

Lausunto

29.04.2022

Asia: VN/20245/2021

Lausuntopyyntö koskien hallituksen esitystä eduskunnalle julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamista

Lausunnonantajan lausunto

Voitte kirjoittaa lausuntonne alla olevaan tekstikenttään

Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy kiittää mahdollisuudesta lausua hankintalain muutosehdotuksista (VN/20245/2021) ja esittää lausuntonaan seuraavaa:

1. Ympäristöystävällisten hankintojen edistäminen

Luonnoksen mukaan hankintalain ja erityisalojen hankintalain 2 §:n 1 momentin tavoitteisiin lisättäisiin nimenomainen maininta ympäristöystävällisempien hankintojen edistämisestä.

Kyseisen säännöksen voimassa olevassa 2 momentissa on säännös siitä, että hankintatoiminta on pyrittävä järjestämään muun ohella ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Näin ollen ympäristöystävällisten hankintojen maininta myös säännöksen 1 momentissa ei sellaisenaan merkitse kovin suurta muutosta sääntelyssä.

Kestävien ja vastuullisten hankintojen edistäminen on periaatteellisesti tärkeä asia ja esitysluonnoksessa todetun mukaisesti ympäristönäkökulmien huomioon ottaminen voi ilmetä monenlaisilla hankintayksikön edistämistoimilla, kuten käyttämällä elinkaarikustannuslaskentaa sekä huomion kiinnittäminen hankinnan ympäristönäkökulmia koskeviin laatuvaatimuksiin. Käytännössä tärkeää on myös, että hankintayksikkö tuntee markkinan ja varaa riittävästi aikaa ennen tarjouskilpailua markkinavuoropuheluun ekologisesti kestävämpiin ratkaisuihin pyrittäessä. Lain tavoitteita koskevien sanamuotojen muokkaamisen ohella ympäristönäkökulmien huomioimista olisi

tarkoituksenmukaista edistää esimerkiksi kehittämällä hankintayksiköille suunnattua neuvontaa, ohjeistusta ja malleja.

2. Kielilakia koskeva sääntelyehdotus

Luonnoksessa ehdotetaan, että hankintayksikön on toimitettava julkaistavaksi hankintailmoitukset siten kuin kielilaissa säädetään. Muutoksen tarkoituksena näyttäisi olevan, että kaksikielisten hankintayksiköiden tulisi julkaista hankintailmoitus molemmilla kotimaisilla kielillä, eikä ilmoittaminen yksinomaan englanniksi olisi enää mahdollista. Muutoksen taustalla on sinänsä positiivinen tavoite, eli pienten ja mikroyritysten toimintaedellytysten parantaminen ja siten kilpailun lisääminen.

Ehdotettu muutos on kuitenkin ongelmallinen tulkinnanvaraisuutensa vuoksi. Luonnoksen pykälissä velvoite ensinnäkin kohdistetaan hankintayksikköön. Hankintalaeissa hankintayksikkönä voi viranomaisten lisäksi olla julkisoikeudellinen laitos, hankintaa varten yli puolet valtioneuvosta saava taho tai erityisalojen hankintalain puolella myös julkinen yritys sekä erityis- tai yksinoikeuden saanut taho. Toisaalta esityksen perusteluissa kielilain velvoitteissa on tehty rajausta valtioon ja kuntiin: ”Ehdotuksella varmistettaisiin se, että hankintailmoitukset valtion kaksikielisissä viranomaisissa tai kaksikielisissä kunnissa voitaisiin laatia kielilain tavoitteiden mukaisesti.” Luonnoksen perusteella ei ole selvää, mihin kaikkiin hankintayksiköihin kielilain velvoitteet on tarkoitus kohdistaa.

Kiinnitämme huomiota myös siihen, että kun lakien asianomaisissa pykälissä kielilain velvoitteet olisi rajattu hankintailmoituksen julkaisemiseen, perustelutekstissä (s. 23) velvoite näyttäisi ulottuvan laajemmin hankintamenettelyyn ja toisaalta ainakin tarjouspyyntöön. Luonnoksen perusteella ei siten ole selvää, onko kielilain velvoitteet tarkoitettu huomioon otettavaksi läpileikkaavasti koko hankintamenettelyssä, vai ainoastaan hankintailmoituksessa.

