

EDUSKUNNAN PERUSTUSLAKIVALIOKUNNALLE

Asia: Lausunto hallituksen esityksestä (108/2016 vp.) Eduskunnalle hankintalaiksiYleistä

Voimassa olevat julkisia hankintoja koskevat lait (hankintalaki, erityisalojen hankintalaki) ovat vuodelta 2007. Hankintalakien nojalla on annettu myös valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista, jossa säädetään tarkemmin muun muassa hankintailmoituksista sekä hankintamenettelyn tietojenvaihdosta ja viestinnästä. Hallituksen esityksen 108/2016 vp. pohjana ovat Euroopan unionin uudet julkisia hankintoja koskevat direktiivit, jotka annettiin 26.2.2014 (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta).

Kuten hallituksen esityksessä todetaan, julkisten hankintojen soveltamistilanteet ja hankintamenettelyjä koskevat oikeuskysymykset ovat viime vuosina muuttuneet monimutkaisemmiksi. Aiemmin voimassa olleet hankintadirektiivit eivät täysimääräisesti kyenneet vastaamaan monimutkaistuneiden soveltamistilanteiden vaatimuksiin. Myös Suomessa hankintojen soveltamiskysymykset ovat monimutkaistuneet. Yhä useammin julkisyhteisöt ovat tilanteessa, jossa hankkijoita tai hankinnan rahoittajia on useita, hankinnan kohde on erittäin hankalasti etukäteen määriteltävissä tai sopimuskumppaneina on useampi yksityis- tai julkisoikeudellinen toimija. Käytännön hankintatoimessa on noussut esiin kokonaan uusia esimerkiksi hankintasopimusten muuttamiseen liittyviä kysymyksiä, joihin hankintalainsäädännössä ei ole otettu kantaa. Toisiinsa nähden hyvin erilaiset hankintalainsäädännön soveltamistilanteet ovat luoneet tarvetta entistä selkeämmälle ja joustavammalle lainsäädännölle.

Euroopan unionin direktiiviuudistuksen tavoitteena on hankintamenettelyjen yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen. Tätä tavoitetta toteutetaan yhtäältä direktiivin soveltamisalan täsmäntämisellä unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaisesti sekä toisaalta niin kutsuttuun välinevalikoimaan perustuvalla lähestymistavalla. Hankintayksiköiden valittavina on eri tilanteisiin soveltuvia hankintamenettelyjä, joiden lukumäärää on lisätty ja joiden sääntöjä on täsmennetty. Toinen hankintadirektiiviuudistuksen keskeisistä tavoitteista liittyy ympäristö- ja sosiaalisiin näkökohtiin. Ehdotuksen tavoitteena on komission mukaan luoda lisää ja tehokkaampia edellytyksiä julkisten hankintojen strategiseen käyttöön ympäristöllisten ja sosiaalisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Kolmantena päätavoitteena direktiiviuudistuksella on pienten ja keskisuurten yritysten markkinoillepääsyn parantaminen. Tätä tavoitetta edistetään uusissa hankintadirektiiveissä ensinnäkin yksinkertaistamalla tarjouskilpailuun osallistuvien toimittajien selvitysvelvoitteita. Pk-yritysten asemaa pyritään edistämään myös direktiivin määräyksillä hankintasopimusten jakamisesta ja jakamatta jättämisen perusteluvelvoitteesta.

Neljäntenä direktiiviuudistuksen päätavoitteena on asianmukaisten menettelyjen varmistaminen julkisissa hankinnoissa. Direktiiveissä on annettu määräyksiä hankintayksiköiden henkilöstön eturistiriidoista, toimittajien kielletystä yhteistyöstä sekä tilanteista, joissa yksi tai useampi toimittaja pyrkii vaikuttamaan sääntöjenvastaisesti hankintamenettelyyn. Viimeinen direktiiviuudistuksen päätavoitteista liittyy julkisten hankintamenettelyjen valvontaan ja hallintointiin. Direktiiveissä säädetään hankintojen valvonnasta, jonka tulokset olisi julkaistava säännöllisin väliajoin.

