

Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle

HE 47/2017 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta

Aihe: Hankintalain soveltamisesta HE 47/2017 vp mukaisiin palveluntuottajiin, kuuleminen 29.6.2017

Kuntaliitto keskittyy tässä lausunnossa valiokunnan toiveen mukaisesti hankintalain soveltamista koskeviin näkökohtiin ja viittaa muilta osin Kuntaliiton sosiaali- ja terveysvaliokunnalle 20.4., 10.5., 2.6., 5.6., 7.6. ja 20.6.2017 toimittamiin lausuntoihin. Kuntaliitto kiittää mahdollisuudesta lausua asiassa ja kiinnittää valiokunnan huomiota seuraaviin seikkoihin:

- 1. Maakunnan omistamien valinnanvapauden piirissä toimivien yhtiöiden hankintalain mukaista statusta on selkeytettävä.**
- 2. Palveluntuottajien valintaa koskevien kriteerien tulee olla selkeästi laissa määritelty, jotta palveluntuottajien valinnasta ei muodostu hankintalain mukaista toimintaa.**
- 3. Markkinapuutetilanteisiin luotu mekanismi tulisi yksinkertaistaa. Ehdotettu mekanismi on monimutkainen ja vaikea soveltaa käytännössä. 43 §:ään tulisi tehdä muutoksia, jotka tukevat käytännön toimintaa.**

Perusteluina Kuntaliitto lausuu seuraavaa:

Maakunnan omistaman valinnanvapauden piirissä toimivien yhtiöiden hankintalain mukainen status

Lakiesityksen perusteella ei välttämättä ole riittävän selvää se, onko maakunnan omistama valinnan vapauden piirissä toimiva tytäryhtiö oikeudelliselta statukseltaan hankintalain tarkoittama julkisoikeudellinen laitos, joka hankintayksikkönä olisi omissa hankinnoissaan velvollinen noudattamaan hankintalakia.

Hankintalain 5 §:n mukaan julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja:

- 1) jota rahoittaa pääasiallisesti hankintalain mukainen hankintayksikkö;
- 2) jonka johto on hankintalain mukaisen hankintayksikön valvonnan alainen; taikka
- 3) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä hankintalain mukainen hankintayksikkö nimeää yli puolet.

Julkisoikeudellista laitosta koskevassa oikeuskäytännössä harkinta siitä, onko jokin toimija (esim. osakeyhtiö, säätiö, yhdistys tai muu vastaava) julkisoikeudellinen laitos vai ei, on ollut tapauskohtaista. Näin ollen esimerkiksi laissa olevalla kategorisella maininnalla siitä, onko jokin toimija julkisoikeudellinen laitos vai ei, ei välttämättä ole ollut merkitystä tuomioistuimen harkinnassa.

Koska valinnanvapautta koskeva lainsäädäntö edellyttää tietyissä tilanteissa sitä, että maakunnan on turvattava valinnanvapauden tosiasiallinen toteutuminen alueellaan, voi tämä johdattaa siihen, että joitakin maakunnan omistamia valinnanvapauden piirissä toimivia yhtiöitä pidettäisiin julkisoikeudellisina laitoksina, jotka on perustettu nimenomaisesti tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita. Tämä aiheuttaisi Kuntaliiton käsityksen mukaan epäsuhtaa samoja tuottavien yksityisten ja julkisten palveluntuottajien välillä ja johtaisi käytännössä kilpailuneutraliteettia vaarantaviin tilanteisiin.

Kuten Kuntaliitto on lausunnossaan 5.6.2017 tuonut esiin, Kuntaliiton käsityksen mukaan hallituksen esityksessä lähdetään siitä ajatuksesta, että maakunnan omistama valinnanvapauden piirissä toimiva tytäryhtiö oikeudellisesti rinnastetaan täysin markkinaehtoisesti toimivaan yhtiöön eikä sillä ole tarkoitettu oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei olisi kaupallista luonnetta (hankintalaki 5 § :n 2 mom.)

