

Lausunto

28.04.2022

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

Kelan lausunto hankintalain (1397/2016) muutosehdotuksiin (VN/20245/2021)

Kela katsoo, että vaikka ehdotukseen sisältyy myös kannatettavia asioita, kokonaisuudessaan ehdotettu uusi sääntely lisää tarpeettomasti ja merkittävästi hankintayksiköiden ja talouden toimijoiden prosessikustannuksia, aiheuttaa merkittäviä uusia hankintalain tulkintavaikeuksia ja tuo hankintaprosessin läpivientiin uutta oikeudellista epävarmuutta ja myös hallitsemattomia riskejä.

Kela haluaa kiinnittää ministeriön huomiota ehdotuksen lainvalmistelun laadun ilmeisiin ongelmiin. Muutosehdotusten perustelut eivät riittävästi ohjaa säännösten soveltamista, systemaattiset näkökohdat on sivuutettu ja vaikutustenarviointi on esitysluonnoksessa valitettavan puutteellista.

Hallituksen esitysluonnoksen lähtökohtana on ollut politiikkatasolla tärkeäksi koettujen asioiden edistäminen. Näitä ovat erityisesti hankintojen laatu ja vastuullisuus, joita voidaan Kelan näkemyksen mukaan edelleen edistää kehittämällä neuvontaa, ohjeistusta ja malleja, esimerkiksi Hankinta-Suomi –ohjelman toimeenpanon yhteydessä. Kelan näkemyksen mukaan, jos tavoitteiden laintasoinen toteutustapa katsotaan välttämättömäksi, tulisi se toteuttaa huolellisen valmistelun myötä säätämällä niistä hankintayksiköitä velvoittavissa substanssi- ja järjestämislainsäädännöissä. Tätä kautta ne tulevat ja pysyvät yleisesti myös kaikkien talouden toimijoiden tiedossa ja huomioon otettavissa, kun ne käyvät läpi omia edellytyksiään ja harkitsevat tarjoamista sekä varautuvat ja valmistautuvat tuleviin tarjouskilpailuihin. Tästä on esimerkkinä puhtaita ajoneuvoja koskeva laki (740/2021, Laki ajoneuvo- ja liikennepalveluhankintojen ympäristö- ja energiatehokkuusvaatimuksista).

Kela ei kannata ehdotettuja direktiiveistä poikkeavien kriteerien ja terminologian käyttöä. Kela haluaa muistuttaa siitä, että EU-hankinnoissa epäselvissä tai ristiriitaisissa tulkintatilanteissa sovelletaan suoraan hankintadirektiiviä kansallisen lain sijaan. Kela haluaa tässä yhteydessä tuoda esille myös sen, että hankintadirektiivit on laadittu jäsenmaiden kansallisten hankintasääntelyjen

yhteensovittamiseksi ja sen varmistamiseksi, että direktiivien periaatteita noudatetaan käytännössä ja että julkiset hankinnat avataan EU-laajuiselle kilpailulle. Kela ei pidä tarkoituksenmukaisena myöskään sitä, että uutta terminologiaa käytettäisiin pelkästään kansallisten hankintojen tekomenettelyissä.

Kela kantaa huolta hankintalainsäädännön jatkuvasta monimutkaistumisesta. Kela katsoo, että hankintasääntelyn peruslähtökohtana tulisi edelleen olla, että hankintalaki on kaikille hankintayksiköille toimiva, yksiselitteinen ja tehokas prosessilaki, joka mahdollistaa myös ehdokkaan ja tarjoajan näkökulmasta houkuttelevan, tehokkaan, sujuvan ja luotettavan menettelyn tehdä hankintasopimuksia hankintayksiköiden ja talouden toimijoiden kesken sekä omalta osaltaan madaltaa talouden toimijoiden kynnystä tarjota tavaroita, palveluja ja rakennusurakoita suomalaisille hankintayksiköille, ja sääntelyn avulla omalta osaltaan luo julkisiin hankintoihin osallistumista ensikertaa harkitseville houkuttelevuutta kilpailla ja tarjota tehokkaita ja innovatiivisia ratkaisuja, ja siten myös aikaansaa uusia investointeja ja yritystoimintaa Suomessa.

