

*Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle***Asia: HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lain-säädännöksi****1. Aluksi**

Uutta hankintalainsäädäntöä koskevassa hallituksen esityksessä nostetaan perustuslain säätämisjärjestyksen osalta esiin lakiehdotuksen suhde oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan perustuslain 21 §:ään. Tässä lausunnossa kiinnitetään huomioita oikeudenkäyntiä koskevan jatkovalitusoikeuden rajoittamisen lisäksi kolmeen muuhun lakiehdotuksen ja perustuslain suhteeseen liittyvään erityiskysymykseen.

Ensiksi lausunnossa tarkastellaan ehdotettua valituslupajärjestelmää erityisesti hankinta- ja valitusmääriä koskevien lukujen valossa. Seuraavaksi lausunnossa nostetaan esiin yritysten ja hankintayksiköiden omaisuuden suojaa ja erityisesti sopimusvapautta ja sopimuksen pysyvyyttä koskevia näkökohtia. Tämän jälkeen arvioidaan julkisen hankinnan ja julkisen vallan käytön välistä suhdetta. Viimeisenä seikkana otetaan kantaa hyvän hallinnon ja eturiitojen ja korruption ehkäisemiseen liittyviin seikkoihin.

2. Valituslupajärjestelmä

Hankintalakiuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä esitetään jatkovalitusoikeuden rajoittamista korkeimpaan hallinto-oikeuteen (jäljempänä ”KHO”) (HE 108/2016 s. 242–243). Tämän osalta on syytä kiinnittää huomiota valituslupajärjestelmän *tarpeellisuuteen* erityisesti hankintojen tavoitteiden toteutumisen kannalta, mutta myös jatkovalitusoikeuden *yleisyyteen*, jotta valituslupajärjestelmää voidaan arvioida suhteellisuusperiaatteen kannalta.

On totta, kuten hallituksen esityksessä todetaan, että julkisissa hankinnoissa käsittelyajat ovat edelleen varsin pitkät, kun otetaan huomioon, että hankintaa kilpailutettaessa hankintayksiköllä on jo olemassa akuutti tarve tavarán, palvelun tai urakan ostoon. Tällöin jatkovalituksella markkinaoikeuden ratkaisusta on vaikutusta siihen, toteutuuko hankinnan tarkoitus KHO:n oikeuskäsittelyn päätyttyä (HE 108/2016 s. 288).

Perusoikeusrajoitusten tulee kuitenkin täyttää suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Hankinta-asoiden käsittelyaika, etenkin KHO:ssa ei ole toistaiseksi lyhentynyt niin merkittävästi kuin esimerkiksi markkinaoikeudessa. Julkiset hankinnat muodostavat selvästi suurimman osan KHO:n käsittelemistä elinkeinoasioista. Vuoden 2015 päättyessä KHO:ssa oli vireillä 125 hankinta-asiaa, kun seuraavaksi suurimmassa elinkeinoasioiden jutturyhmässä (kaivosasiat) oli vain 14 asiaa (korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomus 2015 s. 34).

Keskimääräistä puolentoista vuoden (16,9 kk) KHO:n käsittelyaikaa ei voida pitää perusteltuna, kun otetaan huomioon, että hankintayksiköiden ostotarve todennäköisesti muuttuu merkittävästi käsitte-
lyn aikana. Markkinaoikeuden ja KHO:n käsittelyjen jälkeen aikaa hankintapäätöksen tekemisestä
on useimmiten kulunut jo yli kaksi vuotta. Tällöin KHO:n ratkaisun merkitys kyseisen hankinnan
osalta on rajallinen, jos hankintayksikkö päättyy kilpailuttamaan hankinnan ratkaisusta riippumatta
uudelleen (HE 108/2016 vp. s. 299).

