

16.2.2018

JULKINEN VERSIO

ESITYS MARKKINAOIKEUELLE

16.2.2018

SISÄLTÖ

1	Asia.....	3
2	Esityksen tekijä	3
3	Asianosainen	3
4	Hankintamenettely	3
5	Asian vireille tulo ja selvittäminen.....	3
6	Vaatimukset	4
7	Vaatimusten pääasialliset perusteet.....	4
8	Tapahtumakuvaus	4
8.1	Hankintamenettely	4
8.2	Hankintayksikön antama selvitys	7
9	Oikeudellinen arvio	8
9.1	Sopimusmuutoksen sallittavuuden arviointiin sovellettava lainsäädäntö	8
9.2	Hankintasopimuksen muuttaminen sopimuskauden aikana	8
9.2.1	Olennainen muutos.....	8
9.2.2	Alkuperäisen sopimuksen muutoslausekkeet.....	10
9.2.3	Ennakoimaton olosuhdemuutos.....	13
9.2.4	Vähäarvoinen muutos	14
9.3	Hankintalain mukainen suora hankintaperuste.....	15
9.3.1	Kiireperuste.....	15
9.3.2	Muu suora hankintaperuste.....	17
9.4	Johtopäätös	17
10	Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta.....	18
10.1	Edellytykset esityksen tekemiselle	18
10.2	Kynnysarvojen ylittyminen.....	18
11	Esitetyt seuraamukset.....	23
12	Sovelletut säännökset.....	25
	LIITELUETTELO.....	26

16.2.2018

1 Asia

1. Julkinen hankinta, esitys seuraamusmaksun määrittämiseksi: Jämsän Ateria-, Puhtaus- ja tekstiilipalvelut liikelaitoksen ja Posti Oy:n välisen sopimuksen muuttaminen.

2 Esityksen tekijä

2. Kilpailu- ja kuluttajavirasto
PL 5
00531 Helsinki
Puhelin 029 505 3000

Virastossa asiaa hoitavat erikoistutkija Max Jansson, max.jansson@kkv.fi, 029 505 3688, sekä tutkimuspäällikkö Maarit Taurula, maarit.taurula@kkv.fi, p. 029 505 3381.

3 Asianosainen

3. Jämsän kaupunki / Jämsän Ateria-, Puhtaus- ja tekstiilipalvelut liikelaitos (jäljempänä myös "hankintayksikkö")

4 Hankintamenettely

4. Liikelaitoksen päätös 30.5.2017 (§ 15) ja Posti Oy:n kanssa 5.8.2016 solmitun sopimuksen muuttaminen 14.6.2017.

5 Asian vireille tulo ja selvittäminen

5. Kilpailu- ja kuluttajavirasto (jäljempänä myös "KKV" ja "virasto") on ottanut asian tutkittavakseen omasta aloitteestaan.
6. Virasto teki 17.8.2017 selvityspyynnön sopimusmuutokseen liittyen liikelaitokselle.¹ Liikelaitos vastasi viraston selvityspyyntöön 8.9.2017 päivätyllä vastauksella.² Virasto pyysi lisätietoja 29.9.2017 päivätyllä lisäselvityspyynnöllä³, johon liikelaitos vastasi 23.10.2017⁴. Virasto lähetti 17.1.2018 hankintayksikölle ja Posti Oy:lle esitysluonnoksen. Liikelaitos antoi vastineensa 1.2.2018.⁵ Posti Oy puolestaan ilmoitti, ettei lausu asiassa mitään.

¹ Liite 1, Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntö 17.8.2017.

² Liite 2, Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 8.9.2017.

³ Liite 3, Kilpailu- ja kuluttajaviraston lisäselvityspyyntö 29.9.2017.

⁴ Liite 4, Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 23.10.2017.

⁵ Liite 19, Liikelaitoksen 1.2.2018 toimittama vastine esitysluonnokseen.

