LAUSUNTO HALLINTOVALIOKUNNALLE

Asia: HE 108/2016 vp hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi

Hallintovaliokunta on pyytänyt minulta asiantuntijalausuntoa hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi. Esitän hallintovaliokunnalle lausuntonani kunnioittavasti seuraavaa:

1. Hankintalait osana julkisten varojen käytön sääntelyä

Julkisia hankintoja koskeva sääntely pohjautuu eurooppaoikeudelliseen sääntelyyn, jossa se sijoittuu EU:n sisämarkkinoita koskevaan sääntelyyn. Tässä suhteessa hankintalainsäädännöllä on suhde myös kilpailuoikeuteen.

Kuitenkin Suomen oikeusjärjestyksessä hankintalainsäädäntö sijoittuu julkisoikeuteen hallinto-oikeuden ja finanssioikeuden väliseen alueeseen, jota vakiintuneesti kutsutaan finanssihallinto-oikeudeksi. Finanssihallinto-oikeuteen kuuluu julkisten varojen käytön sääntely. Julkisissa hankinnoissa kysymys on julkisten varojen käyttöön liittyvästä sääntelystä hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa. Muihin kuin hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluviin hankintoihin sovelletaan hallinnon yleislakeina hallintolakia (434/2003), kuntalakia (410/2015), sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa annettua laki (13/2003) ja viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettua lakia (621/1999, julkisuuslaki). Valtionhallinnon osalta julkisten hankintojen toteuttamiseen vaikuttaa myös valtion talousarviota koskeva sääntely. *Näitä hallinnon yleislakeja sovelletaan toissijaisesti ainakin silloin, kun kysymys on hallituksen esityksessä tarkoitetuista hankinnoista, jotka kuuluvat julkisista hankinnoista ja käyttöehtosopimuksista ehdotetun lain soveltamisalaan.* Hallituksen esityksessä eikä aiemmissakaan hankintalainsäädännön lainvalmisteluasiakirjoissa ole selkeästi jäsennetty hankintalainsäädäntöä osaksi hallinto-oikeudellista ja julkisten varojen käytön sääntely. Tämä muodostuu osittain ongelmalliseksi, kun sääntelyä arvioidaan perustuslain 21 §:n oikeusturvaa ja hyvää hallintoa sekä perustuslain 12.2 §:n asiakirjajulkisuutta koskevien perusoikeuksien sekä perustuslain 124 §:n julkisen hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle koskevan säännöksen näkökulmasta katsottuna.

Julkiset hankinnat jakautuvat neljään eri ryhmään EU-kynnysarvot ylittäviin, kansalliset kynnysarvot ylittäviin, kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin sekä hankintoihin, joihin ei sovelleta hankintalakien säännöksiä. Hankintalaki koskee ainoastaan kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin ja hankintoihin, joihin ei sovelleta lainkaan hankintalakia, noudatetaan hallinnon yleislakeja (erityisesti hallintolakia ja kuntalakia) sekä mahdollisesti täydentäen hankintayksikön omia hankintasääntöjä.

Hallintovaliokunta on pitänyt aiemmassa lausunnossaan (HaVL 25/2006 vp) tärkeänä valtion ja kuntasektorin sisäisiä ohjeita lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Käytännössä nykyisin sisäiset ohjeet vaihtelevat hankintayksiköittäin eikä hankintaohjeita ole laadittu kaikissa hankintayksiköissä kynnysarvon alittaviin tai hankintalain ulkopuolisiin hankintoihin. *Hankintaohjeet ovat myös heikosti velvoittavia, koska ne eivät ole normeja edes hankintayksikön sisällä.* Hallituksen esityksessä ehdotetaan nostettavaksi kansallisia kynnysarvoja, jolloin hankintalain ulkopuolisten hankintojen määrä lisääntyy ja siten niiden toteuttamisen sääntely jää hallinnon yleislakien ja muun varojen käytön sääntelyn varaan. Julkisten varojen käytön väärinkäytön ehkäisemiseksi sekä asianmukaisen valvonnan ja yhdenmukaisten menettelyjen varmistamiseksi myös muiden kuin hankintalain piiriin kuuluvien hankintojen osalta olisi ollut tarpeen säätää hankintalaissa, että ehdotetun hankintalain 5 §:n 1 kohdan viranomaiset olisivat velvollisia antamaan sisäiset hankintamääräyksensä tämän hankintalain ulkopuolelle jäävistä hankinnoista. Tällaiset *hankintamääräykset olisivat viranomaisen sisäisiä määräyksiä, jolloin niiden sitovuusastekin olisi selkeämpi.* Koska hankintalakeja *täydentävästä sääntelystä on näyttänyt olevan*

laajasti epäselvyyttä, olisi asianmukaista, että 1. lakiehdotuksessa olisi viittaus ainakin hallintolakiin siten, että hankintoihin, joihin ei sovelleta tätä lakia, on noudatettava, mitä hallintolaissa (434/2003) säädetään. Tällä varmistetaan hallinnon oikeusperiaatteiden toteutuminen ja sidotaan hankintalain ulkopuolelle jäävät hankinnat osaksi hallintomenettelyprosessia.

