

Eduskunnan hallintovaliokunnalle

Lausunto hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp)

Hallintovaliokunta on pyytänyt lausuntoani hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp). Lausuntoa on pyydetty ensivaiheen muutoksenhakuun liittyvistä kysymyksistä erityisesti muutoksenhakuoikeuden näkökulmasta.

Lausunnossa tarkastellaan hallituksen esitykseen sisältyviä ehdotuksia, jotka vaikuttavat mahdollisuuteen saattaa hankinta-asia markkinaoikeuden tutkittavaksi ja siten muutoksenhakuoikeuden laajuuteen ja markkinaoikeuteen tulevien valitusten määrään. Lausunnossa tarkastellaan myös esityksen vaikutuksia hallinto-oikeuksien käsiteltäväksi tulevien hankinta-asioiden kannalta.

Taustaa

Hankintalainsäädäntö perustuu julkisia hankintoja koskeviin EU:n direktiiveihin. Hallituksen esityksellä pannaan täytäntöön hankintamenettelyä sääntelevät uudet, vuonna 2014 annetut direktiivit (direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimuksista, direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivi 2014/25/EU erityisalojen julkisista hankinnoista).

Julkisissa hankinnoissa käytettävistä oikeussuojakeinoista on säädetty erillisillä direktiiveillä. Oikeussuojakeinoja koskevaa direktiiviä 89/665/ETY ja erityisalojen oikeussuojakeinoja koskevaa direktiiviä 92/13/ETY muutettiin merkittäväällä tavalla direktiivillä 2007/66/EY. Viimeksi mainittu direktiivi pantiin täytäntöön voimassa olevaan hankintalakiin (348/2007) vuonna 2010 tehdyillä muutoksilla (321/2010). Oikeussuojakeinoja koskevat lainmuutokset perustuivat oikeussuojajärjestelmän uudistamista varten asetetun JUHO-työryhmän valmistelutyöhön (Työryhmämietinnöt 2008:6, 2009:9 ja 6/2010, Oikeusministeriön julkaisusarja).

Eduskunnan käsittelyssä olevasta hallituksen esityksestä ilmenee (s. 55), että Euroopan komission tarkoituksena on laatia julkisten hankintojen muutoksenhakudirektiivien ns. REFIT-arviointiraportti, joka liittyy Euroopan komission ohjelmaan, jolla pyritään parantamaan EU:n sääntelyn toimivuutta ja tuloksellisuutta. Hallituksen esityksessä viitataan arvioinnista mahdollisesti seuraavaan muutoksenhakusääntelyn uudistukseen.

Hallituksen esityksen muutosehdotukset oikeussuojakeinojen sääntelystä

Lakiehdotuksessa muutoksenhakua koskevia säännöksiä on ehdotettu eräiltä osin muutettaviksi.

Hallituksen esityksessä ehdotetaan säädettäväksi, etteivät tietynsisältöiset ratkaisut voi olla muutoksenhaun kohteena. Lakiehdotuksen 146 §:n mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella ei voitaisi saattaa hankintayksikön päätöstä tai muuta ratkaisua, joka koskee sitä, että hankintaa ei jaeta osiin tai että kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena käytetään yksinomaan

halvinta hintaa tai kustannuksia. Lisäksi lakiehdotuksen 146 §:n mukaan hankintapäätöksiin, jotka koskevat dynaamiseen hankintajärjestelmään hyväksymistä, ei saisi hakea valittamalla muutosta markkinaoikeudelta, jollei markkinaoikeus myönnä asiassa muutoksenhakijalle käsittelylupaa. Näiden ehdotusten vaikutus on kokonaisuutena arvioiden vähäinen. Lakiehdotukseen sisältyy myös joitakin muutoksenhakumenettelyä ja seuraamuksia koskevia muutosehdotuksia.

Jatkomuutoksenhaun osalta lakiehdotuksessa ehdotetaan valitusluvan käyttöön ottamisesta siten, että valittaminen markkinaoikeuden päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen edellyttäisi valituslupaa.