16.2.2018

6 Vaatimukset

7. Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää, että markkinaoikeus määrää hankintayksikölle seuraamusmaksun.
8. Virasto esittää seuraamusmaksun suuruudeksi 20.000 euroa.

7 Vaatimusten pääasialliset perusteet

9. Hankintayksikkö on julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jatkossa ”hankintalaki”) vastaisesti tehnyt ruoka- ja kotiateriakuljetuspalveluita koskevaan sopimukseensa olennaisia muutoksia. Päättäessään kesken hankintasopimuskauden hankkia kyseisiä palveluita hankintasopimuksesta olennaisesti eroavalla tavalla hankintayksikkö on laiminlyönyt hankintalain mukaisen velvollisuutensa kilpailuttaa palvelu uudessa muodossaan hankintalain mukaisesti. Olennainen sopimusmuutos ilman hankintalain mukaista perustetta muodostaa suorahankinnan.

8 Tapahtumakuvaus

8.1 Hankintamenettely

10. Jämsän kaupunki on ostopalveluna järjestänyt aterioiden kotiinkuljetuksia. Jo ennen vuoden 2016 hankintamenettelyn valmistelua kaupungin liikelaitoksella on ollut aiempina vuosina ongelmia aterioiden toimittamisessa asiakkaille perille riittävän lämpiminä.
11. Jämsän kaupunki on 13.4.2016 julkaissut hankintailmoituksen koskien ruokakuljetusten ja aterioiden kotikuljetusten hankintaa.⁶ Hankintailmoituksessa hankintaviranomaiseksi on merkitty Jämsän kaupunki ja kuvauksessa on tarkennettu, että tarjouksia pyytää liikelaitos. Sopimuskaudeksi on ilmoitettu 1.8.2016 – 31.7.2018. Lisäksi tarjouspyynnössä on mainittu optiot kahdelle vuodelle.⁷
12. Hankinnan ennakoitu kokonaisarvo on ollut 1,50 – 1,51 miljoonaa euroa. Hankinta on jaettu viiteen osaan seuraavasti:
 - i. Ruokakuljetukset Jämsän ja Jämsänkosken alueella (ennakoitu arvo 550 000 – 560 000 euroa).
 - ii. Ruokakuljetukset Kuoreveden ja Länkipohjan alueella (ennakoitu arvo 80 000 – 90 000 euroa).

⁶ Liite 5, Hankintailmoitus 13.4.2016.

⁷ Liite 6, Tarjouspyyntö 12.4.2016.

16.2.2018

- iii. Kotiateriakuljetukset Jämsän alueella (ennakoitu arvo 400 000 – 410 000 euroa).
 - iv. Kotiateriakuljetukset Jämsänkosken alueella (ennakoitu arvo 280 000 – 290 000 euroa).
 - v. Ruokakuljetukset ja kotiateriakuljetukset Koskenpään alueella (ennakoitu arvo 100 000 – 110 000 euroa).
13. Kustakin osasta on käyty erillinen tarjouskilpailu.
 14. Tarjouspyynnön ja sopimuksen mukaan ruokakuljetukset ovat koskeneet kuljetuksia mm. koulujen keittiöihin.
 15. Vertailuperusteena on käytetty tuntihintaa. Jokaisesta osakokonaisuudesta on annettu 2-3 tarjoutta.
 16. Tarjousvertailu on tehty 7.6.2016.⁸ Posti Oy on voittanut jokaisen osan. Hankintasopimus Posti Oy:n kanssa on solmittu 5.8.2016.⁹ Sopijapuoleksi on kirjattu liikelaitos.
 17. Hankintasopimuksen arvo on ollut noin [1 – 1,5 miljoonaa]¹⁰ euroa. Puolet arvosta on muodostunut optioista.
 18. Tarjouspyynnön ja sopimuksen liitteenä olleesta tarjouskohteita kuvaavasta asiakirjasta ilmenevät kuljetusaikataulun pääpiirteet.¹¹ Liikelaitoksen KKV:lle 8.9.2017 antaman selvityksen mukaan kotiateriakuljetukset on suoritettu pääosin viitenä päivänä viikossa lounasaikaan siten, että päivän ateria on toimitettu kuumana. Kahdesti viikossa on myös toimitettu seuraavan päivän ateria kylmänä. Pienelle asiakasryhmälle ateriakuljetus on KKV:n käsityksen mukaan järjestetty päivittäisenä.
 19. Keurusselän ympäristön- ja terveydensuojelutoimisto teki 11.10.2016 tarkastuksen koskien liikelaitoksen ruokapalvelua. Toimiston 13.10.2016 päiväystä tarkastuskertomuksesta¹² ilmenee, että salaattit on toimitettu asiakkaille liian lämpiminä ja ruuat ovat tulleet perille puolestaan liian kylminä. Keurusselän ympäristön- ja terveydensuojelutoimisto on vaatinut liikelaitokselta selvitystä korjaustoimenpiteistä 31.12.2016 mennessä.

