

Asia: VN/4099/2024

Lausuntopyyntö: Työryhmämietintö hallituksen esitykseksi hankintalain, erityisalojen hankintalain sekä rikosrekisterilain 6 b §: n muuttamiseksi

Lausunnonantajan lausunto

Esityksen yleiset tavoitteet ja päämäärät

Mitä mieltä olette esityksen yleisistä tavoitteista ja päämääristä? Saavutetaanko esityksellä hallitusohjelman yleiset tavoitteet säästöistä ja kilpailun lisäämisestä?

Hankintasääntelyn uudistusten taustasta ja tavoitteista

Työryhmän mietinnössä on todettu, että hankintalakiin ehdotettavilla muutoksilla huomioitaisiin pääministeri Orpon hallituksen hallitusohjelmaan liittyvät tavoitteet ja että muutokset lisääisivät tehokkuutta ja kustannussäästöjä julkisissa hankinnoissa. Hankintojen suunnittelua koskevilla muutoksilla edistettäisiin muun muassa hankintojen toteuttamista tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina siten, että hankintayksikön tarpeet tulevat kustannustehokkaasti katettua. Sidosyksiköitä koskevalla muutoksella esitetään parannettavaksi julkisen sektorin tehokkuutta sekä vahvistetaan alueellista elinvoimaa ja yrittämisen toimintaedellytyksiä. Muutosten tavoitteena on myös lisätä pk-yritysten osallistumisedellytyksiä ja mahdollisuuksia osallistua julkisiin tarjouskilpailuihin.

Mietinnössä ehdotetaan, että hankintalakia kehitetään siten, että veloitetaan hankintayksiköitä hankinnan kohteen järjestämisessä huomioimaan entistä paremmin markkinoiden kilpailuolosuhteet, ja samalla ehdotetaan rajoitettavan sidosyksiköiden käyttöä hankintojen toteuttamisessa. Mietinnössä on tältä osin muun ohessa todettu, että lainsäädäntöä tiukennetaan siten, että sidosyksikköhankintoja voidaan tehdä vain silloin, kun ne ovat kokonaistaloudellisesti edullisempia kuin markkinoilla toimivat vaihtoehdot tai tähän on muu erityisen painava syy.

Kela pitää muutosehdotuksessa mainittuja tavoitteita kannatettavina ja esitettyä uutta sääntelyä mahdollisina siltä osin kuin se aidosti edistää kustannustehokkuutta ja kannustaa mietinnössä esille nostettuihin tavoitteisiin pääsemistä ilman, että esitetyt uudet säännökset olisivat ristiriidassa hankintalaissa ennestään säädettyjen tavoitteiden kanssa, ja lisäksi uuden sääntelyn tulisi olla yhteensovittavissa muun julkista hankinnoista annetun kansallisen ja EU:n sääntelyn kanssa.

Heti alkuun on kuitenkin todettava, että osaan ehdotuksista sisältyy merkittäviä ongelmia, joko niin, että asetettuun tavoitteeseen pääsemiseksi valittu toimenpide on siinä mielessä väärä, että se ei suoraan vaikuta havaittuun epäkohtaan tai se on ristiriidassa muiden tavoitteiden kanssa tai sillä luodaan uusia merkittäviä ongelmia taikka uusi säännös on syrjivä. Osa työryhmän ehdotuksista

myös lisäisi entisestään sekä hankintayksiköiden että talouden toimijoiden prosessikustannuksia, kyseenalaistaisi hankintayksiköiden mahdollisuuksia tehdä edullisia hankintoja ja saisi aikaan merkittäviä uusia hankintamenettelyyn liittyviä prosessiriskejä, voisi johtaa ruuhkiin tuomioistuimissa ja sitä myöten hankintojen toteuttamisen vakavaan viivästymiseen sekä kaikkien negatiivisten seurausten yhteisvaikutuksena entisestään rapauttaisi pidemmällä aikavälillä talouden toimijoiden luottamusta nähdä julkiset hankinnat tehokkaana, edullisena, toimivana ja luotettavana tapana tarjota palveluja, tavaroita ja rakennusurakoita julkiselle sektorille. Kela katsoo isoksi puutteeksi myös sen, ettei mietinnössä ole tehty perusteellisista vaikutustenarviointia siinä laajuudessa kuin lakiesityksen perusteleminen edellyttää.

Kela pitää ehdottoman välttämättömänä, että myös tulevasta hallituksen esityksestä järjestetään normaali avoin lausuntokierros.

Hankintojen valmistelu

Hankintojen valmistelua koskevilla ehdotuksilla pyritään lisäämään hankintojen huolellista valmistelua, markkinakartoituksen käyttöä, sekä kilpailua julkisissa hankinnoissa. Tavoitteena on saada lisää tarjontaa ja säästöjä. Työryhmän mietinnössä ehdotetussa ratkaisussa on samanaikaisesti pyritty varmistamaan, että se on käytännön hankintatoimen näkökulmasta tarkoituksenmukainen.

-

- **Kuinka hyvin hankintalain 65, 75, 124 ja 125 §:iä koskeva esitys edistää markkinakartoituksen käyttöä ja hankinnan huolellista valmistelua?**

65 § Markkinakartoitus

Työryhmän mietinnössä on todettu, että hallitusohjelman kirjaukset sisältävät keinoja, joilla halutaan lisätä markkinavuoropuhelua, edistää hankintojen jakamista osiin ja analyysityökalujen käyttöä sekä välttää tilanteet, joissa kilpailutuksessa saadaan vain yksi tarjous. Mietinnön mukaan näitä keinoja tulee arvioida kokonaisuutena, ja ne liittyvät hankinnan huolelliseen suunnitteluun ja muuhun valmisteluun.

Mietinnön mukaan esityksessä tarkennettaisiin markkinakartoitusta ja hankinnan valmisteluun osallistumista koskevia sääntöjä ja kannustettaisiin hankintayksiköitä markkinakartoituksen nykyistä laajempaan käyttöön hankinnan valmistelussa. Esityksen mukaan markkinakartoituksen toteuttaminen olisi edelleen vapaaehtoista yli 10 miljoonan euron hankintoja lukuun ottamatta, mutta sen käyttöä hankinnan huolellisessa suunnittelussa korostettaisiin.

Ehdotuksen mukaan markkinakartoitus voisi koskea joko yhtä hankintaa tai samassa yhteydessä voitaisiin toteuttaa useampaa hankintaa koskeva analyysi tai markkinatarjonnan selvittäminen. Pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa kuvattaisiin yleisluontoisia esimerkkejä markkinakartoituksen toteutustavasta, ja kannustettaisiin analyysityökalujen käyttöön. Markkinakartoituksen käyttö ja toteutustavan valinta jäisivät esityksen mukaan edelleen hankintayksikön harkintaan.

Esityksen säädöskohtaisten perustelujen mukaan pykälän 2 momenttia muutettaisiin siten, että siinä korostettaisiin hankintayksikön toimenpiteitä huomioida kilpailuolosuhteet. Keskeisiä keinoja olisivat markkinoiden kartoittaminen alan yrityksiä kuulemalla ja erilaisten analyysityökalujen käyttö hankinnan toteutustavan suunnittelussa.

Kela katsoo, että 65 §:n ehdotus ja sen ympärille rakennettu kokonaisuus on työryhmän ”korjaussarjan” merkittävin uudistusehdotus hankintojen toteuttamista silmällä pitäen. Kela kannattaa markkinakartoituksen merkityksen korostamista, sillä huolellisella suunnittelulla on olennainen rooli hankinnan onnistumisen kannalta, ja markkinakartoitus on tässä yksi tärkeä työkalu.

