

12.9.2016

Kansaneläkelaitoksen lausunto koskien hallituksen esitystä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp.)

Kansaneläkelaitos (Kela) kiittää mahdollisuudesta antaa asiantuntijalausunto Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle. Valiokunnan tehtävä huomioiden Kelan lausunto kohdistetaan sote-hankintoja koskeviin säännösehdoiksi.

Hankintasääntelyn tavoitteista

Hallituksen esityksen mukaan uuden hankintasääntelyn tarkoituksena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, yksinkertaistaa hankintamenettelyä, selkeyttää lain keskeisiä käsitteitä, parantaa pienten ja keskisuurten yritysten osallistumismahdollisuuksia tarjouskilpailuissa, parantaa mahdollisuuksia huomioida ympäristö- ja sosiaalisia näkökohtia sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa. Esityksessä ehdotetaan, että hankintamenettelyä koskevia säännöksiä yksinkertaistettaisiin, selkeytettäisiin ja tehtäisiin nykyistä joustavammaksi.

Kela pitää hallituksen esitykseen sisältyviä tavoitteita ja niiden toteutumista tukevia nykyiseen hankintasääntelyyn esitettyjä muutoksia ja tarkennuksia pääosin positiivisina ja tarpeellisina. Kela pitää hyvänä lähtökohtana ja tavoitteena sitä, että hankintayksiköiden harkintavaltaa lisätään ja toimintamalleja joustavoitetaan.

Sote-palveluja koskevista sääntelyehdotuksista

Sote-palvelut kuuluvat voimassa olevan hankintalain soveltamispiiriin ja sote-palvelujen kilpailuttaminen on lain voimassaolon aikana lisääntynyt huomattavasti. Nykyisessä hankintalaissa ei ole sote-palveluja koskevia omia menettelysäännöksiä, vaan myös niitä koskevat samat hankintasäännökset kuin muitakin palvelu- ja tavarahankintoja sekä rakennusurakoita. Tämän lisäksi on olemassa runsaasti säännösten sisältöä ja hankintamenettelyä ohjaavaa oikeuskäytäntöä markkinaoikeudesta ja korkeimmasta hallinto-oikeudesta.

Hallituksen esityksessä ehdotetaan säädettäväksi omat menettelysäännökset sote-palveluhankintoja varten ja tällä kerrotaan tarkoitettavan sääntelyä ainoastaan keskeisimmistä menettelyä koskevista seikoista. Esityksen mukaan näin halutaan lisätä hankintayksiköiden harkinnanmahdollisuuksia ja menettelyn joustavuutta niin hankintayksiköiden kuin tarjoajienkin kannalta sekä korostaa asiakkaan aseman parempaa huomioimista osana hankintamenettelyä.

Kela pitää sote-hankintasääntelylle asetettuja tavoitteita lähtökohtaisesti erittäin kannatettavina. Esityksessä valittua sääntelytapaa, jolla kyseiset tavoitteet pyritään saavuttamaan, voidaan kuitenkin perustellusti kritisoida. Ehdotus sisältää sote-hankintojen osalta päinvastaisen lähestymistavan kuin voimassa olevassa hankintalaissa on toteutettu. Voimassa oleva hankintalaki sisältää ainoastaan hankintaprosessin kulkua koskevaa sääntelyä. Voimassa oleva hankintalaki on siten "substanssineutraali", se ei ota kantaa esimerkiksi palvelujen tuotteistamiseen, sisältöön tai palveluntuottajille asetettaviin valintakriteereihin. Tämä on perusteltua, sillä hankintalaki on *menettelylaki*, jossa kuvataan miten hankintaprosessi tulee suorittaa, jotta voidaan varmistua, että hankintayksikkö kohtelee hankinta-

menettelyyn osallistuvia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimii avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioiden. Vastaavat tavoitteet on asetettu hallituksen esityksessä myös uudelle sääntelylle (3 §). Voimassa olevassa hankintalaissa valittu ratkaisu on hyvin perusteltu, sillä myös sote-palvelujen sisältö ja kriteerit löytyvät viimekädessä hankintaviranomaista velvoittavasta, toimintaa säätelevästä substanssilainsäädännöstä (Kelan kohdalla mm. Kelan kuntoutuslaki 566/2005, jäljempänä kuntoutuslaki ja Laki vammaisten henkilöiden tulkkaukspalveluista 133/2010, jäljempänä tulkkaukspalvelulaki).

