

LAUSUNTO EDUSKUNNAN PERUSTUSLAKIVALIOKUNNALLE UUDESTA HANKINTALAISTA VAMMAISTEN HENKILÖIDEN OIKEUKSIEN TURVAAMISEN NÄKÖKULMASTA (HE 108/2016 vp Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi)

Eduskunnan perustuslakivaliokunta on pyytänyt minua tarkastelemaan hallituksen esitystä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (myöh. uusi hankintalaki) vammaisten henkilöiden oikeuksien toteutumisen näkökulmasta. Arvioin lausunnossani hallituksen esitystä yksinomaan tästä näkökulmasta.

JULKISEN VALLAN VELVOLLISUUS TURVATA VAMMAISTEN HENKILÖIDEN PERUS- JA IHMISOIKEUDET SUOMESSA

YK:n vammaisten henkilöiden oikeuksia koskeva yleissopimus (myöh. vammaissopimus) muodostaa tällä hetkellä keskeisimmän kiintopisteen vammaisten henkilöiden oikeuksien valtiosääntöoikeudelliselle arvioinnille Suomessa. Vammaissopimuksen kansallinen voimaansaattaminen kesti Suomessa pitkään, sillä kansallista lainsäädäntöä oli muutettava monin tavoin vastaamaan sopimusvelvoitteita¹.

Vammaissopimuksen ratifiointi kesäkuussa 2016 ei merkitse sitä, että voimassa oleva oikeutemme olisi kokonaisuudessaan yhteensopiva edes sopimusvelvoitteiden kanssa, sillä ratifiointin yhteydessä puututtiin vain olennaisimmalla tavalla sopimusvelvoitteiden kanssa ristiriidassa oleviin säännöksiin. Tämän johdosta eduskunnan perustuslakivaliokunnan on tärkeää kiinnittää sopimuksen voimaantulon jälkeenkin huolellisesti huomio vammaissopimuksesta juontuviin velvoitteisiin käsitellessään lakiesityksiä, joilla on liittymäkohtia vammaisten oikeusasemaan. Nyt käsillä oleva hallituksen esitys uudeksi hankintalaiksi on tällainen esitys.

Vammaissopimuksen ytimessä ovat velvoitteet kunnioittaa ja suojata vammaisten henkilöiden itsemääräämisoikeutta², estää vammaisuuteen perustuvaa syrjintää sekä edistää esteettömyyttä ja saavutettavuutta. Sopimuksen lähtökohtina ovat myös sukupuolten tasa-arvo, erilaisuuden kunnioittaminen ja vammaisten henkilöiden hyväksyminen osana ihmisyyden moninaisuutta. Tiivistettynä sopimus velvoittaa huolehtimaan, että vammaisten henkilöiden yhteiskunnalliset oikeudet toteutuvat tosiasiallisesti samoin kuin muidenkin ihmisten oikeudet. Tätä kutsutaan normalisaation periaatteeksi. Itsemääräämisoikeutta pidetään normalisaation keskeisimpänä edellytyksenä: ilman oikeutta ja tosiasiallista mahdollisuutta tehdä elämässä itse hyviä ja huonoja valintoja ei yhdenvertaisia mahdollisuuksia itsenäiseen elämään ja yksilönvapauteen ole. Tästä lähtökohdasta vammaissopimus on ennen kaikkea tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämiseen velvoittava ihmisoikeussopimus, joka asettaa siten esimerkiksi vammaisuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän kiellosta säätävää perustuslain 6 §:ää selkeämmin julkiselle vallalle positiivisia toimintavelvoitteita.

Sopimus lähestyy vammaisuutta ilmiönä, joka määrittyy yhteiskunnan eri rakenteiden, käytäntöjen ja tilanteiden kautta. Se edellyttää yhteiskunnan rakenteiden kehittämistä sellaisiksi, joissa vammaisuuden ja vammattomuuden välinen erottelu menettää merkitystään. Tältä osin se velvoittaa julkisen vallan puuttumaan ehkäisevin ja korjaavin toimin vammaisuuteen perustuvaa syrjintää synnyttäviin yhteiskunnallisiin käytäntöihin esimerkiksi julkisia palveluita tuottaessa. Tässä yhteydessä julkisten palveluiden tuottaminen pitää sisällään esimerkiksi niiden tuottamisen julkisten hankintojen avulla.

