

Asia: VN/21718/2023-TEM-1

Lausuntopyyntö koskien hallituksen esitystä julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain muuttamisesta

Lausunnonantajan lausunto

Voitte kirjoittaa lausuntonne alla olevaan tekstikenttään

Kelan lausunto koskee julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain muuttamisesta annettavaksi esitettyä lakiluonnosta.

59 § Velvollisuus käyttää EU-vakiolomakkeita ja yhteistä viitenimikkeistöä (CPV)

Ehdotuksessa esitetään 1 momenttia tarkennettavan ja lisättäväksi uusi 3 momentti, jossa säädettäisiin valtionvarainministeriön valtuuksista antaa asetuksella tarkempia säännöksiä hankintamenettelyssä ilmoitettavista tiedoista, ilmoittamisessa käytettävistä vakiolomakkeista, niiden julkaisemisesta ja muista hankinnasta ilmoittamiseen liittyvistä seikoista, joita hankintadirektiivissä, oikeusturvadirektiiveissä ja kansallisessa lainsäädännössä edellytetään. Säännösehdotus perustuu EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta EU:n komission antamaan täytäntöönpanoasetukseen (EU) 2019/1780, annettu 23 päivänä syyskuuta 2019, vakiolomakkeiden vahvistamisesta julkisiin hankintoihin liittyvien ilmoitusten julkaisemista varten ja täytäntöönpanoasetuksen (EU) 2015/1986 kumoamisesta (sähköiset lomakkeet).

Ehdotettu sääntely on Kelan näkemyksen mukaan täytäntöönpanoasetuksen osalta oikeasuhtaista. Kela haluaa kuitenkin kiinnittää huomioita siihen, että 59 §:n perustelutekstiä on syytä tarkentaa siten, että ”määräyksenantovaltuuden” sijaan käytetään johdonmukaisesti termiä ”asetuksenantovaltuus” ja vastaavasti ”määräysten” sijaan käytetään termiä ”säännöksiä”.

Kela pitää ongelmallisena, jos kansallisiin hankintoihin ja hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jääviin pientankintoihin annetaan asetuksella uusia ilmoitusvelvoitteita ja niiden tietosisältöihin liittyvää pakottavaa sääntelyä.

78 § Alihankkijoiden poissulkeminen ja 80 § Pakolliset poissulkuperusteet

Kela pitää voimassa olevan 78 §:n soveltamisesta ongelmallisena ja sen uudistamista tarpeellisena. Kela pitää tärkeänä, että harkintavalta 78 §:n käyttämisestä säilyy jatkossakin hankintayksiköillä. Hallituksen esitysluonnoksen mukaan alihankkijaa ei 78 §:n nojalla suljeta tarjouskilpailun ulkopuolelle, vaan se vaadittaisiin korvattavaksi tilanteessa, jossa hankintayksikkö on tarkistanut poissulkemisperusteet ja on käynyt ilmi, että ehdokkaan tai tarjoajan alihankkijaa koskee 80 §:n tai 81 §:n poissulkuperusteet. Jos kyse on pakollisesta poissulkuperusteesta, tulee hankintayksikön vaatia tarjoajaa korvaamaan kyseinen alihankkija, ja jos kyse on harkinnanvaraisen poissulkuperusteiden täyttymisestä, hankintayksikkö voi vaatia tarjoajalta alihankkijan korvaamista.

Kela pitää ehdotetun sääntelyn tavoitteita toteuttamiskelpoisena ja samalla muistuttaa siitä, ettei hankintadirektiivin 71 artiklassa tai voimassa olevassa 78 §:ssä edellytetä alihankkijan poissulkemista. Kela ehdottaakin, että 78 §:n otsikko muutetaan muotoon ”Alihankkijoiden korvaaminen” ja säännöstekstin osalta vastaavasti ”poissulkeminen” (kohdassa: poissulkemiseksi [80 tai 81 §:n nojalla]) korvataan säännöksen sisältöä tarkemmin kuvaavalla termillä ”korvaaminen” (eli ”korvaamiseksi”). Tällöin noudatettaisiin hankintalain systematiikkaa, ja pykälä olisi myös sanamuodoltaan yhdenmukainen 92 §:n 3 momentin säännöksen, jossa on säädetty ehdokkaiden ja tarjoajien voimavarayksiköiden korvaamisesta, kanssa.

