

Eduskunnan maa- ja metsätalousvaliokunnalle

HE 108/2016 vp Hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi

Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö velvoittaa hankintayksiköt kilpailuttamaan hankintansa lain mukaisesti. Suomessa kunnat ovat hankintayksiköjä ja käyttävät sekä euro- että kappalemääräisesti suurinta hankintavolyymia Suomessa. Hankintalainsäädännöllä ja sen yksityiskohdilla on siis suuri merkitys kuntien ostotoiminnassa.

Suomen Kuntaliitto kiittää mahdollisuudesta lausua asiassa. Ehdotetussa hankintalainsäädännössä on lukuisia yksityiskohtia, joihin voisi kiinnittää huomiota. Yleisenä huomiona voidaan todeta, että sääntely on yleisesti tiukentunut EU-direktiivien tasosta johtuen, eikä siinä ole juuri kansallista liikkumavaraa. Sääntely lisää hankintayksiköiden velvoitteita. Toisaalta täytyy todeta, että kansallista liikkumavaraa on myös käytetty esityksessä oikeasuuntaisesti: tästä esimerkkinä mm. kansallisten kynnysarvojen taso sekä toisaalta esitetty nykyistä väljempi sääntely kansallisten hankintojen, sosiaali- ja terveyspalveluiden sekä käyttöoikeussopimusten hankintamenettelyihin. Tätä voidaan pitää hyvänä parannuksena.

Kuitenkin esitys sisältää myös kohtia, joissa kansallisesti ollaan merkittävästi tiukentamassa EU-direktiivien tasoa. Näistä keskeisimpinä voidaan mainita soveltamisalaan liittyvä sidosyksikkösääntely sekä hankintojen valvonta. Näiden osalta Kuntaliitto haluaa nostaa esiin muutamia näkökohtia kyseisten ehdotusten vaikutuksista kuntakenttään:

Sidosyksiköjä koskeva sääntely

Sidosyksikkösääntelyn osalta keskeinen kysymys on se, kuinka paljon sidosyksikön toiminnasta on kohdistuttava siihen määräysvaltaa käyttäville tahoille. Valmisteluryhmän mietinnössä (37/2015) sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskeva vaatimus asetettiin voimassa olevan oikeuskäytännön tasolle, n. 10 prosenttiin. Kuntaliitto jätti mietintöön täydentävän lausuman, jossa se totesi, että hankintadirektiivien sidosyksiköille sallima liikkumavara tulee käyttää kansallisessa hankintalaissa täysimääräisesti hyväksi. Myynnille markkinoille tulee säätää yksiselitteinen ja direktiivin mukainen 20 prosentin raja ilman markkinavaikutuskriteerejä.

Nyt käsiteltävänä olevassa hallituksen esityksessä esitetään mietinnöstä poiketen merkittäviä rajoituksia sidosyksiköiden toiminnan kohdistumista koskevan vaatimuksen osalta. Esityksessä ehdotetaan, että sidosyksiköiden ns. sallitun ulosmyynnin rajaksi tulisi 5 prosenttia ja enintään 500 000 euroa. Prosenttiosuus olisi 10, jos hankintayksikkö on julkaissut ns. avoimuusilmoituksen sidosyksikön ulosmyynnin aloittamisesta, eikä sen perusteella sidosyksikön toimintaa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa katsota olevan. Ulosmyyntirajaa ei asetettaisi laissa lainkaan, jos ulosmyynnin osuus on alle 100 000 euroa vuodessa. Hankintadirektiiveissä tämä toiminnan kohdistumista koskeva vaatimus on alle 20% ja valmisteluryhmän mietinnössä alle 10%. **Euromääräisiä rajoja ei ole mainittu missään oikeuslähteessä aiemmin eikä esityksestä käy ilmi se, mihin ne perustuvat.** Esityksestä ei käy myöskään ilmi se, miksi erityisalaille on toiminnan kohdistumisen vaatimuksen osalta jätetty direktiivin taso 20%, mutta yleisellä puolella sitä halutaan merkittävästi rajoittaa.