Hallituksen esityksessä todetaan mm., että "maakuntien omistamien yhtiöiden on myös voitava toimia kilpailuilla markkinoilla yhtäläisin oikeuksin ja velvollisuuksin muiden yhtiöiden kanssa. --- **Vaikka yhtiöt sinänsä ainakin alkuvaiheessa perustetaan turvaamaan myös palveluiden saatavuutta, toimivat yhtiöt ilman erioikeuksia normaalien liiketoimintaperiaatteiden mukaisesti voittoa tavoitellen. Kilpailun ja asiakkaiden valintamahdollisuuksien kannalta on hyödyllistä, että markkinoille syntyy myös julkisesti omistettuja, volyymiltään riittävän kokoisia ja laadukkaita toimijoita."**

Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, etteivät maakunnan omistaman valinnanvapauden piirissä toimivan tytäryhtiön hankinnat kuulu hankintalain soveltamisalan piiriin eikä tytäryhtiö siten ole omissa hankinnoissaan velvollinen noudattamaan hankintalain mukaisia velvoitteita. Kuitenkin kyseinen kirjaus tarkoittaisi myös käytännössä sitä, etteivät maakunnat voisi edellyttää ko. yhtiöiltä sitä, etteivät ne tavoittele voittoa omassa liiketoiminnassaan. Tätä voidaan pitää rajoittavana maakunnan konsernijohtamisen näkökulmasta.

Kuntaliitto esittää, että maakunnan omistamien valinnanvapauden piiriin kuuluvien yhtiöiden hankintalain mukaiseen statukseen otettaisiin siksi selkeästi ja laajasti perustellen kantaa lainvalmistelussa, jottei siitä aiheudu tarpeetonta epäselvyyttä eri toimijoiden kesken uudistuksen toimeenpanovaiheessa. Olisi erittäin epätarkoituksenmukaista, että yhtiöiden asemaa jouduttaisiin ratkomaan yksi kerrallaan tuomioistuimissa.

Palveluntuottajille asetetut kriteerit ja niiden suhde hankintalainsäädäntöön

Hankintalain 4 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa on selkeytetty sitä periaatetta, että asiakasvalintaan perustuvat järjestelmät eivät kuulu hankintalain soveltamisalaan. Hankintalain perusteluissa todetaan, että "hankintadirektiivin johdanto-osan 4 perustelukappaleen mukaan tilanteita, joissa kaikilla tietyt edellytykset täyttävillä toimijoilla on erotuksetta oikeus harjoittaa tiettyä toimintaa, kuten asiakkaan valinnanvapauteen perustuvat järjestelmät ja palvelusetelijärjestelmät, ei olisi pidettävä hankintana vaan pelkästään lupajärjestelminä. Tällaisessa tilanteessa hankintayksikkö ei itse käytä valtaa tarjoajien valinnassa muutoin kuin asettamalla vähimmäisvaatimuksia valittavien piiriin pääsemiseksi. **Jos hankintayksikkö asettaa runsaasti itse lainsäädäntöön perustumattomia yksityiskohtaisia vaatimuksia toimittajille, olisi järjestely lähempänä hankintasopimusta."**

Näin ollen käsittelyssä olevan lakiesityksen 8 luvun mukaiset palveluntuottajien hyväksymistä koskevat kriteerit ovat Kuntaliiton käsityksen mukaan keskeisessä asemassa siinä, ettei valinnanvapauteen kuuluvista palveluntuottajien valinnoista muodostu hankintalain mukaan kilpailutettavaa toimintaa. Mitä yksityiskohtaisempia ja selektiivisempiä kriteerejä palveluntuottajille on mahdollista asettaa, sitä todennäköisemmin kokonaisuudesta muodostuisi hankintalain soveltamisalaan kuuluvaa toimintaa.

Markkinapuutetilanteet

Käsiteltävänä olevan hallituksen esityksen 81 ja 43 §:issä käsitellään maakunnan varautumisvelvollisuutta markkinapuutetilanteessa:

Ehdotetun 81 §:n mukaan maakunnan on varauduttava ennalta turvaamaan asukkaidensa riittävät sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut siltä varalta, että suoran valinnan palvelun tuottajien tai asiakassetelipalvelun tuottajien palveluja ei ole markkinoilla maakunnan asukkaiden kohtuudella saavutettavissa. Perustelujen mukaan markkinapuutetilanteessa maakunnalla olisi käytettävissään 43 §:ssä tarkoitettut keinot. Maakunnan tulisi tehdä ennalta suunnitelma, miten markkinapuutetilanteisiin varaudutaan.

Ehdotetun 43 §:n mukaan, jos maakunnan jollekin alueelle ei synny ensisijaisella ilmoittautumismenettelyllä riittävästi palvelujen väestöllistä tai alueellista kattavuutta, maakunta voi päättää, että palvelut järjestetään mainitulla alueella markkinapuutteesta johtuen hankintalain mukaisella menettelyllä. Markkinapuutetta arvioitaessa olisi otettava huomioon alueen olosuhteet ja väestön palvelutarpeet sekä ilmoittautumismenettelyllä saatavissa oleva sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tarjonta. Hankinnan ehtoihin voisi asettaa markkinapuutteen korjaamiseksi, ja alueen palvelutarjonnan ylläpitämiseksi tai muusta syystä, välttämättömiä lisäehtoja tai rajoituksia.

