

VAASAN YLIOPISTO

JOHTAMISEN YKSIKKÖ

Janniina Pohja

**TARJOUSKILPAILUUN OSALLISTUMATTOMAN TOIMITTAJAN
ASIANOSAISASEMA JULKISTEN HANKINTOJEN MUUTOKSENHAUSSA**

Julkisoikeuden
pro gradu -tutkielma

VAASA 2019

SISÄLLYS

	sivu
LYHENTEET	2
TIIVISTELMÄ	3
1. JOHDANTO	5
1.1. Johdatus tutkimuksen aiheeseen	5
1.2. Kysymyksenasettelu ja aiheen rajaus	7
1.3. Tutkimusmetodi ja aineisto	8
1.4. Tutkielman rakenne	10
2. JULKISTEN HANKINTOJEN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ	12
2.1. Hankintamenettely ja sen osapuolet	12
2.2. Asianosaisen oikeussuojakeinot hankintamenettelyssä	15
2.2.1. Hankintaoikaisu	19
2.2.2. Valitus markkinaoikeudelle ja korkeimmalle hallinto-oikeudelle	21
2.3. Oikeussuojadirektiivissä säädetyt muutoksenhakuun oikeutetut tahot	24
2.4. Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu	29
3. ASIANOSAISASEMAN EDELLYTYKSET HANKINTAMENETTELYSSÄ	37
3.1. Tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja ja asiavaltuus	37
3.2. Alalla toimiva yritys	39
3.3. Oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn	44
3.4. Toimittajan pyrkimys osallistua tarjouskilpailuun	47
4. OIKEUSSUOJAKEINOJEN KÄYTTÄMINEN RIITTÄVÄN AJOISSA	52
4.1. Muutoksenhaun kohde	52
4.2. Oikeussuojakeinojen käyttäminen tehokkaasti ja nopeasti	57
4.3. Tarjouspyynnön ja hankintapäätöksen erot muutoksenhaun näkökulmasta	61
4.4. Valitukselle asetetut määräajat	66
5. JOHTOPÄÄTÖKSET	72
LÄHDELUETTELO	77

LYHENTEET

EIS	yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 18-19/1990
EK	eduskunnan kirjelmä
ETY	Euroopan talousyhteisö
erityisalojen hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EY	Euroopan yhteisö
GPA	Government Procurement Agreement
hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU
Hankintalaki	laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016
HE	hallituksen esitys
KA	kansalaisaloite
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
käyttöoikeusdirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU
MAO	markkinaoikeus
Määräaikalaki	laki säädettyjen määräaikain laskemisesta 150/1930
oikeussuojadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY
PL	Suomen perustuslaki 731/1999
SEUT	Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot EUVL nro C 326, 26/10/2012 s. 0001 – 0390
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
valvontadirektiivi	Neuvoston direktiivi 89/665/ETY
vp	valtiopäivät

VAASAN YLIOPISTO**Johtamisen yksikkö**

Tekijä:	Janniina Pohja	
Pro gradu -tutkielma:	Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisasema julkisten hankintojen muutoksenhaussa	
Tutkinto:	Hallintotieteiden maisteri	
Oppiaine:	Julkisoikeus	
Työn ohjaaja:	Kristian Siikavirta	
Valmistumisvuosi:	2019	Sivumäärä: 85

TIIVISTELMÄ:

Tutkielmassa tarkastellaan julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän toimivuutta ja tehokkuutta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan näkökulmasta. Tutkielmassa perehdytään asianosaisen määrittelyyn julkisissa hankinnoissa sekä tilanteeseen, jossa yhtiö ei ole jättänyt tarjousta tarjouskilpailuun, mutta on tehnyt valituksen markkinaoikeuteen syrjivän tarjouspyynnön johdosta. Tutkielman aiheita käsitellään kahden kysymyksen avulla: Missä tilanteissa tarjouskilpailuun osallistumaton yhtiö voidaan katsoa asianosaiseksi? Mitkä ovat oikeussuojadirektiivin mukaiset tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauulle asetetut määräajat? Tutkielman tarkoituksena on täsmentää tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan mahdollisuuksia muutoksenhakuun ja siten parantaa toimittajan oikeussuojan toteutumista.

Tutkimusongelmaa lähestytään lainopin eli oikeusdogmatiikan kautta ja selvitetään voimassa olevan oikeuden avulla tarjouskilpailuun osallistumattoman yhtiön mahdollisuuksia muutoksenhakuun. Voimassa olevan oikeuden sisältöä tulkitaan erityisesti hankintalain esitöiden, oikeussuojadirektiivin sekä tuomioistuintenkaisujen avulla, jonka lisäksi tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman edellytysten tulkinnassa hyödynnetään oikeuskirjallisuutta.

Useimmiten julkisten hankintojen muutoksenhaussa valittajana toimii tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja, mutta saattaa olla myös tilanteita, jolloin hankinnasta kiinnostunut toimittaja ei ole kyennyt jättämään tarjousta tarjouskilpailussa tarjouspyynnön syrjivyyden vuoksi. Tutkimuksesta käy ilmi, että hankinnan kohteen alalla toimivalla yrittäjällä tulee olla myös mahdollisuus muutoksenhakuun syrjivänä pitämäänsä menettelyä koskien. Alalla toimivan yrittäjän on kyettävä näyttämään toteen, että yrityksellä on jokin oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Tämän lisäksi yrittäjän on osoitettava kiinnostuksena kyseessä olevaa hankintaa kohtaan ja osoitettava pyrkinensä osallistumaan tarjouskilpailuun.

Lisäedellytyksenä voidaan katsoa, että alalla toimivan yrittäjän on haettava muutosta oikeussuojadirektiivin vaatimuksen mukaisesti tehokkaasti ja nopeasti. Tutkimuksen perusteella voidaan todeta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauulle asetetun määräajan olevan eri kuin tarjouksen jättäneillä tarjoajilla. Oikeussuojadirektiivin vaatimuksen mukaista tehokasta ja nopeaa muutoksenhakua ei ole kuitenkaan täsmällisesti määritetty. Tutkielman perusteella voidaan todeta, että muutoksenhaun on tapahduttava jo ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaika.

AVAINSANAT: julkiset hankinnat, oikeussuojakeinot, muutoksenhaku, valitusoikeus asianosaisasema, alalla toimiva yrittäjä.

1. JOHDANTO

1.1. Johdatus tutkimuksen aiheeseen

Julkiset hankinnat ovat merkittävässä asemassa julkisessa taloudessa. Julkisten hankintojen tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä sekä edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä. Julkisten hankintojen arvo on Suomessa vuosittain noin 35 miljardia euroa, joista huomattava osuus on palveluhankintoja.¹ Julkiset hankinnat herättävät suurta kiinnostusta erityisesti mediassa sekä kansalaisissa, sillä julkisia varoja kohdennetaan eri käyttötarkoituksiin. Julkisten hankintojen avulla saadaan aikaan huomattavia kustannussäästöjä ja ne luovat myös paljon työllisyyttä. Julkisten hankintojen vuosittainen lukumäärä on merkittävä ja niiden lukumäärä kasvaa vuosi vuodelta yhä enenevässä määrin. Esimerkiksi vuonna 2016 HILMAssa julkaistiin yhteensä 17 314 ilmoitusta julkisista hankinnoista.² Julkinen sektori on myös erityisen tärkeä asiakas yrityksille, sillä useiden yritysten liikevaihdosta suuri osaa koostuu myynnistä julkiselle sektorille.³

Laissa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (hankintalaki 1397/2016) on säädetty julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista. Hankintalain 3 §:ssä säädetään julkisissa hankinnoissa noudatettavista keskeisistä periaatteista, joiden mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimuuden ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Julkisten hankintojen kilpailuttaminen voi kuitenkin olla joskus hyvin haastavaa, sillä hankinnan kohde on kuvattava tarkasti ja tiukkaa lainsäädäntöä on noudatettava, mutta kuitenkin esimerkiksi pienimmissä kunnissa ei aina ole tarvittavaa hankintaosaamista⁴. Edellä mainittujen syiden johdosta hankinnat eivät aina välttämättä suju

¹ Pyykkönen 2016: 4; HE 108/2016 vp. s. 5.

² HILMA 2016. HILMA on työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämä sähköinen ilmoituskanava, jossa hankintayksiköt ilmoittavat kilpailuttamistaan kansallisen ja EU-kynnysarvon ylittävistä julkisista hankinnoista.

³ Ks. Neimala & Saariketo 2014: 22, 41. Työ- ja elinkeinoministeriön teettämän selvityksen mukaan yritykset pitävät julkisyhteisöjä hyvin kiinnostavina ja houkuttelevina asiakkaina. Selvityksessä tarkasteltiin mikro-, pieniä ja keskisuuria yrityksiä, joista pienet yritykset olivat eniten kiinnostuneita julkisista hankinnoista.

⁴ Lundström 2011: 164; Kykkänen 2018.

tai onnistu odotetulla tavalla. Joissakin tilanteissa esimerkiksi tarjouspyyntö voi muodostua syrjiväksi ja se voi asettaa mahdolliset toimittajat eriarvoiseen asemaan. Tällaisessa tilanteessa potentiaalinen toimittaja ei välttämättä pysty osallistumaan syrjivän tarjouspyynnön takia lainkaan koko tarjouskilpailuun. Julkisia hankintoja ostetaan suurilla summilla ja yritysten taloudellinen intressi osallistua tarjouskilpailuun on hyvinkin suuri. Jos tarjouspyyntö on ollut syrjivä, ei toimittaja välttämättä voi edes jättää tarjousta, koska tietää, että tarjous ei tulisi olemaan tarjouspyynnön vaatimusten mukainen ja näin ollen kyseistä toimittajaa ei voitaisi valita tarjouskilpailun voittajaksi. Tällaisissa tilanteissa toimittajalla tulee olla oikeus tehdä valitus markkinaoikeuteen mahdollisen syrjivän tarjouspyynnön johdosta.

Hallintolaki (434/2003) on hallintoasioissa noudatettavaa menettelyä määrittelevä yleislaki, jonka kanssa ristiriitaiset ja selvästi poikkeavat erityislakien säännökset saavat etusijan. Erityislakien säännökset tulevat ensisijaisesti sovellettaviksi ja siten ne syrjäyttävät hallintolain vastaavat säännökset. Hallintolaki määrittää lähtökohtaisesti hyvän hallinnon ja menettelyllisen vähimmäistason hallintoasioissa sekä julkisia palveluja toteuttaessa. Hankintalaki voidaan pitää sellaisena menettelysäännöksiä sisältävänä erityislakina, joka on niin yksityiskohtainen sekä kattava, että sitä voidaan käytännössä soveltaa hallintolakiin nähden ensisijaisesti viranomaisten toiminnassa. Hallintolain 11 §:n mukaan asianosainen on se, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee.⁵

Hankintalaki täydentää hallintolain säännöksiä määrittelemällä muutoksenhakuun oikeutetut tahot julkisissa hankinnoissa. Hankintalain 145 §:n mukaan valituksen markkinaoikeuteen voi tehdä se, jota asia koskee. Kyseinen lainkohta ei määrittele tarkemmin sitä, kuka voi tehdä valituksen, mutta lähtökohtaisesti asianosaisella tarkoitetaan henkilöä, jonka oikeudellista etua päätös tarjouskilpailun ratkaisusta tai tarjouskilpailusta sulkemisesta koskee. Useimmiten valittajana toimii tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja. Asianosaisen määrittely voi kuitenkin olla haastavaa esimerkiksi tilanteessa, jossa yhtiö ei ole jättänyt tarjousta tarjouskilpailussa, mutta silti kokee tulleen syrjityksi ja tekee tämän

⁵ HE 72/2002 vp. s. 53; Mäenpää 2003: 256–257; Ks. Launiala 2017: 4. Lainmukaisuuden valvonta voidaan katsoa hallintolainkäytön ensisijaiseksi tehtäväksi, jota tuomioistuin toteuttaa antamiensa ratkaisujen kautta. Lainmukaisuuden valvonta voidaan nähdä laajempänä käsitteenä, joka sisältää myös oikeussuojan antamisen valituksen tehneelle.

johdosta valituksen markkinaoikeuteen. Oikeuskäytännössä on katsottu, että yhtiö voidaan katsoa asianosaiseksi myös tilanteessa, jossa se ei ole jättänyt tarjousta, mikäli yhtiö pystyy osoittamaan pyrkineensä osallistumaan tarjouskilpailuun⁶. Asianosaisaseman saavuttamiseksi yhtiön tulee muun muassa käyttää muutoksenhakukeinoja riittävän tehokkaasti ja nopeasti. Muutoksenhakukeinojen riittävän tehokasta ja nopeaa käyttöä ei ole kuitenkaan yksiselitteisesti määritelty hankintalaissa, oikeussuojadirektiivissä (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY), oikeuskirjallisuudessa eikä oikeuskäytännössä.⁷

1.2. Kysymyksenasettelu ja aiheen raja

Tutkielmassa perehdytään asianosaisen määritelmään julkisissa hankinnoissa sekä siihen, milloin alalla toimivalla yrityksellä voi olla asianosaisasema ja milloin ei. Asianosaisasema tai sen puuttuminen vaikuttaa suuresti alalla toimivien yritysten oikeussuojaan, mutta myös hankintayksikön oikeusturvaan. Markkinaoikeuden käsittelyajat voivat olla pitkiä ja valitus saattaa viivästyttää hanketta huomattavasti tai jopa keskeyttää hankkeen kokonaan. Hankintamenettelyn viivästyttäminen tai keskeytyksestä voi olla myös huomattavaa haittaa esimerkiksi hankittavan sosiaali- ja terveystalouden käyttäjille. Myös hankintayksikölle voi aiheutua lisäkustannuksia sekä ylimääräistä vaivaa turhien valitusten johdosta.

Tutkielmassa syvennytään tilanteeseen, jossa yhtiö ei ole jättänyt tarjousta tarjouskilpailuun, mutta on tehnyt valituksen markkinaoikeuteen syrjivän tarjouspyynnön johdosta. Tutkielma käsittelee julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän toimivuutta ja tehokkuutta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan näkökulmasta. Tutkimuksen tutkimuskysymyksiä ovat: Missä tilanteissa tarjouskilpailuun osallistumaton yhtiö voidaan katsoa asianosaiseksi? Mitkä ovat oikeussuojadirektiivin mukaiset tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille asetetut määräajat?

⁶ Ks. esim. MAO 338/11.

⁷ Eskola, Kiviniemi, Krakau & Ruohoniemi 2017: 614–615. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11 päivänä joulukuuta 2007, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.

Oikeuskirjallisuudessa voi olla havaittavissa asianosaisasemaa sekä muutoksenhakekeinojen riittävän tehokasta ja nopeaa käyttämistä koskevaa tulkinnallista epäselvyyttä. Tämän johdosta on tarpeen tutkia ja systematisoida ongelmallista ja tulkinnallista aihetta seikkaperäisemmin. Julkisia hankintoja on tutkittu oikeuskirjallisuudessa laajasti. Hankintalain mukaista asianosaisen käsitettä sekä muutoksenhakekeinojen tehokasta ja nopeaa käyttämistä ei kuitenkaan ole kovinkaan syvällisesti tutkittu. Tutkielman yhteiskunnallinen merkitys on tämän vuoksi suuri ja tutkielmassa pyritään tuomaan tarkempaa analyysiä tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeussuojakeinoista. Tutkielmassa tarkastellaan julkisten hankintojen oikeussuojakeinoja vain hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa. Tästä syystä tutkielmassa ei tarkastella oikeussuojakeinoja hankintalain 25 §:ssä asetettuihin kynnysarvojen alittaviin hankintoihin.

Lainsäädännöstä, oikeuskirjallisuudesta sekä oikeuskäytännöstä ei ole löydettävissä suoraa vastausta muutoksenhakekeinojen tehokkaaseen ja nopeaan käyttämiseen, joten tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan kannalta merkityksellisiä määräaikoja on syytä täsmentää. Yleistä asianosaisasemaa on tutkittu paljon hallinto-oikeuden alalla, jonka avulla voidaan havaita yhtäläisyyksiä ja eroja sekä yleisiä periaatteita myös hankintalain mukaisessa asianosaisaseman tulkinnassa.

1.3. Tutkimusmetodi ja aineisto

Tutkielman metodina käytetään lainoppia eli oikeusdogmatiikkaa, jota voidaan pitää oikeustieteen perinteisenä ydinalueena⁸. Oikeusdogmatiikan tehtävänä on tulkita ja systematisoida voimassa olevaa oikeutta sekä tutkia eri oikeuslähteistä löytyvän materiaalin merkitystä voimassa olevalle oikeudelle.⁹ Tutkielmassa lähestytään tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeussuojakeinoja lainopillisesta näkökulmasta, sillä tutkielman tavoitteena on tutkia toimittajan mahdollisuuksia muutoksenhakuun voimassa olevan oikeuden avulla. Lainopin tulkinnan avulla pyritään selvittämään voimassa olevan

⁸ Hirvonen 2011: 21.

⁹ Siltala 2001: 22; Hirvonen 2011: 22–23.

oikeuden sisältö eri oikeuslähteistä. Systematisoinnilla puolestaan viitataan koko oikeusjärjestelmään ja oikeustieteen välineisiin, joiden avulla oikeusjärjestelmän kokonaisuus luodaan ja ylläpidetään. Systematisoinnin apuvälineenä toimivat käsitteet, periaatteet ja teorit.¹⁰

Lainopillista metodia käyttämällä tutkitaan muutoksenhakekeinojen oikeusnormeja ja niiden ajatussisältöjä tulkinnan kautta. Hankintalain mukaista muutoksenhakuun oikeutettujen piiriä ja oikeussuojadirektiivin asettamia vaatimuksia muutoksenhauulle tutkitaan sanamuodon mukaisen tulkinnan avulla eli selvittämällä normien sisältöä niiden kielipiillisessä ja sanamuodon mukaisessa merkityksessä¹¹. Lainoppi tuottaa perusteltuja tulkintakannanottoja, jotka osoitetaan lainmukaiseksi perusteluilla, jotka on johdettu oikeuslähdeopin rajaamasta lähdeaineistosta. Yksittäisten oikeussääntöjen tulkinnan edellytyksenä on sen asettaminen toisten oikeussääntöjen muodostamaan tulkintakontekstiin. Lainoppi voidaan jakaa vielä vallitsevaan lainoppiin, vaihtoehtoiseen, kriittiseen tai poliittiseen lainoppiin. Tällöin jakokriteerinä voidaan pitää tuomarin oikeudellista tiedonintressiä eli tuomarin näkökulmaa oikeuteen hyväksyvää tai kriittistä suhtautumista. Vallitsevassa lainopissa kiintopisteenä pidetään tuomarin näkökulmaa oikeuteen, jolloin tavoitteena on esittää oikeudellisia systematisointi- ja tulkintakannanottoja asianosaisaseman edellytyksistä, jotka tukevat korkeimman hallinto-oikeuden käsitystä voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Vallitsevassa lainopissa sovellettu oikeuslähde- ja laintulkintaoppi on tuomarikunnan ratkaisutoiminnassa hyväksytty itseään sitovaksi normatiiviseksi mittapuuksi.¹²

Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan mahdollisuuksia muutoksenhakuun tutkitaan pääasiassa vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden eli kansallisen lainsäädännön, kuten hankintalain avulla. Vahvasti velvoittaviksi oikeuslähteiksi katsotaan myös Euroopan unionin (jäljempänä myös EU) oikeussuojadirektiivi, jolla on etusijaperiaatteen johdosta etusija suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön¹³. Vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden lisäksi tutkimuksessa käytetään apuna heikosti velvoittavia oikeuslähteitä. Hankintalaki ei anna yksiselitteistä vastausta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan

¹⁰ Määttä, Tolvanen, Väättänen, Kolehmainen, Myrsky & Keinänen 2012: 7.

¹¹ Hirvonen 2011: 36.

¹² Siltala 2001: 17–18, 22–23.

¹³ Tolonen 2003: 111.

muutoksenhakumahdollisuuksiin, joten heikosti velvoittavien oikeuslähteiden käyttö on välttämätöntä aihetta tutkiessa. Heikosti velvoittavina oikeuslähteinä pidetään lain esitöitä sekä tuomioistuinratkaisuja. Lisäksi historiallisen tulkinnan avulla saadaan selville, mikä on ollut lainsäätäjän tarkoitus hankintalakia säädettäessä¹⁴. Ylimpien tuomioistuinten, kuten korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisut ovat ennakkopäätöksiä eli prejudikaatteja, joiden oikeusohje eli prejudikaattinormi toimii myöhemmin samankaltaisissa asioissa perusteena tuomioistuinten tehdessä ratkaisua¹⁵. Markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ovat merkittävässä asemassa tutkimuskysymysten tulkinnassa, sillä tuomioistuinten välisten tulkintojen poikkeavuuksien avulla pystytään syventymään tulkinnalliseen aiheeseen. Tuomioistuinratkaisuilla ei ole Suomessa sitovan ennakkoratkaisun painoarvoa, mutta kuitenkin korkeimpien oikeusasteiden merkitys on tosiasiallisesti *de facto* sitova. Vahvasti velvoittavien sekä heikosti velvoittavien oikeuslähteiden lisäksi aihetta tutkitaan sallittujen oikeuslähteiden, kuten oikeuskirjallisuuden avulla.¹⁶

1.4. Tutkielman rakenne

Tutkielman toisessa pääluvussa käsitellään hankintamenettelyä ja siinä noudatettavia oikeusperiaatteita, joista keskeisimmät ovat tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate. Luvussa perehdytään lisäksi julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmään sekä oikeussuojadirektiivin asettamiin asianosaisaseman edellytyksiin. Kolmannessa pääluvussa syvennytään asianosaisaseman edellytyksiin tilanteessa, jossa valituksen tehnyt toimittaja ei ole jättänyt tarjousta tarjouskilpailuun. Luvussa perehdytään tarjouksen antamatta jättämisen merkitykseen asianosaisaseman kannalta sekä selvennetään eri tilanteita tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan näkökulmasta. Neljännessä pääluvussa käsitellään oikeussuojadirektiivin asettamaa vaatimusta oikeussuojakeinojen käyttämiselle tehokkaasti ja nopeasti sekä tämän vaikutusta asianosaisasemaan. Luvun tarkoituksena on selvittää, mitä tehokkaalla ja nopealla oikeussuojakeinojen käyttämisellä tarkoitetaan ja minkä määräajan puitteissa oikeussuojakeinojen käyttäminen voidaan

¹⁴ Hirvonen 2011: 39.

¹⁵ Ks. lisää Virolainen & Martikainen 2010: 49–50; Launiala 2017: 2, 4–5.

¹⁶ Tolonen 2003: 23–25, 111; Ks. myös Husa & Pohjolainen 2014: 16–19.

katsoa riittävän tehokkaaksi ja nopeaksi. Lisäksi luvussa täsmennetään tarjouspyyntöön kohdistuvan sekä hankintapäätökseen kohdistuvan muutoksenhaun eroja oikeuskäytännön valossa. Viimeisimmässä pääluvussa esitellään tutkimuksen johtopäätökset ja tutkimustulokset.

2. JULKISTEN HANKINTOJEN OIKEUSSUOJAJÄRJESTELMÄ

2.1. Hankintamenettely ja sen osapuolet

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan erilaisia tavara-, palvelu- tai rakennusurakkahankintoja, joiden kilpailuttamisessa tulee noudattaa hankintalakia. Hankintojen kilpailuttamisella tavoitellaan merkittäviä kustannussäästöjä ja julkisten varojen mahdollisimman tehokasta käyttöä. Hankintalain 4 §:ssä määritellään hankintamenettelyn osapuolet, joita ovat hankintayksikön lisäksi toimittaja, ehdokas ja tarjoaja.¹⁷ Toimittajalla tarkoitetaan sellaista luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä, julkista tahoa tai näiden ryhmittymää, joka tarjoaa tavaroita, palveluja, rakennustöitä tai rakennusurakoita markkinoilla. Ehdokkaaksi katsotaan toimittaja, joka erikseen ilmoittaa halukkuutensa osallistua esimerkiksi rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen menettelyyn tai muuhun hankintamenettelyyn, jossa osallistuminen on jollakin tavalla rajoitettu. Tarjoajalla tarkoitetaan puolestaan sellaista toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen tarjouskilpailussa.¹⁸

Hankintalaki sisältää useita erilaisia säännöksiä, jotka asettavat hankintamenettelyn osapuolille erilaisia oikeuksia ja velvollisuuksia. Hankintalain 3 § säätelee avoimuus- ja syrjimättömyysperiaatteista julkisissa hankinnoissa. Hankintalain 3 §:n mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyyn osallistuvia tarjoajia sekä muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Hankintayksikön on huomioitava edellä kuvatut periaatteet kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa.¹⁹

Avoimuusperiaate pohjautuu yleiseen hallinnon avoimuutta koskevaan vaatimukseen, jonka johdosta myös hankintamenettelyn tulee olla riittävän läpinäkyvä ja hankintayksi-

¹⁷ Hankintalain 5 §:ssä määritellään tarkemmin hankintayksikkö.

¹⁸ Ks. hankintamenettelyistä lisää esim. Kontio, Kronström, Kumlin & Mäki 2017. Hankintalaissa käytetyt käsitteet pohjautuvat hankintadirektiivin (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU) 2 artiklaan. Hankintalakiin on otettu hankintadirektiivistä poiketen ”talouden toimija” -käsitteen sijasta käyttöön ”toimittaja” -käsite.

¹⁹ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2017: 20; Määttä & Voutilainen 2017: 114.

köiden tulee tarjota riittävä informaatio toimittajille. Riittävän avoimuuden ja informaation takaamiseksi hankintayksikkö on velvollinen hankintalain 58 §:n mukaan ilmoittamaan hankinnasta julkisesti, lain 127 §:n mukaan tiedottamaan tarjouskilpailun lopullisesta ratkaisusta sekä lain 138 §:n mukaan noudattamaan asiakirjojen julkisuutta koskevia säännöksiä.²⁰ Riittävän avoimuuden johdosta hankinnasta kiinnostuneilla yrityksillä on mahdollisuus saada tasavertaisesti tietoa tulevista kilpailutuksista ja siten päästä osallistumaan hankintamenettelyyn, jolloin myös pystytään hyödyntämään olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Hankintalain 3 §:n mukaista syrjimättömyysperiaatetta voidaan puolestaan pitää yhtenä hankintalainsäädännön kulmakivistä, sillä sen edellyttämänä hankintayksikön velvollisuutena on varmistaa, että kaikilla halukkailla toimittajilla on mahdollisuus osallistua tarjouskilpailuihin. Tämän lisäksi syrjimättömyysperiaate edellyttää, että hankintamenettelyyn osallistuneita ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan yhdenvertaisesti. Suhteellisuusperiaatteen mukaan hankintamenettelyssä asetettujen vaatimusten ja kriteerien tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään nähden.²¹

Hallintolain (2003/434) 6 §:ssä säädetyt oikeusperiaatteet täydentävät myös hankintalaissa säädettyjä oikeusperiaatteita, minkä vuoksi hankintayksikön on sovellettava hallintolaissa sekä hankintalaissa asetettuja oikeusperiaatteita toisiaan täydentäen hankintalajista ja hankinnan arvosta riippumatta²². Hallintolain 6 §:ssä säädetyt hallinnon oikeusperiaatteet ovat hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien kannalta oleellisessa asemassa erityisesti hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, sillä hankintalain 25 §:ssä asetettuihin kynnysarvojen alittaviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia.²³

Hankintaprosessin keston vaikuttavat monet eri seikat, kuten esimerkiksi hankintayksikön käytettävissä olevat resurssit sekä hankittavan tavaran, palvelun tai rakennusurakan

²⁰ Eskola ym. 2017: 34.

