

Eduskunnan hallintovaliokunnalle

HE 108/2016 vp Hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi

Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö velvoittaa hankintayksiköt kilpailuttamaan hankintansa lain mukaisesti. Suomessa kunnat ovat hankintayksiköjä. Kunnat ja kuntataustaiset toimijat 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 yleisen hankintalain osalta kansallista liikkumavaraa on myös käytetty esityksessä oikeasuuntaisesti: tästä esimerkkinä mm. yleisen hankintalain kansallisten kynnysarvojen taso sekä toisaalta esitetty nykyistä väljempi sääntely kansallisten hankintojen, sosiaali- ja terveyspalveluiden sekä käyttöoikeussopimusten hankintamenettelyihin. Tätä voidaan pitää hyvänä parannuksena. Erityisalojen sääntelyn osalta soveltajien on ollut vaikea hahmottaa yleisen hankintalain ja erityisalojen hankintalain soveltamisalan rajapintaa. Ehdotettuun lainsäädäntöön sisältyy lukuisia hyviä täsmennyksiä ja apukeinoja erityisesti erityisalojen hankintalain soveltamisalan määrittelyyn.

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

Lausunnon tiivistelmä ja keskeiset viestit:

1. Sidosyksiköjä koskeva sääntely - ei kansallista tiukentamista:

Kuntaliiton näkemyksen mukaan sidosyksiköjä koskevaa sääntelyä ei pidä kansallisesti tiukentaa EU:n direktiivitasosta. Prosenttiosuuden tulee olla direktiivin mukaisesti yksiselitteisesti 20 %.

Sääntelyn kiristäminen aiheuttaa haasteita alueellisesti, koko Suomen alueella. Sääntelyä ei pitäisi muuttaa ilman asianmukaisia vaikutusarviointeja ja hallituksen esitystä voidaan pitää tältä osin puutteellisena. Ehdotetun kolmiasteisen portaikon soveltaminen aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta eikä sen varaan voida luotettavasti rakentaa julkisen sektorin rakenteita.

Vähintäänkin ehdotetut euromääräiset rajat sekä avoimuusilmoitusta koskeva mekanismi tulee poistaa. Prosenttiosuuden tulee olla tällöin vähintään 10 %. Yleisen siirtymäajan tulee olla tosiasiallisesti kolme vuotta, vähintään 1.1.2020 saakka. Taannehtivaa lainsäädäntöä ei pidä säätää. Jätehuollolle tulee kirjata vähintään sama siirtymäaika kuin sosiaali- ja terveyspalveluihin, 1.1.2022 saakka. Siirtymäaika tulee kirjata ehdotetun lain 174 §:ään.

2. Hankintojen valvonta - ei sääntelyä ennen vaikutusarviota:

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 pidä tehdä ilman asianmukaisia vaikutusarviointoja. Valvonnan lisääminen johtanee hankintakulttuurin lisääntyvään varovaisuuteen.

Jos valvontaa koskevat säännökset otetaan ehdotettuihin lakeihin, tulee ehdotettuun 139 §:ään tehdä lisäys: "Kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan havaitsemansa tämän lain vastaisuus."

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

3. Hankintayksiköiden neuvonnan resurssit oltava riittävät:

Jos hankintayksiköiden valvontaa merkittävästi lisätään, olisi hyvä samaan aikaan pyrkiä varmistamaan myös niiden toimintaedellytyksiä tiukentuneessa toimintakentässä. Toimintaedellytyksiä voitaisiin parantaa lisäämällä neuvontaan kohdistuvia resursseja.

Hankintayksiköiden neuvonnan rahoitusosuutta tulee lisätä, vähintään samalle tasolle kuin tarjoajien vastaava neuvonta. Neuvonnan rahoituksen tulee olla jatkuva.

Seuraavassa avataan tarkemmin edellä esitettyjä näkökohtia:

Sidosyksikköjä 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%. Esitettyjä euromääräisiä rajoja ei ole mainittu missään oikeuslähteessä aiemmin eikä esityksestä käy ilmi se, mihin ne perustuvat. Esityksestä ei käy myöskään ilmi se, miksi erityisaloille 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 erittäin vaikeaa. Avoimuusilmoitusta koskevaan ilmoitus-vastaus -mekanismiin ei ole esityksessä kiinnitetty riittävästi huomiota. Esimerkiksi avoimuusilmoitukseen tulneiden vastausten tulkinnasta ei ole selkeää linjaa sen suhteen, mikä on tosiasiallinen markkinoiden toimintapiiri tai mitkä ovat "vastaavat markkinat" (alueellisuus, paikallisuus, saatavuus, kattavuus, laatu).