Luvun 12 säännösten soveltamisala

Esityksen 107 §:ssä on säädetty siitä, että kansallisen kynnysarvon ylittävien sote-palvelujen hankintoihin sovelletaan luvun 12 säännöksiä. Hallituksen esityksessä esitetään kansallisia kynnysarvoja nostettavaksi, sote-palveluissa (liite E, 1-4 kohdat) 400 000 euroon.

Valtaosa Kelan vuosittaisista sote-hankinnoista ylittää ehdotetun kansallisen kynnysarvon. Kela tekee myös jonkin verran sellaisia sote-palvelujen hankintoja (mm. kehittämispalveluja), joiden arvo jää alle ehdotetun kansallisen kynnysarvon ja jotka siten jäävät hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle.

Hankintayksikön näkökulmasta voi jäädä epäselväksi, mitä menettelysääntöjä tulee noudattaa kynnysarvon alittavissa hankinnoissa suhteessa kynnysarvon ylittäviin hankintoihin. Kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa tarjoajan oikeussuojakeinot ovat hankintalain mukaiset ja hankintayksikön on otettava huomioon poissulkemisperusteet (114 §) sekä hankinnoista ilmoittaminen (111 §). Lähtökohtana kuitenkin on, että jo hallintolain ja hyvän hallinnon periaatteiden noudattaminen edellyttää, että hankintaviranomainen jollain tavalla kilpailuttaa myös kansallisen kynnysarvon alle jäävät hankinnat. Kun luvun 12 mukaisen hankintamenettelyn on tarkoitus olla varsin vapaata myös kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa, niin hankintayksikölle herää kysymys, miksi kynnysarvoja esitetään nostettavaksi nykyisestä? Se voi johtaa siihen, että joku hankintayksikkö tekee 390 000 euron palveluhankintoja ilman kilpailuttamista, ja toinen hankintayksikkö selkeän sääntelyn puuttuessa riskien minimoimiseksi kilpailuttaa kaikki hankinnat EU-hankintasääntelyä noudattamalla, jolloin esityksessä tarkoitettu jousto jää saavuttamatta.

Tässä yhteydessä Kela haluaa tuoda esille sen, että myös sote-palveluja voidaan järjestää ja hankkia täysin hankintalain sääntelyn ulkopuolelle jäävillä menettelyillä, erityisesti palvelusetelimenettelyllä tai muulla vastaavalla palveluntuottajien rekisteröintimenettelyllä, jossa palveluntuottajia ei vertailla keskenään ja järjestelmään mukaan hyväksymisen edellytykseksi asetetaan palveluntuottajille vähimmäiskriteerit ja asiakas itse vertailee ja valitsee palveluntuottajan.

Sote-palveluita koskevien käyttöoikeussopimusten tekomenettely ehdotetaan säänneltäväksi esityksen lukuun 13 kirjatulla säännöksillä. Käyttöoikeussopimusten sääntely on huomattavasti tarkempaa verrattuna luvun 12 sääntelyyn.

Hankintamenettely

Kansallisten hankintojen sekä sote-hankintojen osalta esitys näyttäisi jättävän hankintamenettelyiden osalta hankintayksilölle huomattavasti harkintavaltaa (109 §). Hallituksen esityksessä lähdetään siitä, että hankintayksiköt kehittävät omat menettelyt, jotka on rakennettava niin, että kilpailuttamisessa noudatetaan sellaista menettelyä, joka kohtelee hankintamenettelyyn osallistuvia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättä, ja hankintayksikön on toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioiden. Suorahankintojen tekeminen on kuitenkin säännelty ja niihin sovelletaan 40 § ja 41 §:n säännöksiä. Ehdotuksen mukaan hankintayksiköllä näyttäisi sote-palvelujen kohdalla olevan laaja vapaus sopia muun muassa palvelujen ostamisesta valituilta palveluntuottajilta, sillä puitejärjestelyä koskeva säännöksiä (42–43 §) ei sote-palvelussa tarvitsisi soveltaa. Ehdotus on tältä osin muutos voimassa olevaan hankintalakiin.

