LAUSUNTO TALOUSVALIOKUNNALLE

Asia:

- HE 244/2020 vp Hallituksen esitys eduskunnalle julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain, julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista annetun lain 47 §:n sekä rikosrekisterilain 6 b §:n muuttamisesta

Talousvaliokunta on pyytänyt minulta kirjallista asiantuntijalausuntoa hallituksen esityksestä 244/2020 vp. Esitän talousvaliokunnalle lausuntonani kunnioittavasti seuraavaa:

1. Yleistä

Hallituksen esityksen keskeinen sisältö liittyy teknisluonteisiin tarkistuksiin ja täydennyksiin, jotka johtuvat Euroopan komission tarkastuksessa havaituista puutteista ja tulkinnanvaraisista sanamuodoista. Lisäksi ehdotus sisältää selkeyttäviksi tarkoitettuja menettelysäännöksiä sekä joitakin kansallisen kynnysarvon alittaviin hankintoihin vaikuttavia säännösehdotuksia.

Hallituksen esityksen laadinnan yhteydessä olisi ollut syytä tehdä hankintalakiin (1397/2016) tarkempi säädöshuollollinen tarkistus. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on todennut lausunnossaan (PeVL 15/2019 vp) valtion ja kuntien yhteishankintayksikkö Hansel Oy:n hoitavan perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuja julkisia hallintotehtäviä. Vastaava tilanne on myös muilla esimerkiksi kuntien alueellisilla yhteishankintayksiköillä, jotka ovat muodoltaan osakeyhtiöitä. Yhteishankintoihin liittyvät perustuslain 124 §:ssä johtuvat vaatimukset tulisi ottaa huomioon hankintalaissakin. Niin ikään hankintalain suhteesta hallinnon yleislakeihin olisi ollut syytä säätää erikseen selvyyden vuoksi. Esimerkiksi julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annettu laki (906/2019) ja digitaalisten palvelujen tarjoamisesta annettu laki (306/2019) vaikuttavat erityisesti hankintajärjestelmien ja digitaalisten/sähköisten hankintapalvelujen tuottamiseen.

Lausuttavana olevassa hallituksen esityksessä ehdotetaan tarkennettavaksi hankintalain 25 §:ssä säädettyä rajausta, jonka mukaan ”Ellei tässä laissa toisin säädetä, tätä lakia ei sovelleta hankintasopimuksiin tai käyttöoikeussopimuksiin, joiden ennakoitu arvo alittaa kansalliset kynnysarvot”. Ensin on syytä kiinnittää huomiota säännöksen sijoittamisen paikkaan. Se on nyt pykälässä, jossa määritellään kynnysarvot. Kysymys ei ole soveltamisalaa koskevasta varsinaisesta pykälästä. Hankintalain soveltamisalaan vaikuttava sääntely on sijoitettu voimassa olevassa laissa muutoin 2 lukuun. Voimassa oleva ja ehdotettu soveltamisalan rajaus tulisi olla sijoitettuna esimerkiksi hankintalain 6 §:ään, jossa on säädetty hankintalain yleisestä soveltamisalasta. Säännös ja nyt ehdotettu muutos heijastelee laajemminkin hankintalain rakenteellisia ongelmia. Voimassa olevassa ja ehdotetussa muodossa käytännössä kielletään hankintalain soveltaminen kynnysarvot alittaviin hankintoihin ja sitten useammassa kohdassa hankintalaissa sallitaan soveltaminen. *Sääntelymallia voi luonnehtia vaivalloiseksi.* Kun kerran hankintalaissa on säädetty menettelyistä, joita sovelletaan kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, ei ole tarpeellista lähteä eräänlaisella kieltosäännöksellä kieltämään lain soveltamista sellaisiin hankintoihin, joihin hankintalaki ei tule asiallisen soveltamisalansa vuoksi muutenkaan sovellettavaksi. Asia on sitten erikseen, jos joitakin hankintalain säännöksiä erikseen säädetty sovelletaan kynnysarvon alittaviin hankintoihin. *Nähdäkseni tulisi harkita, joka joko soveltamisalaan vaikuttavan säännöksen sijoittamisen muuttamista tai koko säännöksen tarpeellisuutta erityisesti kun voimassa olevassa ja nyt lausuttavana olevissa ehdotuksissa on soveltamisalaa koskevia poikkeussäännöksiä kynnysarvot alittavia hankintoja koskien.*

