

Asia: TEM/972/03.01.01./2019

TEM lausuntopyyntö: luonnoksesta hallituksen esitykseksi julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain muuttamisesta ja eräiden siihen liittyvien säädösten muuttamisesta

Lausunnonantajan lausunto

- 1. Onko jälki-ilmoittamista koskevan veloitteen laajentamien mielestänne tarkoituksenmukainen tapa valvoa sekä kerätä tilastotietoa kansallisista hankinnoista? Mikäli ei, minkä katsotte olevan tarkoituksenmukaisempi keino tämän valvonta- sekä tilastotarkoituksiin liittyvä ilmoittamisvelvoite toteuttamiseksi?**

Emme kannata jälki-ilmoittamista koskevan veloitteen laajentamista kansallisiin hankintoihin. Laajentaminen lisäisi hankintayksikköjen hallinnollista taakkaa, mitä ei tule tehdä, ellei vastineeksi pystytä osoittamaan konkreettisia haitat ylittäviä hyötyjä. Tässä tapauksessa niitä ei ole nähtävissä. Esitysluonnoksesta ei käy ilmi, mitä tarkkaan ottaen ovat ne valvonta- ja tilastotarkoitukset, joita ilmoitusvelvollisuuden laajentamisella tavoiteltaisiin. Valvonnan kannalta olennaisia ovat laittomat suorahankinnat, joihin jälki-ilmoitusvelvollisuudella ei oletettavasti ole mitään vaikutusta. Hankintojen määrää ja laatua koskevat tiedot ovat jo pitkälti saatavissa hankintailmoituksissa. EU-raportointivelvoite kansallisten hankintojen osalta perustuu käytettävissä olevan tiedon pohjalta tehtyyn arvioon. Tilastotiedon kannalta tärkeää olisi selkeyttää, mitä tietoa todella tarvitaan ja mihin tarkoitukseen, ennen kuin siihen liittyviä veloitteita lisätään.

- 2. Rikosrekisteriotteiden hyödyntäminen pakollisten poissulkuperusteiden arvioinnissa laajennetaan E-liitteen mukaisiin sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin. Pitäisikö rikosrekisteriotteiden hyödyntämisen olla vieläkin laajempi vai onko kattavuus riittävä?**

Rikosrekisteriotteiden hyödyntämismahdollisuus on erittäin tärkeää sosiaali- ja terveyspalveluissa ja sitä koskeva selvitys on tervetullut. Kannatamme myös otteiden sähköistä ja mahdollisimman automaattista tarkastusta. Hankintatoimen näkökulmasta rikosrekisteriotteiden hyödyntämisen kattavuus voisi toki olla laajempikin, mutta asiaa on arvioitava myös ihmisten yksityisyyden suojan, tietosuojan ja otteiden toimittamiseen liittyvän hallinnollisen taakan näkökulmista. Rikosrekisteriotteiden käyttöä ei pidä laajentaa ilman hyviä perusteita. Nyt ehdotettu pykäläluonnos 114 § kattaa paitsi sosiaali- ja terveyspalvelut, myös Liitteen E mukaiset muut erityiset palvelut, hotelli- ja ravintolapalveluista autonrenkaiden pinnoitukseen ja sepän palveluihin. Esitämme

harkittavaksi voitaisiinko rikosrekisteriotteiden hyödyntäminen rajata perustelujen mukaisesti vain liitteen mukaisiin sosiaali- ja terveyspalveluihin.

3. Puitejärjestelyn sisällä tehtäviä hankintoja koskevaa sääntelyä täsmennetään. Katsotteko, onko hankintoja tehty vastoin puitejärjestelyn ehtoja silloin, kun kyse on hankintakokonaisuuteen kuuluvasta kansalliset kynnsarvot alittavista hankinnoista?

Katsomme, että aidosti kansallisten kynnsarvojen jäävät hankinnat tulee voida tehdä nykyiseen tapaan puitejärjestelyjä vapaasti hyödyntäen. Pakollinen minikilpailutus kynnsarvot alittavissa hankinnoissa lisäksi sekä hankintayksikköjen että toimittajien hallinnollista taakkaa ja johtaisi vain näiden hankintojen siirtämiseen enenevästi puitejärjestelyjen ulkopuolelle. Tällöin puitejärjestelyistä koituvat hyödyt jäisivät saamatta. Tämä ei olisi julkisten varojen tehokasta ja tarkoituksenmukaista käyttöä. Pilkkomiskiellon rikkomuksiin tulee puuttua muilla tavoin. Yhdymme Hanselin ja Säteilyturvakeskuksen sekä usean muun lausunnonantajan esittämiin vastaaviin ja täydentäviin näkemyksiin.

4. Muita havaintoja ehdotukseen liittyen?

163 §: Esitysluonnoksessa ehdotetaan, että muutoksenhakukieltoa koskevan 163 §:n otsikon ja pykälätekstin välinen eroavaisuus ratkaistaan muuttamalla otsikko pykälätekstiä vastaavaksi. Esitämme, että jos ratkaisussa rajoitutaan vain pykälän sisäiseen editointiin, se tulee tehdä toisin päin eli muuttamalla pykälän sisältö otsikkoa vastaavaksi. Tämä ei kuitenkaan riitä. Ensimmäisen tärkeää on osoittaa sosiaali- ja terveyspalvelujen käyttäjille selkeä oikeussuojatie kirjaamalla sitä koskeva säännös tai säännökset hankintalakiin ja/tai aineelliseen lainsäädäntöön.