Harkintavallan lisäämistä koskevaa tavoitetta on pidettävä lähtökohtaisesti hyvänä, mutta Kela haluaa tuoda esille esitettyyn sääntelyyn mahdollisesti liittyviä ongelmakohtia. Ensinnäkin kaikkien hankintojen taustalla vaikuttavat periaatteet ja tavoitteet, kuten tarjoajien yhdenvertainen kohtelu sekä suhteellisuusperiaate, saavat konkreettisemmän muotonsa sääntelyn yksityiskohtaisemmissa pykälissä. Hankintayksiköille voi 109 §:n soveltamisessa jäädä epäselväksi, missä määrin sote-hankinnoissa on näiden velvoittavien periaatteiden täyttämiseksi mahdollista poiketa siitä, mitä esitetään säädettäväksi EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen osalta (tai tätä koskevasta oikeuskäytännöstä). Lisäksi on myös huomattava, että hankintayksikön omien menettelyjen rakentamisessa on otettava huomioon sote-hankinnoissa joka tapauksessa pakollisena sovellettavat hankintalain säännökset (1-25 §, 27 §, 28–31 §, 107–115 § ja 123–174 §).

Käytännön esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa hankintayksikkö aikoo kilpailuttaa sote-palveluhankinnan ja samalla se haluaa kokemuksesta johtuen varautua siihen, että se ei ehkä saa lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia tai ne eivät ole suoraan soveltuvia, ja jos näin kävisi, se haluaa tehdä suorahankintoja. Ehdotuksen 40 §:n mukaan suorahankinta voidaan tehdä vain, jos tarjouskilpailu on laadittu EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskevien hankintalain 32 §:n (avoin menettely) tai 33 §:n (rajoitettu menettely) säännösten mukaisella tavalla, eli käytännössä kyseinen sote-hankinta pitää kilpailuttaa EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskevien hankintalain menettelysäännösten mukaisesti.

Sen lisäksi, että hallituksen esitys näyttäisi lisäävän hankintayksiköiden hallinnollista työtä, se voi hankaloittaa myös tarjoajien asemaa, koska ne joutuvat opettelemaan jokaisen hankintayksikön kohdalla sen käyttämän toimintatavan; oikeuskäytäntö voi olla omiaan sirpaloitumaan; oikeuskäytännöstä joudutaan hakemaan rajanvetoja siihen, milloin hankintayksikön luoma menettelytapa on sääntelyn mukainen ja lisäksi onko hankintayksikkö itse noudattanut luomaansa sääntelyä oikein. Tällaisten tuomioistuinratkaisujen ohjaava vaikutus voi olla hyvin pientä, koska päätöksessä annetaan ratkaisu yksittäiseen, kyseisen hankintayksikön omaan menettelyyn ilman, että siitä voitaisiin suoraan saada ohjausta muiden hankintayksiköiden hankintamenettelyjä silmällä pitäen.

Hallituksen esityksessä sote-palveluja koskeva luku 12 sisältää Kelan näkemyksen mukaan poikkeuksellisen lähestymistavan hankintamenettelyn sääntelemiseksi. Esitetyssä

sääntelymallissa riskinä on, että joustoa ei kuitenkaan saada, vaan epäselväksi jää jouston tarkempi määrittely. Riskinä on lisäksi, että sääntelymalli aiheuttaa hankintayksiköille kohtuuttomasti lisää hallinnollista työtä, koska hankintayksikkö joutuu itse kehittämään sovellettavan hankintamenettelyn ja käytännössä laatimaan ”hankintasäännöt”, jolloin sekä työmäärä että epävarmuus siitä, onko se noudattanut velvoittavia periaatteita (3 §), voi olla merkittävä. Lisäksi voidaan kysyä, onko ylipäättään kyse järkevästä resurssien käytöstä, jos Suomessa jokainen hankintayksikkö rakentaa omat menettelyt, jotka tarjoajien pitää omaksua, sen sijaan että kaikki noudattaisivat yhtä, hankintalain mukaista, menettelyä.

