

VAASAN YLIOPISTO
JOHTAMISEN YKSIKKÖ

Venla Virtanen

**KUNTIEN ICT-HANKINTOJEN SOPIMUSKAUDEN AIKAISET SOPIMUS-
MUUTOKSET JA LISÄTILAUKSET**

Julkisoikeuden
pro-gradu -tutkielma

VAASA 2019

SISÄLLYS

	sivu
LYHENTEET	3
1. JOHDANTO	7
1.1. Tutkimuksen taustaa	7
1.2. Tutkimusongelma ja aiheen rajaus	12
1.3. Keskeiset käsitteet	13
1.4. Tutkimusmenetelmät ja tutkimuksessa käytettävä aineisto	15
1.5. Tutkimuksen rakenne	16
2. HANKINTASOPIMUKSEN OIKEUDELLISET REUNAEDOT JA SEN MUUTTAMINEN	17
2.1. Julkisten hankintojen sopimukset	17
2.1.1. Sopimustyytit	20
2.1.2. Hankintasopimuksen julkisuus	21
2.2. Sopimuskausi	22
2.3. Sopimusmuutos	24
2.4. Olennainen sopimusmuutos	26
3. SOPIMUSEHDOISSA MAINITTU MAHDOLLISUUS SOPIMUSMUUTOKSILLE JA LISÄTILAUKSILLE	33
3.1. Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos	33
3.2. Sopimusehtoon perustuva lisätilaus	35
3.3. Säännösten päällekkäisyys ja olennaiset erot	38
4. SOPIMUSEHTOON PERUSTUMATON SOPIMUSMUUTOS JA LISÄTILAUS SEKÄ SUORAHANKINTA	40
4.1. Sopimusehtoon perustumaton sopimusmuutos	40
4.1.1. Ennakoimaton sopimusmuutos	41
4.1.2. Sopimuskumppanin muutos	46
4.1.3. Vähäarvoinen sopimusmuutos	48
4.2. Lisätilaus sopimusmuutoksella	50

4.3. Lisätilaus suorahankinnalla	53
4.3.1. Tekniset ongelmat ja yhteensopimattomuus	56
4.4. Säännösten päällekkäisyys ja erot	60
4.4.1. Ilmoitus suorahankinnasta ja sopimusmuutosilmoitus	62
4.5. Suorahankinta ja muut syyt lisätilauksille	63
4.5.1. Aiemmassa hankintamenettelyssä ei ole saatu vaatimukset täyttäviä tarjouksia	65
4.5.2. Taiteellinen syy	67
4.5.3. Äärimmäinen kiire	67
4.5.4. Hankinta tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten	68
4.5.5. Raaka-aine pörssistä hankittavat tuotteet	69
4.5.6. Osto liiketoiminnan lopettavalta toimijalta tai muutoin edullisesti	69
4.5.7. Palveluhankinta suunnittelukilpailulla	70
5. JOHTOPÄÄTÖKSET	71
5.1. Sopimusmuutos	71
5.2. Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos ja lisätilaus	74
5.3. Sopimusehtoon perustumaton sopimusmuutos ja lisätilaus	77
5.4. Lopuksi	81
LÄHDELUETTELO	83
LIITE 1. Yhteenveto sopimusmuutoksista	87

LYHENTEET

EU	Euroopan unioni
hankintalaki	laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (29.12.2016/1397)
HE	hallituksen esitys
JulkL	laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (21.5.1999/621)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KOM	Euroopan komissio
MAO	markkinaoikeus
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
SEUT	Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot EUVL nro C 326, 26/10/2012 s. 0001 – 0390
TEM	työ- ja elinkeinoministeriö

VAASAN YLIOPISTO**Johtamisen yksikkö**

Tekijä:	Venla Virtanen	
Pro gradu -tutkielma:	Kuntien ICT-hankintojen sopimuskauden aikaiset sopimusmuutokset ja lisätilaukset	
Tutkinto:	Hallintotieteiden maisteri	
Oppiaine:	Julkisoikeus	
Työn ohjaaja:	Kristian Siikavirta	
Valmistumisvuosi:	2019	Sivumäärä: 89

TIIVISTELMÄ:

Tutkielmassa tarkastellaan julkisten ICT-hankintoihin kohdistuvia sopimusmuutoksia sekä lisätilauksen tekemistä suora hankinnalla tai sopimusmuutoksella. Tutkielman aihetta tutkitaan neljän kysymyksen pohjalta: 1) Milloin hankintasopimukseen voidaan tehdä sopimuskaudella muutoksia? 2) Milloin julkisissa ICT-hankinnoissa vasta sopimuskaudella tietoon tulleet tarpeet lisätöistä tai -palveluista voidaan hankkia soveltamatta hankintalain kilpailuttamisvelvollisuutta? 3) Milloin lisätilaukseen sovelletaan suora hankintaa ja milloin tehdään sopimusmuutos? 4) Milloin suora hankinnat ovat mahdollisia ICT-hankinnoissa?

Tutkimusongelmaa lähestytään lainopin eli oikeusdogmatiikan kautta ja selvitetään voimassa olevan oikeuden avulla sopimusmuutosten ja lisätilausten tekemistä. Voimassa olevan oikeuden sisältöä tulkitaan erityisesti hankintalain esitöiden, hankintadirektiivin sekä tuomioistuinratkaisujen avulla. Tutkielman kysymyksiin haetaan vastausta myös oikeuskirjallisuudesta.

Hankintasopimuksen muuttaminen on pääsääntöisesti kiellettyä, kun kyseessä on EU-kynnysarvon ylittävä ja kansallisen kynnysarvon ylittävä E liitteen mukainen palveluhankinta sekä käyttöoikeussopimus. Lisätilauksen voi tehdä sopimusmuutoksella tai suora hankinnalla ja näitä koskevat säädökset ovat hyvin päällekkäisiä. Lisätilauksen ja sopimusmuutoksen tekeminen on sallittua silloin, kun alkuperäisessä hankintasopimuksessa on mainittu sopimuskauden aikaisista muutoksista tai lisätilauksista. Lisätilaus ja sopimusmuutos on sallittu myös erityistilanteissa, vaikka sopimukseen ei olisi siitä kirjoitettu ehtoa. Lisätilauksen tekemisen sallittavuus perustuu usein teknisiin ja yhteensopimattomuus ongelmasyihin. Näiltä ongelmilta vältytään, kun lisätilauksen voi toimittaa tietty toimittaja.

AVAINSANAT: julkiset hankinnat, ICT-hankinnat, sopimusmuutos, suora hankinta, lisätilaus.

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimuksen taustaa

Elämme maailmassa, jossa informaatio- ja viestintäteknologia (ICT) kehittyy ja uudistuu jatkuvasti. Tämä näkyy joka puolella tarpeena hankkia lisää uutta tietotekniikkaa. Monet arjen toiminnot siirtyvät pikkuhiljaa teknisemmiksi ja ihmiset tulevat riippuvaisemmiksi esimerkiksi puhelimiin asennettavista sovelluksista. Työssä käytettävät tietojärjestelmät kehittyvät koko ajan ja niiden ominaisuudet laajenevat. Tiedonvälityspalvelimena toimivaa Internetiä on opittu hyödyntämään pilvipalvelujen muodossa, jolloin pystytään talentamaan suuria määriä tietoa jollekin alustalle. Kehittyvän ICT-maailman myötä myös kunnat tukeutuvat lakisääteisten tehtävien hoidossa ja palvelutuotannossa yhä enemmän informaatio- ja viestintäteknologiaan. Tästä syystä kuntien on myös hankittava entistä enemmän ja joustavammin tietoteknisiä järjestelmiä ja niiden päivityksiä.¹

Julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta annettu laki (634/2011) säätelee, että tietohallinto vastaa kunnassa informaatio- ja viestintäteknologisten palveluiden tuottamisesta. Kuntien tietohallinnon tehtäviin kuuluvat myös tietotekniikan ja tietotekniikkapalvelujen hankinnat ja sopimukset². Kuntien tietohallintojen menoista vuonna 2013 noin 75 prosenttia koostui ohjelmisto- ja laitehankinnoista sekä asiantuntijapalveluiden hankinnoista³. Konkreettisenä esimerkkinä tästä prosenttiosuudesta on esimerkiksi Espoon kaupungin tietohallinnon ICT-hankintojen noin 60 miljoonan euron vuosimenot. Kun taas kaikkiin Espoon kaupungin hankintoihin kuluu vuodessa noin yksi miljardi euroa.

Hankintalain valmistelun aikaan, vuonna 2014 Suomessa ennakkoon HILMA-kanavassa (www.hankintailmoitukset.fi) ilmoitettujen kansallisten ja EU-kynnysarvon ylittävien

¹ Voutilainen 2015: 1-4

² HE 246/2010 vp s. 3 ja 23.

³ Kettunen, Jalava 2014: 18.

hankintailmoitusten kokonaisarvo oli noin 20 miljardia euroa⁴. Kun taas kaikkien julkisten hankintojen (sis. hankinnat joihin ei sovelleta hankintalakia) kokonaisarvo oli vuonna 2013 noin 34 miljardia euroa. Tämä on Suomen bruttokansantuotteesta noin 18 prosenttia.⁵ HILMA-kanavassa julkaistujen hankintailmoitusten kokonaisarvo on laskeutunut uuden hankintalain valmistelun jälkeen. Vuonna 2018 ilmoitettujen kansallisten ja EU-kynnysarvon ylittävien hankintailmoitusten kokonaisarvo oli noin 14 miljardia euroa ja kaikkien julkisten hankintojen kokonaisarvo oli vuonna 2018 noin 27 miljardia euroa.⁶ Kuntien hankintavolyymi kaikista julkisista hankinnoista on prosentuaalisesti ja kappalemäärällisesti suurinta ja tämän takia hankintalainsäädännöllä on suuri merkitys kuntien ostotoiminnassa⁷.

Toisin kuin valtion ICT-palveluiden järjestämisestä, kunnan ICT-palveluiden järjestämisestä ei ole säädetty erillisellä lailla. Kunnan ICT-palveluiden tuottamisesta säädetään kuitenkin yleisellä tasolla perustuslain (731/1999) 121.1 §:ssä sekä kuntalain (410/2015) 7 §:ssä. Laki julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta (634/2011), säätää ohjeistuksia tietohallinnon toimintaan. ICT-hankintoja tehtäessä kunnat ovat sitoutuneet noudattamaan vahvasti julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettua lakia (1397/2016) (jäljempänä hankintalaki) ja yleistä hallinto-oikeudellista lainsäädäntöä⁸ sekä kuntalakia (410/2015).

Hankintalaki koskee kaikkia julkisyhteisöjä ja muita *hankintayksiköitä* (ks. 1.3 Keskeiset käsitteet). Hankintayksiköistä keskeisimpiä ovat valtio, kunnat ja kuntataustaiset toimijat/viranomaiset⁹. Hankintalaki asettaa säännöt julkisten hankintojen kilpailuttamisvelvollisuudesta ja kilpailuttamismenettelystä. Hankintalakia voidaan pitää eräänlaisena menettelytapalakina, joka velvoittaa hankintayksikköä kilpailuttamaan hankinnat avoimesti ja tasapuolisesti, mutta ei ohjeista esimerkiksi sitä mitä pitää hankkia ja millaisia ehtoja

⁴ HE 108/2016 vp s. 5.

⁵ HE 108/2016 vp s. 5.

⁶ Työ ja elinkeinovirasto 2018: 1-2.

⁷ HaVL 44/2016 vp s. 2 ja Hankintailmoitukset.fi: Tilastot 2018 (<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot/>).

⁸ HaVL 25/2006 vp: 3.

⁹ HE 108/2016 vp s. 83 & Pekkala Pohjonen, Huikko & Ukkola (2017) & ks. hankintayksikkölista hankintalain 5 §:stä.

hankinnalle tulisi asettaa.¹⁰ Valtion ja kuntien viranomaisten on jokaisen hankinnan ja käyttöoikeussopimuksen kohdalla mietittävä, onko hankinta kilpailutettava noudattaen tarkoin hankintalain ohjeistusta vai voiko sen hankkia ilman hankintalain mukaista kilpailuttamista, kuten suoramankinnalla tai sopimusmuutoksella vanhalta toimittajalta.

Vaikka avoin kilpailuttamisvelvollisuus velvoittaa julkisia hankintoja, on kilpailuttamisvelvollisuudesta poikkeuksiakin. Yhtenä poikkeuksena on suoramankinta. Suoramankinta on vain tietyissä hankintalain sääntelemissä erityistapauksissa mahdollinen.¹¹ Suoramankinta antaa hankintayksikölle mahdollisuuden tehdä hankinnan ilman kilpailuttamista, neuvotella yhden tai useamman toimittajan kanssa hankinnasta ja tulevan sopimuksen ehdoista. Koska suoramankinta on poikkeus, säätää hankintalain 40 ja 41 §:t¹² sen käyttämiseen tiukat raamit ja perusteet. Yleisimpinä suoramankinnan perusteina voidaan pitää tilanteita missä hankintayksikkö ei ole saanut tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia tai tarjouksia ollenkaan¹³, kun hankintaa on ensiksi yritetty kilpailuttaa hankintalain mukaisesti. Suoramankinta on hankintalain 41 §:n 1 momentin mukaan mahdollinen tietyin edellytyksin myös silloin, kun alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä tavaranhankinta on lisätilaus, jonka tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston korvaaminen tai laajentaminen, kun sopimustoimittajan vaihtaminen olisi mm. teknisesti mahdotonta. Suoramankinta on 41 §:n 2 momentin mukaan mahdollinen myös palveluhankinnoissa silloin kun se vastaa alkuperäistä palveluhankintaa ja siitä on mainittu sopimuksessa. Huomioitavaa on siis se, että ensimmäisen momentin mukaista suoramankintaa sovelletaan silloin kun lisätilauksesta ei ole mainittu sopimuksessa, kun taas toista momenttia voidaan soveltaa ainoastaan silloin kun sopimuksessa on lisätilausmahdollisuudesta mainittu (esimerkiksi optiolausekkeena).

Toinen mahdollinen poikkeus kilpailuttamisvelvollisuuteen silloin, kun sopimuskauden aikana ilmenee lisätilauksen tarve, on toteuttaa se alkuperäisen hankintasopimukseen teh-

¹⁰ HE 108/2016 vps. 70.

¹¹ HE 108/2016 vp s. 133.

¹² Katso myös hankintalain 110 § Suoramankinta erityistilanteissa (sosiaali- ja terveyspalvelut sekä muut erityispalvelut) ja 119 § Suoramankinta (käyttöoikeussopimukset).

¹³ Parikka & Pöykkö 2011: 5

tävänä sopimusmuutoksena. Hankintalain 136 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimukseen ei saa tehdä oleellisia muutoksia sopimuskauden aikana. Poikkeuksen tähän tekee kuitenkin 136 §:n 2 momentti, joka mahdollistaa muutoksen tekemisen sopimukseen ilman uutta hankintamenettelyä, vaikka kyseessä olisikin ensimmäisen momentin mukainen olennainen sopimusmuutos. Sopimusmuutos ei kuitenkaan yleensä saa muuttaa hankintasopimuksen yleistä luonnetta.

Hankintalain 136 §:n 2 momentissa luetellut kohdat mahdollistavat olennaisen sopimusmuutoksen tekemisen esimerkiksi tilanteissa, joissa muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen. Ennakoimattomuus johtaa myös siihen, että hankintayksikkö ei ole voinut mainita muutoksen kohteesta hankintailmoituksessa tai hankintasopimuksessa, vaikka pääsääntöisesti kaikki mahdolliset muutokset ja lisätilaukset tulee olla määriteltynä ennakoon sopimuksessa ja hankintailmoituksessa.

Sopimusmuutoksen tekeminen voi olla mahdollinen myös tilanteissa, joissa hankintayksikkö haluaisi tehdä lisätilauksen vanhalta sopimuskumppanilta. Sopimuskumppanin vaihtaminen nykyisestä täytyisi kuitenkin aiheuttaa silloin hankintayksikölle muun muassa merkittävää haittaa taloudellisesti tai teknisesti tai olla täysin mahdotonta. Käytännössä tämä perustuu lisätilausten yhteensopimattomuuteen tai kohtuuttomiin teknisiin vaikeuksiin toiminnan ja huollon osalta.¹⁴

Tässä tutkielmassa tarkoitukseni on tutkia yleisesti muutoksen tekemistä hankintasopimukseen sekä kilpailuttamisvelvollisuuden poikkeuksia, jotka hankintalaki mahdollistaa. Tutkielma käsittelee erityisesti näitä kahta edellä mainitsemaani poikkeusta lisätilausten tekemisestä. Näiden yhteen tulemana tarkoitukseni on koota vastauksia siitä, milloin lisätilauksia tai sopimusmuutoksia voidaan tehdä ICT-hankinnoissa.

¹⁴ HE 108/2016 vp s. 227-228.

Aihetta on tällä hetkellä tarpeellista tutkia jatkuvasti lisääntyvien järjestelmähankintojen ja -sopimusten myötä, mutta lisäksi siksi, että näiden pykäliden tarkempi tulkinta ja avaaminen voisi antaa entistä enemmän järjestelmähankintojen tarvitsemaa joustoa kilpailuttamisvelvollisuuteen. Hankintalain 136 § on uusi pykälä hankintalaissa, joten se tuli sovellettavaksi vasta nykyisen hankintalain astuessa voimaan 1.1.2017¹⁵. Kyseinen pykälä perustuu EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, joten pykälän säännösten soveltaminen, ennen uuden hankintalain voimaan tuloa, on ollut käytännössä mahdollista. ICT-hankintoja, kuten järjestelmää, ei ole järkevää kilpailuttaa jatkuvasti. Järjestelmät kuitenkin tarvitsevat jatkuvasti päivityksiä ja lisäosia toimiakseen ja ollakseen ajan hermoilla jatkuvasti kehittyvässä maailmassamme. Hankintayksiköissä kilpailuttamisvelvollisuus tekee tästä kuitenkin hankalampaa ja monimutkikkaampaa. Kun hankintaa kilpailutetaan ja sopimusasiakirjoja laaditaan, pitäisi hankintayksikön hankintalain pääsäännön mukaan tietää ja osata ennustaa kaikki sopimuskaudella tulevat kehitykset ja järjestelmään tarvittava lisäosat. Tämä voi kuitenkin olla käytännössä mahdotonta, koska ICT-maailma kehittyy ennennäkemätöntä vauhtia.

Hankintalaki ei suoranaisesti aseta sopimuskauden pituudelle rajoja¹⁶. Minkä takia voitaisiin ajatella, että sopimuskautta ei kannata hankintasopimuksessa asettaa liian pitkäksi esimerkiksi juuri järjestelmähankinnoissa, jotta uusi nykyaikaisempi järjestelmä voidaan kilpailuttaa vanhan järjestelmän vanhentuessa. Järjestelmähankintojen mittavan laajuuden ja usein esimerkiksi käyttöönottoprojektien kustannusten vuoksi järjestelmien kilpailuttamista ei kuitenkaan pystytä tai kannata kilpailuttaa jatkuvasti. Suurien järjestelmien kilpailutusprosessiin kuluu helposti aikaa puolesta vuodesta puoleentoista vuoteen, joten niitä ei kannata kilpailuttaa ainoastaan julkisissa hankinnoissa tyypillisesti käytetyn neljän vuoden sopimuskaudeksi.

¹⁵ HE 108/2016 vp s. 226.

¹⁶ Poikkeuksena ovat puitejärjestelyt (Hankintalaki 42 §).

1.2. Tutkimusongelma ja aiheen raja

Tämän tutkielman tarkoituksena on syventyä tutkimaan, milloin hankintayksiköt voivat tehdä sopimusmuutoksia ja lisätilauksia jo kilpailuttamiinsa ICT-hankintasopimuksiin, mutta myös yleisesti hankintalain kilpailuttamisvelvollisuuden poikkeuksiin. Tutkimus käsittelee ainoastaan julkisille hankinnoille asetettujen kansallisten ja EU-kynnysarvojen ylittäviä hankintoja. Tutkimus kohdistuu hankintalain 40, 41 ja 136 pykälien tarkasteluun. Erityisesti tutkielmassa pohditaan ja tulkitaan 41 § ja 136 § 2 momenttia, koska kumpikin hankintalain pykälä antaa hankintayksikölle erityisen mahdollisuuden tehdä lisätilauksen ilman kilpailuttamista sopimuskaudella. Pykälien ollessa vain hankintalain poikkeuksia, niitä noudatetaan vain tietyissä erityistilanteissa ja tulkitaan supistavasti. Tarkoitukseni on siis selvittää mitä nämä näiden pykälien mahdollistamat erityistilanteet ovat ICT-hankinnoissa ja varsinkin järjestelmähankinnoissa.

Tutkielma pyrkii selvittämään vastaukset seuraaviin kysymyksiin: 1) Milloin hankintasopimukseen voidaan tehdä sopimuskaudella muutoksia? 2) Milloin julkisissa ICT-hankinnoissa vasta sopimuskaudella tietoon tulleet tarpeet lisätoista tai -palveluista voidaan hankkia soveltamatta hankintalain kilpailuttamisvelvollisuutta? 3) Milloin lisätilaukseen sovelletaan suora hankintaa ja milloin tehdään sopimusmuutos? 4) Milloin suora hankinnat ovat mahdollisia ICT-hankinnoissa?

Tarkoitukseni on tarkastella tutkimuskysymyksiäni erilaisista näkökulmista, painotuen järjestelmähankintoihin ja niitä koskeviin esimerkkeihin. Milloin sopimusmuutos on oleellinen ja milloin oleelliseen sopimusmuutokseen voi tehdä muutoksen, vaikka pääsääntöisesti se on kiellettyä. Mitä eroa on lisätilauksen tekemisellä suora hankinnalla ja sopimusmuutoksella. Milloin lisätilauksesta on pitänyt mainita hankintasopimuksessa, että hankintasopimus on mahdollista tehdä. Milloin kyseessä on laitonta suora hankinta ja milloin laillinen ja milloin taas hankintalain ulkopuolelle jäävä hankintajärjestely tai olemassa olevaan hankintasopimukseen perustuva esim. tietojärjestelmän päivittäminen.

Koen tutkielmani aiheen tärkeäksi, koska asettamieni tutkimusongelmieni selvittäminen toivomani mukaan mahdollistaisi joustavamman julkisten hankintojen hankkimisen. Tutkimuksessa käsittelemieni hankintalain 41 §:n ja varsinkin 136 §:n tulkitseminen kansallisessa oikeuskäytännössä on vielä vähäistä, joten toivottavaa olisi, että pykälien tulkitseminen ja avaaminen selventäisi hankintayksiköille kyseisten pykälien soveltamista. Toivon mukaan tulkitseminen myös avaisi uusia mahdollisuuksia mm. lisätilausten tekemiseen. Työskentelen itsekin ICT-hankintojen parissa, joten tästä syystä minulla on myös henkilökohtaista intressiä käsitellä ja tutustua tutkimusaiheeseeni.

1.3. Keskeiset käsitteet

Hankintayksikkö: Hankintalain 5 §:n mukaan hankintayksiköitä ovat 1) valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset; 2) evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset; 3) valtion liikelaitokset; 4) julkisoikeudelliset laitokset; 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1—4 kohdassa tarkoitettulta hankintayksiköltä.

Hankintailmoitus: Hankintailmoituksen julkaiseminen on hankintalain mukaan pakollista. Ilmoituksen tarkoituksena on saada mahdolliset toimittajat kiinnostumaan hankinnasta ja tarjouspyynnöstä¹⁷.

Hankintasopimus: Hankintasopimuksen toisena osapuolena ja maksajana on aina hankintayksikkö ja se on kahden erillisen oikeushenkilön välinen. Hankintasopimus on kirjallinen sopimus, mikä koskee rakennusurakan toteuttamista, tavaran hankinta tai palvelun suorittamista.¹⁸

¹⁷ Pekkala 2017: 305.

¹⁸ Pekkala 2017: 81-82.

ICT-hankinnat: ICT on lyhenne informaatio- ja viestintäteknologiasta¹⁹. ICT-hankintojen kohteiksi voidaan määritellä karkeasti asiantuntijapalveluiden, laitteistoiden (päätelaitteet, palvelimet ja muut laitteistot) ja sovellusten (ohjelmistot ja tietojärjestelmät) hankinnat.²⁰

Julkiset hankinnat: Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan julkisilla varoilla ostettuja tavaroita ja palveluita sekä rakennusurakoiden teettämistä, joiden kokonaisarvo ylittää kansallisen kynnyksarvon.²¹

Kilpailuttamisvelvollisuus: Hankintalain 1 §:n mukaan ”*valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin tässä laissa säädetään.*”.

Tarjoaja: Hankintalain 4 §:n 1 momentin 10 -kohdassa määritellään se mitä tarjoajalla tarkoitetaan; ”*toimittaja, joka on jättänyt tarjouksen*”.

Tietohallinto: Laki julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta määrittelee tietohallinnon 3 § tukitoiminnoksi ”*jolla turvataan julkisten hallintotehtävien hoitaminen tieto- ja viestintäteknisiä menetelmiä ja keinoja hyväksikäyttäen*”.

Toimittaja: Hankintalain 4 §:n 1 momentin 8 -kohdassa määritellään toimittaja; luonnolliseksi henkilöksi, oikeushenkilöksi tai julkiseksi tahoksi taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymäksi, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennus-työtä tai rakennusurakoita.

¹⁹ Voutilainen 2009: VII.

²⁰ Pesu 2015: 2.

²¹ Pekkala 2017:19.

1.4. Tutkimusmenetelmät ja tutkimuksessa käytettävä aineisto

Tutkimukseni punaisena lankana toimivat hankintalain 41 § ja 136 §, joten tutkimuksellisenä lähestymistapana tutkimuksessa käytetään oikeusdogmaattista eli lainopillista tutkimustapaa. Lainoppi on tulkintatiede, mikä tutkii oikeudellisia tekstejä. Sen metodeja on tulkinta-, punninta-, ratkaisu- ja oikeuslähdenormit. Keskeisin menetelmä on kuitenkin tulkinta. Tulkinnassa tarkoitus on tulkita mikä on oikeusnormien ajatussisältö. Tulkinnalla lainoppi pyrkii selvittämään, selventämään, täsmentämään ja ilmaisemaan säädetystä oikeusnormista saamaa informaatiota. Oikeusnormilausekkeen tulkinnassa ei ole kyse siitä, että millainen merkityssisältö siihen on annettu tai ajateltu annettavan vaan se, minkä merkityksen tutkija sille antaa.²² Eli tulkinnalla annetaan merkitystä kielelliselle ilmaukselle, sanalle tai lauseelle²³. Toinen keskeinen lainopin tehtävä on systemoida oikeusjärjestystä. Systemisoinnilla tarkoitetaan voimassa olevan oikeuden jäsentämistä. Systemisoinnin avulla pyritään luomaan ja kehittämään jo olemassa olevaa oikeudellista käsitejärjestelmää. Systemisointi auttaa hahmottamaan oikeudellisen järjestelmän kokonaiskuvan sekä oikeusjärjestelmän sisäisistä keskinäisuuhteista. Systemisointi auttaa myös löytämään oikeusjärjestyksen sisällöstä tarvittavat säännökset.²⁴

Tutkimukseni tarkoituksena on tulkita ja systemoida voimassa olevaa lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä löytääkseni tutkimuskysymyksiini vastaukset. Tarkoitukseni on tulkita lainsäädäntöä niin, että saan lakitekstille sisällöllistä merkitystä ja yhdistää tämä jo mm. markkinaoikeuden tulkintaan. Kun taas systemisoinnilla pyrin muodostamaan kokonaiskuvan hankintalain mukaisista lisätilauksista sopimuskauden aikana.

Oikeuslähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat laki, maantapa ja kansainväliset sopimukset. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinnratkaisut. Kun taas sallittuja oikeuslähteitä ovat esimerkiksi oikeustiede, moraaliperiaatteet ja reaaliset argumentit.²⁵

²² Hirvonen 2011: 36-37.

²³ Aarnio 1989: 160.

²⁴ Husa, Mutanen & Pohjolainen 2008: 20-21.

²⁵ Aarnio 1989: 220-221 ja Husa & Pohjolainen 2014: 16.

Tämä tutkimus pohjautuu vahvasti voimassa olevaan lainsäädäntöön, lain esitöihin ja oikeuskäytäntöön sekä oikeuskirjallisuuteen. Tutkimuksen tärkeimpänä lainsäädäntö- ja lain esitylähteenä toimii hankintalaki sekä hallituksen esitys laista. Tärkeimpänä oikeuskäytäntönä toimii markkinaoikeuden sekä korkeimman hallinto-oikeuden selvittämät ratkaisut ja linjaukset, mutta tutustun myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin ja linjauksiin. Oikeuskirjallisuutena toimii hankintalakia käsittelevä kirjallisuus ja aiheesta kirjoitetut artikkelit. Pykälän 136 ollessa uusi hankintalaissa, löytyy siitä rajallisesti oikeuskirjallisuutta sekä markkinaoikeuden tapauksia.

1.5. Tutkimuksen rakenne

Johdannon jälkeen tarkoitukseni on lähestyä tutkimusaiheeni seuraavasti: Toisessa luvussa käsitelen julkisten hankintojen sopimuksia ja sopimusmuutosta. Seuraavissa luvuissa käsitelen sopimusmuutoksen ja lisätilauksen tekemistä. Kolmas luku koskee sopimusmuutoksen tai lisätilauksen tekemistä silloin kun se perustuu hankintasopimuksessa mainittuun sopimusehtoon. Neljännessä luvussa käsitelen taas sopimusehtoon perustuttomia sopimusmuutoksia ja lisätilauksia sekä suorahankintaa. Neljännessä luvussa käsitellään lisäksi suorahankintaa. Jaottelu perustuu ajatukseen, että hankintayksikön pohdittaessa voiko sopimusmuutosta tai lisätilausta tehdä, on hankintayksikön ensimmäisenä selvitettävä, onko sopimusmuutoksesta tai lisätilauksesta jo sopimuksessa mainittua. Tämä tieto antaa suunnan sille, kuinka sopimusmuutos tai lisätilaus perustellaan. Viimeisessä eli viidennessä kappaleessa kerron tutkielmani tulokset.

2. HANKINTASOPIMUKSEN OIKEUDELLISET REUNAEHDOT JA SEN MUUTTAMINEN

Tässä luvussa käsitellään teoreettisesti hankintasopimusta; sen syntymistä ja muuttamista. Tutkimuksen tavoitteena tutkimuskysymysten ratkaiseminen hankintalakea käsittelemällä ja avaamalla, joten luvun punaisena lankana toimivat hankintalain säännökset ja ICT-hankintojen esimerkit. Luvun tarkoituksena on antaa pohjajymmärrys hankintasopimuksen oikeudellisista reunaehdoista, joita on noudatettava hankintasopimusta tehtäessä ja sitä muuttaessa.

2.1. Julkisten hankintojen sopimukset

Hankintayksikkö on velvollinen määrittelemään jo hankinnan tarjouspyynnön valmisteluvaiheessa sopimuskaudella noudatettavat sopimusehdot. Hankintayksikön on täten huomioitava tarjouspyyntöasiakirjoja laatiessa, että julkaistu tarjouspyyntö, kuten sopimusehdot velvoittavat ja sitovat hankintayksikön tarjouspyyntöasiakirjoihin. Tarjouspyyntöasiakirjoissa määritetyt sopimuksen ehdot ovat (lähtökohtaisesti) samat ehdot, mitkä valitun toimittajan kanssa tullaan allekirjoittamaan. Tarjouspyyntöasiakirjoista ja tarjouksesta muodostuu aikanaan sopimusasiakirjat. Tarjoajien näkökulmasta tarjouspyynnön sitovuus tarkoittaa sitä, että jo tarjousta jättäessään tarjoajat hyväksyvät sopimuksen ehdot sellaisenaan, kun ne ovat tarjouspyyntöön asetettu eikä niistä voi enää neuvotella. Jos siis tarjoaja jättää tarjouksen, hyväksyy se samalla sopimuksen ehdot. Valitun toimittajan kanssa ei siis käydä enää varsinaista sopimusneuvottelua, eikä sopimuksen ehdoista saa edes enää neuvotella. Poikkeuksena ovat mm. pienet sopimusta tarkentavat tai selventävät muutokset sekä tarjoajan tarjouksessa olevat liitteet mm. projektisuunnitelmasta.²⁶

Julkisissa tavara- ja palveluhankinnoissa käytetään tyypillisesti hankintayksikön laatimien sopimusehtojen lisäksi julkisten hankintojen yleisiä sopimusehtoja eli JYSE -ehtoja.

²⁶ Pekkala 2017: 310.

Yleiset ehdot on laadittu erilaisten intressitahojen yhteistyönä, jotta julkisilla hankinnoilla olisi yhtenäisiä linjauksia sopimusehdoista. JYSE -ehdot ovat hyvin kattavat ja sisältävät suurimman osan julkisissa hankinnoissa käytettävistä ehdoista. Ne sisältävät esimerkiksi seuraavia sopimuksissa yleensä sovittavista asioita koskevia ehtoja; maksuehdot, vakuudet, tavaran luovutus, vaaranvastuun siirtymisen ja viivästymisen ehdon. ICT-hankinnoille on lisäksi laadittu omat yleiset sopimusehdot, JIT -ehdot. JYSE ja JIT -ehdot eivät ole pakollisia, joten niiden käyttö on vapaaehtoista. Esimerkiksi hankinnan sopimusehdot voivat pohjautua JIT – ehtoihin, mutta hankinnan kiireellisen käyttöönoton takia hankintayksikkö saattaa haluta asettaa JIT -ehtoja tiukemmat ehdot viivästyssakolle. Hankintayksikön on ilmoitettava kaikkien sopimusehtojen, JYSE tai JIT -ehtojen ja hankintayksikön laatimien omien ehtojen, käyttämisestä jo tarjouspyynnössä, jotta ne sitovat tarjoajaa.²⁷

Hankintayksikkö voi tehdä hankintasopimuksen hankintaa koskevan kilpailutuksen perusteella valitun toimittajan kanssa hankintalain 128 §:n mukaan sen jälkeen, kun hankinnasta on tehty ja julkaistu hankintapäätös. Hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ja ennen hankintasopimuksen tekemistä hankintayksikön on pääsääntöisesti noudatettava hankintalain 129 §:n mukaista 14 päivän pituista odotusaikaa²⁸. 14 päivän valitusaikaa sovelletaan myös suoraan hankinnasta tai sopimusmuutoksesta tehtävästä julkisesta ilmoituksesta. Tästä poiketen, esimerkiksi jos hankintayksikkö päättää olla tekemättä suoraan hankinnasta julkista ilmoitusta, on valitusoikeus 6 kuukautta sopimuksen allekirjoittamisesta. Asianosaisilla on oikeus valittaa hankintapäätöksestä tai suoraan hankinta- tai sopimusmuutosilmoituksesta, joten odotusaika perustuu asianosaisten oikeusturvaan. Oikeusturva toteutuminen turvataan sillä, että hankintasopimusta ei voida tehdä ennen odotusajan päättymistä. Tällöin asianosaisten mahdollinen valitus ei ole turha ja sillä on tarvittava vaikutus hankintasopimuksen tekemiseen tai tekemättä jättämiseen. Valitusajan ja odotusajan ero on siinä, että odotusaika määrittää sen, milloin hankintasopimusta ei saa toimeenpanna ja valitusaika taas on aika, jolloin hankintapäätöksestä voi tehdä valituksen.²⁹ 14 päivän valitusoikeus lasketaan siitä päivästä, kun tarjoajan tai ehdokkaan katsotaan saaneen päätös

²⁷ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2010: 690-712.

²⁸ 14 päivän odotusaika koskee EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja sekä kansallisen kynnysarvon ylittäviä liitteen E palveluhankintoja sekä käyttöoikeussopimuksia.

²⁹ Pekkala, Pohjonen, Huikko & Ukkola 2019: 585-589.

tiedoksi. Hankintapäätös on lainvoimainen vasta sitten, kun valitusaika on umpeutunut ja siihen ei voida enää hakea muutosta. Tällöin hankintapäätöksestä tulee täytäntöönpanokelpoinen. Hankintapäätöksen ollessa täytäntöönpanokelpoinen voidaan päätöksen mukaiset oikeudet, edut tai velvollisuudet toteuttaa eli hankintasopimus voidaan tehdä valitun toimittajan kanssa. Hankintalain 128 § velvoittaa hankintayksikköä tekemään erillisen hankintasopimuksen toimittajan kanssa ja hankintasopimus on tehtävä aina kirjallisesti. Vaikka kirjallisessa hankintapäätöksessä valitaankin toimittajat ja se annetaan asianosaisille tiedoksi, hankintasopimus ei hankintalain mukaan vielä synny hankintapäätöksellä, vaan edellytetään erillistä kirjallista sopimusta. Isommissa hankinnoissa erillinen sopimus tuntuu luontevaltakin. Kirjallisen sopimuksen vaatimus perustuu myös tehokkaiden oikeusturvakeinojen käyttöön.³⁰ Sopimuksen syntymisen ja sen osapuolien velvollisuuksien alkamisen ajankohdan määrittämisen vuoksi on selkeämpää, että tehdään erillinen sopimus hankintapäätöksen tekemisen jälkeen.

Hankintasopimuksen voidaan katsoa syntyneen, kun sopimus täyttää seuraavat keskeisimmät tunnusmerkit:

- 1) vastikkeellisuus ja taloudellinen arvo
- 2) sopimuksen osapuolena hankintayksikkö
- 3) kahden erillisen oikeushenkilön välinen sopimus
- 4) hankintayksikön määräysvalta sopimuskumppanin valinnassa
- 5) suoritusten perustaminen yksityisoikeudellisesti täytäntöönpanokelpoisiin sopimusehtoihin.³¹

Edellytyksinä hankintasopimuksen syntymiselle pidetään sopimuksessa sovittua hankintayksikön maksamaa taloudellisesta suoritusta (vastike) sekä sopimuskumppanin vastasuorituksesta eli sopimuskumppanin tarjoamasta hankinnan kohteen palvelusta, tavarasta tai käyttöliittymästä.³² Jos hankintayksikkö ei maksa tai anna minkäänlaista taloudellista arvoa omaavaa suoritusta, ei kyseessä ole hankintasopimus. Hankintayksikön suoritta-

³⁰ HE 108/2016: 75.

³¹ Pekkala 2017: 82.

³² HE 108/2016: 75.

malla vastikkeella tulee olla taloudellista arvoa, mutta sen ei tarvitse olla rahaa. Hankintayksikön sopimuskumppanilta saama vastasuorituksen tulee tuoda hankintayksikölle lisäarvoa ja välitöntä taloudellista intressiä. Tällöin esimerkiksi avustus tai taloudellinen tuki ei täytä hankintasopimuksen vastikkeellisuuden tunnusmerkistöä. Hankintasopimuksen käsite koskee ainoastaan julkisia hankintoja, jolloin hankintasopimuksen voi tehdä ainoastaan hankintayksikkö-määritelmän täyttävä yksikkö. Hankintalain 4 § määrittelee, että hankintasopimus voidaan tehdä yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välille. Sopimusosapuolten tulee olla oikeushenkilöitä. Hankintayksiköllä pitää olla harkintavaltaa sopimuskumppanin valinnassa, jotta sopimuksen voidaan katsoa kuuluvan hankintalainsäädännön piiriin. Vaikka hankintayksikkö ei voikaan valita sopimuskumppania pääsääntöisesti suoraan, vaan sopimuskumppani pitää kilpailuttaa, on hankintayksiköllä kuitenkin harkintavaltaa määrittää hankinnan kriteerit. Listan viimeisimmällä hankintasopimuksen tunnusmerkistöllä tarkoitetaan sitä, että toimet, jotka perustuvat esimerkiksi lakiin tai viranomaisen päätökseen, kuten avustukset ja lupajärjestelyt eivät ole hankintasopimuksia. Toimien pitää perustua sopimuksessa sovitun, jotta se on hankintasopimus.³³

2.1.1. Sopimustyytit

ICT-hankinnoissa sopimustyyttejä ovat tavarahankintasopimukset, palveluhankintasopimukset sekä palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset. Hankintalain 4 § määrittelee nämä kaikki sopimustyytit. Hankintalain 7 §:n mukaan hankintoihin, jotka sisältävät sekä palvelun että tavaran hankintaa, katsotaan palvelu- tai tavarahankintasopimukseksi sen mukaan, kumman ennakoitu arvo on korkeampi.

Tavarahankintasopimuksella tarkoitetaan sopimusta missä sovitaan tavaroiden ostosta, leasingista, vuokrauksesta tai osamaksulla hankkimisesta osto-optioina tai ilman niitä. Myös tavarahankintaan sisältyvä kokoamis- ja asennustyö hankitaan tavarahankintasopimuksella. ICT:tä koskeva tavaran ostaminen ja siitä tehtävä tavarahankintasopimus voisi

³³ Pekkala 2017: 82-89.

koskea esimerkiksi puhelimien sekä tietokoneiden ja niiden lisätarvikkeiden, kuten kaapeleiden ostamista. Tavarahankintasopimus voitaisiin tehdä myös esimerkiksi printtereiden vuokrauksesta.

Palveluhankintasopimuksella sovitaan palvelun hankkimisesta, pois lukien rakennusurakoista sopiminen. ICT-hankintasopimukset ovat suurimmaksi osaksi palveluhankintasopimuksia, vaikka hankittaisiinkin ”tavaraa”. Sopimukset tehdään palvelusopimuksina, koska hankinnan arvosta suurin osa koostuu hankintaan liittyvästä palvelusta, kuten järjestelmien ylläpidosta ja tuesta. ICT-palveluhankintasopimuksia ovat siis mm. erilaiset järjestelmät. Esimerkkinä ICT-palveluhankintasopimuksista, jotka sisältävät myös tavaran hankintaa, ovat esimerkiksi kaupoissa ja terveysasemilla sijaitsevat asiakaskokemusta kyselevät laitteet. Tällaisen hankinnan sopimus sisältää itse laitteen ja sen huollon sekä järjestelmän, mihin tai minkä kautta vastaukset kerätään ja tämän järjestelmän ylläpidon.

ICT-hankinnoissa *käyttöoikeussopimuksella* hankitaan ainoastaan palveluja (muissa hankintatyypeissä myös rakennusurakoita). Palvelu toteutetaan niin, että hankintayksikkö tai hankintayksiköt siirtävät palvelujen tarjoamisen ja hallinnoimisen sekä siihen liittyvän toiminnallisen riskin toimittajalle tai toimittajille. Siirtämisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelujen käyttöoikeus tai käyttöoikeus ja maksu yhdessä. Eli toimittaja tarjoaa jotakin palvelua, mitä hankintayksikkö saa hyödyntää ja tämä on hankintayksikön saama vastike maksamastaan hinnasta³⁴. Tästä esimerkkinä voisi olla kunnan omistamat mainostaulut bussipysäkeillä ja tien varsilla. Tässä tapauksessa kunta saa vastiketta siitä, että yritys käyttää kunnan omistamaa mainostilaa.

2.1.2. Hankintasopimuksen julkisuus

Hankinta-asiakirjat ovat pääsääntöisesti julkisia. Hankinta-asiakirjoja ovat mm. tarjouspyyntö liitteineen, *saadut tarjoukset*, hankintapäätös, hankinnan keskeytyspäätös ja *hankintasopimus*. Hankintasopimus on siis myös julkinen, ellei JulkL poikkeussäännöksissä

³⁴ Kaisto 2019: 167.

muuta todeta. Niin kuin hankintayksikön määritelmästä käy ilmi, hankintayksiköt ovat viranomaisia. Viranomaisia taas koskee JulKL Hankintalain 138 §:n mukaan

”hankintayksikön asiakirjojen julkisuuteen ja asiakirjoista perittäviin maksuihin sekä asianosaisen tiedonsaantioikeuteen sovelletaan viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettua lakia”.

JulKL 1 § säättää, että

”viranomaisten asiakirjat ovat julkisia, jollei tässä tai muussa laissa erikseen toisin säädetä”.

Tämän takia myös hankinta-asiakirjat ovat pääsääntöisesti julkisia. JulKL 6 §:n 1 momentin 3 kohdassa säädetään ajankohdasta, milloin asiakirjat tulevat julkisiksi. 6 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan tilanteessa missä tarjousten perusteella tehdään oikeustoimi, kuten hankintapäätös, on siihen johtavat materiaalit, kuten tarjouksen täydennyspyyntö, tarjousasian käsittelyä varten laaditut selvitykset ja muut asiakirjat, julkisia vasta kun hankintasopimus on asiasta tehty, jotta kilpailun toimivuus turvataan³⁵. Asianomaisella on pääsääntöisesti oikeus JulKL 11 §:n 1 momentin mukaan kaikkiin asiakirjoihin, joka voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Asiakirjan ei tarvitse olla edes julkinen.

Poikkeuksena edellä esitetystä hankinta-asiakirjojen julkisuudesta, on JulKL 11 §:n 2 momentin 6 kohta sekä 24 §:n 20 kohta³⁶. Nämä säädökset suojaavat yritysten liikesalaisuuksia, kuten tarjouksen hintaliitettä, rajaamalla liikesalaisuuksien piiriin kuuluvat asiakirjat pois tiedoksiantovelvollisuudesta asianosaisille. Erikseen pykälässä kuitenkin mainitaan, että asianosaisille on annettava tiedoksi hankintayksikön tarjousten vertailussa käytetty tarjoajien antama kokonaishinta hankinnalle.

2.2. Sopimuskausi

Julkisten hankintojen kilpailuttamisprosessi päättyy hankintapäätökseen ja sopimuksen allekirjoittamiseen. Tästä alkaa hankintayksikön ja valitun toimittajan yhteinen sopimus-

³⁵ HE 30/1998 vp s. 59.

³⁶ Katso myös liikesalaisuuslaki 595/2018.

kausi. Vaikkakaan sopimus ei synny yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan, sovelletaan sopimuskautena kuitenkin oikeustoimilain (laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.5.1929/228) mukaisia säännöksiä sekä yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita ja oppeja. Sopimuskautena noudatetaan myös oikeustoimilain ja kauppalaain (27.3.1987/355) mukaisia menettelyjä. Tällaisia ovat esimerkiksi sopimuksen mukaisten velvoitteiden täyttäminen, reklamaatiot sekä sopimusten irtisanominen ja purkaminen.³⁷

Hankintalaki ei aseta pääsääntöisesti sopimuskaudelle pituusrajoituksia, joten sopimus voidaan tehdä toistaiseksi voimassaolevaksi tai määräajaiseksi. Tiettyihin sopimuksiin on hankintalaissa kuitenkin asetettu voimassaol rajoituksia. Hankintalain 117 § säätelee, että käyttöoikeussopimuksen voi tehdä ainoastaan määräajaiseksi, mutta pykälä ei sääde määräajaisuudelle pituutta. Tätä perustellaan hallituksen esityksessä mm. sillä, että liian pitkä käyttöoikeussopimus johtaa helposti markkinoiden sulkeutumiseen ja voivat silloin haitata palvelujen vapaata liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta³⁸. Toisena poikkeuksena on puitejärjestelyn voimassaoloaika. Hankintalain 42 §:n 5 momentissa säädetään, että puitejärjestely voi olla voimassa enintään 4 vuotta, mutta kuitenkin niin että yli neljän vuoden puitejärjestelyt ovat perustelluista syistä mahdollisia. Puitejärjestelyn sisällä tehtävät hankintasopimukset voivat kuitenkin olla olennaisesti pidempiä kuin puitejärjestely voimassaolo. Ne voivat olla myös toistaiseksi voimassaolevia³⁹.

Hankintayksiköllä niin kuin toimittajallakin on oikeus irtisanoa tai purkaa sopimus. Irtisanomis- ja purkuajoissa sovelletaan sopimusoikeudellista sopimusvapautta, joten sopimuksessa laaditaan hankintayksikölle mieluisat irtisanomisajat sekä purkuperusteet. Hankintalaki ei puutu irtisanomis- tai purkuperusteisiin muuten kuin hankintasopimuksen irtisanomiseen erityistilanteissa. Hankintayksiköllä on hankintalain 137 §:n mukaan oikeus irtisanoa hankintasopimus päättyään välittömästi, jos sopimukseen on tehty oleellinen

³⁷Pekkala 2017: 532.

³⁸ HE 108/2016 vp s. 218.

³⁹ HE 108/2016 vp s.139.

sopimusmuutos, toimittaja olisi voitu sulkea tarjousvertailusta tai sopimuksen tekohelellä pakollisilla poissulkuperusteilla tai hankintayksikkö on rikkonut vakavasti Euroopan unionin perussopimuksen ja hankintadirektiivin mukaisia velvoitteita.

2.3. Sopimusmuutos

Hankintalaki rajoittaa hankintayksikön ja toimittajan välistä mahdollisuutta sopia vapaasti heidän keskinäiset oikeussuhteensa sopimuskaudelle⁴⁰. Julkisten hankintojen hankintasopimuksen muuttaminen poikkeaa yleisestä sopimusvapaudesta ja muusta julkisten hankintojen ulkopuolelle jäävästä vapaammasta sopimuskäytännöstä. Vaikka molemmat sopimuksen osapuolet olisivat halukkaita muuttamaan sopimusta, ei päätös sopimuksen muuttamiselle ole pelkästään sopijapuolilla. Hankintayksikön on tarkistettava mahdollistaako hankintalaki sen. Hankintasopimuksen olennainen muuttaminen sopimuskaudella on pääsääntöisesti kiellettyä. Sopimusmuutoksen tekemisen kieltö perustuu hankintalain periaatteisiin kohdella hankintamenettelyyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättä. Periaate pohjautuu EU:n perustamissopimuksen periaatteisiin sekä hankintadirektiiviin 18 artiklaan⁴¹. Hankintadirektiivin johdanto-osan ensimmäisessä kohdassa asetetaan jäsenvaltioille velvoite

”Jäsenvaltioiden viranomaisten tehdessä hankintasopimuksia tai tehtäessä tällaisia sopimuksia niiden puolesta on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita.”⁴²

Sopimuksen muuttamisen kieltoa tai hankintalain sille asettamia rajoja perustellaan sillä, että sopimuksen muuttaminen saattaisi asettaa muut kilpailutuksessa aiemmin mukana olleet tarjoajat eriarvoiseen asemaan ja muutoksia voitaisiin pitää laittomana suorahan-

⁴⁰ Vedenkannas: 212.

⁴¹ HE 108/2016 vp s. 74. Periaate pohjautuu erityisesti EU:n perustamissopimuksen sisämarkkinavapauksia sekä kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteisiin.

⁴² EU 24/2014: johdanto-osan ensimmäinen kohta.

kintana. Jos hankintalain mukaan hankintayksikkö ei saa muuttaa olemassa olevaa hankintasopimusta, on hankinta kilpailutettava uudelleen ns. päivitetyllä sopimuksella. Jos hankintasopimusta muutetaan laittomasti, puhutaan laittomasta suorahankinnasta (suorahankintaa käsitellään luvussa 4).

Hankintalain 136 § säättää hankintasopimuksen muuttamisesta sopimuskauden aikana. Pykälän 1 momentin mukaan hankintasopimusta ja puitejärjestelyä ei saa sopimuskauden aikana muuttaa olennaisesti. Pykälä perustuu hankintadirektiivin (2014/24/EU) 72 artiklaan ja käyttöoikeussopimusten direktiivin (2014/23/EU) 43 artiklaan⁴³.

Hankintalain 136 pykälän säännökset hankintasopimuksen ja puitejärjestelyn muuttamisesta sopimuskauden aikana koskevat vain:

- EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen hankintasopimuksia sekä
- kansalliset kynnysarvot ylittäviä E liitteen mukaisia palveluhankintoja (sosiaali- ja terveyspalveluhankinnat sekä muut erityiset palveluhankinnat) sekä
- käyttöoikeussopimuksia.

Tämän tutkielman kirjoittamishetkellä (vuosi 2019) kuntia koskeva EU-kynnysarvo on tavara- ja palveluhankinnoissa 221 000 euroa ja vastaavasti kansallinen 60 000 euroa. Sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoilla, muilla erityispalveluhankinnoilla sekä käyttöoikeussopimushankinnoilla on kansallisesta kynnysarvosta erilliset kynnysarvot: Sosiaali- ja terveyspalvelut 400 000 euroa, muut erityiset palvelut 300 000 euroa ja käyttöoikeussopimukset 500 000 euroa⁴⁴.

Hankintalain 136 §:ä ei siis sovelleta EU-kynnysarvon alittaviin hankintoihin, ellei kyse ole kansallisen kynnysarvon ylittävästä sosiaali- ja terveyspalveluiden, muiden erityisten palveluiden tai käyttöoikeussopimusten hankinnasta. Vaikka kyseessä onkin sosiaali- ja terveyspalveluiden, muiden palveluiden ja käyttöoikeussopimusten hankinnoissa ”vain” kansallinen kynnysarvo, ovat näiden kansalliset kynnysarvot kuitenkin suuremmat kuin tavara- ja palveluhankintojen EU-kynnysarvo. Tämä kertoo, että hankintalaki rajoittaa

⁴³ HE 108/2016 vp s. 226.

⁴⁴ Hilma.

sopimusmuutoksen tekemistä vain arvokkaimpiin kisoihin (tällä hetkellä 221 000 euroa tai arvokkaimpiin). Tähän saattaa pian kuitenkin tulla muutos, koska Työ- ja elinkeinoministeriö valmistele parhaillaan hallituksen esitystä, jossa on harkittu, että 136 §:ä sovellettaisiin myös kaikkiin kansallisen kynnsarvon ylittäviin hankintoihin⁴⁵.

