

Teemu Holster

**HANKINTA-ASIAKIRJOJEN JULKISUUS
YHTIÖMUOTOISEN HANKINTAYKSIKÖN
SUORITTAMISSA JULKISISSA
HANKINNOISSA**

Johtamisen ja talouden tiedekunta
Pro Gradu -tutkielma
Huhtikuu 2024

TIIVISTELMÄ

Teemu Holster: Hankinta-asiakirjojen julkisuus yhtiömuotoisen hankintayksikön suorittamissa julkisissa hankinnoissa
Pro Gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Hallintotieteiden maisteriohjelma, julkisoikeus
Huhtikuu 2024

Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamien julkisten hankintojen hankinta-asiakirjojen avoimuus on aiheena ajankohtainen. Haasteita aiheuttaa julkisen vallan käytön käsitteen epäselvyys. Hankintalain 138.1–2 §:n yhteys julkisuusperiaatetta toteuttavaan julkisuuslakiin ei ole selkeä. Hankintalain julkisuutta koskevan sääntelyn ja julkisuuslain uudistamiseen vaikuttaa olevan tarvetta. Tutkimuksessa selvitetään EU-oikeudellisen avoimuusperiaatteen ja kansallisen julkisuusperiaatteen asettamia vaatimuksia hankinta-asiakirjojen julkisuudelle sekä kyseisten periaatteiden noudattamista yhtiömuotoisen hankintayksikön suorittaessa julkisia hankintoja. Tutkimuksessa tarkastellaan, miten hankintalain 138.1–2 §:ää olisi tulkittava kyseiset periaatteet huomioiden. Lisäksi selvitetään, miten julkisuuslain 4.2 §:n mukaista julkisen vallan käsitettä on tässä yhteydessä tulkittava. Lopuksi tarkastellaan, tulisiko hankinta-asiakirjoja koskevaa sääntelyä kehittää julkisuusperiaatteen ja avoimuusperiaatteen näkökulmasta ja miten tämä tulee toteuttaa.

Lainopillisten kysymysten kohdalla käytetään tulkinnan menetelmiä. Vastaukset etsitään voimassa olevista oikeuslähteistä. Tutkimuksessa systematisointi näkyy hankinta-asiakirjoja koskevien oikeusnormien välisten suhteiden selvittämisenä. Lainsäädännössä olevat epäjohtomukaisuudet havaitaan oikeuspoliittistenkin kysymysten kohdalla lainopin avulla. Oikeuspoliittisten kysymysten osalta hyödynnetään esimerkiksi julkisuuslain ajantasaistamiseen liittyvää materiaalia.

Tutkimuksen perusteella avoimuusperiaate asettaa hankinta-asiakirjoille julkisuuden lähtökohtaiseksi vaatimukseksi. Tätä on noudatettava, vaikka hankintayksikkö olisi yhtiöitetty eikä hankintadirektiivin kynnysarvo täytyisi, jos hankintaan liittyy rajat ylittävä intressi. Hankinta-asiakirjojen avoimuudella varmistetaan Euroopan unionin tavoitteiden kuten sisämarkkinoiden toimivuuden toteutuminen. Avoimuusperiaate ja julkisuusperiaate asettavat hankinta-asiakirjoille samanlaisia vaatimuksia. Hankintalain 138.1 §:n soveltuminen edellyttää yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla erityislakia ja hankintalain 138.2 §:n kohdalla asiakirjaa pyytävän olevan tarjoaja. Hankintapäätöksiä ei katsota julkisen vallan käytöksi. Sovellettavan sääntelyn tavoitteita ei saa kuitenkaan vaarantaa. Kun hankinta-asiakirjat saadaan toimeksiannon tehneeltä viranomaiselta, perussopimuksen tavoitteet eivät vaarannu. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden hankinta-asiakirjojen kohdalla avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen sekä niihin liittyvien vaatimusten noudattaminen tapahtuu huomioimalla Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, sisämarkkinoiden toimivuus ja julkisten hankintojen tavoitteet.

Hankintalain 138.1 §:ä ei sovellu yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla. Tällöin avoimuusperiaate ja julkisuusperiaate eivät välttämättä toteudu tarkoitetulla tavalla. Hankinta-asiakirjojen julkisuuteen tulisi vaikuttaa julkisuuslakia muuttamalla mahdollisesti niin, että julkisyhteisön määräysvallassa oleva yksityisoikeudellinen toimija tulisi julkisuuslain soveltamisalaan harjoittaessaan kilpailemattomassa tilanteessa taloudellista toimintaa markkinoilla. Sisämarkkinoiden toteutumisen valvonta helpottaisi ja ratkaisu vastaisi tavoitteita, joita julkisten hankintojen sääntelyyn liittyy.

Avainsanat: Julkiset hankinnat, avoimuusperiaate, julkisuusperiaate, julkisen vallan käyttö, hankinta-asiakirja

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla

Sisällys

1 JOHDANTO	2
1.1 Julkisen vallan käytön aiheuttama haaste julkisten hankintojen avoimuudelle	2
1.2 Tutkimuskysymykset, keskeiset käsitteet ja aiheen rajaus	5
1.3 Tutkimusmenetelmä, lähdeaineisto, traditio ja työn rakenne	12
2. AVOIMUUSPERIAATTEEN VAATIMUKSET HANKINTA-ASIAKIRJOILLE JA NIITÄ KOSKEVAN SÄÄNTELYN TULKINTA	16
2.1 Avoimuusperiaatteen vaatimukset hankinta-asiakirjojen julkisuudelle	16
2.2 Hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkinta unionin oikeuden valossa	19
3 JULKISUUSPERIAATE AVOIMUUDEN EDELLYTYKSENÄ	24
3.1 Julkisuusperiaatteen noudattaminen hankinta-asiakirjojen kohdalla	24
3.2 Julkisuutta rajoittavan sääntelyn soveltaminen hankinta-asiakirjojen kohdalla	32
3.3 EU-oikeuden vaikutus hankinta-asiakirjojen julkisuuteen ja salassapitosääntelyyn	35
4 HANKINTALAIN 138.1–2 §:N TULKINTA JA AVOIMUUSPERIAATTEEN JA JULKISUUSPERIAATTEEN HUOMIOINTI	38
4.1 Hankintalain 138.1 §:n soveltaminen yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla ja avoimuuden varmistaminen	38
4.2 Hankintalain 138.2 §:n soveltaminen yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla ja julkisuusperiaatteen huomioiminen	39
5 JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMINEN JULKISISSA HANKINNOISSA	43
5.1 Julkisen vallan käytön käsitteen yhteinen ydin	43
5.2 Julkisen vallan käyttö hankintojen yhteydessä	47
5.3 Käsitteen sidonnaisuus kontekstiin ratkaisun KHO 2023:7 valossa	51
5.4 Käsitteen määritelmä hankinnoissa EU-oikeuden valossa ja hankinta-asiakirjojen julkisuus	54
6 HANKINTA-ASIAKIRJOJEN JULKISUUDEN VAHVISTAMINEN	57
6.1 Julkisuuslain ja hankintalain suhteen selkeyttämisen tarve	57
6.2 Lainsäädännöllisten ratkaisuvaihtoehtojen arviointia	59
7 JOHTOPÄÄTÖKSET	64
LÄHTEET	71

1 JOHDANTO

1.1 Julkisen vallan käytön aiheuttama haaste julkisten hankintojen avoimuudelle

Laissa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, HankL, hankintalaki) 3 §:ssä säädetään, että hankintayksikön on toimittava avoimesti. Perustan avoimuusperiaatteelle ja avoimuuden vaatimukselle muodostaa Euroopan unionin perustamissopimus ja siitä suoritettut tulkinnat sekä hallinnon avoimuutta koskevat kansallisessa lainsäädännössä asetetut vaatimukset.¹ Avoimuus on yksi julkisissa hankinnoissa noudatettavista yleisistä periaatteista, joita tulee noudattaa hankintamennettelyn jokaisessa vaiheessa. Päätöksenteossa avoimuuden toteutuminen edellyttää julkisuusperiaatteen noudattamista.² Hankintalain 138.1-3 §:n nojalla hankinta-asiakirjoja koskee viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettu laki (621/1999, JulkL, julkisuuslaki). Julkisuuslaki kuuluu hallinnon yleislakeihin, joita sovelletaan viranomaisen toiminnassa.³ Julkisuuslain tarkoituksena on yleislakina toteuttaa perusoikeutta, joka koskee viranomaisen asiakirjojen julkisuutta.⁴ Hankintalain suhde tällaiseen sääntelyyn ei ole aukoton.⁵

Hankintalaista ei ole saatavissa aina oikeaa ratkaisua siihen, miten lakia tulee kulloinkin soveltaa, vaikka kyseinen laki onkin kattava. Lainsoveltajan olennainen apuväline hankintalain soveltamisessa ovat kyseisen lain periaatteet. Ne ohjaavat soveltajaa tekemään oikean ratkaisun. Niiden merkitystä voidaan luonnehtia hankintalain soveltamisessa keskeiseksi. Varsinkin kansallisten hankintojen kohdalla niiden merkitys korostuu, koska uudessa hankintalaissa niiden sääntely on keventynyt. Ne tulee huomioida niissäkin hankinnoissa, jotka jäävät kansallisten kynnsarvojen alapuolelle.⁶

Julkisyhteisöjen omistamien yhtiöiden toiminnan läpinäkymättömyys herätti 2010-luvun puolivälissä keskustelua.⁷ Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) ratkaisussa KHO 2015:133 tuomioistuin totesi, että se seikka, onko kaupunki käyttänyt asiaa koskevassa toiminnassaan julkista valtaa, ei ole merkityksellinen asiakirjajulkisuuden kannalta.⁸ Kaikkeen viranomaistoimintaa sovelletaan siten julkisuusperiaatetta, vaikka asiassa ei olisi kyse julkisen vallan käytöstä. Määritelmä tulee kuitenkin

¹ HE 108/2016 vp, s. 73.

² Voutilainen – Määttä 2023, s. 125, 133.

³ HE 241/2020 vp, s. 144.

⁴ HE 30/1998 vp, s. 46.

⁵ Voutilainen 2023, s. 380.

⁶ Ks. Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 33.

⁷ Ks. Halonen 2018, s. 52.

⁸ KHO 2015:133.

ratkaisevaksi tilanteessa, jossa on kyse muun kuin viranomaisen toiminnasta.⁹ JulkL 4.2 §:n mukaan kyseistä lakia sovelletaan lain tai asetuksen taikka lain tai asetuksen nojalla annetun säännöksen tai määräyksen perusteella julkista tehtävää” hoitaviin yhteisöihin, laitoksiin, säätiöihin ja yksityisiin henkilöihin, kun ne käyttävät julkista valtaa.

Ratkaisussa KHO 2023:7 oli kyse siitä, että Tieto Finland Oy oli pyytänyt julkista hankintaa koskevan hankintapäätöksen siihen sisältyvine liitteineen sekä tarjousasiakirjat A Oy:ltä, joka oli toiminut yhteishankintayksikkönä. KHO totesi, että asiassa oli arvioitava hankintalain 138.1 §:n nojalla, oliko KL-Kultahankinnat Oy JulkL 4.1 tai 4.2 §:n mukainen viranomainen. KHO:n mukaan asiassa ei ollut kyse JulkL 4.2 §:n tarkoittamalla tavalla julkisen vallan käytöstä. Näin ollen JulkL:ssa säädetyt viranomaisen velvoitteet eivät koskeneet kyseistä yhteishankintayksikköä eikä kyseessä ollut hankintalain 138.1 §:ssä tarkoitettu hankintayksikkö. Asiaa tuli arvioida tämän jälkeen hankintalain 138.2 §:n kannalta. Asiakirjoja pyytänyt yritys oli suljettu lainvoimaisella päätöksellä pois tarjouskilpailusta, jolloin se ei ollut asianosainen JulkL 11 §:n tarkoittamalla tavalla.¹⁰

Voutilaisen mukaan ratkaisun perusteella vaikuttaa siltä, että julkisen vallan käsite, mitä käytetään JulkL:ssa, muodostaa erityisen siinä käytetyn käsitteen. Asiakirjan julkisuuden rajaamiseen liittyvän säännöksen tarkastelussa oli hyödynnetty ainoastaan JulkL:ssa esitettyjä perusteluja. Tästä seurasi, että KHO tulkitsi julkisuusmyönteisen tulkintaopin vastaisesti julkisuusperiaatetta kaventavaa säännöstä laajentavasti. *Voutilainen* toteaa perustuslain käsitteistön olevan epäselvä esimerkiksi julkisen vallan käytön kohdalla ja tämä näkyy tulkintakäytännön jatkuvana laajenemisena perustuslakivaliokunnan lausunnoissa, mutta myös laillisuusvalvonta- ja oikeuskäytännössä.¹¹

Ratkaisun KHO 2023:7 ei todellisuudessa rajoita asiakirjajulkisuutta kuin näennäisesti, koska ne tulee saada julkisilta osiltaan viranomaiselta, joka on antanut yhteishankinnan toimeksiannon. Muutoksenhaun tulisi kohdistua osakeyhtiön suorittaman päätöksen sijaan viranomaisen päätökseen.¹² JulkL 4.2 §:n kohdalla ratkaisevassa roolissa on todetusti se, miten julkisen vallan käyttö ymmärretään. Tilanteessa, jossa julkinen hankinta tarkoittaisi julkisen vallan käyttöä, julkisuuslaki tulisi aina sovellettavaksi yhtiömuodossa toimivan hankintayksikön kohdalla niiden suorittaessa hankintoja. Suoraan laista tai oikeuskäytännöstä tälle näkemykselle ei *Halosen* mukaan saa tukea.¹³ *Voutilainen* ja *Määttä* taas katsovat, että ei ole perusteltua katsoa niiden hankintojen, joihin sovelletaan hankintalakia,

⁹ Halonen 2018, s. 57.

¹⁰ KHO 2023:7, kohta 1, 29–32, 37–40, 42.

¹¹ *Voutilainen* 2023, s. 379–380.

¹² *Voutilainen* 2023, s. 379.

¹³ Halonen 2018, s. 57, 59.

olevan julkisen vallan käytön ulkopuolella.¹⁴ Julkisyhteisöjen omistamien yhtiöiden osalta on katsottu olevan tarvetta julkisuuslain laajennuksille silloin, kun tehdään julkisia palveluja koskevia päätöksiä, mitkä ovat taloudellisesti ja yhteiskunnallisesti merkityksellisiä.¹⁵

Tällöin voidaan todeta, että avoimuusperiaatteen toteuttamisen vaatimukset eivät ole selviä hankintalain kohdalla julkisen vallan käytön käsitteestä johtuen. Avoimuusperiaatteen huomiointi on kuitenkin keskeistä hankintalakia sovellettaessa. Julkisuusperiaatettakaan ei voida sivuuttaa hankintapäätöksiä tehtäessä. Lisäksi kansallisen lainsäädännön hallinnon avoimuudelle asettamat vaatimukset ovat muodostamassa perustaa avoimuusperiaatteelle. Avoimuudelle on siis yhteytensä sekä Euroopan unionin (”EU”) oikeuteen että kansalliseen lainsäädäntöön. Julkisyhteisöjen omistamien yhtiöiden suorittamien julkisten hankintojen hankinta-asiakirjojen avoimuus voidaan nähdä ajankohtaiseksi aiheeksi tällä hetkellä, kun otetaan huomioon esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu KHO 2023:7. Julkisen vallan käsitteen määritelmä tulee myös tällaisten yhtiöiden kannalta ratkaistavaksi. Siitä, onko niiden suorittamien julkisten hankintojen kohdalla kyse julkisen vallan käytöstä, ei ole yksimielisyyttä. Julkisen vallan käsite ei myöskään ole selkeä. Lisäksi hankintalain 138.1–2 §:n suhde julkisuusperiaatetta toteuttavaan julkisuuslakiin ei ole tyhjentävää.

Hankintalakia ei ole saatettu vastaamaan tätä päivää julkisia hallintotehtäviä koskevilta säännöksiltään. Julkisuuslaki on kirjoitettu esitöineen hyvin vaikeaselkoiseksi ja ongelmallisena voidaan pitää varsinkin sääntelyä, missä soveltamisalaa koskevat säännökset rajoittavat asiakirjajulkisuutta. Tällaisten säännösten olennainen sisältö on riippuvainen tulkinnanvaraisista käsitteistä. Tulkinnan ollessa nykyään valtiosääntöistä ongelmalliseksi julkisuuslain osalta voidaan nähdä myös se, että¹⁶ perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeuksia rajoittavalta sääntelyltä edellytetään täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta.¹⁷ Sääntelyn kohderyhmän tulee kyetä myös sen soveltamiseen vaikeuksista ja sääntelyn selkeyteen on kiinnitettävä huomiota erityisesti silloin, kun se kytkeytyy perusoikeuksiin.¹⁸ Kuitenkin julkisuuslaki on edelleen uudistamatta.¹⁹

Julkkiset hankinnat muodostavat viime vuosien tutkimuksen valossa yhden riskikohteen korruption esiintymiselle. Tähän vaikuttaa se, että hankinnat ovat taloudellisesti merkittäviä. ”Avoin ja tehokas” kilpailutus hankinnoissa ”sekä tarjoajien” kohtelemisen tasapuolisesti ja syrjimättömästi voivat vaarantua varsinkin kunnallishallinnossa. Tämä seuraa siitä, jos samat henkilöt ovat ”kuntien ja muiden

¹⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 60.

¹⁵ Halonen 2018, s. 58–59.

¹⁶ Voutilainen 2023, s. 379–380

¹⁷ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

¹⁸ PeVL 4/2021 vp, s. 4.

¹⁹ Voutilainen 2023, s. 380.

organisaatioiden toimielimissä” omaten niissä poikkeavia asemia, ”toimivaltaa ja vaikutusvaltaa” sekä omaten sidonnaisuuksia esimerkiksi yrityksiin.²⁰ Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelmassa on nostettu esiin hankintalain uudistaminen.²¹ Julkisuuslain ajantasaistamista koskevassa työryhmän mietinnössä todetaan, että julkisuuslain kohdalla on olemassa paineita sen muuttamiseen ja kehittämiseen. Tarve tulee esiin esimerkiksi tuomioistuinten ratkaisujen välityksellä.²² Ratkaisu KHO 2023:7 kertookin siitä, että julkisuuslain soveltaminen ei ole yksinkertaista, joten sen uudistaminen vaikuttaisi perustellulta julkisten hankintojen näkökulmasta. Hankintalain uudistuksille on julkisuuden osalta tunnistettu tarvetta myös hallituksen ohjelmassa, mikä voi mahdollisesti kertoa siitä että hankintoja koskevassa sääntelyssä on puutteita. Hallitusohjelman uudistukset eivät tosin koske hankinta-asiakirjoja. Julkisiin hankintoihin sisältyvän korruption riskin johdosta erilaisia uudistuksia, mitkä vaikuttavat hankintoihin on syytä pohtia.

PL 12.2 §:ssä säädetään asiakirja- ja tallennejulkisuudesta, mitä voidaan pitää valtiosääntöoikeudellisen julkisuusperiaatteen yhtenä keskeisenä osana. Tämä osa toimii avoimuuden olennaisena takajana viranomaistoiminnassa.²³ Säännöksen tarkoitus on ollut vahvistaa julkisuusperiaatteen merkitystä viranomaisten toiminnassa. Tallennejulkisuudesta on esitöiden mukaan pääsääntö. Se ulottaa vaikutuksensa asianosaisten lisäksi muihinkin, joten kyse on yleisöjulkisuudesta. Viranomaisen hallussa olevien tallenteiden julkisuus on säännöksen mukaan turvattava yleisöjulkisuutena.²⁴ PL 22 §:ssä säädetään, että julkisen vallan tulee turvata ”perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen”. Säännös sitoo julkista valtaa lainsäädäntö-, hallinto- ja lainkäyttötoiminnassa. Tosiasiallinen perusoikeuksien toteutuminen edellyttää yleensä julkisen vallankäyttäjältä aktiivisia toimenpiteitä.²⁵ Lainsäätäjällä on siis velvollisuus julkisuusperiaatteen toteutumisen turvaamiseen PL 22 §:n valossa, koska PL 12.2 §:n mukainen asiakirja- ja tallennejulkisuus on osa valtiosääntöoikeudellista julkisuusperiaatetta.

1.2 Tutkimuskysymykset, keskeiset käsitteet ja aiheen rajaus

Tutkimuksessa voidaan perustellusti kysyä edellä käsitellyn valossa:

²⁰ Oikeusministeriö 2022, s. 38.

²¹ Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma 2023, s. 104

²² Oikeusministeriö 2023, s. 16.

²³ Manninen 2011-, kohta 8. Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §) > Asiakirja- ja tallennejulkisuus > Julkisuusperiaate

²⁴ HE 309/1993 vp, s. 58.

²⁵ Ks. HE 309/1993 vp, s. 74–75, HE 1/1998 vp, s. 80–81.

- 1) Mitä vaatimuksia EU-oikeudellinen avoimuusperiaate ja kansallinen julkisuusperiaate asettavat hankinta-asiakirjojen julkisuudelle yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamien julkisten hankintojen yhteydessä, miten niiden noudattaminen tapahtuu sekä miten hankintalain 138.1–2 §:n sääntelyä olisi tulkittava yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla avoimuusperiaate ja julkisuusperiaate huomioiden?
- 2) Toiseksi voidaan kysyä, miten julkisuuslain 4.2 §:n mukainen julkisen vallan käytön käsite tulisi nähdä yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamien julkisten hankintojen yhteydessä asiakirjajulkisuuden kannalta?
- 3) Tutkimuksessa ollaan kiinnostuneita myös siitä, tulisiko hankinta-asiakirjoja koskevaa sääntelyä kehittää avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen näkökulmasta, ja jos tulisi, niin millä tavoin?

Viranomaisista JulkL:ssa säädetty koskee muun muassa julkista tehtävää hoitavia yhteisöjä JulkL 4.2 §:n nojalla. Yksityisoikeudelliset oikeushenkilöt jaetaan vakiintuneesti yhteisöihin ja säätiöihin. Yhteisöt taas voivat olla yhdistyksiä ja yhtiöitä. Yhdistykset taas jaetaan edelleen aatteellisiin yhdistyksiin ja taloudellisiin yhdistyksiin. Taloudellisiin yhdistyksiin luetaan esimerkiksi osuuskunta. Yhtiöitä koskevia ryhmiä taas ovat pääomayhtiöt ja henkilöyhtiöt.²⁶ Yhtiömuotoja ovat muun muassa avoin yhtiö, kommandiittiyhtiö, osakeyhtiömuodot²⁷ ja osuuskunta.²⁸

Julkisoikeudellisen laitoksen käsite perustuu unionin oikeuteen, joten sitä tulee tulkita yhteneväisesti ja itsenäisesti unionin alueella. Unionin oikeudessa säädetään kolmesta edellytyksestä, joiden on täyttyvä yhtäaikaisesti. Nämä edellytykset löytyvät hankintadirektiivistä²⁹.³⁰ Hankintadirektiivin 2 artiklan 4 kohdan 1 alakohtaa vastaa hankintalain 5.2 §:ää, jonka mukaan julkisoikeudellisella

²⁶ Immonen – Nuolimaa 2017, s. 2.

²⁷ Ks. Villa – Ossa – Saarnilehti 2007, s. 25, 58.

²⁸ Airaksinen – Jauhiainen 2020, s. 80.

²⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL L 94, 28.03.2014, s. 65–242, (hankintadirektiivi). Käytän tässä tutkimuksessa ilmaisua hankintadirektiivi silloinkin, kun Euroopan unionin tuomioistuimien on viitannut johonkin seuraavista direktiiveistä tai on ollut kyse niiden tulkinnasta, ja tämän pohjalta suoritetuissa päätelmissä; Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivit 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (hankintadirektiivi), neuvoston direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, neuvoston direktiivi 93/37/ETY julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta ja ns. peruspalvelusektoreita koskenut neuvoston direktiivi 93/38/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

³⁰ Tuomio 13.1.2005, komissio v. Espanja, C-84/03, kohta 27.

laitoksella, joka hankintalain 5.1 §:n 4 kohdan nojalla voi olla hankintayksikkö, ”tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta”. Lisäksi edellytyksenä on pykälän 2 momentin 1-3 kohdan nojalla, että valtio, hyvinvointialue, hyvinvointiyhtymä, kunta, kuntayhtymä, valtion liikelaitos tai jokin julkisoikeudellinen laitos, jotka ovat hankintalain 5.1 §:n 1-3 kohdan mukaisesti hankintayksiköitä, rahoittaa julkisoikeudellista laitosta pääasiallisesti, valvoo sen johtoa taikka nimeää yli puolet jäsenistä sen hallinto-, johto- tai valvontaelimeen. Julkisoikeudellinen laitos voi olla vaikkapa osakeyhtiö, osuuskunta tai säätiö, joka on ”muodollisesti valtiosta tai kunnista” irrallaan oleva oikeushenkilö. Kuitenkin valtio, kunta tai liikelaitos harjoittaa suhteessa tällaiseen laitokseen määräysvaltaa jollakin edellä tarkoitetuista tavoista. Edellytyksenä sille, että hankintayksikkö katsottaisiin julkisoikeudellisen laitokseksi, on ensimmäisen osan edellytysten täyttyminen yhtäaikaaisesti. Toisessa kohdassa luetellut ”edellytykset ovat vaihtoehtoisia”.³¹

Yhteishankintayksikkö voi olla esimerkiksi julkisoikeudellinen laitos. Tavanomaisesti yhteishankintayksikkö on itsenäinen oikeushenkilö. Se voi toimia osakeyhtiönä, osuuskuntana tai yhdistyksenä.³² Yhteishankintayksikön ei ole kuitenkaan hankintalaissa säädetty voivan olla yksityisoikeudellinen oikeushenkilö. Esitöiden valossa se olisi hankintalain mukainen julkisoikeudellinen laitos, mikä toimii osakeyhtiönä, yhdistyksenä taikka osuuskuntana.³³

Kun yksikkö perustetaan huolehtimaan nimenomaisesti yleisen edun mukaisista tehtävistä, joiden tarkoitus on tyydyttää ”muita kuin kaupallisia ja teollisia tarpeita”, sen voidaan katsoa täyttävän julkisoikeudellisen laitoksen käsittään ainoastaan siinä tapauksessa. Kyseiset tehtävät voivat olla siis sekä kaupallisia että ei-kaupallisia. Hankintayksiköksi voidaan katsoa ainoastaan yksikkö, jolla yleisen edun mukaiset ei-kaupalliset tehtävät lukeutuvat vähintään osittain toiminnan luonteeseen. Yksikön tarkoituksen selvittämiseksi on tarkasteltava perustamisen syitä ja tavoitteita. Sillä voi kuitenkin olla hoidettavanaan puhtaasti kaupallisiakin tehtäviä. Euroopan unionin tuomioistuin (”EUT”)³⁴ on julkisoikeudellisen laitoksen vaatimusten täyttymisen arvioinnissa tarkastellut sitä, millä tavoin tarpeet tyydytetään eli siis toiminnan luonnetta. Oikeuskäytännössä mainituiksi yleisen edun mukaisiksi tarpeiksi on katsottu tarpeet, joiden tyydyttäminen ei tapahdu tarjoamalla tavaroita taikka palveluita markkinoilla ja julkinen valta on päättänyt tyydyttää ne itse tai joihin se haluaa pitää määräysvallan

³¹ HE 108/2016 vp, s. 84.

³² HE 108/2016 vp, s. 79–80.

³³ Voutilainen 2023, s. 373.

³⁴ Tässä tutkimuksessa puhutaan unionin tuomioistuimesta silloinkin, kun kyse on ollut Euroopan yhteisöjen tuomioistuimesta. Ks. Raitio – Tuominen 2020, s. 116, jossa todetaan, että unionin tuomioistuinta on kutsuttu aikaisemmin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimeksi.

syistä, jotka liittyvät yleiseen etuun. Kun suoritetaan arviointi yksikön toiminnasta, ratkaisevaa on se, onko tarkoitus tuottaa ainoastaan voittoa, vai ”ovatko yksikön toiminnan tavoitteet yleisen edun mukaisia”. Yksikön toiminnan luonne katsotaan teolliseksi tai kaupalliseksi, jos sillä pyritään ainoastaan voiton tavoitteluun. Oikeuskäytännössä on tarkasteltu, sitä sisältyvätkö yksiköllä olevat tehtävät julkisille viranomaisille kuuluviin tehtäviin, tavoitellaanko toiminnalla voittoa, kenelle kuuluu riski yksikön toiminnasta ja toimiiko se kilpailussa ympäristössä. Kun arvioidaan, onko yksikkö hankintalain mukaisesti tarkoitettu hankintayksikkö, tarkastellaan ennen muuta toiminnan luonnetta eikä sitä lukeutuuko yksikkö julkiseen hallintoon. Asiassa suoritetaan siis yksittäistapauksellinen arviointi vallitsevista tosiasioista.³⁵

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa unionin oikeuteen pohjautuvaa sääntelyä, joka koskee ”julkishallinnon hankintoja” sovelletaan vain niihin julkisomisteisiin yhtiöihin, jotka nimenomaan on perustettu siinä tarkoituksessa, että ne tyydyttävät niitä ”yleisen edun mukaisia tarpeita”, joilta puuttuu teollinen tai kaupallinen luonne ”ja joita toinen hankintayksikkö valvoo, rahoittaa” taikka se nimittää yli puolet julkisomisteisen yhtiön ”hallintoelimien jäsenistä”.³⁶

Tarkastelun ulkopuolelle tutkielmassa rajautuvat JulkL 4.1 §:ssä mainittujen viranomaisten suorittamat hankinnat, ja arvioinnin kohteena on niiden yhtiömuodossa toimivien hankintayksiköiden hankinta-asiakirjojen julkisuus. Tutkielmassa tarkastellaan niiden kaikkien yhtiömuodossa toimivia hankintayksiköiden hankinta-asiakirjojen julkisuutta, jotka katsotaan julkisoikeudellisiksi laitoksiksi. Tällainen on hankintalain 5.2 §:n nojalla yhtiömuodossa toimiva hankintayksikkö, joka on perustettu suorittamaan julkishallinnon yleisen edun mukaisia hankintoja. Sen ei kuitenkaan tarvitse itse kuulua julkiseen hallintoon, jos yhtiömuotoinen hankintayksikkö kuitenkin suorittaa julkisten viranomaisten tehtäviin kuuluvia hankintoja. Tämä voidaan selvittää tapauskohtaisesti unionin oikeuden mukaisella tulkinnalla. Myös yhteishankintayksikkö voi toimia yhtiömuodossa. Nämä voidaan siis katsoa julkisuuslain 4.2 §:n mukaisiksi yhteisöiksi.

Julkishallinto koostuu julkisoikeudellisista oikeushenkilöistä, joista valtaosa on lailla perustettuja ja laki muodostaa perusteen niiden toiminnalle. Niihin lukeutuvat ennen kaikkea valtio, hyvinvointialueet sekä kunnat. Tällaiset oikeushenkilöt voivat olla julkisyhteisöjä tai vaihtoehtoisesti itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia. Julkisyhteisöistä tärkeimmiksi voi lukea valtion, kunnat ja hyvinvointialueet. Lakisääteiset julkisoikeudelliset yhdistykset voidaan myös katsoa siihen lukeutuviksi.

³⁵ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 54, 55–56. Ks. yleisen edun mukaisuuden arvioinnista ja yhtiön teollisen ja kaupallisen luonteen arvioinnista tuomio 10.11.1998, BFI Holding, C-360/98, sekä kilpailun olemassaolon arvioinnista tuomio 10.5.2001, Agorà, C-223/99 ja C-260/99.

³⁶ Halonen 2018, s. 67–68.

Tavanomaisesti itsenäiset julkisoikeudelliset laitokset on perustettu laitoksiksi ”erityisellä säädöksellä”.³⁷ Tutkimuksessa on sivuttava julkisyhteisönkin käsitettä, joka on julkishallinnon oikeushenkilö, vaikka hankintayksikön ei tarvitse kuulua julkishallintoon eikä olla itsenäinen julkisoikeudellinen laitos. Käsite kuitenkin nousee esiin tutkimuksessa erilaisissa yhteyksissä.

Hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan mukaan hankintayksikkönä pidetään, mitä tahansa hankinnan tekijää, jos ”se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta” hankintalaissa ”tarkoitulta hankintayksiköltä”. Jotta tukea saava yksikkö olisi hankintayksikkö, on julkisen tuen koskettava tiettyä hankintaa. Laina katsotaan myös julkiseksi tueksi. Jotta hankinnan tekijä katsottaisiin, hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan mukaiseksi hankintayksiköksi, on sen saatava tukea hankintalain 5 §:ssä mainitulta hankintayksiköltä. Tällöin EU:lta saatavat tuet eivät täytä näitä tuen edellytyksiä.³⁸ Tutkimus koskee myös hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan mukaisia hankintayksiköitä, jotka toimivat yhtiömuodossa. Tällöin se ei rajoitu vain yhtiömuodossa toimivaan julkisoikeudellisiin laitoksiin, vaan pitää sisällään muutkin yhtiömuodossa toimivat hankintayksiköt. Tässä on huomattava, että hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan nojalla yhtiö on hankintayksikkö saadessaan tukea tiettyyn hankintaan yli puolet hankinnan arvosta. Näin ollen on selvää, että kaikki niiden toiminta ei ole katsottavissa julkisuuden piiriin lukeutuvaksi. Tutkimuksen ulkopuolelle rajautuvat hankintalain 5.1 §:n 1–3 kohdan mukaiset hankintayksiköt.

Julkisuuslain 5.2 §:n mukaan:

Viranomaisen asiakirjalla tarkoitetaan viranomaisen hallussa olevaa asiakirjaa, jonka viranomaisen tai sen palveluksessa oleva on laatinut taikka joka on toimitettu viranomaiselle asian käsittelyä varten tai muuten sen toimialaan tai tehtäviin kuuluvassa asiassa. Viranomaisen laatimana pidetään myös asiakirjaa, joka on laadittu viranomaisen antaman toimeksiannon johdosta, ja viranomaiselle toimitettuna asiakirjana asiakirjaa, joka on annettu viranomaisen toimeksiannosta tai muuten sen lukuun toimivalle toimeksiantotehtävän suorittamista varten.

Asiakirjan ei edellytetä olevan viranomaisen hallussa, jos sen on laadittu viranomaisen toimeksiannosta tai se on annettu johtuen tällaisesta toimeksiannosta. Lain kohteena ovat asiakirjat, joita viranomaisella on ”asian käsittelyä varten tai” sillä on muuten sen tehtävien ja toimialaan lukeutuvassa asiassa. Tämä on keskeistä viranomaisen hallussa olevaa aineistoa. Vaikka kyseessä olisi yksityinen asiakirja, joka on saapunut viranomaiselle, katsotaan se viranomaisen asiakirjaksi, ”jos se on

³⁷ Mäenpää 2023, s. 226–227.

³⁸ HE 108/2016 vp, s. 86.

toimitettu viranomaiselle asian käsittelyä varten tai muuten sen toimialaan tai tehtäviin kuuluvassa asiassa”.³⁹

Hankintalain 4 §:n 11 kohdan mukaan hankinta-asiakirja on mikä tahansa hankintayksikön laatima asiakirja tai asiakirja mihin ”se viittaa kuvatakseen tai määrittääkseen hankinnan tai menettelyn eri osia”. Hankinta-asiakirjan käsite pohjautuu hankintadirektiiviin.⁴⁰ Hankintadirektiivin 2 artiklan 13 kohdan nojalla hankinta-asiakirjalla tarkoitetaan hankintaviranomaisen tuottamaa, mitä asiakirjaa tahansa tai johon viranomaisen ”hankinnan tai menettelyn eri osia” kuvatakseen tai määritelläkseen viittaa. Tähän luetaan kuuluvaksi myös ”hankintailmoitus, ennakoilmoitus”, jolla tarjouskilpailuun kutsutaan, ”tekniset eritelmät, hankekuvaus, ehdotetut sopimusehdot, ehdokkaiden ja tarjoajien asiakirjojen esittämismuodot, yleisesti sovellettavia velvollisuuksia koskevat tiedot” sekä ”mahdolliset täydentävät asiakirjat.

Kyseessä on käsite, jonka avulla toimitaan hankintalaissa. Julkisuuslain 5.2 §:n perusteella hankinta-asiakirja on katsottava toimeksiannon antaneen hankintayksikön eli viranomaisen asiakirjaksi tilanteessa, jossa sen on laatinut ”yritys tai muu yhteisö”, joka suorittaa toimeksiantotehtävää viranomaisen lukuun. Näin on myös silloin, jos tällaisille yhteisöille on toimitettu tehtävän suorittamiseen kytkeytyviä hankinta-asiakirjoja. Julkisuuslain soveltamisalan suhteen ei ole merkitystä sillä, että hankintasopimus on asiakirja, joka liittyy yksityisoikeudelliseen toimeen. Näin ollen se katsottaisiin viranomaisen asiakirjaksi.⁴¹ Tutkimuksessa selvitetään näiden asiakirjojen julkisuutta.

Nenonen on tuonut esiin EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön ja hankintadirektiivin pohjalta, että avoimuusperiaatteen sisältöön kuuluu ilmoittaminen hankinnoista asianmukaisessa laajuudessa, kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn sekä neuvottelumenettelyyn nähden avoin ja rajoitettu menettely ovat ensisijaisia ja päätökset on perusteltava.⁴² Tutkimuksessa on siis tuotu oikeudelliseen lähteisiin perustuen esiin, että avoimuusperiaate aiheuttaa hankinnoille erilaisia vaatimuksia. Voidaan nähdä, että ainakaan päätöksen perustelujen arvioiminen ei ole mahdollista ilman asiakirjojen julkisuutta. Tässä tutkimuksessa keskitytään kuitenkin käsittelemään hankinta-asiakirjojen julkisuutta ja avoimuuden sille aiheuttamia vaatimuksia.

³⁹ HE 30/1998 vp, s. 55.

⁴⁰ HE 108/2016 vp, s. 79.

⁴¹ Voutilainen – Määttä 2023, s. 628.

⁴² Ks. Nenonen 2009b, s. 92–95.

Tutkimuksessa tarkastellaan myöhemmin *oikeusjärjestyksen*⁴³ valossa julkisen vallan käsitteestä esitettyjä tulkintoja. Toiseen kysymykseen vastaaminen edellyttääkin sen selvittämistä, mitä julkisen vallan käsite tarkoittaa hankintojen yhteydessä. Hankintapäätöksissä ei ole oikeusjärjestyksen valossa aina kyse julkisen vallan käytöstä kaikkien tulkintojen mukaan. Siten tulkinta siitä, että julkisuuslaki tulisi aina sovellettavaksi yhtiömuodossa toimivien hankintayksiköiden kohdalla, ei ole yksiselitteinen.

Julkisten hallintotehtävien keskeisimmän alueen muodostaa julkisen vallan käyttö.⁴⁴ Julkiset hallintotehtävät on kuitenkin ymmärrettävä kohtuullisen laajana hallinnollisten tehtävien alueena. Siihen sisältyy tehtäviä, jotka koskevat esimerkiksi lainsäädännön toimeenpanoa ja päätöksentekoa, mikä liittyy ”yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen” oikeuksiin, velvollisuuksiin ja etuihin.⁴⁵ Tutkimuksessa on käsiteltävä julkisen hallintotehtävänkkin käsitettä, jotta julkisen vallan käyttöä koskevaan kysymykseen saadaan vastattua. Samoin hankinta-asiakirjojen julkisuutta koskevan lainsäädännön kehittämisessä käsitellään kyseistä käsitettä

Hankintalain 138.2 §:n mukaan, kun kyseessä on ”muun kuin” hankintalain 138.1 §:n mukaisen ”hankintayksikön järjestämään tarjouskilpailuun osallistuneen” oikeudesta tiedonsaantiin niistä asiakirjoista, jotka on laadittu tai saatu ”tarjouksen käsittelyä varten” ja ”hankintayksikön palveluksessa olevan vaitiolovelvollisuuteen sovelletaan, mitä” julkisuuslaissa ”säädetään asianosaisen oikeudesta asiakirjaan, asiakirjan julkisuuden määräytymisestä sekä tiedonsaantia koskevan asian käsittelemisestä ja ratkaisemisesta”. Voimassa olevan hankintalain esitöissä todetaan lain 138 §:n vastaavan aiemman hankintalain 84 §:ää,⁴⁶ mikä taas vastasi aiempaa 75 §:ää.⁴⁷ Mainitun säännöksen esitöissä todetaan, että julkisuuslain erikseen mainitut säännökset soveltuvat, vaikka kyseessä ei olisi julkisuuslain 4 §:ssä tarkoitettu viranomainen.⁴⁸ Todetusti ratkaisussa KHO 2023:7 katsottiin, ettei Tieto Finland Oy ollut julkisuuslain 11.1 §:n mukainen asianosainen.⁴⁹ Näin ollen asianosaisen käsite on tutkimuksen kannalta merkittävä.

⁴³ Ks. Siltala 2003, s. 405, jossa todetaan, että voimassa olevat oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet, jotka nauttivat riittävää yhteisöllistä ja institutionaalista tukea, muodostavat oikeusjärjestykseksi kutsutun kokonaisuuden.

⁴⁴ Mäenpää 2021, s. 61.

⁴⁵ HE 1/1998 vp, s. 179.

⁴⁶ HE 108/2016 vp, s. 230.

⁴⁷ HE 190/2009 vp, s. 58.

⁴⁸ HE 50/2006 vp, s. 118.

⁴⁹ KHO 2023:7, kohta 42.

1.3 Tutkimusmenetelmä, lähdeaineisto, traditio ja työn rakenne

Työssä hyödynnettävät tutkimusmenetelmät määräytyvät tutkimuskysymysten perusteella. Kun kysymys on lainopillinen, se edellyttää aina tulkintaa. Lainopillinen tutkimuskysymys on konkreettisimmillaan kysyttäessä, miten voimassa olevaa oikeutta tulisi tulkita.⁵⁰ Lainopin tehtäviin kuuluvat tulkinta ja systematisointi. Tulkinnan menetelmät ovat ennen muuta lainopin metodeja. Näillä menetelmillä lainoppi tuottaa tiedon oikeusnormin merkityssisällöstä.⁵¹ Tulkinta muodostaa lainopin käytännöllisen ulottuvuuden.⁵² Tässä työssä on hyödynnettävä tulkinnan menetelmiä, koska tutkimuksen tiedonintressi on kahden ensimmäisen kysymyksen osalta lainopillinen. Työssä selvitetään siis voimassa olevien oikeusnormien merkityssisältöä.

Oikeuslähdeaineisto systematisoidaan tulkinnan avulla.⁵³ Systematisoinnissa järjestetään ja tutkitaan oikeudenalojen oikeusperiaatteita, käsitteitä sekä teorioita.⁵⁴ Sitä voidaan luonnehtia pelkistetyimmillään myös normien välisten liitântöjen tutkimukseksi,⁵⁵ jossa hajallaan oleva normisto kootaan selkeämmiksi kokonaisuuksiksi.⁵⁶ Tämä näkyy usein työn käsittelyosassa.⁵⁷ Systematisointia kutsutaan lainopin teoreettiseksi osaksi. On kuitenkin huomattava, että nämä lainopin osa-alueet ovat vuorovaikutussuhteessa toisiinsa.⁵⁸ Tässä tutkimuksessa työn jäsentäminen tapahtuu, julkisen vallan käsitteen, avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen avulla sekä selvittämällä hankinta-asiakirjoja koskevien normien välisiä yhteyksiä, missä näkyy oikeuslähdeaineiston systematisointi. Jäsentäminen selventää näiden periaatteiden ja käsitteiden suhdetta asian kannalta relevanttiin normistoon.

Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön oikeustieteellinen tutkimus olisi mahdollista suorittaa useista näkökulmista.⁵⁹ *De lege ferenda* -tutkimus, joka on oikeuspoliittista tutkimusta, yhdistyy tavanomaisesti lainopilliseen tutkimukseen. Tutkimuksessa pyritään tällöin lainopille tunnusomaisesti tulkintaan ja systematisointiin, mutta sen sivutuotteena syntyy ratkaisuehdotuksia tulevaa lainsäädäntöä koskien. Tällaisessa tutkimuksessa voidaan arvioida ratkaisuja, joihin lainsäädäntö voisi perustua.⁶⁰ *De lege ferenda* -tutkimus voi olla lainopillista, jossa lainopin keinoin huomataan

⁵⁰ Soininen 2016, s. 56.

⁵¹ Hirvonen 2011, s. 22, 36–37.

⁵² Aarnio 2006, s. 238.

⁵³ Soininen 2016, s. 56.

⁵⁴ Hirvonen 2011, s. 25.

⁵⁵ Kolehmainen 2016, s. 129.

⁵⁶ Sajama 2016, s. 40.

⁵⁷ Kolehmainen 2016, s. 129.

⁵⁸ Aarnio 2006, s. 238.

⁵⁹ Ks. Ukkola 2012, s. 4.

⁶⁰ Kolehmainen 2016, s. 108.

lainsäädännössä oleva epäkoherenttius. Tällaisen tutkimuksen tehtäväksi on usein hahmoteltu tiedon tai ratkaisumallien tuottaminen lainsäätäjän tarpeisiin. *De lege ferenda* -tutkimuksen lähteenä voidaan hyödyntää esimerkiksi lakiehdotusta pohtien sen käyttökelpoisuutta, toimiiko ehdotus vastauksena kritiikille ja vastaako se muutoksen taustalla oleviin syihin.⁶¹ Ratkaisuehdotuksia julkisyhteisöjen omistamien yhtiöiden avoimuuden lisäämiseksi on tullut useilta tahoilta.⁶² Tämän tutkimuksen kolmannessa kysymyksen tiedonintressi on oikeuspoliittinen. Lainsäädännössä olevia epäjohtonmuksuuksia havaitaan kuitenkin lainopin keinoin. Tutkimuksen *de lege ferenda* -pohdinnoissa hyödynnetään esimerkiksi julkisuuslain ajantasaistamiseen liittyvää työryhmän mietintöä ja oikeusministeriön julkaisua korruptiontorjunnasta kunnallishallinnossa. Materiaalin pohjalta pyritään vastaamaan siihen, voisiko jokin ehdotus toimia ratkaisuna havaittuihin ongelmiin.

Voimassa olevaa oikeutta selvitetään lainopissa oikeuslähteistä.⁶³ Oikeuslähteet jaetaan pohjoismaisessa oikeuslähdeopissa velvoittavuutensa mukaan, jolloin ensimmäisenä tulevat vahvasti velvoittavat oikeuslähteet, jota seuraavat heikosti velvoittavat oikeuslähteet ja kolmantena tulevat sallitut oikeuslähteet. Laki on perinteinen vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä, mutta on syytä huomata, että näihin lukeutuu myös Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Hankintalainsäädäntöä tulkittaessa tämä oikeuskäytäntö on todetusti keskeisessä asemassa. Hallituksen esitykset lukeutuvat heikosti velvoittaviin lähteisiin kuten myös oikeuskäytäntö. Tähän heikosti velvoittavaan oikeuskäytäntöön kuuluu erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden käytäntö, kun taas esimerkiksi markkina-oikeuden ratkaisujen sijainti oikeuslähdeopissa ei ole näin selkeä. Oikeuskirjallisuus, oikeusperiaatteet sekä esimerkiksi seuraamusargumentit ovat materiaalia, jotka muodostavat sallitut oikeuslähteet.⁶⁴ Tutkimuskysymyksiin pyritään hakemaan vastauksia kyseisistä oikeuslähteistä.

Kansallisen oikeuden säännöksille tulee yhdenmukaisen tulkinnan periaatteen mukaisesti antaa tulkinnan avulla merkityssisältö, joka ei ole ristiriidassa eurooppaoikeuden ja integraatiotavoitteiden kanssa. Sen huomioiminen on erityisen tärkeää tilanteessa, jossa eurooppaoikeus ei voi toimia suoraan perusteena oikeudelliselle ratkaisulle tai sen vaikutus ei ole välitön.⁶⁵ Hankintalain 1.2 §:n 1 kohdan mukaan kyseisellä lailla pannaan täytäntöön hankintadirektiivi. Kansallisen lainsäädännön tulkinnassa tulee lähteä direktiivin sanamuodosta ja tarkoituksesta, mutta EU-oikeus tulee huomioida kokonaisuudessaan. Tällöin on selvitettävä esimerkiksi EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö.⁶⁶

⁶¹ Ks. Leskinen 2022, s. 1167–1171.

⁶² Halonen 2018, s. 66.

⁶³ Hirvonen 2011, s. 23.

⁶⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 86–88.

⁶⁵ Raitio - Tuominen 2020, s. 253.

⁶⁶ KKO 2016:34, kohta 24.

Euroopan unionin sekundaarioikeuden, joita ovat unionin säätämät asetukset ja direktiivit, tulkinta tapahtuu EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön ja perussopimusten sisällön kautta. Ne oikeusohjeet, jotka on laadittu ennen nykyistä hankintadirektiiviä, ovat edelleen päteviä sellaisessa tilanteessa, jossa edeltävät direktiivit vastaavat nykyistä.⁶⁷ Työssä pyritään huolehtimaan siitä, että tulkinnat ovat sopusoinnussa unionin oikeuden kanssa. Tällöin EU-oikeudellisten lähteiden merkitys korostuu. Tätä voidaan pitää perusteltuna, koska tulkittavana on JulkL:n lisäksi hankintalaki, joka pohjautuu hankintadirektiiviin. Aikaisempien hankintadirektiivien aikaista oikeuskäytäntöä hyödynnetään sen vastatessa voimassa olevaa hankintadirektiiviä.

Menettelysäännökset kytkevät hankintamenettelyn kansallisella tasolla julkisoikeutta ja hallinto-oikeutta koskevaan sääntelyyn, vaikka pohja hankintamenettelylle löytyy eurooppaoikeudesta ja sisämarkkinaoikeudesta. Kilpailun ja markkinoiden toimivuus pyritään turvaamaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn avulla. Julkisten hankintojen ei tule häiritä markkinoita, joten raamit julkisen sektorin ja markkinoilla kilpailevien toimijoiden välille on asetettu hankintamenettelyyn liittyvässä sääntelyssä. Julkiset hankinnat ovatkin myös yhteydessä kilpailuoikeuteen.⁶⁸ Työ sijoittuu mainituista perusteista johtuen Euroopan unionin oikeuden, hallinto-oikeuden ja kilpailuoikeuden alaan.

Tämä tutkimus koostuu kuudesta pääluvusta. Toisessa luvussa käsitellään avoimuusperiaatteen merkitystä toteuttamista julkisissa hankinnoissa. Tässä yhteydessä pohditaan myös hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkintaa unionin oikeuden valossa. Kolmannessa luvussa keskitytään julkisuusperiaatteen merkitykseen avoimuuden edellytyksenä. Tarkastelun kohteena on tässä yhteydessä julkisuusperiaatteen noudattaminen hankinta-asiakirjojen suhteen, salassapitosääntelyn soveltaminen hankinta-asiakirjoihin ja unionin merkitys niiden julkisuudelle sekä salassapidolle. Neljännessä luvussa käsitellään hankintalain 138 §:n 1–2 momentin tulkintaa yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla sekä julkisuusperiaatteen ja avoimuusperiaatteen toteutumista niiden soveltamisen yhteydessä. Tutkimuksen viidennessä luvussa avataan julkisen vallan käsitettä julkisten hankintojen kontekstissa. Tarkoitus on julkisen vallan käytön yhteisen ytimen hahmottelun kautta pohtia käsitettä hankintojen kontekstissa ja avata asiaa ratkaisun KHO 2023:7 kautta. Tässä yhteydessä pohditaan lisäksi unionin oikeuden merkitystä tulkittaessa käsitteen sisältöä julkisten hankintojen yhteydessä. Kuudennessa luvussa pohditaan tarvetta julkisuuslain ja hankintalain uudistamiseksi sekä arvioidaan lainsäädännöllisiä ratkaisuehdotuksia avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen vahvistamiseksi

⁶⁷ Raitio – Tuominen 2020, s.74, 685.

⁶⁸ Voutilainen – Määttä 2023, s. 49. Ks. Ukkola 2012, s. 5, jossa todetaan, että julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö on sijoitettu usein sisämarkkinaoikeuden alaan lukeutuvaksi

hankinta-asiakirjojen kohdalla. Tutkimuksen seitsemännessä luvussa kootaan yhteen tutkimuksessa käsitellyt asiat päätelmiseen.

2. AVOIMUUSPERIAATTEEN VAATIMUKSET HANKINTA-ASIAKIRJOILLE JA NIITÄ KOSKEVAN SÄÄNTELYN TULKINTA

2.1 Avoimuusperiaatteen vaatimukset hankinta-asiakirjojen julkisuudelle

Hankintalain uudistuksessa ei muutettu avoimuusperiaatteen sisältöä ja vaikutuksia. Todetusti perustan avoimuusperiaatteelle ja avoimuuden vaatimukselle muodostavat unionin perustamissopimus, sen tulkintakäytäntö sekä hallinnon avoimuutta koskevat vaatimukset, jotka on asetettu kansallisessa lainsäädännössä.⁶⁹ Edellisen hankintalain esitöissä todetaan, että avoimuusperiaatteen vaatimuksena on muun muassa, että lähtökohtaisesti hankinta-asiakirjat ovat julkisia. Tässä yhteydessä viitataan *Telaustria*-tapaukseen, jonka nähdään kertovan avoimuusperiaatteen asettamasta velvoitteesta.⁷⁰ *Nenonen* on kysynyt, tulisiko perussopimuksesta juontuvaa avoimuusvelvollisuutta tulkita niin, että se pitäisi sisällään samat velvollisuudet kuin avoimuusperiaate, mikä sisältyy hankintadirektiiviin.⁷¹ Hankinta-asiakirjojen julkisuutta voitaisiin pitää perustellusti lähtökohtaisena vaatimuksena, jonka avoimuusperiaate niille asettaa johtuen hankintalain esitöistä. Niiden perusteella vaikuttaa myös siltä, että avoimuusperiaatteen vaatimuksia voidaan hahmottaa unionin perustamissopimuksesta ja sitä koskevasta oikeuskäytännöstä, vaikka siinä puhutaankin avoimuusvelvollisuudesta. Tällä ei tarkoiteta sitä, että avoimuusperiaatteen kaikki vaatimukset kuuluisivat avoimuusvelvollisuuteen.

Telaustria-tapauksessa unionin tuomioistuin otti kannan, jonka mukaan sopimuksissa, jotka jäävät peruspalveludirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle tulee noudattaa ”perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä”. Näihin lukeutuu erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskeva periaate, joka edellyttää hankintaviranomaisilta esimerkiksi avoimuusvelvollisuuden noudattamista.⁷² *ANAV*-tapauksessakin unionin tuomioistuin katsoi, että hankintadirektiivin ulkopuolelle jäävien hankintojen kohdalla ei voida jättää noudattamatta perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, jotka sisältyvät perustamissopimukseen. Näihin lukeutuu varsinkin kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskeva periaate, joka tarkoittaa korostetusti avoimuusvelvollisuutta.⁷³ *SECAP*-tapauksessa unionin tuomioistuin totesi kyseisten perustamissopimukseen liittyvien ”perustavanlaatuisten oikeussääntöjen” sekä ”yleisten periaatteiden” tulemisen sovellettavaksi ”hankintasopimusten tekomenetelyihin” vaatii, että sopimuksilla on intressi, joka ylittää rajat.⁷⁴ Myöhemminkin unionin

⁶⁹ HE 108/2016 vp, s. 73.

⁷⁰ Ks. HE 50/2006 vp, s. 47.

⁷¹ Nenonen 2009b, s. 94.

⁷² Tuomio 7.12.2000, *Telaustria*, C-324/98, kohdat 60–62, tuomiolauselman kohdat 1–3.

⁷³ Tuomio 6.4.2006, *Anav*, C-410/04, kohdat 18, 21.

⁷⁴ Tuomio 15.5.2008, *SECAP*, yhdistetyissä asioissa C-147/06 ja C-148/08, kohta 21.

tuomioistuin on terävöittänyt linjaa ja todennut, että jos ”sopimukseen liittyy selvä rajat ylittävä intressi”, tulee soveltaa ”EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä ja yleisiä periaatteita”, vaikka direktiivin 2004/18 soveltaminen edellyttää kynnysarvon täyttymistä.⁷⁵ Aikaisempaan oikeuskäytännöön verrattuna *SECAP*-tapauksen myötä intressin näyttökynnyksen voi katsoa laskeneen, kun intressin täyttymisen on oltava selvää. Ennen tätä edellytyksenä oli ”varma rajat ylittävä intressi”.⁷⁶

SECAP-tapauksessa EUT totesi, että hankinnan jäädessä hankintadirektiivin kynnysarvojen alapuolelle mahdollista hankintasopimukseen ”liittyvää rajat ylittävää intressiä” tulee arvioida ennen hankintailmoituksen ehtojen määrittelyä niin, että asia voidaan arvioida tuomioistuimessa. Intressi voi puuttua, jos hankintasopimuksen taloudellinen painoarvo on vähäinen. Arvoltaan vähäisiinkin sopimukseen voi kuitenkin liittyä mainittu intressi, jos rajat sijaitsevat sellaisten asutuskeskusten yhteydessä, ”jotka sijaitsevat eri jäsenvaltioiden alueella”.⁷⁷ Unionin tuomioistuin on siis korostanut mahdollisten tarjoajien suojaamista avoimuusvelvollisuuden kohdalla, kun arvioidaan mainitun intressin täyttymistä. Intressin nähdään syntyvän, jos hankinta mahdollisesti synnyttää kiinnostuksen toisen jäsenvaltion yrityksissä. Jokaisen hankinnan kohdalla on suoritettava ”rajat ylittävää intressiä” koskeva kokonaisarviointi, joka tapahtuu siihen liittyvien yksityiskohtien perusteella. Jos hankinta on kansallisen kynnysarvon alapuolella, lähtökohdaksi voidaan ottaa se, että hankinta ei kiinnosta muissa jäsenvaltioissa olevia toimijoita. Intressi voi kuitenkin täytyä tällaisessakin tilanteessa jonkin tekijän johdosta. Vaikka hankintasopimus olisi arvoltaan vähäinen, intressi voi syntyä hankinnan suorituspaikan sijoituessa ”taloudellisen toiminnan alueella”, joka koostuu useamman jäsenvaltion alueista.⁷⁸

Hankintadirektiivit eivät siis ulotu kaikkiin hankintoihin. Unionin tuomioistuin on kuitenkin avannut oikeuskäytännössään hankintadirektiivin ulkopuolelle jääviä hankintoja kilpailulle. Perussopimusten soveltaminen on tehostunut oikeuskäytännöllä, jossa velvollisuuden avoimuuteen on katsottu seuraavan syrjinnän kiellon periaatteesta. Kyseessä on ”positiivinen toimintavelvoite”, joka oikeuskäytännön myötä ulottuu niihinkin hankintoihin, jotka eivät ole hankintadirektiivin soveltamisalueella.⁷⁹

Avoimuusperiaatetta on siis EU:n tuomioistuimen kannan mukaan noudatettava myös niissä hankinnoissa, jotka eivät ylitä kynnysarvoa,⁸⁰ jos rajat ylittävä intressi täyttyy.⁸¹ Koska avoimuusperiaatetta

⁷⁵ Tuomio 19.12.2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, C-159/11, kohta 23.

⁷⁶ Nenonen 2009a, s. 965. Ks. aikaisemmasta ilmaisusta tuomio 13.11.2007, komissio v. Irlanti, C-507/03, kohta 29.

⁷⁷ Tuomio 15.5.2008, *SECAP*, yhdistetyissä asioissa C-147/06 ja C-148/08, kohdat 30–31.

⁷⁸ Nenonen 2009a, s. 981.

⁷⁹ Nenonen 2009b, s. 89.

⁸⁰ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 34.

⁸¹ Voutilainen – Määttä 2023, s. 47.

tulisi noudattaa hankintadirektiivin ulkopuolellekin jäävissä hankinnoissa intressin ollessa rajat ylittävä unionin oikeuskäytännön ja hankintalain esitöiden perusteella. Unionin oikeuden näkökulmasta ei siis olisi välttämättä ongelmatonta, jos yhtiömuodossa toimivien hankintayksiköiden suorittamien julkisten hankintojen osalta ei noudatettaisi vaikkapa tällaisessa tilanteessa hankinta-asiakirjojen julkisuutta. Tällainen jännite muodostuu tilanteessa, jossa yhtiömuotoisena hankintayksikkönä toimiva julkisoikeudellinen laitos (HankL 5.1 § 4 kohta) on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, jotka eivät ole kaupallisia tai teollisia luonteeltaan, ja sitä rahoitetaan tai valvotaan hankintalain 5.1 §:n 1-3 kohdan mukaisen hankintayksikön toimesta taikka tällainen hankintayksikkö nimitetään sen johto-, hallinto- tai valvontaelimen jäsenistä yli puolet (HankL 5.2 §), mutta hankinta-asiakirjojen julkisuutta ei noudateta.⁸²

EU-oikeuden näkökulmasta ongelmattomaksi ei voida katsoa myöskään tilannetta, jossa yhtiö olisi hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan nojalla katsottava hankintayksiköksi, mutta sen suorittamaa hankintaa koskevat asiakirjat eivät olisi julkisuuslain soveltamisalan piirissä, ja hankintaan liittyisi mahdollisesti rajat ylittävä intressi. Avoimuusperiaate ulottaa tällöin vaikutuksensa myös niihin hankintoihin, jotka eivät ole hankintadirektiivin soveltamisen piirissä. Todetusti kyseisenkin periaatteen merkitys jopa korostuu tällaisten hankintojen kohdalla hankintalakia sovellettaessa.⁸³ Hankintalain 3.1 §:ssä avoimuus mainitaankin lakiin kuuluvana periaatteena.

Telaustria-tapauksesta lähti liikkeelle oikeuskäytäntö, jossa unionin tuomioistuin on pyrkinyt vahvistamaan perustamissopimuksen soveltamista katsomalla, että syrjinnän kiellon periaatteesta seuraa avoimuusvelvollisuus. Kyseessä on positiivinen toimintavelvoite, joka koskee oikeuskäytännön perusteella myös hankintoja, jotka ovat hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolella.⁸⁴ ”Tämä Euroopan yhteisön perustamissopimuksen perustavanlaatuisten oikeussääntöjen” soveltamisen ulottuvuutta koskeva näkemys vahvistettiin *ANAV*-tapauksessa.⁸⁵ Ratkaisu on vaikuttanut vuoden 2014 hankintadirektiivin soveltamisalaan ja jäsenvaltioiden kansallisiin säädöksiin.⁸⁶ Hankintalain 26 §:ssä säädetään EU-kynnysarvoista. Jos hankinnan arvo ylittää EU-kynnysarvot, sijoittuu se osaksi eurooppaoikeudellista sääntelyä.⁸⁷

⁸² Ks. Tämän tutkimuksen alaluvusta 1.2 julkisoikeudellisesta laitoksesta.

⁸³ Ks. Tämän tutkimuksen alalukua 1.1, jossa viitataan oikeustieteelliseen kirjallisuuteen, jossa hankintalain periaatteiden merkityksen todetaan korostuneen kansallisten hankintojen kohdalla.

⁸⁴ Nenonen 2009b, s. 89–90.

⁸⁵ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 34.

⁸⁶ Ukkola 2018, s. 148–149.

⁸⁷ Voutilainen – Määttä 2023, s. 47.

Julkisten hankintojen ei tulisi unionin oikeuskäytännön valossa kuitenkaan jäädä EU-oikeuden ”perustavalaatuisten oikeussääntöjen eikä yleisten periaatteiden” soveltamisalan ulkopuolelle, vaikka hankintalain 26 §:n mukaiset EU-kynnysarvot eivät täytyisi. Hankintalain 25 §:n mukaisen kansallisen kynnysarvonkaan täyttämättä jääminen ei välttämättä johtaisi siihen, että unionin perustamisso-
pimuksen yleisiä periaatteita ja perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ei tulisi noudattaa. Asiassa on syytä suorittaa aina kokonaisarvio. Unionin oikeuskäytännön valossa voitaisiin perustella sitä, että hankinta-asiakirjojen tulisi olla julkisia eikä tätä pitäisi jättää noudattamatta hankintayksikön yhtiöit-
tämisen johdosta, jos hankintasopimuksella mahdollisesti on ”selvä rajat ylittävä intressi”.