Lakiehdotuksessa esitetään, että Kilpailu- ja kuluttajavirastolle annettaisiin hankintalainsäädännön noudattamista koskeva valvontatehtävä, joka täydentäisi hankintalain olemassa olevaa oikeussuojajärjestelmää. Kuten hallituksen esityksestä ilmenee (s. 49), Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvontatehtävän vaikutusta markkinaoikeudessa käsiteltävien asioiden määrään on vaikea arvioida. Hallituksen esityksessä yhtäältä todetaan, että hankintalainsäädännön valvontaan sisältyvä Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta ja velvollisuus esittää tietyissä tilanteissa hankintayksikölle seuraamuksia voi lisätä tuomioistuinten työmäärää etenkin suorahankinnoissa. Toisaalta hallituksen esityksen mukaan valvonnan luominen voi osaltaan myös vähentää yritysten ja muiden elinkeinonharjoittajien tarvetta hakea itse muutosta suorahankintaan markkinaoikeudelta.

Muutoksenhakumahdollisuus markkinaoikeuteen

Muutoksenhakumahdollisuus markkinaoikeuteen koskee hankintalain soveltamisalaan kuuluvia hankintoja. Hankintalain soveltamisalan määrittäminen rajaa siten mahdollisuutta hakea muutosta hankintaa koskevaan ratkaisuun markkinaoikeudessa. Soveltamisalan suhteen kansallista liikkumavaraa on lähinnä kansallisten kynnysarvojen määrittämisessä.

Muutoksenhakumahdollisuuteen vaikuttaa myös oikeussuojakeinojen käyttämisen edellytykset eli lähinnä valitusoikeuden laajuus. Oikeussuojadirektiivi sääntelee hankinta-asioissa annettavan oikeussuojan vähimmäistason ja määrittää siten valitusoikeuden sääntelyä ja tulkintaa. Lisäksi EU:n perusoikeuskirjan 47 artikla ja perustuslain 21 § edellyttävät oikeussuojakeinojen käyttämisen mahdollisuutta.

Edellä mainittua kahta seikkaa tarkastellaan tarkemmin jäljempänä.

Hankintaoikaisu

Välillisesti markkinaoikeuteen tulevien asioiden määrään voidaan vaikuttaa markkinaoikeusvaihetta edeltävillä oikaisumenettelyillä. Oikeussuojakeinoja koskevalla lainmuutoksella 321/2010 hankintalakiin sisällytettiin säännökset hankintaoikaisusta, jolla hankintayksikkö voi oikaista virheellisen hankintapäätöksensä joko tarjoajan vaatimuksesta tai omasta aloitteestaan. Voidaan olettaa, että hankintaoikaisun johdosta selkeissä virhetapauksissa tarve saattaa asia markkinaoikeuden tutkittavaksi on vähentynyt.

Toisaalta hankinta-asioiden moniasianosaissuhteen vuoksi hankintaoikaisupäätös ei välttämättä poista oikeussuojatarpeita, koska hankinta-asian uudelleen ratkaiseminen vaikuttaa yleensä jonkin tarjoajan asemaa huonontavasti (ks. tältä osin hallituksen esitys HE 190/2009 vp s. 38). Koska hankintaoikaisupäätöstä saatetaan oikaista uudella hankintaoikaisupäätöksellä, syntyy oikeudellisesti epäselviä tilanteita, joissa on peräkkäisiä hankintaoikaisupäätöksiä (vrt. ratkaisu KHO 2015:152, jossa hankintaoikaisua oli käytetty peräkkäisinä päivinä ja päädytty hankintapäätöksen oikaisematta jättämiseen). Hallituksen esityksessä ehdotetaan, että hankintaoikaisu olisi hankintayksikön käytettävissä 90 päivää hankintapäätöksen tekemisestä

voimassa olevassa hankintalaissa säädetyn 60 päivän sijasta. Peräkkäisistä hankintaoikaisu-päätöksistä ja oikaisuajan pidentämisestä hankintayksikölle koituvan joustavuuden lisäksi olisi asian arvioinnissa syytä ottaa huomioon myös niiden johdosta syntyvä oikeudellinen epävarmuus.

Oikeudenkäyntikuluvastuu

Ratkaisuun saattaa asia markkinaoikeuden tutkittavaksi vaikuttaa myös asianosaisille oikeusprosessista aiheutuvien kulujen riski. Hankintalaissa 348/2007 oikeudenkäyntikuluvastuuta koskevia säännöksiä muutettiin siten, että hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa asioissa ei sovelleta hallintolainkäyttölain 74 §:n 3 momenttia, jonka mukaan yksityisen asianosaisen oikeudenkäyntikuluvastuuseen voi johtaa vain ilmeisen perusteettoman vaatimuksen esittäminen. Siten yksityisen asianosaisen oikeudenkäyntikuluvastuu hankinta-asioissa on laajempi kuin muutoin hallintolainkäyttöasioissa.