Kela toteaa, että markkinakartoituksella on vakiintuneesti tarkoitettu kaikkea sitä markkinoilla olevaa tietoa, jota hankintayksikön on mahdollista saada ja hyödyntää hankintaa suunnitellessaan. Kela käyttää omissa hankinnoissaan laajasti markkinakartoitusta ja käy markkinavuoropuhelua talouden toimijoiden kanssa. Markkinakartoitus on molemminpuolista, eli markkinakartoituksen aikana tai sen osana voidaan antaa tietoa toimittajille hankintaa koskevista suunnitelmista ja ajatelluista vaatimuksista. Kela on käyttänyt markkinakartoituksessa ja teknisessä vuoropuhelussa erilaisia keinoja ja muotoja, erityisesti HILMA:a, jossa on pyydetty kyseisen alan toimittajia käymään dialogia hankinnan kohteesta ja sen määrittelystä. Kela on myös itse selvittänyt markkinoilla olevia vaihtoehtoja ja vaihtanut tietoja muiden hankintayksiköiden ja eri viranomaisten kanssa. Jatkossa, jos säännös säädetään ehdotetunlaisena voimaan, vaikuttaa siltä, että muiden hankintayksiköiden ja muiden viranomaisten kanssa ei ole enää sallittua käydä markkinavuoropuhelua (eli, että ne eivät sisältyisi ”riippumattomien asiantuntijoiden” tai ”muiden toimijoiden” joukkoon).

Esityksen mukaan markkinakartoitus voitaisiin toteuttaa erilaisin keinoin, esimerkiksi vapaamuotoisin keskusteluin, hyödyntämällä erilaisia työkaluja tai julkaisemalla tietopyyntöjä. Markkinakartoitus tai markkinavuoropuhelu voisi koskea hankinnan kohteeseen, toteutustapaan, hankintamalliin sekä sopimusehtoihin liittyviä seikkoja. Toteutustapaan liittyvässä arvioinnissa hankintayksikkö voisi vertailla esimerkiksi erilaisten menettelyjen etuja ja haittoja, erilaisia sopimustyyppisiä tai hankintojen jakamista erikokoisiin osiin, ja arvioida näiden vaihtoehtojen vaikutusta tarjoajien ja tarjonnan määrään ja laatuun. Hankintayksikkö voisi ehdotuksen mukaan selvittää jo suunnitteluvaiheessa markkinoiden tuote- ja palvelutarjontaa, potentiaalisia toimittajia, kauppatapoja, hankinnan vaativuuteen nähden riittävää tarjousaikaa, vaihtoehtoisia hankintamalleja sekä erilaisten kilpailu- ja sopimusehtojen vaikutusta. Esityksen mukaan markkinakartoitus tulisi toteuttaa hankinnan laatu, laajuus ja vaativuus huomioon ottaen riittävällä tavalla.

Ehdotuksen mukaan markkinakartoitusta tulee käydä alalla toimivien yritysten, riippumattomien asiantuntijoiden ja muiden toimijoiden kanssa, joita pitää ”kuulla”, mihin sisältyy myös ”näkemysten huomioon ottamista”. Siihen, mitä muuta markkinakartoituksen toteutuksessa täytyy huomioida, on löydettävissä lisäohjeistusta ehdotettujen 75 §:n ja 125 §:n perusteluista. Kelan näkemys on, että kaikki markkinakartoitusta koskeva ohjeistus tulee hallituksen esityksestä käydä ilmi 65 §:n säännösten yksityiskohtaisista perusteluista. Ensivaikutelma on, että hankintayksikön olisi käytännössä onnistuttava samaan aikaan kuulemaan merkittävä määrä alan yrityksiä, mikä voi olla haastavaa, varsinkin jos toimittajille tulee ”markkinavuoropuheluväsymys”, sillä vain yhden tai muutaman yrityksen kuulemiseen sisältyy useissa tapauksissa merkittäviä riskejä: esimerkiksi, jos hankintayksikkö vain yhden saapuneen tarjouksen tilanteessa ei aio keskeyttää hankintaa, tulee sen pystyä valituksen johdosta markkinaoikeudessa näyttämään toteen, että se on markkinakartoituksessaan kartoittanut markkinoiden tarjontaa riittävästi hankinnan kohde ja laajuus huomioiden.

Mietinnössä on myös todettu, että hankintayksiköiden on suositeltavaa käydä jatkuvaa vuoropuhelua alan toimijoiden kanssa. Mietinnön mukaan markkinakartoituksen onnistuminen edellyttää myös tarjoajilta aktiivista osallistumista, ja tarjoajien on suositeltavaa perehtyä hankinnan suunniteltuun sisältöön ja esitettyyn aiheistoon, ja vastata esitettyihin kysymyksiin. On selvää, että

markkinakartoituksen roolin korostaminen samalla kasvattaa talouden toimijoiden kiinnostusta ja aktivoi enenevässä määrin osallistumaan niihin, mikä on hyvä asia. Ehdotettu sääntely epäilemättä herättää yrityksissä samalla isoja odotuksia sen suhteen, että niiden näkemykset pääsevät merkittävässä määrin vaikuttamaan hankinnan kohteeseen, toteutustapaan, hankintatapaan ja sopimusehtoihin, ja mahdolliset pettymykset todennäköisesti kanavoituisivat tarjouskilpailuissa hankintayksikölle tehtävien oikaisuvaatimusten ja markkinaoikeuteen tehtävien valitusten kautta.

Hilmassa julkaistiin vuonna 2023 yli 12.000 EU-hankintailmoitusta. Jos jatkossa hankintayksiköt järjestäisivät vuosittain esimerkiksi 5.000 markkinakartoitusta, tarkoittaisi se keskimäärin 100 markkinakartoitusta viikossa. Tämä edellyttänee hankintayksiköiltä merkittäviä resurssilisäyksiä, ja se voi myös lisätä markkinakartoituksiin osallistuvien toimittajien kustannuksia, joita ei hankintayksiköiden toimesta erikseen korvata, ja joita tarjoajien voi olla – kilpailutilanteesta riippuen – vaikea sisällyttää tarjoushintoihinsa.

75 § Hankintasopimuksen jakaminen osiin

Ehdotuksen mukaan EU-kynnysarvon alle jäävissä kansallisissa hankinnoissa säilytettäisiin nykytila ja hankintojen jakaminen osiin olisi edelleen vapaaehtoista. Sen sijaan EU-kynnysarvon ylittävä hankinta tulisi lähtökohtaisesti aina kilpailuttaa siten, että se mahdollistaa myös pienempien yritysten osallistumisen tarjouskilpailuun. Tästä voisi poiketa vain perustellusta syytä. Työryhmä ehdottaa, että EU-kynnysarvon ylittävä hankinta voitaisiin olla jakamatta osiin vain erityisistä syistä ja mahdollistettaisiin ratkaisusta valittaminen.

Pykäläehdotuksen mukaan hankinta on jaettava erillisiin osiin tai kilpailutettava osat erillisillä tarjouskilpailuilla. Hankinta voidaan jakaa osiin myös valitsemalla kaksi tai useampi toimittaja puitejärjestelyyn tai perustamalla dynaaminen hankintajärjestelmä. Ehdotuksen mukaan hankintaa ei tarvitse jakaa osiin, jos hankinnan tai hankintamenettelyn luonteen, laajuuden, toteuttamistavan, kokonaisvastuun tai hankinnan jakamiseen liittyvien riskien vuoksi jakaminen ei ole perustellusta syystä mahdollista tai hankinta on edeltänyt 65 §:n mukainen markkinakartoitus. Hankintojen jakamista ei tarvitse toteuttaa myöskään silloin, jos jakaminen lisää merkittävästi hankintayksikön tai toimittajan hallintokustannuksia tai johtaisi kustannusten jatkuvaan kasvuun. Hankinnan jakamatta jättäminen tulisi perustua markkinakartoitukseen tai muuhun hankinnan toteutustapaa ja sen kustannustehokuutta koskevaan selvitykseen.

Kela vastustaa 75 §:n ehdotusta. Ehdotus hankintojen pakollisesta jakamisesta ei lisää tavoiteltua tehokkuutta ja kustannussäästöjä julkisissa hankinnoissa, eikä se edes välttämättä lisää kilpailua, sillä tutkimustiedon mukaan volyymiltään suurempiin eli laajimpiin hankintoihin saadaan enemmän tarjouksia.