Verrattaessa KHO:n käsittelyssä olevien hankinta-asoiden määrää julkaistuihin hankintailmoituk-
siin, voidaan havaita, että KHO:n *pitkät käsittelyajat koskettavat vain hyvin rajattua joukkoa kaikis-
ta julkisista hankinnoista*. Vuoden 2014 lukuihin perustuen korkeimpaan hallinto-oikeuteen valite-
taan vain 0,6 % kaikista julkisista hankinnoista (vuonna 2014 julkaistiin 14 297 hankintailmoitusta
ja KHO:een saapui 85 julkista hankintaa koskevaa valitusta). Jatkovalituksen kohteena vuonna
2014 oli näin ollen 14 % kaikista markkinaoikeuden ratkaisuksista (markkinaoikeus antoi vuonna
2014 611 ratkaisua, saapuneita asioita oli 591). Hankintavalitusmääriä voidaan pitää muihin EU-
jäsenvaltioihin verrattuna hieman tavanomaista korkeampana. Tosin esimerkiksi Ruotsissa vuonna
2014 valituksia tehtiin yhteensä 3508 kpl (ks. Konkurrensverket: Siffror och fakta om offentlig
upphandling, Rapport 2015:9 s. 73).

Valituslupajärjestelmän käyttöönotto lyhentäisi todennäköisesti KHO:n käsittelyaikoja hankinta-
asioissa ja vähentäisi käsittelyyn tulevien hankintojen määrää. Esitetyt muutokset koskettaisivat
vain murto-osaa kaikista Suomessa tehtävistä hankinnoista. Jo tällä hetkellä suuressa osassa hankin-
tariitoja markkinaoikeuden ratkaisu jää lopulliseksi. Näin ollen valituslupajärjestelmän käyttöönotto
koskisi käytännössä vain pientä osaa kaikista hankinnoista. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella
valituslupajärjestelmän käyttöönottoa voidaan pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena.

3. Omaisuuden suoja

Julkisia hankintoja koskevassa kokonaisuudistuksessa esitetään myös omaisuuden suojan kannalta
merkittäviä parannuksia, mutta toisaalta myös heikennyksiä. Perustuslain 15 §:ssä säädetyn omai-
suuden suojan ydintä on sopimussuhteiden pysyvyyden ja sopimusvapauden turvaaminen.

Liikesalaisuuksien suoja

Viimeisen vuoden aikana keskustelua on herättänyt muun muassa hankintayksiköille viranomaisen
toiminnan julkisuudesta annetussa laissa 621/1999 (jäljempänä ”*julkisuuslaissa*”) asetettu velvolli-
suus julkistaa liike- ja ammattisalaisuuksien muille tarjoajille siinä tapauksessa, että kyseistä tietoa
on käytetty tarjousten vertailussa (ks. Halonen, Kirsi-Maria: *Kilpailevan tarjoajan pääsy voittaneen
tarjoajan liikesalaisuuksiin vahvistettiin tuoreessa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa –
vaarantuuko kilpailu julkisissa hankinnoissa?* <https://www.edilex.fi/uutiset/48142>) Myös korkeim-
man hallinto-oikeuden ratkaisukäytäntö on tältä osin ollut vaihtelevaa. Euroopan unionin tuomiois-
tuimen oikeuskäytännössä liikesalaisuuksien suoja on sen sijaan nostettu perusoikeustasolle. Rat-
kaisussa C-450/06 *Varec*, EU-tuomioistuin totesi, että asianomaisen tehokkaan oikeussuojan toteu-
tumisen kannalta on riittävää, että yksinomaan asiaa käsittelevällä tuomioistuimella on oikeuspro-
sessin aikana käytössään nämä tiedot.

