

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

Hanselin lausunto hankintalain muutosehdotuksiin (VN/20245/2021)

Yleistä

Hansel ei kannata hankintalakiin ehdotettuja muutoksia. Ehdotetut säännökset lisäävät hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa, aiheuttavat tulkintavaikeuksia ja oikeudellista epävarmuutta. Kansallisessa hankintalaissa ei tulisi säätää hankintadirektiivistä poikkeavalla tavalla eikä etenäkään lisätä hankintayksiköiden velvoitteita.

Olemme huolissamme hankintoihin liittyvän lainsäädännön monimutkaistumisesta sekä siitä, että hankintoihin liittyviä velvoitteita lisätään sektorilakeihin sekä suoraan sovellettaviin EU-säädöksiin. Monimutkainen lainsäädäntö ja hankintoihin suoraan kuulumattomat horisontaalipolitiikat aiheuttavat sekavan soveltamisympäristön ja saattavat vähentää myös yritysten kiinnostusta julkisiin hankintoihin. Näkemyksemme mukaan hankintalakia tulisi uusien velvoitteiden säätämisen sijaan mieluummin keventää ja siten lisätä hankintayksiköiden harkintavaltaa strategisten tavoitteidensa toteuttamiseen. Tämä parantaisi myös yritysten kiinnostusta osallistua tarjouskilpailuihin. Esimerkiksi vastuullisuuteen liittyviä tavoitteita tulisi edistää osaamista, ohjeistusta, malleja ja tukea lisäämällä sekä hankintoihin liittyviä digitaalisia palveluja kehittämällä. Hankintayksiköiden harmaan talouden torjuntaan liittyvää työtä helpottaisi lisäksi paremmat tiedonsaantimahdollisuudet ja keskitetyt tietokannat. Harmaan talouden torjuntaa parantaisivat myös velvoitteidenhoitoselvitysten sisällön laajentaminen ja mahdollisuus saada selvityksiä sopimuskauden aikana,

rikosrekisteriotteiden sähköinen tarkastaminen sekä EU:n pakotteita koskevia tietojen keskitetty tietokanta.

Kiinnitämme huomiota siihen, että lakiehdotuksessa ei ole riittävästi arvioitu ehdotettujen muutosten vaikutusta hankintayksiköiden ja yritysten hallinnolliseen taakkaan. Esimerkiksi alihankkijoiden rikosrekisteriotteiden tarkastaminen tulee lisäämään merkittävästi tarjoajien ja hankintayksiköiden työtä. Hallituksen esitysluonnoksessa ei ole myöskään kattavaa kansainvälistä vertailua muiden kuin ympäristövaatimusten osalta. Olisi tärkeää, että myös muiden ehdotettujen muutosten osalta tehtäisiin katsaus muiden maiden lainsäädäntöön ja esimerkiksi 130 §:n muutoksen osalta olisi tärkeää tietää myös komission kanta valvontadirektiivin tarkoituksesta.

Lain tavoitteet (2 §)

Lain tavoitteita koskevaan 2 §:n 1 momenttiin on tarkoitus lisätä lain tavoitteena olevan edistää ympäristöystävällisiä hankintoja. Sama asia on kuitenkin jo mainittu voimassa olevan lain 2 §:n 2 momentissa. Jos kuitenkin muutos on välttämätön, tulisi ”ympäristöystävällisyys” -käsitteen sijaan käyttää muuta käsitettä, sillä ”kestävien hankintojen” tavoittelu on jo mainittu 1 momentissa. Kestävyyden voi käsittää tarkoittavan mm. sosiaalista ja ekologista kestävyyttä. Emme siten näe muutoksen tuovan lisäarvoa. Kannatamme ympäristönäkökulmien huomioimisen edistämistä sääntelyn sijaan esimerkiksi kehittämällä neuvontaa, ohjeistusta ja malleja. Hankintayksiköt, kuten Hansel ovat laajasti sitoutuneita vastuullisuusnäkökulmien huomioimiseen hankinnoissa.

