22.2.2021

Eduskunnan talousvaliokunta

Hanselin lausunto hankintalain muutoksiin (HE 244/2020 vp)

Yleistä

Hansel kannattaa useita hallituksen esityksessä olevia säännösehdotuksia. Suurin osa muutoksista on teknisiä, eikä niillä ole suurta vaikutusta käytännön hankintatoimessa. Merkityksellisin on puitejärjestelyjen hankinnan laajuutta koskeva säännösehdotus, jota kannatamme. Haluamme kiinnittää talousvaliokunnan huomiota hallituksen esityksessä oleviin hankintadirektiivistä poikkeaviin ja siten ongelmallisiin ehdotuksiin ja pyydämme kunnioittavasti talousvaliokuntaa huomioimaan kyseiset kohdat lakiehdotuksen käsittelyssä ja mietinnössään.

Puitejärjestelyt (42§)

Hansel kannattaa hallituksen esityksessä olevaa puitejärjestelyjen hankinnan laajuutta koskevaa säännösehdotusta, joka tulee tekemään puitejärjestelyjen käyttöä hieman joustavammaksi sopimuskauden aikana. Kansallisen oikeuskäytännön yksityiskohtaiset hankinnan laajuutta koskevat ratkaisut ovat edellyttäneet puitejärjestelyä käyttävien hankintayksiköiden seuraavien vuosien hankintojen määrien tai arvojen esittämistä jopa tuotekohtaisella tasolla, mikä on tehnyt puitejärjestelyjen kilpailuttamisesta erittäin haasteellista. Kansallinen oikeuskäytäntö ei käsityksemme mukaan ole ollut linjassa hankintadirektiivin taikka unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa.

Kansallisessa ja Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on kuitenkin edellytetty, että puitejärjestelyä käyttävät hankintayksiköt yksilöidään tarjouspyynnössä. Muut kuin ennalta tarjouspyynnössä ilmoitetut hankintayksiköt eivät voi tehdä hankintoja puitejärjestelyllä. Velvoite hankintayksiköiden yksilöimiseen on esitetty hankintadirektiivin johdanto-osan kappaleessa 60. Asiaa on käsitelty myös Unionin tuomioistuimen tuomiossa C-216/17 Coop.

Puitejärjestelyjen hankinnan laajuutta koskeva oikeuskäytäntö on johtanut siihen, että yhteishankintayksiköt ovat yleisesti edellyttäneet, että sellaiset hankintayksiköt, jotka haluavat käyttää puitejärjestelyä, sitoutuvat ennen kilpailutusta puitejärjestelyn käyttöön. Sitoutumismenettelyn perusteella tarjoajat ovat saaneet aiempaa paremmat tiedot puitejärjestelyn käytön laajuudesta tarjousten tekemistä varten. Tarjouskilpailun voittaneet yritykset ovat voineet myös luottaa siihen, että hankintayksiköt tulevat tekemään hankintoja puitejärjestelyllä.

Hallituksen esityksen 42 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa (s. 16) referoidaan hankintadirektiivin johdanto-osan kappaletta 61 virheellisesti. Hallituksen esityksen mukaan: *”Hankintadirektiivin johdanto-osan 61 perustelukappaleen mukaan puitejärjestelyssä ilmoitetut hankintaviranomaiset, jotka ovat oikeutettuja puitejärjestelyn käyttöön, eivät ole kuitenkaan velvoitettuja tekemään hankintojaan kyseistä puitejärjestelyä käyttäen. Siten on hyväksyttävää, että puitejärjestelyn hankinta-asiakirjoissa yksilöidään ne hankintayksiköt, jotka voivat harkintansa mukaan tehdä hankintoja puitejärjestelyllä sen voimassaolon aikana. Hankintaviranomaisia ei ole tämän direktiivin nojalla velvoitettava hankkimaan puitejärjestelyn soveltamisalaan kuuluvia rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja kyseisen puitejärjestelyn mukaisesti.”*

Direktiivin johdantoa on kuitenkin lainattu virheellisesti. **Direktiivin johdanto-osan kappaleessa ei esitetä, että puitejärjestelyssä ilmoitetut hankintayksiköt eivät olisi velvoitettuja puitejärjestelyn käyttöön**. Direktiivin johdanto-osan kappaleessa sanotaan vain, että *"Hankintaviranomaisia ei olisi tämän direktiivin nojalla velvoitettava hankkimaan puitejärjestelyn soveltamisalaan kuuluvia rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja kyseisen puitejärjestelyn mukaisesti."* Direktiivin perustelukappaleessa on käsittääksemme siten vain yleinen viittaus siihen, että hankintayksiköt ovat oikeutettuja päättämään hankintojensa toteuttamisen tavoista eikä niillä ole yleistä velvollisuutta puitejärjestelyjen käyttöön. Vastoin hallituksen esitystä, direktiivin johdannossa ei käsitellä tilannetta, jossa hankintayksikkö on sitoutunut puitejärjestelyn käyttöön.