Työryhmän ehdotus hankintojen pakollista jakamisesta kyseenalaistaa myös julkisten hankintojen aivan perustavanlaatuisia lähtökohtia. Hankintojen toteuttamisen ehdottomana lähtökohtana tulisi jatkossakin olla hankintayksikön näkemys sen tarpeita vastaavasta laadullisesti, toiminnallisesti ja taloudellisesti tarkoituksenmukaisimmasta hankintakokonaisuudesta. Pk-yrityksillä on mahdollisuus osallistua laajempiin hankintoihin ryhmittymänä, jolloin ne voivat yhdistää tietämyksensä ja asiantuntemuksensa tehdä yhteisiä tarjouksia. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hankintayksikön ei tarvitse sopeuttaa tarjouspyynnön ehtoja olemassa olevaan tarjontaan, jos hankinnassa perustellusti pyritään hankintayksikön tarpeita palvelemaan lopputulokseen.

Työryhmän ehdotus on myös siltä osin ongelmallinen, sillä ehdotettu 75 § kaventaa myös hankintalain 2 §:ssä hankinnoille asetettujen tavoitteiden toteuttamismahdollisuuksia, sillä 2 §:n sääntely joutuisi 75 §:n sääntelyyn nähden alisteiseen asemaan siinä mielessä, että velvoite jakaa hankinnat osiin samalla rajaa merkittävästi sitä tapaa, joilla 2 §:n tavoitteisiin voitaisiin enää sen jälkeen päästä. Käytännössä 75 §:n ehdotus toteutuessaan johtaisi siihen, että hankintayksikön pitäisi aina ensin selvittää ja päättää, voidaanko hankinta olla jakamatta osiin, ja vasta sen perusteella se voi ottaa huomioon 2 §:n mukaiset tavoitteet – ja enää niissä rajoissa, mitä hankintojen osissa, tai poikkeuksellisesti kokonaisuutena, tekeminen mahdollistaa.

Työryhmän 75 §:n ehdotus näyttäisi myös muuttavan perustavalla tavalla puitejärjestelyn rakennetta ja toteuttamista, sillä yhden toimittajan puitejärjestely ei olisi jatkossa enää ehdotetun 75 §:n mukainen ainakaan silloin, jos perustetta hankintojen jakamattomuudelle ei ole. Tämä synnyttäisi ristiriidan 42 §:n ja hankintadirektiivin 33 artiklan kanssa. Hankintadirektiivin 33 artiklan ja hankintalain 42 §:n mukaan puitejärjestelyllä tarkoitetaan yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat hinnat ja suunnitellut määrät sekä muut ehdot. Lisäksi tässä yhteydessä on huomattava, että ehdotetun 75 §:n myötä (jos jakamattomuusperustetta ei ole) näyttäisi siltä, että useamman toimittajan puitejärjestelyä ei enää voitaisi rakentaa hankintayksikön näkökulmasta usein tarkoituksenmukaisimmalla ja edullisimmalla tavalla eli niin, että tilattavat hyödykkeet ostetaan ensisijaisesti puitejärjestelyssä ensimmäiseksi sijoittuneelta eli parhaalta toimittajalta, joka on ollut hinnaltaan tai hinta-laatusuhteella paras tarjoaja ja toiseksi sijoittunut toimittaja olisi vain varalla, koska tämä toteutustapa ei käytännössä täyttäisi 75 §:n hankintojen jakamisen vaatimusta. Tältäkin osin 75 §:n ehdotus ei edistä kustannustehokkuutta.

Lisäksi 75 §:n ehdotuksesta on todettava, että siinä luetellut poikkeusperusteet eli milloin hankintaa ei tarvitse jakaa osiin, ovat listaus tulkinnanvaraisia tilanteita ja niissä käytetään käsitteitä, joiden soveltamiseen liittyy merkittävää sisällöllistä epävarmuutta, joihin voidaan käytännössä saada ratkaisuja vain odottamalla mahdollisesti vuosia markkinaoikeuden ja viimekädessä korkeimman hallinto-oikeuden valitukseen antamia päätöksiä.

Työryhmän ehdotuksen mukaan hankintayksikkö voi jättää hankinnan jakamatta osiin myös silloin, kun hankintaa on edellyttänyt 65 §:n mukainen markkinakartoitus. Markkinakartoitus muodostaisi siten oman itsenäisen perusteen olla jakamatta hankintaa osiin. Markkinakartoitukselle halutaan siten antaa sellainen oikeudellinen merkitys mitä voimassa oleva hankintalaki ei tunne. Lienee selvää, että työryhmän ensisijaisena tavoitteena onkin, että hankintayksiköt pääsääntöisesti, välttääkseen poikkeusperusteiden soveltamiseen liittyvät ilmeiset riskit, järjestäisivät aina hankintaa edeltävän markkinakartoituksen.

Kelan näkemys on, että hankintojen pakollinen jakaminen – vaikka ehdotetut poikkeusperusteet otetaan huomioon – ei edistä tavoitteita toteuttaa hankinnat mahdollisimman laadullisesti, toiminnallisesti ja taloudellisesti tarkoituksenmukaisimpina kokonaisuuksina ja mahdollisimman kustannustehokkaalla tavalla.

124 § Hankintamenettelyä koskeva kertomus

Kelan näkemys on, että säännös on tarpeeton ja lisää entisestään muutenkin esitettyjen uudistusten johdosta kohoavia hankintayksiköiden prosessikustannuksia.

125 § Hankintamenettelyn keskeyttäminen ja velvollisuus kilpailuttaa uudestaan

Työryhmän mietinnössä on ehdotettu, että pykälän 1 momenttia muutettaisiin hankinnan keskeyttämistä koskevalta osalta siten, että avoimena menettelynä toteutettu hankinta tulisi keskeyttää, jos hankintayksikkö on saanut tarjouskilpailussa vain yhden tarjouksen. Mikäli hankintayksikkö haluaisi edelleen täyttää hankintatarpeensa julkisena hankintana, tulisi sen järjestää hankinnasta uusi tarjouskilpailu. Ehdotuksen mukaan hankintamenettely olisi uusittava vain kerran, ja säännös olisi velvoittava. Uuden kilpailutuksen laiminlyönnistä voisi valittaa markkinaoikeuteen.

Mietinnön perustelujen mukaan hankintojen suunnitteluun liittyvillä velvoitteilla kilpailuttaa hankinnat uudestaan, jos tarjouksia on saatu vain yksi, sekä toteuttaa eräät hankintojen valmisteluvaihetta koskevat velvoitteet, pyritään edistämään hankintojen toteuttamista tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina siten, että hankintayksiköiden tarpeet tulevat kustannustehokkaasti katettua ja kilpailu julkisissa hankinnoissa lisääntyy.

Pykälän säännöskohtaisten perustelujen mukaan velvoitteesta keskeyttää hankinta yhden tarjouksen saatuaan voidaan poiketa tilanteessa, jossa hankintayksikkö voisi osoittaa kartoittaneensa markkinoiden tarjontaa riittävästi hankinnan kohde ja laajuus huomioiden. Ehdotuksen mukaan poikkeaminen olisi mahdollista, jos hankintayksikkö ei markkinoiden kuulemisesta ja näkemysten huomioon ottamisesta huolimatta olisi saanut enempää kuin yhden tarjouksen. Ehdotuksen mukaan säännös kannustaisi hankintayksiköitä kartoittamaan markkinoita ja käymään vuoropuhelua markkinoiden kanssa hankinnan tarkoituksenmukaisen toteutustavan löytämiseksi. Poikkeaminen olisi mahdollista myös sellaisen toteutustavan analyysin osalta, jossa on arvioitu hankinnan toteuttamista tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina. Ehdotuksen mukaan muutos vastaisi ehdotettua markkinakartoitusta koskevaa 65 §:n säännöstä. Ehdotuksen mukaan 125 §:n säännöksessä ei otettaisi kantaa uuden hankintamenettelyn sisältöön.

Ehdotuksessa on myös todettu, että hankinnan uudelleen kilpailuttamisesta voitaisiin poiketa vain erityisen painavasta syystä. Erityisen painavana syynä voitaisiin pitää esimerkiksi sitä, että hankinnan kohde on niin vaativa tai luonteeltaan tai kooltaan muutoin sellainen, että kyseistä tarjontaa on vain hyvin rajoitetusti. Rajoitettu tarjonta ei kuitenkaan saisi perustua siihen, että hankinnan kohde tai siihen sovellettavat sopimusehdot on keinotekoisesti määritelty siten, että ne perusteettomasti rajoittavat kilpailua. Edellä kuvatun perustelutekstin merkitys jää tässä yhteydessä epäselväksi, koska itse säännösehdokseen ei sisälly mitään poikkeuksia. Kela katsookin, että erityisen painava syy poikkeusperusteena uudelleen kilpailuttamisvelvoitteeseen tulisi viedä säännöstasolle.