Nyt käsiteltävänä olevassa lakiehdotuksessa esitetään liike- ja ammatissalaisuuden suojan parantamista ja palaamista lainsäädännön tasolla vuotta 2011 edeltävään tilanteeseen (HE 108/2016 s. 279–280). Jatkossa kilpailevilla tarjoajilla ei olisi oikeutta saada tietoonsa muiden tarjoajien liike- ja ammatissalaisuuksia. Tätä ehdotusta voidaan pitää perusteltuna ja EU-oikeuskäytännön valossa jopa välttämättömänä yritysten perusoikeuksien turvaamisen kannalta. Riskinä kuitenkin on se, että tarjoajat ilmoittavat salassa pidettäväksi myös sellaisia tietoja, jotka eivät tosiasiallisesti ole liikesalaisuuksia. Johtuen salassa pidettävän tiedon paljastamiseen liittyvistä riskeistä, hankintayksiköt ovat todennäköisesti haluttomia tekemään tiedon omistajan näkemyksestä poikkeavia julkistamispäätöksiä. Tämä puolestaan voi johtaa siihen, että jatkossa hankinta-asioiden käsittelyn läpinäkyvyys heikkenee.

Valvontaviranomaisen oikeudet

Omaisuuksien suojaa merkittävästi rajoittava esitys lakiehdotuksessa koskee uudelle valvontaviranomaiselle eli Kilpailu- ja kuluttajavirastolle annettavia oikeuksia. Lakiehdotuksen 141 §:n mukaan tulevalla valvontaviranomaisella olisi suorahankintojen osalta toimivalta vaatia tehottomuusseuraamusta tai sopimuskauden lyhentämistä markkinaoikeudessa. Viranomaisen selvittämistoimenpiteet myös katkaisisivat kuuden kuukauden muutoksenhakuajan (HE 108/2016 s. 234–235). Lakiehdotuksessa valvontaviranomaisen käyttöön annetaan lähes sama seuraamusvalikko kuin markkinoilla toimivilla potentiaalisilla tarjoajilla olisi vastaavassa tilanteessa. Erona näiden kahden välillä olisi kuitenkin se, että markkinatoimijalla on asianosaisasema ja intressi saada lainvastaisesti kilpailuttamatta jätetty sopimus päättymään, jotta se voisi tarjota tulevassa tarjouskilpailussa. Lisäksi asianosaisen olisi tehtävä valitus markkinaoikeuteen viimeistään kuuden kuukauden kuluttua suorahankintasopimuksen tekemisestä (voimassa oleva hankintalaki 348/2007, 87 §:n 5 mom. ja lakiehdotuksen 147 §:n 5 mom.).

Kuuden kuukauden muutoksenhakurajoitus perustuu hankintojen oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY. Kuuden kuukauden muutoksenhakuajaa sovelletaan riippumatta siitä, onko potentiaalisella tarjoajalla ollut mahdollisuutta saada tieto sopimuksen tekemisestä. *Muutoksenhakua rajoittavan säännöksen tarkoituksena on varmistaa hankintayksiköiden päätösten pysyvyys ja poistaa hankintayksikön ja sen sopijapuolen välisen sopimuksen epävarmuutta* (oikeussuojadirektiivi 2007/66 johdanto, kohta 25). *Sopimuksen tehottomuusseuraamusta on Suomessa pidetty hyvin ankarana ja vakavia taloudellisia riskejä sisältävänä seuraamuksena, josta tulisi säätää vain EU-oikeuden edellyttämässä vähimmäislaajuudessa* (ks. HE 190/2009 s. 36 ja 40, TaVL 25/2006, valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle U 49/2006 s. 6).

Muutoksenhakuajan merkitystä on korostettu myös kansallisissa esitöissä. *Hankintasopimuksella aikaan saadun oikeustilan suojaaminen korostuu ajan kulumisen myötä. Ajan kulumisen myötä on todennäköistä, että tehottomuusseuraamuksen määrittäminen ei enää ole mahdollista, jos sopimusvelvoitteet on jo täytetty* (HE 190/2009 s. 62 ja Halonen, Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus, Turun yliopisto 2016, s. 41–43). Oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY lähtökohtana on se, että sopimusten pysyvyyteen ulottuvia seuraamuksia tulisi vaatia kuuden kuukauden kuluessa.

