitä sitoivat yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet. Ks. tuomion kohta 69.

¹¹⁴ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 224.

¹¹⁵ *Mäenpää*, LM 1987 s. 316–317. Samoin *Halila* 2000 s. 187–189.

¹¹⁶ *Nowicky v. Itävalta*, tuomio 24.2.2005, kohdat 32–39.

vapaa harkintavalta luvan myöntämiseen. Sovellettavan Ruotsin arpajaislain säännöksen katsottiin antavan hallitukselle vallan myöntää luvan, milloin se piti sitä sopivana.¹¹⁷

Jos elinkeinonharjoittamista koskevassa tai vastaavassa lupa-asiassa on katsottu kyse olevan kansallisen oikeuden tunnustamasta oikeudesta, tätä oikeutta on yleensä ilman suurempia tulkintaongelmia pidetty luonteeltaan yksityisluonteisena eli käsitteen ”civil rights” piiriin kuuluvana. Luvan saaminen on edellytys liiketoiminnan harjoittamiselle tai omaisuuden käyttämiselle.¹¹⁸ Julkisoikeudellisena piirteenä lupa-asioissa on toiminnan harjoittamiseen kohdistuva yleisen edun tarkoituksessa tapahtuva julkinen valvonta, mutta nämä piirteet eivät kuitenkaan ole muodostuneet arvioinnissa ratkaiseviksi.¹¹⁹

10.3.2 *Julkisia hankintoja koskevat tapaukset*

EU:n perusoikeuskirjan määräyksiä oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sovelletaan unionin oikeuden soveltamisalalla eikä vain EIS 6(1) artiklan tarkoittamia oikeuksia koskevissa riidoissa.¹²⁰ Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset tulevat siten sovellettaviksi julkisissa hankinnoissa unionin oikeutta sovellettaessa. Niissä hankinnoissa, joihin ei sovellu EU-oikeus, EIS 6(1) artiklan mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee vain artiklan soveltamispiiriin kuuluvia asioita, jolloin on arvioitava artiklan edellyttämän yksityisluonteisen oikeuden olemassaoloa.

Julkisissa hankinnoissa EIS 6(1) artiklan soveltumisen kannalta ratkaiseva kysymys on, voidaanko kansallisen lain katsoa ylipäätään antavan tarjouskilpailuun osallistuvalla tarjoajalla jonkin tarjouskilpailuun tai

¹¹⁷ *Landbrokes Wordwide Betting v. Ruotsi*, päätös 6.5.2008. Ks. myös radiotoimintaluvan epäämistä koskenut *Skyradio AG ym. v. Sveitsi*, päätös 31.8.2004, jossa kansallisen radio- ja televisiolain mukaan kenelläkään ei ollut oikeutta luvan saamiseen tai sen uusimiseen, ellei laissa ollut muusta säädetty.

¹¹⁸ Ks. esim. *Pudas v. Ruotsi*, kohta 37 sekä *Bentham v. Alankomaat*, kohta 36. Ks. myös *Pellonpää* 2007 s. 379 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 317.

¹¹⁹ Ks. mm. *Nowicky v. Itävalta*, kohta 37. Tapauksessa EIT:n lausuman mukaan lääkeaineeksi hyväksymistä koskeva asia oli verrattavissa lisenssiasiaan, sillä kaupallinen toiminta (lääkkeen myynti) oli yleisen edun mukaisesti julkisen valvonnan alaista. EIT totesi vastaavissa tapauksissa katsoensa, etteivät järjestelmään sisältyvät julkisoikeudelliset piirteet muuttaneet hakemuksessa tarkoitettua toiminnan yksityisluonnetta.

¹²⁰ Ks. perusoikeuskirjan 47 artiklan 2 kohta ja määräystä koskeva selitys, jossa todetaan kohdan perustuvan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleeseen ja EIS:n takuuta sovellettavan unionissa samalla tavalla niiden soveltamisalaa lukuun ottamatta. Oikeus saada asia käsiteltäväksi tuomioistuimessa ei siten yhteisön oikeudessa koske ainoastaan EIS 6 artiklan 1 kappaleessa tarkoitettuja oikeuksia ja velvollisuuksia koskevia riita-asioita. Ks. selitysten huomioon ottamisesta asia C-279/09, *DEB*, tuomio 22.12.2010, kohta 32. Ks. myös *Niemi* 2010 s. 264.

hankintaan liittyvän ”oikeuden”. Jos tällaisen kansallisen lain tunnustaman oikeuden katsottaisiin olevan olemassa, kyseistä oikeutta pidettäisiin hyvin todennäköisesti yksityisluonteisena. Julkisissa hankinnoissa kyse ei ole perinteisestä julkisen vallan käyttämisestä, ja hankintamenettely johtaa yleensä luonteeltaan yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemiseen viranomaisen ja toimittajan välillä. Mahdollisella hankintamenettelyyn liittyvällä oikeudella on tarjoajalle taloudellisia vaikutuksia, koska kyseinen oikeus koskee tarjoajan mahdollisuutta toimittaa tuotteita tai palveluja ja liittyy siten tarjoajan elinkeinotoimintaan.

EIT:n ratkaisut hankinta-asioissa on jaettavissa kahteen ryhmään: tapauksiin, joissa on esitetty syrjintäväite ja tapauksiin, joissa on ollut kyse muusta menettelyn mahdollisesta virheellisyydestä.

10.3.2.1 Syrjintätapaukset

Tinnelly & Sons Ltd ym. -tapauksessa¹²¹ pohjoisirlantilainen sähkölaitos oli pyytänyt tarjouksia voimalaitoksen purkamisesta. *Tinnelly & Sons Ltd* oli tehnyt tarjouskilpailussa hinnaltaan alhaisimman tarjouksen. Sähkölaitoksen asettama toimikunta suosittelee yhtiön tarjouksen hyväksymistä, mutta jonkin ajan kuluttua suositusta muutettiin siten, että urakka esitettiin annettavaksi toiseksi alhaisimman tarjouksen tehneelle yritykselle. Sähkölaitos ei ilmoittanut *Tinnelly & Sons Ltd*:lle syitä, joiden vuoksi sen tarjous oli hylätty. Yhtiö teki kantelun tasa-arvovirastolle, koska se katsoi tulleen syrjityksi sen johdon ja työntekijöiden uskonnollisen vakaumuksen ja/tai poliittisten mielipiteiden vuoksi. Yhtiössä toimivat *Tinnelly* olivat katolisia. Sähkölaitos kiisti syrjinnän.

Työntekijöiden tasa-arvosta vuonna 1976 annetun lain mukaan kiellettyä oli muun muassa työnhakijoiden syrjintä, mutta lain 42 §:n mukaan sitä ei kuitenkaan sovellettu toimenpiteeseen, johon oli ryhdytty kansallisen turvallisuuden, väestönsuojelun tai yleisen järjestyksen säilyttämisen vuoksi. Ministerillä oli valta antaa näyttönä sitova todistus siitä, että toimenpide oli suoritettu mainituissa tarkoituksessa. Sähkölaitos oli pyytänyt ja saanut ministeriltä vuoden 1976 lain 42 §:n mukaisen todistuksen, jonka mukaan *Tinnelly & Sons Ltd*:n tarjouksen hylkääminen johtui pykälässä mainituista syistä. Tasa-arvovirasto vaati kansalliselle tuomioistuimelle tekemällään hakemuksella ministerin päätöksen mitättömäksi julistamista, mutta tuomioistuin hylkäsi hakemuksen katsoen, ettei se voinut puuttua ministerin päätökseen ja tutkia kysymyksiä uudelleen.

EIT:lle tekemässään valituksessa valittajat katsoivat, ettei heillä ollut ministerin sitovan todistuksen vuoksi pääsyä tuomioistuimeen, joka olisi

¹²¹ *Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 10.7.1998.

voinut tutkia heidän vaatimuksensa sen johdosta, että heiltä oli laittomasti evätty urakat ja heidät oli hylätty pakollisissa turvallisuustarkistuksissa heidän uskonnollisen vakaumuksensa tai poliittisten mielipiteidensä vuoksi.

Arvioidessaan EIS 6(1) artiklan soveltumista EIT katsoi vuoden 1976 lain antavan henkilöille oikeuden tasa-arvoiseen kohteluun työelämässä ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa syrjintää. Laki soveltui myös tehtäessä tarjouksia julkisista rakennusurakoista. EIT:n mukaan tämä laissa selvästi määritelty oikeus oli luonteeltaan EIS 6(1) artiklan tarkoittama yksityisluonteinen oikeus, kun otettiin huomioon oikeuden soveltamisyyhteys ja sen taloudellisen luonne. Lisäksi EIT totesi valittajien tasa-arvovirastolle tekemän kantelun avulla pyrkineen saamaan päätöksellä vahvistetuksi, että heiltä oli evätty mahdollisuus kilpailla ja saada työtä pelkästään pätevyytensä ja kilpailukykyensä perusteella sekä läpäistä välttämättömät turvallisuustarkistukset ilman uskonnollisen vakaumuksen tai poliittisten mielipiteiden huomioon ottamista. Jos laittoman syrjinnän olisi näytetty tapahtuneen, tuomioistuimet olisivat voineet tuomita heille korvausta aiheutuneesta vahingosta. EIT:n mukaan mitään esteitä ei ollut pitää oikeutta yksityisluonteisena, vaikka kyse oli julkisista rakennusurakoista ja vaikka valittajien tarjouksia ei ollut hyväksytty.¹²²

EIT katsoi ministerin sitovan todistuksen rajoittaneen suhteettomasti valittajien pääsyä tuomioistuimeen, koska tuomioistuin ei voinut tutkia väitettä uskonnollisesta ja poliittisesta syrjinnästä.¹²³ Tuomioistuimeen pääsy ei siten toteutunut tosiasiallisesti eikä turvannut oikeuksiin pääsyä eli mahdollisuutta saavuttaa oikeudet tuomioistuinmenettelyllä.¹²⁴

Tinnelly & Sons Ltd ym. -tapauksessa EIS 6(1) artiklassa tarkoitetun oikeuden perustana pidettiin kansallisessa laissa tunnustettua oikeutta tasa-arvoiseen kohteluun ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa syrjintää. Tuomion perusteella merkityksellistä oli myös oikeuden taloudellinen konteksti. Vastaavantyypisistä poliittisiin syihin perustuvista syrjintäväitteistä oli kyse myös *Arac*-tapauksessa, jossa 6(1) artiklan katsottiin soveltuvan.¹²⁵

¹²² Tuomion kohta 61. EIT lausui myös, ettei vuoden 1976 lain 42 §:n säännös rajannut aineellisen oikeuden alaa (eikä siten vaikuttanut kansallisen lain tunnustaman oikeuden olemassa oloon), vaan antoi vain vastaajalle mahdollisuuden puolustautua syrjintäväitteitä vastaan. Ks. kohta 62.

¹²³ Tuomion kohdat 72–79.

¹²⁴ Jaottelusta tuomioistuimen pääsyn ja oikeuksiin pääsyn välillä ks. *Ervo* 2005 s. 117 ja 120–121 ja *Ervo* 2008 s. 22 ss.

¹²⁵ *Arac v. Turkki*, tuomio 21.9.2006. Tapauksessa oli kyse oikeudenkäynnin kestosta.

10.3.2.2 Muut julkisia hankintoja koskevat tapaukset

Marti AG ym. -tapauksessa¹²⁶ valittajayhtiöiden käytettävissä oli hallinnon sisäinen muutoksenhaku julkista hankintaa koskevasta ratkaisusta, mutta valittajayhtiöt eivät voineet saattaa asiaa kansallisten hallintotuomioistuinten tutkittavaksi. Kansallisten tuomioistuinten ratkaisuisissa perusteltiin toimivallan puuttumista sillä, etteivät valittajat olleet osoittaneet EIS 6(1) artiklan tarkoittaman oikeuden olemassaoloa ja että vakiintuneen kansallisen oikeuskäytännön mukaan hankintaa koskevat päätökset eivät koske oikeudellisesti suojattuja oikeuksia. Valittajayhtiöt olivat hallinnon sisäisessä muutoksenhaussa ja tuomioistuimelle tekemässään valituksessa vedonneet siihen, ettei tarjouskilpailussa tehdyssä toisessa tarjouksessa ollut yksilöity muiden yritysten hoidettavaksi annettavia rakennustöitä ja että kolmannessa tarjouksessa oli vilpilliseen kilpailuun liittyviä piirteitä.

Hankintamenettelyä koskevien kansallisten säännösten mukaan rakennusurakat ja tavarantoimitukset oli yleensä myönnettävä tarjouskilpailun jälkeen ja halvin tarjous oli valittava, vaikka kansallisten säännösten mukaan hinnaltaan halvinta tarjousta ei aina ollut katsottava edullisimmaksi, kun otettiin huomioon asetetut vaatimukset ja aikataulukysymykset. Kansallisissa säännöksissä oli määritelty kriteerit, joiden perusteella arvioitiin samanarvoiset tarjoukset. Kansalliset säännökset eivät edellyttäneet esittäväksi perusteluja sellaisille tarjoajille, joiden tarjousta ei ollut otettu huomioon.

EIT katsoi kansallisten säännösten sinänsä luovan kilpailullisen rakennusurakoiden myöntämismenettelyn, mutta jättävän viranomaisille huomattavasti harkintavaltaa hankintapäätöstä tehdessään. EIT katsoi, ettei kenellekään tarjoajalle synny kansallisen lainsäädännön perusteella oikeutta saada tiettyä urakkaa hoitaakseen. EIT viittaisi myös kansallisten tuomioistuinten vastaavaan kantaan siitä, ettei kansallinen laki myönnä valittajalle oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi. Näiden syiden vuoksi valittajat eivät voineet puolustettavain perustein väittää niillä olevan kansallisen oikeuden tunnustamaa oikeutta.

Vastaavaan tapaan EIT perusteli EIS 6(1) artiklan soveltumatta jäämistä *I.T.C. Ltd* -tapauksessa¹²⁷. Myös tässä tapauksessa ratkaisu perustui toisaalta kansallisten säännösten arviointiin mahdollisen oikeuden perustana ja toisaalta kansallisten tuomioistuinten käsitykseen oikeuden olemassaolosta kansallisen lainsäädännön perusteella. *I.T.C. Ltd* -tapauksessa valittajayhtiö oli riitauttanut hankintapäätöksen katsoen, ettei hyväksyty tarjous

¹²⁶ *Marti AG ym. v. Sveitsi*, päätös 11.7.2000.

¹²⁷ *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007. *Harris, O'Boyle ja Warbrick* ovat *I.T.C. Ltd* -tapaukseen viitaten lausuneet, ettei EIS 6 artiklan soveltamisalaa kuulu viranomaisten myöntämät hallinnolliset sopimukset (the award of administrative contracts). Ks. *Harris – O'Boyle – Warbrick* 2009 s. 222.

täyttänyt muodollisia edellytyksiä, koska sitä ei ollut yksilöity riittävästi komponenttien ja formaatin osalta ja lisäksi tarjous oli harhaanjohtava. Valittajayhtiö oli saattanut hankintapäätöksen julkisten hankintojen muutoskannakulautakunnan käsiteltäväksi ja vaatinut myös tiettyjen asiakirjojen esittämistä. Lautakunnan pääosin hylättyä editiovaatimuksen yhtiö valitti päätöksestä väittäen editiovaatimuksen hylkäämisen rikkovan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia. Perustuslakituomioistuimien katsoi, ettei tapahtuma-aikaan voimassa ollut asetus julkisten palvelujen hankinnoista perustanut mitään oikeuksia tarjoajille tarjousten hyväksymisen suhteen eikä lautakunnassa päätetty siten yksityisluonteisista oikeuksista.