²¹ Pekkala ym. 2017: 46–48.

²² Määttä & Voutilainen 2017: 114.

²³ Nenonen 2011: 344; Ks. lisää esim. Niemivuo, Keravuori-Rusanan & Kuusikko 2010:125–133. Hallintolain 6 §:ssä säädetään niin kutsutuista hyvän hallinnon oikeusperiaatteista, joita ovat yhdenvertaisuusperiaate, tarkoitussidonnaisuuden periaate, objektiviteettiperiaate, suhteellisuusperiaate sekä luottamuksensuojaperiaate. Näiden periaatteiden mukaisesti viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Tämän lisäksi viranomaisten toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Lopuksi säännös velvoittaa, että viranomaisten toimien on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella odotettuja odotuksia.

suuruus ja monimutkaisuus. Koko kilpailutusprosessi voi yhdessä kilpailutuksessa kestää esimerkiksi vain muutaman kuukauden, kun taas toisessa kilpailutuksessa kesto voi olla puolitoista vuotta tai jopa enemmän. Hankintaprosessi koostuu useasta eri vaiheesta, jotka kattavat koko prosessin hankinnan suunnittelusta lopulliseen hankintaan. Hankintaprosessin vaiheita ovat muun muassa hankintastrategian ja hankintaohjeiden laatiminen, hankintatarpeen kartoittaminen, tekninen vuoropuhelu, hankinnan suunnittelu, hankintamenettelyn valinta, tarjouspyynnön laatiminen sekä hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön julkaiseminen. Tarjouspyynnön julkaisun jälkeisiä vaiheita ovat tarjousten laatiminen, tarjousten vastaanottaminen ja avaaminen, tarjoajien soveltuvuuden tarkistaminen, tarjousten vertaileminen, hankintapäätöksen tekeminen, tarjoajien informoiminen, hankintasopimuksen tekeminen, jälki-ilmoituksen julkaiseminen sekä viimeisimpänä vaiheena sopimuksen täytäntöönpano. Lisäksi hankinnan elinkaareen kuuluu olennaisesti sopimuskauden aikainen sopimushallinta.²⁴

Hankintaprosessin eri vaiheisiin osallistuu ensinnäkin hankintayksikkö, joka suunnittelee ja kilpailuttaa kyseessä olevan hankinnan. Lisäksi hankintaprosessiin osallistuvat toimittajat, jotka mahdollisesti vastaavat hankintayksikön tarjouspyyntöön lähettämällä oman tarjouksensa. Toimittajien kannalta hankinnan valmisteluvaiheella on erityinen merkitys, sillä tällöin hankintayksikkö tekee tärkeimmät ratkaisut muun muassa hankinnan kohteen määrittelyyn sekä vähimmäisvaatimusten asettamiseen liittyen. Toimittajien ja hankintayksikön välisen vuoropuhelun avulla voidaan lisäksi pyrkiä varmistamaan, että hankinnalle asetetut kriteerit olisivat asianmukaisia. Vuoropuhelun aikana toimittajalla on myös tarvittaessa mahdollisuus huomauttaa hankintayksikköä mahdollisesta syrjivästä vaatimuksesta, ennen kuin hankintayksikkö on ehtinyt julkaisemaan tarjouspyynnön.²⁵

Hankintalaki asettaa hankintaprosessille tarkat edellytykset, joita hankintayksiköiden on noudatettava. Hankintayksikön hankintaosaamisen merkitys korostuu hankintojen valmisteluvaiheessa, sillä hankintayksiköltä saattaa usein puuttua riittävä tekninen tai kaupallinen osaaminen hankinnan kohteen kuvaamisessa²⁶. Hankintaosaamisen puutteen

²⁴ Pekkala ym. 2017: 20–23.

²⁵ Halonen & Sammalmaa 2017: 36–37.

²⁶ Halonen & Sammalmaa 2017: 36.

johdosta hankinnan kohteen epätarkka tai muutoin puutteellinen kuvaus tai asetetut kriteerit saattavat asettaa mahdolliset tarjoajat eriarvoiseen asemaan, jonka seurauksena saattaa syntyä tilanne, että kaikki potentiaaliset ja hankinnasta kiinnostuneet tarjoajat eivät voi jättää tarjousta tarjouskilpailussa. Hankintamenettely voi näin ollen muodostua syrjiväksi tahattomasti tai jopa tahallisesti, sillä joskus saattaa olla tilanteita, joissa hankintayksikön asettamat vaatimukset suosivat esimerkiksi tiettyä paikallista tarjoajaa tai hankintayksikön aikaisempaa toimittajaa.²⁷

2.2. Asianosaisen oikeussuojakeinot hankintamenettelyssä

Hankintalain 145 § asettaa edellytykset muutoksenhakuun oikeutetuille tahoille, joilla on asianosaisena mahdollisuus saattaa asiansa markkinaoikeuden tutkittavaksi. Hankintalain 145 §:n mukaan muutoksenhakuun oikeutettu on se, jota asia koskee. Hankintalain 145 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan asianosaisen lisäksi myös työ- ja elinkeinoministeriö voi saattaa asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi Euroopan unionin valvontamenettelyä koskevassa asiassa. Edellä mainittujen lisäksi hankintalain 145 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan myös valtionapua saavan rakennusurakan kilpailuttamisessa valtion tai kunnan viranomaisen taikka muu taho, joka on myöntänyt rakennushankkeen toteuttamiseen hankkeesta tukea, voi saattaa asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella.²⁸

Kilpailu- ja kuluttajavirasto (KKV) alkoi valvoa hankintalain säännösten noudattamista hankintalain 139 §:n mukaisesti 1.1.2017 voimaan tulleen hankintalain kokonaisuudistuksen myötä. KKV:n valvonta täydentää säännönmukaista muutoksenhakumenettelyä valvomalla hankintayksiköiden toimintaa. Kuka tahansa, kuten esimerkiksi tarjoaja, ehdokas, toimittaja tai kansalainen voi halutessaan tehdä toimenpidepyynnön hankintamenettelyn hankintalainmukaisuuden tutkimiseksi, mikäli he katsovat hankintayksikön menetelleen hankintalain säännösten vastaisesti. Tämän lisäksi KKV voi ottaa asian myös omasta aloitteestaan käsiteltäväkseen. Hankintalain 140 § antaa KKV:lle mahdollisuuden

²⁷ Hyvönen, Kess, Piisi, Tuomela & Uotila 2007: 249–250.

²⁸ Ukkola 2018: 5. Vaikka myös näille muille tahoille on varattu mahdollisuus muutoksenhakuun hankintamenettelyssä, nämä eivät ole silti vielä koskaan käyttäneet valitusoikeuttaan.

kieltää panemasta suorahankintaa koskevaa hankintapäätöstä täytäntöön ja lain 141 §:n mukaan KKV voi tehdä esityksen markkinaoikeudelle seuraamusten määräämistä koskien.²⁹

Edellä kuvatun tarkoituksena ei kuitenkaan ole, että KKV hakisi hankintalain vastaisen menettelyn johdosta muutosta markkinaoikeudelta yritysten ja muiden tarjoajien puolesta.³⁰ KKV:n valvonnan ensisijaisena tarkoituksena on puuttua laittomiin suorahankintoihin, mutta se voi myös ottaa käsiteltäväkseen muita suorahankintoihin rinnastettavia merkittäviä laiminlyöntejä hankintalain keskeisiin periaatteisiin liittyen. Tällaisia merkittäviä laiminlyöntejä voi esimerkiksi olla toimittajien tasapuolisen pääsyn estäminen osallistumaan tarjouskilpailuun tilanteessa, jossa hankintayksikkö on tarkoituksella laatinut niin puutteellisen tai epäselvän hankintailmoituksen, jolloin kilpailuolosuhteet jäävät hyödyntämättä tai menettely rikkoo syrjimättömyysperiaatteen vaatimusta.³¹ KKV voi lisäksi antaa hallinnollista ohjausta ja kiinnittää hankintayksikön huomion hyvän hallinnon vaatimuksiin sekä antaa huomautuksen asiassa. Hankintalain 141 §:n mukaan KKV:n on tehtävä esitys markkinaoikeudelle kuuden kuukauden kuluessa hankintasopimuksen tekemisestä.³²

Asianosaisella voidaan tarkoittaa henkilöä, jonka oikeudellista etua päätös tarjouskilpailun ratkaisusta tai tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemisesta koskee. Tällä tarkoitetaan kuitenkin lähinnä kyseessä olevalla alalla toimivaa yritystä tai yrittäjää, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi, mikäli hankintamenettely olisi toteutettu oikein.³³ Kenelläkään muulla kyseessä olevaan hankintaan liittyvillä henkilöryhmillä, kuten esimerkiksi hankittavan palvelun asiakkailla, ei ole katsottu olevan kyseisessä asiassa valitusoikeutta. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän asianosaispiirin muotoutumiseen on vaikuttanut hankintalainsäädännöllinen menettelyllinen painopiste. Hankintalainsäädäntö kohdistaa menettelyllisiä velvoitteita hankintayksi-

²⁹ Pekkala ym. 2017: 556.

³⁰ HE 108/2016 vp. s. 231–332.

³¹ HE 108/2016 vp. s. 231.

³² Eskola ym. 2017: 594–598.

³³ Eskola ym. 2017: 614; HE 50/2006 vp. s. 121.

köille ja puolestaan lainsäädännön luomien oikeuksien haltijoina voidaan pitää tarjouskilpailuihin osallistuvia tai tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostuneita potentiaalisia ehdokkaita tai tarjoajia. Lainsäädännön luomilla velvollisuuksilla ja oikeuksilla pyritään suojaamaan tarjoajia hankintayksikön epätasapuoliselta ja syrjivältä kohtelulta.³⁴

Julkisia hankintoja koskeva hankintalain mukainen asianosaisen käsite poikkeaa hallinto-oikeudellisesta sääntelystä. Hallintolain 11 § katsoo asianosaiseksi hallintoasiassa sen, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee.³⁵ Kuntalain (410/2015) 137 §:n 1 momentissa asianosaisasema määritellään puolestaan oikaisuvaatimuksen ja valitusosoituksen kautta. Kuntalain mukaisesti oikaisuvaatimuksen tai kunnallisvalituksen saa tehdä se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun kyseinen päätös välittömästi vaikuttaa sekä kunnan jäsen. Kuntalain mukainen asianosaisten piiri saattaa kasvaa hyvinkin suureksi erityisesti kunnan jäsenen valitusoikeuden kautta.³⁶

Hallinto-oikeudellisesta käsitteestä poiketen hankintalain mukainen asianosaisen käsite ei koske suoraan hankintamenettelyn prosessia, vaan määritelmä kohdistuu henkilöön, jolla on jonkin oikeudellisen intressin kautta tarve saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Julkisten hankintojen ollessa myös hallintoasioita, hankintamenettelyssä on myös huomioitava hallintolain mukainen asianosaisen määritelmä muutenkin kuin vain muutoksenhakuoikeuden kautta. Ensisijaisesti asianosaisuus hankintaprosessissa määrytyy osallistumisen perusteella. Tämän perusteella asianosaisia ovat henkilöt sekä yhteisöt, jotka ovat jättäneet hakemuksen tai tarjouksen kyseessä olevassa hankintamenet-

³⁴ Ukkola 2018: 5.

³⁵ Hallintoasioissa asianosaisaseman edellytyksiä tarkastellessa on kiinnitettävä huomiota henkilön yhteyteen käsiteltävänä olevaan asiaan. Näin ollen asianosaisaseman edellytyksiä on harkittava tapauskohtaisesti. Hallintolakia koskevassa hallituksen esityksessä on myös katsottu, että asianosaiseksi voidaan katsoa myös sellainen taho, johon asiassa tehtävä päätös ei nimenomaisesti kohdistu. HE 72/2002 vp. s. 63–64; Aer 2003: 28–29.

³⁶ Korkein hallinto-oikeus (jäljempänä myös KHO) on myös ottanut kantaa ratkaisussaan kuntalain mukaiseen asianosaisasemaan kunnallisvalituksessa. Valituksen tehneen henkilön kotipaikka ei ollut maakuntaliittoon kuuluvassa kunnassa, mutta hän omisti kiinteistöjä siellä. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että maakuntaliiton hyväksymällä maakuntakaavalla ei ollut välittömiä vaikutuksia valittajan oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun, sillä KHO katsoi, että pelkkä asuminen tai kiinteistön omistaminen tai hallitseminen maakuntakaavan vaikutusalueella ei ollut riittävä muodostamaan asianosaisasemaa. Koska valittajalta puuttui maakuntaliiton jäsenkunnan jäsenyys, eikä asianosaisuudesta oltu esitetty muuta selvitystä, valitus oli jätettävä tutkimatta. KHO 29.1.2016/227.

telyssä. Tämän mukaisella asianosaisuudella on merkitystä muun muassa silloin, kun arvioidaan, onko jollakin henkilöllä oikeutta saada tietoa asiakirjoista, jotka eivät ole yleisöjulkisia³⁷. Asianosaisuus määrittää lisäksi sen, kenelle hankintayksikön on toimitettava hankintapäätös tiedoksi. Hankintapäätöksen tiedoksiannon yhteydessä asianosaisille lähetetään oikaisuohje ja valitusosoitus. Tällöin asianosaiselle muodostuu mahdollisuus vaatia hankintayksiköltä hankinta-oikaisua tai tehdä valitus markkinaoikeudelle. Osallisuuden perustuva asianosaisasema tulee esille myös hankintayksikölle asetetusta velvoitteesta, jonka mukaan hankinta-oikaisun vireille tulosta on ilmoitettava kaikille, joita asia koskee.³⁸

Usein valituksen markkinaoikeudelle tekee tarjoaja, joka on myös osallistunut tarjouskilpailuun. Asianosaisen käsite julkisissa hankinnoissa on kuitenkin melko laaja, sillä edellä mainittujen lisäksi asianosaiseksi voidaan katsoa myös alalla toimiva yrittäjä, jolla on muutoksenhakuun liittyvä intressi suhteessa kyseessä olevaan hankintaan.³⁹ Joissakin tilanteissa valittajana voi olla myös sellainen alalla toimiva yritys tai yrittäjä, joka ei ole voinut omasta kiinnostuksestaan huolimatta osallistua tarjouskilpailuun, koska tarjouspyyntö on ollut syrjivä tai hankintaa ei esimerkiksi ole lainkaan kilpailutettu. Asianosaiseksi voidaan katsoa myös sellainen yritys, joka on lainvastaisesti suljettu hankintamenettelyn ulkopuolelle. Tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrittäjän asianosaisasema on muotoutunut lähinnä oikeuskäytännön avulla. Voidaan pitää ongelmallisena ja epätyytyttävä tilannetta, jossa tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asemaa ei ole tarkoin määritelty lainsäädännössä ja kyseinen toimittaja voi tästä syystä jäädä vaille asianmukaisia oikeussuojakeinoja.⁴⁰

³⁷ Hankinta-asiakirjojen julkisuudesta säädetään viranomaisten toiminnan julkisuudesta säädetyin lain (621/1999) 11 §:ssä.

³⁸ Määttä & Voutilainen 2017: 294–295.

³⁹ Määttä & Voutilainen 2017: 297.

⁴⁰ Eskola ym. 2017: 614.

2.2.1. Hankintaoikaisu

Hankintaoikaisu on markkinaoikeudelle tehtävän valituksen rinnakkainen muutoksenhakekeino.⁴¹ Hankintalain 132 §:n mukaan hankintayksikkö voi omasta aloitteestaan tai asianosaisen vaatimuksesta poistaa virheellisen päätöksensä tai peruuttaa hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisunsa ja ratkaista asian uudelleen, mikäli ne ovat perustuneet hankintalain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen tai jos asiaan on tullut sellaista uutta tietoa, joilla voi olla vaikutuksia päätökseen, ratkaisuun tai hankintasopimuksen tekemisen edellytyksiin.⁴² Hankintaoikaisun tarkoituksena on mahdollistaa asianosaiselle markkinaoikeuteen tehtävää valitusta nopeampi ja joustavampi keino saada muutos hankinta-asiassa tehtyyn ratkaisuun⁴³. Hankintaoikaisu on kannattava ratkaisu erityisesti silloin, kun hankintayksikön virhe lain soveltamisessa on tapahtunut erehdyksestä tai mikäli hankintayksikkö haluaa myöntää oma-aloitteisesti virheensä. Hankintayksikkö ei kuitenkaan usein myönnä mahdollista virhettään, sillä virhe on voinut tapahtua esimerkiksi tietoisesti tai virheellisestä lain tulkinnasta johtuen. Tällaisissa tapauksissa hankintayksikkö ei välttämättä tee oma-aloitteisesti hankintaoikaisua.⁴⁴

Hankintaoikaisun tekeminen ei edellytä asianosaisen suostumusta, minkä seurauksena hankintayksikkö voi myös oma-aloitteisesti korjata hankintapäätöksen, joka johtaa asianosaisen näkökulmasta epäedullisempaan lopputulokseen. Hankintaoikaisu on tehtävä hankintalain 133 §:n mukaisesti 14 päivän kuluessa siitä, kun asianosainen on saanut tiedon hankintapäätöksestä tai muusta hankintamenettelyssä tehdystä ratkaisusta, jolla voi

⁴¹ Kuusikko 2017: 21. Hankintaoikaisu tuli osaksi julkisten hankintojen oikeussuojakeinoja vuonna 2010. On katsottu, että hankintaoikaisu on ensi vaiheen oikeussuojakeino, joka on hallintolain mukaisia oikaisu-mahdollisuuksia joustavampi. Hankintaoikaisu on markkinaoikeudelle tehtävää muutoksenhakumenettelyä täydentävä itseoikaisu- ja oikeussuojakeino. Sen avulla voi myös hakea muutosta hankintalain ulkopuolelle jääviin pienhankintoihin, joiden osalta ei voi tehdä valitusta markkinaoikeudelle.

⁴² Asianosaisella tarkoitetaan myös tässä yhteydessä samoja tahoja, joilla on hankintalain 145 §:n mukainen oikeus muutoksenhakuun.

⁴³ Hallituksen esityksessä on tuotu esille, että hankintaoikaisulla voidaan korjata mitä tahansa hankintamenettelyn virheellisyyttä. HE 190/2009 vp s. 29.

⁴⁴ Mäkinen, E. 2010: 46. Hankintaoikaisu poikkeaa esimerkiksi hallintolain 7a luvun mukaisesta oikaisuvaatimuksesta, sillä oikaisuvaatimuksen teko on hallintolain mukaisen muutoksenhaun edellytyksenä. Vasta oikaisuvaatimuksen johdosta annettua päätöksestä saa hakea muutosta valittamalla. Oikaisuvaatimuksen teko on usein myös edellytyksenä kunnallisvalituksen tekemiselle. Ks. myös Halila & Aer 2011: 43–46.

olla vaikutusta ehdokkaiden tai tarjoajien asemaan⁴⁵. Tämän lisäksi hankintayksikkö voi oma-aloitteisesti ottaa hankintapäätöksen tai ratkaisun korjattavakseen 90 päivän kuluessa siitä, kun hankintaoikaisun kohteena oleva päätös tai ratkaisu on tehty.⁴⁶

Hankintaoikaisu ja markkinaoikeusvalitus ovat toisistaan erillisiä oikeussuojakeinoja. Hankintalain 133 § ja 147 § asettavat molemmille 14 päivän määräajan, jonka kuluessa hankintaoikaisu tai markkinaoikeusvalitus on tehtävä. Edellä kuvatun johdosta asianosaisella ei ole enää hankintaoikaisun jälkeen oikeussuojakeinoja käytettävissään, mikäli markkinaoikeudelle tehtävän valituksen valitusaika on jo loppunut. Asianosaisen näkökulmasta on suositeltavaa tehdä sekä hankintaoikaisu että valitus markkinaoikeuteen yhtäaikaaisesti. Mikäli hankintaoikaisun seurauksena tehtyä alkuperäistä hankintapäätöstä muutetaan, asianosaisella on tällöin mahdollisuus tehdä uuteen päätökseen kohdistuva valitus markkinaoikeudelle.⁴⁷

On katsottu, että kaikilla hankintaprosessiin osallistuneilla tahoilla ei ole välttämättä oikeutta valittaa tehdystä hankintaoikaisusta⁴⁸. Markkinaoikeus on katsonut, että mikäli hankintaoikaisulla ei ole ollut vaikutusta valittajan oikeusasemaan, markkinaoikeus ei katso kyseistä tahoja asianosaiseksi koskien hankintaoikaisusta annettua päätöstä.⁴⁹ Tilanteessa, jossa asiasta on tehty hankintaoikaisun lisäksi valitus markkinaoikeudelle, hankintayksikön on ilmoitettava markkinaoikeudelle hankintaoikaisun vireilletulosta sekä toimitettava päätös hankintaoikaisun lopputuloksesta. Markkinaoikeus voi tarvittaessa poistaa asian käsittelystä antamatta pääasiasta ratkaisua tilanteessa, jossa hankintayksikkö korjaa hankintaoikaisun kohteena olleen asian siten, että valituksen tehneellä ei ole enää asiassa oikeussuojan tarvetta eikä valittajan tarvitse saada asiassa perusteltua päätöstä.⁵⁰

⁴⁵ Kuusikko 2017: 22–23.

⁴⁶ Eskola ym. 2017: 600–602.

⁴⁷ Mäkinen, K. 2010: 7; Kuusikko 2017: 23, 28.

⁴⁸ Kuusikko 2017: 28.

⁴⁹ MAO 126/12; Hankintaoikaisu poikkeaa siten kunnallisvalituksen kaltaisesta *actio popularis* -tyyppisestä tilanteesta. Tämänkaltaisessa tilanteessa kaikilla kuntalaisilla olisi muutoksenhakuoikeus myös, jos oikaisu päätöstä muutetaan. Tämän perusteella muutoksenhakuoikeus hankintaoikaisun johdosta tehtyyn päätökseen voidaan nähdä perustuvan asianosaisuuteen kytkeytyvään konkreettiseen oikeussuojantarpeeseen. Kuusikko 2017: 28.

⁵⁰ Pekkala ym. 2017: 570.

2.2.2. Valitus markkinaoikeudelle ja korkeimmalle hallinto-oikeudelle

Markkinaoikeudelle tehtävä valitus on ensisijainen oikeusturvakeino haettaessa muutosta julkisia hankintoja koskevassa asiassa. Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluu muun muassa kaikki hankintalakia, erityisalojen hankintalakia sekä hankintalain säännönmukaisuutta koskevat asiat. Markkinaoikeuden toimivaltaan eivät kuitenkaan kuulu hankintalain ulkopuolelle jäävät hankinnat. Tämän lisäksi markkinaoikeus katsoo olevansa julkisten hankintojen yhteydessä toimivaltainen käsittelemään asioita vain hankintalainsäädännön pohjalta, minkä johdosta sillä ei ole toimivaltaa tutkia esimerkiksi sitä, onko kyseisessä hankintamenettelyssä noudatettu muiden lakien, kuten esimerkiksi hallintolain velvoitteita.⁵¹

Markkinaoikeus voi määrätä seuraamuksia tilanteessa, jossa markkinaoikeus toteaa, että hankintamenettelyssä on toimittu hankintalain vastaisesti. Kuten edellä todettiin, asettaa hankintalain 147 § asianosaiselle 14 päivän määräajan valittaa hankintapäätöksestä markkinaoikeuteen. Kyseinen lainkohta mahdollistaa lisäksi, että tietyissä tilanteissa valituksen voi tehdä jopa kuuden kuukauden kuluessa hankintapäätöksestä, mikäli hankintapäätös tai valitusosoitus on ollut olennaisesti puutteellinen. Valitusaika ei ala kulumaan ollelleen, mikäli hankintapäätöstä tai valitusosoitusta ei ole annettu tiedoksi tarjouskilpailuun osallistuneelle.⁵²

Hankintaprosessiin liittyvään muutoksenhakuun ja hankintaprosessin asianmukaisuuden turvaamiseksi hankintalain 154 §:ssä säädetään seuraamuksista, jotka markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikölle. Lain mukaan markkinaoikeus voi kumota hankintayksikön päätöksen osittain tai kokonaan sekä kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa virheellistä kohtaa tai muilta osin noudattamasta virheellistä menettelyä. Markkinaoikeudella on toimivalta velvoittaa hankintayksikköä korjaamaan virheellisen menettelynsä tai se voi lisäksi määrätä hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksun asianosaiselle, jolla olisi ollut virheettömässä menettelyssä todellinen

⁵¹ Kuusikko 2017: 2.

⁵² Eskola ym. 2017: 607–608, 611–613.

mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.⁵³ Markkinaoikeus voi myös määrätä hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen tai määrätä sen maksamaan valtiolle seuraamusmaksun. Markkinaoikeus voi lisäksi lyhentää hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua. Markkinaoikeuden päätökseen on mahdollista hakea muutosta hankintalain 165 §:n mukaisesti valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen, mikäli korkein hallinto-oikeus myöntää asiassa valitusluvan. Valituslupa ei ole kuitenkaan edellytyksenä valitukselle, joka koskee markkinaoikeuden päätöstä koskien markkinaoikeuden määräämää seuraamusmaksua.⁵⁴

Ennen vuoden 2007 hankintalain oikeussuojauudistusta kilpailutuksen osallistujilla, kuntalaisilla ja siten myös tarjouskilpailuun osallistumattomilla kyseisen kunnan alueen yrittäjillä oli näin ollen kuntalaisina mahdollisuus hakea muutosta kunnallisvalituksella hallinto-oikeudelta. Tällöin julkista hankintaa koskevassa kilpailutuksessa tehdyn hankinnan tuli olla muun lain kuin hankintalain vastainen, kuten esimerkiksi vastoin kuntalain ja hallintolain mukaisia esteellisyysäännöksiä.⁵⁵ Oikeussuojauudistuksen jälkeen vanhan hankintalain 102 § oli otsikoitu muutoksenhakukielloksi ja sen mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan asiaan ei saanut hakea muutosta kuntalain, eikä hallintolainkäyttölain (586/1996) nojalla. Vanhan hankintalain esitöissä tuotiin esille, että markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaa hankinta-asiaa ei voitu saattaa enää erillisen oikeussuojamenettelyn kohteeksi kuntalain tai hallintolainkäyttölain nojalla.⁵⁶

Nykyisen voimassa olevan hankintalain 163 § on otsikoitu valitusperusteeseen perustuvaksi muutoksenhakukielloksi, jonka mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan asiaan ei saa hakea muutosta kuntalain eikä hallintolainkäyttölain nojalla. Vanhan ja uuden hankintalain säännökset ovat sisällöltään samanlaiset, mutta uuden hankintalain otsikko muutettiin hankintalain kokonaisuudistuksen yhteydessä. Nykyisen voimassa olevan hankintalain yksityiskohtaisissa perusteluissa tuodaan nimenomaisesti esille, että

⁵³ Ks. Saarinen 2008: 83. Hyvitysmaksulla on pyritty parantamaan tarjouskilpailuun osallistuvien yritysten oikeusturvaa. Tämän lisäksi sanktiolla torjutaan hankintalainsäädännön vastaista menettelyä.