Kela vastustaa kaiken kaikkiaan 125 §:n ehdotusta, joka on täysin tarpeeton, ja se kannustaa ainoaa tarjoajaa nostamaan toisella tarjouskierroksella tarjouksensa hintaa. Mietinnössä ei ole esitetty riittävää evidenssiä siitä, että tarjouskilpailun kerran uudelleen tekeminen (varsinkaan, kun siihen ei ymmärrettävästi sisälly velvollisuutta muuttaa (eli "keventää") hankinnan kriteerejä) lisäisi Suomessa merkittävässä määrin kilpailua, tehokkuutta ja kustannussäästöjä julkisissa hankinnoissa. On ilmeistä, että sääntelyn tarkoitus onkin ensisijaisesti "painostaa" hankintayksiköitä tekemään ennen hankintaa markkinakartoitusta. Ehdotettua säännöstä ei ole voimassa missään EU:n jäsenvaltiossa, mikä ei ole sattumaa.

Mietinnössä on viitattu tutkimukseen (Titl, 2021), jossa analysoitiin aiemmin Tšekin tasavallassa vuosina 2012–2015 voimassa ollutta työryhmän esittämää sääntelyä. On syytä kyseenalaistaa, onko Tšekkejä koskeneesta tutkimuksesta löydettävissä Suomen hankintalain muuttamiseksi siinä määrin perusteita kuin mietinnössä on esitetty.

Tšekin julkisista hankinnoista puuttui tuohon aikaan avoimuus ja läpinäkyvyys, ja budjettisäännöt sekä investointien hallinnan periaatteet eivät taloudellisesti motivoineet hankintaviranomaisia käyttämään julkisia varoja järkevästi. Esimerkiksi julkisten hankintojen rakennusurakoihin, jotka vuonna 2012 muodostivat 68,4 prosenttia Tšekeissä käytetystä julkisten hankintojen rahamäärästä, annettuihin tarjouksiin sisältyi merkittävää ylihinnottelua ja avoimesti toteutettujen hankintojen osuus vuonna 2011 oli vain 55,8 prosenttia hankintojen kokonaisarvosta (Lähde: František Ochrana – Petr Stehlík: Overpricing of Public Procurement for Construction Works in the Czech Republic. Předražování veřejných zakázek na stavební práce v České republice. Ekonomický časopis, 63, 2015, č. 3, S. 227–238).

Tšekin parlamentti hyväksyi kattavan hankintoja koskevan lakiuudistuksen vuonna 2012 pyrkiessään lisäämään avoimuutta ja tehokkuutta ja yleistä luottamusta hankintaprosessiin. Uudistukset olivat merkittäviä ja laaja-alaisia, mutta useiden keskeisten säännösten täytäntöönpanossa oli ongelmia, ja huomattava osa laista kumottiin myöhemmin. Sääntelyn taustalla oli, että Tšekin tasavaltaa vaivasi vielä 2000-luvulla julkisissa hankinnoissa järjestelmällinen korruptio, jolle oli tyypillistä julkisten toimijoiden ohella rinnakkaiset epäviralliset rakenteet, jotka häiritsevät julkisten hankintojen valmistelua jo ennen tarjouskilpailujen julkistamista. Nämä epäviralliset toimijat valmistelivat suuria julkisia investointeja koskevia suunnitelmia ja päättivät ennen virallista tarjouskilpailua, kuka toimittaja toteuttaa hankinnan, mitkä yritykset osallistuvat alihankintaan ja miten "saalis jaetaan". Virallisen tarjouskilpailuilmoituksen jälkeen julkisten hankintojen muodolliset vaiheet (tarjoukset ja hankintaneuvottelut) vain turvasivat jo etukäteen sovitun julkisen tarjouskilpailun lopputuloksen. Julkisiin hankintoihin liittyi tuolloin muutakin merkittävää sääntöjenvastaisuutta, kuten virheellisten menettelyjen käyttöä, hankintasopimusten salaamista, poikkeusperusteiden väärinkäyttöä ja perusteettomia suorahankintoja. Tyypillistä myös oli, että tarjousten vertailuperusteena käytettiin, 80 prosentissa tutkituista tapauksista, yksinomaan halvinta hintaa. (Lähteet: Ivan Langr – František Ochrana: Systemic Corruption in Public Procurement: Case of the Czech Republic. S. 131–135. Teoksessa: Proceedings of the 20th International Conference. Theoretical and Practical Aspects of Public Finance 2015. University of Economics, Prague, Faculty of Finance and Accounting, Department of Public Finance. Prague, April 2015; František Ochrana, Kristýna Hrnčířová: Does the Lowest Bid Price Evaluation Criterion Make for a More Efficient Public Procurement Selection Criterion? (Case of the Czech Republic). S. 41–59. The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy, Vol. VIII, No. 1, Summer 2015 ja https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/cz.pdf).

EU:n hankintadirektiivin implementoinnin lähestyessä Tšekin tasavallan julkisia hankintoja koskevaan lakiin tehtiin vuonna 2015 muutoksia ja samalla kumottiin vuoden 2012 sääntelyä, jolla ei saavutettu asetettuja tavoitteita. Kumottujen säännösten joukkoon kuului myös nyt työryhmän mietinnössä esitetty velvollisuus uusien tarjouskilpailu vain yhden tarjouksen tilanteessa. Tšekissä on todettu, että tältä osin lainsäätäjä myönsi, että yksittäisten tarjousten hyväksymisen kieltäminen oli virhe, mikä ei tuonut käytännön hyötyä, vaan päinvastoin vaikeutti ja nosti erikoislaitteiden hankintojen hintaa (Lähde: <https://bnt.eu/sk/pravne-spravy/reviews-of-public-tenders-now-more-costly/>).

Titl`n tutkimuksen mukaan kyseisen määräaikaiseksi jääneen sääntelyn johdosta saavutettiin Tšekin tasavallassa noin 10 prosentin hintojen alennus lähinnä siitä syystä, että hankintayksiköt pidensivät tarjousaikaa viidellä päivällä ja laativat tarkemmat hankintojen kuvaukset. Herää kysymys, eikö hankintalain uudistamista käsitelvän työryhmän olisi tämän tutkimustuloksen perusteella ollut syytä tarkastella nimenomaan sitä, onko tarjousaikaa ja hankinnan kohteen kuvausta koskevat

hankintalain säännökset tältä osin ajan tasalla ja vaatisivatko ne kenties uudistamista. Tätä tukee myös huutokauppateoria, jonka mukaan mitä enemmän tarjoajalla on käytössään informaatiota hankinnan kohteesta, sitä vähemmän hänen tarvitsee murehtia hintatarjouksen tekemisestä.

- **Ovatko esitetyt keinot sopivia näiden tavoitteiden saavuttamiseksi?**

-

Sidosyksiköiden käytön rajoittaminen

Mitä mieltä olette esityksessä ehdotetusta sidosyksiköiden vähimmäisomistusta koskevasta vaatimuksesta? Onko se mielestänne tarkoituksenmukainen ja toteuttamiskelpoinen?

15 § Hankinnat sidosyksiköltä

Työryhmän ehdotuksen selkeänä lähtökohtana on ollut se yleisesti tiedossa oleva seikka, että viime vuosina on yleistynyt ilmiö, jossa kunnat, hyvinvointialueet ja eräät muut hankintayksiköt ovat perustaneet yhteisiä yksikköjä (yhtiöitä), joilta ne hankkivat palveluja ilman hankintalain mukaista kilpailuttamista. Osassa näistä yksiköistä on jopa satoja osakkaita, ja niiden omistajakunta on laajentunut jatkuvasti. Tällaisissa järjestelyissä uusi omistaja on usein ostanut nimellisen osuuden kyseisestä yhtiöstä ja hankkinut sen jälkeen palveluja kyseiseltä yhtiöstä ilman hankintalain mukaista kilpailuttamista. Mietinnön mukaan sidosyksiköitä koskevalla hankintalain muutoksella pyritään parantamaan julkisen sektorin tehokkuutta sekä vahvistamaan alueellista elinvoimaa ja yrittämisen edellytyksiä.

