Kela|Fpa

Liite 1 Mietinnön lakiehdotukset - Kelan yksityiskohtaiset kommentit ja huomiot

2 luku - Soveltamisala

2 § 3 mom.: Tarkoitetaanko sillä, mitä mietinnössä todetaan kynnysarvojen perusteella lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävistä hankinnoista vastaavasti niitä tilanteita, kun hankinta jää jollakin toisella perusteella lain soveltamisalan ulkopuolelle (esimerkiksi 7 § sekamuotoiset sopimukset ja 8 § yleiset soveltamisalan rajoitukset)? Rajanvetoa hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävistä hankinnoista on käsitelty muun muassa oikeuskanslerin lausunnossa OKV/314/1/2013 niin kutsutussa Himas-asiassa. Olisiko siis tarpeen erikseen lausua tarkemmin niistä hankinnoista, jotka jäävät lain soveltamisalan ulkopuolelle muun kuin kynnysarvon alittumisen vuoksi?

15 §: Ehdotetussa pykälässä säädetään sidosyksikköhankinnoista. Pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa voisi tarkemmin käsitellä ”muodollisen erillisyyden” täyttymistä vastaavasti kuin voimassaolevan hankintalain (laki julkista hankinnoista 348/2007) esitöissä (HE 50/2006 vp sivulla 61). Eli milloin kyseessä ei olisi lain soveltamisalaan kuuluva hankinta sillä perusteella, että kyseessä olisi samaan oikeushenkilöön kuuluvien yksiköiden välinen toimeksianto. Asiaa voisi olla loogista käsitellä tarkemmin lakiehdotuksen 4 § 1 kohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa ”hankintasopimuksen” määritelmä.

4 luku – Kynnysarvot ja hankinnan ennakoidun arvon laskeminen

25 §: Yleisenä huomiona kynnysarvojen tason osalta Kela haluaa korostaa, että perusteluissa ja tulevassa sääntelyssä pidetään mahdollisimman selvänä se, mikä merkitys ja mitä vaikutuksia on sillä, jääkö hankinta ennakoidun arvonsa (tai jonkin muun perusteen vuoksi) julkisista hankinnoista annetun lain ulkopuolelle, sovelletaanko hankintaan ns. kansallisia hankintoja koskevia sääntöjä vai onko kyseessä EU-kynnysarvon ylittävä hankinta. Hankinnan jääminen julkisista hankinnoista annetun lain ulkopuolelle ei tarkoita sitä, että hankinta olisi kaiken sääntelyn ulkopuolella. Eron pitäminen selvänä korostuu, jos kansallisten ja sote-hankintojen osalta sääntely jättää hankintayksikölle huomattavasti harkintavaltaa.

Hankintadirektiivissä sosiaali- ja terveyspalveluja (jäljempänä sote) sekä muita erityisiä palveluja koskeva kynnysarvo on 750 000 euroa. Mietinnössä sote-palveluja koskevaa kynnysarvoa ehdotetaan alennettavaksi hankintalaissa kuitenkin siten, että näissä hankinnoissa olisi käytössä vain yksi kynnysarvo, jonka ylittävissä hankinnoissa sovellettaisiin hankintadirektiivin ja käyttöoikeussopimuksista annetun direktiivin määräyksiä täysimääräisinä siten kuin lain 11 ja 12 luvuissa säädettäisiin. Tämä tarkoittaisi myös sitä, että näistä hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista tehtäisiin EU-laajuinen hankintailmoitus myös sellaisissa tilanteissa, joissa hankinnan tai käyttöoikeussopimuksen arvo alittaa hankinta- ja käyttöoikeussopimusdirektiivissä asetetut kynnysarvot.