Sinällään täsmennys on tarpeellinen, koska nyt voimassa olevassa hankintalaissa on ristiriitaisesti säädetty soveltamisalan ulkopuolelle kynnysarvot alittavat hankinnat, mutta hankintalaki sisältää kuitenkin kynnysarvot alittaviin hankintoihinkin sovellettavia säännöksiä esimerkiksi hankintalain 2.3 §:n mukaan ”Tässä laissa tarkoitetut

kansalliset kynnysarvot alittavissa hankinnoissa on pyrittävä huomioimaan hankinnan kokoon ja laajuuteen nähden riittävä avoimuus ja syrjimättömyys" ja edelleen hankintalain 135 §:n mukaan "Hankintaoikaisua sovelletaan myös sellaisen hankintayksikön päätöksen tai muun hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun korjaamiseen, johon ei muutoin sovelleta tätä lakia." *Tätä olemassa olevaa ristiriitaa ei kuitenkaan tuoda esiin ehdotetun muutossäännöksen perusteluissa, vaan perusteluissa viitataan ehdotettuun muutokseen 171 §:n sisällössä (tosin myös 81 §:n muutos sisältää kansallisten kynnysarvojen alittaviin hankintoihin kohdistuvan säännöksen).* Aiheellista on myös kiinnittää huomiota siihen, että viranomaishankintayksikköjen on noudatettava vakiintuneen laillisuusvalvontakäytännön (OKV/622/1/2018, OKV/637/1/2015) mukaan yleislakina sovellettavaksi tulevaa hallintolakia hankintoja toteutettaessa. Hallintolain säännökset vaikuttavat erityisesti hankintalain ulkopuolelle jäävien hankintojen toteuttamiseen sekä oikeussuojakeinojen käyttöön.

Kaiken kaikkiaan hankintalain suhde hallinnon yleislakeihin on epäselvä ja tästä syystä sääntelyä olisi syytä täsmentää kuitenkin siten, että sen pohjana on asianmukaisesti valmisteltu hallituksen esitys. Pidän tarpeellisena tuoda tämän talousvaliokunnan tietoon.

Lakiehdotusten perusteena olevien säädösten säädöshuollossa olisi ollut tarpeen huomioida muutenkin lainsäädännön uudistukset viittaussäännösten päivityksinä. Esimerkiksi 2. lakiehdotuksessa ehdotetaan muutoksia erityisalojen hankintalain 57 §:ään. Mainitun pykälän 6 momentissa on edelleen viittaus henkilötietolakiin, vaikka se on kumottu 1.1.2019 voimaan tulleella tietosuojalailla (1050/2018).

2. Puitejärjestelyt

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksessa ehdotetaan muutosta puitejärjestelyjä koskevaan sääntelyyn. Muutosta perusteellaan unionin tuomioistuimen ratkaisulla C-216/17 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust ja Coopservice Soc. coop. arl). Mainittu ratkaisu pohjautuu vanhaan jo kumottuun hankintadirektiiviin, joka on kuitenkin edelleen relevantti nykyistäkin hankintadirektiiviä sovellettaessa, koska keskeinen tuomion sisältö perustuu hankintaoikeudellisten yleisten periaatteiden avoimuuden ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksien tulkintaan. Hankinnan ennakoitu arvo on merkityksellinen puitejärjestelyissäkin ja ehdotetuilla hankinnan enimmäismäärillä tai -arvoilla voidaan katsoa olevan merkitystä siten, että puitejärjestelyn luonnetta ei voida lähteä muuttamaan kesken puitejärjestelykauden siten, että puitejärjestelyssä tehtäisiin merkittävästi laajempi kuin se alun perin on tarkoitettu. Ehdotus on nähdäkseni perusteltu kilpailuolosuhteidenkin turvaamiseksi, koska erityisesti laajoissa puitejärjestelyissä voidaan pahimmillaan sulkea tietyn toimialan markkinoita pitkäksikin aikaa. Tällaista riskiä voidaan pitää merkittävänä valtakunnallisissa puitejärjestelyissä (KHO 2016:182). Sinällään kotimaisessa oikeuskäytännössä on laajemminkin käsitelty puitejärjestelyihin liittyviä rajauksia, jotka johtuvat jo voimassa olevasta sääntelystä (ks. esim. KHO 2019:84 ja KHO 2016:182). Tuoreimmassa oikeuskäytännössä on myös huomioitu mainitun unionin tuomioistuimen ratkaisun oikeusohjeet, joskin äänestyspäätöksessä sen vaikutuksista oli eriäviä näkemyksiä.

