

Riikka ja Herkko Hietanen

15.9.2009

Syrjimättömyysperiaate julkisissa hankinnoissa

1. Johdanto

Julkisilla hankinnoilla on valtavan volyyminsä vuoksi suuri taloudellinen merkitys. Euroopassa julkisten hankintojen arvioidaan nousevan 1 000 miljardiin euroon. Tämä on 16% EU:n yhteenlasketusta bruttokansantuotteesta. Taloudellisten intressien vuoksi ja hankintalainsäädännön avoimuuden avulla hankintaviranomaiset pyrkivät vaikuttamaan siihen, kenen kanssa hankintasopimukset laaditaan. Kotimaisen ja paikallisen toimittajan suosiminen hankinnoissa on laajalle levinnyt käytäntö. Monissa maissa suosimiselle löytyy lailliset keinot.¹ Kansainvälisesti syrjimiseen suhtaudutaan kuitenkin kielteisesti. Esimerkiksi GATT ja EU ovat laatineet monia normeja syrjinnän kitkemiseksi.² Myös kansallinen lainsäädäntömme estää monin paikoin syrjinnän julkisissa hankinnoissa.

Tässä muistiossa tarkastellaan syrjimättömyysnormeja julkisissa hankinnoissa sekä kansallisen että EU tason oikeuskäytännön kautta. Erityisesti muistiossa tarkastellaan tarjouspyyntöä ja siihen liitettyjä vaatimuksia, jotta syrjimättömyyden vaatimus toteutuu. Vaikka syrjinnän kieltö velvoittaa hankintaviranomaista koko hankintamenettelyn ajan, rajataan tarjouspyynnön jälkeinen menettely pois muistiosta.

¹ Esimerkiksi yhdysvaltalaisen "Buy American Act".

² Naegelen, Florence – Mougeot, s. 349-350.

2. Syrjimättömyyden määritelmä

EY:n perustamissopimuksen 12 artikla kieltää syrjinnän kansalaisuuden perusteella.³ Yleisesti mielivaltaisella syrjinnällä tarkoitetaan asiallisesti perustelemtonta erilaista kohtelua. EY tuomioistuin on ratkaisuisaan katsonut, että syrjintä on mielivaltaista silloin, kun se ei ole toimenpiteen tarkoituksen saavuttamiseksi välttämätöntä.

Kansalaisuudella on kiinteä yhteys yhteisön alkueräiseen yhteismarkkinatavoitteeseen. Vaikka syrjintäperusteena on mainittu kansalaisuus, tulee syrjintä käsitellä laajasti. Näin syrjinnän kiellon piiriin kuuluvat paitsi fyysiset myös oikeushenkilöt sekä kaupan kohteena olevat tuotteet ja palvelut. Samanlaisia tilanteita ei lainsäädännössä saa kohdella eri tavoin. ”Samanlaisuuden” arvioi kuitenkin lain soveltaja.⁴ Työntekijöiden, yritysten ja hyödykkeiden tulee saada osakseen sama, kansallinen kohtelu jäsenvaltioissa. Syrjintäkielto velvoittaa yhteisön toimielimiä, mutta keskeisenä kohteina ovat jäsenvaltiot. Jäsenvaltioiden tulee lainsäädännössään, hallintotoiminnassaan ja oikeuskäytännössään noudattaa kansallisen kohtelun periaatetta.⁵ Syrjintäkielto kattaa sekä suoran, lainsäädännön sanamuodosta ilmenevän, syrjinnän että välillisesti syrjivät toimenpiteet. Tällä tarkoitetaan toimenpiteitä, jotka muodollisesti on säädetty neutraaleiksi, mutta joiden tosiasiallisena seurauksena on kansalaisten, tuotteiden tai yritysten syrjintä.⁶

³ ”Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä tämän sopimuksen soveltamisalalla, sanotun kuitenkin rajoittamatta tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista. ”12 art.

⁴ Joutsamo et. al. s.32.

⁵ Kansallisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan sitä, että valtion omia kansalaisia ja yrityksiä ei saa suosia muiden jäsenvaltioiden kansalaisten ja yritysten kustannuksella.

⁶ Joutsamo et. al. s. 32-34.

