

Olli Mäenpää
12.10.2016

Perustuslakivaliokunnalle

Hallituksen esitys hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp)

Muutoksenhaun rajoittaminen hankintayksikön päätöksestä (146 §)

Hankintayksikön päätös tai ratkaisu voidaan yleensä 146 §:n 1 momentin mukaan saattaa markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella, jos sillä on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Tätä voidaan pitää asianmukaisena oikeusturvan taakeena hankinta-asioissa.

Yleistä valitusoikeutta hankintayksikön päätöksestä rajoitetaan kuitenkin 2 momentin säännöksellä, joka kohdistuu lähinnä valmisteleviin toimenpiteisiin. Säännökseen ei liity valtiosääntöoikeudellisia ongelmia.

Markkinaoikeuden käsittelylupaa edellyttävät tilanteet määriteltäisiin 3 momentissa. Ehdotettu käsittelylupamenettely kohdistuisi puitejärjestelyyn ja dynaamiseen hankintajärjestelmään. Tarkoituksena on laajentaa voimassa olevan hankintalain 86 §:n 3 momentin mukainen käsittelylupa myös dynaamiseen hankintajärjestelmään. Käsittelyluvan alan laajentamiselle voidaan sinänsä katsoa olevan hyväksyttävät perusteet. Kysymys on melko vähäisistä poikkeuksista muutoksenhakuoikeuteen, ja käsittelylupa olisi myönnettävä lähinnä menettelyn yhtenäisyyden turvaamiseksi tai muuten painavasta syystä. Rajoitusten ei voitane katsoa vaarantavan oikeusturvaa hankintamenettelyssä.

Valituskielto Kilpailu- ja kuluttajaviraston päätöksestä (164 §)

Kilpailu- ja kuluttajaviraston ”toimenpidepyynnön johdosta tehtyyn ratkaisuun” ei lakiehdotuksen 164 §:n mukaan saisi hakea muutosta valittamalla. Toimenpidepyynnöllä tarkoitetaan lakiehdotuksen 139 §:n mukaan hallintokantelua, josta säädetään hallintolain 8 a luvussa, ja toimenpidepyynnön käsittelyyn sovellettaisiin, mitä hallintolain 8 a luvussa säädetään. Perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella säädetyn hallintolain 8 a luvun 53 d §:n mukaan hallintokanteluasiassa annettuun ratkaisuun ei saa hakea muutosta valittamalla. Ehdotettu valituskieltoa koskeva säännös ei laajenna tämän voimassa olevaan lakiin sisältyvän valituskiellon soveltamista.

Lakiehdotuksen perustelujen mukaan valituskiellon soveltamisala olisi kuitenkin ilmeisesti tarkoitettu olennaisesti laajemmaksi. Se kohdistuisi yleisesti Kilpailu- ja

kuluttajaviraston ”julkisten hankintojen valvonnassa tekemiin toimenpiteisiin” lukuun ottamatta hankintapäätöksen täytäntöönpanon kieltämistä 140 §:n nojalla (s. 289). Perusteluna valituskiellolle esitetään myös se, että tällaiset toimenpiteet eivät muodosta valituskelpoista ratkaisua.

On valtiosääntöoikeudellisesti selvää, että perusoikeutena turvatusta yleisestä valitusoikeudesta tehtävää poikkeusta ei voida soveltaa laajentavasti, sillä valituskielto voi perustua vain lakiin. Tältä kannalta voidaan kiinnittää huomiota siihen, että hankintojen valvontaa sääntelevä lakiehdotuksen 15 luku määrittelee useita sellaisia Kilpailu- ja kuluttajaviraston päätöksiä, jotka ovat valituskelpoisia hallintopäätöksiä. Ne sisältävät myös perustuslain 21 §:n 1 momentin tarkoittaman päätöksen, joka koskee päätöksen kohteen oikeuksia ja/tai velvollisuuksia. Valituskieltoa ei siten olisi myöskään lailla perusteltua ulottaa tällaisiin päätöksiin. Ehdotus valituskieltoa koskevaksi säännökseksi on kuitenkin sinänsä riittävän yksiselitteinen, joten pelkästään säännöksen perustelut eivät voi muodostaa lainmukaista oikeudellista perustetta valituskiellon laajentavaan soveltamiseen.