Telaustria-tapausta ei voi katsoa ongelmattomaksi unionin oikeuden johdonmukaisuuden ja yhtenäisyyden kannalta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö heikensi sellaisten säännösten ja käsitteiden arvoa ja funktiota, jotka olivat tulleet käyttöön hankintadirektiivien tarjouskilpailuvaatimusten soveltamisalaan kuuluvien sopimusten erottamiseksi niistä sopimuksista, mitä hankintadirektiivit eivät koske.⁸⁸ Unionin tuomioistuimen ratkaisut sitovat käytännössä kolmansia. Ennakkoratkaisu tulee asettaa kaikkien kansallisten tuomioistuinten ratkaisun pohjaksi. Näin ollen se ei sido vain ennakkoratkaisun pyytäneitä osapuolta.⁸⁹ Unionin oikeuskäytännön voi siis nähdä hämärtäneen hankintadirektiivin merkitystä. Siitä huolimatta, että *Telaustria*-tapausta, kuten luultavasti myös esimerkiksi *SECAP*-tapausta voidaan kritisoida, tulee se ottaa huomioon hankinnoissa, jotka eivät ylitä hankintadirektiivin kynnysarvoa. Toisin sanoen käytännössä unionin tuomioistuimen ratkaisut avoimuusperiaatteen suhteen sitovat Suomenkin hankintaviranomaisia tällaisessa tilanteessa. Näin ollen vaatimukset avoimuusperiaatteen noudattamisesta hankinta-asiakirjoihin liittyvän sääntelyn kohdalla koskevat Suomen viranomaisia.

2.2 Hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkinta unionin oikeuden valossa

Unionin oikeuden normeilla ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on erityisesti kansallista lainsäädäntöä tai unionin oikeutta sovellettaessa konkretisoituva viranomaisia ja tuomioistuimia ”ohjaava ja suuntaava vaikutus”. Tätä voidaan kutsua tulkintavaikutukseksi.⁹⁰ Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan unionin oikeuden säännökset tai määräykset tulee sijoittaa asiayhteyteensä ja tulkita niin, että yhteisön oikeus huomioidaan ”kokonaisuudessaan, sen tavoitteet sekä sen kehitysaste tulkittavana olevan säännöksen tai määräyksen soveltamisajankohtana”.⁹¹ *Sturgeon*-tapauksessa tuomioistuin viittasi aiempaan oikeuskäytäntöön, ja totesi, että tulkittaessa yhteisön oikeuden säännöstä tai

⁸⁸ Ukkola 2018, s. 149.

⁸⁹ Talus – Penttinen 2016, s. 231.

⁹⁰ Ks. Mäenpää 2011, s. 114–115.

⁹¹ Tuomio 6.10.1982, CILFIT, asia 283/81, kohta 20.

määräystä tulee huomioida säännöksen sanamuodon lisäksi sen asiayhteys ja ne päämäärät, mitä sillä lainsäädännöllä tavoitellaan, ”jonka osa säännös tai määräys on”.⁹² Unionin oikeuden normien tulkinnan on siis tapahduttava sen lainsäädäntökehikon osana, mihin yksittäinen normi sijoittuu. Kuitenkin systemaattisessa tulkinnassa on huomioitava ympäröiväkin lainsäädäntökehikko sillä tavoin, että tulkinnassa painottuu unionin oikeuden sisäisen koherenssin ja tehokkaan toteutumisen tavoittelu. Direktiivien kohdalla jäsenvaltiolla on harkintavaltaa sen suhteen, miten direktiivi saatetaan kansallisen lainsäädännön osaksi. Ainoastaan saavutettava tulos velvoittaa direktiivin kohdalla. Kansallisen lainsäätäjän liikkumavara voi olla tosiasiasasiassa suppea, jos direktiivi on hyvin yksityiskohtainen.⁹³ Kun unionin oikeus ei ole välittömästi vaikuttavaa tai sitä ei voi asettaa perusteeksi oikeudelliselle ratkaisulle sellaisenaan, korostuu sen tulkintavaikutus.⁹⁴

Tavanomaista unionin oikeuden tulkinnassa teleologinen tulkinta, jolloin tuomioistuimen yrittää toteuttaa ”säännöksen tarkoitusta”. Tulkintametodina se sopii EU-oikeuteen, koska sen avulla säännöksen tarkoitus toteuttaa toimintaympäristössä, joka elää. Siinä normin tarkoitus ja päämäärä määrittävät sen, miten tulkinnassa lähestytään säännöstä. Normi sanamuodon ja tarkoituksen joutuessa ristiriitaan tarkoitus ja päämäärä tulevat sanamuodon edelle.⁹⁵ Unionin tuomioistuin on usein omaksunut tulkinnan, joka vastaa parhaalla mahdollisella tavalla tarkoitusta, johon unionin perustaminen ja pyrkimys nojaavat. Tällöin unionin tuomioistuin ei nojaa ainoastaan säännöksen ”sanamuotoon, lainsäädäntöhistoriaan tai sen systemaattiseen kontekstiin”.⁹⁶

SEU 4 artiklan 3 kohdan mukaan ”vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaisesti unioni ja jäsenvaltiot kunnioittavat ja avustavat toisiaan” täyttäessään perussopimuksista seuraavia tehtäviään. ”Jäsenvaltiot toteuttavat” jokaisen yleis- tai erityistoimenpiteen, joilla on mahdollista varmistaa niiden velvoitteiden täyttäminen, mitkä seuraavat ”perussopimuksista tai unionin toimielinten säädöksistä”. Kun unioni täyttää tehtäviään jäsenvaltiot tukevat sitä ja pidättäytyvät jokaisesta toimenpiteestä, mikä voisi ”vaarantaa unionin tavoitteiden toteutumisen”. SEU 4 artiklan sanamuoto pitää sisällään jäsenvaltioihin kohdistuvan positiivisen sekä negatiivisen velvoitteen. Tämä tarkoittaa sitä, että jäsenvaltioiden on aktiivisesti pyrittävä toiminnassaan tekemään unionin päämäärien toteutumisen helpommaksi. Lisäksi jäsenvaltioiden tulee pidättäytyä kauttaaltaan sellaisista toimenpiteistä, jotka voivat vaarantaa perussopimuksista seuraavien tavoitteiden saavuttamisen.⁹⁷ Jäsenvaltion termiä ei tule

⁹² Tuomio 19.11.2009, Sturgeon, C-402/07 ja C-432/07, kohta 41.

⁹³ Ks. Talus – Penttinen 2016, s. 229, 240.

⁹⁴ Raitio – Tuominen 2020, s. 253.

⁹⁵ Talus – Penttinen 2016, s. 241.

⁹⁶ Raitio 2005, s. 278.

⁹⁷ Raitio – Tuominen 2020, s. 207.

tulkita kapeasti. Se viittaakin toimeenpano-, lainsäädäntö- ja tuomiovaltaan. Tämä koskee myös alueellisia ja paikallisia viranomaisia, jotka käyttävät valtaa, jota valtio on niille delegoinut.⁹⁸ SEU 4 artiklan 3 kohdan mukainen toiminta löytyy tulkintavaikutuksen taustalta.⁹⁹

Sopimuksessa Euroopan unionista (”SEU”)¹⁰⁰ 3 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan EU ”toteuttaa sisämarkkinat”. Arvot ja tavoitteet ohjaavat EU:n toimintaa käytännössäkin eikä kyse ole vain korulauseista. Niiden painoarvo näkyy lisäksi unionin tuomioistuimen argumentoinnissa. Sekundaarioikeuden normien tai perussopimuksen muiden artiklojen soveltaminen tapahtuu huomioiden unionin arvot ja tavoitteet, joista säädetään SEU 2 ja 3 artikloissa.¹⁰¹ Sisämarkkinoiden toteutuminen lukeutuu siis unionin tavoitteisiin. Sekundaarioikeuden kuten hankintadirektiivin tulkinta tapahtuu huomioidaan SEU 3 artiklan mukaiset tavoitteet.

Hankintalain 2.1 §:n mukaan hankintalain tavoitteisiin lukeutuu todetusti muun muassa julkisten varojen käytön tehostaminen sekä tasapuolisten mahdollisuuksien turvaaminen yrityksille ja muille yhteisöille tavaroiden, palveluiden ja rakennusurakoiden tarjoamiseen ”julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa”. Luonteeltaan ensiksi mainittu tavoite on kansallinen. Toisen tavoitteen kautta edistetään lisäksi ”yritysten ja muiden yhteisöjen” tasapuolisiin mahdollisuuksiin osallistua ”hankintojen toteuttamiseen”. Hankintayksiköillä on mahdollisuus selvittää optimaalinen hinta tai hinta-laatusuhde markkinoilla kyseiselle hankintakohteelle hyödyntäen hankintamenettelyissä markkinoilla tapahtuvaa kilpailua. Kyseiset tavoitteet ovat yhdenmukaisia Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (”SEUT”)¹⁰² tavoitteiden kanssa, jotka koskevat tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta sekä sijoittautumisvapautta.¹⁰³ Unionin sisämarkkinoiden toimivuutta koskevat tavoitteet ovat siis julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteita,¹⁰⁴ joka käy ilmi hankintadirektiivin johdanto-osan 1 perustelukappaleesta. *Ukkolan* mukaan korruption estäminen (läpinäkyvyys), toimivat sisämarkkinat (kauppa tapahtuu jäsenvaltioiden rajojen yli), hankinnat ovat välineitä politiikalle ja julkisten varojen tehokas käyttö lukeutuvat julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteisiin.¹⁰⁵

⁹⁸ Raitio – Tuominen 2020, s. 207.

⁹⁹ Mäenpää 2011, s. 115.

¹⁰⁰ Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto. EUVL C 202/01, 7.6.2016, s. 13–45.

¹⁰¹ Raitio – Tuominen 2020, s. 78.

¹⁰² Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL C/202/02, 07.06.2016, s. 47–199.

¹⁰³ HE 108/2016 vp, s. 70.

¹⁰⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 47.

¹⁰⁵ Ks. Ukkola 2012, s. 2. Ukkola vaikuttaa hahmottaneen perustellusti kyseiset tavoitteet ainakin hankintadirektiiveistä ja komission vihreästä kirjasta. Ks. tästä esimerkiksi hankintadirektiivin 2004/18/EY johdanto-osan 43 perustelukappale korruption torjunnasta, hankintadirektiivin 2004/17/EY 2, 5, 54 perustelukappale, jotka koskevat sisämarkkinoiden toimivuutta, hankintojen merkitystä politiikalle, korruption torjuntaa sekä EU:n komission vihreä kirja s. 3–6, jossa tavoitteiksi mainitaan muun muassa toimivat sisämarkkinat

Hankinta-asiakirjojen koskevan sääntelyn tulkinnassa on huomioitava se lainsäädäntökehikko, johon niitä koskevat normit sijoittuvat. Hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkinta ei voi siis tapahtua pelkästään säännöksen sanamuodon tulkinnan mukaan. Voidaan lähteä siitä, että hankintadirektiivin ja sen ympärillä olevan lainsäädäntökehikon tavoitteet tulee saavuttaa kansallista hankintalakiakin tulkittaessa EU:n kynnysarvojen täytyessä. Vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaisesti voidaan katsoa, että jäsenvaltioissa on tulkittava ja sovellettava hankinta-asiakirjoja koskevaa sääntelyä siten, että sillä edistetään unionin tavoitteiden saavuttamista silloinkin, kun edellä mainittu kynnysarvo ei täyty, mutta on olemassa ”selvät rajat ylittävä intressi”.

Tätä tukee *Telaustria*-tapauksessa esitetty tulkinta, jonka mukaan hankintadirektiivin ulkopuolisiinkin hankintoihin soveltuvat perussopimuksen ”perustavanlaatuiset oikeussäännöt ja yleiset periaatteet”, joihin sisältyy sisämarkkinoiden toimivuus. Unionin tuomioistuin on myöhemmin vielä vahvistanut linjaa. Lisäksi *SECAP*-tapauksessa on mahdollisesti pyritty varmistamaan sisämarkkinoiden toimivuus ja kaupankäynti jäsenvaltioiden rajojen yli tulkitsemalla intressiä, joka selvästi ylittää jäsenvaltioiden rajat. Kansallisen lainsoveltajan tulkintojenkaan ei tule siis vaarantaa unionin tavoitteita, kun huomioidaan se, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on vahvasti velvoittavaa oikeutta. Tulkinvaikutus on huomioita erityisesti silloin, kun asiaa ei voida suoraan ratkaista unionin oikeuden pohjalta.

Tavoitteiden ollessa moninaisia on nostettu esiin kysymyksiä tavoitteiden välillä vallitsevasta suhteesta. Kun kyse ei ole yksinkertaisesta oikeudellisesta kysymyksestä hankintayksiköt ja tuomioistuimet voivat hankintoihin liittyvän oikeuslähteen kohdalla joutua tarkastelemaan sitä, ”minkä tavoitteen tai tavoitteiden” näkökulmasta tulkintaa olisi lähestyttävä.¹⁰⁶ Näiden hankintalain, hankintadirektiivin sääntelyn tavoitteiden sekä sisämarkkinoiden toteutumisen valvonnan on vaikea nähdä toteutuvan ilman avoimuuden noudattamista. Jos hankinta-asiakirjojan julkisuuden tulkintaan liittyvä kysymys ei ole yksinkertainen, voi tuomioistuin joutua pohtimaan, minkä tavoitteen tai tavoitteiden kautta se lähestyy oikeuslähteen tulkintaa. Kansallisen tuomioistuimenkin on arvioitava hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkinnassa, minkä tavoitteen tai tavoitteiden valossa tulkinta tapahtuu, jos kysymys ei ole yksinkertainen. Tässä on huomioitava, että julkisia hankintoja ja sisämarkkinoiden toimivuuteen liittyvät tavoitteet vastaavat toisiaan.

(kaupanteko jäsenvaltioiden rajojen yli), hyödyntäminen politiikan välineenä, korruption torjunta ja julkisten varojen tehokas käyttö. Tavoitteet löytyvät uudistetunkin hankintadirektiivin 2014/24/EU johdanto-osan muun muassa 1, 2, 91 100 perustelukappaleesta.

¹⁰⁶ Ukkola 2012, s. 2.

Sisämarkkinat ovat olennainen osa unionin toimintaa. Yleisten oikeusperiaatteiden synty ja muotoutumista tulee lähestyä sisämarkkinaoikeudellisen taustan kautta. Hankintojen merkitys sisämarkkinoiden osalta on huomattava. Tästä huolimatta perussopimusten aineellisista säännöksistä mikään ei koske jäsenvaltioiden viranomaisten ja julkisyhteisöjen hankintamenettelyjä.¹⁰⁷ Voidaan kuitenkin mahdollisesti nähdä, että sisämarkkinoiden toteutumisen ja toimivuuden valvonnan kannalta avoimuusperiaate, jonka sisältö selviää perussopimuksista ja sitä koskevasta EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on merkittävä. Tätä voidaan perustella sillä, että *Telaustria*-tapauksessa haluttiin vahvistaa perustamissopimuksen soveltamista. Kyseisestä periaatteesta johtuen on mahdollista arvioida, kuinka unionin tavoitteet toteutuvat.

Yksi julkisten hankintojen taustalla vaikuttavista periaatteista on siis avoimuusperiaate.¹⁰⁸ Julkisten hankintojen kohdalla ei voida tyytyä siihen, että ratkaisun lopputulos on oikea. Hankintamenettely tulee avoimuusperiaatteen nojalla järjestää siten, että hankintapäätöksen syrjimättömyys on varmistettavissa.¹⁰⁹ Syrjimättömyyden varmistamisen kannalta on siis tärkeää, että hankinta-asiakirjat ovat saatavilla. Näin ollen sitä voidaan merkittävänä seikkana syrjimättömyyden kannalta. Hankintaa koskevan ratkaisun lopputuloksen oikeellisuutta ei voi pitää riittävänä.

SEU 2 artiklan mukaan oikeusvaltio lukeutuu unionin perustana oleviin arvoihin. Kaikki Euroopan valtiot, mitkä kunnioittavat 2 artiklan mukaisia arvoja sekä sitoutuvat edistämään niitä, voivat hakea EU:n jäsenyyttä SEU 49 artiklan ensimmäisen kohdan nojalla. Ehdollisuusjärjestelmäasetuksen¹¹⁰ johdanto-osan 11 perustelukappaleen mukaan olennaista muun muassa ”sisämarkkinoiden moitteetoman toiminnan kannalta” on ”oikeusvaltioperiaatteen kunnioittaminen”. Unionin perustaan lukeutuvan oikeusvaltion arvon toteutumisen ja sisämarkkinoiden toimivuuden valvonnan voi nähdä olevan vaikeaa, jos jäsenvaltioissa ei noudateta avoimuutta julkisessa hallinnossa. Ilman sitä onkin vaikeaa varmistua siitä, että unionin periaatteet ja tavoitteet todella toteutuvat. Voisi olla perusteltua lähteä siitä, että unionin edellyttää jäsenvaltioilta julkisen hallinnon tiettyä avoimuutta, kun se on edellyttänyt niiltä oikeusvaltioperiaatteen kunnioittamista. Tällöin tulkinnoissakin tulisi huomioida se, että oikeusvaltiollisuuden toteutumisesta huolehditaan avoimuudenkin avulla.

¹⁰⁷ Raitio – Tuominen 2020, s. 268–269, 683.

¹⁰⁸ Raitio – Tuominen 2020, s. 681.

¹⁰⁹ Kuoppamäki 2020, s. 1446.

¹¹⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU, Euratom) 2020/2029 yleisestä ehdollisuusjärjestelmästä unionin talousarvion suojaamiseksi, L 433 I, 22.12.2020, s. 1–10, (ehdollisuusjärjestelmäasetus).

3 JULKISUUSPERIAATE AVOIMUUDEN EDELLYTYKSENÄ

3.1 Julkisuusperiaatteen noudattaminen hankinta-asiakirjojen kohdalla

Julkisten varojen käyttöä koskevan päätöksenteon avoimuus edellyttää toteutuakseen julkisuusperiaatteen noudattamista. Suuri osa tästä päätöksenteosta koskee julkisia hankintoja.¹¹¹ Koska avoimuuden toteuttaminen edellyttää julkisuuden noudattamista, on hankinta-asiakirjojen julkisuutta syytä arvioida julkisuusperiaatteen näkökulmasta. Julkisuusperiaatetta muotoillaan Suomen perustuslain (731/1999, PL) 12.2 §:ssä,¹¹² jonka mukaan:

Viranomaisen hallussa olevat asiakirjat ja muut tallenteet ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta ja tallenteesta.

Viranomaisen hallussa olevien tallenteiden julkisuus ja jokaisen oikeus saada julkisesta tallenteesta tieto on perustuslain esitöiden mukaan pääsääntö.¹¹³ Koska julkisuusperiaate on määritelty perustuslaissa peruslähdekohtaksi viranomaisen asiakirjan ja tiedonsaannin kohdalla, koskee ”viranomaisen hallussa olevia asiakirjoja” ja niihin sisältyvää tietoa julkisuusolettama. Viranomaisella on velvollisuus esittää lainmukaiset perustelut sille, miksi jokin asiakirja tai siinä oleva tieto on salassa pidettävä.¹¹⁴ JulkL 13.1 §:n nojalla tiedon pyytäjän ei taas tarvitse pääsääntöisesti perustella pyyntöään asiakirjan sisällön saamisesta.

Julkisuusperiaatteen osalta pykälään sisältyy myös rajoituslauseke. Sen nojalla tallennejulkisuutta voidaan rajoittaa erikseen lailla ainoastaan välttämättömistä syistä.¹¹⁵ PL 12.2 § koskee siis asiakirjajulkisuutta.¹¹⁶ Julkisyhteisöt noudattavat kyseistä periaatetta toiminnassaan. Viranomaistoiminnan avoimuuden, valvonnan ja arvioinnin mahdollistaminen lukeutuvat julkisuuden olennaisiin tarkoituksiin. Tämän on katsottava lukeutuvan oikeusvaltionkin perusteisiin.¹¹⁷

Yleislakina julkisuuslaissa säännellään siis julkisuusperiaatteen perusteita. Näihin luetaan kuuluvaksi lähinnä julkisuuslain 2 §:ssä säädetty viranomaisen asiakirjojen julkisuus, oikeus ”saada tieto

¹¹¹ Voutilainen – Määttä 2023, s. 133.

¹¹² Mäenpää 2020, s. 23.

¹¹³ HE 1/1998 vp, s. 79.

¹¹⁴ Mäenpää 2020, s. 18.

¹¹⁵ HE 1/1998 vp, s. 79.

¹¹⁶ Voutilainen – Määttä 2023, s. 625.

¹¹⁷ Mäenpää 2020, s. 1, 320–321.

viranomaisen asiakirjoista”, rajoitukset tiedonsaantioikeuteen ja viranomaisen velvollisuudet ”julkisuusperiaatteen toteuttamiseksi”.¹¹⁸

Olellaisena osatekijänä julkisuusperiaatteeseen sisältyy oikeus saada tutustua tallennemuotoisiin viranomaisen hallussa oleviin tietovarantoihin sekä näihin sisältyviin tietoihin. Toinen julkisuusperiaatteeseen sisältyvä elementti on oikeus saada viranomaiselta pyydetty asiakirja ja tieto, jos ne ovat julkisia. Viranomaisen velvollisuus edistää julkisuutta oma-aloitteisesti sekä toimintansa koskeva aktiivinen tiedottaminen muodostaa julkisuusperiaatteen kolmannen palan. Julkisuusperiaatteen neljännen palan muodostaa oikeus julkisen tiedon hyödyntämiseen erilaisissa käyttötarkoituksissa. Tällaisia tarkoituksia ovat muun muassa viranomaisten toiminnan valvonta, tiedon julkistaminen ja levittäminen sekä vaikutusmahdollisuuksien toteuttaminen.¹¹⁹

Julkl 1.1 §:ssä säädetään, että ”viranomaisten asiakirjat ovat julkisia”, mikäli erikseen ei säädetä toisin julkisuuslaissa tai muussa laissa. Säännös koskee julkisuutta, mikä toteutetaan hyödyntäen asiakirjojen julkisuutta. Säännös vahvistaa tavoitetta korostaa Suomen julkishallinnossa julkisuusperiaatteen keskeistä merkitystä. Viranomaisen asiakirjojen julkisuutta on pidettävä pääsääntönä. Viranomaistoiminnan avoimuutta tuetaan hyödyntäen tietojensaantioikeuksia, joista laissa säädetään. Viranomaistoiminnan avoimuus tarkoittaa viranomaiselle kuuluvien tehtävien julkista suorittamista. Tällöin kaikki voivat saada viranomaistoiminnasta yleisesti tietoa sekä varsinkin viranomaisen kulloinkin käsittelemistä asioista.¹²⁰

Voidaan perustellusti lähteä siitä, että avoimuusperiaatteen toteutumisen edellyttäessä julkisuusperiaatteen noudattamista ovat julkisuusperiaatteen asettamat vaatimukset sellaisia, joita avoimuusperiaate asettaa hankinta-asiakirjoille intressiltään rajat selvästi ylittävissä hankinnoissa. Julkisuusperiaatteen voisi nähdä edellyttävän lähtökohtaisesti tätä niidenkin hankintojen kohdalla, josta tämä intressi puuttuu, kun huomioidaan PL 12.2 § ja julkisuuslain merkitys julkisuusperiaatteen toteuttajana. Hankinta-asiakirjojen julkisuutta koskevien rajoitusten voisi mahdollisesti nähdä edellyttävän lainsoista sääntelyä ja tiedon pyytäjän tulisi saada asiakirjan sisältö halutessaan. Tiedolla on myös julkisuusperiaatteen osatekijöiden näkökulmasta monenlaista merkitystä. Yhtiömuotoisella hankintayksiköllä voisi ajatella olevan velvollisuus tehdä toiminnastaan mahdollisimman läpinäkyvää ja tiedottaa siitä aktiivisesti. Ratkaisu KHO 2023:7 osoittaa kuitenkin, ettei asia ole välttämättä näin. Tätä vastaan puhuu myös se seikka, että hankintayksikön ei tarvitse kuulua julkishallintoon ja olla osa julkisyhteisöä. Jos yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla ei noudateta julkisuuslakia ja

¹¹⁸ Mäenpää 2020, s. 48.

¹¹⁹ Mäenpää 2020, s. 4–5.

¹²⁰ HE 30/1998 vp, s. 44–45.

julkisuusperiaatetta sekä samalla yhtä oikeusvaltion perustetta, voidaan nähdä, että viranomaistoinnin avoimuutta voidaan kiertää yhtiöittämisen avulla.

Julkisen vallan ja julkisten varojen käytön valvonnan mahdollistaminen ”yksilöille ja yhteisöille” sekä avoimuuden toteuttaminen viranomaisten toiminnassa lukeutuu JulkL 3.1 §:n mukaan julkisuuslain tarkoituksiin. Vaatimuksena vallankäytön ja viranomaisten toiminnan kritisoimiselle ja valvonnalle on niiden julkisuus. Yksilöillä ei ole mahdollisuutta yhteiskunnalliseen toimintaan osallistumiseen ja vaikuttamiseen, jos riittävää julkisuutta ei ole taattu. Luonteeltaan tallennejulkisuus on yleisöjulkisuutta. Näin ollen se ei koske ainoastaan asianosaisia.¹²¹ Demokratian toimintaedellytykset voidaan nähdä riittämättömiksi, jos jokaisella ei ole mahdollisuutta saada viranomaisen hallussa toiminnassa syntyneitä ja asiakirjoja, jotka ovat niiden hallussa muutoin.¹²² Todetusti päätöksenteko, mikä koskee julkisten varojen käyttöä, koostuu pitkälti julkisista hankinnoista.¹²³ Julkisuusperiaate on katsottu perinteisesti tekijäksi, joka mahdollistaa demokraattisia osallistumisoikeuksia ja julkisen vallan valvonnan.¹²⁴ Yhteiskunnallisesti merkityksellisiksi katsottuja ”tarkoituksia” julkinen valta edistää varojen osoittamisella kyseisiin kohteisiin. Koska julkisten varojen käyttöä pidetään merkityksellisenä, on ”julkisuusperiaatteen tarkoituksen” määrittelyssä maininta sen valvonnasta.¹²⁵ Hankintoihin liittyvä avoimuuden vaatimuksen toteuttaminen eri kohdissa hankintamenettelyä muodostaa perustan julkisuudelle hankintalaissa. Tällä varmistetaan hankintoja koskeva valvontamahdollisuus, tarjoajien tasapuolinen sekä syrjimätön kohtelu. Lisäksi julkisuuslain tarkoitukselle on merkitystä kyseisen avoimuusvaatimuksen kannalta. Julkisuuslain tarkoitus tulee huomioida arvioitaessa julkisten varojen käyttöä, kun toteutetaan hankintoja. Tämä johtuu siitä, että hankintamenettelyyn liittyvät säännökset lukeutuvat osaksi julkisten varojen käyttöä koskevaa sääntelyä.¹²⁶

Hankinta-asiakirjat ovat siis yksi keino valvoa julkisten varojen käyttöä, joiden avulla julkinen valta edistää erilaisia yhteiskunnallisia tavoitteita. Tästä syystä niiden julkisuuden rajoittaminen voidaan nähdä demokratian toimintaedellytysten kannalta ongelmalliseksi, koska se voi heikentää mahdollisuuksia julkisen vallan ja niiden eri tahoille osoittamien varojen valvonnan suorittamiseen. Julkisuusperiaatteen soveltamisalan kaventamisen hankinta-asiakirjojen kohdalla voi nähdä rapauttavan sen perinteistä tehtävää. Julkisten varojen käytön tehostaminen lukeutuu myös hankintalainsäädännön

¹²¹ HE 309/1993 vp, s. 58.

¹²² Jyräni – Husa 2012, s. 425.

¹²³ Voutilainen – Määttä 2023, s. 133.

¹²⁴ Jaatinen 2015, s. 43.

¹²⁵ HE 30/1998 vp, s. 48.

¹²⁶ Voutilainen – Määttä 2023, s. 627.

tavoitteisiin, jonka arvioimista hankinta-asiakirjat voisivat ainakin yksittäistapauksessa mahdollisesti helpottaa. Julkisuuslain tarkoituksen voisi siis nähdä edellyttävän hankinta-asiakirjojen julkisuutta.

Julkisuuslain 5.3 §:n 2 kohdan mukaan viranomaisen asiakirjaksi ei katsota muistiinpanoja taikka sellaisia luonnoksia, jotka viranomaisen palveluksessa olevat tai sen toimeksiannosta toimiva on laatinut, mutta joita hän ”ei ole vielä antanut esittelyä tai muuta asian käsittelyä varten”. Virkamiehellä, joka käsittelee asiaa on normaalisti valmistelussa olevasta asiasta muistiinpanoja ja luonnoksia. Niitä ei voi katsoa viranomaisen asiakirjoiksi, koska niitä ei ole tarkoitettu asian käsittelyn perustana toimiviksi asiakirjoiksi. Julkisuuslain soveltamisala alkaa koskea luonnosta ”silloin, kun se on annettu esittelyä tai muuta asian käsittelyä varten”. Asiakirja on tällöin siirtynyt asian valmistelijalta asiasta päättävälle tai sitä ”muutoin käsittelevälle”.¹²⁷ Lainkohdassa tarkoitettu esittely ja muu asian käsittely on ymmärrettävä sisällöltään laajaksi. Lainkohta ei voi tulkita suppeasti, jotta se ei kaventaisi julkisuusperiaatteen soveltamista. Tähän edellyttää julkisuuslain 17 §, joka ohjaa julkisuuslain soveltamisharkintaa.¹²⁸ Kun hankintaa koskevan asian käsittelyä tai esittelyä varten on laadittu muistiinpanoja ja luonnoksia, tulee asian käsittely ja esittely lähtökohtaisesti ymmärtää laajasti, jotta julkisten varojen ja julkisen vallan käytön valvonta ei vaarannu. Yhtiömuotoiselta hankintayksiköltä, jota ei katsota viranomaiseksi näitä ei voi kuitenkaan saada ratkaisun KHO 2023:7 valossa.

Julkisuuslain 5.4 §:n mukaan julkisuuslakia sovelletaan sisäistä työskentelyä varten laadittuihin asiakirjoihin ainoastaan, jos niihin sisältyy tieto, mitkä tulee arkistolainsäädännön nojalla liittää arkistoon. Tämä koskee asiakirjoja, jotka on laadittu viranomaisten ja niiden toimeksiannosta ”toimivien yksityisten ja yhteisöjen välisiä neuvotteluja, yhteydenpitoa ja muuta niihin verrattavaa viranomaisten sisäistä työskentelyä varten”. Viranomaisella on mahdollisuus määrätä, että tietoja asiakirjasta voi antaa ainoastaan sen luvalla, jos ne on kuitenkin liitetty arkistoon. KHO on katsonut, että johtuen julkisuuslain perusteluista ja asian perusoikeuskysymyksestä julkisuuslain 5.4 §:ssä säädetty poikkeusta julkisuusperiaatteesta ei voi soveltaa muihin kuin niihin ”sisäisen viestinnän ja mielipiteiden vaihdon” asiakirjoihin sekä eräisiin muihin julkisuusperiaatteen kannalta vähämerkityksellisiin asiakirjoihin.¹²⁹ Valmisteluasiakirjoihin voi siis lukeutua sellaisiakin asiakirjoja, mitkä on laadittu viranomaisen sisäisen työskentelyn tarkoituksiin. Julkisuuslain 5.4 §:n soveltamisalaan kuuluviksi katsotaan sellaiset muistioid, jotka on tehty hankinnan valmistelun aikana vapaamuotoisista palavereista

¹²⁷ HE 30/1998 vp, s. 56.

¹²⁸ Wallin – Konstari 2000, s. 113–114.

¹²⁹ KHO 2015:171.

sekä viranomaisen sisäinen viestintä tänä aikana.¹³⁰ Jos muistio on laadittu ratkaisun tekemiseksi, tulisi se katsoa julkisuuden piiriin kuuluvaksi.¹³¹

Oikeuskäytännön valossa voidaan lähteä siitä, että hankintoihin liittyvien sisäisen työskentelyn asiakirjojen ei tule katsoa kuuluvan julkisuuslain 5.4 §:n soveltamisalaan kuin tilanteessa, jossa niiden merkitys julkisten varojen käytän ja julkisen vallan käytön kontrollin kannalta vähäinen. Kun muistiinpanot ovat vaikuttaneet asian ratkaisuun, ei niitä tulisi salata. Ratkaisusta KHO 2023:7 oikeuskirjallisuudessa suoritettujen tulkinnan valossa kyseisiä asiakirjoja koskevat tietopyynnöt tulisi kohdistaa viranomaiselle.