Hankintailmoitusten julkaiseminen (60 §)

Lakiluonnoksen 60 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi hankintailmoitusten julkaisemisesta siten kuin kielilaissa säädetään. Hankintailmoitusten julkaiseminen kahdella kielellä lisää hankintoihin liittyvää hallinnollista taakkaa, joten emme kannata muutosta. Myöskään direktiivi ei edellytä hankintailmoitusten julkaisemista useammalla kielellä. Pidämme säännösehdotusta ongelmallisena myös, koska kielilaissa ei säädetä hankintailmoitusten julkaisemisesta. Jos kuitenkin katsotaan välttämättömäksi, että kielilain soveltamisalaan kuuluvien hankintayksiköiden tulee julkaista hankintailmoitukset suomeksi ja ruotsiksi, olisi selkeintä kirjoittaa tämä pykälään suoraan kielilakiin tehdyn yleisen viittauksen sijaan.

Perustelutekstin mukaan ”Velvollisuus kielilain noudattamiseen hankinnoista ilmoittamisessa sekä hankintamenettelyssä määräytyisi kielilain mukaisesti”. Perusteluista tulee poistaa viittaukset kielilain soveltamiseen hankintamenettelyissä, sillä viittausten voi ymmärtää velvoittavan hankintamenettelyn eri vaiheiden toteuttamiseen ja kaikkien hankintamenettelyn asiakirjojen laatimiseen suomeksi ja ruotsiksi. Pykälässä ei tällaista velvoitetta ole. Kielilain täysmääräinen soveltaminen hankintamenettelyissä johtaisi valtavaan työmäärän lisääntymiseen ja oikeudellisiin pulmiin hankinta-asiakirjojen kieliversioiden mahdollisten eroavaisuuksien johdosta.

Lakiluonnoksen perustelujen mukaan ”hankintailmoitus ja tarjouspyyntö voidaan julkaista suomen- tai ruotsin kielen lisäksi myös muulla kielellä kuten englannin kielellä”. Hallituksen esityksen perusteluista tulee poistaa viittaus siihen, että mainitut asiakirjat on aina laadittava suomeksi tai ruotsiksi. Hankintalaki taikka -direktiivi eivät edellytä hankintailmoitusten ja tarjouspyyntöjen laatimista suomen tai ruotsin kielellä, vaan ne voidaan laatia millä tahansa Euroopan unionin virallisella kielellä (Hankintadirektiivin 51 artiklan 3 -kohta). Hankintamenettelyjä toteutetaan usein myös ainoastaan englannin kielellä, erityisesti tilanteissa, joissa kotimaista tarjontaa ei ole vaan potentiaaliset tarjoajat tulevat muista maista (esimerkiksi tutkimuslaitehankinnat, ulkomailla suoritettavat palvelut, lentokuljetuspalvelut). Pidämme ehdottoman tärkeänä sitä, että hankintayksiköillä on mahdollisuus valita hankintamenettelyn kieli hankintadirektiivin mukaisesti ja laatia hankintailmoitus ja hankinta-asiakirjat yhdellä hankinnan kannalta tarkoituksenmukaisimmalla kielellä. Hankinta-asiakirjojen laatiminen useammalla kielellä lisää hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa merkittävästi.

Hanselin tarjouskilpailuissa ei ole esitetty toiveita hankintailmoituksen tai muiden asiakirjojen toimittamisesta useammalla kielellä taikka hankintamenettelyn toteuttamisesta useammalla kielellä. Käsittäksemme muissa EU-maissa hankintayksiköillä ei ole velvollisuutta toteuttaa hankintamenettelyjä useammalla kielellä hallinnollisen taakan sekä oikeusvarmuuden vuoksi.