Lain tavoitteet (2 §)

Lain tavoitteita koskevaan 2 §:n 1 momenttiin esitetään lisättäväksi lain tavoitteena olevan edistää ympäristöystävällisiä hankintoja. Ilmasto- ja ympäristönäkökulmien huomioiminen hankinnoissa on Kelalle tärkeää. Asiasta on jo sisällöllisesti säädetty voimassa olevan lain 2 §:n 2 momentissa. Terminä ”ympäristöystävälliset hankinnat” ei ole täysin yksiselitteinen. Kyseinen tavoite, jos ja kun se sisältyy käsitteeseen ”kestävät hankinnat”, voidaan saavuttaa ilman ehdotettua lainmuutosta.

Velvollisuus käyttää EU-vakiolomaketta ja yhteistä viitenimikkeistöä (59 §)

Ehdotuksessa esitetään hankintalakiin lisättäväksi uusi 3 momentin säännös, jossa säädettäisiin valtiovarainministeriön asetuksenantovaltuudesta. Kelan näkemyksen mukaan 3 momentin sanamuoto ei ole ehdotetussa kieliasussa tarkoitustaan varten riittävän tarkkarajainen, ja Kelan ehdotus on, että asetuksenantovaltuutus kohdistettaisiin tarkemmin ja rajattaisiin hankintailmoitukseen ja siinä esitettäviin tietoihin. Kela pitää myös ongelmallisena, jos hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jääviin pienhankintoihin annetaan asetuksella valtuus säätää pakottavaa sääntelyä. (Ks. ja vrt. hankintalain 25 § 2 mom.).

Kela ehdottaa, että 3 momentin säännösehdotus kuuluisi: ”Valtiovarainministeriö voi hankintadirektiivin sallimissa rajoissa antaa asetuksella määräyksiä hankintailmoituksessa ilmoitettavista tiedoista ja ilmoittamisessa käytettävistä vakiolomakkeista”.

Hankintailmoitusten julkaiseminen (60 §) ja hankinnasta ilmoittaminen (101 §)

Lakiluonnoksen 60 §:ssä ja 101 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi hankintailmoitusten julkaisemisesta siten kuin kielilaisissa säädetään. Jo lakiluonnosten perustelutekstiä lukemalla selviää, että ehdotetulle muutokselle ei ole todellista tarvetta. Suomen Kuntaliitto ry:n vuoden 2021 selvityksen mukaan sekä hankintayksiköt että tarjoajat suhtautuivat kielteisesti siihen, että hankintalainsäädännössä säädettäisiin pakollisesta kaksikielisyydestä hankintamenettelyissä. Kelan ymmärryksen mukaan hankintailmoituksen julkaiseminen kahdella eri kielellä samaan aikaan

Hilmassa / TED:ssä ei ole teknisesti edes mahdollista. Hilma-ilmoituksessa ei saa olla kuin yksi kieli, koska TED kääntää kaikille EU:n virallisille kielille.

Hankintailmoitusten julkaiseminen samaan aikaan kahdella kielellä lisää hankintoihin liittyvää hallinnollista taakkaa ja on lähtökohtaisesti epätarkoituksenmukaista (esim. Kelan ruotsinkielisten terapiapalvelujen kilpailuttaminen myös suomenkielisellä tarjouspyyntömateriaalilla) ja se lisäksi merkittävästi prosessikustannuksia (mm. kielenkääntöpalvelujen käyttöä ja sen tuomaa lisäystä hankintaprosessin ajalliseen keston) sekä aiheuttaa tarpeettomia ja myös hankintayksikön kontrollointikeinojen ulkopuolella jääviä oikeudellisia riskejä hankintamenettelyn lainmukaisuuden noudattamisesta, joten Kela ei kannata ehdotusta. Kela kannattaa sääntelyä, jonka mukaan hankintailmoitus ja tarjouspyyntö voidaan julkaista suomen- tai ruotsin kielen lisäksi myös muulla kielellä kuten englannin kielellä.

Kela haluaa tuoda mieliin sen, että voimassa oleva hankintalaki edellyttää, että kunkin hankinnan kohdalla hankintailmoituksen kieltä harkitessaan hankintayksikön tulee ottaa huomioon hankintalain 2 §:n tavoitteet ja 3 §:n periaatteet ja tässä tarkoituksessa muun ohessa hyödyntää olemassa olevat kilpailumahdollisuudet. Kela pitää ehdottoman tärkeänä sitä, että hankintayksiköillä on jatkossakin mahdollisuus valita hankintamenettelyn kieli hankintadirektiivin mukaisesti ja laatia hankintailmoitus ja hankinta-asiakirjat hankinnan kannalta tarkoituksenmukaisimmalla kielellä.