Kansallisten hankintojen ja sote-hankintojen menettelysääntöjen keventäminen korostaisi mietinnön mukaan yleisten periaatteiden eli avoimuuden, syrjimättömyyden, tasapuolisuuden ja suhteellisuuden merkitystä sekä antaisi aiempaa enemmän merkitystä hankintayksiköiden omille hankintaohjeistuksille. Edellä mainitut periaatteet ovat keskeisiä hankintasääntelyn taustalla vaikuttavia tekijöitä ja ne ovat niitä tavoitteita joihin hankintasääntelyllä pyritään. Tällöin voidaan esittää, että periaatteita on konkretisoitu niissä säädöksissä, joissa hankintamenettelyistä sekä tarjousten käsittelystä on tarkemmin säädetty.

Tällöin nyt esitetyn kaltainen sääntelyvaihtoehto kansallisten- ja sote-hankintojen (sekä eräiden muiden erityisten hankintojen) osalta voi olla omiaan aiheuttamaan epätietoisuutta siitä, kuinka paljon ja millä tavalla em. pykälistä on mahdollista joustaa. Toisin sanoen, kuinka paljon kansallisissa ja sote-hankinnoissa on mahdollista joustaa suhteessa niihin hankintoihin, joissa noudatetaan lain II-osan säännöksiä. Epäselvää on, onko tuomioistuimen mahdollista arvioida, onko hankintayksikkö soveltanut itse kehittämäänsä hankintamenettelyä oikein vai ainoastaan sitä, onko menettely sääntelyn mukainen. Mietinnössä mainittu sääntely voi johtaa myös siihen, että tuomioistuinten tulisi entistä enemmän ottaa kantaa hankintojen tarkoituksenmukaiseen toteuttamiseen, mitä voidaan pitää ongelmallisena. Riitaisuuksia voi siten syntyä merkittävissä määrin menettelyn valinnasta ja sen ”oikeellisuudesta” kuin siitä, että onko menettelyn mukainen lopputulos oikea eli onko menettelyä sovellettu oikein.

Mietinnössä esitetyllä tavalla jouston tavoitteleminen EU-kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa on perusteltua ja tarkoituksenmukaista. Mietinnössä esitetyllä säänte-

lymallilla riskinä on, että joustoa ei kuitenkaan saada, vaan epäselväksi jää jouston tarkempi määrittely. Riskinä on lisäksi, että sääntelymalli aiheuttaa hankintayksiköille lisää hallinnollista työtä, koska hankintayksikkö joutuu itse kehittämään myös sovellettavan hankintamenettelyn.

Erityisesti kansallisissa ja sote-hankinnoissa vertailuperusteiden asettamisen joustavoittaminen on perusteltua. Jotta sääntelylle asetettavia tavoitteita voidaan saavuttaa, on kuitenkin tarpeellista, että sääntely on tältä osin riittävän selvää. Sääntely vaikuttaa Kelan näkemyksen mukaan oikeasuuntaiselta, mutta perustelutekstissä ”joustovara” voisi olla vielä tarkemmin ja selvemmin ilmaistu sekä kuvattu.

Sovellettavien osien ja lukujen määrittelyn selkeyteen on tarpeen kiinnittää vielä huomiota. Nyt 25 § 2 momentissa on todettu, että: ”Arvoltaan edellä 1 momentin 1-3 kohdissa mainittujen (kansallisten) kynnysarvojen suuruisiin tai arvoltaan suurempiin hankintoihin sovelletaan tämän lain lukua 11 sekä tätä lakia muutoin kyseisessä luvussa todetusti.” Lakiehdotuksen 26 § 2 momentissa on puolestaan todettu, että: ”Arvoltaan edellä 1 momentin 1-3 kohdissa mainittujen kynnysarvojen suuruisiin tai arvoltaan suurempiin hankintoihin sovelletaan tämän lain lukuja 1-10 ja 14–16.” Siten lakiesityksen 25 § ja 26 § lukien kansallisen kynnysarvon ylittäviin hankintoihin sovellettaisiin molempia pykäliä ja vasta luvussa 11 todetaan, että luvun säännöksiä sovelletaan vain tavara- ja palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin, jotka ovat arvoltaan 26 §:ssä tarkoitetun EU-kynnysarvon alittavia. Verrattuna nykyisen hankintalain 21 §:ään lakiehdotuksen sovellettavien lainkohtien ja osien määrittelyä koskeva muotoilu ja rakenne eivät siten välttämättä ole käyttäjäystävällisin ratkaisu.