Työryhmä esittää muutettavaksi 15 §:n sidosyksikkösääntelyä siten, että hankintayksiköiden omistukselle niiden yhdessä omistamasta sidosyksiköstä asetettaisiin 10 prosentin vähimmäisomistusta koskeva ehto. Lisäksi ehdotetun siirtymäsäännöksen (174 §) mukaan hankintayksikön tulee irtisanoa hankintalain muuttamista koskevan lain voimaan tullessa voimassa olevat 15 §:n perusteella tehdyt sopimukset päättymään siirtymäajan 30.6.2028 loppuun mennessä. Hankintalakiin esitetään siten myös taannehtivaa lainsäädäntöä. Tämä tarkoittaisi ennen näkemätöntä puuttumista nykyisiin sidosyksiköiden omistusrakenteisiin.

Mietinnössä todetaan, että muutos olisi kansallinen, eikä se perustu hankintadirektiiviin, ja tavoitteena on estää kansallisesti sidosyksiköiden omistuksen jakautuminen hyvinkin pieniin osuuksiin, mikä mietinnön mukaan olisi ongelmallista hankintalainsäädännön ja kilpailun rajoittamisen estämistä koskevien tavoitteiden näkökulmasta. Työryhmän mietinnössä myös todetaan, että uudistuksen tavoitteena on rajoittaa hankintayksiköiden mahdollisuuksia kiertää hankintalakia sidosyksiköiden avulla. Kelan näkemys on, että viimeksi mainittuun tavoitteeseen voidaan päästä valvontaviranomaisen resursseja lisäämällä ja tarvittaessa myös toimivaltaa kasvattamalla.

Työryhmän mietinnöstä ei käy ilmi, miksi ja miten juuri kyseiseen prosenttiosuuteen on päädytty. Kela haluaa tuoda esille sen, että esitykseen sisältyy ilmeinen ristiriita hankintadirektiivin 12 artiklan kanssa. Kyseisen artikla sisältää tyhjentävästi sidosyksikön kriteerit, ja niihin myös hankintalain voimassa olevan 15 §:n sääntely perustuu. Hankintayksikön omistusosuuden suuruudella ei ole ratkaisevaa merkitystä sidosyksikköaseman syntymisessä. EU:n oikeuskäytännössä (asia C-295/05 Tragsa) onkin todettu, että sidosyksikkösuhteen edellyttämä määräysvalta voi toteutua myös hyvin pienellä omistusosuudella: kyseisessä tapauksessa sidosyksikön omistivat viisi tahoa siten, että pääomistajan omistusosuus oli 99 prosenttia ja neljän muun kunkin 0,25 prosenttia. Ratkaisussa

yhdistetyissä asioissa C-182/11 ja C-183/11 Econord katsottiin, että yhteisomistuksen tilanteissa hankintayksiköt voivat käyttää sidosyksikköön määräysvaltaa yhdessä. Ratkaisun mukaan ei ole välttämätöntä, että jokainen hankintayksikkö yksin käyttää sidosyksikköön erillistä määräysvaltaa, mutta määräysvalta sidosyksikköön ei voi olla vain enemmistöosuuden sidosyksiköstä omistavalla hankintayksiköllä, sillä muutoin yhteisen määräysvallan käsite tehtäisiin tyhjäksi.

Työryhmän mietinnön säädöskohtaisissa perusteluissa on viitattu EU-tuomioistuimen päätökseen asiassa C- 285/18 ”Irgita” ja määräykseen yhdistetyissä asioissa C-89/19–C-91/19 Rieco. Näiden päätöksen perusteella hankintadirektiivi ei ole esteenä sellaiselle kansalliselle säännölle, jolla jäsenvaltio asettaa sidosyksiköltä tehtävän hankkimisen toteuttamisen edellytykseksi sen, että kyseistä hankintaa ei ole mahdollista toteuttaa julkisena hankintana palvelujen laadun, saatavuuden tai jatkuvuuden takaamiseksi. Näiden edellytysten olemassaolo on selvítettävä etukäteen ja päätöksenteossa on noudatettava yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita. Kyse on siitä, että markkinoilla olevia palveluja koskevalle sidosyksikköhankintojen tekemiselle voidaan asettaa ehtoja, joita ei aseteta julkisten hankintojen tekemiselle tai muulle viranomaisten yhteistyölle. Tällaisia ehtoja voivat olla ensinnäkin, että hankintayksikön on perusteltava ne olosuhteet, jotka ovat johtaneet siihen, ettei julkista hankintamenettelyä voida tai ei ole käytetty. Ehdoksi voidaan myös asettaa, että sidosyksikköhankinta voidaan toteuttaa vain, i) mikäli osoitetaan kyseisten markkinoiden toimimattomuus, joka johtuu ennakoitavissa olevista tarjoamisen puutteista, ii) kun se on perusteltua sosiaalisuuden, tehokkuuden, taloudellisuuden ja palvelun laadun sekä parhaan mahdollisen julkisten varojen käytön tavoitteiden näkökulmasta ja iii) mikäli tämän lisäksi osoitetaan, että sidosyksikköhankinnalla voidaan korjata nämä puutteet.

Edellä mainittujen EU:n tuomioistuimen päätösten mukaan hankintadirektiivi ei ole esteenä myöskään sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa estetään hankintayksikköä hankkimasta sidosyksikköhankintojen tekemistä varten osuuksia sellaisesta sidosyksiköstä, jonka osakkaat ovat muita hankintayksiköitä, silloin kun nämä hankittavat omistusosuudet eivät voi taata määräysvaltaa sidosyksikössä. Tarkoituksena on ennen kaikkea estää tilanne, jossa hankintayksikkö voisi tehdä kilpailuttamatta hankintoja sidosyksiköltä, johon sillä on vain muodollinen tai nimellinen määräysvalta. Sidosyksikkösuhteen määräysvaltaa koskevilla säännöillä pyritään myös varmistamaan, että hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolella tehdyt sopimukset sidosyksiköiden kanssa eivät vaikuttaisi haitallisesti markkinoiden toimintaan.

Työryhmän mietinnössä pistää silmään se, että siinä ei oteta kantaa siihen, voidaanko alle 10 prosentin omistusosuudella toteuttaa vaadittu määräysvalta sidosyksikössä. Esitetyn 10 prosentin omistaminenhan ei automaattisesti tarkoita sellaisen määräysvallan syntymistä, joka on vastaava kuin hankintayksikön omiin yksiköihinsä käyttämä, ja toisaalta niiden lisäedellytyksen täyttymistä, joita vaaditaan yhteisen määräysvallan käyttämiseksi.

Kelan näkemys on, että 10 prosentin omistusosuuden minimivaatimus asettaisi perusteettomia rakenteellisia rajoituksia hankintadirektiivin (ja voimassa olevan 15 §:n) kriteerit täyttävälle sidosyksiköille. Omistusosuuden suuruudella ei ole hankintalain, hankintadirektiivin eikä oikeuskäytännön mukaan välitöntä merkitystä sidosyksikköaseman kannalta, vaan edellytetyn riittävän määräysvallan olemassaolo on EU:n oikeuskäytännön mukaan tehtävä tapauskohtaisen kokonaisarvion perusteella.

Kela katsoo, että työryhmän esityksessä ei ole otettu huomioon yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vaatimuksia, ja 10 prosentin vähimmäisomistusehtoa koskeva ehdotus on rakenteeltaan syrjivä, koska hankintadirektiivin mukainen sidosyksikkösuhte voidaan käytännössäkin toteuttaa

myös alle 10 prosentin omistusosuuksilla. EU:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perustelua (Ks. esim. asia C-434/02 Arnold André, asia C-210/03 Swedish Match ja yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 Fabricom). Kela haluaa muistuttaa myös siitä, että EU-tuomioistuimien on oikeuskäytännössään (esim. asia C-226/04 ja C-228/04 La Cascina ym.) painottanut sitä, että jäsenvaltioiden toimivaltaa – myös julkisia hankintoja koskevaa sääntelyä säädettäessä – rajaavat yhdenvertaista kohtelua koskevat yleiset periaatteet.