2.1 Syrjimättömyys hankintalaissa

Hankintalain (Laki julkisista hankinnoista 348/2007) 2 § mukaan ”*hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyyn osallistuvia tasapuolisesti ja syrjimättä*”. Ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaate perustuu EY:n perustamissopimuksen⁷ periaatteisiin sekä hankintadirektiivin⁸ 2 artiklaan. Hallituksen esityksen mukaan yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttävät, että tarjousmenettelyn kaikissa vaiheissa ehdokkaita ja tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta tekijöistä, jotka eivät liity hankinnan toteuttamiseen.⁹ Hankintayksiköllä on velvollisuus välttää kaikenlaista syrjintää itse hankintamenettelyssä tai hankinnasta päätettäessä.¹⁰

Hankintalaissa mainittujen periaatteiden tulee toteutua kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa.¹¹ Tämä tarkoittaa sitä, että vaikka laissa asetetaan hankintaviranomaiselle toimintavelvollisuus eli velvollisuus toimia tietyllä tavalla, tulee viranomaisen toiminnan taustalla olla myös periaatteissa esitetyt arvot.

Syrjiviä tekijöitä ovat erityisesti ehdokkaiden kansalaisuus, sijoittuminen johonkin jäsenvaltioon tai alueelle. Syrjimätön kohtelun näin ollen edellyttää, että eri paikkakunnalta tulevia ehdokkaita tulee kohdella samalla lailla kuin oman kunnan yrityksiä.¹²

Tapauksessa C243/89 komissio vastaan Tanskan kuningaskunta oli kyse Iso-Beltin siltaa koskevasta rakennusurakasta. Tanskalainen hankintaviranomainen oli tarjouspyynnön sopimusehdoissa edellyttänyt, että ”*Urakoitsijan on mahdollisimman mittavassa määrin käytettävä tanskalaisia rakennusaineita ja kulutustarvikkeita, tanskalaista työvoimaa ja tanskalaisia laitteita.*” (ns. tanskalaisuuslause-

⁷ Rooman sopimus.

⁸ Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY

⁹ HE 50/2006vp. s. 46-47.

¹⁰ Kalima s.196-199.

¹¹ Näitä periaatteita syrjinnän kiellon lisäksi ovat mm. avoimuuden vaatimus ja suhteellisuusperiaate. (hankintalaki 2 §).

¹² HE 50/2006vp s. 46-47.

ke) Tanskan hallitus oli poistanut lausekkeen ennen kuin se oli tehnyt tarjouspyyntöön liittyvän toimeksiannon. EY tuomioistuin katsoi tuomiossaan, ettei riidanalaisen lausekkeen poistaminen menettelyn viimevaiheessa ole riittävä toimi virheellisen hankintamenettelyn korjaamiseksi. Tarjouskilpailumenettely on toteutettu kuitenkin sellaisen yhteisön oikeuden vastaisen lausekkeen perusteella, joka on voinut vaikuttaa sekä eri konsortioiden koostumukseen että ennalta valittujen viiden konsortion tekemien tarjousten sisältöön.¹³ EY tuomioistuin katsoi Tanskan rikkoneen jäsenvelvoitteitaan asettaessaan valintaperusteeksi kotimaista alkuperää olevat tuotteet ja työvoiman. Mielenkiintoiseksi tapauksen tekee se, että Tanskan hallitus oli poistanut ns. tanskalaislausekkeen ennen hankintapäätöksen tekemistä. Ottaen kuitenkin huomioon hankintamenettely kokonaisuutena ja tarjoajien yhdenvertaisuuden toteutuminen ei tuotteiden alkuperävaatimuksen poistolla enää päästy sellaiseen tilanteeseen, jossa tarjoajien yhdenvertainen kohtelu olisi toteutunut.

3. Tarjouspyyntö

“Tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava niin selväksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.” Hankintalaki 40 §.

Hankinnan oikeudellinen ydin perustuu huolellisesti laadittuun tarjouspyyntöön. Tarjouspyynnön vähimmäisisältö riippuu kulloinkin käytettävästä hankintamenettelystä ja hankinnan laadusta. Mitä yksityiskohtaisempi tarjouspyyntö on, sitä suuremmalla todennäköisyydellä tarjoukset ovat yhteismitallisia ja siten keskenään vertailukelpoisia. Olennaista on, että tarjouksen valintakriteerit tulee sisällyttää tarjouspyyntöön.¹⁴

Tarjouspyynnön tarkoituksena on hankinnan kohteen ja sen toteuttamiseen liittyvien seikkojen kuvaaminen siten, että sen perusteella saadaan yhteismitallisia ja vertailukelpoisia tarjouksia. Tavoitteena on, että hankintayksikkö voi verrata

¹³ C243/89 kohta 26.