5 luku – Hankintamenettelyt

35 § 4 mom.: Neuvottelumenettely: Pykälän 4 momentissa on todettu, että: ”Hankintayksikkö ei saa paljastaa muille tarjoajille neuvotteluihin osallistuvan ehdokkaan tai tarjoajan antamia luottamuksellisia tietoja ilman tämän antamaa suostumusta, jossa on yksilöity suostumuksen kohteena olevat tiedot.” Onko ja miltä osin tässä lausutun osalta tarkoitus poiketa siitä menettelystä ja niistä toimintatavoista, jotka tulisivat noudatettavaksi jo viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999, julkisuuslaki) perusteella? Onko tässä tarkoitettu ”luottamukselli-

nen" tieto myös mahdollisesti jotain muuta kuin mitä julkisuuslain mukaan olisi pidettävä salassa ja laajentuuko salassa pidettävän tiedon sisältö joltain osin?

Kyseissä momentissa on lisäksi mainittu, että: "Hankintayksikön on kohdeltava tarjoajia tasapuolisesti neuvotteluissa." Hankintasääntelyn läpäisevänä periaatteena on potentiaalisten tarjoajien yhdenvertainen kohtelu kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa. Onko tätä siis erikseen tarpeen korostaa joissakin yksittäisissä pykälissä? Tämä voisi johtaa tulkintaan, että joidenkin pykälien osalta yhdenvertaisen kohtelun vaatimus ei ole niin ehdoton, jos asiaa ei olisi nimenomaisesti sanottu. Asian korostaminen ainoastaan perusteluissa ei näyttäytyisi yhtä ongelmallisena. Lisäksi momentissa on todettu että: "Hankintayksikkö ei saa antaa tietoja tavalla, joka vaarantaa tarjouskilpailuun osallistuvien tasapuolisen kohtelun.". Tasapuolisen kohtelun vaatimusta tulee toisin sanoen noudattaa, vaikka lakitekstissä ei pykäläkohtaisesti sitä ole erikseen vaadittu. Vastaava lakitekninen kommentti voidaan esittää 37 § 4 momentin ja 74 §:n osalta.

42 ja 43 §:t: Ehdotetut pykälät koskevat puitejärjestelyä ja siihen perustuvia hankintoja. Ehdotus, että puitejärjestelyyn voidaan valita nykyisestä sääntelystä poiketen tarvittaessa vain 2 tarjoajaa, on hyvä ja tarpeellinen uudistus. Lisäksi on erinomaista, että toimittajan valintaan puitejärjestelyn sisällä on käytettävissä erilaisia menettelyjä (esim. etusijajärjestys ja minikilpailutus) tarpeen mukaisesti.

9 luku – Hankinnan valmistelu, tarjouspyyntö ja hankinnan kohteen kuvaus

71 § 2 mom 2 kohta: Kohdassa todetaan teknisten määritelmien osalta, ettei hankintayksikkö saa hylätä tarjousta, mikäli tarjoaja esittää asianmukaisen selvityksen vaihtoehtoisesta toteuttamistavasta. Kysein kohta jättää epäselväksi, missä laajuudessa ehdotettu lainsäädäntö mahdollistaa tarjoajien vaihtoehtoisen teknisten menetelmien hyväksymisen tai onko ehdotetulla lainsäädännöllä muuttavaa vaikutusta nykyiseen käytäntöön vaihtoehtoisten teknisten määritelmien hyväksymiseksi.