Esimerkkejä käytännön tulkintatilanteista:

- 1) Esimerkki 1: Kunnan omistama sidosyksikkö myy yli jäänyttä kouluruokaa vähävaraisille vähentääkseen ruokahävikin ja siten jätteen määrää. Olisiko tällainen toiminta kielletty tilanteessa, jossa paikkakunnalla on esim. yksi ravintola? Todellisuudessa vähävaraisilla ei välttämättä kuitenkaan olisi mahdollisuutta ruokailla siellä päivittäin.
- 2) Esimerkki 2: Kunnan omistama jätehuollon sidosyksikkö, joka käsittelee omistajiensa rakennusjätteitä, myy jo lajitellun rakennusjätteen rejektien käsittelypalvelua alueellaan toimiville yksityisille purku- ja kierrätystoimialan yrityksille, joilla ei ole rejektien sijoittamismahdollisuutta. Olisiko myynti avoimuusilmoitukseen perustuen (10 %:iin saakka) mahdollista, jos joku toinen yksityinen jätehuoltoalan yritys ilmoittaa, että sillä on vastaava laitos, vaikka 600 km:n päässä?
- 3) Esimerkki 3: Kunnan omistama sidosyksikkö tarjoaa kunnossapitopalveluita teknisellä toimialalla. Talvet ovat olleet vaihtelevia eikä siksi esimerkiksi lumen aurauksen osalta voida ennustaa luotettavasti, paljonko muut kuin omistajat tarvitsevat palveluja alueella. Yksi runsaampiluminen talvi voi ylittää 5% kysynnän. Kunta tekee avoimuusilmoituksen, johon vastaavat jotkin yritykset, jotka eivät määrittele tarkemmin toiminta-alueitaan, mutta kunnalla on tiedossa, että ko. yrityksillä on suuria vastuita joidenkin valtateiden ym. aurauksesta. Olisiko tällöin auraspalveluiden myynti yksityisille 10% perusteella esim. iltaisin ja viikonloppuisin mahdollista? Entä tilanteessa, jossa avoimuusilmoitus on tehty aiemmin, mutta seuraavana, vähälumisempana talvena, ko. yhtiöt haluavatkin kyseenalaistaa järjestelyn?
- 4) Esimerkki 4: Kunnan yhtiö tuottaa työterveyshuoltopalveluita alueellaan. Työntekijät haluavat hankkia laajempaa työterveyshuoltoa työntekijöilleen. Kunta tekee avoimuusilmoituksen, mutta siihen reagoivat myös yksityiset palveluntuottajat, joilla on vastaavaa tarjontaa, tosin pitkien etäisyyksien päässä. Onko myynti 10% saakka mahdollista sillä perusteella, että työterveyshuolto on tarkoitettu kokonaisuudeksi, jonka on tarkoitus olla työntekijälle mahdollisimman vaivatonta?
- 5) Esimerkki 5: Kuntien omistama sidosyksikkö on perustettu tuottamaan omistajilleen mm. käännös- ja tulkkipalveluita, koska alueella ei ole ollut riittävän laadukasta tarjontaa. Paikkakunnalle on tullut runsaasti turvapaikanhakijoita. Muut kuin sidosyksikön omistajat haluaisivat myös ostaa yhtiöltä tulkkaukspalveluita. Yhtiö tekee avoimuusilmoituksen, johon se saa vastauksia yksityisiltä tulkkipalveluilta. Yhtiö tulkitsee, että se ei voi myydä palveluita. Muut viranomaiset toteavat, että yksityisten volyymi ei riitä ja että palvelut eivät ole yhtä laadukkaita ja pyytävät uudelleen palveluja. Olisiko myynti 10%:iin saakka tällöin mahdollista?
- 6) Esimerkki 6: Onko avoimuusilmoitukseen vastatuksi "vastaavaksi tarjonnaksi" riittävä 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 tulkinnasta 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 mekanismilla on tavoiteltu.

Neljänneksi, 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 toimintakohtaisesti. Ehdotetusta sääntelystä ei käy ilmi se, estäisikö markkinoilla oleva tarjonta jollakin näistä toimialoista korkeamman prosenttiosuuden hyödyntämisen kokonaan. Jos tätä on tarkoitettu, joltai se todennäköisesti kyseisten toimintojen eriyttämiseen eri osakeyhtiöihin, mitä ei luonnollisesti voida pitää tarkoituksenmukaisena ratkaisuna.