¹ Kansallisen lainsäädännön muuttaminen sopimusvelvoitteiden mukaiseksi tapahtui pitkälti perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella (esim. PeVL 10/2010 vp, PeVL 31/2014 vp, PeVL 15/2015 vp, PeVL 12/2016). Lopulta Suomi talletti ratifiointiasiakirjan keväällä 2016 ja vammaissopimus astui kansallisesti voimaan kesäkuussa 2016.

² Vammaissopimuksessa itsemääräämisoikeus on kattokäsite, joka koostuu keskeisesti seuraavien vammaissopimuksen artiklojen muodostamasta kokonaisuudesta: yleiset periaatteet (artikla 3), tasa-arvo ja yhdenvertaisuus (artikla 5), yhdenvertaisuus lain edessä (artikla 12), oikeus vapauteen ja turvallisuuteen (artikla 14), vapaus kidutuksesta tai julmasta, epäinhimillisestä tai halventavasta kohtelusta tai rangaistuksesta (artikla 15) ja eläminen itsenäisesti ja osallisuus yhteisössä (artikla 19).

KANSALLISEN LAINSÄÄTÄJÄN EU-OIKEUDELLINEN VELVOLLISUUS TURVATA VAMMAISTEN HENKILÖIDEN OIKEUDET HANKINTADIREKTIIVIN TÄYTÄNTÖÖNPANOSSA

Hankintalainsäädännön vahvan EU-oikeudellisen kytkennän osalta on huomattava, että Euroopan unioni on vammaissopimuksen itsenäinen sopimusosapuoli sopimuksen ratifioineiden jäsenvaltioidensa rinnalla. Lisäksi EU:n perusoikeuskirjaan sisältyy nimenomainen artikla vammaisten oikeuksista (26 artikla). Sen mukaan ”unioni tunnustaa vammaisten oikeuden päästä osallisiksi toimenpiteistä, joilla edistetään heidän itsenäistä elämäänsä, yhteiskunnallista ja ammatillista sopeutumistaan sekä osallistumistaan yhteiskuntaelämään, ja kunnioittaa tätä oikeutta”. On ilmeistä, että vammaissopimusta tullaan käyttämään vammaisiin henkilöihin liittyvissä kysymyksissä olennaisena osana direktiivin EU-oikeudellista tulkintaa, kun sen sijaan perusoikeuskirjan vammaisten oikeuksia koskevan artiklan tulkinnallinen merkitys suhteessa direktiiviin on nähdäkseni hyvin avoin³.

Euroopan unionin voi katsoa toteuttaneen hyvin vammaissopimukseen liittyvät sopimusvelvoitteensa uuden hankintadirektiivin säätämisen yhteydessä. Koska käsillä oleva esitys uudeksi hankintalaki liittyi EU:n uuden hankintadirektiivin (2014/24/EU) täytäntöönpanoon, eduskunnalla on myös EU-oikeuden kansalliseen täytäntöönpanoon liittyen velvollisuus turvata vammaissopimuksessa ja EU:n perusoikeuskirjassa tunnustetut vammaisten henkilöiden oikeudet.

Direktiivin täytäntöönpanon kannalta merkityksellisten vammaisten henkilöiden oikeuksien sisällön osalta voidaan kiinnittää huomio hankintadirektiivin johdanto-osaan, jossa käsitellään vammaisten henkilöiden oikeuksien huomiointia hankintadirektiivin täytäntöönpanossa. Siinä käsitellyt teemat ovat nousseet vammaissopimuksen velvoitteista ja ne saavat konkreetin säännösmuotonsa direktiivin artikloissa.

Vammaisten henkilöiden oikeuksien toteuttamisen kannalta keskeisiä hankintadirektiivin johdanto-osassa mainittuja teemoja ovat seuraavat:

- Pantaessa direktiiviä täytäntöön on huomioitava vammaissopimus erityisesti viestintävälineiden valinnan, teknisten eritelmien, hankintasopimuksen tekoperusteiden ja sen toteuttamista koskevien ehtojen yhteydessä. (Johdanto-osan kohta 3)
- Hankintalakiin on luotava järjestelyjä, jotka edistävät vammaisten integroimista yhteiskuntaan ja työelämään. (Johdanto-osan kohta 6)
- Hankintamenettelyn yhteydessä on viestittävä vammaisia henkilöitä syrjimättömällä tavalla. (Johdanto-osan kohta 53)
- Vammaiskäyttö on huomioitava hankintaviranomaisten laatimissa teknisissä eritelmissä. (Johdanto-osan 76 ja 99)
- Hankintaviranomaisille pitää antaa mahdollisuus sulkea pois taloudelliset toimijat, jotka ovat osoittautuneet epäluotettaviksi esimerkiksi siksi, että ne ovat rikkoneet sääntöjä esteettömyydestä vammaisille henkilöille. (Johdanto-osan kohta 101)
- Jäsenvaltiot ja viranomaiset voivat rajata niin sanotut henkilöpalvelut kuten tietyt vammaisten henkilöiden sosiaalipalvelut direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tarjoamalla palveluja itse tai järjestämällä ne tavalla, johon ei liity hankintasopimusten tekoa. (Johdanto-osan kohta 114)