Esitysluonnoksen perustelut huomioiden epäselväksi jää, onko kielilain velvoitteiden huomioon ottaminen ehdotetulla tavalla ylipäätään tarkoituksenmukaista, esityksen mukanaan tuoma hallinnollinen taakka sekä hankintailmoitusten tulkintaan ja muutoksenhakuun liittyvät uudet ongelmat huomioiden. Kokemuksemme mukaan pelkästään englanninkieliset tarjouskilpailut ovat kansainvälisiltä markkinoilta tarjouksia odottaville hankintayksiköille riittäviä. Kokemuksemme mukaan hankintamenettelyyn ei myöskään jätetä tarjoamatta sen vuoksi, että hankintailmoitus ei ole saatavilla suomeksi tai ruotsiksi. Esteen julkisiin hankintoihin osallistumiselle muodostaa ennemminkin se, että menettely on yksityiskohtaisesti säänneltyä ja joustamatonta ja erityisesti pk-sektorin yritysten on haastavaa hallita varsin muotomääräinen prosessi. Myös sopimukset saattavat olla kohtuuttomia, varsinkin tilanteissa, joissa hankintayksikkö säilyttää kiinteähintaisissa sopimuksissa kysyntärisikin tarjoajalle.

Kiinnitämme huomiota myös siihen, että tulkinnanvarainen sääntely hyvin todennäköisesti merkitsee uudenlaisia valituksia markkinaoikeuteen. Markkinaoikeus voi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan puuttua ilmoitusmenettelyn keskeisiin virheisiin myös viran puolesta. Menettelyvirheet ilmoittamissa johtavat tyypillisesti siihen, että hankinnasta on järjestettävä kokonaan uusi tarjouskilpailu. Esitysluonnoksessa vaikutusarvioinnista puuttuu arvio siitä, miten muutos vaikuttaisi markkinaoikeuteen tulevien hankintavalitusten määrään. Asiassa tulisi myös arvioida vaihtoehtoa, että kielilain velvoitteiden noudattamatta jättämistä ei pidettäisi sellaisena menettelyvirheenä, josta tulisi voida määrätä seuraamus. Tätä koskeva rajoitus lisättäisiin esimerkiksi hankintalain 146 §:n 2 momentin muutoksenhaun rajoituksia koskeviin tilanteisiin.

Pidämme hankintayksiköiden hallinnollisen taakan lisäämistä kielilakia koskevilla määräyksillä haasteellisena erityisesti tilanteessa, jossa hankintayksiköiden tulisi voida käyttää enemmän aikaa ja resursseja ympäristö- ja ilmastonäkökulmien huomioimiseen hankinnoissa.

3. KKV:n tutkintavaltuuksien määräaika ja tehottomusseuraamus

Esitysluonnoksessa on ehdotettu KKV:n hankintavalvontaan liittyvän määräajan pidentämistä siten, että nykyisen kuuden kuukauden sijaan KKV:lla olisi 12 kuukauden määräaika tehdä esitys markkinaoikeudelle muun ohella tehottomusseuraamuksen ja sopimuskauden lyhentämisen määräämisestä.

Vaikka ehdotuksen tavoite vakaviin hankintasäännösten vastaisiin menettelyihin puuttumisen tehostamisesta ja määräajan pidentämisestä on sinänsä perusteltu, kiinnitämme huomiota siihen, että ehdotus voi johtaa tehottomusseuraamuksen määräämiseen hyvin pitkän ajan kuluttua sopimuksen tekemisen jälkeen.