Kela vastustaa ehdotettua, selvästi hankintadirektiivin ja EU:n oikeuskäytännön vastaista, sääntelyä, joka näyttäisi tuottavan merkittävästi enemmän uusia ongelmia ja suuria kustannuksia, kuin se voisi ratkoa jo olemassa oleviin sidosyksikkösuhteeseen liittyviä ongelmia. Kela katsookin, että hankintalain sidosyksikkösäännökset eivät lähtökohtaisesti edes kaipaa selkeyttämistä. Unionin tuomioistuin on selventänyt lukuisissa tuomioissaan määräysvallan käsitettä. Oikeustila ei ole tältä osin ollut erityisen epäselvä. Myös kotimaista tuoretta oikeuskäytäntöä sidosyksikön osakkaiden määräysvallasta sidosyksikköönä nähden on jo riittävästi, eivätkä sidosyksikön omistusta koskevat rajoitukset ole välttämättömiä. Nykyisiä voimassa olevia säännöksiä on sen sijaan noudatettava paremmin, minkä lisäksi valvontaa on tehostettava.

Kelan näkemys on, että jos uutta sääntelyä kuitenkin halutaan ehdottaa, voidaan 15 §:n säännöksessä jatkossa edellyttää, että ”hankintayksikön omistusosuuden tulee olla vähintään sen suuruinen, että se takaa todellisen määräysvallan sidosyksikössä”, ilman, että ennalta asetetaan omistusosuudelle mitään kategorista prosenttirajaa.

Minkälaisia vaikutuksia esitetyllä sidosyksiköiden omistusosuuden vähimmäisvaatimuksella mielestänne on?

-

- **Jos sidosyksiköitä koskeva muutos toteutetaan esitetyllä tavalla, mitä toimenpiteitä ja niistä aiheutuvia kustannuksia muutos todennäköisesti aiheuttaisi edustamanne organisaation eri toimialojen kannalta ja yleisesti?**

-

- **Mitä toimenpiteitä organisaationne aikoo sidosyksikön omistajana tehdä vähimmäisomistusrajaa koskevan sääntelyn seurauksena (esimerkiksi jatkuuko toiminta markkinaehtoisena, puretaanko yhtiö, pilkotaanko yhtiö, ryhdytäänkö muihin toimenpiteisiin?)**

-

- **Minkälaisia taloudellisia tai muita hyötyjä muutoksesta todennäköisesti seuraisi?**

-

Ovatko esitetyt sidosyksiköitä koskevat siirtymäajat mielestänne riittävät? Kuinka paljon aikaa muutoksiin tarvitaan?

-

- **Mitä siirtymäaikaa vaativia toimenpiteitä sidosyksiköitä koskeva kirjaus aiheuttaisi?**

-

Mietinnön liitteinä olevissa eriävissä mielipiteissä on esitetty poikkeuksia sidosyksiköiden omistusosuusvaatimukseen. Tulisiko vaatimukseen säätää poikkeuksia? Minkälaiset poikkeukset olisivat tarkoituksenmukaisia?

-

Turvallisuus ja huoltovarmuus

Vastaako esitys turvallisuutta ja huoltovarmuutta koskeviin tarpeisiin? Onko esitetty muutos riittävä keino varmistaa turvallisuuden toteutuminen hankinnan elinkaaren aikana ottaen huomioon EU-hankintadirektiivien reunaehdot, sekä muu turvallisuutta ja huoltovarmuutta koskeva sääntely?

2 § Lain tavoitteet

Työryhmän mietinnön mukaan huoltovarmuutta koskevia tavoitteita voidaan parhaiten edistää ja ohjata hankinnoille asetettujen ehtojen ja ennen kaikkea erityislainsäädännön avulla. Mietinnössä on todettu, että hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa voidaan asettaa vaatimuksia, joilla pyritään suojaamaan hankintaviranomaisen antamien tietojen luottamuksellisuus esimerkiksi vaitiolovelvollisuuksin tai turvallisuutta koskevin velvoittein sekä salassapitosopimuksin. Lisäksi ehdotuksessa on todettu, että ennakoimattomien, olosuhteissa tapahtuvien muutosten ja kriisitilanteiden huomioimiseksi voidaan käyttää sopimusehtoja ja niihin perustuvaa neuvottelemista toimittajan kanssa.

Työryhmä ehdottaa huoltovarmuuden huomioimisen ja turvallisuusnäkökohtien toteuttamisen kirjaamista lain tavoitteiksi. Kela kannattaa ehdotusta.

Työryhmän mietinnön mukaan, mikäli hankintalain mukaisessa hankinnassa asetetaan huoltovarmuutta, tietoturvaluottuutta tai muuta turvallisuutta koskevia vaatimuksia, tulee näistä ilmoittaa tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa sekä ilmoittaa asiakirjat, joilla vaatimukset tulee todentaa. Kelan näkemys, että tästä olisikin perusteltua säätää – ehdotetun 71 §:n 4 momentin lisäksi – myös hankintalain 68 §:ssä (”Tarjouspyynnön sisältö”), johon voitaisiin 12 kohtaan tehdä seuraava (**-merkitty) lisäys: ”12) muut tiedot, *mukaan lukien huoltovarmuutta, tietoturvaluottuutta tai muuta turvallisuutta koskevat vaatimukset*, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyssä ja tarjousten tekemisessä.”

Rikosrekisteriotteen pakollisuudesta luopuminen

Rikosrekisteriotteiden pakollisesta käytöstä luopumista koskevan ehdotuksen tavoitteena on sujuvoittaa hankintamenettelyjä ja vähentää hallinnollista taakkaa.

88 § Poissulkemisen edellytysten ja soveltuvuusvaatimusten täyttymisen selvittäminen

Työryhmän ehdotuksen mukaan pykälän 4 momenttia muutettaisiin poissulkemisen edellytysten selvittämisen osalta siten, että hankintayksikkö voisi hyväksyä näytöksi pakollisten poissulkemisperusteiden osalta ehdokkaan tai tarjoajan, voimavarayksikön tai alihankkijan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävän vakuutuksella vahvistetun ilmoituksen siitä, ettei toimittajaa tai henkilöä ole tuomittu 80 §:ssä mainituista rikoksista. Tällöin hankintayksikkö voisi myös edellyttää, että tarjoajalta, tämän alihankkijalta tai voimavarayksiköltä edellytetty vakuutus kattaisi myös säännöksessä tarkoitettuja rikoksia koskevat sakkorangaistukset. Vakuutuksen antajana oleva ehdokas, tarjoaja, voimavarayksikkö tai alihankkija voisi antaa vakuutuksen joko erillisenä tai allekirjoittamalla kyseisen organisaation yhteisesti kaikkien henkilöiden allekirjoittaman asiakirjan. Allekirjoitus voitaisiin tehdä myös sähköisesti. Ehdotuksen mukaan hankintayksikkö voisi kuitenkin aina edellyttää myös rikosrekisteriotteen antamista.

Kelan näkemys on, että ensisijaisesti rikosrekisteriotteiden tarkastamisesta pitäisi luopua kokonaan taikka vähintään tehdä mahdolliseksi sähköisten rikosrekisteriotteiden saaminen ja tarkastaminen. Voimassa olevan sääntelyn aikana Kelassa ei ole kertaakaan tullut esille, että rikosrekisteriote olisi sisältänyt poissulkuperusteen.

Kela toteaa, että ehdotettu rikosrekisteriotteiden sijaan pyydetty vakuutuksella vahvistettu ilmoitus lähtökohtaisesti helpottaisi yritysten hallinnollista taakkaa ja jouduttaisi siten hankintojen läpivientiä, mutta se ei ratkaisevasti helpottaisi hankintayksikön työtaakkaa, sillä ilmoitukset on edelleen vaadittava ja tarkastettava yrityksiltä ja tietyltä henkilöpiiriltä. Toissijaisesti Kela ehdottaa, että ilmoitusten ja rikosrekisteriotteiden pyytäminen ei olisi pakollista, vaan hankintayksiköt voisivat hankintakohtaisesti ja harkintansa mukaan asettaa ne hankintasopimuksen tekemisen ehdoksi.