Kelan näkemys on, että vaihtoehtoinen sääntelytapa voisi olla sellainen, jossa hankintalaissa säädetään tietyt vakiomenettelytavat (esityksen II osan mukaiset menettelyt) ja annetaan luvun 12 säännöksessä hankintayksiköille tietyissä määritellyissä rajoissa ja perustellen poiketa tästä muuten noudatettavasta sääntelystä. Tällöin hankintayksikön ei tarvitsisi rakentaa omaa hankintasäännöstä, vaan ainoastaan kuvata ne menettelyä koskevat muutokset, jotka se hankinnassaan aikoo toteuttaa suhteessa hankintalain määräyksiin.

Muun lainsäädännön noudattaminen

Esityksessä ehdotetaan myös säännöstä (108 §), joka velvoittaisi hankintayksiköitä huomioimaan sitä koskeva substanssilainsäädäntö, palvelujen käyttäjien erityistarpeet, palvelujen laatu, jatkuvuus, esteettömyys, kohtuuhintaisuus, saatavuus ja kattavuus, käyttäjäryhmien erityistarpeet, osallistumis- ja vaikutusmahdollisuudet, innovointiin liittyvät tekijät, sopimuksen ehtojen kohtuullisuus ja tarkoituksenmukaisuus. Hallituksen esityksessä on viitattu tältä osin hankintadirektiivin 76 artiklan 2 kohtaan, jossa kyseiset erityispiirteet on mainittu. Hankintadirektiivi ei tällaista säännöstä edellytä, mutta se edellyttää, että jäsenvaltio ei aseta mitään esteitä sille, että hankintayksiköllä on hankintamenettelyissään mahdollisuus ottaa luetellut erityispiirteet huomioon.

Kela pitää 108 §:ssä huomioon otettavaksi mainittuja seikkoja ensiarvoisen tärkeänä, kun sote-palveluja järjestetään ja hankintoja toteutetaan. Kyse on asioista, jotka hankintaviranomainen on lähtökohtaisesti velvollinen ottamaan huomioon ensisijaisesti sitä velvoittavan ja sen toimintaa säätelevän lainsäädännön nojalla.¹ Tämä on todettu myös hallituksen esityksessä (s. 215).

Kelan näkemyksen mukaan viittaukset muun lainsäädännön noudattamisvelvollisuuteen tulisi muotoilla osin toisin kuin esityksen 108 §:n säännöksessä on tehty. Velvoittavaan tavoitemuotoon kirjoitettu lakipykälän säännös voi olla myös omiaan herättämään kysymyksiä sääntelyn perustamista oikeuksista ja velvollisuuksista. Lakipykälän otsikko on omiaan luomaan mielikuvaa, että palvelujen käyttäjillä voisi olla hankintamenettelyssä asianosaisen asema tai intressirooli. Tällaista ei ole hallituksen esityksessä tarkoitettu myöntää, vaan kyse on yksinomaan hankintayksikön toimivallan piiriin kuuluvasta velvoitteesta. Hankintadirektiivissä asia on kuvattu selkeämmin. Direktiivin mukaan kyse on periaatteista, jotka hankintayksikön tulee voida ottaa kyseisissä hankinnoissa huomioon ja hankin-

¹ Esim. tulkkaukspalvelulaissa on säädetty, että tulkkaukspalvelua järjestetään siinä määrin kun se on asiakkaan yksilölliset tarpeet huomioon ottaen perustelua (6§); kokonaistaloudellisesti edullisimmin huomioiden samalla asiakkaiden yksilölliset tarpeet ja ottaen huomioon palvelunkäyttäjän toivomukset, mielipide, etu ja yksilölliset tarpeet sekä hänen äidinkieltänsä ja kulttuuritaustansa (10 §).

tasääntelyllä ei saa asettaa esteitä. Kyse on siitä, että hankintalainsäädäntö ei tältäkin osin saa rajoittaa tarkoituksenmukaisia hankintoja ja sopimusten tekoa.