Ehdotettu sidosyksikkösääntely on monitasoinen ja monimutkainen soveltaa. **Pienen prosentuaalisen ja tiukasti määritellyn ulosmyyntirajan ylittymisen kontrollointi ja valvonta on käytännössä hyvin vaikeaa.** Sama ongelma koskee myös esitettyä euromääräistä rajaa. Lisäksi käytännössä ulosmyynnin yhtenä tarkoituksena on mm. pyrkiä tasaamaan satunnaista tuotannon ylitarjontaa, kehittää kunnallisia palveluita yksityismarkkinoilla saatujen kokemusten perusteella sekä palveluiden tarjoaminen tilanteessa, jossa markkinat eivät toimi tai niitä

ei ole lainkaan. Toiminnoilla on kuitenkin usein yhteiskunnallisesti hyväksyttävä ja ns. yleishyödyllinen tarkoitus.

Avoimuusilmoitus

Esityksessä ehdotetaan, että ehdotettu prosenttiosuus voisi olla suurempi, 10%, jos hankintayksikkö on julkaissut ns. avoimuusilmoituksen. Korkeampi prosentti tulisi voimaan, jos markkinoilla ei olisi sidosyksikkötoimintaa vastaavaa tarjontaa. Avoimuusilmoitusmekanismia voidaan pitää ongelmallisena: ensinnäkin **avoimuusilmoituksen tekeminen on veloitettu hankintayksikölle, vaikka on kysymys sen määräysvallassa olevan erillisen oikeushenkilön toiminnasta**. Velvollisuus avoimuusilmoituksen tekemiseen pitäisi luonnollisesti olla sidosyksiköllä itsellään. Toiseksi **sen määrittely, mikä on vastaavaa markkinaehtoista toimintaa, on vaikeaa**.

Esimerkki käytännön tulkintatilanteesta: Kunnan omistama sidosyksikkö myy ylijäämäkouluruokaa vähävaraisille. Olisiko tällainen toiminta kielletty tilanteessa, jossa paikalliskunnalla on esim. yksi ravintola? Todellisuudessa vähävaraisilla ei välttämättä kuitenkaan olisi mahdollisuutta ruokailla siellä päivittäin.

Tai olisiko "vastaavaksi tarjonnaksi" riittävää se, että jokin yksityinen toimija ilmoittaisi, että sillä olisi kiinnostusta ko. markkinoihin, vaikka sillä ei ole vielä tosiasiallista toimintaa?

Kolmanneksi sääntelystä ei käy yksiselitteisesti ilmi, voiko hankintayksikön tekemästä tulinnasta siitä, mikä on vastaavaa tarjontaa, valittaa vai ei. Jos voi, mistä ratkaisusta ja missä vaiheessa? Jos ratkaisusta voi valittaa (ja mahdollisesti vielä ajallisesti merkittävästi myöhemmin), avoimuusilmoituksella ei saavuteta sitä oikeusvarmuutta, jota mekanismeilla on tavoiteltu.

Avoimuusilmoitus on ongelmallinen myös ns. monitoimialaisten sidosyksiköiden osalta. Ne ovat usein esimerkiksi tukipalveluyhtiöitä. Miten tällaisten monitoimialaisten sidosyksiköiden osalta avoimuusilmoitus voidaan antaa? Hankintasääntelyn perusteella sidosyksikön liiketoimintaa arvioidaan kokonaisuutena, eikä esimerkiksi toimintokohtaisesti. Ehdotetusta sääntelystä ei käy ilmi se, estäisikö markkinoilla oleva tarjonta jollakin näistä toimialoista korkeamman prosenttiosuuden hyödyntämisen kokonaan.

Esimerkki käytännön tulkintatilanteesta: Sidosyksikkönä toimiva yhtiö, joka toimii ruoka-huollon, kunnossapidon, puhtaanaidon ja tekstiilipalveluiden toimialoilla. Yhtiö voisi tarjota esim. ylijäämäisen kouluruoan myyntiä suuremmalla prosenttiosuudella kuin 5%. Yhtiö tekee avoimuusilmoituksen, johon se saa vastauksia puhtaanapitopalvelua tarjoavilta yrityksiltä.