72 §: Yhdeksi ehdotetun lain tavoitteeksi on asetettu ympäristövaikutusten huomioon ottaminen entistä laajemmin. Ympäristövaikutusten huomioon ottaminen on Kelan hankinnoissa tärkeä vaikuttava seikka. Kuitenkin käytännössä ympäristöasioiden huomioon ottamista koskevien vaatimusten asettaminen ja eritoten niiden ar-

vioiminen on hankintayksiköille hankalaa. Kokemus on osoittanut, että saatavilla ei edes ole riidatonta näkemystä ympäristöystävällisyydestä (esim. ympäristöystävälliset materiaalit). Muuttavat tulkinnat ja käsitykset ympäristöystävällisyydestä aiheuttavat liian monimutkaisia tulkintavaihtoehtoja ja epätasapuolisuutta. Muun muassa ehdotetun lain 72 §:ssä (ja 90:3 §:ssä katso jäljempänä) laajennetaan mahdollisuuksia ympäristöselvitysten esittämiseksi. Kyseiset pykälät eritoten siis laajentavat hankintayksiköiden tulkinnanvaraisuutta ympäristöselvitysten osalta.

74 §: Hankintayksikön mahdollisuus pyytää täsmennystä ja täydennystä tarjouksiin ja osallistumishakemuksiin on periaatteessa hyvä asia. Tarjousten ja osallistumishakemusten täydentämistä koskevilta osin pykälä ei ole kuitenkaan riittävän selkeä ja sääntely on jätetty pitkälti perusteluteksti varaan. Pykälä jättää liian paljon tulkinnanvaraa soveltamis- ja tuomioistuinkäytäntöön erityisesti ”olennaisen” määrittelyn osalta. Epäselväksi jää, miltä osin nykyisestä käytännöstä on tarkoitus poiketa. Esimerkiksi ehdotuksen mukaan myös vertailuun vaikuttavia hintoja olisi mahdollista pyytää täydentämään, jos kyseessä on osahinta, jonka merkitys vertailussa on ”pieni”. Käytännössä myös tuottamuksen arviointi täydentämisen sallittavuuden arvioinnissa voi olla hankalaa (tietoinen varauma sopimusehtojen osalta v. poikkeava maksuehto). Lakiehdotuksen perusteluosiossa on yksiselitteisesti todettu, että tarjousmateriaalin täydentämisen pyytäminen olisi hankintayksikön oikeus, ei velvollisuus.

Täydennyksen pyytämisen ollessa sallittua silloin, kun kyseessä on ei-olennainen tieto, voinee suhteellisuusperiaate johtaa sellaisten tulkintojen esittämiseen, että tällöin hankintayksiköllä olisi myös *velvollisuus* pyytää täydennystä, koska muuten toiminta ei olisi suhteellista tavoiteltaviin päämäärin nähden. Tällainen tulkintamahdollisuus tulisi yksiselitteisesti sulkea esitöissä pois.

75 §: Pykälä koskee hankinnan jakamista osiin. Se on lainsäädäntöteknisesti epälooginen. Pääsäännöksi tarkoitettu velvollisuus jakaa hankinta osiin, on kirjoitettu kuin se olisi hankintayksikölle mahdollisuus eikä velvollisuus (”Hankintayksikkö *voi* tehdä hankintasopimuksen erillisinä osina…”).

Kela näkee hankinnan jakamisessa osiin riskin siitä, että toisilleen epäsopivat toimijat joutuvat sovittamaan yhteen hankinnan kohdetta. Tämä voi ilmetä esimerkiksi data- ja puhelinpalveluiden eri osa-alueiden yhteensovittamisessa. Suuret tietojär-

jestelmähankinnat lähtökohtaisesti sisältävät riskejä hankintakokonaisuuden onnistumisesta, jolloin hankinnan jakaminen ei tällaisissa tapauksissa olisi tarkoituksenmukaista. Tämän vuoksi hyväksyttävänä perusteena olla jakamatta hankintaa osiin tulisi olla yhteensopivuusriski.