Hankintalainsäädäntö Suomessa

Suomen liittyessä Euroopan talousalueeseen 1992 säädettiin Suomeenkin julkisia hankintoja koskeva laki (1505/1992). Tuolloin säädöksessä oli yhteensä 18 pykälää. Talousvaliokunnan lakia koskevasta hallituksen esityksestä antamassa mietinnössä (TaVM 39/1992) uskottiin kilpailuttamisen tuovan merkittäviä säästöjä. Esim. oikeusturvakysymykset eivät olleet tuossa valiokunnan mietinnössä lainkaan esillä. Hankintalakia uudistettiin vuonna 2007. Uudessa hankintalaissa (348/2007) oli 87 pykälää. Talousvaliokunnan ao. hallituksen esityksestä antamassa mietinnössä (TaVM 26/2006 vp.) otettiin jo varsin laajasti kantaa mm. hankintalain vaikutuksiin kuntien yhteistoimintaan sekä oikeusturvaan. Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan antanut tuosta lakiesityksestä lausuntoaan. Sen sijaan markkinaoikeutta ja oikeudenkäyntiä markkinaoikeudessa koskevaa lainsäädäntöä käsittelevässä lausunnossaan (PeVL 33/2012 vp) perustuslakivaliokunta tarkasteli kantaansa hallinto-oikeudelliseen valituslupajärjestelmään myös julkisten hankintojen osalta todeten, että valituslupajärjestelmään ja sen laajentamiseen ei enää ole perusteita suhtautua lähtökohtaisen pidättyvästi. Hallinto-oikeudellista

muutoksenhakujärjestelmää on syytä arvioida kokonaisuutena, josta valitusmahdollisuus korkeimpaan hallinto-oikeuteen muodostaa yhden osan. Valituslupajärjestelmän hyväksyttävyyttä ja oikeasuhtaisuutta on syytä muutoinkin kussakin tapauksessa erikseen arvioida perustuslakivaliokunnan omaksuman käytännön pohjalta. Perustuslain 21 §:n kannalta asiaa tarkasteltaessa keskeistä on siten varmistua siitä, että *muutoksenhakujärjestelmä kokonaisuutena turvaa sekä oikeusturvan saatavuuden ja riittävyys* että asian käsittelyn niin joutuisasti kuin se on oikeusturvavaatimuksen valossa mahdollista. Järjestelmän soveltamisen tulisi kaikissa asiaryhmissä perustua yhtenäiseen ja johdonmukaiseen arvioon perustellun oikeus-suojan tarpeesta. Tällöin on tarkasteltava etenkin sitä, turvaavatko korkeinta hallinto-oikeutta edeltävät muutoksenhakujärjestelyt kyseisessä asiaryhmässä asian laadun ja merkittävyyden edellyttämät oikeusturvatakeet. Merkitystä on myös sillä, riittääkö korkeimman hallinto-oikeuden velvollisuus tai mahdollisuus valitusluvan myöntämiseen laissa säädettyjen perusteiden täyttyessä turvaamaan oikeusturvan saatavuuden kyseisessä asiaryhmässä. Myönteisissä tapauksissa valituslupajärjestelmän soveltaminen on valiokunnan mielestä perustuslain 21 §:n valossa yleensä perusteltua.

Hallituksen esityksessä 108/2016 vp. hankintalaiksi on 174 pykälää. Pykälät ovat hyvin yksityiskohtaisia ja seuraavat hyvin pitkälti uusien hankintadirektiivien rakennetta ja sanamuotoja. Esityksen yhtenä tavoitteena on Euroopan laajuisesti helpottaa pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksia osallistua julkiseen hankintaan ja yksinkertaistaa sääntelyä. Tämän tavoitteen saavuttaminen tulee esityksen valossa edellyttämään merkittävää panostusta sekä hankintayksiköiden että tarjoajien koulutukseen, jotta mm. vaikutusarvioinnissa esitetyt arviot siitä, että valitukset markkinaoikeuteen vähenisivät aiempaa selkeämpien säännösten myötä, toteutuisivat.

