LAUSUNTO TALOUSVALIOKUNNALLE

Asia:

- HE 115/2022 vp hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain sekä rikosrekisterilain 6 b §:n muuttamisesta

Talousvaliokunta on pyytänyt minulta asiantuntijalausuntoa hallituksen esityksestä 115/2022 vp. Esitän talousvaliokunnalle lausuntonani kunnioittavasti seuraavaa:

1. Yleistä

Hallituksen esityksen keskeinen sisältö liittyy teknisluonteisiin tarkistuksiin ja täydennyksiin sekä pienehköihin sisältömuutoksiin, jotka liittyvät valtioneuvoston poliittisiin julkisia hankintoja koskeviin tavoitteisiin. Talousvaliokunta on lausunnossaan 12/2021 vp kiinnittänyt huomiota hankintalain kehittämistarpeisiin. Tässä suhteessa onkin valitettavaa, ettei hallituksen esityksessä ole nyt millään tavalla huomioitu saatua palautetta erityisesti, kun nyt lausuttavana oleva hallituksen esitys on osin säädöshuollollinen. Poliittisena tavoitteena julkisten hankintojen kehittämisestä on määritelty hallitusohjelmassa seuraavasti: "julkisten hankintojen tehokkuuden lisäämiseksi ja laadullisten kriteerien huomioon ottamiseksi julkisissa tarjouskilpaluissa hankintalakia kehitetään ohjaamaan hankintayksikköjä ottamaan huomioon kokonaistaloudellisuuden kriteereinä ensisijaisesti hinta-laatusuhdetta ja kokonaiskustannuksia ja käyttämään pelkkää hankintahintaa kriteerinä vain rajatusti". Edelleen hallitusohjelman mukaan hankintalakia tulisi kehittää siten, että lisätään hankintojen vastuullisuutta. Hallitusohjelmassa pyritään myös edistämään kaksikielisiä hankintoja.

Kaiken kaikkiaan muutokset ovat sangen vähäisiä suhteessa tavoitteisiin. Esimerkiksi laadun korostaminen kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailussa (hankintalain 93 §:n, 106 §:n ja 122 §:n muutokset) on muodollinen muutos. Perustelujen mukaan muutoksella on tarkoitus korostaa aiempaa enemmän laadun merkitystä. *Kuitenkaan laissa ei ehdoteta kuin sanamuotojen tarkistamista, joten muutos on lähinnä semanttinen*. Edelleen hankintayksikkö voi järjestää hankintalain mukaisen tarjouskilpailun, jossa halvimman hinnan jättänyt tarjoaja valitaan tarjouskilpailun voittajaksi. Mitään erityisiä esteitä tällaiselle tarjouskilpailulle hankintalain muutoksessa ei esitetä.

2. Poissulkemisperusteet

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksessa ehdotetaan säädettäväksi pakollisiksi poissulkemisperusteiksi tilanteet, joissa johto- tai valvontahenkilö on tuomittu rikosrekisteristä ilmenevällä tavalla rikoslain 48 luvun 2 §:n törkeästä ympäristön turmelemisesta tai 5 a §:n törkeästä luonnonsuojelurikoksesta. Ehdotus ei siten koske tilanteita, joissa oikeushenkilönä toimiva tarjoaja olisi tuomittu yhteisösakkoon vastaavista rikoksista. *Ehdotus sinällään muodollisesti edistää ehdokkaiden ja tarjoajia vastuullisuuden kontrollia hallitusohjelmassa esitetyllä tavalla, mutta käytännössä ehdotus on vähämerkityksellinen ainakin, kun asiaa katsotaan rikostilastojen valossa. Tilastokeskuksen tilastojen mukaan vuosina 2016–2020 rikoslain 48 luvun 2 §:ssä tarkoitetusta törkeästä ympäristön turmelemisesta on annettu 13 rangaistukseen johtanutta tuomiota, joista 11 on tuomittu määräaikaiseen vankeuteen ja kahdessa tuomiossa on tuomittu yhteisösakko. Puolestaan rikoslain 48 luvun 5 a §:n tarkoittamasta törkeästä luonnonsuojelurikoksesta ei ole tuomittu ketään vuosina 2016–2020. Toisin sanoen, kysymys on harvinaisista rikoksista. Muutos on enemmänkin periaatteellinen ja ehkä ennalta estävä.*