Lisäksi Kela toteaa, että työryhmän ehdotuksessa on ongelmallista se, että se ei sisällä riittävää ohjetta siitä minkä muotoinen ja sisältöinen henkilön vakuutuksella vahvistettu ilmoitus voidaan hyväksyä. Vaarana nimittäin on, että säännös synnyttää erilaisia tulkintoja ja käytäntöjä (mm. sakkorangaistusten osalta), eli hankintayksiköt tulkitsevat ilmoituksen riittävyttä ja hyväksyttävyyttä kukin omallaan tavallaan, joka voi johtaa tarjoajien epätasa-arvoiseen kohteluun. Kela ehdottaa, että tämän ilmeisen ongelman välttämiseksi lainsäätäjän tulisi – mahdollisesti asetuksella – määrätä ja asettaa selkeä ohjeistus vakuutuksella vahvistetun ilmoituksen muodosta ja sisällöstä. Lisäksi on tärkeää, että lain esitöissä todetaan, että kyseisen ilmoituksen voivat (Suomessa) laatia ja antaa vain ne henkilöt, jotka on merkitty patentti- ja rekisterihallituksen ylläpitämään ja voimassa olevaan kaupparekisteriotteeseen.

Vakuutuksilla vahvistettuihin ilmoituksiin liittyy myös samoja tietosuoja koskevia kysymyksiä kuin rikosrekisteriotteisiin, erityisesti silloin kun ilmoitukseen sisältyy 80 §:ssä tarkoitettu poissulkuperuste. Kela katsookin, että myös asiaan liittyvät tietosuoja-asiat tulee huomioida ja ohjeistaa viimeistään hallituksen esitystä laadittaessa.

Kuriositeettina voidaan mainita, että erityisesti ehdotetun 88 §:n 6 momentin tekstikuvaus on viimeistelemätöntä, sillä kohdasta puuttuu ainakin *-merkitty teksti kohdasta "[j]os ehdokas tai tarjoaja tai *tämän voimavarayksikkö tai alihankkija* ei hyväksyttävästä syystä voi toimittaa hankintayksikölle sen pyytämiä asiakirjoja [--]".

- **Missä määrin muutos vaikuttaa hallinnolliseen taakkaan yhtäältä hankintayksiköiden ja toisaalta tarjoajien kannalta ja edistää näitä tavoitteita?**

Hankintojen ilmoittaminen

Mitkä ovat näkemyksenne hankintojen ilmoittamista koskeviin muutoksiin? Lisäävätkö ehdotetut muutokset hankintojen avoimuutta tarkoituksenmukaisella tavalla?

58 § Hankinnasta ilmoittaminen

Työryhmän mietinnön mukaan pykälän 1 momentin 6 kohtaa selkeytettäisiin jälki-ilmoittamisvelvoitteen osalta siten, että kohdassa mainittaisiin nimenomainen velvollisuus julkaista jälki-ilmoitus myös suorahankinnoista. Voimassa oleva 1 momentti velvoittaa hankintayksiköitä tekemään jälki-ilmoituksen EU kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, mikä kattaa velvoitteen jälki-ilmoituksen julkaisemisesta myös 40 ja 41 §:ssä mainitusta suorahankinnasta.

101 § Kansallisista hankinnoista ilmoittaminen

Työryhmän ehdotuksen mukaan pykälän 3 momenttia täsmennettäisiin jälki-ilmoittamista koskevan velvoitteen osalta. Hankintayksikön tulisi julkaista jälki-ilmoitus kansalliset kynnysarvot ylittävistä hankinnoista ja suunnittelukilpailusta.

Ehdotuksen mukaan hankintailmoitus tulee toimittaa 30 päivän kuluessa ”hankintasopimuksen tekemisestä”, joka toisi ajankohdan määrittämiseen tiettyä epävarmuutta, koska sen voidaan myös käsittää viittavan sopimusneuvottelu- ja allekirjoitusprosessin toteuttamiseen. Kelan näkemys on, että pykälässä tulisi säilyttää voimassa olevan säännöksen mukainen ilmaisu ”kun hankintasopimus on tehty”.

Kelan näkemys on, että 58 §:ään ja 101 §:ään ehdotetut muutokset, ottaen samalla huomioon Kelan 101 §:ään esittämä muutosehdotus, lisäävät hankintojen avoimuutta. Kela kannattaa ehdotuksia.

Muut huomiot

2 § Lain tavoitteet

Työryhmä esittää lain tavoitteeksi myös sitä, että hankintojen toteuttamisessa tulisi pyrkiä kustannustehokkuuteen, joka esityksen mukaan korvaisi voimassa olevassa säännöksessä käytetyn termin ”taloudellisesti”. Esityksen mukaan 2 momenttia selkeytetään sanamuotojen osalta, ja kyse on teknisestä muutoksesta. Kustannustehokkuudelle ei esitetä määritelmää, eikä sitä mainita myöskään 2 §:n säädöskohtaisissa perusteluissa. Yleensä kustannustehokkuudella tarkoitetaan kykyä saavuttaa tietty tavoite tai tuottaa palvelu tai tuote mahdollisimman alhaisilla kustannuksilla. Kela katsoo, että kun kustannustehokkuus on asetettu tavoitteeksi, olisi se tullut samalla ottaa paremmin ja johdonmukaisemmin huomioon muissakin säännösehdotuksissa.

4 § Määritelmät ja 92 § Tarjouskilpailuun osallistuminen ryhmittymänä ja muiden yksiköiden voimavarojen käyttö

Työryhmä ehdottaa 4 §:ään uutta voimavarayksikön määritelmää. Mietinnön mukaan lisäselkeyttäisi nykytilaa ja vastaisi samalla esitettyä 92 §:n muutosta. Kela toteaa, että jatkossa jossain määrin epäselvyyttä aiheuttaisi kuitenkin se, että ehdotetussa 92 §:n 2 momentissa käytettäisiin edelleen myös käsitettä ”muu yksikkö”. Tämä mahdollisesti synnyttää uusia tulkintaongelmia sen

suhteen, tarkoitetaanko voimavarayksiköllä muuta yksikköä vai voiko muu yksikkö olla muukin ja muutakin kuin voimavarayksikkö.

Voimassa olevan 92 §:n 2 momentin mukaan ehdokas tai tarjoaja voi käyttää hankinnan toteuttamiseen muiden yksiköiden voimavaroja riippumatta niiden välisten suhteiden oikeudellisesta luonteesta. Myös ryhmittymä voi käyttää hankinnan toteuttamiseen muiden yksiköiden voimavaroja. Säännöksellä sallitaan useampien taloudellisten toimijoiden voimavarojen yhdistäminen hankintayksikön vahvistamien soveltuvuutta koskevien vähimmäisvaatimusten täyttämiseksi, kunhan samalla osoitetaan, että ehdokkaalla tai tarjoajalla, joka käyttää hyväkseen yhden tai useamman muun yksikön voimavaroja, on tosiasiallisesti käytettävänä näiden muiden yksikköjen voimavarat, joita hankintasopimuksen täyttäminen edellyttää. Hankintalain 92 §:n säännöksen sanamuoto viittaa tässä kohdin ehdokkaan tai tarjoajan muiden voimavarayksiköiden resurssien hyödyntämiseen hankinnan toteuttamisvaiheessa, mutta käytössä kyse on usein myös keinosta täyttää tarjouspyynnössä tai osallistumiskutsussa toimittajalle asetettuja soveltuvuusvaatimuksia että tavasta tai ainakin mahdollisuudesta toteuttaa hankinta sopimusaikana. Voimassa olevan hankintalain 92 §:n perusteella hankintayksikön tulee saada takeet ensinnäkin siitä, että tarjousmenettelyyn osallistuvan tarjoajan yhteistyökumppanit eli ”muut yksiköt” täyttävät taloudellista ja rahoituksellista tilannetta, teknistä suorituskyykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevat sekä muut vaatimukset sekä toisaalta varmuuden siitä, että tarjoaja voi todella käyttää kaikkia niitä yhteistyökumppaniensa voimavaroja, joihin se vetoaa.