Tarkoittaisiko tämä siis käytännössä sitä, että ruokapalveluita ei voitaisi myydä edellä kuvatulla tavalla esim. vähävaraisille, jos kyseinen yhtiö tuottaa myös puhtaanapitopalveluita, joilla olisi markkinoita ko. alueella?

Lisäksi avoimuusilmoitukseen tulleiden vastausten tulkinnasta ei ole selkeää linjaa sen suhteen, mikä on tosiasiallinen markkinoiden toimintapiiri tai mitkä ovat "vastaavat markkinat" (alueellisuus, paikallisuus).

Esitetty avoimuusilmoitusmekanismi lisää Kuntaliiton käsityksen mukaan oikeudellista epävarmuutta. Koska sidosyksikköasiassa on kuitenkin viime kädessä julkishallinnon rakenteiden järjestämisestä, ei niitä voida rakentaa oikeudellisesti epävarmojen ratkaisuiden varaan. Lisäksi on esitettävä kysymys, **miksi avoimuusilmoituksen jälkeen ulosmyynti on rajattu 10%:iin eikä direktiivin tasolle, 20%**. Avoimuusilmoituksen tarkoituksenaan on kartoittaa, onko olemassa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa.

Vaikutuksista

Esityksestä ei käy ilmi se, mitkä ovat ne keskeiset syyt, miksi toiminnan kohdistumista halutaan näin paljon rajoittaa. Myöskään vaikutusarviointia rajoittamisesta ja sen seuraamuksista ei ole lain valmistelussa tehty. Esityksestä ei käy ilmi se, miksi on katsottu, että Suomen tilanne on niin poikkeava verrattuna muihin unionin jäsenvaltioihin, että toiminnan kohdistumista pitää rajoittaa merkittävästi alle EU-direktiivien tason. Tällä hetkellä Kuntaliiton tiedossa ei ole, että mikään muu EU:n jäsenvaltio olisi rajaamassa sidosyksikön toimintaa alle direktiivien tason.

Esityksestä ei käy ilmi, miten ehdotetut euromääräisten rajojen tasot on määritelty ja mihin ne perustuvat. Tietävästi ne eivät perustu tieteelliseen tai taloudelliseen tutkimusaineistoon. Koska sidosyksikkösääntely vaikuttaa olennaisesti yhteiskuntamme rakenteiden järjestämiseen, tulisi tällaisia ratkaisuja aina edeltää luotettava vaikutusarviointi. Linjaa ei voida selittää lausuntokierroksella saatujen lausuntojen perusteella, sillä mm. kaikki hankintayksiköt (ja samalla n. puolet lausuntojen antajista) olivat kannattaneet direktiivin rajaa, 20%.

Kuntaliiton käsityksen mukaan sidosyksikön muille kuin omistajille tapahtuvan myynnin näin merkittävällä rajoittamisella olisi vaikutusta erityisesti kunnalliseen jätehuoltoon sekä yleisesti sosiaali- ja terveydenhuoltoon. Lisäksi rajoittamisella olisi vaikutusta myös kunnallisten tukipalveluyhtiöiden (tieto- ja taloushallinto, kunnossapito, ruokahuolto, puhtaus- ja tekstiilipalvelut) toimintaan. **Useilla alueilla kunnilla on keskeinen rooli kyseisten palvelujen saatuuden takaajana.** Kunnille palveluja tuottavat yhtiöt tuottavat samalla rajoitetusti palveluja myös alueen asukkaille ja yrityksille. Lisäksi palveluja tuotetaan yhdistyksille, seurakunnille ja säätiöille. **Ilman kunnallisia toimijoita kaikkialla ei palveluja olisi saatavilla tai alueella olisi vain yksi kaupallinen toimija ilman kilpailua.**