³ Artiklaa 26 koskevasta keskustelusta, ks. Steve Peers et.al.: The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary. Hart, Oxford 2014, s. 709-748.

DIREKTIIVIN TÄYTÄNTÖÖNPANOSSA OLEVAN KANSALLISEN LIIKKUMAVARAN HYÖDYNTÄMISEN TIETOPOHJA JA NYKYISEN HANKINTALAIN TOIMIVUUS VAMMAISTEN OIKEUKSIEN TURVAAMISEN NÄKÖKULMASTA

Käsittelyssä oleva hankintalainsäädännön uudistus liittyy uuden hankintadirektiivin täytäntöönpanoon, jossa kansallisen lainsäätäjän liikkumavara on monessa kohdassa hyvin rajoittua. Hankintadirektiivi jättää kuitenkin myös eräissä tilanteissa hyvinkin merkittävää kansallista liikkumavaraa. Monet liikkumavaraa jättävistä direktiivin säännöksistä ovat merkityksellisiä juuri vammaisten oikeuksien toteuttamisen kannalta. Erityisen merkityksellinen vammaisten henkilöiden oikeuksien edistämisen kannalta on direktiivin johdanto-osan kohdan 114 mahdollistama henkilöpalveluiden soveltamisalarajaus.

Kansallisen lainsäätäjän toimintavaihtoehtojen perus- ja ihmisoikeusvaikutusten hahmottamista hankaloittaa se, ettei vuoden 2007 hankintalain perus- ja ihmisoikeusvaikutuksista ole tehty arviointia, johon nyt voitaisiin tukeutua. Erityisen ongelmallisena voimassaolevan hankintalain perus- ja ihmisoikeusvaikutuksia koskeva tiedonpuute näyttäytyy haavoittuvien ryhmien sosiaali- ja terveyspalveluita koskevien hankintojen alueella. Tällä alueella on käynnissä palveluiden järjestämistä ja palveluhankintoja koskeva toimintaympäristön murros, jolle on luonteenomaista sosiaalipalveluiden markkinaistuminen. Kehitys tapahtuu eri tavoin eri jäsenmaissa eikä siihen kohdistu Euroopan unionissa laajoja harmonisointipyrkimyksiä (ks. direktiivin johdanto-osan kohta 114). Suomen osalta voidaan todeta, että voimassa olevan vuoden 2007 hankintalain säätämisen yhteydessä Suomi päätti kansallisen liikkumavaransa puitteissa sisällyttää sosiaali- ja terveyspalvelut käytännössä kokonaisuudessaan hankintalain soveltamisalaan.

Vuoden 2007 hankintalain tiedetään johtaneen Suomessa hoivapalveluiden keskittymiseen. Samalla esimerkiksi vaikeavammaisten palveluasumismarkkinoiden kilpailun toimivuutta voidaan pitää Suomessa olemattomana tai vähintäänkin heikkona johtuen siitä, että markkinoilla ei ole riittävästi palveluntuottajia⁴. Samaan aikaan saatavilla on kuitenkin niukasti tietoa keskittymisen ja markkinoiden toimivuudessa olevien ongelmien perus- ja ihmisoikeusvaikutuksista haavoittuviin ryhmiin kuten vammaisiin henkilöihin.

Samaten saatavilla on niukasti tietoa siitä, missä määrin esimerkiksi vammaisten henkilöiden kokemustiedon perusteella esiin tulleet ongelmat kilpailutettuihin sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyen palautuvat voimassaolevaan hankintalainsäädäntöön sinänsä ja missä määrin taas sen soveltamiseen. Siltä osin, kun kysymys on soveltamiseen liittyvistä ongelmista, on huomioitava, että vammaispalveluita järjestettäessä hankintaperusteinen toimintatapa on erityislainsäädännön mukaisesti vain yksi toimintavaihtoehto esimerkiksi palvelusetelityyppisen toimintatavan rinnalla. Tätä peruslähtökohtaa ei olla muuttamassa myöskään uuden hankintalain yhteydessä.