Kela pitää säännösehdotusta epäonnistuneena myös hankintalain systematiikan näkökulmasta, koska hankinnoista ilmoittamista koskevaa säännöstä jouduttaisiin tulkitsemaan hankintasääntelylle vieraan lain tavoitteiden, tarkoituksen ja systematiikan kautta, joka poikkeaa jo lähtökohdiltaan siitä, mikä on ehdokkaalle ja tarjoajalle säädetty asema julkisissa hankinnoissa ja miten se vastaa hankintayksikön tarpeita ilmoitusmenettelyssä. Säännösehdotus kielilain noudattamisesta näyttäisi kielilain mukaan edellyttävän, että kaksikielisten hankintayksiköiden tulisi laatia hankintailmoituksen lisäksi kaikki muutkin hankintaprosessin asiakirjat, mukaan lukien kysymykset ja vastaukset sekä hankintapäätökset, aina sekä suomen että ruotsin kielellä. Vastaavasti yksikielisille hankintayksiköille lainsäätäjä antaisi ehdotetun säännöksen myötä ilmoituskielen osalta hankintalain tavoitteisiin nähden ristiriitaisen signaalin.

Alihankkijoiden poissulkeminen (78 §) ja pakolliset poissulkuperusteet (80 §)

Ehdotus sisältää uuden 78 §:n 2 momentin, jonka mukaan ”alihankkijan poissulkemiseen sovelletaan hankintalain 82 §:n säännöksiä ehdokkaan tai tarjoajan korvaavista toimenpiteistä”. Pykälän perustelutekstissä on muun ohessa todettu, että säännöksellä ”mahdolistettaisiin selkeästi myös alihankkijoille mahdollisuus korjaaviin toimenpiteisiin” ja että ”82 §:ssä mainitut korjaavien toimenpiteiden tulee olla myös alihankkijoiden käytössä”. Voimassa olevan 78 §:n 1 momentissa säädetään, että jos alihankkijaa koskee jokin pakollinen poissulkemisperuste (80 §), hankintayksikön on vaadittava, että tarjoaja korvaa alihankkijan. Jos alihankkijaa koskee jokin harkinnanvarainen poissulkemisperuste (81 §), hankintayksikkö voi vaatia alihankkijaa korvattavaksi toisella alihankkijalla. Hankintalain 82 §:n mukaan ehdokas tai tarjoaja voi esittää näyttöä luotettavuudestaan siitä huolimatta, että sitä rasittaa 80 §:n tai 81 §:n poissulkuperuste. Jos hankintayksikkö katsoo näytön ja luotettavuuden riittäväksi, se ei saa sulkea kyseistä ehdokasta tai tarjoajaa pois tarjouskilpailusta.

Kela katsoo, että hankintalain 78 §:n 2 momentin ehdotus on ongelmallinen yhdessä 80 §:n muutosehdotusten kanssa. Kela pitää ehdotettua viittaussäännöstä epäonnistuneena, sillä 78 §:n 2

momentin säännös jättää epäselväksi, miten 82 §:ää sovelletaan alihankkijan osalta mm. onko alihankkijalla asiassa ehdokkaaseen ja tarjoajaan rinnastettava asianosaisasema vai esittääkö ehdokas tai tarjoaja alihankkijan puolesta kyseisen näytön. Vaikuttaa siltä, että alihankkija rinnastetaan poissulkuasiassa täysimääräisesti ehdokkaaseen ja tarjoajaan, ja se saa niiden rinnalla tai yksin asianosaisaseman poissulkemista koskevassa asiassa. Tämä ole hankintalain systematiikan mukaista eikä ehdokkaan ja tarjoajan näkökulmasta edes tarkoituksenmukaista silloin, kun tarjoajan etu olisi alihankkijan vaihtaminen. Kelan näkemys on, että ehdotus olisi myös pitkän päälle omiaan heikentämään tarjoajien kiinnostusta tehdä tarjouksia alihankintaa hyödyntäen ja siten esteenä esimerkiksi pk-yritysten mahdollisuuksille päästä alihankkijoina toteuttamaan julkisia hankintoja.

Kela ehdottaa ensisijaisesti, että 78 §:n 2 momentin säännösehdotuksesta luovutaan kokonaan ja toissijaisesti, että viittaus 82 §:ään poistetaan ja ehdotetun 2 momentin säännöksen sisältö kirjoitetaan niin tarkasti, että siitä käy yksiselitteisesti ja kattavasti ilmi, mikä on tältä osin alihankkijan oikeudellinen asema hankintaprosessissa ja miten ja missä vaiheessa alihankkijan korjaavien toimenpiteiden pyytäminen ja niiden esittäminen toteutetaan ja miten oikeussuoja toteutetaan. Kela haluaa tuoda esille sen, että hankintadirektiivi ainoastaan edellyttää korvaamaan sellaisen alihankkijan, jota koskee pakollinen poissulkuperuste, ei poissulkemaan hankintamenettelyä.

