

ARVIO HANKINTALAIN KOKONAISUUDISTUKSEN VALMISTELUTYÖRYHMÄN MIETINNÖSSÄ ESITETTYJEN PAKOLLISTEN POISSULKEMISPERUSTEIDEN EU-OIKEUDEN MUKAISUUDESTA

1. TAUSTAA

Rakennusteollisuus RT on pyytänyt oikeudellista arviotamme hankintalain kokonaisuudistuksen valmistelutyöryhmän mietinnössä esitetyistä ehdotuksista koskien parhaillaan valmistettavaan uuteen hankintalakiin ("UHL") sisältyviä pakollisia poissulkemisperusteita etenkin sitä koskien, onko ehdotettu UHL 80 § 1 momentin 8 kohta nykyisessä muodossaan joiltain osin pakottavien EU-oikeudellisten säännösten vastainen. Ehdotetun UHL 80 §:n 1 momentin johtolauseen mukaan:

Hankintayksikön on päätöksellään suljettava ehdokas tai tarjoaja tarjouskilpailun ulkopuolelle, jos hankintayksikön tiedossa on, että ehdokas tai tarjoaja taikka sen hallinto, johto- tai valvontaelimen jäsen tai edustus-, päätös- tai valvontavaltaa käyttävä henkilö on rikosrekisteristä ilmenevällä lainvoimaisella tuomiolla tuomittu jostakin seuraavasta rikoksesta vankeusrangaistukseen[:]

Ehdokkaan tarjouskilpailun ulkopuolelle sulkemiseen oikeuttavia perusteita ovat edellä mainitun momentin 8 kohdan mukaan:

[r]ikoslain 47 1 §:ssä tarkoitettu työturvallisuusrikos, 47 luvun 2 §:ssä tarkoitettu työaikasuojelurikos, 47 luvun 3 §:ssä tarkoitettu työsyryntä, 47 luvun 3 a §:ssä tarkoitettu kiskonnantapainen työsyryntä, 47 luvun 5 §:ssä tarkoitettu työntekijöiden järjestäytymisvapauden loukkaaminen tai 47 luvun 6 a §:ssä tarkoitettu luvattoman ulkomaisen työvoiman käyttö.

Huomionarvoista on, että edellä mainitut UHL 80 §:n 1 momentin 8 kohdan sisältämät poissulkemisperusteet eivät sisälly hankintalain kokonaisuudistuksen taustalla olevaan uuteen hankintadirektiiviin 2014/24/EU ("hankintadirektiivi"), vaan ne on lisätty lakiehdotukseen vasta kansallisessa valmisteluvaiheessa. Kyseiset poissuljentaperusteet eivät myöskään, rikoslain 47 luvun 3 a §:ssä tarkoitettua kiskonnantapaista syrjintää lukuun ottamatta, sisälly nykyisin voimassa olevaan hankintalakiin (348/2007, muutoksineen). UHL 80 §:n 1 momentin sisältämät poissulkemisperusteet on määritelty Suomen rikoslain mukaisten rikollisten tekojen muodossa, mistä seuraa, että niiden tulee lähtökohtaisesti olla tapahtunut Suomen valtion tuomiovallan alueella, sillä ainoastaan suomalainen tuomioistuin on toimivaltainen soveltamaan Suomen rikoslakia ja tuomitsemaan henkilön tällaisesta rikoksesta.

Lisäys perustuu hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan a alakohtaan, jonka mukaan hankintaviranomaiset voivat sulkea talouden toimijan pois hankintamenettelystä tai jäsenvaltiot voivat vaatia sen poissulkemista, kun hankintaviranomainen voi asianmukaisesti osoittaa hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen sovellettavien velvoitteiden rikkomisen. Hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava aiheellisia toimenpiteitä varmistaakseen, että talouden toimijat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, jotka on vahvistettu unionin oikeudessa, kansallisessa lainsäädännössä, työehtosopimuksissa tai liitteessä X luetelluissa kansainvälisissä ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisissa säännöksissä.