Julkisuuslain 17.1 §:ssä säädetään, että viranomaisella on velvollisuus huolehtia ”siitä, että tietojen saamista viranomaisen toiminnasta ei” julkisuuslain julkisuusperiaate (1 §) ja lain tarkoitus (3 §) huomioon tule rajoittaa ”ilman asiallista ja laissa säädettyä perustetta eikä enempää kuin suojattavan edun vuoksi on tarpeellista ja että tiedon pyytäjiä kohdellaan tasapuolisesti”, kun se tekee julkisuuslain mukaisia päätöksiä ja muutoinkin hoitaa tehtäviään. Säännös painottaa ”julkisuusperiaatteen ensisijaisuutta ja merkitystä”. Kun viranomainen tekee päätöksiä lain mukaan, ohjaa kyseinen säännös sitä.¹³² Julkisuusolettama velvoittaa viranomaista huomioimaan tiedonsaantioikeudet toiminnassaan ja päätöksenteossaan.¹³³ Kyseisessä laissa säädettyjen tiedonsaantioikeuksien ja viranomaisten velvolluuksien tarkoituksena on julkisuuslain 3 §:n nojalla toteuttaa viranomaisten toiminnassa avoimuutta sekä antaa mahdollisuus julkisen vallan ja julkisten varojen käytön valvontaan yksilöille ja yhteisöille ja näille mahdollisuus vapaaseen mielipiteen muodostukseen ”sekä vaikuttaa julkisen vallan käyttöön ja valvoa oikeuksiaan ja etujaan”. Säännöksessä tuodaan esiin julkisuusperiaatteen olennaisimmat tehtävät, kun siinä määritellään tarkoitus, jossa tiedonsaantioikeuksista ja viranomaisen velvolluuksista säädetään. Säännös on lain 17 §:n nojalla huomioitava ”käytännön soveltamistilanteissa”.¹³⁴ Julkisuuslain 17.1 §:n näkökulmasta viranomaisen olisi huolehdittava siitä, ettei hankintayksikön yhtiöittämisellä kierretä julkisuusperiaatetta. Tämä tukee tulkintaa siitä, että ratkaisun KHO 2023:7 perusteella hankinta-asiakirjat olisivat kuitenkin saatavissa viranomaiselta.

PL 124 §:n mukaan ”muulle kuin viranomaiselle” julkinen hallintotehtävä on mahdollista antaa ”vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia”. Perustuslakivaliokunta on

¹³⁰ Voutilainen – Määttä 2023, s. 634–635.

¹³¹ Ks. Wallin – Konstari 2000, s. 114.

¹³² HE 30/1998 vp, s. 76.

¹³³ Mäenpää 2020, s. 18.

¹³⁴ HE 30/1998 vp, s. 48. Pykälää on muutettu. HE 284/2018 vp, s. 118–119 todetaan, että säännöksestä poistetaan hyvää tiedonhallintatapaa koskeva viittaus, mutta muuten pykälä säilyy samana.

todennut, että PL 124 §, edellyttää, hyvän hallinnon vaatimuksia tulee noudattaa poikkeuksetta julkisia tehtäviä hoidettaessa. Tällöin tulee siis noudattaa yleishallinto-oikeudellisia lakeja soveltuvin osin, vaikka tehtävä ei sisältäisi julkisen vallan käyttöä.¹³⁵ Näin ollen, jotta hallinnollisten oikeuksien toteutuminen varmistetaan ulkoistamisesta huolimatta, PL 12.2 §:n kannalta tarkasteltuna soveltamisalasaännöksen tulkinnan tulisi olla laajempaa.¹³⁶ Tällöin PL 124 §:n esitöissä lausutun perusteella voitaisiin pohtia, tulisiko julkisuuslakia soveltaa niitä hankintoja koskeviin hankinta-asiakirjoihin, jotka yhtiömuotoinen hankintayksikkö on toteuttanut ilman, että kyse on julkisen vallan käytöstä. Tässä olisi mahdollista huomioda se, että perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan linjaa niin, että esimerkiksi julkisuuslakia tulisi noudattaa kokonaisuudessaan aina, kun suoritetaan julkisia tehtäviä.

Julkisuuslain 4.2 §:ssä organisatorinen soveltamisala rajataan julkisen vallan käyttöön silloin, kun kyse on yhteisöstä, joka hoitaa julkista tehtävää. Jos säännöstä tulkitaan sanamuodon mukaan, kaikki julkiset tehtävät, joihin ei sisälly julkisen vallan käyttöä ja joita hoitaa joku muu kuin viranomainen, eivät kuulu lain soveltamisalaan. Tätä ei voi pitää ongelmattomana PL 12.2 §:n ja julkisuuslain 1 ja 3 §:ien kannalta, koska PL 12.2 §:ssä tällaista rajoitusta ei ole olemassa. Sanamuodon mukaisesta tulkinnasta seuraa, että kaikille turvatut hallinnolliset oikeudet eivät toteudu täysimääräisesti ulkoistettujen julkisten hallintotehtävien kohdalla. Perustuslainsäätäjän tahto ei toteudu tällöin. Rajaus aiheuttaisi käytännössä sen, että hallintoviranomaisella olisi mahdollisuus laskea yksilöiden perusoikeussuojan tasoa antamalla hallintotehtävän hoito muulle kuin viranomaiselle. Tämä on ristiriidassa vaaditun ”säännösperustaisen hyvän hallinnon ja oikeusturvan” vaatimusten kanssa.¹³⁷ Perustuslakivaliokunta on painottanut sitä, että näiden vaatimusten noudattamisesta ulkoistetussa toiminnassa on huolehdittava sääntelyn avulla, kun hallintotehtävä uskotaan ”suoraan laissa tai lain nojalla” muun kuin viranomaisen hoidettavaksi.¹³⁸ Muukkonen katsoo, että julkisuuslain 4.2 §:ää tulisi tulkita laajentavasti niin, että se koskisi koko julkisen hallintotehtävän alaa, mikä on yhteisön hoidettavana johtuen PL 12.2 ja 124 §:stä. Sääntelyn tarkentaminen voisi kuitenkin olla perusteltua.¹³⁹

Julkisuuslain 4.2 §:n johdosta voidaan perustellusti nähdä, että jos hankinta ei olisi katsottavissa julkisen vallan käytöksi, julkisuuslaki ei sovelleta hankinta-asiakirjoihin yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla. Tämä herättää kysymyksen, täyttyykö perustuslainsäätäjän tahto aina julkisia hankintoja koskevien asiakirjojen kohdalla. Perustuslain 12.2 ja 124 §:n säännösten voi todetusti nähdä edellyttävän julkisuuslain 4.2 §:n säännöksen laajentavaa tulkintaa. Säännöksen sanamuoto viittaa

¹³⁵ HE 211/2002 vp, s. 4.

¹³⁶ Muukkonen 2012, s. 15.

¹³⁷ Muukkonen 2012, s. 15.

¹³⁸ PeVM 10/1998 vp, s. 35.

¹³⁹ Muukkonen 2012, s. 19–20.

kuitenkin siihen, että siinä edellytetään nimenomaisesti julkista tehtävää hoitavan yhteisön käyttävän julkista valtaa, jotta julkisuuslaissa viranomaisesta säädetty soveltuu. Julkisen vallan käsite vaikuttaa rajoittavan hankintojen julkisuutta kuten jo tutkimuksen alussa on todettu.

PL 80.1 §:n mukaan yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista tulee säätää lailla. Viranomaisen antamat määräykset tai ohjeet sen sisällä eivät voi toimia perusteena asiakirjajulkisuuden rajoituksille. PL 12.2 §:n säännöksen mukaisesti laintasoiset säännökset, jotka ovat nimenomaisia, toimivat edellytyksenä sille, että viranomaisen asiakirja tai jokin muu tallenne voitaisiin katsoa salassa pidettäväksi.¹⁴⁰ Perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin lukeutuu perustuslakivaliokunnan kannan mukaan se, että rajoituksesta säädetään eduskuntalain tasolla.¹⁴¹ Näin on myös julkisuusperiaatteen rajoittamisen kohdalla.¹⁴² Julkisuuden rajoittamisessa on yleensä kyse perusoikeuden rajoittamisesta.¹⁴³ Julkisuus on siis pääsääntö, joka käy ilmi perustuslaista. Verotustietojen sääntelyä on toivottavaa kehittää vastaamaan perustuslaista ilmenevää pääsääntöä perustuslakivaliokunnan mukaan.¹⁴⁴

Viranomainen ei voi siis rajoittaa avoimuuden toteuttamisen edellytyksenä olevaa julkisuusperiaatetta, jos rajoittamisesta ei ole säädetty eduskuntalailla kuten PL 12.2 ja 80.1 §:ä edellyttävät. Voisi ajatella, että mainituista perusteista johtuen yhtiömuotoisen hankintayksikön, joka suorittaa julkishallinnon hankintoja, asiakirja julkisuutta ei voida rajata muutoin kuin laintasoisen säännösten avulla, jos hankinnat koskevat yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteita. Julkisuus on asiakirjoja koskeva pääsääntö. Perustuslakivaliokunnan lausunnon perusteella vaikuttaa mahdollisesti siltä, että sääntelyä, joka koskee julkisuutta, tulisi ylipäänsä vastata mahdollisimmin hyvin perustuslakia.

PL 21.1 §:n mukaan jokaisella on oikeus asiansa asianmukaiseen ja viivytyksettömään käsittelyyn ”sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi”. PL 21.2 §:n mukaan ”käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut [...] ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla”. Hyvään hallintoon sisältyvät kaikki menettelylliset perusoikeudet, mitkä luokituvat PL 21 §:ään.¹⁴⁵ PL 21.2 §:n luetteloa ei ole säädetty tyhjentäväksi,¹⁴⁶ koska säännöksen nojalla muutkin hyvän hallinnon takeet tulee turvata lailla. Viranomaisten tallenteiden julkisuus, mikä on turvattu perusoikeutena voidaan lukea kuuluvaksi hyvän hallinnon takeisiin. Velvollisuus PL 22

¹⁴⁰ Voutilainen – Määttä 2023, s. 625.

¹⁴¹ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

¹⁴² Mäenpää 2017, s. 337.

¹⁴³ Mäenpää 2020, s. 411.

¹⁴⁴ PeVL 40/2005 vp, s. 2–3.

¹⁴⁵ Mäenpää 2021, s. 2.

¹⁴⁶ HE 309/1993 vp, s. 74. Ks. HE 1/1998 vp, jossa todetaan PL 21 §:n vastaavan tällöin voimassa olleen hallitusmuodon 16 §:ää.

§:ssä säädettyyn perusoikeuksien turvaamiseen ulottuu myös hyvän hallinnon toteutumiseen.¹⁴⁷ Julkisuusperiaatteen voisi siis nähdä olevan osa hyvän hallinnon takeita. Hyvän hallinnon takeiden toteutumisen turvaaminen kuuluu lainsäätäjänkin velvollisuuksiin.¹⁴⁸ Tästä syystä olisi mietittävä hyvään hallintoon kuuluvan julkisuusperiaatteenkin toteutumista julkisten hankintojen kohdalla siltä osin, kun viranomaisen yhtiöittää hankintatoimintojaan.

Julkisuuslain 5.2 §:ssä säädetään viranomaisen asiakirjasta.¹⁴⁹ Sen nojalla yhteisön asiakirja voi tulla julkisuuslain soveltamisalaan kuuluvaksi vaikkapa omistajaohjauksen johdosta.¹⁵⁰ Ratkaisussa KHO 2018:164 oli kyse siitä, että kaupungille oli osoitettu asiakirjapyyntö muistioista, jotka ”oli laadittu kaupungin omistajaohjaustoiminnan ja siihen liittyvän sisäisen tarkastuksen yhteydessä”. Kysymykset, mitä niissä tarkasteltiin, koskivat palveluhankintoja, joita kaupungin kokonaisuudessaan omistama osakeyhtiö oli tehnyt. KHO katsoi olevan selvää, ettei kaupungin tytäryhteisö ollut julkisuuslain 4 §:n mukainen viranomaisen, mutta asiakirjat oli pyydetty kaupungilta. Tuomioistuimien totesi, että kunta on viranomaisen silloinkin, kun se toimii omistajaohjaajan roolissa. Tällöin sen hallussa olevat asiakirjat, jotka sisältävät tietoa sen tytäryhteisöstä, kuuluvat julkisuuslain soveltamisalaan.¹⁵¹ Julkisuuslain 5.2 §:n mukaisissa tilanteissa asiakirjan ei edellytetä olevan viranomaisen hallussa. Viranomaisen asiakirjoiksi katsotaan sellaisetkin asiakirjat, jotka on annettu ”viranomaisen toimeksianto-tehtävää varten” silloinkin, kun se on sen hallussa, joka tällaista tehtävää suorittaa. Kuitenkin asiakirja on viranomaisen määrättävissä.¹⁵²

Ratkaisun KHO 2018:164 nojalla vaikuttaa siltä, että yhtiömuotoisen hankintayksikön julkisia hankintoja koskevat asiakirjat olisivat saatavissa toimeksiantotehtävän antaneelta julkisuuslain 4 §:n mukaiselta viranomaiselta. Julkisuuslain esitöiden perusteella vaikuttaa myös siltä, ettei asiakirjojen tarvitse edes olla viranomaisen hallussa. Kuitenkin viranomaisella on määräysvalta niihin ja se voi velvoittaa niiden luovuttamaan ne itselleen. Ratkaisun KHO 2023:7, ja siitä suoritettujen tulkinnan, voisi siten nähdä olevan linjassa oikeuskäytännössä aiemmin omaksutun tulkintakäytännön kanssa.

¹⁴⁷ Mäenpää 2021, s. 2, 4.

¹⁴⁸ Ks. HE 309/1993 vp, s. 74–75, jossa todetaan, että perusoikeuksien toteutumisen turvaaminen koskee myös lainsäätäjää.

¹⁴⁹ Ks. Tämän tutkimuksen alaluku 1.2.

¹⁵⁰ Oikeusministeriö 2023, s. 36.

¹⁵¹ Ks. KHO 2018:164.

¹⁵² HE 30/1998 vp, s. 55.

3.2 Julkisuutta rajoittavan sääntelyn soveltaminen hankinta-asiakirjojen kohdalla

Ratkaisussa KHO 2019:83 todettiin, että laintasoisia poikkeuksia PL 12 §:ssä turvatusta julkisuusperiaatteesta ei tule ”tulkita laajentavasti”.¹⁵³ Salassapitosäännösten tulkinta tapahtuu siis noudattaen suppean tulkinnan periaatetta, koska tällainen sääntely on poikkeus julkisuudesta, mikä on siis pääsääntö.¹⁵⁴ Salassapitoperustetta, mikä on muodoltaan väljä tai määritelty muuten laajaksi, tulee siten tulkita ja soveltaa suppeasti sekä perusoikeusmyönteisesti. Tämän lisäksi tulkinnassa on huomioitava vaatimukset, mitkä seuraavat suhteellisuusperiaatteesta.¹⁵⁵ Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti perusoikeuden rajoituksen on oltava hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi välttämätön.¹⁵⁶ Salassapitotarpeet asettavat rajoituksia avoimuusperiaatteen toteuttamiselle. Nämä salassapitotarpeet yksilöidään lainsäädännössä, mikä koskee viranomaisten toiminnan julkisuutta.¹⁵⁷ Voidaan perustellusti lähteä siitä, että asiakirjajulkisuus tulee turvata mahdollisimman pitkälle salassapitosäännöksiä sovellettaessa ja tulkittaessa. Kun avoimuuden toteuttaminen ei onnistu ilman julkisuuden noudattamista, voidaan nähdä, että salassapitoperusteiden suppea tulkinta ja soveltaminen lukeutuisivat julkisuusperiaatteen vaatimuksiin. Salassapitoperusteen suppean tulkinnan ja soveltamisen voi perustellusti todeta ainakin todeta tukevan avoimuusperiaatteen toteutumista mahdollisimman pitkälle hankinta-asiakirjojen kohdalla. Rajoitukset löytyvät viranomaisten toiminnan julkisuuteen liittyvästä lainsäädännöstä.

Ratkaisussa KHO 2023:7 korkein hallinto-oikeus ei noudattanut julkisuusmyönteistä tulkintaoppia ja sovelsi laajentavasti säännöstä, mikä rajoittaa julkisuusperiaatetta.¹⁵⁸ Ratkaisua voi pitää ongelmallisena siitä näkökulmasta että tällaisen sääntelyn soveltamisen tulisi olla supistavaa. Sen voi nähdä tällöin heikentävän avoimuuden täysimääräistä toteutumista. Tältä kannalta olisi perusteltua lähteä siitä, että säännöstä, mikä rajoittaa hankinta-asiakirjojen julkisuutta, tulkitaan aina supistavasti. Tästä näkökulmasta voisi katsoa, että korkeimman hallinto-oikeuden olisi tullut katsoa julkisuuslain 4.2 §:n soveltuvan yhtiömuotoiseen hankintayksikköön.

Tiedon saatavuuden ei tarvitse olla julkisuusperiaatteen nojalla kuitenkaan rajoituksetonta. Tiedon saatavuuden rajoittamista edellyttävät muun muassa yritysten liikesalaisuudet.¹⁵⁹ Viranomaisen toiminta ei voi olla perusoikeuksien rajoitusedellytysten vastaista, kun se soveltaa ja toimeenpanee

¹⁵³ KHO 2019:83, kohta Oikeudellinen arviointi, arvioinnin lähtökohtia.

¹⁵⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 626.

¹⁵⁵ Mäenpää 2020, s. 412, 510.

¹⁵⁶ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

¹⁵⁷ HE 50/2006 vp, s. 47.

¹⁵⁸ Voutilainen 2023, s. 379.

¹⁵⁹ Mäenpää 2023, s. 151.

lainsäädäntöä. Ilman laissa olevaa erityissäännöstä perusoikeuden rajoitusperusteet eivät anna hallintoviranomaiselle toimivaltaa julkisuudesta poikkeamiseen. Rajoituksen välttämättömyys tulee huomioida, kun sovelletaan salassapitoperustetta.¹⁶⁰ Julkisuusperiaatteen ollessa perusoikeus se asettaa hankinta-asiakirjojenkin kohdalla vaatimuksen siitä, ettei niiden julkisuutta tule rajoittaa kuin välttämättömästä syystä.

Hyväksyttäviksi suojan kohteiksi voidaan katsoa yritys- ja liikesalaisuudet, joilla on kytkentä PL 15 §:ssä säädettyyn omaisuuden suojaan ja PL 18 §:ssä suojattuun elinkeinovapauteen.¹⁶¹ Ratkaisussa KHO 2015:165 oli kyse siitä, että yhtiö oli esittänyt tietopyynnön tarjouskilpailuun jätetyistä tarjouksista ja muista siihen liittyvistä asiakirjoista. Oikeuden mukaan, kun huomioitiin kyseisten asiakirjojen sisältö asianosaisen tiedonsaantioikeutta ei voinut rajoittaa niiden yhtiöiden omaisuuden suojaan liittyvien seikkojen perusteella, jotka osallistuivat tarjouskilpailuun.¹⁶² Vaatimuksena on *Mäenpään* mukaan siis, että suojasta on säädetty lailla.¹⁶³ Tällä perusteella voidaan lähteä siitä, että hankinta-asiakirjojen julkisuuden rajoittaminen edellyttää aina eduskuntalain tasoista säännöstö. Pelkkä kytkentä muihin perusoikeuksiin ei tällöin ole riittävä seikka julkisuuden rajoittamiselle. Tulkinta siitä, että ratkaisu KHO 2023:7 ei rajoita mahdollisuutta saada asiakirjoja viranomaiselta turvaa sen, että perusoikeuksien rajoittamisperusteiden asianmukaiseen soveltamiseen on mahdollisuus. Tällöin yhtiöittämisen avulla ei tulla kiertäneeksi julkisuutta koskevaa sääntelyä.

Kun arvioidaan salassapidon perustetta, joudutaan arvioimaan, onko asiakirjassa olevan tiedon kohdalla olemassa salassapitointressi, mikä osoitetaan salassapitosäännöksessä. Varsinkin ne salassapitosäännökset, mihin sisältää vahinkoedellytyslauseke, edellyttävät punnitsemaan salassapitointressiä. Vaikka säännös siis osoittaisi jonkin tiedon asiakirjassa salassa pidettäväksi, tämä ei riitä perusteeksi salassapidolle ilman salassapitointressin täyttymistä.¹⁶⁴

Julkisuuslain 17.2 §:ssä säädetään, että sovellettaessa asiakirjasalaisuutta koskevia säännöksiä tulee huomioida myös:

Onko asiakirjan salassapitovelvollisuus riippumaton asiakirjan antamisesta johtuvista tapauskohtaisista vaikutuksista (vahinkoedellytyslausekkeeton salassapitosäännös) vai määräytykö julkisuus asiakirjan antamisesta johtuvien haitallisten vaikutusten perusteella (julkisuusolettamaan

¹⁶⁰ Mäenpää 2020, s. 412.

¹⁶¹ Mäenpää 2020, s. 41–42.

¹⁶² KHO 2015:165.

¹⁶³ Mäenpää 2020, s. 412.

¹⁶⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 625.

perustuva salassapitosäännös) vai edellyttääkö julkisuus sitä, ettei tiedon antamisesta ilmeisesti aiheudu haitallisia vaikutuksia (salassapito-olettamaan perustuva salassapitosäännös).

Asiakirjasalaisuutta koskevia säännöksiä sovellettaessa on siis huomioitava ”salassapitosäännöksen muotoilu ja suojan taso”.¹⁶⁵ Salassapitointressin täyttymisen arvioinnin voidaan mahdollisesti nähdä juontuvan PL 12.2 §:n julkisuusperiaatteesta, jos lähdetään siitä, että julkisuus on turvattava mahdollisimman pitkälle. Julkisuusperiaatteen voi nähdä tällöin edellyttävän salassapitointressin täyttymistä niiden säännösten soveltamisen kohdalla, joihin liittyy vahinkoedellytyslauseke.

Julkisuuslain 24 §:ssä säädetään salassa pidettävästi viranomaisen asiakirjoista. Pykälän 17 kohta liittyy julkisyhteisön taloudelliseen etuun. Pykälän 20 kohdassa salassapitoperusteena toimii ”yksityisen liike- tai ammattisalaisuus”. Liike- ja ammattisalaisuudet eivät kuulu julkisuuden piiriin lähtökohtaisesti. ”Muiden tietojen” kohdalla on arvioitava seuraisiko ”tietojen antamisesta taloudellista vahinkoa”.¹⁶⁶ Hankinta-asiakirjoista on kielletty antaa niitä tietoja, jotka kyseisen pykälän nojalla ovat salassa pidettäviä. Hankintojen kannalta olennaisimpia ovat mainitut 17 ja 20 kohdan mukaiset asiakirjat.¹⁶⁷ Vahinkolausekkeiden tulkinnan tulee olla perusoikeusmyönteistä. Kuitenkin julkisuuden rajoituksia ei saa laiminlyödä niin, että vahinko tai vaara konkretisoituu.¹⁶⁸ Mainittuihin säännöksiin sisältyy sekä vahinkoedellytyslausekkeeton salassapitosäännös että julkisuusolettamaan perustuva salassapitosäännös. Toiseksi mainittujen lausekkeiden kohdalla säännöksiä on tulkittava perusoikeusmyönteisesti ja suppeasti siltä kohdista kuin edellytetään salassapitointressin täyttymistä niin, että julkisuusperiaate tulee toteutuneeksi mahdollisimman pitkälle. Kuitenkin vahingot ja vaarat tulee välttää tällaisissakin tilanteissa.

Julkisuuslain 11.1 §:n mukaan asianosaisella,

jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee, on oikeus saada asiaa käsittelevältä tai käsittelevältä viranomaiselta tieto muunkin kuin julkisen asiakirjan sisällöstä, joka voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn.

Pykälän 1 momentin nojalla asianosaisella on oikeus tiedonsaantiin myös sellaisista asiakirjoista, jotka ovat salassa pidettäviä eivätkä ne koske häntä itseään.¹⁶⁹ Asianosaisella ei

¹⁶⁵ Mäenpää 2020, s. 45.

¹⁶⁶ HE 30/1998 vp, s. 94–95. Ks. myös Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 566

¹⁶⁷ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 566.

¹⁶⁸ Mäenpää 2020, s. 511.

¹⁶⁹ Ks. HE 30/1998 vp, s. 69.

kuitenkaan ole julkisuuslain 11.1 §:n mukaista oikeutta pykälän 2 momentin 6 kohdan nojalla ”viranomaisen järjestämässä tarjouskilpailussa toisen tarjouksen tekijän liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin tarjouksen hintaa lukuun ottamatta”. Säännöksen johdosta teknisen liike- tai ammattisalaisuuden suojan murtaminen ei siten onnistu asianosaisjulkisuuden avulla.¹⁷⁰ Julkisuuden rajoituksista aiheutuvia vaikutuksia asianosaisille helpotetaan asianosaisjulkisuuden avulla. Kuitenkaan asianosainenkaan ei voi saada tietoa niistä seikoista, jotka ovat niiden ”salaisuuksien ydinalueella”, jotka suojaavat yksityisen tai julkisen ”etua”.¹⁷¹ Tällöin hänellä ei ole oikeutta saada tietoa, mikä koskee liike- tai ammattisalaisuuksia. Kun asianosainen on saanut hankintapäätöksestä tiedon, tällä on oikeus hankinta-asiakirjojen saantiin.¹⁷² Julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan tulkinnan tulee olla suppeaa. Samalla on huomioitava, millainen hankintapäätöksessä käytetty peruste on. Teknisiä liikesalaisuuksia lukuun ottamatta saatavilla tulisi olla ne tiedot, joita tarvitaan suoritettaessa arviointi hankintapäätöksen oikeellisuudesta.¹⁷³ Säännös rajoittaa tarjouksen tekijän tiedonsaantioikeutta.¹⁷⁴

Asiakirjojen julkisuutta turvataan siis asianosaisten osalta pidemmälle. Kuitenkaan liike- ja ammattisalaisuuksia ei tule tällöinkään vaarantaa. Liike- tai ammattisalaisuuksia ei tule tulkita julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan kohdalla niin laajasti, että hankintapäätöksen oikeellisuutta ei voida arvioida. Tulkinnan on oltava perusoikeusmyönteistä. Vaikuttaa siltä, että ehdokkaalla ei tiedonsaantiin ole kuitenkaan oikeutta, vaan ainoastaan tarjoajalla.

3.3 EU-oikeuden vaikutus hankinta-asiakirjojen julkisuuteen ja salassapitosääntelyyn

SEU 5 artiklan 2 kohdan mukaan ”toimivalta, jota perussopimuksissa ei ole annettu unionille, kuuluu jäsenvaltioille”. EU:n jäsenvaltioilla on lähtökohtaisesti oikeus päättää itsenäisesti EU-oikeuden toimeenpanoa ja soveltamista sekä muuten EU-oikeudellisesti merkityksellisiä asioita koskevasta julkisuudesta. Kansallisten viranomaisten tulee siis noudattaa samoja julkisuuslain säännöksiä, mitä se soveltaa yksinomaaisesti kansallisessa toiminnassa, toteuttaessaan EU-oikeutta sekä hallintotoimintaa, jolla on siihen vaikutuksia.¹⁷⁵ Kyseinen lähtökohta on otettava huomioon arvioitaessa edellä käsitellyn EU-oikeuden merkitystä asiassa. SEU 5 artiklan 2 kohdan nojalla julkisuutta koskevan sääntelyn kansalliselle lainsäätäjälle, koska sitä koskevaa sääntelyä ei ole perussopimuksissa luovutettu unionin

¹⁷⁰ HE 30/1998 vp, s. 68.

¹⁷¹ Mäenpää 2020, s. 175.

¹⁷² Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 563.

¹⁷³ Wallin – Konstari 2000, s. 262.

¹⁷⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 644.

¹⁷⁵ Mäenpää 2020, s. 54.

toimivaltaan kuuluvaksi. Kansalliset viranomaiset huolehtivat avoimuuden toteuttamisesta siten kansallisen julkisuusperiaatteen ja sitä toteuttavan julkisuuslain kautta.

EU-lainsäädännön normit, joissa on sääntelyä, mikä koskee julkisuutta, salassapitovelvoitteita tai muuten sitä rajoittavaa sääntelyä, rajoittavat kuitenkin kansallista julkisuusperiaatetta ja menettelyllistä itsenäisyyttä.¹⁷⁶ Hankintadirektiivin 18 artiklan 1 kohdan nojalla hankintaviranomaisten tulee kohdella ”yhdenvertaisesti ja syrjimättä” talouden toimijoita. Lisäksi niiden on ”noudatettava avointa [...] toimintatapaa. Hankintadirektiivin 21 artiklan 1 kohdan mukaan hankintaviranomaisen ei tule paljastaa ”talouden toimijoiden sille toimittamia tietoja, jotka nämä ovat määritelleet luottamukselliseksi”, jollei hankintadirektiivistä tai kansallisesta lainsäädännöstä muuta johdu. Unionin tuomioistuinin totesi *Antea Polska*-tapauksessa, että näin on siitä huolimatta, että hankintaviranomisilla on velvollisuus toimia avoimesti. Talouden toimijoiden on voitava luottaa siihen, että hankintaviranomaiset eivät paljasta kolmansille osapuolille seikkoja, mitkä ensiksi mainitut ovat toimittaneet hankintaviranomaisille, ja mistä voi seurata heille vahinkoa. Unionin julkisia hankintoja koskevan sääntelyn ”pää tavoite on hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle. Kyseisen tavoitteen saavuttamisen varmistamiseksi on olennaista, että hankintaviranomainen ei paljasta tietoja, mitä voidaan käyttää kilpailun vääristämiseen. Luottamuksensuoja on kuitenkin saatettava ”tehokkaan oikeussuojan vaatimuksen” kanssa sopusointuun. Pelkkää väitettä tietojen luottamuksellisuudesta ei voida silti pitää hankintaviranomaisia sitovana. Hankintaviranomaisten tulee vaatia talouden toimijaa todistamaan” tietojen luottamuksellisuus. Hankintaviranomaiset eivät voi hankintadirektiivistä johtuen hyväksyä järjestelmällisesti pyyntöä luottamuksellisesta käsittelystä, joka nojautuu liikesalaisuuksiin.¹⁷⁷

Avoimuusperiaate ja avoimuuden vaatimukset, jotka todetusti saavat perustansa unionin perustamis-sopimuksesta ja unionin oikeuskäytännöissä suoritetuista tulkinnoista asettavat mahdollisesti tietyt raamit hankinta-asiakirjojen julkisuudelle. Liikesalaisuuksien suoja ei voida tulkita tavalla, mikä estää tarkastelemasta talouden toimijoiden syrjimättömyyden toteutumista hankinnassa. Muun muassa *Telaustria*- ja *SECAP*-tapausten valossa tämän voi katsoa pätevän myös tilanteessa, jossa hankinta ei kuulu hankintadirektiivin soveltamisalaan, mutta hankinta voi herättää kiinnostuksen jäsenvaltion ulkopuolella. Avoimuusperiaatetta ei tule tulkita niin pitkälle meneväksi, että hankintaviranomainen tulisi luovuttaneeksi hankinta-asiakirjoissa olevia tietoja, mistä voi seurata kilpailun vääristyminen. Voidaan myös pohtia, miten kansallisten viranomaisten on huomioitava tilanteessa SEU 2

¹⁷⁶ Mäenpää 2020, s. 55.

¹⁷⁷ Tuomio 17.11.2022, *Antea Polska S.A.*, C-54/21, kohdat 48–50, 65, 68.

artiklan oikeusvaltioperiaate. Kyseisen unionin perustana olevan arvon voi nähdä vaarantuvan, jos hallinto ei ole tarpeeksi läpinäkyvää.