Hankintalakiehdotuksessa esitetään, että kilpailu- ja kuluttajaviraston suorahankintaa koskevan tutkinnan aloittaminen katkaisee muutoksenhakuajan ja aloittaa sen alusta. Valvontaviranomainen voisi tehdä tehottomuusseuraamusta tai sopimuskauden lyhentämistä koskevan esityksen markkinaoikeuteen *kuuden kuukauden kuluessa valvontaviranomaisen tutkinnan aloittamisesta*. Käytännössä tämä merkitsisi sitä, että aiempi kuuden kuukauden muutoksenhakuaika pidentyisi jopa 12 kuukauteen, mikä lisäisi sopimuskumppaneiden epävarmuutta sopimuksen pysyvyydestä ja sopimuksen päättymiseen liittyvistä taloudellisista riskeistä entisestään.

Omaisuuksien suojan ja sopimusten pysyvyyden kannalta vielä muutoksenhakuaikaa merkittävämpi kysymys on se, miksi valvontaviranomaisella ylipäättään tulisi olla oikeus puuttua hankintasopimuksen osapuolten asemaan, määrätä täytäntöönpanokieltoja ja vaatia markkinaoikeudessa reaali-keinoihin rinnastettavia, sopimussuhteen päättäviä ja hankintapäätöksen kumoavia seuraamuksia. Tähän ei oteta lakiehdotuksessa kantaa. Hankintadirektiivissä 2014/24/EU tai hankintojen oikeussuojadirektiivissä 2007/66/EY ei edellytetä tällaisen toimivallan myöntämistä valvontaviranomaiselle, vaan hankintojen muutoksenhakujärjestelmä perustuu pikemminkin hankinnasta kiinnostuneiden markkinatoimijoiden muutoksenhaun turvaamiseen. Ruotsissa valvontaviranomaisen kanne-oikeudesta keskusteltiin runsaasti vuonna 2009, kun hankintojen oikeussuojajärjestelmää uudistettiin. Ruotsin hallituksen esityksen mukaan valvontaviranomaisena toimivalle Konkurrensverketille *ei tulisi antaa oikeutta vaatia yksityisoikeudelliseen sopimukseen tai hankintapäätöksen pysyvyyteen puuttuvia seuraamuksia, vaan rajoittaa ne taloudellisen sanktion eli seuraamusmaksun vaatimiseen tuomioistuimessa*. Sopimuksen pysyvyyteen ja omaisuuden suojaan puuttumista ei voitu perustella yleisen edun suojaamisella ja hankintojen valvonnalla. Ruotsin hallituksen esityksen mukaan ”[o]m ingen leverantör önskar föra talan avseende den aktuella upphandlingen kan det ses som principiellt tveksamt att tillsynsmyndigheten ska ingripa med följd exempelvis att ett civilrättsligt avtal ogiltigförklaras” (Regeringens Proposition, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet, Prop. 2009/10:180, s. 177–179).

Edellä todettujen seikkojen valossa voidaan todeta, että valvontaviranomaiselle ehdotetut valtuudet määrätä täytäntöönpanokieltoja ja vaatia erityisesti hankintasopimuksen pysyvyyteen vaikuttavia seuraamuksia rajoittavat hankintayksikön ja sen sopimuskumppanin väliseen sopimukseen kohdistuvaa omaisuuden suojaa. Kun lisäksi otetaan huomioon, että sopimuksen tehottomuudesta aiheutuvat taloudelliset seuraamukset ovat todella merkittäviä, seuraamusta on meillä vakiintuneesti pidetty hyvin ankarana eivätkä uudet lakiehdotuksen taustalla olevat hankintadirektiivit tai oikeussuojadirektiivi 2007/66/EY edellytä tällaisten toimivaltuuksien antamista kansalliselle valvontaviranomaiselle, voidaan lakiehdotusta pitää ongelmallisena perustuslain 15 §:ssä turvatun omaisuudensuojan kannalta.

