

Eduskunnan talousvaliokunnalle

Lausunto hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp)

Eduskunnan talousvaliokunta on pyytänyt Hansel Oy:ltä asiantuntijalausuntoa hankintamenettelyä koskevasta lainsäädäntöehdotuksesta.

Hansel Oy on valtion yhteishankintayksikkö, joka vastaa valtionhallinnon yhteishankintojen toteuttamisesta sekä kilpailutuksiin ja hankintatoimen kehittämiseen liittyvistä asiantuntijapalveluista. Viime vuosina valtionhallinnon yhteishankinnoilla on säästetty vuosittain arviolta yli 200 miljoonaa euroa. Yhteishankinnoilla on vähennetty myös hankintoihin liittyviä hallinnollisia kustannuksia ja vapautettu voimavaroja valtion virastojen ydintoimintoihin. Hankintojen keskittämällä on kyetty myös parantamaan kaupallista ja oikeudellista ammattitaitoa ja vahvistamaan valtion asemaa ostajana. Hansel noudattaa kilpailutuksissaan julkisista hankinnoista annettua lainsäädäntöä.

Hansel Oy kannattaa hankintalainsäädäntöön sisältyvää hankintojen kilpailuttamiseen liittyvää velvoitetta, sillä se turvaa julkisten varojen käytön tehokkuutta ja avoimuutta. Pidämme tärkeänä myös kilpailuolosuhteiden hyödyntämisen näkökulmaa. Julkisten hankintojen sääntely perustuu pitkälti hankintadirektiiveihin sekä oikeuskäytäntöön. Näemme kuitenkin hankintamenettelyjen hyvin yksityiskohtaisen ja monimutkaisen sääntelyn aiheuttavan paitsi huomattavaa hallinnollista taakkaa hankintayksiköille ja tarjoajille, myös paljon tulkinnallisuksia ja tästä johtuvaa oikeudellista epävarmuutta. **Lakiehdotuksen hallinnollista taakkaa lisää raskas oikeussuoja- ja valvontajärjestelmä, jonka takia huomio kiinnittyy kilpailutusten menettelysääntöihin kaupallisesti tarkoituksenmukaisten, joustavien ja innovatiivisten hankintojen toteuttamisen sijaan.** Kiinnitämme huomiota siihen, että hallituksen esityksessä ei ole kattavaa vaikutusarviointia lakiehdotuksen vaikutuksista hankintayksiköiden toimintaan.

Valtaosa lakiehdotuksen sisällöstä johtuu hankintadirektiivistä. Näihin säännöksiin liittyvä kansallinen harkintavalta on hyvin pieni, joten tässä lausunnossa keskitymme lähinnä niihin kysymyksiin, joista kansallisesti voidaan säätää joustavammin.

Hankintalain tavoitepykälään liittyvä valitusoikeus (2 §, 108 §, 146 §)

Hankintalakiehdotuksessa on lain tavoitteita koskeva säännös (2 §), jonka mukaan hankintatoimessa on huomioitava muun muassa suunnitelmallisuus, tarkoituksenmukaisuus, taloudellisuus, laadukkuus, kilpailuolosuhteet, pk-yritysten asema, innovatiivisuus sekä ympäristö- ja sosiaaliset näkökulmat. Lakipykälän perustelut on kirjoitettu hyvin lavealla ja pykälän sisältöä laajentavalla tavalla.

Sote-hankintoihin liittyy oma tavoitepykälä (108 §), joka sisältää mm. sote-alan lainsäädännön noudattamisvelvoitteen sekä asiakkaiden kuulemisvelvoitteen. Näiden velvoitteiden

noudattamiseen liittyy oma oikeussuojajärjestelmä, eikä tarkoituksena ole ollut, että markkinaoikeus tutkisi hankintalain tavoitesäännöksen kautta esimerkiksi sote-alan lainsäädännön velvoitteiden noudattamista.

Lain tavoitteet ovat tärkeitä niiden hankintoja ohjaavan funktion takia. Lakiehdotusta valmistelevalle työryhmälle jäsenet olivat kuitenkin yksimielisiä siitä, että tavoitepykälästä ei tule voida valittaa. Lain jatkovalmistelussa valituskielto on kuitenkin poistettu.