4 HANKINTALAIN 138.1–2 §:N TULKINTA JA AVOIMUUSPERIAATTEEN JA JULKISUUSPERIAATTEEN HUOMIOINTI

4.1 Hankintalain 138.1 §:n soveltaminen yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla ja avoimuuden varmistaminen

Hankintalain 138.1 §:n mukaan julkisuuslakia sovelletaan kokonaisuudessaan, jos hankintayksikkö on julkisuuslain 4.1 §:ssä ”tarkoitettu viranomainen tai jos sen on muualla” lainsäädännössä olemassa säännöksen johdosta noudatettava julkisuuslakia. Korkein hallinto-oikeus viittasi ratkaisussa KHO 2023:7 lakiin Hansel Oy -nimisestä osakeyhtiöistä (1096/2008). Lain 3 b §:n nojalla kyseissä laissa määriteltyä julkista hallintotehtävää hoidettaessa tulee noudattaa julkisuuslakia. Ratkaisussa KHO 2023:7 viitataan hankintalain 138.1 §:ään ja todetaan, että asiassa tulee sen johdosta arvioida, onko hankintayksikkö julkisuuslain 4.1 §:ssä tarkoitettu viranomainen. Koska näin ei ole, arvioitavana on vielä se, onko kyseessä kuitenkin julkisuuslain 4.2 §:n mukainen viranomainen, joka käyttää toiminnassaan julkista valtaa. KHO katsoi, ettei näin ollut. Hallinto-oikeus oli taas katsonut, että ei ole olemassa KL-Kultahankinnat Oy:tä koskevaa erityislakia, mutta kyseessä on kuitenkin hankintalain 4.1 §:n 12 kohdan mukainen yhteishankintayksikkö. Hallinto-oikeus katsoi sen myös käyttävän julkista valtaa.¹⁷⁸ Halosen tulkinnan mukaan yhtiömuotoisia hankintayksiköitä julkisuusperiaate ei hankintalain mukaan lähtökohtaisesti koske.¹⁷⁹ KHO on todennut ratkaisussa KHO 2018:164, ettei julkisuuslaki tule sovellettavaksi julkisuuslain 4 §:stä johtuen julkisyhteisön omistamien yhtiöiden kohdalla, jos ne eivät käytä julkista valtaa hoitaessaan julkisia tehtäviä.¹⁸⁰

Tapauksessa KHO 2023:7 asiakirjajulkisuutta ei rajattu viranomaisen osalta. Julkisuuslain kokonaistulkinnan perspektiivistä asiakirjajulkisuus toteutetaan niin, että julkisilta osiltaan hankinta-asiakirjat tulee saada viranomaiselta, jolta toimeksianto yhteishankintaan on tullut. Ensisijaisesti muutoksenhaku tulisikin kohdistaa viranomaisen päätökseen eikä osakeyhtiön päätökseen.¹⁸¹ Voidaan perustellusti kysyä, vaarantuuko hankintapäätöksen oikeellisuuden ja julkisten varojen käytön arviointi, jos yhtiömuotoisen hankintayksikön ei katsota käyttävän julkista valtaa ja hankintalain 138.1 §:ä ei sovellu. Ratkaisussa KHO 2018:164 oli jo omaksuttu tällainen linja. Tästä näkökulmasta tulkinta näennäisestä rajoituksesta esimerkiksi ratkaisun KHO 2023:7 kaltaisissa tapauksissa vaikuttaa perustellulta. Tällöin Tieto Finland Oy olisi voinut pyytää hankintayksikön hankintaa koskevia asiakirjoja

¹⁷⁸ KHO 2023:7, kohta 11–12, 25, 29–32, 35, 37.

¹⁷⁹ Halonen 2018, s. 59.

¹⁸⁰ Ks. KHO 2018:164.

¹⁸¹ Voutilainen 2023, s. 379.

toimeksiannon antaneelta viranomaiselta. Tällainen linja oli omaksuttu todetusti jo ratkaisussa KHO 2018:164. Näin ollen avoimuusperiaatteenkaan toteutuminen ei vaarantuisi tilanteessa. Tätä tulkintaa voitaisiin pitää myös demokratian toimintaedellytysten kannalta kestäväenä.

Kuten todettua, julkisuuslain 4.2 §:n nojalla, julkisuuslaissa viranomaisesta säädetyn soveltaminen julkista tehtävää hoitavaan yhteisöön edellyttäisi sen käyttävän toiminnassaan julkista valtaa. Tämä koskee yhtiömuotoista hankintayksikköä. Kun avoimuusperiaate edellyttää toteutuakseen julkisuusperiaatteen noudattamista, ei avoimuusperiaatekaan vaikuta aiheuttavan vaatimuksia yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla, jos kyse ei ole julkisen vallan käytöstä, jolloin hankintalain 138.1 §:ä soveltuisi. Ratkaisevaa hankintalain 138.1 §:n sovellettavuudessa on siis julkisen vallan käsitteen määritelmän täyttyminen, kun kyseessä ei ole julkisuuslain 4.1 §:n mukainen viranomainen vaan yhtiömuotoinen hankintayksikkö. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla hankintalain 138.1 §:ä voisi tulla kuitenkin sovellettavaksi erityislain perusteella kuten ratkaisusta KHO 2023:7 on nähtävillä. Salassa pidettävästi asiakirjoista ei hankintalain 138.1 §:n nojallakaan ole luonnollisesti oikeutta saada tietoa. Tilanteessa, jossa hankintayksikön todettaisiin käyttävän julkista valtaa avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen voi nähdä toteutuvan, koska hankinta-asiakirjat tulisi tällöin saada yhtiömuotoiselta hankintayksiköltäkin. PL 12.2 ja PL 124 §:n voisi mahdollisesti nähdä edellyttävän tällaista tulkintaa kuten aiemmin on todettu.

4.2 Hankintalain 138.2 §:n soveltaminen yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla ja julkisuusperiaatteen huomioiminen

Kuten todettua, hankintalain 138.2 §:n nojalla hankintayksikön ollessa jokin muun kuin julkisuuslain 4 §:n mukainen viranomainen sovelletaan, mitä julkisuuslaissa on säädetty ”asianosaisen oikeudesta asiakirjaan, asiakirjan julkisuuden määräytymisestä sekä tiedonsaantia koskevan asian käsittelemisestä ja ratkaisemisesta”, kun kyse on tällaisen ”hankintayksikön järjestämään tarjouskilpailuun osallistuneen” oikeudesta ”saada tieto tarjouksen käsittelyä varten laadituista ja saaduista asiakirjoista sekä hankintayksikön palveluksessa olevan vaitiolovelvollisuudesta”. Tämä tarkoittaa, että hankintayksikön ollessa julkisuuslain soveltamisalan ulkopuolella eräät julkisuuslain säännökset tulevat kuitenkin sovellettaviksi edellä tarkoitetuissa tilanteissa.¹⁸²

Hankintalain esitöissä todetaan, että säännökset, jotka koskevat ”vaitiolovelvollisuutta, hyväksikäyttökieltoa ja tiedonsaantioikeutta” tulevat sovellettaviksi, vaikka kyseessä ei olisi julkisuuslain 4 §:n mukainen viranomainen. Tällöin nekin hankintalaissa tarkoitettut hankintayksiköt, jotka eivät ole

¹⁸² Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 562.

julkisuuslain tarkoittamia viranomaisia ovat velvoitettuja soveltamaan yhteneväisesti erikseen mainittuja asioita koskevia julkisuuslain säännöksiä. Tästä seuraa, että esimerkiksi julkisoikeudelliset laitokset ja hankintayksiköt, jotka saavat hankintaansa julkista tukea yli puolet, ovat velvoitettuja noudattamaan kyseisiin asioihin liittyviä julkisuuslain säännöksiä kuin ne hankintayksiköt, jotka ovat viranomaisia.¹⁸³

Ratkaisussa KHO 2023:7 todettiin, että Tieto Finland Oy:n asiakirjapyyntöä tuli arvioida hankintalain 138.2 §:n kannalta, kun KL-Kultahankinnat Oy ei ollut kyseisessä tilanteessa katsottavissa hankintalain 138.1 §:n mukaiseksi hankintayksiköksi. Tieto Finland Oy oli osallistunut tarjouskilpailuun, jota koskevista tarjousasiakirjoista ja hankintapäätöksestä se oli tehnyt tietopyynnön. Tieto Finland Oy oli kuitenkin suljettu ennen lopullisten tarjousten antamista ja hankintamenettelyyn liittyvän lopullisen päätöksen tekemistä erillisellä lainvoimaisella päätöksellä ulos kyseessä olevasta tarjouskilpailusta. KHO viittasi unionin tuomioistuimen *NAMA*-ratkaisuun,¹⁸⁴ jossa todettiin, että tarjoajalta, jonka tarjoustaan hankintaviranomainen ei ollut hyväksynyt julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekomenettelyyn, voitiin olla antamatta muutoksenhakumahdollisuus ”julkista hankintaa koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnasta tehtyyn päätökseen”. Tässä on kuitenkin huomioitava se, että hankintamenettelyn ulkopuolelle sulkemista koskeva päätös oli tullut lainvoimaiseksi, joka on edellytys sille, että tarjoaja ei voisi vaatia ”toisen tarjoajan tarjouksen menettelyyn hyväksymistä tehdyn päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämistä”.¹⁸⁵

Hallinto-oikeuden mukaan taas asianosaisasema ei häviä julkisuuslain kannalta tarkasteltuna, vaikka tarjoaja olisi suljettu menettelyn ulkopuolelle hankintayksikön päätöksellä. Sen mukaan Tieto Finland Oy olisi tullut katsoa julkisuuslain 11.1 §:n mukaiseksi asianosaiseksi.¹⁸⁶ Suomen oikeudenkäyttöpiirissä Euroopan unionin oikeusjärjestys ja kansallinen oikeusjärjestys ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Kyseisten oikeusjärjestysten välinen suhde tulee hahmottaa toiminnalliseksi kokonaisuudeksi, jossa etusija on EU-oikeudella.¹⁸⁷

Hankintalain 4 §:n 9 kohdan mukaan ehdokkaalla tarkoitetaan toimittajaa, mikä on ilmaissut halukkuutensa osallistua hankintalaissa tarkoitettuun menettelyyn. Pykälän 10 kohdan mukaan tarjoaja on tarjouksen jättänyt toimittaja. Toimija, ”joka on pyytänyt saada osallistua tarjouskilpailuun” katsotaan ehdokkaaksi. Tarjoaja on taas toimija, joka on jättänyt tarjouksen.¹⁸⁸ Ratkaisussa KHO 2007:83

¹⁸³ Ks. HE 50/2006 vp, s. 118 ja HaVL 25/2006 vp, s. 7.

¹⁸⁴ KHO 2023:7, kohta 1, 39–41.

¹⁸⁵ Tuomio 24.3.2021, *NAMA*, C-771/19, kohta 45–46.

¹⁸⁶ KHO 2023:7, kohta 5, 13.

¹⁸⁷ Jyränki – Husa 2012, s. 72.

¹⁸⁸ HE 108/2016 vp, s. 79.

katsottiin, että A ei ollut osallistunut tarjouskilpailuun tai milläkään muulla perusteella pyytänyt asianosaisaseman johdosta tietoja asiakirjoista kuten julkisuuslain 11 §:ssä edellytetään.¹⁸⁹

Hankintalain 138.2 §:n tuleminen sovellettavaksi vaikuttaa edellyttävän, että asiakirjoja pyytänyt taho on tarjoaja. Ehdokasta taas ei katsota julkisuuslain 11.1 §:n mukaiseksi asianosaiseksi. Ratkaisu KHO 2023:7 vaikuttaa mainituista perusteista johtuen olevan linjassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. Sopimuskumppaniin valintaa koskevan hankintamenettelyn ulkopuolelle suljettua tarjoajaa ei unionin oikeuskäytännön valossakaan ole katsottava asianosaiseksi. Hallinto-oikeuden päätöksessä ei ollut tarkasteltu unionin oikeuskäytäntöä. Näyttää siltä, että tuomiossa on myös poikettu korkeimman hallinto-oikeuden aikaisemmasta käytännöstä. Asianosaisjulkisuuden ei siis tarvitse katsoa koskevan ehdokkaita, jolloin hankintalain 138.2 §:n voi katsoa soveltuvan niiden kohdalla. Vaikuttaa siltä, että hankintalain tulkinnassa tulisi huomioida unionin oikeus kokonaisuudessaan. Tulkinnossa unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden tulisi toimia vuorovaikutteisesti, mutta antaen etusija EU-oikeudelle.

Ratkaisussa KHO 2023:7 Tieto Finland Oy:tä ei ollut katsottu asianosaiseksi eikä hankintalain 138.2 §:ä soveltunut. Tulkinta, jonka mukaan asiakirjoja voisi pyytää viranomaiselta ei ole yksinkertainen. Ratkaisu KHO 2018:164 todetusti viittaisi kuitenkin siihen, että tämä olisi mahdollista. Tulkinta näennäisestä rajoituksesta kyseenalaistuu hankintalain 138.2 §:n sanamuodon valossa, koska sen mukaan julkisuuslakia ei sovelleta kokonaisuudessaan, jos hankinnan toteuttajan on joku muu kuin julkisuuslain 4 §:n mukainen viranomainen. Todetusti hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn tulkinnassa sanamuotoa ei voida pitää riittävänä tekijänä.

Hankintalain 138.2 §:n nojalla julkisuuslaki tulee sovellettavaksi ainoastaan asianosaisjulkisuutta koskevin säännöksin niiden yhteisöjen kohdalla, jotka ovat julkisyhteisön määräysvallassa. Tällä on kytkentä korruption tai muihin menettelytapoihin, mitä ei voida pitää asiallisina.¹⁹⁰ Hankintalain 138.2 §:n nojalla julkisuuslain tiettyihin asioihin liittyvät säännökset tulevat sovellettavaksi esimerkiksi tilanteessa, jossa yhtiömuotoinen hankintayksikkö järjestäisi tarjouskilpailun julkisen tehtävän hoitamiseksi käyttämättä kuitenkaan julkista valtaa. Voidaan pohtia, onko sisämarkkinoiden toteutumisen ja toiminnan valvonta täysimääräisesti mahdollista hankintalain 138.2 §:n kohdalla. Unionin tavoitteisiin liittyvän korruption torjunnan ja julkisten varojen tehokkaan käytön valvonnan suorittamisen kannalta hankintalain 138.2 §:n voidaankin pitää ongelmallisena. Tätä voidaan perustella sillä,

¹⁸⁹ KHO 2007:83, kohta Perustelut – 2. Harkinnan lähtökohdat.

¹⁹⁰ Oikeusministeriö 2023, s. 76.

että säännös rajoittaa julkisuusperiaatetta, jonka noudattaminen on todetusti olennaista julkisten varojen käytön valvonnan kannalta.¹⁹¹

¹⁹¹ Ks. Tämän tutkimuksen alaluku 3.1.

5 JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMINEN JULKISISSA HANKINNOISSA

5.1 Julkisen vallan käytön käsitteen yhteinen ydin

Julkisen vallan käytön on perustuttava lakiin ja lakia tulee noudattaa tarkoin kaikessa julkisessa toiminnassa PL 2.3 §:n nojalla. PL 2.3 §:ssä säädetään oikeusvaltioperiaatteeseen sisältyvästä kahdesta keskeisestä tekijästä. Siihen sisältyy vaatimus siitä, että julkisen vallankäyttäjän on saatava toimivaltaperusteensa eduskuntalaista. Tällöin esimerkiksi viranomaisen ei ole mahdollista omata sellaista toimivaltaa, mihin kuuluu julkisen vallan käyttäminen, jos sitä ei ole annettu lailla.¹⁹² Kun julkista valtaa arvioidaan oikeudellisena toimintamuotona, on huomiota kiinnitettävä varsinkin PL 2 §:n 3 momenttiin. Siihen voi todeta sisältyvän yleinen vaatimus julkisen vallankäytön pohjautumisesta eduskuntalakiin. Kuitenkaan säännöksestä tai sen esitöistä ei saa tarkkaa vastausta kysymykseen siitä, mitä julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan nimenomaisessa yhteydessä. Terminologisesti julkisen vallan käyttäminen kiinnittyy varsinkin hallinto- ja lainkäyttöviranomaisten ratkaisutoimintaan, jotka soveltavat lakia.¹⁹³

PL 2 §:n perusteluista on luettavissa julkisen vallankäytön ”yhteisen ytimen tavoittelu”.¹⁹⁴ Hallituksen esityksessä julkisen vallankäytön ydinalueeseen luetaan kuuluvaksi ”esimerkiksi poliisitoimi, tuomioistuineläytöksen lainkäyttötoiminta, ulosotto- ja verotus sekä viranomaisen oikeus määrätä ulkopuolisille virallisia seuraamuksia (esimerkiksi uhkasakko)”.¹⁹⁵ Julkisen vallan käsitteelle ei voida siis antaa ”yleistä määritelmää”. Sen sisällölliseen ytimeen sisältyy yksityisen oikeusasemaan puuttuminen hallintopäätöksen tai tosiasiallisen toimen avulla. Lisäksi julkisen vallan käyttöön luetaan kuuluvaksi ”etuksien myöntäminen”.¹⁹⁶ Julkisen vallan käytön alueeseen katsotaan kuuluvaksi ensiksikin yksipuolisesti tehtävät ”sellaiset norminanto-, lainkäyttö- ja hallintopäätökset”, jotka ulottuvat vaikutuksiltaan ”yksityisiin oikeussubjekteihin”.¹⁹⁷ Ydinalueellaan julkisen vallan käyttäminen merkitsee esimerkiksi vailla sopimusta tapahtuvaa ”yksipuolista määräämistä toisen henkilön/oikeussubjektin oikeuspiiristä tai puuttumista siihen”.¹⁹⁸

Julkisen vallan käyttö merkitsee ”päätöksentekoa toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta ja velvoittavan määräyksen antamista”, jotka tapahtuvat lain nojalla. Julkisen vallan käyttöä pitää

¹⁹² HE 1/1998 vp, s. 74.

¹⁹³ Keravuori-Rusanen 2008, s. 107.

¹⁹⁴ Keravuori-Rusanen 2008, s. 116, alaviite 260.

¹⁹⁵ HE 1/1998 vp, s. 74.

¹⁹⁶ HE 30/1998 vp, s. 52.

¹⁹⁷ HE 1/1998 vp, s. 74.

¹⁹⁸ Tuori 1998, s. 316.

sisällään esimerkiksi lupien myöntämiset sekä maksujen perimiset. Tosiasiallinen puuttuminen yksilön oikeuksiin ja etuihin lain nojalla kuuluvat myös julkisen vallan käyttöön.¹⁹⁹ Julkinen valta merkitsee siis toimintaa, jossa sitä käytetään. Sitä voidaan käyttää esimerkiksi hallintopäätösten tekemisen kautta.²⁰⁰ Yksipuolisesti velvoittavan vallan käyttäminen lukeutuu viranomaisten toiminnan keskeiseksi ja tunnusomaiseksi piirteeksi oikeusvaltiossa.²⁰¹ Julkisen vallankäytön ydinsisältöä koskevat tunnusmerkit noudattavat linjaa, jota voidaan pitää suhteellisen yhdenmukaisena. Käsitys on sekä lainsäädännössä että oikeustieteessä suhteellisen riidaton. *Keravuori-Rusanenkin* nostaa esiin sen, että olennaiseksi on katsottu toimenpiteen yksipuolisuus, mikä tarkoittaa ”ulkopuolisen oikeuspiiristä” määräämistä ilman sopimusta.²⁰² Julkisen vallan käsitteelle voidaan siis hahmottaa ainakin yhteinen ydin. Tämä ydin ei poikkea niistä piirteistä, jotka julkisoikeudellisessa doktriinissa käsitteeseen perinteisesti liitetään.²⁰³

PL 2.3 §:n toinen keskeinen oikeusvaltioperiaatteeseen sisältyvä tekijä on uhkaus siitä, että virkatoiminnassa tulee ”laillisen seuraamuksen uhalla” noudattaa lakia tarkasti.²⁰⁴ PL 118 §:ssä säädetään vastuusta virkatoimissa. Pykälän 3 momentin nojalla ”virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi” jokaisella vahingon tai oikeudenloukkauksen kärsineellä on lailla säädetyllä tavalla oikeus vaatia esimerkiksi vahingonkorvausta julkista tehtävää hoitavalta tai virkamieheltä tai viimeksi mainitun tuomitsemista rangaistukseen. Korkein oikeus on todennut ratkaisussa KKO 2001:93, että tilanteessa, jossa on velvollisuus toimia, voi velvoitteen laiminlyönti johtaa korvausvelvollisuuteen. Tilanteessa kunnalla oli ollut laissa säädetty tehtävä. Tällöin sen täyttämisen voi katsoa olevan kysymys julkisen vallan käytöstä.²⁰⁵ Julkisen vallankäytön yhdeksi olennaiseksi edellytykseksi voidaan siis katsoa se, että hallintotoiminta vaikuttaa jollakin tavalla ”yksityisten henkilöiden tai yhteisöjen oikeudelliseen asemaan”. Lähtökohdaksi määriteltäessä oikeudellisesti julkisen vallan käyttöä voidaan asettaa ”tehtävän tai toimenpiteen” suorittajan oikeus lakiin perustuen käyttää toimivaltaa, mikä on ulkopuolisten oikeusaseman suhteen olennaista. Tähän valtuuteen liittyy toisaalta ”velvollisuus ryhtyä julkisen vallan käyttöä sisältäviin toimenpiteisiin”.²⁰⁶

¹⁹⁹ Mäenpää 2021, s. 61. Ks. myös esimerkiksi Kulla 2003, s. 26.

²⁰⁰ Mäenpää 2017, s. 69.

²⁰¹ Mäenpää 2023, s. 65.

²⁰² Keravuori-Rusanen 2008, s. 116.

²⁰³ Tuori 1998, s. 316.

²⁰⁴ Ks. HE 1/1998 vp, s. 74–75.

²⁰⁵ KKO 2001:93.

²⁰⁶ Keravuori-Rusanen 2008, s. 123.

Käsitteen sisältö vaihtelee kontekstin mukaan.²⁰⁷ Sitä, missä käsitteen systemaattinen sijainti on, on jäänyt oikeustieteen teoriassa vaille laajempaa pohtimista. Keskustelu vaihtelee oikeudenalojen kesken.²⁰⁸ Se, että julkista valtaa käytettäessä voitaisiin noudattaa tarkoin lakia edellyttää toiminnan tunnistamista tällaiseksi. Tällöin ongelma syntyy siitä, että ennakolta ei välttämättä tiedetä, onko toiminta katsottava julkisen vallan käytöksi tai siitä, miten merkittävästä julkisen vallan käytöstä olisi kysymys. Jälkikäteisarvioinnin suorittamiseksi on kuitenkin oltava julkisen vallan käytön ulottuvuuksia koskeva esiyymmärrys. Lakisidonnaisuuden periaatetta tarjotaan tähän tavallisesta ratkaisuna.²⁰⁹ Se edellyttää viranomaisen toimivan niissä rajoissa, mitkä laissa määritellään.²¹⁰ Toimivalta julkisen vallan käyttämiseen voidaan nähdä sen heuristiseksi edellytykseksi. Sen avulla voidaan havaita, missä on oikeus käyttää julkista valtaa.²¹¹

Kuten todettua käsitteen sisällön riippuvuutta kontekstista voidaan pitää ongelmallisena sen kannalta, että sääntelyn kohderyhmän olisi kyettävä soveltamaan sitä vaikeuksista. Selkeyteen tulisi kiinnittää vielä erityistä huomiota, kun sääntely liittyy perusoikeuksiin.²¹² Kun määritetään julkisen vallankäytön ydinpiirin ulkopuolelle jäävää aluetta, tulkinnallinen liikkumavara ei ole sama jokaisella oikeudenalalla. Tämä liikkumavara vaihtelee myös oikeudenalan sisällä asiayhteydestä riippuen. Kun julkisoikeus ja yksityisoikeus ovat lähentyneet toisiaan, on siitä seurannut tulkinnallisia ongelmia. Tulkinnassa on jäänyt usein kuitenkin ottamatta sisällöllisesti kantaa niihin muutoksiin, joita oikeuskehitys aiheuttaa oikeudellisiin oppirakennelmiin ja toimintatapoihin.²¹³ Kriteereistä voidaan silti johtaa ”yleisiä näkökohtia”, minkä varaan ”tarkempi rajankäynti” tulee perustaa. Arvioitaessa sitä, onko toiminnassa kyse julkisen vallan käytöstä, huomio tulee arvioinnissa kiinnittää ensimmäisenä siihen, minkä on toiminnan yhteys ”julkisen vallan käytön ydinalueeseen”.²¹⁴

Voidaan todeta, että vaikka julkisen vallankäytön käsitteelle ei ole mahdollista antaa yleistä määritelmää, sille voidaan kuitenkin löytää yhteinen ydin. Perustuslain esitöistä voidaankin yrittää tavoittaa julkisen vallan käyttöä koskeva esiyymmärrys, jonka avulla jälkikäteisarviointi voidaan suorittaa. Jos nähdään, että ydin vastaa julkiseen valtaan perinteisesti kytkettyjä piirteitä, PL 2.3 §:n voi nähdä tarjoavan lähtökohdan sen tarkastelulle. Ytimeen vaikuttaa perustuslain esitöiden esimerkkien ja muutenkin lausutun sekä oikeuskirjallisuudessa esitettyjen tulkintojen perusteella kuuluvan tehtäviä,

²⁰⁷ Halonen 2018, s. 58.

²⁰⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 116–117.

²⁰⁹ Koivisto 2014, s. 693.

²¹⁰ Mäenpää 2023, s. 147.

²¹¹ Koivisto 2014, s. 684, 693.

²¹² Ks. PeVL 4/2021 vp, s. 4 ja PeVM 25/1994 vp, s. 5.

²¹³ Keravuori-Rusanen 2008, s. 117.

²¹⁴ Ks. Tuori 1998, s. 317.

joissa yksipuolisesti määrätään yksityisen oikeudellisesta asemasta ja tehtävät päätökset ulottavat vaikutuksen yksityiseen oikeussubjekteihin. Se puututaanko hallintopäätöksen tekemisellä yksityisen oikeusasemaan yksipuolisesti, vaikuttaa olevan tärkein seikka suoritettaessa arviointi siitä, onko kyse julkisen vallan käytöstä vai ei. PL 2.3 §:n ja perustuslain esitöiden valossa voi mahdollisesti vaikuttaa myös siltä, että julkisen vallan käytön ytimeen kuuluu se, että toimivalta siihen on annettu lailla. On mahdollista ajatella, että velvollisuus lain edellyttämiin toimenpiteisiin ryhtymisestä sisältyy perustuslain esitöiden valossa ytimeen. Tätä tukevat PL 118 § ja ratkaisu KKO 2001:93.

Voidaan nähdä, että julkisen vallankäytön käsitteen sisältö vaihtelee oikeudenalojen välillä. Julkisuuslailla on olemassa perusoikeuskytkentä, koska sillä säännellään julkisuusperiaatteen perusteita. Johtuen tästä julkisuuslain perusoikeuskytkennästä sääntelyn tulisi kuitenkin olla helposti sovellettavissa perustuslakivaliokunnan kannan perusteella. Näin ollen julkisuuslain 4.2 §:n sisältämän julkisen vallan käytön käsitteen soveltaminen ei saisi tuottaa vaikeuksia.

Kuten todettua julkisen vallankäytön käsitteen tyhjentävä määrittely ei ole mahdollinen. Julkisen vallankäytön määritelmää onkin mahdollista laajentaa tai supistaa tarpeen vaatiessa tulkinnan avulla. Perustuslaissa on luotu useita esteitä sen väärinkäytölle.²¹⁵ Luultavasti tarkoituksena ei kuitenkaan ole ollut se, että tulkinnalla voitaisiin puuttua tähän ydinalueeseen supistavasti muualla lainsäädännössä. Julkisen vallan käytön alueen määrittelyllä, joka perustuu tarveharkintaan tarkoitettiin luultavasti sellaisia käsitteen ytimen ulkopuolella olevia tilanteita, missä käsitteen ulottuvuuden tulkinnan suorittaminen on mahdollista laajasti tai supistavasti asiayhteydestä ja oikeudellisesta kysymyksenasettelusta johtuen. Voidaan ajatella, että perustuslain sallimissakaan rajoissa ydinalueen supistavaa tulkintaa ei voida tehdä.²¹⁶ Voitaisiin katsoa, että käsitteen tulkinta ei voi olla supistavaa kontekstista riippumatta, jotta käsitteen ydinalue ei tule rajoitetuksi. Tällöin joudutaan pohtimaan sitä, kuuluuko hankintapäätöksen tekeminen tähän ydinalueeseen.

PL 2.3 §:n ”kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia”. Laki on olennainen tekijä määriteltäessä rajaa yksityisen ja julkisen välillä. Useiden perustuslain säännösten perusteella määrittely vaikuttaa välttämättömyydeltä. Muita perustuslain säännöksiä, jotka määrittelevät näiden tahojen rajoja ovat PL 10 §, PL 12.2 § ja PL 80.1 §.²¹⁷ Teoreettinen ajattelutapa julkisen vallankäytöstä on muuntautunut hallinnon nykyaikaistuneiden toimintamuotojen osaksi. Kyse ei ole enää ainoastaan yksipuolisesta puuttumistehtävästä, mikä on tunnusomaista julkisoikeudelliselle positivisille.²¹⁸

²¹⁵ HE 1/1998 vp, s. 74.

²¹⁶ Keravuori-Rusanen 2008, s. 117.

²¹⁷ Mäenpää 2020, s. 8.

²¹⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 118.

Yhtiömuotoiset hankintayksiköt on mahdollista nähdä yhdeksi ilmentymäksi julkisen ja yksityisen välisen erottelun vaikeutumisesta. Tämä on mahdollisesti yksi tekijä, mikä aiheuttaa epäselvyyttä hankintalain ja hallinnon yleislakien suhteeseen. Raja pitäisi perustuslain valossa kuitenkin määrittellä. Julkisen vallan käytön käsitteen riippuvaisuuden kontekstista voi nähdä olevan yksi tekijä tämän erottelun vaikeutumisessa. Vaikuttaisi siltä, että teoreettinen ajattelutapa kyseisen käsitteen suhteen yrittää elää hallinnon kehityksen mukana.

Julkisen vallankäyttö ei ole siis yksinomaisesti valtion toimintaa. Kun julkisen vallankäyttöä sisältävää toimintaa annetaan valtiokoneiston ulkopuolisille on kuitenkin varmistettava, että oikeusvaltioperiaatetta noudatetaan toiminnassa tällöinkin. Perusoikeudet täsmentävät PL 2.3 §:ssä asetettuja vaatimuksia julkisen vallan käytölle.²¹⁹ Lakisidonnaisuuden periaatteesta voidaan joustaa, joten sitä ei voi pitää ehdottomana.²²⁰ Ytimen ulkopuolinenkin toiminta voidaan määrittellä julkisen vallan käyttöön kuuluvaksi. Tässä ratkaisevaa tilanteen vaatima ”oikeudellinen kysymyksenasettelu”.²²¹ Oikeusvaltioperiaatetta on siis noudatettava yhtiömuotoisenkin hankintayksikön toiminnassa, jos toiminta on katsottavissa julkisen vallan käytöksi. Asiakirjojen julkisuutta koskevaa sääntelyä on noudatettava tällöin tarkoin. Voidaan lähteä siitä, että käsitteen yhteistä ydinsisältöä on kunnioitettava, jos julkisuusperiaate nähdään kuuluvan oikeusvaltion perusteisiin. Tällöin käsitteen yhteisestä ytimestä poikkeavat tulkinnat eivät ole hyväksyttävissä. Julkisuusperiaatekin mahdollisesti täsmentää perusoikeutena niitä vaatimuksia, mitä PL 2.3 §:ä asettaa julkisen vallan käytölle. Näin ollen sen voi nähdä täsmentävän oikeusvaltio käsitteenkin keskeisiä osia. Arviointi siitä, onko kyse julkisen vallan käytöstä, tehdään siis käyttökontekstin valossa, minkä voi todeta olevan joka tapauksessa haastavaa. Oikeudellinen kysymyksenasettelu, mitä tilanne vaatii, voi ajatella vievän julkisen vallan käytön määrittelyn sen ytimen ulkopuolelle.

5.2 Julkisen vallan käyttö hankintojen yhteydessä

Viranomainen tekee julkisissa hankinnoissa ratkaisuja ja päätöksiä hankintamenettelyn kuluessa. Ne voidaan nähdä julkisen vallan käyttöön kuuluviksi toimenpiteiksi, joilla on vaikutuksensa ehdokkaisiin ja tarjoajiin. Se, että julkisuuslain 4.2 §:n mukaista julkisen vallan käyttöä ei ole määriteltyä on ongelmallista. Tämä johtuu siitä, että hankintalain mukaisissa julkisoikeudellisissa laitoksissa julkisten hankintojen toteutukset ovat julkisten hallintotehtävien suorittamista yhteishankintayksiköiden ja in house -yksikköjen kohdalla, mitkä tuottavat hankintapalveluja suoraan viranomaisen puolesta.