2. Hankintayksiköt ja hallinto-oikeudellinen sääntely

Hallituksen esityksen 1. lakiehdotus pitää sisällään hankintayksikköjen määritelmän 5 §:ssä, joka vastaa voimassa olevan hankintalain sisältöä hankintayksiköistä. Hankintalaki on osa julkisten varojen käytön sääntelyä. Julkisoikeudellisia laitoksia voivat olla nimenomaisesti julkisoikeudellisiksi laitoksiksi säädetyt erilaiset yhteisöt, kuten Kansaneläkelaitos tai yliopistot, mutta myös valtion ja kuntien omistamat osakeyhtiöt. Tältä osin jää tulkinnanvaraiseksi, miten hankintalakiin nähden toissijainen lainsäädäntö tulee sovellettavaksi kuntien ja valtion omistamiin osakeyhtiöihin, jotka ovat hankintalaissa tarkoitettuja julkisoikeudellisia laitoksia. Nykyisen tulkinnan mukaan hankintalaissa tarkoitettuihin osakeyhtiömuotoisiin julkisoikeudellisiin laitoksiin ei sovelleta hallinnon yleislakeja. Hallintolain perustelujen (HE 72/2002 vp) mukaan hallintolaissa tarkoitettuja itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia ovat oikeushenkilöt, joiden järjestysmuodosta, toimielimistä ja tehtävistä säädetään niitä koskevissa säädöksissä. Ne suorittavat niin sanotun välillisen julkisen hallinnon tehtäviä. Itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia ovat Suomen Pankki, Kansaneläkelaitos, Työterveyslaitos, KEVA, Kuntien takauskeskus sekä Kunnallinen työmarkkinalaitos. Viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetussa laissa (621/1999) itsenäisellä julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan hallituksen esityksen (30/1998 vp) mukaan oikeushenkilöitä, joiden järjestysmuodosta, toimielimistä ja tehtävistä säädetään niitä koskevissa säädöksissä. Ne suorittavat niin sanotun välillisen julkisen hallinnon tehtäviä eli julkisia tehtäviä, jotka on uskottu varsinaisen hallintokoneiston ulkopuolella oleville orgaaneille. Hallituksen esityksen mukaan kohdassa tarkoitettuja itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia ovat muun muassa Suomen Pankki, Kansaneläkelaitos, KEVA, Kuntien takauskeskus sekä Kunnallinen työmarkkinalaitos. Edelleen julkisuuslain hallituksen esityksessä todetaan, että julkisoikeudellista laitosta koskevaa säännöstä ei sovellettaisi Eläketurvakeskukseen eikä Maatalousyrittäjien eläkelaitokseen, vaan niiden hallussa olevien asiakirjojen julkisuus määräytyisi julkisuuslain 4.2 §:n mukaan (sama myös varsinaisessa säännöksessä). Puolestaan hankintalainsäädännön tulkinnassa on muun muassa todettu, että Maatalousyrittäjien eläkelaitos on hankintalaissa tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos (KHO 2013:21).

Koska kysymys on julkisten varojen käyttöön liittyvästä sääntelystä, olisi paikallaan, että hankintalain mukaisiin julkisoikeudellisiin laitoksiin sovellettaisiin hallinnon yleislakeja niiden toteuttaessa hankintalain mukaisia julkisia hankintoja. Tämä on myös merkityksellinen perusoikeuksien toteuttamisen kannalta katsottuna. Perustuslaissa perusoikeutena turvatun asiakirjajulkisuuden (julkisuusperiaatteen) ydinsisältöön kuuluu jokaiselle oikeus valvoa julkisten varojen käyttöä. Esimerkiksi oikeuskäytännössä (Hämeenlinnan hallinto-oikeus 17.5.2010 T 10/0336/3) on kuitenkin tulkittu, että valtion yhteishankintayksikkö Hansel Oy:n toimintaan ei sovelleta julkisuuslain säännöksiä sen tehdessä hankintalain mukaisia hankintoja, vaikka Hansel Oy:n toiminnasta ja tehtävistä on säädetty julkisina hallintotehtävinä erikseen laissa (1096/2008) ja vaikka talousarviolain (423/1988) 22 a §:n nojalla valtiovarainministeriö voi päätöksellään määrätä yhteishankintojen valmisteluun ja toteuttamiseen ryhtymisestä. *Nähdäkseni niin valtion kuin kuntienkin yhteishankintayksikköjen tehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä, koska niissä hankinnat suoritetaan valtion ja kuntien viranomaisten puolesta. Myös tällä perusteella pitäisi olla selvää, että hallinnon yleislakeja sovellettaisiin valtion ja kuntien yhteishankintayksikköjen toimintaan.* Kuitenkaan nykyinen asiaintila selkeän sääntelyn puuttuessa, ei yhdenmukaisesti tue sitä tulkintaa, että hallinnon yleislait, mukaan lukien julkisuuslaki, tulisivat sovellettavaksi yhteishankintayksikköjen toimintaan, vaikka ne toimivat käytännössä valtion ja kuntien viranomaisten lukuun tai olisivat hankintalaissa tarkoitettuja julkisoikeudellisia laitoksia. Mielestäni hallinto-oikeudellisessa näkökulmasta kysymys sen arvioimisesta 1) missä määrin hankintoihin liittyvä kilpailuttamisvelvollisuus voidaan katsoa julkiseksi hallintotehtäväksi, 2) missä määrin julkisiin