¹⁴ Kalima s. 144.

3.1 Tekniset eritelvät

Hankintayksikkö voi esittää hankinnan sisältöä koskevat tekniset eritelvät melko joustavasti. Avoimuuden tavoitteena on tarjota yksittäistapauksessa paras mahdollinen keino kuvata hankinnan kohde. Hankintalain 44 § on säädetty siitä, miten tekniset eritelvät on laadittava. Olennaista on, että tekniset eritelvät

1. antavat tarjoajille yhtäläiset mahdollisuudet osallistua tarjouskilpailuun,
2. niissä ei saa mainita tiettyä valmistajaa tai tiettyä alkuperää olevia tavaroita,
3. eikä niissä saa viitata tavaramerkkiin, erityiseen menetelmään tai tuontoon siten, että viittaus suosii tai syrjii tiettyjä tarjoajia tai tavaroita.

Viittaus tavaramerkkiin on poikkeuksellisesti sallittu vain, jos hankintasopimuksen kohdetta ei ole mahdollistaa riittävän täsmällisesti tai selvästi kuvata muutoin. Viittaukseen on liitettävä ilmaisu "tai vastaava". (Hankintalaki 44 §). Hankintalain ja hankintadirektiivin 23 artiklan mukainen oikeusohje on vahvistettu Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa C-359/93, komissio vs. Alankomaat ns. Unix-tapaus. Tapauksessa oli kyse käyttöjärjestelmän hankkimista. Hankintaehdoissa oli ilmoitettu, että vaadittava käyttöjärjestelmä oli UNIX-merkkinen järjestelmä, joka on Bell Laboratories of ITT:n (USA) kehittämä, useita tietokonemerkkejä käsittävä yhteysohjelma. Tuomiossaan oikeus katsoi, että julkisia tavaranhankintoja koskevan direktiivin¹⁷ artiklan 6 kohdassa kielletään tavaramerkkien mainitseminen, ellei niiden yhteyteen ole liitetty mainintaa "tai vastaava", tai elleivät hankintaviranomaiset voi muutoin selostaa sopimuksen kohdetta tarpeeksi tarkkoilla ja kaikille asianomaisille täysin selvillä eritelmillä. Maininnan "tai vastaava" poisjättäminen sanan UNIX jälkeen voi sen lisäksi, että UNIX-järjestelmän kanssa analogisten järjestelmien käyttäjät saattavat luopua tarjouskilpailuun osallistumisesta, häiritä tuontivirtoja yhteisön sisäisessä kaupassa perustamissopimuksen 30 artiklan vastaisesti, koska sopimus varataan siten pelkästään sellaisille tavarantoimittajille, jotka voivat käyttää erityisesti mainittua järjestelmää.

¹⁷ 77/62/EEC

3.2 Tuotantomenetelmää koskevat vaatimukset

Hallituksen esityksen mukaan tekniset eritelvät voivat koskea myös tuotantomenetelmää, jos tuotantomenetelmää koskevalla vaatimuksella on välitön liittyminen hankinnan kohteena olevan palvelun, tavaran tai rakennustyön laatuun tai muihin ominaisuuksiin. Hankintayksikkö voi näin ollen edellyttää myös ympäristöystävällistä tuotantomenetelmää silloin, kun vaatimus liittyy hankinnan kohteeseen.¹⁸ Tällainen tuotantomenetelmää koskeva vaatimus on esimerkiksi elintarvikkeiden tuottaminen luonnonmukaisella viljelyllä sekä sähkön tuottaminen ympäristöystävällisiä energialähteitä käyttäen. Edellinen liittyy myös arviointiin siitä, onko eettisten arviointiperusteiden käyttäminen syrjivää. Tällä viitataan esimerkiksi lapsityövoiman käyttöön hyödykkeiden valmistuksessa. Vaikka lapsityövoimalla tuotetun hyödykkeen hankinnan kieltävä ehto tuotteen valmistukseen liittyvänä olisi sellaisenaan kielletty, julkisyhteisöjen tulee noudattaa ihmisoikeussopimuksia ja näin hankinnan eettisiin periaatteisiin viittaamalla hankintayksikkö voi sivuuttaa lapsityövoimalla tuotetut hyödykkeet tarjouskilpailusta.¹⁹ Eri asia on, missä hankinnan vaiheessa tällainen tarjous tulisi hylätä. Kyse on hankintalain 8 luvun mukaisesta ehdokkaan arvioinnista, joten poissulkeminen tulisi tehdä ennen, kun varsinainen tarjousten arviointi aloitetaan.