Alihankkijoiden poissulkeminen (78 §, 80 §)

Hallituksen esitysluonnoksessa ehdotetaan lisättäväksi 78 §:ään viittaus lain 82 §:ään koskien korjaavien toimenpiteiden soveltamista alihankkijoiden poissulkemisessä sekä alihankkijoiden lisääminen 80 §:n tahoihin, jotka on suljettava hankintamenettelystä pakollisten poissulkuperusteiden johdosta.

Pidämme ongelmallisena suunniteltuja lisäyksiä 78 §:ään ja 80 §:ään. 78 §:n mukaan hankintayksikkö voi tarkistaa koskeeko alihankkijaa poissulkuperuste. Lakiin on kuitenkin tarkoitettu lisätä runsaasti mainintoja pakollisten poissulkuperusteiden soveltamisesta alihankkijaan ja sen vastuuhenkilöihin. Alihankkijoiden tarkastaminen on 78 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön harkintavallassa. Korjaavien toimenpiteiden (78 § 2 mom) ja pakollisten poissulkuperusteiden (80 §:n) soveltaminen alihankkijoihin vaikuttaa kuitenkin hankintayksikön velvollisuudelta, joten säännösten vapaaehtoinen soveltaminen jää epäselväksi.

Jos tarkoituksena on, että hankintayksiköiden on tarkastettava alihankkijoiden rikosrekisteriotteet, hankintoihin liittyvä hallinnollinen taakka lisääntyy merkittävästi. Tarjoajalla voi olla kymmeniä alihankkijoita, joilla yhteensä satoja vastuuhenkilöitä. Rikosrekisteriotteiden toimittaminen ja tarkastaminen aiheuttaa valtavan työmäärän tarjoajille, niiden alihankkijoille ja hankintayksiköille. Rikosrekisteriotteiden tarkastaminen viivästyttää myös hankintoja. Ulkomaisista yrityksistä on usein erittäin vaikeaa saada rikosrekisteriotteita. Hanselin tarkastamissa tuhansissa rikosrekisteriotteissa

ei ole ollut yhtään poissulkuun johtavaa rikosta, joten näemme rikosrekisteriotteiden tarkastamisen hyödyt erittäin vähäisiksi verrattuna niiden aiheuttamaan työmäärään, viiveisiin sekä tietoturva- ja tietosuojapulmiin. Alihankkijaa ei myöskään ole määritelty hankintalaissa, joten epäselvää on, mitkä toimitusketjun yritykset katsotaan lainkohtien tarkoittamiksi alihankkijoiksi.

Hankintadirektiivin 71 artiklan 6 b-kohdan mukaan hankintaviranomaiset voivat tarkistaa tai jäsenvaltiot velvoittaa niitä tarkistamaan, onko perusteita alihankkijoiden poissulkemiseksi. Direktiivin mukaan pakollisen poissulkuperusteen johdosta hankintaviranomaisen on edellytettävä talouden toimijaa korvaamaan alihankkija. Hankintalain 2021 voimaantulleissa hankintalakimuutoksissa lisättiin alihankkijoiden poissulkemista koskevia kohtia 78 § ja 80 §:iin. Pidämme alihankkijoiden poissulkemista koskevia jo tehtyjä muutoksia periaatteellisesti ongelmallisina ja hankintamenettelyn logiikkaan soveltumattomina. Hankintadirektiivi edellyttää korvaamaan sellaisen alihankkijan, jota koskee pakollinen poissulkuperuste, ei poissulkemista hankintamenettelystä (johon alihankkija ei ole edes jättänyt tarjousta).

Ehdotetut 78 §:n ja 80 §:n muutokset eivät perustu hankintadirektiiviin, joten ehdotamme, että muutoksista luovutaan. Jos alihankkijoiden rikosrekisteriotteiden tarkastaminen katsottaisiin välttämättömäksi, tulisi samassa yhteydessä toteuttaa rikosrekisteriotteiden sähköinen tarkastaminen.