hankintoihin liittyy julkisen vallan käyttöä, 3) onko hankintalaissa tarkoitettujen julkisoikeudellisten laitosten toimintaan muun muassa perusoikeuksien ja perustuslain 124 §:n näkökulmasta asianmukaista, että niihin sovelletaan hankintojen toteuttamisen osalta toissijaisesti hallinnon yleislakeja muun muassa hankintojen koskevien päätösten yhteydessä sekä 4) minkälainen oikeudellinen asema kuntien ja valtion yhteishankintayksiköillä on julkisia hankintoja toteutettaessa kuntien ja valtion viranomaisten puolesta sekä lukuun.

Hankintamenettelyjä koskevassa hallituksen esityksessä (108/2016 vp) todetaan erikseen, että yhteishankintayksikkö voi olla esimerkiksi *kunnan tai valtion viranomainen, liikelaitos taikka julkisoikeudellinen laitos*, joka on perustettu yleisen edun tarkoituksessa ilman teollista tai kaupallista luonnetta ja, johon kunnan tai valtion viranomaisen tai muu hankintayksikkö käyttää valvonta- tai hallintavaltaa. *Sovellettavan sääntelyn näkökulmasta ei liene kestävää, että hallinnon yleislakeja sovelletaan toissijaisesti pelkästään kunnan tai valtion viranomaiseen sekä liikelaitokseen, muttei julkisoikeudelliseen laitokseen, kuten valtion yhteishankintayksikkö Hansel Oy:öön tai kuntien yhteishankintayksikkö KL Kuntahankinnat Oy:öön, kun ne toteuttavat ja päättävät hankinnoista.* Myös *hallinnon esteellisyyssäännösten asianmukainen soveltaminen ja tähän liittyvä rakenteellisen korruption ennalta ehkäisy edellyttävät nähdäkseni, että sääntely on tältä osin selkeää ja yksikäsitteistä* ilman, että julkisten varojen käyttöön liittyvään *päätöksentekoon syntyy olemassa olevia harmaita alueita osakeyhtiömuotoisen julkisoikeudellisten laitosten* osalta.

3. Julkisiin hankintoihin liittyvä neuvonta

Hallintovaliokunta on voimassa olevan hankintalain eduskuntakäsittelyn yhteydessä antamassaan lausunnossa pitänyt julkisiin hankintoihin liittyvää neuvontatoimintaa tärkeänä (HaVL 25/2006 vp).

Nyt lausuttavana olevassa hallituksen esityksen alaluvussa 2.3.10 selostetaan neuvontaan liittyvää nykytilannetta. Hallituksen esityksen mukaan ”Suomen Kuntaliiton yhteydessä toimivan julkisten hankintojen neuvontayksikkö on antanut hankintalainsäädännön ja siihen liittyvän lainsäädännön soveltamiseen ja tulkintaan liittyvää neuvontaa vuodesta 2004. Neuvontayksikkö on antanut veloituksetta neuvontaa sekä puhelimitse että sähköpostilla, minkä lisäksi neuvontayksiköllä on omat hankintalainsäädäntöä avaavat ja esittelevät internet-sivut osoitteessa www.hankinnat.fi”. Hallituksen esityksen 3.4.10 alaluvussa todetaan, että hankintadirektiivien mukaan hankintalainsäädännön noudattamista koskevaa neuvontaa tulee antaa veloituksetta sekä tarjoajille että hankintayksiköille. Hankintadirektiivin 83 artiklan 4 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden tulkinnasta ja soveltamisesta on saatavilla tietoja ja *neuvontaa veloituksetta* hankintaviranomaisten ja talouden toimijoiden, erityisesti pk- yritysten, auttamiseksi soveltamaan oikein julkisia hankintoja koskevia unionin sääntöjä.

Nähdäkseni kysymys on hankintadirektiivissä organisatorisesta näkökulmasta julkiselle vallalle (jäsenvaltiolle) säädetty velvoite tarjota neuvontaa tarjoajille ja hankintayksiköille maksutta. Hallituksen esityksen mukaan neuvontaa ja tukea koskevat toimenpiteet eivät edellytä lainsäädäntötoimia, minkä johdosta tässä lakiesityksessä ei ole hankintalainsäädännön neuvontaa koskevia sääntelyehdotuksia. *Hallituksen esityksessä ei ole arvioitu, onko julkisiin hankintoihin liittyvän neuvonnan järjestäminen julkinen hallintotehtävä silloin, kun nimenomaisesti julkinen valta on velvoitettu järjestämään julkisiin hankintoihin liittyvää neuvontaa hankintadirektiivissä asetetun velvoitteen täyttämiseksi. Vaikuttaisi siltä, että neuvonnan järjestämisvelvollisuus tulee suoraan hankintadirektiivistä ja se kohdistuu julkisen vallan velvollisuuteen järjestää veloituksetonta neuvontaa.*