3. Hankinnasta ilmoittaminen

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksen 58 §:n muutosehdotuksen mukaan "Hankintayksikkö voi toimittaa julkaistavaksi ennakkoilmoituksen 1 momentin 1 ja 2 kohdassa tarkoitetusta hankinnasta ja 3 kohdassa tarkoitetusta käyttöoikeussopimuksesta. Lisäksi hankintayksikkö voi julkaista suora hankintailmoituksen 1 momentin 1—4 kohdassa tarkoitetusta hankinnasta ja käyttöoikeussopimuksesta." Ehdotettu muutos on sisältöä selkeyttävä ja uudelleen kohdistava. Kokonaisuudessaan ehdotettu säännös, joka on nyt voimassa olevassa laissa muotoiltu sallivaan muotoon, on sääntelyteknisesti haasteellinen. Säännöstä voidaan pitää nurinkurisena, koska vaikuttaa siltä, että kyseisten ilmoitusten julkaisu olisi jossakin kielletty, mutta se sallitaan mainitun säännöksen perusteella. Toisaalta säännös antaa

mahdollisuuden, mutta ei pakota hankintayksikköjä julkaisemaan ilmoitusta suorahankinnoista. *Nähdäkseni markkinoiden itsevalvonnan näkökulmasta olisi tärkeää, että tietyn euromäärän ylittävistä suorahankinnoista olisi pakollinen ilmoitusvelvollisuus. Suorahankintoihin liittyy julkisten varojenkin käytön laillisuuteen liittyviä riskejä (esimerkiksi rakenteellinen korruptio), joita voidaan minimoida uskottavalla markkinoiden itsevalvonnalla. Vain avoimuudella voidaan varmistaa hankintalainsäädännön toimivuus.* Tällainen muutos kuitenkin edellyttäisi asianmukaisesti valmisteltua hallituksen esitystä.

4. Poissulkemisperusteet

Hankintalain 80 ja 81 §:ssä on säädetty ehdokkaiden tai tarjoajien poissulkemisperusteista tarjouskilpailussa ja 88 §:ssä on säädetty poissulkemisedellytysten selvittämisestä. Sääntely tarkoittaa perustetta käsitellä EU:n tietosuoja-asetuksen 10 artiklassa tarkoitettuja rikostuomioita ja rikkomuksia koskevia tietoja. Näiden tietojen käsittely on tietosuoja-asetuksen mukaan sallittua muun muassa kansallisessa laissa säädetyn perusteella. Tällöin kuitenkin laissa on säädettävä asianmukaisista suojatoimista henkilötietojen suojaamiseksi. Ehdotettu sääntely laajentaa mahdollisuuksia käsitellä näitä tietosuoja-asetuksessa sinällään käsittelyrajoituksen piiriin kuuluvia tietoja siten, että myös alihankkijoiden tietoja voidaan vaatia tarkastettavaksi minkä lisäksi harkinnanvaraisia poissulkemisperusteiden selvittämistä varten tietoja voitaisiin käsitellä myös kansallisten kynnysarvojen alittavissa hankinnoissa.

Nykyisin voimassa oleva ja myös ehdotettu sääntely on ongelmallinen henkilötietojen suojan kannalta katsottuna. Tietosuoja-asetuksen 5 (1) artiklan c alakohdan mukaan henkilötietojen on oltava asianmukaisia ja olennaisia ja rajoitettuja siihen, mikä on tarpeellista suhteessa niihin tarkoituksiin, joita varten niitä käsitellään. Säännös tarkoittaa käytännössä sitä, että käsiteltäville tiedoille tulee olla tosiasiallinen tarve.