Käytössäni olevan tiedon perusteella hankintayksiköt ovat olleet pidättyväisiä käyttämään sellaisia voimassa olevan hankintalain mahdollistamia erilaisia menettelyjä, joilla voitaisiin turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen avointa hintakilpailua paremmin. Vuonna 2008 annetussa valtioneuvoston selonteossa hankintalakiuudistuksesta (VNS 7/2008) kiinnitetään huomio esimerkiksi siihen, että neuvottelumenettelyä on käytetty niukasti, vaikka se soveltuisi hyvin palveluhankintoihin, joissa palveluiden tulee joustaa käyttäjien tarpeiden mukaan kuten erityisryhmien palveluasumiseen liittyviin palveluihin (s. 33-34)⁵. Selonteossa on

⁴ Sosiaali- ja terveyspalveluiden kilpailuttamisen toimivuus. Sosiaali- ja terveysministeriön muistioita 2012:1. Sosiaali- ja terveysministeriö, Helsinki 2012.

⁵ Sosiaali- ja terveysministeriön arvioinnissa ongelmat on liitetty hankintayksiköiden toiminnan sijaan suoraan hankintasäännösten epäselvyyteen eli lainsäädännön tasolla ilmeneviin ongelmiin, ks. alaviitteessä 4 mainitun muistion s. 39.

myös kiinnitetty huomio siihen, että vammaispalveluiden tyyppisissä palveluhankinnoissa kilpailuttaminen vaatii hankintaosaamisen lisäksi substanssiosaamista, jolle palveluntarjoajien mielestä hankintayksiköt antavat liian vähäisen roolin suhteessa hankintalain menettelysäännöksiin (s. 46-47). Käytössäni olevan tiedon perusteella hankintayksiköiden osaamattomuuden on havaittu johtaneen esimerkiksi siihen, että tarjouspyyntöön on sisällytetty seikkoja, joita sosiaali- ja terveydenhuollon erityislainsäädännön nojalla ei pidä huomioida palveluita tuottaessa. Tämä on puolestaan johtanut esimerkiksi välillisten asiakasmaksujen siirtymiseen vaikeavammaisille asumispalveluihin oikeutetuille henkilöille⁶. Vastaavia havaintoja on tehty muun muassa Sosiaali- ja terveysturvan keskusliiton vuoden 2011 Sosiaalibarometrissa, jossa on havaittu, ettei sosiaali- ja terveysturvan palveluhankinnoissa käytetä riittävästi hankintalain tarjoamia mahdollisuuksia ihmisten perusoikeuksien toteuttamiseen (s. 19). Tilanne on etenkin vammaissopimuksen 19 artiklan ja perustuslain 22 §:n näkökulmasta ongelmallinen, mutta liittyy pikemminkin hankintalainsäädännön soveltamiseen kuin hankintalainsäädännön säännöksiin itseensä.

Hankintayksiköiden vaikeudet hankintalain soveltamisessa esimerkiksi vammaisten henkilöiden käyttämien palveluiden kilpailutuksessa palautuvat ainakin osittain sosiaalihuoltoa koskevan lainsäädännön fragmentaarisuuteen, sen käsitteistön epäkoherenttiuteen ja vammaisoikeuden yleisten oppien kehittymättömyyteen suomalaisessa sosiaalioikeudessa. Kysymys on siten laajemmasta kuin yksinomaan hankintalakiin itseensä liittyvästä ongelmasta. Esimerkiksi vammaispalvelulain 8 §:n mukaan määritelty palveluasuminen on sisällöllisesti aivan eri asia kuin sosiaalihuoltolain 22 §:ssä määritelty asumispalvelut. Jos hankintayksikkö ei tarjouspyyntöjä tehdessään hallitse erityislainsäädännön sisältöä, käsitteistöä ja yksilön näkökulmasta keskeistä asiantuntijaharkintaa sisältäviä lainvalintakysymyksiä, syntyy riski sellaiseen hankintaan, joka ei ole omiaan edistämään vammaisten henkilöiden oikeuksien toteutumista. Sen arvioimiseen, kuinka laajalti tämä riski on todentunut vuoden 2007 hankintalain voimassaolon aikana, minulla ei ole käytössäni aineistoa. Pidän kuitenkin todennäköisenä, että riski on aktualisoitunut muutoinkin kuin vain satunnaisesti, sillä palveluasumisen kaltaisen toiminnan tuotteistamisen on havaittu johtavan ylipäänsä helposti vammaisten henkilöiden yksilöllisten tarpeiden puutteelliseen huomiointiin⁷. Nykytilaa ei voi luonnehtia vammaissopimuksen velvoitteita vammaisten henkilöiden itsemääräämisoikeuden vahvistamisesta (ks. erityisesti vammaissopimuksen 19 artikla) erityisen hyvin edistäväksi – joskaan nykytilaa ei myöskään voi luonnehtia selvästi vammaissopimuksen vähimmäissuojatasoa loukkaavaksi.