ICT-hankinnat ovat arvoltaan *usein* yli edellä mainitun EU-kynnsarvon. Tämä tarkoittaa sitä, että olennaisia sopimusmuutoksia ei yleensä olisi mahdollista tehdä ICT-hankintojen hankintasopimukseen. ICT-hankintojen ollessa hyvin monimutkikkaita ja monisäikeisiä sekä muuttuvia, lisää sopimuksen muuttamisen kielto hankintojen valmisteluun haastavuutta, koska kaikki oleellinen tulisi osata ennustaa jo tarjouspyyntöasiakirjoja tehtäessä. Poikkeuksena tästä hankintalain 136 §:n 1 momentista on kuitenkin saman lainkohdan 2 momentti, jota käsitellään jäljempänä.

2.4. Olennainen sopimusmuutos

Sopimuksen muuttamisen kielto koskee tarkalleen ottaen vain olennaisia sopimusmuutoksia. Olennaisella sopimusmuutoksella tarkoitetaan sopimuksen muuttamista merkittävästi (vs. epäoleellinen). Olennainen sopimusmuutos on käsitteenä yleinen käsite kotimaisessa varallisuusosoikeudessa, kuten myös julkisten hankintojen yleisissä sopimusehdoissa (JYSE 2014). Olennaisesta sopimusmuutoksesta on erotettava olennaisen sopimusehdon muuttaminen. Näiden ero on siinä, että olennainen sopimusehto voi olla hyvin olennainen ehto sopimuksessa, mutta sen muuttaminen ei välttämättä vaikuta tai muuta sopimuksen luonnetta merkittävästi. Hankintalain olennaisella sopimusmuutoksella tarkoitetaan tilannetta missä tehdään sopimukseen olennainen muutos, riippumatta siitä kohdistuuko muutos olennaiseen vai muuhun ehtoon.⁴⁶

Sopimusmuutosta ja olennaisuutta on arvioitava tapauskohtaisesti. Tapauksen kokonaisarvioinnissa on huomioitava hankintamenettelyyn, sopimuksen osapuoliin ja sopimukseteko-olosuhteisiin liittyvät ominaisuudet ja erityispiirteet. Ja näihin liittyvä muutos on

⁴⁵ TEM 972/2019 s. 9.

⁴⁶ Pekkala 2017: 534-538.

arvioitava hankintalain periaatteiden avoimuuden ja yhdenvertaisuuden mukaisesti.⁴⁷ Muutoksen merkittävyyden arvioinnissa tulee huomioida myös sopimuksen luonne, sopimuskauden pituus sekä muutoksen tarpeen aiheuttaja sekä se, onko muutoksen aiheuttaja sopijapuoli vai ulkoinen olosuhde, kuten lainsäädännön muutos. Kun kyseessä ei ole sopijapuolten oma valinta muutoksen tekemiseen, tulisi muutoksen tekeminen olla sallitumpi. Sopimusmuutoksen tulisi olla sallitumpi myös silloin mitä pidempikestoisemmasta sopimuksesta on kyse tai jos kyse on muutoksesta, jota hankintayksikön ei olisi pitänyt pystyä ennakoimaan hankintaa kilpailuttaessa. Jos muutos tehdään hetki sopimusten allekirjoittamisen jälkeen, voidaan katsoa, että muutos ei ole yhtä sallittava, kun kesken sopimuskauden tehtävä, koska muutoksen kohde olisi pitänyt mahdollisesti jo tietää hankintaa kilpailuttaessa.⁴⁸

Hankintalain 136 §:n 1 momentti säätelee julkisten hankintojen olennaisesta sopimusmuutoksesta. Pykälän 1 momentti perustuu hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohtaan, missä on määritelty olennaisena sopimusmuutoksena pidetyt sopimukseen tehtävät muutokset. Jos sopimusmuutosta pidetään olennaisena sopimusmuutoksena, olisi sopimusmuutoksen sijaan ryhdyttävä uuteen hankintamenettelyyn. Pykälässä on määritelty erillinen luettelo olennaisista sopimusmuutoksista. Yleisenä pääsääntönä olennaiselle sopimusmuutokselle voidaan pitää muutosta, mikä merkittävästi muuttaa hankintasopimusta tai puitejärjestelyä niin, että sopimus olisi muutoksen jälkeen huomattavasti erilainen verrattuna alun perin tehtyyn sopimukseen.⁴⁹

Olennaisena sopimusmuutoksena hankintalain 136 pykälän 1 momentin mukaan;

”pidetään ainakin muutosta, jos:

- 1) muutoksella otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyt tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia;*
- 2) sopimuksesta tai puitejärjestelystä tulee muutoksen jälkeen taloudellisesti edullisempi sopimus-kumppanille sellaisella tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa tai puitejärjestelyssä ei ollut määritetty;*
- 3) muutos laajentaa sopimuksen tai puitejärjestelyn soveltamisalaa huomattavasti;*
- 4) sopimus-kumppani, jonka kanssa hankintayksikkö on alun perin tehnyt sopimuksen, korvataan uudella sopimus-kumppanilla.”*

⁴⁷ Castren 2014: 455.

⁴⁸ Poulsen: 171-173.

⁴⁹ HE 108/2016 s. 226.

Yllä olevan luettelon yhdenkin kohdan täytyminen tarkoittaa sitä, että kyseessä on olennainen sopimusmuutos ja tällöin hankintayksikkö ei lähtökohtaisesti saa sopimusta lähettä muokkaamaan vaan se johtaa uuteen hankintamenettelyyn. Jos muutos ei täytä näistä olennaisuuden tunnusmerkeistä mitään, voidaan sopimusta muuttaa vapaasti. 136 §:n 2 momentissa on kuitenkin vastaavanlainen luettelo tilanteista, joiden täytyessä hankintasopimusta voidaan muuttaa, vaikka kyseessä olisikin oleellinen sopimusmuutos. Tätä 136 §:n 2 momenttia käsitellään myöhemmin tässä tutkielmassa tarkemmin.

Luettelon *ensimmäistä* kohtaa avaa hyvin tapaus, joka on myös luonut raamit hankintasopimusten muuttamiselle. Tämä tapaus on Euroopan unionin tuomioistuimen 2014 vuoden *Succhi di Frutta* -tapauksen ratkaisu (C-496/99 P). Tapauksessa Euroopan komissio oli hankkinut maataloustuotteita eräiden Aasian maiden elintarvikkeiden saantiedellytysten parantamiseksi. Maataloustuotteista komissio antoi maksuna markkinoilta poisvietyjä muita elintarvikkeita, joille oli tarjousasiakirjoissa määritetty muuntokerroin. Sopimuskaudella komissio muutti sopimusta niin, että joitakin komission antamia elintarvikkeita korvattiin toisilla elintarvikkeilla, minkä myötä myös muuntokerrointa muutettiin. Unionin tuomioistuimen ratkaisun mukaan komission olisi avoimuusperiaatteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamiseksi pitänyt määrittellä tarjouspyyntöasiakirjoihin ehto tarjouspyynnössä esitettyjen elintarvikkeiden korvaamisesta toisilla elintarvikkeilla. Koska ehdot puuttuivat, olisi komission pitänyt järjestää uusi hankintamenettely. Tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että hankintaviranomainen ei voi sopimuksen tekemisen jälkeen tehdä muutosta tarjouspyyntöasiakirjojen merkittävään ehtoon, kuten tässä tapauksessa maksuehtoon.⁵⁰

Succhi di Frutta -tapauksessa tilaaja vaihtoi kesken sopimuskauden vastikkeensa toiseen eli toisesta elintarvikkeesta toiseen elintarvikkeeseen. Usein sopimuksissa käytetään vastikkeena rahaa, joten tätä voisi verrata siihen, että sopimuksessa on mainittu, että vastikkeena toimii raha ja valuuttana euro ja sitten sopimuskaudella sopimustoimittajan ostaa ulkomaalainen yritys ja valuutaksi muuttuu dollari. Oli sitten kyseessä euro tai dollari

⁵⁰ C-496/99 P, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan CAS *Succhi di Frutta SpA*, 29.4.2004.

valuuttana, ei se tee alkuperäistä tarjouspyynnöstä kiinnostavampaa tai vähemmän kiinnostavaa tarjoajien näkökulmasta. Mutta eri elintarvikkeiden saaminen vastikkeena voi vaikuttaa maataloustuotteita valmistavan yrityksen kiinnostukseen jättää tarjous, varsinkin kun kyseessä on markkinoilta poisviedyt elintarvikkeet. Tällöin tällä sopimusehdon muuttamisella voidaan olla katsoa olevan merkitystä ja sen olevan julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden, toimittajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vastaista.

Luettelon *toisessa* kohdassa olennaisena sopimusmuutoksena pidetään tilannetta, jossa sopimuksesta tulee sopijapuolelle taloudellisesti edullisempi sellaisella tavalla mitä ei alkuperäisessä sopimuksessa ole mainittu⁵¹. Lain esitöissä ei avata sitä, mitä taloudellisesti edullisemmalla tarkoitetaan. Hallituksen esitys kuitenkin tarkentaa, että sopijapuolella tässä tapauksessa tarkoitetaan toimittajaa, ei toimittajaa ja hankintayksikköä⁵². Taloudellisesti edullisemmalla voitaisiin tarkoittaa esimerkiksi sitä, että hankintayksikkö maksaa toimittajalle saman hinnan, vaikka toimittajan tarjoaman järjestelmän palvelualueetta pienennetään huomattavasti alkuperäisesti sovitusta.

Alkuperäisen sopimuksen rajaamisesta hyvänä esimerkkinä on tapaus (C-549/14 Finn Frogne) Tanskan poliisin hätäviestintäkeskuksen kilpailuttamasta kokonaisviestintäjärjestelmästä ja sen ylläpidosta. Sopimus oli arvoltaan 70 MEUR, josta noin 40 MEUR oli toimitettavan vähimmäisratkaisun arvo. Viestintäratkaisun toimituksessa tuli viivästyksiä ja toimitushäiriöitä. Sopijapuolet olivat erimielisiä toimituksen viivästymisen syistä ja syyllisistä, joten ajaututtiin riitatilanteeseen. Sopijapuolet halusivat välttää kalliin ja pitkän riitelyn tuomioistuimessa, joten he päätyivät sovintosopimukseen. Sovintosopimuksessa sovittiin, että sopimustoimittaja toimittaisi poliisille ainoastaan radioviestintäjärjestelmän, minkä arvo oli 4,7 MEUR. Lisäksi sovittiin, että poliisi ostaisi toimittajalta kaksi palvelinkeskusta, jotka oli alun perin kuulunut kokonaisviestintäjärjestelmän ylläpitoa varten. Jälkimmäisen arvo oli noin 6,7 MEUR. Sovintosopimus oli siis merkittävästi alkuperäistä hankintasopimusta suppeampi ja sovintosopimuksella kumpikin sopijapuoli

⁵¹ Pekkala 2017: 536

⁵² HE 108/2016 s. 227

mahdollisesti välttyisi suurilta tappioilta. Sovintosopimusta perusteltiin sillä, että sopijapuolien ei ole ollut tarkoitus neuvotella sopimuksen ehdoista ja että kyseessä on monimutkikas täytäntöönpanotapaus.⁵³

EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan (C-549/14), että hankintasopimuksen kohteen supistaminen sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen ei ole sallittua, koska muutos sopimuksen kohteessa olisi voinut tehdä hankinnan kilpailutuksen tuloksesta erilaisen, koska esimerkiksi tarjouksia olisi voinut tulla enemmän. EU-tuomioistuin totesi myös, että arvioinnissa ei ole väliä onko kyseessä ollut tarkoituksen mukainen sopimusehtojen uudelleen neuvottelu tai monimutkikas hankinta ja sen täytäntöönpano, koska hankintayksikön tämän tiedostaessa olisi tarjouspyyntöasiakirjoihin määriteltävä joustavuutta, jolloin sopimusehtoja olisi voitu vain suoraan noudattaa.⁵⁴

Luettelon *kolmannessa* kohdassa olennaisena sopimusmuutoksena pidetään tilannetta, jossa sopimuksen soveltamisalaa laajennetaan huomattavasti. Sopimuksen laajentaminen sopimuskaudella huomattavasti ilman, että siitä on mainittu tarjouspyyntöasiakirjoissa, on olennainen sopimusmuutos, koska tarjousasiakirjoissa on pitänyt jo määrittää kaikki sopimuksen keskeiset/oleelliset ehdot. Kielto sopimuksen laajentamiseen perustuu samaan syyhyyn kuin luettelon ensimmäisen kohdan kielto. Muutoksen myötä tehty sopimuksen laajuus olisi voinut vaikuttaa tarjouksien jättämisen halukkuuteen tai mahdollisuuteen eikä tarjousten vertailun lopputulosta olisi voitu tietää.⁵⁵ Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 10/2019 sopimuksen soveltamisalan laajentaminen yli kahden miljoonan euron edestä koskemaan suurempaa kohderyhmää, katsottiin sopimuksen soveltamisalan laajentamiseksi huomattavalla tavalla⁵⁶. Kun sopimuksen soveltamisalan laajentaminen huomattavasti on kiellettyä, voidaan tulkita kääntäen, että sopimuksen laajentaminen pienissä määrin olisi sallittua.

⁵³ C-549/14 Finn Frogne.

⁵⁴ C-549/14 Finn Frogne.

⁵⁵ Pekkala 2017: 536.

⁵⁶ KHO 2019:10.

Luettelon *neljännessä* kohdassa olennaisena sopimusmuutoksena pidetään sitä, että sopimus Kumppani vaihtuu kesken sopimuskauden.⁵⁷ Julkisten hankintojen kilpailutuksessa yksinkertaisuudessaan on kyse sopimus Kumppanin kilpailuttamisesta, joten jos sopimus Kumppanin vaihtaminen olisi sallittua, ei hankintayksikön tarvitsisi kilpailuttaa kuin yhden kerran tietty hankinta toistaiseksi voimassaolevaksi ja vaihtaa vain toimittajia sopimuskauden aikana, jos toimittaja ei enää miellytä. Tästä syystä sopimus Kumppanin vaihtumista sopimuskaudella ei voida pitää sallittavana. Hankintalain 136 §:n 2 momentti kuitenkin mahdollistaa sopijapuolen vaihtumisen näennäisesti, jos kyseessä on sopijapuolen sisäiset muutosjärjestelyt, kuten sopimus Kumppanin fuusioituminen toiseen yritykseen, jolloin sopimus Kumppanin voidaan sinänsä sanoa säilyvän, mutta sopimuksessa sopijapuoli vaihtuu.

Olennaisuuden tunnusmerkkiluettelo ei koske sopimus Kumppanin alihankkijaa, kunhan muutokset eivät vaikuta hankintamenettelyssä asetettujen vaatimusten täyttymiseen tai tarjousvertailun lopputulokseen.⁵⁸ Sopimus Kumppani voi esimerkiksi käyttää alihankkijaa vain pienissä määrin sopimusvelvoitteiden täyttämiseen tai alihankkijan rooli voi olla laaja ja merkittävä. Jos alihankkijan rooli on merkittävä, täytyy alihankkijan vaihdoksessa huomioida tarkemmin sopimusmuutoksen kielto ja olennaisuuden tunnusmerkistö. Wall AG:n ja Frankfurtin kaupungin (myöhemmin Wall AG -tapaus) välisessä kiistassa (EYT C-91/08) varsinainen sopimus Kumppani Wall AG tuotti todellisuudessaan Frankfurtin kaupungin palveluhankinnan alihankkijalla. Alihankkija vaihdettiin kuitenkin sopimuskaudella, joten sopimukseen tehtiin muutos alihankkijasta ja Frankfurtin kaupunki halusi neuvotella sopimuksesta uuden alihankkijan kanssa. EYT katsoi, että tässä Frankfurtin kaupunki oli toiminut väärin, sillä jos sopimuksen ehdoista ruvetaan neuvottelemaan, tulee julkisten hankintojen avoimuus- ja syrjimättömyysperiaatteiden mukaan neuvottelujen olla avoimia, joten sopimusneuvottelut olisi tullut avata muillekin tarjoajille ja uudelle kilpailutukselle.⁵⁹

⁵⁷ Pekkala 2017: 536.

⁵⁸ HE 108/2016 s. 226-227.

⁵⁹ EYT C-91/08.

Hankintayksikön kannalta on erittäin tärkeää tunnistaa, onko kyseessä olennainen sopimusmuutos vai ei. Uudelleen kilpailuttaminen voi olla hyvin pitkä prosessi, joten jos jo hyvän hankintasopimuksen uudelleen kilpailuttamiselta vältytään, säästetään aikaa ja rahaa.

Toisena sopimusmuutoksen olennaisuuden määrittävänä sekä olennaisuutta selventävänä ratkaisuna pidetään Unionin tuomioistuimen vuoden 2008 antamaa ratkaisua asiassa *Presstext Nachrichtenagentur GmbH (jatkossa Presstext) vastaan Itävalta (C-454/06)*. Tämä oikeustapaus on määritellyt EU-oikeudellisen normiston sille, mitä olennaisuudella ja olennaisella muutoksella tarkoitetaan julkisissa hankinnoissa.⁶⁰ Tapauksessa Itävallan liittovaltio oli tehnyt ennen liittymistään Euroopan unioniin toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen uutisten historia- ja tilastotietojen hyödyntämisestä valtion tarpeisiin. Itävallan liittyttyä Euroopan unioniin tuli sopimukseen tehdä valuutan euroksi muuttumisen myötä valuuttamuunnoskertoimen mukaisia muutoksia. Lisäksi sopimuksesta jouduttiin vaihtamaan hintojen muutosindeksi sekä korotettiin sähköisten tietokantojen käyttämistä koskevaa sopimuksen alennusprosenttia 15 prosentista 25 prosenttiin. Myös sopimus-kumppani korvattiin osin sisäisten muutosjärjestelyiden johdosta toisella oikeushenkilöllä.⁶¹

Ratkaisussa katsottiin, että hinnan valuuttamuunnokset ovat sallittuja ilman uudelleenkilpailuttamisvelvollisuutta, jos hintojen muutos on erittäin vähäinen ja objektiivisesti perusteltavissa (esimerkiksi valuuttamuunnosten laskutoimitusten yksinkertaistamisen vuoksi). Indeksiehdon muuttaminen oli myös sallittu, koska muutossyynä oli EU-lainsäädännön vaatimukset. Alennusprosentin korottaminen oli myös EU-lainsäädännön mukainen muutos, mutta siitä huolimatta se ei myöskään muuttanut sopimuksen taloudellista tasapainoa sopimus-kumppanin eduksi, minkä takia myös tämä muutos oli sallittu. Vaikka sopimuksen sopijapuolellakin tehtiin muutos, oli se sallittua koska muutokset johtuivat sopijapuolen sisäisistä muutosjärjestelyistä.⁶²

⁶⁰ Castrén 2014: 453.

⁶¹ C-454/06.

⁶² C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 19.6.2008.

3. SOPIMUSEHDOISSA MAINITTU MAHDOLLISUUS SOPIMUSMUUTOKSILLE JA LISÄTILAUKSILLE

Pääsääntöisesti hankintasopimuksessa on huomioitava kaikki sopimuskaudella tehtävät lisätilaukset ja mahdolliset muutokset. Tässä luvussa käsitellään alkuperäiseen sopimusehtoon perustuvaa sopimuskaudella tehtävää sopimusmuutosta sekä lisätilausta. Luvun tarkoituksena on avata myös sitä, miten sopimusehto tulisi kirjoittaa tai tulisi olla kirjoitettu, jotta sitä voidaan soveltaa sopimusmuutos tai lisätilaustarpeen tullessa.

3.1. Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos

Hankintalain 136 §:n 2 momenttiin on listattu lista ns. sallituista muutoksista hankintasopimukseen. Huomioitavaa on myös se, että pykälä koskee vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja sekä kansalliset kynnysarvot ylittäviä liitteen E mukaisia palveluhankintoja tai käyttöoikeussopimuksia.

2 momentin ensimmäinen kohta koskee sopimusmuutosta, josta on kirjoitettu jo alkuperäiseen sopimukseen. Ensimmäisen momentin ensimmäisen kohdan mukaan;

”hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä, jos:

1) se perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallisesta arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset, eivätkä ne muuta hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta”.

2 momentin ensimmäinen kohta eroaa momentin muista kohdista sillä, että se mahdollistaa sopimusmuutoksen tekemisen vain, jos siitä on mainittu jo sopimuksen ehdoissa (muut pykälän kohdat käsitelty luvussa 4.). Hankintalain 136 §:n 2 momentissa sanotaan, että poiketen siitä mitä pykälän 1 momentissa sanotaan oleellisen sopimusmuutoksen kiellosta, voidaan sopimukseen kuitenkin tehdä muutos näiden 2 momentin kohtien mu-

kaan. Tällaiset ehdot eivät kuitenkaan saa muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn *yleistä luonnetta* ja ne on pitänyt määritellä selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti jo tarjouspyynnössä niin, että kaikki ovat olleet tietoisia niistä osallistumisvaiheessa.⁶³

Edellä mainitulla hankintasopimuksen yleisen luonteen muuttamisella tarkoitetaan hankintasopimuksen muuttamista merkittävästi⁶⁴. Hankintasopimuksen kohdetta ei saa muuttaa esimerkiksi tavarahankinnasta palveluhankinnaksi tai hankittava tavara ei saa vaihtua, mutta ei myöskään hankintamäärää saa muuttaa merkittävästi⁶⁵.

Komission direktiivin tausta-asiakirjassa hankinnan yleistä luonnetta kuvataan seuraavanlaisesti:

”... there can be cases where even a relatively low-value modification turns the initial contract into "something completely different" (examples: the contracting authority decides to buy instead of leasing the fleet of service cars that it ordered or renounces the requirement that food supplies bought for public canteens must be organic food). In this case, other economic operators might have been interested in tendering for the contract had they known this change in content; exempting contracting authorities from the obligation to publish a new call for tender would not be appropriate.”⁶⁶

Sopimukseen sisällytettävistä muutosta koskevista sallituista ehdoista esimerkkinä olisi mm. tarkistuslausekkeet. Hankintadirektiivissä todetaan, että hankintayksiköillä tulisi olla mahdollisuus määrätä hankintasopimuksessa hankintasopimuskauden aikaisista muutoksista tarkistuslausekkeilla tai optioehdoilla (optioehto käsitellään tarkemmin kirjassa 3.2 Sopimusehtoon perustuva lisätilaus). Nämä lausekkeet eivät kuitenkaan saisi antaa rajatonta hankintavaltaa hankintayksiköille.⁶⁷ Hankintadirektiivin myötä hankintalaki mahdollistaa, että hankintasopimukseen voidaan kirjoittaa sopimusehtoja, joilla voidaan muuttaa sopimusta sopimuskaudella.⁶⁸ Tarkistuslauseke voi koskea esimerkiksi hintoja. Hintojen tarkastusehdolla voitaisiin sopimuskaudella tarkistaa esimerkiksi hintoja palvelujen tuottajahintaindeksin mukaisesti. Palvelujen tuottajahintaindeksillä kuvataan yritysten toisille yrityksille ja julkiselle sektorille tuottamien palvelujen hintakehitystä.

⁶³ HE 108/2016 vp s.228.

⁶⁴ KOM 0896/2011 lopullinen 20.12.2011: 20.

⁶⁵ Castren 2014: 463.

⁶⁶ KOM 0896/2011 lopullinen 20.12.2011: 18.

⁶⁷ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2014/24 L 94/87.

⁶⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2014/24 L 94/87 ja Pekkala 2017: 538-539.

Tällöin toimittajan antamassa tarjouksessa määriteltyjä hintoja voitaisiin sopimuskaudella muuttaa sen hetkisen indeksin mukaisesti, kun tarkastusehtoa käytetään ja on mahdollista käyttää.

Hankintalaissa ei ole asetettu sopimuksessa määritellyille tarkastuslausekkeille minkäänlaista rahallista arvorajaa. Muutoksen arvoa ei ole myöskään tarvinnut huomioida alkuperäisessä, tarjouspyynnössä mainitussa, hankinnan ennakoidussa arvossa, kuten suorahankinnalla tehtäviä lisätilauksia. Sopimukseen määriteltävät ehdot eivät saa olla liian epämääräisiä tai mielivaltaisia. Ehdot tulee määritellä selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti. Ehto ei myöskään saa muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta. Hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleisen luonteen muuttamisella tarkoitetaan esimerkiksi sitä, että jos sopimuksella on hankittu maksuliikennejärjestelmä, mutta ehto mahdollistaisi sen, että sopimusta muutetaankin koskemaan rekrytointijärjestelmää. Tällainen muutos vaatisi hankintasopimuksen muuttamista kokonaisvaltaisesti, joten alkuperäisen hankinnan yleinen luonne muuttuisi.

Hankintadirektiivin mukaan tarkistuslausekkeella tai optioehdoilla voidaan esimerkiksi varmistaa, että toimitettavat viestintälaitteet ovat edelleen sopivia teknologian kehittyessä sopimuskaudella. Tällöin sopimusehdolla varmistetaan, että protokollan vaihtuessa tai teknisten muutosten myötä viestintälaitteet ovat edelleen sopivia. Sopimusehdolla voitaisiin myös varmistaa, että käytön tai huollon aikana ilmenneiden teknisten vaikeuksien vuoksi hankintasopimukseen voidaan tehdä muutoksia. Lisäksi sopimukseen olisi mahdollista lisätä lauseke, jolla voidaan varmistaa julkisen palvelun jatkuminen mm. ylimääräisillä huoltotoimenpiteillä.⁶⁹

3.2. Sopimusehtoon perustuva lisätilaus

Hankintalain 41 § säätelee suorahankinnalla tehtävistä lisätilauksista nykyiseltä sopimus-kumppanilta sopimuskaudella. Säännös perustuu hankintadirektiivin 32 artiklan 3 kohdan

⁶⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2014/24 L 94/87 ja Pekkala 2017: 538-541.

b alakohtaan, 5 kohtaan sekä 72 artiklaan. Tätä säädöstä voidaan tulkita ja soveltaa suppeasti, samoin kuin muitakin suorahankinnan muotoja, joita käsitellään jäljempänä. Tästä syystä onkin syytä tarkastella ja avata sitä tarkemmin.

Hankintalain 41 §:n 2 momentti säätää sopimuskaudella tehtävistä, sopimusehtoon perustuvista lisätilauksista. Säädös koskee olemassa olevaa palveluhankintoja ja rakennusurakkasopimuksia. Säädöksen mukaan suorahankinta olisi mahdollinen

”kun kyseessä on alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä uusi rakennusurakkasopimus tai palveluhankinta, joka vastaa aikaisemmin tehtyä urakkaa tai palveluhankintaa”.