⁵⁴ Eskola ym. 2017: 645–646.

⁵⁵ Kuusikko 2017: 2. Vanhaa hankintalakia (348/2007) muutettiin vuonna 2010 oikeussuojauudistuksella (321/2010).

⁵⁶ HE 190/2009 vp s. 75.

hankintalain 163 § vastaa vanhan hankintalain 102 §:ssä säädettyä. Tämän lisäksi hallituksen esityksessä tuodaan esille, että voimassa olevan hankintalain soveltamiskäytännössä on korostettu valitusperusteiden asemaa muutoksenhakukiellon soveltamisessa. Hallituksen esityksen mukaan hankinnassa tehtyyn päätökseen voi hakea muutosta kuntalain ja hallintolainkäyttölain nojalla, mikäli valittaja vetoaa julkista hankintaa koskien muun lain kuin hankintalain vastaisuuteen.⁵⁷

Hallituksen esityksessä katsotaan, että edellä kuvatun kaltainen tilanne voi olla esimerkiksi silloin, kun valittaja vetoaa kunnallisvalituksella kuntalain 97 §:ssä säädettyyn esteellisyyteen. Voimassa olevan hankintalain yksityiskohtaisissa perusteluissa tuodaan lisäksi esille, että hankintalain 163 §:llä ei ole ollut tarkoitus muuttaa vanhan hankintalain aikaista säännöstä, mutta samalla kuitenkin mainitaan, että hankinnasta tehtyyn päätökseen voi olla mahdollista hakea muutosta kuntalain ja hallintolainkäyttölain nojalla, mikäli valittaja vetoaisi muun lain kuin hankintalain vastaisuuteen.⁵⁸

Vanhan sekä uuden hankintalain yksityiskohtaisten perusteluiden ristiriitaa käsiteltiin korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) ratkaisussa 2018:124, jossa oli kyse Länsi-Pohjan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän hallituksen tekemästä sosiaali- ja terveystalveluiden tuottamista koskevasta päätöksestä ja siitä, että voitiinko hankinta-asiasta valittaa kuntalain nojalla. Valittaja korosti valituksessaan, että kyse oli kuntalain mukaisesta valituksesta, joka perustui muun muassa virheellisessä järjestyksessä syntyneeseen päätökseen. KHO tutki valituksen, mutta hylkäsi sen perustellen ratkaisuaan hankintalain 163 §:n sanamuodon mukaisella tulkinnalla, nojautumatta hallituksen esitykseen. KHO katsoi, että hankintalain 163 §:ssä säädetty muutoksenhakukiellon tulkitseminen valitusperusteesta riippuvaksi olisi ristiriidassa kyseisen pykälän sanamuodon kanssa. Edellä kuvatun perusteella KHO katsoi hallituksen esityksen perustelujen olevan virheellisiä, sillä kyseisillä perusteluilla ei ollut tarkoitus muuttaa oikeustilaa oikeussuojauudistusta edeltäväksi, vaikka hankintalain 163 §:n otsikossa valituskielto olikin rajattu valitusperusteeseen. Lopuksi KHO totesi, ettei markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan asiaan saa jatkossaakaan hakea muutosta kuntalain eikä hallintolainkäyttölain nojalla. Tästä johtuen kunnan

⁵⁷ HE 108/2016 vp. s. 242.

⁵⁸ HE 108/2016 vp. s. 242.

jäsenellä ei ole oikeutta saattaa markkinaoikeuden käsiteltäväksi julkista hankintaa koskevaa asiaa edes siinä tilanteessa, että valitus olisi tehty kuntalain mukaisen valitusperusteen nojalla, eikä se olisi koskenut hankintalain vastaisuutta.⁵⁹

Oikeussuojauudistuksen tultua voimaan tarkoituksena oli, että markkinaoikeus ratkaisisi eräänlaisina esikysymyksinä kysymykset muiden lakien mahdollisista lainvastaisuuksista, mutta näin ei ole kuitenkaan käytännössä käynyt. Tästä syystä on jäänyt epäselväksi se, ovatko kyseiset kysymykset jääneet oikeudellisen kontrollin ulkopuolelle.⁶⁰ Edellä esitelty korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu jätti myös epäselväksi sen, että kuinka paljon asianosaisaseman saaneet tahot voivat vedota muun lain kuin hankintalain vastaisuuksiin markkinaoikeuteen tekemissään valituksissa.⁶¹

2.3. Oikeussuojadirektiivissä säädetyt muutoksenhakuun oikeutetut tahot

Julkisten hankintojen oikeudenalalla Euroopan unionin oikeuden vaikutus on merkittävässä osassa⁶². Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö pohjautuu EU:n julkisia hankintoja käsitteleviin direktiiveihin, joita ovat Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU⁶³ käyttöoikeussopimusten tekemisestä (käyttöoikeusdirektiivi), Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU⁶⁴ julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (hankintadirektiivi) ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU⁶⁵ vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalveluiden alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta (erityisalojen hankintadirektiivi). Hankintalaki sisältää myös julkisten hankintojen oikeussuojakeinoja koskevat säännökset, jotka pohjautuvat direktiiviin julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin

⁵⁹ Ks. lisää KHO 2011:47.

⁶⁰ Kuusikko 2019: 112.

⁶¹ Kuusikko 2019: 114.

⁶² Nenonen 2014: 95.

⁶³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä.

⁶⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

⁶⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.

sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 89/665/ETY⁶⁶ (ensimmäinen valvontadirektiivi) sekä erityisalojen hankintadirektiivin soveltamisalaan liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 92/13/ETY⁶⁷ (toinen valvontadirektiivi). Valvontadirektiivejä muutettiin Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2007/66/EY (oikeussuojadirektiivi), jolla on pantu kansallisesti täytäntöön oikeussuojakeinoja koskevat vaatimukset. Edellä mainituilla direktiiveillä on säädetty kansallisesti julkisten hankintojen oikeussuojaa koskevien menettelyjen vähimmäisvaatimuksista.

Julkisten hankintojen kansallisen sääntelyn taustalla on ajatus kilpailun lisäämisestä markkinoiden avaamisen avulla⁶⁸. Kilpailun avaaminen perustuu sopimukseen Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) 18 artiklaan, joka kieltää kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän⁶⁹. Yhtenä hankintalainsäädännön perimmäisenä tavoitteena voidaan katsoa olevan tavoite estää syrjivistä hankintakäytännöistä syntyvät esteet sisämarkkinoiden perusvaupauksille. Tämän lisäksi myös muut oikeusperiaatteet ovat sääntelyn taustalla.⁷⁰

Oikeussuojadirektiivin 1 artiklassa käsitellään direktiivin mukaista asianosaisasemaa sekä muutoksenhakua julkisissa hankinnoissa. Direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisen päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti. Direktiivin asettama vaatimus tehokkuudesta ja nopeudesta on erityisen merkityksellinen tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeussuojan kannalta, sillä tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman edellytykset saattavat olla riippuvaisia toimittajan tehokkaasta muutoksenhausta sekä riittävän nopeasta

⁶⁶ Neuvoston direktiivi 89/665/ETY, annettu 21 päivänä joulukuuta 1989, julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

⁶⁷ Neuvoston direktiivi 92/13/ETY, annettu 25 päivänä helmikuuta 1992, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

⁶⁸ Kuoppamäki 2018: 422.

⁶⁹ Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot. EUVL nro. C 326 , 26/10/2012: 0001 – 0390.

⁷⁰ Ratio 2016: 663; Ukkola 2018: 4.

toiminnasta⁷¹. Tämän lisäksi valvontadirektiiviin johdanto-osan 4 perustelukappaleessa on tuotu esille tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin liittyvä epäkohta, jonka mukaan joissakin jäsenvaltioissa tehokkaiden oikeussuojakeinojen puuttuminen tai riittämättömyys ovat olleet esteenä sille, että yritykset jättäisivät tarjouksia jäsenvaltioiden hankintaviranomaisille⁷².

Oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 3 kohdan mukaisesti kukin jäsenvaltio voi itsenäisesti päättää muutoksenhakumenettelyn yksityiskohtaisista säännöistä, sillä direktiivi asettaa jäsenvaltioille vain säännösten minimivaatimuksen. Direktiivin 3 kohta asettaa myös vaatimuksen, jonka mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyt ovat ainakin niiden tahojen käytössä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta. Lisäksi muutoksenhakumenettelyiden on oltava niiden käytössä, joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai se on saattanut loukata. Edellä kuvatun perusteella oikeussuojadirektiivin asianosaisen määritelmä lähestyy muutoksenhakuun oikeutettujen joukkoa kahdesta näkökulmasta, jotka ovat osallistuminen tarjouskilpailuun sekä virheellisen menettelyn kohde.⁷³

Kaikkien EU:n jäsenvaltioiden on implementoitava edellä esitetyt julkisia hankintoja koskevat direktiivit osaksi omaa kansallista lainsäädäntöään. Unionin oikeuden lisäksi kansallisten tuomioistuinten rooli on ollut oikeutta kehittävä, koska kansallisten tuomioistuinten tulkinnan avulla on voitu poistaa mahdollisia puutteita direktiivien implementoinneissa. Euroopan unionin tuomioistuin (EUT) on oikeuskäytännöllään kehittänyt ja tämentänyt julkisia hankintoja koskevia säännöksiä ja sillä on lisäksi ollut suuri merkitys oikeussuojakeinojen sisällön määrittelyssä.⁷⁴

⁷¹ Ks. lisää direktiivin asettamasta vaatimuksesta kappaleesta 4.2.

⁷² Ukkola 2018: 5.

⁷³ Oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 4 kohdassa jäsenvaltioille annetaan mahdollisuus vaatia, että muutoksenhakumenettelyä käyttävän henkilön olisi ilmoitettava hankintayksikölle väitetyistä virheellisistä menettelyistä ja aikomuksestaan hakea muutosta edellyttäen, että tämä ei vaikuta odotusaikaan tai muihin muutoksenhakua koskeviin määräaikoihin. Lisäksi 1 artiklan 5 kohdassa säädetään jäsenvaltioiden mahdollisuudesta vaatia, että asianosaisen tulee hakea muutosta ensin hankintaviranomaiselta, tällöin jäsenvaltioiden on kuitenkin varmistettava, että muutoksenhaku keskeyttää välittömästi sopimuksen tekemismahdollisuuden. Edellä kuvattuja direktiivin tarjoamia mahdollisuuksia ei ole kuitenkaan sisällytetty hankintalakiin, sillä asianosaisen ei tarvitse ilmoittaa hankintayksikölle virheellisestä menettelystä tai aikomuksestaan tehdä valitusta markkinaoikeudelle eikä asianosaisella ole velvoitetta tehdä ensin hankintaoikaisua, vaan valituksen voi tehdä halutessaan myös suoraan markkinaoikeudelle.

⁷⁴ Nenonen 2014: 95.

Myös muiden EU:n jäsenvaltioiden tavoin Ruotsi on implementoinut hankintadirektiivit osaksi kansallista lainsäädäntöään lailla julkisista hankinnoista (Lag om offentlig upphandling (2016:1145)). Ruotsissa hankintalakien mukaiset asiat käsitellään hallintotuomioistuimissa (allmän förvaltningsdomstol), joiden päätöksiin voidaan hakea muutosta kamarioikeudelta (Kammarrätt) sekä korkeimmalta hallinto-oikeudelta (Högsta förvaltningsdomstolen) valitusluvan saatuaan. Ruotsin hankintalain mukaisesti muutosta voi hakea tarjoaja, joka katsoo kärsineensä vahinkoa tai tulevansa kärsimään vahinkoa. Ruotsissa hankinta-asioiden käsittelyaika hallintotuomioistuimissa on keskimäärin 1,9 kuukautta hakemuksen vireilletulosta. Ruotsin voimassa oleva muutoksenhakua koskeva lainsäädäntö ei poikkea tuomioistuinten lyhyempien käsittelyaikojen lisäksi merkittävästi Suomen hankintalaista.⁷⁵

Suomen lainsäädännöstä poiketen Saksassa valittajan on ensin vaadittava hankintayksikköä oikaisemaan virheellinen menettely ja vasta sen jälkeen asia voidaan saattaa julkisten hankintojen oikeussuojaelimen käsiteltäväksi. Saksan kansallisessa lainsäädännössä edellytetään, että asianosaisen on ilmoitettava viipymättä hankintayksikölle havaitsemastaan lainsäädännön vastaisuudesta. Valituslautakunta ei ota valitusta käsiteltäväkseen, mikäli asianosainen ei ole ollut hankintayksikköön yhteydessä viipymättä.⁷⁶ Edellä kuvattu menettely poikkeaa Suomen oikeussuojajärjestelmästä huomattavasti. Virallisen oikeussuojamenettelyn käynnistämiseksi valituksen voivat tehdä sellaiset yritykset, joilla on jokin oikeudellinen intressi saada muutos hankintamenettelyyn, tai jotka väittävät niiden oikeuksien tulleen loukatuksi hankintasäännösten vastaisen menettelyn johdosta sekä yritykset, jotka voivat osoittaa kärsineensä tai tulevansa kärsimään vahinkoa virheellisen menettelyn johdosta.⁷⁷

⁷⁵ Työryhmämietintö 2008: 35–37; Salmela 2015: 15.

⁷⁶ Saksan kansallisessa lainsäädännössä ei ole täsmällisesti määritelty valituksen tekemiselle asetettua määräaikaa. Hankintayksikkö voi hyväksyä ja oikaista valittajan osoittaman lain noudattamisen puutteen tai kieltäytyä oikaisemasta sitä. Valituslautakunta ei ota asiaa käsiteltäväkseen, mikäli valittaja ei ole tehnyt valitusta 15 päivän kuluessa hankintayksikön kieltäytyttyä tekemästä oikaisua.

⁷⁷ Työryhmämietintö 2008:6: 44–45; Salmela 2015: 19.

Myös Viron julkisten hankintojen muutoksenhakumenettely poikkeaa Suomen muutoksenhakumenettelystä erityisesti sen nopeuden vuoksi. Virossa julkisista hankinnoista säädetään laissa julkisista hankinnoista (Riigihangete Seadus, 14.06.2017). Valitus tulee tehdä ensiasteessa tuomioistuimista erilliselle riidanratkaisuelimelle. Viron kansallisen lainsäädännön 185 § tarjoaa myös tarjouskilpailuun osallistumattomalle toimittajalle mahdollisuuden muutoksenhakuun, mikäli hankintayksikön menettely on loukannut sen oikeutta tai etua. Virossa julkisia hankintoja koskevat määräajat ovat todella lyhyitä verrattuna Suomen vastaaviin määräaikoihin, sillä valittajan tulee tehdä valitus jo 10 päivän kuluessa siitä, kun valittaja on saanut tietoonsa tai kun sen olisi pitänyt tietää sen oikeuksien loukkaamisesta. Suomen pidemmistä määräajoista poiketen hankintayksikön on myös annettava vastineensa ja muut asiakirjat vain kahden työpäivän kuluessa siitä, kun hankintayksikkö on vastaanottanut muutoksenhakulautakunnan toimittaman valittajan valituksen.⁷⁸

Suomen kansallinen muutoksenhakujärjestelmä poikkeaa edellä kuvatun perusteella hie- man edellä kuvattuihin EU:n jäsenvaltioihin verrattuna. Lähtökohtaisesti jokaisen EU:n jäsenvaltion on tullut implementoida julkisia hankintoja koskevien direktiivien minimi- taso ja vähimmäisvaatimukset osaksi kansallista lainsäädäntöään, minkä vuoksi jäsenval- tioiden kansallisessa lainsäädännössä ei ole havaittavissa suuria eroja tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhakumahdollisuuksiin nähden. Useissa EU:n jä- senvaltioissa on myös käytössä jokin julkisia hankintoja valvova viranomainen. Kilpailu- ja kuluttajavirasto alkoi myös valvoa julkisia hankintoja Suomessa vuoden 2017 alusta alkaen ja on havaittu, että valvovalle viranomaiselle on ollut ehdottomasti tarvetta myös Suomessa. Useissa EU:n jäsenvaltioissa oikeussuojakeinojen käyttö ei rajoitu pelkästään tarjouskilpailuun osallistuneisiin tarjoajiin, sillä edellä kuvatun perusteella myös Ruot- sissa, Saksassa ja Virossa tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimittajalla voidaan kat- soa olevan mahdollisuus muutoksenhakuun. Vaikuttaa siltä, että Saksa on ottanut oikeus- suojadirektiivin asettamista tavoitteista vaikutteita tiukempaan kansalliseen lainsäädän- töön edellyttämällä valituksen tekijää ilmoittamaan viipymättä havaitsemastaan lain nou- dattamisen epäkohdasta ja aikomuksestaan tehdä valitus valituslautakuntaan.⁷⁹

⁷⁸ Työryhmämietintö 2008: 48–50; Salmela 2015: 13–14.

⁷⁹ Työryhmämietintö 2008: 53; Salmela 2015: 19.

2.4. Tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu

Kuten aiemmin todettiin, asettaa hankintalain 2 § yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kiellon yhdeksi keskeisimmäksi tavoitteeksi julkisissa hankinnoissa. Hankintalain 2 §:n 1 momentissa säädetään, että lain tavoitteena on turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota tavaroita, palveluja sekä rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailussa. Saman pykälän 3 momentissa asetetaan hankintayksiköille tavoite, jonka mukaan hankinnat on toteutettava tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina, jotta myös pienet ja keskisuuret yritykset sekä muut yhteisöt pääsisivät osallistumaan tasapuolisesti muiden tarjoajien kanssa tarjouskilpailuihin. Hankintamenettelyn osallistujien sekä muiden toimittajien tasapuolinen kohtelu pohjautuu hallintolain 6 §:ään, jossa säädetään hyvän hallinnon periaatteista, joiden mukaisesti viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti.

Toimittajia, ehdokkaita ja tarjoajia koskeva yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate pohjautuu EU:n perustamissopimuksen periaatteisiin sekä hankintadirektiivin 18 artiklaan.⁸⁰ Yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun edellytyksenä on ehdokkaiden ja tarjoajien samanlainen kohtelu kaikissa tarjousmenettelyn vaiheissa. Kohtelun tulee olla samanlaista riippumatta hankinnan toteuttamiseen liittymättömistä tekijöistä, joita ovat esimerkiksi ehdokkaiden ja tarjoajien kansalaisuus tai sijoittautuminen jollekin alueelle. Hankintayksiköiden on myös kohdeltava eri paikkakunnilla sijaitsevia ehdokkaita ja tarjoajia samalla tavalla kuin oman kunnan yrityksiä. Tasapuolisuusvaatimus edellyttää, että tarjoajia tai tarjouksia arvioitaessa kaikkien vaatimusten tulee koskea samalla tavalla kaikkia tarjoajia, jolloin esimerkiksi tarjouspyyntöä laadittaessa hankinnan kohteen määrittely ei saa asettaa tarjoajia epätasa-arvoiseen asemaan.⁸¹

⁸⁰ HE 108/2016 vp s. 74. Periaate pohjautuu erityisesti EU:n perustamissopimuksen sisämarkkinavapauksia sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteisiin. Hankintadirektiivin johdanto-osan ensimmäisessä kohdassa asetetaan jäsenvaltioille velvoite ” Jäsenvaltioiden viranomaisten tehdessä hankintasopimuksia tai tehtäessä tällaisia sopimuksia niiden puolesta on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita.”

⁸¹ HE 50/2006 vp s. 47.

Tarjoajien tasapuolisen kohtelun tavoitteena on kokonaistaloudellisesti edullisimman hankinnan tekeminen. Tällöin koko hankintamenettelyn tavoitteena on, että tasapuolisesti toteutetun tarjousten vertailun perusteella voidaan valita paras tarjous ennalta asetettujen kriteerien pohjalta. Jos hankintamenettelyssä kohdeltaisiin yhtä tarjoajaa erilailla kuin toista tai esimerkiksi asetettaisiin hankinnan kriteerit syrjiviksi, olisi lopputuloksena hyvinkin todennäköisesti jokin muu kuin parhaan mahdollisen tarjouksen hyväksyminen.⁸²

Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman kannalta on merkitystä, todetaanko hankintayksikön menetelleen hankintamenettelyssä hankintasääntöjen vastaisesti. Mikäli hankintayksikkö on laiminlyönyt hankintalain säännöksiä esimerkiksi syrjivällä tarjouspyynnöllä tai jättämällä hankinnan kokonaan kilpailuttamatta, voidaan katsoa, että tarjouskilpailuun osallistumaton toimittaja on herkemmin asianosainen. Tällöin esimerkiksi pelkkä alalla toimiminen saattaa riittää oikeussuojapyynnön edellytykseksi. Jos kuitenkin todetaan, että hankintayksikkö on toiminut hankintalain säännösten mukaisesti, asianosaisaseman saavuttamiseksi toimittajalta voidaan odottaa enemmän kuin pelkkä alalla toimiminen. Tällöin toimittajan on tullut jättää tarjous tarjouskilpailuun tai hänen on voitava osoittaa pyrkimyksensä osallistua tarjouskilpailuun. Tarjouspyynnön syrjivyyttä tulee aina arvioida tapauskohtaisesti. Edellä mainittujen lisäksi tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan kannalta merkittävässä asemassa on myös ajankohta, jolloin valitus tulee vireille.⁸³

Hankintalain säännökset jättävät hankintayksikölle jonkin verran omaa harkintavaltaa hankinnan toteuttamiseen liittyen. Viranomaisen harkintavallan voi jakaa oikeusharkintaan sekä tarkoituksenmukaisuusharkintaan.⁸⁴ Oikeusharkintaan perustuva ratkaisu tehdään lain säännöksiin tai muihin eri oikeuslähteisiin perustuen, kun taas tarkoituksenmukaisuusharkinnassa keskeisempää on yhteiskuntapoliittiset päämäärät⁸⁵. Hankintayksiköille on jätetty laaja harkintavaltaa hankintaan liittyvien päätösten osalta, sillä viranomaiset voivat muun muassa vapaasti päättää ostetaanko palvelu omana työnä tekemisen sijaan. Tällöin on kyse tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. Esimerkiksi kunnan asukas ei

⁸² Siikavirta 2015: 102.

⁸³ HE 190/2009 vp. s. 58–59.

⁸⁴ Ks. lisää Mäenpää 2017: 282–287.

⁸⁵ Harjula & Prättälä 2015: 44.

voi kunnallisvalituksella valittaa kunnanvaltuuston päätöksestä päättää tuottaa palvelu omana työnään perustellen valitustaan sillä, että yksityiseltä ostettaessa kustannukset olisivat pienemmät. Myöskään kyseisiä palveluja tarjoava yritys ei voisi valittaa laillisuusperusteisesti kunnallisvalituksella siitä, että kunnan olisi tullut järjestää tarjouskilpailu kunnan päätettyä tuottaa palvelu omana työnään. Kun tarkoituksenmukaisuusperusteella tehty hallintovalitus ei ole enää mahdollista, myöskään markkinoilla toimiva yritys ei voi saattaa vastaavaa viranomaisen ratkaisua tuomioistuimen tutkittavaksi.⁸⁶

Hankintalakia voidaan pitää hyvin muotosidonnaisena, sillä esimerkiksi hankintayksikön velvollisuutena on hylätä tarjouspyyntöä vastaamaton tarjous. Hankintamenettely sisältää paljon erityispiirteitä, joiksi voidaan katsoa myös hankintayksikön harkintavalta. Hankintalain velvoittamana hankintayksikkö on velvollinen asettamaan yksittäisen hankintamenettelyn tarkat ehdot ja tarjoajat ovat velvollisia noudattamaan niitä. Hankintayksiköllä on siten käytännössä vapaus itsenäisesti päättää kaikista yksittäisen hankinnan ehdoista ja ominaisuuksista, kuten hankinnan kohteesta, pakollisista vähimmäisvaatimuksista, valinta- ja vertailuperusteista sekä muista yksittäisistä ehdoista. Hankintayksikkö ei kuitenkaan voi enää hankintamenettelyn käynnistettyään muuttaa edellyttämiään ehtoja.⁸⁷

Markkinaoikeuden tehtävänä ei ole arvioida hankinnan kohteen tarkoituksenmukaisuutta, vaan sen on arvioitava ainoastaan hankintamenettelyn hankintalainmukaisuutta. Hankintayksikkö saa myös itse määrittää ne perusteet, joilla se valitsee toimittajan. Hankintayksikön harkintavalta voi olla luonteeltaan erityyppistä hankintamenettelyn eri vaiheissa, mutta se ei ole kuitenkaan rajoittamatonta, sillä hankintalaki asettaa rajoituksia hankintayksikön harkintavallalle. Harkintavaltaa kontrolloidaan hallinnon oikeusperiaatteiden sekä yhdenvertaisuusperiaatteiden nojalla. Harkintavallan oleellisin rajoitus on edellä esitetty hankintalaissa määritetty tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus, minkä johdosta hankintayksikkö ei saa syrjiä tai suosia tiettyä toimittajaa hankinnan kohteen määrittelyssä tai sen valinta- ja vertailuperusteita asettaessa. Myös tarjouksia vertailtaessa hankintayksikön on harkintavaltaa käyttäessään huomioitava vaatimus tasapuolisesta ja

⁸⁶ Nenonen 2013: 112–113.