⁸ Liite 7, Tarjousten vertailu 7.6.2016.

⁹ Liite 8, Ostoliikennesopimus 5.8.2016.

¹⁰ Hakasulkeisiin merkityt salassa pidettävät tiedot on korvattu julkisilla tiedoilla.

¹¹ Liite 9, Tarjouskohteet 12.4.2016.

¹² Liite 10, Keurusselän ympäristön- ja terveydensuojelutoimiston tarkastuskertomus 13.10.2016.

16.2.2018

20. Liikelaitos on Keurusselän ympäristön- ja terveydensuojelutoimistolle 29.12.2016 antamassaan selvityksessä ilmoittanut, että kotiateriakuljetukset järjestetään 30.6.2017 mennessä uudelleen siten, että ateriat toimitetaan aina kylminä.¹³
21. Liikelaitos on KKV:lle antamassaan selvityksessään todennut, että tarve muuttaa aterioiden toimitustapaa on johtunut siitä, että liikelaitoksen alkuperäinen ajojen aikataulutus ei ole ollut onnistunut.¹⁴ Muutostarve ei siten ole johtunut siitä, että Posti Oy ei kuljetuksissaan olisi pysynyt sovituissa aikatauluissa.
22. Liikelaitos on 30.5.2017 tehnyt päätöksen (§ 15) sopimuksen muuttamisesta ja hyväksynyt Posti Oy:n tarjouksen uudesta sopimuskokonaisuudesta. Samalla on päätetty, ettei alkuperäisen sopimuksen optiota käytetä.¹⁵
23. Uusi sopimus Posti Oy:n kanssa on tehty 14.6.2017.¹⁶ Sopijapuolena on ollut liikelaitos. Sopimusmuutoksilla ei ole muutettu ruokakuljetuksia. Kotiaterioiden kuljetuksiin on kuitenkin tullut muutoksia. Muutettujen sopimusehtojen mukaan palveluntarjoaja kuljettaa kotiateriat kylminä kullekin asiakkaalle pääsääntöisesti kaksi kertaa viikossa alkuillasta. Viikonpäivät vaihtelevat asiakkaittain, niin että suurin osa ajoista ajoittuu neljään viikonpäivään.
24. Sopimusmuutokset eivät ole vaatineet muutoksia palveluntarjoajan kuljetuskalustoon.
25. Kuukausittaisten ajojen määrä (kotiateriakuljetukset) on karkeasti laskettuna puolittunut sopimusmuutoksen jälkeen. Liikelaitos on selvityksessään toimittanut laskelmia hankittujen osakokonaisuuksien alkuperäisestä ja muutetusta arvosta.¹⁷ Kotiateriakuljetuksista tehtyjen sopimuskokonaisuuksien arvot kahdelle vuodelle ovat siten viraston laskelmien mukaan pudonneet seuraavasti:
 - i. Kotiateriakuljetukset Jämsän alueella yli 20 %.
 - ii. Kotiateriakuljetukset Jämsänkosken alueella yli 30 %.