Säädöksen mukaisten lisätilusten soveltamisen edellytyksenä olisi se, että alkuperäisen hankinnan hankintailmoituksessa on mainittu mahdollisista myöhemmin sopimuskaudella tehtävistä suorahankinnoista. Lisäksi lisäpalvelun tai uuden rakennusurakan ennakoitu arvo on pitänyt ottaa huomioon jo alkuperäisen hankinnan kokonaisarvossa. Lisäurakoiden tai –palvelujen kokonaisarvolle hankintalaki ei aseta arvorajaa, joten voidaan katsoa, että lisätilaus voidaan tehdä sen arvosta riippumatta, kunhan se ei ylitä hankinnan kokonaisarvoa. Lisätilausehto on sopimusehto, jota hankintayksikkö voi halutessaan sopimuskaudella hyödyntää eli se ei sido kumpaakaan osapuolta.

Lisätilaus voidaan tehdä 41 §:n 2 momentin mukaisesti suorahankintana, koska sopimukseen sopimuskaudella tehtävät lisätilaukset on pitänyt kirjoittaa sopimukseen lisätilausehtoina sekä arvioida hankinnan kokonaisarvoa laskettaessa. Lisätilausehto kirjoitetaan sopimukseen optioehtona tai tarkistuslausekkeella. Lisätilausehto ei saa olla liian yleisellä tasolla kirjoitettu ja täsmentämätön. Lisätilausehto tulisi olla ennalta määritelty ajallisesti ja sisällöllisesti mahdollisimman tarkasti, jotta tarjoajien tasapuolinen asema säilyisi. Hankintadirektiivissä todetaan, että hankintayksiköillä tulisi olla mahdollisuus määrätä hankintasopimuksessa sopimuskauden aikaisista muutoksista esimerkiksi optioehdoilla. Nämä lausekkeet eivät kuitenkaan saisi antaa rajatonta harkintavaltaa hankintayksiköille.⁷⁰

⁷⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2014/24 L 94/87.

ICT-hankinnoissa lisätilausehto näkyy mm. tietojärjestelmähankintojen sopimuksissa asetettuihin optioihin, joilla voidaan sopimuskaudella laajentaa tietojärjestelmän toiminnallisuuksia tai käyttäjämäärää päätelaitelisenssien lisähankinnalla. Lisätilaus -käsitettä käytetään tietojärjestelmäpalveluhankinnoissa silloin, kun lisätilaus perustuu hankintasopimukseen, jossa on jo sovittu hinnoista, joita noudatetaan, jos hankintayksikön/tilaajan tietojärjestelmän määrityksiin tulee muutoksia. Rajapinta siitä, onko kyseessä sopimusmuutos vai suora hankintana tehtävä lisätilaus on näissä tapauksissa häilyvä. Lisätilauksissa voidaan soveltaa joissakin tapauksissa 41 §:n 2 momentin lisäksi myös hankintalain 136 §:n 2 momentin 1 kohtaa, joka käsiteltiin edellä (3.1 Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos).

Sopimukseen sisällytetyllä optioehdolla myös jatkaa sopimuskautta. Sopimuksessa on voitu määritellä esimerkiksi, että sopimusta on mahdollista jatkaa 1 + 1 optiovuodella, joka tarkoittaa sitä, että sopimusta voidaan jatkaa ottamalla yksi optiovuosi kerrallaan käyttöön ennen alkuperäisen sopimuskauden päättymistä.

Hankintalain 41 § 2 momenttiin perustuva suora hankinta voidaan tehdä enintään kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.⁷¹ Unionin tuomioistuimen tapaus (C-385/02) *Komissio vs. Italia* (EU:C:2004:522) selventää säädöksen kolmen vuoden aikarajaa suora hankinnan tekemiselle. Tuomioistuin toteaa tapauksessa, että kolme vuotta lasketaan siitä hetkestä, kun sopimus tehtiin, eikä esimerkiksi hetkestä jolloin sopimuksen mukainen rakennustyö valmistui.⁷²

Sopimukseen ei saa asettaa sellaista optioehtoa, että sopimuskaudella saatetaan laajentaa sopimusta huomattavasti suuremmalla määrällä, kuin mitä alkuperäisessä sopimuksessa on ilmoitettu ja sovittu. Tällöin myös mm. hankintasopimuksen arvo kasvaisi hankinnan laajuuden muuttamisen myötä. Hankinnan arvo tai laajuus ei saa muuttua sopimuskaudella merkittävässä määrin.

⁷¹ HE 108/2016 vp s.137.

⁷² EU:C:2004:522

Vanhan hankintalain aikaan tehdyssä markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 629/2016 todetaan option käyttöönotosta, että hankintayksikön tulee huomioida päätöstä tehdessään alkuperäisen tarjouspyynnön vaatimukset ja vertailuperusteet, eikä se voi vedota option käyttöönotossa asioihin mitä ei vaatimuksissa tai tarjousten vertailussa alkuperäistä hankintapäätöstä tehdessäkään huomioitu. Ratkaisussa oli kyse yhden optiovuoden käyttöönotosta niin, että hankintayksikkö oli valinnut vain toisen sopimustoimittajan sopimuskauden aikaisen asiakastyytyväisyyden perusteella optiovuodelle. Markkinaoikeus katsoi, että hankintayksikkö ei voi vedota optiopäätöksessä asiakastyytyväisyysperusteeseen, ellei se ole toiminut vertailuperusteena jo tarjouksia vertaillessa.⁷³

3.3. Säännösten päällekkäisyys ja olennaiset erot

Selvennykseksi todettakoon, että sopimusmuutoksia koskeva hankintalain 136 §:n toisen momentin ensimmäinen kohta ja suora hankintaa koskeva 41 §:n toinen momentti vastaavat toisiaan hyvin paljon ja tuovatkin soveltamistilanteisiin käytännön haasteita. Esimerkiksi edellisessä kappaleessa 3.1 käsitelty option käyttöönottohan on suora hankintaa, mikä perustuu sopimusehtoon. Siinä hankitaan jotain lisää kilpailuttamatta hankintaa.

Lain kohtien tarkat sanamuodot:

136 § 2 mom. 1) ”se perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallisesta arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset, eivätkä ne muuta hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta”.

41 § 2 mom. ” ... kun kyseessä on alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä uusi rakennusurakka-sopimus tai palveluhankinta, joka vastaa aikaisemmin tehtyä rakennusurakkaa tai palveluhankintaa. Edellytyksenä on, että alkuperäistä hankintaa koskevassa hankintailmoituksessa on mainittu mahdollisesta myöhemmästä suorahankinnasta ja että lisäpalvelun tai uuden rakennusurakan ennakoitu arvo on otettu huomioon laskettaessa alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvoa. Suorahankinta voidaan tehdä enintään kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.”

Pykälät eroavat toisistaan neljällä olennaisella erolla. Ensimmäinen olennainen ero on määräaika lisätilauksen tekemiselle. Hankintalain 41 §:n toista momenttia koskee lisä-

⁷³ MAO 629/2016

edellytys suorahankinnan tekemisen määräajalle ja lisätilaus on ”tehtävä viimeistään kolmen vuoden päästä sopimuksen tekemisestä”. Lisäksi hankintalain mukaan 41 § 2 momentti koskee julkisille hankinnoille asetetuista kynnysarvoista kansallisia sekä EU-kynnysarvot ylittäviä palveluhankintoja ja rakennusurakoita, mutta 136 § koskee vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja sekä kansalliset kynnysarvot ylittäviä liitteen E mukaisia palveluhankintoja tai käyttöoikeussopimuksia. 136 §:n 2 momentin ensimmäisessä kohdassa puhutaan myös, että sopimukseen kirjattu ehto ei saa muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta. Tästä ei varsinaisesti ole mainittu 41 §:n 2 momentissa. Vastaavaksi säännökseksi voidaan kuitenkin tulkita pykälässä mainittu säännös siitä, että lisätilauksen tulee vastata aikaisemmin tehtyä.

Kolmantena merkittävänä erona on se, onko lisätilauksen arvo pitänyt ilmoittaa ja arvioida jo hankinnan ennakoidussa arvossa. Suorahankintaa koskevaa 41 §:n toista momenttia voidaan soveltaa tilanteissa, missä sopimuksen alkuperäisessä arvossa on jo arvioitu lisätilausten arvot. Sopimuskaudella kaikki hankintaan kuuluvat kustannusten tulee sisältää myös kaikki tällaiset 41 §:n toisen momentin mukaiset lisätilaukset, mutta yksittäisen lisätilauksen arvoa ei ole rajattu. 136 §:n toisen momentin ensimmäistä kohdan mukaiselle lisätilauksen arvolle ei myöskään ole asetettu arvorajaa, mutta erona on se, että lisätilausten arvoa ei ole pitänyt ennakoida hankinnan ennakoidussa arvossa. Lisätilauksista on ainoastaan pitänyt mainita.

Neljäs olennainen ero on siinä, että hankintailmoituksessa ”lisähankinta -kohdassa” mainitaan sopimuskaudella 41 §:n 2 momentin mukaisella suorahankinnalla tehtävät lisätilaukset, kuten järjestelmän käyttäjäryhmien laajentamiset. Muualla hankintailmoituksessa mainittuja mahdollisuuksia esimerkiksi kehittämiseksi, pidetään 136 §:n toisen momentin ensimmäisen kohdan mukaisina sopimusmuutoksina.

EU:n komissio on ottanut kantaa näiden kahden pykälän päällekkäisyyteen. Komission tulkinnan mukaan nämä ovat keskenään kaksi eri asiaa ja ovat voimassa rinnakkain, joten hankintayksikkö voi tapauskohtaisesti päättää kumpaa säännöstä se soveltaa.⁷⁴

⁷⁴ KOM 0896/2011 lopullinen 20.12.2011: 64-66 ja 100-101

4. SOPIMUSEHTOON PERUSTUMATON SOPIMUSMUUTOS JA LISÄTILAU- LAUS SEKÄ SUORAHANKINTA

Hankintalaki mahdollistaa erityistilanteissa sopimusmuutoksen tekemisen ja lisätilauksen tekemisen, vaikka sitä ei olisi osattu ennustaa tai määritellä etukäteen hankintailmoituksessa ja hankintasopimuksessa. Tässä luvussa käsitellään ensimmäisenä mahdollisuutta tehdä sopimusmuutos hankintasopimukseen, vaikka kyseessä olisikin aiemmin tässä tutkielmassa käsitelty 136 § 1 momentin mukainen oleellinen sopimusmuutos. ICT-hankintojen, kuten järjestelmien, sopimuksessa ennakoimattomat lisätilaukset perustuvat useimmiten teknisiin ongelmiin ja syihin, joten luvussa käsitellään lisätilauksen tekemistä hankintalain teknisiin syihin kohdistuvia säädöksiä (136 § 2 momentin 2 kohta, 40 § 2 momentin 2 kohta ja 41 § 1 mom.). Samaisesta syystä erotan 136 §:n 2 momentin 2 kohdan käsittelyn erilliseksi muista toisen momentin kohdista, korostaakseni sen lisätilausmainintaa, ja koska on syytä avata sen tulkintaa yhdessä suorahankintaa koskevien pykälien kanssa. Tämän jälkeen käsitellään näiden pykälien säännösten päällekkäisyyttä. Luvun lopussa käsitellään yleisesti suorahankinnan tekemistä, jotta lukija saa perustiedot suorahankinnasta, mutta myös siksi, että nämä 40 pykälässä kuvatut suorahankinnan mahdollistavat tekijät voivat yhtälailla toimia perusteluina lisätilauksen tekemiselle.

4.1. Sopimusehtoon perustumaton sopimusmuutos

Hankintalain 136 §:n 2 momentin erityispiirre on siinä, että sen kohtia voidaan soveltaa, vaikka muutos olisikin 1 momentin mukainen ja luvussa 2. käsitelty olennainen sopimusmuutos. Hankintalain 136 §:n 2 momentin mukaan hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos, vaikka ehdosta ei olisi mainittu sopimuksessa, ilman uutta hankintamenettelyä, jos

- (momentin kohta 2) ”alkuperäisen sopimuskumppanin on tarpeen suorittaa lisätoita tai -palveluja taikka ylimääräisiä tavarantoimituksia, jotka eivät sisältyneet alkuperäiseen sopimukseen, ja jos sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista taloudellisista tai teknisistä syistä ja aiheuttaisi merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä hankintayksikölle”;
- (momentin kohta 3) ”muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen”;

- (momentin kohta 4) ”alkuperäinen sopimuskumppani korvataan uudella sopimuskumppanilla 1 kohdan mukaisella yksiselitteisellä sopimuksen muuttamista koskevalla ehdolla tai alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy yhtiön rakennejärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisten ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena kokonaan tai osittain toiselle toimittajalle, joka täyttää alun perin vahvistetut laadulliset soveltuvuusvaatimukset edellyttäen, ettei tästä aiheudu muita olennaisia muutoksia sopimukseen eikä tällä pyritä kiertämään tämän lain soveltamista”;
- (momentin kohta 5) ”kyse on sellaisesta vähäarvoisesta sopimusmuutoksesta, joka alittaa liitteessä E tarkoitettuja palveluja koskevista hankinnoista sekä käyttöoikeussopimuksissa kansalliset kynnysarvot tai muissa hankinnoissa EU-kynnysarvot eikä vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen”.

Momentin ensimmäinen kohta on jätetty listasta pois, koska sen edellytyksenä on, että muutoksesta on mainittu sopimuksessa ja täten se on käsitelty luvussa 3. *Sopimusehdoissa mainittu mahdollisuus sopimusmuutoksille ja lisätilauksille*. Momentin toista kohtaa käsitellään laajemmin ja erikseen omassa kappaleessaan 4.1. *Lisätilaus sopimusmuutoksella*.

4.1.1. Ennakoimaton sopimusmuutos

Hankintalain 136 § 2 momentin 3 kohdassa sanotaan, että sopimusmuutos voidaan tehdä, jos sopimukseen tehtävän muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen (yleistä luonnetta käsitelty kappaleessa 3.1 Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos) voidaan sopimukseen tehdä muutos. Hankintalain 136 pykälän 3 momentti tuo vielä lisäedellytyksenä muutoksen tekemiseen sen, että muutoksen arvo ei saa olla enemmän kuin 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Kun muutoksia tehdään peräkkäin, arvioidaan kuitenkin jokaista muutosta itsenäisenä⁷⁵.

Se mitä ennalta arvaamattomilla olosuhteilla tarkoitetaan, ei ole määritelty hankintalaissa tai oikeuskäytännössä vielä kovinkaan kattavasti. Hankintadirektiivin johdanto-osan mukaan ennalta arvaamattomilla olosuhteilla viitataan tilanteisiin, joita hankintayksikkö ei olisi voinut huolellisesta valmistelusta huolimatta tietää tai ennakoida tapahtuvan, ottaen

⁷⁵ Pekkala: 542-543.

huomioon hankintayksiköiden käytettävissä olevat resurssit ja keinot hankinnan valmistelussa⁷⁶. Kuten aiemmin on todettu 136 § vastaa jossain määrin vanhan ja uuden hankintalain suora hankinnan pykälää. Vanhan hankintalain 27 pykälän 3:n kohdan suora hankintaperusteena oli

”hankintayksikkö voi valita suora hankinnan, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi”.

Tähän suora hankintaperusteeseen kohdistuvia tuomioistuimen ratkaisuja voi varmasti jossain määrin käyttää *ennalta arvaamattomien olosuhteiden* määritelmää tulkitsemiseen, sillä suora hankintaperusteiden täyttymistä, kuten hankintayksiköstä riippumattomasta kiirettä, on käsitelty paljon sekä kansallisesti että EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä⁷⁷. Vanhan hankintalain esitöissä HE 50/2006 mainitaan, että ennalta arvaamattoman kiireen syy tulee;

- johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä
- sen tapahtua äkillisesti
- olla sellainen, jota hankintayksikkö ei olisi voinut ennakoita⁷⁸

Oleellista on, että syyt ennalta arvaamattomien olosuhteiden muodostumiseen tulee hankintayksikön ulkopuolelta. Esimerkiksi lain muuttuminen on tästä hyvä esimerkki. Siihen hankintayksikkö ei voi vaikuttaa tai valita noudattaako sitä vai ei. Seuraavissa markkinaoikeuden tapauksissa puhutaan oikeudesta tehdä suora hankinta, mutta oikeutta suorahankinnalle perustellaan hankintayksiköstä riippumattomasta ja ennalta arvaamattomalla syyllä, joten tapaukset avaavat hyvin tätä hankintalain 136 §:n toisen momentin kolmatta kohtaa.⁷⁹

Markkinaoikeuden tapauksessa (MAO 372-373/07) hankintayksikkö oli joutunut keskeyttämään potilassiirtokuljetusten hankinnan tarjousten saamisen jälkeen hankintayksiköstä johtumattomasta syystä. Keskeytyksen tuoma viivästys ja kiire hankinnan kilpai-

⁷⁶ KOM 0896/2011: kohta 46

⁷⁷ Halonen: 38 ja Pekkala: 543.

⁷⁸ HE 50/2006 vp s. 77.

⁷⁹ Pekkala: 543.

luttamiseen johti siihen, että hankintayksikkö oli oikeutettu tekemään kiireellisen hankinnan väliaikaisesti suorahankintana, koska hankintayksikkö oli aloittanut hankinnan kilpailuttamisen ajoissa. Suorahankinnan perusteena oli hankintayksiköstä riippumaton ennalta arvaamaton syy ja sen myötä kiire.⁸⁰ Sopimusmuutoksen tekemiseen markkinaoikeuden ratkaisua voitaisiin soveltaa niin, että hankintayksiköllä on mahdollisuus jatkaa vanhan sopimuksen sopimuskautta väliaikaisesti, jos hankintayksikkö kilpailuttaa sopimusta uudelleen, mutta joutuu keskeyttämään sen hankintayksiköstä johtumattomasta syystä. Muutos vanhaan sopimukseen olisi aiheellinen varsinkin silloin, kun sopimuksen päättymisen johtaisi epämieluisaan tai mahdottomaan tilanteeseen, jonka vuoksi palvelun tai tavaran saaminen on ehdottoman välttämätöntä. Hankinnan tulee siis olla myös ehdottoman välttämätöntä. Korkeimman hallinto-oikeus katsoi tapauksessa KHO 30.3.2000 taltio 650, että suorahankinta oli sallittu, koska koulutoimen ja sosiaali- ja terveystoimen kuljetusten järjestäminen kuului kaupungin lakisääteisiin tehtäviin ja hankinnan tekeminen oli näin ollen ehdottoman välttämätöntä⁸¹.

Ennalta arvaamattomana ja hankintayksiköstä ulkopuolisena syynä ei voida pitää tilannetta, jossa hankintayksikkö on tehnyt markkinakartoitusta ja käynyt neuvotteluita toimittajien kanssa hankinnasta, mutta pitkien neuvottelujen takia hankintaa ei ehditäkään kilpailuttamaan esimerkiksi ennen, kun vanha sopimus lakkaa. Markkinaoikeuden tapauksessa (MAO 307-309/11) hankintayksikkö oli hankkinut sosiaali- ja terveystoimen suorahankintana, koska aiempi sopimus oli loppumassa hankintayksikön mielestä aiemmin, kun uusi hankinta saataisiin kilpailutettua. Hankintayksikkö oli kuitenkin aloittanut neuvottelut sosiaali- ja terveystoimen tuottavan yrityksen kanssa hyvissä ajoin ennen vanhan sopimuksen päättymistä. Hankintayksikkö perusteli neuvotteluja nykyisissä sosiaali- ja terveystoimen palveluissa ilmenneen ongelman ratkaisemiseksi. Neuvottelut olivat kuitenkin kestäneet lähes vuoden ajan ja hankintayksikkö oli tehnyt päätöksen palveluiden tuottamisesta neuvottelujen käymänsä yrityksen kanssa yli neljä ja puoli kuukautta ennen kuin palveluiden tuottaminen alkaisi. Markkinaoikeus totesi, että

”hankintayksiköllä olisi vallitsevassa tilanteessa ollut hankintayksiköstä riippumaton, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutunut äärimmäinen kiire,

⁸⁰ MAO 372-373/07.

⁸¹ KHO 30.3.2000 taltio 650

joka olisi oikeuttanut suorahankintana hankkimisen.⁸² Hankintayksiköllä on ollut pitkään tiedossa ja suunnitteilla sosiaali- ja terveystalouden palvelujen hankinnan uudelleen kilpailuttamisen tarve. Se, että hankintayksikkö ei ole kilpailuttanut hankintaa ajoissa, on johtunut heistä itsestään, eikä tästä syystä voida katsoa olevan ennalta arvaamaton.

Markkinaoikeuden tapauksessa (MAO 424/09) ennalta arvaamattomana syynä kiireeseen ei pidetty myöskään tilannetta, jossa vakuutusyhtiön ehdot vakuutuskorvausten saamiseen toivat paineita uimahallin valmistumisen ajankohdalle. Tapauksen taustalla on vanhan uimahallin palamisen ja sen myötä saatujen vakuutuskorvausten saamisen määräaika oli kaksi vuotta. Hankintayksikkö hankki uimahallin suunnittelijat suorahankintana, perustellen kiirettä. Markkinaoikeus toteaa tapauksen ratkaisussa,

”ettei tilannetta voida pelkästään vakuutuskorvauksen kahden vuoden pituisen määräajan vuoksi pitää hankintayksikön kannalta hankintalain 27 §:n 3 kohdan tarkoittamalla tavalla ennalta arvaamattomana” (huom. vanha hankintalaki).⁸³

Myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen muutamassa jo vanhemmassa tapauksessa on käsitelty kiireen edellytyksiä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tapauksessa C-24/91 komissio vs. Espanja oli kyse yliopiston lisärakennuksen rakennusurakan suorahankinnasta. Suorahankintaa ja ennalta arvaamatonta kiirettä perusteltiin yliopiston opiskelijamäärän kasvulla ja lukuvuoden alkamisella. Vetoamista säännökseen ei kuitenkaan katsottu oikeutetuksi, koska opiskelijamäärän kasvu ja lukuvuoden alkua ei voida katsoa ennalta arvaamattomaksi tilanteeksi tai ainakin yliopiston tulisi osata varautua näihin aloittamalla kilpailutus tarpeeksi ajoissa.⁸⁴ Toisessa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tapauksessa C-107/92 komissio vs. Italia oli kyse maanvyöryyteen rakentamisesta alueelle, jolla maanvyöryjen uhka on yleinen ja pysyväisluonteinen. Suorahankinnan tekeminen perustuen ennakoimattomaan kiireeseen ei ollut oikeutettu, koska vaikka yksittäinen maanvyöry olisikin ennakoimaton, olisi hankintayksikön pitänyt osata ennakoita maanvyöryyesteiden rakentaminen.⁸⁵

⁸² MAO 307-309/11.

⁸³ MAO 424/09.

⁸⁴ C-24/91 komissio vs. Espanja.

⁸⁵ C-107/92 komissio vs. Italia.

Toisin kuin ennakoimattoman olosuhteen muutos, on sopimusmuutoksen arvon laskeminen ja tulkitseminen helpompaa. Sopimuksen arvo ei saa muutoksen myötä nousta enempää kuin 50 prosenttia alkuperäisen hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn arvosta. Kuten aiemmin todettiin, muutoksien arvo lasketaan aina alkuperäisen sopimuksen arvosta, joten aiemmin tehtyjä sopimusmuutoksia ei lasketa arvoon mukaan. Tämä siis tarkoittaa sitä, että muutoksen enimmäisarvo ei voi nousta sopimuskaudella niin, että aina seuraavan sopimusmuutoksen enimmäisarvo voisi olla enemmän kuin edellisen. Muutoksia voidaan kuitenkin tehdä edellytysten täytyttyä ennakoimattomille olosuhdemuutoksille niin paljon kuin halutaan, koska hankintalaki ei ole asettanut numeerista kattoa muutoksille. Sopimusmuutoksen arvoa laskiessa on otettava huomioon sopimukseen sisältyvät mahdolliset indeksilausekkeet. Hankintalain 136 §:n 5 momentissa sanotaan, että ”*hinnan laskemista varten tarkistettu hinta on viitearvo*”. Tämä tarkoittaa sitä, että muutoksen arvoa laskiessa sopimuksessa sovellettavaksi hinnoiksi ei katsota sopimuksen alkuperäisiä hintoja, vaan indeksilausekkeella tarkistettuja eli korotettuja hintoja.⁸⁶

Järjestelmäsopimuksen ollessa esimerkiksi 560 000 euron suuruinen, voi muutoksen arvo ennakoimattomissa olosuhteissa olla enintään 280 000 euroa. Lisäksi myös seuraavan muutoksen arvo voi olla 280 000 euroa. Ennakoimattomasta sopimusmuutostilanteesta esimerkkinä voisi olla esim. tilanne, missä lainsäädännöllä hankintayksikön vastuulle tai vastuulta siirrettäisiin jokin toiminto pois, jonka myötä järjestelmän käyttäjävolyymit nousisivat tai laskisivat. Kun sopimusmuutoksen arvo on edellä esitetyn tavoin alle 50 prosenttia alkuperäisen hankintasopimuksen ennakoidusta arvosta, huomioiden hinnantarkistukset, voidaan sopimusmuutos tehdä soveltaen 136 § 2 momentin 3 kohtaa.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 3 kohdan mukaisesta muutoksesta on aina julkaistava hankintailmoitus eli ns. sopimusmuutosilmoitus.

⁸⁶ Pekkala: 543-544.

4.1.2. Sopimuskumppanin muutos

Hankintalain 136 § toisen momentin neljäs kohta on poikkeus hankintalain 136 §:n 1 momentin neljännestä kohdasta. Ensimmäisen momentin neljäs kohta pitää sopimuskumppanin vaihtamista oleellisena ja kieltää sopimuskumppanin vaihtamisen sopimuskaudella, kun taas toisen momentin neljäs kohta antaa sopimuskumppanin vaihtamiseen mahdollisuuden tietyissä tilanteissa. Sopimuskumppanin vaihtaminen on 2 momentin 4 kohdan mukaan mahdollista, jos sopimuskumppanin vaihtamisesta on sovittu momentin 2 kohdan 1⁸⁷ mukaisesti yksiselitteisesti sopimusehdoissa.

