

ASiantuntijalausunto

Hallintovaliokunta on pyytänyt allekirjoittaneelta asiantuntijalausuntoa koskien hallituksen esitystä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp).

1. Hallituksen esityksen tavoitteista

Esitykseen sisältyvien ehdotusten tarkoituksena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, yksinkertaistaa hankintamenettelyjä, selkeyttää lain keskeisiä käsitteitä, parantaa pienten ja keski suurten yritysten osallistumismahdollisuuksia tarjouskilpailuissa, parantaa mahdollisuuksia huomioida ympäristö- ja sosiaalisia näkökohtia sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa. Ehdotusten tarkoituksena on lisäksi luoda erillisiä kilpailuttamissääntöjä julkisia käyttöoikeussopimuksia koskeviin järjestelyihin. Esityksellä pantaisiin täytäntöön Euroopan unionin uudet julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevat direktiivit. Esityksessä huomioitaisiin myös Euroopan unionin tuomioistuimen julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö.

Ehdotettujen lakien sisältö vastaa hankintamenettelyjen, soveltamisalan ja oikeussuojakeinojen osalta pääosin voimassa olevaa hankintalainsäädäntöä. Direktiiveistä johtuvat keskeisimmät muutokset koskevat uusia kilpailuttamismenettelyjä, hankintojen jakamista osiin, hankintojen laadullisten näkökohtien huomioimista, ympäristö- ja sosiaalisten näkökohtien huomioimismahdollisuuksia, hankintamenettelyihin liittyviä sähköisiä viestintävälineitä, kansainvälisiä yhteishankintoja sekä sosiaali- ja terveystalouden sekä muiden erityisten palveluiden hankintamenettelyjä. Julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevalla lailla kevennettäisiin merkittävästi kansallisissa hankinnoissa noudatettavaa menettelyä. Menettelysääntöjen keventämisen johdosta ja avoimen kilpailun turvaamiseksi kansallisiin kynnysarvoihin ehdotetaan tehtäväksi vain maltilliset korotukset. Lisäksi Kilpailu- ja kuluttajavirastolle annettaisiin tehtäväksi valvoa erityisesti laittomia suora hankintoja.

Allekirjoittanutta on pyydetty lausumaan erityisesti kilpailuoikeuden näkökulmasta.

2. Esityksen vaikutukset kilpailun toimivuuden näkökulmasta

Nykyinen julkisia hankintoja koskeva laki (348/2007) ja erityisalojen hankintalaki (349/2007) perustuvat pitkälti EU:n julkisia hankintoja koskeviin hankintadirektiiveihin (2004/17/EY sekä 2004/18/EY).¹ Hallituksen esityksessä on kyse pitkälti EU:n vuonna 2014 annettujen hankintadirektiivien täytäntöönpanosta. Hallituksen esityksen pohjana ovat Euroopan unionin uudet julkisia hankintoja koskevat direktiivit, jotka annettiin 26.2.2014 (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU käyttöoikeussopimusten tekemisestä, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta. Esityksessä kyse on pitkälti näiden direktiivien implementoinnista kansalliseen lainsäädäntöön.

Julkisista hankinnoista annetun lainsäädännön keskeinen tavoite on kilpailun aikaansaaminen hankinnoissa sekä tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa. Lakia sovelletaan hankintalaissa määriteltyjen hankintayksiköiden hankintoihin. Hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Lisäksi tiettyjen keskeisten sisämarkkinaoikeuden periaatteiden on katsottava soveltuvan hankintoihin. Näitä keskeisiä periaatteita ovat mm. tavaroiden, palveluiden, työvoiman ja pääoman vapaa liikkuvuus, kilpailusäännöt sekä yleinen syrjimättömyysperiaate, joka velvoittaa kohtelevaan muista EU:n jäsenmaista olevia elinkeinonharjoittajia ja kansalaisia tasapuolisesti ja syrjimättä oman maan kansalaisten kanssa. Perustamissopimuksen 12 artiklassa kielletään kaikkinaisen kansallisuuteen perustuva syrjintä. Huomioon on otettava myös perustamissopimuksen tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat säännökset. Yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta

¹ Ks. kirjallisuuden osalta esimerkiksi Kuoppamäki, Uusi kilpailuoikeus (2012) s. 345 ss; Kuoppamäki, Yritysoikeus (2014) s. 1395 ss.; Pekkala – Pohjonen, Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot (2015); Sánchez Graells, Albert, Public Procurement and the EU Competition Rules (2011); Arrowsmith, Law of Public and Utilities Procurement (2015); Trepte, Public Procurement in the EU – A practitioner's Guide (2007).

tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen.