EIT:n mukaan julkisten palvelujen hankinnasta annettu asetus ei antanut tarjouksen tekijälle, toimittajalle tai sopimuksen tekijälle yksityisoikeudellisten säännösten mukaan kuuluvien oikeuksien lisäksi muita oikeuksia. Asetuksessa ei ollut asetettu velvollisuutta hyväksyä alinta eikä mitään muutakaan tarjousta eikä hyväksymättä jättämistä tarvinnut perustella. Vaikka hyväksyttäväksi oli esitettävä tarjouksia, jotka takasivat parhaan tuloksen mahdollisimman vähin kustannuksin, tämä ei kuitenkaan tarkoittanut, että halvin tarjous oli hyväksyttävä. EIT katsoi, että näin ollen pelkkä tarjouksen tekeminen ei voinut perustaa odotuksia saati sitten oikeutta tarjouksen hyväksymisen suhteen eikä sen suhteen, että tarjouksen valinnasta päätettäisiin tietyin menettelyin. Kansallisen oikeuskäytännön mukaan päätös sopimuksen solmimisesta on hallinnollinen toimi. Lisäksi kotimaiset tuomioistuimet olivat katsoneet, etteivät relevantit säännökset perustaneet yksityisluonteisia oikeuksia tarjouskilpailun yhteydessä.

EIT:n mukaan tarjousten arviointivaiheessa tarjoaja ei voinut olettaa olevansa yksityisluonteisen oikeuden haltija. Vaikka tarjouksen tekijä sai riitauttaa kilpailevan tarjouksen hyväksymisen julkisessa istunnossa, tämä ei ollut luonteeltaan yksityisluonteinen oikeus. Valittajayhtiölle tarjousmenettelyyn osallistumisesta aiheutuneet kulut ja kilpailevan tarjouksen hyväksymisestä aiheutuneet taloudelliset vaikutukset eivät riittäneet perustamaan yhtiölle yksityisluonteista oikeutta. Kun valittaja oli vaatinut valituksessaan tiettyä suoritusta (eli tarjouksensa hyväksymistä) eikä korvausta, EIT:n mukaan arvioinnissa ei ollut merkitystä sillä, että yhtiö olisi mahdollisesti voinut riidanalaisen päätöksen perusteella vaatia vahingonkorvausta.¹²⁸

¹²⁸ Asiassa *S.A. Ondernemingen Jan de Nul v. Belgia*, päätös 2.4.1994, ihmisoikeustoimikunta jätti tutkittavaksi ottamatta valituksen metron rakennusurakkaa koskevista päätöksistä. Ihmisoikeustoimikunta katsoi, ettei valittajalla ollut kansallisen oikeuden mukaan oikeutta saada urakkasopimusta myönnettäväksi tiettyssä menettelyssä eikä oikeutta tarjouksen tekemiseen. Valittaja ei ollut myöskään näyttänyt täyttäneensä urakkasopimuksen myöntämisen ehtoja.

Sen sijaan *Velted-98 AD* -tapauksessa¹²⁹ EIT katsoi, että oikeudesta osallistua tarjouskilpailuun tietyin edellytyksin oli EIS 6 artiklan soveltamisen kannalta riittävän täsmällisiä määräyksiä kotimaisessa oikeudessa ja oikeuden olemassaolo oli tunnustettu oikeuskäytännöllä. EIT:n mukaan yksityistämiseen liittyneen tarjouskilpailun sääntely Bulgarian oikeudessa muistutti olennaisilta osin lailla säädettyä huutokauppamenettelyä. EIT totesi myös, että valittaja oli osallistunut kilpailuun liiketoiminnallisessa tarkoituksessa ja siten valittajalla oli ollut taloudellista intressiä siinä määrin, että hänen oikeuttaan osallistua kilpailuun voitiin pitää yksityisluonteisena.¹³⁰ Tapauksessa kyse oli valtion omaisuuden myynnistä eikä siten julkisesta hankinnasta.

10.4 Johtopäätöksiä EIT:n oikeuskäytännöstä

10.4.1 Oikeus syrjimättömään kohteluun

EIT:n oikeuskäytännössä EIS 6(1) artiklan on katsottu soveltuvan niissä julkisia hankintoja koskevissa asioissa, joissa valittajat ovat vedonneet syrjintään.¹³¹ Edellä selostetussa *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa valittajat katsoivat, etteivät he saaneet urakkaa hoitaakseen uskonnollisen vakaumuksensa tai poliittisten mielipiteidensä vuoksi. Artiklan tarkoittamaksi oikeudeksi on tällöin katsottu oikeus tasa-arvoiseen kohteluun ilman syrjintää. Syrjimätöntä kohtelua koskevaan oikeuteen liittyy hankinta-asioissa taloudellinen yhteys menestymisen tarjouskilpailussa vaikuttaessa elinkeinon harjoittamisen mahdollisuuksiin. *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa oli kyse selvästä asemaan perustuvaa syrjintää koskevasta väitteestä. Syrjintäperusteen tarjouskilpailussa voi muodostaa myös tarjoajan kansalaisuus.

Hankintalait rakentuvat tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimukselle. Hankintalakien ulkopuolella oikeus syrjimättömään kohteluun voidaan johtaa monista eri säännöksistä. Syrjintäkieltoja sisältyy yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskeviin kansallisiin säännöksiin. Perustuslain 6 § sisältää yleisen yhdenvertaisuusperiaatteen, ja hallinnon oikeusperiaatteet edellyttävät tasapuolista kohtelua. Myös ihmisoikeussopimuksen

¹²⁹ *Velted-98 AD v. Bulgaria*, tuomio 11.12.2008. Tapauksessa oli kysymys tuomioistuimen perusteluvollisuuden laajuudesta.

¹³⁰ Tuomion kohdat 41–43. Asia *Clube de Futebol União de Coimbra v. Portugal* koski tarjouskilpailua bingo- ja urheilun harjoittamisesta. Ihmisoikeustoimikunta oli ottanut valituksen tutkittavaksi ja katsonut asiassa tapahtuneen 6(1) artiklan loukkauksen. Kyse oli oikeudenkäynnin kestosta. Asiassa päästiin kuitenkin sopimukseen ja EIT jätti asian sillensä päätöksellään 30.7.1998.

¹³¹ Vastaavasti todettu myös oikeusministeriön lausunnossa 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 10.

12. lisäpöytäkirja sisältää luonteeltaan yleisen syrjintäkiellon. Pöytäkirjan 1 artiklan 1. kappaleen mukaan laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen turvataan ilman minkäänlaista säännöksessä lueteltuihin syrjintäperusteisiin (esimerkiksi kansalaisuus) tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää. Artiklan 2. kappaleen mukaan ketään ei saa syrjiä viranomaistoiminnassa 1. kappaleessa tarkoitetuilla perusteilla.

Artiklan ensimmäinen ja toinen kappale ovat toisiaan täydentäviä ja niiden tarkoituksena on yhdessä kieltää tapaukset, joissa henkilöä syrjitään 1) kansallisen lain nojalla yksilölle erityisesti säädetyn oikeuden nauttimisessa; 2) viranomaisen selvästä velvollisuudesta johdettavissa olevan oikeuden nauttimisessa eli tapauksissa, joissa viranomaisella on velvollisuus kansallisen lain nojalla toimia tietyllä tavalla; 3) silloin, kun viranomainen käyttää sille kuuluvaa harkintavaltaa, esimerkiksi avustusta myönnettäessä, sekä 4) viranomaisen muun teon tai laiminlyönnin seurauksena.¹³² Lisäpöytäkirjassa tarkoitettu syrjintäkielto voisi tulla sovellettavaksi myös hankintamenettelyn yhteydessä tapahtuneeseen syrjintään.¹³³

Syrjinnän merkitystä EIS 6(1) artiklan soveltamiseen johtavana seikkana osoittaa se, että katsoessaan julkista hankintaa koskevan asian jäävän artiklan soveltamisalan ulkopuolelle tuomioistuin on perusteluissaan viitannut siihen, ettei kyseisessä asiassa ollut tehty väitettä syrjinnästä.¹³⁴

10.4.2 Hankintalakeihin perustuvat oikeudet

Muissa kuin syrjintätapauksissa EIT on arvioinut julkisia hankintoja tai tarjouskilpailua koskevia kansallisia säännöksiä sekä kansallista oikeuskäytäntöä sen ratkaisemiseksi, onko yksityisluonteisen oikeuden perustaksi löydettävissä kansallisessa oikeudessa tunnustettu oikeus. Tällöin on arvioitava, onko kansallisessa laissa säädetty riittävän täsmällisesti oikeudesta osallistua hankintamenettelyyn, oikeudesta tarjouksen hyväksymisen suhteen tai kilpailutuksessa noudatettavasta menettelystä. Kansallisen oikeuden tunnustaman ”oikeuden” syntyminen edellyttää hankintamenettelyn tai tarjouskilpailun yksityiskohtaisempaa sääntelemisestä kansallisin normein. EIT on katsonut oikeuden osallistua

¹³² Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms sekä hallituksen esitys 121/2004 vp ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta s. 9.

¹³³ Ks. myös oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakeityöryhmän mietinnöstä s. 11.

¹³⁴ Ks. *Marti AG ym. v. Sveitsi*, päätös 11.7.2000. Ks. myös *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007.

tarjouskilpailuun olevan tunnustettu kansallisessa oikeudessa, kun yksityistämiseen liittyvästä tarjouskilpailusta oli säännelty vastaavaan tapaan kuin huutokauppamenettelystä sitä koskevassa laissa. Muissa tapauksissa kansallisten hankintanormien ei ole katsottu riittävän tarkasti määrittävän hankintamenettelyä eikä siten antavan tarjoajalle hankintamenettelyyn tai tarjouskilpailuun liittyviä oikeuksia.

Se, miten yksityiskohtaiset säännökset hankintamenettelyä koskevat, riippuu siitä, soveltuuko hankintaan hankintalaki vai ei. Niissä tapauksissa, joissa hankintalaki ei sovellu, hankintamenettelyä ohjaavat lähinnä hallintolain säännökset ja erityisesti hallinnon oikeusperiaatteet. Seuraavassa esitetään kannanottoja EIS 6(1) artiklan soveltumisesta ensin hankintalakien soveltamisalalla ja sen jälkeen niissä hankinnoissa, joissa hankintalaki ei tule sovellettavaksi.

Jos EIS 6(1) artiklan soveltuminen edellyttää, että kansallisesta hankintalainsäädännöstä on löydettävissä ”oikeus” saada tarjouksensa hyväksytyksi, soveltumisen kynnyksen asettuu varsin korkealla hankintalainkin osalta.¹³⁵ Käytännössä tällainen oikeus voisi olla vain pelkän hinnan perusteella ratkaistavassa tarjouskilpailussa, jossa asetetut vaatimukset täyttävä tarjoaja on tehnyt hinnaltaan halvimman, tarjouspyynnön ehtoja vastaavan tarjouksen, ja tarjoaja olisi siten riidattomasti todettavissa tarjouskilpailun voittajaksi. Useimmiten tilanne ei kuitenkaan ole näin yksiselitteinen. Tarjouskilpailua ei ratkaista vain hinnan perusteella, vaan tarjouksia on arvioitava muiden kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden osalta. Lisäksi on ratkaistava tarjoajille ja hankinnan kohteelle asetettujen vaatimusten täytyminen. Oikeuden olemassaoloa ratkaistaessa olennaista mielestäni on pikemminkin se, että hankintamenettelyn ollessa kansallisessa lainsäädännössä riittävän täsmällisesti säännelty tarjoajalle syntyy oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi säännösten mukaisesti toteutetussa menettelyssä. Ehkä tämä on se, mitä EIT oikeuskäytännössään tarkoittaakin.

Hankintalainsäädännön tavoite tarjoajien yhdenvertaisesta kohtelusta merkitsee, että hankintamenettely on toteutettava ja hankintapäätös tehtävä tarjouskilpailun ehtojen mukaisesti ilman minkään tarjoajan suosimista tai syrjintää. Jos esimerkiksi tarjouskilpailun voittajaksi on valittu tarjoaja, jonka tarjous on tarjouspyynnön vastainen, hankintalain mukaista tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta on loukattu. Jos tarjousvertailussa on annettu jollekin tarjoajalle ilman perusteita enemmän pisteitä kuin muille

¹³⁵ Tähän viittaa myös oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 10, jossa todetaan vaikuttavan todennäköiseltä, ettei ihmisoikeustuomioistuin ota tutkittavakseen sellaisia hankintamenettelyjä koskevia valituksia, joissa on kysymys pelkästään tarjouskilpailun ratkaisuperustetta koskevasta riidasta (edullisin tarjous tai hankinnan kokonaistaloudellinen edullisuus).

tarjoajille, kyse on tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen vastaisesta menettelystä. Tällöin loukataan hankintalaissa tunnustettua oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Epätasapuoliselle kohtelulle ei usein kuitenkaan ole osoitettavissa mitään suoranaista tarjoajan asemaan liittyvää syrjintäperustetta, jota EIT näyttäisi oikeuskäytännössään edellyttävän. Hankintalainsäädännön lähtökohdista EIS 6(1) artiklassa tarkoitettuna oikeutena olisi kuitenkin mielestäni pidettävä myös hankintalain mukaista yleisempää oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun.

Vaatimusta ”oikeus saada tarjouksensa hyväksytyksi” ei olisi siten syytä painottaa, vaan katsoa hankintalainsäädännön antavan tarjoajalle oikeuden siihen, että hänen tarjouksensa käsitellään hankintasäännösten asettamien vaatimusten mukaisessa menettelyssä. Tällainen menettely sisältää oikeuden tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun, vaikka suoranaisestä asemaan perustuvasta syrjinnästä ei olisikaan kyse. Tällöin EIS 6(1) artiklassa tarkoitettuna oikeuden sisältönä olisi oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi hankintasäännösten mukaisesti toteutetussa menettelyssä. Jotta tällaisen oikeuden voitaisiin katsoa olevan olemassa, edellytyksenä on, että kansallisissa laissa on riittävän täsmälliset säännökset hankintamenettelystä.

Jos hankinta on tehty laittomana suorahankintana (eli tarjouskilpailua ei ole järjestetty, vaikka kansallinen hankintalainsäädäntö sitä edellyttäisi), olisi arvioitava, voidaanko hankintasäännösten katsoa antavan oikeuden tarjouskilpailuun osallistumiseen. Näin voidaan yleensä katsoa olevan.¹³⁶

10.4.3 Oikeudet hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

Jos hankintaa eivät koske hankintalakien säännökset, hankintamenettelyyn tai tarjouskilpailuun liittyvän oikeuden olemassaoloa on arvioitava tarkastelemalla viranomaisten menettelyä muutoin määrittäviä säännöksiä. Nämä säännökset ovat kuitenkin luonteeltaan varsin yleisluontoisia, joten oikeuksien syntyminen niiden perusteella on selvästi kyseenalaisempaa kuin hankintalakien soveltamisalalla.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissakin on kuitenkin oikeus tasa-arvoiseen kohteluun ilman tarjoajan asemaan perustuvaa syrjintää katsottavissa EIS 6(1) artiklassa tarkoitetuksi oikeudeksi. Edellä selostetussa *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa EIT katsoi kansallisessa laissa annetun henkilöille oikeuden tasa-arvoiseen kohteluun työelämässä ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa

¹³⁶ Tarjouskilpailun voittajalla ei pääsääntöisesti ole tarvetta saattaa hankintapäätöstä tuomioistuimen tutkittavaksi. Tämän vuoksi tässä tutkimuksessa ei pohdita kysymystä siitä, seuraako tarjouskilpailun voittamisesta valitulle tarjoajalle yksityisluonteisia oikeuksia.

syrijintää ja lain soveltuvan myös tehtäessä tarjouksia julkisista rakennusurakoista.

Hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet edellyttävät viranomaisen menettelevän tasapuolisesti ja puolueettomasti, jolloin kyse on vastaavanlaisesta yleisestä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta kuin hankintalaissakin. Tasapuolisen kohtelun vaatimus pohjautuu perustuslain 6 §:ään, jonka mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Hallinnon oikeusperiaatteiden soveltaminen merkitsee tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan kannalta oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Tällöin kyse ei ole pelkästään kansalaisuuteen tai muuhun asemaan perustuvan syrjinnän kiellosta, vaan yleisestä tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta samanlaisten tapausten kohtelemisesta samalla tavoin. Ainakin niissä tapauksissa, joissa vedotaan hankintaviranomaisen epätasapuoliseen menettelyyn, oikeuden yhdenvertaiseen kohteluun voitaisiin katsoa muodostavan EIS 6(1) artiklan soveltamisen edellytyksenä olevan ”oikeuden”, vaikka täsmällisemmät säännökset hankintalakien soveltumatta jäämisen vuoksi eivät hankintaa koskisikaan.

Voitaisiin myös katsoa, että hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet määrittävät viranomaisen menettelyä hankintapäätöstä tehtäessä vastaavaan tapaan kuin EIT:n ratkaisukäytännössä on oikeuden olemassaoloa arvioitaessa katsottu hallintoperiaatteiden rajaavan viranomaisen harkintavaltaa elinkeinonharjoittamiseen liittyvää lupaa peruutettaessa.¹³⁷ Tällöinkin tarjoajalla tulisi kuitenkin olla kansallisessa lainsäädännössä tunnustettu oikeus liittyen tarjouksensa hyväksymiseen ja hankinnan hoidettavaksi saamiseen, minkä oikeuden myöntämiseen liittyvää harkintavaltaa periaatteet rajaisivat. Tällaista oikeutta ei kuitenkaan voida katsoa liittyvän hankintalakien ulkopuolelle jääviin hankintoihin.

11 PERUSTUSLAIN VAATIMUKSET

11.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn

Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn taataan perustuslain 21 §:n 1 momentissa. Kyseisen säännöksen mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai

¹³⁷ Ks. erityisesti edellä selostettu *Pudas*-tapaus.

muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän 2 momentissa edellytetään hyvän hallinnon ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeiden turvaamista lailla. Säännöksessä oikeussuojatakeina mainitaan muun muassa oikeus saada perusteltu päätös ja oikeus hakea muutosta.

Säännös hallinnon ja lainkäytön oikeusturvatakeista sisällytettiin hallitusmuodon perusoikeuksia koskevaan lukuun vuoden 1995 perusoikeusuu-
distuksessa ja otettiin samansisältöisenä voimassa olevaan perustuslakiin. Perusoikeusuu-
distuksella pyrittiin nimenomaan lähentämään Suomen perus-
oikeusjärjestelmää sisällöllisesti kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Perustuslakivaliokunta onkin viitannut perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkinnallisen harmonisoinnin tärkeyteen.¹³⁸

Perustuslain oikeusturvaa koskevan 21 §:n ja EIS 6 artiklan oikeuden-
mukaista oikeudenkäyntiä koskevan määräyksen välillä on selkeä kytkeä ja kiinteä tulkinnallinen yhteys. Perusoikeusuu-
distuksen esitöissä todetulla tavalla perustuslain 21 §:llä on sisällöllinen liityntä EIS:n ihmisoikeus-
velvoitteisiin ja säännöksen tarkoituksena on turvata EIS 6 artiklan 1 kappaleen ja KP-sopimuksen 14 artiklan 1 kappaleen edellyttämä oikeus oikeudenkäyntiin kaikissa sopimusmääräysten tarkoittamissa tilanteissa.¹³⁹ Käytännössä EIT:n ratkaisut ovat perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tul-
kinnallisessa yhteydessä merkityksellisiä, koska 6 artiklan soveltamisala ja artiklan antamat oikeusturvatakeet ovat saaneet sisältönsä pitkälti EIT:n ratkaisukäytännöstä.¹⁴⁰

EIS:n ihmisoikeusvelvoitteet asettavat kuitenkin vain vähimmäistason ja kansallisin perusoikeussäännöksin annetaan EIS:n vaatimukset ylittävää oikeussuojaa.¹⁴¹ Kun määritetään tulkintarajoja perustuslain takaamalle oikeudelle tuomioistuinkäsittelyyn, on otettava huomioon, että perustuslaki turvaa oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn EIS 6 artiklaa laajemmin. Mahdollisuus saattaa asia tuomioistuimen käsiteltäväksi ei koske pelkästään käsitteen ”civil right” alle kuuluvia asioita (rikosasioiden ohella), vaan kaikkia yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskevia päätöksiä oikeuden ja velvollisuuden luonteesta riippumatta. Yksilön ja julkisen vallan välisten julkisoikeudellisten asioidenkin osalta on taattava oikeus tuomioistuinkäsittelyyn eikä oikeusturvan edellytyksenä ole oikeuden yksityisluonteinen luonne.¹⁴²

¹³⁸ PeVM 25/1994 vp s. 5. Ks. myös HE 309/1993 vp s. 39–40 sekä erityisesti *Viljanen* 2001s. 271 ss.

¹³⁹ HE 309/1993 vp s. 39–40 ja 72–74.

¹⁴⁰ Ks. *Scheinin* 1999 s. 198, *Viljanen* 2001 s. 292–293 ja *Saraviita* 2005 s. 478.

¹⁴¹ Kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista vähimmäistason määrittäjinä, ks. mm. *Ojanen* 2009 s. 250–251, *Viljanen* 2001 s. 283 ss. ja s. 293–294 sekä *Jonkka*, LM 1998 s. 1256.

¹⁴² Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan PeVL 22/1997 vp s. 3 todennut, että ”on huomattava, että hallitusmuodon 16 §:n 1 momentti voi ulottua alaltaan laajemmalle kuin ihmisoikeussopimuksen edellä selostettu [6 artiklan 1 kappaleen] määräys, koska sopimus-

11.2 Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä

11.2.1 Harkinnanvaraiset päätökset

Perustuslain 21 §:n 1 momentin mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn edellyttää – vastaavaan tapaan kuin EIS 6(1) artikla – oikeuden tai velvollisuuden olemassaoloa. Vain oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaan päätöksentekotilanteeseen kytkeytyy oikeus saada päätös tuomioistuimen käsiteltäväksi eli hakea muutosta päätökseen. Perustuslakivaliokunta on lausuntokäytännössään todennut, että perustuslain 21 §:n 1 momentin ilmaus ”oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös” liittyy Suomen oikeuden mukaan oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi tarkoitettuihin seikkoihin. Mikä tahansa yksilön kannalta myönteinen viranomaistoimi ei ole perustuslais- sa tarkoitettu yksilön oikeutta koskeva päätös. Perustuslakivaliokunta on määritellyt ”oikeuden” käsitettä seuraavasti¹⁴³:

Perustuslain kannalta on edellytyksenä, että lainsäädännössä on riittävän täsmällinen perusta oikeutena pidettävän suhteen syntymiselle yksilön ja julkisen vallan välille.

Selkein tällainen peruste on ns. subjektiivinen oikeus, jolloin viranomaisen on myönnettävä tai toteutettava oikeus lainsäädännöstä ilmenevien edellytysten täytyessä. Myös jossain määrin tätä harkinnanvaraisempien oikeuksien ja etuuksien voidaan katsoa täyttävän perustuslaissa tarkoitetun oikeuden syntymiseen vaadittavan kriteerin oikeuden tai etuuden myöntämisperusteen riittävästä täsmällisyydestä. Jos kuitenkin etuuden tai palvelun saaminen riippuu kokonaan viranomaisen harkinnasta, käytettävissä olevista määrärahoista tai esimerkiksi suunnitelmista, kysymyksessä ei yleensä voi olla kiinteydeltään tai oikeussuojan tarpeeltaankaan niin vahva oikeus, että se kuuluisi perustuslain 21 §:n 1 momentin alaan.

Oikeuden olemassaoloa harkitessaan perustuslakivaliokunta on tarkastellut kysymystä koskevia säännöksiä arvioiden, missä määrin ne sisältävät päätöksentekoa koskevia oikeudellisia kriteerejä¹⁴⁴ tai säättävät yksilön oikeudesta¹⁴⁵. Myös EIT on arvioinut oikeuden olemassaoloa kansallisen oikeuden sisällön perusteella, mutta on ottanut lisäksi huomioon asiaa

määräyksen vaikutus rajautuu rikossyytteisiin sekä oikeuksia ja velvollisuuksia koskeviin, lähtökohtaisesti yksityisoikeudellisiin riita-asioihin.” Ks. myös *Hallberg* 1999 s. 657–658 ja *Pellonpää* 2008 s. 637.

¹⁴³ Ks. mm. PeVL 12/1997 vp s. 1 ja PeVL 16/2000 vp s. 4.

¹⁴⁴ Esim. PeVL 70/2002 vp s. 6 (oppilaan opiskelun erityisjärjestelyt) ja PeVL 9/2007 vp s. 10 (koulutuksen keskeyttäminen).

¹⁴⁵ Esim. PeVL 18/2007 vp s. 7 (päätös loman ajankohdasta) sekä PeVL 18/2007 vp s. 4 (päätös siviilipalvelushakemuksesta).

koskevan kansallisen oikeuskäytännön.¹⁴⁶

EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu riittäväksi, että oikeutta voidaan pitää ainakin puolustettavin perustein kotimaisen oikeuden tunnustamana. Tämän lausuman perusteella voitaisiin päätellä EIT:n asettaman kynnyksen oikeuden syntymiselle olevan matalammalla kuin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. EIT:n linjaan vaikuttanee kuitenkin se, että tuomioistuin ihmisoikeussopimuksen kansainvälisenä valvontaelimenä arvioi erilaisia kansallisia järjestelmiä, jolloin arvioinnin tavoitteena ei edes voi olla pyrkimys samanlaiseen varmuuteen oikeuden olemassaolosta kuin lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta lausuntoja antavan perustuslakivaliokunnan. Eroa arvioinneissa voisi syntyä lähinnä sen vuoksi, että oikeuden käsite on ihmisoikeussopimusta sovellettaessa autonominen, eikä arviointi siten ole sidottu pelkästään siihen, määritelläänkö arvioitava kysymys kansallisessa luokittelussa oikeudeksi.

Oikeuden syntymisen kannalta keskeinen kysymys on viranomaisen harkintavallan laajuus asiaa ratkaistaessa. Perustuslakivaliokunnan edellä mainitut lausumat ”riittävän täsmällinen perusta” ja ”*jossain määrin* tätä [subjektiivista oikeutta] harkinnanvaraisempien oikeuksien ja etuuksien voidaan katsoa täyttävän” viittaisivat tiukempaan arviointiin kuin EIT:n lausumat siitä, ettei harkintavalta ole täysin vapaa tai väljä. Tosiasiassa kuitenkin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö osoittaa valiokunnan ainakin *jossain* laajuudessa edellyttäneen muutoksenhakuoikeutta myös harkinnanvaraisissa asioissa.¹⁴⁷ Lausunnoista on löydettävissä eräänlaisia ”varaventiilejä” harkinnanvaraisten päätösten saamiseksi oikeusturvan piiriin silloin, kun asioiden niiden harkinnanvaraisuuden vuoksi ei voida katsoa täyttävän ”oikeuden” edellytyksiä.

Oikeusturvan saatavuutta koskeva ongelma voidaan pyrkiä ratkaisemaan etsimällä harkintaa määrittäviä seikkoja kyseessä olevassa asiassa. Perustuslakivaliokunta on todennut harkinnanvaraisen avustuksen myöntämisharkintaan kytketyn lakiehdotuksessa erinäisiä edellytyksiä ja perusteluissa luetellun joukko harkinnassa huomioon otettavia seikkoja. Perustuslakivaliokunnan mukaan tällaisessa sääntely-yhteydessä on asianmukaista vielä selvittää muutoksenhakumahdollisuuden avaamista.¹⁴⁸ Vastaavasti

¹⁴⁶ *Ojansen* mukaan perustuslakivaliokunnan ei erityisemmin edes edellytetä huomioivan perustuslain säännöksiin liittyvää tuomioistuinkäytäntöä. Ojanen pitää perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten suhdetta hierarkkisena ja yksisuuntaisena, ja perustuslakivaliokunnalla on tulkinta-auktoriteetti perustuslakikysymyksissä. Ojansen mukaan perustuslakivaliokunnassa ei johdonmukaisesti oteta huomioon Eurooppa-tuomioistuinten ja ihmisoikeussopimusten kansainvälisten valvontaelinten oikeuskäytäntöä. Tätä Ojanen pitää valtiosääntöoikeudellisesti ja kansainvälisoikeudellisesti arvioiden ongelmallisena. Ks. *Ojanen* 2009 s. 243 ja 249–250.

¹⁴⁷ Ks. myös HE 181/2010 vp s. 7.

¹⁴⁸ PeVL 32/2000 vp s. 2–3. Ks. myös *Halila* 2004 s. 57.

perustuslakivaliokunta on todennut, että ”lakiehdotuksen säännöksissä on päätöksenteon harkinnanvaraisuuden ohella ilmaistu myös sellaisia kiinnekohtia, jotka muodostuvat asian ratkaisun laillisuusedellytyksiksi”. Perustuslakivaliokunta on katsonut tämän puoltavan perustuslain näkökulmasta viranomaistoiminnan kontrollin järjestämistä yksilöiden muutoksenhakumahdollisuuden avulla.¹⁴⁹ Oikeuden olemassaoloa arvioitaessa onkin meneteltävä juuri valiokunnan lausunnosta ilmenevin tavoin etsien erilaisia ”kiinnekohtia”, jotka sitovat ja rajoittavat viranomaisen harkintavaltaa. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin kohdistanut harkintavaltaa rajoittavien säännösten tarkastelun substanssilainsäädännön säännöksiin, eikä esimerkiksi hallintolain 6 §:n hallinnon oikeusperiaatteisiin näytä viitatus. EIT:n lausumien perusteella EIS 6 artiklassa tarkoitetun oikeuden syntyminen kannalta sen sijaan ilmeisesti riittäisi, että harkintavaltaa rajoittavat hallinto-oikeudelliset periaatteet. EIT on muun muassa *Pudas*-tapauksessa todennut, että liikenneluvan peruuttamista koskevaa harkintavaltaa sitoivat ”yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet”.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä huomiota kiinnittää kuitenkin se, että valiokunta on joissakin lausunnoissaan katsoessaan harkinnanvaraisten päätösten muutoksenhakuoikeuden tarpeelliseksi perustanut kannanottonsa perustuslain 21 §:n 2 momenttiin eikä 1 momenttiin. Pykälän 1 momentissa taataan oikeus tuomioistuinkäsittelyyn ja 2 momentissa lueteltaessa lailla turvattavia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeisiä takeita todetaan yhtenä näistä oikeus hakea muutosta. Perustuslakivaliokunnan lausunnot antaisivat ymmärtää, että perustuslakivaliokunta olisi pitänyt 2 momentissa todettua oikeutta hakea muutosta ikään kuin laajempana kuin pykälän 1 momentissa turvattua oikeutta.

Lähestymistapa ilmenee työllistämistuen myöntämispäätösten muutoksenhakuoikeutta koskevasta arvioinnista. Perustuslakivaliokunta ei ole pitänyt valtion talousarvion määrärahoihin sidotun ja harkinnanvaraisen tuen osalta valituskieltoa ongelmallisena perustuslain 21 §:n 1 momentin näkökulmasta. Tuen saamiseen ei siis katsottu olevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin todennut, että saman pykälän 2 momentissa turvattu muutoksenhakuoikeus puoltaa näiden ratkaisujen saattamista valitusmahdollisuuden piiriin. Valitusmahdollisuuden tarpeellisuutta on perusteltu *viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja muun tasapuolisuuden valvomisella* sekä *soveltamiskäytännön yhdenmukaisuuden varmistamisella*.¹⁵⁰ Perustuslakivaliokunta

¹⁴⁹ PeVL 46/2002 vp s. 9.