⁸⁷ Aho & Laine 2016: 1008.

syrijättömästä kohtelusta. Tuomioistuimien valvoo muun muassa tarjousten vertailun puolueettomuutta ja objektiivisuutta sekä sitä, että hankintayksikkö on tehnyt päätöksensä noudattaen ilmoitettuja valinta- ja vertailuperusteita.⁸⁸

Hankintayksikön harkintavalta on katsottu suhteellisen laajaksi ja kilpailutus tuleekin suunnitella ja toteuttaa hankittavan tavaran, palvelun tai rakennusurakan näkökulmasta. On myös katsottu, että esimerkiksi tekninen vaatimus ei ole syrjivä sillä perusteella, että vain yksi tarjoajista voisi toteuttaa hankinnan. Hankintayksikön asettamien vaatimusten tulee olla perusteltuja hankintayksikön tarpeilla, mutta ei voida kuitenkaan vaatia, että hankintayksikön tulisi sopeuttaa asettamansa ehdot olemassa olevaan tarjontaan.⁸⁹

Unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu, että olisi liiallista vaatia, että yritys tekisi tarjouksen kyseisessä hankinnassa vain sen takia, että se voisi käyttää oikeussuojadirektiivin tarkoittamia muutoksenhakumenettelyjä. On nimittäin katsottu kohtuuttomaksi, että sellainen yritys, jonka etuja on väitetty loukkaavaan tarjouskilpailua koskevien asiakirjojen sisältävien syrjivien lausekkeiden johdosta, tekisi tarjouksen kyseisessä hankinnassa tavoitteenaan säilyttää muutoksenhakukeinot, vaikka yrityksen mahdollisuudet tarjouskilpailun voittamiseksi olisivatkin olemattomat syrjivien eritelmien johdosta.⁹⁰

Tarjouksen tekeminen vaatii toimittajalta paljon resursseja, sillä sen tulee olla huolellisesti tehty ja sen on lisäksi vastattava tarjouspyyntöä. Tarjouksen laatiminen ei ole aina yksinkertainen tai nopea asia, vaan tarjouksen jättäminen vaatii usein erityisosaamista palveluntuottajalta tai toimittajalta. Tarjouspyynnön ollessa valmiiksi syrjivä, ei toimittajan ole kannattavaa tuhlaa resursseja tarjouksen tekemiseen. Tällöin toimittaja mahdollisesti tietää jo valmiiksi, että tarjousta ei tulla hyväksymään, sillä tarjous ei vastaisi tarjouspyyntöä. Tarjouspyynnön syrjivyyden voi aiheuttaa sen, että kilpailuolosuhteita ei hyödynnetä mahdollisimman laajasti, eikä saada valittua parasta mahdollista toimittajaa. Kaikki potentiaaliset toimittajat eivät välttämättä jätä tarjousta tarjouskilpailuun mahdol-

⁸⁸ Nenonen 2013: 113–115; Ks. myös Ukkola 2011: 322–324.

⁸⁹ Rainala 2017: 54.

⁹⁰ C-230/02 Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta, EU:C:2004:93, kohta 29.

lisesti syrjivän tarjouspyynnön vuoksi. Tämän seurauksena kilpailutuksen lopputuloksena syntyvä hankintasopimus ei välttämättä ole silloin kaikista taloudellisin tai laadukain, eikä hankintayksikkö ole tällöin saavuttanut lain asettamia tavoitteita hankinnalle. Hankintayksiköllä on suuri rooli hankinnan suunnittelussa ja tarjouspyynnön laatimisessa, sillä vain huolella tehtyyn tarjouspyyntöön voi olettaa saavansa myös kunnollisia tarjouksia, jotka ovat keskenään vertailukelpoisia.

Työ- ja elinkeinoministeriön selvityksen mukaan pienet ja keskisuuret yritykset saattavat kokea hankalaksi osallistumisen julkisten hankintojen kilpailuttamiseen. Usein varsinkin pienet ja keskisuuret yritykset saattavat kokea hallinnollisen taakan suureksi julkisissa hankinnoissa, jolloin myös tarjouskilpailuihin osallistuminen saattaa jäädä.⁹¹ Tästä johtuen tarjouspyynnöt tulisi laatia mahdollisimman selkeästi ja hankintalakia noudattaen sekä mahdollisimman tasavertaisesti tarjoajia ja muita toimittajia kohtaan. Tällöin myös toimittajat jättäisivät todennäköisemmin tarjouksen tarjouskilpailuun, eivätkä ne jättäisi osallistumatta epäselvän tai mahdollisesti syrjivän tarjouspyynnön takia. Selvityksen perusteella suuremmilla yrityksillä on ollut useammin ongelmia julkisiin hankintoihin liittyen, joista suurimpina ongelmina yritykset näkivät tarjouspyyntöasiakirjojen monimutkaisuuden, epäselvyyden, vaatimusten laajuuden sekä menettelysääntöjen monimutkaisuuden. Suuri osa vastaajista näki myös hankintakokonaisuudet liian suurina. Edellä mainitut esteet voivat aiheuttaa sen, että yrittäjät jättävät osallistumatta tarjouskilpailuihin, jolloin myös suuri potentiaali yrityksistä jää hyödyntämättä.⁹²

Asianosaisaseman edellytyksiä käsiteltiin myös unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnönä koskevassa tapauksessa *C- 328/17 Amt ym.*, jossa oli kyse Italian Ligurian hallintoalueen julkisen liikenteen palvelua koskevaa toimeksiantoa koskevasta epämuodollisesta tarjouspyyntömenettelystä.⁹³ Ennakkoratkaisupyynnön taustalla olevassa oikeusriidassa kantajat katsoivat, että viranomaisen päätös toteuttaa kyseessä oleva hankintasopimus yhtenä ainoana koko hallintoalueen kattavana eränä olisi Italian perustuslain sekä SEUT 49 ja 56 artiklojen vastainen. *Amt ym.* katsoivat, etteivät he voineet kukin

⁹¹ Neimala & Saariketo 2014: 23.

⁹² Neimala & Saariketo 2014: 58–61.

⁹³ *C-328/17 Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA ym. v. Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA ja Regione Liguria*, EU:C:2018:958.

erikseen taata julkisen liikenteen palvelua hallintoalueen tasolla, joten he eivät tehneet tarjousta. Lisäksi kukaan heistä ei olisi voinut täyttää vaadittuja ehtoja, jolloin mahdollisuus saada sopimus väheni *lähes olemattomiin*. Kantajat kokivat tarjouspyynnön vaatimuksen koko hallintoalueen kattavasta vaatimuksesta syrjivänä, jonka seurauksena he eivät voineet jättää tarjousta tarjouskilpailuun. Asiassa oli kyse EU:n direktiivien sekä Italian kansallisen lainsäädännön välisestä mahdollisesta ristiriidasta, jonka takia tuomioistuimen tuli selvittää, oliko kiellettyä, että toimittajat eivät voi hakea muutosta hankintaviranomaisen päätöksiin, johon he ovat päättäneet olla osallistumatta sillä perusteella, että menettelyyn sovellettavasta sääntelystä johtuen olisi *erittäin epätodennäköistä*, että yritys valittaisiin kyseessä olevassa hankinnassa sopimuksen sopijapuoleksi.

Euroopan unionin tuomioistuimen julkisasiamies tulkitsi ratkaisuehdotuksessaan tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan mahdollisuuksia kyseessä olevan hankintasopimuksen saamiseen. Julkisasiamies katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että mikäli sopimuksen saamisen mahdollisuudet olisivat erittäin epätodennäköiset, mutta eivät kuitenkaan täysin olemattomat, hankintamenettelyyn osallistumiselle ei olisi tällöin olemassa ”todellista ja tehokasta estettä”. Esimerkiksi C-230/02 *Grossmann* -tuomiossa on katsottu, ettei tarjouskilpailusta pois sulkemisen tarvitse olla ehdottoman varmaa, vaan riittäväksi voidaan katsoa pelkkä hylkäämisen todennäköisyys, jotta tarjouskilpailuun osallistumaton yrittäjä voisi olla oikeutettu muutoksenhakuun.⁹⁴

Julkisasiamies tulkitsi asiaa kuitenkin eri lailla ja hänen mielestään *Grossmann* -tuomion kaltainen ”laajempi tulkinta” todennäköisyyksien laskemisena ainoana asian ratkaisemista ohjaavana tekijänä on arveluttava, koska tämänkaltaisen tulkinnan mukaan mikä tahansa yritys voisi väittää hankintamenettelyn sisältävien syrjivien lausekkeiden vaikuttavan siten, että yritys *todennäköisesti* hylättäisiin. Tilanteessa, jossa hankintamenettely ei välttämättä olisi todellisuudessa ollut syrjivä. Tällainen menettely antaisi mahdollisuuden valituksen tekemiseen varsin kevyin perustein sellaisille yrittäjille, jotka ovat tietoi-

⁹⁴ C-230/02 *Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta* EU:C:2004:93

sesti päättäneet olla osallistumatta hankintamenettelyyn. Tästä johtuen julkisasiamies katsoi, että tarjouksen tekemisen tulisi olla *mahdotonta*, jotta tarjouskilpailuun osallistumattomalla yrittäjällä olisi mahdollisuus muutoksenhakuun.⁹⁵

Tuomioistuimien katsoi *Amt ym.* -tapauksessa, ettei jäsenvaltioilla ole velvollisuutta saattaa muutoksenhakumenettelyjä kaikkien sellaisten henkilöiden käytettäväksi, jotka haluavat saada julkista hankintaa koskevan sopimuksen. Jäsenvaltioilla on halutessaan oikeus edellyttää, että väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata kyseisen henkilön etua. Tuomioistuimen kannanotto vahvisti tulkintalinjaa, jonka mukaan lähtökohtaisesti toimittajalla ei ole oikeutta muutoksenhakuun, jos se ei ole tehnyt tarjousta. Kuitenkin poikkeuksellisesti voidaan katsoa, että toimittajalla olisi oikeussuojan tarve tilanteissa, joissa hankintamenettelyn toteuttamatta jättäminen tai kutsun puuttuminen on riitautettu tai mikäli hankintailmoitus on sisältänyt välittömiä poissulkemislausekkeita tai lausekkeita, joissa asetetaan ilmeisen käsittämättömiä tai täysin kohtuuttomia velvoitteita tai joiden vuoksi jo pelkästään tarjouksen tekeminen on mahdotonta.⁹⁶

Tuomioistuimien katsoi, että toimittajalla tulee olla oikeus muutoksenhakuun erityisesti tilanteissa, joissa toimittaja katsoo tarjouksen tekemisen mahdottomaksi tarjouspyyntöön liittyvien asiakirjojen syrjivien eritelmien johdosta.⁹⁷ Koska tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeus muutoksenhakuun on lähinnä poikkeus, on katsottu, ettei ole liiallista vaatia, että yhtiön tulee osoittaa, että tarjouspyynnön sisältävät syrjivät lausekkeet ovat tehneet tarjouksen tekemisestä mahdotonta.⁹⁸ Siten todistustaakka asiassa katsotaan olevan tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimittajalla.

Tuomioistuimien totesi *Amt ym.* -tuomiossaan, että oikeussuojadirektiivin säännökset eivät ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan toimittajat eivät voi hakea muutosta hankintaviranomaisen päätöksiin, jotka liittyvät tarjouspyyntömenettelyyn, johon ne

⁹⁵ C-328/17 *Amt ym.* Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Manuel Campos Sánchez-Bordona, EU:C:2018:542, kohdat 71–73.

⁹⁶ C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA ym. v. Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA ja Regione Liguria*, EU:C:2018:958. Kohta 50.

⁹⁷ C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA ym. v. Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA ja Regione Liguria*, EU:C:2018:958. Kohta 51.

⁹⁸ C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA ym. v. Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA ja Regione Liguria*, EU:C:2018:958. Kohta 53.

ovat päättäneet olla osallistumatta sillä perusteella, että tähän menettelyyn sovellettavan sääntelyn vuoksi oli erittäin epätodennäköistä, että ne valittaisiin kyseessä olevan sopimuksen osapuoleksi. Lisäksi tuomioistuin katsoi, että kansallisen tuomioistuimen on arvioitava, voiko kyseisen kansallisen lainsäädännön soveltaminen vaikuttaa toimittajien oikeuteen saada tehokasta oikeussuojaa.

Myös *Grossmann* -tuomiossa on aiemmin vahvistettu tulkinta, jonka mukaan osapuolilla, jotka ovat vapaaehtoisesti jättäneet osallistumatta tarjouskilpailuun, ei voida lähtökohtaisesti katsoa olevan oikeutta muutoksenhakuun. *Amt ym.* -tapaus kuitenkin vahvistaa tulkintaa, jonka mukaan lähtökohtaiseen periaatteeseen on myös poikkeuksia. Huolimatta julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa olleesta suppeammassa tulkinnasta, jonka mukaan syrjivien eritelmien olisi tullut tehdä tarjouksen jättämisestä mahdotonta, tulkitsi unionin tuomioistuin kuitenkin laajemmin, että tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimittajalla on oikeus muutoksenhakuun, mikäli päätös olla osallistumatta tarjouskilpailuun johtui tarjouspyynnön sisältämistä syrjivistä eritelmistä, joiden johdosta valituksi tuleminen olisi ollut ”hyvin epätodennäköistä”.⁹⁹

⁹⁹ Brown 2019.

3. ASIANOSAISASEMAN EDELLYTYKSET HANKINTAMENETTELYSSÄ

3.1. Tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja ja asiavaltuus

Jokainen yritys voi halutessaan osallistua hankintayksikön hankintamenettelyyn ja tarjota omia tuotteitaan, palveluitaan ja rakennusurakoita edellyttäen, että kyseessä ei ole rajoitettu menettely tai muu menettely, jossa tarjouskilpailun osallistujia tai ehdokkaita olisi rajattu.¹⁰⁰ Hankintalain 74 §:n velvoittamana tarjoajan tulee pystyä tarjouksessaan osoittamaan, että tarjoajan tarjoama tavara, palvelu tai rakennusurakka on tarjouspyynnön ja muiden eri hankinta-asiakirjoissa esitettyjen vaatimusten mukainen. Hankintayksikkö voi pyytää kuitenkin tarjoajalta lisäselvitystä tai täydennystä asiakirjoihin, jos hankintayksikön mukaan niissä on jotain epäselvyyttä. Edellä mainittujen lisäksi tarjoajalta edellytetään ehdotonta määräaikojen noudattamista, jonka vuoksi tarjoajan tulee jättää tarjouksensa vaadittuun määräaikaan mennessä.¹⁰¹

Tarjouskilpailuun osallistumattomasta toimittajasta poiketen tarjouskilpailussa tarjouksen jättänyt yritys katsotaan automaattisesti asianosaiseksi hankintamenettelyssä, sillä voidaan katsoa, että asia koskee olennaisesti tarjouksen jättänyttä yritystä. Asianosaisase- man lisäksi asianosaista koskevissa asioissa asianosaiselta edellytetään asiavaltuutta. Asiavaltuus oikeuttaa käyttämään asianosaisen puhevaltaa. Yleisesti voidaan katsoa asiavaltuuden olevan sellaisilla henkilöillä, joiden etua, oikeutta tai velvollisuutta asiassa tehtävä päätös välittömästi koskee. Näin ollen tarjouskilpailuun osallistumaton toimittaja saa kyseessä olevassa asiassa asiavaltuuden, mikäli hänet todetaan myös asianosaiseksi asiassa.¹⁰²

Toimittaja voi osallistua tarjouskilpailuun jättämällä tarjouksen yksin tai se voi osallistua esimerkiksi yhdessä muiden kanssa, jolloin toimittajat voivat tehdä tarjouksen tai ilmoit-

¹⁰⁰ Rajoitetusta menettelystä säädetään hankintalain 33 §:ssä, jonka mukaan kaikki halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua hankintamenettelyyn. Hankintayksikön valitsevat ehdokkaat voivat ainoastaan jättää tarjouksen.

¹⁰¹ Eskola ym. 2017: 403.

¹⁰² Mäenpää 2008: 95, 120.

tautua ehdokkaaksi ryhmittymänä. Ryhmittymänä voi olla esimerkiksi tilapäinen yhteenliittymä.¹⁰³ Alla kuvatussa markkinaoikeuden ratkaisussa 193/12 käsitellään asianosaisaseaman ja asiavaltuuden laajuutta.

Markkinaoikeuden ratkaisussa oli kyse Kangasniemen kunnan hankintapäätöksestä koskien oppilaskuljetuksia. Kangasniemen kunnan sivistyslautakunta oli hankintapäätöksellään valinnut palveluntuottajat yhdeksään eri kohteeseen. Valituksen tekijät olivat antaneet tarjouskilpailussa tarjouksensa yhteenliittymänä. Valituksen tekijöinä olivat kaikki muut yhteenliittymän jäsenet paitsi yksi, joka ei halunnut valittaa päätöksestä. Valituksen tehneet vaativat markkinaoikeutta mm. kumoamaan hankintapäätöksen sekä korjaamaan virheellisen menettelyn. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että valittajilla ei ollut asiassa asiavaltuutta ilman kaikkien yhteenliittymän jäsenten myötävaikutusta, jolloin valitus oli jätettävä tutkimatta.

Kyseessä olevassa tapauksessa valitusta perusteltiin sillä, että valittajat edustivat yhteenliittymää kattavasti ja heillä olisi ollut mahdollisuus tuottaa kilpailutetut palvelut. Valituksen tehneiden yhteenliittymän jäsenten mielestä valituksen tehneiden asiavaltuuteen ei saisi vaikuttaa se, että yksi yhteenliittymän osapuolista ei halua tehdä valitusta. Kyseisessä asiassa markkinaoikeus katsoi, ettei valittajien tarjouksen mukainen palvelu olisi toteutettavissa ilman kaikkia yhteenliittymän osallisia. Tällainen tilanne edellyttäisi jo annetun tarjouksen muuttamista, joka on katsottu hankintalain vastaiseksi.¹⁰⁴

Markkinaoikeus perusteli ratkaisuaan muun ohella vakiintuneella oikeuskäytännöllä, jonka mukaisesti on katsottu, että yhteisen tarjouksen jättäneen yhteenliittymän jäsenillä ei ole asiavaltuutta, mikäli kaikki yhteenliittymän jäsenet eivät ole jättäneet valitusta. Asiavaltuuden on katsottu kytkeytyvän tarjouksen tulevaan tai mahdolliseen hyväksytyksi saamiseen eli hankintamenettelyn lopputulokseen liittyvään oikeudellisen tarpeen olemassaoloon. Asiavaltuuden edellytykseksi on katsottu, että markkinaoikeuden käsitelyllä olisi vaikutuksia valittajan oikeusasemaan eli valittajan mahdollisuuteen saada tarjouksensa hyväksytyksi tai valittajan mahdollisuuteen saada hyvitysmaksu.¹⁰⁵

¹⁰³ Eskola ym. 2017: 449.

¹⁰⁴ Markkinaoikeuden ratkaisuissa 480/10 sekä 634/16 oli kyse melko samankaltaisista tilanteista. Tarjouskilpailuun oli jätetty tarjous yhteenliittymänä yhtiö A:n ja yhtiö B:n nimissä. Kuitenkin vain yhtiö A:n nimissä toimitettiin valitus markkinaoikeuteen hankintalain asettamien määräaikojen puitteissa. Määräajan päättymisen jälkeen yhtiö B kuitenkin ilmoitti yhtyvän markkinaoikeuteen tehtyyn valitukseen. Markkinaoikeus katsoi asiassa, ettei myöhässä saapuneella täsmennyksellä ollut tutkimusedellytysten kannalta vaikutusta asiaan. Näin ollen markkinaoikeus otti asian tutkittavakseen, vaikka yhteenliittymän toisen osapuolen valitus oli saapunut myöhässä markkinaoikeuteen.

¹⁰⁵ Ks. lisää esim. MAO 189/19, MAO 66/18 ja MAO 70/17.

3.2. Alalla toimiva yritys

Asianosaiseksi hankintaprosessissa voidaan katsoa joissakin tilanteissa tarjouksen jättäneiden yritysten lisäksi myös jokin alalla toimiva yritys, joka ei ole jättänyt tarjousta hankintamenettelyssä. Hankintalain esitöiden mukaan tällainen alalla toimiva yritys voi olla sellainen, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä.¹⁰⁶ Alalla toimiva yrittäjä voidaan katsoa asianosaiseksi, mikäli se ei ole omasta kiinnostuksestaan huolimatta päässyt osallistumaan hankintamenettelyyn hankintayksikön menettelystä johtuen. Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi silloin, jos hankintayksikkö on jättänyt kilpailuttamatta koko hankinnan, se ei ole antanut tarjouspyyntöä tai jos hankintayksikkö on jättänyt kyseisen toimittajan lainvastaisesti menettelyn ulkopuolelle. Valituksen tehneen yrittäjän alalla toimiminen on riittänyt asianosaisaseman edellytykseksi erityisesti silloin, jos alalla toimivan yrittäjän oikeussuojapyyntö on perustunut hankinnan kilpailuttamisen laiminlyömiseen.¹⁰⁷

Hankintalain esitöissä on todettu, että tilanteessa, jossa hankinta on kilpailutettu hankintalain säännösten mukaisesti, oikeuskäytännön mukaan alalla toimiva yrittäjä voidaan lähtökohtaisesti katsoa asianosaiseksi vain tilanteessa, jossa yrittäjä on jättänyt tarjouskilpailussa tarjouksen. Tämän lisäksi alalla toimiva yrittäjä voidaan katsoa asianosaiseksi, mikäli yrittäjä kykenee osoittamaan pyrkineensä osallistumaan tarjouskilpailuun, vaikka hän ei ole voinut jättää omaa tarjousta hankintayksikön hankintalain vastaisen menettelyn johdosta. Lain esitöiden perustelujen mukaan kuitenkin ehdokas, joka on jo tarjouskilpailun aikaisemmassa vaiheessa suljettu pois hankintamenettelystä, ei voi hakea muutosta hankintamenettelyn myöhemmässä vaiheessa. Ehdokkaalla on kuitenkin oltava mahdollisuus hakea muutosta siihen päätökseen, jolla ehdokas on suljettu pois hankintamenettelystä.¹⁰⁸

Alalla toimivan yrityksen asianosaisaseman edellytysten tulkinta voi olla haastavaa, mikäli toimittaja olisi ollut kiinnostunut osallistumaan hankintamenettelyyn, mutta se ei ole

¹⁰⁶ HE 50/2006 vp s. 121.

¹⁰⁷ HE 190/2009 vp. s. 59.

¹⁰⁸ HE 90/2009 vp s. 59; Eskola ym. 2017: 615.

kuitenkaan tästä huolimatta jättänyt tarjousta. Lain esitöiden sanamuodon mukainen tulkinta viittaisi siihen, että pelkkä kyseisellä alalla toimiminen ei sellaisenaan riitä asianosaisaseman saavuttamiseksi muutoksenhaussa. Esitöiden sanamuodon mukaan jokaisessa kyseessä olevassa asiassa tulisi tapauskohtaisesti arvioida sitä, olisiko alalla toimivalla yrityksellä ollut todellisuudessa mahdollisuutta saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä.¹⁰⁹

Korkein hallinto-oikeus on ottanut tuoreessa vuosikirjaratkaisussaan kantaa tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrittäjän asianosaisaseman edellytyksiin. Asiassa arviotiin muiden ohella sitä, oliko tarjouskilpailuun osallistumaton yrittäjä todellisuudessa juuri kyseisen hankinnan alalla toimiva yrittäjä ja tuliko toimittaja siten katsoa asiassa asianosaiseksi.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2018:27 oli kyse muun ohessa alalla toimivan yrityksen määritelmästä. Hankintayksikön näkemyksen mukaan valittaja voi olla katuvalaisinalalla toimiva yritys eli tavarantoimittaja, mutta hankintayksikön mukaan kyseessä on väärä toimiala, koska kyseisessä hankinnassa oli kyse katuvalaistuksen saneerausta koskevasta rakennusurakasta. Hankintayksikkö siis katsoi, että pelkkä katuvalaisimien toimittaminen ei tee yrityksestä tarvittaviin sähköasennustöihin pätevöitynyttä rakennusurakoitsijaa. Hankintayksikkö katsoi, että valittaja ei olisi omissa nimissään voinut jättää tarjousta, eikä valittaja toimittanut kirjallisia todisteita, joiden avulla olisi voitu osoittaa valittajan aito tarkoitus tavoitella ja saada oma tarjouksensa hyväksytyksi.

KHO perusteli päätöstään muun muassa hankintalain esitöillä, joissa tarkennetaan alalla toimivan yrityksen määritelmää. KHO katsoi, että kyseessä olevassa hankinnassa on kyse rakennusurakasta ja valittaja on katuvalaisinalalla toimiva yritys, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi virheettömässä hankintamenettelyssä. Tästä johtuen valituksen tehnyt alalla toimiva yritys on katsottava tarjouspyyntöön kohdistuvassa asiassa asianosaiseksi, sillä esille ei noussut sellaisia seikkoja, joiden perusteella valittaja ei olisi ollut kyseisellä alalla toimiva yrittäjä.¹¹⁰ Vastaavanlaisissa kiistanalaisissa tilanteissa tuomioistuimen tulee arvioida, onko kussakin kyseessä olevassa

¹⁰⁹ HE 50/2006 vp s. 121; Eskola ym. 2017: 614.

¹¹⁰ Ks. myös. KHO 2004:102, jossa oli kyse Hangon kaupungin sairaankuljetuspalveluita koskevasta asiasta ja siitä, oliko hakemuksen tehnyt yhtiö kyseisellä alalla toimiva yritys. Hankintayksikön näkemyksen mukaan asiaa ei olisi tullut tutkia, sillä hakemuksen tehnyt yhtiö ei ollut harjoittanut sairaankuljetuspalveluita päätöksentekohetken aikana eikä sen jälkeenkään sairaankuljetusalan liiketoimintaa. Hakemuksen tehnyt yhtiö oli merkitty kaupparekisteriin 28.8.2003, joka oli vasta kaksi kuukautta kaupunginvaltuuston

asiassa valittajana oleva henkilö todellisuudessa hankinnan kohteena olevan tavaran, palvelun tai rakennusurakan alalla toimiva yrittäjä.¹¹¹

Seuraavassa markkinaoikeuden ratkaisussa markkinaoikeus arvioi julkisten hankintojen asianosaten piirin laajuutta ja alalla toimivan yrittäjän määritelmää. Markkinaoikeus katsoi, että hakijoilla ei ollut asianosaisasemaa, sillä he eivät olleet kyseessä olevan hankinnan alalla toimivia yrittäjiä.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 142/08 oli kyse kehitysvammaisten asumispalveluiden kilpailuttamisesta. Kempeleen kunnan sosiaali- ja terveyslautakunta oli valinnut asumispalveluiden tuottajaksi Attendo Oy:n. Kempeleen Kehitysvammaisten Tuki ry ja Kehitysvammaisten Tukiliitto ry tekivät hakemuksen markkinaoikeudelle virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Hakemuksen tehneiden mukaan hankintapäätös oli ollut sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain (734/1992) vastainen, eikä tarjouskilpailun voittanut tarjoaja ollut saanut suurinta kokonaispistemäärää. Hakijoiden mukaan heillä oli asumispalveluiden asiakkaiden edunvalvontajärjestöinä oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Markkinaoikeus katsoi ratkaisussaan, että hakijoilla ei ollut asianosaisasemaa asiassa, joten hakemus jätettiin tutkimatta.¹¹²

Edellä esitettyssä tapauksessa hakijat perustelivat oikeudellista intressiään muun muassa sillä, että asumispalveluiden asiakkaat eivät kykene itse valvomaan oikeuksiaan, jolloin myös hakijoilla tulisi olla oikeudellinen intressi käyttää puhevaltaansa. Markkinaoikeus perusteli päätöstään jättää asia tutkimatta muun muassa hankintalain esitöillä, jossa avataan muutoksenhakuun oikeutettuja tahoja. Vaikka lain esitöissä asianosaisella tarkoitetaan *”henkilöä, jolla on oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn”*, ei kuitenkaan kuka tahansa voi saavuttaa asianosaisasemaa, sillä lain esitöiden tarkoittamien henkilöiden tulee olla kyseessä olevan hankinnan alalla toimivia yrittäjiä.¹¹³

Kyseessä olevassa tapauksessa hakijoilla on mahdollisesti ollut oikeudellinen intressi saada muutosta asiaan, mutta hakijat eivät kuitenkaan ole alalla toimivia yrittäjiä. Lain

11.6.2003 tekemän hankintapäätöksen jälkeen. Korkein hallinto-oikeus totesi, että vaikka yhtiö oli perustettu alkuvuonna 2003 ja merkitty kaupparekisteriin vasta syksyllä 2003, yhtiöllä oli kuitenkin alalla toimintaansa aloittelevana yrityksenä oikeudellinen intressi saada asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi.