Käytännön hankintatoimen kannalta valituskielto on tärkeä, koska tavoitepykälä sisältää monitulkintaisia ja jopa keskenään ristiriitaisia tavoitteita. Suomessa valittaminen on yleistä ja hankintatoimeen liittyvien horisontaalipoliittikkojen vuoksi voidaan arvioida, että jos vain lainsäädäntö sen mahdollistaa, valitusjärjestelmää tullaan käyttämään myös hankintaan liittyvät poliittikattavuuksien edistämiseen.

Huolenamme on, että hankintoihin varsinaisesti liittymättömät valitukset tulevat lisääntymään ja hidastamaan edelleen hankintapäätösten täytäntöönpanoa. **Tavoitepykälään liittyvä valituskielto tulee lisätä lain 146 §:ään** (Muutoksenhaun kohde ja rajoitukset). Jos tämä ei ole mahdollista, tavoitepykälät tulisi poistaa. Oikeusministeriön lainlaadintaohjeistuksen mukaan tavoitepykälä tulisi välttää laeissa, joten pykälien poistaminen vastaisi hyvään lainsäädäntötekniikkaan liittyvää ohjeistusta.

Halvimman hinnan käyttäminen vertailuperusteena (93 §) ja hankintojen jakaminen (75 §)

Lakiehdotuksen 93 §:ssä ehdotetaan, että hankintayksikön olisi perusteltava, jos se käyttää EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnassa tai rakennusurakassa tarjousten vertailussa perusteena halvin hinta. Tämä on mielestämme perusteltua. Pelkän hinnan käyttämistä tarjousten vertailun perusteena ei tule kieltää, sillä useassa hankinnassa hinta on käytännössä ainoa järkevä vertailuperuste. Laatuun liittyvät näkökohdat ovat tärkeitä kaikissa hankinnoissa. Laatu- ja hinta-vaatimukset kannattaa kuitenkin käytännössä huomioida tarjoajan soveltuvuusvaatimuksina, hankinnan vähimmäisvaatimuksina ja sopimusehtoina. Tarjousten vertailussa laatuvaatimusten käyttäminen ei välttämättä takaa laadukasta hankintaa, sillä halvin ja huonoin tarjous saattaa joka tapauksessa voittaa tarjouskilpailun. **Pelkän hinnan käyttämistä tarjousten vertailussa ei tule siten kieltää, vaan hankintayksiköillä tulee olla harkintavaltaa huomioida laatu- ja hinta-vaatimukset kuhunkin hankintaan soveltuvimmalla tavalla.**

Lakiehdotuksen 75 §:n mukaan hankintayksikkö voi tehdä hankinnan erillisinä osina. Hankinnan jakamatta jättäminen on perusteltava. Kannatamme tätä lähestymistapaa. **Hankintojen jakaminen on jätettävä hankintayksiköiden harkintavaltaan, eikä pakollista jakamisvelvoitetta tule säätää.** Hankinnat voivat olla luonteeltaan ja laajuudeltaan hyvin erilaisia. Myös markkinatilanteet eri toimialoilla ja maantieteellisillä alueilla vaihtelevat. Kategorinen velvoite hankintojen jakamiseen voi johtaa hallinnollisen työn lisääntymiseen kilpailutuksissa ja sopimuskaudella, kustannusten nousuun, vaikeisiin toimittajien välisiin vastuukysymyksiin, vaikeuteen sovittaa osia yhteen yhtenäisen palvelun tuottamisessa ja jopa kilpailun vähenemiseen pienillä markkinoilla, jos kaikille on tiedossa osa hankintasopimuksesta. Hankintayksiköillä tulee olla harkintavaltaa asiassa. Ohjaava säännös on riittävä kiinnittämään hankintayksiköiden huomiota hankintojen jakamisen tärkeyteen aina kun jakaminen on mahdollista.

Hankintojen valvonta (139-144 §)

Lakiehdotuksen 15 luvussa ehdotetaan säädettäväksi hankintojen valvonnasta. Lakiehdotuksessa ehdotetaan, että kaikista hankintoihin liittyvistä menettelyvelvoitteista voitaisiin kannella kilpailu- ja kuluttajavirastolle. Valvontamenettelyn ensisijainen kohde olisi kuitenkin laittomat suorahankinnat. Lakiehdotuksessa ei ole kuitenkaan riittävää vaikutusarviointia siitä, mikä on laittomien suorahankintojen määrä ja arvo, kuinka tehokas keino valvontaviranomaisen toiminta voisi olla suorahankintojen kuriin saamisessa ja edistääkö valvonnan