Ympäristörikosten lisääminen pakollisiksi poissulkuperusteiksi (80 §)

Lakiehdotuksessa ehdotetaan pakollisten poissulkuperusteiden luetteloon lisättäviksi törkeä ympäristön turmeleminen sekä luonnonsuojelurikos. Hansel ei vastusta muutoksia, mutta huomautamme, että ulkomaisten yritysten ja niiden vastuuhenkilöiden rikosrekisteriotteissa ei todennäköisesti ole tietoja kyseisistä rikoksista, joten poissulkuperusteita ei voida yleensä soveltaa muista maista tuleviin tarjoajiin.

Ehdotamme, että pakollisiin poissulkuperusteisiin lisättäisiin Euroopan unionin ja Yhdistyneiden kansakuntien pakotteiden soveltuminen tarjoajaan, omistajiin ja vastuuhenkilöihin. Poissulkuperusteen soveltaminen edellyttäisi, että poissulkuperustetta ei koske 80 §:n 1 momentissa oleva vaatimus perusteen ilmenemisestä rikosrekisteristä eikä 5 momentissa oleva poissulkua koskeva viiden vuoden aikaraja. Muutos olisi erittäin tarpeellinen sillä hankintalaissa ei ole suoraan pakotteisiin liittyvää poissulkuperustetta. Pakotelaki ja EU:n pakoteasetukset edellyttävät kuitenkin muun muassa, ettei liiketoimia harjoiteta pakotteiden kohteena olevien tahojen kanssa.

Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinta (93, 106 ja 122 §)

Lakiehdotuksessa ehdotetaan kokonaistaloudellisen edullisuuden käsitteen muuttamista siten, että kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi voidaan katsoa myös hinnaltaan edullisin tarjous, joka täyttää hankintayksikön hankinnan kohteelle sekä tarjoajalle asettamat vaatimukset. Emme kannata muutosta. Kansallisessa hankintalaissa ei tulisi poiketa hankintadirektiivin 67 artiklassa olevasta hankintasopimuksen tekoperusteiden käsitteestä.

Ehdotetussa muotoilussa kokonaistaloudellisen edullisuuden käsitteeseen on sisällytetty siihen kuulumattomia hankintamenettelyn vaiheita kuten tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden tarkastaminen sekä tarjoajan soveltuvuusvaatimusten soveltaminen. Muotoilu tuottaa tulkintavaikeuksia 2 momentissa tarkoitettujen kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden soveltamisen sekä 4 momentissa olevan kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden ja painoarvojen ilmoittamisvelvoitteen suhteen.

Jos tarkoituksena on osoittaa, että edullisimman hinnan käyttäminen tarjousten vertailussa voi tuoda laadukkaan lopputuloksen asettamalla hankinnan kohteelle laatuun liittyviä vähimmäisvaatimuksia sekä tarjoajien soveltuvuusvaatimuksia, olisi tarkoituksenmukaisempaa edistää tätä käytäntöä muilla keinoin esimerkiksi neuvontaan ja ohjaukseen panostamalla sekä hyviä malleja jakamalla. Säännösten osalta tämä mahdollisuus olisi loogista esittää 124 §:n perusteluissa. Voimassa olevan hankintalain 124 §:n halvimman hinnan käyttäminen on perusteltava hankintaa koskevassa kertomuksessa. Hallituksen esityksessä HE 108/2016 vp on nyt ehdotettua täysin vastaava perusteluteksti laatuun liittyvien näkökulmien esittämisestä hankintaa koskevassa kertomuksessa (ks tarkemmin alla 123 §:n kohdalla esitetty).