¹¹¹ Ks. esim. Mao 579/16, jossa markkinaoikeus totesi, että valittaja on ainakin osittain alalla toimiva yritys. Valituksen tehneellä yrityksellä ei katsottu olevan asianosaisasemaa, koska asiassa ei tullut ilmi seikkoja, joiden perusteella valittaja ei olisi voinut tehdä itse tarjousta.

¹¹² HE 190/2009 vp s. 28. Oikeussuojakeinoja koskevan uudistuksen jälkeen julkisia hankintoja koskevat asiat tulevat vireille valituksella hakemuksen sijaan.

¹¹³ HE 50/2006 vp. s 121.

esitöiden mukaisesti hakijoita ei voida myöskään katsoa alalla toimiviksi yrittäjiksi, sillä hakijoilla ei olisi ollut mahdollisuutta saada omaa tarjoustansa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Tapauksessa hakijoina olivat kehitysvammaisten etuja valvovat edunvalvontajärjestöt, eivätkä alalla toimivat yrittäjät, minkä johdosta edunvalvontajärjestöt eivät olisi edes voineet jättää omaa tarjousta tarjouskilpailussa. Tästä johtuen markkinaoikeus katsoi ratkaisussaan, että hankintapäätös ei koskenut Kempeleen Kehitysvammaisten Tuki ry:tä ja Kehitysvammaisten Tukiliitto ry:tä hankintalain edellyttämällä tavalla. Tämän seurauksena markkinaoikeus totesi, että hakijat eivät ole asiassa asianosaisia.¹¹⁴

Viime aikoina julkisuudessa ja mediassa on ollut paljon esillä Ei myytävänä! -kansalaisaloite, jolla on kritisoitu hankintalakea ja nostettu esille, että kilpailutus ei ole toimiva tapa järjestää vammaisten henkilöiden elintärkeitä palveluita¹¹⁵. Yksi kansalaisaloitteen esille tuomista ongelmista on kilpailutettujen palvelujen käyttäjien asianosaisuuden ja oikeussuojan puuttuminen.¹¹⁶ EU:n sisämarkkinaoikeudesta kumpuavien ominaispiirteiden johdosta hankintalaki sekä oikeussuojajärjestelmä turvaavat ainoastaan tarjouskilpailun osallistujien sekä muiden potentiaalisten ehdokkaiden ja tarjoajien menettelyllisiä oikeuksia¹¹⁷. Hankintalaki ei siten mahdollista sosiaali- ja terveyspalveluiden asiakkaille asianosaisasemaa, jolloin heillä ei ole käytössään tehokkaita oikeussuojakeinoja¹¹⁸.

¹¹⁴ Ks. myös markkinaoikeuden päätös 9.2.2017 dnro 2017/45 ja korkeimman hallinto-oikeuden päätös 30.3.2017 749/3/17. Markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden tuoreissa ratkaisuissa on noudatettu samaa tulkintalinjaa edellä mainitun markkinaoikeuden ratkaisun kanssa. Molemmissa tuoreissa ratkaisuissa oli kyse siitä, että vammaiset, asumispalveluiden asukkaat sekä heidän omaisensa olivat valittaneet kilpailutuksesta. Tuomioistuimet kuitenkin totesivat samalla tavalla kuin edellisessä ratkaisussa, että hankittavien palvelujen käyttäjillä ei ole asianosaisasemaa.

¹¹⁵ KAA 2/2018 vp. Vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettaminen; Virkamäki 2019: 4.

¹¹⁶ Hankintalain 108 § velvoittaa hankintayksikköä ottamaan huomioon sosiaali- ja terveyspalveluiden käyttäjien erityistarpeet sekä heidän kuuleminen. Tämän lisäksi hallintolain 3 § velvoittaa hallintosopimusta tehdessä noudattamaan hyvän hallinnon perusteita sekä riittävällä tavalla turvaamaan niiden henkilöiden oikeudet sopimuksen valmistelussa sekä mahdollisuudet vaikuttaa sopimuksen sisältöön, joita sovitava asia koskee. Myös monet julkisia hankintoja koskevat sopimukset, kuten esimerkiksi kuntien sosiaali- ja terveydenhuoltoon liittyvät palvelusopimukset voivat olla edellä mainittuja hallintosopimuksia. Kuusikko 2017: 5.

¹¹⁷ Ukkola 2018: 6.

¹¹⁸ Ukkola 2018: 2. Ks. myös Kuusikko, Lindroos & Lohiniva-Kerkelä 2019.

Kansalaisaloitteessa esitettiin, että hankintalain soveltamisalaa tulisi rajoittaa siten, että lakia ei sovellettaisi vammaispalveluiden hankintaan, joissa on kyse vammaisten henkilöiden välttämättömän huolenpidon ja tuen tarpeista sekä tarpeisiin liittyvistä palveluista asumisessa ja jokapäiväisessä elämässä. Kansalaisaloitetta käsiteltiin sosiaali- ja terveyslautakunnassa sekä talousvaliokunnassa. Talousvaliokunnan lausunnossa tuotiin ilmi hankintalain oikeussuojajärjestelmän riittämättömyys ratkaisemaan aloitteessa esille tuodut oikeussuojakeinoja koskevat puutteet. Tämän lisäksi talousvaliokunta arvioi, että asianosaisasema sekä oikeus markkinaoikeudelle tehtävään muutoksenhakuun ei olisi tehokas oikeussuojakeino vammaisten palveluiden laadun varmistamiseksi. Tällöin palvelun käyttäjä jäisi oikeussuojan ulkopuolelle tilanteissa, joissa kunta tuottaisi palvelun omana työnään tai jos yritys tarjoaisi palvelua asiakasvalinnan perusteella.¹¹⁹

Kansalaisaloite eteni eduskunnan käsiteltäväksi, mutta eduskunta hylkäsi aloitteen ja katsoi, ettei hankintalakia koskeva lakiehdotus ollut toteutuskelpoinen. Eduskunta kuitenkin hyväksyi lausumaehdotukset, joiden mukaan valtioneuvoston on nimitettävä asiantuntijaryhmä arvioimaan sekä valmistelemaan tarvittavia säädösmuutoksia, joilla turvattaisiin asiakkaiden osallisuus sekä oikeussuojakeinot asiakkaita koskevassa päätöksenteossa.¹²⁰

Kansalaisaloite ja sen mukana tuoma keskustelu herätti ajatuksia siitä, että tulisiko hankintalain asianosaisuuden määritelmää laajentaa entisestään koskemaan myös hankittavien palveluiden käyttäjiä. Hankintalain mukainen asianosaisen käsite on nykyisellään jo melko laaja, sillä asianosaiseksi voidaan katsoa tietyin edellytyksin myös tarjouskilpailuun osallistumaton taho. Määritelmän laajentaminen ei ole kuitenkaan yksinkertaista ja sillä saattaisi olla suuria vaikutuksia, mikäli sitä laajennettaisiin entisestään koskemaan esimerkiksi kaikkia julkisten palveluhankintojen käyttäjiä. Asianosaisten määritelmää voisi kuitenkin laajentaa koskemaan esimerkiksi vain vammaisten henkilöiden palveluita tai esimerkiksi kyseisten palveluiden käyttäjien etua valvovia edunvalvontajärjestöjä. Tämnäköntainen asianosaisuuden käsitteen laajentaminen voisi olla kuitenkin ongelmallista, sillä siinä voisi tulla esille erilaiset yhdenvertaisuuteen liittyvät ongelmat, mikäli muut julkisten palveluhankintojen käyttäjät rajattaisiin pois.

¹¹⁹ TaVM 35/2018 vp - KAA 2/2018 vp.

¹²⁰ EK 46/2018 vp - KAA 2/2018 vp.

3.3. Oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn

Hankintalain esitöiden mukaan asianosaiseksi voidaan katsoa henkilö, jolla on oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn.¹²¹ Tarjouskilpailuun osallistumattoman henkilön on huomattavasti hankalampi todistaa oma oikeudellinen intressinsä eli oikeussuojan tarpeensa. Oikeudellisen intressin edellytysten tulee täytyä, jotta voidaan katsoa, että valittajan tekemän valituksen tutkimiselle on edellytykset. Oikeudellisen intressin täyttymisen arviointiin liittyy ensinnäkin kysymys siitä, onko valittajan oikeudellista etua loukattu. Voidaan katsoa, että intressi oikeusturvalle syntyy siinä vaiheessa, kun selviää, että yrityksen ei ole mahdollista jättää tarjousta hankintamenettelyssä tai tarjouksen jättänyt toimittaja ei voita hankintamenettelyä.¹²²

Valittajalla voidaan katsoa olevan oikeudellinen intressi esimerkiksi tilanteessa, jossa tarjouksen jättäneen tarjoajan tarjousta ei ole valittu tarjouskilpailun voittajaksi virheellisen hankintamenettelyn johdosta. Tällaisessa tilanteessa valittajalla on ensinnäkin taloudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn, sillä valittaja on voinut menettää virheellisen hankintamenettelyn takia esimerkiksi tilauksia. Oikeudellisen intressin osoittaminen voi kuitenkin olla haastavaa tarjouskilpailuun osallistumattoman yrityksen kannalta.

Hankintalain esitöissä on katsottu, että oikeudellisen intressin edellytykseksi voi riittää tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan kyseisellä hankinnan alalla toimiminen erityisesti silloin, jos oikeussuojapyyntö on perustunut hankinnan kilpailuttamisen lainmönlyöntiin. Tarve oikeussuojalle voi siis puuttua, mikäli hankintayksikkö on menetellyt hankintasäännösten mukaisesti, eikä valituksen tehneen oikeudellista etua ole loukattu.

¹²¹ HE 50/2006 vp. s. 121.

¹²² Kanninen 2005: 550. Ks. esim. MAO 721/16. Kyseisessä tapauksessa tarjouskilpailussa viidenneksi sijoittuneen tarjoajan valituksen väitteet kohdistuivat yksinomaan tarjouskilpailun voittaneeseen tarjoajaan. Valittaja valitti siten ns. toiseksi tulleen tarjoajan puolesta. Markkinaoikeus toi esille, että hankintayksikön menetellessä virheellisesti, virheellinen hankintamenettely olisi ollut korjattavissa uudella tarjousvertailulla sekä hankintapäätöksellä, eikä siten olisi edellyttänyt kokonaan uuden tarjouskilpailun järjestämistä. Valittaja ei myöskään esittänyt syitä, joiden vuoksi sillä olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa menettelyssä. Markkinaoikeus totesi, että kyseessä olevan hankintamenettelyn mahdollisella virheellisyydellä ei ole vaikutusta valittajan asemaan, jolloin valitus oli jätettävä tutkimatta puuttuvan oikeussuojan tarpeen vuoksi.

Jos valittajalla ei ole asiassa oikeussuojan tarvetta, ei hänellä silloin voi myöskään olla asiassa oikeudellista intressiä, jolloin myöskään tuomioistuimen ei tule tutkia valitusta.¹²³

Markkinaoikeus arvioi seuraavassa ratkaisussaan oikeudellisen intressin edellytyksiä ja tarjouksen antamatta jättämisen merkitystä tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhakumahdollisuuden näkökulmasta.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 158/2012 oli kyse laboratoriopalveluiden hankinnasta. Valittaja esitti valituksessaan, että hankintayksikkö oli menetellyt hankintasäännösten vastaisesti muun muassa rajoittamalla alihankkijoiden käyttämistä. Hankintayksikkö katsoi, että valittajalla ei olisi muutoksenhakuoikeutta puuttuvan asianosaisaseman vuoksi. Hankintayksikkö esitti lisäksi, että valittajalla ei voi olla intressiä tarjousvertailun osalta, koska se ei ollut jättänyt omaa tarjoustaan. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että valittajalla on oikeudellinen intressi saattaa asiansa markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti, eikä hankintamenettely ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousten vertailussa.

Edellä mainitussa asiassa oikeudellisen intressin edellytykset täyttyivät, sillä tarjouskilpailuun osallistumaton alalla toimiva yritys oli noudattanut oikeussuojadirektiivien asettamia vaatimuksia tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille tekemällä valituksensa jo ennen hankintapäätöksen tekoa. Muutoksenhakekeinojen tehokkaan ja nopean käyttämisen lisäksi valituksessa esitetyt väitteet tarjouspyynnön syrjivyydestä muodostivat riittävän oikeudellisen intressin muutoksenhauille. Voidaan siis todeta, että oikeudellisen intressin edellytysten täyttymiseksi hankintayksikön on tullut menetellä hankintamenettelyssä virheellisesti ja virheellisellä menettelyllä tulee olla vaikutuksia valituksen tehneen asemaan.¹²⁴

Edellä käsitellyn oikeudellisen intressin lisäksi toimittajilla on usein jokin taloudellinen intressi osallistua kilpailutukseen. Julkisten hankintojen arvo saattaa olla usein suuri ja

¹²³ HE 190/2009 vp s. 59

¹²⁴ Ks. myös markkinaoikeuden päätös 626/14, jossa markkinaoikeus katsoi, että valittajalla oli oikeudellinen intressi hakea muutosta vielä hankintapäätöksen ja jälki-ilmoituksen julkaisun jälkeen sen takia, että valittaja oli pyrkinyt saamaan tietoa hankintapäätöksestä, jota hankintayksikkö ei suostunut tarjouskilpailuun osallistumattomalle toimittajalle kuitenkaan antamaan. KHO kuitenkin kumosi ja poisti markkinaoikeuden päätöksen ratkaisullaan 2017:12 ja katsoi ettei oikeudellisen intressin ja asianosaisaseman edellytykset täyty, sillä valittaja ei ollut esittänyt hankintayksikölle kysymyksiä tarjouspyyntöön liittyen. ja valitus oli jätetty liian myöhään vasta hankintapäätöksen ja jälki-ilmoituksen julkaisun jälkeen.

siksi juuri kyseinen taloudellinen intressi ajaa yritykset osallistumaan julkisiin tarjouskilpailuihin. Esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2018:27 valittaja ei ollut itse jättänyt tarjousta tarjouskilpailuun syrjivän tarjouspyynnön johdosta, mutta valittaja kuitenkin perusteli valitustaan sillä, että yrityksellä oli taloudellinen intressi osallistua tarjouskilpailuun, sillä yritys oli jo vuonna 2014 toimittanut katuvalaisimia 1600 kappaletta. Tämän johdosta valittaja totesi, että yrityksellä on ollut selkeä taloudellinen intressi osallistua myös vuoden 2015 tarjouskilpailuun.

Joissakin tilanteissa toimittajalla saattaa olla jokin taloudellinen intressi tehdä valitus, vaikka se ei olisikaan esimerkiksi ollut erityisen kiinnostunut osallistumaan tarjouskilpailuun. On periaatteessa mahdollista, että toimittaja vaatii hankintayksiköltä huomattavaa summaa hyvitysmaksuna, vaikka toimittaja ei olisi edes jättänyt tarjouskilpailussa tarjousta. Toimittajalla ei välttämättä ole ollut edes aitoa kiinnostusta osallistua hankintamenettelyyn, mutta silti toimittajalla voisi olla mahdollisuus saada huomattavaa rahallista hyötyä osallistumatta koko tarjouskilpailuun. Tämä voi olla myös hankintayksikön näkökulmasta haasteellista, sillä hyvitysmaksut voivat aiheuttaa hankintayksiköille huomattavia riskejä.

Hyvitysmaksun määrääminen voi kuitenkin olla ongelmallista silloin, kun toimittaja ei ole osallistunut tarjouskilpailuun jättämällä tarjousta, sillä hankintalain 154 § 1 momentin 4 kohdan mukaan hyvitysmaksu voidaan määrätä vain, jos toimittajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu virheettömässä menettelyssä. Tällaisessa tilanteessa tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan todellista mahdollisuutta voittaa tarjouskilpailu on hyvin hankala näyttää toteen. Tästä johtuen lähtökohtaisesti voidaan katsoa, että tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimittajalla ei ole mahdollisuutta saada hyvitysmaksua kuin vain poikkeustapauksissa. Hyvitysmaksun saamisen edellytyksenä on siten todellisen voittomahdollisuuden osoittaminen.¹²⁵

¹²⁵ Saarinen 2008: 82–83, 94. Ks. Kilpailuneuvosto 27.2.2002 d:o 143/690/2001. Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan hyvitysmaksun saaminen ei ole kuitenkaan mahdotonta sillä esim. kilpailuneuvosto on tuominnut hyvitysmaksun maksettavaksi suorahankintaa koskevassa asiassa. Hankinnan kilpailuttamatta jättämisen takia toimittaja ei voinut itse jättää tarjousta, mutta toimittaja oli pystynyt osoittamaan, että se oli kahdessa hankintayksikön aikaisemmassa tarjouskilpailussa voittanut kilpailun hinnaltaan halvimman tarjouksen johdosta.

3.4. Toimittajan pyrkimys osallistua tarjouskilpailuun

Kuten tutkielmassa on tuotu jo aikaisemmin esille, tilanteessa, jossa hankintayksikkö on kilpailuttanut hankinnan hankintalain mukaisesti, oikeuskäytännössä on katsottu, että alalla toimiva yrittäjä on asianosainen lähtökohtaisesti vain yrittäjän jättäessä tarjouksen tarjouskilpailussa tai mikäli yrittäjä on voinut ainakin osoittaa pyrkineensä osallistumaan tarjouskilpailuun.¹²⁶ Toimittajan on kuitenkin haastavaa todistaa pyrkimystään osallistua tarjouskilpailuun, mikäli se ei ole jättänyt tarjousta tarjouskilpailussa. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä on linjattu, että tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostuneella toimittajalla on oltava oikeus muutoksenhakuun hankintalain vastaisena pitämänsä asian osalta. Mahdollisuus muutoksenhakuun on oltava, vaikka toimittaja ei olisikaan jättänyt tarjousta tarjouskilpailussa, mutta edellytyksenä on, että muutoksenhaun on tällöin tapahduttava nopeasti ja tehokkaasti.¹²⁷

Kuten jo aikaisemmin tuotiin esille oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 3 kohdassa asetetaan jäsenvaltioille velvollisuus, jonka mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumenettelyt ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka joko ovat olleet tai ovat tavoittelemassa julkisia hankintoja koskevaa sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Unionin tuomioistuin on aikaisemmassa ratkaisukäytännössään todennut, että asianosaisuuden pätevänä edellytyksenä voidaan pitää hankintamenettelyyn osallistumista, jotta kyseessä oleva henkilö voisi perustellusti osoittaa olleensa todellisuudessa tavoittelemassa kyseessä olevaa hankintaa tai, että hänelle saattaisi aiheutua vahinkoa hankintasäännösten vastaisesta menettelystä.¹²⁸

Useissa markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuisissa on käsitelty sitä, mikä voidaan katsoa riittäväksi kiinnostuksen osoituksesi hankintaa kohtaan tai riittäväksi osoitukseksi pyrkiä osallistumaan tarjouskilpailuun. Esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa 158/12 tuotiin esille, että toimittajan ollessa kiinnostunut osallistumaan tarjouskilpailuun, toimittajalla on oltava mahdollisuus muutoksenhakuun hankintasäännösten vastaisena pitämäänsä tarjouspyyntöä koskien, myös tilanteessa, jossa toimittaja

¹²⁶ Eskola ym. 2017: 615.

¹²⁷ Pekkala ym. 2017: 573.

¹²⁸ C-230/02 Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta, EU:C:2018:958, kohta 27.

ei ole osallistunut kyseessä olevaan tarjouskilpailuun jättämällä omaa tarjoustaan. Toimittaja osoitti kiinnostuksensa kyseessä olevaan hankintaan käyttämällä muutoksenhakukeinoja nopeasti ja tehokkaasti. Myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2017:12 on vahvistettu sama tulkintalinja edellisen markkinaoikeuden tulkinnan kanssa. KHO:n tapauksessa valittaja ei ollut jättänyt omaa tarjousta eikä se myöskään ollut esittänyt hankintayksikölle tarjouspyyntöä koskevia kysymyksiä. Valittaja oli tehnyt valituksensa vasta jälki-ilmoituksen julkaisun jälkeen, jonka takia valittajaa ei katsottu asianosaiseksi myöhässä saapuneen valituksen johdosta. Valittaja ei myöskään kyennyt osoittamaan pyrkineensä osallistumaan hankintamenettelyyn.

Kummassakaan edellä esitetyissä tapauksissa ei kuitenkaan tuotu esille seikkoja, joilla toimittajat olisivat erityisesti pyrkineet osallistumaan tarjouskilpailuun.¹²⁹ Toimittajat eivät olleet jättäneet tarjousta, eivätkä he myöskään olleet esittäneet hankintayksiköille kysymyksiä hankintaan liittyen ennen eikä jälkeen hankintamenettelyn aloittamisen. Eli toisin sanoen toimittajat eivät olleet osoittaneet kiinnostustaan osallistua hankintamenettelyyn, mutta he ovat kuitenkin tehneet valitukset. Edellä esitetyt tapaukset ovat lähtökohdiltaan samanlaiset, mutta ensimmäisessä tapauksessa (MAO 158:12) muutoksenhakukeinoja oli käytetty oikeussuojadirektiivin vaatimusten mukaisesti nopeasti ja tehokkaasti. Toimittaja ei ollut kuitenkaan erityisesti osoittanut kiinnostustaan hankintamenettelyyn esimerkiksi ottamalla yhteyttä hankintayksikköön esittämällä kysymyksiä mahdollisista syrjivistä eritelmistä, mutta toimittajan käyttäessä muutoksenhakukeinoja direktiivin vaatimusten mukaisesti nopeasti ja tehokkaasti, voidaan katsoa, että toimittaja oli osoittanut kiinnostuksensa osallistua tarjouskilpailuun.

Tämä voidaan nähdä toimittajan näkökulmasta positiivisena asiana, sillä toimittaja voidaan katsoa asianosaiseksi toimittajan hakiessa muutosta riittävän nopeasti, vaikka yritys ei olisikaan ollut erityisemmin kiinnostunut osallistumaan tarjouskilpailuun. Toisaalta hankintayksikön näkökulmasta voidaan pohtia, voiko asianosaisaseman saaminen vain nopean muutoksenhaun johdosta haitata hankintayksikön toimintaa, sillä yritykset voisi-

¹²⁹ Ks. myös esim. MAO 455/10, jossa valituksen tehnyt tarjouskilpailuun osallistumaton toimittaja ei kyennyt osoittamaan pyrkineensä osallistumaan hankintamenettelyyn.

vat tehdä myös tahallaan turhaan valituksen markkinaoikeuteen ja siten pitkittää hankintaprosessia tai mahdollisesti kokonaan keskeyttää hankintamenettelyn, vaikka toimittaja ei olisikaan todellisuudessa erityisesti osoittanut kiinnostustaan hankintamenettelyyn osallistumiseen tai pyrkinyt esittämään kysymyksiä tai tarkennuksia mahdollisista syrjivistä eritelmistä.¹³⁰

Myöskään markkinaoikeuden ratkaisussa 267/18 valittaja ei ollut jättänyt omaa tarjousta hankintamenettelyyn. Markkinaoikeus kuitenkin katsoi, että valittaja oli osoittanut pyrkineensä osallistumaan hankintamenettelyyn, sillä valittaja oli osallistunut hankinnan valmisteluvaiheen keskusteluihin hankintayksikön kanssa sekä toimittanut kysymyksiä ja kommentteja koskien tarjouspyyntöluonnosta sekä tiedustellut perusteita valittajan mukaan syrjiville eritelmiille. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että tarjouspyynnön lähettämisellä on ollut vaikutusta valittajan asemaan, mutta valittaja teki valituksen vasta hankintapäätöksestä, jonka takia markkinaoikeus katsoi, että valittaja ei ollut käyttänyt muutoksenhakekeinoja oikeussuojadirektiivin vaatimalla tavalla riittävän nopeasti ja tehokkaasti. Valittajan olisi tullut kohdistaa valituksensa jo tarjouspyyntöön, eikä vasta hankintapäätökseen, jotta valittajalla olisi voitu katsoa olevan asianosaisen asema. Poiketen edellä käsiteltyihin markkinaoikeuden ratkaisuun 158:12 sekä korkeimman hallinto-oikeuden 2017:12 ratkaisuun, tässä asiassa valittaja oli pyrkinyt vaikuttamaan hankintamenettelyyn ja oli osoittanut kiinnostustaan mm. esittämällä kysymyksiä ja kommentteja. Tosiasiassa valittaja oli ollut kiinnostunut osallistumaan hankintamenettelyyn, mutta se ei ollut kuitenkaan toiminut riittävän nopeasti ja tehokkaasti.