Sopimuskumppanin vaihtaminen on mahdollistettu myös silloin kun alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy yhtiön rakennejärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisten ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena kokonaan tai osittain toiselle toimittajalle. Uuden toimittajan on täytettävä tarjoajalle alkuperäisesti asetetut laadulliset valintaperusteet eli soveltuvuusvaatimukset. Toimittajavaihdoksen takia sopimuksen muuhun sisältöön ja ehtoihin ei saa tehdä olennaisia muutoksia. Toimittajavaihdoksella ei myöskään saa pyrkiä kiertämään hankintalain soveltamista. Näillä tarkoitetaan käytännössä esimerkiksi sitä, että hankintayksikkö vaihtaisi sopimustoimittajaa kilpailuttamatta halvemman hinnan vuoksi ja kiertäisi näin kilpailuttamisvelvollisuuden. Huomioitavaa ja oleellista on, että toimittajavaihto koskee nimenomaan vain alkuperäisen sopimuskumppanin aseman muutoksien vuoksi tehtäviä muutoksia, jolloin hankintayksikkö ei pysty uutta sopimustoimittajaa valitsemaan itse.⁸⁸

Lainkohtaan on lisätty myös mahdollisuus sopimustoimittajan vaihtoon, kun yritys joutuu maksukyvyttömyyden vuoksi konkurssiin. Maksukyvyttömyys ei johda aina konkurssiin, mutta siihen johtaessaan, on konkurssipesällä oikeus jatkaa konkurssiin asetetun yrityksen toimintaa. Konkurssista säädetään konkurssilaisissa (120/2004). Konkurssipesän pe-

⁸⁷ Hankintalain 136 § 2 momentti 1 kohta: se perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallista arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset, eivätkä ne muuta hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta.

⁸⁸ Pekkala: 544-545.

sänhoitajan on ilmoitettava hankintayksikölle, että konkurssipesä aikoo käyttää sijaantuloa ja jatkaa sopimusta. Jos ilmoitusta ei tehdä, on hankintayksiköllä oikeus purkaa hankintasopimus. Uuden sopimustoimittajan on tässäkin tapauksessa täytettävä sopimus-kumppanille asetetut laadulliset ja muut vaatimukset (soveltuvuus yms.), jotta toimittaja voi ylipäättään toimia sopimustoimittajana. Jos nämä ehdot eivät täyty, tulee hankintasopimus hankintalain mukaan irtisanoa ja konkurssilain mukaan purkaa.⁸⁹

Hankintasopimus on voitu tehdä myös useamman toimittajan ryhmittymänä. Tällöin useamman toimittajan ryhmittymä on jättänyt yhteisen tarjouksen tarjouspyyntöön ja jokainen ryhmittymän jäsen vastaa omasta osastaan tarjousta ja näin ollen myös hankintasopimusta. Jos ryhmittymän jäsen todetaan maksukyvyttömäksi, on ryhmittymän muiden jäsenten pystyttävä täyttämään alkuperäiset laadulliset valintaperusteet, edellyttäen, että siitä ei aiheudu muita merkittäviä muutoksia hankintasopimukseen. Muutoin hankintasopimus on irtisanottava. Katsoisin, että olisi myös mahdollista, että konkurssiin menneen ryhmittymän jäsenen konkurssipesä voisi myös ottaa hoitaakseen osan hankintasopimuksesta, kunhan laadulliset valintaperusteet täyttyvät⁹⁰.

Hankintadirektiivin johdanto-osan mukaan hankintayksikölle on annettava mahdollisuus tehdä muutoksia myös sopimus-kumppaniin silloin, kun kyseessä on yrityksen rakenteelliset muutokset.⁹¹ Jos muutoksen tekemistä ei mahdollistettaisi, se kuormittaisi turhaan hankintayksikön hankintasopimusten kilpailuttamista, kun hankintasopimus jouduttaisiin aina kilpailuttamaan uudestaan, kun sopimus-kumppanin yrityssuhteissa tapahtuu muutoksia. Varsinkin kun sopimuksessa on useampia toimittajia, olisi kaikille osapuolille turhauttavaa, jos sopimus jouduttaisiin kilpailuttamaan uudestaan vain yhden sopimustoimittajan yritysjärjestelyiden vuoksi.

⁸⁹ Pekkala: 545-546.

⁹⁰ Pekkala: 546.

⁹¹ EU 24/2014: 87.

4.1.3. Vähäarvoinen sopimusmuutos

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 5 kohdassa mahdollistetaan sopimusmuutoksen tekeminen, kun kyseessä on vähäarvoinen sopimusmuutos. Voidaan myös puhua sopimuksen arvon vähäisestä muutoksesta. Aiemmin käsiteltiin sopimuksen yleisen luonteen muuttamista (yleistä luonnetta on käsitelty luvussa 3.1. Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos) ja sitä, että muutos ei koskaan saa muuttaa sopimuksen yleistä luonnetta. Sopimusmuutos voidaan siis tehdä, kun muutos ei vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen ja kyseessä on vähäarvoinen muutos. Vähäarvoisena sopimusmuutoksena pidetään sellaista muutosta minkä arvo alittaa;

- kansallisen kynnsarvon ja on liitteessä E tarkoitettu palveluhankinta tai käyttöoikeussopimus tai
- EU-kynnsarvon ja on muu kuin edellä mainittu hankinta.

Lisäksi 136 §:n 4 momentissa on lisäedellytys vähäarvoiselle sopimusmuutokselle. Lisäedellytyksenä on se, että muutoksen tulee olla arvoltaan pienempi kuin 10 prosenttia alkuperäisen palvelu- tai tavarahankintasopimuksen tai palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen arvosta (rakennusurakkasopimuksissa ja käyttöoikeusurakoissa 15 prosenttia pienempi). 10 tai 15 prosentin muutoksen arvo alkuperäisestä sopimuksesta on ns. muutoksen arvon maksimi. Toisin sanoen sopimukseen tehtävien muutosten arvo saa yhteensä olla enintään 10 tai 15 prosenttia. 136 §:n 4 momenttiin tämä on kirjoitettu niin, että jos muutoksia tehdään peräkkäin useampia, lasketaan muutosten arvo kumulatiivisen nettoarvon perusteella.⁹²

Toisin sanoen järjestelmää koskevan sopimuksen vähäarvoisen sopimusmuutoksen arvo ei saa olla yli EU-kynnsarvon. Lisäksi se ei saa olla 10 prosenttia enempää sopimuksen alkuperäisestä hinnasta. Otetaan esimerkki, jossa sopimuksen alkuperäinen arvo olisi 560 000 euroa. Sopimukseen tehtävien muutosten arvo ei saa yhteensä ylittää EU-kynnsarvoa eikä 10 prosenttia. Näitä noudattaen voisi sopimukseen tehdä yhteensä enintään

⁹² Pekkala: 547.

56 000 euroa maksavan muutoksen. Tällöin arvoa rajaava ja määrittävä tekijä on 10 prosentin sääntö.

Jos sopimuksen arvo olisi 3 milj. euroa, olisi muutosten arvoa rajaavana tekijänä EU-kynnysarvo, koska 10 prosenttia 3 milj. eurosta on jo 300 000 euroa. Enimmäisarvoinen muutos 3 milj. järjestelmäsopimukseen olisi näin ollen EU-kynnysarvo, joka on tällä hetkellä 221 000 euroa. Jos ensimmäinen sopimukseen tehtävän muutoksen arvo olisikin vain 100 000 euron arvoinen, voisi seuraavan muutoksen arvo olla enimmillään 121 000 euroa.

Kuten hankintalain 136 §:n toisen momentin kolmannessa kohdassakin, on myös momentin viidennessä kohdassa todettu, että sopimusmuutoksen arvoa laskiessa on huomioitava mahdolliset sopimukseen sisällytetyt indeksilausekkeet. Muutoksen arvoa laskiessa on siis huomioitava alkuperäisen hankintasopimuksen indeksilausekkeella korotetut hinnat ja laskettava muutos niitä hyödyntäen.⁹³

Yleisesti hankintasopimusten hinnoittelumalli on sellainen, mihin ei muutosta saa tehdä, koska hinnoittelumalliin tehty muutos voisi vaikuttaa tarjousten jättämiseen ja täten myös voittavaan tarjoajaan. Kuitenkin hinnoittelumalliin voidaan tehdä muutos, jos se katsotaan vähäarvoiseksi. Esimerkiksi jos hankintayksikkö haluaisi muuttaa rekryointijärjestelmän hinnoittelumallin käyttäjäperusteisesta hinnoittelusta käyttäjämääristä riippumattomaksi, jolloin käyttäjien määrää ei olisi rajoitettu ja kuukausihinta olisi aina sama. Hankintayksikkö myös arvioisi, että muutos toisi vuodessa hankintayksikölle säästöä 9 000 euroa, joka olisi järjestelmän käyttöiän (8 vuotta) aikana 72 000 euroa. Tämä katsotaan olevan muutoksen arvo. Rekryointisopimuksen kokonaisarvon ollessa 950 000 euroa, voidaan katsoa hinnoittelumalliin koskevan sopimusmuutoksen olevan sallittua tehdä, koska muutoksen arvo jää paitsi alle 10 prosentin sopimuksen kokonaisarvosta myös alle EU-kynnysarvon.

⁹³ Pekkala: 548.

4.2. Lisätilaus sopimusmuutoksella

Sopimuskaudella hankintayksikölle voi tulla tarve yllättäen hankkia lisää jo kilpailuttamansa hankintasopimuksen mukaista tavaraa tai palvelua. Tällaisessa tilanteessa hankintayksikön on tarkistettava mahdollistaako laadittu hankintasopimus halutunlaisen lisätilauksen tekemisen suoraan vai ei. Vanhan hankintalain mukaan hankintayksiköllä ei ollut mahdollisuutta tehdä sopimukseen muutosta lisätilaustarpeessa. Oli ainoastaan mahdollisuus tehdä lisätilaus suoramarkkinoina, soveltaen hankintalain 41 pykälän (vanha hankintalaki 28 §) 1 momenttia. Uuteen hankintalakiin tulleen 136 §:n 2 momentin mukaan hankintayksiköllä on nykyään laajempi mahdollisuus tehdä lisätilaus vasta sopimuskaudella ilmenneeseen tarpeeseen, soveltaen ja tekemällä muutos vanhaan sopimukseen.

Hankintalain 136 §:n toisen momentin kohdassa 2 mahdollistetaan lisätilauksen tekeminen tilanteessa, jossa sopimuskaudella hankintayksikölle ilmenee tarve hankkia olemassa olevan sopimuksen kohteen toteuttamiseen liittyviä, mutta sopimukseen sisällyttämättömiä lisätoimia, -palveluita tai ylimääräisiä tavarantoimituksia. Jos toisen sopimusosapuolen käyttäminen tilanteen korjaamiseksi ei ole taloudellisesti tai teknisesti mahdollista ja se aiheuttaisi merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä hankintayksikölle, on lisätoimien, -palvelun tai ylimääräisen tavarantoimituksen tilaaminen olemassa olevaan sopimukseen lisäämällä mahdollista. Hankintayksikön on siis selvitettävä pystyisikö se hankkimaan joltain toiselta toimittajalta kyseisen lisätilauksen vai onko sen hankkiminen toiselta toimittajalta teknisesti tai taloudellisesti mahdotonta. Jos on perustellusti mahdotonta hankkia toiselta toimittajalta, on hankintayksikön seuraavaksi pohdittava aiheuttaako lisätilauksen hankkimatta jättäminen hankintayksikölle merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä. On siis arvioitava lisätilauksen merkittävyyttä ja mietittävä, pystytäänkö olemaan ilman, jos lisätilauksen kohdetta ei hankita. Lisätilauksen kohde saa muuttaa sopimuksen yleistä luonnetta, koska sitä ei ole erikseen mainittu tai kielletty 136 § 2 momentin 2 kohdassa, kuten muissa momentin kohdissa.

Taloudellisesti mahdottomaksi uudelleen kilpailuttamisen voisi johtaa esimerkiksi tilanne, missä toinen toimittaja aiheuttaisi hankintayksikölle kohtuuttomia kustannuksia,

koska uuden kilpailutuksen ja uuden toimittajan vuoksi järjestelmän käyttöönotto joudutaisiin tekemään kokonaan uudelleen tai integraatiot maksaisivat mahdottomasi.

Teknisesti mahdottomaksi uudelleen kilpailuttamisen voi tehdä esimerkiksi yhteensopimattomuuserot. Teknistä yhteensopivuuden ongelmaa käsitellään mm. hankintadirektiivin johdanto-osan 108 perustelukappaleessa. Sopimuksessa mainitsematonta tilausmahdollisuutta perustellaan hankintadirektiivissä niin, että jos hankintayksikkö joutuu kilpailuttamaan tarvittavan lisätyön, on vaarana se, että uuden kilpailutuksen myötä voittavan toimittajan tarjoaman palvelun, tavaran tai urakan tekniset ominaisuudet ovat erilaiset, josta voi aiheutua yhteensopimattomuutta tai kohtuuttomia teknisiä vaikeuksia toiminnassa ja sen huollossa.⁹⁴ Jäljempänä tässä tutkielmassa, kappaleessa 4.3.1 ”Tekniset ongelmat ja yhteensopimattomuus”, käsitellään teknistä syytä tarkemmin. Vaikka kappaleessa puhutaan suorahankinnasta, on teknisen syyn määritelmä sama ja voidaan soveltaa myös sopimusmuutokseen.

Taloudellisesti tai teknisesti mahdottoman tilanteen lisäksi hankintalain 136 §:n toisen momentin 2 kohta vaatii, että sopimuskumppanin vaihtamisesta on oltava myös merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä.

Kustannusten merkittävästä päällekkäisyydessä on kyse esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö joutuisi ylläpitämään useampaa samoja ominaisuuksia sisältävän järjestelmää tai ratkaisua. Hankintayksikkö joutuisi tällöin maksamaan päällekkäisiä ominaisuuksista, joten kustannukset ovat päällekkäisiä. Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdassa katsotaan, että tällainen tilanne ei ole julkisia varjoja käyttävän hankintayksikön edun mukaista. Markkinaoikeus katsoi ratkaisussaan MAO 399/19, että hankintayksikölle aiheutuisi merkittävää haittaa ja kustannusten päällekkäisyyttä, jos se joutuisi uudelleen kilpailuttamaan järjestelmänsä vain yhden toiminnallisuuden lisäämiseksi, kun toiminnallisuuden hankkiminen muulta toimittajalta ei ollut mahdollista⁹⁵.

⁹⁴ EU 24/2014: 86.

⁹⁵ MAO 399/19

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan perusteella tehdyn lisätilauksen arvo ei saa olla enempää kuin 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Lisätilauksen arvo ei kuitenkaan edellä mainituin tavoin saa ylittää EU-kynnysarvoa. Jos tällaisia lisätilauksia joudutaan tekemään sopimuskaudella useampia, arvioidaan jokaista muutosta itsenäisenä. Tällä tarkoitetaan sitä, että jokaisen lisätilauksen arvo voi olla enintään 50 prosenttia alkuperäisestä sopimuksen arvosta. Lisäksi on huomioitava sopimuskaudella tehtävät indeksilausekkeiden mukaiset hinnan korotukset. Jos hintoja on korotettu indeksilausekkeiden mukaisesti, lasketaan lisätilauksen arvo alkuperäisen sopimuksen arvon sijaan korotettujen hintojen mukaisesti. Kohdan 2 mukaisille lisätilauksille ei ole myöskään asetettu arvollisten rajoitusten lisäksi numeerista kattorajaa.⁹⁶

Esimerkki tästä hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdasta voisi olla kunnan hankkima asiakaspalautejärjestelmä, jossa olisi ennen käytetty vain laitteita palautteen antamiseen, mutta asiakaspalautteen antamista haluttaisiin nykyaikaistaa ja hankkia kyseisen toimitajan tarjoama sovellus palautteen antamiseen. Alkuperäisen sopimuksen arvo asiakaspalautejärjestelmästä ja laitteista olisi 400 000 euroa. Nyt tarvittavan sovelluksen arvo olisi 80 000 euroa, mikä on alle 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Lisäksi toisten yrityksen palautteenantosovellus olisi todistettavasti yhteensopimaton kunnalla olemassa olevan asiakaspalautejärjestelmän kanssa. Tästä syystä hankintayksikkö joutuisi kilpailuttamaan kokonaan uuden ja toisen asiakaspalautejärjestelmän ja siihen soveltuvan palautteenantosovelluksen, ellei sovellusta voisi hankkia vanhalta toimittajalta. Tämä toinen asiakaspalautejärjestelmä aiheuttaisi hankintayksikölle kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä, koska silloin sillä olisi kaksi vastaavilla ominaisuuksilla olevaa järjestelmää. Tällaisessa tilanteessa hankintayksikön ei tarvitsisi kilpailuttaa hankintaa, vaan se voisi perustella lisätilauksen hankkimista vanhalta toimittajalta hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan.

Ensimmäinen markkinaoikeuden ratkaisu (399/19), jossa hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaiset lisähankinnan tekemisen edellytykset täyttyvät, on annettu 9.7.2019. Tapauksessa hankintayksikkö oli hankkinut hankintaoikaisupäätöksellä noin

⁹⁶ HE 108/2016 vp s. 228-229.

kymmenen vuotta sitten kilpailutettuun toiminnanohjausjärjestelmään optimointitoiminnallisuuden, muuttamalla hankintasopimusta. Markkinaoikeus katsoi, että sopimusmuutoksen olennaisuus täyttyi. Alkuperäisen sopimuksen soveltamisalan arvioitiin laajentuneen huomattavasti, koska optimointitoiminnallisuuden ennakoitu arvonlisäveroton arvo oli 327 770 euroa ja alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvo 839 614 euroa (136 §:n 1 mom. 3 kohta). Sopimusmuutoksesta sallitun teki kuitenkin 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaiset tekniset syyt sekä hankintayksikölle aiheutuva merkittävä haitta ja kustannusten päällekkäisyys. Markkinaoikeuden mielestä tekninen este syntyi, koska alkuperäiseen sopimukseen ei oltu laitettu ehtoa rajapintojen avoimuudesta kolmannelle osapuolelle. Tämän lisäksi ei voitu katsoa, että hankintayksiköllä olisi pitänyt olla 10 vuotta sitten tiedossa tai aikomuksena, hankkia myöhemmin järjestelmään osaksi optimointitoiminnallisuus. Järjestelmän toimittajalla ei ollut velvollisuutta avata optimointitoiminnallisuuden vaatimia rajapintoja kolmannelle, joten toinen toimittaja ei olisi voinut toteuttaa optimointitoiminnallisuutta. Tästä syystä hankintayksikkö olisi joutunut kilpailuttamaan koko toiminnanohjausjärjestelmän, jotta se saisi optimointitoiminnallisuuden. Markkinaoikeiden mukaan tästä olisi aiheutunut hankintayksikölle merkittävää haittaa ja kustannusten päällekkäisyyttä, joten edellytys taloudellisten syiden osalta täyttyi. Myöskään lisätilauksen arvo ei ylittänyt 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Kaikki hankintalain asettamat ehdot kyseisenlaiselle sopimusmuutokselle täyttyivät.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaisesta muutoksesta on julkaistava hankintailmoitus (ns. sopimusmuutosilmoitus).

4.3. Lisätilaus suoramankinnalla

Hankintalain 41 §:n ensimmäisen momentin mukaan hankintayksikkö voi tehdä suoramankinnalla lisätilauksen nykyiseltä tavarahankinnan sopimustoimittajalta, jos lisätilauksen tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston osittainen korvaaminen tai laajentaminen. Lisäksi lisätilauksen tekeminen suoramankintana on mahdollista ainoastaan, kun toimittajan vaihtaminen ja kilpailuttaminen johtaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisten materiaalien hankkimiseen, mikä puolestaan aiheuttaisi yhteensopimattomuutta

tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Kyseessä on siis vain poikkeuksellinen tilanne, ei sopimukseen ehtoon perustuvaa lisätilausmahdollisuus. Sopimusehtoon perustuva lisätilausmahdollisuus on huomioitu jo hankinnan suunnittelussa ja kynnysarvon laskemisessa. Tällöisessä on kysymys ns. tavanomaisesta kilpailutetusta hankinnasta, jonka lopullinen toimitusmäärä tarkentuu vasta sopimuskaudella.⁹⁷ Suorahankintana tehtävässä lisätilauksessa ei ole kyse tällaisesta sopimuksessa jo mainitusta tilanteesta.

Lisätilauksen suorahankinta olisi mahdollinen esimerkiksi tilanteessa missä hankintayksiköllä olisi jokin valmisohjelmisto ja siihen liittyvä lisenssi, ja hankintayksikkö haluaisi siihen lisäominaisuuksia tai lisää käyttäjiä. Vaikka erilaisia valmisohjelmia on saatavilla, eivät näiden ominaisuudet ole välttämättä toisiinsa sopivia.⁹⁸ Tällöin lisäominaisuuksien ja käyttäjien lisääminen sopimuskaudella sopimukseen voisi olla mahdollista. Hankintalain esitöissä tekniseksi syyksi on katsottu mahdolliseksi esimerkiksi jokin poikkeuksellinen uusi tekninen ratkaisu.⁹⁹ Suorahankintana tehtävissä lisätilauksissa alkuperäisen, samoin kuin uudistettavien sopimusten voimassaoloaika voi pääsääntöisesti olla enintään kolme vuotta.¹⁰⁰ Hankintalain 41 § eroaa 40 §:n vastaavanlaisesta suorahankintamahdollisuudesta sillä, että lisätilaus tehdään vanhalta toimittajalta, kun 40 §:ssä kyse on sopimuksesta (mahdollisesti) irrallisesta suorahankintamahdollisuudesta.

Hankintalain 40 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos teknisistä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan. Hankintayksikkö ei saa keinotekoisesti kaventaa toimittajia, vaati- malla hankinnalta asioita, jotta vain yksi toimittaja pystyisi hankinnan toteuttamaan. Jos palveluntarjoajia tai tavarantuottajia on markkinoilla vain yksi, on tarjouskilpailua hankala järjestää ja sen järjestäminen ei ole tarkoituksenmukaista. Kilpailun puuttuminen ei johdu hankintayksiköstä. Hankintayksikön vastuulla on selvittää, onko muita vastaavia ja

⁹⁷ HE 108/2016 vp s. 136.

⁹⁸ Pekkala 2007: 120 – 121 ja HE 108/2016 vp s. 136.

⁹⁹ He 50/2006 vp s. 77.

¹⁰⁰ Pekkala 2007: 120.

kilpailevia tuotteita saatavilla markkinoilla. Tarjoajat usein esittävät tuotteensa tai palvelunsa niin, että hankintayksikölle syntyisi kuva siitä, että ainoastaan yksi toimittaja pystyy toimittamaan tuotteen tai palvelun.¹⁰¹ Tästä syystä on tärkeää, että hankintayksikkö tekee selvitystyön itse ja koska hankintayksikkö on itse vastuussa seurauksista, jos suorahankinta on lainvastainen.¹⁰²

Nykypäivänä suuri osa ohjelmisto- ja järjestelmähankinnoista tehdään palveluhankintoina¹⁰³. Ohjelmisto- ja järjestelmähankinta on palveluhankinta silloin kun sen kokonahinnasta suurin osa muodostuu palvelusta. Palvelu muodostuu ohjelmistojen tai järjestelmien kokonaispalvelusta eli esimerkiksi käyttöönotosta ja ylläpidosta. Eli jos ohjelmiston tai järjestelmän ylläpitokustannukset ovat kalliimmat kuin itse ohjelmisto tai järjestelmä, on kyseessä palveluhankinta. Lisäksi nykyään on ruvettu hankkimaan ohjelmistoja pilvipalveluna. Pilvipalvelulla tarkoitetaan paikasta riippumattomia tietoverkon yli käytettäviä IT-palveluja (palvelimet, tietoverkot ja ohjelmistot), joita voidaan käyttää päätelaite-riippumattomasti¹⁰⁴. Oikeuskäytännössä on katsottu, että puhdas valmisohjelmiston hankinta on tavarahankinta¹⁰⁵. Tällöin hankintaan ja sen sopimukseen ei kuulu valmisohjelmiston ylläpitoa tai sen kustannus on hyvin vähäistä. Hankintalain 41 § 1 momenttia sovelletaan vain tavarahankintoihin, joten sillä voitaisiin hankkia lisää esimerkiksi laitteita. Hankintalain 40 §:n 2 momentin 2 kohtaa voidaan soveltaa kaikkiin hankintoihin, kuten järjestelmästä tehtyyn palvelusopimukseen.

Hankintayksikön julkaistaessa tarjouspyyntöä, on sen ilmoitettava hankinnan CPV-koodi hankinnan yksilöimiseksi. CPV-koodi on hankintasanaston luokittelujärjestelmä (Common Procurement Vocabulary). EU:n komissio hyväksyy luokittelujärjestelmän. Koodit on lajiteltu palvelu- ja tavarahankintoihin. CPV-koodien avulla potentiaaliset toimittajat löytävät ja saavat tiedon omaa sektoria koskevista hankinnoista. Valmisohjelmistot eli tavarahankinnat ovat CPV-koodistossa ”Ohjelmistotuotteet ja tietojärjestelmät”

¹⁰¹ Parikka 2011: 12.

¹⁰² Parikka 2011: 12.

¹⁰³ MAO 464/15, 30.6.2015.

¹⁰⁴ Voutilainen 2013: 371.

¹⁰⁵ Voutilainen 2011: 6.

(480000000-8) ja palveluhankintana hankitut ohjelmistot ja järjestelmät ovat yleensä koodin ”Tietotekniset palvelut: neuvonta, ohjelmistojen kehittäminen, Internet ja tuki” (72000000-5) alla.¹⁰⁶ Varsinaisesti CPV-koodit on jaettu numeron mukaisesti tavara ja palveluhankintoihin. Ilman oikeaa koodia tarjouspyynnön julkaisu ei ole mahdollista.

4.3.1. Tekniset ongelmat ja yhteensopimattomuus

Lisätilauksen sallittavuus perustuu teknisiin ja yhteensopimattomuuden ongelmiin. Tietojärjestelmien yhteentoimivuudella tarkoitetaan tietohallintolain 3 §:n 4 kohdan mukaan tietojärjestelmien teknistä ja tietosisällöllistä yhteentoimivuutta muiden julkisen hallinnon viranomaisen tietojärjestelmien kanssa silloin, kun järjestelmät käyttävät samoja tietoja. Ohjelmistoja koskevassa direktiivissä yhteentoimivuus tietojärjestelmistä liitetään rajanpintoihin. Rajapinnoilla ohjelmistodirektiivin johdanto-osan 10 kohdan mukaan tarkoitetaan ohjelman osia, jotka mahdollistavat ohjelmistojen yhteenliittymän sekä vuorovaikutuksen ohjelmiston ja laitteiston osien välillä. Tätä kutsutaan direktiivin mukaan yhteentoimivuudeksi.¹⁰⁷ Sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa annetun lain (13/2003) 5 §:n 3 momentin mukaan viranomaisen on pyrittävä käyttämään asiakkaan kannalta teknisesti mahdollisimman yhteensopivia ja helppokäyttöisiä laitteistoja ja ohjelmistoja. Lisäksi tietohallintolain 7 §:n mukaan viranomaisten on kuvattava tietojärjestelmien kokonaisarkkitehtuurinsa yhteentoimivuuden mahdollistamiseksi ja varmistamiseksi.

