

Lausunto 17.6.2015

## LAUSUNTO HANKINTALAKIMIETINNÖN IN HOUSE -EHDOTUKSESTA

### 1 Lausunnon kohde ja tarkoitus

Tässä lausunnossa otetaan kantaa työ- ja elinkeinoministeriön touku-kuussa 2015 julkaiseman mietinnön sisältämien hankintalakiluonnosten in house- eli sidosyksikkösäännöksiin. Lausunnon kohteena on erityisesti se, että lakiluonnoksissa ehdotetaan poikettavaksi EU:n uusien hankintadirektiivien prosentuaalisesta ns. in house -vaatimuksesta (direktiiveissä yli 80 %, lakiluonnoksissa yli 90 %).

Lausunnon tarkoituksena on avustaa eräitä kunnallisten jäteyhtiöiden osakaskuntia niiden antaessa lakimietinnöstä lausuntojaan.

Yksinkertaisuuden vuoksi seuraavassa viitataan pääasiassa ainoastaan yleisen hankintadirektiivin 2014/24/EU in house -artiklaan (12 artikla). Muut kaksi uutta direktiiviä sisältävät samansisältöiset in house -säännökset.<sup>1</sup>

### 2 Direktiivin harmonisointiluonne ja EU:n sisämarkkinoiden toteuttaminen

Uudet hankintadirektiivit ovat ns. *sisämarkkinadirektiivejä* (aivan niin kuin aikaisemmatkin hankintadirektiivit). Tämä ilmenee siitä, että direktiivien lainsäädäntöperusta on SEUT:n (Sopimus Euroopan unionin toiminnasta) 114 artikla (ent. 95 artikla). Artiklan ensimmäisessä kohdassa todetaan seuraavaa:

”...Euroopan parlamentti ja neuvosto toteuttavat tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomitea kuultuaan sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa koskevat toimenpiteet jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämiseksi.”

Oikeusministeriö on julkaissut lainlaatijan oppaan (Lainlaatijan EU-opas, 2012), jossa direktiivien harmonisoivaa luonnetta on käsitelty tarkoitukseen sopivalla tavalla (korostus tässä):

”Direktiivi voi olla vähimmäisdirektiivi (minimidirektiivi), tai siinä voi olla vähimmäissäännöksiä (minimisäännöksiä),

<sup>1</sup> Käyttöoikeussopimuksia koskevan direktiivin (2014/23/EU) 17 artikla ja erityisalojen hankintadirektiivin (2014/25/EU) 28 artikla).

jolloin direktiivissä tai sen yksittäisessä säännöksessä säädetään EU:n tasolla noudatettavasta vähimmäistasosta (minimitasosta). Silloin kansallisesti pidemmälle menevät säännökset ovat mahdollisia. *Direktiivi voi olla myös täysharmonisoiva tai se voi sisältää täysharmonisoivia säännöksiä, jolloin direktiivissä tai sen yksittäisessä säännöksessä säädetään EU:ssa noudatettavasta yhdenmukaisesta sääntelystä, josta poikkeavat kansalliset säännökset eivät ole mahdollisia. Se, millaisesta harmonisoinnista on kyse, käy ilmi direktiivin oikeusperustana olevasta perussopimuksen määräyksestä tai itse direktiivistä, joko sen johdanto-osasta tai artikloista.*” (s. 17)

[...]

”Täytäntöönpanon tehokkuus edellyttää, että EU-säädös pannaan täytäntöön oikeasisältöisesti. EU-säädöksen tavoitteen tulee toteutua ja täytäntöönpano tulee toteuttaa kaikilta osin. Lisäksi täytäntöönpanon on oltava riittävän täsmällistä ja selkeää. Täytäntöönpanoa toteutettaessa tulee myös varmistaa, ettei kansalliseen lainsäädäntöön jää ristiriitaisuuksia EU-säädöksen kanssa ja ettei uusia ristiriitoja synny.” (s. 23)

”...Täytäntöönpanomenetelmää harkittaessa merkitystä voi olla myös sillä, onko kyseessä yleisluonteinen direktiivi vai hyvin yksityiskohtainen ja tekninen direktiivi, sekä täytäntöönpanon edellyttämällä säädöstasolla. Pääasiallisia täytäntöönpanomenetelmiä on kolme: uudelleenkirjoittamis-, inkorporointi- ja viittausmenetelmä. Näitä menetelmiä voidaan käyttää ja usein käytetäänkin rinnakkain (niin sanottu sekatekniikka).