¹³ Liite 11, Toimenpideselvitys 29.12.2016.

¹⁴ Liite 4, Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 23.10.2017.

¹⁵ Liite 12, Päätös hankintasopimuksen muuttamisesta, 30.5.2017.

¹⁶ Liite 13, Sopimus Jämsän kaupungin kotiaterioiden kuljetuspalveluista 14.6.2017.

¹⁷ Liite 14, Liite selvityspyntövastaukseen (laskelmat kuukausittaisesta arvosta) 18.10.2017.

16.2.2018

- iii. Ruokakuljetukset ja kotiateriakuljetukset Koskenpään alueella yli 20 %. Koskenpään osalta liikelaitos on arvioinut, että kotiateriakuljetusten osuus kokonaisuudesta on ollut 70 %. Tämän osuuden arvo on pudonnut yli 30 %.
26. Ajojen määrän vähentyminen on laskenut hankintakokonaisuuden arvoa noin 14 %. Kyseinen luku perustuu vain ajojen määrän vähentymisen vaikutukseen, eikä siinä siten ole huomioitu muiden sopimusmuutosten vaikutusta.
27. Sopimusta on myös muutettu kotiateriakuljetusten tuntihintojen osalta. Jämsän ja Koskenpään alueiden kuljetusten tuntihinnat ovat nousseet hyvin vähän. Jämsänkosken alueen kotiateriakuljetusten tuntihintaa on nostettu [alle 10] %. Ottaen huomioon, että muutos on tapahtunut hieman ennen sopimuskauden puoliväliä, sen kokonaisvaikutus Jämsänkosken alueen kotiateriakuljetuspalvelun arvoon on ollut [alle 5] %.
28. Liikelaitoksen ja palveluntarjoajan sopimusta on myös muutettu niin, että Kuoreveden alueella palveluntarjoaja on ottanut hoitaakseen kotiateriakuljetukset ajanjaksolle 1.7.2017 – 31.7.2018. Tämä osakokonaisuus itsessään alittaa kansalliset kynnsarvot. Sen arvo nostaa hankintakokonaisuuden arvoa noin 1,5 %, kun huomioidaan, ettei optioita käytetä. Yhdistettynä yksinomaan Kuoreveden ja Länkipohjan ruokakuljetusten osahankintaan lisäyksen vaikutus on puolestaan yli 20 %.
29. Uuden sopimuksen mukaiset kuljetukset ja hinnat ovat tulleet voimaan 1.7.2017. Näin ollen alkuperäistä sopimusta on noudatettu 11 kuukautta ja sopimus muuttuneessa muodossaan kattaa kauden 1.7.2017 – 31.7.2018.
30. Hankintayksikkö ei ole julkaissut hankintalain 131 §:n 1 momentissa tarkoitettua suorahankintailmoitusta tai 58 §:n 1 momentin 9 kohdassa tarkoitettua ilmoitusta hankintasopimuksen muuttamisesta.

8.2 Hankintayksikön antama selvitys

31. Liikelaitos on KKV:lle antamissaan vastauksissa todennut, että sen näkemyksen mukaan:
 - i. sopimusmuutos ei ole ollut olennainen;
 - ii. kuljetusten uudelleenjärjestäminen siten, että ajomäärät ovat pudonneet merkittävästi, on johtunut olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida eikä muutos hankintayksikön näkemyksen mukaan ole vaikuttanut hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen;

16.2.2018

- iii. kotiateriakuljetuspalvelun hankkiminen myös Kuoreveden alueelle on ollut itsenäinen hankintakokonaisuus, jonka arvo on alittanut kansalliset kynnyksarvot. Liikelaitoksen näkemyksen mukaan tähän hankintaan ei siten sovelleta lakia julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, hankintalaki).

