

EDUSKUNNAN TALOUSVALIOKUNNALLE

Eduskunnan talousvaliokunta on pyytänyt Suomen Hankintajuristit Asianajotoimisto Oy:ltä lausuntoa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön uudistamista koskevasta hallituksen esityksestä HE 108/2016.

Pyynnöstä lausumme seuraavaa:

1. In house- hankintojen sääntelystä

Hallituksen esityksen keskeisenä tavoitteena on direktiivien kansallinen toimeenpano. Kansallista harkintavaltaa on käytetty toimeenpanon osalta muun muassa sidosyksikköhankintoja koskevan ulosmyyntisäännöksen yhteydessä ja sääntely on toteutettu lähtökohtaisesti tiukempuna kuin direktiivissä on edellytetty.

Yksi keskeisimmistä hallituksen esityksessä ehdotetuista muutoksista koskee sidosyksikköhankintojen eli ns. in house -hankintojen sääntelyä. Esimerkiksi kunnat omistavat usein yhtiöitä, joilta ne hankkivat tavaroita tai palveluita. Hallituksen esityksen mukaisessa tilanteessa yhtiön omistava hankintayksikkö ei kuitenkaan voisi ostaa omistamaltaan yhtiöltä tavaroita tai palveluita kilpailuttamatta, mikäli yhtiön ulosmyynnin osuus ylittäisi 5 prosenttia sen liikevaihdosta. Jotta yhtiön sidosyksikköasema säilyy, yhtiön tulee siis harjoittaa 95 prosenttia liiketoiminnastaan omistajatahonsa kanssa. Lisäksi ulosmyynnille ehdotetaan euromääräistä ylärajaa, joka hallituksen esityksen mukaan olisi 500.000 euroa. Hallituksen esitys on nykyistä lakia, hankintadirektiiviä ja hankintalain valmistelutyöryhmän mietintöä huomattavasti ankarampi.

Hallituksen esitystä on vastustettu muun ohella sillä perusteella, että kansallisessa lainsäädännössä ei olisi sallittua poiketa direktiivin sanamuodosta. Direktiivit ovat jäsenvaltioille osoitettuja säädöksiä, jotka velvoittavat jäsenvaltiota toteuttamaan direktiivin edellyttämät toimenpiteet ja saattamaan kansallisen lainsäädäntönsä direktiivin sisällön mukaiseksi. Jäsenvaltio voi itse valita tavan, jolla se toteuttaa direktiivin edellyttämät toimenpiteet, mutta kansallisen sääntelyn tulee johtaa direktiivillä tavoiteltuun lopputulokseen. Kun otetaan huomioon direktiivien tarkoitus, taata sisämarkkinoiden toimivuus, emme näe kansallisen tiukennuksen heikentävän millään muotoa tätä edellytystä. Tiukennusta on puolestaan perusteltu kilpailuneutraliteetilla, joka on nähdäksemme järkevä näkökohta puolustaa ulosmyyntiä koskevan sallitun prosenttiosuuden EU-direktiiviä tiukempaa tarkastelua. Huomioon on kuitenkin otettava myös esille tuotu kuntien toimintamahdollisuuksien yhtäkkinen kaventuminen, joka koskettaa erityisesti jätehuoltoa ja työterveyshuoltoa.

Yhteenvetona toteamme, että lainsäädännöllistä ennakoitavuutta saattaisi puoltaa ulosmyynnin sallitun osuuden pitäminen nykyisen kansallisen lainsäädännön sallimalla tasolla (10 % liikevaihdosta, ilman euromääräistä ylärajaa). Ratkaisu olisi tällöin myös jonkinlainen

kompromissi hallituksen esityksen ja direktiivin välillä. Nykymuodossaan hallituksen esitys selkeyttää lainsäädännöllistä tilannetta käännteisten sidosyksikköhankintojen määrittelyn osalta.

2. Siirtymävaiheen aikaisia havaintoja hankintamenettelyllisistä uudistuksista

Hankintoja koskeva lainsäädäntö perustuu monilta osin jo nykyisin voimassa olevaan sääntelyyn. Tietyt hankintamenettelyihin esitetyt muutokset eivät saatujen kokemusten perusteella ole osoittautuneet kaikilta osin toimiviksi. Esimerkiksi tarjouspohjainen neuvottelumenettely on vähentänyt huomattavasti joustavuutta.

Vaikka säännösten taustalla olevan ajatus siitä, että hankintayksikön pitää suunnitella hankinta kokonaisuudessaan etukäteen, on puolustettava, hankintayksikön voi käytännössä olla vaikea ennakoita kaikkia hankinnan vaiheita etukäteen. Uusien hankintamenettelyjen voidaankin arvioida joustavuuden sijasta hankaloittavan ainakin EU-kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa ostajan tavoitteiden toteutumista.