Valituksen luvanvaraisuus markkinaoikeuden päätöksestä (165.1 §)

Säännösehdotuksen mukaan markkinaoikeuden päätökseen saisi yleensä hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen vain, jos korkein hallinto-oikeus myöntää valituslupan. Voimassaolevaan hankintalakiin ei sisälly tällaista valituslupasääntelyä. Valitusluparajoitusta perustellaan lähinnä hankinta-asioiden kiireellisyydellä ja tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan oikeussuojan turvaamisella.

Perustuslakivaliokunta on uudemmassa käytännössään (PeVL 32/2012 vp) pitänyt perustuslain ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten näkökulmasta sinänsä mahdollisena valituslupajärjestelmän laajentamista. Valiokunta on korostanut, että muutoksenhakujärjestelmää on syytä arvioida kokonaisuutena, josta valitusmahdollisuus korkeimpaan hallinto-oikeuteen muodostaa yhden osan. Valiokunta kiinnitti arvionsa perusteluissa erityisesti huomiota hallintoasioiden käsittelyssä ja muutoksenhakujärjestelmässä jo tapahtuneeseen kehitykseen. Merkityksellisiä kehityssuuntauksia tässä suhteessa olivat olleet oikaisuvaatimusmenettelyn vahvistunut rooli, alueellisten hallinto-oikeuksien vahvistunut asema sekä se, että yhä suurempi osa korkeimpaan hallinto-oikeuteen saapuvista asioista kuuluu ryhmään, joissa muutoksenhaku edellyttää valituslupaa.

Perustuslakivaliokunta on lisäksi hiljattain (PeVL 55/2014 vp) arvioinut hallituksen esitystä, jossa valituslupaa ei ehdotettu asiaryhmiin, joihin valitusvaiheessa useimmiten liittyy vaativia oikeuskysymyksiä tai jotka ovat yleensä asianosaisen tai yhteiskunnan kannalta erityisen merkittäviä tai laaja-alaisia. Tällaisia asioita olivat esimerkiksi elinkeinoluvan peruuttamista, merkittävää hallinnollista seuraamusta tai hallinnollisen pakkokeinon täytäntöönpanoa koskevat asiat sekä sellaiset valvonta-asiat, joissa on käytännössä kysymys elinkeinotoiminnan rajoittamisesta.

Perustuslakivaliokunta katsoi tuossa yhteydessä, että asian laatu tai merkittävyys eivät välttämättä edellytä kaikissa näissäkään asiaryhmissä pääsyä korkeimpaan hallinto-oikeuteen ilman valituslupaa. Valiokunta on omassa käytännössään muun muassa katsonut, että valituslupasääntely ei ole poissuljettua silloinkaan, kun kysymys on hallinnollista (rangaistus)seuraamusta koskevasta asiasta (PeVL 14/2013 vp, s. 5). Kokonaisarvioinnissa voidaan tällöin oikaisuvaatimusmenettelyn puuttumisesta huolimatta päätyä valituslupamenettelyyn ottaen huomioon esimerkiksi seuraamuksen vähäisyys ja oikeuskysymysten yksinkertaisuus sekä ne perusteet, joiden vuoksi korkeimman hallinto-oikeuden on hallintolainkäyttölain 13 §:n 2 momentin mukaan myönnettävä valituslupa. Näin ollen valiokunta ei pitänyt ongelmallisena esimerkiksi ehdotettua ylikuormamaksua koskevan valituksen luvanvaraisuutta.