Ehdotetut muutokset poissulkemisperusteiden ulottamisesta myös alihankkijoihin tuottavat samalla uuden päätöstyypin, alihankkijan poissulkupäätöksen. Ehdotuksessa ei oteta mitään kantaa siihen, miten tämä toteutetaan ja mitä siitä seuraa ja miten hankintaprosessia voidaan tämän jälkeen jatkaa ja saattaa loppuun. Hankintalain 127 §:n mukaan hankintayksikön tekemä päätös perusteluineen sekä valitusosoitus ja oikaisuohje on annettava tiedoksi kirjallisesti niille, joita asia koskee. Sääntelemätöntä on ja epäselväksi jää muun ohessa, missä vaiheessa poissulkupäätös on hankintaprosessin yhteydessä viimeistään tehtävä; annetaanko alihankkijan poissulkupäätös tarjoajalle vai alihankkijalle vai molemmille tiedoksi muutoksenhakuohjauksin; miten tiedoksianto toteutetaan, sillä yleensä hankintayksiköllä ei ole tiedossa alihankkijoiden yhteystietoja; voiko tarjoaja alihankkijan poissulkupäätöksen jälkeen korvata kyseisen alihankkijan toisella alihankkijalle ja saako hankintayksikkö saa jatkaa tarjouksen käsittelyä ja tehdä hankintapäätöksen vai tuleeko hankintayksikön odottaa poissuljetun alihankkijan mahdollista muutoksenhakua ja markkinaoikeuden ratkaisua asiassa sekä sen jälkeistä mahdollista valitusluvan käsittelyä korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Kela katsoo, että edellä esille tuodut ehdotetut muutokset ovat ongelmallisia, joten Kela ehdottaa, että niistä luovutaan. Jos alihankkijoiden rikosrekisteriotteiden tarkastaminen katsottaisiin tarpeelliseksi, tulisi samassa yhteydessä toteuttaa rikosrekisteriotteiden sähköinen tarkastaminen.

Lakiehdotuksessa ehdotetaan 80 §:n pakollisten poissulkuperusteiden luetteloon lisättäviksi törkeä ympäristön turmeleminen sekä luonnonsuojelurikos. Kela lähtökohtaisesti puoltaa lisäystä, mutta todennäköisesti kyseistä poissulkuperusteen olemassaoloa ei voida valvoa ulkomaisten tarjoajien kohdalla.

Kelan näkemys on, että pakollisiin poissulkuperusteisiin tulisi lisätä myös Euroopan unionin, Yhdistyneiden kansakuntien ja Suomen asettamiin pakotteisiin liittyvät poissulkuperusteet.

Ehdotukseen on myös jäänyt tahaton virhe, kun ehdotuksen mukaan alihankkija voitaisiin sulkea pois tarjouskilpailusta myös siinä tilanteessa, jos hankintayksikön tiedossa on, että ehdokkaan tai tarjoajan hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävä

henkilö on rikosrekisteristä ilmenevällä lainvoimaisella tuomiolla tuomittu rikoslain 48 luvun mainitusta rikoksista.

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

Lakiehdotuksessa ehdotetaan muutosta, jonka mukaan kokonaistaloudellisesti edullisimmaksi voidaan katsoa tarjous, joka on hankintayksikön kannalta hinta-laatusuhteeltaan paras tai kustannukseltaan edullisin. Lisäksi ehdotetaan, että kokonaistaloudellisesti edullisin voi myös olla sellainen hinnaltaan edullisin tarjous, joka täyttää hankintayksikön hankinnan kohteelle sekä tarjoajalle asettamat vaatimukset. Voimassa olevan hankintalain esitöissä on todettu, että kustannukseltaan edullisimmalla ratkaisulla tarkoitetaan myös muuta kuin varsinaista hankintahintaa, esimerkiksi elinkaarikustannuksia.