3. Julkisuuslain muuttaminen

Asianosaisjulkisuus

Hallituksen esityksessä ehdotetaan muutettavaksi julkisuuslakia. Esityksen mukaan hankintalain suhde julkisuuslakiin on osoittautunut ongelmalliseksi muun muassa liikesalaisuuksien suojan osalta. Jatkossa tarjouskilpailuun osallistuneella toimittajalla tai muulla asianosaisella ei olisi julkisuuslaissa tarkoitettua oikeutta toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- ja ammattisalaisuuksia koskeviin tietoihin riippumatta siitä, onko tietoja hyödynnetty tai käytetty tarjousvertailussa.

Katsomme, että kyseinen esitys on kannatettava ja selventää nykyistä oikeustilaa huomattavasti. Käytännössä hankintayksiköt ovat nykyistä sääntelyä soveltaessaan pyrkineet siihen, että liike- ja ammattisalaisuudet eivät paljastuisi toisille tarjoajille. Tämä on johtanut käytännössä siihen, ettei edes julkisia tietoja ole välttämättä annettu tehokkaasti. Asian ristiriitaisuuden vuoksi tiedonsaanti on jätetty kokonaan hallinto-oikeuden ratkaistavaksi, jolloin asianosaisjulkisuus ei ole toteutunut miltään osin.

Asianosaisen tiedonsaantioikeus liittyy välittömästi hankintapäätöksen tiedoksi antamisen jälkeiseen aikaan ja erityisesti tehokkaaseen valitusmahdollisuuteen. Nyt käytäntö on johtanut siihen, että hankintayksikkö voi tehdä kokonaan tai osittain kielteisen päätöksen asiakirjajulkisuudesta ja tällöin asia jää hallinto-oikeusvalitusta koskevan prosessin varaan. Ongelma todennäköisesti helpottuu ehdotetun muutoksen myötä, vaikkei sitä kokonaan poistakaan.

Yleisöjulkisuus

Hallituksen esityksessä ei esitetä varsinaisia muutoksia julkisuuslain soveltamisalan osalta, mikä tarkoittaa käytännössä, että julkisuuslain piiriin kuuluvat jatkossakin lähinnä valtion ja kuntien viranomaiset muiden hankintayksiköiden kuullessa lähinnä rajatun asianosaisjulkisuutta koskevan sääntelyn piiriin. Kuitenkin käsityksemme mukaan tähän hankintojen ja yleisen asiakirjajulkisuuden väliseen jännitteeseen tulisi kiinnittää enemmän huomiota. Hankintatoimi on yhä enemmän annettu tehtäväksi eri viranomaisten yhteishankintayksikköinä toimiville tahoille sekä muille vastaaville tahoille, jotka eivät suoraan kuulu julkisuuslain soveltamisalan piiriin. Yhteishankintayksikkö voi olla esimerkiksi osakeyhtiö. Usein yhteishankintayksiköiden

kohdalla asiakirjajulkisuus rajoittuukin vain asianosaisjulkisuuteen vähentäen hankintojen yleisöjulkisuutta ja läpinäkyvyyttä. Kyse on kuitenkin julkisten varojen käyttöä koskevasta päätöksenteosta, joka voisi edellyttää myös laajempaa asiakirjajulkisuutta kuin välittömästi tarjouskilpailuun osallistuneille tarjoajille varattu asianosaisjulkisuus.

Käytännössä olisi mahdollista tulkita esimerkiksi valtion tai kuntien puolesta hankintoja tekevän yhteishankintayksikön toiminta julkisen vallan käyttämiseksi, jolloin julkisuuslaki soveltuisi myös yleisöjulkisuuden osalta. Kuitenkin käytännössä ainakin hallinto-oikeustasolla tulkintana on ollut, että kyseessä on yksityisoikeudellisten sopimusten tekeminen eikä kyse ole julkisen vallan käyttämisestä. Siten yleisöjulkisuus ei ole päässyt toteutumaan yhteishankintayksiköiden kohdalla. Tilannetta ei voida pitää täysin tyydyttävänä, sillä yhteishankintayksiköt käyttävät runsaasti taloudellista valtaa tehdessään sopimuksia viranomaisten puolesta. Sama koskee myös monia sidosyksiköitä ja ns. väliaikaista hankintayhteistyötä, jonka toteuttajana voi käytännössä olla myös taho, joka ei kuulu varsinaiseen viranomaisorganisaatioon. Asiakirjajulkisuus ja erityisesti yleisöjulkisuus toteuttavat yhteiskunnassa tärkeää julkisen vallankäytön ja julkisten varojen käytön läpinäkyvyyksiperiaatetta. Tällä hetkellä kuitenkin hankintayksiköiden ja viranomaisten organisatorisilla ratkaisuilla voidaan siirtää huomattavaa julkisten varojen käyttöä asiakirjojen yleisöjulkisuussäätelyn ulkopuolelle.