Markkinaoikeuden päätökset yleensä

Tämän arvion kannalta keskeiset markkinaoikeuden päätösisällöt on lueteltu hankintalakiehdotuksen 154 §:ssä. Tällaisia ovat muun muassa hankintapäätöksen kumoaminen, menettelyn korjaamisvelvollisuus sekä erilaiset seuraamukset, joita hyvitysmaksu, tehottomuusseuraamus ja seuraamusmaksu. Näistä seuraamusmaksu on luonteeltaan hallinnollinen rangaistusseuraamus. Lisäksi markkinaoikeus voi päätöksellään myös hylätä valituksen tai jättää sen tutkimatta, joskaan näitä markkinaoikeuden tuomiovaltaan kuuluvia päätöksiä ei mainita lakiehdotuksessa.

Valituksen luvanvaraisuuden laajentamista näihin markkinaoikeuden päätöksiin voidaan yleisesti arvioiden pitää perusteltuna. Kun hankinta-asioihin kohdistuvaa muutoksenhakujärjestelmää arvioidaan kokonaisuutena, on perusteltua ottaa huomioon etenkin mahdollista markkinaoikeuskäsittelyä edeltävä ensi vaiheen oikeusturvamenettely. Hankintaoikaisu voidaan toteuttaa oikaisuvaatimusmenettelyssä, joskaan oikaisumenettely ei ole pakollinen ennen valituksen tekemistä. Lisäksi markkinaoikeuden vahvistunut asema ja asiantuntemus turvaavat oikeusturvaa tuomioistuimenmenettelyssä. Kun lisäksi otetaan huomioon, että valituslupajärjestelmä vahvistaa tuomioistuinkäsittelyn joutuisuutta ja oikeuskäytännön yhtenäisyyttä ja että valituslupa on myönnettävä myös ilmeisen virheen tai muun painavan syyn perusteella, valittamisen luvanvaraisuus ei muodostu valtiosääntöoikeudellisesti ongelmalliseksi.

Seuraamusmaksua koskevat markkinaoikeuden päätökset

Valituksen luvanvaraisuuden ulottaminen markkinaoikeuden seuraamusmaksua koskevaan päätökseen näyttäisi edellyttävän erillistä arviointia. Tämä johtuu siitä, että kyseessä on hallinnollinen rangaistusseuraamus, joka asiallisesti voidaan rinnastaa rikosoikeudelliseen seuraamukseen (PeVL 9/2012 vp). Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään vahvistanut hallinnollisten rangaistusseuraamusten yleensä sisältyvän Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 7 artiklassa ja nyttemmin sen seitsemännen lisäpöytäkirjan 4 artiklassa tarkoitetun ”rangaistuksen” määritelmään.

Markkinaoikeus päättää seuraamusmaksusta ensimmäisenä päätöksentekoaikana. Tämän vuoksi on merkitystä sillä, että jokaisella rikoksesta tuomitulla on Euroopan ihmisoikeussopimuksen seitsemännen lisäpöytäkirjan 2 artiklan 1 kappaleen mukaan oikeus saada syyllisyyskysymys tai tuomittu rangaistus tutkittavaksi ylemmässä tuomioistuimessa, joskin muutoksenhakuoikeuteen voidaan artiklan 2 kappaleen mukaan tehdä poikkeuksia lain määrittämien vähäisten rikosten kohdalla. Lisäksi rikoksesta tuomitulla on KP-sopimuksen 14 artiklan 5 kappaleen mukaan oikeus saada syyllisyyskysymys ja tuomittu rangaistus tutkittavaksi ylemmässä tuomioistuimessa lain mukaisesti. Sopimusvaltion lainsäädännöllä voidaan kuitenkin säännellä muutoksenhakuoikeuden käyttämistä.