Pykälässä on lisäksi todettu, että: ”Jos hankintayksikkö ei jaa hankintasopimusta osiin, sen on kerrottava päätöstä koskevat perustelut hankinta-asiakirjoissa taikka siten kuin jäljempänä 122 § ja 123 §:ssä säädetään.” Kohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa on todettu, että: ”Jakamisella tarkoitettaisiin luontevan hankintakokonaisuuden jakamista osiin esimerkiksi siten, että [..]”. Epäselvyyttä aiheuttaa se, minkä vuoksi hankintayksikkö on velvollinen perustelemaan sen, että ei jaa *luontevaa* hankintakokonaisuutta. Samankaltainen lisäperusteluvelvollisuus on lisätty 93 §:ään.

77 § 4 mom.: Pykälän 4 momentin mukaan: ”Hankintayksikkö voi rakennusurakka- ja palveluhankinnoissa sekä tavarahankintaan liittyvissä kokoamis- ja asennustöissä vaatia, että tarjoaja tai ryhmittymän jäsen itse toteuttaa tietyt kriittiset tehtävät”. Yksityiskohtaisissa perusteluissa olisi hyvä avata ”kriittisten tehtävien” määritelmän tulkintaa.

78 §: Pykälässä säädetään alihankkijoiden poissulkemisesta. Ehdotuksen mukaan: ”Jos alihankkijaa koskee jokin pakollinen poissulkemisperuste, hankintayksikön on vaadittava, että tarjoaja korvaa alihankkijan. Jos alihankkijaa koskee jokin harkinnanvarainen poissulkemisperuste, hankintayksikkö voi vaatia alihankkijaa korvattavaksi”. Kela ehdottaa, että alihankkijaa koskevilla poissulkemisperusteilla olisi vastaavat vaikutukset kuin, että poissulkemisperuste olisi itse tarjoajassa. Vähintään pakollisten poissulkemisperusteiden tarkistaminen tulisi olla myös alihankkijoiden osalta pakollista. Muunlainen tulkinta helpottaisi bulvaanijärjestelyiden käyttämistä hankinnoissa, mikäli vaatimuksena olisi ainoastaan velvollisuus vaihtaa alihankkija. Hankintayksikön oikeus pyytää selvityksiä ja tietoja tulee ulottua hankittavaa työtä todellisuudessa suorittaviin toimijoihin asti.

79 § 2 mom.: Pykälässä säädetään mahdollisuudesta vertailla tarjouksia ennen tarjoajien soveltuvuusarviointia. Kyseinen pykälä ei kuitenkaan lähtökohtaisesti joustavoita menettelyä eikä sillä nähdä olevan suurta vaikutusta hankintaprosessin edistämiseksi.

10 luku - Ehdokkaiden ja tarjoajien valinta sekä tarjouksen valinta

81 § 1 mom. 3 kohta: Erityisesti ammattitoimintaan liittyvän virheen on oltava edelleenkin poissulkemisperusteena.

81 § 1 mom. 9 kohta: Pykälässä on todettu, että hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan: *"jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa; lisäedellytyksenä on, että puutteet ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin*". Kela pitää kohtaa asiallisesti erittäin tarpeellisena. Poissulkuperusteen edellytyksiä on Kelan näkemyksen mukaan tarpeen kuitenkin täsmentää ja lieventää. Esitettyjen edellytysten tulee olla vaihtoehtoisia eli hankintayksikön tulee voida päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokas tai tarjoaja: *"jonka suorituksissa aikaisemmissa hankintasopimuksissa tai käyttöoikeussopimuksissa on ollut merkittäviä tai toistuvia puutteita jonkin keskeisen vaatimuksen toteuttamisessa;* ***vaihtoehtoisena edellytyksenä*** *on, että puutteet ovat johtaneet kyseisen aikaisemman sopimuksen ennenaikaiseen irtisanomiseen, vahingonkorvauksiin tai muihin vastaaviin sanktioihin*".

Aikaisemman hankintasopimuksen "keskeinen vaatimus" aiheuttaa tarpeetonta tulkinnanvaraa ja tämä lisävaatimus poissulkuperusteen täyttymiselle on myös muilta osin tarpeeton. Vaatimus tulee huomioitavaksi jo suhteellisuusperiaatteen kautta. Toisin sanoen sanktioiden laukeamisen tulisi yksin riittää tarjoajan poissulkemiseksi.