9 Oikeudellinen arvio

9.1 Sopimusmuutoksen sallittavuuden arviointiin sovellettava lainsäädäntö

32. Hankintalaissa tai sen esitöissä ei ole otettu kantaa siihen, mitä lakia sovelletaan sopimusmuutoksiin, kun hankinta on toteutettu ennen uuden lain voimaantuloa, mutta sopimusmuutos on tehty lain voimaantulon jälkeen. Täten ei ole täysin yksiselitteistä soveltuvatko käsillä olevassa tapauksessa sopimusmuutosten sallittavuuden arviointiin:
 - i. uuden hankintalain säännökset sopimusmuutoksista;
 - ii. uuden hankintadirektiivin säännökset sopimusmuutoksista suoraan sovellettuina; tai
 - iii. alkuperäisen sopimuksen solmimisen aikaan voimassa ollut hankintalainsäädäntö (jäljempänä myös ”vanha hankintalaki”¹⁸) ja oikeuskäytännössä sovelletut periaatteet.
33. Uuden hankintalain säännökset sopimusmuutoksista, vastaavat uuden direktiivin säännökset sekä vanhan hankintalain ja hankintadirektiivin aikainen oikeuskäytäntö ovat kuitenkin sisällöltään varsin yhteneväisiä. Sovellettavat periaatteet ovat pitkälti samat riippumatta siitä, mitä säännöksiä tulisi soveltaa käsillä olevassa tapauksessa. Joitakin eroavaisuuksia kuitenkin on. Tästä syystä muutosten sallittavuutta arvioidaan esityksessä sekä nykyisen lainsäädännön että vanhan lain aikaisen oikeuskäytännön kannalta.

9.2 Hankintasopimuksen muuttaminen sopimuskauden aikana

9.2.1 Olennainen muutos

34. Hankintalain 136 §:n mukaan hankintasopimusta ei saa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman uutta kilpailutusta.
35. Sopimusmuutosta on Euroopan unionin tuomioistuimen (jäljempänä ”EUT”) oikeuskäytännössä jo ennen uutta hankintadirektiiviä pidetty olennaisena, jos ”muutetut määräykset ovat ominaispiirteiltään olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset ja jos ne näin ollen ovat

¹⁸ Laki julkisista hankinnoista (348/2007).

16.2.2018

omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudestaan kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot”.¹⁹

36. EUT:n oikeuskäytännössä on korostettu avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisuusperiaatetta. Muutosten on katsottu olevan olennaisia, jos sopimus ”sisältää ehtoja, jotka olisivat mahdollistaneet – mikäli ne olisivat sisältyneet alkuperäiseen hankintamenettelyyn – sen, että alun perin hyväksytyjen tarjoajien lisäksi muutkin tarjoajat olisivat voineet tehdä tarjouksen tai että jokin muu kuin alun perin voittanut tarjous olisi voinut tulla valituksi”.²⁰
37. Hankintalain 136 § ja hankintadirektiivin 72 artikla vastaavat pitkälti aieman oikeuskäytännön linjauksia.
38. Sopimusmuutos on olennainen ainakin siinä tapauksessa, ettei voida sulkea pois mahdollisuutta, että hankintamenettelyyn olisi osallistunut muu taho tai tarjouskilpailulla olisi ollut toinen voittaja. Hankintasopimuksen arvon pienentäminen voi myös muodostaa olennaisen muutoksen.²¹
39. Nyt käsillä olevassa hankinnassa sopimusta on muutettu niin, että kahden vuoden mittaisen sopimuksen viimeisen 13 kuukauden ajan ajokertoja on noin puolet suunniteltua vähemmän. Lisäksi ajoja ei enää hoideta lounasaikaan, vaan vasta alkuillasta. Sopimusmuutoksilla on myös muutettu tuntihintaa. Tuntihintamuutosten osalta kyse ei 1.7.2017 alkaen ole miltään osin ollut indeksikorotuksista, sillä sellaisia on tarjouskilpailun ehtojen mukaan voinut tehdä vasta elokuussa 2017.²²
40. Hankintayksikkö on ilmoittanut KKV:lle, että alkuperäisessä kilpailutuksessa tarjoajien väliset hintaerot ovat olleet niin merkittäviä, ettei mikään muu taho kuin Posti Oy olisi voinut voittaa kilpailutusta.
41. KKV kiinnittää huomiota siihen, että sopimusmuutos on olennainen jo silloin, kun on mahdollista, että jokin muu ehdokas olisi osallistunut menettelyyn. KKV on siten arvioinut sitä, olisiko muutosten johdosta jokin toinen taho mahdollisesti voinut tulla valituksi tai osallistua kilpailutukseen.
42. KKV:n arvion mukaan merkittävin muutos on ollut ajokertojen huomattava vähentyminen. Etenkin pienemmillä yrityksillä olisi todennäköisesti ollut paremmat edellytykset toteuttaa vähemmän ajokertoja vaativaa kuljetuspalvelua. Ajoaikataulun muuttuminen niin, että ajot ovat painottuneet iltaan on