Hallinnolliset rangaistusseuraamukset eivät Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kuulu rikosoikeudellisen vastuun ydinalueelle, ja niiden kohteena ovat luonteeltaan vähäiset rikkomukset. Rikosprosessuaalisia erityisvaatimuksia ei tämän vuoksi välttämättä tarvitse noudattaa sellaisinaan ja kaikilta osin, kun kyseessä on hallinnollinen sanktio (Jussila v. Suomi, EIT 2006). Seuraamusmaksu voidaan määrätä vain tuomioistuimessa, joten seuraamusmaksua koskevaan päätökseen kohdistuvan valituksen luvanvaraisuus ei olisi ongelmallinen Suomen ihmisoikeusvelvoitteiden kannalta, kun otetaan huomioon myös seitsemännen lisäpöytäkirjan 2 artiklan sisältämä sääntely.

Lakiehdotuksen mukaan seuraamusmaksu ei kuitenkaan ole seuraamuksena erityisen vähäinen, sillä se voi olla enimmillään kymmenesosa hankintasopimuksen arvosta. Seuraamusmaksun määrittämisen edellytykset sääntelevän lakiehdotuksen 158 §:n soveltamista ei myöskään voida pitää oikeudellisesti erityisen yksinkertaisena. Nämä seikat eivät puolla seuraamusmaksua koskevaan markkinaoikeuden päätökseen kohdistuvan valituksen luvanvaraisuutta.

Valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa on toisaalta aiheellista ottaa huomioon hankinta-asioita koskevan tuomioistuinkäsittelyn ongelmallinen pituus, jota selostetaan tarkemmin säätämisyjärjestysperusteluissa (s. 287-288). Viivästys voi muodostua ongelmalliseksi oikeusturvan tehokkuutta heikentävänä tekijänä ja siltä kannalta, että jokaisella on oikeus saada asiansa viivytyksettä käsitellyksi tuomioistuimessa. Merkitystä on lisäksi sillä, että korkeimman hallinto-oikeuden on myös seuraamusmaksua koskevissa asioissa myönnettävä valituslupa ennakkopäätöspäätöksen lisäksi ilmeisen virheen tai muun painavan syyn perusteella. Valitusluvan saamisen kynnyks ei siten ole kohtuuttoman korkealla, ja lupaharkinta on laillisuusharkintaa. Kun kokonaisarviossa otetaan huomioon myös perusoikeutena turvattu oikeus saada oikeusturvaa ilman aiheetonta viivytystä ja valitusluvan myöntämisen edellytykset, seuraamusmaksuun kohdistuva valittamisen luvanvaraisuus ei muodostu valtiosääntöoikeudellisesti ongelmalliseksi.

Valituskielto markkinaoikeuden päätökseen (165.2 §)

Valituskielto markkinaoikeuden välipäätökseen

Markkinaoikeuden 151 §:n 1 momentin nojalla antamaan välipäätökseen hankintapäätöksen täytäntöönpanoa koskevassa asiassa ei lakiehdotuksen 165 §:n 2 momentin mukaan saisi hakea muutosta valittamalla. Säännös merkitsisi poikkeusta

hallintolainkäyttölain 79 §:n 1 momentin 4 kohdan lähtökohdasta, jonka mukaan täytäntöönpanoa koskevasta välipäätöksestä saa valittaa erikseen, sekä 13 §:n 4 momentin mukaisesta pääsäännöstä, jonka mukaan pääasiaan kohdistuva valituslupaedellytys koskee myös valittamista pääasiaan liittyvästä ratkaisusta.

Markkinaoikeuden päätöksellä, jolla kielletään, keskeytetään tai sallitaan hankintapäätöksen täytäntöönpano, voi olla merkittäviä ja itsenäisiä oikeusvaikutuksia hankintayksikön ja tarjouksen tekijän oikeusasemaan. Valituskielto sisältää tältä kannalta arvioituna merkittävän rajoituksen perustuslain 21 §:ssä turvattuun oikeuteen saada oikeuttaan ja velvollisuuttaan koskevan päätöksen lainmukaisuus tuomioistuimen arvioitavaksi.