¹⁵⁰ PeVL 47/2002 vp s. 4. Ks. myös esim. PeVL 13/2005 vp s. 3–4 ja PeVL 30/2005 vp s. 5. Ks. myös KHO 1995 A 1, jossa oli kysymys valituksista valtioneuvoston päätöksestä, jolla oli ratkaistu yritysten hakemukset saada korvausta lisätalousarvioon tarkoitusta varten

on pykälän 2 momentin johdosta todennut, että viranomaiselle jätetty harkintavalta ei sellaisenaan poista muutoksenhaun tarvetta.¹⁵¹

Siitari-Vanne on pitänyt perustuslakivaliokunnan tarkastelutapaa jos-
sain määrin ongelmallisena, koska siinä perustuslain 21 §:n 1 momentti
muodostuu kapeammaksi kuin 2 momentti, jolla on puolestaan tarkoitettu
täsmentää ja rajata 1 momenttia.¹⁵² Perustuslakivaliokunnan arviointia ei
voida sinänsä pitää pykälän logiikan mukaisena. Pykälän 2 momenttiin viit-
taamisen taustalla onkin ollut *Siitari-Vanteen* toteamin tavoin valiokunnan
pyrkimys pitää muutoksenhakujärjestelmän piirissä myös tarveharkintaan
perustuvia päätöksentekotilanteita. Muutoksenhakuoikeuden liittämistä pel-
käästään aineellisia oikeuksia koskeviin päätöksentekotilanteisiin ei olekaan
katsottava riittäväksi oikeusvaltioperiaatteesta seuraavien oikeusturvavaa-
timusten täyttämiseksi, vaan viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja
yhdenvertaisuuden arvioiminen voi edellyttää mahdollisuutta saattaa myös
harkinnanvaraisten etuuksien myöntäminen tuomioistuimen tutkittavaksi.
Oikeusturvavaatimuksia ei liity pelkäästään aineellisiin oikeuksiin, vaan
esimerkiksi tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua koskevien menettelyllisten
oikeuksien noudattamisen valvonnan on myös katsottava edellyttävän
oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn.

Kyse on myös oikeusuojatarpeen huomioon ottamisesta oikeusturva-
perusoikeuden rajoja määritettäessä. Perustuslakivaliokunnan lausunto-
käytännössä on edellä todetulla tavalla katsottu, ettei viranomaiselle jätetty
harkintavalta sellaisenaan poista muutoksenhaun tarvetta. Esimerkiksi
muutoksenhakukieltoa ajoneuvon käyttökiellon peruuttamisesta valio-
kunta piti hakijan oikeusuojatarpeiden kannalta ongelmallisena, kun
viranomaisella oli oikeus peruuttaa kielto väljästi muotoillun säännöksen
nojalla määräämillään ehdoilla.¹⁵³ Toisenlaiseen arviointiin päädyttiin sen
suhteen, onko EU-tukien käsittelyyn osallistuvan hallintokomitean kan-
nanottoa koskevasta päätöksestä valitusoikeus. Hallintokomitean puoltava
lausunto on edellytys tuen myöntämiselle, eikä kannanottoa koskevaan
päätökseen voinut hakea erikseen muutosta. Perustuslakivaliokunnan
mukaan komitean päätös merkitsee kannanottoa mahdollisuuteen saada

otetusta harkinnanvaraisesta määrärahasta. KHO tutki valitukset kummankin valittajayhtiön
omaan hakemukseen annetun päätöksen osalta. KHO katsoi päätöksessään, että hakijoita
oli asian valmistelussa ja ratkaisemisessa kohdeltu yhdenvertaisesti, päätös oli perustunut
riittäviin selvityksiin ja valtioneuvosto oli voinut käyttää hakemusten ratkaisemisessa
noudattamia perusteita. Kun päätös ei ollut syntynyt virheellisessä järjestyksessä eikä
valtioneuvosto ollut ylittänyt sille talousarvion harkinnanvaraisen määrärahan täytäntöön-
panossa kuuluvaa toimivaltaa, KHO hylkäsi valitukset.

¹⁵¹ Esim. PeVL 46/2002 vp s. 9 ja PeVL 32/2000 vp s. 2–3.

¹⁵² *Siitari-Vanne* 2005 s. 127–128.

¹⁵³ PeVL 40/2002 vp s. 7.

taloudellinen etuus, jonka antaminen on kokonaan myöntäjän harkinnassa, eikä kysymys siksi ole kiinteydeltään tai oikeussuojan tarpeen kannalta niin vahvasta oikeudesta, että se kuuluisi perustuslain 21 §:n 1 momentin alaan.¹⁵⁴

Aer onkin katsonut, että perustuslaillista oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn voidaan arvioida henkilön oikeussuojan tarpeen näkökulmasta. Viranomaisen on käyttänyt henkilöön nähden oikeudellista valtaa, jos viranomaisen päätöksen vaikutuksesta henkilön on toimittava päätöksen mukaan tietyllä tavalla tai pidättäydyttävä toimimasta.¹⁵⁵ Todetun määritelmän perusteella kuitenkin ilmeisesti lähes kaikki taloudellista etuutta koskevat asiat jäisivät oikeusturvavaatimuksen ulkopuolelle.

Mahdollista oikeusturva-aukkoa harkinnanvaraisten päätösten osalta voidaan pyrkiä täyttämään asettamalla päätöksentekoa määrittäviä oikeudellisia kriteerejä ja muuttamalla tällä tavoin tehtävien päätösten luonnetta. Tällöin kyse ei enää olekaan täysin harkinnanvaraisesta päätöksestä, vaan päätöksen voidaan katsoa koskevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunta on pitänyt päätösten avointa harkinnanvaraisuutta arveluttavana perustuslain 2 §:n 3 momentissa ilmaistun lainalaisuusperiaatteen kannalta ja katsonut, että viranomaispäätöksenteon sitominen säännöksiin mahdollistaisi valituskiellon aiheellisuuden arvioimisen perustuslain 21 §:n 2 momentin näkökulmasta.¹⁵⁶ Perustuslakivaliokunnan lausuman mukaan ”mitä enemmän viranomaisharkintaa sidotaan lakimääräisiin edellytyksiin, sitä vahvemmaksi muodostuu paine järjestää viranomaistoiminnan kontrolli yksilöiden muutoksenhakuoikeuden avulla”. Perustuslakivaliokunta on katsonut tämän olevan tarpeen esimerkiksi viranomaistoiminnan tasapuolisuuden valvomiseksi ja soveltamiskäytännön yhdenmukaisuuden varmistamiseksi.¹⁵⁷

11.2.2 Muutoksenhakuoikeus virkaan nimittämistä koskevilla asioissa

Tarjoajan valitusoikeutta koskevan kysymyksen ratkaisemiseen on aikaisemmin vaikuttanut se lähtökohta, ettei kenelläkään ole subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi. Tähän näkökohtaan on viitattu myös edellä selostetuissa tuomioistuimeen pääsystä koskevilla EIT:n ratkaisuissa. Myös virkanimitysten osalta on perinteisesti katsottu, ettei henkilöllä ole subjektiivista oikeutta tulla nimitetyksi hakemaansa virkaan. Tämän vuoksi

¹⁵⁴ PeVL 40/2000 vp s. 3.

¹⁵⁵ *Aer* 2000 s. 113.

¹⁵⁶ PeVL 14/2002 vp s. 6–7.

¹⁵⁷ PeVL 32/2000 vp s. 2–3.

virkanimitysasioita ei ole pidetty perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettuina yksilön oikeutta tai velvollisuutta koskevinä päätöksinä.¹⁵⁸ Valtion virkamieslain 59 §:n mukaan virkaan nimittämistä koskevaan päätökseen ei saa hakea muutosta valittamalla.

Tarjouskilpailun ratkaisemisesta ja virkaan nimittämistä koskevissa asioissa on mainitun subjektiivisen oikeuden puuttumisen ohella löydettävissä muitakin yhtäläisyyksiä. Molemmissa asioissa on kyse valinnan tekemisestä useiden tarjoajien tai viran hakijoiden kesken, ja valintaa tehtäessä noudatettavaan menettelyyn kohdistuu vaatimuksia siihen osallistuvien asianmukaisesta ja yhdenvertaisesta kohtelusta.¹⁵⁹ Asioilla on kuitenkin myös selviä eroavaisuuksia, sillä hankintamenettelyssä tarjousten arviointi ja vertailu suoritetaan taloudellisilla, teknisillä ym. tekijöillä, jotka ovat helpommin verrattavissa kuin virkaa hakeneiden henkilöiden pätevyys ja muut henkilökohtaiset ominaisuudet. Virkanimitysasioissa viranomaisen harkintavalta on laajempi.

Muutoksenhakuoikeus kunnallisten virkojen nimityspäätöksistä on erilainen verrattuna valtion virkojen nimityspäätöksiin: kunnallisten virkojen nimityspäätöksistä voidaan valittaa, mutta valtion virkojen nimityspäätöksiä koskee valituskielto. Hankintapäätösten osalta on valituskelpoisuutta koskeva tulkinta poikennut kunnallisvalituksessa ja hallintovalituksessa: kunnallisvalituksessa hankintapäätöksiä on pidetty valituskelpoisina ratkaisuin, kun taas valituskelpoisuus hallintovalituksessa on ollut ongelmallisempi kysymys. Eroavaisuuksia edellä mainitussa suhteessa selittää kunnallisvalituksen luonne kunnan jäsenen käytössä olevana hallinnon valvontakeinona.

Muutoksenhakuoikeus virkanimityspäätöksistä on ollut hiljattain arvioinnin kohteena. Hallituksen esityksessä 181/2010 vp virkamieslain muuttamisesta ehdotettiin virkamieslain yleisen valituskiellon kumoamista. Valituskielto olisi kuitenkin edelleen koskenut (tiettyjen muiden poikkeusten ohella) virkanimityspäätöksiä. Hallituksen esitys raukesi, koska sitä ei ehditty käsitellä loppuun vaalikauden aikana. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin lausunnossaan arvioinut muutoksenhakukielltoa nimittämispäätöksestä.¹⁶⁰

Hallituksen esityksessä oli tarkasteltu muutoksenhaun avaamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvia seikkoja ja viitattu subjektiivisen oikeuden puuttumisen ohella siihen, että nimityspäätökseen sisältyy harkintavaltaa ja henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointia, minkä vuoksi oikeudellisiin

¹⁵⁸ Ks. mm. *Halila* 2004 s. 58–59 ja *Aer* 2000 s. 113.

¹⁵⁹ Ks. myös *Mäenpää*, Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).

¹⁶⁰ PeVL 51/2010 vp s. 2–3.

seikkoihin perustuva arviointi muutoksenhaussa on ongelmallista. Nykyisin käytävissä olevia oikeussuojakeinoja on pidetty riittävinä, eikä valitus-oikeuden ole katsottu merkittävästi lisäävän oikeusturvaa. Valitusoikeuden avaamisen on katsottu myös vaikeuttavan valtion rekrytointimahdollisuuksia ja heikentävän toiminnan tuloksellisuutta. Toisaalta hallituksen esityksessä oli todettu, että lakiin sidotussa hallinnossa lähtökohtana on muutoksenhakumahdollisuus lakiin perustuvasta ratkaisusta. Lisäksi kunnallisia viranhaltijoita koskevassa lainsäädännössä on muutoksenhakuoikeus, ja olisi perusteltua, että valtion ja kunnan säännökset olisivat yhdenmukaiset asianosaisen muutoksenhaun osalta.¹⁶¹

Perustuslakivaliokunta on hallituksen esityksestä antamassaan lausunnossa viitannut EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan EIS 6 artikla ei välttämättä sovellu kaikkiin virkamiesoikeudellisiin riitaisuuksiin. Valiokunta on kuitenkin todennut, ettei perustuslain 21 §:n 1 momenttiin sisälly EIS 6 artiklan mukaista rajausta, ja se turvaa oikeuden säännönmukaiseen muutoksenhakuoikeuteen, kun kysymys on pykälässä tarkoitetuista oikeuksista ja velvollisuuksista. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan esittänyt, että hallintovaliokunta harkitsisi muutoksenhakuoikeuden ulottamista koskemaan virkaan ja virkasuhteeseen nimittämistä. Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan pitänyt kyseistä valituskieltoa perustuslain vastaisena, vaan katsoi, että lakiehdotus olisi voitu tältä osin käsitellä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä.¹⁶² Hallituksen esityksen rauettua jää avoimeksi, olisiko virkamieslain virkanimityspäätöksiä koskeva valituskielto tullut muutetuksi.

Perustuslakivaliokunta perusteli kantaansa seuraavasti:

Nimityspäätöksiin sisältyy harkintaa, jota ohjataan ja rajoitetaan melko tarkoin lainsäädännöllä. Lähtökohtana on perustuslain 125 §:n 2 momentti, jossa säädetään yleisistä nimitysperusteista julkisiin virkoihin. Oikeuskirjallisuudessa nimitykseen on katsottu kuuluvan sekä oikeudellisesti sitovia että hallinnolliseen harkintaan valtuuttavia ainesosia. Nimitysharkintaa on luonnehdittu suppeaksi harkinnaksi, koska laki

¹⁶¹ Ks. HE 181/2010 vp s. 7–11 ja Valtion virkamieslain muutoksenhakua selvittäneen työryhmän muistio s. 38 ss.

¹⁶² KHO on antanut kaksi ratkaisua perustuslain 106 §:n soveltamisesta virkamieslain valituskieltosäännöksiin liittyen. Ratkaisussa KHO 2008:25 jätettiin perustuslain 106 §:n nojalla valituskieltosäännös soveltamatta perustuslain 21 §:n vastaisena asiassa, jossa oli kysymys jo virassa olevan virkamiehen siirtämisestä ilman hänen laissa edellytettyä suostumustaan toisiin tehtäviin samassa virastossa. Nimityspäätöstä koskevassa tapauksessa KHO 2011:39 katsottiin, ettei kyse ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitetusta lain säännöksen soveltamisen ja perustuslain välisestä ilmeisestä ristiriidasta. Päätöksessä lausuttiin, ettei ihmisoikeussopimuksen 6 artiklasta johtuvien velvoitteiden takia ollut katsottava, että kysymys olisi perustuslain 21 §:n soveltamisalaa kuuluvista oikeuksista eikä perustuslain säännös tullut sovellettavaksi muullakaan perusteella. Molemmissa asioissa äänestys 4–1.

osoittaa nimitysperusteet. Nimityspäätös ei poikkeaa luonteeltaan muista hallintopäätöksistä niin, ettei valitusoikeutta voitaisi siihen ulottaa. Nimityspäätöksellä on suuri merkitys viranhakijan oikeudellisen aseman kannalta, mikä puoltaa muutoksenhakuoikeutta. Nykyisin ainoastaan ylimääräinen muutoksenhaku voi johtaa nimityspäätöksen kumoamiseen. Tähän nähden muut oikeussuojan takeet ovat tehottomampia.

11.2.3 Hankintalain muutoksenhakurajoitukset

Perustuslakivaliokunta on arvioinut lausunnossaan 35/2009 vp hankintalakien muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä HE 190/2009 vp ehdotettujen muutoksenhakua rajoittavien säännösten perustuslain mukaisuutta. Hallituksen esityksessä ehdotettiin käyttöön otettavaksi käsittelylupa valitettaessa markkinaoikeuteen puitejärjestelyyn perustuvista hankinnoista ja valituslupa valitettaessa korkeimpaan hallinto-oikeuteen markkinaoikeuden kielteisestä käsittelylupapäätöksestä. Valitusoikeutta koskevat säännökset on muutettu ehdotetun mukaisiksi lailla 321/2010.