Kela haluaa myös kiinnittää huomioita seuraaviin tarkentamista edellyttäviin seikkoihin. Ensinnäkin ehdotuksessa jää epäselväksi, riittääkö ainoastaan korvaamisvaatimuksen esittäminen vai tuleeko siitä myös aina seurata, että ehdokas tai tarjoaja korvaa kyseisen alihankkijan. Esitöistä ei myöskään käy ilmi mitä ”korvaamisella” tässä yhteydessä tarkasti ottaen tarkoitetaan. Säännöksen sanamuoto, ainakin harkinnanvaraisen poissulkemisperusteiden osalta, näyttäisi viittaavan siihen, että yksi uusi alihankkija tulee korvattavan yhden alihankkijan tilalle. Tulkinnanvaraista kuitenkin on, voisiko ehdokas tai tarjoaja esittää yhden korvattavan alihankkijan tilalle useamman uuden alihankkijan tai että muut ehdokkaan tai tarjoajan alihankkijat toteuttavat korvattavan alihankkijan osuuden hankinnasta ilman, että kyse on tarjouksen olennaisesta muuttamisesta esimerkiksi tilanteessa, jossa on vaadittu korvattavaksi tarjoajan näkökulmasta iso alihankkija, jonka tarjoaja voisi korvata esimerkiksi kahdella tai kolmella pienemmällä alihankkijalla. Entä voiko tarjoaja korvata alihankkijan ilmoittamalla toteuttavansa itse kyseiselle alihankkijalle aiotun osuuden hankinnasta? Kelan näkemys on, että jotta ehdotettu säännös olisi hyväksyttävissä, tulisi vähintään säännöksen esitöissä kuvata, tarvittaessa konkreettisin esimerkein, mitä ”korvaaminen” käytännössä voi tarkoittaa ja ennen kaikkea ne rajat, joiden sisällä korvaamisessa ei ole kyse kielletystä tarjouksen olennaisesta muuttamisesta tai parantamisesta. Kela haluaa muistuttaa sitä, että tässä on kyse poikkeuksesta oikeuskäytännössä vakiintuneeseen tulkintaan, jonka mukaan hankintayksikkö ei voi sallia tarjoajaa esimerkiksi hankintapäätöksen jälkeen muuttaa tarjoustaan alihankinnan osalta, joten ehdotetun säännöksen tulee tästäkin syystä olla riittävän tarkkarajainen. Lisäksi säännöksen esitöissä olisi ehkä tarpeen täsmentää, että alihankkijoilla tarkoitetaan tässä ainoastaan 77 §:n mukaisia alihankkijoita, jolloin 92 §:n 2 momentissa tarkoitettujen niin sanottujen voimavara-alihankkijain, joiden korvaamisesta on 92 §:n 3 momentissa oma säännös, jäävät 78 §:n soveltamisalan ulkopuolelle.

Kela haluaa kiinnittää huomioita myös siihen, että ehdotettu 78 § poikkeaa poissulkuperusteiden (80 § ja 81 §) ja selvityserusteiden (87-89 §) osalta siitä, mitä on säädetty vastaavasti SOTE-palvelujen sekä muiden erityisten palveluhankintojen osalta 114 §:n 2 momentissa (80 §, 81 § ja 82-86 §) ja myös 92 §:n 3 momentissa voimavarayksiköiden osalta (80 §, 81 § ja 83-86 §). Kela ei lähtökohtaisesti pidä tarkoituksenmukaisena, että alihankkijoiden korvaamisesta olisi eri sisältöistä sääntelyä. Kelan näkemys on, että joka tapauksessa 114 §:ään tulisi lisätä joko viittaussäännös 78 §:ään tai sitä vastaava sääntely alihankkijan korvaamisesta.

Kela haluaa esiintuoda sen, että rikosperusteiset poissulkuperusteet tarkistetaan (88 §:n mukaisesti) käytännössä vasta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ja ainoastaan tarjouskilpailun voittaneelta tarjoajalta ja, hankintayksikön niin päättäessä, myös sen alihankkijoista. Tästä samalla seuraa, että jos hankintayksikkö on päättänyt soveltaa hankinnassaan 78 §:n säännöstä ja hankintapäätöksen tekemisen ja rikosrekisteriotteiden tarkistamisen jälkeen se vaatii tarjoajaa korvaamaan alihankkijan, lykkää tämä osaltaan hankintasopimuksen tekemistä. Lisäksi on selvää, että hankintayksikön tulee vastaavasti tarkistaa kaikki poissulkuperusteet myös tarjoajan esittämästä korvaavasta uudesta alihankkijasta, mikä myös omalta osaltaan entisestään viivyttää hankinnan loppuunsaattamista.

