Janne Salminen 27.10.2016
Kirjallinen lausunto
Asiantuntijakuuleminen 27.10.2016

Perustuslakivaliokunta

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

1. Hallituksen esityksessä ehdotetaan uutta lakia julkisista hankinnoista ja käyttösopimuksista. Ehdotukseen sisältyy muutoksia muun muassa julkisissa hankinnoissa sovellettavaan oikeussuojajärjestelmään.

2. Sääntelyehdotus on suhteellisen laaja ja kokonaisuutena hieman sekavakin, mutta se johtuu lähinnä sääntelyn yksityiskohtaisuudesta ja monipolvisuudesta sekä teknisyydestä. Sääntely alalla on myös aikaisemmin ollut samanlaista eikä hankkeessa ilmeisesti ole ollut tarkoitus enemmälti selkiinnyttää kokonaisuutta. Osin asetelma puolestaan johtuu Euroopan unionin tätä aihetta koskevasta sääntelystä, jota ehdotuksella osin väistämättä implementoidaan. Alalla on toimintaympäristöstä ja sääntelyn tarkoituksen toteutumisen varmistamisesta johtuen tarpeita verraten yksityiskohtaiseen sääntelyyn.

3. Valtiosääntöoikeudellisesti tarkasteltuna kokonaisuuteen ei kuitenkaan havaintojeni mukaan sisälly erityisen ongelmallisia ehdotuksia. Ehdotuksen valtiosääntöoikeudellisesti keskeisin sisältö on julkisia hankintoja koskevan oikeussuojajärjestelmän muutoksissa, joita on myös perusteltu hallituksen esityksessä osana arviota esityksen suhteesta perustuslakiin (s. 285 alkaen). Oikeussuojakeinoja koskevat ehdotukset sisältyvät 1. lakiehdotuksen 16 lukuun. Lisäksi 2. lakiehdotuksen 13 luvussa on viittaukset sekä valvontaa että oikeussuojakeinoja koskien 1. lakiehdotuksen kyseisiin säännöksiin.

4. Tämän ohella ja lisäksi sellaisina valtiosääntöoikeudellisesti relevantteina seikkoina, joiden perustuslainmukaisuus on vähintäänkin avattava, koska sitä ei hallituksen esityksessä tehdä, ovat havaintojeni mukaan 1. lakiehdotuksen 143 §, joka koskee tietojen luovuttamista toiselle viranomaiselle, ja vielä sääntelyehdotukset, jotka koskevat markkinaoikeuden määräämiä seuraamuksia, lähinnä kysymys on 1. lakiehdotuksen 155 §:n tarkoittamasta hyvitysmaksusta, jolle ei ole laissa asetettu ylärajaa, ja saman lakiehdotuksen 158 §:ssä tarkoitetusta seuraamusmaksusta ja muista seuraamuksista.

Perustuslakivaliokunnalla on aikaisempaa käytäntöä, joka koskee myös nimenomaisesti hankintalainsäädäntöä ja myös siihen kuuluvaa muutoksenhakujärjestelmää. (Ks. esim. PeVL 35/2009 vp, PeVL 21/2011 vp.)

Tietojen luovuttaminen toiselle viranomaiselle

5. 1. lakiehdotuksen 143 §:n mukaan ”[k]ilpailu- ja kuluttajavirasto voi luovuttaa valvonnassa saamansa tiedon tai asiakirjan toiselle viranomaiselle, jonka on sille säädetyn tehtävän hoitamiseksi välttämätöntä saada tieto muutoin salassa pidettävästä seikasta.”

Ehdotusta tulee arvioida perustuslain 10.1 §:ssä säädetyn yksityiselämän ja henkilötietojen suojan kannalta, jota se itse tietoja koskevan sisällöllisen väljyytensä vuoksi voi potentiaalisesti koskea. Perustuslain 10.1 §:n mukaan jokaisen yksityiselämä, kunnia ja kotirauha on turvattu. Henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla.