Muutoksenhakukieltopykälällä on kytkentä keskeiseen sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintoja koskevaan pulmaan: palvelujen käyttäjillä ei ole tehokkaita oikeussuojakeinoja silloin, kun hankintoja toteutetaan tavalla, joka loukkaa heidän lakisääteisiä oikeuksiaan. Käytännössä liian usein on esiintynyt tapauksia, joissa hankintoja on tehty sosiaalipalvelujen aineellisesta lainsäädännöstä piittaamatta, niin että palvelujen käyttäjille on aiheutunut lievimmillään epävarmuutta, stressiä ja mielipahaa, pahimmillaan epätoivoa ja suurta kärsimystä.

Palvelujen käyttäjillä ei ole asianosaisasemaa hankintaprosessissa eikä siten oikeutta valittaa hankinnasta markkinaoikeuteen. Sisältölainsäädännön rikkomiseen taas liittyvät erilliset oikeussuojakeinot, kuten kunnallisvalitus, hallintovalitus tai joissakin tapauksissa mahdollisesti hallintoriitamenettely. Viranomaisen päätöksen laadusta ja sitovuudesta riippuen nämä oikeussuojakeinot vaihtelevat suuresti ja niiden soveltuvuus kulloinkin käsillä oleviin hankintoihin on vähintäänkin epäselvää.

Hankintalain perusteluissa tilannetta on pyritty selkeyttämään toteamalla useaan otteeseen, että hankintalakiin perustuvilla ja muuhun lainsäädäntöön perustuvilla vaateilla on erilliset oikeussuojatiet. Perusteluista (HE 108/2016, s. 72, 238 ja 242) ilmenee, että myös muutoksenhakukielto on tarkoitettu tulkittavaksi pykälän otsikoinnin mukaisesti valitusperusteesta riippuvaksi. Tämä on explisiittisesti ilmaistu muun muassa juuri 163 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa (s. 242), joissa todetaan, että ”Mikäli valittaja vetoaa julkista hankintaa koskien muun

lain kuin hankintalain vastaisuuteen, voi hankinnasta tehtyyn päätökseen hakea muutosta kuntalain ja hallinnonkäyttölain nojalla. Tällainen tilanne on käsillä esimerkiksi silloin, kun valittaja vetoaa kunnallisvalituksella kuntalain 97 §:ssä säädettyyn esteellisyyteen tai sosiaalihuoltolain 33 §:ssä säädettyyn sosiaalihuollon saatavuuteen ja saavutettavuuteen julkisessa hankinnassa.”

Käytännössä markkinaoikeus on katsonut, ettei sillä ole toimivaltaa sisältölainsäädännön tulkitsemiseen ja sisältölainsäädäntöä tulkitsevat viranomaiset katsoneet, ettei niillä ole mahdollisuutta puuttua markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaan hankintamenettelyyn. Palvelujen käyttäjät ovat joutuneet limboon, jossa he ovat edelleen. Nykyisen lain perustelujen ei ole katsottu riittävän tulkintakäytännön muuttamiseen, kuten KHO:n ratkaisu 2018:124 osoittaa.

Ei myytävänä -kansalaisaloitteen käsittelyn päätteeksi keväällä 2019 hyväksymissään lausumissa eduskunta edellyttää toimia, joilla turvataan vammaisten henkilöiden osallisuus ja oikeussuojakeinot heitä koskevassa päätöksenteossa (ks. https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/EduskunnanVastaus/Sivut/EK_46+2018.aspx) . Nyt käsillä olevan esitysluonnoksen pykälämuutos vaikuttaisi päinvastaiseen suuntaan. Sosiaali- ja terveyspalvelujen käyttäjien kannalta ehdotettu muutos olisi olennainen heikennys.

Hankintalain muutoksenhakusäännökset tulee avata kokonaisuudessaan uuteen tarkasteluun siksikin, että nykyisen lain eduskuntakäsittelyssä sosiaali- ja terveyspalvelujen käyttäjien oikeuksia vahvistettiin tuomalla ne velvoittavaksi osaksi hankintalakia (108 §). Tämä jo itsessään on todettu aiheuttavan lain soveltamiselle systeemisissä haasteita (ks. Markus Ukkola: Julkisten hankintojen sisältövaatimuksista valittaminen, www.edilex.fi/artikkelit/18502) . Tilanne on ratkaistava asiakkaiden oikeudet turvaavalla tavalla.