Puitejärjestelyllä tarkoitetaan hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tulevia hankintasopimuksia koskevat ehdot. Jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn usean toimittajan kanssa ja jos kaikkia ehtoja ei ole järjestelyssä vahvistettu, puitejärjestelyyn otetut toimittajat on kilpailutettava. Puitejärjestelyyn otettavia toimittajia koskevasta, puitejärjestelyn perustavasta päätöksestä voi valittaa rajoituksetta. Sen sijaan lain muutoksen jälkeen puitejärjestelyyn perustuvista hankinnoista valittaminen edellyttää markkinaoikeuden myöntämää käsittelylupaa.¹⁶³

Perustuslakivaliokunta arvioi käsittelylupajärjestelmää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten valossa sääntelyn rajoittaessa ensi vaiheen muutoksenhakua. Valituslupajärjestelmän kautta tapahtuvaa oikeusturvaperusoikeuden rajoitusta arvioitaessa viitattiin suhteellisuusperiaatteen. Valiokunnan mukaan sen lausunnossa todetulla tavalla tulkittuna ja sovellettuna käsittelylupasääntelyn ei nähty muodostuvan ongelmalliseksi perustuslain 21 §:n kannalta eikä myöskään rajatun valituslupajärjestelmän käyttöönotosta tehdyn kokonaisarvioinnin perusteella.¹⁶⁴

Perustuslakivaliokunta ei käsitellyt lausunnossaan kysymystä perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettun oikeuden olemassaolosta, vaan lähti suoraan arvioimaan ehdotusten perustuslain mukaisuutta. Arvioinnin kohteena oli puitejärjestelyyn otetun toimittajan muutoksenhakuoikeus. Tällaisen toimittajan asemaa voidaan pitää tavanomaiseen tarjouskilpailuun

¹⁶³ Hankintalain 5 § 15) kohta, 31–32 § ja 86 § 3 momentti.

¹⁶⁴ PeVL 35/2009 vp s. 2–3.

osallistuneen tarjoajan asemaa vahvempana, sillä puitejärjestelyä koskevan sopimuksen tekemisellä puitejärjestelyyn otetulle toimittajalle voidaan katsoa syntyneen ”oikeuksia”. Perustuslakivaliokunnan lausunnosta ei ole kuitenkaan pääteltävissä, että tällä seikalla olisi ollut merkitystä oikeusturvaperusoikeuden soveltumisen kannalta. Mahdollista siten on, että perustuslakivaliokunta katsoi ylipäättään tarjouskilpailuun osallistumisen hankintalain soveltamisalalla antavan tarjoajalle perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettuja oikeuksia. Näin voidaankin mielestäni katsoa hankintalain määrittäessä hankintamenettelyä varsin yksityiskohtaisesti.

Sen sijaan kysymys tarjoajien oikeuksista hankintalakien soveltamisalan ulkopuolella on epäselvä. Tulkinnanvaraista on, voidaanko edellä todetun kaltaiset menettelylliset oikeudet katsoa perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitetuiksi oikeuksiksi, joita koskee oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.¹⁶⁵ Perustuslakivaliokunnan lausunnot harkinnanvaraisten päätösten osalta osoittavat kuitenkin valiokunnan pitävän muutoksenhakuoikeutta tarpeellisena viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja yhdenmukaisuuden valvomiseksi, vaikka asiaan ei sen harkinnanvaraisuuden vuoksi katsotaisikaan liittyvän perustuslain 21 §:ssä tarkoitettua (aineellista) oikeutta.

12 MUUTOKSENHAKUOIKEUS HALLINTO-VALITUKSESSA JA KUNNALLISVALITUKSESSA

Oikeudesta valittaa valtion hallintoviranomaisten päätöksistä säädetään hallintolainkäyttölaissa ja valituksesta kunnallisen viranomaisen päätökseen puolestaan kuntalaissa. Perustuslain 21 §:n takaamaa oikeutta tuomioistuin-käsittelyyn ja siten oikeusturvan saatavuutta määrittävät kyseisten lakien säännökset päätöksen valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta. Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus ovat edellytyksiä asian tutkimiselle tuomioistuimessa: vain valituskelpoinen päätös voi olla valituksen kohteena ja vain valitusoikeuden omaavan tahon valitus voidaan ottaa tutkittavaksi. Valituskelpoisuus rajaa siten ne päätökset, joilla on sellaisia oikeusvaikutuksia, jotka edellyttävät muutoksenhakumahdollisuutta. Valitusoikeus subjektiivisessa merkityksessä puolestaan määrittää ne tahot, jotka voivat

¹⁶⁵ Hallituksen esityksessä HE 190/2009 vp käsiteltiin varsin laajasti kysymystä hankintalakia koskevan ehdotuksen suhteesta perustuslakiin. Hallituksen esityksessä on viitattu muun ohella siihen, että hankintamenettelyn osapuolten mahdollisuuksia saattaa hankintamenettelyssä tehty ratkaisu erityistuomioistuimen tutkittavaksi rajoitettaisiin uusilla kansallisilla kynnysarvoilla. Ehdotuksessa todetaan kuitenkin, että alle kansallisen kynnysarvon jäävissä hankinnoissa olisivat käytössä hankintaoikaisun lisäksi yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakekeinot (erityisesti kunnallisvalitus), ks. HE 190/2009 vp s. 92.

valittaa päätöksestä. Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus liittyvät toisiinsa, sillä vain valituskelpoisella päätöksellä voi olla sellaisia oikeusvaikutuksia, joiden perusteella valitusoikeus syntyy. Laajassa käsityksessä valitusoikeus pitääkin sisällään paitsi subjektiivisen valitusoikeuden myös valituskelpoisuutta koskevan määritelmän.¹⁶⁶

Hallintolainkäyttölain esitöiden mukaan säännökset valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta ovat muotoilultaan väljiä, mikä mahdollistaa erilaisten ratkaisutilanteiden arvioinnin, oikeuskäytännön kehittämisen ja oikeusturvanäkökohtien huomioon ottamisen.¹⁶⁷ Perustuslain 21 §:n 1 momentissa taattu oikeus tuomioistuinkäsittelyyn edellyttää valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevien säännösten tulkittamista oikeusturvan saatavuutta turvaavalla tavalla.¹⁶⁸

12.1 Hankintapäätöksen valituskelpoisuus

12.1.1 Yleisiä näkökohtia

Hallintolainkäyttölaissa päätöksen valituskelpoisuutta määrittävät lain 4 ja 5 §:n säännökset. Lain 4 §:n mukaan valittaa saa hallintoasiassa tehdystä päätöksestä. Lain 5 §:n 1 momentissa määritellään valituskelpoinen päätös toimenpiteeksi, jolla asia on ratkaistu tai jätetty tutkimatta. Pykälän 2 momentin mukaan valitusta ei saa tehdä hallinnon sisäisestä määräyksestä, joka koskee tehtävän tai muun toimenpiteen suorittamista. Kunnallisvalituksen soveltamisala määritellään kuntalain 90 §:n 1 momentissa, jonka mukaan valtuuston ja kuntayhtymän toimielimen päätökseen sekä kunnanhallituksen, lautakunnan ja johtokunnan oikaisuvaatimuksen johdosta antamaan päätökseen haetaan muutosta kunnallisvalituksella. Kuntalain 91 §:ssä päätösten valituskelpoisuutta on täsmennetty toteamalla päätökset, joista ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta. Tällaisia päätöksiä ovat pykälän mukaan vain valmistelua tai täytäntöönpanoa koskevat päätökset.

Sekä hallintolainkäyttölain että kuntalain mukaan lopullisen asiaratkaisun sisältäviin tai asian tutkimatta jättämistä koskeviin päätöksiin voidaan hakea muutosta. Kuntalain mukainen päätöksen valituskelpoisuus on kuitenkin perinteisesti ollut eräiltä osin hallintolainkäyttölain nojalla määräytyvää valituskelpoisuutta laajempi. Muun muassa päätös ryhtyä yksityisoikeudelliseen toimeen on katsottu kuntalain mukaan valituskelpoiseksi ratkaisuksi. Syynä valituskelpoisten päätösten laajempaan alaan

¹⁶⁶ Mäenpää 2005 s. 118 ja s. 261–262 ja *Aer* 2000 s. 110.

¹⁶⁷ HE 217/1995 vp s. 38–39.

¹⁶⁸ Mäenpää 2005 s. 119 ja s. 258.

on ennen kaikkea kunnallisvalituksen valvonnallinen tehtävä kunnan jäsenen käytössä olevana hallinnon valvontakeinona. Valvontafunktiota toteuttavan valituksen tekemisen edellytykseksi ei ole asetettu päätöksettä tai toimenpiteestä seuraavia oikeudellisia vaikutuksia samalla tavoin kuin hallintovalituksessa.¹⁶⁹ Kunnallisvalituksessa valituskelpoisuuden tulkinta on kuitenkin riippumaton siitä, onko valittajana kunnan jäsen vai asianosainen. Mahdollisen asianosaisen valitusmahdollisuutta rajoittaa kuitenkin asianosaisen valitusoikeuden vaatimus oikeuden tai oikeudellisesti määritellyn intressin olemassaolosta.¹⁷⁰

Hankintapäätöksen valituskelpoisuus ei ole aiheuttanut tulkintaongelmia kunnallisvalitusten osalta. Oikeuskäytännössä kunnallisten viranomaisten hankintaa koskevia päätöksiä on pidetty valituskelpoisina eikä kysymyksestä ole oikeuskirjallisuudessa käyty keskustelua.

Sen sijaan valtion viranomaisten hankinnoista tekemiä ratkaisuja ei ennen hankintalain säätämistä pidetty yleensä valituskelpoisina hallintopäätöksinä, vaan ne käsitettiin luonteeltaan lähinnä yksityisoikeudelliseen sopimukseen liittyviksi tahdonilmaisuuksi.¹⁷¹ Hankintalain säätäminen muutti ajattelun valtionhallinnon hankintapäätösten muutoksenhakukelpoisuudesta hankintalain soveltamisalalla, ja ratkaisussa KHO 1997:62 katsottiin valtion viranomaisen päätös hankinnan tekemisestä myös hallintovalituksessa valituskelpoiseksi päätökseksi. Valituskelpoisuudesta on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin esitetty erisuuntaisia kannanottoja.

12.1.2 Oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkemykset ja oikeuskäytäntö

Hankintamenettelyn ja hankintaa koskevan päätöksenteon on katsottu kuuluvan hallintolain asialliseen soveltamisalaan. *Kanninen* on todennut, että yksityisoikeudelliseen sopimukseen tähtäävät toimenpiteet viranomaisessa ovat viranomaistoimintaa ja niitä on pidetty myös hallintoasian käsittelynä. *Kanninen* mukaan tämä tarkoittaa, että yleinen hallintolainsäädäntö soveltuu hankinnan valmistelutoimenpiteisiin ja hankintamenettelyyn, jossa valitaan se, keneltä hankinta tehdään.¹⁷² Myös *Kulla* on katsonut ratkaisuun KHO 1997:62 viitaten, että hallintomenettelyä on myös julkisiin hankintoihin liittyvä asian viranomaiskäsittely.¹⁷³

¹⁶⁹ *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 113. Ks. myös *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 75.

¹⁷⁰ Ks. myös *Mäenpää* 1989 s. 261.

¹⁷¹ *Kanninen*, DL 2005 s. 528.

¹⁷² *Kanninen*, DL 2005 s. 539.

¹⁷³ *Kulla* 2008 s. 82. Vastaavasti myös *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 55.

Hankintapäätöksen valituskelpoisuudesta *Siitari-Vanne* on lausunut, ettei käytännössä hallintovalituksena hallintolainkäyttölain säännökset huomioon ottaen juurikaan voitane tutkia hankintamenettelyssä syntyneitä päätöksiä. *Siitari-Vanne* on viitannut hankinnassa syntyvän sopimuksen yksityisoikeudelliseen luonteeseen ja katsonut, ettei hankinta-asiassa ole pääsääntöisesti kysymys hallintoasian ratkaisemisesta ja siten valituskelpoisesta hallintopäätöksestä.¹⁷⁴ Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, että yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä edeltävässä hallinnollisessa menettelyssä saatetaan tehdä nimenomainen päätös sopimuksen solmimisesta, mutta valtionhallinnossa tehtyjä tämän kaltaisia ratkaisuja ei pidetä valituskelpoisina hallintopäätöksinä. Sen sijaan kunnallishallinnossa esimerkiksi kunnanvaltuuston päätöksestä ostaa tietty maatala voidaan valittaa kunnallisvalituksin. Teoksessa on viitattu vielä siihen, että hankintalain soveltuessa hankintaan käytettävissä ovat lisäksi niin valtion- kuin kunnallishallinnonkin alalla hankintalainsäädännön mukaiset oikeusturvakeinot markkinaoikeudessa.¹⁷⁵

Teoksessa *Kalima – Häll – Oksanen* on puolestaan katsottu, että valtion ja muiden kuin kunnallisten julkisyhteisöjen kansalliset kynnyksarvot alittaviin hankintoihin voidaan hakea muutosta hallintovalituksin hallintolainkäyttölain nojalla. Teoksessa lausutun mukaan hankintalain soveltamisrajojen johdosta näihin hankintoihin ei voida hakea muutosta hankintalaissa säädetyllä perusteella, mutta kylläkin kaikilla laillisuusperusteilla, kuten harkintavallan väärinkäytön perusteella.¹⁷⁶

Mäenpää on todennut hallintolainkäyttölain vakiintuneen tulkinnan olevan, ettei valituskelpoisena pidetä viranomaisen päätöksentekoa, jonka kohteena on yksityisoikeudellinen toimi tai oikeussuhde, eikä siten hallintoprosessissa arvioitavaksi kuulu viranomaisen päätökset ryhtyä yksityisoikeudellisen oikeussuhteen osapuoleksi. *Mäenpää* on kuitenkin katsonut, ettei tätä hallintoprosessin soveltamisalaa rajoittavaa, sinänsä vakiintunutta tulkintaa voida enää pitää riittävän erottelukykyisenä. Viranomaisten yksityisoikeudellisissa muodoissa tapahtuvan päätöksenteon laajennuttua huomattavasti sen tuomioistuINVALVONTA on perusteltua myös julkisoikeudelliselta kannalta. *Mäenpään* esittämän mukaan suositeltavaa onkin tulkita hallintolainkäyttölain 4 ja 5 §:ää siten, että viranomaisen yksityisoikeudellisia toimia koskevat päätökset voivat olla valituskel-

¹⁷⁴ *Siitari-Vanne* 2002 s. 176. *Siitari-Vanteen* mukaan niissä tapauksissa, joissa hankintayksikkö on viranomainen, hankinta-asiassa on mahdollista tehdä hallintokantelu ylemmälle viranomaiselle tai ylimmille laillisuusvalvojille, valtioneuvoston oikeuskanslerille ja eduskunnan oikeusasiamiehelle.

¹⁷⁵ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 55.