Kela kannattaa 4 §:n määritelmäehdotusta kuitenkin muutettuna siten, että siihen lisätään ** -merkityt kohdat: ”Voimavarayksiköllä tarkoitetaan *ehdokkaasta ja tarjoajasta erillistä muuta yksikköä* eli toimittajaa, jonka voimavaroja ehdokas tai tarjoaja käyttää täyttääkseen hankintayksikön asettamat, 85 §:ssä tarkoitetut taloudellista tilannetta tai 86 §:ssä tarkoitetut teknistä suorituskyykyä ja ammatillista pätevyyttä koskevat vaatimukset.”

Jotta uusi 4 §:n määritelmä ja 92 § muodostaisivat jatkossa toimivan kokonaisuuden, jossa huomioidaan voimavarayksiköiden käyttö sekä asetettujen soveltuvuusvaatimusten täyttämiseksi että hankinnan toteuttamiseksi, Kela ehdottaa 92 §:n 2 momentille seuraavaa muotoilua: ”Ehdokas tai tarjoaja voi käyttää hankinnan toteuttamiseen *voimavarayksiköitä* riippumatta ehdokkaan tai tarjoajan ja voimavarayksikön välisten suhteiden oikeudellisesta luonteesta. Myös ryhmittymä voi käyttää *voimavarayksiköitä*. *Voimavarayksikön* henkilöstön pätevyyteen ja kokemukseen liittyviä voimavaroja voidaan käyttää hankinnan toteuttamiseksi vain, jos kyseiset voimavarayksiköt suorittavat hankinnan kohteena olevat rakennusurakat tai palvelut taikka osan niistä. [--]”

146 § Muutoksenhaun kohde ja rajoitukset

Pykälää ehdotetaan muutettavaksi erityisesti siten, että kumottaisiin voimassa oleva valituskielto hankintojen osiin jakamisesta. Kela vastustaa hankintojen osiin jakamista koskevaa ehdotusta ja johdonmukaisesti myös 146 §:n ehdotusta. Kelan näkemys on, että uudet valitusperusteet ovat merkittävä riski valitusten lisääntyvästä määrästä. Myös työryhmän olisi tullut ottaa tämä riski vakavasti ja esittämänsä uuden sääntelyn johdosta kantaa vastuunsa, eli samassa suhteessa esittää lisättäväksi markkinaoikeuden resursseja.

Kela haluaa muistuttaa siitä, että hankintadirektiiveihin perustuvana myös hankintalain EU-kynnysarvon ylittävien hankintoja säännökset tulisi säätää tavalla, joka ei ole ristiriidassa hankintadirektiivin kanssa. Hankintadirektiivin perusteluosan 78 kohdan mukaan

hankintaviranomaisella tulisi olla oikeus tehdä vapaasti itsenäinen päätös siitä, jakaako se hankinnan osiin asianmukaiseksi katsomillaan syillä ilman, että siihen kohdistetaan hallinnollista tai oikeudellista valvontaa. Ylipäätään tuomioistuimet ovat täysin väärä instanssi selvittämään ja päättämään hankintojen jakamisen perusteista, koska kyse on ennen kaikkea (tilannekohtaisesta) tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. Tarkoituksenmukaisuusharkinta ei kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan, vaan se kuuluu toimeenpanovallan piiriin, eli hankintayksiköille. Esitys on siten ongelmallinen myös vallan kolmijako-opin näkökulmasta.

Siitä vaihtoehtoa silmällä pitäen, että 75 § ja 125 § säädetään työryhmän ehdotuksen mukaisesti voimaan, Kelan näkemys on, että osiin jakamisesta ja ainoan saapuneet tarjouksen hyväksymisestä ei tulisi voida valittaa siinä tilanteessa, kun hankintayksikkö on jakanut hankinnan osiin valitsemallaan 75 §:n perusteella tai sen on toteuttanut hankintaa edeltävän 65 §:n mukaisen markkinakartoituksen.

Mietinnössä ei ole lausuttu mitään valittamisen ajankohdasta hankintamenettelyyn nähden. Kelan näkemys on, että osiin jakamista koskevan valittamisen tulisi olla mahdollista vain 14 päivän valitusajan sisällä hankintailmoituksen julkaisemisesta. Valittajan tulisi hankintailmoituksen nähtyään ilmaista tyytymättömyytensä osiin jakamisesta tehtyihin valintoihin, eikä tarjouksen jättämisen jälkeen tällä perusteella valittamista tulisi sallia, sillä kyseisestä valitusperusteesta ei saa muodostua hankintoja jälkikäteen lamauttavaa valitusperustetta. Tällaiset valitukset tulisi joka tapauksessa käsitellä markkinaoikeudessa kiireisenä, ja näille tulisi säätää lyhyt maksimiaika, jonka käsittely markkinaoikeudessa voi kestää.

Lisäksi Kela pitää ehdottoman tärkeänä, että 65 §:n mukaisen markkinakartoituksen toteutukseen ei saa hakea muutosta. Kela ehdottaakin, että 146 §:n 1 momenttia muutetaan siten, että tehdään *-merkitty selventävä lisäys kohtaa "1) yksinomaan hankintamenettelyn valmistelua *ja suunnittelua*,". Lisäksi lain esitöissä tulisi hallituksen esityksessä nimenomaisesti tässä yhteydessä mainita se, ettei markkinakartoitusta koskevasta hankintayksikön päätöksestä tai muusta ratkaisusta voida hakea muutosta markkinaoikeudesta.

Arvio hankintalain 12 luvun sosiaali- ja terveystalveluja koskevasta sääntelystä

Työryhmän mietinnössä on todettu kohdassa 2.7.3 Arvio hankintalain 12 luvun sosiaali- ja terveystalveluja koskevasta sääntelystä: "Sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämislain 3 luvun mukainen sääntely kattaa paljon hankintalakeja yksityiskohtaisemmin ja laajemmin sosiaali- ja terveystalveluja koskevia laatuvaatimuksia ja eri hankintaehdoja. Tästä syystä hankintalain 12 luvun sääntely on käynyt kilpailuttamisvelvoitetta lukuun ottamatta tarpeettomaksi. Hallitusohjelman kirjaus talvelujen sääntelyn keventämisestä voidaan sosiaali- ja terveystalvelujen hankintojen osalta toteuttaa kumoamalla hankintalain 12 luvun laatuvaatimuksia koskevaa sääntelyä siltä osin, kun se on päällekkäistä sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämislain 3 luvun säännösten kanssa."

Työryhmän mietinnön säännöskohtaisissa perusteluissa on puolestaan todettu hankintalain nykyisen 108 §:n kumoamisen perusteluina: "Nykyisin sekä hyvinvointialueiden että palveluntuottajien velvollisuuksista säädetään kattavasti ja huomattavasti hankintalakeja tarkemmin sektorikohtaisessa lainsäädännössä, kuten esimerkiksi sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämislain 3 luvussa, vanhuspalvelulaissa, vammaispalvelulaissa, sekä terveydenhuoltolaissa. Sektorilainsäädäntö sisältää kootusti myös sellaisia velvoitteita, joita hankintalakiin ei sisälly. Näistä voidaan mainita esimerkiksi sekä tilaajaa että palveluntuottajaa koskevat osaamistaso- ja resurssivaatimukset, sekä

sopimusehtoja sopimusten seurantaan koskevat vaatimukset. Siten kumottaville säännöksille ei ole enää tarvetta hankintalaissa.”

Kela kilpailuttaa vuosittain merkittävän määrän volyymiltään laajoja sosiaali- ja terveystalouden hankintoja. Kela soveltaa tällä hetkellä toiminnassaan hankintasäännösten osana voimassa olevan hankintalain 108 §:n säännöksiä. Kela toteaa, että lainsäätäjän tehtävänä on varmistaa, että voimassa olevan hankintalain 108 §:n mukaiset palvelujen käyttäjien tarpeiden huomioon ottamista koskevat säännökset voidaan tarvittaessa jatkossa huomioida myös Kelan osalta sosiaali- ja terveysministeriön valmisteluvastuulla olevassa lainsäädännössä.

Kela pitää tärkeänä, että hankintalain 12 luvussa nykyisin säädetty 110 § (suorahankinta erityistilanteessa) säilyy edelleen sisällöltään ja perusteluiltaan samanlaisena hankintalain säännöskokonaisuutena hankintalain 40 §:ään siirtämisen jälkeen.

Fils Noora
Kansaneläkelaitos