Hankintadirektiivin täytäntöönpanoon liittyvän liikkumavaran käytön arviointi tulisi sitoa uutta hankintalakia koskevan hallituksen esityksen sisältämien vaikutusarvioiden tietopohjaan. Käsillä olevan hallituksen esityksen vaikutusarvioiden osalta on todettava, että esityksen sinänsä laajaan vaikutusarviointijaksoon ja sen taustalla oleviin erillisiin vaikutusarviointeihin ei sisälly lainkaan ihmisvaikutusten arviointeja.

Hallituksen esityksen jaksossa ”suhde perustuslakiin ja säätämisjärjestys” käsitellään yksinomaan esityksen yhteyttä perustuslain 21 §:n asettamiin oikeusturvan toteutumista koskeviin vaatimuksiin ja tällöinkin lähinnä hankintayksiköiden ja tarjouskilpailuun osallistuvien toimijoiden näkökulmasta. Hankintalain perus- ja ihmisoikeusulottuvuus ei kuitenkaan tyhjene tähän hallituksen esitykseen sisältyvään näkökulmaan.

⁶ Ongelmia on syntynyt esimerkiksi palveluasumisen yhteydessä ateriamaksun määrittelyssä, kun hankintayksiköt ovat sisällyttäneet elintarvikkeiden ohella myös henkilöstökustannukset ateriamaksuun, vaikka asiakasmaksuja koskevan lainsäädännön mukaan aterioiden valmistus kuuluu palveluasumisen erityispalveluihin, joista ei voida periä asiakasmaksua.

⁷ Asiaa on käsitelty laajasti etenkin vammaisjärjestöjen lausunnoissa, ks. esim. Elina Akaan-Penttilän laatima 28.12.2010 päivätty lausunto ”Huomioita vammaisten ympärivuorokautisen asumisen valvontaohjelmaan: vammaispalvelulain tavoitteet ja tarkoitus arvioitaessa vammaispalvelulain mukaisen vaikeavammaisten palveluasumisen lainmukaista sisältöä ja laatua.” Vastaavia näkökohtia on esitetty myös tutkimuksissa, esim. Kaisa Pönni: Vaikeavammaisten palveluasumisen järjestäminen – kunnallisten viranhaltijoiden käsityksiä palveluasumishankintojen suunnittelusta. Sosiaaliryhmien pro gradu –tutkielma. Helsingin yliopisto 2012.

Hallituksen esityksen valmistelun yhteydessä on sivuutettu esimerkiksi hankintalainsäädännön vaikutusten arviointi vammaisten henkilöiden oikeuksien näkökulmasta. Pidän tätä osoituksena siitä, ettei lainvalmistelun yhteydessä ole tunnistettu riittävästi hankintalainsäädännön perus- ja ihmisoikeuslittuvuutta etenkin sosiaali- ja terveyspalveluiden alueella eli hankintalainsäädännön kytköstä perustuslain 19 §:n ja siihen kytkeytyvien ihmisoikeusvelvoitteiden toteuttamiseen. **Kehotan perustuslakivaliokuntaa kiinnittämään lausunnossaan huomion vaikutusarviointien puutteisiin.**

YLEISARVIO UUDESTA HANKINTALAISTA VAMMAISTEN OIKEUKSIEN TURVAAMISEN NÄKÖKULMASTA

Yleisarviona on todettavissa, että uudessa hankintalaissa on pyritty ottamaan ainakin vammaissopimuksen ja kansallisen perusoikeussäätelyn sekä hankintadirektiivin vähimmäisvaatimukset täyttävällä tavalla huomioon vammaisten henkilöiden oikeuksien turvaaminen. Hallituksen esityksen yleisperusteluissa tunnistetaan vammaissopimuksen olemassaolo osana ympäristö- ja sosiaalisten sekä innovaationäkökohtien huomioimista hankinnoissa (s. 18). Sopimusta käsitellään kuitenkin yleisperusteluissa tässä kohtaa turhan kapeasti vain esteettömyyden näkökulmasta (9 artikla), kun jo hankintadirektiivissä itsessään on omaksuttu laajempi näkökulma vammaissopimukseen. Tämän voi nähdä ongelmana hankintalain ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan ohjaamisen näkökulmasta.