¹⁷⁶ *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 264.

poisia. Hallintotuomioistuimet voivat kuitenkin tutkia päätöksenteon lainmukaisuuden ainoastaan julkisoikeudellisen lainsäädännön kannalta. Mäenpää on määritellyt julkiset hankinnat hallintoprosessin ja yleisen lainkäytön välimaastoon sijoittuvaksi erityismenettelyksi ja viitannut viranomaisten hankintapäätösten lainmukaisuuden arviointiin hallintoprosessissa hankintalain nojalla.¹⁷⁷

KHO:n oikeuskäytännössä on hallintovalituksena tutkittu valtion viranomaisten päätöksiä hankinnan tekemisestä. Ratkaisussa KHO 1997:62 kyse oli merenkulkuhallituksen helikopteripalveluhankintaa koskevasta päätöksestä. KHO:n päätöksen ratkaisuselosteen mukaan korkein hallinto-oikeus tutki asian, ”kun merenkulkuhallitus oli asiassa tehnyt päätöksen, jolla oli lopullisesti ratkaistu helikopteripalveluhankintaa koskevan tarjouksen valinta”. Kyseinen ratkaisu on ajalta ennen osittaisen valituskiellon säätämistä, minkä jälkeen hankinta-asiasta ei voinut valittaa hallintolainkäyttölain tai kuntalain nojalla hankintalain vastaisuuteen vedoten. Vaikka KHO sovelsi hallintovalitusta ratkaistessaan hankintalakia, ainakaan päätöksen perusteista ei ilmene, että tämä olisi vaikuttanut valituskelpoisuutta koskevaan ratkaisuun.¹⁷⁸

KHO:n hankintalakityöryhmän mietinnöstä antamassa lausunnossa on todettu, että kansallisen oikeuden valossa viranomaisten menettely hankintapäätöstä tehtäessä on hallintomenettelyä, jossa tulevat noudatettaviksi hallinto-oikeudelliset perussäännökset asian laadun mukaisella tavalla. Valtionhallinnossa hallintovalituksen käytettävyyttä riippuu etenkin siitä, missä laajuudessa valtion hankintayksiköt tekevät tai niiden katsotaan tekevän uudenkin lainsäädännön aikana hankinnassa muutoksenhakukelpoisen hallintopäätöksen.¹⁷⁹

12.1.3 Kysymyksen arviointi

Hallintolainkäyttölain 4 §:n valitusoikeutta koskeva säännös rajaa sen asiallisen soveltamisalan hallintoasiassa tehdystä päätöksestä valittamiseen. Hallintoasian määritelmää ei lakiin sisälly, mutta lain esitöissä lausutun mukaan hallintoasia on luonteeltaan hallintomenettelyssä tehtävä päätös ja se liittyy myös julkisen vallan käyttämiseen.¹⁸⁰ Hallintopäätös määrittää

¹⁷⁷ Mäenpää 2005 s. 174 ss. Mäenpää on todennut, että kuntalain mukaan määräytyvä päätöksen valituskelpoisuus on yksityisoikeudellisia toimivia koskevan päätöksenteon osalta ollut jo perinteisesti laajahko, s. 177.

¹⁷⁸ Vastaavasti KHO:n päätöksellä 25.8.2006 t. 2195 tutkittiin työministeriön päätöstä koskeva hallintovalitus.

¹⁷⁹ Korkeimman hallinto-oikeuden lausunto 8.2.2005 Hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 5.

¹⁸⁰ HE 217/1995 vp s. 38.

yleensä viranomaisen ja yksityisen välistä hallinto-oikeudellisista oikeussuhdetta tai oikeusasemaa.¹⁸¹

Viranomainen toteuttaa hankinnan omien viranomaistehtäviensä hoitamiseksi, järjestääkseen palveluja ym. Hankintamenettelyssä viranomaisen valitsee tarjoajan, jolta hankinta tehdään. Menettelyä hankinnassa sääntelevät hankintalain soveltamisalalla olevien hankintojen osalta hankintalain säännökset. Hankintalakien ulkopuolelle jääviä hankintoja tehtäessä noudatettaviksi tulevat etenkin hallinnon oikeusperiaatteet sekä mahdollisesti viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet. Viranomaisen on otettava hankintamenettelyssä huomioon sovellettavat säännökset ja määräykset. Hankintamenettelyssä valitun tarjoajan kanssa tehdään hankintaa koskeva sopimus, joka on tavallisesti luonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus tai joskus myös hallintosopimus.¹⁸² Hallintolain 66 §:n mukaan hallintosopimusta koskeva riita käsitellään hallintoriita-asiana hallinto-oikeudessa.¹⁸³

Sopimuksen tekemistä koskeva menettely on hallinto-oikeudellisessa ajattelussa kaksivaiheinen: ensiksi tehdään päätös sopimuksen tekemisestä ja sen jälkeen solmitaan sopimus. Päätöstä sopimuksen tekemisestä ja sen sisällöstä on pidetty julkisyhteisön sisäisenä asiana ja valituskelvottomana ratkaisuna. *Mäenpää* on todennut tulkintaan liittyvän jaottelut hallintotoimi/oikeustoimi ja sisäinen viranomaisasia/ulkoinen viranomaistoimi.¹⁸⁴ Tulkinta yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä koskevan päätöksen valituskelvottomuudesta sopii sinänsä tavanomaiseen sopimukseen, joka solmitaan tietyn sopijapuolen kanssa ehdoista käytyjen neuvottelujen jälkeen. Hankintojen osalta tulkinta jättää kuitenkin ottamatta huomioon kaksi seikkaa: a) hankintasopimuksen tekemistä edeltää kilpailutilanne ja b) viranomaisen menettely tässä tarjouksia koskevassa kilpailutilanteessa on oikeudellisesti säänneltyä.

Hankintapäätös merkitsee ratkaisua siitä, kuka valitaan toimittajaksi, eikä sitä voi mielestäni ymmärtää pelkästään hallinnon sisäiseksi päätökseksi sopimukseen ryhtymisestä. Hallinnon oikeusperiaatteet, hankintasäännöt ja -ohjeet, toimivallan rajat ja virkavastuu määrittävät viranomaisen menettelyä ja päätöksentekoa siten, ettei viranomaisen kannalta julkisissa hankinnoissa

¹⁸¹ *Suviranta* 2006 s. 94 ss. ja *Mäenpää* 2005 s. 115 ss.

¹⁸² *Kanninen*, *DL* 2005 s. 538–539.

¹⁸³ Ks. mm. ratkaisu KHO 1993 A 10, jossa katsottiin, että ostopalvelusopimus oli julkisoikeudellisen oikeussuhteen järjestämistä koskeva sopimus. KHO:n päätöksen mukaan lääninoikeuden ei siten olisi tullut käsitellä asiaa valituksena kunnanhallituksen päätöksestä eikä antaa ohjausta asian saattamiseksi yleisen alioikeuden ratkaistavaksi, vaan käsitellä korvausten korottamista koskeva asia hallintoriita-asiana. Ks. myös *Kanninen*, *DL* 2005 s. 538–539.

¹⁸⁴ *Mäenpää* 1989 s. 251.

ole kyse sellaisesta tahdonautonomiasta kuin muutoin yksityisoikeudellisia sopimuksia tehtäessä.¹⁸⁵ Viranomainen ei voi hankinta-asiassa valita sopimuskumppania vapaasti yksityisen yrityksen tavoin. Tarjouksia koskevan valintatilanteen ratkaistessaan ja hankinnan tekemisestä päättäessään viranomaisen on siten katsottava toimivan enemminkin viranomaisasemassa eikä kuten yksityisoikeudellisen suhteen osapuoli.

Hankintapäätöksen valituskelpoisuutta arvioitaessa olennaista ei ole se, että hankintamenettely johtaa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimiseen, vaan ratkaisevaa on hankintapäätöksen luonne toimittajan valintaa koskevana ratkaisuna ja tätä valintaa sääntelevät elementit. Ratkaisussa KHO 1997:62 hankintapäätös määriteltiin päätökseksi, jolla oli lopullisesti ratkaistu tarjouksen valinta, ja päätös katsottiin valituskelpoiseksi. Päätöksen tekeminen valittavasta tarjouksesta onkin rinnastettavissa hallintoasian ratkaisemiseen, ja tämän vuoksi myös valtion viranomaisen hankintapäätös on luonteeltaan valituskelpoinen hallintopäätös.

Oikeusturvanäkökohdat edellyttävät tällaista valituskelpoisuutta koskevaa tulkintaa, sillä hankintaviranomaisen menettelyn tasapuolisuus ja puolueettomuus on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Hankintapäätösten valituskelpoisuus mahdollistaa viranomaisen menettelyllisten velvollisuuksien noudattamisen valvonnan ja vastaavasti tarjoajan menettelyllisiin oikeuksiin liittyvän oikeusturvan. Myöskin hankintapäätösten samanlainen kohtelu hallintovalituksessa ja kunnallisvalituksessa perustelee valtion viranomaisten hankintapäätösten valituskelpoisuutta.

Mäenpää on todennut, että julkishallinnon muutosten myötä hallinto-oikeudellinen suhde saa vaihtelevia muotoja ja sisältöjä, ja suhteeseen voi liittyä myös useita asianosaisia tai osallisia.¹⁸⁶ *Kanninen* on puolestaan viitannut uudenlaisen taloudellisen hallinto-oikeuden syntymiseen.¹⁸⁷ Uudentyyppisten julkishallinnon toimintamuotojen ja -velvollisuuksien voidaan katsoa haastavan perinteisiä hallinto-oikeuden oppeja ja vaativan niiltä uudelleen muotoutumista.

¹⁸⁵ Yleisemmin viranomaisen roolista yksityisoikeudellisissa suhteissa ks. *Mäenpää* 2005 s. 174 ss. *Mäenpää* on todennut, ettei viranomainen yksityisoikeudellisen suhteen osapuoleenakaan irrottaudu kokonaan viranomaisasemasta, koska viranomaisen toimia yksityisoikeudellisen suhteen osapuolena arvioidaan osaltaan hallinto-oikeudellisen normiston kannalta (hallinnon oikeusperiaatteet, erityiset menettelyvelvoitteet, toimivallan rajat ja virkavastuu).

¹⁸⁶ *Mäenpää* 2005 s. 28.

¹⁸⁷ *Kanninen*, DL 2005 s. 538. Ks. myös *Kanninen* 2007 s. 36 ja s. 40–42.

12.2 Valitusoikeus

Valitusoikeuden lähtökohtana on perustuslain oikeusturvaa koskeva 21 §:n 1 momentti, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen käsiteltäväksi. Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet ja siten myös oikeus tuomioistuinkäsittelyyn turvataan lailla. Käsite ”oikeuksiaan koskeva päätös” määrittyy valitusoikeutta koskevissa säännöksissä. Hallintolainkäyttölain 6 §:n 1 momentin mukaan päätöksestä saa valittaa se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa. Kuntalain 92 §:n 1 momenttiin sisältyy vastaava säännös asianosaisen valitusoikeudesta.

Päätösten oikeudellisten vaikutusten kohdentumisen ja luonteen perusteella *Mäenpään* ryhmittelyn mukaisesti asianosaisia voivat olla yhtäältä julkisoikeudellisen suhteen osapuoli ja toisaalta julkisoikeudellisen suhteen ulkopuolella oleva taho. Päätöksen kohteen eli julkisoikeudellisen suhteen toisen osapuolen valitusoikeuden toteaminen ei yleensä aiheuta tulkintaongelmia. Päätöksessä on esimerkiksi voitu evätä henkilöltä jokin oikeus tai etu. Julkisoikeudellisen suhteen ulkopuolella olevan tahon valitusoikeus edellyttää välittömiä vaikutuksia kyseisen henkilön oikeudellisesti määriteltyyn asemaan. Valitusoikeus edellyttää siten lähtökohtaisesti oikeutta tai ainakin oikeudellista intressiä sekä vaikutusten välittömyyttä.¹⁸⁸ Välittömyyskriteerin soveltuvuutta arvioitaessa on otettava huomioon asian laatu ja asiassa ilmenevä oikeusturvan tarve.¹⁸⁹

Oikeusturvanäkökohdat sinänsä perustelisivat mahdollisimman laajaa valitusoikeutta. Toisaalta jos ulkopuolisiksi katsottaville tahoille päätöksestä aiheutuvat erityyppiset vaikutukset muodostaisivat valitusoikeuden perustan, tällaisten tahojen mahdollisuudet puuttua hallintopäätöksellä luotuun oikeussuhteeseen lisääntyisivät, päätösten lainvoimaiseksi tulo estyisi, oikeusvarmuus kärsisi ja asioiden lopullinen ratkaiseminen viivästyisi.¹⁹⁰ Kyse on siten viime kädessä sen ratkaisemisesta, milloin päätöksen vaikutukset katsotaan riittävän välittömiksi ja vahvoiksi, jotta valitusoikeus on perusteltu.

Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, että asianosaisuus käsitetään materiaalisessa mielessä kysymyksenä siitä, kenen tahon oikeudellisia intressejä sovelletussa lainsäädännössä ja hallintopäätöksessä on käsitelty.¹⁹¹ Valitusoikeuden syntymisen aikaansaava oikeus tai etuus

¹⁸⁸ Ks. *Mäenpää* 2005 s. 264 ss.

¹⁸⁹ HE 217/1995 vp s. 39.

¹⁹⁰ *Kuusikko* 2003 s. 231–232. Ks. myös *Mäenpää* 2005 s. 262–263.

¹⁹¹ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 475.

voi *Mäenpään* mukaan perustua paitsi lakiin myös lakia alemmanasteiseen normiin, esimerkiksi asetukseen tai viranomaisen antamaan oikeussääntöön. Viranomaisen harkintaa sisältävä etuus ei välttämättä ole riittävän kiinteä valitusoikeuden perustamiseksi.¹⁹² Päätöksellä on oltava vaikutuksia oikeudellisesti määriteltyyn intressiin eikä pelkästään tosiasiallinen intressi riitä. Myöskään kilpailullinen intressi ja päätöksen vaikutukset kilpailutilanteeseen eivät yksinään voi olla valitusoikeuden perusteena.¹⁹³

Hallintolainkäyttölain valitusoikeutta koskeva säännös on kirjoitettu väljän yleislausekkeen muotoon, mikä pykälän yksityiskohtaisten perustelujen mukaan mahdollistaa oikeuskäytännön kehittämisen.¹⁹⁴ Prosessi-oikeudellisten säännösten tulkinnat (kuten asianosaisen käsitteen laajuus) vaikuttavat konkreettisissa tapauksissa muutoksenhakuoikeutta koskevan perusoikeussuojan laajuuteen.¹⁹⁵ Sääntelyn lisääntyminen ja sen myötä syntyvät oikeussuojatarpeet voivatkin johtaa valitusoikeutta koskevan tulkinnan laajenemiseen.

12.2.1 Tarjoajan valitusoikeus – tulkinnan muuttuminen

Tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan valitusoikeuden arvioinnissa on aikaisemmin perinteisesti katsottu, ettei kenelläkään ole oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi ja näin ollen tarjoajalla, jonka tarjousta ei ole hyväksytty, ei ole muutoksenhakuoikeuttakaan. Tämän tulkinnan mukaisesti ratkaisussa KHO 1983 A II 55 katsottiin, ettei lääninoikeuden olisi tullut ottaa tutkittavakseen kilpailevan urakkatarjouksen tehneen yrityksen valitusta päätöksestä, jolla urakka oli annettu toisen yhtiön suoritettavaksi. *Kuusikon* mukaan tällainen tulkinta vallitsi vielä 1990-luvun taitteessa, mutta KHO muutti tulkintalinjaa ratkaisullaan KHO 1991 A 40.¹⁹⁶ Päätöstä koskevassa ratkaisuselosteessa lausuttiin seuraavasti:

L:n kaupungin vesi- ja viemärilaitos oli pyytänyt vesi- ja viemärilaitoksen kaukokäyttöjärjestelmän suunnittelusta tarjoukset kuudelta suunnittelutoimistolta. Kaupungin liikelaitosten lautakunta oli päättänyt tilata vesi- ja viemärilaitoksen kaukokäyttöjärjestelmän esisuunnittelun sekä vedentuotannon ja -jakelun systemisuunnittelun toiseksi edullisimman tarjouksen tehneeltä yhtiöltä. H:n kaupungista oleva yhtiö, joka myös oli osallistunut tarjouskilpailuun, mutta jonka tarjous oli tullut hylätyksi,

¹⁹² *Mäenpää* 2005 s. 266.

¹⁹³ *Mäenpää* 2005 s. 267–268. Päätöksen vaikutuksista kilpailijan asemaan kilpailuoikeudellisissa asioissa ks. mm. KHO 2002:50.

¹⁹⁴ HE 217/1995 vp s. 39.

¹⁹⁵ *Saraviita* 2005 s. 482.

¹⁹⁶ *Kuusikko* 2003 s. 249–250.

oli hakenut muutosta lautakunnan päätökseen. Kun otettiin huomioon viimeksi mainitun yhtiön asema kaupungin järjestämän tarjouskilpailun yhtenä tarjouksentekijänä, liikelaitosten lautakunnan päätös koski yhtiötä sillä tavalla, että yhtiöllä oli oikeus kunnallislain 139 §:n 1 momentin perusteella hakea mainittuun päätökseen muutosta. Koska lääninoikeus oli jättänyt yhtiön sille tekemän valituksen tutkimatta, KHO kumosi lääninoikeuden päätöksen ja palautti asian lääninoikeudelle uudelleen käsiteltäväksi. Äänestys 5–3.