Kiinnitämme asian osalta huomiota oikeussuojadirektiiviin 2007/66/EY perustuneeseen, aiemmin voimassa olleiden hankintalakien oikeussuojauudistuksessa omaksuttuun markkinaoikeusvalitusten kuuden kuukauden määräajan perusteluihin, joissa kiinnitettiin huomiota hankinta-asioiden luonteeseen ja oikeussuojakeinojen tehokkaaseen käyttöön ja painotettiin tarvetta suojata syntynyttä oikeustilaa. Kyseisten lain esitöiden mukaan hankintayksikkö on käytännössä lähes aina kuuden kuukauden kuluessa hankintapäätöksen tekemisestä tehnyt hankintasopimuksen ja toteuttanut hankinnan osittain tai jopa kokonaan. (HE 190/2009 vp, s. 61). Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen yhteydessä korostettiin vastaavasti tasapainoa tehokkaan laittomiin suorahankintoihin puuttumisen ja hankinnan kilpailulle avaamisen ja toisaalta sen kanssa, että tehottomusseuraamuksella ei aiheuteta kohtuuttomia vaikutuksia sopimusosapuolille hyvin pitkän ajan kuluttua sopimuksen solmimisesta.

KKV:n hankintavalvonnan määräaikojen pidentäminen ehdotetulla tavalla ei ole tarkoituksenmukainen tapa tehostaa julkisten hankintojen valvontaa. Tällä voi pitkällä aikavälillä olla

negatiivisia vaikutuksia julkisten varojen tehokkaaseen käyttöön, vaikka ehdotettu muutos parantaisikin KKV:n mahdollisuuksia puuttua hankintalain vastaiseen menettelyyn. Tehokkaampi keino olisikin esimerkiksi lisätä KKV:n resursseja, jolloin jälkikäteiseen hankintoihin puuttumisen aiheuttamat kohtuuttomat vaikutukset voidaan välttää. Ehdotettu määräaikojen pidentäminen edellyttäisi vähintäänkin perusteellista vaikutusten arviointia hankintayksiköihin ja hankintayksiköiden sopimuskumppaneihin.

4. Alihankkijoiden poissulkemiseen liittyvät ehdotukset

Ehdotetun 78 §:n perusteluissa todetaan, että: ”Ehdotettujen 3 ja 4 momenttiin tehtävien muutosten tavoitteena ei kuitenkaan olisi muuttaa alihankkijoiden poissulkemista koskevaa menettelytapaa. Näin ollen 78 §:n mukaan pakollisten poissulkemisperusteiden osalta hankintayksikön olisi vaadittava, että tarjoaja korvaa alihankkijan. Mikäli tarjoaja ei ole korvannut sellaista alihankkijaa, jota rasittaa pakollinen poissulkemisperuste, olisi hankintayksikön tehtävä asiaa koskeva päätös kyseisen alihankkijan poissulkemisesta.”

Huomioiden esitysluonnoksessa hankintalain 80 §:n ehdotetut muutokset, esityksen osalta jää epäselväksi, mitä alihankkijan poissuljentaa koskevalla päätöksellä käytännössä tarkoitetaan, erityisesti hankintalain 133 §:n mukainen hankintaoikaisun vaatimista koskeva oikeus sekä 145 §:n mukainen muutoksenhakuoikeus huomioiden. Alihankkijat eivät osallistu hankintamenettelyihin tarjoajana eivätkä ole siten lähtökohtaisesti hankintamenettelyn asianosaisia. Mikäli asianosaisasema ulotettaisiin myös alihankkijoihin tilanteessa, jossa hankintayksikkö tekisi erillisen poissulkupäätöksen alihankkijan osalta, olisi tällä merkittäviä vaikutuksia myös hankintamenettelyihin liittyviin hankintaoikaisu- ja muutoksenhakuprosesseihin ja hankintamenettelyjen läpiviennin tehokkuuteen. Tältä osin kaivattaisiin huolellista vaikutustenarviointia.

Esitykseen kaivattaisiin myös selvennystä siitä, onko alihankkijoiden osalta rikosrekisteriotteiden tarkastaminen jatkossa pakollista, vai hankintayksikön mahdollisuus. Pakollisen tarkastamisen vaikutuksia, kuten hallinnollisen taakan lisääntymistä, olisi myös syytä selvittää nykyistä huolellisemmin.

Andersin Atte
Asianajotoimisto Castrén & Snellman Oy