Perustuslakivaliokunta on sinällään todennut, että hallintolaissa säädetty neuvontavelvollisuus on julkinen hallintotehtävä, joka voidaan antaa yksityiselle sopimuksin (PeVL 11/2006 vp). Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on katsottu, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten toteutumisen varmistaminen perustuslain 124 §:n tarkoittamassa merkityksessä edellyttää, että asian käsittelyssä noudatetaan hallinnon yleislakeja ja että asioita käsittelevät *toimivat virkavastuulla*

(PeVL 33/2004 vp, PeVL 46/2002 vp). Lakiin ei enää nykyisin ole perustuslain 124 §:n takia välttämätöntä sisällyttää viittausta hallinnon yleislakeihin. *Jos sellaista sääntelyn selkeyden vuoksi kuitenkin pidetään tarpeellisena, on viittauksen oltava vastakohtaispäätelmän vuoksi kattava* (PeVL 42/2005 vp).

Mielestäni hallintovaliokunta voisi arvioida osana hallinto-oikeudellista sääntelyä, 1) onko hankintadirektiivissä tarkoitettu maksuttoman neuvonnan tarjoaminen velvoite julkiselle vallalle; 2) muodostaako velvoite perustuslain 124 §:ssä tarkoitetun julkisen hallintotehtävän; 3) tulisiko hankintoihin liittyvästä neuvonnasta säätää laissa tai viitata neuvontavelvollisuuden osalta hallintolakiin sekä jos hankintadirektiivissä oleva neuvontavelvollisuus katsotaan julkiseksi hallintotehtäväksi hallinnon yleislakeihin sekä virkavastuuseen sekä 4) tulisiko laissa säätää yksityiselle annettavasta hankintadirektiivin tarkoittamista neuvontapalveluiden hoitamisesta (julkinen hallintotehtävä). Tältä osin on syytä kiinnittää huomiota siihen, että Suomen Kuntaliitto ry on yksityisoikeudellinen yhteisö, jolle voidaan antaa julkisia hallintotehtäviä vain niissä tapauksissa, joissa julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityisen hoidettavaksi on säädetty erikseen. Nykyinen tilanne, jossa työ- ja elinkeinoministeriö osarahoittaa Suomen Kuntaliitossa olevan neuvontayksikön toimintaa sekä tulosohjaa sitä, osoittaa, että kysymys on viranomaisen lukuun tuotettavasta asiantuntijapalvelusta. Vastaavissa tilanteissa neuvontapalvelun tuottaminen on katsottu tarkoituksenmukaiseksi toteuttaa yksityisoikeudellisen yhteisön toimesta, mutta tämä on pitänyt mahdollistaa erikseen laissa. Oma lukunsa on etujärjestöjen ja muiden toimijoiden tarjoamat neuvontapalvelut, jotka ovat sidoksissa järjestön jäsenyyteen tai ovat muuten maksullisia. Tällaisia neuvontapalveluita ei tule rinnastaa hankintadirektiivissä tarkoitettuun neuvonnan järjestämisvelvollisuuteen, kuten hallituksen esityksessä osittain on annettu ymmärtää.

4. Elinkaarikustannukset

Hallintovaliokunta on pyytänyt minulta erikseen arvioimaan 1. lakiehdotuksen 93 ja 95 §:ä erityisesti digitaalisten palveluiden hankintaan. Lakiehdotuksen 93 §:ssä on ehdotettu säädettäväksi kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnasta. Lakiehdotuksen 95 §:ssä on ehdotettu säädettäväksi elinkaarikustannuksista. Säännösehdotukset ovat keskeisiä varojen käytön suunnitteluun liittyviä säännöksiä. Tältä osin on syytä korostaa, että hankintojen kustannusten arviointiin vaikuttavat myös valtion talousarviosta annetun lain ja asetuksen säännökset sekä kuntalain säännökset.

Hallituksen esityksessä ongelmallista on kokonaistaloudellisen edullisuuden edellytysten toteutumisen ja laajemmin lakiesityksen tavoitteena olevien julkisten varojen käytön tehostamisen kannalta se, että hankintayksikön laaja harkintavalta vertailuperusteiden määrittelyssä johtaa siihen, että tarjoukset saatetaan kyllä muodollisesti yhteismitallisiksi ja näennäisesti turvataan tasapuolinen kohtelu tarjouskilpailussa, mutta tosiasiallisesti hankintayksiköllä on mahdollisuus jättää vertailuperusteiden ulkopuolelle olennaisiakin hankinnan osia ja kustannuksia. Vertailuhinta ymmärretään hankintamenettelyssä laskennallisena hintana, jonka avulla varmistetaan tarjousten yhteismitallisuus. Vertailuhinta voi kuitenkin olla täysin eri kokoluokkaa kuin lopullisen solmittavan hankintasopimuksen arvo. Nykyisen sääntelyn ja oikeuskäytännön valossa voidaan katsoa kuitenkin julkisten varojen käytön sekä hankintaoikeudellisten periaatteiden tosiasiallisen toteutumisen kannalta riittämättömäksi ja tehottomaksi, että hankintamenettelyssä pidetään muodollisesti huolta siitä, että tarjoukset ovat yhteismitallisia.