²¹⁹ HE 1/1998 vp, s. 74.

²²⁰ Koivisto 2014, s. 693.

²²¹ Tuori 1998, s. 317.

Julkiset hallintotehtävät taas lukeutuvat julkisiin tehtäviin. Viranomaisen tehdessä hankintapäätöksen siihen liittyy aina julkisen vallan käyttö. Tämä seuraa hallintopäätöksen luonteesta. Julkisoikeudellisen laitoksen tehdessä viranomaisen toimeksiannosta hankintoja koskee edellä mainittu myös niitä. Hankintalain 138.2 §:ssä tarkoitettu julkisuuslain soveltamisala on julkisoikeudellisten laitosten kohdalla tätä laajempi. Hankinta-asiakirjat voitaisiin katsoa toimeksiannon tehneen viranomaisen asiakirjoiksi julkisuuslain 5.2 §:n nojalla, toimittaessa toimeksiannon tehneen viranomaisen puolesta.²²²

Valitulle toimittajalla on hankintapäätöksestä johtuen oikeus toimittaa viranomaiselle, joka käyttää julkisia varoja, tavaroita ja palveluita. Näin ollen toimittajalle seuraa ratkaisusta taloudellisia vaikutuksia. Hankintamenettelyssä hankintayksikkö tekeekin yksipuolisesti päätöksen. Tämä ratkaisu tehdään hankintalain sekä osittain niiden ehtojen perusteella, mitkä tarjouskilpailussa on asetettu.²²³ Päätökset, joissa ”asetetaan oikeudellisia sääntöjä ja sovelletaan niitä yksittäistapauksessa” ovat korkeimman oikeuden mukaan tyypillistä julkisen vallan käyttöä. Kyseisestä toiminnasta voidaan ottaa esimerkiksi hallintomenettelyyn kuuluvat julkisyhteisön toimet, millä se ”puuttuu yksilön oikeuksiin, etuihin ja velvollisuuksiin” välittömästi.²²⁴ Hankintapäätös tarkoittaa toimittajan valintaa koskeva ratkaisua. Näin ollen hankintapäätöstä ei voida *Nenosen* tulkinnan mukaan nähdä ainoastaan sopimukseen ryhtymistä koskevaksi päätökseksi, joka on hallinnon sisäinen.²²⁵

Kun hankintayksikkö tekee julkisia hankintoja koskevia päätöksiä, se tekee päätöksiä, mitkä vaikuttavat ”yritysten taloudelliseen asemaan”. Päätökset eivät rinnastu verotus- ja lupapäätöksiin, mutta silti hankintayksiköillä on velvollisuus kilpailuttaa hankinnat kohdellen yrityksiä tasapuolisesti hankintalain nojalla. Hankintayksikkö käyttää myös harkintavaltaa asiassa. Kuitenkin on huomattava, että tarjouskilpailuihin osallistuminen kuuluu yrityksen liiketoimintaan. Hankintayksikkö ei myöskään toimi samalla tavoin viranomaisen asemassa kuten hoitaessaan julkisia hallintotehtäviä, vaan sen tarkoitus on saada aikaan yksityisoikeudellinen hankintasopimus kilpailuttaessaan julkisia hankintoja.²²⁶ Perustuslain epämääräiseen käsitteistöön voidaan katsoa kuuluvaksi myös julkinen hallintotehtävä.²²⁷

Kun tehdään julkisia hankintoja käytetään julkistaa valtaa, mihin liittyy virkavastuun toteuttaminen.²²⁸ Julkisyhteisön sisällä joudutaan tekemään päätös hankintasopimuksen tekemisestä, vaikka

²²² Voutilainen – Määttä 2023, s. 56, 630.

²²³ Voutilainen 2023, s. 377.

²²⁴ KKO 2009:24, kohta 9.

²²⁵ Nenonen 2011, s. 388.

²²⁶ Ks. Halonen 2016, s. 147.

²²⁷ Voutilainen 2023, s. 380.

²²⁸ Voutilainen – Määttä 2023, s. 59.

kyseinen sopimus ei sisältäisi julkisen vallan käytön siirtämistä. Päätös hankintasopimuksen tekemisestä on hallinnollinen päätös. Tässä päätöksenteossa hallintolain säännökset tulevat sovellettavaksi, ja se tapahtuu erillään sopimuksen tekemisestä. Lopullinen hankintapäätös katsotaan hallintopäätökseksi. Päätöksentekoon kuuluu julkisen vallan käyttäminen.²²⁹ Tulkinta siitä, että hankintapäätös olisi aina hallintopäätös, on kuitenkin tulkinnanvarainen, jos hankinta on hankintalain mukaisten kynnysarvojen alapuolella. Kun hankinta on kynnysarvon alapuolella, hankintayksikön toiminta ei ole yhtä sidottua. Se, täyttäisikö yhtiö hankintalain 5 §:n mukaista hankintayksikön määritelmää, menettäisi merkityksensä tilanteessa julkisuuslain soveltamisalan suhteen, jos hankintapäätös tulkittaisiin julkisen vallan käytöksi. Tilanteessa, jossa julkisten varojen käyttö tai hankintapäätösten tekeminen olisi aina katsottavissa julkisen vallan käytöksi hankintalain 138.2 § olisi tarpeeton. Tulkinnalle ei ole saatavissa tukea oikeuskäytännöstä tai oikeuskirjallisuudesta.²³⁰

Koska hankintapäätöksellä on taloudellisia vaikutuksia toimittajalle, voitaisiin se nähdä julkisen vallan käyttämiseksi. Hankintayksiköllä on myös velvollisuus julkisten hankintojen kilpailutukseen hankintalain mukaisesti kynnysarvojen täytyessä. Hankintapäätöksen katsominen julkisen vallan käytöksi voisi nähdä olevan tasapainossa julkisen vallankäytön käsitteen ydinsisällön kanssa, koska myös tässä voisi nähdä olevan kyse yksipuolisesta toimesta ja velvollisuudesta toimia hankintalain edellyttämällä tavalla. Tulkintaa vastaan kuitenkin puhuu se, ettei yrityksillä ole velvoitetta osallistua kilpailutukseen. Lopputuloksen on myös yksityisoikeudellinen hankintasopimus, mikä puhuu julkista vallan käyttöä vastaan. Näillä perusteilla hankintapäätöksen tekemistä ei tulisi katsoa julkisuuslain 4.2 §:n tarkoittamaksi julkisen vallan käytöksi. Voidaan huomata, että ainoastaan julkisen vallan käsite ei ole ongelmallinen hankintojen yhteydessä, vaan tätä on myös julkisen hallintotehtävän käsite.

Hankintatoimintaan kuuluvat yksiselitteisesti hankintapäätökset.²³¹ Oikeusnormien antamiseen, oikeudellisten pakkokeinojen käyttämiseen, hallintopäätösten ja lainkäyttöraatkaisujen tekemiseen liittyvät oikeudet on katsottu julkisen vallan käytön piiriin lukeutuviksi. Hankintojen kohdalla tällainen jaottelu voi kuitenkin ilmiön tarkastelun kannalta olla liian suppea. Niihin liittyvä julkisen vallan käyttö voi tapahtua hankintapäätösten ohella hankintasopimusten kautta tosiasiallisena hallintotoimintana, missä ei tehdä hankintalain mukaista hankintapäätöstä. Pienemmissä hankinnoissa voi

²²⁹ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 166.

²³⁰ Halonen 2018, s. 59, alaviite 40.

²³¹ Aho 2006, s. 75.

tapahtua julkisen vallan käyttöä ilman, että hankinta on tullut kilpailutetuksi. Rutiinihankintojen ei tavanomaisesti kuitenkaan katsota kuuluvan julkisen vallan käytön alaan.²³²

Hankintalain soveltamisalan piirin ulkopuolelle on rajattu ne hankinnat, jotka jäävät kansallisten kynnysarvojen ulkopuolelle. Nämä hankinnat olisi mahdollista toteuttaa hankintalain menettelytapavaatimuksia noudattamatta. Muun lainsäädännön mukaiset velvoitteet voisivat kuitenkin tulla noudatettavaksi toteutettaessa julkista hankintaa. Hankintalain ulkopuolelle jääviä julkisia hankintoja koskevat kuitenkin esimerkiksi hallintolaissa ja kuntalaissa säädetyt avoimuus- ja tasapuolisuusvelvoitteet ”sekä menettelytapavelvoitteet”.²³³ Voutilainen ja Määttäkin katsovat julkisten varojen käytön julkisen vallan käytöksi. Kuitenkaan käyttöä koskeva valmistelu ei tätä välttämättä heidän mukaansa vielä ole.²³⁴ Voidaan tulkita, että oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että viranomaistoiminnassa hankintojen tekeminen on julkisen vallan käyttöä osana niitä hallinnollisia ratkaisuja, jotka liittyvät taloudellisiin velvollisuuksiin tai taloudellisiin toimiin.²³⁵

PL 124 §:n mukaan ”julkinen hallintotehtävä voidaan antaa” ainoastaan lailla tai sen nojalla ”muulle kuin viranomaiselle”. Muulla hankintayksiköllä kuin viranomaisella tulisi olla lakiin perustuva tehtävä käyttää julkista valtaa ja julkisia varoja, jos lähdetäisiin siitä, että julkisia hankintoja tai julkisten varojen käyttöä koskevat päätökset olisivat julkisen vallan käyttöä. Hankintalainsäädännössä lähdetään siitä, että hankintayksiköksi käyvät kaikenlaiset toimijat. Hankintayksiköllä, joka käyttää julkisia varoja, ei tarvitse siis olla ”viranomaisasemaa tai lailla saatua valtuutusta”. Tämä tukee argumentaatiota siitä, että päätökset julkisten varojen käytöstä eivät olisi julkisen vallan käyttöä. Hankintalain säätämisvaiheessa olisi tullut suoritaan arviointi hankintalain ja perustuslain suhteesta, jos hankintapäätöksen tekeminen pitäisi sisällään julkisen vallan käyttöä.²³⁶ Tällöin argumentaatio siitä, että hankintapäätöksessä on aina kyse julkisen vallan käytöstä, koska siinä käytetään julkisia varoja ei olisi kestävä. Tätä tukee myös se, jos julkisen vallan käytön ytimeen katsotaan kuuluvan se, että siihen oikeuttavan toimivallan tulee perustua lakiin.

Apulaisoikeuskansleri viittaa ratkaisussa OKA 16/15/2008 hankintalain ja hallintolain säännöksiin ja katsoo, että hankintapäätös olisi tullut antaa kirjallisena, koska hallintopäätökset on annettava kirjallisesti HL 43.1 §:n mukaan. Ratkaisussa viitattiin myös hankintojen aloittamiseen aikaan voimassa

²³² Ks. Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 45–46. Ks. myös Aho 2006, s. 75, Aho katsoo myös, että hankinnat, jotka ovat luonteeltaan vähäisiä eivät merkitse julkisen vallan käyttämistä. Näin on hänen mukaansa myös hankinnan valmisteluun osallistumisen osalta.

²³³ HE 108/2016 vp, s. 114–115.

²³⁴ Voutilainen – Määttä 2023, s. 50.

²³⁵ Voutilainen 2023, s. 377.

²³⁶ Halonen 2016, s. 146.

olleen hankintalain (1505/1992) 1.1 §:iin, jonka mukaan ”valtion ja kuntien viranomaisten” ja muiden kyseisen lain mukaisten hankintayksiköiden tulee noudattaa kyseisessä laissa säädettyä.²³⁷ *Voutilainen* ja *Määttä* viittaavat kyseiseen ratkaisuun ja toteavat, että hankintoihin liittyvät päätökset voidaan katsoa julkisen vallan käytöksi, koska ne katsotaan hallintopäätöksiksi ainakin viranomaisten toiminnassa.²³⁸ Hallintolain 6 §:ssä säädetty hallinnon oikeusperiaatteet tulevat sovellettavaksi viranomaisissa niiden hankintojen kohdalla, joita hankintamenettely ei koske.²³⁹ Tämän voi nähdä vievän perustaa siltä, että hankintalain soveltamisalaan kuuluvia hankintoja ei katsottaisi julkisen vallan käytöksi. Kun kansallisen kynnysarvon alapuolelle jäävään hankinnan kohdalla hallintolain säännökset tulevat sovellettaviksi, mikä tarkoittaa niiden kuulumista julkisen vallan käytön piiriin, on johdonmukaista katsoa hankintalain soveltamisalaan kuuluvienkin hankintojenkin olevan julkisen vallan käyttöä.²⁴⁰

Hankintapäätösten tekeminen katsotaan tavanomaisesti julkisen vallan käytöksi. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden hankintapäätöksiä ei ole kuitenkaan aina nähty yksipuolisella toimella puuttumisena oikeushenkilöiden asemaan. Pelkästään julkisen vallan käytön yhteisen ytimen kautta hankintoihin liittyvää julkisen vallan käyttöä ei voida hahmottaa. Hankinnan jäädessä hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle ei julkisuuslaki tule välttämättä sovellettavaksi, jos kyseessä olisi yhtiömuotoinen hankinta ja katsottaisiin, että julkisten varojen käyttö ei ole julkisuuslain 4.2 §:n mukaista julkisen vallan käyttöä. Sellaisessa tilanteessa, jossa kyseessä olisi taas julkisuuslain 4.1 §:n mukainen viranomaisen, sovellettaisiin mahdollisesti julkisuuslakia, vaikka hankintalain mukainen kynnysarvo ei täyttyisi. Tällöin julkisten varojen käyttöä ei tarvitsisi katsoa julkisen vallan käytöksi. Näyttää siltä, ettei oikeuskirjallisuudessakaan ole täyttä yksimielisyyttä siitä, onko julkisten varojen käyttö aina julkisen vallan käyttöä. Näin on silloin, kun kyse on rutiininomaisesta pienhankinnasta. Raja siitä, milloin julkisten varojen käyttö tulee julkisen vallan käytön piiriin, jää määrittelemättä. Viranomaisen tehdessä hankintoja hallintolain 6 §:n mukaiset periaatteet tulevat siis sovellettaviksi silloinkin, kun kansallinen kynnysarvo ei täyty. Tämäkin kertoo mahdollisesti riskistä hankintalain ja yleishallinto-oikeudellisen sääntelyn kiertämiseen yhtiöittämisen avulla.

5.3 Käsitteen sidonnaisuus kontekstiin ratkaisun KHO 2023:7 valossa

Ratkaisussa KHO 2023:7 oli kyse siitä, että KL-Kultahankinnat Oy toimi muun muassa viranomais- ja hankintayksiköille yhteishankintayksikkönä. Näillä viranomais- ja hankintayksiköillä on laissa

²³⁷ Ks. OKA 16/50/2008, 14.4.2011, s. 12–15.

²³⁸ *Voutilainen – Määttä 2023*, s. 59.

²³⁹ *Nenonen 2011*, s. 396.

²⁴⁰ Ks. *Voutilainen – Määttä 2023*, s. 60.

säädetty velvollisuus hankintalain menettelytapasäännöksiä noudattaen kilpailuttaa hankintansa. Julkisyhteisön varojen käytön kannalta sen toiminta ei ole merkityksetöntä. Yhteishankintayksikön asemasta ja tehtävistä ei ole kuitenkaan säädetty lailla. Asiassa tuli arvioida lisäksi käyttääkö KL-Kultahankinnat Oy julkista valtaa sillä tavalla kuin JulkL 4.2 §:ssä on tarkoitettu. Hankintamenettelyn tarkoituksena on tarjouskilpailua hyödyntäen valita hankintayksikölle sopimuskumppani sopimussuhteeseen, joka on lähtökohtaisesti yksityisoikeudellinen. Hankintayksikön ratkaisut, joita hankintamenettelyssä tehdään suuntautuvat toimijoihin, jotka ovat sopimuskumppaniksi tullakseen osallistuneet tai ovat halukkaita osallistumaan hankintamenettelyyn. Hankintamenettelyllä ei puututa kuitenkaan julkisen vallan käytölle tyypillisellä ”tavalla yksityisten oikeusasemaan hallintopäätöksellä tai tosiasiallisella toimella”. Tällöin kyse ei ollut JulkL 4.2 §:n mukaisesta julkisen vallan käytöstä, eikä julkisuuslaissa viranomaisesta säädetty koskenut KL-Kultahankinnat Oy:tä. Näin ollen se ei ollut myöskään hankintalain 138.1 §:n mukainen hankintayksikkö.²⁴¹

Vaikuttaa siltä, että yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamia hankintoja ei ole nähty yksipuolisena puuttumisena yksityisen oikeusasemaan ratkaisun KHO 2023:7 valossa. Tämä tukee oikeuskirjallisuudessa otettuja vastaavia kannanottoja. Julkisuusperiaatteenkaan ei ole katsottu koskevan niihin liittyvä hankinta-asiakirjoja täysimääräisesti. Vaikuttaa siltä, että yhtiömuotoisten hankintayksiköiden toiminnassa ei ole milloinkaan kyse julkisen vallan käytöstä.

Julkisuuslaissa mainittu julkisen vallan käsite vaikuttaa ratkaisun KHO 2023:7 perusteella muodostavan omanlaisensa nimenomaisesti julkisuuslain mukaisen käsitteen. Julkisen vallan käsitteen tulkinta tapahtui ainoastaan julkisuuslain perusteluja hyödyntäen, ja asiakirjajulkisuutta rajaavaa säännöstä tulkittiin suppeasti julkisen vallan käytön käsitteen perspektiivistä. KHO:n tulkinta oli pistemäistä lain perustelujen tulkintaa. Samalla KHO poikkesi julkisuusmyönteisestä tulkintaopista, joko on tulkinnassa lähtökohta. KHO tulkitsi siis laajentavasti säännöstä, mikä rajaa julkisuusperiaatetta. Hallinto-oikeuden päätös sen sijaan oli nojautunut systemaattiseen tulkintaan.²⁴²

Hallinto-oikeudenkin päätöksestä kävi ilmi edellä mainittu siitä, että julkisen vallan käsitteen ytimeen kuuluu yksityisen oikeusasemaan puuttuminen hallintopäätöksellä tai tosiasiallisella toimella, vaikka käsitettä ei ole nimenomaisesti lainsäädännössä määritelty. Hallinto-oikeus totesi, että KL-Kultahankinnat Oy tekee asiakkaidensa toimeksiannosta ”hankintalain nojalla hankinta- ja muita päätöksiä”, joihin on mahdollista hakea muutosta markkinaoikeudesta. Tällaiset päätökset ovat sen mukaan hallintopäätöksiä eivätkä ainoastaan yksityisoikeudellisia oikeustoimia, koska harkinta, joka kriteerien

²⁴¹ KHO 2023:7, kohta 34, 35, 37–38.

²⁴² Voutilainen 2023, s. 379.

täyttymisestä suoritetaan koskee muun ohella julkisten varojen käyttöä. Tällöin niissä korostuu julkisen vallan käyttäminen julkisen hallintotehtävän tunnusmerkkien ohella. Hallinto-oikeus katsoi tällä perusteella, että kun KL-Kultahankinnat Oy tekee viranomaisasiakkaidensa toimeksiannosta hankintalain perusteella hankintoja kyseisen lain mukaisena yhteishankintayksikkönä se ”hoitaa julkista hallintotehtävää ja käyttää julkista valtaa” siten kuin julkisuuslain 4.2 §:ssä tarkoitetaan. KL-Kultahankinnat Oy:n olisi tullut noudattaa hallinto-oikeuden mukaan julkisuuslaki hankintalain 138.1 §:ssä tarkoitetulla tavalla Tieto Finland Oy:n tietopyynnön kohdalla. Hallinto-oikeus katsoi KL-Kultahankinnat Oy:n toimivan lain perusteella suoritettavien toimeksiantopäätöksin asiakkaidensa lukuun yhteishankintayksikkönä. Hallinto-oikeus katsoi viranomaishankintayksikön siirtäneen julkiseen hankintaan liittyvät vastuut KL-Kultahankinnat Oy:lle.²⁴³

Systemaattisessa tulkinnassa huomioidaan oikeusjärjestys kokonaisuudessaan, kun suoritetaan tulkintoja lakitekstin ilmaisusta. Lakitekstissä oleville ilmauksille ei tulisi antaa toisistaan poikkeavia merkityksiä eri yhteyksissä ellei tähän ole hyvää perustetta.²⁴⁴ Oikeusjärjestyksen koherenssin kannalta hallinto-oikeuden tuomio voisi tästä näkökulmasta olla perustellumpi kuin KHO:n ratkaisu. Tätä tukisi myös edellä todettu PL 12.2 ja PL 124 §:ä, joiden voi nähdä edellyttävän julkisuuslain 4.2 §:n laajentavaa tulkintaa. On mahdollista pohtia, onko julkisuuslain 4.2 §:n julkisen vallan käsite PL 2.3 §:n mukaisen yhteisen ytimen määritelmän mukainen ratkaisun KHO 2023:7 perusteella. Hallinto-oikeus ei kuitenkaan ollut huomionnut sitä, ettei julkisuusperiaatetta sovelleta yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla.

Kuten edellä todetaan julkisuuslain 4.2 §:n mukaisen julkisen vallan käsitteen tulkinta vaikuttaa saavan ratkaisussa KHO 2023:7 tulkinnan, mikä pohjautuu vahvasti julkisuuslakiin. Jos hankintapäätöksen tekeminen katsotaan julkisen vallan käyttämiseksi, koska siinä päätetään toimittajan taloudelliseen asemaan vaikuttavista seikoista, voi ratkaisu vaikuttaa kyseenalaiselta. Hankintapäätöksen tekemisen hän voi nähdä yksipuoliseksi toimenpiteeksi, joka on vaikuttanut yhteisöjen asemaan. Voidaan siis kysyä, kadotetaanko käsitteen pistemäisessä tulkinnassa sen yhteinen ydin.

Usein julkinen valta on nähty kapeasti ratkaisutoimintana, joka koskee yksilön etuja, oikeuksia ja velvollisuuksia.²⁴⁵ Hankintojen yhteydessä tällainen näkökulma on todetusti nähty liian kapeaksi.²⁴⁶ Julkisen vallan käyttäminen ja julkisen hallintotehtävän hoitaminen ovat osa julkisten varojen

²⁴³ KHO 2023:7, kohta 4, 11–12.

²⁴⁴ Hirvonen 2011, s. 39.

²⁴⁵ Voutilainen – Määttä 2023, s. 59, alaviite 73.

²⁴⁶ Kalima – Häll – Oksanen 2007, s.45.

käyttöä.²⁴⁷ KHO on todennut, että julkiset hankinnat ovat julkisten varojen käyttöön välittömässä yhteydessä.²⁴⁸ PL 12.2 §:n mukaisen asiakirjajulkisuuden ulkopuolelle ei voi jäädä toiminta, joka koskee julkisten varojen käyttöä. Näin on siitä huolimatta, miten ratkaisua KHO 2023:7 voidaan tulkita.²⁴⁹ Tästä näkökulmasta käsitteen sidonnaisuus kontekstiin voidaan kyseenalaistaa. Todetusti Voutilaisen ratkaisusta suoritettujen tulkinnan voi nähdä turvaavan avoimuusperiaatteen toteutumisen ja estävän hankintalain ja hallinnon yleislakien kuten julkisuuslain kiertämisen, julkisen vallan käsitteen epämääräisyydestä johtuen. Ratkaisussa KHO 2023:7 yhtiömuotoinen hankintayksikkö oli suorittanut julkisia hankintoja toimeksiannosta, jolloin ratkaisusta KHO 2018:164 todettu tukee kyseistä tulkintaa.²⁵⁰

PL 2.3 §:ssä tarkoitetun lain alaan, mitä tulee noudattaa tarkoin, kuuluu myös EU-oikeus. Tällöin viranomaisten ja tuomioistuinten tulee huomioida päätöksenteossaan aineellinen EU-oikeus sekä unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö.²⁵¹ On syytä arvioida, miten unionin oikeutta tullaan noudattaneeksi tarkasti yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamien hankintojen kohdalla PL 2.3 §:kin nojalla.

5.4 Käsitteen määritelmä hankinnoissa EU-oikeuden valossa ja hankinta-asiakirjojen julkisuus

EU-oikeuskin voi muodostaa perusteen julkisen vallan käytölle. Jotta direktiivissä määritellyt oikeudet, velvollisuudet ja rajoitukset ovat toteutettavissa julkista valtaa käytettäessä, tulee direktiivi saattaa osaksi jäsenvaltion oikeusjärjestystä asianmukaisesti.²⁵² Näin on hankintadirektiivin kohdalla luonnollisesti toimittu, joten siinä määritellyt oikeudet, velvollisuudet ja rajoitukset ovat toteutettavissa.

Julkisten hankintojen sääntelyyn, joka on aineelliseen hallinto-oikeuteen luettavaa normistoa, sisältyy myös merkittäviä yleishallinto-oikeudellisia elementtejä. Vakiintuneesti on katsottu, että oikeuden alueita, jotka liittyvät hallinto-oikeuden perusteisiin ei harmonisoida. Unionille ei ole annettu yleistoimivaltaa harmonisoida yleishallinto-oikeutta. Kansallinen yleishallinto-oikeus määrittelee edelleen pelisäännöt toimeenpantaessa unionin oikeutta.²⁵³

²⁴⁷ Voutilainen 2023, s. 380.

²⁴⁸ KHO 4.11.2016 t. 4641.

²⁴⁹ Voutilainen 2023, s. 380.

²⁵⁰ Ks. Tämän tutkimuksen alaluku 5.3.

²⁵¹ Mäenpää 2011, s. 113.

²⁵² Mäenpää 2011, s. 114.

²⁵³ Mäenpää 2011, s. 67.

SEU 5 artiklan 2 kohdan nojalla unionin on todetusti toimittava vain ”jäsenvaltioiden sille perussopimuksissa antaman toimivallan rajoissa”. EU:n toimielimille ei ole annettu toimivaltaa määrittellä yleisesti kansallisten julkisten hallintojen toimintatapoja tai menettelyä niissä. Näin ollen kansallisia hallinto-oikeudellisia järjestelmiä ei voida yhtenäistää yleisesti. Jäsenvaltion ominaispiirteissä julkisen vallan käyttö on keskeisessä osassa. Näin ollen on katsottu tärkeäksi, että sen oikeudellinen sääntely tapahtuu kansallisella tasolla. Sen käyttämistavan on katsottu lisäksi lukeutuvan sellaisen suvereniteetin alueelle, mikä määräytyy valtiosääntöisesti.²⁵⁴ Kyseisistä perusteista johtuen julkisen vallan käytön määritelmää ei voi etsiä unionin oikeudesta. Tämä on jäsenvaltioiden itsensä määriteltävissä oleva käsite, vaikka julkisten hankintojen harmonisointi onkin viety jo pitkälle. Unionin oikeudesta ei ole johdettavissa tulkintaa, jonka mukaan hankintapäätöksessä olisi aina kyse julkisen vallan käyttämisestä ja tämän seurauksena hankinta-asiakirjojen tulisi olla poikkeuksetta julkisia.

SEUT 288 artiklan kolmannen kohdan mukaan direktiivi velvoittaa kaikkia jäsenvaltioita, joille se on osoitettu saavutettavaan tulokseen nähden. Muodot ja keinot ovat kuitenkin kansallisten viranomaisten valittavissa. Jäsenvaltiolla on velvollisuus säätää lakeja, joilla toimeenpannaan asianmukaisesti direktiivin säännökset.²⁵⁵ Direktiivi on siis saatettava kansallisen lainsäädännön osaksi lainsäädäntötoimin eli implementoimalla. Kyse ei ole jäsenvaltioita koskevan lainsäädännön yhtenäistämisestä vaan lähentämisestä. Direktiivi ei poista harkintavaltaa jäsenvaltioiden viranomaisilta.²⁵⁶ Sidonnaisuus sovellettavan sääntelyn tavoitteisiin sekä siihen liittyvän oikeuskäytäntöön lisääntyy, kun eurooppalaisen hallinto-oikeuden vaikutus saa lisää tilaa hallinnollisessa päätöksenteossa. Julkisen vallan käytön rakenteisiin heijastuvat vähitellen muutokset, joita eurooppalainen hallinto-oikeus aiheuttaa. Tällaisilla muutoksilla on lisäksi kansallisen hallinto-oikeuden tunnuspiirteitä muokkaava vaikutus.²⁵⁷

Voidaan nähdä, että sovellettavan normiston tavoitteet eivät saa kuitenkaan vaarantua julkisen vallan käytön määrittelyn seurauksena. Tällöin on nähtävissä, että eurooppalainen hallinto-oikeus muokkaa mahdollisesti välillisesti julkisen vallan käsitettä itsessään. Perussopimusten perustavanlaatuisilla oikeussäännöillä ja niitä koskevalla oikeuskäytännöllä on hankintojen kohdalla sitova vaikutus kyseisestä käsitettä määrittäessä. Voidaan nähdä, että oikeudellinen kysymyksenasettelu nousee ratkaisevaksi. Tätä voidaan perustella sillä, että olisi kysyttävä toteutuuko unionin oikeus tilanteessa ja pitääkö sen ylipäätään toteutua. Jäsenvaltioidenhan on SEU 4 artiklan 3 kohdan mukaisen vilpittömän

²⁵⁴ Mäenpää 2011, s. 68–69.

²⁵⁵ Tuomio 15.3.1990, komissio v. Alankomaat, C-339/87, kohta 22.

²⁵⁶ Raitio – Tuominen 2020, s. 81.

²⁵⁷ Mäenpää 2011, s. 71–72.

yhteistyön periaatteen nojalla pidättäytyttävä toimenpiteistä, jotka vaarantavat perussopimuksen mukaisten tavoitteiden toteutumisen.

Sisämarkkinoiden toteutumista tulisi voida valvoa ja hankinta-asiakirjojen olla saatavilla, vaikka hankinta ei olisi hankintadirektiivin soveltamisalueella *Telaustria*-tapauksen nojalla. Kuitenkin *SECAP*-tapauksen nojalla edellytetään rajat ylittävää intressiä. Tämä voidaan turvata tulkinnalla, jonka mukaan ratkaisussa KHO 2023:7 asiakirjajulkisuuden ei rajoiteta viranomaisen osalta ja ne tulee tältä edelleen saada, vaikka hankinnan on tehnyt yhtiömuotoinen hankintayksikkö kuten ratkaisussa KHO 2018:164 edellytettiin. Tällöin kansallisen julkisen vallan käsitteen määrittely ei voisi mahdollistaa unionin oikeuden kiertämistä. Unionin tulkintavaikutus korostuukin kyseisen kaltaisessa tilanteessa, jossa asiaa ei voida ratkaista unionin oikeuden pohjalta kuten julkisen vallan käsitteen kohdalla on.²⁵⁸ Avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen sekä näiden asettamien vaatimusten noudattaminen tapahtuu yhtiömuotoisten hankintayksiköiden asiakirjojen kohdalla siten, että huomioidaan asiassa unionin oikeuskäytäntö sekä sisämarkkinoiden toimivuuden ja julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteet. Toisaalta on muistettava se, että tietyt asiakirjat eivät kuulu kuin asianosaisjulkisuuden piiriin, joten niiden saamisen ei voida katsoa olevan ilman asianosaisasemaa oikeutettua edes viranomaiselta. Tätä voidaan pitää unionin oikeuskäytännön mukaisena. Tällöin ratkaisevassa roolissa olisi pyydettyjen hankinta-asiakirjojen sisältö.

²⁵⁸ Ks. Tulkintavaikutuksesta tämän tutkimuksen alaluku 2.2.