Sääntely muodostuu ongelmaksi siitä syystä, ettei nykyisessä hankintalaissa eikä ehdotetuissa muutoksissakaan ole huomioitu, että osa poissulkemisperusteina olevista rikoksista on oikeuskäytännön perusteella sellaisia, ettei niitä merkitä tuomiosta huolimatta rikosrekisteriin, vaan päiväsakkoon tuomitusta rikoksesta tehdään merkintä sakkorekisteriin eikä tällainen merkitä ilmene hankintalain 88 §:ssä tarkoitetussa rikosrekisteriotteessa. Käytännössä siten rikostuomioita ja rikkomuksia koskevien rikosrekisteriotteiden käsittely nykyisessä sääntelyssä ja suhteessa hankintalaissa mainittuihin rikosnimikkeisiin nähden muodostuu tietosuoja-asetuksen 5 artiklassa tarkoituksen tarpeellisuusvaatimuksen kannalta ongelmaksi. Tosiasiassa tarkoitukseensa (kuten harmaan talouden torjunta) nähden rikosrekisteriotteet eivät palvele tarkoitustaan, koska niistä ei tyypillisesti ilmene hankintalaissa tarkoitettujen rikosnimikkeiden mukaisia lainvoimaisia rangaistustietoja, koska niitä ei merkitä rikosrekisteriotteelle. Esimerkiksi pakollisiin poissulkemisperusteisiin kuuluvasta avustuspetoksesta on tuomittu Tilastokeskuksen rikostilaston mukaan vuosina 2015–2019 vankeuteen 1 henkilö ja 5 henkilöä sakkorangaistukseen. Puolestaan saman tilaston mukaan vuosina 2015–2019 työturvallisuusrikoksesta on tuomittu ehdollista vankeutta viidelle henkilölle ja sakkoja 601 henkilölle ja työaikasuojelurikoksesta 15 henkilölle sakkoa. Edellä mainituista rikoksista siten näkyy hankintalaissa tarkoitetulla rikosrekisteriotteella vain ehdolliseen vankeuteen tuomittu tieto. Sakkotuomiot kirjataan sakkorekisteriin, josta ei tuoteta tietoa hankintalaissa tarkoitetulle ja rikosrekisterilain (770/1993) 6 b §:ssä säädetylle rikosrekisteriotteelle.

Edellä esitetyn perusteella onkin selvää, että rikosrekisteriotteiden käsittely poissulkemisperusteen selvittämiseksi sisältää puutteita, jotka aiheuttavat sen arvioinnin, onko rikosrekisteriotteiden käsittely tietosuoja-asetuksen mukaisesti tarpeellista hankintamenettelyssä, jos osa 80 §:ssä mainituista rikoksista ei tyypillisesti edes ilmene otteella. *Nähdäkseni sääntelyä tulisi muuttaa siten, että 80 §:n 2 momentissa tarkoitetut rikokset ilmenisivät rikosrekisteriotteella siten, että tietoja otettaisiin siihen myös sakkorekisteristä.* Tällainen tietosisältö ei olisi edes poikkeuksellista, koska rikosrekisterilain 6 §:n 2 momentissa on säädetty eräässä tilanteessa otteelle tehtävistä merkinnöistä myös sakkorekisteristä. Kun rikosrekisteriotteiden käsittelyn

tarkoituksena on 80 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla tehostaa harmaan talouden torjuntaa (HE 108/2016 vp, s. 181), ei säädetty käytännössä tue tätä käyttötarkoitusta julkisissa hankinnoissa.