6. Arvioidessaan ehdotetun kaltaista sääntelyä perustuslakivaliokunta on perustuslain 10.1 §:n tarkoittaman yksityiselämän ja henkilötietojen suojan kannalta kiinnittänyt huomiota muun muassa siihen, mihin ja ketä koskeviin tietoihin tiedonsaantioikeus ulottuu ja miten tiedonsaantioikeus sidotaan tietojen välttämättömyyteen. Viranomaisen tietojenedelleenluovuttamismahdollisuus ja tietojensaantioikeus ovat valiokunnan mukaan voineet liittyä jonkin tarkoituksen kannalta ”tarpeellisiin tietoihin”. Tällaisessa tapauksessa tarkoitetut tietosisällöt on pyritty luettelemaan laissa tyhjentävästi. Jos sisältöjä ei ole luetteloitu, sääntelyyn on pitänyt sisällyttää vaatimus ”tietojen välttämättömyydestä” jonkin tarkoituksen kannalta.

Jälkimmäisen kriteeristön valossa tarkasteltuna nyt ehdotettu sääntely voisi täyttää perustuslakivaliokunnan aikaisemmin asettamia vaatimuksia. Tietoja – siis sitä mitä ja ketä koskevia - sinänsä ei kuitenkaan ole rajattu mitenkään.

Seuraamukset

7. Markkinaoikeudella on oikeus määrätä erinäisiä seuraamuksia hankintayksikölle. Kysymys on hyvitysmaksusta, tehottomuusseuraamuksesta, seuraamusmaksusta ja sopimuskauden lyhentämisestä. Hyvitysmaksua lukuun ottamatta Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on niitä koskeva toimivalta esittää niiden määräämistä markkinaoikeudelle.

8. Lainvastaisesta teosta määrättävä seuraamusmaksu tms. on osin rangaistusluonteinen. Perustuslakivaliokunta on katsonut, että lainvastaisesta teosta määrättävä maksu ei ole perustuslain 81 §:n mukainen vero tai maksu vaan rangaistusluonteinen taloudellinen seuraamus rinnastaen ne asiallisesti rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Koska kysymys on merkittävästä julkisen vallan käytöstä, laissa on täsmällisesti ja selkeästi säädettävä seuraamuksen ja sen suuruuden perusteista sekä seuraamuksen kohteen oikeusturvasta. Siihen liittyy myös oikeasuhtaisuuden vaatimus (esim. PeVL 58/2010 vp).

9. On kuitenkin huomattava, että tulkintani mukaan kaikki tässä kysymyksessä olevat seuraamukset eivät ole yksinomaan sanktioluonteisia. Niihin liittyy myös sopimustilanteen päättäviä ulottuvuuksia (tehottomuusseuraamus) ja hyvittävä elementti (hyvitysmaksu). Tarkemmin sanottuna seuraamusmaksu on myös sanktioluonteinen.

10. Samoin kiinnitän huomiota siihen, että pääosa hankintayksiköistä, joihin seuraamus kohdistuu, on julkisoikeudellisia entiteettejä (valtio, kunta, kuntayhtymät, evankelis-

luterilainen kirkko, ortodoksinen kirkko ja niiden seurakunnat, valtion liikelaitokset ja julkisoikeudelliset laitokset). Toisaalta hankintayksikkö voi olla 1 lakiehdotuksen 5 §:n mukaan myös mikä tahansa sellainen hankinnan tekijä, joka on saanut julkisyhteisöltä tukea yli puolelta hankinnan arvosta. Samoin tehottomuusseuraamus koskee välittömästi myös sitä tahoa, jonka kanssa hankintayksikkö on tehnyt hankintasopimuksen tms, ja näin se koskee potentiaalisesti suoraan myös julkisyhteisön ulkopuolisia tahoja.

11. Tämän vuoksi seuraamuksen sääntelyyn on kiinnitettävä huomiota. Seuraamukset on käsitykseni mukaan riittävällä tarkkuudella säädetty. Laissa ilmenee, minkälaisesta rikkomuksesta seuraa mikäkin seuraamus, ja lisäksi maksuja määrättäessä huomioon otettavat seikat ilmenevät laissa.

12. Seuraamusmaksulle on asetettu yläraja, joka on kytketty hankinnan arvoon. Tämä on mielestäni riittävän tarkka ottaen myös huomioon, mille taholle seuraamusmaksu maksetaan.