Käytännössä tilanne voi siis olla se, että hankintayksikkö jättää huomioimatta esimerkiksi vertailuhinnassa sellaisia hintakomponentteja, jotka saattavat tosiasiallisesti muodostaa jopa 50 prosenttia hankinnan kokonaisarvosta. Tiedossa on myös konkreettisia tapauksia, joissa on jätetty vertailuhinnan ulkopuolelle optioiksi sellaisia hintakomponentteja, jotka ovat muodostaneet huomattavan osan hankinnan kokonaisarvosta ja joiden avulla hankintayksikkö on pystynyt saattamaan

jonkun tarjoajan tosiasiallisesti parempaan asemaan tarjouskilpailussa. Vaikka nyt lausuttavana oleva 1. lakiehdotus on menettelytapasäädös, tulisi siinä pyrkiä ottamaan huomioon se, että laissa säädettäisiin sellaisista olennaisista hankintamenettelyyn liittyvistä seikoista, joilla on vaikutusta ja jotka luovat myös edellytyksiä julkisten varojen käytön tehostamistavoitteen saavuttamiseen ja tarjoajien tasapuoliseen kohteluun.

Edellä esitettyä ongelmaa voisi pyrkiä ehkäisemään esimerkiksi siten, että ehdotetun lain 93 §:n 5 momentissa säädettäisiin siitä, että sen lisäksi että vertailuperusteiden olisi liityttävä hankinnan kohteeseen, tulisi hankinnan vertailuperusteissa huomioida kaikki hankinnan olennaiset osat. Vertailuhinnan osalta ei olisi siten sallittavaa jättää sen ulkopuolelle tiedossa olevia keskeisiä kustannuksia. Täsmennys ei rajoittaisi hankintayksikön harkintavaltaa hankinnan kohteen määrittelyssä, mutta antaisi paremmat edellytykset toteuttaa kokonaistaloudellisuuden sekä tosiasiallisesti myös tasapuolisen kohtelun tarjoajien välillä. Lisäksi on syytä korostaa, että vertailuhinnassa huomioitavat olennaiset kustannukset olisivat eri asia kuin 1. lakiehdotuksen elinkaarikustannukset ja kyse olisi ennen kaikkea ns. suorista hankintakustannuksista. Sääntelyn tarkennuksella voitaisiin katsoa olevan myös hankintayksikköjä ohjaava vaikutus huomioimaan kaikki hankinnan kannalta relevantit asiat vertailuperusteita määriteltäessä.

Erityisesti pitkäkestoisia hankintoja toteutettaessa valtion ja kuntien viranomaisten on ennakoitava hankintasopimuksen vaikutukset pitkäaikaisesti viranomaisten määrärahatarpeisiin ja yleensä määrärahan riittävyyteen. Nähdäkseni lakiehdotuksen 95 §:n sanamuoto on jäänyt väljäksi. Se voisi olla ehdottomampikin. Ehdotuksen mukaan ”*Hankintayksikkö* ***voi*** *käyttää hankinnan kustannusten arvioimisen perusteena elinkaarikustannuksia. Elinkaarikustannuksia ovat hankintayksikölle tai muille hankinnan kohteen käyttäjille aiheutuneet hankintakustannukset, käyttökustannukset, huoltokustannukset sekä kierrätys- ja jätevaiheen kustannukset ja muut rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen elinkaaren aikaiset kustannukset*”. Kuten aiemmin olen tässä lausunnossa jo esittänyt, hankintalakia on valmistelu irrallaan siitä sääntelykokonaisuudesta, johon se osana julkisten varojen käytön sääntelyä kuuluu. Esimerkiksi valtion talousarvioasetuksen 38.1 §:n mukaan ennen kuin virasto tai laitos tekee tilauksen, sopimuksen tai muulla tavoin sitoutuu menon maksamiseen (menopäätös), sen on varmistettava menon laillisuus ja tarkoituksenmukaisuus sekä *määrärahan tai arviomäärärahan ylitysluvan ja valtuuden riittävyys. Menopäätösten mukaiset menot eivät saa ylittää tarkoitukseen käytettävissä olevan määrärahan tai arviomäärärahan ylitysluvan taikka valtuuden määrää.* Asianmukainen hankinnan valmistelu sekä talousarviolainsäädännön noudattaminen edellyttävät hankinnan elinkaarikustannusten arvioinnin tekemisen. Sekä valtion että kuntien viranomaisten hankintojen suunnitteluun vaikuttaa myös monivuotiset toiminta- ja taloussuunnitelmat, joista on säädetty valtion talousarvioasetuksessa ja kuntalaissa.