Lisäksi on huomioitava, että kunnallisen sidosyksikön myyntiä rajoittaa jo kuntalain 128 §. Kuntalain mukaisesti sidosyksikön tulee hinnoitella tuotteensa markkinaehtoisesti. Tällä tavalla varmistetaan, että ko. yhtiö ei vääristä esimerkiksi alhaisemmalla hinnallaan markkinoita. Lisäksi **kilpailulain 4a luvun mukaisesti Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi jo tällä hetkellä tutkia sidosyksikön toimintaa markkinoilla ja puuttua siihen, jos se ei ole asianmukaista tai jos se vääristää markkinoita. Siksi Kuntaliiton näkemyksen mukaan sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskeva prosenttiraja voidaan asettaa EU:n direktiivien tasolle. Lainsäädäntö on Suomessa jo tältä osin kunnossa.**

Sidosyksikköä koskevalla sääntelyllä vaikutetaan olennaisesti yhteiskuntamme rakenteiden järjestämiseen. Näihin rakenteisiin perustuu moni sellaisista järjestämisvastuun alaisista palveluista, joiden toisella puolella on kansalaisen ja kuntalaisen subjektiivinen oikeus. Siksi rakenteiden pysyvyydellä tulee olla jonkinlainen luottamuksensuoja, eivätkä ne voi olla juridisesti epävarmalla pohjalla. Siksi sidosyksikön toiminnan kohdistuminen tulisi määritellä prosenttiosuuden kautta, ilman avoimuusilmoituksen edellyttämistä tai markkinatilanteen arvioimista. Selkeintä olisi pysytellä EU:n asettamalla sääntelytasolla.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan sidosyksikkösääntelyä ei pidä kansallisesti kiristää EU:n direktiivitasosta. Sääntelyn kiristäminen aiheuttaa haasteita alueellisesti, koko Suomen alueella. Sääntelyä ei pitäisi muuttaa ilman asianmukaisia vaikutusarviointoja ja hallituksen esitystä voidaan pitää tältä osin puutteellisena.

Siirtymäsäännös

Sidosyksikkösääntelyyn ehdotetaan siirtymäsäännöstä, mitä voidaan pitää yleisesti positiivisena. Kuitenkin siirtymäaika, joka jatkuu 31.12.2018 saakka, on Kuntaliiton käsityksen mukaan liian lyhyt, sillä sidosyksikköjä koskevan ulosmyynnin osuus lasketaan kolmen edeltävän vuoden keskimääräisestä kokonaisliikevaihdosta. Liikevaihtovaatimusta ei pitäisi soveltaa vielä vuodesta 2016, sillä laki tulee voimaan aikaisintaan loppuvuodesta. **Yleisen siirtymäajan tulisi olla tosiasiallisesti kolme vuotta, vähintään 1.1.2020 saakka. Taannehtivaa lainsäädäntöä ei pitäisi säätää.**

Hankintojen valvonta

Hankintalain valmisteluryhmä katsoi mietinnössään, että hankintojen valvonta on Suomessa asianmukaisella tasolla. Näin ollen valmistelua ei jatkettu sen osalta. Kuntaliiton näkemys oli valmisteluryhmän mietinnön suuntainen.

Nyt käsiteltävänä olevaan hallituksen esitykseen on otettu ehdotus siitä, että hankintojen valvovaksi viranomaiseksi nimettäisiin Kilpailu- ja kuluttajavirasto. KKV:n toimivaltaan kuuluisi tutkia kenen tahansa tekemiä toimenpidepyyntöjä hankinnoista sekä puuttua erityisesti laittomiin suorahankintatilanteisiin. KKV voisi antaa huomautuksia taikka ajaa juttuja markkinaoikeudessa hankintayksikköä vastaan. KKV voisi myös ottaa asioita oma-aloitteisesti tutkittavakseen.

Mitä tosiasiaa valvotaan?