3. Hankintapäätöksen sisältö

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksessa ehdotetaan hankintalain 123 §:ään muutettavaksi hankintapäätöksen sisältöä. Aiheellista on kiinnittää huomiota siihen, että viranomaishankintayksikköjen ja julkisina hallintotehtävinä hankintoja toteuttavien yksityisoikeudellisten hankintayksikköjen on noudatettava vakiintuneen laillisuusvalvontakäytännön (esim. OKV/622/1/2018, OKV/637/1/2015) mukaan yleislakina sovellettavaksi tulevaa hallintolakia hankintoja toteutettaessa ja päätöksiä tehtäessä. Hallintolain säännökset vaikuttavat erityisesti hankintalain ulkopuolelle jäävien hankintojen toteuttamiseen sekä oikeussuojakeinojen käyttöön, mutta tulevat sovellettavaksi myös hankintalain puitteissa tehtäviin hankintoihin, koska hallintolain soveltamista ei ole rajattu hankintalaissa millään tavalla. Kaiken kaikkiaan hankintalain suhde hallinnon yleislakeihin on epäselvä, jota lisää myös se, että tehdystä hankinnasta voidaan valittaa markkinaoikeuteen ainoastaan hankintalaissa säädettyjen säännösten noudattamista koskevilla perusteilla.

Muutoksessa ehdotetaan tarkennettavaksi hankintaa koskevan päätöksen sisältöä siten, että päätöksestä ilmenisi "kuinka hankinnassa on huomioitu laatuun liittyvät vaatimukset, ja mahdolliset muut ratkaisuun olennaisesti vaikuttaneet seikat". Muutosta ei varsinaisesti perustella säännösmuutoksen perusteluissa, vaan niiden mukaan laatuseikkoihin liittyvä hankintapäätökseen sisältyvä ilmoitusvelvollisuus olisi informatiivinen.

Puolestaan hankintalain 146 §:ään ehdotetaan lisättäväksi säännös, jonka mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella ei voida saattaa hankintayksikön sellaista päätöstä tai muuta ratkaisua, joka koskee "hankintayksikön 123 §:ssä tarkoitettua kuvausta laadun huomioimisesta".

Ehdotettua 123 §:n muutosta voidaan pitää tarpeettomana, koska perusteluissa ei ole pystytty esittämään mitään syytä sille, miksi esitetty lisäys on tarpeellinen. Lisäksi on huomioitava, että tarpeettoman informaation sisällyttäminen hankintapäätökseen on omiaan aiheuttamaan epäselvyyksiä siitä, mitkä seikat voivat toimia hankintapäätökseen liittyvän hankintaoikaisun tai valituksen perusteena. Lähtökohtana päätökset perustellaan seikoilla, joihin asianosainen voi perustaa perustuslain 21 §:n mukaisesti muutoksenhakuoikeutensa. Vaikka tarjoajat ovat pääsääntöisesti oikeushenkilöitä, toimii niiden taustalla yksilöt, jolloin perusoikeusnäkökulmaa ei voida täysin sivuuttaa arvioitaessa päätöksen sisältöä, kun hankintapäätöksen sisältökysymyksiä on myös arvioitu perustuslakivaliokunnassa aikanaan (PeVL 49/2016 vp, s. 7). Informatiivinen tietoaines lisää myös hankintapäätöksen sisällön sekavuutta. Muutos liittyy laatukysymyksiä korostaviin semanttisiin muutoksiin hankintalaissa eikä se ole perusteltu ja välttämätöntä toteuttaa. Esitys voi heikentää hankintapäätösten sisällöllistä laatua, kun sisältö koostuu muistakin kuin asianosaisen oikeusturvaan vaikuttavista perusteluista. Sääntelystä ei oikeastaan edes selviä, kenelle tällaisia informatiivisia perusteluja laaditaan.