Markkinaoikeuden ratkaisu 338/11 poikkeaa hieman edellä esitetyistä tapauksista. Kyseisessä asiassa hankintayksikkö oli pyytänyt hankintailmoituksella osallistumishakemuksia tarjouskilpailuun. Toimittaja oli ollut kiinnostunut hankinnasta olemalla aktiivisesti yhteydessä hankintayksikköön ennen hankintailmoituksen julkaisemista sekä sen jälkeen. Toimittaja ei ollut kuitenkaan jättänyt osallistumishakemusta määräaikaan mennessä, sillä valittajan mukaan hankintayksikkö oli asettanut hankintailmoituksessa ylimitoitettun

¹³⁰ Ks. Ukkola 2013: 10. Tarjouskilpailuun osallistumattoman yrityksen tehdessä valitus markkinaoikeudelle esimerkiksi syrjivän tarjouspyynnön johdosta, hankintayksikkö voi kuitenkin edetä hankintamenettelyssä muutoksenhakuprosessista huolimatta, edellyttäen ettei hankintayksikkö kuitenkaan tee hankintasopimusta.

laatuvaatimuksen, joka mahdollisesti syrji pienempiä alan yrityksiä. Markkinaoikeus totesi, ettei hankintayksikkö ollut menetellyt hankintamenettelyssä virheellisesti, jolloin myös katsottiin, että tarjouskilpailuun osallistumattomuus ei ollut aiheutunut hankintayksikön syrjivästä menettelystä, vaan osallistumishakemuksen tekemättä jättäminen oli perustunut valittajan omaan harkintaan. Tästä johtuen valittajalla ei katsottu olevan asianosaisasemaa valituksen kohteena olevassa hankintamenettelyssä. Vaikka toimittaja oli ollut kiinnostunut osallistumaan hankintamenettelyyn ja yhtiö oli käyttänyt muutoksenhakekokeinoja riittävän nopeasti ja tehokkaasti, valittajaa ei kuitenkaan katsottu asianosaseksi asiassa, koska se ei ollut jättänyt omaa tarjoustaan hankintamenettelyssä. Mikäli markkinaoikeus olisi todennut hankintayksikön asettaman vaatimuksen ylimitoitetuksi ja siten syrjiväksi, markkinaoikeus olisi todennäköisesti katsonut, että valittaja olisi osoittanut pyrkineensä osallistumaan hankintamenettelyyn, jolloin valittajalla olisi ollut asianosaisen asemassa.

Edellä mainittujen markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen perusteella voidaan todeta, että toimittajan on pyrittävä osoittamaan kiinnostuksensa hankintaa kohtaan. Pyrkimys ja kiinnostus osallistua tarjouskilpailuun voi olla kuitenkin haastavaa ja tulkinnanvaraista osoittaa toteen. Kiinnostuksen osoituksen vaatimukseen liittyy voimakkaasti oikeussuojadirektiivin asettamat vaatimukset nopeasta ja tehokkaasta muutoksenhausta. Pyrkimyksiksi osallistua tarjouskilpailuun voidaan myös tulkita muun muassa yhteyden ottaminen hankintayksikköön johonkin tarjouspyyntöön liittyvään asiaan ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaikaa. Vaikuttaa selkeältä, että toimittaja voi osoittaa kiinnostuksensa ja pyrkimyksensä osallistua hankintamenettelyyn hakemalla muutosta oikeussuojadirektiivin vaatimusten mukaisesti riittävän nopeasti ja tehokkaasti. Tulkinnanvaraista kuitenkin on, että riittääkö asianosaisaseman osoittamiseksi vain tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan ripeä muutoksenhaku vai tuleeko toimittajan tämän lisäksi osoittaa kiinnostuksensa tai pyrkimyksensä osallistua hankintamenettelyyn esimerkiksi hankintayksikölle kysymyksiä tarjouspyyntöä koskien.

Toimittaja voisi täsmällisemmin osoittaa kiinnostuksensa ja pyrkimyksensä hankintamenettelyyn osallistumiseen esimerkiksi siten, että toimittaja ilmoittaisi selkeästi hankin-

tayksikölle ennen tarjousten jättämiselle asetettua aikaa kiinnostuksestaan hankintaa kohtaan, mutta tarjouspyynnön syrjivän eritelmän estävän tarjouksen jättämisen. Näin menetellen hankintayksikkö saisi tiedon tarjouspyynnön mahdollisesta syrjivästä eritelmästä jo varhaisessa vaiheessa, jolloin hankintayksikölle jäisi harkinta-aikaa pohtia tarjouspyynnön mahdollisia syrjiviä eritelmiä. Ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaika hankintayksikkö kerkeäisi vielä vaikuttamaan asiaan esimerkiksi korjaamalla virheellisen hankintamenettelyn tekemällä korjausilmoituksen tai keskeyttämällä hankinnan ja kilpailuttamalla sen uudestaan. Aikaa ja resursseja menee hukkaan toimittajan tehdessä valitus suoraan markkinaoikeudelle ilman, että toimittaja ei ole ollut yhteydessä syrjivän tarjouspyynnön vuoksi hankintayksikköön ja siten osoita kiinnostustaan tai pyrkimystään osallistua tarjouskilpailuun.

4. OIKEUSSUOJAKEINOJEN KÄYTTÄMINEN RIITTÄVÄN AJOISSA

4.1. Muutoksenhaun kohde

Hankintalain 146 §:ssä säädetään muutoksenhaun kohteesta sekä rajoituksista. Lain mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi voidaan saattaa:

hankintayksikön päätös tai hankintayksikön muu hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan.

Hankintalaki rajaa muutoksenhaun kohdetta siten, että markkinaoikeudelle ei voi tehdä valitusta hankintayksikön sellaisesta päätöksestä tai muusta ratkaisusta, joka koskee:

- 1) yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua;
- 2) sitä, että hankintasopimusta ei jaeta osiin 75 §:n nojalla; tai
- 3) sitä, että 93 §:ssä tarkoitetun kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena käytetään yksinomaan halvinta hintaa tai kustannuksia.

Lähtökohtaisesti voidaan ajatella, että valituksen voi tehdä hankintapäätöksestä, sillä hankintapäätöksen tekemisen yhteydessä hankintayksikkö antaa asianosaisille tiedoksi hankintapäätöksen sekä oikaisuohjeen ja valitusosoituksen. Hallintolainkäyttölain 5 §:n 1 momentissa säädetään päätöksen valituskelpoisuudesta, jonka mukaan valituskelpoisella päätöksellä tarkoitetaan toimenpidettä, jolla asia on ratkaistu tai jätetty tutkimatta. Tällä voidaan tarkoittaa käytännössä jonkin asia lopullista ratkaisua. Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tulkinta on kuitenkin laajempi kuin hallintolainkäyttölain mukainen tulkinta. Julkisia hankintoja koskevissa asioissa valituskelpoisuus on katsottu laajemmaksi, mutta se ei silti koske hankintamenettelyn valmistelua koskevia päätöksiä. On katsottu, että kaikki ehdokkaan tai tarjoajan asemaan vaikuttavat hankintamenettelyn aikana tehdyt ratkaisut niiden muodosta riippumatta voidaan saattaa markkinaoikeuden käsiteltäväksi.¹³¹

¹³¹ Eskola ym. 2017: 618.

Hankintapäätös voidaan katsoa ainakin viranomaisen tekemänä myös hallintolain 43 §:n mukaiseksi hallintopäätökseksi, jolloin julkisia hankintoja koskevassa päätöksenteossa myös hallintolain voidaan katsoa tulevan sovellettavaksi toissijaisesti¹³². Hankintalain 123 §:n 1 momentti ja hallintolain 43 §:n 1 momentti velvoittavat viranomaista tekemään kaikista hankintalain mukaisista sekä hankintalain ulkopuolelle jäävistä hankinnoista kirjallisen päätöksen.¹³³ Hankintalain 123 §:n 1 momentin mukaisilla ehdokkaiden ja tarjoajien oikeudelliseen asemaan hankintamenettelyssä vaikuttavilla ratkaisulla voidaan tarkoittaa;

- ehdokkaan poissulkemista tarjouskilpailusta poissulkemisperusteella,
- tarjoajan poissulkemista tarjousvertailusta soveltuvuusvaatimusten täyttämättä jättämisen vuoksi,
- myöhästyneen osallistumishakemuksen tai tarjouksen perusteella tapahtuvaa poissuljenta
- osallistumishakemuksen hylkäämistä
- hankinnan keskeyttämistä.¹³⁴

Hankintalain 146 § koskien muutoksenhaun kohdetta on lisätty hankintalakiin vasta oikeussuojauudistuksen yhteydessä. Esitöiden mukaan muutoksenhaun kohteella on ensisijaisesti tarkoitettu hankintayksikön tekemää päätöstä, joka on myös käytännössä kaikin yleisin soveltamistilanne markkinaoikeudessa. Lain esitöissä kuitenkin todetaan, että hankintamenettelyssä voi olla ratkaisevaa merkitystä myös jollakin muualla hankintayksikön tekemällä toimenpiteellä, joka ei ole kuitenkaan nimenomaisesti päätös. Tästä johtuen valituskelpoiseksi päätöksiä voidaan rinnastaa myös muu hankintayksikön tekemä toimenpide, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan.¹³⁵

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on käsitelty muutoksenhaun kohdetta muun muassa ennakkoratkaisupyynnössä koskevassa asiassa *C-26/03 Stadt Halle ym.* Tuomioistuimen

¹³² Määttä & Voutilainen 2017: 395.

¹³³ Määttä & Voutilainen 2017: 395. Säännösten vaatimusten mukaisesti myös suora hankinnasta tulisi tehdä kirjallinen päätös.

¹³⁴ Määttä & Voutilainen 2017: 396–397.

¹³⁵ HE 190/2009 vp. s. 59.

mukaan valvontadirektiivin vaatimuksista tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille joutuksen jäsenvaltioille ei anneta oikeutta edellyttää, että muutosta voitaisiin hakea vain ainoastaan, jos kyseisessä hankintamenettelyssä on virallisesti päästy tiettyyn vaiheeseen. Unionin tuomioistuimien tuo esille, että muutosta voidaan hakea hankintayksikön tekemään tahdonilmaisuun, joka tulee jollakin tavalla niiden henkilöiden tietoon, joita asia koskee. Tämän lisäksi muutosta on voitava hakea heti, kun hankintayksikön tekemä tahdonilmaisuus ylittää hankinnan valmisteluun rinnastettavat vaiheet ja heti kun kyseisellä tahdonilmaisuulla voidaan katsoa olevan oikeusvaikutuksia. Ratkaisussa todettiin myös, että esimerkiksi konkreettisten sopimusneuvottelujen aloittaminen sen kanssa, jota asia koskee, voidaan katsoa sellaiseksi tahdonilmaisuksi, johon on voitava hakea muutosta.¹³⁶

Myös tutkielmassa aikaisemminkin esille tullessa EU:n tuomioistuimen ratkaisussa C-230/02 *Grossmann Air Service* on vahvistettu tulkinta siitä, että muutosta on mahdollista hakea jo ennen hankintamenettelyn päättymistä. Julkisasiainministeriö katsoi ratkaisuehdotuksessaan kiistattomaksi sen, että muutoksenhakumahdollisuus koskisi myös päätöksiä, joissa kuvaillaan tarjouspyynnössä esitetyt palvelut¹³⁷. Myös kansallisessa oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että hankintayksikön julkaisema tarjouspyyntö voi oikeuttaa alalla toimivan yrityksen tekemään valituksen syrjintäperusteisesti markkinaoikeuteen.¹³⁸ Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa KHO 2014:129 on noudatettu samaa tulkintalinjaa EU:n tuomioistuimen kanssa. Korkein hallinto-oikeus katsoi ratkaisussaan, että myös muu kuin hankintayksikön varsinainen päätös, kuten tarjouspyynnön julkaiseminen voi olla hankintamenettelyssä tehty ratkaisu, jolla on vaikutusta tarjoajan asemaan ja joka on voinut olla muutoksenhaun kohteena. Kyseinen korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisu on vahvistanut Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisulinjaa myös kansallisella tasolla.

Jo hankintailmoituksen tai tarjouspyynnön julkaisun jälkeen syntyvä mahdollisuus muutoksenhakuun syrjintäperusteella on omintakeinen menettely kansallisessa hallintolain-

¹³⁶ C-26/03 *Stadt Halle* ym. EU:C:2005:5, kohdat 38, 39.

¹³⁷ C-230/02 *Grossmann Air Service*. Julkisasiainministeriön ratkaisuehdotus L.A. Geelhoed, EU:C:2003:559, kohta 27.

¹³⁸ Määttä & Voutilainen 2017: 397.

käytössä. Kuten aikaisemmin on kuvattu, tarjouskilpailuun osallistumattomalla alalla toimivalla yrityksellä on mahdollisuus valittaa tarjouspyynnön sisältämistä syrjivistä eritelmistä asianosaisena markkinaoikeudelle. Voutilainen tulkitsee, että edellä kuvatun kaltainen kesken hankintamenettelyn tapahtuva muutoksenhaku syrjintäperusteisen valitusperusteiden johdosta vaikuttaa olevan hallintokantelunomainen, joita ei hallintolainkäytössä käsiteltäisi hallinto-oikeuksissa.¹³⁹

Edellä kuvatun perusteella hankintailmoitus ja tarjouspyyntö voivat olla sellaisia ratkaisuja, joilla voidaan katsoa olevan hankintalain 146 §:n 1 momentin mukaisesti vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan ja siten asianosaisen on mahdollista valittaa niistä markkinaoikeuteen. Toisaalta saman tulkinnan mukaisesti silloin myös hankintayksikön antama kieltävä vastaus alalla toimivan yrityksen esittämään syrjintäperusteeseen ja siihen liittyvään vaatimukseen voitaisiin myös tulkita ratkaisuksi, jolla on vaikutusta alalla toimivan yrittäjän asemaan hankintalain tarkoittamalla tavalla. Kuten jo edellä todettiin, hankintalain mukaisesti valitusta ei voi tehdä hankintayksikön päätöksestä, joka koskee yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua, mutta kuitenkin oikeuskäytännön mukaisesti valitus voidaan kohdistaa tarjouspyynnön kantelunomaiseen väitteeseen ehdokkaan tai tarjoajaan kohdistuvasta syrjinnästä.¹⁴⁰

Hankintalain sanamuodonmukainen tulkinta ei tee edellä kuvatusta tilanteesta ongelmattonta, sillä hankintalain 146 §:n mukaisesti markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella voidaan saattaa hankintayksikön päätös tai hankintayksikön muu hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta *ehdokkaan* tai *tarjoajan* asemaan. Sanamuodonmukaisen tulkinnan mukaisesti tarjouskilpailuun osallistumattomalla alalla toimivalla yrityksellä ei ole ehdokkaan tai tarjoajan asemaa hankintalaissa kuvattujen määritelmien

¹³⁹ Määttä & Voutilainen 2017: 398. Hallinto-oikeudet ovat katsoneet ratkaisuihinsa, että valitusten kantelunluonteisten väitteiden tutkiminen ei kuulu niiden toimivaltaan. Markkinaoikeus kuitenkin tulkitsee omaa toimivaltaansa hankintalain 146 §:n 1 momentin mukaisesti.

¹⁴⁰ Määttä & Voutilainen 2017: 398–399.

mukaan.¹⁴¹ Hankintalain 145 § mukaan *se, jota asia koskee*, voi saattaa hankintaa koskevan asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Sanamuodonmukaisen tulkinnan mukaan hankintalain 145 §:n mukaan alalla toimivan yrityksen mahdollisuus muutoksenhakuun on varsin selkeä.¹⁴²

Hankintalain 146 § vaikuttaa kuitenkin rajaavan markkinaoikeuden toimivaltaa koskemaan tilanteita, joissa tutkitaan hankintayksikön päätöksiä ja muita hankintamenettelyssä tehtyjä ratkaisuja, joilla on vaikutusta vain ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Tarjouskilpailuun osallistumaton alalla toimivaa yritystä ei voida katsoa ehdokkaaksi eikä tarjoajaksi. Hankintalain 146 §:stä poiketen lain 145 § ei rajaa muutoksenhakua koskemaan pelkästään ehdokkaita tai tarjoajia, jolloin voidaan tulkita, että säännösten välillä vallitsee epäsuhta valitusoikeuden ja markkinaoikeuden toimivaltaa määrittävän säännöksen välillä. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä asia ei ole kuitenkaan ollut ongelmallinen, sillä tarjouskilpailuun osallistumaton alalla toimiva yritys on katsottu olevan asianosaisasemassa ja se on voinut tehdä valituksen markkinaoikeuteen ja markkinaoikeus on ottanut asian käsiteltäväkseen. Nykyinen oikeuskäytäntö voisi kuitenkin olla ongelmallinen hankintalain sanamuodonmukaisessa tulkinnassa. Hankintalain 146 §:n 1 momentti näyttäisi myös olevan ristiriidassa EU:n tuomioistuimen tulkintalinjoihin sekä valvontadirektiiviin verrattuna. Tilanne voisi olla toinen, jos hankintayksiköllä olisi ratkaisupakko alalla toimivan yrityksen esittämään syrjintävaihteen. Sellaisessa tilanteessa markkinaoikeudelle tehtävä valitus perustuisi hankintayksikön kirjalliseen ratkaisuun koskien alalla toimivan yrityksen asemaa keskeneräisessä hankintamenettelyssä.¹⁴³

Hankintalain kokonaisuudistus ei tuonut kyseisen säännöksen sananmuotoon muutosta. Vaikka tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrityksen mahdollisuus muutoksenhakuun ei ole jäänyt kiinni hankintalain 146 §:stä ja oikeuskäytännössä asiaa ei ole

¹⁴¹ Hankintalain 4 §:n 1 momentin 9 kohdan mukaan ehdokkaalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on ilmoittanut halukkuutensa osallistua rajoitettuun menettelyyn, neuvottelumenettelyyn, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn, innovaatiokumppanuusmenettelyyn tai suorahankintaan. Saman pykälän 10 kohdassa tarjoajalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen.

¹⁴² Määttä & Voutilainen 2017: 399–400.

¹⁴³ Määttä & Voutilainen 2017: 399–401.

tulkittu alalla toimivan yrityksen vahingoksi, olisi silti hyvä selkeyttää säännöstä, jotta myös lain sanamuoto vastaisi vallitsevaa oikeuskäytäntöä.

4.2. Oikeussuojakeinojen käyttäminen tehokkaasti ja nopeasti

Jo Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklassa taataan oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen¹⁴⁴. On katsottu, että EU-oikeudessa tehokkaiden oikeussuojakeinojen vaatimus liittyy Euroopan unionin tehokkaaseen toteuttamiseen.¹⁴⁵ Tehokkuusperiaatteen mukaisesti oikeussuojakeinoja koskevat säännökset eivät saa olla sellaisia, että EU:n oikeusjärjestyksessä vahvistettujen oikeuksien käyttäminen olisi käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.¹⁴⁶

Käytäntö on osoittanut, ettei pelkästään hankintaperiaatteiden aineellisoikeudellinen sääntely ole riittävä takaamaan tarjoajien oikeusturvaa hankintamenettelyissä, jonka vuoksi on ollut tarve säätää erillisiä oikeussuojadirektiivejä¹⁴⁷. Euroopan unionin valvontadirektiivi, siten kuin se on ollut muutettuna oikeussuojadirektiivillä, asettaa vaatimukset tehokkaalle ja nopealle muutoksenhaulle julkisissa hankinnoissa. Oikeussuojakeinojen kehittäminen on ollut ilmeisen tarpeellista, sillä jo direktiivin perusteluosassa tuodaan esille, että jäsenvaltioiden muutoksenhakujärjestelmissä on ollut puutteita tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin liittyen.¹⁴⁸ Direktiivin 1 artiklan 1 kohdan kolmas alakohta asettaa jäsenvaltioille vaatimuksen, jonka mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomaisen päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti. Muutoksenhaun on lisäksi tapahduttava kyseisen direktiivin 2–2 f artiklassa säädettyjen muutoksenhaulle asetettua määräaikaa koskevien edellytysten mukaisesti sillä perusteella, että kyseessä olevat han-

¹⁴⁴ Euroopan unionin perusoikeuskirja 2000/C 364/01. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 13 artiklassa on edellytetty, että jokaisella, jonka yleissopimuksessa tunnustettuja oikeuksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä. Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi. Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 18-19/1990.

¹⁴⁵ Niemi 2010: 263.

¹⁴⁶ Nenonen 2012: 87.

¹⁴⁷ Kuoppamäki 2018: 501.

¹⁴⁸ Oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY, johdanto-osan 4 perustelukappale.

kintaviranomaisen päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevia direktiivejä tai vastoin kansallisia säännöksiä. Direktiivissä ei kuitenkaan määritellä täsmällisesti, mitä tehokkaalla ja nopealla muutoksenhauulla tarkoitetaan. Kansallisessa oikeuskirjallisuudessa on tulkittu, että tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan tulisi hakea muutosta ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaikaa tai viimeistään välittömästi sen jälkeen. Edellä kuvatun kaltainen epämääräinen määräaika ja muutoksenhauulle asetetun tarkan määräajan puuttuminen heikentävät tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan tehokasta oikeussuojan toteutumista.¹⁴⁹

Yhtenä oikeussuojauudistuksen tavoitteista on ollut oikeussuojakeinojen avulla hankintamenettelyyn osallistuvien oikeussuojan sekä hankintayksiköiden toimintaedellytysten turvaaminen sisällöllisesti ja ajallisesti tehokkaalla asioiden käsittelyllä¹⁵⁰. EU-oikeudessa tehokasta oikeussuojaa voidaan lähentyä kolmesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin asianosaisella on oltava oikeus päästä tuomioistuimeen sekä oltava riittävät mahdollisuudet saada asiansa lainkäyttöviranomaisen tutkittavaksi. Toiseksi asianosaisella on oltava oikeus saada asiansa ratkaistuksi ja siten saada muutos virheelliseen ratkaisuun tai menettelyyn. Viimeisimmäksi asianosaisella on oltava mahdollisuus saada riittävä ja adekvaatti korvaus EU-oikeuden vastaisen menettelyn johdosta kärsimästään vahingosta.¹⁵¹

Tehokkaan oikeussuojan periaate edellyttää, että yhdenvertaisen kohtelun sekä avoimuuden periaatteiden takaamien oikeuksien toteutumiseksi tehokkaat oikeussuojakeinot ovat tarjouskilpailuun osallistuneiden tai hankinnasta kiinnostuneiden toimittajien käytettävissä. Toisin sanoen hankintaviranomaisen menetellessä esimerkiksi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisesti, tehokkaan oikeussuojan periaate edellyttää syrjityksi tulleen osapuolen mahdollisuutta saattaa hankintaviranomaisen päätös tuomioistuimen tutkittavaksi.¹⁵²

Oikeussuojadirektiivi sisältää kaksi vaatimusta, sillä oikeussuojakeinojen tehokkuuden lisäksi direktiivi asettaa tavoitteen myös nopeudelle. On katsottu, että direktiivien säännösten soveltamisen tehokkuus sekä tosiasiallisen oikeussuojan saatavuus edellyttävät

¹⁴⁹ Määttä & Voutilainen 2017: 299.

¹⁵⁰ Kuoppamäki 2018: 502.

¹⁵¹ Nenonen 2014: 8–9; Kuoppamäki 2018: 502.

¹⁵² Nenonen 2012: 112.

sitä, että oikeussuojakeinojen käyttäminen on mahdollista silloin, kun virheellinen hankintamenettely voidaan vielä korjata, sekä myös sitä, että on mahdollisuus saada tuomioistuimen päätös mahdollisimman nopeasti. Usein on saattanut käydä esimerkiksi niin, että hankintasopimuksen solmiminen on johtanut tilanteeseen, jossa hankintapäätös jää voimaan, koska yleensä EU:n jäsenvaltioiden tuomioistuinten toimivalta ei ole riittänyt jo solmittuun hankintasopimukseen puuttumiseen¹⁵³. Myös oikeussuojadirektiivin johdanto-osassa on tuotu ilmi direktiivin tavoite vahvistaa muutoksenhakumenettelyjen käyttöä varsinkin siinä vaiheessa, kun virheelliset menettelyt voidaan vielä korjata¹⁵⁴. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on lisäksi korostettu säännösten tehokasta soveltamista erityisesti siinä vaiheessa, kun kyseessä oleva hankintamenettely on vielä korjattavissa.¹⁵⁵

Oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 1 kohdan nopeudella voidaan tulkita tarkoittavan kahta asiaa. Muutoksenhakumenettelyn nopeudella voidaan tarkoittaa asian nopeaa ratkaisua, mutta myös asian nopeaa vireilletuloa. Voidaan tulkita, että oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 1 kohdan suomenkielisen version sanamuoto ”hankintayksiköiden päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin niin nopeasti kuin mahdollista” sisältäisi nopeutta koskevan vaatimuksen muutoksenhakumenettelyn vireille saattamisvaiheessa. Englanninkielinen versio puolestaan vaikuttaa koskevan enemmän muutoksenhakumenettelyn nopeutta ”decisions taken by the contracting authorities may be reviewed effectively and, in particular, as rapidly as possible”.¹⁵⁶

¹⁵³ Mikäli hankintasopimus on jo ehditty solmimaan, voi markkinaoikeus hankintalain 155 §:n mukaan määrätä hyvitysmaksun maksettavaksi, 156 §:n mukaan todeta hankintasopimuksen tai käyttöoikeussopimuksen tehottomaksi tietyin edellytyksin sekä se voi lain 158 §:n mukaan määrätä seuraamusmaksun tai sopimuskauden lyhennettäväksi.

¹⁵⁴ Direktiivin 2007/66/EY johdanto-osan 3. perustelukappale.

¹⁵⁵ Nenonen 2012: 88. Ks. myös yhdistetyt asiat C-439/14 ja C-488/14, *Star Storage*, EU:C:2016:688, kohta 41. Direktiivin säännösten tarkoituksena on suojata toimittajia hankintayksiköiden mielivallalta. Tällöin tavoitteena on, että kaikissa jäsenvaltioissa muutoksenhakukeinot olisivat tehokkaat, jolloin voitaisiin taata direktiivin tehokas soveltaminen, erityisesti siinä vaiheessa, kun säädösten rikkomiset voidaan vielä korjata.

¹⁵⁶ Nenonen 2012: 88. Myös direktiivin 89/665/ETY johdanto-osan viidennessä perustelukappaleessa korostetaan, että virheelliset menettelyt on käsiteltävä kiireellisesti.

Unionin tuomioistuin on myös yhdistetyissä asioissa C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom* to-dennut, että direktiivien tarkoituksena on suojata tarjoajia ja varmistaa direktiivien teho- kas soveltuminen erityisesti siinä vaiheessa, jolloin oikeussääntöjen rikkomiset voidaan vielä korjata¹⁵⁷. Nopeuteen liittyvän tavoitteen voidaan katsoa myös sisältävän hankin- tayksikön edun sekä yleisen edun näkökulman. Usein muutoksenhakumenettely viiväs- tyyttä kyseessä olevan hankinnan toteuttamista, jolloin siitä voi aiheutua huomattavaakin haittaa hankintayksikön toiminnalle sekä hankittavan tavaran, palvelun tai rakennusura- kan käyttäjille. Edellä kuvattujen syiden on katsottu perustelevan muutoksenhaun mah- dollisimman nopeaa vireille saattamista. Myös aikaisemmin esille tulleessa *Grossmann* - tuomiossa on katsottu, että nopeuden vaatimuksella voidaan viitata asian nopeaan vireil- letuloon. Oikeussuojadirektiivissä mainittu nopeuden vaatimus voidaan siis tulkita oi- keuskäytännön perusteella liittyvän siihen, että asia saataisiin mahdollisimman nopeasti vireille sekä ratkaistuksi.¹⁵⁸

Grossmann -tuomiossa unionin tuomioistuimelle esitetty ennakkoratkaisupyyntö koski kysymystä siitä, onko valvontadirektiivin vastaista katsoa, ettei henkilöllä ole enää han- kintasopimuksen solmimisen jälkeen mahdollisuutta muutoksenhakuun, silloin kun hen- kilö ei ole osallistunut hankintamenettelyyn jättämällä tarjousta, koska on katsonut, että tarjouskilpailun asiakirjat sisältävät syrjiviä eritelmiä, tilanteessa, jossa henkilö ei ole myöskään hakenut muutosta ennen hankintasopimuksen tekoa. Euroopan unionin tuo- mioistuin katsoi, että mikäli yritys ei ole jättänyt tarjousta syrjiviksi väitettyjen eritelmien takia, jotka ovat estäneet yritystä tuottamasta kaikkia vaadittuja palveluja, sillä on oikeus muutoksenhakuun jopa ennen kyseisen hankintamenettelyn päättymistä. Lisäksi tuomio- istuin katsoi, että yrityksen on voitava hakea muutosta väitettyjen syrjivien eritelmien takia odottamatta hankintamenettelyn päättymistä.¹⁵⁹

Grossmann -ratkaisussa tuodaan myös ilmi *Fabricom* -ratkaisun tavoin valvontadirektiiv- in tavoitteet tehokkuudesta ja nopeudesta sekä direktiivin tavoitteesta vahvistaa järjes- telyitä erityisesti siinä vaiheessa, jolloin virheelliset menettelyt voidaan vielä oikaista.