Hankintaa koskeva päätös (123 §)

Ehdotetun säännöksen mukaan hankintayksikön on esitettävä hankintaa koskevassa päätöksessä, miten hankinnassa on huomioitu laatuun liittyvät vaatimukset. Emme kannata muutosta, sillä se lisää hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa eikä muutos perustu direktiiviin. Hankintayksiköiden on perusteltava jo nyt halvimman hinnan käyttäminen hankintaa koskevassa kertomuksessa. Hallituksen esityksessä HE 108/2016 esitettyjen 93 §:n perustelujen mukaan "Jos hankintayksikkö päättäisi käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena muissa kuin tavarahankinnoissa ainoastaan hintaa, tulisi sen tehdä läpinäkyväksi se, miten laadulliset näkökohdat on huomioitu hankittavassa kokonaisuudessa esimerkiksi kuvaamalla, miten se on ottanut laadun huomioon asettamissaan tarjoajan soveltuvuusvaatimuksissa, hankinnan vähimmäisvaatimuksissa, hankintasopimuksen erityisehdoissa tai muuten hankinnan kohteen kuvauksessa".

Hankintapäätökseen liittyviä sisältövaatimuksia ei ole tarkoituksenmukaista lisätä ylimääräisen työn lisäksi ja toisaalta koska niistä muodostuu helposti valitusperusteita. Hankintalain 146 §:n mukaan hankinnan valmistelusta ja halvimman hinnan tai kustannusten käyttämisestä kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena ei voi valittaa markkinaoikeuteen. Hankinnan laatu näkökulmiin liittyvä

perusteluvollisuus hankintapäätöksessä voi johtaa siihen, että valitusperusteet laajenevat seikkoihin, joista ei 146 §:n mukaan voi valittaa.

Hankintayksiköillä on siten jo nyt perusteluvollisuus siitä, miten laatu on huomioitu hankinnassa. On huomattava, että laadun huomioimiseen liittyvä pohdinta on hankintayksikön harkintavallan piirissä oleva asia ja hankintamenettelyssä ”taustatietoa”. Hankinnan taustatietoja ei ole syytä esittää hankintapäätöksessä. Jos laadun huomioimisen perustelevuus on välttämätöntä säätää laajemmaksi, tulisi perustelut säätää esitettäväksi hankintaa koskevassa kertomuksessa.

Poikkeukset odotusajan noudattamisesta (130 §)

Hallituksen esitysluonnoksessa ehdotetaan poistettavaksi 130 §:stä mahdollisuus poiketa odotusajasta, jos sopimus koskee dynaamisen hankintajärjestelmän sisällä tehtävää hankintaa. Ehdotus perustuu työ- ja elinkeinoministeriön näkemyksen mukaan markkinaoikeuden päätökseen MAO 332/20.

Markkinaoikeus on tuoreessa päätöksessään MAO H84/2022 katsonut, että dynaamisen hankintajärjestelmän sisäisissä hankinnoissa odotusaika on vapaaehtoinen eikä hankintayksiköillä ole velvollisuutta sitä noudattaa. Markkinaoikeuden päätöksessä MAO 332/20 todetaan myös, että valvontadirektiivin perusteella hankintalaissa on voitu jättää säätämättä velvollisuudesta noudattaa odotusaikaa tietyissä tilanteissa, mutta ei siitä, että näissä tilanteissa ei noudateta automaattista suspensiota.

Edellä esitettyjen markkinaoikeuden päätösten mukaan dynaamisten hankintajärjestelmän sisäisissä hankinnoissa ei ole välttämätöntä noudattaa odotusaikaa. Sen sijaan automaattista suspensiota on noudatettava. Valvontadirektiivin 2 b artiklan c-kohdan mukaan jäsenvaltiot voivat säätää, että dynaamisen hankintajärjestelmän sisäisissä hankinnoissa ei tarvitse noudattaa odotusaikaa.