Hallituksen esitys 108/2016 vp. perustuslain kannalta

Oikeusturva

Hallituksen esityksen yleisperusteluissa todetaan, että hankintalain ongelmakohtien selkeyttämisen voidaan arvioida vähentävän niitä koskevia riitoja tuomioistuimissa. Toisaalta uudet säännöt esimerkiksi innovaatiokumppanuudesta ja yhteisestä eurooppalaisesta hankinta-asiakirjasta voivat tuoda uusia valitusasiaryhmiä tuomioistuihin. Hankintalainsäädännön valvonta sekä siihen sisältyvä Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta ja velvollisuus esittää tietyissä tilanteissa hankintayksikölle seuraamuksia voi lisätä tuomioistuinten työmäärää etenkin suorahankinnoissa. Toisaalta valvonnan luominen voi osaltaan myös vähentää yritysten ja muiden elinkeinonharjoittajien tarvetta hakea itse muutosta suorahankintaan markkinaoikeu-

delta. Hallituksen esityksen vaikutusarvioinnin mukaan uudistusten odotetaan kokonaisuutena vähentävän markkinaoikeuteen tehtävien valitusten määrää ja lyhentävän markkinaoikeudessa käsiteltävien hankinta-asioiden käsittelyaikoja.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaan oikaisuvaatimusmenettelyä voidaan pitää jonkinlaisena ”muutoksenhaun ensimmäisenä vaiheena”, vaikka kysymys ei olekaan tuomioistuimessa tapahtuvasta lainkäytöstä, minkä vuoksi *se ei voi täyttää perustuslain 21 §:n 1 momentin vaatimusta siitä, että jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi*. Lisäksi erityisesti hankintaoikaisun osalta on huomioitava se, että se ei ole pakollinen menettelyvaihe ennen varsinaista muutoksenhakua. Hankintaoikaisu on varsinaiselle valitukselle rinnakkainen oikeussuojakeino, jonka käyttö voi johtaa siihen, ettei asiaa ole enää tarpeen valituksen johdosta enempää käsitellä markkinaoikeudessa.

Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen 165 §:n mukaan jatkovalitus markkinaoikeuden päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen edellyttäisi valituslupaa. Valituslupajärjestelmän hyväksyttävyyttä ja oikeasuhtaisuutta tulee tämänkin hallituksen esityksen osalta arvioida perustuslakivaliokunnan aiempien oikeusturvaa koskevien linjauksien pohjalta. Perustuslain 21 §:n kannalta asiaa tarkasteltaessa keskeistä on varmistua siitä, että muutoksenhakujärjestelmä kokonaisuutena turvaa sekä oikeusturvan saatavuuden ja riittävyyden että asian joutuisan käsittelyn.

Julkisten hankintojen sääntely on paikoin monimutkaista. Hankinta-asioihin liittyvät taloudelliset ja yhteiskunnalliset intressit voivat olla myös merkittäviä. Hankinta-asioihin ei siten liity sellaisia seuraamuksen vähäisyyteen tai oikeuskysymyksen yksinkertaisuuteen liittyviä perusteita, joiden voidaan katsoa puoltavan valituslupajärjestelmän hyväksyttävyyttä.

Kokonaisuutena katsoen hallituksen esityksessä ehdotettu oikeusturvajärjestelmä (hankintaoikaisumenettely, lisääntynyt Kuluttaja- ja kilpailuviraston viranomaisvalvonta, valitusmahdollisuus riippumattomaan tuomioistuimeen) vastaa kuitenkin mielestäni perustuslain 21 §:n oikeusturvalla asettamia vaatimuksia lukuun ottamatta jäljempänä mainittuja perustuslain 15 §:ssä turvattuun omaisuuden suojaan kohdistuvia rajoituksia.

Kunnallinen ja alueellinen itsehallinto

Hankintayksiköiden mahdollisuudet tehdä kilpailuttamatta hankintoja sellaiselta sidosyksiköltään, joka toimisi muutoin kuin hyvin vähäisesti markkinoilla, olisivat hallituksen esityksen toteutuessa voimassa olevaan hankintalakiin nähden rajatummalla. *Ehdotus kaventaisi julkisyhteisöjen ja muiden hankintayksiköiden mahdollisuuksia organisoida palvelujaan siten, että niitä*

tuottaisivat kilpailuttamatta valitut hankintayksikön määräysvallassa olevat yksiköt, jotka samalla harjoittaisivat liiketoimintaansa markkinoilla. Hankintayksikkö voisi ostaa suoraan palveluja tytär- tai osakkuusyhteisöltään, vaikka se toimiikin markkinoilla, vain jos markkinoilla toimiminen on vähäistä. Käytännössä säädökset rajoittavat mm. kuntien ja tulevien maakuntien mahdollisuutta tehdä alueellista elinkeinopolitiikka ja turvata joidenkin yhteiskunnan kannalta kriittisten palvelujen saatavuus. Hallituksen esityksestä huokuu syvä usko siitä, että markkinamekanismi voi turvata yhteiskunnan yhdenvertaiset perustoiminnot ja -palvelut myös Suomen kaltaisessa harvaan asutussa maassa.