4. Onko julkisesta hankinnasta päättäminen julkisen vallan käyttöä?

Julkisen vallan käyttöä ja julkisen hallintotehtävän hoitamista ei ole tyhjentävästi tai tarkkarajaisesti määriteltäviä käsitteitä. Perustuslain 124 §:n esitöissä todetaan, että julkisella hallintotehtävällä tarkoitetaan »verraten laajaa hallinnollisten tehtävien kokonaisuutta, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koske-

vaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä (HE 1/1998 vp., s 179). Viime aikoina julkisten hankintojen osalta on käyty keskustelua siitä, onko julkisten hankintojen tekeminen julkisen vallan käyttöä tai onko kyse julkisesta hallintotehtävästä: tästä on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia näkemyksiä. Hankintalain esitöissä on jo pitkään lähdetty liikkeelle siitä, että hankintoja koskevat ostopalvelusopimukset ovat luonteeltaan yksityisoikeudellisia. Tätä tukee myös korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2013:19. Tämä ei kuitenkaan ratkaise kysymystä siitä, onko hankinnasta päättämistä katsottava julkisen vallan käytöksi.

Vaikka lähtökohtaisesti ostopalvelusopimukset ovat luonteeltaan yksityisoikeudellisia, sisältyy hankintapäätöksen tekemiseen paitsi päätös julkisten varojen käytöstä myös tarjousvertailun tekemistä ja tarjouskilpailun ratkaisemista. Asiantuntijat ovat esittäneet hankinnoista päättämisen osalta erilaisia näkemyksiä ja molempia näkökulmia voidaan perustella. Kysymys siitä, onko julkisesta hankinnasta päättämässä kyse julkisen vallan käytöstä on merkittävä paitsi hankintalainsäädännön ja hankintayksiköiden toiminnan perustuslainmukaisuuden vuoksi, myös julkisuuslainsäädännön näkökulmasta.

Hankintalain kokonaisuudistusta koskeva HE 108/2016 ei ota kantaa tähän kysymykseen. Toistaiseksi Suomessa ei myöskään ole lainsäädäntöä, joka sisältäisi hankintapäätösten tekemistä koskevan valtuutuksen muiden kuin viranomaisyksiköiden osalta. Valtion yhteishankintayksikön toimintaa koskeva Hansel -laki (laki Hansel Oy nimisestä osakeyhtiöstä 1096/2008) on ainoa yhtiömuodossa toimivan hankintayksikön tehtäviä koskeva lain tasoinen säännös. Vertailun vuoksi todettakoon, että Ruotsin hankintalain esitöissä (Prop. 2001/02:142, s. 61) on todettu, ettei hankinnan valmistelussa tai hankinnasta päättämässä ole kyse viranomaistoiminnasta. EU:n hankintadirektiiveissä tai kansallisessa hankintalaissa julkisia varoja käyttäviltä hankintayksiköiltä ei ole edellytetty viranomaisasemaa tai lailla saatua valtuutusta, vaan hankintayksikkönä voi hankintalainsäädännön mukaan toimia mikä tahansa toimija. Hankintalainsäädännön lähtökohtana itse asiassa on se, että hankintayksiköitä ovat viranomaisten lisäksi julkisoikeudelliset laitokset, kuten tietyt valtion ja kuntien valvontavallassa olevat yhtiöt tai mikä tahansa toimija, jonka saa hankintaan rahoitusta yli 50 % hankinnan kokonaisarvosta. Jos hankinnoista päättäminen sisältäisi julkisen vallan käyttöä, olisi muiden hankintayksiköiden kuin viranomaisten asema perustuslain näkökulmasta ongelmallinen.