Käsityksemme mukaan hankintalainsäädännön uudistamisen yhteydessä tulisi ottaa huomioon myös yleisöjulkisuuden toteutuminen nykyistä laajempaan. Erityisesti tämän tulisi koskea sellaisia yhteishankintayksiköitä, jotka tekevät hankintoja valtion ja kuntien viranomaisten puolesta. Julkisuuslain soveltamista koskevaan hankintalain 123 §:n 1 momenttiin voitaisiin harkita lisättäväksi säännöstä, jonka mukaan julkisuuslakia sovelletaan kuitenkin kokonaisuudessaan sellaiseen yhteishankintayksikköön, joka tekee hankintoja hankintalain 5 §:n 1 momentin 1–4 kohdissa mainittujen hankintayksiköiden puolesta, sekä sellaiseen sidosyksikköön, johon määräysvaltaa käyttää yksin tai yhdessä hankintalain 5 §:n 1 momentin 1–4 kohdissa tarkoitettu hankintayksikkö. Näitä olisivat siis valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset, valtion liikelaitokset sekä julkisoikeudelliset laitokset. Lisäksi olisi vielä harkittava, tulisiko yleisöjulkisuuden piiriin saattaa myös hankintalain 21 §:ssä tarkoitettut muut yhteishankinnat silloin, kun mukana on em. valtion tai kuntien hankintayksiköitä.

4. Rikoslaki ja hankinnat

Poissulkemisperusteet ja korjaavat toimenpiteet

Hallituksen esityksessä selkiytetään ja direktiiviä vastaavasti osaltaan laajennetaan ehdokkaiden ja tarjoajien poissulkemisperusteita. Katsomme, että kyseinen sääntely on hyvin linjassa hankinnoissa tarvittavan kehityksen kanssa. Erityisesti ehdotetun 80 §:n 5 momentin säännöstä pakollisen poissulkemisperusteet vaikutuksen enimmäiskestosta on omiaan lisäämään selkeyttä, vaikka lähtökohtaisesti pakollisten poissulkemisperusteiden soveltaminen on melko harvinaista.

Sen sijaan hankintayksikön vastuulle tulee jäämään ehdotetun 82 §:n mukaisten korjaavien toimenpiteiden arviointi. Saatujen kokemusten perusteella tämä on osoittautunut vaikeaksi kysymykseksi hankintayksiköille. On selvää, että talouden toimijat tulevat pitämään tekemiään ja esittämiään korjaavia toimenpiteitä riittävinä, ja jos hankintayksikön näkemys poikkeaa talouden toimijan näkemyksestä, talouden toimija hakee päätökseen muutosta joko oikaisumenettelyllä, markkinaoikeusvalituksella tai molempia hyödyntäen.

Kyseisen pykälän perusteluissa on selkeyttämisen tarvetta sen suhteen, miten korjaavia toimenpiteitä tulisi arvioida. Tarjoajalla tai ehdokkaalla on perustelujen mukaan ”oikeus esittää” näyttöä luotettavuudestaan, mutta toisaalta hankintayksiköllä ”ei olisi velvollisuutta vaatia tai pyytää näyttöä luotettavuudesta”. Edelleen poissulkemisen mahdollisuudesta olisi kuitenkin tiedotettava etukäteen ja annettava mahdollisuus esittää näyttöä luotettavuudesta. Käytännössä tämä selvitys tullaan kuitenkin antamaan Yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa. Ottaen huomioon perusteluissa mainittu, poissulkeminen korjaavista toimenpiteistä huolimatta olisi ongelmattonta, jos hankintayksikölle ei ole toimitettu asianmukaista selvitystä ESPD-asiakirjassa tai muuten. Perustelujen teksti poikkeaa siitä yleisesti hyväksytystä lähtökohdasta, ettei kuulemisperiaatetta sovelleta hankintamenettelyssä. Säännös on tältä osin poikkeuksellinen ja sen vuoksi perustelujen tulisi tältä osin olla äärimmäisen selkeitä.