Valtion viranomainen ei voi sitoutua hankintaan, jos sillä ei ole varattua määrärahaa sen tekemiseen tai sillä ei ole eduskunnan myöntämää talousarviolain 10 §:ssä tarkoitettua valtuutta. Talousarviolain 10 §:n mukaan tulo- ja menoarvion käsittelyn yhteydessä voidaan myöntää määrältään ja käyttötarkoitukseltaan rajattu valtuus tehdä sopimuksia ja antaa sitoumuksia, joista aiheutuvia menoja varten tarvittavat määrärahat otetaan joko kokonaan tai puuttuvilta osiltaan myöhempiin tulo- ja menoarvioihin. Valtuutta saadaan käyttää sen varainhoitovuoden aikana, jonka tulo- ja menoarvioon se on otettu. Talousarviolain 15 §:n mukaan viraston ja laitoksen tulee järjestää 10 §:ssä tarkoitettujen talousarvion käsittelyn yhteydessä myönnettyjen valtuuksien sekä lakiin perustuvien valtuuksien käytön ja käytöstä aiheutuvien menojen seuranta. *Kysymys on valtion talousarviotalouden osalta viime kädessä eduskunnan budjettivallan käyttöön liittyvästä sääntelystä ehdotetun hankintalain 95 §:n osalta.* Tästä syystä säännöksen sanamuoto voisi olla ehdottomampi sanan ”voi” tilalle ”tulee käyttää” tai ”on käytettävä”.

Käytännössä valtuusmenettelyn käyttö on varsin kirjavaa. Esimerkiksi valtion laajoissa tietojärjestelmähankinnoissa, joilla on vaikutuksensa laajemmin kuin yhtä vuotta tai siirtomäärärahakautta koskien, käytetään toisinaan valtuusmenettelyllä, mutta varsin usein ilman

valtuusmenettelyä siirtomäärärahojen turvin. *Nähdäkseni eduskunnan budjettivallan korostaminen puoltaisi sitä, että hankintojen elinkaarikustannukset on arvioitava aina etukäteen, jos hankinnalla on kustannusvaikutuksia muutenkin kuin yhden vuoden osalta. Tyypillisesti tietojärjestelmäinvestointien kustannusvaikutusaika voi olla 10–15 vuotta, jolloin valtion hankintayksikkö sitoutuu yhdessä hankinnassaan määrärahakautta pitkävaikutteisempaan sopimukseen ja menoihin. Tällöin myös valtion talousarvion määrärahoja sitoutetaan ilman eduskunnan myötävaikutusta, jos hankinnassa ei ole käytetty valtuusmenettelyä. Pelkästään silmämääräisesti voidaan todeta, että useat laajakantoiset tietojärjestelmähankinnat tehdään nykyään alkuun siirtomäärärahojen turvin ja myöhempiin kustannuksiin sitoudutaan, vaikka määrärahaa tähän ei olisi tiedossa.*

5. Hankintapäätöksestä

Julkisiin hankintoihin liittyvät päätökset ovat myös hallintopäätöksiä, joista on kuitenkin säädetty erikseen hankintalaissa silloin, kun päätöksentekoon sovelletaan hankintalain säännöksiä. Hankintalain ulkopuolisiin hankintoihin sovelletaan ainakin kuntien ja valtion viranomaisten osalta toissijaisesti hallintolain säännöksiä niin hallintopäätöksen sisällön kuin esteellisyyssäännösten osalta. Ylimmät laillisuusvalvojat ovat toistuvasti joutuneet kiinnittämään hankintayksikköjen huomiota muun muassa hallintolain soveltamiseen toissijaisena lakina ja hallintopäätöstä koskeviin säännöksiin hankintoja suoritettaessa (ks. muun muassa OKA 16/50/2008, 14.4.2011, OKA 637/1/2015, 12.4.2016, AOKS 1022/1/2015, 7.6.2016 ja AOKS 1338/1/2014, 30.11.2015, AOK 1530/1/2013, 13.3.2015). Laillisuusvalvojien ratkaisut osoittavat, että erityisesti hallintolain toissijainen soveltaminen hankintoja toteutettaessa ei ole selvää hankintayksiköissä. *Tämäkin osoittaa sen tarpeen, että hankintalakiin olisi tarpeen liittää viittaussäännös toissijaisesti sovellettavaan hallintolakiin ja tarvittaessa muihin hallinnon yleislakeihin, kuten sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa annettuun lakiin, kielilakiin sekä julkisuuslakiin. Hallinnon yleislakien, kuten hallintolain ja kuntalain, säännöksien olisi myös syytä ulottaa esteellisyyssäännösten osalta hankintalaissa tarkoitettuihin julkisoikeudellisiin laitoksiin.* Nykyisessä tilanteessa on eräiltä osin muodostunut ongelmalliseksi esteellisyyssäännösten soveltamatta jättämisestä syntyneet ongelmat, joissa ei ole pystytty arvioimaan esimerkiksi rikosoikeudellisesta näkökulmasta virkavastuun toteutumista kaikissa julkisoikeudellisissa laitoksissa tai muissa toimijoissa, joiden toimintaan on sovellettu rahoitusperusteisesti hankintalain säännöksiä. Nähdäkseni asiasta ei ole säädetty eikä ole ehdotettu säädettäväksi nykyisessä tilanteessa hyvän hallinnon toteutumisen näkökulmasta asianmukaisesti.