13. Arvioni mukaan seuraamukset näin voisivat olla myös oikeassa suhteessa itse tekoon. Maksut itsessään on sidottu itse hankinnan arvoon. Mitä suurempi hankinta, sen suurempi seuraamus. Seuraamukset sinänsä kiinnittyvät unionin oikeuden sääntelyyn, mikä vaikuttaa niiden tarpeellisuudenkin arviointiin. Huomio kuitenkin kiinnittyy siihen, että 1 lakiehdotuksen 155 §:n hyvitysmaksulle ei määrätä selvästi ylärajaa. Hyvitysmaksu ei tulkintani mukaan kuitenkaan ole primääristi sanktioluonteinen.

Muutoksenhakujärjestelmä

14. Ehdotuksessa laajennetaan hallintolainkäytön alalla valituslupajärjestelmää. Valitus markkinaoikeuden päätökseen edellyttäisi valituslupaa korkeimmalta hallinto-oikeudelta (1 lakiehdotus 165 §). Lisäksi hyvin rajatuissa asiaryhmissä (dynaaminen hankintajärjestelmä ja puitejärjestelyyn hyväksyminen) valittaminen markkinaoikeuteen tulisi käsittelyluvan varaiseksi.

Perustuslain 10.1 §:n mukaan ”[j]okaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi”. Lisäksi 2 momentin mukaan ”[k]äsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.”

15. Kuten tunnettua, perustuslakivaliokunta on aikaisemmin suhtautunut pidättyväisesti valituslupajärjestelmän laajentamiseen hallintolainkäytössä. Kantaa on kuitenkin sittemmin tarkistettu (PeVL 39/2013 vp) suopeammaksi valituslupajärjestelmän introdusoimiselle myös uusiin asiaryhmiin hallintolainkäytön sisällä. Sinänsä on selvä, että aikaisemminkaan valituslupajärjestelmää ei perustuslain 21 §:n kannalta ole pidetty hallintolainkäytön linjallakaan kiellettynä. Hallinto-oikeudellista muutoksenhakujärjestelmää on käytännön mukaan arvioitava kokonaisuutena, josta mahdollisuus valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen muodostaa osan. Arvioon vaikuttaa hallintoasioiden käsittelyssä ja muutoksenhakujärjestelmässä tapahtunut kehitys. Myös hankintasioissa oikeussuojakeinoihin kuuluu hallinnon sisäinen hankintaoikaisu, mikä

vaikuttaa arvioon. Kun puolet korkeimpaan hallinto-oikeuteen saapuvista asioista kuuluu ryhmiin, joissa edellytetään valituslupaa, järjestelyä ei voi pitää poikkeuksena.

16. Valituslupajärjestelmään ja sen laajentamiseen ei siis ole perustetta suhtautua lähtökohtaisen pidättyvästi. Valiokunnan käytännössä on eritelty kriteerejä, joiden valossa valituslupajärjestelmän hyväksyttävyyttä ja oikeasuhtaisuutta tulee arvioida. Ensinnäkin tulee varmistua siitä, että muutoksenhakujärjestelmä kokonaisuutena turvaa sekä 1) oikeusturvan saatavuuden ja 2) riittävyyden että 3) asian käsittelyn niin joutuisasti kuin se on oikeusturvavaatimuksen valossa mahdollista. Huomioon on otettava 4), turvaavatko korkeinta hallinto-oikeutta edeltävät muutoksenhakujärjestelyt kyseisessä asiaryhmässä asian laadun ja merkittävyyden edellyttämät oikeusturvatakeet. Samoin on huomattava 5) hallintolainkäyttölaissa säädetyt valitusluvan myöntämiseen korkeimman hallinto-oikeuden velvoittavat ja mahdollistavat edellytykset ja niiden tarjoama suoja.

17. Kuten esityksestä havaitaan, hankintasääntely on monimutkaista ja siihen sisältyy myös oikeudellisesti komplisoituja kysymyksenasetteluja, jotka eivät tyhjenny näytön arvioitiin tuomioistuimissa. Oikeuskysymykset itsessään ovat monimutkaisia ja myös seuraamukset voivat olla merkittäviä, minkä vuoksi valituslupajärjestelmää ei voi tällaisilla seikoilla perustella ottaen huomioon mainitut kriteerit.