Väärien tietojen antaminen hankintamenettelyn aikana

ESPD-asiakirjaan liittyy myös toinen keskeinen talouden toimijan tietojen antamista koskeva näkökohta. ESPD-asiakirjan käyttäminen tarkoittaa käytännössä, että hankintayksiköiden toimivaltaa pyytää asiakirjaselvitystä poissulkemisperusteiden ja valintaperusteiden osalta on rajoitettu. Tämä osaltaan tarkoittaa, että hankintayksiköiden on entistä enemmän luotettava talouden toimijan antamaan omaan ilmoitukseen soveltuvuudestaan. Samalla talouden toimijan vastuun toimittamiensa tietojen paikkansa pitävyydestä tulisi korostua yhtä lailla väärinkäytösten välttämiseksi. Osaltaan ESPD-asiakirjasta annetussa komission täytäntöönpanoasetuksessa (2016/7) tämä on huomioitu mukaan. Asetuksen mukaan

”Talouden toimijat voidaan sulkea hankintamenettelyn ulkopuolelle tai ne voidaan asettaa kansallisen lainsäädännön nojalla syytteeseen, jos ne ovat antaneet vääriä tietoja yhteistä eurooppalaista hankinta-asiakirjaa täyttäessään tai yleisesti antaessaan poissulkemisperusteiden puuttumisen tai valintaperusteiden täyttymisen todentamiseksi vaadittuja tietoja tai jos tällaiset tiedot jätetään antamatta tai jos talouden toimija ei kykene toimittamaan pyydettyjä täydentäviä asiakirjoja.”

Suomessa lähtökohtana on, että virheellisiä tietoja antaneet talouden toimijat suljetaan hankintamenettelyn ulkopuolelle. Hankintalainsäädäntöön ei kuitenkaan sisälly rikosoikeudellisia sanktioita koskevia säännöksiä esimerkiksi virheellisten tietojen antamisesta. Myöskään rikoslaissa ei ole erikseen säädetty julkista hankintamenettelyä koskevia rikosnimikkeitä virheellisten tietojen antamisen osalta. Sovellettavaksi voisikin tulla lähinnä rikoslain 36 luvun 1 §:ssä säädetty petos tai 2 §:n mukainen törkeä petos. Kummankin rikosnimikkeen osalta on todettava, ettei lausunnonantajien tiedossa ole, että väärien tietojen antamisesta tai erehdyttämisestä olisi tuomittu ketään nimenomaan sen vuoksi, että julkisessa hankinnassa olisi menetelty epärehellisesti. Petosrikoksen soveltuvuutta vähentää paitsi itse tunnusmerkistö mutta myös se, ettei petosrikoksesta voida tuomita yhteisöosakkoon kuin tietyissä rajatuissa tapauksissa, joista nyt ei ole kyse. Epärehellinen menettely julkisessa hankinnassa tehdään kuitenkin aina tarjoajana olevan talouden toimijan hyväksi ja siten epärehellisyydellä pyritään kyseenalaisin keinoin nimenomaan talouden toimijan etujen edistämiseen.

Katsomme, että nykyinen lainsäädäntö ja toisaalta nyt käsittelyssä oleva hallituksen esitys eivät sisällä säännöksiä, joiden perusteella voitaisiin tehokkaasti puuttua tahalliseen ja ilmeisessä taloudellisessa hyötymistarkoituksessa tehtyyn virheellisten tietojen ilmoittamiseen julkisessa hankintamenettelyssä. Sen olisi mahdollista, että joko hankintalaissa tai vaihtoehtoisesti rikoslaissa (lähinnä 39 luvussa) säädettäisiin erillinen rikosnimike, jonka perusteella tuomittaisiin väärän tiedon antamisesta julkisessa hankintamenettelyssä sakkoon tai vankeuteen

[petosrikoksen tasoa mukaillen enintään kahdeksi vuodeksi] se, joka julkisessa hankintamenettelyssä hankintayksikköä harhauttaakseen ja taloudellista hyötyä saavuttaakseen antaa tarjoajaksi soveltuvuudestaan ilmeisen väärän tiedon hankintaa koskevassa asiakirjassa. Kyseisessä säännöksessä tulisi olla lisäksi viittaus rikoslain 9 luvun yhteisösakkoa koskevien säännösten soveltumiseen.

Vaihtoehtoisesti, mikäli petosrikostunnusmerkistön katsotaan kattavan myös petosrikoksen kaltainen epärehellisyys julkisen hankintamenettelyn yhteydessä, oikeushenkilön rangaistusvastuun toteutumiseksi tulisi soveltuvaan rikoslain 39 luvun 9 §:ään kuitenkin uusi säännös, jonka mukaan tämän luvun 1 §:n momentissa tarkoitettuun petokseen sekä törkeään petokseen silloin, kun se on tehty tarjoajana julkisessa hankintamenettelyssä, sovelletaan, mitä oikeushenkilön rangaistusvastuusta säädetään.

Helsingissä 10.10.2016

Kunnioittavasti

Marita Iskala
asianajaja

+ 358 44 5566 333
marita.iskala@hankintajuristit.fi

Valtteri Nieminen
asianajaja

+ 358 40 7771 784
valtteri.nieminen@hankintajuristit.fi

Suomen Hankintajuristit Asianajotoimisto Oy