”Yhteensopimattomuus” ja ”suhteettoman suuret tekniset vaikeudet” ovat aiheuttavat tulkintaongelmia¹⁰⁸ ja Unionin tuomioistuimien on tulkinnut oikeuskäytännössä tiukasti teknisen yhteensopimattomuuteen liittyviä perusteita. Kyseessä ei siis ole pykälä, millä on helppo kiertää hankintalain säännöksiä, vaan tiukka seula joka on läpäistävä perustellusti, jotta mahdollisuus lisätilaukselle olisi. Unionin tuomioistuimen antamassa ratkaisussa (C-385/02) Komissio vs. Italia (EU:C:2004:522) tuomioistuimien totesi, että

”hankinnan kohteen vaikeus, arkaluonteisuus ja tekniseen yhteensopivuuteen liittyvät perusteet sopimuksen antamiselle vain yhdelle toimittajalle tulee pystyä yksityiskohtaisesti osoittamaan”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ HILMA

¹⁰⁷ EY 24/2009: johdanto-osan 10 kohta.

¹⁰⁸ Parikka 2011: 20.

¹⁰⁹ C-385/02 ja HE 108/2016 vp s.137.

Hankintalain esitöiden mukaan hankintayksikön on osoitettava, että jonkun muun toimittajan on teknisesti lähes mahdoton saavuttaa vaadittu suoritustaso tai että on tarpeen käyttää erityistä tietotaitoa, välineitä tai keinoja, joita ainoastaan yhdellä toimittajalla on käytettävissään¹¹⁰. Hankintayksikön täytyy siis selvittää, onko muita vastaavia ja kilpailevia tuotteita saatavilla markkinoilla¹¹¹. Markkinakartoituksen on oltava kattavaa ja perustuttava eri toimittajilta saatuihin tietoihin, joten pelkkä Internetistä tehtävä haku ei ole riittävä¹¹². Hankintayksikön on todennettava, miksi mikään muu yritys ei voisi teknisesti suoriutua palvelun tai tavaran toimittamisesta tai urakasta niin, että saataisiin samaa lopputulosta. Olennaista on siis lopputulos, ei se miten lopputulokseen päästään. Tämä tarkoittaa sitä, että sillä ei ole merkitystä millä menetelmällä ja miten lopputulokseen päästään. Teknisen ratkaisun tulisi olla sellainen, että vain yksi toimittaja voisi hankinnan tehdä vaaditulla tavalla. Hankintayksikkö ei voi kuitenkaan vapaasti määritellä hankinnan toteutusta niin, että vain yksi toimittaja voisi sen toteuttaa. On siis harvinaista, että vain yksi toimittaja voisi täyttää hankinnalle asetetut vaatimukset (esimerkiksi toiminnallisuuden ja turvallisuuden), joten on myös harvinaista, että teknistä ratkaisua voidaan pitää suorahankinnan perusteena.¹¹³

Hankintayksikön tulee selvittää, onko markkinoilla muita toimittajia ja saadaanko kilpailua aikaiseksi. Vaikka markkinoilla olisi useampia toimittajia ei välttämättä kuitenkaan kilpailua saada aikaiseksi. Jos vain yhdellä markkinoilla olevalla toimittajalla on resursseja suorittaa hankinta tarvittavana ajankohtana, ei voida katsoa kilpailun syntyneen, koska tarjouksia ei saada kuin yhdeltä.¹¹⁴ Hankintayksikön on haasteellista varmistua siitä, että toista kilpailijaa ei ole, joten suorahankinnan peruste edellyttäisi ainakin sen, että kilpailijan löytäminen ei ole todennäköistä. Kilpailijoita kartoittaakseen hankintayksikön on hyvä julkaista julkinen ilmoitus hankinnasta.¹¹⁵

¹¹⁰ HE 108/2016 vp s. 134.

¹¹¹ Parikka 2001: 12-14.

¹¹² Pekkala 2008: 97.

¹¹³ Parikka 2011: 12-14.

¹¹⁴ Parikka 2011: 13 ja Asia C-337/98 komissio v. Ranska.

¹¹⁵ Arrowsmith 2005, kappale 9.5.

Kansallisessa oikeuskäytännössäkin selvitysvelvollisuus vaihtoehtoisista ratkaisuista asetetaan melko korkealle. Korkeimman hallinto-oikeuden tapauksessa KHO 2006:49 hankintayksikkö ei voinut hankkia Kallion kirkon korjaustyötä yrityksiltä, jotka olivat aiemmin korjanneet kyseistä kirkkoa ja kehittäneet korjauksen yhteydessä uuden korjaustavan. Hankintayksiköllä ei ollut näyttöä, että vain kyseisen tavan kehittäneet yritykset olisivat olleet ainoita, jotka olisivat voineet korjauksen tehdä kyseisellä tavalla tai siitä, miksi korjaus olisi tehtävä kyseisellä tavalla. EU-tuomioistuin on todennut ratkaisuisaan, että tekniseksi syyksi ei myöskään voida katsoa tiettyä jäteveden käsittelytekniikkaa, jätehuoltolaitosten läheisyyttä eikä hankintayksikön lähellä sijaitsevaa palveluntarjoajaa¹¹⁶.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa (KHO 7.4.2010 taltio 719) todettiin, että suora hankintana tehtävällä lisätilauksella ei voida kokonaan korvata toista ohjelmistoa. Kun taas markkinaoikeuden tapauksessa 194/2015 on todettu, että *laajaa* ohjelmistopäivitystä ei voida aina hankkia suora hankintana suoraan nykyiseltä toimittajalta lisätilaus pykälää soveltaen. Ensinnäkin ohjelmiston päivittäminen kokonaisuudessaan monipuolisemmalla ohjelmistolla ei ole ohjelmiston korvaamista osittain, vaan kyseessä on silloin kokonaan uusi ohjelmisto, mikä on kilpailutettava, jos markkinoilta löytyy muita toimittajia, jotka ohjelmistopäivityksen pystyisi tekemään. Lisäksi tapauksen perusteluissa käy ilmi, että ohjelmistopäivitystä ei voida tehdä suora hankintana samalta toimittajalta, ellei hankintayksikkö pysty todentamaan, että toisen toimittajan toimittama ohjelmistopäivitys aiheuttaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisen materiaalin hankkimisen, mikä taas aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Jos hankintayksikkö ei tätä pysty todentamaan, on ohjelmistopäivitys kilpailutettava.

Huomioitavaa edellisissä esimerkeissä on se, että oikeuskäytännön ratkaisut on tehty vanhan hankintalain mukaan. Kun kyseessä on tavara hankintana tehty ohjelmistohankinta, voidaan soveltaa nykyisen hankintalain 41 §:ää eli suora hankintana tehtävää lisätilausta

¹¹⁶ C-20/10 ja C-28/10 komissio v. Saksa.

tai 136 §:n sopimusmuutoksella tehtävää lisätilausta. Kun taas kyse on palveluhankinnalla tehty ohjelmistohankinta, on noudatettava vain 136 §:n sopimusmuutoksella tehtävää lisätilausta.

Vastaavanlainen näytön puute yhteensopimattomuudesta puuttui hankintayksiköltä markkinaoikeuden tapauksessa 279/2018. Tapauksessa hankintayksikkö oli hankkinut suoramarkkintana vanhalta toimittajalta kotihoidon optimointi- ja mobiiliratkaisun laajennuksen. Vaikka hankintayksikkö perusteli lisätilausta potilastietojärjestelmän yhteensopimattomuutta teknisillä ja yksinoikeuden suojaamisen syillä, ei todellisia perusteita ollut. Lisäksi hankintayksikön nykyisellä toisella toimittajalla ja tapauksen valittajalla oli vastaava optimointi- ja mobiiliratkaisusta sopimus kyseisen hankintayksikön kanssa, joten tämä sopi yhteen hankintayksikön potilastietojärjestelmän kanssa. Tämä jo pelkästään todentaa sen, että kilpailuttaminen olisi pitänyt tehdä näiden toimittajien kesken.

Markkinaoikeuden tapauksessa 463/2015 hankintayksikkö oli pystynyt todentamaan, että versio päivityksen hankkiminen vain alkuperäiseltä toimittajalta oli mahdollinen. Hankintayksikkö oli perustellut lisätilauksen tekemistä alkuperäiseltä toimittajalta mm. käyttöönottoprojektin tietoteknisillä ja tietoturvalisillä syillä sekä muilla käytännön syillä.

Tekninen syyn perusteella tehty lisätilaus suoramarkkintana, voi perustua myös toimittajan yksinoikeuden suojaamiseen eli immateriaalioikeuksiin¹¹⁷. Immateriaalioikeudella tarkoitetaan aineettomia oikeuksia, kuten tekijänoikeuksia ja teollisoikeuksia. Tällöin vain jollakin tietyllä toimittajalla on oikeus myydä tai tuottaa tiettyä tuotetta. Toinen toimittaja ei siis voisi esimerkiksi tehdä lisäosaa järjestelmään, koska järjestelmän immateriaalioikeudet ovat sen valmistaneella yrityksellä. Toimittajan immateriaalioikeuksia loukattaisiin, jos hankintayksikkö julkaisisi hankintailmoituksessa nykyisen toimittajan immateriaalioikeuksien piiriin kuuluvia tietoja, jotta järjestelmään uusi lisäosa pystyttäisiin määrittelemään, niin että toinen toimittaja tietäisi vaatimukset lisäosan toteuttamiselle. Tietojen levittämisestä voisi aiheutua toimittajalle taloudellista vahinkoa, koska muut toimittajat saisivat tietää toisen toimittajan ”salaisia reseptejä”.

¹¹⁷ HE 108/2016: 134.

Yksinoikeus ei kuitenkaan anna automaattisesti oikeutta suorahankintaan. Sen on oltava perusteltua. Hankinnan suunnittelu- ja kartoitusvaiheessa on hankintayksikön pitänyt jo huomioida tämä niin, että tällaiseen tilanteeseen ei jouduta kuin pakon edestä. Tällaista tilannetta kutsutaan toimittajalukoksi, silloin kuin epäonnistunut tai huolimaton hankinnan valmistelu johtaa tilanteeseen, jossa aiemmin valittua toimittajaa ei voida vaihtaa sopimuskauden päättymisen jälkeen tai valittua ohjelmistoa ei voida laajentaa uusilla kilpailevan toimittajan komponenteilla. Lukkiutumistilanne siis tarkoittaa sitä, että vanha toimittaja ei anna salaiseksi luokittelemiaan tietoja, kuten rajapintoja, tiedoksi muille yksinoikeuden suojaamiseen vedoten. Tällöin toiset toimittajat eivät voi tehdä integraatiota kyseiseen ohjelmaan tai järjestelmään ja hankintakeskus joutuu tilamaan vanhalta toimittajalta tarvitsemansa tai kilpailuttamaan täysin uudestaan vanhan sekä siihen integroitavan järjestelmän tai ohjelmiston.¹¹⁸

4.4. Säännösten päällekkäisyys ja erot

Edellä käsitellyjä lisätilausta koskevia hankintalain pykälien säännöksiä (136 § 2 mom. 2 kohta, 40 § ja 41 § 1 mom.) sovelletaan yhdessä ja erikseen ja niiden säädökset ovat päällekkäisiä. Selvyudeksi todetaan, että pykälien päällekkäisyydellä tarkoitetaan sitä, että säädökset ovat hyvin samanlaisia, ei sitä, että pykäläiä sovellettaisiin yhdessä. Säännösten päällekkäisyys ilmenee niiden samantyyllisellä syyllä mahdollistaa lisätilauksen hankkiminen. Molemmissa säädöksissä todetaan, että lisätilauksen tekeminen on mahdollista, jos se lisätilauksen kohteen hankkiminen ei ole mahdollista toiselta toimittajalta teknisten syiden eli esimerkiksi yhteensopimattomuuden vuoksi. Kyseisissä säädöksissä soveltaessa on sopimusmuutoksesta tai suorahankinnasta tehtävä julkinen ilmoitus, joten hankintayksikön on valittava, tekeekö se sopimusmuutosilmoituksen vai suorahankintailmoituksen. Hankintayksiköllä on vapaus tulkita, millä se perustelee lisätilauksen tekemistä. Lisätilauksen tekeminen sopimusehtoon perustumattomana on joko suorahankinta tai sopimusmuutos, tehtiin se sitten vanhalta tai uudelta sopimustoimittajalta. Suorahankinta on han-

¹¹⁸ Voutilainen:14.

kintalain mukainen hankintamenetelmä ja sopimusmuutos on yksin kertaisesti sopimukseen tehtävä muutos, tässä tapauksessa lisätilauksen tekemisestä. Sopimusmuutoksella, ja tarvittaessa suorahankinnassakin, lisätilauksen tekeminen sisällytetään ja lisätään vanhaan sopimukseen. Sopimusmuutoksella sopimusta voidaan muuttaa tai lisätä pääsopimukseen alasopimus. Suorahankinnan liittyessä aiempaan sopimukseen, lisätä pääsopimukseen alasopimus. Lisätilauksesta tehdään sopimukseen erillinen lisäliite tai muutetaan jotain sopimuksessa määriteltyä ehtoa. Sopimusehtoa muuttaessa, muutoksesta tehdään sopimusehdon muutosta koskeva asiakirja, joka lisätään sopimuksen liitteeksi.

Kyseisissä säännöksissä päällekkäisyydestä huolimatta, on myös olennaisia eroja. Hankintalain 136 § 2 momentin 2 -kohdassa sanotaan:

”alkuperäisen sopimuskumppanin on tarpeen suorittaa lisätöitä tai -palveluja taikka ylimääräisiä tavarantoimituksia, jotka eivät sisällyneet alkuperäiseen sopimukseen, ja jos sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista taloudellisista tai teknisistä syistä ja aiheuttaisi merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä hankintayksikölle”

Ja lisäksi 136 § 3 momentissa sanotaan:

”Edellä 2 momentin 2 ja 3 kohdassa tarkoitetun muutoksen arvo ei saa olla enemmän kuin 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta. Jos 2 momentin 2 tai 3 kohdassa tarkoitettuja muutoksia tehdään peräkkäin useampia, arvioidaan jokaista muutosta itsenäisenä. Tällaisten muutosten tavoitteena ei saa olla tämän lain säännösten kiertäminen.”

Hankintalain 41 § 1 momentissa sanotaan;

”Hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan, kun alkuperäisen toimittajan kanssa tehtävä tavarahankinta on lisätilaus, jonka tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston osittainen korvaaminen tai laajentaminen. Edellytyksenä on, että toimittajan vaihtaminen johtaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisen tavarankäytön, mikä aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Tällaisten sopimusten ja uudistettavien sopimusten voimassaoloaika saa ainoastaan poikkeuksellisesti ylittää kolme vuotta.”

Olennaisia eroja näissä säännöksissä voidaan todeta olevan neljä; onko kyseessä tavara vai palveluhankinta, rajoitukset lisätilausta koskevaan sopimuksen voimassaoloaikaan ja muutoksen arvossa sekä lisätilauksen hankkimatta jättämisen haitat. Näiden lisäksi erona on hankintalain 58 § säädös hankintailmoituksen tekemisestä.

Ensimmäinen olennainen ero on siinä, koskeeko hankintasopimus tavarankäytön vai palvelun hankintaa. Hankintalain 136 § 2 mom. 2 kohdan, mukaan lisätilauksen voi tehdä palvelu tai tavarahankintoihin, kun 41 § 1 momentti mahdollistaa lisätilauksen tekemisen vain tavarahankintoihin.

Toinen olennainen ero koskee vain hankintalain 41 § 1 momentissa säädettyä rajoitusta, jossa lisätilausta koskevan sopimuksen tai uudistettavan vanhan sopimuksen voimassaoloaika saa olla pääsääntöisesti vain kolme vuotta. Tällaista rajoitusta ei ole vertailtavassa 136 § 2 momentin 2 kohdan mukaisessa lisätilauksessa.

Kolmas olennainen ero koskee muutoksen arvoa. Hankintalain 136 § 2 momentin 2 kohdan mukaisen lisätilauksen arvo on rajattu 136 § 3 momentissa, niin että muutoksen arvo ei saa olla 50 prosenttia enempää alkuperäisen sopimuksen arvosta. 41 § 1 momentissa lisätilaukselle ei ole asetettu arvollista rajoitusta.

Neljäs olennainen ero koskee hankintalain 136 § 2 momentin 2 kohdassa säädettyä lisäedellytystä teknisten ja taloudellisten syiden lisäksi. Lisätilausta pitää pystyä perustelemaan teknisen tai taloudellisen syiden lisäksi myös hankintayksikölle aiheutuvan merkittävän haitan tai merkittäville päällekkäisillä kustannuksilla. 41 § 1 momentissa lisätilauksen perusteluiksi riittää vain tekniset syyt, mutta myöskään taloudellisiin syihin ei voi vedota. 41 § 1 momentin mukaisen lisätilauksen ei tarvitse aiheuttaa hankintayksikölle merkittävää haittaa tai merkittävää päällekkäisiä kustannuksia.

4.4.1. Ilmoitus suoramokinnasta ja sopimusmuutosilmoitus

Olennaisena erona lisätilauksen tekemiselle suoramokinnana tai sopimusmuutoksena on hankintalain 58 §:n säädös hankintailmoituksen tekemisestä. Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 ja 3 kohdista täytyy julkaista sopimusmuutosilmoitus. Suoramokinnasta tällaista ilmoitusvelvollisuutta ei ole, mutta sen tekeminen on mahdollistettu kaikissa hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluvista sopimuksista. Tällä mahdollisuudella tavoitellaan suoramokintojen avoimuuden lisäämistä sekä hankintojen oikeussuojakeinojen tehokkuutta. Suoramokinnasta ilmoitus julkaistaan HILMA-järjestelmässä ennen hankintasopimuksen tekemistä. Suoramokintailmoituksen tekemisen hyöty on keskitetty valitusoikeusmahdollisuus. Valituksen voi tehdä suoramokintaa koskevasta hankintapäätöksestä 14 päivän kuluessa suoramokintailmoituksen julkaisusta 14 päivän kuluessa.¹¹⁹

¹¹⁹ Pekkala 2019: 330.

Kun suorahankintailmoitus on tehty ja valitusaika on kulunut, ei suorahankinnasta voi tehdä enää valitusta. Hankintayksikkö voi siten huoletta tehdä sopimuksen, koska ei tarvitse jäädä odottamaan tuleeko suorahankinnasta valitusta myöhemmin.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 2 ja 3 kohdan mukaisista sopimusmuutoksista pitää 58 §:n säädöksen mukaan tehdä sopimusmuutosilmoitus. Kuten on todettu jää hankintayksikön vastuulle tulkita mitä säädöstä se soveltaa lisätilauksen tekemiseen. Säädösten hie-man epäselvän rajanvedon vuoksi, hankintayksikkö voi varmuuden vuoksi julkaista sekä suorahankintailmoituksen, että sopimusmuutosilmoituksen. Tämä voi olla tarpeellista siksi, että jos sopimusmuutos katsottaisiinkin suorahankinnaksi, ei lisätilauksesta silloin tule laitonta suorahankintaa, koska siitä on myös suorahankintailmoitus tehty. Molempien ilmoitusten julkaiseminen heikentää kuitenkin hankintayksikön argumentointivoimaa, koska tämä saattaa osoittaa sen, että hankintayksikkö ei itsekään usko, että lisätilaus on sallittua tehdä sopimusmuutoksella.¹²⁰ Tästä syystä hankintayksikön on järkevämpää har-kita tarkasti kumpaa säädöstä se soveltaa ja kumman ilmoituksen sen tekee.

4.5. Suorahankinta ja muut syyt lisätilauksille

Lisätilauksen tekeminen suorahankintana on oleellinen osa tätä tutkielmaa, joten tässä vaiheessa on viimeistään hyvä kertoa suorahankinnasta myös yleisellä tasolla. Suorahan-kinta ja sopimusmuutos ovat saman luonteisia, ne ovat hankintalain poikkeuksia ja hyvin tulkinnanvaraisia, mutta antavat myös hankintayksikölle joustavuutta hankkimiseen ja ostamiseen. Hankintayksiköllä on aina mahdollisuus tehdä suorahankinta, jos suorahan-kinnan edellytykset täyttyvät, oli kyseessä sitten varsinaisen lisätilauksen tekeminen liit-tyen vanhaan sopimukseen tai uuden sopimuksen tekeminen, mikä ei liity vanhaan sopi-mukseen. Jos hankintalain 41 §:n 1 momentin mukainen lisätilauksen tekeminen suora-hankinnalla ei ole mahdollinen, voi hankintayksikkö tehdä lisätilauksen suorahankinnalla vanhaan sopimukseen myös soveltaen pelkästään 40 §:n kohtia. Näistä ICT-hankinnoissa soveltuvin on edellä käsitelty 40 § 2 mom. 2 kohta; tekniset ja yksinoikeudelliset syyt.

¹²⁰ Pekkala 2019: 331.

Suorahankinta on yksi hankintalain säättämistä hankintamenettelyistä, joita hankintayksikkö voi käyttää tehdessään julkisia hankintoja. Suorahankinta on kuitenkin merkittävä poikkeus muista hankintalain hankintamenettelyistä, sillä suorahankinnassa hankintayksikköä ei velvoiteta tekemään hankintailmoitusta ja kilpailuttamaan julkista hankintaa. Suorahankinnan käyttöä on rajattu merkittävästi, sillä julkisten hankintojen kilpailuttaminen on kuitenkin pääsääntö, mitä hankintayksiköiden on noudatettava. Vaikka hankinnassa käytettäisiin suorahankintaa ja hankintaa ei tarvitsisi kilpailuttaa, on hankintaan kuitenkin sovellettava hankintalakia, joten esimerkiksi vaatimukset syrjimättömyydestä ja tasapuolisesta kohtelusta sekä kokonaistaloudellisen edullisuuden tavoittelusta koskevat myös suorahankinnalla tehtäviä hankintoja¹²¹.

Vaikka suorahankinnassa ei tarvitse kilpailuttaa hankintalain mukaisesti, hankintayksikkö usein vertailee tarjouksia keskenään ja neuvottelee tarjouksen ehdoista (mm. hankinnan sisällöstä ja hinnasta) useamman kuin yhden toimittajan kanssa. Joten hankintayksikkö käytännössä kuitenkin kilpailuttaa hankinnan, mutta ei hankintalain mukaisesti. Merkittävin ero muihin hankintamenettelyihin on siis se, että hankinnasta ei julkaista hankintailmoitusta etukäteen HILMA-palvelussa, eivätkä kaikki toimittajat näin ollen ole tietoisia hankinnasta eivätkä voi myöskään osallistua kilpailutukseen vapaavalintaisesti. Hankintayksikkö voi kartoittaa alan toimittajia laittamalla hankinnasta ilmoituksen esim. alan lehtiin. Aiemmin lainsäädännössä suorahankintaa kutsuttiin ”suoraksi neuvottelumenettelyksi”, koska menettely vastaa hankintalain mukaista neuvottelumenettelyä ilman velvollisuutta hankintailmoitukseen¹²².

Suorahankinnalle on oltava aina hankintalaissa määritelty peruste. Suorahankinnan perusteena ei voida vedota esimerkiksi kilpailuttamiskustannuksiin, tai siihen, että tiedossa on vain yksi mahdollinen toimittaja, jatkuvuuden turvaamiseen ja pitkäaikaiseen yhteistyöhön, alan tasoon nähden edullisiin hintoihin tai aiemmin tarjoajan hyvään hinta-laatusuhteeseen, vaikka nämä tiedot sinänsä olisivatkin paikkansapitäviä¹²³.

¹²¹ Parikka 2011: 3.

¹²² Pekkala 2007: 110.

¹²³ Pekkala 2007: 109.

Hankintalain 40 §:n mukaisesti hankintayksikkö voi valita suora-hankinnan, jos:

1. *avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia; lisäedellytyksenä on, että alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei ole olennaisesti muuteta;*
2. *teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan; lisäedellytyksenä on, että järkeviä vaihtoehtoisia tai korvaavia ratkaisuja ei ole eikä kilpailun puuttuminen johdu hankinnan ehtojen keinotekoisesta kaventamisesta;*
3. *hankinnan tarkoituksena on ainutkertaisen taideteoksen tai taiteellisen esityksen luominen tai hankkiminen;*
4. *sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi;*
5. *hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavarantoimittajan valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi;*
6. *hankinta koskee perushyödykemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita;*
7. *tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesähoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena;*
8. *kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.*

Jos hankinnasta ei ole tehty hankintailmoitusta, mutta muuten hankinnassa on noudatettu hankintalain mukaisia menettelyohjeita, katsotaan se suoraan laittomaksi suora-hankinnaksi¹²⁴. Jos hankintayksiköllä olisi mahdollisuus tehdä hankinta suora-hankintana ja suora-hankintailmoitus, mutta ei käytä tätä mahdollisuutta, ei perusteeseen voi vedota myöskään enää myöhemmin¹²⁵.

Seuraavaksi käsittelen niitä 40 §:n kohtia, joita ei ole jo aiemmin tässä tutkielmassa käsitelty.

4.5.1. Aiemmassa hankintamenettelyssä ei ole saatu vaatimukset täyttäviä tarjouksia

Hankintalain 40 §:n 1 kohdan mukaan suora-hankintaa voidaan käyttää, jos avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia. Epäonnistuneen hankintamenet-

¹²⁴ Parikka 2011: 5.

¹²⁵ Pekkala 2007: 109.

telyn jälkeen hankintayksikkö voi ryhtyä suoraan hankintaan tai neuvottelumenettelyyn tiettyjen edellytysten täytyttyä. Neuvottelumenettelyä on käytettävä, jos ainakin osa tarjoajista tai tarjouksista on täyttänyt asetetut vähimmäisvaatimukset, mutta ne eivät kuitenkaan ole olleet hankintayksikön tarpeita vastaavia¹²⁶. Tarjouksien pohjalta hankintayksikkö pystyy neuvottelemaan tarjoajien kanssa uusista tarjousehdoista.

Suoraan hankintaan ryhtyminen on mahdollista myös, jos hankintayksikkö on saanut tarjouksia, joiden pohjalta ei neuvotteluun voida edes ryhtyä, tarjoukset eivät ole olleet sopivia tai tarjouksia ei ole saatu ollenkaan. Tarjouksen sopivuudella suorahankinnassa tarkoitetaan sitä, että tarjous ei sisällöltään vastaa ollenkaan tarjouspyyntöä¹²⁷, eli ei ole saatu ollenkaan sitä, mitä on pyydetty. Jos edellytykset suorahankinnalle toteutuvat, ei hankintayksikön tarvitse huomioida aikaisemmassa hankintamenettelyssä tarjouksen jättäneitä tarjoajia vaan suorahankinnassa lähdetään niin sanotusti ”nollasta” liikkeelle. Neuvottelumenettelyssä vain aikaisemmin tarjouksen jättäneiden tarjoajien kanssa voidaan jatkaa neuvotteluja. Suoraan hankinnassa hankintayksikkö saa siis päättää kenen toimijoiden kanssa (uusien ja/tai vanhojen) hankinnan ehdoista ruvetaan neuvottelemaan. Hankintaehdot ei kuitenkaan saa muuttaa olennaisesti.¹²⁸ Tällä tarkoitetaan sitä, että pienet muutokset sallitaan, mutta olennaiset muutokset tarjouspyynnössä edellyttävät sitten jo uuden hankintamenettelyn käynnistämisen¹²⁹ (olennainen muutos on määritelty tarkemmin tutkielman toisessa luvussa).