Uudelleenkirjoittamismenetelmällä tarkoitetaan sitä, että kansallinen lainsäädäntö mukautetaan direktiiviin sisällyttämällä kansalliseen lainsäädäntöön säännöksiä, joiden sisältö vastaa direktiivin säännösten sisältöä, mutta joiden sanamuoto ja lakitekniset ratkaisut noudattavat kansallista lainkirjoitustapaa. Direktiivin uudelleenkirjoittaminen on luonteva täytäntöönpanomenetelmä silloin, kun direktiivi antaa jäsenvaltiolle liikkumavaraa, kuten vähimmäisdirektiivi, joka edellyttää tietyntasoista sääntelyä mutta sallii myös pidemmälle menevän sääntelyn.” (s. 29–30)

”*Inkorporointimenetelmällä tarkoitetaan sitä, että direktiivin säännökset sisällytetään sellaisinaan kansalliseen lainsäädäntöön. Inkorporointi on suositeltava täytäntöönpanomenetelmä vain siltä osin kuin direktiivin teksti on yksityiskohtainen ja tarkka*

*eikä jätä jäsenvaltiolle liikkumavaraa täytäntöönpanon toteuttamisessa.” (s. 30, korostus tässä)*

Uudet hankintadirektiivit ovat erittäin yksityiskohtaisia ja täsmällisiä oikeuksia, velvollisuuksia ja menettelysääntöjä sisältäviä säädöksiä. Ne jättävät tosin erältä osin nimenomaisesti jäsenvaltioille liikkumatilaa täytäntöönpanossa. Esim. yleisen hankintadirektiivin in house -artiklan (12 artikla) osalta direktiivi ei kuitenkaan tällaisesta mahdollisuudesta säädä eikä direktiivin johdanto-osastakaan löydy minkäänlaista viittausta tällaiseen mahdollisuuteen.

Direktiivin johdanto-osan 31 ja 32 kohdassa todetaan seuraavaa (korostus tässä):

*”Siitä, kuinka pitkälle julkisella sektorilla tehtyjä yksiköiden välisiä sopimuksia olisi säänneltävä julkisia hankintoja koskevilla säännöillä, vallitsee huomattava oikeudellinen epävarmuus. Asiaa koskevaa Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä on tulkittu eri tavoin eri jäsenvaltioissa ja jopa eri hankintaviranomaisten keskuudessa. Sen vuoksi olisi selvennettävä, milloin julkisella sektorilla tehtyihin hankintasopimuksiin ei sovelleta julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.*

*Tällaisen selventämisen olisi perustuttava asiaa koskevassa Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä esitettyihin periaatteisiin. Pelkästään se, että molemmat sopimuspuolet ovat itse viranomaisia, ei sinänsä sulje pois hankintasääntöjen soveltamista. Hankintasääntöjen soveltaminen ei saisi kuitenkaan vaikuttaa viranomaisten vapauteen suorittaa niille annetut julkiseen palveluun liittyvät tehtävät käyttäen omia voimavarojaan, mihin kuuluu mahdollisuus tehdä yhteistyötä muiden viranomaisten kanssa.*

Määräysvallan alaisten oikeushenkilöiden kanssa tehtyihin hankintasopimuksiin ei olisi sovellettava tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä, jos hankintaviranomainen käyttää kyseisessä oikeushenkilössä määräysvaltaa, joka on samanlainen kuin sen omissa yksiköissään käyttämä määräysvalta, edellyttäen, että määräysvallan alainen oikeushenkilö suorittaa *yli 80 prosenttia* toiminnoistaan niiden tehtävien toteuttamisessa, jotka määräysvaltaa käyttävä hankintaviranomainen tai jokin muu kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallan alainen oikeushenkilö on sille antanut, riippumatta siitä, kenen hyväksi hankintasopimus toteutetaan.”

Kuten jäljempänä todetaan, muissa jäsenvaltioissa onkin yleisesti katsottu, että direktiivin in house -säännös on vietävä kansalliseen lainsäädäntöön tarkalleen sellaisenaan.

### 3 In house -käsitteestä ja sen perustasta

On huomattava, että sidosyksikkö- eli in house -käsitteessä on kysymys ennen kaikkea ”julkisen hankinnan” ja erityisesti ”hankintasopimuksen” käsitteestä ja niiden tulkinnasta. Tällaisten perustavaa laatua olevien EU-käsitteiden ja niiden tulkinnan on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan oltava yhdenmukaisia koko EU:ssa. Ja viime kädessä vain EU:n tuomioistuimella on oikeus antaa niitä koskevia sitovia tulkintoja.

Jäsenvaltioittain erilaiset in house -säännökset ja -rajat johtaisivat siihen, ettei hankintasopimuksen käsite olisi yhtenevä koko EU:ssa. Tämä olisi lainsäädännön selkeyden, oikeusvarmuuden ja EU:n yhtenäisten sisämarkkinoiden periaatteiden ja tavoitteiden vastaista. Eri jäsenvaltioissa vallitsevat erilaiset kilpailun edellytykset vääristäisivät jäsenvaltioiden välistä kauppaa ja kilpailua. Mikäli Suomessa omaksutaan ehdotettu 90 %:n in house -raja, esimerkiksi ruotsalaiset ja saksalaiset yritykset voisivat kilpailla Suomen julkisilla markkinoilla laajemmin ja paremmilla ehdoilla kuin mitä suomalaiset yritykset voivat tehdä Ruotsissa tai Saksassa (ks. Ruotsin ja Saksan in house -ehdotuksista jäljempänä).