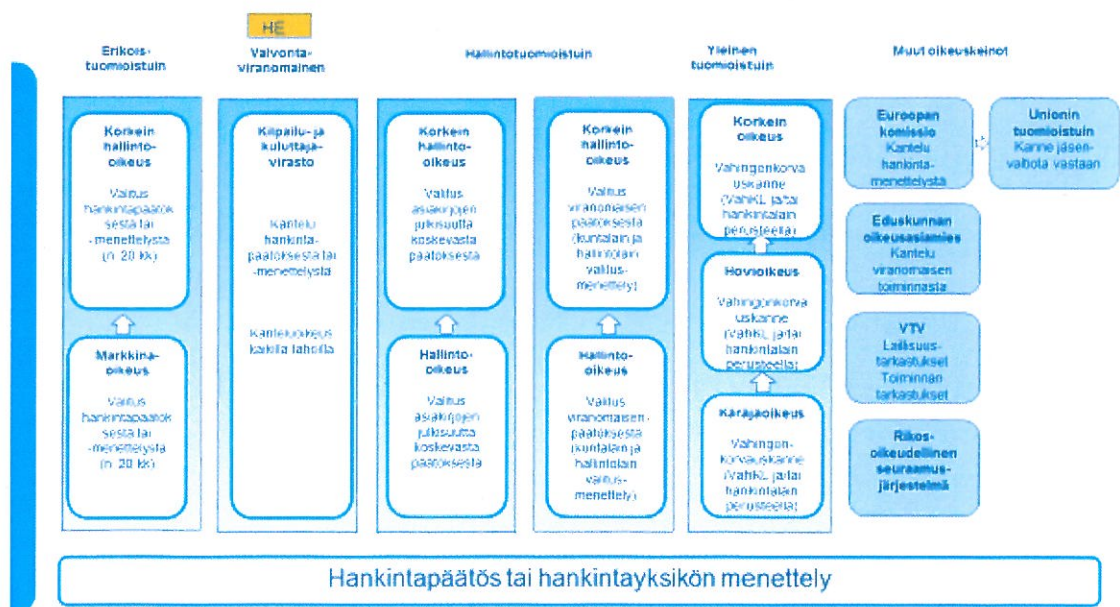
lisääminen hankintalain noudattamista - verrattuna esimerkiksi siihen, että resurssit kohdistettaisiin neuvontaan ja ohjaukseen taikka markkinaoikeuden henkilöstöön tavoitteena lyhentää hankintavalitusten käsittelyaikoja.

Laittomat suoramankinnat ovat merkittävä hankintalainsäädännön noudattamiseen liittyvä ongelma. Suhtaudumme kuitenkin erittäin varauksellisesti hankintojen valvonnan lisäämiseen, sillä keskeisenä ongelmana näemme painopisteen ja huomion kiinnittämisen entistä enemmän hankintatoimen yksityiskohtaisiin menettelyvelvoitteisiin, juridisiin riskeihin ja tämän aiheuttamaan varovaisuuteen. Tämä olisi vastoin hankintatoimeen kohdistuvia joustavuuteen, tehokkuuteen ja ketteryyteen liittyviä vaatimuksia. Valvontaviranomaisen suorittama valvonta ei todennäköisesti ole edes tehokas keino puuttua laittomiin suoramankintoihin. Riskinä on, että valvontakanava tukkii järjestelmän ja hankintapäätösten täytäntöönpanot viivästyvät entisestään.

Lisäksi on huomattava, että laillisten ja laittomien suoramankintojen sekä laittomien ja laillisten sopimusmuutosten rajanveto on hyvin häilyvä. Valvonnan kohdistuminen esimerkiksi sopimusmuutoksiin voi aiheuttaa ylivarovaisuuteen sopimusmuutoksissa, jotka yleensä ovat väistämättömiä palvelujen jatkuvuudelle ja tehdään usein sopimustoimittajien aloitteesta (esimerkkinä hinnankorotukset, alihankkijan vaihtaminen tai sopimuksen siirto).