43 §:n perusteluissa todetaan, että ”maakunta määritteli alueen, jonka tulisi olla työssäkäyntialue tai muu asiakkaiden palvelusaannin sekä palvelujen järjestämisen näkökulmasta toiminnallinen kokonaisuus. Tällaisia tilanteita voisi syntyä esimerkiksi maakunnan keskuskaupungin lähialueilla, jossa on jonkin verran yrityksiä tai yhteisöjen palvelutarjontaa, mutta sitä ei ole asukasmäärään ja näiden tarpeisiin nähden riittävästi. Näillä alueilla olisi markkinapuute, joka voitaisiin tunnistaa ensisijaisesti ilmoittautuneiden yritysten palvelutarjonnan perusteella ja asukasmäärää tai asiakkaiden listautumista selvittämällä. Täydentäviä palveluja voitaisiin näille alueille järjestää kilpailuttamalla hankintalain mukaisesti (esimerkiksi puitejärjestely). Puitejärjestelyllä voisi olla mahdollista saada alueelle enemmän kuin yksi vaihtoehtoinen palvelujen tarjoaja. Asiakkaalla olisi oikeus valita näistä palvelun tuottaja samoin kuin ilmoitusmenettelyn kautta suoran valinnan palvelun tuottajaksi tulleista.”

43 §:ssä säädettäisiin myös sellaisista markkinapuutetilanteista, joissa riittävää palvelua ei voida järjestää ilmoittautumisella eikä maakunta järjestä palveluja kilpailuttamalla. Maakunnassa saattaa olla alueita, joilla ei saada edes muokatuin ehdoin riittävästi yrityksiä kiinnostumaan palvelun tarjoamisesta kohtuullisin ehdoin. Näissä tilanteissa palvelun järjestäminen olisi maakunnan liikelaitoksen tehtävä. Tällainen julkinen palveluvelvoite voitaisiin antaa silloin, kun on objektiivisesti osoitettu markkinapuutteen olemassaolo.

43 §:n mukaan menettelyn käyttämisen edellytyksenä on, että sosiaali- ja terveysministeriö antaa siihen maakunnan hakemuksesta luvan. Markkinapuute olisi osoitettava erillisellä selvityksellä alueen palvelutarjonnan määrän ja asiakkaiden palvelutarpeiden kysynnän erolla tai muulla riittävän avoimuuden turvaavalla tavalla. Mikäli luotettavaa selvitystä ei voida muutoin saada, voisi maakunta pyytää asiassa Kilpailu- ja kuluttajaviraston lausunnon.

Kuntaliiton käsityksen mukaan ehdotetut 81 ja 43 §:t muodostavat yhdessä kokonaisuuden, joka on käytännön toiminnan kannalta ongelmallinen. Kokonaisuudessa menevät sekaisin markkinapuute ja sen merkitys, hankintalain mukainen kilpailuttaminen sekä julkinen palveluvelvoite (ns. SGEI-instrumentti):

Hankintalaki on mekanismi, joka tukeutuu markkinoiden palvelutarjontaan. **Näin ollen se, että palvelut pyrittäisiin turvaamaan hankintalain mukaisella kilpailuttamisella tilanteessa, jossa on markkinapuute ja markkinat eivät toimi, on epälooginen.** Yleensä markkinapuutetilanteessa palvelut voidaan järjestää käyttämällä julkista palveluvelvoitetta eli ns. SGEI-palvelua, jos palvelut halutaan järjestää käyttämällä kilpailutilanteessa markkinoilla toimivaa tahoja.

Markkinoiden toimivuuden ja markkinapuutteen olemassaolon todentaminen on luotu esityksessä liian monimutkaiseksi. **Markkinapuutteen toteamisen tulisi olla maakunnalle yksinkertaista ja nopeaa, jotta maakunnan 81 §:n mukainen varautumisvelvollisuus voidaan tosiasiallisesti toteuttaa. Kuntaliiton käsityksen mukaan koska maakunnalla olisi esityksen mukaan mahdollisuus määritellä työssäkäyntialue tai muu vastaava**

toiminnallinen kokonaisuus alueellaan ja verrata tätä alueen palveluntarjontaan ja asukasmäärään sekä asiakkaiden listautumiseen, tulisi tämän arvioinnin olla riittävä myös markkinapuutteen toteamiseen. Itsehallinnollisen maakunnan operatiiviseen toimintaan ei Kuntaliiton käsityksen mukaan kuulu ministeriöltä luvan tai kilpailu- ja kuluttajaviraston lausunnon pyytäminen.