Kysymystä julkisesta hankinnasta ja julkisen vallan käytöstä ei voida kuitenkaan pitää selvänä, vaan julkisen vallan käytön puolesta puhuvia argumentteja on myös löydettävissä. Hankintayksikkö tekee julkista hankintaa ratkaistessaan yritysten asemaan vaikuttavia päätöksiä lainsäädäntöön perustuvien menettelysääntöjen nojalla. Vaikka näillä päätöksillä ei vaikuteta yritysten asemaan samalla tavoin kuin verotus- tai lupapäätöksillä, hankintayksiköillä on lakiin perustuva velvoite kilpailuttaa hankintansa ja kohdella yrityksiä tasapuolisesti, minkä lisäksi hankintayksikkö käyttää hankintavaltaansa arvioidessaan sitä, mikä yrityksistä saa sopimuksen suoritettavakseen. Hankintayksikön tekemällä hankintapäätöksellä on näin ollen myös merkitystä yritysten taloudelliseen asemaan.

Julkinen hankinta ei ole viranomaisten tai muiden toimijoiden varsinainen lakisääteinen tehtävä, vaan lain tasolla säädetty menettelytapa julkisilla varoilla ulkopuolisilta tehtäviä ostoja varten. Asiaa ei ole tietojeni mukaan käsitelty KHO:n oikeuskäytännössä, mutta Hämeenlinnan hallinto-

oikeuden ratkaisussa 17.5.2010, 10/0336 todettiin, että hankintapäätöksen tekemisessä on kyse sopimuskumppanin valinnasta yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä varten – ei julkista vallan käyttöä sisältävästä hallintopäätöksestä. Hallinto-oikeuden ratkaisun mukaan yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemisestä päättäminen ei ole sellaista, ainoastaan laissa annetun valtuutuksen perusteella sallittua puuttumista yksilöiden oikeuksiin tai velvollisuuksiin, jota julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan.

Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö perustuu EU:n sisämarkkinaoikeuteen, jonka tavoitteena on varmistaa julkisten varojen käytön läpinäkyvyys, edistää kilpailua ja markkinatoimijoiden tasapuolista kohtelua EU:n sisämarkkinoilla. Tarjouskilpailuihin tarjoaminen on osa yrityksen liiketoimintaa eikä hankintayksikkö toimi samalla tavoin viranomaisasemassa kuin julkista hallintotehtävää hoitaessaan. Hankintayksikön tavoitteena julkista hankintaa kilpailuttaessaan on yksityisoikeudellisen hankintasopimuksen tekeminen sen tarvitsemista tavaroista tai palveluista.

Hankintalainsäädännön lähtökohtana - vaikka tästä ei ole ollut nimenomaista mainintaa, on ollut se, ettei hankintapäätöksen tekeminen yleensä sisällä julkisen vallan käyttöä. Tästä on osoituksena edellä mainittujen seikkojen lisäksi myös se, että julkisuuslainsäädäntöä sovellettu vain asianosaisjulkisuutta koskevilta osin muissa hankintayksiköissä kuin viranomaisissa. Jos hankintapäätöksen tekeminen sisältäisi aina myös julkisen vallan käyttöä, tulisi julkisuuslaki sovellettavaksi myös yhtiömuodossa toimivissa hankintayksiköissä ja yhteishankintayksiköissä kokonaisuudessaan eikä asianosaisjulkisuutta koskevalle erityissäännökselle olisi hankintalaissa tarvetta. Julkisuuslain 4 §:n 2 momentin mukaan lain tarkoittamaan viranomaiseen rinnastetaan julkista tehtävää hoitavat yhteisöt, laitokset, säätiöt ja yksityiset henkilöt niiden käyttäessä julkista valtaa. Hankintalainsäädännössä on puolestaan lähdetty liikkeelle siitä, ettei julkisuuslain takaamaa yleisöjulkisuutta sovelleta muiden kuin viranomaishankintayksiköiden hankintoihin, mutta hankintoihin osallistuvien tahojen oikeusturva taataan soveltamalla asianosaisjulkisuutta koskevia säännöksiä (HE 50/2006, s. 118). Rivien välistä on siten luettavissa, että lainsäätäjän mukaan hankintapäätöksen tekeminen ei sisällä julkisen vallan käyttöä.