Hankintalain soveltamisen kannalta vähintään yhtä merkityksellisiä säännöksiä esteettömyyden kanssa ovat vammaissopimuksessa turvatut vammaisen henkilön liikkumisen vapaus (18 artikla), joka sisältää asuinpaikan valinnan vapauden; oikeus elää itsenäisesti ja olla osallinen yhteisössä (19 artikla), joka sisältää muun muassa kiellon velvoittaa vammaisia henkilöitä käyttämään tiettyjä asuinjärjestelyjä sekä vammaisen henkilön oikeuden saada tukipalveluita kotona ja tarpeensa mukaan muissa ympäristöissä, sekä oikeus henkilökohtaiseen liikkumiseen (20 artikla), joka velvoittaa muun muassa helpottamaan vammaisen henkilön liikkumista kohtuulliseen hintaan sillä tavalla kuin ja silloin kun hän haluaa. Siinä missä hankintadirektiiviä ja sen valmisteluasiakirjoja voi luonnehtia vammaisten henkilöiden oikeudet hyvin tunnistavaksi ja niitä selvästi edistäväksi, kansallisen lainsäätäjän kyky tunnistaa vammaisten henkilöiden oikeuksia ei ollut yhtä hyvä.

Vammaissopimuksen sopimusvelvoitteet tulevat toki sinänsä välillisesti huomioituiksi uutta hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä, kun sekä yksityiskohtaisissa perusteluissa että lakitekstissä muistutetaan, että hankkijan on otettava huomioon hankinnan kohteena olevaa palvelua koskeva muu velvoittava lainsäädäntö (kuten sosiaalihuoltolaki ja vammaispalvelulaki). Koska vammaissopimus on ratifioituna ihmisoikeussopimuksena osa Suomessa voimassa olevaa oikeutta ja samoin osa hankintadirektiiviin kytkeytyvää EU-oikeutta, voidaan viittaukset muuhun lainsäädäntöön käsittää myös viittauksiksi vammaissopimukseen. Sinänsä viittaukset muun voimassaolevan oikeuden huomioimiseen ovat toki luonteeltaan vain informatiivisia, sillä on oikeudellisesti selvää ilmankin viittauksia, että hankintalain soveltamisessa on otettava huomioon myös hankinnan kohteena oleviin palveluihin liittyvä erityislainsäädäntö. Se, että vammaisten itsemääräämisoikeuden kannalta keskeisissä hankinnoissa joudutaan jatkossakin koostamaan kunkin tarjouspyynnön kannalta relevantti sovellettava oikeus useiden lakien avulla, on omiaan siirtämään voimassa olevan vuoden 2007 hankintalain soveltamiseen liittyvät ongelmat myös uuden hankintalain aikakaudelle, kun hankintalain esityöt ohjaavat tätä koostamista niukasti.

SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUHANKINTOJEN KYNNY SARVO JA HENKILÖPALVELUHANKINTOIHIN LIITTYVÄ SOVELTAMISALARAJAUS

Hankintadirektiivin kansallisen täytäntöönpanon valmistelun yhteydessä on tuotu esiin, että monet sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen kilpailuttamiseen liittyvät nykyisen hankintalain aikana esiin tulleet ongelmat voitaisiin purkaa rajaamalla selkeästi henkilöpalveluhankinnat tai osa niistä (esimerkiksi vammaisten henkilöiden yksilölliset elämänmittaist, välttämättömät palvelut) hankintadirektiivin sallimalla tavalla (ks. direktiivin johdanto-osan kohta 114) hankintalainsäädännön ulkopuolelle. Sosiaali- ja terveysministeriö

katsoi hankintadirektiivin kansallista täytäntöönpanoa valmistelleen työryhmän mietintöön⁸ jättämässään eriävässä mielipiteessä myös, että sosiaali- ja terveystalushankintojen kynnysarvon korottaminen direktiivin mahdollistamaan maksimiin (750 000 euroa) toisi joustoa esimerkiksi hankittaessa palvelusisällöltään vaativia yksilöllisiä tai hyvin pieniä erityisryhmiä koskevia sosiaalipalveluja kuten eräitä vammaispalveluja, jotka ovat luonteeltaan usein myös paikallisia hankintoja.