¹⁹ Asia C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) ym., Kok. 2008, I-4401, kohta 34.

²⁰ Asia C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) ym., Kok. 2008, I-4401, kohta 35.

²¹ Asia C-549/14 Finn Frogne A/S vastaan Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, tuomio 7.9.2016, kohta 29.

²² Liite 15, Tarjouskilpailun ehdot 12.4.2016.

16.2.2018

myös vaikuttanut palvelukokonaisuuteen niin, että muut kuin kilpailutukseen osallistuneet tahot olisivat mahdollisesti voineet olla kiinnostuneita tekemään tarjouksen. Kilpailutukseen olisi siten mahdollisesti voinut osallistua jokin muu taho siitä huolimatta, että palvelusta maksettu kokonaiskorvaus on pudonnut.

43. Muutos ajomääriin on myös ollut niin merkittävä, että ilman uutta kilpailutusta jokin muu taho kuin Posti Oy olisi saattanut voittaa kilpailutuksen. Kotiateriakuljetuspalvelua on muutettu niin olennaisesti, että alkuperäisen kilpailutuksen hintaerot eivät anna luotettavaa kuvaa siitä, miten olisi käynyt uudenmukaisen kuljetusjärjestelyn kilpailutuksessa. Tuntihinnan korotus on lisäksi kasvattanut mahdollisuutta sille, että jokin muu taho olisi voittanut kilpailutuksen.
44. Sopimuksen sisältö ja arvo ovat muuttuneet niin olennaisesti, että on mahdollista, että jokin muu ehdokas olisi osallistunut menettelyyn tai jokin muu menettelyyn osallistunut taho olisi jättänyt parhaan tarjouksen. Tämä johdopäätös koskee hankinnan kaikkia kolmea osaa, joihin on kuulunut kotiateriakuljetuksia.
45. Viimeinen alkuperäiseen sopimukseen tehty muutos on ollut kotiateriakuljetusten tilaaminen myös Kuoreveden alueelle. Tämän uuden osakokonaisuuden lisääminen hankintakokonaisuuteen olisi myös kasvattanut todennäköisyyttä, että hankintaan olisi alun perin osallistunut jokin uusi taho tai että osakokonaisuuden kilpailutuksen olisi voittanut jokin toinen taho. Liikelaitos on kuitenkin katsonut, ettei muutosta Kuoreveden osalta tulisi huomioida, sillä se on erillisenä kokonaisuutena alittanut kynnsarvot. KKV ei tässä yhteydessä katso tarpeelliseksi arvioida liikelaitoksen väitettä. Ottaen huomioon Kuoreveden kotiateriakuljetusten suhteellisen pienen arvon KKV katsoo, ettei sopimusmuutosten olennaisuuden toteamiseksi ole tarpeen arvioida tätä muutoskohtaa erikseen.