Hallituksen esityksessä olevan tekstin mukaisesti hankintayksikkö voisi olla tekemättä lainkaan hankintoja kilpailuttamallaan puitejärjestelyllä. Hankintayksikkö voisi myös kilpailuttaa päällekkäisiä puitejärjestelyjä ja käyttää vain osaa niistä. Yhteishankintatilanteissa puitejärjestelyn käyttöön sitoutuneet hankintayksiköt voisivat päättää puitejärjestelyn käytöstä nähtyään tarjouskilpailun voittajan, mikä on vastoin julkisten hankintojen periaatteita.

Jos puitejärjestelyjen käyttö jää epävarmaksi, puitejärjestelyjen toimivuus vaarantuu ja julkisyhteisöjen mahdollisuudet hyviin tarjoushintoihin huononevat. Lisäksi tarjouskilpailun voittaneiden yritysten asema heikkenee, sillä tarjoukset on todennäköisesti hinnoiteltu luottaen siihen, että tarjouspyynnössä ilmoitetut hankintayksiköt tulevat tekemään hankintoja puitejärjestelyllä. Direktiivin virheellinen lainaus aiheuttaa myös epäselvyyttä ehdotetun säännöksen soveltamisessa. Jos tarkoituksena on, että puitejärjestelyä käyttävät hankintayksiköt ja hankinnan laajuus esitetään tarjouspyynnössä, jotta tarjoajat saavat paremman kuvan hankintojen todennäköisestä volyymistä, on epäloogista samalla esittää, että hankintojen tekeminen olisi puitejärjestelyn käyttöön sitoutuneille hankintayksiköille (aina?) vapaaehtoista sopimuskauden aikana.

Pyydämme kunnioittavasti, että talousvaliokunta korjaisi mietinnössään kyseisen viittausvirheen.

Alihankkijaa koskevat rikosrekisteriotteet ja alihankkijoiden poissulkeminen (80 §, 88 §, 171 §)

Hallituksen esityksessä alihankkijoiden poissulkemista koskeva säännös on lisätty hankintalain 80 §:ään, joka koskee pakollisia poissulkuperusteita. Ehdotetun 80 §:n mukaan hankintayksikön olisi *suljettava* tarjouskilpailusta sellainen alihankkija, jota koskee pakollinen poissulkuperuste. Hankintadirektiivin 71 artiklan 6 b-kohdan ja hankintalain 78 §:n mukaan hankintayksikön on kuitenkin vaadittava tarjoajaa *korvaamaan* alihankkija, jota koskee pakollinen poissulkuperuste.

Alihankkijan poissulkeminen on hankintamenettelyissä vieras toimi. Alihankkijan poissulkeminen vaikuttaa käytännössä tarjouksen sisältöön eikä hankintayksikkö voi omilla päätöksillään tehdä tarjouksen sisältöön liittyviä ratkaisuja. Jos alihankkijaa koskee pakollinen poissulkuperuste, tarjoajan tulisi käsityksemme mukaan vaihtaa alihankkija. Jos alihankkijan vaihtaminen ei ole mahdollista, tarjoajan on käytännössä vedettävä tarjouksensa pois taikka hankintayksikön on suljettava tarjous tarjouskilpailusta, jos ilmenee, ettei tarjoaja pysty toteuttamaan hankintaa ilman alihankkijaa.

Alihankkijan poissulkemista koskeva lisäys 80 §:ään aiheuttaisi sekaannuksia ja epäselvyyttä siitä, tuleeko alihankkija sulkea tarjouskilpailusta 80 §:n mukaisesti vai tuleeko tarjoajaa vaatia korvaamaan alihankkija 78 §:n mukaisesti. Hallituksen esityksessä on lain soveltamisen systematiikkaan liittyvä virhe. **Virhe olisi mahdollista korjata poistamalla alihankkijaa koskevat viittaukset 80 §:n 1 momentista sekä 114 §:stä. Vaatimuksesta alihankkijan korvaamisesta on jo säädetty 78 §:ssä, mikä vastaa direktiivin 71 artiklan 6 b-kohtaa.**