Hallituksen esityksestä ei käy ilmi se, miten ja millä perusteilla hankintojen valvontaa koskeva arvio on muuttunut verrattuna valmisteluryhmän työhön. Esityksessä mainitaan, että "oletuksena on, että [KKV:n] tutkittavaksi tulee todennäköisesti ilmeisen tarkoituksella tehtyjä, jopa korruptioluonteisia, suorahankintoja". **Tämä on kuitenkin jo sanamuotonsa perusteella vain oletama, eikä esityksestä käy ilmi ongelman todellinen laajuus.** Laittomien suorahankintojen tekeminen ja korruptiivinen toiminta on sinänsä vahingollista, mutta merkittävien resurssien lisääminen oletettua ongelmaa vastaan ei liene yhteiskunnan kannalta järkevää. Lisäksi on otettava huomioon, että KKV:lle voisi tehdä toimenpidepyynnön (kuka tahansa

ja mistä tahansa hankinnasta, jopa nimettömänä) ja nämä pyynnöt on tutkittava, vaikka lopputuloksena olisi, että hankintayksikön toiminta on ollut asianmukaista. Valvonnan lisääminen lisää näin myös hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa. Tämä ei käy ilmi esityksen vaikutusarvioinnista.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan valvonnan taso on Suomessa riittävä, kuten valmisteluryhmä mietinnössään totesi. Hallituksen esityksessä ei ole esitetty ongelmaa eikä sen laajuutta riittävään tosiasialliseen selvitykseen perustuen. Sääntelyä ei pitäisi tehdä ilman asianmukaisia vaikutusarviointoja.

Valvonnan seuraamukset

KKV voisi tehdä esityksen markkinaoikeudelle seuraamusten määräämisestä hankintayksikölle. Suorahankintoja koskevissa tapauksissa KKV voisi vaatia markkinaoikeudessa tehotto-
muusseuraamusta, seuraamusmaksua, sopimuskauden lyhentämistä ja hankintapäätöksen kumoamista. Ehdotetut seuraamukset menevät huomattavasti pidemmälle kuin mitä direktiivit edellyttävät. Ruotsissa vastaavalla viranomaisella (Konkurrensverket) on käytössään vain seuraamusmaksu.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan oikeussuojadirektiivin mukaisia seuraamuksia ei pitäisi lainkaan ottaa käyttöön valvonnassa, sillä niitä ei ole tarkoitettu ko. toimintaa varten eikä hankintadirektiivit sitä edellytä. Jos niitä kuitenkin otetaan, tulisi seuraamuksena olla ainoastaan seuraamusmaksu ja se pitää ehdottomasti rajata koskemaan vain EU-hankintoja.

Hankintojen neuvonta

Hankintojen valvontaan ollaan esityksen mukaan lisäämässä huomattavia resursseja, jopa 1.000.000 euroa vuosittain. Kuntaliitto haluaa tuoda esiin, että samassa yhteydessä olisi hyvä arvioida hankintojen neuvontaan käytettyjä resursseja. **Jos hankintayksiköiden valvontaa merkittävästi lisätään, olisi hyvä samaan aikaan pyrkiä varmistamaan myös niiden toimintaedellytyksiä tiukentuneessa toimintakentässä. Toimintaedellytyksiä voitaisiin parantaa lisäämällä neuvontaan kohdistuvia resursseja.** Tällä hetkellä julkisten hankintojen neuvontayksikön sekä muiden hankintayksiköitä neuvovien tahojen rahoitusta on pienennetty kokonaisuudessaan verrattuna aiempaan tasoon. Esityksessä hankintayksiköiden neuvontaan on varattu 220.000 euroa ja yritysten vastaavaan neuvontaan 280.000 euroa. Mistään ei ilmene, miksi lain velvoitteiden kohteena olevien hankintayksiköiden neuvontaan esitetty summa on pienempi.

Hankintalaki velvoittaa hankintayksiköitä toimimaan lain mukaisesti. Virheellisestä menettelystä voi koitua merkittäviä sanktioita. Siksi hankintayksiköiden osaamisen kehittämiseen ja neuvontaan tulisi erityisesti panostaa. **Hankintayksiköiden neuvonnan rahoitusosuutta tulee lisätä, vähintään samalle tasolle kuin tarjoajien vastaava neuvonta. Neuvonnan rahoituksen tulee olla jatkuva.**

Muut huomiot

Hankintojen laatuun liittyvät näkökohdat

Hankintasääntely on keskeisesti menettelyä koskevaa lainsäädäntöä, jossa säännellään sitä, miten ostetaan eikä siis sitä, mitä ollaan ostamassa. Esitetyn hankintasääntelyn mukaan tarjouksen valinta tulee tehdä kokonaistaloudellisesti edullisimmalla perusteella. Kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena voidaan käyttää halvinta hintaa, edullisimpia kustannuksia tai parasta hinta-laatusuhdetta.