Valvontaviranomaisen toiminta on tarkoitus kohdistaa kaikkiin hankintalain menettelyvelvoitteisiin. Valvonta on siten täysin päällekkäistä asianosaisen valituksella käynnistämän markkinaoikeusmenettelyn kanssa. Kanteluita voisi tehdä kuka tahansa, mikä puolestaan laajentaa merkittävästi valitusoikeuden henkilöllistä alaa. Valvontaviranomaisella olisi mahdollisuus puuttua hankintoihin jopa kuusi kuukautta hankintasopimuksen tekemisen jälkeen. Tämä pidentää käytännössä merkittävästi hankintojen nykyistä 14 päivän valitusaikaa. Ennen vanhentumisajan kulumista hankintayksiköt ja yritykset eivät voi olla varmoja sopimusten pitävyydestä. Potentiaalinen sopimusten tehottomuusseuraamus aiheuttaa yrityksille ja hankintayksiköille merkittäviä oikeusvarmuuteen liittyviä ongelmia. Ehdotuksen mukaan KKV voi esittää laittomassa suoramankinnassa hankintapäätöksen kumoamista tilanteessa, jossa hankinnasta on jo tehty hankintasopimus. Tämä ei vastaa oikeussuojajärjestelmän logiikkaa, sillä markkinaoikeus ei voi kumota hankintapäätöstä asianosaisen tekemän valituksen vuoksi, jos hankintasopimus on jo tehty. Käytettävissä hankintasopimuksen tekemisen jälkeen on hyvitysmaksu, tehottomuusseuraamus, sopimuskauden lyhentäminen tai seuraamusmaksu. **KKV:n ei tulisi voida esittää markkinaoikeudelle hankintapäätöksen kumoamista hankintasopimuksen tekemisen jälkeen.**

Kuvaus hankintoihin liittyvistä valvontakanavista:



Suomessa on jo hyvin kattavat mahdollisuudet valittaa ja kannella julkisissa hankinnoissa. Mielestämme nykyisenlaajuinen valvonta on vähintäänkin riittävää. **Ehdotamme siten valvontaviranomaista koskevan sääntelyn poistamista laista taikka vähintään lykkäämistä siihen, että suorahankintailmiön laajuudesta ja syistä on tehty kattava selvitys. Jos valvontatoimintaa ei voida poistaa kokonaan laista, tulisi valvontaviranomaisen toiminnan kohdistua vain laittomiin suorahankintoihin. Siten sen ei tulisi voida ottaa tutkittavakseen muita hankintojen menettelyvirheitä koskevia kanteita. Hankintasopimusten tekemisen jälkeen valvontaviranomaisen ei tulisi voida esittää hankintapäätöksen kumoamista eikä markkinaoikeuden määrätä tällaista seuraamusta.**

Oikeussuojakeinot (129 -135 §, 145-166 §)

Hankintalakiehdotuksessa tehdään joitakin oikeussuojakeinojen käyttöön liittyviä muutosehdotuksia. Kannatamme odotusajan lyhentämistä (126 §), hankintaoikaisun käyttöön liittyvien rajoitusten poistamista (132 §) sekä hankinnan väliaikaisen järjestämisen helpottamista (153 §). Suhtaudumme myönteisesti myös 154 §:n muutokseen, jonka mukaan markkinaoikeus voisi määrätä hankintalainsäädännön vastaisesta menettelystä seuraamuksen vain silloin, jos menettely on vaikuttanut hankintamenettelyn lopputulokseen tai asianosaisen asemaan hankintamenettelyssä. Säännöksen uudistaminen toivottavasti vaikuttaa siihen, että markkinaoikeus ei kumoaisi hankintapäätöksiä eikä antaisi korjausvelvoitteita tilanteissa, joissa kysymys on lopputuloksen kannalta merkityksettömistä menettelyvirheistä usein ennakoimattomissa ja monimutkaisissa tilanteissa.

Käytännön hankintatoimen kannalta oikeussuojaan liittyvä merkittävin ongelma on valitusten kohtuuttoman pitkät käsittelyajat markkinaoikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Suomessa valitukset käsitellään hitaammin kuin muissa EU-maissa. Automaattisen täytäntöönpanokiellon vuoksi hankintapäätösten täytäntöönpano voi markkina- ja KHO-käsittelyn vuoksi viivästyä jopa kahdella tai kolmella vuodella. Tämä aiheuttaa hitaita hankintaprosesseja sekä oikeudellisia riskejä ja taloudellisia menetyksiä hankintayksiköille ja tarjouskilpailut voittaneille yrityksille. Valvontaviranomaisen perustamisen sijaan mahdolliset resurssit tulisi suunnata hankintavalitusten mahdollisimman nopeaan käsittelyyn. **Ehdotamme myös, että valitusten käsittelylle markkinaoikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa säädettäisiin enimmäiskäsittelyajat. Sopiva käsittelyaika olisi enintään kolme kuukautta. Ruotsissa on parhaillaan käsiteltävänä vastaava lainsäädäntöaloite, vaikka käsittelyajat ovatkin siellä huomattavasti lyhyempiä kuin Suomessa.**