Ongelma saattaa syntyä myös silloin, kun taloudellisten valintaperusteiden lisäksi käytetään sosiaalisia valintaperusteita. Sosiaalisilla valintaperusteilla tarkoitetaan sellaisia hankinnan kohteen eettisiä ominaisuuksia, joiden taloudellisen arvon objektiivinen määrittäminen on vaikeaa, esimerkiksi esteettinen paremmuus. EY tuomioistuin on suhtautunut vaihtelevasti ei-taloudellisten arviointiperusteiden käyttämiseen. Tapauksessa Beentjes²⁰ hankintaviranomainen oli asettanut valintaperusteeksi pitkäaikaistyöttömien käyttämisen työn tekemiseen. Tuomioistuin ei pitänyt täysin poissuljettuna työllisyysvaihtoehdon poissulkeamista tarjousten vertailussa. Ottaen kuitenkin huomioon ulkopuolisten tarjoajien

¹⁸ HE 50/2006 vp. s. 89.

¹⁹ Kalima s. 204-205.

²⁰ Asia 31/87 Beentjes, tuomio 20.9.1988, Kok. 1988, s. 4635

mahdollisuuden pitkäaikaistyöttömien käyttämiseen työstä suoriutumiseen tulee valintaperusteesta helposti syrjivä.

4. Loppupäätelmiä

Syrjinnän kieltö on yksi keskeinen julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista. Se velvoittaa hankintaviranomaisia toisaalta asettamaan valintaperusteet sellaisiksi, ettei niillä syrjitä tarjouskilpailuun osallistuvia mutta se myös asettaa velvoitteita koko hankintaprosessille. Sekä kansalliset että EY tuomioistuimien ovat toistuvasti ottaneet kantaa, onko tarjouspyynnössä tai hankintaprosessissa loukattu osallistujien yhdenvertaista kohtelua ja syyllistytty syrjintään. Hankintadirektiivin 2 artiklassa ja hankintalain 2 §:ssä mainitun syrjimättömyyden vaatimuksen käyttäminen on mahdollista useimmiten ratkaista vain tapauskohtaisesti. Kysymys on usein myös näytöstä ja sen arvioimisesta. On hyvin mahdollista että julkishallinto syrjii vapaiden ohjelmien käyttäjiä tarjouspyynnöissä joissa on määritelty käytettävät ohjelmistot nimeltä. Kuitenkin mikäli muilla ohjelmistoilla ei saavuteta yhteensopivuutta näiden ohjelmistojen kanssa, ne eivät ole ”vastaavia”.

Lähteet

Lainsäädäntö

Rooman sopimus Euroopan Yhteisön perustamissopimuksen konsolidoitu toisinto. Virallinen lehti C325 24.12.2002

Julkisia tavaranhankintoja koskeva direktiivi 77/62/EEC

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY

Laki julkisista hankinnoista 348/2007

Virallislähteet ja oikeustapaukset

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista HE 50/2006vp.

EY tuomioistuin asia C31/87 Beentjes,

EY tuomioistuin asia C243/89 komissio vastaan Tanskan kuningaskunta

EY tuomioistuin asia C-359/93, komissio vs. Alankomaat (ns. Unix-tapaus).

Markkinaoikeuden ratkaisu 6.2.2008 58/08

Oikeuskirjallisuus

Ekroos, Ari – Nissinen, Ari,

Voidaanko tuotantomenetelmää koskevia ympäristösuojelullisia perusteita käyttää julkisten hankintojen vertailuperusteena? Edilex 2007/31.

Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka
- Kaila, Heidi – Maunu, Antti,
Kalima Kai,

Eurooppaoikeus, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996

Julkisyhteisöjen hankintatoimi – Tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja käytännöstä, Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ OY, Helsinki 2001

Naegelen, Florence, Mougeot, Michel

Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives, Journal of Public Economics 60 (1998) 349-367, s. 349-350.