Toisaalta aikaisemman hankintasopimuksen ei tule myöskään tässä yhteydessä lisävaatimuksena poissulkuperusteen täyttymiselle pakottaa kaikissa tilanteissa hankintayksikköä käyttämään sanktioita poissulkuperusteen soveltamisen menettämisen uhalla, vaan muunkin merkittävän tai toistuvan puutteen tulee riittää osoittamaan, että toimittaja on soveltumaton toteuttamaan uuden hankinnan. Voi olla, että hankintayksikkö ei ole voinut tai katsonut tarkoituksenmukaiseksi muista syistä turvautua mainittuihin sopimussanktioihin tai –seuraamuksiin. Sanktiovaatimuksen esittäminen voi johtaa myös lisääntyviin riitaisuuksiin toimittajien aloitteesta, jotta mainittu poissulkuperuste ei olisi hankintayksikön käytettävissä ennen seuraavaa vastaavaa hankintaa.

Lisäksi ilmaisuun ”muut vastaavat sanktiot” kaivataan tarkennusta esimerkiksi kuvaamalla, että ainakin palvelutasosanktiot ja sopimussakot ovat näitä laissa tarkoitettuja muita vastaavia sanktioita.

Ehdotetun pykälän perusteella ei myöskään voida puuttua tarjoajan yksittäisestä henkilöstä johtuvaan huonoon palveluun. Hankintayksikön tulisi siten voida ottaa huomioon huonot kokemukset vähintään sopimusehdoissa siten, että niitä henkilöitä, jotka ovat huonoa palvelua antaneet, ei tarvitsisi ottaa mukaan palvelun suorittamiseen vaan toimittajan tulisi osoittaa eri henkilö kyseiseen tehtävään.

Kaiken kaikkiaan voidaan todeta, että ehdotetun pykälän soveltamiskynnys on liian korkea. Nykyisessä sanamuodossaan ehdotettu pykälä antaa useammille huonoille ja halvoille sarjayrittäjille mahdollisuuden toimittaa kalliita palveluita julkiselle sektorille. Lisäksi kolmen vuoden määräaikainen poissulkeminen on liian lyhyt erityisesti puitejärjestelyjen perusteella tehtävissä hankinnoissa.

82 §: Pykälässä säädetään mahdollisuudesta esittää korjaavia toimenpiteitä, mikäli tarjoajan tarjousta rasittaa pakollinen tai harkinnanvarainen poissulkemisperuste. Kyseinen pykälä antaa hankintayksiköille laajan mahdollisuuden ottaa huomioon vaihtoehtoista selvitystä poissulkemisperusteen poistamiseksi. Kuitenkin hankintayksikön voi olla vaikea arvioida lisäselvitystä kokonaisarvostelun perusteella ja tasapuolisesti kaikkien tarjoajien kannalta.

88 § 2mom.: Onko todella tarkoitus, että puitejärjestelyyn valittujen toimittajien kanssa voidaan tehdä sopimukset tarkastamatta 80 ja 81 §:issä tarkoitettuja poissulkemisperusteita? Käytännössä ei liene järkevää, että ko. tarkastus tehdään vasta siinä yhteydessä, kun puitejärjestelyyn valituilta toimittajilta tehdään hankintoja.

91 § 2 mom.: Kela pitää hyvänä ja tarpeellisena, että hankintayksiköllä on edelleen oikeus vaatia selvitystä palvelujen suorittamisesta vastaavista henkilöistä ja heidän ammatillisesta pätevyydestään.

90 § 3 mom.: Kuten edellä on 72 §:n osalta esitetty, ympäristövaatimusten huomioon ottaminen on hankintayksiköille tulkinnanvaraisuutta aiheuttava aihe ja ehdotettu lainsäädäntö lisää tulkinnanvaraisuutta ympäristövaatimusten osalta entisestään.