Vuoden 2016 alusta voimaan tullut oikeudenkäyntikulumaksu-uudistus on nostanut hankinta-asioissa markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeudenkäyntimaksuja. Tuomioistuimaksulaissa 1455/2015 perittävä oikeudenkäyntimaksu on arvoltaan suurissa hankinnoissa sidottu hankinnan arvoon.

Markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvat hankinta-asiat

Voimassa olevan hankintalain ja myös eduskunnassa käsiteltävänä olevan hallituksen esityksen mukaan hankintojen sääntely on pääosin kolmiportainen seuraavasti: EU-kynnysarvot ylittävät hankinnat, EU-kynnysarvot alittavat ja kansalliset kynnysarvot ylittävät hankinnat ja kansalliset kynnysarvot alittavat hankinnat.

Sosiaali- ja terveystalvordissa, muissa erityisissä palveluissa ja julkisissa käyttöoikeussopimuksissa sovellettaisiin kuitenkin vain yhtä kynnysarvoa.

EU-kynnysarvot ylittävät hankinnat

Hankintadirektiivit koskevat EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Hankintadirektiivit sääntelevät noudatettavaa hankintamenettelyä varsin yksityiskohtaisesti, ja kansallinen liikkumavara on tältä osin vähäinen.

EU-kynnysarvot alittavat ja kansalliset kynnysarvot ylittävät hankinnat

EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa hankintadirektiivit eivät sovellu. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissäkin hankinnoissa, joihin liittyy rajat ylittävä intressi, on noudatettava unionin oikeuden yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita. Rajat ylittävä intressi tarkoittaa muiden jäsenvaltioiden toimijoiden kiinnostusta hankintaa kohtaan. Se, liittyykö hankintaan rajat ylittävä intressi, hankintayksikön on arvioitava ennen hankintamenettelyn aloittamista. Arvioinnissa huomioon otettavia tekijöitä ovat muun muassa hankinnan taloudellinen arvo, hankinnan kohteeseen liittyvät seikat sekä hankinnan suorituspaikka ja sen läheisyys rajaan. Hankinnasta, johon liittyy rajat ylittävä intressi, on ilmoitettava asianmukaisessa laajuudessa. Kysymys siitä, millaista menettelyä hankinnassa on muutoin noudatettava, on sen sijaan epäselvempi.

Jos hankintaan on sovellettava unionin oikeuden yhdenvertaisten kohtelun ja avoimuuden periaatteita, unionin oikeus edellyttää myös, että oikeussubjekteilla on käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot unionin oikeuteen perustuvien oikeuksiensa toteuttamiseksi. EU:n perusoikeuskirja ja unionin oikeuden tehokkaan oikeussuojan periaate asettavat tällöin vaatimuksia

käytettävissä oleville oikeussuojakeinoille.

Hankintalakia koskevista aikaisemmista hallituksen esityksistä ja valiokuntalausunnoista ilmenee, että kansallisia kynnysarvoja ja hankintalakien oikeussuojakeinojen soveltamisalaa koskevissa ratkaisuissa ovat vaikuttaneet ainakin seuraavat tekijät: pyrkimys ottaa huomioon direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja koskeva unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, tavoite määritellä tarkoituksenmukainen alaraja hankintalain mukaiselle kilpailuttamismenettelylle sekä tarkoitus valitusoikeutta rajoittamalla vähentää markkinaoikeuteen tehtävien valitusten määrää. Kansallisten kynnysarvojen määrittäminen on tasapainon hakemista yhtäältä hankintojen avoimuuden, kilpailun lisäämisen ja oikeusturvan tehokkuuden ja toisaalta hankintamenettelyn keventämisen ja joustavuuden lisäämisen välillä.

Unionin oikeuden soveltumiseen liittyvä haasteellisuus EU-kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa on, että rajat ylittävää intressiä on arvioitava kussakin hankinnassa erikseen siihen liittyvien seikkojen perusteella. Jos kansalliset kynnysarvot määritellään korkealle tasolle, EU-oikeudesta seuraavien vaatimusten huomioon ottaminen jää hankintayksiköiden vastuulle. Tämä saa aikaan oikeudellista epävarmuutta sen suhteen, missä hankinnoissa on noudatettava EU-oikeudesta seuraavia menettelytapavelvoitteita ja mikä on näiden velvoitteiden tarkempi sisältö. Vaikka hankintayksikkö olisikin arvioinut, ettei hankintaan liity rajat ylittävää kiinnostusta, saattaa kuitenkin hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ilmaantua toisesta jäsenvaltiosta peräisin oleva toimittaja, joka olisi ollut kiinnostunut osallistumaan hankintaan, jos siitä olisi ilmoitettu.