Vahingonkorvausvelvoitteeseen liittyvä kevennetty todistustaakka (169 §)

Lakiehdotuksessa ehdotetaan, että vahingonkorvausta koskevaan 169 §:ään sisällytetään säännös, jonka mukaan tarjoajalla olisi kevennetyllä todistustaakalla oikeus vahingonkorvaukseen myös muista kuin tarjouksentekokoluista, jos hankinnassa on menetelty hankintalain vastaisesti. Vahingonkorvausvelvoitteisiin liittyvät kysymykset ovat hyvin moniulotteisia eikä niihin tulisi tehdä muutoksia ilman perusteellista pohdintaa. Lakiehdotuksessa ei ole minkäänlaista vaikutusarviointia eikä myöskään perusteluja sille, mikä olisi se erityinen syy poiketa yleisistä vahingonkorvausoikeuden periaatteista eli siitä, että vahingonkäräjän tulee osoittaa kärsimänsä vahingon määrän lisäksi syy-yhteys sekä siitä, että vahingonkäräjän oma myötävaikutus huomioidaan vahingonkorvausta harkittaessa.

Hankintasopimukset ovat luonteeltaan yksityisoikeudellisia sopimuksia ja niihin liittyvien vahingonkorvausten tulisi määräytyä yleisten vahingonkorvausperiaatteiden mukaisesti. Normaalia ankarammat ja yleisistä periaatteista poikkeavat vahingonkorvausvelvoitteet voivat aiheuttaa hankintayksiköille merkittäviä ennakoimattomia taloudellisia ja oikeudellisia riskejä sekä ylivarovaisuutta hankintojen tekemisessä. On huomattava, että yhdessä kilpailutuksessa vahingonkorvausvaatimuksia voisivat esittää useat tarjoajat, joten säännös olisi

omiaan lisäämään oikeusprosesseja julkisissa hankinnoissa. **Ehdotamme, että 169 § 2 momentti muutetaan vastaamaan voimassaolevan hankintalain 107 §:n 2 momenttia, jolloin kevennetty todistustaakka koskisi ainoastaan tarjouksentekokuluja.**

Yhteishankinnat

Hankintadirektiivissä suhtaudutaan erittäin myönteisesti yhteishankintayksiköihin, sillä niiden katsotaan lisäävän hankintatoimen ammattimaisuutta sekä lainsäädännön noudattamista. Lakiehdotuksessa ehdotetaan muutoksia yhteishankintayksikön määritelmään sekä uusia yhteishankintatoimintojen ja hankintojen tukitoimintojen määritelmiä. Lakiehdotuksessa ehdotetaan myös puitejärjestelyjä koskevien säännösten uudistamista, sääntelyä muista yhteishankinnoista sekä kansainvälisistä yhteishankinnoista. Muutokset perustuvat hankintadirektiiviin, joten tältä osin kansallista hankintavaltaa ei ole. Haluamme kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, että yhteishankintayksikön määritelmässä oleva edellytys yhteishankintayksikön toimintojen kohdistumisesta yhteishankintayksikön omistajiin (4 § 12-kohta) ei perustu hankintadirektiiviin. Rajoitus saattaa kuitenkin vaikeuttaa maakuntaudistukseen liittyvän maakuntien yhteishankintayksikön perustamista.