Esimerkki käytännön tulkintatilanteesta: Sidosyksikkönä toimiva yhtiö, joka toimii ruoka-huollon, kunnossapidon, puhtaanaidon ja tekstiilipalveluiden toimialoilla. Yhtiö voisi tar-jota esim. yli jäänyttä laitusruoan myyntiä suuremmalla prosenttiosuudella kuin 5%. Yh-tiön omistaja tekee avoimuusilmoituksen, johon se saa vastauksia puhtaanapalvelua tarjoavilta yrityksiltä.

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

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

Esitetty avoimuusilmoitusmekanismi lisää Kuntaliiton käsityksen mukaan oikeudellista epävarmuutta. Koska sidosyksikköasiassa on kuitenkin viime kädessä julkishallinnon rakenteiden jär-jestämisestä, ei niitä voida rakentaa oikeudellisesti epävarmojen ratkaisuiden varaan. Avoi-muusilmoitukseen liittyy niin paljon tulkinnallisuutta, että se pitäisi poistaa koko-naan.

Jos avoimuusilmoitus kuitenkin otettaisiin lakiin esityksen mukaisesti, tulisi vastata kysymykseen, miksi avoimuusilmoituksen jälkeen ulosmyynti on rajattu 10 %:iin eikä direktii-vin tasolle, 20 %. Avoimuusilmoituksen tarkoituksenahan on kartoittaa, onko olemassa vas-taavaa markkinaehtoista toimintaa. Jos avoimuusilmoitusmekanismi otetaan mukaan, tulisi prosentuaalisen osuuden olla ehdottomasti 20%.

Vaikutuksista

Esityksestä ei käy ilmi se, mitkä ovat ne keskeiset syyt, miksi sidosyksikön toimin-nan kohdistumista halutaan näin paljon rajoittaa. Myöskään vaikutusarviointia ra-joittamisesta 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 rajaa-massa 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 yhteiskun-tamme rakenteiden järjestämiseen, tulisi tällaisia ratkaisuja aina edeltää luotettava vaikutusarviointi. Linjaa ei voida selittää lausuntokierroksella saatujen lausuntojen perus-teella, sillä mm. kaikki hankintayksiköt (ja samalla n. puolet lausuntojen antajista) olivat kan-nattaneet direktiivin rajaa, 20%.

Kunnallisilla toimijoilla on monia erilaisia osakeyhtiöitä, jotka ovat sidosyksikköasemassa. Suurin yksittäinen toimijajoukko ovat kunnalliset jätehuolto-yhtiöt. Lisäksi kunnilla on työ-terveyshuoltoa tuottavia yhtiöitä. Sairaanhoidopiiri kuntayhtymillä on sidosyksikköase-massa olevia yhtiöitä, jotka tuottavat esimerkiksi laboratorio- ja kuvantamispalveluita sekä kiireellisiä ilta- ja yöaikaisia tutkimuspalveluita ja verikeskuspalveluita. Sidos-yksiköitä ovat myös esimerkiksi kunnalliset tukipalveluyhtiöt, jotka voivat tuottaa tieto-ja taloushallinto, kunnossapito-, ruokahuolto-, puhtaus- ja tekstiilipalveluita. Tekni-sen toimialan puolella on osakeyhtiöitä, jotka tuottavat mm. kunnallistekniikkapalveluita ja tekevät esimerkiksi teiden aurausta, puutarhapalveluita sekä muuta infraan liitty-vää palvelua. Lisäksi sidosyksikkörakennetta on perinteisesti käytetty Suomessa kuntien yh-teistoiminnan ns. rakenteisena muotona, tilanteissa joissa yhteistoiminta edellyttää yhteisen rakenteen, esim. kuntayhtymän, luomista. Nämä ovat vain muutamia esimerkkejä sidosyksik-köjen toiminnoista. Koska kuntia ja kuntataustaisia toimijoita on useita satoja Suomessa, kat-tavaa listausta niiden sidosyksiköistä on haastava laatia. Kunnallisia osakeyhtiöitä on Kun-taliiton tietojen mukaan ollut v. 2013 Suomessa yli 1700 kpl, eri toimialoilla. Siksi si-dosyksikköä koskeva sääntely on olennaisessa asemassa kunnille ja kuntataustaisille toimi-joille. Myös valtiolla on sidosyksiköitä.