Nyt ehdotetulla sääntelykokonaisuudella säädettäisiin hankintapäätökseen sisällytettävistä informatiivisista tiedoista ilman tarkoitusta ja näiden esitettyjen tietojen perusteella asiaa ei voisi saattaa 146 §:n lisäyksen vuoksi markkinaoikeuteen. Sinällään on ymmärrettävää, ettei markkinaoikeus voi ottaa tutkittavaksi laatuun liittyvää kuvausta, koska laatukysymykset ovat tarkoituksenmukaisuuskysymyksiä, kun laatuvaatimuksia asetetaan. Oikeuskäytännönkin mukaan hankintayksiköllä on laaja harkintavalta hankintakohteen ja sille asetettavien vaatimusten määrittelyssä tarjouspyyntöön. Sinällään markkinaoikeuteen voidaan valittaa muutoksesta huolimatta siitä, onko laatuvaatimuksia sovellettu tarjouspyynnön mukaisesti. Tätä seikkaa on syytä korostaa. Nähdäkseni tiedot, jotka ovat informatiivisia tulisi sisällyttää hankintalain 124 §:ssä säädettyyn hankintamenettelyä koskevaan kertomukseen.

4. Kielelliset oikeudet

Hankintalain 101 §:ä ehdotetaan muutettavaksi siten, että hankintayksikön olisi mahdollista julkaista hankintailmoitus samanaikaisesti sekä suomen- että ruotsin kielellä. Hankintayksiköllä olisi myös edelleen mahdollisuus julkaista hankintailmoitus ainoastaan suomen tai ruotsin kielellä. Säännöksen perustelujen mukaan säännös olisi poikkeus kielilaissa säädettyyn nähden. Edelleen perusteluissa todetaan, että "Poikkeus on perusteltavissa sillä, että hankintailmoituksia jo nyt julkaistaan vain yhdellä kielellä ja että laajojen hankintailmoitusten kääntäminen ei aina ole tarkoituksenmukaista. Viranomaisten tulisi kuitenkin edelleen noudattaa kielilain 32 §:n 3 momentin toista virkettä, jonka mukaan viranomaisen tulee kuitenkin huolehtia sekä suomen- että ruotsinkielisen väestön tiedonsaantitarpeista".

Ehdotettua sääntelyä on pidettävä perusteiltaan jossain määrin ongelmallisena suhteessa perustuslain 17 §:ssä säädettyihin kielellisiin oikeuksiin ja niitä täsmentävään kielilakiin nähden. Hankintalain muutosta perustellaan olemassa olevalla käytännöllä, jossa hankintailmoitus julkaistaan vain yhdellä kielellä. Kuten olen edellä jo todennut, hankintalain suhde hallinnon yleislakeihin on epäselvä. Kielilaki on hallinnon yleislaki, jossa on säädetty perusoikeuksina turvatuista kielellisistä oikeuksista tarkemmin. Vaikka sinällään tarjouskilpailuissa tarjoajat ja toimittajat ovat oikeushenkilöitä, voi tarjoajina toimia myös yksityiset elinkeinonharjoittajat, joilla on välittömämpi yhteys kielellisiin perusoikeuksiin. Toisaalta perusoikeudet on turvattava myös välillisesti, koska oikeushenkilöiden taustalla toimivat yksilöt, joiden kielelliset perusoikeudet on turvattu perustuslain 17 §:ssä säädetyllä tavalla ottaen huomioon perustuslain 22 §:ssä säädetty. Sääntelyehdotuksella on vaikutuksensa myös perustuslain 18.1 §:ssä säädettyyn elinkeinovapauteen ja siinä kielellisten oikeuksien turvaamiseen siten, että elinkeinonharjoittaminen on mahdollista kansalliskielillä. Merkitystä on myös perustuslain 6 §:ssä säädetyllä yhdenvertaisuudella ja sääntelyssä tarkoitetulla kielellisellä syrjintäperusteella. Kielellisesti eri asemaan voidaan asettaa hyväksyttävän syyn perusteella. Hallituksen esityksessä ei esitetä kielellisistä oikeuksista poikkeamiselle muuta perustetta kuin noudatettu käytäntö ja tarkoituksenmukaisuus.