UHL 80 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikön on suljettava tarjouskilpailusta ehdokas tai tarjoaja myös muussa valtiossa 1 momentissa mainittua rikosta vastaavasta rikoksesta annetun lainvoimaisen tuomion perusteella. Lainkohta sisältää erillisen kuusikohtaisen luettelon sellaisista Euroopan unionin

lainsäädännössä mainituista rikoksia, jotka koskevat Euroopan unionin jäsenvaltioita. Lista vastaa direktiivissä 2014/24/EU esitettyä listaa poissuljentaperusteista, eikä se näin ollen sisällä UHL 80 §:n 1 momentin 8 kohdassa tarkoitettuja työrikoksia. UHL 81 § sisältää sen sijaan kuitenkin *harkinnanvaraisen* poissulkemisperusteen, jonka mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, joka on rikkonut Suomen tai Euroopan unionin lainsäädännön, työehtosopimusten taikka liitteessä C lueteltujen kansainvälisten sopimusten ympäristö, sosiaali- tai työoikeudellisia velvoitteita. Poissulkemisen edellytyksenä on lisäksi, että hankintayksikkö voi näyttää kyseisen rikkomuksen toteen.

2. ARVIO EHDOTETUN UUDEN HANKINTALAIN 80 § 1 MOMENTIN 8 KOHDAN EU-OIKEUDEN MUKAISUUDESTA

EU-oikeuden tulkinnassa ovat keskeisellä sijalla yleiset oikeusperiaatteet. Tässä luvussa tarkastellaan UHL 80 §:n 1 momentin 8 kohdan yhteensopivuutta kahden keskeisen oikeusperiaatteen, syrjimättömyys- ja suhteellisuusperiaatteen, kanssa.

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen ("SEUT") 18 artiklan 1 kohdan mukaan kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta perussopimusten erityismääräysten soveltamista. Kyseinen säännös sisältää ns. *syrjimättömyysperiaatteen*, joka on yksi sisämarkkinoiden toiminnan varmistamisen kannalta keskeisimmistä EU-oikeudellisista periaatteista. Syrjintäkieltoa sovelletaan luonnollisten henkilöiden lisäksi myös oikeushenkilöihin ja sen on oikeuskirjallisuudessa katsottu muodostavan perustan julkisia hankintoja koskevalle sääntelylle¹. Hankintadirektiivissä syrjimättömyysperiaate on nimenomaisesti mainittu hankintaviranomaisen toimintaa ohjaavana periaatteena direktiivin 18 artiklan 1 kohdassa, jonka mukaan *hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa*.

Hankintasäännösten soveltamisalalla yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta sellaisista tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia tekijöitä ovat erityisesti ehdokkaiden tai tarjoajien kansallisuus ja sijoittuminen johonkin jäsenvaltioon tai jollekin alueelle. Syrjintäkielto suojaa myös valtion omia kansalaisia ja sen alueella toimivia oikeushenkilöitä sellaiselta syrjivältä kohtelulta, joka ilman hyväksyttävää perustetta asettaa nämä epäedullisempaan asemaan verrattuna toisten EU-valtioiden kansalaisiin ja niiden alueella sijaitseviin oikeushenkilöihin.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomioissa C-31/87 *Beentjes*² sekä C-243/89 *Storebaelt*³ syrjimättömyysperiaatteen on tulkittu tarkoittavan, että hankinnalle asetetut vaatimukset eivät saa olla paikallisia, tiettyä aluetta suosivia tai syrjiviä. Asia C-31/87 *Beentjes* koski Alankomaiden hankintalainsäädäntöön sisältyneitä ehtoja, joiden mukaan arvioitiin tarjouskilpailuun osallistuneiden elinkeinonharjoittajien tekemien tarjousten hyväksyttävyyttä. Euroopan yhteisön tuomioistuin katsoi tuomiossaan, että tällaiset ehdot saattoivat olla yhdenmukaisia tuolloin voimassa olleen EU-hankintalainsäädännön kanssa olettaen, että kyseiset ehdot eivät johtaneet ehdokkaiden suoraan tai epäsuoraan syrjintään. Vastaavasti asiassa C-243/89 *Storebaelt* tuomioistuin katsoi, että Ison-Beltingin sillan rakennustöitä koskevan tarjouskilpailun ehtoihin sisältynyt ehto, jonka mukaan rakennustöissä tuli käyttää mahdollisimman pitkälti tanskalaisia materiaaleja, kulutustuotteita, työvoimaa ja tarvikkeita, johti tarjouskilpailuun osallistuneiden yritysten epäyhdenvertaiseen kohteluun eikä siksi ollut sallittavaa.