Edullisimmilla kustannuksilla tarkoitetaan muun ohella elinkaarikustannuksia. Kuntaliitto haluaa tuoda esiin, että jos perusteen käyttöä halutaan edistää, tarvitaan myös sitä tukevia las-
kentamalleja. Tällä hetkellä niitä ei ole juurikaan saatavilla.

Hankintalainsäädännön valmistelutyössä ovat olleet esillä hankintojen laatuun liittyvät näkökohdat. Hankintojen kohteita voi olla CPV-koodiston perusteella yli 10.000 erilaista kohdetta, eikä näille ole määriteltävissä mitään yleispätevää laatua koskevaa tasoa. Laatua koskeva sisältö ja mahdolliset vertailuperusteet ovat erilaisia joka hankinnassa. Se, käytetäänkö kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena hintaa, ei tarkoita sitä, että hankinta olisi sisällöllisesti laaduton. Hankinnoissa pitäisi edistää tosiasiallista vaikuttavuutta pakollisten kriteereiden sijaan.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan hankintalainsäädäntö tulee säilyttää menettelyä koskevana lainsäädäntönä. Elinkaarilaskentaan liittyviä malleja, jotka täyttävät lain vaatimukset, tulee olla hankintayksiköiden saatavilla. Laatuun liittyvät yksityiskohdat tulee säätää sisältölainsäädännössä. Laatu on mahdollista rakentaa hankinnan sisälle esimerkiksi hankinnan sisältöä koskevilla vaatimuksilla. Pakollisella laadun vertailuperusteella ei välttämättä saavuteta haluttuja vaikutuksia.

Hankintasääntelyn yksityiskohtaisuus ja velvoittavuus

Hankintalainsäädännön valmistelutyössä on ollut esillä myös se, kuinka paljon hankintoihin liittyvien kriteereiden asettamista (esimerkiksi ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat tai vaikkapa hankintojen jakaminen osiin) säädettäisiin velvoittavaksi. Kuntaliitto haluaa tuoda esiin, että ehdotettu lainsäädäntö on jo nyt hyvin yksityiskohtainen ja sen soveltaminen käytännössä tulee aiheuttamaan paljon hallinnollista taakkaa sääntelyn velvoitteiden kohteena oleville hankintayksiköille. Siksi laissa olisi hyvä jättää myös tarkoituksenmukaisuuteen liittyvää harkintavaltaa ja liikkumavaraa sitä soveltaville hankintayksiköille. Mitä enemmän yksityiskohtia lisätään, sitä suuremmalla todennäköisyydellä niiden huomioiminen aiheuttaa ongelmia arjen ostotoiminnassa. Velvoittavien kriteereiden asettaminen saattaa myös aiheuttaa epätarkoituksenmukaisia ratkaisuja, jotka eivät tosiasiassa edistä hankinnan tekemistä. Velvoitteiden lisäämisen sijaan lainsäädännössä tulisi kiinnittää huomiota siihen, että erilaisten kriteereiden käyttö olisi mahdollista. Tavoitteiden edistämisen ja niiden saavuttamisen näkökulmasta olisi tärkeää, että sisältökriteerit ja hankintaosaaminen kohtaavat. Siksi aiemmin mainittu hankintayksiköiden neuvonta on avainasemassa.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan hankintayksikölle tulee jättää myös tarkoituksenmukaisuutta koskevaa harkintavaltaa lain soveltamisessa. Kunnat käyttävät tätä harkintavaltaansa mm. kuntastrategian laatimisen yhteydessä.

SUOMEN KUNTALIITTO



Katariina Huikko
johtava lakimies