Hankintalain 156 §:n 1 momentin 3-kohdassa säädetään tehottomuusseuraamuksesta tilanteessa, jossa hankintayksikkö on tehnyt 150 §:n vastaisesti hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen, vaikka hankinta-asia on saatettu markkinaoikeuden ratkaistavaksi. Hankintalain 150 §:n 1 momentin mukaan hankinnassa, jossa on noudatettava odotusaikaa, hankintayksikkö ei saa tehdä hankintasopimusta, jos asia on saatettu valituksella markkinaoikeuden ratkaistavaksi. Hankintalain 147 §:n 2 momentin mukaan, jos hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen jälkeen hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen 130 §:n 1 tai 3 kohdan nojalla noudattamatta odotusaikaa, valitus on tehtävä 30 päivän kuluessa siitä, kun tarjoaja on saanut tiedon päätöksestä valitusosoituksineen.

Poikkeaminen odotusajan noudattamisesta vaikuttaa siten hankintalain 147, 150 ja 156 §:ien soveltamiseen. Poikkeaminen odotusajan noudattamisesta on valvontadirektiivin 2 b-artiklan ja markkinaoikeuden päätöksen mukaista. Siten 130 §:stä ei tule poistaa poikkeusta odotusajan noudattamiseen dynaamisen hankintajärjestelmän sisäisissä hankinnoissa. Velvollisuus automaattisen suspension noudattamiseen kaikissa tilanteissa tulisi mieluummin ratkaista muuttamalla 150 §:ää siten että säännöksestä poistetaan viittaus odotusaikaan taikka muuttamalla 156 §:ää poistamalla pykälästä viittaus 150 §:ään. Siten hankintasopimusta ei saisi tehdä missään tilanteessa, jos hankintamenettelystä on valitettu markkinaoikeuteen. Koska asialla on vaikutusta useampaan säännökseen, tulisi odotusajan ja suspension noudattamista koskevat muutokset käydä erikseen huolella läpi, tehdä tarvittavat muutokset useampaan pykälään ja näin varmistaa, että sääntely on kaikissa tilanteissa looginen ja valvontadirektiivin mukainen.

Voimavarayksikköjä koskeva rikosrekisteriote

Hallituksen esityksessä ei ole huomioitu sitä, että rikosrekisteriotteet tulisi saada myös tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköistä. Poissulkuperusteiden tarkastaminen tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköstä on nähdäksemme tärkeämpää kuin alihankkijoiden tarkastaminen, sillä voimavarayksiköiden avulla voidaan täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset. Hankintayksikkö voi lisäksi edellyttää tarjoajan ja voimavarayksikön yhteisvastuuta, jos voimavaroja käytetään taloudellista ja rahoituksellista tilannetta koskevien vaatimusten täyttämiseksi (Hankintalain 92 § 4 mom).

Hankintalain 92 § 3 momentin mukaan Hankintayksikön on vaadittava ehdokasta tai tarjoajaa korvaamaan toimittaja, jonka voimavaroja se käyttää hyväkseen, jos kyseistä toimittajaa koskee 80 §:ssä tarkoitettu pakollinen poissulkemisperuste. Hallituksen esitysluonnoksessa ei kuitenkaan esitetä säädettäväksi, että hankintayksiköllä olisi oikeus saada myös voimavarayksikköä koskeva rikosrekisteriote. Ehdotamme 88 §:ään ja 171 §:ään lisättäväksi oikeus saada myös voimavarayksikköä koskevat rikosrekisteriotteet, jotta hankintayksikkö voi noudattaa 92 §:ssä olevaa velvoitetta vaatia korvaamaan voimavarayksikkö, jota koskee pakollinen poissulkuperuste.

Voimavarayksikköjä koskevista vaatimuksista säädetään hankintadirektiivin 59 ja 63 artiklassa. Hankintadirektiivin johdanto-osan kappaleen 84 mukaan ”Olisi edellytettävä nimenomaan, että yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa toimitetaan myös tiedot yksiköistä, joiden voimavaroja talouden toimija käyttää, jotta tällaisia yksiköitä koskevat tiedot voidaan tarkistaa yhdessä ja samoin edellytyksin kuin pääasiallisen talouden toimijan tiedot.”

Kontuniemi Eija
Hansel Oy