Tarjouksien saamattomuus voi johtua myös hankintayksikön virheellisestä markkinoiden arvioinnista ja virheellisen arvioinnin myötä laadituista tarjouspyynnön vaatimuksista. Tällöin hankintayksikön tulee aloittaa hankintamenettely täysin uudestaan korjatulla tarjouspyynnöllä. Jos hankintayksikkö on laatinut ns. huonon tarjouspyynnön, johon ei ole tästä syystä tarjouksia tullut ei hankintayksikön ole järkevää yrittää saada huonosti laaditun tarjouspyynnön ehdoilla toimittajaa suorahankinnallakaan, koska suorahankintaa saa käyttää vain, jos hankinnan sisältö pysyy samana kuin miten se on alun perin ilmoitettu¹³⁰.

¹²⁶ Pekkala 2007: 111.

¹²⁷ Pekkala 2007: 111.

¹²⁸ Pekkala 2007: 111.

¹²⁹ Parikka 2011: 6.

¹³⁰ Pekkala 2007: 112.

4.5.2. Taiteellinen syy

Hankintalain 40 §:n 3 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos hankinnan tarkoituksena on ainutkertaisen taideteoksen tai taiteellisen esityksen luominen tai hankkiminen. Kysymyksessä on tietyn uniikin taideteoksen hankinta tai tietyn taiteilijan tekemän tietyn työn hankinta. Taiteellista syytä on vaikea arvioida, koska miten verrataan taideteoksen ”uniikkiarvoa” tai milloin taideteokselle on olemassa ”vastaavia tuotteita”?¹³¹ Tässä tuotteiden vastaavuusvaatimuksen on oltava lievempi, sillä kyllähän kuka vain voi tehdä samoilla tarvikkeilla, materiaaleilla, väreillä tai valaistuksella vastaavanlaisen taideteoksen, mutta siitä puuttuu silloin taideteoksen uniikkisuus. Käytännössä hankintayksiköllä on siis oikeus hankkia taiteellisia tuotteita ilman tarjouskilpailuja, kun ”kohtuullista” vastaavaa tuotetta ei ole saatavilla. Suorahankinta edellyttää varsin vahvaa näyttöä teoksen ”taiteellisuudesta” ja myös varsin korkeaa ”taiteellista tasoa”.¹³²

4.5.3. Äärimmäinen kiire

Hankintalain 40 §:n 4 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi. Toisin sanoen määräaikojen noudattaminen on hankintayksikölle ennalta arvaamattomista syistä aiheutuneen, äkillisen kiireen vuoksi mahdotonta¹³³. Hankintalain esitöiden mukaan hankintayksiköstä riippumattomalla tarkoitetaan sitä, että kiireen tulisi johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä, joten esimerkiksi riittävän varaosavalikoiman varastossa pidon laiminlyönti ei oikeuta suorahankintaan, koska varaosien tilaaminen olisi pitänyt osata ennakoita. Perusteen on oltava myös äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennustaa. Jos hankintayksikkö viivyttelee hankintaa, tätä ei voida katsoa hankintayksiköstä riippumattomaksi kiireeksi.¹³⁴ Kiireti-

¹³¹ Parikka 2011: 14.

¹³² Parikka 2011: 14-15.

¹³³ Pekkala 2007: 115.

¹³⁴ HE 108/2016 vp s. 135.

lanne voisi olla esimerkiksi äkillinen luonnonilmiö tai onnettomuuden aiheuttamien vahinkojen korjaaminen taikka toiminnoille kriittisen laitteen ennalta arvaamaton rikkoutuminen ja sen vaatimat toimet¹³⁵. Hankintayksikön on pystyttävä osoittamaan, että poikkeamisperusteen soveltumisen edellytykset täyttyvät.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 319/16 Saarijärven kaupunki hankki koulu- ja päiväkotirakennuksen väistötilan tilaelementit suorahankinnalla. Hankintayksikkö perusteli suorahankintaa äärimmäisellä kiireellä. Hankintayksikkö oli ollut tietoinen jo 20.1.2015 tehdyn kuntotutkimuskertomuksen perusteella, että hankintaan voidaan joutua ryhtymään, koska rakennuksen kosteus- ja mikrobivaurioiden sekä sisäilmaongelmien korjaaminen riskittömiksi vaatii rakenteiden purkamisen ja uusimisen lähes runkoa myöten. Viimeistään 2.4.2015 saadun ”Tarve- ja hankeselvityksen” perusteella hankintayksikön olisi pitänyt ryhtyä kilpailuttamaan hankintaa, koska siinä on todettu, että koululla ei ole käyttökelpoisia ja riittävän isoja tiloja, joihin perusopetus ja varhaiskasvatus voisivat sijoittua. Hankintayksikkö oli kuitenkin vasta 15.6.2015 tehnyt suorahankintapäätöksen ja perustellut suorahankintaa äärimmäisellä kiireellä, koska henkilökunnan ja oppilaiden oireilu on lisääntynyt merkittävästi sekä aluehallintoviraston sille antamalla kehotuksella. Koska hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen vasta 2.4.2015 saadun selvityksen jälkeen markkinaoikeus katsoi, että kyse ei ole hankintayksiköstä riippumattomasta kiireestä. Tapaus kuvaa tilannetta, jossa hankintayksikkö on viivytellyt (tahattomasti tai tahallisesti) hankinnan tekemistä ja kiireellisyys ei ole johtunut hankintayksikön ulkoisista tekijöistä vaan hankintayksikön hitaudesta ryhtyä hankintaprosessiin. Ja voitiinko ylipäättään kiireen syntymiseen edes vielä tuolloin vedota?

4.5.4. Hankinta tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten

Hankintalain 40 §:n 5 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavaran valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi.

¹³⁵ Parikka 2011: 16.

Tieteellinen tutkimustoiminta ja tutkimuspalvelujen rahoittaminen ei ole hankintaa. Tästä syystä hankintalaki ei sovelleta lainkaan palveluhankintoihin, jotka koskevat tutkimus- ja kehittämisspalveluja, paitsi jos niiden hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle itselleen sen toiminnassa käytettäväksi ja jos hankintayksikkö korvaa suoritettua palvelua kokonaan.¹³⁶ Tutkimuspalvelua ei tarvitse kilpailuttaa, jos siihen liittyvät riskit ja hyödyt jaetaan kokonaan osapuolten kesken. Mahdollisia suorahankintoja olisivat esimerkiksi kehitysprojektit, joissa tavaraa valmistetaan yksittäiskappaleita kokeilua ja tuotekehitystä varten vain tilaajalle. Kilpailutettavaksi hankinnaksi katsotaan esimerkiksi laboratorio- ja testauspalvelujen ostot, joissa hyöty koituu vain hankintayksikölle sen omiin tarpeisiin ja jossa ostaja rahoittaa hankinnan yksin.¹³⁷

4.5.5. Raaka-aine pörssistä hankittavat tuotteet

Hankintalain 40 §:n 6 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos hankinta koskee perushyödykemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia *tavaroita*. Hankinnat koskivat esimerkiksi polttoaineiden ja maatalouden tuotteiden hankkimista raaka-ainepörssistä tai vastaavasta avoimesta ja kattavasta julkiseen noteeraukseen perustuvasta kauppapaikasta. Tarkoituksena on mahdollistaa suoraostot reaaliaikaisesti tai muutoin markkinatilanteen mukaisesti muuttuvien hintojen käytävistä ja valvotuista kauppapaikoista, joiden avoimuus takaa markkinahintaisuuden.¹³⁸ Kilpailuttaminen ei olisi helppoa eikä tarkoituksenmukaista, koska hankintayksikkö ei välttämättä voisi edes saavuttaa kilpailuttamisella edullisempia hintoja¹³⁹.

4.5.6. Osto liiketoiminnan lopettavalta toimijalta tai muutoin edullisesti

Hankintalain 40 §:n 7 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesähoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena.

¹³⁶ Pekkala 2007: 118.

¹³⁷ HE 108/2016 vp s. 136.

¹³⁸ HE 108/2016 vp s. 136.

¹³⁹ Parikka 2011: 22.

Liiketoiminnan päättymisen täytyy olla varmaa ja lopullista, joten sallittuja tilanteita suorahankinnalle ei ole esimerkiksi huonekaluliikkeiden ”loppuunmyynnit” tai jos yritys poistaa jonkin tuotteen valikoimistaan¹⁴⁰. Myöskään käytettyjen tuotteiden ostaminen suoraan myyjältä ei ole sallittua suorahankinnalla, mutta tarjouspyynnössä voidaan huo- mioida mahdollisuus tarjota käytettyjä tai jollain muulla perusteella tavanomaista edulli- sempia koneita (pintavauriot tms.).¹⁴¹ Sallittuja suorahankintoja olisivat esimerkiksi kon- kurssipesän tekemät varaston tyhjennysmyynnit.

4.5.7. Palveluhankinta suunnittelukilpailulla

Hankintalain 40 §:n 8 kohdan mukaan suorahankinta on mahdollinen, jos kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja hankintasopimus teh- dään suunnittelukilpailun sääntöjen mukaisesti kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa, jolloin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neu- votteluihin. Edellytyksenä on, että tätä ennen toteutettu suunnittelukilpailu on tehty han- kintalain ja suunnittelukilpailun sääntöjen mukaisesti. Suunnittelukilpailun ja suorahan- kinnalla tehtävän sopimuksen välillä on oltava välitön toiminnallinen yhteys eikä suora- hankinta myöskään voi koskea sisällöltään laajempaa hankintaa, kuin mikä on ollut suun- nittelukilpailun kohteena.¹⁴² Jos hankinnan alkuperäisenä tavoitteena on ollut vain suun- nittelu- tai ideakilpailun toteuttaminen, hankintayksikkö ei voi antaa koko suunnittelu- urakkaa voittajalle. Tämän takia hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä on tärkeätä ilmoittaa, että hankintayksikkö varaa mahdollisuuden tehdä sopimuksen suunnittelukil- pailun voittajan kanssa.¹⁴³

¹⁴⁰ Parikka 2011: 22.

¹⁴¹ Pekkala 2007: 119.

¹⁴² HE 108/2016 vp s. 136.

¹⁴³ Parikka 2011: 23.

5. JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkielmassa tarkastelun kohteena olivat kuntien kansalliset kynnsarvot ylittävien ICT-hankintojen hankintasopimusten muuttaminen ja lisätilausten tekeminen. Sopimusmuutosta tarkasteltiin esittämällä oikeudellisia reunaehtoja hankintasopimukselle ja sen muuttamiselle. Lisätilauksen tekemisen mahdollisuutta tarkasteltiin sopimusmuutoksena ja suorahankintana, sekä sopimusehtoon perustumattomana ja sopimusehtoon perustuvana. Tämän lisäksi tarkasteltiin suorahankintaa yleisemmällä tasolla, antaen lukijalle perustieto suorahankinnasta ja muista mahdollisista lisätilauksen syistä. Erityisesti tutkielmassa haluttiin tarkastella ICT-hankintoja koskevia sopimusmuutoksia ja lisätilauksia.

5.1. Sopimusmuutos

Hankintalain 136 § asettaa hankintasopimusten muuttamiselle tiukat raamit ja pääsääntöisesti hankintasopimuksen olennainen muuttaminen on kiellettyä. Sopimusmuutoksen kieltö perustuu hankintalain periaatteisiin kohdella hankintamenettelyyn osallistuneita ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättä. Hankintalain ollessa ns. menettelytapalaki, jää hankintayksikölle tulkintavastuu siitä, kuinka se tulkitsee hankintasopimuksen muuttamista koskevia ehtoja.

Sopimusmuutoksen tekemisen kieltö ei koske kaikkia hankintoja. Hankintalain 136 §:ssä sanotaan, että sopimuksen muuttamisen kieltö koskee hankintasopimuksia, joiden kokonaisarvo ylittää EU-kynnsarvon ja kansalliset kynnsarvon ylittävät E liitteen mukaisia palveluhankintoja (sosiaali- ja terveystalvohankinnat sekä muut erityiset palveluhankinnat) sekä käyttöoikeussopimuksia. Toisin sanoen muihin kuin 136 §:n 1 momentissa mainittuihin hankintasopimuksiin voi tehdä muutoksia vapaasti, huomioiden kuitenkin hankintalain tavoitteet ja periaatteet. Tällä hetkellä työ- ja elinkeinoministeriö valmistelee hankintalakia koskevaa hallituksen esitystä, jossa ehdotetaan, että 136 pykälää sovellettaisiin myös kaikkiin kansallisen kynnsarvon ylittäviin hankintoihin. Tällä hetkellä kuitenkin sopimusmuutoksen kieltö koskee ainoastaan arvokkaampia hankintoja ja tämän hetkisten kynnsarvojen mukaisesti kaikkia yli 221 000 euron ylittäviä hankintoja.

Sopimusmuutoksen kieltö koskee tarkalleen ottaen olennaisia sopimusmuutoksia. Olennaisella sopimusmuutoksella tarkoitetaan sopimuksen muuttamista merkittävästi (vs. epäoleellinen). Hankintalain 136 §:n 1 momentissa on lueteltu sopimukseen tehtäviä kiellettyjä muutoksia, joita hankintalaki ainakin pitää olennaisina muutoksina. Luettelo sisältää neljä kohtaa. Ensimmäisen kohdan mukaan olennaisena ja kiellettynä muutoksena pidetään sopimusehtojen muuttamista niin, että muutos olisi voinut vaikuttaa tarjouskilpailun lopputulokseen, jolloin muutos olisi pitänyt huomioida jo hankintailmoituksessa. Toinen kohta kieltää sellaisen sopimusmuutoksen tekemisen mikä tekisi sopimuksesta toimittajalle edullisemman. Sopimuksesta voi tehdä kuitenkin toimittajalle edullisemman, jos siitä on mainittu sopimuksessa etukäteen. Tällaisesta muutoksesta olisi kyse esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö maksaisi toimittajalle sopimuksessa sovitun hinnan, vaikka toimittajan tarjoaman järjestelmän palvelualueetta pienennettäisiin huomattavasti.

Kolmannen kohdan mukaan sopimukseen ei saisi tehdä sellaista muutosta mikä laajentaisi sopimuksen soveltamisalaa huomattavasti, koska laajempi soveltamisala olisi voinut olla esimerkiksi houkuttelevampi toisille toimittajille, jolloin tarjouskilpailun lopputulos olisi voinut olla toinen. Koska sopimuksen laajentaminen huomattavasti on kiellettyä, voidaan tulkita, että sopimuksen soveltamisalan laajentaminen pienissä määrin on sallittua.

Neljännessä kohdassa säädetään, että hankintasopimuksen sopijakumppanin vaihtaminen sopimuskaudella on kiellettyä. Jos sopimuskumppanin vaihtaminen kesken sopimuskauden olisi sallittua, hankintayksiköiden kilpailuttamisvelvollisuus voitaisiin katsoa merkityksettömäksi, koska hankintayksikkö voisi aina kilpailuttaa hankinnan toistaiseksi voimassa olevaksi ja vaihtaa sopimuskumppania sopimuskaudella halujensa mukaan. Sopimuskumppanin vaihtaminen kuitenkin mahdollistetaan erityistilanteissa. Tällaisia tilanteita olisi esimerkiksi yritysostot tai sulautumiset, joihin hankintayksiköllä ei ole vaikutusta. Jos yrityksen toiminta siirtyy toiselle yritykselle, jolloin myös esimerkiksi toisen toimittajan toiminta lakkaa, on oltava mahdollista siirtää hankintasopimus uudelle yritykselle. Hankintasopimus siirretään sellaisenaan toiselle yritykselle, eikä sen ehtoihin voida enää koskea.

Hankintayksikön kannalta on erittäin tärkeää tunnistaa, onko kyseessä olennainen sopimusmuutos vai ei. Uudelleen kilpailuttaminen on pitkä prosessi, joten jos jo hyvän hankintasopimuksen uudelleen kilpailuttamiselta vältytään, säästetään aikaa ja rahaa. Olennaisuutta sekä sopimusmuutosta on arvioitava aina tapauskohtaisesti, koska 136 §:n luettelo olennaisista sopimusmuutoksista ei ole tyhjentävä. Arvioinnissa on huomioitava muutoksen merkittävyyttä. Merkittävyyttä arvioidessa huomioidaan sopimuksen luonne, sopimuskauden pituus, muutoksen tarpeen aiheuttaja sekä se onko muutoksen aiheuttaja sopijapuoli vai ulkoinen olosuhde, kuten lainsäädännön muutos. Sallitumman sopimusmuutoksesta tekee esimerkiksi ulkopuolinen tai ennakoimaton aiheuttaja, koska muutoksen aiheuttajana ei ole hankintayksikkö itse. Lisäksi sopimusmuutoksesta sallitumman tekee muutoksen tekeminen sopimukseen, minkä sopimuskausi jatkuu vielä pitkään. Tällöin sopimusmuutoksen tekemisestä tulee merkittävämpää, koska sen vaikutus on suurempi. Myös sallitumpaa tekee se, että muutos tehdään myöhemmin sopimuskaudella, kun se että se tehtäisiin pian sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen, jolloin voidaan katsoa, että hankintayksikön olisi pitänyt tietää muutoksen kohde jo hankintaa valmistellessaan.

Kuten aiemmin todettiin, hankintasopimusten olennainen muuttaminen on pääsääntöisesti kiellettyä. Hankintalain 136 § 2 momentissa on kuitenkin vastaavanlainen luettelo, kuin 1 momentissa, sopimusmuutoksista, jotka on tietyin edellytyksin sallittuja. Nämä ovat poikkeuksia 1 momenttiin ja antavat joustavuutta hankintalain muuten tiukkaan pääsääntöön sopimusmuutosten kiellosta. Jotta johtopäätösten rakenne on vastaavanlainen kuin tutkielmassa, käsitellään tätä 136 § 2 momenttia ja sen kohtia jaoteltuina sopimusehdoissa mainittuihin sopimusmuutoksiin ja sopimusehdoissa mainitsemattomiin sopimusmuutoksiin. Näitä käsitellään yhdessä tutkimussuunnitelman toisen pääaiheen lisätilausten kanssa.

5.2. Sopimusehtoon perustuva sopimusmuutos ja lisätilaus

Sopimuskaudella lisätilausten tekeminen on helpointa silloin, kun lisätilauksista on kirjoitettu jo alkuperäiseen sopimukseen. Sopimukseen lisätään ehto, että lisätilauksen tekeminen on mahdollista, mutta niiden tekeminen ei sido kumpaakaan sopijapuolta. Tällöin sopimuskaudella sovelletaan sopimuksessa määriteltyjä sopimusehtoja, joten muutoksen tekeminen ei ole niin riskialtista tai tulkinnanvaraista. Lisätilauksen tekemiseen sopimusehtoon perustuen, on mahdollista soveltaen hankintalain 136 §:n 2 momentin ensimmäistä kohtaa sekä 41 §:n 2 momenttia. Kyseiset säännökset ovat hyvin samanlaiset, joten hankintayksikön on tapauskohtaisesti hankintailmoitusta laatiessaan päätettävä, kumpaa säännöstä se soveltaa.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin ensimmäinen kohta säätelee sopimusmuutoksen tekemisestä sopimusehtoon perustuen. Tämä muutoksen kohde voi koskea juuri lisätilauksen tekemistä tai muuta asiaa, joka tarvitsee sopimuskaudella muutosta. Jotta lisätilaus voidaan tehdä sopimusmuutoksella ja sopimusehtoon perustuen, on säännöksen mukaan muutosta koskevat sopimusehdot kirjoitettava sopimukseen selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti, eivätkä ne saa muuttaa sopimuksen yleistä luonnetta. Muutoksen arvoa ei ole tarvinnut huomioida hankinnan ennakoidussa kokonaisarvossa, koska näitä muutoksia on vaikea ennakoida, saati antaa niille hintalappua. Riittää siis, että muutoksesta on mainittu edellä esitettyjen ehtojen mukaisesti, eikä se muuta sopimuksen yleistä luonnetta. Sopimuksen yleisen luonteen muuttamisella tarkoitetaan sopimuksen muuttamista merkittävästi, esimerkiksi niin että tavarahankintasopimuksen tavara (esim. auto) vaihtuisi täysin eri tavaraan (esim. elintarvikkeet) tai hankintamäärä muuttuisi merkittävästi. Sopimuksen yleinen luonne muuttuisi myös esimerkiksi silloin, jos maksuliikennejärjestelmän sopimusehto mahdollistaisi sopimuksen muuttamisen koskemaan rekrytointijärjestelmää. Tällainen muutos muuttaisi sopimusta kokonaisvaltaisesti, joten alkuperäisen hankinnan yleinen luonne muuttuisi.

Sopimusmuutoksella tehtävän lisätilauksen sopimusehdolla voitaisiin esimerkiksi varmistaa, että toimitettavat viestintälaitteet ovat koko sopimuskauden ajan sopivia ja pysyvät sopimuskauden ajan mukana teknologian kehittämisessä. Tällöin sopimusehdoissa

voitaisiin esimerkiksi varmistaa, että protokollan vaihtuessa tai teknisten muutosten myötä viestintälaitteet ovat edelleen sopivia. Sopimukseen kirjoitettaisiin ehto tällaisesta viestintälaitteen kehittämisestä, mutta ei kerrottaisi miten viestintälaitetta tullaan kehittämään. Onneksi tällaisia ehtoja ei tarvitse arvioida hankinnan ennakoidussa kokonaisarvossa, koska tämän tyyllisille muutostarpeille olisi mahdotonta ennustaa hintalappua.

Hankintalain 41 §:n 2 momentissa säädetään lisätilauksen tekemisestä suorahankintana, kun lisätilauksesta on mainittu sopimusehdoissa. Säädös koskee palveluhankintoja ja rakennusurakkasopimuksia ja lisätilauksen tulee vastata aikaisemmin tehtyä palveluhankintaa tai urakkaa. Säädöksen mukainen lisätilausehto eli optioehto tulee kirjoittaa sopimukseen, määritellen mahdollisimman tarkasti lisätilaus sisällöllisesti ja ajallisesti. Lisätilausehdot eivät saa antaa hankintayksikölle rajatonta harkintavaltaa. Sopimukseen kirjoitetut optioehdot (lisähankintamahdollisuudet), eivät sido kumpaakaan osapuolta, mutta ne antavat mahdollisuuden niiden hankkimiseen suorahankintana. 41 §:n 2 momentin mukaiset lisätilaukset ovat luonteeltaan sellaisia, että niiden ennakoitu arvo pystytään ja on pitänyt arvioida jo hankintailmoituksessa ilmoitetussa hankinnan kokonaisarvossa. Tällaisia lisätilausehtoja olisivat esimerkiksi tietojärjestelmien hankintasopimuksissa mahdollistetut tietojärjestelmien toiminnallisuuksien laajentaminen tai käyttäjämäärien muuttuessa käyttöoikeuksien lisääminen. Lisätilausta koskeva sopimusehto voisi koskea myös sopimuskauden pituutta, jolloin määräaikaista sopimusta voitaisiin jatkaa ehdon mukaisesti lisävuosilla. Säädös rajaa lisäksi lisätilauksen tekemiselle määräajan. Lisätilaus on tehtävä viimeistään kolmen vuoden päästä sopimuksen tekemisestä.

Kuinka hankintayksikkö tietää, milloin sen pitäisi huomioida lisätilaus jo hankinnan kokonaisarvossa ja määritellä lisätilausehto tarpeeksi tarkasti, ja milloin näitä ei tarvitse huomioida ja määritellä. Vastaus tähän ei varmastikaan ole yksiselitteinen, mutta asiaa voisi lähestyä tarkastelemaan ainakin seuraavasta näkökulmasta. Hankintalain 41 § 2 momentin mukaiset suorahankintana tehtävät lisätilaukset ovat luonteeltaan sellaisia, että niiden kustannukset voidaan arvioida jo tarjouspyyntöasiakirjoja laatiessa, jolloin ne pystytään myös määrittelemään tarkemmin. Tätä säädös vaatii, joten lisätilauksen pitää myös olla sen luonteinen, että se voidaan tällaiseksi säädöksen mukaiseksi lisätilausehdoksi määritellä. Kun taas 136 § 2 momentin 1 kohdan mukaiset sopimusmuutoksella tehtävät lisätilaukset ovat sellaisia, että niitä ei etukäteen pystytä määrittelemään tarkemmin, eikä

niiden kustannuksia arvioimaan. Tästä syystä ne tehdään sopimusta ”muuttamalla”. Käytännössä sopimusta ei kuitenkaan muuteta, vaan sovelletaan sopimuksen ehtoja. Kun lisätilaus pystytään määrittelemään tarkemmin, kirjoitetaan se myös jo hankintailmoituksessa olevaan ”lisätilaus -kohtaan”. Sopimusmuutoksella tehtävät lisätilaukset voivat olla esimerkiksi muutoin kirjoitettu sopimukseen ehdoiksi.

Hankintayksikön on myös huomioitava em. muutossäännöksille asetetut erilaiset kynnyсарvot ja hankintasopimustyypit. Kun hankintayksikkö määrittelee lisätilausehdon sopimukseen hankintalain 41 §:n 2 momentin mukaisesti tarkemmin, koskee tämä kansallisia sekä EU-kynnyсарvon ylittäviä palveluhankintoja ja rakennusurakoita eli tavarahankintoihin tällaista lisätilausehtoa ei voi asettaa. Järjestelmähankinnat tehdään nykyään käytännössä lähes aina palveluhankintoina, koska nykymarkkinoilla järjestelmiä tarjotaan ylläpidon ja järjestelmien yhteispaketteina. Tällöin ylläpidon kustannusten suuruus tekee hankinnasta palveluhankinnan. Koska ICT-hankinnat ovat lähes aina palveluhankintoja, ei tällä säädöksen rajauksella ole suurta merkitystä ja säädöstä voidaan soveltaa useimmiten ICT-hankintoihin. 136 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaisella sopimusmuutoksella tehdyn lisätilauksen voi tehdä kaiken arvoisiin hankintoihin, mutta huomioiden 136 §:ssä erikseen olennaisen sopimusmuutoksen kiellon soveltamisalueeseen kuuluvissa hankinnoissa, muutoksen voi tehdä vain 136 § 2 momentin 1 kohdan mukaisten vaatimusten täytyessä. 136 pykälän kielto olennaiseen sopimusmuutokseen koskee vain EU-kynnyсарvon ylittäviä hankintoja sekä kansalliset kynnyсарvot ylittävien liitteen E mukaisia palveluhankintoja sekä käyttöoikeussopimuksia. Tällöin kansallisen kynnyсарvon ja sitä halvempiin hankintoihin saa tehdä olennaisia sopimusmuutoksia ja tällöin myös 136 §:n 2 momentin mukaisia muutoksia.