Ensimmäisen lakiehdotuksen 123 §:n 3 momentin mukaan hankintayksikön ei tarvitse tehdä tässä pykälässä tarkoitettua päätöstä 41 §:ssä tarkoitetusta lisätilauksesta. Säännös on ongelmallinen suorahankintoja koskevan valvonnan sekä perustuslain 21 §:ssä turvatun oikeusturvan näkökulmasta. Oikeuskäytännönkin perusteella lisätilausperusteisesta hankinnat on valitettu markkinaoikeuteen (ks. esimerkiksi MAO 75/2016, 15.2.2016; MAO 691/15, 8.10.2015) ja edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen (ks. esimerkiksi KHO 2010:20). Lisätilaus on merkityksellinen toimi markkinoilla toimivien yrityksien näkökulmasta ja ne ovat merkityksellisiä hankintalain tulkintakäytännön mukaisesti samalla alalla toimivien yrityksien osalta, jolloin ne ovat asianosaisia myös lisätilausta koskevan toimen osalta. *Tästä syystä pitäisin välttämättömänä edellä mainituista valvontaan ja oikeusturvaan liittyvistä syistä, että lisätilauksistakin edellytetään hankintapäätöksen tekemistä ainakin, jos lisätilaus ylittää kansallisen kynnysarvon.* Kysymys on lisätilaukseen liittyvän toimen asianosaisten oikeussuojan toteuttamisesta sekä tehokkaan valvonnan toteuttamisesta kirjallisen dokumentaation perusteella.

Niin ikään 1. lakiehdotuksen 123 §:n 4 momentissa ehdotetaan, että puitejärjestelyyn perustuvassa hankinnassa hankintayksikön ei tarvitse tehdä tässä pykälässä tarkoitettua päätöstä, jos 1) hankinta tehdään puitejärjestelyssä vahvistettujen ehtojen mukaisesti ilman kilpailuttamista; tai 2) puitejärjestelyyn perustuvassa kilpailuttamisessa hankinnan arvo ei ylitä EU-kynnysarvoa. *Tältä osin on syytä korostaa sitä, että säännös ei ole merkityksellinen valtion hankintayksikköjen näkökulmasta, koska tällaiset hankintoihin liittyvät toimenpiteet ovat valtion talousarvioasetuksen (1243/1992) 38 §:ssä tarkoitettuja menopäätöksiä, jotka on tehtävä*

kirjallisesti. Niin ikään kunnissa asianmukaisen valvonnan ja päätöksenteon näkökulmasta tällaisistakin toimista on pääsääntöisesti tehtävä kuntien hallintosääntöjen mukaan päätös, joten ehdotettu, voimassa olevaan lakiin perustuva säännös ei ole merkityksellinen ja johtaa suurimmassa osassa hankintayksikköjä harhaan siitä, ettei tällaisista hankintaan liittyvistä toiminta tarvitsisi tehdä päätöstä. Muun lainsäädännön perusteella kirjallinen päätös on tehtävä.

6. Asiakirjajulkisuudesta

Kuten jo lausuntoni 2 kohdassa esitin, liittyy julkisten hankintojen julkisuuteen tulkintaongelmia hankintalain tarkoittamien julkisoikeudellisten laitosten osalta. *Tämä ongelma koskee erityisesti yhteishankintayksikköjen toimintaa.* Julkisuusperiaatteen ytimeen kuuluu jokaisen oikeus valvoa julkisten varojen käyttöä. Hallituksen esityksen 1. lakiehdotuksen 138 §:ssä on säännökset asiakirjojen julkisuutta koskevien säännösten soveltamisalasta. Hallintovaliokunta voisi harkita 138 §:n 1 momentin tarkentamista siten, että *soveltamisalaan kuuluisi myös hankintalain tarkoittamat julkisoikeudelliset laitokset, koska ne merkittävissä määrin erityisesti yhteishankintayksikköinä käyttävät päätöksentekovaltaa julkisia hankintoja toteuttaessaan.* Siten ehdotetun 138 §:n 2 momentti jäisi koskemaan ainoastaan ehdotetun lain 5 §:n 1 momentin 5 kohdassa tarkoitettuja muita rahoitusperusteisesti hankintalain soveltamisen piiriin kuuluvia toimijoita, kuten valtionavustuksia saavia yhdistyksiä. Pitäisi tätä ehdottamaani 138.1 §:n tarkennusta tarpeellisena perustuslain asiakirjajulkisuutta koskevan 12.2 §:n ja julkisen hallintotehtävän hoitamista koskevan 124 §:n kannalta katsottuna. Merkittävä määrä julkisista hankinnoista on kanavoitu muun muassa yksityisoikeudellisiin yhteishankintayksiköihin, jotka ovat kuitenkin julkisoikeudellisia laitoksia, mutta joihin ei hankintojen toteuttamisen osalta sovelleta hallinnon yleislakeja olemassa olevan epäselvän ja tulkinnanvaraisen oikeuskäytännönkin mukaan. *Pelkkä yhteishankintayksikön oikeudellinen muoto ei voi olla se tekijä, jolla voidaan jättää hankintamenettelyssä syntyvä asiakirja-aineisto julkisuuslain ulkopuolella.* Säännöksen tarkentamisella on myös merkityksensä sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksen näkökulmasta. Valtioneuvoston suunnitelmien mukaan uudistuksen yhteydessä tullaan perustamaan yksityisoikeudellisia osakeyhtiöitä muun muassa yhteishankintojen toteuttamiseen.