30 §: Esitämme selvyiden vuoksi ehdotettua tekstiä muotoiltavan seuraavasti: ”...taikka sitä seuraavan talousarviokauden aikana, jos tämä on pitempi kuin 12 kuukautta”. ”

34 § ja 36 §: Muutosehdotukset on syytä muotoilla tarkemmin, jotta vältetään käsitykseltä, että hankintayksikön olisi neuvottelumenettelyjen hankintailmoituksessa kuvattava jokin erityinen menettely eli prosessi, jolla neuvotteluihin kutsuttavat tarjoajat valitaan. Sitä direktiivi ei vaadi ja se kasvattaisi perusteettomasti hankintayksikön hallinnollista taakkaa.

Direktiivin 65 artiklan mukaan hankintayksikön on ilmoitettava soveltuvuuden vähimmäisvaatimukset (viittaus 58 artiklan 5 kohtaan) sekä objektiiviset ja syrjimättömät arviointiperusteet tai säännöt, joita se aikoo soveltaa (ja joita sen sitten on sovellettava).

Kyseiset säännöt (”rules”), ovat siis vaihtoehto arviointiperusteille. Pykälässä ei ole tarkoituksenmukaista luoda pidemmälle menevää vaatimusta. Ehdotus: ...”Tarjoajiksi hyväksyttävät

ehdokkaat on valittava noudattamalla hankintailmoituksessa esitettyjä objektiivisia ja syrjimättömiä arviointiperusteita tai sääntöjä sekä soveltuvuuden vähimmäisvaatimuksia.”...

73§: Ehdotettu poisto olisi hankintadirektiivin vastainen. Pykälän neljäs momentti perustuu hankintadirektiivin 42 artiklan 5 kohtaan ja siinä viitattu lain 71 §:n 2 momentin 2 kohta puolestaan direktiivin 42 artiklan 3 kohdan b alakohtaan.

Pykälän 1, 2 ja 3 momentit puolestaan perustuvat vastaavasti direktiivin 44 artiklan 1 kohtaan, 44 artiklan 2 kohtaan ja 42 artiklan 3 kohdan a alakohtaan.

Direktiivin 42 artiklan 5 kohta kuuluu: ”Jos hankintaviranomainen käyttää mahdollisuutta viitata 3 kohdan b alakohdassa [- > lain 71 §:n 2 momentin 2 kohdassa] tarkoitettuihin teknisiin eritelmiin, se ei saa hylätä tarjousta sillä perusteella, että tarjotut rakennusurakat, tavarat tai palvelut eivät ole niiden teknisten eritelmien mukaisia, joihin se on viitannut, jos tarjoaja osoittaa tarjouksessaan jollakin asianmukaisella tavalla, mukaan lukien 44 artiklassa [- > lain 73 §:n 1 ja 2 momenteissa] tarkoitettu näyttö, että sen ehdottamat ratkaisut täyttävät teknisissä eritelmissä määritellyt vaatimukset vastaavalla tavalla.”

2 ja 4 momentin välillä ei ole ristiriitaa. 2 momentti liittyy tilanteisiin, joissa on 1 momentissa kuvatulla tavalla vaadittu arviointilaitoksen antama testausraportti tai todistus näyttönä vaatimusten täyttämistä. Tilanteita on muitakin ja niihin 2 momenttia ei sovelleta. 2 momentissa tarkoitettu näyttö on yksi, vaan ei ainoa, asianmukainen tapa, jolla tarjoaja voi 4 momentin (ja direktiivin 42 artiklan 5 kohdan) mukaisesti osoittaa ratkaisujensa täyttävän asetetut vaatimukset.

114 §: Koska ehdotetussa lisäyksessä kyse ei ole vaatimusten asettamisesta, vaan niiden täyttymisen selvittämisestä, se on syytä kirjata erilliseen lauseeseen: ”Ehdokkaiden ja tarjoajien korjaaviin toimenpiteisiin ja soveltuvuutta koskevien vaatimusten asettamiseen voidaan soveltaa, mitä 82 – 86 §:ssä säädetään. Poissulkemisen edellytysten ja soveltuvuusvaatimusten täyttymisen selvittämiseen voidaan soveltaa, mitä 88 §:ssä säädetään.” Ks. myös mitä edellä kysymyksen 2 vastauksessa on todettu rikosrekisteriotteiden hyödyntämisen laajentamisesta.

116 §: Mahtaako 26 § olla relevantti käyttöoikeussopimusten kannalta?

136 § : Esitetyn muutoksen ei tarvitse eikä sen pitä johtaa kansallisia hankintoja koskevan ilmoitusvelvollisuuden laajentamiseen.

Lisäksi pari huomiota, joita muutosluonnos ei vielä käsittele:

107 §: Viittaus 25 §:n 1 momenttiin on syytä tarkistaa, 107 §:ssä lienee tarkoitettua 4 ja 5 kohtiin, mutta kirjattu 3 ja 4 kohtiin.

Liite E: Tässä yhteydessä voitaneen oikaista myös hankintalain liitteen E listassa oleva, direktiivin liitteen XIV alun perin virheellisestä käännöksestä johtuva virhe, ks. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/?qid=1538645515164&uri=CELEX:32014L0024R\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/?qid=1538645515164&uri=CELEX:32014L0024R(08)) . Virheen takia useita palveluja on jäänyt pois listalta.

Väätäjä Kirsi
SOSTE Suomen sosiaali ja terveys ry