¹⁵⁷ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*, EU:C:2005:127, kohta 43.

¹⁵⁸ Nenonen 2012: 89.

¹⁵⁹ C-230/02 *Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta*, EU:C:2018:958, kohdat 28, 30.

Grossmann -ratkaisussa muutosta ei oltu haettu tarjouspyynnöstä eli hankintaviranomaisen päätöksestä, jolla hankintaviranomainen vahvasti tarjouskilpailua koskevat syrjivät eritelvät. Koska hankintapäätöksen tiedoksiäntoa oli odotettu ennen kuin muutosta haettiin vedoten syrjiviin eritelmiin, tuomioistuin katsoi, että se oli ristiriidassa direktiivin nopeutta ja tehokkuutta koskevien tavoitteiden kanssa. Tuomioistuin myös totesi, että hankintapäätöksen odottaminen viivästyttää muutoksenhakumenettelyjen aloittamista, jolloin tällainen odottaminen on omiaan häirtämään direktiivin tehokasta toteuttamista.¹⁶⁰

Euroopan unionin tuomioistuimen *Grossmann* -ratkaisu on ollut merkittävässä asemassa liittyen tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeussuojaan. Kyseinen ratkaisu on vakiinnuttanut Euroopan unionin tuomioistuimen, jäsenvaltioiden sekä kansallista oikeuskäytäntöä sekä selventänyt direktiivien soveltamiseen liittyviä epäselvyyksiä. Monet markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ovat noudattaneet kyseisen tuomion antamaa oikeusohjetta ja ovat näin ollen noudattaneet EUT:n tulkintalinjaa. Myös unionin tuomioistuimen *Amt ym.* -ratkaisussa tuomioistuin muistuttaa, että direktiivin asettamat nopeutta ja tehokkuutta koskevat tavoitteet edellyttävät, että muutoksenhakukeinoja ei voida käyttää enää sen jälkeen, kun hankintaviranomainen on tehnyt päätöksen koskien hankintasopimuksen sopimuspuolen valintaa. Myös tämän tulkinnan mukaisesti hankintapäätöksen jälkeen tapahtuva muutoksenhaku vaarantaisi direktiivin tavoitteiden toteutumisen.¹⁶¹

4.3. Tarjouspyynnön ja hankintapäätöksen erot muutoksenhaun näkökulmasta

Vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa selvältä, että tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan näkökulmasta on huomattava ero sillä, jättääkö toimittaja valituksen tarjouspyyntöä vai hankintapäätöstä koskien. Hankintalain esitöissä sekä kansallisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että lähtökohtaisesti tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhakuoikeuden olemassaoloa on arvioitava sen tilanteen

¹⁶⁰ C-230/02 *Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta*, EU:C:2018:958, kohdat 36–39.

¹⁶¹ C-328/17, *Amt ym.*, EU:C:2018:958, kohta 52.

perusteella, jolloin muutoksenhaku tulee vireille tuomioistuimeen.¹⁶² Tässä luvussa tarkastellaan tarjouspyyntöön ja hankintapäätökseen kohdistuvien valitusten eroja oikeuskäytännön valossa.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2018:27 arvioitiin oikeussuojadirektiivin asettamia vaatimuksia tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille. Asiaa käsiteltiin ensias- teessa markkinaoikeudessa.¹⁶³ Kyseisessä asiassa yrittäjä ei ollut itse tehnyt tarjoustar- jouskilpailussa, mutta oli kuitenkin tehnyt kaksi valitusta. Ensimmäinen valituksista koski tarjouspyynnön virheellisyyttä ja se oli jätetty markkinaoikeudelle jo ennen tarjous- ten jättämiseksi asetettua määräaikaa. Valittajan mukaan tarjouspyyntö oli ollut virheelli- nen ja rakenteeltaan jopa syrjivä, eikä yrittäjä ole näin ollen voinut kohtuudella laskea sille hankinnan kohteen toimittamisesta aiheutuvia kustannuksia. Toinen valituksista oli tehty vasta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Hankintapäätökseen kohdistuvassa va- lituksessa valittaja vaati muun ohella markkinaoikeutta kieltämään hankintapäätöksen täytäntöönpanon. Markkinaoikeus totesi, että valituksen tekemisen jälkeen hankintayksi- kön tekemällä hankintapäätöksellä ei ollut vaikutusta valittajan valitusoikeuteen. Mark- kinaoikeuden mukaan valituksissa oli kyse samasta hankintamenettelystä, jolloin mark- kinaoikeus käsitteli tarjouspyyntöön sekä hankintapäätökseen kohdistuneet valitukset yh- dessä.

Markkinaoikeus katsoi ratkaisussaan tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asi- anosaiseksi sekä tarjouspyyntöä koskevan valituksen että myös hankintapäätöstä koske- van valituksen osalta. Markkinaoikeus perusteli päätöstään muiden ohella sillä, että ky- seessä oli alalla toimiva yritys, eikä ilmennyt seikkoja, joiden perusteella oltaisiin voitu katsoa, ettei valittaja olisi tosiasiallisesti voinut olla tavoittelemassa kyseistä sopimusta. Markkinaoikeuden tulkinnan mukaisesti hankintayksikkö oli kuitenkin menetellyt han- kintasäännösten edellyttämällä tavalla kyseisessä hankintamenettelyssä. Markkinaoikeus ei ottanut päätöksen perusteluissa tarkemmin kantaa oikeussuojadirektiivin vaatimukseen

¹⁶² HE 108/2016 vp. s. 237; KHO 2014:129.

¹⁶³ MAO 806/15.

nopeasta ja tehokkaasta muutoksenhausta eikä se myöskään perustellut sitä, miksi valittaja katsottiin asianosaiseksi molemmissa valituksissa, eikä hankintapäätökseen kohdistunutta valitusta jätetty tutkimatta liian myöhään saapuneena.

Korkein hallinto-oikeus tulkitsi samoin perustein tarjouspyyntöön kohdistuvaa valitusta kuin markkinaoikeus, eikä se siten muuttanut markkinaoikeuden päätöstä tarjouspyyntöön kohdistuvan valituksen osalta. Korkeimman hallinto-oikeuden tulkinta poikkesi kuitenkin huomattavasti hankintapäätökseen kohdistuvan valituksen osalta ja siten KHO kumosi ja poisti markkinaoikeuden hankintapäätökseen kohdistuvan päätöksen ja jätti hankintapäätökseen kohdistuneen valituksen näin ollen tutkimatta. Korkein hallinto-oikeus totesi, että yhtiön olisi tullut joko osallistua tarjouskilpailuun tai ainakin osoittaa pyrkineensä osallistumaan siihen. Tästä johtuen korkein hallinto-oikeus katsoi, että valittajalla ei ollut hankintapäätökseen kohdistuvassa muutoksenhaussa asianosaisasemaa.

Korkein hallinto-oikeus perusteli päätöstään kumota markkinaoikeuden ratkaisu ja jättää hankintapäätökseen kohdistuva valitus tutkimatta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöllä. KHO:n ratkaisun perusteluissa tuodaan esille, että tehokkaiden oikeussuojakeinojen toteutumiseksi tarjouspyynnön sisältämiin syrjiviin eritelmiin on voitava hakea muutosta jo ennen kyseisen hankintamenettelyn päättymistä. Vakiintuneen oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden mukaisesti valittaja olisi voinut osoittaa pyrkimystään osallistua hankintamenettelyyn muun muassa toimimalla oikeussuojadirektiivin vaatimusten mukaisesti hakemalla muutosta myös myöhemmin tehdyn valituksen osalta tehokkaasti ja nopeasti.

Markkinaoikeuden tulkinta poikkesi siten vakiintuneesta oikeuskäytännöstä, sillä vakiintuneesti on katsottu, että hankintapäätöksen jälkeen tehty valitus on ristiriidassa oikeussuojadirektiivin tehokkuuden ja nopeuden vaatimusten kanssa ja siten tehty liian myöhään. Liian myöhään tehty valitus voi näin ollen vaikuttaa olennaisesti tarjouskilpailuun osallistumattoman yrityksen oikeudelliseen asemaan. Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan tulisi toimia nopeasti ja tehokkaasti sekä tehdä valituksensa jo ennen tarjouspyynnölle asetettua määräaikaa. Kyseessä olevassa asiassa valituksen tehnyt yrittäjä

oli toiminut direktiivin vaatimusten mukaisesti tehokkaasti ja nopeasti hakemalla muutosta jo ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaikaa, siten hankintapäätöksen julkaisun jälkeen tehty valitus oli näin ollen jätetty liian myöhään. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu noudattaa vakiintunutta oikeuskäytäntöä sekä tarjouspyyntöön että hankintapäätökseen kohdistuneen valituksen osalta.

Myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2017:12 oli kyse tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrityksen tekemästä syrjintäperusteisesta valituksesta. Tarjouskilpailuun osallistumaton yritys oli tehnyt valituksen vasta noin kaksi kuukautta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Asian aikaisemmassa käsittelyssä markkinaoikeuden ratkaisussa 626/14 markkinaoikeus katsoi, että valittajalla on asianosaisasema ja valitus tulee näin ollen tutkia. Markkinaoikeus perusteli ratkaisuaan muun muassa kansallisella oikeuskäytännöllä, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöllä. Perusteluissaan markkinaoikeus tuo esille myös direktiivin asettamat vaatimukset tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille. Ratkaisussa tuodaan myös esille kansallisen oikeuskäytännön ja unionin tuomioistuimen ratkaisujen vakiintunut tulkintalinja, jonka mukaan muutoksenhaun olisi tapahduttava jo ennen tarjousten jättämiselle asetettua määräaikaa.

Kyseisessä tapauksessa hankintasopimus oli kuitenkin ehditty jo tekemään ennen markkinaoikeudelle saapunutta valitusta. Markkinaoikeus totesi ratkaisussaan, että koska valittaja oli pyrkinyt saamaan tiedon tehdystä hankintapäätöksestä, mutta hankintayksikkö ei ollut pyynnöstä huolimatta luovuttanut tietoja ja koska valitus oli saapunut markkinaoikeuteen kuitenkin jo pian jälki-ilmoituksen tekemisen jälkeen, valittajalla oli siten ollut oikeudellinen intressi saattaa asiansa tutkittavaksi vielä hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Myös tässä tapauksessa markkinaoikeuden tulkintalinja poikkeaa vallitsevasta kansallisesta tulkintalinjasta sekä Euroopan unionin tuomioistuimen tulkintalinjasta. Markkinaoikeus tulkitsi melko laajasti asianosaisen oikeussuojakeinoja, sillä se katsoi, että direktiivin asettamat tehokkaan ja nopean muutoksenhaun edellytykset eivät olleet esteenä valituksen tekemiselle vasta noin kaksi kuukautta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen.

Korkein hallinto-oikeus arvioi asianosaisaseman edellytyksiä markkinaoikeudesta poikkeavalla tavalla, sillä korkein hallinto-oikeus ei katsonut tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimivaa yritystä asianosaiseksi ja jätti asian näin ollen tutkimatta. Korkein hallinto-oikeus perusteli päätöstään myös samoilla unionin tuomioistuimen ratkaisuilla, jotka myös markkinaoikeus oli huomionnut ratkaisussaan. KHO toi myös ratkaisussaan *Grossmann* -tapauksen esiin, jossa todettiin direktiivin tehokkuutta ja nopeutta koskevien tavoitteiden olevan ristiriidassa sellaisen tilanteen kanssa, jossa henkilö ei ole hakenut muutosta jo hankintaviranomaisen päätöksestä, jolla hankintayksikkö on vahvistanut tarjouskilpailua koskevaan ilmoitukseen sisältyvät syrjivät eritelvät, vaan odottaa hankintapäätöksen tiedoksiantoa ennen muutoksenhaun tekemistä.¹⁶⁴ Korkein hallinto-oikeus totesi, että valittaja ei ollut käyttänyt muutoksenhakukeinoja oikeusjärjestelmän vaatimalla tavalla riittävän ajoissa, koska valitus ei ollut saapunut markkinaoikeudelle ennen tarjousten jättämiseksi asetettua määräaika. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan valitus olisi tullut siten tehdä jo tarjouspyynnön julkaisemisen jälkeen, jotta valittajalla olisi ollut muutoksenhakuoikeus tekemänsä valituksen osalta.

Molemmat edellä esitetyistä tapauksista ovat sinällään melko samankaltaisia. Molemissa tapauksissa markkinaoikeus on tulkinnut hankintalaissa ja sen esitöissä kuvattua tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman edellytyksiä laajentavasti. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa tuomioistuin on noudattanut asianosaisaseman edellytysten sekä direktiivin asettamien nopeuden ja tehokkuuden tavoitteiden suppeampaa tulkintaa. Suppealla tulkinnalla on oikeustieteessä yleensä tarkoitettu normaalia tiukempaa tulkintaa sanamuodon puitteissa eli tällöin on keskitytty sanamuodon keskeiseen sisältöön nojaavaan tulkintaan. Lisäksi tuomioistuinten on kiinnitettävä erityistä huomiota harkinnassaan ja tulkinnassaan lopputuloksen ristiriidattomuuteen suhteessa muihin oikeussäännöksiin sekä lopputuloksen oikeudenmukaisuuteen. Molemissa edellä kuvatuissa ratkaisussa korkein hallinto-oikeus on kiinnittänyt huomiota oikeusuojadirektiivin asettamien tavoitteiden ristiriitaan kyseisissä tapauksissa olevaan ti-

¹⁶⁴ C-230/02 *Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta* EU:C:2004:93.

lanteeseen nähden. Markkinaoikeus tukeutuu tulkinnassaan enemmän historialliseen tulkintaan ja perustaa päätöksensä lainsäätäjän tarkoituksen selvittämiseen muun muassa perustellen tulkintaansa lain esitöiden avulla.¹⁶⁵

Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisujen prejudikaattinormit täydentävät säädännäistä oikeutta ja ohjaavat lain tulkintaa, jonka lisäksi niillä saattaa olla myös oikeutta luova vaikutus sääntelemättömiä tilanteita ratkaistaessa. Vaikka korkeimman hallinto-oikeuden ennakkopäätösten sisältämät prejudikaattinormit luokitellaan heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, niillä on silti ohjausvaikutus ja vahva tosiasiallinen sitovuus, jolloin markkinaoikeuden tulee noudattaa prejudikaattinormia myöhemmin käsiteltävissä oikeuskysymykseltään samankaltaisissa asioissa, ellei tuomioistuimien kykene esittämään poikkeavalta tulkinnalle riittävän pätevää perustetta. Vertikaalisella sitovuudella tarkoitetaan alemman tuomioistuimen sidonnaisuutta ylemmän tuomioistuimen ennakkopäätökseen eli markkinaoikeuden sidonnaisuutta korkeimman hallinto-oikeuden ennakkopäätökseen. Korkeimman hallinto-oikeuden tuoreet ennakkopäätökset vaikuttavat viittaavan siihen, että markkinaoikeuden ratkaisukäytäntö on saattanut olla epäyhtenäistä, jolloin korkein hallinto-oikeus on pyrkinyt korostamaan tapausten prejudikaattinormin merkitystä antamalla useamman vuosikirjaratkaisun samaan oikeuskysymykseen liittyen.¹⁶⁶

Se, että oikeusturvan hakeminen sijoittuu usein hankintapäätöstä koskevaan vaiheeseen voi johtua useista eri syistä. Tarjoajilla sekä tarjouskilpailuun osallistumattomilla potentiaalisilla toimittajilla voi olla usein haasteita saada tietoa hankintamenettelyssä tapahtuneista toimenpiteistä ja niihin liittyvistä mahdollisista virheistä. Tästä johtuen yritysten olisi tärkeää panostaa hankintamenettelyyn osallistumiseen.¹⁶⁷

4.4. Valitukselle asetetut määräajat

Tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrityksen näkökulmasta määräajat ovat erityisen tärkeässä asemassa. Hankintamenettelyssä määräaikoja asetetaan muun

¹⁶⁵ Kulla 2015:154, 156, 159.

¹⁶⁶ Launiala 2017: 4–8, 14. Ks. KHO 2018:27, KHO 2017:12.

¹⁶⁷ Kanninen 2005: 550.

muassa tarjouspyynnön jättämiselle sekä muutoksenhauille. Edellä kuvatun oikeussuoja-direktiivin sekä vakiintuneen oikeuskäytännön valossa tarjouskilpailuun osallistumattoman yrityksen on toimittava tehokkaasti ja niin nopeasti kuin mahdollista, mikäli toimit-taja haluaa valittaa syrjivänä pitämästään menettelystä. Tällaisessa tilanteessa direktiivin asettamien vaatimusten mukaisesti valitus on mahdollista kohdistaa jo tarjouspyyntöön. Tästä syystä määräaikojen merkitys kasvaa entisestään ja toimittajien tulee olla entistä tietoisempia erityisesti tarjouskilpailuun osallistumattomia toimittajia koskevasta tiukem-masta muutoksenhakumenettelystä.

Hankintalain 36 §:n velvoittamana tarjouspyynnössä on ilmoitettava määräaika, johon mennessä tarjoukset on jätettävä. Hankintalain kokonaisuudistuksen myötä hankintame-nettelyssä noudatettavat määräajat lyhenivät aikaisempiin säädöksiin nähden merkittä-västi. Määräaikojen lyhentäminen johtui menettelyjen yhdenmukaistamisesta GPA-sopimuksen (Government Procurement Agreement) määräaikasääntöjen kanssa. Hankin-talain 56 §:ssä säädetään vähimmäismääräajoista sekä määräaikojen laskemisesta.¹⁶⁸ Laissa asetetut määräajat ovat vain minimiaikoja, jonka vuoksi hankintayksikkö voi myös halutessaan asettaa lain asettamia määräaikoja pidemmät määräajat tarjousten tai hake-musten laatimiseen. Vähimmäismääräaikoja pidempi aika on sekä hankintayksikön että potentiaalisten tarjoajien etu, sillä silloin toimittajilla on mahdollisuus laatia tarkempia sekä laadukkaampia tarjouksia ja näin ollen myös hankintayksikkö saa suuremmalla to-dennäköisyydellä täsmällisempiä tarjouksia. Tarjouspyynnön jättämiselle asetetun mää-räajan pituus on valittava tapauskohtaisesti ja sen asettamisessa on huomioitava hankin-nan laatu ja monitahoisuus sekä tarjousten laatimiseen ja toimittamiseen vaadittava aika.¹⁶⁹

Hankintalain kokonaisuudistuksen seurauksena myös määräaikojen laskemista uudistet-tiin vastaamaan paremmin lakia säädettyjen määräaikain laskemisesta (määräaikalaki 150/1930). Määräaikojen laskeminen poikkeaa eri hankintamenettelyjen välillä. Hankin-talain 56 §:n mukaisesti osallistumishakemusten ja avoimessa menettelyssä tarjousten

¹⁶⁸ Kuusikko 2017: 11. Markkinaoikeus on korostanut julkisten hankintojen kohdalla sitä, että asetettujen määräaikojen tavoitteena on varmistaa, että tarjouspyynnön julkaisun jälkeen kaikilla tarjoajilla on sama aika tarjousten valmisteluun.

¹⁶⁹ Eskola ym. 2017: 289.

määräaikojen laskeminen lasketaan kyseisestä päivästä, jolloin hankintailmoitus julkaistaan HILMAssa. Rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä, dynaamisessa hankintajärjestelmässä sekä innovaatiokumppanuudessa määräajan laskeminen aloitetaan päivästä, jona tarjoajia on kutsuttu jättämään tarjous. Suunnittelukilpailun ja sosiaali- ja terveystalouden sekä muiden erityisiä palveluita koskevan käyttöoikeussopimuksen määräaika lasketaan alkamaan siitä, kun ilmoitus on lähetetty julkaistavaksi SIMAP:n eli EU:n virallisten julkaisujen toimiston internet-sivuille.¹⁷⁰

Hankintalain asettamat vähimmäismääräaikojen pituudet vaihtelevat hankintamenettelystä riippuen¹⁷¹. Hankintalain 56 §:ssä säädetään vähimmäismääräajoista, jotka vaihtelevat dynaamisen hankintajärjestelmän 10 päivästä avoimen menettelyn 35 päivään. Edellä mainittuja vähimmäismääräaikoja on mahdollista lyhentää vielä ennestään. Hankintayksikön ottaessa tarjouksia vastaan avoimessa menettelyssä, rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä sekä innovaatiokumppanuudessa, hankintayksikön on mahdollista lyhentää hankintalaissa asetettuja vähimmäismääräaikoja vielä entisestään viidellä päivällä, mikäli hankintayksikkö ottaa vastaan tarjouksia sähköisesti. Hankintalain 57 § mahdollistaa myös nopeutetun menettelyn, jossa kilpailutus käydään normaalia hankintamenettelyä nopeammin. Nopeutettu menettely on mahdollinen vain avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä sekä neuvottelumenettelyssä. Nopeutettu menettely on mahdollista vain silloin, jos hankintayksikön olisi käytännössä mahdotonta noudattaa normaaleja määräaikoja. Nopeutetun menettelyn lisäksi hankintayksikkö voi lyhentää vähimmäismääräaikoja julkaisemalla ennakoilmoituksen tiettyjen määräaikojen puitteissa.¹⁷² Esimerkiksi avoimen menettelyn määräajat voivat lyhentyä jopa 15 päivään.¹⁷³

¹⁷⁰ Eskola ym. 2017: 292.

¹⁷¹ Valmisteluryhmän mietintö 2015: 62, 170. Hankintalain kokonaisuudistuksen myötä myös tarjouksen jättämiselle asetetut vähimmäismääräajat lyhenivät huomattavasti. Uudistuksella tavoiteltiin hankintayksiköiden toiminnan joutuisuutta, mutta samalla uudistus aiheutti toimittajille haasteita, sillä heillä on nykyisin entistä vähemmän aikaa tarjousten valmisteluun. Muutoksen yhtenä syynä on myös ollut sähköisen viestinnän tuoma muutos viestinnän nopeutumisesta.

¹⁷² Hankintalain 61 §:n mukaisesti ennakoilmoitus on julkaistava vähintään 35 päivää ja enintään 12 kuukautta ennen hankintailmoituksen lähettämistä.

¹⁷³ Eskola ym. 2017: 292–293. Ks. määräajat kootusti Eskola ym. 2017: 295.

Edellä kuvatut määräajat eivät ole hankintayksikköä velvoittavia, joten hankintayksikkö voi halutessaan asettaa vähimmäismääräaikoja pidemmät määräajat tarjousten jättämiselle. Joissakin tilanteissa hankintayksiköllä on myös velvollisuus pidentää jo ilmoitettuja määräaikoja. Tällainen tilanne saattaa tulla esimerkiksi silloin, jos tarjoajien esittämien tarkentavien kysymysten jälkeen hankintayksikkö tekee tarjouspyyntöön muutoksia tai muita täsmennyksiä, jotka tarjoajien tulisi huomioida tekemässään tarjouksessa.¹⁷⁴

Tavanomaisissa tilanteissa muutosta haetaan usein vasta hankintapäätöksen tiedoksiannon jälkeen, jolloin myös valitusaika alkaa kulua. Näitä määräaikoja voidaan kutsua preklusiivisiksi määräajoiksi. Preklusiiviset määräajat asettavat edellytykset sille ajalle, jonka kuluessa hankintayksikön päätös on saatettava tuomioistuimen tutkittavaksi. Preklusiiviset määräajat mahdollistavat hankintayksikön tekemän päätöksen lainvoimaiseksi tulon. Kyseisten preklusiivisten määräaikojen ansiosta myös muutoksenhakumenettelyä koskevalla nopeuden vaatimuksella on mahdollisuus toteutua.¹⁷⁵ Preklusiivisia määräaikoja voidaan perustella myös oikeusvarmuuden periaatteella, joka turvaa lainkäytön ennakoitavuutta sekä oikeussuhteiden vakautta.¹⁷⁶

Hankintalain 147 §:n mukaan pääsääntöisesti valitus markkinaoikeudelle on tehtävä kirjallisesti 14 päivän kuluessa ehdokkaan tai tarjoajan saatua tieto hankintayksikön tekemästä päätöksestä valitusosoituksineen.¹⁷⁷ Mikäli hankintayksikkö on puitejärjestelyyn tai dynaamiseen hankintajärjestelmään perustuvassa hankinnassa tehnyt hankintasopimuksen noudattamatta odotusaikaa, on valitus mahdollista tehdä 30 päivän kuluessa hankintapäätöksen tiedoksiannosta. Tarjouspyyntöön kohdistuvassa muutoksenhaussa muutoksenhaku-aika saattaa siis olla jopa pidempi kuin muutoksenhaku-aika hankintapäätöksen tiedoksiannon jälkeen. Ongelmaksi saattaa kuitenkin muodostua se, että mikäli tarjouskilpailuun osallistumaton toimittaja haluaa hakea muutosta tarjouspyynnön syrjivien

¹⁷⁴ Ks. lisää määräaikojen pidentämisestä Eskola ym. 2017: 297–298 sekä hankintalain 56 §:stä.

¹⁷⁵ Ks. C-406/08 Uniplex v. NHS Business Services Authority, EU:C:2010:45 Myös EUT on todennut, että jäsenvaltioiden on mahdollista asettaa muutoksenhauille määräaikoja pakottaakseen toimittajat riitauttamaan nopeasti hankintasopimuksen tekemisen valmistelevat toimet tai välivaiheen päätökset, jotta voidaan saavuttaa direktiivin asettama nopeuden tavoite.

¹⁷⁶ Nenonen 2012: 89–90.