Hallituksen esityksessä ehdotetaan kansallisten kynnysarvojen korottamista. Hallituksen esityksessä ehdotettu kansallisten kynnysarvojen nostaminen tulee vähentämään niiden hankintojen piiriä, jotka voidaan saattaa markkinaoikeuden tutkittavaksi. Hallituksen esityksessä (s. 52) on arvioitu, että kansallisten kynnysarvojen nostaminen siirtää hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluvista noin 20 miljardin euron kokonaishankinnoista lain soveltamisalan ulkopuolelle hankintoja noin 103 miljoonan euron arvosta. Hallituksen esityksen mukaan tarkasteltaessa hankintamääriä arviolta vajaat 1.800 hankintaa eli 13 prosenttia siirtyy kynnysarvojen noston myötä kokonaan hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle. Sitä, miten kansallisten kynnysarvojen nostamisen arvioidaan vaikuttavan markkinaoikeuteen tulevien juttujen määrään, hallituksen esityksessä ei ole tarkemmin käsitelty.

Kansallisten hankintojen sääntelyä ehdotetaan muutettavaksi siten, että hankintalaissa säädettäisiin vain keskeisimmistä menettelyä koskevista seikoista. Tämä lisää sinänsä hankintamenettelyn joustavuutta, mutta luo oikeudellista epävarmuutta hankintayksiköidenkin kannalta. Oletettavaa on, että menettelyjen väljentäminen lisää markkinaoikeuteen tehtävien valitusten määrää. Kun lainsäädännössä ei määritetä menettelytapasäännöksiä, oikeuskäytännön tehtäväksi jää ratkaista tulkintatilanteissa se, onko hankintayksikön valitsema menettely hankintalain periaatteiden mukainen.

Kansallisten kynnysarvojen alle jäävät hankinnat

Kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa oikeussuojakeinona käytettävissä on yleishallinto-oikeudellinen muutoksenhaku hallinto-oikeuteen. Kansallisten kynnysarvojen nostaminen tulee lisäämään niiden hankintojen määrää ja taloudellista merkitystä, jotka jäävät markkinaoikeuden toimivallan ulkopuolelle ja joissa oikeussuojaa on haettava hallinto-oikeudessa. Hankintaoikaisu on näissä hankinnoissa mahdollinen, mutta se ei avaa muutoksenhakutietä markkinaoikeuteen.

Hankintalakien ulkopuolella hankintamenettelyä määrittävät lähinnä hallinnon oikeusperiaatteet, joista hankinnoissa merkittävin on tarjoajien yhdenvertaista kohtelua edellyttävä

yhdenvertaisuusperiaate. Toimittajat saattavat vedota myös hankintayksikön hankintaohjeisiin vaatimustensa perusteena, jolloin esille nousee kysymys ohjeiden sitovuudesta. Jos hankintaan liittyy jäsenvaltion rajat ylittävä intressi, myös EU-oikeudesta seuraa vaatimus hankinnan avoimuudesta ja yhdenvertaisesta kohtelusta. Yleishallinto-oikeudelliseen muutoksenhakuun liittyy tiettyjä ongelmakohtia EU-oikeuden edellyttämän oikeussuojan saatavuuden ja tehokkuuden näkökulmasta.

Oikeussuojasta hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa oli kysymys ratkaisussa KHO 2014:189. Asiassa oli muun muassa ratkaistavana, oliko kunta menetellyt hankinnasta päättäessään hallintolain 6 §:ssä määriteltyjen hallinnon oikeusperiaatteiden ja erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisesti. Vaikka hankintalainsäädäntö ei soveltunutkaan asiaan, oli sen sisältämiä periaatteita koskevasta oikeuskäytännöstä saatavissa johtoa tulkittaessa hallinnon oikeusperiaatteita.

Lähtökohtaisesti yleishallinto-oikeudellisella muutoksenhaulla voidaan turvata riittävä oikeussuojan taso kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa.