Käsillä olevan hallituksen esityksen arvioinnissa on tältä osin erityisen merkityksellinen vammaissopimuksen 19 artiklan mukainen velvoite huomioida ensisijaisesti yksilöllisesti kunkin vammaisen henkilön oma käsitys hänen avun- tai palveluntarpeestaan ja palveluiden järjestämistavasta, kun on kyse sellaisista palveluista tai tukitoimista, joilla on vaikutusta vammaisen henkilön henkilökohtaisen vapauden, yksityisyyden suojan ja itsemääräämisoikeuden toteutumiseen. Kuten vammaissopimuksen ratifioinnin yhteydessä on todettu, säännös liittyy keskeisesti asumispalveluiden järjestämiseen (HE 284/2014 vp s. 56). Tältä osin vammaissopimuksen 19 artikla suuntaa perustuslain 19.1 §:n, 19.3 §:n ja 19.4 §:n tulkintaa.

Kytkeytyessään perustuslain 22 §:n ihmisoikeuksien turvaamisveloitteeseen vammaissopimuksen 19 artikla antaa tukea sellaisille hankintadirektiivin kansallisille täytäntöönpanoratkaisuille, joissa vammaisen henkilön henkilökohtaisen vapauden, yksityisyyden suojan ja itsemääräämisoikeuden toteutumisen kannalta keskeiset sosiaalipalvelut järjestetään muutoin kuin hankintamenettelyyn pohjalta. Samoin se antaa tukea sellaisille täytäntöönpanoratkaisuille, joissa sosiaali- ja terveystalushankintojen kynnysarvo korotetaan direktiivin mahdollistamaan maksimiin. Molemmissa on kuitenkin kysymys asiaa valtiosääntöoikeudellisesti tarkastellen viimekädessä poliittisen harkinnan piiriin kuuluvista asioista. Kehotan perustuslakivaliokuntaa kuitenkin kiinnittämään lausunnossaan asiaan huomion.

VAMMAISTEN HENKILÖIDEN OSALLISTAMINEN JA HEIDÄN OIKEUKSIENSA TOTEUTTAMINEN (HANKINTALAIN 108 §, 110 §)

Vammaissopimuksen 19 artiklan näkökulmasta on tärkeää, että vammaisia henkilöitä kuullaan ja heidän näkemyksensä ja tarpeensa otetaan huomioon jo heidän itsemääräämisoikeutensa toteutumisen kannalta keskeisten hankintojen valmisteluvaiheessa. Käytännössä tämä edellyttää muun muassa vammaisten henkilöiden kuulemista ja osallistamista pitkäkestoisiin hoito- ja asiakassuhteisiin liittyviin hankintoihin.

Uuden hankintalain 108 § on kirjoitettu siten, että sen 1 momentissa käytetään velvoittavuuteen viittaavaa ”on otettava” –ilmaisua ja 2-3 momenteissa ohjelmallisuuteen viittaavaa ”on pyrittävä” –ilmaisua todeten esimerkiksi, että pitkäkestoisia hoito- ja asiakassuhteita koskevissa sosiaali- ja terveystalushankinnoissa hankintayksikön on pyrittävä määrittämään sopimusten kesto ja muut ehdot siten, että sopimuksista ei muodostu kohtuuttomia tai epätarkoituksenmukaisia seurauksia palvelujen asiakkaille.

Vammaissopimuksen velvoitteiden näkökulmasta pykälän 2-3 momenteissa säädetty asiat (esteettömyys, kohtuuttomien ja epätarkoituksenmukaisten seuraamusten kielto jne.) ovat yhtä velvoittavia kuin 1 momentissa mainitut osallistamiseen ja kuulemiseen liittyvät velvoitteet. Tästä näkökulmasta uuden hankintalain 108 § 2-3 momentin ohjelmallinen kirjoitusasu on ongelmallinen vammaisten henkilöiden itsemääräämisoikeuden näkökulmasta. Vammaissopimus velvoittaa yksiselitteisesti siihen, ettei vammaispalveluita saa järjestää esimerkiksi hyvin lyhytaikaisin asumispalvelusopimuksin tai puhtaan hintakilpailun perusteella siten, että se johtaa vammaisen henkilön kannalta kohtuuttomiin tai epätarkoituksenmukaisiin seuraamuksiin. **Nähdäkseni perustuslakivaliokunnan tulisi edellyttää lausunnossaan uuden hankintalain 108 §:n kirjaamista velvoittavampaan muotoon eli toisen ja kolmannen momentin ”on pyrittävä” -ilmaisujen muuttamista ”on huomioitava” -tyyppiseen muotoon.**

⁸ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. Työ- ja elinkeinoministeriö, Helsinki 2015.