¹⁷⁷ Ks. muutoksenhauille asetetuista määräajoista lisää hankintalain 147 §:stä. Joissakin tilanteissa muutoksenhauille asetettu aika voi olla pidempikin esimerkiksi tilanteessa, jossa valitusosoitus on ollut puutteellinen tai kyseessä on ollut suora hankinta.

eritelmien osalta, toimittajan tulee olla jo aikaisessa vaiheessa tietoinen muutoksenhakuun liittyvistä määräajoista ja hankintamenettelyssä tehdyistä toimenpiteistä sekä siitä, että yrityksen mahdollisuus muutoksenhakuun saattaa päättyä jo ennen tarjouksien jättämiselle asetettuun määräaikaan.

Usein hankintayksikkö osaa jo odottaa mahdollista valitusta, mutta se voi tulla myös hankintayksikölle yllätyksenä. Tuomioistuinten pitkät käsittelyajat voivat aiheuttaa myös hankintayksikölle suurta vaivaa hankintamenettelyn keskeytyessä tai hankinnan toteuttamisen viivästyessä, ellei tilanteessa ole mahdollista sopia hankinnan väliaikaisesta järjestämisestä. Tämä voi myös aiheuttaa ongelmia hankinnan kohteen näkökulmasta, sillä esimerkiksi uuden ikäihmisten palveluyksikön tai koulun rakentamisen viivästys aiheuttaa vaivaa myös uuden rakennuksen tuleville käyttäjille.¹⁷⁸

Hankinnan etukäteisen suunnitteluvaiheen merkitys korostuu entisestään ja hankintayksikön tulisikin järjestää muun muassa teknisiä vuoropuheluita ymmärtääkseen kyseisen alan markkinoita sekä olla yhteydessä potentiaaliin tarjoajiin jo hankinnan suunnitteluvaiheessa. Hankintayksikön tulee myös laatia tarjouspyyntö mahdollisimman selkeästi, jotta potentiaalisten tarjoajien kannalta tarjouspyynnössä ei olisi epäselvyyksiä. Mikäli toimittajat esittävät tarjouspyynnöstä kysymyksiä, hankintayksikön kannattaa vastata kysymyksiin mahdollisimman tarkasti ja selkeästi, koska tämän avulla toimittajat voivat saada selkeyden heidän epäilemään syrjivään kohtaan. Mikäli toimittaja ilmoittaa epäilevänsä esimerkiksi jotakin tarjouspyynnössä asetettua vaatimusta syrjiväksi, hankintayksikön on mahdollista perustella omia valintojaan tai mahdollisesti selkeyttää asetettuja vaatimuksia.

Kuten jo aikaisemminkin tuli esille, hankintayksiköllä on myös mahdollisuus täsmentää tarjouspyyntöä kyseisen kohdan osalta ja pidentää tarjousten jättämiselle asetettua määräaika, mikäli tarjouspyynnön mahdollinen syrjivä eritelmä tulee ilmi jo ennen tarjous-

¹⁷⁸ Hankintalain 153 §:n mukaan hankintayksikkö voi järjestää hankinnan väliaikaisesti, mikäli hankinnasta on tehty valitus markkinaoikeuteen. Hankinnan väliaikainen järjestely on mahdollista vain, jollei hankintaa voida sen luonteen vuoksi lykätä markkinaoikeuden käsittelyn ajaksi. Hankintalaki ei rajaa sitä, keiden kanssa hankintayksikkö voi väliaikaisen järjestelyn toteuttaa. Ks. lisää markkinaoikeuden käsittelyajoista Salmela 2015.

ten jättämislle asetettua määräaika. Hankintayksiköllä on lisäksi mahdollisuus keskeyttää hankinta heti mahdollisen virheen huomattuaan, jolloin hankintayksikkö voi esimerkiksi kilpailuttaa hankinnan uudelleen. Edellä kuvatuilla keinoilla hankintayksikkö voi ennaltaehkäistä mahdollisia valituksia jo tarjouspyyntövaiheessa.

Edellä kuvatut vähimmäismääräajat ja muut määräajat asettavat sekä hankintayksikölle että toimittajille velvoitteita, joita tulee ehdottomasti noudattaa. Nämä kyseiset määräajat ovat erityisessä asemassa sellaisen toimittajan näkökulmasta, joka ei ole itse jättänyt tarjousta tarjouskilpailussa. Hankintalaki ei määrittele täsmällisesti tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille asetettua määräaika, jonka johdosta vastausta asetettuihin määräaikoihin on etsittävä kansallisista tuomioistuinratkaisusta, direktiiveistä, sekä unionin tuomioistuimen ratkaisuista.

Kansallisen lainsäädännön, oikeussuojadirektiivin ja oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille asetetun määräajan olevan eri kuin tarjouksen jättäneillä tarjoajilla. Kansallinen oikeuskäytäntö sekä EU:n tuomioistuimen ratkaisujen tulkintalinja asettavat oikeussuojadirektiivin tehokkaan ja nopean muutoksenhaun kanssa tarjouskilpailuun osallistumattomalle toimittajalle määräajat, joiden puitteissa kyseisen toimittajan on haettava muutosta, mikäli tarjouspyyntö on ollut syrjivä, eikä toimittaja ole tästä johtuen voinut jättää omaa tarjousta. Mikäli tarjousten jättämislle asetettu määräaika on lyhyt, silloin myös valituksen tekemislle asetettu aika luonnollisesti lyhenee. Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhaun täsmällisen määräajan puuttuminen heikentää tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan oikeussuojaa, jonka vuoksi hankintalain säännöksiä olisi syytä täsmentää.

5. JOHTOPÄÄTÖKSET

Edellä on tarkasteltu tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan mahdollisuuksia haakea muutosta julkisia hankintoja koskevassa asiassa. Tutkielmassa on perehdytty erityisesti tilanteeseen, jossa yritys ei ole voinut jättää tarjouskilpailussa omaa tarjoustaan tarjouspyynnön syrjivien eritelmien johdosta. Tämän lisäksi tutkielmassa selvitettiin oikeussuojadirektiivin asettamia vaatimuksia tehokkaalle ja nopealle muutoksenhauille ja tämän vaikutuksia tarjouskilpailuun osallistumattoman yhtiön asianosaisasemaan. Tutkielmassa on siten etsitty vastausta siihen, missä tilanteissa tarjouskilpailuun osallistumaton toimittaja voi olla asianosaisasemassa sekä selvennetty määräaikoja, joiden kuluessa muutosta on haettava.

Hankintalain 145 §:n mukaan julkisia hankintoja koskevissa asioissa muutoksenhakuun oikeutettu on se, jota asia koskee. Lähtökohtaisesti asianosaisella voidaan tarkoittaa henkilöä, jonka oikeudellista etua päätös tarjouskilpailun ratkaisusta tai tarjouskilpailusta sulkemisesta koskee. Lain esitöiden mukaan tällä tarkoitetaan kuitenkin lähinnä kyseessä olevalla alalla toimivaa yrittäjää, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi, mikäli hankintamenettely olisi toteutettu oikein.

Hankintalain 145 §:n sanamuodon ja lain esitöiden mukaisesti on selvää, että myös tarjouskilpailuun osallistumattomalla toimittajalla voi olla tietyn edellytyksin mahdollisuus muutoksenhakuun. Hankintalain 146 § rajaa kuitenkin markkinaoikeuden toimivaltaa koskemaan vain hankintayksikön päätöksiä sekä hankintamenettelyssä tehtyjä muita ratkaisuja, joilla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Edellä kuvatun perusteella sanamuodonmukainen tulkinta hankintalain 145 §:n ja 146 §:n välillä on epäsuhdassa vallitsevan oikeuskäytännön kanssa, sillä hankintalain 146 §:n sanamuoto ei ota huomioon tarjouskilpailuun osallistumattomia toimittajia. Edellä kuvatun perusteella kyseistä säännöstä olisi täsmennettävä vastaamaan 145 §:n mukaista asianosaisen määritelmää sekä vallitsevaa oikeuskäytäntöä.

Hankintalaki jättää hankintayksikölle laajan hankintavallan hankinnan toteuttamiseen liittyen, sillä hankintayksikkö voi itsenäisesti määritellä hankinnan kohteen sekä mahdolliset

ehdot. Hankintalain tasapuolisuuden ja syrjimättömän kohtelun periaate rajoittaa hankintayksikön harkintavaltaa. Harkintavallan rajoituksen vuoksi hankintayksikkö ei voi mielivaltaisesti suosia tai syrjiä tiettyä toimittajaa hankinnan kohteen määrittelyssä tai hankintayksikön asettamissa valinta- ja vertailuperusteissa. Syrjivä tarjouspyyntö voi estää potentiaalisia toimittajia jättämästä tarjousta tarjouskilpailussa ja siksi unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on todettu, että on liiallista vaatia yritystä tekemään tarjous vain sen takia, että se voisi käyttää oikeussuojadirektiivissä tarkoitettuja muutoksenhaku-menettelyjä syrjivän tarjouspyynnön johdosta, vaikka toimittajan mahdollisuudet tarjouskilpailun voittamiseen olisivat olemattomat tarjouspyynnön syrjivyyden vuoksi.

Muutoksenhakuoikeus voidaan katsoa olevan sellaisella kyseisen hankinnan alalla toimivalla yrityksellä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada oma tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Pelkkä kyseisen hankinnan alalla toimiminen saattaa riittää asianosaisaseman edellytykseksi hankintayksikön menetellessä hankintalain säännösten vastaisesti. Mikäli hankintayksikkö on puolestaan menetellyt hankintasäännösten edellyttämällä tavalla, alalla toimivan yrityksen on silloin voitava lisäksi osoittaa kiinnostuksensa kyseistä hankintaa kohtaan ja pyrkimyksensä osallistua tarjouskilpailuun. Tutkielman perusteella vaikuttaa siltä, että asianosaispiiriä tulisi laajentaa vielä entisestään, sillä on havaittu, että hankittavien palveluiden käyttäjillä ei ole riittävän tehokkaita oikeussuojakeinoja. Asianosaispiirin laajentaminen vielä entisestään tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrittäjän lisäksi hankittavien palveluiden käyttäjille ei olisi kuitenkaan ongelmatonta.

Alalla toimiva yrittäjä voidaan katsoa asianosaiseksi vain, mikäli yrittäjällä on jokin oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Oikeudellisen intressin edellytyksenä voidaan ensinnäkin edellyttää, että hankintayksikkö olisi menetellyt virheellisesti hankintamenettelyssä ja toimittajan oikeudellista etua on jotenkin loukattu. Oikeudellisen intressin voidaan katsovan syntyvän siinä vaiheessa, kun selviää, että yritys ei voi jättää tarjousta hankintamenettelyssä syrjivän tarjouspyynnön vuoksi.

Oikeudellisen intressin lisäksi alalla toimivan yrityksen on myös osoitettava kiinnostuksensa hankintamenettelyä kohtaan ja pyrkimyksensä osallistumaan tarjouskilpailuun.

Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan voi kuitenkin olla haastava osoittaa kiinnostustaan tai pyrkimystään osallistua hankintamenettelyyn, mikäli toimittaja ei ole kyennyt jättämään tarjousta tarjouskilpailussa syrjivän tarjouspyynnön vuoksi. Tutkielman perusteella selviää, että pyrkimykseksi ja kiinnostuksen osoittamiseksi voidaan katsoa esimerkiksi kysymysten esittäminen hankintayksikölle mahdollisia syrjiviä eritelmiä koskien tai muu pyrkimys saada tietoa kyseisestä hankinnasta sekä hankintamenettelystä. Tämän lisäksi pyrkimykseksi voidaan katsoa muutoksenhakekeinojen käyttäminen oikeussuojadirektiivin vaatimuksen mukaisesti tehokkaasti ja nopeasti. Oikeuskäytännön perusteella pyrkimyksen osoittaminen ei ole aivan yksiselitteistä, sillä on epäselvää riittääkö pyrkimyksen osoittamiseksi vain muutoksenhakekeinojen käyttäminen tehokkaasti ja nopeasti vai tuleeko toimittajan tämän lisäksi osoittaa pyrkimyksensä osallistua esimerkiksi esittämällä kysymyksiä hankintayksikölle tarjouspyyntöä koskien tai muuten osoittamalla kiinnostustaan kyseessä olevaa hankintaa kohtaan.

Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman edellytyksiä on arvioitava aina tapauskohtaisesti. Tuomioistuimen tulee arvioida, olisiko toimittajalla todellisuudessa ollut mahdollisuutta saada tarjouksensa hyväksytyksi hankintasäännösten mukaisesti toteutetussa hankintamenettelyssä. Toimittajan tulee olla kyseisen hankinnan alalla toimiva yrittäjä, jolla on jokin oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn. Tämän lisäksi toimittajan on kyettävä näyttämään toteen kiinnostuksensa hankintaa kohtaan ja yrittäjän on pyrittävä osallistumaan hankintamenettelyyn. Edellä kuvattujen asianosaisaseman edellytysten yhtenä lisäedellytyksen voidaan pitää oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaista tehokkaan ja nopean muutoksenhaun vaatimusta. Kaikkien edellä kuvattujen edellytysten on täytyttävä, jotta toimittaja voi perustellusti vedota olleensa todellisuudessa tavoittelemassa kyseessä olevaa hankintaa tai, että hankintayksikön virheellinen menettely on saattanut aiheuttaa vahinkoa yritykselle.

Tutkimuksen perusteella voidaan todeta tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille asetetun määräajan olevan eri kuin tarjouksen jättäneillä tarjoajilla. Oikeussuojadirektiivin 1 artiklan 1 kohta asettaa vaatimuksen, jonka mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintaviranomai-

sen päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja varsinkin mahdollisimman nopeasti. Kansallisessa lainsäädännössä ei kuitenkaan ole asetettu yksiselitteistä määräaika tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille. Myöskään oikeuskirjallisuus ei anna täsmällistä vastausta, sillä oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että muutoshakuoikeuden säilyttääkseen alalla toimivan yrityksen on käytettävä muutoksenhaku keinoja ennen tarjousten jättämiselle asetettua aikaa tai viimeistään heti välittömästi sen jälkeen. Korkeimman hallinto-oikeuden ja Euroopan unionin tuomioistuimen tulkintalinjan mukaisesti voidaan todeta, että valitus on tehtävä ainakin ennen hankintapäätöksen tiedoksiantoa sekä hankintasopimuksen solmimista. Epäselväksi jää edelleen se, olisiko muutoksenhaku mahdollista tarjousten jättämiselle asetetun määräajan jälkeen, mutta kuitenkin ennen hankintapäätöksen tekoa.

Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen tulkintalinja on poikennut toisistaan useammassa ratkaisussa, jonka takia tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan asianosaisaseman edellytykset eivät ole aivan täsmällisiä muun muassa riittävän kiinnostuksen osoittamisen vuoksi ja muutoksenhauille asetettujen määräaikojen vuoksi. Esimerkiksi joissakin tapauksissa markkinaoikeus on tulkinnut asianosaisaseman edellytyksiä sekä tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille asetettua määräaika laajentavasti. Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuilla on kuitenkin vahva tosiasiallinen sitovuus, jonka vuoksi markkinaoikeuden tulee noudattaa korkeimman hallinto-oikeuden prejudikaattinormia tulevassa ratkaisukäytännössään. Korkeimman hallinto-oikeuden useat tuoreet asianosaisaseman edellytyksiä koskevat ratkaisut vahvistavat vallitsevaa tulkintalinjaa asianosaisaseman edellytysten ja muutoksenhauille asetettujen määräaikojen määrittämisessä.

Tarjouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrityksen näkökulmasta muutoksenhauille asetetut määräajat ovat erityisen tärkeässä asemassa. Direktiivin asettaman tehokkuuden ja nopeuden vaatimuksen sekä vakiintuneen oikeuskäytännön johdosta määräaikojen merkitys kasvaa entisestään ja toimittajien tulee olla entistä tietoisempia erityisesti tarjouskilpailuun osallistumattomia toimittajia koskevasta tiukemmasta muutoksenhaku menettelystä ja tarjoajista poikkeavasta määräajasta. Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan muutoksenhauille asetetun tarkan määräajan puuttuminen voi heikentää

toimittajan oikeussuojaa, koska epäselvien määräaikojen vaarana saattaa olla asianosais-
aseman menetys muutoksenhaussa.

Tutkielman perusteella voidaan todeta, että hankintalain säännöksiä tulisi täsmentää tar-
jouskilpailuun osallistumattoman alalla toimivan yrittäjän muutoksenhakua koskevien
määräaikojen osalta. Tutkielmassa kuvatun kaltainen epämääräinen määräaika muutok-
senhauulle ei ole toimittajien eikä hankintayksikön eduksi. Edellä kuvatun perusteella voi-
daan todetta, että yksi keino epäselvään tilanteeseen puuttumiseen olisi lisätä hankintala-
kiin säännös, jonka mukaan tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan tulisi hakea
muutosta tarjouspyynnön syrjivyyden vuoksi jo ennen tarjousten jättämiselle asetettua
määräaika. Hankintalain säännösten täsmentäminen tukisi oikeussuojadirektiivin 1 ar-
tiklan 1 kohdan tehokkuuden ja nopeuden vaatimusta sekä direktiivin tavoitetta vahvistaa
muutoksenhakumenettelyjen käyttöä siinä vaiheessa, kun virheelliset menettelyt voidaan
vielä korjata. Tarjouskilpailuun osallistumattoman toimittajan tehokkaan oikeussuojan
toteutumisen edellytyksenä on toimittajan muutoksenhakumahdollisuuksien täsmällinen
huomioiminen kansallisessa lainsäädännössä.

LÄHDELUETTELO

- Aer, Janne (2003). Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä. *Oikeustiede-Jurisprudentia* 2003:XXXVI, 5–62.
- Aho, Tuomas & Katariina Laine (2016). Tarjouksen lopullisuus julkisessa hankintamennettelyssä. *Defensor Legis* N:o 6/2016. 1007–1026.
- Brown, Adrian (2019). Does an economic operator have standing to challenge an allegedly unlawful specification if it declined to participate in the tender procedure? *Public Procurement Law Review* 2/2019 NA54-NA57.
- Eskola, Saira, Eeva Kiviniemi, Tarja Krakau & Erkki Ruohoniemi (2017). *Julkiset hankinnat*. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Halila, Leena & Janne Aer (2011). *Oikaisumenettely hallinnossa*. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Halonen, Kirsi-Maria & Johanna Salomaa (2017). Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa. *Defensor Legis* N:o 1/2017. 34–51.
- Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö (2015). Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu. *Kilpailukyky* 37/2015. Saatavilla 11.4.2019: https://www.edilex-fi.proxy.uwasa.fi/ministerioiden_julkaisut/15231.pdf.
- Harjula, Heikki & Kari Prättälä (2015). *Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat*. Helsinki: Alma Talent Oy.
- HILMA (2016). *Hankintailmoitusten tilastot*. Saatavissa 15.10.2018: <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot/>.

- Hirvonen, Ari. (2011). Mitkä metodit: opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki: Helsingin yliopisto. Saatavissa 24.10.2018: https://www.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/hirvonen_mitka_metodit.pdf.
- Husa, Jaakko & Teuvo Pohjolainen (2014). Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Hyvönen, Olli, Kaija Kess, Tero Piisi, Heikki Tuomela & Jaakko Uotila (2007). Julkiset hankinnat hankintayksikössä. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Kanninen, Heikki (2005). Oikeuskeinot julkisissa hankinnoissa – Havaintoja oikeuskäytännön perusteella. Defensor Legis N:o 3/2005. 527–555.
- Kontio, Annamari, Sanna Kronström, Aarne Kumlin & Laura Mäki (2017). Julkiset hankinnat: käsikirja. Helsinki: Edita.
- Kulla, Heikki (2015). Suppea tulkinta korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä. Lakimies 2/2015. 151–169.
- Kuoppamäki, Petri (2018). Uusi kilpailuoikeus. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Kuusikko, Kirsi (2017). Hallintolaki markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä. Edilex: www.edilex.fi/artikkelit/18208.
- Kuusikko, Kirsi (2019). KHO 2018:124 – Julkisia hankintoja koskeva muutoksenhaku-kielto. Lakimies 1/2019. 106–115.
- Kuusikko, Kirsi, Mikko Lindroos & Mirva Lohiniva-Kerkelä (2019). Kuntien ja maakuntien muutoksenhakujärjestelmien kehittäminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2019:40. Helsinki: Valtioneuvoston kanslia.

- Kykkänen, Valtteri (2018). Kun huhut lahjonnasta yltyivät, kaupunki teki työntekijästään tutkintapyynnön – asiantuntija: "Julkiset hankinnat ovat monelle kuin kylmä suihku". YLE 3.8.2018. Saatavissa: 20.10.2018. <https://yle.fi/uutiset/3-10331719>.
- Launiala, Mika (2017). Hallintolainkäytön ennakkopäätösjärjestelmä. Edilex: www.edilex.fi/artikkelit/18217.
- Lundström, Ilona (2011). Kuntien palveluhankintojen murros. Acta nro 227. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.
- Mäenpää, Olli (2003). Hallinto-oikeus. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Mäenpää, Olli (2008). Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Mäenpää, Olli (2017). Yleinen hallinto-oikeus. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Mäkinen, Eija (2010). Kunnallisvalitus: Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa? Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Mäkinen, Kaisa (2010). Hankintojen oikeussuojauudistus. Edilex: www.edilex.fi/artikkelit/7371.
- Määttä, Kalle & Tomi Voutilainen (2017). Julkisten hankintojen sääntely. Helsinki: Kauppakamari.
- Määttä, Tapio (toim.), Matti Tolvanen, Ulla Väättänen, Antti Kolehmainen, Matti Myrsky & Anssi Keinänen (2012). Oikeudellisen ajattelun perusteita: Oikeustieteiden pääsykoekirja 2012. Joensuu: Oikeustieteiden laitos.

- Neimala, Antti & Jorma Saariketo (2014). Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu, Kilpailukyky 54/2014. Saatavissa: 25.5.2019: <https://tem.fi/documents/1410877/2859687/Pk-yritysten+osallistuminen+kokemukset+ja+näkemykset+julkisissa+hankinnoissa+15012015.pdf>.
- Nenonen, Anne (2011). Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Oikeustiede-Jurisprudentia XLIV:2011. 331–405.
- Nenonen, Anne (2012). Oikeussuojaa koskevat vaatimukset julkisissa hankinnoissa EU-oikeuden alalla. Oikeustiede-Jurisprudentia XLV:2012. 61–137.
- Nenonen, Anne (2013). Tuomioistuimen toimivalta hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Oikeustiede-Jurisprudentia XLVI:2013. 27.1.2019. 55–125.
- Nenonen, Anne (2014). Oikeussuoja hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut.
- Niemi, Anne E. (2010) Tehokkaan oikeussuojan piirteitä. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton. Olli Mäenpään 60 vuotta juhlakirja, Helsinki 2010: Edita Publishing Oy.
- Niemivuo, Matti, Marietta Keravuori-Rusanen & Kirsi Kuusikko (2010). Hallintolaki. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Pekkala, Elise, Mika Pohjonen, Katariina Huikko & Markus Ukkola (2017). Hankintojen kilpailuttaminen. Helsinki: Tietosanoma Oy.
- Pyykkönen, Jussi (2016). Vaikuttavuuden hankinta: Käsikirja julkiselle sektorille. Sitran selvityksiä nro. 115. Helsinki: Saatavissa 20.10.2018: <https://media.sitra.fi/2017/02/27175254/Selvityksia115-2.pdf>.

- Rainala, Miikka (2017). Kilpailuolosuhteiden huomioiminen julkisen hankinnan sisältöä ja vaatimuksia määriteltäessä. *Lakimies* 1/2017. 51–70.
- Ratio, Juha (2016). *Euroopan unionin oikeus*. Helsinki: Alma Talent Oy.
- Saarinen, Kirsi-Maria (2008). *Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Salmela, Jukka-Pekka (2015). Markkinaoikeuden käsittelyaikojen lyhentäminen julkisia hankintoja koskevissa valitusasioissa. *Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Kilpailukyky* 6/2015. Saatavissa: 15.7.2019: http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/74975/TEMjul_6_2015_web_05022015.pdf.
- Siikavirta, Kristian (2015). *Julkisten hankintojen perusteet*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Siltala, Raimo (2001). *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Tolonen, Hannu (2003). *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki: WSOY Lakitieto.
- Ukkola, Markus (2011). *hankintamenettelyn kriteerit*. *Lakimies* 2/2011. 320–340.
- Ukkola, Markus (2013). Oikeusvoima ja luottamuksensuojaperiaate julkisissa hankinnoissa. Edilex: www.edilex.fi/artikkelit/10759.
- Ukkola, Markus (2018). *Julkisten hankintojen sisältövaatimuksista valittaminen*. Edilex: www.edilex.fi/artikkelit/18502.
- Virolainen, Jyrki & Petri Martikainen (2010). *Tuomion perusteleminen*. Helsinki: Alma Talent Oy.

Virallislähteet

EK 46/2018 vp. Eduskunnan kirjelmä kansalaisaloitteeseen (KAA 2/2018 vp.) vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettaminen.

Hallituksen esitys HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

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

Hallituksen esitys HE 190/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

Hallituksen esitys HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

Markku Virkamäki (2019). Asiantuntijalausunto Eduskunnan sosiaali- ja terveystieteiden valiokunnalle kansalaisaloitteesta KAA 2/2018. Vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettamiseen.

StVL 10/2018 vp. Sosiaali- ja terveystieteiden valiokunnan lausunto talousvaliokunnalle kansalaisaloitteesta (KAA 2/2018 vp.) vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettaminen.

TaVM 35/2018 vp. Talousvaliokunnan mietintö kansalaisaloitteesta (KAA 2/2018 vp.) vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettaminen.

Työryhmämietintö 2008: 6. Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen.
Työryhmän periaatemietintö. Helsinki: Oikeusministeriö.

Oikeuskäytäntö

C-328/17 Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA ym. v. Atpl Liguria - Agenzia regionale per il tra-sporto pubblico locale SpA ja Regione Liguria, EU:C:2018:958.

C-328/17 Amt. ym. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Manuel Campos Sánchez-Bordona, EU:C:2018:542

C-439/14 ja C-488/14, Star Storage, EU:C:2016:688.

C-406/08 Uniplex v. NHS Business Services Authority, EU:C:2010:45.

C-26/03 Stadt Halle ym. EU:C:2005:5.

Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, Fabricom, EU:C:2005:127.

C-230/02 Grossmann Air Service v. Itävallan tasavalta EU:C:2004:93.

C-230/02 Grossmann Air Service. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus L.A. Geelhoed, EU:C:2003:559

KHO 2018:124

KHO 2018:27

KHO 2017:12

KHO 2014:129

KHO 2004:102

KHO 30.3.2017 749/3/17

KHO 29.1.2016/227

MAO 189/19

MAO 267/18

MAO 66/18

MAO 70/17

MAO 9.2.2017 dnro 2017/45

MAO 721/16

MAO 634/16

MAO 579/16

MAO 806/15

MAO 626/14

MAO 193/12

MAO 158:12

MAO 338/11

MAO 480/10

MAO 455/10

MAO 142/08