Kelan näkemys on, että ehdotettu muutos toisi tulkintavaikeuksia kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden asettamiseen ja soveltamisen. Kela ei lähtökohtaisesti kannata muutosehdotuksia. Kelan näkemys on, että kansallisessa hankintalaissa ei tulisi poiketa hankintadirektiivin 67 artiklan hankintasopimuksen tekoperusteiden käsitteistä. Ehdotus edellyttäisi muutoksia myös hankintalain 93 §:n 1 momenttiin, 115 §:ään ja 146 §:ään. Kela esittää, että myös termi ”halvin hinta” (tai vaihtoehtoisesti muutetaan muotoon ”edullisin hinta”) säilytetään tarjouksen valintaperusteena. Voimassa olevan hankintalain 124 §:n mukaan halvimman hinnan käyttäminen on perusteltava hankintaa koskevassa kertomuksessa, eikä tätäkään säännöstä ole esitetty tältä osin muutettavaksi. Ehdotettu uusi muotoilu on myös hankintalain systematiikan kannalta ongelmallinen, kun siinä kytketään tarjousvertailuun siitä erillään pidettäviä tarjouksen käsittelyvaiheita: tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden tarkastaminen ja tarjoajaa koskevien soveltuvuusvaatimusten soveltaminen.

Hankintaa koskeva päätös (123 §)

Ehdotetun säännöksen mukaan hankintayksikön on esitettävä hankintaa koskevassa päätöksessä, miten hankinnassa on huomioitu laatuun liittyvät vaatimukset. Ehdotuksessa ei ole huomioitu ehdotetun sääntelyn suhdetta hankintayksikön perusteluvollisuuteen, josta säädetään 93 §:ssä ja 115 §:ssä.

Kela ei kannata muutosehdotusta, sillä se lisää hankintayksiköiden hallinnollista työtä eikä muutos perustu hankintadirektiiveihin. Hankintayksiköillä on jo nykyisen lain mukaan perusteluvollisuus siitä, miten laatu on huomioitu hankinnassa. Laadun asettaminen on hankintayksikön hankintavaltaan kuuluva asia, eikä se kuulu tarjoajan muutoksenhaun piiriin. Laadun perusteluvollisuus hankintapäätöksessä voisi johtaa siihen, että niistä tehdään tarpeettomia valituksia markkinaoikeuteen. Kela katsoo, että jos laadun huomioimisen perusteleminen on välttämätöntä säätää nykyistä laajemmaksi, tulisi perustelut säätää esitettäväksi hankintamenettelyä koskevassa kertomuksessa (124 §).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston esitykset markkinaoikeudelle (141 §)

Esityksessä esitettäisiin KKV:lle hankinnan valvontaan liittyvän 141 §:n 2 momentin muuttamista markkinaoikeudelle tehtävän esityksen määrääjän osalta. Muuttamalla määräaika vuoden pituiseksi pyritään parantamaan hankintojen valvontaa.

Kela ei kannata ehdotusta. Hankintojen toimivuuden kannalta on tärkeää, että myös valvontatoimenpiteet voidaan toteuttaa kohtuullisessa ajassa. Valvonnan vaikuttavuutta olisi mahdollista parantaa muilla keinoin, lähinnä takaamalla KKV:lle valvontatehtävään riittävät resurssit.

Muita huomioita

Kela ehdottaa sääntelyä, jonka mukaan hankintayksiköillä tulisi olla oikeus tulisi saada rikosrekisteriotteet myös tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköistä. Poissulkuperusteiden tarkastaminen tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköstä on tärkeää, 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.

Kela pitää voimassa olevan hankintalain 81 §:n 5 momentin säännöstä ongelmallisena, kun vain pykälän 1 momentin säännöksiä voidaan soveltaa kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa. Kela ehdottaa lakimuutosta siten, että 81 §:ää kokonaisuudessaan voitaisiin soveltaa kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa. Muutos parantaisi sekä hankintayksikön että talouden toimijoiden oikeusturvaa.

Kela ehdottaa, että voimassa olevan hankintalain 116 §:n 1 momentin kohtaa, jossa todetaan, että käyttöoikeussopimukseen sovelletaan myös mitä 26 §:ssä säädetään, muutetaan niin, että kyseinen viittaus poistetaan, koska se on virheellinen. Käyttöoikeussopimusten hankinnassa ei sovelleta 26 §:n säännöksiä.

Lakiehdotusluonnoksen muutossäännökseen (s. 32) sisältyy tahaton virhe kun ”Eduskunnan päätöksen mukaisesti [--] lisätään [--] 59 §:ään uusi 6 momentti”, vaikka kyse on 3 momentista.

Laati: Kari Tolonen, hankintalakimies

Kari Pekka Tolonen
Kansaneläkelaitos