Kuusikko on katsonut, että muuttuneen ratkaisulinjan taustaa voidaan hakea ETA-sopimuksesta ja sittemmin Suomen liittymisestä Euroopan unioniin. Julkisten hankintojen kilpailuttaminen edellytti myös oikeusturvan saataavuutta, ja vuonna 1991 annetulla ratkaisulla ennakoitiin näitä vaatimuksia.¹⁹⁷

Kuntalain esitöissä on yleisesti oikeuskäytäntöön viitaten todettu tarjouskilpailuun osallistuneiden asianosaisasemansa perusteella voineen vedota kunnallisvalituksen valitusperusteisiin.¹⁹⁸ Myös *Harjula* ja *Prättälä* ovat ratkaisun KHO 1991 A 40 perusteella todenneet, että asianosaiseksi on katsottu urakkakilpailussa tarjouksen tehnyt. *Harjula* ja *Prättälä* ovat viitanneet ulkokuntalaisen oikeuteen valittaa virkavaalista, ja todenneet virkavaalissa ja urakkakilpailussa yhteisenä piirteenä olevan, että on useita viranhakijoita ja vastaavasti tarjouksentekijöitä, joita viranomaisen on kohdeltava tasavertaisesti, vaikkei oikeus tulla virkaan valituksi tai saada tarjouksensa hyväksytyksi perustu lakiin. Vastaavasti *Harjulan* ja *Prättälän* mukaan ulkokuntalaisen hakijan intressi saattaa edellyttää hakijan katsomista kuntalain tarkoittamaksi asianosaiseksi harkinnanvaraista avustustakin koskevasta päätöksestä sen tutkimiseksi, onko kunta mahdollisesti asettanut avustuksensaajat keskenään eriarvoiseen asemaan, vaikka perinteisen valitusoikeuden suppean tulkinnan mukaan hakija voisi vedota vain nimenomaisesti suojattuun oikeuteen.¹⁹⁹ *Harjulan* ja *Prättälän* näkemyksen mukaan nimenomaan tasavertaisen kohtelun vaatimus siis edellyttää valitusoikeutta, jotta viranomaisen menettely tältä osin voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi.

Myös *Tarukannel* ja *Jukarainen* toteavat asianosaisia kunnallisvalituksessa olevan esimerkiksi virkaa hakeneet, mutta valitsematta jääneet, tarjouskilpailussa hävinneet ja yleensä yksityisoikeudellisten oikeustointen

¹⁹⁷ *Kuusikko* 2003 s. 251. Ks. myös asiakirjojen julkisuutta koskeva ratkaisu KHO 1994 A 6, jossa pääesikunnan järjestämään suljettuun tarjouskilpailuun osallistunut yhtiö oli pyytänyt saada tutustua hankinta-asiakirjojen sisältöön. Yhtiö oli yksi niistä kolmesta yrityksestä, joille tarjouspyyntö oli esitetty. KHO katsoi, että yhtiö oli yleisten asiakirjain julkisuudesta annetun lain 19 §:ssä tarkoitettuna asianosaisena ja siinä mainituihin edellytyksiin oikeutettu saamaan pyytämänsä, asian käsittelyyn vaikuttaneet tiedot. Äänestys 4–2.

¹⁹⁸ HE 192/1994 vp s. 64–65.

¹⁹⁹ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 695–696.

toiset (kunnan suhteen) osapuolet. *Tarukannel* ja *Jukarainen* kuitenkin katsovat, että kunnallisvalituksessa asianosaismäärittelyyn on vaikuttanut valituskelpoisten päätösten laajempi ala hallintovalitukseen verrattuna. Heidän mukaansa kunnallisvalituksessa valituskelpoisuus on laajentunut sellaisiin päätöksiin, joiden osalta materiaalisella perusteella tapahtuva asianosaismääritys voi olla vaikeata.²⁰⁰

Kuusikon mukaan KHO:n päätöksellä 27.9.2000 taltio 2431 olisi eräällä tavalla palattu aikaisempaan kunnallislain mukaiseen ajatteluun.²⁰¹ Kyseisessä tapauksessa kuntayhtymä oli päättänyt myydä kaksi kiinteistöä ja pyytänyt sanomalehti-ilmoituksilla asiasta tarjouksia. KHO:n päätöksen mukaan pelkästään se seikka, että yhtiö oli vastannut tarjouspyyntöön, ei luonut yhtiölle sellaista oikeutta tai etua, että yhtiöllä olisi ollut tällä perusteella valitusoikeus kuntayhtymän valtuuston päätöksestä myydä kiinteistöt toiselle tarjouksen tehneelle yhtiölle. Tapauksessa oli kuitenkin kysymys kiinteistön myymisestä eikä siten julkiseksi hankinnaksi katsottavasta asiasta.

Myöhemmässä oikeuskäytännössä on kunnan omaisuuden vuokraamista koskevaan tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja katsottu asianosaiseksi. Ratkaisussa KHO 2008:70 kaupungille kuuluvan ravintolan vuokraamista koskevaan tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan tarjous oli hylätty puutteellisena. KHO katsoi päätöksen, jolla kaupungin toimintayksikkö oli oikeutettu tekemään ravintolan vuokraamista koskeva sopimus toisen yhtiön kanssa, välittömästi vaikuttaneen valituksen tehneen yhtiön oikeuteen ja etuun kuntalain 92 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla, ja yhtiö oli siten asiassa asianosainen.²⁰²

12.2.2 Valitusoikeus hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

Pelkästään tarjouksen tekeminen ei voi muodostaa hankintalakien ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta valitusoikeuden perustaksi hallintolainkäyt-

²⁰⁰ *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 175.

²⁰¹ *Kuusikko* 2003 s. 253–255. *Kuusikon* mainitsemasta tapauksesta julkaistiin lyhyt ratkaisuseloste. *Harjula* ja *Prättälä* ovat todenneet ratkaisuun viitaten, ettei kunnalla ole velvollisuutta ryhtyä yksityisoikeudelliseen oikeustoimeen yksittäisen tarjouksentekijän kanssa. Ks. *Harjula – Prättälä* 2007 s. 696.

²⁰² Ks. myös *Kuusikon* viittaama Turun hallinto-oikeuden päätös 1.2.2002 nro 02/0060/1, jossa ulkokuntalaisilla tarjoajilla katsottiin olevan oikeus valittaa päätöksestä, jolla kaupungin omistamat osakkeet oli myyty erälle yhtiölle ja yhtiöiden tarjoukset oli hylätty. Hallinto-oikeus lausui perusteluissaan, että ”pätöksellä on ratkaistu viranomaisen nimenomaisesti noille yhtiölle kohdistama ostotarjouspyyntö”. Ks. *Kuusikko* 2003 s. 255–257. Hallinto-oikeus hylkäsi kyseisten yhtiöiden valituksen ja KHO hylkäsi päätöksellään 17.12.2002 t. 3338 yhtiöiden valituksen hallinto-oikeuden päätöksestä.

tölaissa edellytettyä oikeutta tai oikeudellista intressiä.²⁰³ Voidaankin kysyä, mihin tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan valitusoikeus oikeastaan perustuu. Tarjoajalla ei voida katsoa olevan tarjouksen tehtyään oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi eikä valitusoikeutta tule myöskään sitoa siihen, olisiko valituksen tehneen yrityksen tarjous menestynyt tarjouskilpailussa.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissakin tarjoajalla on edellä todetulla tavalla katsottava olevan erityisesti hallinnon oikeusperiaatteista johdettavia käsittelyn asianmukaisuuteen ja yhdenvertaisuuteen liittyviä menettelyllisiä oikeuksia. Tarjoajalla on oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi hallinnon oikeusperiaatteiden vaatimusten mukaisessa menettelyssä, mikä tarkoittaa ennen kaikkea oikeutta tasapuoliseen ja puolueettomaan kohteluun. Tämä edellyttää myös mahdollisuutta saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi hankintaviranomaisen menettelyn asianmukaisuus ja yhdenvertaisuus. Hankintaa koskevan päätöksen voidaan siten tällä tavoin katsoa vaikuttavan tarjoajan suojattuihin oikeuksiin tai hänen oikeudellisesti määriteltyn asemaansa. Menettelylliset oikeudet muodostavat perusteen valitusoikeudelle eikä ole osoitettavissa syitä tarjoajan valitusoikeuden arvioimiselle eri tavoin kunnallisvalituksessa ja hallintovalituksessa. Yhteneväistä tulkintaratkaisua puoltaa jo asianosaisen valitusoikeutta koskevien kuntalain ja hallintolainkäyttölain säännösten samansisältöisyys.

Tarjoajan valitusoikeutta on edellä arvioitu tilanteissa, joissa viranomainen on kilpailuttanut hankinnan ja tarjoaja on voinut osallistua tarjouskilpailuun. Hankinta saatetaan kuitenkin tehdä tarjouskilpailua järjestämättä ja näin meneteltäessä toimia vastoin viranomaisen hankintaohjeita niiden edellyttäessä hankinnan kilpailuttamista. Hankintalakien soveltamisalalla potentiaalisella tarjoajalla on oikeus saattaa suorahankinta markkinaoikeuden tutkittavaksi. Hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa valitusoikeus hallintolainkäyttölain tai kuntalain nojalla edellyttäisi kuitenkin, että tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostuneella potentiaalisella tarjoajalla olisi jokin oikeus tai oikeudellisesti määriteltä intressi valitusoikeuden perustaksi.

Hallintolain 6 §:n yhdenvertaisuusperiaatteesta ei voitane johtaa – toisin kuin EU-oikeuden vastaavasta periaatteesta – hankinnoista ilmoittamista edellyttävää avoimuusvelvollisuutta. Mahdollinen tarjoajan valitusoikeuden muodostava oikeus voisi seurata viranomaisen hankintaohjeiden tarjouskilpailun järjestämistä koskevista määräyksistä. Viranomaisen kilpailuttamisvelvollisuudelle ei ole kuitenkaan löydettävissä normipohjaa hankintalakien ulkopuolella. Siten on kyseenalaista, voitaisiinko hankinta-

²⁰³ *Mäenpään* mukaan tarjouksen esittäjällä ei vielä tällä perusteella ole valitusoikeutta kuten ei petitio-oikeuden käyttäjälläkään, ks. *Mäenpää* 2005 s. 269.

ohjeilla ylipäätään luoda sellaisia tarjouskilpailuun osallistumista koskevia oikeuksia, jotka voisivat muodostaa perustan tarjoajan valitusoikeudelle. Oikeuskäytäntöä ei asiasta vielä liene. Nähtäväksi jää, miten vastaisuudessa oikeuskäytännössä suhtaudutaan kyseisen kaltaisiin tilanteisiin. Julkisia hankintoja koskeva sääntely on aikaisemminkin osaltaan muokannut perinteisiä oppeja päätösten valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta. Mahdotonta ei siten ole, että myös potentiaaliselle tarjoajalle katsottaisiin kuuluvan valitusoikeuden aikaansaavia oikeuksia ja mahdollistettaisiin vastaava oikeusturva kuin hankintalakien soveltamisalalla.

13 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

EIS 6(1) artiklassa taattu tuomioistuimeen pääsy edellyttää kansallisessa oikeudessa tunnustetun oikeuden olemassaoloa. EIT:n ratkaisukäytännössä oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn on katsottu koskevan hankinta-asioita, joissa valittajat ovat vedonneet syrjintään. Tapauksissa on ollut kyse selvästä asemaan perustuvaa syrjintää koskevasta epäilystä ja siten valittajan oikeudesta tasa-arvoiseen kohteluun. Muissa kuin syrjintätapauksissa EIT on arvioinut julkisia hankintoja koskevia kansallisia säännöksiä sekä kansallista oikeuskäytäntöä sen ratkaisemiseksi, onko yksityisluonteisen oikeuden perustaksi löydettävissä kansallisessa oikeudessa tunnustettu oikeus. Tällaisen oikeuden olemassaolo edellyttää hankintamenettelyn yksityiskohtaisempaa sääntelemistä kansallisin normein.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä muutoksenhakuoikeutta edellyttävän oikeuden olemassaoloa on käsitelty erityisesti harkinnanvaraisia etuuksia koskevissa asioissa. Perustuslakivaliokunta on oikeusturvaperusoikeuden rajoja määritellään tarkastellut asiaan sovellettavia säännöksiä arvioiden, säätävätkö ne yksilön oikeudesta tietyn etuuden saamiseen tai sisältävätkö ne harkintavaltaa rajoittavia oikeudellisia kriteerejä. Täysin harkinnanvaraisten ratkaisujen ei katsota koskevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä on kuitenkin pääteltävissä, että oikeusturvaperusoikeuden sitominen edellä tarkoitetuin tavoin määriteltyyn oikeuteen on koettu joissakin tilanteissa liian ahtaaksi. Myös harkinnanvaraisten etuuksien myöntäminen on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja yhdenvertaisuuden varmistamiseksi.

Oikeusturvavaatimuksia ei voida katsoa liittyvän pelkästään aineellisiin oikeuksiin, vaan myös esimerkiksi tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua koskevien menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvonta edellyttää

oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn. Tarjoajan valitusoikeutta harkittaessa ei tulisikaan painottaa sitä, onko tarjoajalla oikeus saada tarjouksensa hyväksytyksi, vaan katsoa tuomioistuimeen pääsyä arvioitaessa ratkaisevaksi tarjoajan oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi sovellettavien säännösten asettamien vaatimusten mukaisessa menettelyssä. Hankintalakien ulkopuolella hankintamenettelyä sääntelevät hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet, jotka edellyttävät tarjoajien tasapuolista ja puolueetonta kohtelua.

Hallintovalitusta koskevan perinteisen tulkinnan mukaan valituskelpoisena hallintopäätöksenä ei pidetä viranomaisen päätöksentekoa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimisesta. Harkittaessa tämän tulkintapöpin soveltumista hankinta-asioihin olennaista ei kuitenkaan ole se, että hankintamenettely johtaa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimiseen, vaan on otettava huomioon, että hankintasopimuksen tekemistä edeltää kilpailutilanne ja viranomaisen menettelyä tässä tarjouksia koskevassa kilpailutilanteessa määrittävät hallinnon oikeusperiaatteet ja mahdollisesti viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet. Hankintapäätöksen luonne toimitajan valintaa koskevana ratkaisuna ja tätä valintaa sääntelevät elementit perustelevat hankintapäätöksen katsomista valituskelpoiseksi hallintopäätökseksi. Ratkaisussa KHO 1997:62 valtion viranomaisen hankintaa koskeva päätös määriteltiin päätökseksi, jolla oli lopullisesti ratkaistu tarjouksen valinta, joten se katsottiin valituskelpoiseksi. Oikeusturvanäkökohdat edellyttävät tällaista tulkintaa, sillä edellä todettujen menettelyllisten oikeuksien noudattaminen on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi.

Tarjoajan valitusoikeuden osalta perinteinen tulkinta on ollut, ettei tarjoajalla ole oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi eikä tarjoajalla ole sen vuoksi oikeutta valittaa tarjouskilpailun ratkaisusta. Päätöksellä KHO 1991 A 40 tulkintalinja muuttui, ja tarjoajalla, jonka tarjous oli hylätty, katsottiin olevan valitusoikeus. Vaikka tarjoajalla ei voida sanoa olevan oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, tarjoajalla on hankintalakien ulkopuolellakin kuitenkin menettelyllisiä oikeuksia, joista olennaisin on vaatimus tasapuolisesta kohtelusta. Nämä oikeudet voidaan katsoa riittävän vahvoiksi valitusoikeuden perusteiksi.