93 §: Ehdotetussa pykälässä säädetään tarjouksen valinnasta. Halvimman hinnan käyttäminen tarjouksen valintaperusteena tulee jättää kaikkien hankintojen osalta hankintayksikön harkintavaltaan. Hankintojen laadukkuuteen voidaan ottaa kantaa asetettavilla vähimmäisvaatimuksilla, vertailuhinnan rakentamisella sekä tarkoituksenmukaisilla sopimusehdoilla. Muunlainen ratkaisu aiheuttaisi hankintayksiköille mahdollisesti myös lisää tarpeetonta hallinnollista työtä. Pakolliset laadulliset vertailuperusteet voi käytännössä olla mahdollista tehdä myös tyhjäksi. Toisin sanoen sääntelyn kiertämisen estäminen voi olla hankalaa. Hankinnan lopputuloksen laadukkuuden edellytyksenä tai takeena ei ole ehdottomasti laadulliset vertailuperusteet. Hankintayksikölle pykälässä asetetun perusteluvelvollisuuden tarpeellisuutta ja merkitystä käytännössä on syytä arvioida vielä uudelleen. Edellä on käsitelty ehdotettua lisäperusteluvelvollisuutta myös 75 §:n osalta.

93 § 2 mom.: Hyvänä selkeytyksenä pidetään ehdotusta, jonka mukaan vertailuperusteena voitaisiin käyttää myös henkilöstön pätevyyttä ja kokemusta.

11 luku - Kansallisia hankintoja, sosiaali- ja terveyspalveluja sekä muita erityisiä palveluhankintoja sekä käyttöoikeussopimuksia koskevat menettelyt

102 § 2 mom. ja 111 § 2 mom.: Kela katsoo perustelluksi ja tarpeelliseksi, että kansallisissa ja sote-hankinnoissa hankintayksiköllä on oikeus valita tapa, jolla tietojenvaihto toimitetaan. Kela esittää 102 § ja 111 § olevia viittauksia 62 §:ään poistettavaksi. Jos tietojenvaihto toteutetaan sähköisiä välineitä käyttäen, sovellettaisiin myös tällöin sitä mitä 102 § 1 momentissa sekä 111 § 1 momentissa on sanottu. Pykälien 1 momenttien muotoilua esitetään myös tarkistettavaksi kohdan: *"Valittujen viestintävälineiden on oltava yleisesti käytettävissä, eikä välineen valinta saa vaarantaa toimittajien mahdollisuutta osallistua hankintamenettelyyn"* osalta. Tämä vaatimus lienee johdettavissa jo hankintojen yleisistä periaatteista (yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu), jolloin em. mainintoja voisi olla perustellumpaa käsitellä vain perustelutekstissä tai todeta, että valittu tapa ei saa vaarantaa tarjoajien yhdenvertaista ja syrjimätöntä kohtelua.

12 luku - Sosiaali- ja terveyspalvelut sekä muut erityiset palveluhankinnat

107 §: Pykälässä ehdotetaan säädettäväksi sosiaali- ja terveyspalveluissa sekä muissa erityisissä palveluhankinnoissa noudatettavista periaatteista. Kyseinen pykälä on lainsäädäntöteknisesti ongelmallinen. Se on omiaan lisäämään sääntelyn määrää ja vaikeaselkoisuutta erityisesti sääntelyn synnyttämien oikeuksien ja velvollisuuksien näkökulmasta. Viittaukset muun lainsäädännön noudattamisvelvollisuuksiin tulee poistaa, ellei tälle katsota olevan lainsäädännön erityinen tulkinnanvaraisuus tai muu asiallinen syy huomioiden erityisiä perusteita. Tavoiteluonteiset huomautukset esitetään poistettavaksi tai siirrettäväksi perustelutekstiin.

14 luku - Hankintaa koskevat päätökset ja hankintasopimus

122 §: Pykälässä säädetään hankintaa koskevan päätöksen tekemisestä ja perustelemisesta. Perustelujen kattavuutta koskevilta osin kohtaa voisi arvioida vielä suhteessa hallintolain (434/2003) mukaiseen yleiseen päätösten perustelemisvelvollisuuteen (hallintolain 45 §).