Säännösehdotuksen perusteluissa (s. 243) esitetty argumentti, jonka mukaan täytäntöönpanokielloa koskevat valitukset menestyvät harvoin, on kiintoisa havainto, mutta sillä ei perusoikeusnäkökulmasta ole kovinkaan painavaa merkitystä. Toisaalta valituslupajärjestelmän laajentamista puoltavat argumentit puoltavat asiallisesti ja johdonmukaisuuden vuoksi myös sitä, että valittaminen täytäntöönpanoa koskevasta markkinaoikeuden päätöksestä kuuluisi valituslupajärjestelmän piiriin. Myös markkinaoikeuden täytäntöönpanopäätökseen kohdistuvan valituksen luvanvaraisuus edistäisi osaltaan oikeuskäytännön yhtenäisyyttä ja mahdollistaisi puuttumisen ilmeisiin virheisiin. Valituskielloa voidaan näistä syistä pitää ainakin varsin ongelmallisena.

Uudelleenkäsitellyn rajoitus markkinaoikeudessa

Välipäätöksellä ratkaistua asiaa ei 165 §:n 2 momentin mukaan saisi saattaa uudelleen markkinaoikeuden ratkaistavaksi, elleivät aikaisemman päätöksen perusteet muutu. Säännöksellä puututtaisiin varsin ongelmallisella tavalla oikeusvarmuuden perusteisiin kuuluvaan päätöksen oikeusvoimaan. Vakiintuneen oikeusvoimavaikutuksen mukaan hakemuksen hylkäävä päätös ei estä uuden hakemuksen tekemistä (esim. KHO 2016:48). Uuden hakemuksen tekeminen ei siten edellytä esimerkiksi olosuhteiden muutosta, sillä alkuperäinen päätös on myös voinut olla perusteiltaan tai menettelyltään lainvastainen, jolloin uusi hakemus mahdollistaa sen korjaamisen.

Säännösehdotuksen soveltamisen edellytyksenä olisivat aikaisemman päätöksen perusteiden muuttuminen. Tämä merkitsee, että esimerkiksi aikaisemman päätöksen ilmeinen lainvastaisuus tai olennainen menettelyllinen virheellisyys eivät mahdollistaisi asian uutta käsittelyä markkinaoikeudessa, koska perusteet eivät näiltä osin aikaisemman päätöksen tekemisen jälkeen ole muuttuneet. Perusteiden muuttuminen on lisäksi tuomioistuimen toimivallan määrittäjänä ongelmallisen tulkinnanvarainen käsite. Epäselväksi jää myös, miten arvioidaan ja kuka arvioi perusteiden muuttumisen. Varsinkin jos markkinaoikeuden päätökseen kohdistuisi valituskielto, nämä uuden tuomioistuinkäsittelyn rajoitukset vaikuttavat suhteettomilta ja myös ilmeisen perusteettomilta perustuslain 21 §:n turvaaman oikeusturvan kannalta arvioituna.

Asianosaisen tiedonsaantioikeuden rajoittaminen

Viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain 11 §:n 2 momentin 6 kohtaa ehdotetaan muutettavaksi niin, että tarjouskilpailuun osallistuneella toimittajalla tai muulla asianosaisella ei olisi 1 momentissa tarkoitettua oikeutta toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin.

Voimassa oleva julkisuuslain 11 §:n 2 momentin 6 kohdan säännös sisältää samansisältöisen rajoituksen, mutta tieto tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä on kuitenkin aina annettava asianosaiselle. Ehdotettu säännös merkitsee merkittävää rajoitusta julkisiin hankintoihin jo asian luonteesta johtuen olennaisesti kuuluvaan (asianosais)julkisuuteen. Lisäksi sillä rajoitettaisiin perustuslain 21 §:n 2 momentissa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeisiin kuuluvaa oikeutta tulla kuulluksi. Kuuleminen ei voi toteutua, jos asianosainen ei saa tietoonsa asian ratkaisuun olennaisesti vaikuttavaa tietoa. Kuten säännösehdotuksen perusteluissa todetaan, ”tarjousten hintavertailussa käytetyn kokonaishinnan kuvaaminen on lainmukaisesti perustellun hankintapäätöksen lähtökohta. Myös julkisten hankintojen tehokas oikeussuoja edellyttää riittävää avoimuutta hankintamenettelyssä tehtyjen ratkaisujen taustoista.” (HE s. 280)