Hallituksen esityksen 4. lakiehdotuksessa ehdotetaan muutettavaksi julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan säännöstä. Hallituksen esityksessä viitataan epämääräisesti tulkintaongelmiin, joita voimassa olevassa julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan tarkentava säännös pitää sisällään. Nyt 4. lakiehdotuksessa esitetään poistettavaksi tarkentava säännös siitä, että ”tieto tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä on kuitenkin aina annettava”. Säännös on aikanaan lisätty julkisuuslakiin nimenomaan selventämään sitä, mitkä tekijät on annettava tarjoajien oikeusturvan varmistamiseksi.

Oikeuskäytännössä on jouduttu usein etsimään tasapainotilaa liikesalaisuuden käsitteelle muun muassa markkinaoikeudessa. Oikeuskäytännön tulkinnat eivät nähdäkseni ole olleet ongelmallisia, vaan muun muassa markkinaoikeus on pääsääntöisesti pystynyt arvioimaan sen, missä määrin tietoja voidaan antaa toiselle tarjoajalle. Kysymys on ollut myös näissä tilanteissa osaltaan oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annetun lain soveltamisesta.

Oikeuskäytännön perusteella hankintayksiköt tulkitsevat julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan säännöstä virheellisesti jopa siten, että säännös tulkitaan salassapitosäännökseksi, jolla voidaan rajoittaa yleisöjulkisuutta. Hankintayksiköt ovat pitäneet virheellisesti esimerkiksi tarjousvertailusta laadittua numeerisia tietoja sisältävää taulukkoa salassa pidettävänä (Helsingin hallinto-oikeus 4.3.2016 T 16/0185/5) tai hankintasopimuksen kokonaisarvoa salassa pidettävänä (Helsingin hallinto-oikeus 7.8.2015 T 15/0593/5). Kuitenkin hallintotuomioistuimissa kyseiset tiedot ja asiakirjat on katsottu yleisöjulkisiksi.

Nähdäkseni 4. lakiehdotus ei tule poistamaan niitä tulkintaepäselvyyksiä, joita tarjousvertailuun ja tarjouksiin liittyviin liikesalaisuustietoihin liittyy. Hallituksen esityksen perustelut on jätetty niin epämääräisiksi, ettei niiden perusteella voida edes todeta luotettavasti, että kysymys olisi laajemmasta

tulkintaongelmasta. Oikeuskäytännönkään perusteella ei voida tähän yleisesti ottaen päätyä. Sen sijaan ongelmana on se, että hankintayksiköt eivät noudata tarjouspyyntöjä ja hankintapäätöksiä laatiessaan julkisuuslain 18.1 §:n 4 kohdassa tarkoitettua hyvää julkisuus- ja salassapitorakennetta. Ongelmaa ei poisteta sillä, että julkisuuslakiin vuonna 2011 erikseen säädetty nimenomaan tarkentavaksi ja tulkintaongelmia vähentäväksi säännökseksi lisätty kohta siitä, että ”tieto tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä on kuitenkin aina annettava” poistetaan. Kysymys on toisaalta oikeusturvan toteuttamiseen liittyvästä tiedonsaannista sekä toisaalta hankintayksikköjen hankinta-asiakirjoja koskevasta hyvän julkisuus- ja salassapitorakenteen noudattamisesta. Tarjouspyyntöihin laitettavia vertailuperusteita ei tule laatia siten, että niillä vaarannetaan tarjoajien olennainen liike- ja ammattisalaisuus eikä puolestaan asiakirjoja tule laatia siten, että asianosaisen oikeusturva vaarantuu. Hallituksen esityksessä esitetty tulkintaongelma johtuu hankintayksikköjen taitamattomuudesta, jota ei poisteta säännöstä muuttamalla.

7. Yhteenveto

Hankintalainsäädäntöä ei ole jäsennetty riittävästi osaksi julkisten varojen käytön sääntelyä. Tästä syystä ainakin 1. lakiehdotukseen olisi tarvetta sisällyttää tarkemmat viittaussäännökset hallinnon yleislakeihin niin hankintalain ulkopuolelle jäävien hankintojen kuin hankintalain ohella toissijaisesti sovellettavien säännösten osalta. Erityisesti yhteishankintayksikköjen oikeudellinen asema tulisi arvioida hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta. Kokonaistaloudellisen edullisuuden ja elinkaarikustannusten osalta sääntelyä tulisi myös tarkentaa ottaen huomioon muu julkisten varojen käytön sääntely sekä hankintalainsäädännön tarkoitus. Asiakirjajulkisuutta koskeva sääntely vaatisi tarkennusta julkisoikeudellisten yhteisöjen osalta. Asianosaisjulkisuutta koskevan tarkentavan säännöksen poistamiselle ei ole esitetty hallituksen esityksessä luotettavia perusteita. Ongelma on pikemminkin siinä, että hankintayksiköt eivät noudata julkisuuslain säännöksiä. Ongelma ei ole poistettavissa hallituksen esityksessä esitetyllä tavalla.

Vantaalla 23.10.2016

Tomi Voutilainen
julkisoikeuden professori