Oma kysymyksensä on rikosrekisteriotteiden käsittelytarve ja menettelyt yleisesti. Tietosuoja-asetuksen 25 artiklassa on säädetty sisäänrakennetusta ja oletusarvoisesta tietosuojasta, joka edellyttää suunnittelemaan henkilötietojen käsittelytoimet siten, että esimerkiksi tietojen käsittelyn minimointivaatimus voidaan toteuttaa ja käsittelyä rajoitetaan. Nyky-yhteiskunnassa yritys- ja yhteisötietojärjestelmän, kaupparekisterin, sakkorekisterin ja rikosrekisterin tiedoista voidaan muodostaa tietopalvelu, josta hankintayksiköt voisivat esimerkiksi pelkän yrityksen Y-tunnuksen perusteella hakea hankintalaissa tarkoitettujen henkilöiden tiedoista, onko yrityksessä henkilöitä, joiden taustalla on poissulkemisperuste. Tällaisessa tietopalvelussa ei tarvitsi näyttää henkilöiden tietoja, vaan ensi vaiheessa hankintayksikkö saisi tiedon siitä, onko tällaisia poissulkemisperusteita yleensäkään olemassa kyseisen yrityksen hankintalaissa tarkoitetuilla henkilöillä ja vasta toisessa vaiheessa hankintayksikkö voisi tarkemmin selvittää tietyn yrityksen osalta poissulkemisperusteita. Tällainen menettely minimoisi rikosrekisteriotteiden käsittelyn tietosuoja-asetuksen mukainen. Nykyinen sääntely johtaa rikosrekisteriotteiden kopiointiin ja tietoturvattomaan käsittelyyn joko paperilla tai sähköisessä muodossa, jota voidaan pitää korkea riskinä henkilötietojen käsittelylle. *Nähdäkseni edellytyksiä hankintalaissa säädetylle rikosrekisteriotteiden käsittelylle ei ole olemassa ainakaan paperimuodossa eikä suojasäännökset tästä syystä ole riittäviä. Ongelman tästä tekee kuitenkin se, ettei Oikeusrekisterikeskus sekä Patentti- ja rekisterihallitus ole kyenneet tuottamaan tällaista henkilötietojen käsittelyn minimoivaa sekä sisäänrakennetun ja oletusarvoisen tietosuojan huomioivaa tietopalvelua.* Rikosrekisteriotteiden tilauksissakin on ilmennyt epäkohtia. Kun rikosrekisterilaissa on säädetty siitä, että rikosrekisteriotteen saa antaa henkilön suostumuksella, on käytännössä rikosrekisteriotteita annettu valtakirjamenettelyllä, joka on eri asia kuin tiedon antaminen suostumusperusteisesti. Tämäkin virheellinen menettely painottaa sitä, että rikosrekisteriotteiden käsittelyyn liittyvät menettelyt on arvioitava kokonaisuudessaan uudelleen tietosuoja-asetuksen mukaiseksi.

5. Tekninen käyttöyhteys

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksessa ehdotetaan muutosta hankintalain 171 §:ään. Tältä osin kiinnitän huomiota siihen, ettei lakiehdotus sisällä muutosehdotusta teknistä käyttöyhteyttä koskevaan sääntelyyn. Hankintalaissa ei ole määritelty, mitä teknisellä käyttöyhteydellä tarkoitetaan eikä teknistä käyttöyhteyttä koskevassa sääntelyssä ole suojasäännöksiä käyttöyhteyden käytölle. Teknisestä käyttöyhteydestä ei ole yleispätevää määritelmää lainsäädännössä muutenkaan. Perustuslakivaliokunta ei ole enää edellyttänyt vuosiin teknisestä käyttöyhteydestä säätämisestä laissa (ks. esimerkiksi PeVL 14/2018 vp, PeVL 2/2018 vp, PeVL 31/2017 vp). Julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetussa laissa (906/2019, tiedonhallintalaki) on säädetty teknisten rajapintojen ja katseluyhteyksien käyttöedellytyksistä sekä niihin liittyvistä asianmukaisista suojatoimista. *Nähdäkseni hankintalain 171 §:n sisältöä tiedon sähköisestä luovutustavasta tulisi ajantasaista, koska nyt ehdotetussa ja voimassa olevassakin hankintalain mainitussa säännöksessä ei ole säädetty tekniseen käyttöyhteyden käyttöön liittyvistä asianmukaisista suojatoimista toisin kuin tiedonhallintalaissa on säädetty. Tiedonhallintalaki on laajasti viranomaistoimissa sovellettavaksi tuleva laki, jota sovelletaan toissijaisesti erityisesti viranomaishankintayksikköjä. Nähdäkseni 171 § pitäisi muotoilla siten, että siinä viitataan tiedonhallintalaissa säädettyyn katseluyhteyteen, jonka avulla tiedot on mahdollista saada ja siten, että tiedonhallintalaissa säädetty koskisi kaikkia hankintayksikköjä. Tiedonhallintalaissa säädettynä katseluyhteys on mahdollista avata vain mainitussa laissa tarkoitetuille viranomaisille, joten yksistään tiedonhallintalaissa säädettynä katseluyhteyksiä ei voida avata kaikille hankintayksiköille.*

Vantaalla 20.2.2021

Tomi Voutilainen
julkisoikeuden professori, dosentti
Itä-Suomen yliopisto