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 tuki-palveluyhtiöiden (tieto- ja taloushallinto, kunnossapito, ruokahuolto, puhtaus- ja tekstiilipalve-lut) toimintaan. Kunnille palveluja tuottavat yhtiöt tuottavat samalla rajoitetusti palveluja myös alueen asukkaille ja yrityksille. Lisäksi palveluja tuotetaan yhdistyksille, seurakun-nille ja säätiöille. Ilman kunnallisia toimijoita kaikkialla ei palveluja olisi saatavilla

tai alueella olisi vain yksi kaupallinen toimija ilman kilpailua. Useilla alueilla kunnilla on keskeinen rooli kyseisten palvelujen saatavuuden takaajana.

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.

Sidosyksikköjen oikeudellinen asema on kehittynyt lähes 20 vuoden aikana oikeuskäytännön kautta. Lähtökohtana on hankintayksiköiden, kuten kuntien, oikeus organisoida toimintojaan ja tarvittaessa tehostaa toimintaansa esimerkiksi yhtiöittämällä. Lähtökohtaisesti kunnan tulee kilpailuttaa oman organisaationsa ulkopuolelta hankitut palvelut julkisella tarjouskilpailulla. Kunta voi kuitenkin sopia palvelujen tuottamisesta sellaisen omistamansa yhtiön (sidosyksikön) kanssa, jolle se on siirtänyt tehtäviään. Tällainen sidosyksikkö rinnastetaan hankintalainsäädännössä kunnan omaan organisaatioon. 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. Rakenteiden pysyvyydellä tulee olla jonkinlainen luottamusensuoja, eivätkä ne voi olla juridisesti epävarmalla pohjalla. Tämän vuoksi 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. Prosenttiosuuden tulee olla direktiivin mukaisesti yksiselitteisesti 20 %. Sääntelyn kiristäminen aiheuttaa haasteita alueellisesti, koko Suomen alueella. Sääntelyä ei pitäisi muuttaa ilman asianmukaisia vaikutusarviointoja ja hallituksen esitystä voidaan pitää tältä osin puutteellisenä. Ehdotetun kolmiasteisen portaikon soveltaminen aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta eikä sen varaan voida luotettavasti rakentaa julkisen sektorin rakenteita. Vähintäänkin ehdotetut euro-määräiset rajat sekä avoimuusilmoitusta koskeva mekanismi tulee poistaa. Prosenttiosuuden tulee olla tällöin vähintään 10 %.

Siirtymäsäännös

Sidosyksikkösääntelyyn ehdotetaan siirtymäsäännöstä. Kuitenkin esitetty 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 pidä säätää.

Sosiaali- ja terveystalouden palveluihin esitetään omaa siirtymäaika, 1.1.2022 saakka. Vaikka jätehuollon asema ja sääntelyn vaikutus siihen on tunnistettu valmistelun aikana, esityksestä ei ilmene erityistä siirtymäaika nimenomaan jätehuoltoon, johon esityksellä on Kuntaliiton arvion mukaan kaikista suurimmat vaikutukset. Jätehuollolle tulee kirjata vähintään sama siirtymäaika kuin sosiaali- ja terveystalouden palveluihin, 1.1.2022 saakka. Siirtymäaika tulee kirjata ehdotetun lain 174 §:ään.

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 toimenpiteiden 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 tosiasiassa 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 pyynnot on tutkittava, vaikka lopputuloksena olisi, että hankintayksikön toiminta on ollut asianmukaista. Valvonnan lisääminen lisää näin myös hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa. Tämä ei käy ilmi esityksen vaikutusarviointista.

Valvontaviranomaisen luominen saattaa johtaa myös siihen, että hankintayksiköistä tulee entistäkin varovaisempia hankkijoita. Jo voimassa olevan lain aikana Suomessa on keskusteltu siitä, että hankintalain mahdollisuuksia ei ole otettu asianmukaisesti käyttöön ja käytäntöön. Valvojan viranomaisen lisäämisen markkinaoikeuden rinnalle saattaa osaltaan vaikuttaa siitä, että hankintatoimesta tulee entistä enemmän virheitä väistelevä taho. Uusia avauksia ja maljeja ei välttämättä uskalleta kokeilla virheiden ja sanktioiden pelossa. Nykyisessä tilanteessa pitäisi pikemminkin keskittyä hankintayksiköiden kannustamiseen ja hyvien käytänteiden leviättämiseen eikä niinkään jälkikäteiseen valvontaan ja sanktioihin.

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 pidä tehdä ilman asianmukaisia vaikutusarviointoja. Valvonnan lisääminen johtanee hankintakulttuurin lisääntyvään varovaisuuteen.