6 HANKINTA-ASIAKIRJOJEN JULKISUUDEN VAHVISTAMINEN

6.1 Julkisuuslain ja hankintalain suhteen selkeyttämisen tarve

Säädöshuollon voi todeta olleen heikkoa julkisuuslain ja hankintalain kohdalla, mikä käy ilmi ratkaisusta KHO 2023:7. Todetusti ongelmia aiheuttaa julkisen vallan käsitteen epämääräisyys. Tästä oli myös ratkaisussa KHO 2023:7 viime kädessä kysymys.²⁵⁹ Haasteita syntyy, kun sovitaan yhteen yksityisten ja julkisten toimintatapoja.²⁶⁰ KL- Kultahankinnat Oy oli tehnyt päätöksen, jolla se oli kieltäytynyt luovuttamasta tarjousasiakirjoja ja hankintapäätöstä liitteineen Tieto Finland Oy:lle.²⁶¹ Voidaan ajatella, että tapauksessa ei toimita julkisuutta edistävällä tavalla. Ratkaisu paljastaa julkisuuslain kehittämisen tarpeen, koska lainsäätäjällä on PL 22 §:n nojalla velvollisuus julkisuusperiaatteen toteutumisen edistämiseen. Yhtiöittämisellä ei tule voida kiertää julkisuuslakia. Voidaan todeta, että haasteet yksityisen ja julkisten toimintatapojen yhteen sovittamisessa konkretisoituvat yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla. Lainsäädännön on todetusti määritettävä ehdot legitiimille hallinnolle. Tästäkin näkökulmasta julkisuuslain soveltamisalan selkeyttäminen yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla toivottavaa.

Perustuslain uudistuksessa sisällölliseksi lähtökohdaksi asetettiin vaatimus, jonka mukaan perustuslaista tulee ilmetä kattavasti valtiolliset perusratkaisut, jotka liittyvät julkisen vallankäyttöön ”sekä julkisen vallan ja yksilön” väliseen suhteeseen. Tätä voidaan kutsua perustuslain täydellisyyperiaatteeksi.²⁶² Lainsäädännön tehtävänä on ”määrittää legitiimin hallinnon ehdot demokraattisessa oikeusvaltiossa”. Tulkinta mahdollistaa myös runsaasti muutoksia.²⁶³ Vaikka perusratkaisut julkisen vallankäytön suhteen löytyisivätkin perustuslaista ja sen esitöistä voidaan todeta, että sen hahmottaminen ei kuitenkaan ole yksinkertaista. Tästä syystä julkisuuslain soveltamisen selkeyttäminen olisi suotavaa.

Hyvää hallintoa voi kutsua hyväksi vain, jos se toteutetaan hyvin. Hallinnollisten oikeuksien tulisi toteutua, kun asioidaan yhteisössä, mikä on julkinen tai vaikuttaa sellaiselta.²⁶⁴ Hyvän hallinnon takeista tulisi säätää täsmällisesti.²⁶⁵ Koska julkisuuslain 4.2 §:n sääntely ei vaikuta selkeältä, hyvän

²⁵⁹ Voutilainen 2023, s. 380.

²⁶⁰ Muukkonen 2012, s. 2.

²⁶¹ KHO 2023:7, kohta 1.

²⁶² HE 1/1998 vp, s. 6.

²⁶³ Koivisto 2014, s. 677.

²⁶⁴ Muukkonen 2012, s. 20–21.

²⁶⁵ PeVL 23/2000 vp, s. 5. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008, s. 409, joka on tulkinnut perustuslakivaliokunnan lausuntoa PeVL 23/2000 niin, että ”hyvän hallinnon takeiden toteumista ei voida jättää tulkinnanvaraisten säännösten perusteella määräytyviksi”.

hallinnon toteutuminen voi mahdollisesti olla kyseenalaista esimerkiksi julkisia hankintoja koskevien asiakirjojen luovuttamisen kohdalla, kun hankinnan on suorittanut yhtiömuotoinen hankintayksikkö, jolloin julkisuuslaki ei sovellu kokonaisuudessaan. Tämäkin tukee lainsäätäjällä olevaa velvollisuutta julkisuuslain 4.2 §:n mukaisen julkisen vallan käsitteen selkeyttämiseen PL 22 §:n nojalla.

Julkisuuslain ajantasaistamista koskevassa työryhmän mietinnössä todetaan, että ”julkisuuslain soveltamisalan määrittäjänä” tulee arvioida ”julkisten varojen käytön merkitystä”. Soveltamisalan laajentamisella onkin kiinteä yhteys kyseisten varojen käytön arvioinnin mahdollistumisen kannalta. Yhtiöittäessä ”julkisyhteisön toimintaa” tullaan yksityistäneeksi julkisia varoja, ja siirtäneeksi varoja jossain määrin pois viranomaiskoneistolta. Hankintalain mukaisesti yhteisöjen ja säätiöiden toteuttamiin julkisiin hankintoihin on sovellettu vain asianosaisjulkisuutta julkisuuslaista, mistä juontaa erityinen tarve julkisuudelle julkisten hankintojen osalta.²⁶⁶ Korruptiota voidaan torjua vaikuttavalla tavalla, kun hankintatoiminta on järjestetty läpinäkyvästi. On katsottu, että kunnissa niiden tietojen, jotka koskevat esimerkiksi hankintapäätöksiä ja tilauksia tulisi olla julkisia.²⁶⁷ Elinkeinoelämän keskusliitto EK on todennut, että yhtiöittäessä julkisia toimintoja avoimuus voi jopa parantua, koska osakeyhtiöillä on kirjanpitovelvollisuus ja niiden tilintarkastutettava ”kirjanpitonsa ja tilinpäätöksensä”.²⁶⁸ Toisaalta tilintarkastuksen riippumattomuudessa on havaittu ongelmia kunnissa ja kuntayhtymissä, jos tilintarkastusyhteisö on lisäksi myynyt lisäpalveluita.²⁶⁹

On mahdollista, että avoimuusperiaate ja julkisuusperiaate eivät toteudu parhaalla mahdollisella tavalla sellaisessa tilanteessa, kun yhteisöiden suorittamiin julkisiin hankintoihin ei sovelleta hankintalain 138.1 §:ää. Tulkinnallisten vaikeuksien voi nähdä vaikeuttavan korruption torjuntaa ja julkisten varojen käytön valvontaa niiden koskiessa hankintojen julkisuutta. Julkisuuden lisäämisen voi taas nähdä helpottavan näitä tekijöitä. Hankintalain 138.2 §:n voi nähdä heikentävän julkisten varojen käytön valvontaa. Lisäksi on huomioitava, että unionin julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteisiin lukeutuvat korruption estäminen ja tehokas julkisten varojen käyttö edellyttävät valvonnan toteutumista. Näkemykset siitä, että avoimuus paranisi yhtiöittämisen seurauksena voidaan kyseenalaistaa.

²⁶⁶ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 44–46.

²⁶⁷ Ks. Oikeusministeriö 2022, s. 51.

²⁶⁸ Oikeusministeriö 2017b, s. 43.

²⁶⁹ Ks. Oikeusministeriö 2022, s. 65–66.

6.2 Lainsäädännöllisten ratkaisuvaihtoehtojen arviointia

Lainvalmistelussa lähdetään siitä, että lakiehdotusten on oltava paitsi perustuslain mukaisia, mutta myös yleislakien mukaisia. Tämä johtuu siitä, että keskeisten oikeudenalojen yleislait nojaavat perustuslakiin, jolloin toiminnan pohjaaminen niihin on ”turvallista”.²⁷⁰ Kuntaliiton mukaan läpinäkyvyys on perusteltu, kun toiminnassa on kyse julkisten varojen käytöstä. Yksityisten toimijoiden hankinta-asiakirjojen tarkastelun sijaan olisi syytä tarkastella niiden kaikkien asiakirjojen julkisuutta kokonaisuudessaan.²⁷¹ Jotta yleislaista voidaan poiketa, siihen tarvitaan ”erityinen, painava syy”.²⁷² Korruption vastaisen yhteistyöverkoston luonnoksessa korruption vastaiseksi strategiaksi todetaan, että mahdollisuutta hankintalain muuttamiseksi sillä tavoin, että hankinta-asiakirjat tulevat julkisuuslain 6 ja 7 §:n tarkoittamalla tavalla julkisiksi, vaikka kyse ei ole viranomaishankintayksikön suorittamasta hankinnasta selvitetään.²⁷³ Julkisuuslain ajantasaistamista koskevan työryhmän mietinnön mukaan on mahdollista suorittaa arviointi julkisia hankintoja koskien julkisuuslain soveltamisalan laajentamisesta sen osalta, kun tarve avoimuuden lisäämiselle koskee niitä hankintoja, joita ”julkisyhteisön määräysvallassa” oleva yhteisö tekee. Tähän kuuluu se, että julkisyhteisön määräysvallassa oleviin yhteisöihin, jotka toimivat hankintayksikköinä hankintalain 138.2 §:n nojalla sovelletaan julkisuuslaista ainoastaan asianosaisjulkisuutta. Julkisuusperiaatteen toteutumisen supistumiseen, mikä seuraa muutoksista hallinnon rakenteissa, kyseisellä ratkaisulla ei kuitenkaan voida laajemmin vaikuttaa.²⁷⁴

Julkisuuslain 6 §:ssä säädetään ”viranomaisen laatiman asiakirjan julkiseksi tulemisesta” ja julkisuuslain 7 §:ssä ”viranomaiselle toimitetun asiakirjan julkiseksi tulemisesta. Hankintalain 138 §:ää tulisi siis muuttaa tavalla, jossa edellytetään julkisuuslain soveltamista kaikkien hankintalain mukaisten hankintayksiköiden kohdalla. Tällöin julkisuuslain sovellettavaksi tuleminen ei olisi kiinni julkisuuslain 4.2 §:n mukaisesta julkisen vallan tai julkisen hallintotehtävän käsitteestä. Yleislakien noudattamisen periaatteesta johtuen voidaan perustellusti todeta, että hankinta-asiakirjoja koskevan sääntelyn muuttaminen ainoastaan hankintalain kautta ei ole toivottava vaihtoehto. Julkisuuslain muuttamista voidaan sen sijaan pitää perustellumpana ratkaisuna. Julkisten varojen käytön julkisuuden vahvistamista voidaan pitää toivottavana yleislain avulla. Yhtiöitettyjen hankintayksiköiden asiakirjoja olisi myös mahdollisesti toivottavaa tarkastella kokonaisuudessaan eikä vain hankinta-asiakirjojen

²⁷⁰ Oikeusministeriö 2013, s. 219.

²⁷¹ Oikeusministeriö 2017b, s. 42.

²⁷² Oikeusministeriö 2013, s. 219.

²⁷³ Oikeusministeriö 2017a, s. 58.

²⁷⁴ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 76.

kohdalla. Mainituista syystä julkisuuslain ajantasaistamista koskevan työryhmän mietintöä on syytä tarkastella tässä yhteydessä.

Vaikeudet aiheutuvat julkisuuslain sääntelytekniikasta. Hallintolain (434/2003, HL) 2.3 §:ssä lain soveltamisala sidotaan julkisen hallintotehtävän hoitamiseen. Julkisuuslain 4.2 § säännös on sitä vastoin olemassa olevaa kuvaavaa todetessaan, että ”mitä viranomaisesta säädetään, koskee myös [...] julkista tehtävää hoitavia [...]”. Tällöin olisi katsottava, että yksityisen saadessa julkisen hallintotehtävän hoidettavakseen julkisuuslain soveltamisala koskisi sen kaikkia asiakirjoja. Viranomaisen asiakirjoja erottaminen muista asiakirjoista olisi tällöin haastavaa. Säännöstekstiä voisi muuttaa niin, että julkisuuslaki koskisi kaikkia viranomaisen asiakirjoja, jotka syntyvät julkisen hallintotehtävän hoitamisesta.²⁷⁵ Mutta kuten aiemminkin on todettu ei ole selvää, että hankintayksikkö hoitaisi julkista hallintotehtävää pyrkiessään saamaan yksityisoikeudellisen hankintasopimuksen.²⁷⁶ Julkisuusperiaatteen kannalta julkisuuslain soveltamisalan määrittelyn on oltava ”perusteltu, yleinen ja aikaa kestävä”. Erityissääntelyssä on mahdollista huomioida ne erityispiirteet, joita julkisuuslain soveltamisessa on niiden kohdalla, jotka hoitavat julkisia hallintotehtäviä.²⁷⁷ Voidaan siis nähdä, että julkisuuslain 4.2 §:n ulottaminen koskemaan kaikkia julkisia hallintotehtäviä ei poista julkisuuslain soveltamiseen liittyviä epäselvyyksiä. Ei ole selvää, että hankintapäätöksen tekeminen olisi katsottavissa julkiseksi hallintotehtäväksi. Tästä syystä kyseinen ratkaisu ei mahdollisesti toimi hankintojen kohdalla.

Voimassa olevien salassapitoperusteiden laajuus ja riittävyys tulee arvioida niiden ehdotusten osalta, jotka koskevat julkisuuslain soveltamisalan laajentamista. Lähtökohtaisesti niiden voidaan kuitenkin katsoa riittävän erilaisten intressien suojaamiseen, vaikka soveltamisala laajenisikin. Kuitenkin niitä on täydennettävä, jos näytetään, että ”perusteltuja ja konkreettisia puutteita” on olemassa. Salassapitoperusteiden arvioinnin on tapahduttava kokonaisuutena.²⁷⁸ Lainvalmistelija ei voi jättää huomioimatta Euroopan unionin oikeusperiaatteita, kun se valmistelee unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluvaa kansallista lainsäädäntöä.²⁷⁹ Jos kaikki yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamia hankintoja koskevat asiakirjat tulevat täysin julkisuuslain soveltamisalan piiriin liike- ja ammattisalaisuuksia lukuun ottamatta (JulkL 11 §), on arvioitava tämän seuraukset hankintamenettelyyn osallistuneiden ehdokkaiden ja tarjoajien kohdalla. Lisäksi on arvioitava, onko tämä unionin oikeuden

²⁷⁵ Ks. Muukkonen 2012, s. 15–16.

²⁷⁶ Ks. Halonen 2016, s. 147.

²⁷⁷ Oikeusministeriö 2023, s. 74.

²⁷⁸ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 42.

²⁷⁹ Oikeusministeriö 2013, s. 178.

mukaista. Yksi kysymys voi koskea *Antea Polska*-tapauksessa lausutun perusteella sitä tullaanko paljastaneeksi tietoja, jotka voivat johtaa kilpailun vääristymiseen.²⁸⁰

Julkisuuslain soveltamisalan laajentaminen voi aiheuttaa yksittäisiin toimijoihin kohdistuvia konkreettisia vaikutuksia, joiden arvioiminen ei ole helppoa. Tämä seuraa siitä, että julkisen hallintotehtävän käsitteeseen sisältyy tulkinnanvaraisuutta. Sääntelyn vaikutusten täydellistä arviointi ei voida suorittaa kaikkien julkisten hallintotehtävien kohdalla, koska tehtävät ovat muun muassa heterogeenisiä ja niitä hoitavat organisaatiot poikkeavat toisistaan. Kaikissa tilanteissa ei välttämättä ole yksinkertaista määrittellä täsmällisesti, mikä osa toiminnasta lukeutuu julkisen hallintotehtävän hoitamiseen, joka laajennukseen jälkeen tulee julkisuuslain soveltamisen piiriin. Tätä esiintyy erityisesti silloin, kun toiminta ei sisällä julkisen vallan käyttöä.²⁸¹ Pelkästään hankintalakiin tehtävät muutokset olisivat siinä suhteessa parempia, että hankinta-asiakirjojen lisäksi muutokset eivät vaikuttaisi muihin asiakirjoihin ja päätöksiin, jotka koskevat yhtiöiden taloutta ja toimintaa.²⁸² Muutoksen aiheuttamat seuraukset ovat vaikeasti hahmotettavissa. Tämä voisi mahdollisesti puoltaa hankintalakiin tehtäviä muutoksia ja arvioida tässä yhteydessä mahdollisia seurauksia tarkasti.

Työryhmän mietinnössä enemmistö päätyöryhmän jäsenistä on katsonut julkisuuslain soveltamisalan ulottamisen yhteisöihin, jotka ovat julkisyhteisön määräysvallassa perustelluksi. Yksi vaihtoehdoista oli julkisuuslain soveltamisalan laajentaminen hallintolain 5 §:n mukaisen julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen avulla. Tämä vaihtoehto hylättiin, koska tällainen soveltamisalakriteeri johtaisi siihen, että sellaiset yleishyödylliset yhteisöt sekä säätiöt, jotka saavat yli 50 prosenttia toiminta rahoituksesta esimerkiksi valtiolta, tulisivat soveltamisalan piiriin. Niiden järjestöautonomian johdosta tätä ei pidetty perusteltuna. Hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluvien julkisoikeudellisten laitosten olisi ollut helpompi arvioida kuuluvatko ne julkisuuslain soveltamisalan piiriin. Näin on siksi, että toimijat joutuvat lähtökohtaisesti arvioimaan jo sitä, ovatko ne hankintalain soveltamisalaan kuuluvia julkisoikeudellisia laitoksia.²⁸³ Lain soveltamisalaa koskevissa säännöksissä voidaan rajata halluttu tekijä sen ulkopuolelle.²⁸⁴ Julkisoikeudellinen laitos voi hoitaa myös täysin kaupallisia tehtäviä, jotka eivät ole yleisen edun mukaisia.²⁸⁵ Voidaan pohti, miksi soveltamisalassa ei olisi voitu rajata yleishyödyllisiä yhteisöjä ja säätiöitä sen ulkopuolelle. Ratkaisu voisi vahvistaa avoimuusperiaatteen ja julkisuusperiaatteen toteutumista julkisissa hankinnoissa. Vaikuttaa toisaalta myös siltä, että

²⁸⁰ Ks. Tästä argumentaatiosta tämän tutkimuksen luku 3.3 ja Tuomio 17.11.2022, *Antea Polska S.A.*, C-54/21, kohta 49.

²⁸¹ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 61–62.

²⁸² Halonen 2018, s. 66.

²⁸³ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 73–74.

²⁸⁴ Oikeusministeriö 2013, s. 373.

²⁸⁵ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017 s. 55.

ratkaisussa ei huomioida sitä, että julkisoikeudellinen laitos voi harjoittaa monenlaista toimintaa, josta kaikki ei välttämättä tapahdu julkishallinnon lukuun. Näin ollen ratkaisu ei ole kokonaisuudessaan paras mahdollinen.

Työryhmä on esittänyt, että uudistettavan julkisuuslain 5 §:ssä säädettäisiin lain ”soveltamisesta muihin kuin viranomaisiin”. Pykälän 2 momentissa lähdettäisiin siitä, että julkisuuslain soveltamisalan piiriin tulisivat yksityisoikeudelliset toimijat muun muassa silloin, kun julkisyhteisö tai useampi julkisyhteisö yhteisestä taikka valtion liikelaitos käyttää määräysvaltaa suhteessa tällaiseen toimijaan. Lisäksi edellytetään, että yksityisoikeudellinen toimija harjoittaa sellaista taloudellista toimintaa, mikä ei tapahdu markkinoilla kilpailutilanteessa. Säännös koskisi myös yksityisen toimijan tytäryhteisöjä. Tarkoitus on laajentaa julkisuusperiaatteen soveltamisalaa verrattuna voimassa olevaan julkisuuslakiin. Laajentamisella halutaan huolehtia siitä, että muutokset hallinnon rakenteissa ja tavoissa organisoida julkisyhteisön toimintoja eivät vaikuttaisi mahdollisuuksiin valvoa julkishallinnon toiminnan asianmukaisuutta. Korruptio olisi helpommin tunnistettavissa ja ehkäistävissä, kun yksityisoikeudellisessa muodossa olevasta toiminnasta saataisiin helpommin tietoa. Soveltaessaan julkisuuslakia yksityiset toimijat vastaisivat julkisen hallintotehtävän hoitamisesta. Julkisuuslain soveltamisalaan liittyvillä säännöksillä annetaan yksityisoikeudellisilla toimijoille tehtäviä, jotka koskevat päätöksentekoa, mitkä liittyvät ”yksityisten ja yhteisöjen” oikeuksiin. Näin ollen sääntely on PL 124 §:n suhteen merkityksellistä. Julkisuusperiaatteen toteutumisen kannalta tehtävän antamista voidaan pitää tarkoituksenmukaisena. Esityksen sanotaan selkeyttävän ”julkisuuslain sääntelyä”.²⁸⁶

Edellä mainittuun esitti eriäviä mielipiteitä muun muassa Kirsi Taipale. Kun sääntely on kytketty sellaiseen toimintaan, mikä ei tapahdu kilpailutilanteessa markkinoilla, ratkaisua ei voida pitää selkeänä. Käsite kytkeytyy EU-oikeuteen, jonka tulkinta ei aina ole helppoa. Julkisuuslain soveltajat eivät ole välttämättä suurelta osin asiaan perehtyneitä. Tavaroiden ja palveluiden myyntiin kohdistuva julkisuuslain soveltaminen huomioimatta markkinatilannetta ei välttämättä ole ongelmatonta. Yhteisöt, jotka tulevat julkisuuslain soveltamisalaan eivät tule tarkemmin kuvatuiksi. Kuitenkin ne ovat ilmeisen heterogeeninen ryhmä, joihin sovellettaisiin ”samaa sääntelymallia”. Erityislaissa tästä julkisuuslain sääntelystä poikkeaminen voisi olla haastavaa. Julkisuutta tulisi kyseisen näkemyksen mukaan ensisijassa lisätä omistajaohjauksen avulla.²⁸⁷ Vaikutukset kilpailun tehokkuuteen on syytä arvioida julkisuuslain uudistamista koskevassa hankkeessa. Julkisuuden kohdistuminen suureen joukkoon yhtiöitä on riski kilpailun tehokkuudelle.²⁸⁸

²⁸⁶ Oikeusministeriö 2023, s. 10, 107, 109.

²⁸⁷ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 303, 306–307.

²⁸⁸ Halonen 2028, s. 67, 69.

Sellaisen julkisuuslain uudistuksen johdosta, jossa yksityisoikeudellinen toimija, johon julkisyhteisö tai useampi julkisyhteisö yhteisesti taikka valtion liikelaitos, käyttäisi määräysvaltaa tulisi julkisuuslain soveltamisalan piiriin sen harjoittaessa taloudellista toimintaa markkinoilla kilpailemattomassa tilanteessa johtaisi siihen, että hankintalain 138.2 §:ää ei enää tarvittaisi. Hankintojen kohdalla tämän voisi mahdollisesti nähdä vastaavan paremmin julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteita ja helpottavan sisämarkkinoiden toteutumisen valvontaa. Ratkaisu voisi kestää aikaa, koska muutokset hallinnon rakenteissa ja julkisyhteisön toiminnan organisoinnissa eivät vaikuttaisi mahdollisuuksiin valvoa julkishallinnon toimintaa. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden toiminta olisi helpommin valvottavissa. Voi olla, ettei ratkaisu olisi kohderyhmän kannalta kuitenkaan selkeämpi. Sääntelyä tulisi myös tarkentaa, koska hankintalaissa voi olla vaikeaa poiketa julkisuuslaista, mikä lukeutuu hallinnon yleislakeihin. On myös kysymysmerkki, miten uudistus vaikuttaa kilpailun tehokkuuteen. Tämä on tärkeää siitä näkökulmasta, että unionin sisämarkkinoiden ja julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteisiin lukeutuu julkisten varojen tehokas käyttö. Jos kilpailun tehokkuus on kärsinyt, voidaan kysyä tulevatko julkiset varat käytettyä tehokkaasti. Ratkaisun KHO 2018:164 perusteella vaikuttaa siltä, että omistajaohjauksen kehittämällä voisi olla myönteisiä vaikutuksia, koska julkisia hankintoja koskevat asiakirjat tulisi saada toimeksiannon antaneelta viranomaiselta. Tätä voitaisiin pitää keinona välttää esimerkiksi uudet käsitteelliset vaikeudet.

Soveltamisalaa on siis tarkoitus rajata taloudellisen toiminnan käsitteellä, joka perustuu kilpailulakiin. Vaihtoehtona tälle esitettiin puhtaasti kansallista määritelmää. Sen muotoileminen lainsoveltajan kannalta selkeään ja tarkkuudeltaan riittävään muotoon olisi kuitenkin ollut haastavaa. Yhtenä vaihtoehtona tuotiin esiin myös se, että lain soveltamisalan laajentamisen sijasta turvaututtaisiin päivityksiin yhteisöjen yhdistysjärjestysmääräyksissä. Tässä käytettäisiin apuna erilaisia ohjeita, mitkä liittyvät hyvään hallintotapaan. Kun omistajaohjauksesta vastaavilla viranomaisilla olisi kattavasti tietoa yhtiöistä niin, että ne pystyisivät tehostamaan tiedotusta sekä muuta viestintää yhteistöistä, jotka ovat niiden määräysvallassa olisi tämä myös keino edistää julkisuuden toteutumista. Velvoittava lainsäädäntöä voidaan pitää julkisuusperiaatteen toteuttamisen kannalta tehokkaampana vaihtoehtona.²⁸⁹ Kuten aiemmin on todettu, perustuslaissa oleva julkisen vallan käsite on epämääräinen.²⁹⁰ On toivottavaa, että käsitteellisiä ongelmia vähennetään eikä lisätä entisestään. Kohderyhmän ei tulisi olla vaikeuksissa soveltaessaan sääntelyä. Vaihtoehdon on oltava myös sellainen, että julkisuusperiaatteen supistuvaan toteutumiseen voidaan tosiasiallisesti puuttua, jolloin omistajaohjauksen kehittämisen vaikuttavuus on kyseenalainen.

²⁸⁹ Ks. Oikeusministeriö 2023, s. 75–76.

²⁹⁰ Voutilainen 2023, s. 380.

7 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tässä tutkimuksessa selvitettiin niitä vaatimuksia, joita EU-oikeudellinen avoimuusperiaate ja kansallinen julkisuusperiaate asettavat yhtiömuotoisten hankintayksiköiden suorittamien julkisten hankintojen hankinta-asiakirjojen julkisuudelle, miten niitä olisi noudatettava sekä miten mainitut periaatteet huomioiden hankintalain 138.1–2 §:ää tulisi yhtiömuotoisten hankintayksiköiden kohdalla tulkita. Toiseksi tutkimuksen tarkoituksena oli selvittää, miten julkisuuslain 4.2 §:n mukainen julkisen vallan käsite tulisi ymmärtää hankinta-asiakirjojen kohdalla. Tutkimuksen tiedonintressi on näiden kysymysten osalta lainopillinen. Tulkinnoissa pyrittiin sopusointuun EU-oikeuden kanssa, jolloin unionin oikeuslähteiden merkitys korostui. Tämä on perusteltua siitä näkökulmasta, että hankintalaki pohjautuu hankintadirektiiviin. Lisäksi tutkimuksen tarkoitus oli selvittää, onko hankinta-asiakirjoja koskevaa sääntelyä kehitettävä julkisuusperiaatteen ja avoimuusperiaatteen valossa, ja mikäli on, niin mikä voi olla ratkaisu. Tämän kysymyksen osalta tiedonintressi on oikeuspoliittinen. Tutkimuksessa havaitaan lainopin avulla epäjohtonmukaisuuksia, joita lainsäädännössä ilmenee. Kuudennessa luvussa suoritetaan *de lege ferenda* -pohdintaa, jos hyödynnettiin muuan muassa julkisuuslain ajantasaistamiseen liittyvää työryhmän mietintöä sekä oikeusministeriön julkaisua korruptiontorjunnasta kunnallishallinnossa.

Avoimuusperiaatteen todettiin asettavan hankinta-asiakirjoille julkisuuden lähtökohtaiseksi vaatimukseksi. Hankintalain esitöiden perusteella voidaan lähteä myös siitä, että vaikka unionin perustamissopimusta koskevassa oikeuskäytännössä puhutaan avoimuusvelvollisuudesta, voidaan avoimuusperiaatteen vaatimukset identifioida sen avulla. Silti on huomattava, että tämä ei tarkoita hankintadirektiivin mukaisen avoimuusperiaatteen jokaisen vaatimuksen sisältyvän avoimuusvelvollisuuteen. Kun julkiseen hankintaan sisältyy rajat ylittävä intressi, voidaan lähteä siitä, että avoimuusperiaatetta tulisi noudattaa niidenkin hankintojen kohdalla, jotka eivät kuulu hankintadirektiivin soveltamisalaan. Voi vaikuttaa siltä, että unionin oikeuden kannalta muodostuisi ongelmalliseksi tilanne, jossa yhtiömuodossa toimivien hankintayksikköjen hankinta-asiakirjat eivät olisi julkisia, mutta kyseessä olisi hankintalain 5.1 §:n 4 kohdan mukainen julkisoikeudellinen laitos. Sama koskee hankintalain 5.1 §:n 5 kohdan mukaista hankintayksikköä. Hankintadirektiivin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa jopa korostuu hankintalain 3.1 §:ssä mainitun avoimuusperiaatteen merkitys.

Silloin kun hankintalain 26 §:n mukainen EU-kynnysarvo jää täyttymättä ei julkisessa hankinnassa tule jättää huomioimatta EU-oikeuden perustavalaatuisten oikeussääntöjä eikä yleisten periaatteita unionin oikeuskäytännöstä johtuen. Edes hankintalain 25 §:n mukaisen kansallisen kynnysarvon täyttämättä jäämisen ei pidä katsoa tarkoittavan tätä automaattisesti. Asiassa tulee suorittaa

kokonaisarviointi. Unionin oikeuskäytännön valossa voitaisiin perustella sitä, että hankinta-asiakirjojen julkisuutta on noudatettava, vaikka hankintayksikkö olisi yhtiötetty, mikäli on mahdollista, että hankintasopimuksella on ”selvä rajat ylittävä intressi”. Unionin avoimuusperiaatetta koskeva oikeuskäytäntö on huomioitava Suomenkin hankintaviranomaisissa, vaikka hankintadirektiivin kynnsarvo jää täyttymättä.

Hankintadirektiivin tulkinta tapahtuu huomioiden SEU 3 artiklan mukaiset tavoitteet, joihin lukeutuu sisämarkkinoiden toteutuminen. Kun tulkitaan hankinta-asiakirjoja koskevaa sääntelyä ei voida sivuuttaa sitä lainsäädäntökehikkoa, missä mainitut normit sijaitsevat. Tästä seuraa, että hankinta-asiakirjoja koskevia säännöksiä ei tule tulkita vain sanamuodon mukaisesti. Kun EU-oikeuden mukainen kynnsarvo täyttyy, hankintadirektiivin sekä sitä ympäröivän lainsäädäntökehikon tavoitteet on saavutettava. Jäsenvaltioissa olisi kuitenkin mahdollisesti huomioitava hankinta-asiakirjoihin liittyvää sääntelyä tulkittaessa ja sovellettaessa, että unionin tavoitteet saavutetaan vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaisesti, kun on havaittavissa ”selvä rajat ylittävä intressi”, vaikka EU-kynnsarvo jää täyttymättä. Tulkintaa voidaan tukea *Telaustria*-tapauksessa ja *SECAP*-tapauksessa lausutuilla näkökohdilla. Kun huomioidaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön vahva velvoittavuus, kansallisen lainsoveltajan on huolehdittava unionin tavoitteiden toteutumisesta. Tämä korostuu, jos ei ole mahdollista ratkaista asiaa puhtaasti unionin oikeuteen tukeutuen. Tuomioistuin voi joutua arvioimaan, mikä tavoite tai tavoitteet ovat niitä, joiden valossa se suorittaa oikeuslähteen tulkinnan, jos kysymys hankinta-asiakirjan julkisuudesta ei ole yksinkertainen.

Kun *Telaustria*-tapauksessa tultiin vahvistaneeksi perustamissopimuksen soveltamista, voidaan avoimuusperiaate nähdä merkittäväksi tekijäksi valvottaessa sisämarkkinoiden toteutumista ja toimivuutta. Avoimuusperiaate mahdollista arvioinnin unionin tavoitteiden toteutumisesta. Syrjimättömyyskin varmistetaan sillä, että hankinta-asiakirjat ovat julkisia. Se, että hankinnan lopputulos on oikea, ei ole riittävä tekijä. Lisäksi, jos julkinen hallinto ei ole jäsenvaltioissa avointa, sitä ei voi pitää ongelmattomana unionin perustaan kuuluvan oikeusvaltion arvon ja sisämarkkinoiden toimivuuden arvioinnin kannalta. Tällöin voidaan lähteä siitä, että vaatiessaan jäsenvaltioilta oikeusvaltioperiaatteen kunnioittamista, se tulee edellyttäneeksi jäsenvaltioiden julkisilta hallinnoilta jonkinasteista avoimuutta. Oikeusvaltion vaatimuksen toteutuminen avoimuuden kautta tulisi huomioida tulkinnoissa.