Yleisesti ottaen julkisten hankintojen sääntelyn tarve perustuu keskeisesti siihen, ettei viranomaisilla ja niihin rinnastetuilla suljetun sektorin julkisilla yrityksillä aina ja kaikissa tilanteissa ole yhtä voimakasta kannustinta kilpailuttaa hankintojaan kuin kilpailutilanteessa toimivilla yrityksillä. Jos kilpailutilanteessa toimiva yritys maksaa ylihintaa vaikkapa raaka-ainehankinnoistaan, seurauksena on yrityksen kilpailuaseman välitön heikkeneminen. Tehokkaammin toimivat kilpailijat pystyvät myymään lopputuotetta halvemmalla. Pidempään jatkuvana tehoton ostotoiminta johtaa markkinoilta karsiutumiseen. Julkisia hankintoja koskevilla säännöksillä pyritään kompensoimaan viranomaisten ostotoimintaan kohdistuvaa luontaisesti vähäisempää kilpailun painetta. Toisaalta hallinnon tehostaminen ja määrärahojen niukkuus johtavat siihen, että myös julkissektorin toimijat hakevat säästöjä sieltä mistä niitä on järkevästi saatavilla. Lain aineelliset perusperiaatteet (hankintojen kilpailuttaminen, edullisimman vaihtoehdon valinta, syrjimättömyys jne.) ovat yksityissektorilla yleisessä käytössä suurten yritysten kilpailuttaessa hankintojaan. Muita tapoja tehostaa viranomaistoimintoja ovat mm. yksinoikeuksien purkaminen ja yksityistäminen. Se, mitä keinoa tiettyjen hyödykkeiden tuotannossa ja tietyillä markkinoilla päätetään käyttää, lienee viime kädessä yhteiskuntapoliittinen valintakysymys.

Kilpailun toimivuuden näkökulmasta yhtenä lainsäädäntöuudistuksen tavoitteena näyttäisi olevan erityisesti markkinoillepääsyn parantaminen. Tätä tavoitetta pyritään edistämään ensinnäkin yksinkertaistamalla tarjouskilpailuun osallistuvien toimittajien selvitysvelvoitteita. Kilpailua turvaa myös direktiiviuudistuksen pyrkimys asianmukaisten menettelyjen varmistamiseen julkisissa hankinnoissa. Direktiiveissä ja hallituksen esityksessä on myös annettu säännöksiä hankintayksiköiden henkilöstön eturistiriidoista, toimittajien kielletystä yhteistyöstä sekä tilanteista, joissa yksi tai useampi toimittaja pyrkii vaikuttamaan sääntöjenvastaisesti hankintamenettelyyn.

Jos ajatellaan kilpailun toimivuutta koskevia vaikutuksia Suomessa, yhtenä ongelmana nykyisin voidaan pitää hankintojen kilpailuttamista liian suurissa kokonaisuuksissa, mikä voi monopolisoida markkinoita. Tähän uudet säännökset hankintojen kilpailuttamisesta tuovat parannusta. Pk-yritysten asemaa pyritään edistämään direktiivin määräyksillä hankintasopimusten jakamisesta ja jakamatta jättämisen perusteluvelvoitteesta, mutta uudistus on yleisemminkin kilpailun toimivuuden näkökulmasta suositeltava.

Lakia säädettäessä yhtenä keskustelukysymyksenä on ollut, mihin asetetaan raja sidosyksikköhankintojen osalta. Nykyinen oikeuskäytäntö perustuu niin kutsutulle 10 %:n säännölle. Direktiivit mahdollistaisivat aina 20 %:n rajan, mutta hallituksen esityksessä on päädytty tätä alhaisempaan rajaan. Kyse on pitkälti siitä, pyritäänkö edistämään kilpailuneutraliteettia yksityisten ja julkisten toimijoiden välillä vaiko hankintatoimen joustavuutta.

Lausunnonantaja kannattaa sitä, että kilpailu- ja kuluttajavirastolle annetaan rooli hankintojen valvonnassa, erityisesti laittomien suorahankintojen torjunnassa. Tarpeen ei ole uuden byrokratian luominen vaan se, että poistetaan hankintalainsäädännössämme jo parinkymmenen vuoden ollut ”operatiivinen aukko”. Jotta laittomien suorahankintojen torjuminen on tehokkaasti mahdollista, edellyttää se, että tehtävä annetaan kilpailuvalvonnasta vastaavalle operatiiviselle yksikölle. Tämä valvontatehtävä ei ole toteutunut tehokkaasti ministeriöiden toimesta, sillä ne eivät ole katsoneet, että tällainen operatiivinen toiminta soveltuisi niiden toimenkuvaan. Todettakoon, että nyt KKV:lle esitettyä valvontatehtävää vastaavat valtuudet on annettu Ruotsissa Konkurrensverketille. Jatkossakin laillisuusvalvonta tulee perustumaan pääosin tarjousmenettelyyn osallistuneiden yritysten valituksiin.

Lausunnonantaja kiinnittää yleisemmin huomiota siihen, että lain joustavuuden lisäämistä tulisi harkita, jotta ratkaisut voitaisiin tehdä kussakin tapauksessa hankinnan taustalla olevien palveluiden käyttäjien tarpeet huomioon ottaen. Ongelmia on käytännössä ilmennyt esimerkiksi vaikeavammaisten kuntoutuksessa tehtävien palvelu- ja tavarahankintojen osalta.

Espoossa 20. päivänä lokakuuta 2016

Petri Kuoppamäki
Yritysjuridiikan professori, OTT
Aalto-yliopiston kauppakorkeakoulu