Edellä esitetyn perusteella ehdotusta ei voida pitää perusteluiltaan riittävänä, kun siinä säädetään kielilakiin liittyvästä poikkeuksesta ja luodaan viranomaiselle laajempi harkintavalta kielellisten oikeuksien toteuttamiselle kuin kielilaissa. Nähdäkseni ehdotus joko välillisesti tai suoraan rajoittaa perusoikeuksien toteuttamista, joten sääntelyn tulisi olla poikkeussäännöksenä ehdotettua täsmällisempi ja samalla turvaten kielelliset oikeudet perustuslaissa säädetyllä tavalla silloin, kun kaksikielinen viranomainen toteuttaa julkisia hankintoja. Merkitystä on myös sillä, missä tilanteissa tarjoaja voi jättää tarjouksen kaksikieliselle viranomaiselle jommallakummalla kansalliskielellä. Kielilaista säädetyt poikkeukset tulee olla nähdäkseni säädetty täsmällisesti säännöksestä ilmenevällä tavalla. Nähdäkseni kaksikielisen viranomaisen tulisi julkaista vähintään hankintailmoitus kielilain mukaisesti. Tarkoituksenmukaisuuskysymyksenä ehkä voidaan ajatella sen arvioimista, missä määrin laajan tarjouspyynnön asiakirjoja on tarpeen kääntää toiselle kansalliskielelle.

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksen 101.2 §:ää ehdotetaan muutettavaksi siten, että "Hankintayksikkö voi lisäksi julkaista hankintailmoituksen *yhdellä tai useammalla muulla kuin suomen tai ruotsin kielellä* tai muussa tiedotusvälineessä. Ilmoitusta ei saa julkaista muualla ennen kuin se on julkaistu 1 momentissa tarkoitetulla tavalla." Perustelujen mukaan säännökseen tehtävä edellä esitetyllä kursivoidulla lisäyksellä "mahdollistettaisiin kielilain soveltaminen hankintayksikön toteuttaessa kielilain 25 §:n mukaisesti viranomaistehtävää sekä sujuvoitettaisiin kansallisia hankintoja koskevaa ilmoittamisvelvollisuutta". *Ehdotus sinällään on perusteltu, mutta varsinaisesti voimassa olevassa hankintalaissakaan ei ole kielletty viranomaista noudattamasta kielilakia. Ehdotuksen perusteella vaikuttaa siltä, että hankintalakia tulkitaan siten, että se rajaa hallinnon yleislainsäädännön julkisten hankintojen soveltamisen ulkopuolelle ilman, että tällaista rajaamista on tehty laissa. Tällaista asetelmaa tai tulkintaa ei voida pitää kestävänä ja se johtaa ehdotetun kaltaisiin tilanteisiin, joissa hankintalakikeskeiset tulkinnat johtavat erikoiseen sääntelyyn suhteessa perusoikeuslähtöiseen hallinnon yleislainsäädäntöön.* Toisaalta hallituksen esityksessä todetaan, että viranomaisten on hankinnoissaan noudatettava hallinnon yleislakina sovellettavaa kielilakia. Tältäkin osin hankintalain suhde kielilakiin jää epätäsmälliseksi varsinaisessa säännöksessä.

5. Lopuksi

Kuten olen edellä todennut, hankintalain suhde hallinnon yleislakeihin on epäselvä. Koska hallinnon yleislakien soveltamista ei ole rajattu hankintalain soveltamisalaan kuuluvien hankintojen ulkopuolelle, tulee sääntely sovellettavaksi viranomaishankintayksiköissä ja julkisina hallintotehtävinä hankintoja toteuttavissa yksityisoikeudellisissa hankintayksiköissä tilanteissa, joissa hankintalaissa ei ole toisin säädetty. Viranomaisissa hankinta-asiat ovat hallintoasioita, joissa käsitellään viranomaisen asiakirjoja ja menettelyissä on huomioitava hyvää hallintoa ja oikeusturvaa koskevat yleiset vaatimukset.

Vantaalla 14.11.2022

Tomi Voutilainen
julkisoikeuden professori, dosentti