Säännösehdotuksen ”tarkoituksena olisi selkeyttää ja yksinkertaistaa säännösten soveltamista”. Ehdotuksen perusteluista käy lisäksi ilmi kyseenalainen ajatus siitä, että liikesalaisuuden suoja voitaisiin yksittäistapauksessa (s. 280) tulkita normaalia suppeammin. Sen sijaan ehdotuksen rajoittavaa vaikutusta perusoikeuksiin, erityisesti julkisten hankintojen riittävään julkisuuteen, hyvään hallintoon ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, ei perusteluissa arvioida lainkaan.

Perusteluissa viitatuista EU-tuomioistuimen (Varec, 2008) ja korkeimman hallinto-oikeuden (KHO 2007:83) oikeuskäytännöstä käy ilmi, että liikesalaisuuksien ehdotonta suoja ei ole pidetty perusteltuna, kun tavoitteena on lainmukaisesti perusteltu hankintapäätös, tehokas oikeussuoja julkisissa hankinnoissa ja tarjoajien oikeus tutustua hankinnan kannalta ratkaiseviin tietoihin. Uudemmasta oikeuskäytännöstä (erityisesti KHO 18.11.2015 T 3348) käy ilmi, että liikesalaisuuksien suoja ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluva asianosaisen oikeus saada tietoja voidaan asianmukaisesti sovittaa yhteen sekä liikesalaisuutta että asianosaisen tiedonsaantioikeutta turvaten.

Kun kyseessä on hankintadirektiivin voimaansaattaminen, voidaan täydentävästi todeta, että liikesalaisuusdirektiivin (2016/943) 9 artikla määrittelee erikseen liikesalaisuuksien luottamuksellisuuden säilyttämistä oikeudenkäynnin aikana. Säännöksen lähtökohta on, että asianosaisilla voi olla oikeus saada tietoa myös liikesalaisuuksista oikeudenkäyntiin osallistumisen tai asiakirjoihin tutustumisen seurauksena. Jäsenvaltioiden on kuitenkin varmistettava, että tiedon saaneet asianosaiset eivät saa käyttää tai ilmaista liikesalaisuuksia.

Ehdotettu rajoitus kohdistuisi asianosaisen tiedonsaantioikeuteen tavalla, joka heikentää julkisiin hankintoihin välttämättä kuuluvaa asianosaisjulkisuutta, päätöksenteon lainmukaisuuden arviointia, oikeusturvan saatavuutta ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä. Perusoikeuksiin kohdistuvalle rajoitukselle ei

ole esitetty eikä voitane esittää riittävän painavia ja hyväksyttäviä perusteita. Ehdotettu rajoitus on ongelmallinen myös suhteellisuusperiaatteen kannalta, kun otetaan huomioon, että voimassa oleva oikeus joka tapauksessa edellyttää liike- ja ammattisalaisuuden ydinalueen suojaamista.

Asianosaisen tiedonsaantioikeus kohdistuu voimassa olevan lain mukaan vain tietoon tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä. Näitä tietoja voidaan sinänsä pitää riittävinä oikeusturvan, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hankintamenettelyn lainmukaisuuden takeina. Nämä vertailutiedot eivät voine sisältää liikesalaisuuksien ydinalueella kuuluvaa informaatiota, mutta vertailutiedot ovat julkisten hankintojen avoimuuden ja kilpailullisuuden turvaamisen kannalta keskeisiä. Toisaalta julkisuuslain 23 § kohdistaa asianosaisen mahdollisesti saamien liikesalaisuuksien käyttämiseen ja ilmaisemiseen nimenomaisen kiellon rangaistushkineen.