Kela esittää, että 108 §:n säännöksen otsikkoa ja tekstiä muutetaan seuraavasti (muutetut kohdat alleviivattu):

108 §

Sosiaali- ja terveyspalveluissa sekä muiden erityisten palvelujen hankinnoissa noudatettavat periaatteet

Hankintayksikön on järjestettävä hankintansa niin, että se voi ottaa huomioon kyseistä palvelua koskevan lainsäädännön. Sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnassa palvelun käyttäjien yksilöllisten ja pitkäaikaisten sekä toistuvien hoito- ja sosiaalipalvelujen turvaamiseksi hankintayksikön on otettava huomioon käyttäjien erityistarpeet ja kuuleminen siten kuin muualla laissa säädetään.

Sen lisäksi, mitä 1 momentissa säädetään, hankintayksikön on sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnassa pyrittävä ottamaan huomioon palvelujen laatuun, jatkuvuuteen, esteettömyyteen, kohtuuhintaisuuteen, saatavuuteen ja kattavuuteen, eri käyttäjäryhmien erityistarpeisiin, käyttäjien osallistumiseen ja vaikutusmahdollisuuksien lisäämiseen sekä innovointiin liittyvät tekijät.

Pitkäkestoisia hoito- ja asiakassuhteita koskevan sosiaali- ja terveyspalvelun hankinnassa hankintayksikön on pyrittävä määrittämään sopimuksen kesto ja muut ehdot siten, että sopimuksista ei muodostu kohtuuttomia tai epätarkoituksenmukaisia seurauksia palvelun käyttäjille.

Esitetyllä tavalla muutettuna 108 § sisältäisi selvästi lausutut periaatesäännökset, jotka asettavat hankintayksikölle velvoitteita, mutta jotka eivät perusta ulkopuolisille mitään hankintamenettelyyn liittyvää oikeutta. Tähän viitataan myös hallituksen esityksessä (s. 214), jossa todetaan, että säännöksen tarkoituksena on muistuttaa hankintayksikköä siitä, että vaikka *hankintalain säännökset koskevat vain hankintamenettelyä* [korostus tässä], sitoo hankinnan kohteen määrittelyssä usein hankintayksikköä velvoittava palvelun sisältöä koskeva lainsäädäntö. Kun 108 §:n säännös ei koske itse hankintamenettelyä, se tulisi myös rajata muutoksenhaun ulkopuolelle (146 §) ja valvontaviranomaisen toimivallan ulkopuolelle (15 luku).

Suorahankinta erityistilanteissa

Esityksessä ehdotetaan 110 §:n suorahankintasäännöstä, joka vastaa voimassa olevan hankintalain 67 §:ssä säädettyä. Voimassa olevan lain säännös on aiheuttanut jonkin verran epäselvyyttä ja tulkinnanvaraisuutta missä tilanteissa säännöksen soveltamisedellytykset täyttyvät. Tästä syystä pidämme tärkeänä, että 110 §:n esitöissä kuvattaisiin soveltamisalaa vähintään vastaavalla laajuudella kuin on tehty voimassa olevan 67 §:n pykälän esitöissä (HE 50/2006 vp. s. 113–114). Kelan näkemyksen mukaan 110 §:n käyttöalan mahdollisimman selkeä avaaminen yksityiskohtaisissa perusteluissa on omiaan helpottamaan myös 108 §:n tavoitteiden saavuttamista käytännössä.

Hankintayksikön myöntämän oman tuen huomioiminen

Kela kiinnittää huomiota siihen, että hallituksen esityksessä on hankintayksikön antaman tuen huomioiminen tarjousvertailussa ehdotettu jätettäväksi sote-hankintoja koskevan sääntelyn ulkopuolelle (97 §). Tämä olisi muutos voimassa olevaan lakiin nähden. Voimassa olevassa hankintalaissa on vastaava 64 §:n velvoite, joka koskee kaikkia hankintoja, myös sote-palveluhankintoja.



Suvi Onninen
hankinta- ja lakiyksikön päällikkö



Kirsi Kunnas-Leinonen
hankintapäällikkö