Hallinto-oikeuden tutkittavaksi saatettujen kansallisten kynnysarvojen alle jäävien hankinta-asioiden määrästä ei liene tarkempia tietoja. Käsitykseni kuitenkin on, ettei tällaisia valitusasioita ole ollut vireillä hallinto-oikeuksissa kovinkaan paljon.

Muutoksenhakuoikeuden laajuus

Oikeussuojadirektiivi määrittää EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa oikeussuojan saatavuutta koskevat vähimmäisvaatimukset. Muutoksenhakuoikeuden laajuuden on täytettävä oikeussuojadirektiivissä asetetut vaatimukset. Oikeussuojadirektiivin mukaan muutoksenhakumenettelyjen on oltava ainakin niiden käytävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattanut loukata.

Muutoksenhakuoikeudelle voidaan siten asettaa kaksi edellytystä: hankintasopimuksen tavoittelu ja oikeuksien tai etujen loukkaaminen. Osallistumista tarjouskilpailuun voidaan lähtökohtaisesti pitää edellytyksenä oikeussuojadirektiivissä määritellylle muutoksenhakuoikeudelle. Jos henkilö ei ole tehnyt tarjousta, hänen on vaikea osoittaa, että hänellä on intressi riitauttaa hankintapäätös tai että kyseinen päätös loukkaa tai saattaa loukata hänen etuaan. Hankintamenettelyyn osallistumista koskevasta vaatimuksesta on kaksi poikkeusta: hankintayksikkö ei ole järjestänyt tarjouskilpailua tai hankintayksikkö on määritellyt tarjouskilpailun ehdot syrjivästi, minkä vuoksi yritys on jättänyt osallistumatta tarjouskilpailuun.

Voimassa olevassa hankintalaissa, kuten eduskunnan käsiteltävänä olevassa hallituksen esityksessäkin, muutoksenhakuoikeus on sillä, jota asia koskee. Hankintalain esitöissä tällaisella asianosaisella on todettu tarkoitettavan henkilöä, jolla on oikeudellinen intressi saada muutos virheelliseen hankintamenettelyyn (ks. HE 50/2006 vp s. 120–121). Asianosaisuutta koskevaa tulkintakäytäntöä on selostettu oikeussuojakeinojen uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä HE 190/2009 vp (s. 58–59). Oikeuskäytännössä asianosaiseksi on katsottu alalla toimiva yrittäjä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada tarjouksensa hyväksytyksi oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Samoin asianosaiseksi on katsottu alalla toimiva yrittäjä, joka ei ole voinut osallistua tarjouskilpailuun hankintayksikön jätettyä hankinnan kilpailuttamatta. Ratkaisussa KHO 2014:129 katsottiin, että alalla toimivalla yhtiöllä oli hankintalaissa tarkoitettuun asianosaisasemaan perustuva valitusoikeus. Yhtiö ei ollut jättänyt tarjousta, mutta oli tarjousaikana vaatinut kaupunkia korjaamaan syrjivinä pitämiään tarjouspyynnön ehtoja. Asianosaisasemaa koskevassa ratkaisussa otettiin huomioon julkisten hankintojen muutoksenhakumenettelyille unionin oikeudesta johtuvat vaatimukset sekä yhtiön toiminta ja kaupungin menettely asiassa.

Ehdotusten vaikutus valitusasioiden määrään

Hallituksen esityksen mukaiset ehdotukset näyttäisivät vaikuttavan markkinaoikeuteen ja hallinto-oikeuksiin käsiteltäväksi tulevien asioiden määrään seuraavasti:

- kansallisissa hankinnoissa kynnysarvojen korottaminen vähentänee asioiden määrää markkinaoikeudessa, mutta lisäänee valituksia hallinto-oikeuksiin
- Kilpailu- ja kuluttajavirastolle annetusta valvontatehtävästä seuraa ainakin jossain määrin käsiteltäväksi tulevien asioiden lisääntyminen markkinaoikeudessa; sen arvioiminen, vaikuttaako tämä yksityisten asianosaisten valitusten vähenemiseen, sisältää epävarmuutta
- kansallisissa hankinnoissa hankintamenettelyn yleispiirteinen sääntely lisää tulkintakysymyksiä ja siten myös markkinaoikeuteen tulevien asioiden määrää
- kansallisten kynnysarvojen alapuolelle jäävien hankinta-asioiden lukumäärä ja taloudellinen merkitys kasvavat, joten oletettavasti niistä hallinto-oikeuksille tehtävien valitusten määrä lisääntyy.

Espoossa 15.10.2016

Anne Nenonen
OTT