¹ Raitio 2013, s. 713.

² C-31/87 *Beentjes v Alankomaiden valtio*, annettu 20.9.1988, Kok. Ep. 1988, s. 4635.

³ C-243/89 *Komissio v Tanskan kuningaskunta*, annettu 22.6.1993, Kok. Ep. 1993, s. 3353.

Arvioitaessa UHL 80 §:n 1 momentin 8 kohdan yhteensopivuutta SEUT 18 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun syrjimättömyysperiaatteen kanssa voidaan todeta, että kyseinen säännös saattaa olla ristiriidassa kyseisen periaatteen kanssa. Säännös asettaa pääasiallisesti Suomen markkinoilla toimivat yritykset eriarvoiseen asemaan pääasiallisesti muiden EU-maiden markkinoilla toimivien yritysten kanssa, sillä jälkimmäisiin ei sovelleta lainkaan kyseistä työrivoksia koskevaa lainkohtaa perusteena tarjouskilpailusta pois sulkemiselle.

Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä on perustellut tarvetta sisällyttää työrivokset poissulkemisperusteena uuteen hankintalakiin hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdalla. Valmisteluryhmä ei ole kuitenkaan täysin huomionut valitun lainsäädäntöratkaisun ongelmallisuutta edellä mainitun direktiivin 18 artiklan 1 kohdan ja EU-oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden näkökulmasta. Yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaus korostuu siksi, että ehdotettu säännös *velvoittaa* hankintayksikön sulkemaan tarjouskilpailun ulkopuolelle siinä määriteltyihin rikoksiin syyllistynyt elinkeinonharjoittajaa. Sen sijaan ensisijaisesti toisessa EU-valtiossa toimiva elinkeinonharjoittaja, joka on syyllistynyt kyseisessä EU-valtiossa työrivokseen tai -rikkomukseen, voidaan sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle tällä perusteella ainoastaan harkinnanvaraisesti, sillä edellytyksellä, että hankintayksikkö voi näyttää rikkomuksen toteen.

Tosiasiallisesti syrjivääkin menettelyä voidaan joissain olosuhteissa pitää hyväksyttävänä, mikäli sillä pyritään EU:n tavoitteiden kannalta hyväksyttävään päämäärään ja se on *suhteellisuusperiaatteen* mukainen. Suhteellisuusperiaate onkin toinen keskeinen EU-oikeuden tulkintaa ohjaava periaate. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen ("SEU") 5 artiklan 4 kohdan mukaan suhteellisuusperiaate edellyttää, että unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi. Suhteellisuusperiaate suuntaa vaikutuksensa sekä unionin toimielimiin että jäsenvaltioihin. Unionin julkisia hankintoja koskevien säännösten kannalta suhteellisuusperiaate edellyttää, että hankintamenettelyn vaatimukset ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Suhteellisuusperiaatteen onkin oikeuskäytännössä katsottu merkitsevän kohtuullisuuden vaatimusten huomioimista.

Konkreettisen toimen suhteellisuutta voidaan oikeuskirjallisuudessa esitetyn näkemyksen mukaan arvioida seuraavien kolmen peruselementin suhteen:

- 1) Onko toimi hallinnon kannalta asianmukainen, tehokas ja sopiva suhteessa perusteltuun tavoitteeseen ja päämäärään, jota sillä pyritään toteuttamaan?*
- 2) Onko toimi tarpeellinen ja välttämätön erityisesti sen kohteen etujen ja oikeuksien kannalta?*
- 3) Ovatko toimet oikeasuhtaisia, eli sisältävätkö toimet enemmän yksityisen oikeussubjektin oikeuksien rajoituksia tai yksityiseen kohdistuvaa pakkoa kuin on välttämätöntä toimenpiteen tavoitteiden saavuttamiseksi?*