Ehdotetun säännöksen soveltamisessa käytännön ongelman muodostaa se, että säännöksessä ei ole ehdotettu säädettävän siitä ajasta, jonka kuluessa ehdokkaan tai tarjoajan tulee alihankkijan korvaaminen toteuttaa tai sen toteutua. Oikeusturvasyistä Kela ehdottaa, että 78 §:ään lisätään lause siitä, että tarjoaja korvaa (tai sen tulee korvata) alihankkijan hankintayksikön antamassa kohtuullisessa ajassa.

Kela haluaa nostaa esille myös sen, että ehdotuksen esitöissä ei ole myöskään varauduttu tilanteeseen, jossa ehdokas tai tarjoaja ei hankintayksikön vaatimuksesta huolimatta ole korvaamassa alihankkijaansa tai ei korvaa sitä hyväksyttävällä tavalla tai hyväksyttävällä alihankkijalla taikka se kestää kohtuuttoman kauan. Kela näkemys on, että hankintayksiköllä tulee tällöin olla oikeus sulkea kyseinen ehdokas ja tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle. Kela pitää tärkeänä, että ehdotetussa 80 §:ssä säilytetään se, että myös alihankkijoiden tai niiden hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävän rikosrekisteristä löytyvä poissulkuperusteena mainittu rangaistus olisi jatkossakin, jos 78 §:ssä säädetty alihankkijan korvaaminen ei toteudu, ehdokkaan tai tarjoajan poissulkuperuste. Kela myös ehdottaa, että 81 §:ää muutetaan vastaavasti siten, että hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, jos alihankkijan korvaaminen ei toteudu 78 §:ssä säädetyllä tavalla.

141 § Kilpailu- ja kuluttajaviraston esitys markkinaoikeudelle

Ehdotuksen mukaan pykälän 2 momentissa säädettäisiin uudesta määräajasta siten, että kilpailu- ja kuluttajaviraston olisi mahdollista tehdä 1 momentissa tarkoitettu esitys 12 kuukauden kuluessa hankintasopimuksen tekemisestä nykyisen kuuden kuukauden määräajan sijaan. Kelan näkemys on, että muutosesitys on kattavasti perustelu (ehdotuksen kohdassa Nykytila ja sen arviointi), ja esitetty muutos on oikeasuhtainen sillä tavoiteltuun nähden.

Muita huomioita

Voimavarayksiköiden rikosrekisteriotteet

Kela ehdottaa sääntelyä, jonka mukaan hankintayksiköillä tulisi olla oikeus saada rikosrekisteriotteet myös tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköistä. Poissulkuperusteiden tarkastaminen tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköstä on tärkeää, sillä voimavarayksiköiden avulla voidaan täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset. Asian merkitystä korostaa se, että hankintayksikkö voi edellyttää tarjoajan ja voimavarayksikön yhteisvastuuta, jos voimavaraja käytetään taloudellista ja rahoituksellista tilannetta koskevien vaatimusten täyttämiseksi.

Puitejärjestelyä koskeva sääntely

Lisäksi Kela haluaa muistuttaa siitä, että hallituksen esityksessä HE 244/2020 vp oli sivulla 13 todettu, että "[p]uitejärjestelyjen käyttöä on kuitenkin syytä edelleen seurata sekä tarvittaessa täsmentää uuden direktiiviin perustuvan oikeuskäytännön sekä mahdollisen EU sääntelyn täsmentymisen myötä."

Kela ehdottaa, että EU:n tuomioistuimen ratkaisun asiassa C-23/20 Simonsen & Weel (ECLI:EU:C:2021:490) antamat oikeusohjeet huomioidaan samassa yhteydessä muuttamalla tältä osin hankintalain 42 §:ää / 43 §:ää ja mahdollisesti myös 98 §:ää.

Laativat:

Kari Tolonen, hankintalakimies

Jukka Arppe, hankintajuristi

Emilia Perttunen, hankintalakimies

Fils Noora
Kansaneläkelaitos