Hallituksen esityksen 88 §:n perustelutekstin mukaan pakollisia poissulkuperusteita koskeva selvitys voidaan pyytää myös toimittajan tarjouksessa ilmoittamasta alihankkijasta. **Pidämme tärkeänä, että rikosrekisteriotteen pyytäminen alihankkijasta on hankintayksikön harkintavallassa.** Rikosrekisteriotteiden toimittamista ja tarkastamista koskevat velvoitteet ovat aiheuttaneet merkittävän hallinnollisen taakan hankintayksiköille ja yrityksille ilman vastaavaa hyötyä. Rikosrekisteriotteella on tiedot vain erittäin törkeistä ja harvinaisista rikoksista ja lähtökohtaisesti tarjoaja päättää henkilöpiirin, josta otteet toimitetaan. Hanselin tarkastamista tuhansista rikosrekisteriotteista ei ole ilmennyt pakolliseen poissulkuun johtavia rikoksia. Tietosuojavaatimusten vuoksi rikosrekisteriotteet tuodaan käytännössä yleensä hankintayksikölle paikan päällä tarkastettaviksi. Toimittajilla voi olla jopa kymmeniä alihankkijoita, joten käytännössä näiden alihankkijoiden tulisi tuoda tai toimittaa rikosrekisteriotteet hankintayksiköille, mikä aiheuttaisi valtavan työmäärän. Pyrkimys tämän työmäärän välttämiseen voi aiheuttaa sen, ettei alihankkijoita pyydetä nimeämään tarjouksissa, mikä puolestaan vaikeuttaisi hankintojen toteutumisen valvontaa sopimuskaudella. Rikosrekisteriotteiden vaatiminen voi olla omiaan heikentämään julkisten hankintojen houkuttelevuutta ja hankintayksiköiden mahdollisuuksia saada hyviä tarjouksia. Hankintayksiköitä ei tulisi siten velvoittaa vaatimaan alihankkijoiden rikosrekisteriotteita. Rikosrekisteriotteisiin liittyvien velvoitteiden laajentamista tulisi muutenkin arvioida hyvin kriittisesti. Rikosrekisteriotteiden tarkastamisesta olisi hyötyä vain, jos otteiden sisältöä laajennetaan, henkilöpiiriä täsmennetään ja otteiden sähköinen toimittaminen ja tarkastaminen tulee mahdolliseksi.

Voimavarayksikköä koskeva rikosrekisteriote

Hallituksen esityksessä ei ole huomioitu sitä, että rikosrekisteriotteet tulisi saada myös tarjoajan tai ehdokkaan voimavarayksiköistä. Poissulkuperusteiden tarkastaminen voimavarayksiköstä on nähdäksemme tärkeämpää kuin alihankkijoiden tarkastaminen, sillä voimavarayksiköiden avulla voidaan täyttää hankintayksikön asettamat soveltuvuusvaatimukset. Hankintayksikkö voi lisäksi edellyttää tarjoajan ja voimavarayksikön yhteisvastuuta, jos voimavaroja käytetään taloudellista ja rahoituksellista tilannetta koskevien vaatimusten täyttämiseksi (Hankintalain 92 § 4 mom).

Hankintalain 92 § 3 momentin mukaan *Hankintayksikön on vaadittava ehdokasta tai tarjoajaa korvaamaan toimittaja, jonka voimavaroja se käyttää hyväkseen, jos kyseistä toimittajaa koskee 80 §:ssä tarkoitettu pakollinen poissulkemisperuste.* Hallituksen esityksen 88 §:ssä ja 171 §:ssä ei kuitenkaan esitetä säädettäväksi, että hankintayksiköllä olisi oikeus saada myös voimavarayksikköä koskeva rikosrekisteriote. **Ehdotamme 88 §:ään ja 171 §:ään lisättäväksi oikeus saada myös voimavarayksikköä koskevat rikosrekisteriotteet, jotta hankintayksikkö voi noudattaa 92 §:ssä olevaa velvoitetta vaatia korvaamaan voimavarayksikkö, jota koskee pakollinen poissulkuperuste.**

Voimavarayksikköjä koskevista vaatimuksista säädetään hankintadirektiivin 59 ja 63 artiklassa. Hankintadirektiivin johdanto-osan kappaleen 84 mukaan ”Olisi edellytettävä nimenomaan, että yhteisessä eurooppalaisessa hankinta-asiakirjassa toimitetaan myös tiedot yksiköistä, joiden voimavaroja talouden toimija käyttää, jotta tällaisia yksiköitä koskevat tiedot voidaan tarkistaa yhdessä ja samoin edellytyksin kuin pääasiallisen talouden toimijan tiedot”

Eija Kontuniemi
Hansel Oy