Lisäksi hankintayksikön on huomioitava, milloin sopimuskaudella se voi lisätilauksen tehdä. Hankintayksikkö voi tehdä 41 §:n 2 momentin mukaiset lisätilaukset kolmen vuoden päästä sopimuksen tekemisestä. 136 §:n 2 momentin ensimmäisen kohta ei säädä määräaikaa lisätilauksen tekemiselle.

5.3. Sopimusehtoon perustumaton sopimusmuutos ja lisätilaus

Hankintalain 136 §:n 2 momentissa 2-5 kohdat säättävät tilanteista, joissa sopimukseen voidaan tehdä muutos, vaikka muutoksesta ei ole mainittu sopimuksessa ja se olisi 1 momentin mukainen olennainen ja kielletty muutos. Toinen kohta koskee lisätilauksen tekemistä, joten käsitellään ensimmäiseksi 3-5 kohdat. 136 §:n sopimusmuutoskielto koskee ainoastaan EU-kynnysarvon ylittäviä ja kansallisen kynnysarvon ylittäviä E liitteen mukaisia palveluhankintoja ja käyttöoikeussopimuksia, joten muihin kuin säädöksessä mainittuihin kansallisen kynnysarvon ylittäviin hankintoihin sopimusmuutoksen voi tehdä.

136 §:n 2 momentin kolmannen kohdan mukaan hankintayksikkö voi tehdä sopimukseen millaisen muutoksen vain, jos muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida, eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen. Ennakoimattomana tilanteena pidetään tilannetta, jossa hankintayksikön huolellisesta hankinnan valmistelusta huolimatta, hankintayksikön ei olisi pitänytkaan osata ennakoida tulevaa muutoksen tarvetta. Ennakoimattomat tilanteet tulevat hankintayksikön ulkopuolelta, jolloin hankintayksikkö ei ole voinut vaikuttaa tulevaan muutokseen tai ei ole pystynyt ennakoimaan tilannetta, jolloin muutoksen tekeminen esimerkiksi aidossa kiireessä olisi sallittu. Ennakoimattomasta tilanteesta hyvä esimerkki on lain muuttuminen. Säädestä soveltaen olisi mahdollista myös muuttaa hankinnan ennakoitua arvoa sopimuskaudelle, jos tarve arvon muuttamiselle on ollut ennakoimatonta ja tullut hankintayksikön ulkopuolelta. Ennakoimattoman muutoksen arvo ei saa olla enempää kuin 50 % alkuperäisen sopimuksen kokonaisarvo, huomioiden sopimuskauden aikaiset indeksilausekkeet.

136 §:n 2 momentin neljäs kohta on suora poikkeus 136 §:n 1 momentin 4 kohdasta. Sen mukaan sopimuskumppanin vaihtaminen on mahdollista silloin, kun alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy rakennejärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisen ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena kokonaan tai osittain toiselle toimittajalle. Tällöin uuden sopimustoimittajan on täytettävä tarjouspyynnössä esitetyt vaatimukset hankinnalle sekä soveltuvuusvaatimukset tarjoajalle. Sopimuskumppania

koskeva muutos on hyväksyttyä edellä esitetyistä syistä, koska muutos koskee alkuperäisen sopimuskumppanin rakenteellisia muutoksia, joten muutos tulee hankintayksikön ulkopuolelta, eikä hankintayksikkö pysty vaikuttamaan uuteen sopimuskumppaniin. Ei ole myöskään tarkoituksen mukaista kuormittaa hankintayksikköä vaatimalla uutta kilpailutusprosessia aina sopimuskumppanin rakenteellisen muutosten vuoksi.

136 §:n 2 momentin viides kohta mahdollistaa vähäarvoisen sopimusmuutoksen tekemisen, kun se ei muuta sopimuksen yleistä luonnetta. Vähäarvoisen muutoksena pidetään muutosta, mikä alittaa liitteessä E tarkoitettuja palveluja koskevissa hankinnoissa sekä käyttöoikeussopimuksissa kansalliset kynnyksarvot tai muissa hankinnoissa EU-kynnyksarvot. Tämän lisäksi muutoksen arvon tulee olla pienempi kuin 10 prosenttia alkuperäisestä palvelu- tai tavarahankintasopimuksesta tai palveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksen arvosta. Kaikki sopimuskaudella tehtävät muutokset lasketaan yhteen ja niiden kumulatiivinen arvo ei saa olla enempää kuin edellä mainitut. Esimerkiksi sopimuskaudella järjestelmän palvelusopimukseen tehtävien muutosten yhteisarvo saa olla maksimissaan 10 prosenttia ja aina kuitenkin enintään EU-kynnyksarvon verran. Säädestä soveltaen voi sopimukseen tehdä lähes minkäläisen muutoksen vain, kunhan se on vähäarvoinen. Muutoksen vähäarvoisuus voisi esimerkiksi tehdä hinnoittelumallin muuttamisesta sallittua, mikä ei pääsääntöisesti ole sallittua, koska sen muuttaminen voisi vaikuttaa tarjousten jättämiseen ja silloin myös tarjouskilpailun voittavaan tarjoajaan.

Kun hankintayksikölle tulee sopimuskaudella tarve hankkia lisätilauksia esimerkiksi järjestelmään niin, että lisätilausta ei ole osattu ennakoida tarjouspyyntöasiakirjoja valmis tellessä, on hankintayksiköllä tiettyjen edellytysten täytyttyä mahdollisuus tehdä lisätilaus. Edellytysten löytämiseksi hankintayksikön on lähdettävä tarkastelemaan hankintalain 136 §:n 2 momentin 2-3 ja 5 kohtia, 41 §:n 1 momenttia sekä 40 §:n 1 momentin 2-8 kohtia. Jos joku näiden säädösten edellytyksistä täyttyy, on lisätilaus mahdollista hankkia, ilman uutta hankintalain mukaista kilpailuttamisprosessia. Säädösten yhteisenä teemanä on ennakoimattomuus tai tilanne, jossa vain joku tietty tai vanha toimittaja pystyy lisätilauksen kohteen toteuttamaan.

Hankintayksikön on 136 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan selvitettävä onko lisätilaus-tarve, esimerkiksi olemassa olevan palvelusopimuksen toteuttamiseen liittyen, taloudel-lisista tai teknisistä syistä mahdollista täyttää tekemällä hankinta vain kyseisen sopimuk-sen sopimuskumppanilta. Jos lisätilaus on taloudellisesti tai teknisesti mahdollista hank-kia vain nykyiseltä sopimuskumppanilta, on hankintayksikön arvioitava lisätilauksen merkittävyyttä ja mietittävä, pystytäänkö olemaan ilman esiin nousutta tarvetta vai ai-heuttaisiko sen hankkimatta jättäminen hankintayksikölle merkittävää haittaa tai kustan-nusten merkittävää päällekkäisyyttä. Lisäksi muutoksen arvo ei saa olla 50 prosenttia enempiä kuin alkuperäinen hankintasopimus. Jos nämä 136 §:n 2 momentin 2 kohdan ja 136 §:n 3 momentin edellytykset täyttyvät, voi hankintayksikkö tehdä lisätilauksen van-halta sopimuskumppanilta tekemällä sopimusmuutoksen. Sopimuskaudella tehtävien so-pimusmuutosten määrää ei ole rajattu, joten lisätilauksia sopimusmuutoksella voidaan tehdä niin paljon kun on tarpeellista. 136 §:n 2 momentin 2 kohdassa hankintasopimuksen yleisen luonteen muuttaminen ei ole kiellettyä, joten lisätilauksen kohdetta tai sen vaiku-tusta ei ole rajattu, kunhan se liittyy olemassa olevaan sopimukseen.

Hankintayksikön tehdessä lisätilausta hankintalain 136 §:n 2 momentin toisen (ja kol-mannen) kohdan mukaan, on sen noudatettava hankintalain avoimuusperiaatetta ja teh-tävä lisätilausta koskevasta sopimusmuutoksesta sopimusmuutosilmoitus. Sopimusmuu-tosilmoitus julkaistaan HILMA-järjestelmässä. Sopimusmuutos alistuu tällöin julkisen tarkastelun alle. Tieto muutoksen tekemisestä ja sen syy, ei pysy vain sopijapuolien kes-kuudessa, on hankintayksiköllä korkeampi kynnys tehdä sopimusmuutos ja hankintayk-sikön täytyy perusteellisesti selvitettävä reunaehdot sopimusmuutoksen tekemiselle. Suo-rahankinnasta, kuten 41 §:n 1 momentin mukaisesta lisätilauksesta, hankintailmoitusta ei tarvitse tehdä, mutta se on suositeltavaa lyhyempien valitusaikojen vuoksi.

Hankintalain 41 §:n ensimmäistä momenttia voidaan soveltaa vastaavanlaisessa tilan-teessa kuin 136 §:n 2 momentin 2 kohtaa. Hankintayksikkö voi tehdä tavarahankintaan liittyvän lisätilauksen suoraan hankintana nykyiseltä toimittajalta, kun sen tarkoituksena on aikaisemman toimituksen tai laitteiston osittainen korvaaminen ja laajentaminen. Lisäti-lauksen toiselta toimittajalta olisi johdettava teknisiltä ominaisuuksilta erilaisen materi-aalin hankkimiseen, mikä puolestaan aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman

suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Ohjelmisto- tai järjestelmähankinnat tehdään nykyään yleensä palveluhankintoina, joten tämän soveltaminen ohjelmisto- tai järjestelmähankinnoissa on harvinaista, mutta tätä voidaan soveltaa esimerkiksi laitehankintoihin. Kun lisätilauksesta tehdään sopimus, muuttamalla vanhaa tai tekemällä uusi, saa se olla voimassa vain poikkeuksellisesti yli kolme vuotta.

Hankintalain 40 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan suora hankinnan, kuten lisätilauksen, voi tehdä nykyiseltä tai uudelta toimittajalta, jos vain tämä nykyinen tai tietty uusi toimittaja voi toteuttaa lisätilauksen. Lisätilauksen tekeminen toiselta toimittajalta olisi oltava teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä mahdotonta hankkia toiselta toimittajalta. Hankintayksikkö ei saa luoda vain yhden toimittajan toteuttamistilannetta keinotekoisesti, laatimalla hankinnalle vaatimuksia sen mukaan mitä esim. hankintayksikön haluama toimittaja pystyisi vain toteuttamaan.

Kun ICT-hankinnan, kuten järjestelmähankinnan, sopimuksessa ei ole ollut lisätilauksesta mainintaa, on näiden kolmen hankintalain säädöksen (136 §:n 2 momentin 2 kohta, 41 §:n 1 momentti ja 40 §:n 2 momentin 2 kohta) soveltaminen varmasti yleisin keino välttää hankintalain mukaisen kilpailutusprosessin käynnistämisen. Hankintayksikön vastuulla on todentaa, että tekninen yhteensopimattomuus tai yksinoikeuden suojan tuoma ongelma on olemassa ja toiselta toimittajalta lisätilausta ei voi tehdä. Teknisellä syyllä viitataan esimerkiksi tilanteeseen, jossa lisätilauksen hankkiminen toiselta toimittajalta johtaisi erilaiseen järjestelmään kuin alkuperäinen. Kun taas yhteensopimattomuudella tietojärjestelmissä viitataan tilanteeseen, jossa kaksi tietojärjestelmää eivät toimi sekä kommunikoi yhdessä erilaisten tai salaisten rajapintojen vuoksi. Yksinoikeuden suojalla tarkoitetaan tässä tilanteessa sitä, että toinen toimittaja ei esimerkiksi pysty tekemään järjestelmään lisäosaa, koska järjestelmän valmistaneella yrityksellä on sen yksinoikeus.

Lisätilauksen voi tehdä myös muilla kuin edellä esitetyillä perusteluilla. Hankintalain 40 §:ssä säädetään perusteista, jolloin suora hankinnan voi tehdä. Lisätilauksen voi tehdä myös kaikilla näillä suora hankinnan perusteilla, vaikka se ei kovin yleistä ICT-hankinnoissa olisikaan. Suora hankinta on hankintalaissa säädetty poikkeus kilpailuttamisvelvollisuudelle, joten sen käytölle on asetettu tiukat raamit. Suora hankinnalla tarkoitetaan sitä,

että hankintayksikkö voisi esimerkiksi hankkia järjestelmän suoraan yhdeltä toimittajalta ja mahdollisesti myös haluamaltaan toimittajalta. Suorahankinnan perusteita on yhteensä 8; 1) hankintayksikkö ei ole saanut avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia. Lisäedellytyksenä on, että alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta, 2) teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan. Lisäedellytyksenä on, että järkeviä vaihtoehtoisia tai korvaavia ratkaisuja ei ole, eikä kilpailun puuttuminen johdu hankinnan ehtojen keinotekoisesta ka-ventamisesta, 3) hankinnan tarkoituksena on ainutkertaisen taideteoksen tai taiteellisen esityksen luominen tai hankkiminen, 4) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi, 5) hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavarantoimittajan valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi, 6) hankinta koskee perushyödykemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita, 7) tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesänhoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena 8) kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.

5.4. Lopuksi

Tutkielman perusteella voidaan todeta, että sopimusmuutoksen tai lisätilauksen tekeminen ICT-hankintoihin, kuten muihinkin hankintoihin, on mahdollista useissa erilaisissa tilanteissa. Säädökset ovat hyvin samanlaisia, mutta niissä on myös paljon eroja, joita on koitettu selventää tässä tutkielmassa. Hankintalain tulkinnan helpottamiseksi näitä edellä esitettyjä säädöksiä olisi hyvä yhtenäistää. Aiheeseen tutustuttuani tutkielmaa kirjoittaessa, epäselväksi vielä jäi se miksi näiden säästöjen soveltamisalaan eivät kuulu kaikki

hankinnat, vaan ne on jaettu koskemaan vain tavara- tai palveluhankintoja tai molempia sekä arvollisesti kansallisiin ja/tai EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin.

Tutkielman perusteella mielestäni selvää kuitenkin on se, että hankintayksiköiden on järkevintä kirjoittaa hankintasopimuksiin kaikki mahdollinen sopimuskauden aikainen lisätarve, mitä se vaan pystyy ennakoimaan tulevaisuuteen. Toissijaisena tavoitteena pitäisi olla se, että hankintayksikkö lähtisi pohtimaan vasta sopimuskaudella esiin nousseisiin tarpeisiin, hankintalain mukaisia toteutusmahdollisuuksia. Tämä vaatii jatkuvasti kehittyvässä ICT-maailmassa hyvää markkina- ja tuotetuntemusta. Oikeiden ihmisen, asiantuntijoiden, tulee olla valmistelemassa hankintoja, että hankintasopimukseen kaikki mahdollinen osataan kirjoittaa. Tulevaisuuden suunnitelmien suunnitteluun on myös varattava tarpeeksi aikaa. Hankintayksiköiden on siis panostettava hankinnan suunnittelussa koko sopimuskauden huomioimiseen ja mietittävä mitä kaikkea samalla sopimuksella voidaan hankintayksikölle hankkia. Tällöin erillisten hankintojen määrä vähenee, eikä aikaa ja rahaa kulu turhiin kilpailutuksiin.

Edellä mainittujen syiden vuoksi hankintayksiköiden kannattaa siis lähetä haastamaan hankintalain 136 § 2 momentin 1 kohtaa, jolloin sopimusmuutoksen tarve on jo ennakoitu hankintasopimuksessa. Näiden edellä mainittujen syiden lisäksi hankintayksiköiden kannattaa lähteä haastamaan kyseistä säädöstä, jotta siinä säädetyt ehtojen laatimisohteet saisivat lihaa luiden ympärille. Säädöksen mukaan sopimusehto tulee kirjoittaa selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti. Selvää ei kuitenkaan ole se, mitä hankintalaki selkeällä, täsmällisellä ja yksiselitteisellä ehdolla tarkoittaa? Näihin hankintalaki tai hallituksen esitys ei ota kantaa, joten niiden selkeyttäminen esimerkiksi oikeuskäytännön avulla olisi hyödyllistä.

LÄHDELUETTELO

Kirjallisuuslähteet

- Aarnio, Aulis (1989). Laintulkinnan teoria : yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo: WSOY.
- Arrowsmith, Sue (2005). The Law of Public and Utilities Procurement. 2nd edition. Sweet & Maxwell.
- Castrén, Martina (2014). Defensor legis. N:o 3/2014. Artikkeleita Eurooppa oikeudesta. Hankintasopimuksen muuttamisen sallittavuus. Saatavilla 21.9.2019: https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/defensor_legis/13490.pdf
- EU (2017). EU Citizenship report – factsheet. Saatavissa 20.12.2017: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=40722.
- Halonen, Kirsi-Maria (2015). Hankintasopimuksen tehottomuus – hankinta- ja velvoite-oikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille. Julkaistu Edilexissä 4.8.2015. Saatavilla 21.9.2019: <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/kirjat/15361.pdf>
- Hirvonen, Ari (2011). Mitkä metodit? Helsinki. Saatavissa 21.9.2019: https://issuu.com/arihirvonen/docs/mitk___metodit_paino.
- Husa, Jaakko, Mutanen, Anu, Pohjolainen, Teuvo (2008). Kirjoitetaan juridiikkaa : ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Helsinki: Talentum 2008.
- Husa, Jaakko, Pohjolainen, Teuvo (2014). Julkisen vallan oikeudelliset perusteet : johdatus julkisoikeuteen. Helsinki: Talentum Cop. Saatavissa: 21.9.2019: [http://verkkokirjahylly.almatalent.fi.proxy.uwasa.fi/teos/BAXBBXATGEICB#kohta:Julkisen\(\(20\)vallan\(\(20\)oikeudelliset\(\(20\)perusteet\(\(20\)piste:b0](http://verkkokirjahylly.almatalent.fi.proxy.uwasa.fi/teos/BAXBBXATGEICB#kohta:Julkisen((20)vallan((20)oikeudelliset((20)perusteet((20)piste:b0)
- Kaisto, Janne. Varallisuus oikeus ja julkiset hankinnat. Saatavilla 21.9.2019: <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/oikeustiede/8410.pdf>
- Kettunen, Elisa, Jalava, Tuomas 2014: Kuntien tietotekniikkakartoitus 2013. Kuntien tietotekniikan tunnusluvut, organisointi, toiminnan kehittäminen ja haasteet. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2014.
- Parikka, Julius, Pöykkylä, Panu (2011). Suorahankinta julkisissa hankinnoissa: onko se koskaan mahdollinen. Julkaistu Edilexissä 18.2.2011. Saatavilla 21.9.2019: <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/7690.pdf>
- Pekkala, Elise, Pohjonen, Mika, Huikko, Katariina, Ukkola, Markus (2017). Hankintojen kilpailuttaminen. Helsinki: Tietosanoma 2017.

- Pekkala, Elise, Pohjonen, Mika (2010). Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Helsinki: Tietosanoma Oy.
- Pekkala, Elise (2008). Hankintojen kilpailuttaminen. 3. uudistettu painos. Tietosanoma Oy, Helsinki.
- Pekkala, Elise, Pohjonen, Mika (2007). Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Helsinki: Tietosanoma Oy.
- Pesu, Jarkko (2015). Kokonaistaloudellinen edullisuus ICT-hankinnoissa. Edilex 2015/21. Julkaistu Edilexissä 25.5.2015. Saatavissa 6.10.2019: <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/artikkelit/15271.pdf>
- Poulsen, Sune Troels (2012). The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. P.P.L.R.
- Vedenkannas Matti (2008). Kumppanuus ja julkiset hankinnat, Lakimies 2/2008 s. 212-229. Saatavilla 21.9.2019: <https://www-edilex-fi.proxy.uwasa.fi/lakimies/5144.pdf>
- Voutilainen, Tomi (2009). ICT-oikeus sähköisessä hallinnossa. Helsinki: Edita Prima Oy.
- Voutilainen, Tomi (2011). Tietoteknologia hankintakohteena ja -välineenä, Edilex 2011/20.
- Voutilainen, Tomi (2013). Tietosuoja pilvipalveluiden hankintasopimuksissa julkisessa hallinnossa, EdilexM Defensor Legis N:o 3/2013.
- Voutilainen, Tomi (2015). Kuntien tietohallinnon järjestäminen – vastuut ja rajoitteet ulkoistamiseen, Edilex 2015/19, julkaistu 25.5.2015.

Muut lähteet

- Työ- ja elinkeinovirasto 2018: Saatavissa 25.10.2019: <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot/>.
- HILMA Julkiset hankinnat. Työ- ja elinkeinovirasto. Saatavilla 25.10.2019: <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/cpv/>.

Virallislähteet

Lainvalmistelumateriaali

HE 246/2010 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta sekä viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain 18 ja 36 §:n muuttamisesta.

HE 108/2016 Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

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

HE 30/1998 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi

HaVL 25/2006 Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista Talousvaliokunnalle.

KOM 0896/2011 lopullinen (COD 0438/2011). Ehdotus EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI julkisista hankinnoista. Brussels. 14 June 2012.

TEM 972/2019 Lausuntopyyntö luonnoksesta hallituksen esitykseksi julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain muuttamisesta sekä eräiden siihen liittyvien säädösten muuttamisesta.

Direktiivit

2014/24/EU Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta ETA:n kannalta merkityksellinen teksti.

2014/23/EU Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/23/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, käyttöoikeussopimusten tekemisestä. ETA:n kannalta merkityksellinen teksti.

2011/0436/COD Opinion of the Committee of the Regions on ‘EU financial instruments in justice and citizenship’

2009/24/EY Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/24/EY, annettu 23 päivänä huhtikuuta 2009, tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta. ETA:n kannalta merkityksellinen teksti.

Oikeustapakset

MAO 399/2019
MAO 319/2016
MAO 629/2016
MAO 464/2015
MAO 463/2015
MAO 194/2015
MAO 307-309/2011
MAO 424/2009
MAO 372-373/2007

KHO 10/2019
KHO 719/2010
KHO 49/2006
KHO 650/2000

C-549/14 Finn Frogne A/S v Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 7 September 2016

C-20/10 Vino Cosimo Damiano v Poste Italiane SpA. Order of the President of the Sixth Chamber of the Court of 11 November 2010.

C-28/10 Mehmet Salih Bayramoglu v European Parliament and Council of the European Union. Order of the Court (Second Chamber) of 2 September 2010.

C-91/08 Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 April 2010.

C-454/06 Preetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund). Judgment of the Court (Third Chamber) of 19 June 2008.

C-385/02 Commission of the European Communities v Italian Republic. Opinion of Advocate General Kokott delivered on 29 April 2004.

C-496/99 Commission of the European Communities v CAS Succhi di Frutta SpA. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 29 April 2004.

C-337/98 Commission of the European Communities v. French Republic. Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 23 March 2000.

C-107/92 Commission of the European Communities v. Italian Republic. Judgment of the Court of 2 August 1993.

C-24/91 Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain. Judgment of the Court of 18 March 1992.

LIITE 1. Yhteenvedo sopimusmuutoksista

SOPIMUKSESSA EI TARVITSE OLLA MAININTAA					
§ /mom. /kohta	Sopimus- muutos vai suorahan- kinta	Käyttömahdolli- suus	Hankintaka- tegoria	Aikaraja	Hankinnan arvo
41.1 §	Suorahan- kinta	Tavarantoimittajan vaihtaminen joh- taisi suhteettomiin teknisiin vaikeuk- siin tai yhteensopi- mattomuuteen	Tavara	Sopi- muksen voimas- saolo enintään kolme vuotta.	
136.2 § 2 kohta	Sopimus- muutos	Sopimus-kumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista talou- dellisista tai tekni- sistä syistä ja aiheut- taisi merkittävää haittaa tai kustan- nusten merkittävää päällekkäisyyttä hankintayksikölle.	Ei väliä	-	Enintään 50 % alkuperäisen so- pimuksen arvosta. Peräkkäisiä muutoksia arvioidaan itsenäi- sinä.
136.2 § 3 kohta	Sopimus- muutos	Muutoksen tarve, mitä ei ole voitu en- nakoida ennakkoon eikä vaikuta hankin- tasopimuksen ylei- seen luonteeseen	Ei väliä	-	Enintään 50 % alkuperäisen so- pimuksen arvosta. Peräkkäisiä muutoksia arvioidaan itsenäi- sinä. Kun sopimukseen sisältyy indeksilauseke hinnan laske- mista varten tarkistettu hinta on viitearvo.
136.2 § 4 kohta	Sopimus- muutos	Sopimus-kumppanin vaihdos: 1 kohdan mukainen syy tai toimittajan fuusioi- tuminen, yritys- kauppa yms.	Ei väliä.	-	Ei väliä. Ei ole huomioitu han- kinnan kokonaisarvossa.
136.2 § 5 kohta	Sopimus- muutos	Vähäarvoinen muu- tos eikä vaikuta so- pimuksen yleiseen luonteeseen.	Palvelut: E liit- teen palvelut tai kansallisen kynnysarvon ylittävät käyt- töoikeussopi- mukset. EU- kynnysarvon ylittävät kaikki hankinnat.	-	Muutoksen arvo pitää olla alk. per. sop. pienempi kuin 10 % palvelu-, tavara ja palvelua koskeva käyttöoikeussopimus. Ja 15 % rakennusurakkasopi- muksen tai käyttöoikeusura- kasta. Ja kuitenkin enintään EU- kynnysarvon suuruinen sekä enintään kansallisen kynnysar- von suuruinen E-liitteen mukai- sissa palveluissa sekä käyttöoi- keussopimuksissa. Peräkkäiset muutokset arvioidaan kumulatii- visen nettoarvon perusteella.

SOPIMUKSESSA OLTAVA MAININTA					
§ /mom. /kohta	Sopimus- muutos vai suorahan- kinta	Käyttömahdoli- suus	Hankintaka- tegoria	Aikaraja	Hankinnan arvo
41 § 2. mom	suorahan- kinta	Vastaa aikaisemmin tehtyä urakkaa tai palveluhankintaa.	Palvelu ja ra- kennusurakka	Voidaan tehdä kolme vuoden kuluttua alku- peräisestä so- pimuksesta.	Huomioitu hankinnan ko- konaisarvossa
136.2 § 1 kohta	sopimus- muutos	Kunhan on määri- tely sopimuksessa tarkasti ja ei muuta sopimuksen luon- netta.	Ei väliä	-	Huomioitu hankinnan ko- konaisarvossa

* Ilmoitus muutoksesta tai suorahankinnasta tehtävä, katso hankintalain 58 §.