KKV:n ehdotettu toimivalta

Ehdotetun lainsäädännön mukaan Kilpailu- ja kuluttajavirastolla olisi mahdollisuus puuttua lain noudattamisen kannalta keskeisiin lainvastaisuuksiin julkisissa hankinnoissa. Ehdotuksessa KKV:lle annetaan toimivalta kieltää suorahankintaa koskevan päätöksen täytäntöönpano tai jopa vaatia hankintayksikölle markkinaoikeudessa seuraamuksia suorahankintaa koskevan sopimuksen osalta.

Ehdotetussa lainsäädännössä ei käy lainkaan ilmi, miten KKV tutkisi hankintoja koskevia asioita. Samassa sille ehdotetaan aika pitkälle meneviä sanktioluonteisia keinoja. Kilpailulain 4a-luvussa vastaavaa valvontaa koskevassa pykälässä todetaan, että "Kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan tällainen menettely tai toiminnan rakenne." Jos ehdotettua valvontaa säädetään, tulisi vähintäänkin vastaava maininta lisätä ehdotetun hankintalain 139 §:ään.

Jos valvontaa koskevat säännökset otetaan ehdotettuihin lakeihin, tulee ehdotettuun 139 §:ään tehdä lisäys: "Kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan havaitsemansa tämän lain vastaisuus."

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 on lainattu hankintojen oikeussuojaa (ts. muutoksenhakua) koskevasta direktiivistä ja menevät huomattavasti pidemmälle kuin mitä menettelyä koskevan hankintadirektiivit valvonnasta edellyttävät. Ruotsissa vastaavalla viranomaisella (Konkurrensverket) on käytössään vain seuraamusmaksu.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan hankintojen oikeussuojadirektiivin mukaisia seuraamuksia ei pidä lainkaan ottaa käyttöön valvonnassa, sillä niitä ei ole tarkoitettu ko. toimintaa varten eivätkä menettelyä koskevat hankintadirektiivit sitä edellytä. Jos seuraamuksia kuitenkin harkitaan, 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.

Ehdotetuista kynnysarvoista

Sosiaali- ja terveyspalveluiden kynnysarvo

Valmisteluryhmän mietinnössä esitettiin, että sosiaali- ja terveyspalveluille asetetaan oma kansallinen kynnysarvo, suuruudeltaan 300.000 euroa. Kuntaliitto jätti mietintöön täydentävän lausuman, jossa se totesi, että sosiaali- ja terveyspalveluiden kynnysarvon tulisi olla direktiivin mukaisesti 750.000 euroa.

Hallituksen esityksessä sosiaali- ja terveyspalveluiden kynnysarvoksi esitetään mietinnöstä poiketen 400.000 euroa ja muille erityisille palveluille 300.000 euroa. Kuntaliiton näkemyksen mukaan kynnysarvon tulisi olla direktiivin tasolla, 750.000 euroa. Kynnysarvoja ei myöskään ole syytä erottaa toisistaan.

Jätevesitoimijoiden kansallinen kynnysarvo

Jätevesitoimijat ovat kuuluneet voimassa olevan lain mukaan erityisalojen hankintalain soveltamisalaan. Nyt käsittelyssä olevassa esityksessä pelkkää jätevesitoimintaa harjoittavat yksiköt olisivat siirtymässä yleisen hankintalain soveltamisalaan. Täsmennys vaikuttaa hallituksen esityksen mukaan noin 10-20 kuntaomisteisen ja pelkkää jätevesihuoltoa harjoittavan yhtiön sekä pelkkää jätevesihuoltoa harjoittavan kunnan yksikön ja jätevesiosuuskunnan toimintaan. Ratkaisun taustalla on mm. markkinaoikeuden tapaus (MAO 890-891/14). Ratkaisu on kuitenkin annettu jo voimassa olevan lain systematiikan aikana ja viittaa siihen, että ongelma on jo nykyolinsäädännössä. Siksi olisi kohtuullista, että ko. toimijoiden siirtyessä toisen lain soveltamisalaan, niiden hankinnoissa ei sovellettaisi lainkaan kansallisia kynnysarvoja.

Kuntaliiton näkemyksen mukaan jätevesitoimijoita tulisi koskea ainoastaan yleisen hankintalain EU-kynnysarvot.

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 laskentamalleja. 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 koko-

naistaloudellisen 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 laatuun liittyvällä vertailuperusteella ei 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, innovaatiot, elinvoimanäkökulma 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 tosiasiasa 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