Aiemmin perustuslakivaliokunta on mm. sosiaali- ja terveydenhuollon hallinnon uudistusta koskevista kannanotoissaan korostanut kansanvaltaisen päätöksenteon turvaamista sekä julkiseen valtaan kohdistuvaa perusoikeuksien edistämismääräyksiä (PeVL 67/2014 vp). Perustuslain 124 § asettaa rajoituksia julkisten hallintotehtävien antamista muiden kuin viranomaisien hoidettavaksi. Monet kuntien tehtävistä, joita kunnat nyt toteuttavat sidosyksiköidensä kautta, on tulkittavissa perustuslain 124 §:n tarkoittamiksi julkisiksi hallintotehtäviksi.

Perustuslain kannalta olennaisia ovat kuntien ja tulevien maakuntien käytännön keinot toteuttaa vastuitaan, jos hallituksen esityksen mukaiset sidosyksiköitä koskevat määräykset tulevat voimaan. Hallituksen esityksessä ei ole mielestäni ole arvioitu riittävästi tiukentuvien sidosyksikkösäännösten vaikutusta kuntien ja tulevien maakuntien mahdollisuuteen toteuttaa niille perustuslaissa turvattua itsehallintoa ja nyt esityksessä ehdotetun direktiivin minimivaatimuksia merkittävästi tiukempien rajoitusten vaikutusta perustuslain 121 §:ssä turvattuun kunnalliseen ja alueelliseen itsehallintoon. Tältä osin hallituksen esitys puuttuu mielestäni varsin olennaisesti kunnalliseen ja alueelliseen itsehallintoon ja olisikin tarkkaan punnittava, onko itsehallinnon rajoittaminen perusteltua, kun hankintadirektiivit eivät näin pitkälle meneviä rajoituksia edellytä.

Sopimusvapaus

Markkinaoikeuden käsitellessä hankinta-asiaa sen toimivaltaan kuuluu niin kutsutuiksi reaali-keinoiksi määriteltyjen seuraamusten (muun muassa hankintapäätöksen kumoaminen) ohella myös erilaisten hallinnollisten seuraamusten määrääminen. Näitä seuraamuksia ovat hyvitysmaksu, tehottomuusseuraamus, sopimuskauden lyhentäminen ja seuraamusmaksu. Markkinaoikeuden määräämät seuraamukset eivät ole markkinaoikeudessa muutoksenhaun kohteena, vaan niiden määräämistä koskeva asia on siellä ensimmäistä kertaa käsittelyssä. Näiden seuraamusten osalta valituksessa korkeimpaan hallinto-oikeuteen on kysymys ensimmäisen asteen muutoksenhausta, eikä jatkovalituksesta. Valituslupasääntelyä ei ole kuitenkaan

yksinomaan asian laadun perusteella pidettävä poissuljettuna vaihtoehtona hallinnollisen seuraamuksen määräämistä koskevissa asioissa.

Sopimuksen tehottomuusseuraamus on jo nykyisen hankintalain mukainen seuraamus hankintalain vastaisesta menettelystä. Tehottomuusseuraamuksen ulottuvuus kuitenkin laajenee uuden lainsäädännön myötä mm. sosiaali- ja terveydenhuollon hankintoihin. Samalla hallituksen esityksessä ehdotetaan oikeusturvan rajaamista edellyttämällä valituslupaa markkinaoikeuden tehottomuusseuraamusta koskevaan päätökseen.

Sopimuksen tehottomuusseuraus koskee myös tilanteita, joissa hankintayksikön sopimus-kumppani on esim. suorahankinnassa toiminut hyvässä uskossa. Ottaen huomioon perustuslain 15 §:ssä turvatun omaisuuden suojan, tulee sopimuksen tehottomuusseuraamuksesta taikka sopimuskauden muutosta koskevasta markkinaoikeuden päätöksestä mielestäni voida valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen ilman valituslupaa, jotta perustuslain 21 §:n mukainen oikeus oikeusturvaan toteutuisi.

Kunnioittavasti,

Lasse Lehtonen, oik.tri, lääk.tri

terveysoikeuden professori, Helsingin yliopisto