Puitejärjestelyjen käyttö hankintainstrumenttina on lisääntynyt viime vuosina merkittävästi, sillä puitejärjestelyjä käyttävien hankintayksiköiden ei tarvitse erikseen kilpailuttaa hankintoja lain kaikkia muotomääräyksiä noudattaen. Puitejärjestelyn sisäisten hankintojen tekemiseen on kuitenkin toivottu joustavampia ja nopeampia tapoja toteuttaa hankintoja. Valtion virastot ja laitokset sekä myös useat sopimustoimittajat ovat toivoneet, että puitejärjestelyn ja dynaamisen hankintajärjestelmän sisäisiä hankintoja voitaisiin tehdä vapaalla valinnalla EU-kynnysarvoon saakka. Perusteena tähän on ensinnäkin se, että puitejärjestelyt on kilpailutettu direktiivin menettelytapavaatimusten mukaisesti avoimesti. Hallinnollisen taakan vähentämiseksi olisi lisäksi tarkoituksenmukaista, ettei puitejärjestelyjen hyödyntäminen edellytä kaksinkertaista kilpailuttamista. Valtionhallinnossa suunnitellaan lisäksi tilaustenhallinnan uudistamista sekä sähköisiä verkkokauppamahdollisuuksia osana hankintojen digitalisointihanketta. Hankkeita edistäisi se, että puitejärjestelyn ja dynaamisen hankintajärjestelmän sisäiset hankinnat voitaisiin tehdä entistä joustavammin. Joissakin EU-jäsenvaltioissa ei ole sääntelyä EU-kynnysarvot alittaville hankinnoille, joten säännökset eivät olisi direktiivin vastaisia. **Ehdotammekin, että kynnysarvoja tai puitejärjestelyjä ja dynaamista hankintajärjestelmään koskevaan pykälään lisätään mahdollisuus tehdä yhteishankintayksikön kilpailuttaman dynaamisen hankintajärjestelmien ja puitejärjestelyjen sisäiset, EU-kynnysarvot alittavat hankinnat suoraan hankintoina.**

Lopuksi

Hankintalainsäädännön uudistustyön lähtökohtana oli hyödyntää kaikki hankintadirektiivin antama liikkumavara siten, ettei kansallisesti säädetä ankarammista menettelyvelvoitteista kuin mitä direktiivi edellyttää. Pidämme hyvänä, että tätä näkökulmaa on pyritty noudattamaan hankintalainsäädännön uudistustyössä. Laki ja sen perustelut on kirjoitettu kuitenkin kokonaan uudelleen, joten monet yksityiskohdat saavat sisältönsä vasta oikeuskäytännön myötä. Pidämme huolestuttavana sitä, että hankintalainsäädännön menettelyvaatimukset ovat lisääntyneet vuosien myötä merkittävästi. Lainsäädäntö on kokonaisuudessaan jo niin yksityiskohtainen ja kattava, että kilpailutukset edellyttävät syvällistä osaamista ja ammatitaitoa ja pienetkin menettelyvirheet voivat johtaa merkittäviin taloudellisiin ja oikeudellisiin riskeihin.

Mielestämme olisi hyvä huomioida, että kysymys on ostotoiminnasta, johon aina liittyy voittaminen ja häviäminen tarjouskilpailuissa, joten ylimitoitettu oikeussuoja ei ole perusteltua. Kysymys on myös sopimusoikeudellisista suhteista, joihin on sovellettava yksityisoikeuden sääntelyä. Hankintalainsäädännössä ei tulisi siten poiketa sopimusoikeuden yleisistä periaatteista, vaikka sopijapuolena onkin julkinen taho. Pidämme tärkeänä sitä, että hankintalain-

sääädäntö ei lisää oikeudellisia ja taloudellisia riskejä hankintayksiköille. Vaikka kiusante-komielessä tehdyt valitukset ovat harvinaisia, lainsäädäntö ei saa edistää tämän ilmiön yleis-tymistä esimerkiksi ankarilla vahingonkorvausvelvoitteilla.

Toivomme eduskunnan pitävän tärkeänä sitä, että hankintalaki pidetään menettelytapala-kina ja hankintojen sisältöön, kuten sosiaali- ja terveystalvelujen sisältöön ja tuottamista-poihin liittyvistä kysymyksistä säädettäisiin niihin liittyvissä erityislaeissa. Elinkeinoelämän ja julkisten varojen tehokkaan hyödyntämisen kannalta tärkeää olisi, että lainsäädäntö ta-kaisi avoimet ja syrjimättömät kilpailuttamisen menettelytavat, mutta mahdollistaisi myös joustavuuden, nopeuden sekä mahdollisuudet uusien hankintamenettelyjen ja innovaatioi-den hyödyntämiseen. Tähän liittyvään neuvontaan ja tukeen olisi tarkoituksenmukaista suunnata voimavaroja.

Helsingissä, 3. lokakuuta 2016



Eija Kontuniemi
Lakiasiaintojohtaja