18. Lisäksi on huomattava, kuten hallituksen esityksessä avoimesti niin ikään tuodaan esiin, että seuraamusten osalta markkinaoikeus käsittelee ensikertaa asian. Näin muodoin valituksessa korkeimpaan hallinto-oikeuteen ei ole kysymys jatkovalituksesta edes.

19. Kun otan huomioon hankinta-asioihin liittyvät lainkäytön joutuisuuteen, joka sinänsä on hyvään hallintoon ja asianmukaisesti perustuslain mukaisesti järjestettyyn oikeussuojajärjestelmään liittyvä kriteeri, ja sinänsä lainkäytön nykyiseen materiaaliseen laadukkuuteen liittyvät syyt, ei mielestäni ole estettä valituslupajärjestelmän ehdotetulle laajentamiselle. Selkeyden vuoksi olisi ollut hyvä, jos olisi tässä yhteydessä vielä laajemmin kartoitettu mahdollisuutta siirtää osa seuraamuksista viranomaisen päätettäväksi. Se seikka, että osassa asiassa ei ole kysymys jatkovalituksesta, ei sinänsä ole ollut ehdoton este valituslupajärjestelmän käyttöönotolle (ks. PeVL 14/2013 vp). Kiinnitän kuitenkin ennen kaikkea huomiota siihen, että oikeuden valitusluvan hyväksymistä edellyttävät perusteet ovat laajat ja nimenomaan hallintolainkäytönjärjestelmään asianmukaisesti suunnitellut. Omassa harkinnassani ei siis ole kysymys vain siitä laajennetaanko valituslupajärjestelmää vaan ennen kaikkea siitä, mitkä ovat valitusluvan hyväksymisen edellytykset. Näihin ei tässä luonnollisesti ehdoteta muutoksia. (Hallintokäyttölain mukaan prejudikaattimerkityksen ohella valitusluvan myöntämisen aiheena on se, että asian saattamiselle korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen ilmeisen virheen vuoksi; tai valitusluvan myöntämiselle on muu painava syy. Korkeimman hallinto-oikeuden käytäntö tässä on hallintotoiminnan luonteen huomioon ottava.)

20. Valituslupajärjestelmästä on erotettava ne tilanteet ehdotuksessa, joissa valittaminen tuomioistuimeen sinänsä tehdään käsittelyluvan varaiseksi, siis mainitsemissani dynaamisen hankintajärjestelmän tilanteet ja ehdotuksen 146.2 §:n tarkoittamat tilanteet. Oikeus saada perusteltu päätös ja hakea muutosta kuuluvat perustuslain 21.2 §:n mukaan lailla turvattaviin hyvän hallinnon takeisiin. Säännös ei estä säätämästä vähäisiä poikkeuksia esimerkiksi muutoksenhakuoikeuteen tai oikeuteen saada perusteltu päätös, kunhan poikkeukset eivät muuta oikeuden asemaa pääsääntönä eivätkä

yksittäistapauksessa vaaranna yksilön oikeusturvaa (ks. esim. PeVL 40/2010 vp). Ehdotukseen sisältyvässä ensiksi mainitsemassani tilanteessa, uuden hakemuksen saa vireille sinänsä ja lisäksi markkinaoikeus voi myöntää käsittelyluvan, jos hyväksymättäjättäminen on toistuvaa. Muissa tilanteissa niin ikään mielestäni hallituksen esityksessä arviot ovat asianmukaisia (ks. s. 289.)

Samoin pidän selvänä, että siltä osin kuin Kilpailu- ja kuluttajaviraston tietyille päätöksille, joissa on kysymys sen valvontatoimenpiteistä mm. esityksistä markkinaoikeudelle (tai jos se ei tee esitystä), ei ole kysymys oikeuksiin ja velvollisuuksiin koskevasta asiaratkaisusta. Niistä on kysymys markkinaoikeuden esityksen perusteella tekemissä ratkaisuissa.