Perinteisiä hallinto-oikeudellisia tulkintaoppeja on mukautettava hankinta-asioiden erityisen luonteen huomioon ottaviksi. Tämä on välttämätöntä, jotta oikeusturvavaatimukset toteutuisivat ja menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvonta voitaisiin turvata.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aer, Janne:* Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000.
- Arajärvi, Pentti:* Toimeentuloturvan oikeellisuus. Toimeentuloturvaa koskevan lainsäädännön suhde perustuslakiin, erityisesti perusoikeuksiin, ihmisoikeuksiin ja yhteisöoikeuteen. KELA Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 68, Helsinki 2002.
- van Dijk, Pieter:* The interpretation of “civil rights and obligations” by the European Court of Human Rights – on more step to take. Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, p. 131–143. Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1988.
- Ervo, Laura:* Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY, Helsinki 2005.
- Ervo, Laura:* Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjille. WSOYpro, Helsinki 2008.
- Galligan, D. J.:* Due Process and Fair Procedures A Study of Administrative Procedures. Clarendon Press, Oxford 1996.
- Halila, Leena:* Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2000.
- Halila, Leena:* Access to a court ja valituskiellon käyttöedellytykset kansallisessa hallintoprosessissa. Teoksessa Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004 (toim. Risto Nuolimaa, Pekka Vihervuori, Hannele Klemettinen) s. 49–59. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Hallberg, Pekka:* Oikeusturva (PL 21 §). Teoksessa Hallberg Pekka – Karapuu Heikki – Scheinin Martin – Tuori Kaarlo – Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeudet s. 651–666. WSLT Oy, Helsinki 1999.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki:* Hallintolainkäyttölaki. Kauppakaari Oy Lakimiesliiton Kustannus 1997.
- Hannus, Arno – Hallberg, Pekka – Niemi, Anne E.:* Kuntalaki. WSOYpro Oy, Helsinki 2009.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari:* Kuntalaki. Taustat ja tulkinnat. Talentum, Helsinki 2007.
- Harris, David – O’Boyle, Michael – Warbrick, Colin:* Law of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2009.
- Jacobs, Francis G. – White, Robin C. A. – Ovey, Clare:* The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2010.
- Jonkka, Jaakko:* Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. LM 8/1998 s. 1255–1270.
- Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero:* Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ Oy, Helsinki 2007.
- Kanninen, Heikki:* Oikeuskeinot julkisissa hankinnoissa – havaintoja oikeuskäytännön perusteella. Defensor Legis 3/2005 s. 527–555.
- Kanninen, Heikki:* Kommenttipuheenvuoro Olli Mäenpään alustukseen. Teoksessa Oikeus, talous, hallinto Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007 (toim. Jukka Kultalahti – Risto Nuolimaa) s. 35–42. Tampereen yliopisto Oikeustieteiden laitos 2007.

- Kotkas, Toomas:* Terveysten ja sosiaalisen turvallisuuden hallinnointi 2000-luvun Suomessa – menettelylliset oikeudet ja aktiivinen kansalaisuus. *Lakimies* 2/2009 s. 207–225.
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettely ja perusoikeudet. Teoksessa *Perusoikeuspuheenvuoroja* (toim. Pekka Lämsineva – Veli-Pekka Viljanen) s. 51–63. Turun yliopisto, Turku 1998. (Kulla 1998a).
- Kulla, Heikki:* Asianmukaisen käsittelyn vaatimus hallintomenettelyssä. *Lakimies* 6–7/1998 s. 1144–1151. (Kulla, LM 1998b).
- Kulla, Heikki:* Oikeudenloukkaus ja intressit – valitusoikeuden määräytymisestä hallintolainkäytössä. Teoksessa *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta* (toim. Paul van Aerschot, Paula Ilveskivi, Kirsi Piispanen) s. 237–246. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos, Helsinki 1998. (Kulla 1998c).
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettelyn perusteet. Talentum, Helsinki 2008.
- Kumpulainen, Anne:* Ympäristö oikeutena. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Kuusikko, Kirsi:* Valitusoikeuden toteutuminen viranomais- ja asianosaissuhteissa – eräitä oikeuskäytännön esimerkkejä. Teoksessa *Matkalla pohjoiseen: professori Jyrki Virolaisen juhlakirja 26.2.2003* (toim. Risto Haavikko) s. 231–258. Lapin yliopisto, Rovaniemi 2003.
- Laakso, Seppo:* Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta erityisesti julkisoikeuden alalla. Valtionhallinnon kehittämiskeskus Valtion painatuskeskus, Helsinki 1990.
- Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo:* Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos 2006.
- Mäenpää, Olli:* Euroopan ihmisoikeussopimus ja oikeusturvan takeet hallintoasioissa. *Lakimies* 3/1987 s. 281–318.
- Mäenpää, Olli:* Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1989.
- Mäenpää, Olli:* Hallinto-oikeus. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessin funktiot. Teoksessa *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004* (toim. Risto Nuolimaa, Pekka Vihervuori, Hannele Klemettinen) s. 217–237. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessioikeus. WSOYpro, Helsinki 2005.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessi – hallinnon valvontaa vai oikeuksien turvaa? *Oikeus* 2007 (36); 3 s. 325–331.
- Mäenpää, Olli:* Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita Prima Oy, Helsinki 2008.
- Mäenpää, Olli:* Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).
- Nenonen, Anne:* Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009 s. 83–111. (Nenonen, LM 2009a).
- Nenonen, Anne:* Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. *Lakimies* 6/2009 s. 956–982. (Nenonen, LM 2009b).
- Niemi, Anne E.:* Tehokkaan oikeussuojan piirteitä. Teoksessa *Avoin, tehokas ja riippumaton*, Olli Mäenpää 60 vuotta juhlakirja s. 261–271. Edita Prima Oy, Helsinki 2010.
- Niemivuo, Matti – Keravuori-Rusanen, Marietta – Kuusikko, Kirsi:* Hallintolaki. WSOYpro Oy, Helsinki 2010.

- Ojanen, Tuomas*: Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja tuomioistuimet - kohti valtiosääntöistä dialogia? Teoksessa Juhlajulkaisu Mikael Hیدن 1939 – 7/12 – 2009 (toim. Pia Letto-Vanamo, Olli Mäenpää ja Tuomas Ojanen) s. 239–252. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2009.
- Oksanen, Antero*: Kuntien yleiset hankintaohjeet. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2010. (Kuntien yleiset hankintaohjeet).
- Pellonpää, Matti*: Europeiska människorättskonventionen. Talentum, Helsinki 2007.
- Pellonpää, Matti*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja hallintolainkäyttö – kehityslinjoja. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Esa Aalto et al.) s. 625–643. Keuruu 2008.
- Saraviita, Ilkka*: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum, Helsinki 2005.
- Scheinin, Martin*: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg Pekka – Karapuu Heikki – Scheinin Martin – Tuori Kaarlo – Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeudet s. 187–220. WSLT Oy, Helsinki 1999.
- Siitari-Vanne, Eija*: Markkinaoikeus. Kilpailu-, hankinta- ja markkinaoikeudellisten asioiden uusi erityistuomioistuin. Edita Publishing, Helsinki 2002.
- Siitari-Vanne, Eija*: Hallintolainkäytön tehostaminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.
- Suviranta, Outi*: Viranomaisen passiivisuus ja oikeussuojakeinojen sääntely. Julkaisussa Hallintolainkäytön kehittämistarpeita. Näkökohtia lainvalmistelun pohjaksi (toim. Arja Manner). Oikeusministeriön julkaisuja 2006:4. Oikeusministeriö, Helsinki 2006.
- Suviranta, Outi*: Hallintotoiminnan tuomioistuinvalvonta ja eurooppaoikeus. Teoksessa 2007 Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta (toim. Ari Saarnilehto) s. 171–193. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007.
- Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki*: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto, julkisoikeuden laitos 1999.
- Telivuo, Irma*: Huomioita kilpailuasioista korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Esa Aalto et al.) s. 439–452. Keuruu 2008.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT Oy, Helsinki 2001.
- Virtanen, Pertti*: Suomen hankintalainsäädäntö. Teoksessa Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista s. 529–818. Tietosanoma Oy, Helsinki 2008.

Virallisaineisto

Euroopan unioni

- Euroopan unionin perusoikeuskirja. EUVL 2010/C 83 s. 389.
- Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset. EUVL 2007/C 303 s. 2.
- Information from the Commission – Guide to the Community rules on open government procurement. OJ C 358, 31/12/1987 P. 0001–0082.
- Vihreä kirja ”Julkiset hankinnat Euroopan Unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä”. Euroopan komissio. KOM(96) 583 lopull.

Euroopan ihmisoikeussopimus

Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Suomi

- EV 24/2010 vp. Eduskunnan vastaus hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 192/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.
- HE 217/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 121/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- HE 50/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
- HE 190/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- HE 181/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta.
- HE 292/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kirkkolain muuttamisesta.
- Korkeimman hallinto-oikeuden lausunto 8.2.2005 Hankintalakityöryhmän mietinnöstä (työryhmämietintö 36:2004). KHO:n vuosikirja 2005 tammi–kesäkuu s. 649 ss.
- Oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä (189/43/2004).
- PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- PeVL 12/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 73/1997 vp muutoksenhakua työvoima-asioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- PeVL 22/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 34/1997 vp laiksi ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 3/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 1/2000 vp kuntalain muuttamisesta.
- PeVL 16/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 15/2000 vp ulkomaalaislain muuttamisesta.
- PeVL 32/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 159/2000 vp laiksi työmarkkinatuesta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 40/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 179/2000 vp laiksi rakennerahasto-ohjelmien kansallisesta hallinnoinnista annetun lain muuttamisesta.

- PeVL 14/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 9/2002 vp Kansaneläkelaitoksen toimeenpanemiin etuuksiin liittyvien tietojen saamista ja luovuttamista koskevien säännösten muuttamiseksi.
- PeVL 40/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 141/2002 vp ajoneuvolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 46/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 115/2002 vp työttömyysturvalaiksi ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- PeVL 47/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 225/2002 vp laiksi julkisesta työvoimapalvelusta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 64/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 196/2002 vp laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.
- PeVL 70/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 205/2002 vp laeiksi perusopetuslain, lukiolain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain sekä ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain 11 ja 16 §:n muuttamisesta.
- PeVL 20/2003 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 121/2003 vp kirkkolain muuttamisesta.
- PeVL 13/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 3/2005 vp laiksi Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista.
- PeVL 30/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 45/2005 vp työntekijän eläkeläiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 9/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 37/2007 vp asevelvollisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 18/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 140/2007 vp siviilipalvelulaksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 35/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- PeVL 51/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 181/2010 vp laiksi virkamieslain muuttamisesta.
- TaVM 2/2010 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- Valtion virkamieslain muutoksenhakua selvittäneen työryhmän muistio. Valtiovarainministeriön julkaisuja 38/2009.

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Ringeisen v. Itävalta, tuomio 16.7.1971, A 13

König v. Saksa, tuomio 28.6.1978, A 27

Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia, tuomio 23.6.1981, A 43

Benthem v. Alankomaat, tuomio 23.10.1985, A 97
Deumeland v. Saksa, tuomio 29.5.1986, A 100
Feldbrugge v. Alankomaat, tuomio 29.5.1986, A 99
Pudas v. Ruotsi, tuomio 27.10.1987, A 125
Neves e Silva v. Portugali, tuomio 27.4.1989, A 153
Tre Traktörer v. Ruotsi, tuomio 7.7.1989, A 159
Allan Jacobsson v. Ruotsi, tuomio 25.10.1989, A 163
Schuler-Zgraggen v. Sveitsi, tuomio 24.6.1993, A 263
S.A. Ondernemingen Jan de Nul v. Belgia, päätös 2.4.1994 (ihmisoikeustoimikunnan päätös)
Papoulakos v. Kreikka, päätös 11.1.1995 (ihmisoikeustoimikunnan päätös)
Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 10.7.1998, 1998-IV
Clube de Futebol União de Coimbra v. Portugali, päätös 30.7.1998
Marti AG ym. v. Sveitsi, päätös 11.7.2000
Mennitto v. Italia, tuomio 5.10.2000
Ferrazzini v. Italia, tuomio 12.7.2001, 2001-VII
Posti ja Rahko v. Suomi, tuomio 24.9.2002, 2002-VII
Skyradio AG ym. v. Sveitsi, päätös 31.8.2004
Nowicky v. Itävalta, tuomio 24.2.2005
Roche v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 19.10.2005, 2005-X
Levänen ja muut v. Suomi, päätös 11.4.2006
Arac v. Turkki, tuomio 21.9.2006
Jussila v. Suomi, tuomio 23.11.2006
I.T.C. Ltd v. Malta, päätös 11.12.2007
Landbrokes Worldwide Betting v. Ruotsi, päätös 6.5.2008
Ahtinen v. Suomi, tuomio 23.9.2008
Veltd-98 AD v. Bulgaria, tuomio 11.12.2008
Mendel v. Ruotsi, tuomio 7.4.2009

Unionin tuomioistuim

Asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002
Asia C-432/05, *Unibet*, tuomio 13.3.2007
Asiat C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*, tuomio 15.5.2008
Asia C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, tuomio 19.6.2008
Asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009
Asia C-279/09, *DEB*, tuomio 22.12.2010

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1983 A II 55
KHO 1991 A 40
KHO 1993 A 10
KHO 1994 A 6
KHO 1995 A 1
KHO 1997:62

KHO 27.9.2000 t. 2431
KHO 2002:50
KHO 17.12.2002 t. 3338
KHO 2006:11
KHO 25.8.2006 t. 2195
KHO 2007:67 ja 68
KHO 2008:25
KHO 2008:70
KHO 2010:82
KHO 2011:39

LYHENTEET

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
EUT	Unionin tuomioistuin
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus

ADMINISTRATIVE APPEAL AND ACCESS TO COURT IN PROCUREMENT CASES OUTSIDE OF THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION

The European Court of Human Rights has held that there must be access to court in such procurement cases where allegations of discrimination have been made. In cases not involving discrimination, the ECHR has looked into domestic legislation and domestic case-law concerning public procurement in order to determine the existence of any right recognised under domestic law that can be asserted as a civil right. In the event that a civil right of this kind does exist, domestic legislation is required for the detailed regulation of procurement procedures.

The Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament has issued several opinions where the right of appeal has been considered especially in the context of discretionary benefits. The Committee has held in certain of these opinions that there is a need for the right of appeal in such cases in order to preserve appropriate and consistent official action.

The need for access to justice cannot be seen solely in the light of substantive rights; instead, also the protection of due process rights requires that access to court is available when needed. Indeed, the granting of access to court in procurement cases should not turn on whether the tenderer has a right to have his tender accepted, but rather whether the tenderer has a right to have his tender considered in accordance with the requirements laid down in the relevant legislation. Outside of the scope of procurement legislation, procurement procedure is governed by the good government principles in section 6 of the Administration Act, requiring *inter alia* the equal and impartial treatment of all tenderers.

According to the traditional view of administrative appeal, an official decision concerning the award of a contract under private law does not constitute a decision that would be open to appeal. That said, the nature of a procurement decision as the resolution of a competitive situation between the tenderers and the elements regulating official action in the award of the contract are justifications for considering the procurement decision as being open to administrative appeal. Also the Supreme Administrative Court took this stance in its ruling in case KHO 1997:62.

As regards the standing of a tenderer to appeal, the traditional administrative law view has been that the tenderer has no right to have the tender accepted and, hence, that the tenderer has no right of appeal as against the resolution of the tender process. However, the Supreme Administrative Court changed direction in this matter by its ruling in case KHO 1991 A 40, where it was held that a tenderer whose tender had been rejected had

standing to appeal. Even though it still remains the case that a tenderer has no right to have the tender accepted, the tenderer nonetheless has due process rights also outside of the scope of procurement legislation, the most important one being the right to equal treatment.

It can be said that procurement matters require the adaptation of traditional administrative law views so that the special nature of procurement matters is taken more appropriately into account. This is essential in order to guarantee access to justice and to ensure compliance with due process rights.