Mikäli Suomessa omaksuttaisiin direktiiveistä poikkeava in house -säännös, myös EU:n tuomioistuimen tulkintamonopolia saatettaisiin rikkoa, koska tämä ei voisi antaa tulkintoja Suomen kansallisesta in house -sovelluksesta.

### 4 Muissa jäsenvaltioissa direktiivin in house -säännös katsotaan sellaisenaan sitovaksi

EU:ssa uusien hankintadirektiivien täytäntöönpanosta tehty selvitys osoittaa, että suurin osa jäsenvaltioista on saattamassa direktiivien in house -säännökset mahdollisimman tarkasti lainsäädäntöönsä (*”In house providing”*: Most of countries involved intend to follow the wording of the directive as faithful as possible when transposing and implementing article 12<sup>2</sup>).

Allekirjoittanut on lisäksi erikseen tutkinut Ruotsin, Saksan ja Ison-Britannian in house -säännöksiä koskevia ehdotuksia. Näissä maissa on katsottu, että direktiivien in house -säännös on vietävä tarkalleen sellaisenaan – ml. 80 %:n sääntö – kansalliseen lainsäädäntöön eikä jäsenvaltio voi poiketa siitä millään tavoin.

<sup>2</sup> Public Procurement Network: Comparative survey on the transposition of the new EU public procurement package, 2014, s. 26–27.

*Ruotsin* direktiivien täytäntöönpanoa koskevassa mietinnössä korostetaan kysymyksen olevan ennen kaikkea *sopimuksen* käsitteestä ja katsotaan, että täytäntöönpanossa voidaan tehdä enintään ”toimituksellista” in se -säännöksen mukauttamista.

*Saksan* mietinnön perusteluissa todetaan puolestaan, että hankintayksiköiden kilpailutusvelvollisuus ei saisi rajoittaa niiden toimijoiden vapauksia, jotka toteuttavat heille siirrettyjä hankintoja toisten julkisten hankkijoiden tai omien yritystensä kanssa. Uudistus kodifioi EUT:n oikeuskäytäntöä ja tuo lisää oikeusvarmuutta julkisyhteisöille sekä tarjoajille liittyen hankintoihin julkisoikeudellisten yksiköiden välillä.

Saksan lakiehdotuksessa on päädytty 80/20 -sääntöön, jolla oikeuskäytännössä (mm. EUT:n *Teckal*-tapaus) kehittynyt olennaisuuskriteeri täsmennetään lain tasolla. Oikeuskäytännön myötä poikkeussäännön soveltamisala on mietinnön mukaan jäänyt jollain tasolla epäselväksi, ja lakiin kirjattava 80 %:n sääntö lisää toimijoiden oikeusvarmuutta.

Saksan mietinnössä todetaan, että direktiivien in house -säännös tulee saattaa Saksan lainsäädäntöön mahdollisimman täsmällisesti (”yksi yhteen”). *Saksassa on siis katsottu, ettei jäsenvaltiolla ole täytäntöönpanossa barkintavaltaa vaan in house -säännös on saatettava kansalliseen lainsäädäntöön sellaisenaan.*

Ote Saksan mietinnöstä<sup>3</sup>: (korostus tässä)

Zu § 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit)

„§ 108 regelt erstmals den Bereich der von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommenen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Damit wird nunmehr gesetzlich Klarheit geschaffen, unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des Vierten Teils des GWB ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen. § 107 dient der Umsetzung von Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 17 der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 28 der Richtlinie 2014/25/EU.

Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen

<sup>3</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014), s. 94–98.

öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen zu erfüllen. ....

*Die neuen EU-Vergaberichtlinien schaffen insofern durch die neuen Vorschriften zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Wesentlichen wird damit die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Im Rahmen der Umsetzung ins deutsche Recht sollen die europäischen Vorgaben möglichst eins-zu-eins übernommen werden...*

Gemäß § 108 Absatz 1 Nummer 2 ist weiterhin erforderlich, dass die kontrollierte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben ausführt, mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist. *Damit wird das durch die Rechtsprechung entwickelte Wesentlichkeitskriterium, wonach die beauftragte juristische Person im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss, präzisiert* (ständige Rspr. des EuGH seit EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, „Teckal“, Rdnr. 50). Bislang bestand im Einzelnen jedoch Unsicherheit über den erforderlichen Umfang der Tätigkeiten, die für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden müssen. *Die nun normierte 80-Prozent-Grenze sorgt insofern für Rechtssicherheit.* Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistungen ist.“

Myös *Isossa-Britanniassa* eräiden direktiivien säännösten täytäntöönpanossa on katsottu olevan liikkumatilaa, mutta in house -säännös on pantu täytäntöön sellaisenaan (Explanatory memorandum to the Public Contracts Regulations 2015).

Helsingissä 17. kesäkuuta 2015

Jouni Alanen  
asianajaja, OTL, LL.M. Eur (University of Saarland)