Nyt tarkastelevan lainsäädäntötoimen tavoitteena on hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohdan mukaisesti toteuttaa aiheelliset toimenpiteet sen varmistamiseksi, että talouden toimijat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita, jotka on vahvistettu unionin oikeudessa, kansallisessa lainsäädännössä, työehtosopimuksissa tai liitteessä X luetelluissa kansainvälisissä ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisissa säännöksissä. Tämän päämäärän toteuttamiseksi hankintalaissa tulisi hankintalain kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän ehdotuksen mukaisesti säätämään, että hankintayksikön olisi suljettava tarjouskilpailun ulkopuolelle sellaiset ehdokkaat tai tarjoajat, jotka tai joiden johtoon kuuluva henkilö on tuomittu lainvoimaisella tuomiolla vankeusrangaistukseen jonkin UHL 80 § 1 momentin 8 kohdassa mainitun työrivoksen vuoksi. Kyseisellä lainsäädäntötoimella tavoiteltua päämäärää voidaan pitää hyväksyttävänä EU:n tavoitteiden näkökulmasta.

Lainsäädäntöratkaisua, joka ulottaisi käytännössä vaikutuksensa ainoastaan sellaisiin elinkeinonharjoittajiin, jotka jo nykyisin ovat suomalaisen työsuojelulainsäädännön piirissä, sekä syrjisi kyseisiä elinkeinonharjoittajia muissa EU-valtioissa toimiviin elinkeinonharjoittajiin verrattuna, ei voida kuitenkaan pitää täysin suhteellisuusperiaatteen mukaisena. Näin on ensinnäkin siksi, ettei lainsäädäntöratkaisu (työrikokseen syylistyneen elinkeinonharjoittajan sulkeminen automaattisesti tarjouskilpailun ulkopuolelle) ole täysin asianmukainen, tehokas ja sopiva sen tavoitteen saavuttamiseksi, jota sillä pyritään turvaamaan (ts. pyrkimys varmistaa se, että talouden toimijat noudattavat hankintasopimuksia toteuttaessaan sovellettavia ympäristö-, sosiaali- ja työoikeudellisia velvoitteita). Kyseiset toimet sisältäisivät lisäksi enemmän yksityisen oikeussubjektin oikeuksien rajoituksia tai yksityiseen kohdistuvaa pakkoa kuin on välttämätöntä toimenpiteen tavoitteiden saavuttamiseksi, sillä kyseinen tavoite voidaan saavuttaa myös sisällyttämällä työrikoksesta annetut tuomiot harkinnanvaraiseksi poissuljentaperusteeksi valmisteltavaan uuteen hankintalakiin.

Suomessa työrikkokset on jo nykyisellään kriminalisoitu rikoslaisissa ja tuomioistuinten niistä määräämät sanktiot ovat käsityksemme mukaan muihin EU-valtioiden vertailtuna korkeat, joskaan tätä käsitystä ei ole tätä lausuntoa laadittaessa voitu todentaa tutkimukseen perustuvalla näytöllä. Työntekijöiden turvallisuuden varmistamiseksi säädettyjen säännösten noudattamista valvotaan lisäksi suomalaisten viranomaisen toimesta aktiivisesti.

3. YHTEENVETO

Yhteenvedona edellä esitetyistä EU-oikeudellisista näkökohdista koskien hankintalain kokonaisuudistusta valmisteleavan työryhmän ehdotusta UHL 80 § 1 momentin 8 kohdaksi voidaan todeta, että kyseinen ehdotus saattaa olla ristiriidassa EU-oikeudellisten syrjimättömyys- ja suhteellisuusperiaatteiden kanssa. Tämän ristiriidan poistamiseksi lakiehdotusta olisi aiheellista muokata ainakin siten, että se joko kattaisi myös sellaiset työrikkokset, joita koskeva tuomio on annettu toisessa EU-valtiossa tai siten, että työrikoksesta annettu tuomio muodostaisi hankintayksikölle harkinnanvaraisen perusteen, jonka nojalla hankintayksikkö voisi sulkea siitä tuomitun ehdokkaan tai tarjoajan tarjouskilpailun ulkopuolelle. Vaihtoehtona on myös kohdan 8 poistaminen esityksestä. Nykyisessä muodossaan UHL 80 § 1 momentin 8 kohta on siinä määrin ongelmallinen syrjimättömyys- ja suhteellisuusperiaatteiden näkökulmasta, että voimaantullessaan se saattaisi johtaa ristiriitaan kyseisten EU-oikeuden keskeisten periaatteiden kanssa.

Laati:


Mikko Alkio
asianajaja, Kirkkonummi
Avance Asianajotoimisto Oy