Hankinta-asiakirjojen julkisuutta tarkasteltiin tutkimuksessa julkisuusperiaatteenkin kannalta, koska avoimuus ei voi toteutua ilman julkisuutta. Näin ollen julkisuusperiaate asettaa hankinta-asiakirjoille samoja vaatimuksia kuin avoimuusperiaatteesta seuraa niillä hankinnoille, joilla on selvästi rajat ylittävä intressi. Julkisuusperiaatteen voisi ajatella vievän vaatimuksen pidemmällekin eli niihin

hankintoihin, joissa kyseinen intressi puuttuu. Tässä tulkinnassa voidaan nojautua PL 12.2 §:ään ja julkisuuslain merkitykseen julkisuusperiaatteen toteuttamisessa. Ratkaisun KHO 2023:7 voi nähdä osoittavan, ettei yhtiömuotoisella hankintayksiköllä ole velvollisuutta tehdä toiminnastaan jokaisessa suhteessa mahdollisimman läpinäkyvää sekä tiedottaa toiminnastaan aktiivisesti, koska tiedolla on monenlaista merkitystä julkisuusperiaatteen osatekijöitä tarkasteltaessa. Tätä tukee se seikka, ettei hankintayksikön tarvitse lukeutua julkishallintoon kuuluvaksi ja olla osa julkisyhteisöä. Näin on siitä huolimatta, että julkisuutta on rajoitettava lainsäädännön tasolla ja lähtöisesti asiakirja on annettava sitä pyytävälle.

Julkisten varojen sekä julkisen vallan käytön valvonnan turvaamiseksi tilanteessa, jossa tullaan laati-neeksi muistiinpanoja ja luonnoksia asian käsittelyn tai esittelyn vuoksi, on lähdeittävä tulkitsemaan asian käsittelyä ja esittelyä laajasti. Yhtiömuotoiselta hankintayksiköltä niitä ei voida kuitenkaan saada. Jos muistiinpanot ovat vaikuttaneet asian ratkaisuun, niitä ei tulisi salata. Sisäistä työskentelyä varten laadittuja asiakirjoja ei tule katsoa julkisuuslain 5.4 §:n mukaisiksi kuin ainoastaan silloin, kun niillä ei ole julkisten varojen käytön ja julkisen vallan käytön kontrolloinnin kannalta vähäistä suu-rempaa merkitystä. Asiakirjoja tulisi pyytää viranomaiselta niiden saamiseksi.

Hankintayksikön tulisi julkisuuslain 17.1 §:n perusteella huolehtia, että hankintayksikön yhtiöittämi-nen ei johda julkisuusperiaatteen kiertämiseen, joka tukee tulkintaa hankinta-asiakirjojen saamisesta viranomaiselta. PL 124 §:n esitöiden perusteella on mahdollista pohtia, olisiko julkisuuslakia sovel-lettava yhtiömuotoisen hankintayksikön toteuttamien hankintojen hankinta-asiakirjoihin, vaikka niissä ei olisi kyse julkisen vallan käytöstä. Tässä olisi mahdollista huomioda se, että perustuslaki-valiokunta ei kuitenkaan linjaa niin, että esimerkiksi julkisuuslakia tulisi noudattaa kokonaisuudes-saan. Kuitenkin on syytä huomata, ettei perustuslakivaliokunnan mukaan julkisuuslakia tule aina nou-dattaa kokonaisuudessaan suoritettaessa julkisia tehtäviä.

Voidaan katsoa, että julkisuuslain 4.2 §:n nojalla julkisuuslakia ei tule soveltaa hankinta-asiakirjoihin yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla, kun hankinnassa ei käytetä julkista valtaa. Ratkaisua KHO 2023:7 ja siitä esitetty tulkintaa voidaan pitää aikaisemman tulkintakäytännön mukaisena. Julkisuus-lain 4 §:n mukaiselta viranomaiselta, joka on antanut toimeksiantotehtävän, tulisi saada asiakirjat, jotka koskevat yhtiömuotoisen hankintayksikön suorittamia julkisia hankintoja ratkaisun KHO 2018:164 nojalla. Tätä tukevat myös julkisuuslain esityöt, joiden nojalla voidaan lähteä siitä, että asiakirjan ei tarvitse olla viranomaisen hallussa. Viranomaisella on tästä huolimatta määräysvaltaa niihin ja se voi edellyttää niiden luovuttamista itselleen. Julkisuusperiaatteen vaatimuksiin voidaan nähdä kuuluvaksi se, että salassapitosäännöksiä tulkitaan ja sovelletaan suppeasti. Tämä tukee han-kinta-asiakirjojen kohdalla mahdollisesti avoimuusperiaatteen toteutumista.

Ratkaisua voi pitää ongelmallisena siitä näkökulmasta, että tällaisen sääntelyn soveltamisen tulisi olla supistavaa. Sen voi nähdä tällöin heikentävän avoimuuden täysimääräistä toteutumista. Tältä kannalta olisi perusteltua lähteä siitä, että säännöstä, joka rajoittaa hankinta-asiakirjojen julkisuutta tulkitaan aina supistavasti. Tästä näkökulmasta voisi katsoa, että korkeimman hallinto-oikeuden olisi tullut katsoa julkisuuslain 4.2 §:n soveltuvan yhtiömuotoiseen hankintayksikköön. Hankinta-asiakirjojen julkisuuden rajoittamisen voi nähdä edellyttävän myös välttämättömyyttä, koska julkisuusperiaate on perusoikeus. Julkisuuden rajoittaminen siitä syystä, että se kytkeytyy muihin perusoikeuksiin ei ole riittävää. Jos katsotaan, että ratkaisun KHO 2023:7 nojalla ei rajoiteta oikeutta saada asiakirjoja viranomaiselta, turvataan mahdollisuus perusoikeuksien rajoittamisperusteiden asianmukaiseen soveltamiseen. Yhtiöittäminen ei ole tällöin keino kiertää julkisuuslakia. Julkisuusperiaatteen voi nähdä myös edellyttävän sellaisten säännösten kohdalla salassapitointressin täyttymistä, johon kuuluu vahinkoedellytyslauseke. Tällaisia säännöksiä tulee tulkita suppeasti ja perusoikeusmyönteisesti salassapitointressin täyttymisen osalta, jotta julkisuusperiaate toteutetaan niin pitkälle kuin mahdollista. Kyseisissä tilanteissakaan ei saa aiheuttaa kuitenkaan vahinkoa tai vaaraa. Julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan osalta liike- ja ammattisalaisuuksia ei tule tulkita niin pitkälle, ettei hankintapäätöksen oikeellisuus ole arvioitavissa. Tällöinkin edellytetään perusoikeusmyönteistä tulkintaa. Tiedonsaanti-oikeuden voidaan todeta koskevan tältä osin ainoastaan tarjoajia, jolloin ehdokkaat on suljettu tässä kohdin kyseisen oikeuden ulkopuolelle.

Avoimuudesta huolehtivat kansalliset viranomaiset kansallisen julkisuusperiaatteen ja julkisuuslain avulla, joka toteuttaa kyseistä periaatetta. Talouden toimijoiden syrjimättömyyden toteutumisen arviointia hankinnoissa ei tule vaarantaa liikesalaisuuksien suojan tulkinnan johdosta. Tämän voi katsoa pätevän hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolisissakin hankinnoissa, jos hankinta mahdollisesti herättää jäsenvaltion ulkopuolella kiinnostusta. Tätä tukevat *Telaustria*- ja *SECAP*-tapaukset. Hankintaviranomaisen ei tule kuitenkaan luovuttaa avoimuusperiaatteen tulkinnasta johtuen sellaisia tietoja hankinta-asiakirjoista, mistä mahdollisesti aiheutuu kilpailun vääristyminen. Lisäksi on huomioitava, että SEU 2 artiklan mukaisen oikeusvaltioperiaatteen toteutuminen mahdollisesti vaarantuu, mikäli hallinto ei ole riittävän läpinäkyvää.

Ratkaisun KHO 2018:164 perusteella vaikuttaa siltä, että yhtiömuotoisten hankintayksiköt eivät käytä julkista valtaa, jolloin hankintalain 138.1 §:n ei sovellu. Tällöin on mahdollista kysyä, voiko mahdollisuus arvioida hankintapäätöksen oikeellisuutta ja julkisten varojen käyttöä vaarantua tällöin. Vaikuttaa perustellulta tulkita, että asiakirjat olisivat pyydetävissä viranomaiselta, joka on antanut toimeksiannon. Demokratian toimintaedellytysten kannalta tulkinta on perusteltu. Hankintalain 138.1 §:n ei sovellu yhtiömuotoiseen hankintayksikköön, jos se ei käytä toiminnassaan julkista valtaa.

Ilman julkisen vallan käytön käsitteen määritelmän täyttymistä julkisuusperiaatteen ja avoimuusperiaatteen vaatimukset eivät ulotu yhtiömuotoiseen hankintayksikköön. Hankintalain 138.1 §:ä voisi erityislain johdosta tulla sovellettavaksi yhtiömuotoisen hankintayksikön kohdalla.

Jotta hankintalain 138.2 §:n soveltuisi tulee hankinta-asiakirjoja pyytävän olla tarjoaja tilanteessa, jossa tarjouskilpailun on järjestänyt esimerkiksi yhtiömuotoinen hankintayksikkö, joka ei käytä toiminnassaan julkista valtaa. Julkisuuslain 11.1 §:n mukaiseksi asianosaiseksi ei katsota ehdokasta. Unionin oikeuskäytännössäkään ei ole edellytetty, että hankintamenettelyn ulkopuolelle suljettu tarjoaja olisi katsottava asianosaiseksi. Hankintalain tulkinnoissa olisi mahdollisesti huomioitava unionin oikeus kokonaisuudessaan. Unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden on toimittava vuorovaikteisesti tulkinnoissa. Etusija on kuitenkin annettava EU-oikeudelle. Mahdollisuus pyytää hankinta-asiakirjoja viranomaiselta tilanteessa, jossa yhtiömuotoinen hankintayksikkö suorittaa hankintoja ei ole yksinkertainen, vaikka ratkaisu KHO 2018:164 tukisi tätä mahdollisuutta. Hankintalain 138.2 §:n sanamuodon valossa tulkinta näennäisestä julkisuusperiaatteen rajoituksesta voidaan kyseenalaistaa. Sanamuoto viittaa kuitenkin siihen, ettei julkisuuslakia sovelleta kokonaisuudessaan, kun hankinnan toteuttaa joku muu kuin julkisuuslain 4 §:ssä tarkoitettu viranomainen.

Julkisen vallan käsitteelle on löydettävissä yhteinen ydin, vaikka yleistä määritelmää sille ei voida antaa. Esiymmärrys julkisen vallan käytöstä voidaan pyrkiä saavuttamaan perustuslain esitöistä. Sen avulla voidaan suorittaa jälkikäteisarviointi. PL 2.3 §:ä mahdollisesti tarjoaa lähtökohdan tarkastelulle. Käsitteen ytimeen voidaan katsoa lukeutuvan tehtäviä, joissa määrätään yksityisen oikeusasemasta yksipuolisesti ja lisäksi tehtyjen päätösten vaikutukset ulottuvat yksityisiin oikeussubjekteihin. Kun suoritetaan arviointi siitä, onko kyseessä julkisen vallan käyttäminen, on mahdollisesti tärkeintä arvioida sitä, puututaanko hallintopäätöksen tekemisellä yksipuolisesti yksityisen oikeusasemaan. PL 2.3 §:n sekä esitöiden nojalla näyttää siltä, että ytimeen kuuluu myös se, että toimivalta julkisen vallan käyttöön on annettu lailla. Lisäksi perustuslain esitöiden perusteella näyttää siltä, että velvollisuus ryhtyä lain edellyttämiin toimenpiteisiin kuuluu ytimeen. PL 118 § ja ratkaisu KKO 2001:93 tukevat tätä tulkintaa. Oikeudenalojen välillä julkisen vallankäytön käsitteen sisältö ei ole samanlainen. Koska julkisuuslailla on perusoikeuskytkentä, julkisuuslain 4.2 §:n mukaisen julkisen vallan käytön käsitteen soveltamisen pitäisi tapahtua vaikeuksitta. On mahdollista katsoa, ettei käsitteen tulkinta voi kuitenkaan olla supistavaa missään kontekstissa. Tällä turvataan se, että käsitteen ydinalue ei ala supistua. Hankintapäätöksen kohdalla joudutaan siksi pohtimaan, sisältyykö tällainen päätös ydinalueeseen. Julkisen ja yksityisen erottelun vaikeutumisen yksi ilmenemismuoto ovat mahdollisesti yhtiömuotoiset hankintayksiköt, jotka voivat vaikeuttaa hankintalain ja hallinnon yleislakien välisen suhteen selvittämistä. Perustuslain nojalla tämä raja lienee on joka tapauksessa määriteltävä.

Vaikka hankintapäätös aiheuttaa taloudellisia vaikutuksia toimittajalle ja hankintayksikölle on velvollisuus kilpailuttamiseen kynnysarvojen täytyessä hankintalain edellyttämällä tavalla, on kuitenkin katsottava, ettei kyse ole julkisen vallan käytöstä. Yrityksillä ei kuitenkaan ole velvollisuutta osallistua kilpailutukseen ja lopputuloksena on yksityisoikeudellinen hankintasopimus, jolloin kyse ei ole julkisuuslain 4.2 §:n mukaisesta julkisen vallan käytöstä.

Vaikka hankintapäätösten tekeminen katsottaisiin yleensä julkisen vallan käyttöksi, tämä ei koske yhtiömuotoisten hankintayksiköiden hankintapäätöksiä. Julkisen vallan käyttöä ei ole mahdollista hahmottaa vain yhteisen ytimen kautta julkisissa hankinnoissa. Siitä, onko julkisten varojen käyttö julkisen vallan käyttöä aina, ei ole olemassa yksimielisyyttä, kun kysymys on rutiininomaisesta pienhankinnasta. Rajaa julkisten varojen käytön tulemisesta julkisen vallan käytön piiriin ei määritellä. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden toiminnassa ei näytä oleva missään tilanteessa kyse julkisen vallan käytöstä. Oikeusjärjestyksen koherenssin kannalta toisenlainen tulkinta tosin voisi olla perustellumpi, mutta varmaa tämäkään ei ole. On silti muistettava, että asiassa on päätetty seikoista, mitkä vaikuttavan toimijan taloudelliseen asemaan.

Määritelmää julkisen vallan käytölle ei voi etsiä unionin oikeudesta. Kyseisen käsitteen määrittely on jäsenvaltioiden vastuulla. Tämän määrittelyn johdosta ei kuitenkaan tule vaarantaa sovellettavan sääntelyn tavoitteita. Eurooppalainen hallinto-oikeus muokkaa mahdollisesti kyseistä käsitettä välillisesti. Käsitteen määrittelyssä on huomioitava hankintojen kohdalla perussopimusten perustavanlaatuiset oikeussäännöt ja niistä oikeuskäytännössä suoritettut tulkinnat. Perussopimusten tavoitteita ei tule vaarantaa. Kansallinen julkisen vallan käsitteen määrittely ei vaaranna näitä tavoitteita, jos hankinta-asiakirjat ovat yhtiömuotoisen hankintayksikön sijaan saatavissa toimeksiantotehtävän antaneelta viranomaiselta. Kun asia ei ole ratkaistavissa unionin oikeuden pohjalta, on syytä korostaa sen tulkintavaikutusta. Silti on muistettava, ettei kaikkia asiakirjoja voi saada edes viranomaiselta. Ratkaisevassa asemassa on hankinta-asiakirjojen sisältö. Tulkintaa voidaan pitää unionin oikeuden mukaisena. Unionin oikeuskäytännön, sisämarkkinoiden toimivuuden ja julkisten hankintojen tavoitteiden huomiointi ovat keino noudattaa avoimuusperiaatetta ja julkisuusperiaatetta sekä niiden asettamia vaatimuksia yhtiömuotoisten hankintayksiköiden hankinta-asiakirjojen kohdalla.

Ratkaisu KHO 2023:7 ei edistä julkisuutta toivottavalla tavalla. Hankintain ja julkisuuslain kehittämiseksi vaikuttaa olevan tarvetta PL 22 §:stä johtuen. Hallinnon legitimoinnin kannaltakin tätä voidaan pitää toivottavana. Yhtiömuotoinen hankintayksikkö on tällä hetkellä haaste yksityisen ja julkisen toiminnan yhteensovittamisen kannalta. Julkisen vallan käytön käsitteen määrittely julkisten hankintojen kohdalla osoittautui haastavaksi. Hyvän hallinnon toteutumisen suhteen on olemassa lisäksi epävarmuus, kun julkisen hankinnan suorittaa yhtiömuotoinen hankintayksikkö. Avoimuusperiaate

ja julkisuusperiaate eivät välttämättä toteudu niin hyvin kuin olisi tarkoitus, kun hankintalain 138.1 §:ä ei sovellettu niihin julkisiin hankintoihin, joita yhtiömuotoinen hankintayksikkö suorittaa. Korruption torjunta ja julkisten varojen käytön valvonta voivat tällöin vaikeutua. Hankintalain 138.2 §:llä voi olla varojen käytön valvonnan kannalta epätoivottava vaikutus.

Vaikuttaa siltä, että yleislakien noudattamisen periaatteesta johtuen hankinta-asiakirjojen julkisuuden ei tulisi vaikuttaa ainoastaan hankintalakia muuttamalla. Julkisuuslain muuttaminen on tästä näkökulmasta perustellumpaa. Yleislain kautta tapahtuva julkisten varojen julkisuuden vahvistaminen on toivottava ratkaisu. Ratkaisu, jossa julkisuuslain 4.2 § ulottuisi koskemaan julkisia hallintotehtäviä kokonaisuudessaan ei mahdollisesti toimisi ratkaisuna hankintojen osalta. Hankintapäätös ei olisi välttämättä katsottavissa julkiseksi hallintotehtäväksi. Ratkaisu, jossa kaikkia hankinta-asiakirjat tulisivat julkisuuslain soveltamisalaan, edellyttää seurausten arviointia ehdokkaiden tarjoajien kannalta. Tällöin on varmistettava, ettei kilpailu vääristy. Hankintalakiin tehtäviä muutoksia puoltaisi toisaalta siis seurausten ennakoimattomuus. Julkisuuslain soveltamisalan rajaaminen julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen avulla ei myöskään vaikuta toimivalta.

Hankintalain 138.2 §:ä kävisi tarpeettomaksi, jos julkisuuslaki uudistettaisiin tavalla, jossa yksityisoikeudellinen toimija saatettaisiin julkisuuslain soveltamisalaan, mikäli julkisyhteisö tai useampi julkisyhteisö yhteisesti taikka valtion liikelaitos käyttäisi määräysvaltaa suhteessa siihen sen harjoittaessa taloudellista toimintaa markkinoilla kilpailemattomassa tilanteessa. Sisämarkkinoiden toteutumisen valvonnan voisi nähdä tällöin helpottavan ja se vastaisi muutenkin julkisia hankintoja koskevan sääntelyn tavoitteita. Ratkaisu kestäisi mahdollisesti myös muutoksia, joita tapahtuu julkisyhteisön toimintaa organisoitaessa ja hallinnon rakenteita järjestettäessä. Yhtiömuotoisten hankintayksiköiden toiminnan valvonta helpottuisi tällöin. Ratkaisun osalta kysymysmerkiksi jää kuitenkin se, olisiko sääntely yhtään helpompaa kohderyhmän kannalta ja mitä vaikutuksia kilpailun tehokkuudelle seuraisi. Omistajaohjauksen kehittäminen on toinen mahdollinen vaihtoehto, minkä myönteisiin vaikutuksiin viittaisi ratkaisu KHO 2018:164. Sen avulla voitaisiin välttää käsitteellisiä vaikeuksia, mutta sen tosiasiallinen vaikuttavuus voisi jäädä heikoksi.

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

- Aarnio, Aulis, *Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta*. Helsinki. Alma Talent Oy 2006.
- Aho, Tuomas, *Yrityssalaisuuksien suojasta julkisissa hankinnoissa ja yhteishankkeissa*. Defensor Legis N:o 1/2006, s. 59–77.
- Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki, II *Yritysmuodot – 1. Yritysmuotojen pääpiirteet*, s. 79–92 teoksessa Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Alén-Savikko, Anette – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kanervo, Joel – Knuts, Märten – Kuoppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Viitanen, Klaus, *Yritysoikeus*. Helsinki. Alma Talent Oy 2020.
- Eskola, Saila – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkko, *Julkiset hankinnat*. Helsinki. Alma Talent 2017.
- Halonen, Kirsi-Maria, *Hankintasopimuksen tehottomuuden seuraukset sopijapuolten välillä*, s. 129–158 teoksessa Mentula, Arttu (toim.), *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2015*. Vantaa. Suomen kilpailuoikeudellinen yhdistys ry. 2016.
- Halonen, Kirsi-Maria, *Julkisuus, kilpailuneutraliteetti ja julkisomisteiset yhtiöt*. Defensor Legis N:o 1/2018, s. 52–69.
- Hirvonen, Ari, *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Helsinki 2011.
- Immonen, Raimo – Nuolimaa, Risto, *Osakeyhtiöoikeuden perusteet*. Helsinki. Alma Talent Oy 2017.
- Jaatinen, Tanja, *Muokkaako avoin data julkisuusperiaatetta?*, s. 17–49 teoksessa Korpisaari, Päivi (toim.), *Viestintäoikeus nyt: viestintäoikeuden vuosikirja 2014*. Helsinki. Unigrafia Oy 2015.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko, *Valtiosääntöoikeus*. Helsinki. Helsingin Kamari Oy 2012.
- Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero, *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki. Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ OY 2007.
- Keravuori-Rusanen, Marietta, *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä – Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle*. Helsinki. Edita Publishing Oy 2008.
- Koivisto, Ida, *Julkisen vallan rajoilla*. Lakimies 5/2014, s. 675–694.
- Kolehmainen, Antti, *Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä*, s. 106–134 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.), *Oikeustieteellinen opinnäyte - Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteen vaatimuksista, metodista ja arvostelusta*. Edita Publishing Oy 2016.
- Kulla, Heikki, *Hallintomenettelyn perusteet*. Helsinki. Talentum Media Oy 2003.
- Kuoppamäki, Petri, VIII *Kilpailunrajoitukset ja julkiset hankinnat*, s. 1231–1481 teoksessa Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Alén-Savikko, Anette – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kanervo, Joel – Knuts, Märten – Kuoppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Viitanen, Klaus, *Yritysoikeus*. Helsinki. Alma Talent Oy 2020.

- Leskinen, Minni, De lege ferenda -tutkimuksesta metodina ja tieteenä. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1158–1185.
- Manninen, Sami, III Yksittäiset perusoikeudet 8 – Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §), teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, *Perusoikeudet*. Alma Talent 2011-. [viitattu 1.3.2023]
- Muukkonen, Matti, Ulkoistaminen ja perustuslainsäätäjän tahto. *Edilex* 14/2012.
- Mäenpää, Olli, *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. Helsinki. Talentum 2011.
- Mäenpää, Olli, *Yleinen hallinto-oikeus*. Helsinki. Alma Talent 2017.
- Mäenpää, Olli, *Julkisuusperiaate*. Helsinki. Alma Talent Oy 2020.
- Mäenpää, Olli, *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*. Helsinki. Edita Publishing Oy 2021.
- Mäenpää, Olli, *Hallinto-oikeus*. Helsinki. Alma Talent Oy 2023.
- Nenonen, Anne, Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. *Lakimies* 6/2009, s. 956–982. (Nenonen 2009a)
- Nenonen, Anne, Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009, s. 83–111. (Nenonen 2009b)
- Nenonen, Anne, Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, s. 331–405 teoksessa Lohi, Tapani (toim.) – Tammi-Salminen, Eva – Leppänen, Tatu – Määttä, Tapio – Villa, Seppo, *Oikeustiede – Jurisprudentia: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja*. Helsinki. Suomalainen lakimiesyhdistys 2011.
- Raitio, Juha, Teleologia eurooppaoikeudessa. *Oikeus* 3/2005, s. 276–297.
- Raitio, Juha – Tuominen, Tomi, *Euroopan unionin oikeus*. Helsinki. Alma Talent Oy 2020.
- Sajama, Seppo, Argumentaatio oikeustieteellisessä tutkimuksessa, s. 24–50 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim), *Oikeustieteellinen opinnäyte - Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta*. Edita Publishing Oy 2016.
- Siltala, Raimo, *Oikeustieteen tieteenteoria*. Helsinki. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Soininen, Niko, Oikeudellisen argumentaation rakentaminen kirjoitusprosessissa, s. 51–70 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim), *Oikeustieteellinen opinnäyte - Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta*. Edita Publishing Oy 2016.
- Talus, Kim – Penttinen, Sirja-Leena, Eurooppaoikeudelliset oikeuslähteet ja niiden tulkinta oikeustieteellistä opinnäytettä kirjoittaessa, s. 223–245 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim), *Oikeustieteellinen opinnäyte - Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta*. Edita Publishing Oy 2016.
- Tuori, Kaarlo, *Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä*, s. 295–353 teoksessa Kangas, Urpo (päätoim.) – Aarnio, Aulis, Holopainen, Toivo – Hoppu, Esko – Lahti, Raimo (toimituskunta), *Oikeustiede: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja*. Helsinki. Suomalainen lakimiesyhdistys 1998.
- Ukkola, Markus, *Hankintalainsäädännön käsitteet ja systematiikka Euroopan unionin sisämarkkina-oikeudessa*. Helsinki. Helsingin yliopisto 2012.

Ukkola, Markus, Systemic Interpretation in EU Public Procurement Law. Helsinki. Unigrafia 2018.

Villa, Seppo – Ossa, Jaakko – Saarnilehto, Ari, Yritysmuodot – toiminta, rahoitus ja verotus. Helsinki. WSOYpro 2007.

Voutilainen, Tomi, Hankinta-asiakirjojen julkisuus yhtiömuotoisessa yhteishankintayksikössä – KHO 2023:7. Lakimies 2/2023, s. 371–381.

Voutilainen, Tomi – Määttä, Kalle, Julkisten hankintojen sääntely. Helsinki. Helsingin Kamari Oy 2023.

Wallin, Anna-Riitta – Konstari, Timo, Julkisuus- ja salassapitolainsäädäntö: laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyvät lait. Jyväskylä. Gummerus Kirjapaino Oy 2000.

Virallislähteet

Euroopan unionin primaarioikeus

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto. EUVL C 202/01, 07.6.2016, s. 13—45. (SEU)

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL C/202/02, 07.06.2016, s. 47–199. (SEUT)

Euroopan unionin sekundaarioikeus

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL L 134, 30.4.2004, s. 1–113.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta, EUVL L 134, 30.4.2004, s. 114–240.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta, EUVL L 94, 28.3.2014, s. 65–242, (hankintadirektiivi).

Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU, Euratom) 2020/2092 yleisestä ehdollisuusjärjestelmästä unionin talousarvion suojaamiseksi, EUVL L 433I, 22.12.2020, s. 1–10. (ehdollisuusjärjestelmäasetus)

Muut Euroopan unionin virallislähteet

Vihreä kirja. EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta, Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita, 27.1.2011, KOM (2011) 15 lopullinen. (EU:n komission vihreä kirja 2011)

Kansalliset virallislähteet

Oikeusministeriön julkaisuja

Lainkirjoittajan opas. Helsinki. Oikeusministeriön julkaisu 37/2013. (Oikeusministeriö 2013)

Korruption vastaisen yhteistyöverkoston luonnos korruption vastaiseksi strategiaksi. Helsinki. Oikeusministeriön julkaisu 14/2017. (Oikeusministeriö 2017a)

Luonnos korruption vastaiseksi strategiaksi. Lausuntotiivistelmä. Helsinki. Oikeusministeriön julkaisu 15/2017. (Oikeusministeriö 2017b)

Korruptiontorjunta kunnallishallinnossa. Askelemerkkejä hyvään hallintoon. Helsinki. Oikeusministeriön julkaisuja, Selvityksiä ja ohjeita 2022:9. (Oikeusministeriö 2022)

Julkisuuslain ajantasaistaminen. Työryhmän mietintö. Helsinki. Oikeusministeriön julkaisuja 2023:32. (Oikeusministeriö 2023)

Hallituksen esitykset

HE 309/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 1/1998 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 30/1998 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.

HE 211/2002 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi Liikenneturvasta.

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

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

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

HE 284/2018 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisen hallinnon tiedonhallinnasta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 241/2020, Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi.

Hallintovaliokunnan lausunnot

HaVL 25/2006 vp, Hallintovaliokunnan lausunto 25/2006 vp – HE 50/2006 vp, Hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Perustuslakivaliokunnan lausunnot ja mietinnöt

PeVM 25/1994 vp, Perustuslakivaliokunnan mietintö 25/1994 vp – HE 309/1993 vp, Hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVM 10/1998 vp, Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp – HE 1/1998 vp, Hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

PeVL 23/2000 vp, Perustuslakivaliokunnan lausunto 23/2000 vp – HE 197/1999 vp, Hallituksen esityksestä arpajaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 40/2005 vp, Perustuslakivaliokunnan lausunto 40/2005 vp – HE 144/2005 vp, Hallituksen esityksestä laiksi varallisuusverolain kumoamisesta ja laiksi varojen arvostamisesta verotuksessa sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.

PeVL 4/2021 vp, Perustuslakivaliokunnan lausunto 4/2021 vp – HE 212/2020 vp, Hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Valtioneuvoston julkaisuja

Pääministeri Petteri Orpon hallituksen ohjelma 20.6.2023, Vahva ja välittävä Suomi. Helsinki. Valtioneuvoston julkaisuja 2023:58.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin

Tuomio 6.10.1982, *Srl CILFIT v. Ministero della sanità ja Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità*, asia 283/81, EU:C:1982:335.

Tuomio 15.3.1990, *Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands*, C-339/87, EU:C:1990:119.

Tuomio 10.11.1998, *Gemeente Arnhem ja Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, asia C-360/96, EU:C:1998:525.

Tuomio 7.12.2000, *Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG, Herold Business Data AG:n osallistuessa asian käsittelyyn*, C-324/98, EU:C:2000:669.

Tuomio 10.5.2001, *Agorà Srl v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano ja Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano ja Ciftat soc. coop. arl*, yhdistetyissä asioissa C-223/99 ja C-260/99, EU:C:2001:259.

Tuomio 6.4.2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari ja AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, EU:C:2006:237.

Tuomio 13.11.2007, *Euroopan yhteisöjen komissio v. Irlanti, jota tukevat Tanskan kuningaskunta, Ranskan tasavalta, Alankomaiden kuningaskunta ja Suomen tasavalta*, C-507/03, EU:C:2007:676.

Tuomio 15.5.2008, *SECAP SpA (C-147/06) v. Comune di Torino, Tecnoimprese Srl, Gambarana Impianti Snc, ICA Srl, Cosmat Srl Consorzio Ravennate, ARCAS SpA ja Regione Piemonte osallistuessa asian käsittelyyn, Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) v. Comune di Torino, Bresciani Bruno Srl, Azienda Agricola Tekno Green Srl, Borio Giacomo Srl ja Costrade Srl osallistuessa asian käsittelyyn*, yhdistetyissä asioissa C-147/06 ja C-148/06, EU:C:2008:277.

Tuomio 19.11.2009, *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon ja Alana Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) sekä Stefan Böck ja Cornelia Lepuschitz v. Air France SA (C-432/07)*, yhdistetyissä asioissa C-402/07 ja C-432/07, EU:C:2009:716.

Tuomio 19.12.2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce ja Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym.*, C-159/11, EU:C:2012:187.

Tuomio 17.11.2022, *Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o. ja Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy v. Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, jossa asian käsittelyyn osallistuvat Arup Polska sp. z o.o., CDM Smith sp. z o.o., Multiconsult Polska sp. z o.o., Arcadis sp. z o.o., Hydroconsult sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych*, C-54/21, EU:C:2022:888.

Tuomio 24.3.2021, *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE – LDK Symvouloi Michanikoi AE, NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE ja LDK Symvouloi Michanikoi AE v. Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP) ja Attiko Metro AE, SALFO kai Synergates Anonymi Etairia Meletitikon Ypiresion Technikon Ergon – Grafeio Doxiadi Shymvouloi gia Anaptyxi kai Oikistiki AE – TPF Getinsa Euroestudios SL:n, C-771/19, EU:C:2021:232.*

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2007:83

KHO 2015:133

KHO 2015:165

KHO 2015:171

KHO 4.11.2016 t. 4641

KHO 2018:164

KHO 2019:83

KHO 2023:7

Korkein oikeus

KKO 2001:93

KKO 2009:24

KKO 2016:34

Valtioneuvoston oikeuskansleri

OKA 16/50/2008, 14.4.2011