Kun viime aikoina on käyty vilkasta keskustelua siitä, onko hankintapäätöksen tekeminen julkisen vallan käyttöä, olisi vähintään lain perusteluissa syytä ottaa asiaan kantaa, jotta tulkinnanvaraisuus yhtiömuodossa toimivien yhteishankintayksiköiden ja muiden hankintayksiköiden oikeudellisen aseman osalta saadaan ratkaistua.

5. Eturistiriitojen ehkäiseminen

Perustuslain 21 §:ssä säädetty hyvän hallinnon vaatimus edellyttää asianmukaista käsittelyä viranomaisessa. Hankintalakiehdotuksen taustalla olevan hankintadirektiivin 2014/24/EU 24 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että hankintaviranomaiset toteuttavat asianmukaiset toimenpiteet hankintamenettelyissä esiintyvien eturistiriitojen tosiasialliseksi estämiseksi, havaitsemiseksi ja poistamiseksi, jotta vältetään kilpailun vääristyminen ja varmistetaan kaikkien talouden toimijoiden yhdenvertainen kohtelu. Lakiehdotuksessa tältä osin viitataan hallintolain esteellisyys-säännöksiin (HE 108/2016, s. 186). Hallintolain esteellisyys-sääntely koskee kuitenkin vain viran-

omaishankintayksiköitä. Lisäksi hallintolaisissa säädetty virkamiehen esteellisyys on pääosin kytketty lain 28 §:ssä määriteltyyn läheisyysuhteeseen.

Julkiset hankinnat on kansallisissa ja kansainvälisissä tutkimuksissa todettu hyvin riskialttiiksi korruptiolle (Peurala, Johanna – Mutttilainen, Vesa: Korruption riskikohteet 2010-luvun Suomessa, Poliisiammattikorkeakoulun raportteja 115, Poliisiammattikorkeakoulu 2015). Tähän kiinnitetään huomiota myös tuoreessa oikeusministeriön ohjauksessa laaditussa ehdotuksessa korruption vastaiseksi strategiaksi (Oikeusministeriö: luonnos korruption vastaiseksi strategiaksi 2016 – 2010, s. 2 ja 27). Erityisen ongelmalliseksi Suomessa on koettu ns. ”hyvä veli” –verkostot, hankintasääntelyn ulkopuolella oleva valmisteluvaihe sekä kilpailuttamatta jääneet suora-hankinnat.

Hankintadirektiivi 2014/24/EU edellyttää jäsenvaltioilta toimenpiteitä eturistiriitojen välttämiseksi. Lakiehdotuksessa sivuttu hallintolain esteellisyys sääntely ehkäisee eturistiriitoja vain osittain. Ensinnäkin hallintolain sääntelyä ei sovelleta yhtiömuodossa toimiviin hankintayksiköihin ja toiseksi hallintolain esteellisyys säännökset nojautuvat vahvasti sukulaissuhteisiin jääviystilanteissa, vaikka julkisissa hankinnoissa sukulaisuussuhteiden lisäksi muut vapaa-aikaan tai työhön liittyvät verkostosuhteet voivat vaarantaa tarjoajien tasapuolisen kohtelun. Lakiehdotuksessa ei esitetä keinoja ehkäistä ja puuttua eturistiriitatilanteisiin yhtiömuodossa toimivissa hankintayksiköissä. Kun tämän lisäksi julkisuuslain yleisöjulkisuutta koskevia säännöksiä ei sovelleta yhtiömuodossa toimiviin hankintayksiköihin, on eturistiriitojen ja epäeettisen toiminnan havaitseminen ja ehkäiseminen haastavaa. Yleisöjulkisuudella ja kansalaisyhteiskunnan, kuten median valvonnalla on katsottu olevan vahva korruptiota ehkäisevä vaikutus (Oikeusministeriö: luonnos korruption vastaiseksi strategiaksi 2016–2010, s. 6). Eturistiriitojen ja korruption ehkäisemiseksi ja julkisten varojen käytön läpinäkyvyyden edistämiseksi julkisuus sääntelyn ulottamista myös hankintayksiköyhtiöihin voidaan pitää perusteltuna, vaikka näiden yhtiöiden ei katsottaisi käyttävän julkista valtaa tehdessään hankintapäätöksiä (ks. tämän lausunnon kohta 4, s. 6).