Tässä yhteydessä on syytä samalla kiinnittää huomio siihen, että vammaisten henkilöiden tarpeiden huomioiminen merkitsee suhteellisen usein hankintalain 110 §:n soveltamistarpeen selvittämistä.

VAMMAISTEN HENKILÖIDEN OIKEUSSUOJAN TOTEUTTAMINEN

Uudessa hankintalaissa (mm. 99 §, 107 §, 108 §) säädetään hankintayksiköiden velvollisuudesta noudattaa hankintoja tehdessään myös muuta lainsäädäntöä, johon on kirjattu hankittavien palveluiden laatua ja niiden käyttäjien kuulemista koskevia säännöksiä. Tällaisia säännöksiä sisältäviä säädöksiä ovat esimerkiksi sosiaalihuoltolaki, laki potilaan asemasta ja oikeuksista, vammaispalvelulaki, vanhuspalvelulaki, lastensuojelulaki, kuntalaki ja hallintolaki, joissa kaikissa on oikeussuojakeinonsa.

Vammaisen henkilön oikeussuojan toteuttamisen näkökulmasta eri lakien oikeussuojasäännösten yhteensovittaminen ei ole ongelmatonta, koska muun lainsäädännön noudattamatta jättäminen ei muodosta hankintalain mukaista valitusperustetta ja toisaalta sosiaalihuollon erityislainsäädännön omien oikeussuojakeinojen kautta ei voida puuttua muodollisesti oikein tehtyyn hankintaan (ks. hallituksen esityksen 146 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa sivulla 237 oleva viittaus esityksen 107 §:ässä säädettyjen velvoitteiden toteutumisen oikeussuojaan). Vammaisten henkilöiden itsemääräämisoikeuden toteutumisen valvonnan näkökulmasta vammaisilla henkilöillä ja muilla sosiaali- ja terveyspalveluiden käyttäjillä tulisi olla käytössään nyt esitettyjä tehokkaampia oikeussuojakeinoja silloin, kun hankintayksikkö ei hankintaa tehdessään noudata sitä velvoittavaa erityislainsäädäntöä. **Tilanne ei ole perustuslain 21 §:n näkökulmasta tyydyttävä ja kehotan perustuslakivaliokuntaa kiinnittämään huomion siihen, että oikeussuojajärjestelmää tulisi kehittää vastaisuudessa vammaisten henkilöiden sekä muiden sosiaali- ja terveyspalveluiden käyttäjien oikeussuojatarpeisiin paremmin vastaavaksi.**

Uuden hankintalain valmistelun yhteydessä on esitetty muun muassa, että ongelman korjaava oikeussuojakeino voisi olla palveluiden käyttäjille tai heitä edustaville tahoille annettava itsenäinen valitusoikeus markkinaoikeuteen tilanteissa, joissa hankintaa tehtäessä ei ole noudatettu siihen liittyvää erityislainsäädäntöä ja hankinta johtaa tämän takia vammaisten henkilöiden tai muiden palvelun käyttäjien kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen. Uuden hankintalain valmistelun yhteydessä esitettiin myös, että sen valvominen, onko hankintamenettelyn käytössä otettu palveluiden käyttäjät huomioon täysimääräisesti lain 108 §:ssä tarkoitetulla tavalla, annettaisiin jonkin viranomaisen tehtäväksi. Molempia esityksiä voi pitää vammaisten henkilöiden oikeuksien toteutumisen turvaamista edistävänä.

LOPUKSI

Huolimatta yllä esittämistäni osin kriittisistä valtiosääntöoikeudellisista huomioista katson, että hallituksen esitys voidaan käsitellä tavanomaisessa lainsäätämisyjärjestyksessä siltä osin, kun se on ollut arviointini kohteena.

Helsingissä 25. lokakuuta 2016,

Pauli Rautiainen

julkisoikeuden apulaisprofessori
valtiosääntöoikeuden dosentti