Pykälässä viitataan myös siihen, että markkinapuutetilanteessa maakunnalla olisi mahdollisuus järjestää palvelut liikelaitoksensa avulla. Perusteluissa viitataan tältä osin julkisen palveluvelvoitteen antamiseen liikelaitokselle. Kuntaliitto toteaa, että tämä on hieman epäloogista, sillä liikelaitos on luokiteltavissa maakunnan omaan organisaatioon kuuluvaksi tahoksi, joka ei toimi kilpailutilanteessa markkinoilla. **Näin ollen tulisi selventää, että tässä tilanteessa ei ole kyse julkisen palveluvelvoitteen (ns. SGEI) antamisesta, vaan maakunnan omasta palvelutuotannosta.**

Kuntaliitto esittää, että edellä kuvattua kokonaisuutta muutettaisiin siten, että:

- 1. Maakunnalla olisi mahdollisuus itse todeta alueellaan oleva markkinapuute laissa ja sen perusteluissa määriteltyjen tunnusmerkkien mukaisesti.**
- 2. Maakunnalla olisi mahdollisuus aina järjestää palvelut itse markkinapuutetilanteessa eikä oman liikelaitoksen tuotannon osalta viitata julkisen palveluvelvoitteen antamiseen. Vaihtoehtoisesti maakunnalla olisi mahdollisuus antaa julkinen palveluvelvoite (ns. SGEI) kilpailutilanteessa markkinoilla toimivalle taholle.**
- 3. Hankintalain mukaista kilpailuttamista ei sidota markkinapuutteen toteamiseen eikä sitä käytetä keinona palvelutuotannon turvaamiseen markkinapuutetilanteessa.**

Näin ollen ehdotettua 43 §:ää tulisi muuttaa seuraavasti:

43 §

Suoran valinnan palvelujen tuottajat

Suoran valinnan palveluja tuottavat ensisijaisesti 44 ja 45 §:n mukaisen ilmoittautumismenettelyn perusteella tuottajiksi hyväksytyt yhtiöt ja yhteisöt.

Jos maakunnan jollekin alueelle ei synny 1 momentin mukaisella ilmoittautumismenettelyllä riittävästi palvelujen väestöllistä tai alueellista kattavuutta, maakunta voi päättää, että palvelut järjestetään mainitulla alueella markkinapuutteesta johtuen **maakunnan liikelaitoksen palveluna. Vaihtoehtoisesti maakunta voi antaa julkisen palveluvelvoitteen kilpailutilanteessa markkinoilla toimivalle taholle.**

julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016), jäljempänä hankintalaki, mukaisella menettelyllä. Markkinapuutetta arvioitaessa on otettava huomioon alueen olosuhteet ja väestön palvelutarpeet sekä ilmoittautumismenettelyllä saatavissa oleva sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tarjonta. Hankinnan ehtoihin voidaan asettaa markkinapuutetta korjaamiseksi, ja alueen palvelutarjonnan ylläpitämiseksi tai muusta syystä välttämättömiä lisäehtoja tai rajoituksia.

Jos suoran valinnan palvelujen toteuttaminen ei ole mahdollista 1 momentin mukaisesti eikä maakunta järjestä palveluja 2 momentin mukaisesti, maakunnan liikelaitoksen on tuotettava palvelut järjestämislain 22 §:n 3 momentin mukaisesti.

Edellä 2 ja 3 momentissa säädetyn menettelyn käyttämisen edellytyksenä on, että sosiaali- ja terveysministeriö antaa siihen maakunnan hakemuksesta luvan. Edellä 1 2 ja 3 momenteissa tarkoitettu markkinapuute on osoitettava erillisellä selvityksellä alueen palvelutarjonnan määrän ja asiakkaiden palvelutarpeiden kysynnän erolla tai muulla riittävän avoimuuden turvaavalla tavalla. Mikäli luotettavaa selvitystä ei voida muutoin saada, voi maakunta pyytää asiassa myös Kilpailu- ja kuluttajaviraston lausunnon.

SUOMEN KUNTALIITTO

Katariina Huikko
johtava lakimies



Pirkka-Petri Lebedeff
johtava lakimies