6. Yhteenveto

Valitusoikeusjärjestelmän käyttöönotto vaikuttaisi käytännössä vain hyvin pieneen osaan julkisia hankintoja, mutta voisi merkittävästi nopeuttaa hankinta-asioden käsittelyä korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Kun edelleen merkittävää ennakkopäätösarvoa omaavat oikeudelliset kysymykset todennäköisimmin myös saisivat valitusluvan, voidaan valituslupajärjestelmää pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena.

Hankintalainsäädännön uudistusta koskevan lakiehdotuksen ja perustuslain suhteen osalta ongelmallisimmiksi seikoiksi nousevat valvontaviranomaiselle esitetyt laajat oikeudet puuttua hankintasopimuksen osapuolten omaisuuden suojaan, hankintapäätöksen täytäntöönpanoon ja hankintasopimuksen pysyvyyteen. Kun tällaista vaatimusta ei voida johtaa EU-oikeudesta ja kun sopimuksen tehostomuudella tai sopimuskauden lyhentämisellä kesken sopimuskauden on todennäköisesti vakavia taloudellisia seurauksia sekä hankintayksikölle että sen sopimuskumppanille, tulisi valvontaviranomaisen toimivalta markkinaoikeudessa rajoittaa seuraamusmaksun vaatimiseen.

Epäselvyyttä vallitsee yleisesti siitä, onko julkisen hankintapäätöksen tekeminen julkisen val-
lankäyttöä. Toisin sanoen esimerkiksi osakeyhtiömuodossa toimivien yhteishankintayksiköiden
oikeudellista asemaa on pidetty epäselvänä ja tulkinnanvaraisena. Tältä osin epäselvää oikeusti-
laa voitaisiin selventää esimerkiksi lakiehdotuksen perusteluissa, kun vaikuttaa siltä, että han-
kintalainsäädäntö on rakentunut oletukselle, ettei hankintapäätöksen tekemiseen sisälly julkista
vallan käyttöä.

Viime vuosina julkiset hankinnat ovat nousseet esiin erityisenä korruption riskikohteena. Etu-
ristiriitojen ehkäisemistä on painotettu myös uusissa hankintadirektiiveissä, joissa edellytetään
jäsenvaltioilta toimenpiteitä eturistiriitojen ehkäisemiseen ja paljastamiseen. Hallintolain esteel-
lisyysääntely kytkeytyy tiiviisti osapuolten sukulaisuussuhteen. Tämän lisäksi yhtiömuodossa
toimivien hankintayksiköiden epäeettisen menettelyn paljastaminen jää hankintamenettelyyn
osallistuneiden tarjoajien osaamisen varaan, kun julkisuuslain yleisöjulkisuutta koskeva säänte-
lyä ei sovelleta hankintayksikköyhtiöihin. Kuten edellä on todettu, suuri osa Suomessa toimi-
vista yhteishankintayksiköistä on osakeyhtiöitä. Tulevan lain perusteluissa tai myöhemmissä
lainsäädäntöuudistuksissa olisi tarpeen kartoittaa mahdollisuuksia ehkäistä eturistiriitoja ja kor-
ruptiota tehokkaammin sekä viranomaisissa että hankintayhtiöissä.

Porvoossa 10.10.2016

Kirsi-Maria Halonen

OTT, VT

kauppaoikeuden yliopistonlehtori