Pykälää viimeisteltäessä olisi vielä hyvä arvioida uudestaan johtopäätöstä, jonka mukaan perusteluvelvollisuuden lieventäminen vähentäisi hankintapäätösten perusteluvelvollisuutta koskevia valituksia markkinaoikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Kelan kokemuksen mukaan niukat perustelut ovat omiaan herättämään kysymyksiä tarjoajien keskuudessa ja tätä kautta lisäävät myös valituksia.

128 §: EU-hankintojen odotusajan lyhentämistä 21 päivästä 14 päivään pidetään tarpeellisena muutoksena.

131 §: Hankintaoikaisun käyttö- ja soveltamisalan laajennusta pidetään hyvänä lisänä.

132 §: Hankintayksikön tekemän oikaisun oikaisuajan pidentämistä pidetään tarpeellisena.

135 §: Pykälässä säädetään hankintasopimuksen muuttamisesta sopimuskauden aikana. On hyvä asia, että lakiin on ehdotettu lisättäväksi sääntelyä koskien sopimuksen muuttamista, mutta ehdotettu pykälä on erittäin vaikeaselkoinen ja se sisältää paljon tulkinnanvaraisia määritelmiä (olennainen, huomattavasti, merkittävä, ei ole mahdollista). On todennäköistä, että käytännössä sopimusten muuttamiseen suh-

taudutaan erittäin varovaisesti. Lakia viimeisteltäessä olisi hyvä vielä tarkastaa pykälän suhde 41 §:ään, jossa säädetään suorahankinnoista lisätilauksissa.

136 §: Ehdotetun pykälän mukaan: ”Sen lisäksi, mitä hankintasopimuksessa on sovittu, hankintayksikkö voi purkaa hankintasopimuksen, jos toimittajaa on koskenut jokin 80 §:ssä mainituista pakollisista poissulkuperusteista hankintasopimuksen tekohetkellä”. Kela ehdottaa, että purkamisoikeus tulisi koskemaan myös sopimuskauden aikana ilmitulleita tapauksia eli kun poissulkuperuste täyttyy sopimuskauden aikana, mutta myöhemmin kuin hankintasopimuksen tekohetkellä.

Vrt. 136 § 2 kohta ja 104 §: Voiko sopimuksen purkaa sillä perusteella, että toimittajaa on koskenut jokin 80 §:ssä mainittu pakollinen poissulkuperuste hankintasopimuksen tekohetkellä, jos sitä ei ole sovellettu (kansallisessa) hankinnassa tarjouskilpailuvaiheessa?

15 luku - Oikeussuojakeinot

156 §: Pykälässä säädetään ehdotetusta uudesta valitusluvasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Valituslupamenettely on luonnollisesti oikeusturvan kannalta tarkasteltuna ongelmallinen. Valituslupaa puoltavana seikkana kuitenkin pidetään sitä, että julkisten hankintojen pääsääntöisesti pikaisesti tapahtuvasta täytäntöönpanosta johtuen valitus ei ole enää ajankohtainen usean vuoden täytäntöönpanon jälkeen. Tällöin valituksen eteneminen viimeiseen oikeusasteeseen voi olla turhaa kummankin asianosaisen kannalta sopimuksen jo tultua täytetyksi kaikilta osin. Lisäksi valituslupa luonnollisesti vähentäisi vireillä olevien prosessien määrää.

Valituslupamenettely tulee korostamaan markkinaoikeuden osaamisen ja resursoinnin tärkeyttä, jotta markkinaoikeuden päätösten oikeellisuus olisi mahdollisimman hyvin todennettavissa sekä yksittäisessä ratkaisussa että markkinaoikeuden yhtenäisen oikeuskäytännön kannalta. Lisäksi hankintamenettelyn osapuolten oikeusaseman selventämiseksi ehdotetaan määrättäväksi määräaika, johon mennessä korkeimman hallinto-oikeuden tulee antaa ratkaisunsa siitä myönnetäänkö valituslupaa vai ei.