9.2.2 Alkuperäisen sopimuksen muutoslausekkeet

Muutokset ajojen määriin ja kellonaikoihin

46. Jo vanhan hankintadirektiivin aikaisessa EUT:n oikeuskäytännössä on vahvistettu, että olennaisetkin sopimusmuutokset voivat olla hyväksyttäviä, jos sopimusmuutosten edellytykset on riittävän täsmällisesti kuvattu tarjousilmoituksessa.²³ Muutosten edellytyksistä tulee myös olla nimenomaiset määräykset alkuperäisessä hankintasopimuksessa.²⁴ Tätä vastaava säännös löytyy uuden hankintalain 136 §:stä. Kyseisen pykälän esitöissä

²³ Asia C-496/99, Komissio v. CAS Succhi di Frutta SpA, Kok. 2004, I-3801, kohta 118.

²⁴ Asia C-549/14 Finn Frogne A/S vastaan Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, tuomio 7.9.2016, kohta 37. Kts. myös MaO 155/13 dnro 71/12/JH, 15.4.2013.

16.2.2018

on todettu, ettei sopimusehto ole riittävän täsmällinen ainakaan sellaisessa tilanteessa, jossa se antaa hankintayksikölle rajatonta harkintavaltaa.²⁵

47. Liikelaitoksen ja Posti Oy:n 5.8.2016 päivätyn ostoliikennesopimuksen 5 kohdan mukaan ostaja voi sopimuskauden aikana ”tehdä muutoksia kohteen liikennöintiin siten kuin ostosopimuksen ehdossa tarkemmin ilmenee.” Vastaavanlainen kohta löytyy myös 12.4.2016 päivätyn ostosopimusmallin kohdasta 5.²⁶
48. Liikelaitoksen ja Posti Oy:n 5.8.2016 päivätystä ostoliikennesopimuksessa, eli toisin sanoen hankintasopimuksessa, viitataan muun muassa 12.4.2016 päivättyyn tarjouspyyntöön ja 12.4.2016 päivättyihin ostoliikenteen ehtoihin.
49. Tarjouspyynnön mukaan ”Tilaja pidättää oikeuden tehdä tarpeellisia muutoksia kuljetusaikoihin ja reitteihin sopimuskauden aikana”.²⁷ Tarjouspyynnön liitteenä on ollut alustava aikataulusuunnitelma.²⁸
50. Ostoliikenteen ehtojen 8 kohdan mukaan ”Ostajalla on oikeus tehdä muutoksia kohteen sopimuksen mukaisiin reitteihin ja aikatauluihin, mikäli olosuhteet tai liikenteen järjestämisen edellytykset ovat muuttuneet siten, että liikennettä ei ole tarkoituksenmukaista tai mahdollista hoitaa aiemmin sovitulla tavalla. Liikenteen muutokset eivät saa vaikeuttaa tai estää liikennöitsijän muuta liikennettä koskevien velvoitteiden hoitamista. Muutoksia tehtäessä on otettava huomioon työehtosopimusten ja työ sopimusten työaika koskevat määräykset. Mikäli liikennöitsijä ei katso voivansa hoitaa muuttunutta liikennettä tarjouksensa mukaisesti, ostaja järjestää asiasta neuvottelun ostajan ja liikennöitsijän välille. Mikäli neuvottelu ei johda molempia osapuolia tyydyttävään ratkaisuun, ryhdytään sopimuksen purkamiseen siten kuin tässä asiakirjassa erikseen on mainittu”.²⁹
51. Ostoliikenteen ehtojen 18 kohdassa todetaan myös seuraavaa: ”Jos sopimuksen syntymisen ajankohtana vallinneissa olosuhteissa, jotka ovat keskeisesti vaikuttaneet liikennöinnin järjestämisen tarpeeseen tai sen edellytyksiin, tapahtuu kesken sopimuskauden olennainen muutos, kummallakin sopijaosapuolella on oikeus purkaa sopimus. Ellei neuvotteluissa päästä yksimielisyyteen sopimussuhteen jatkamisen edellytyksistä kahdessa viikossa, kummallakin sopijapuolella on oikeus kirjallisesti ilmoittaa neuvotteluiden päättämisestä ja purkaa sopimus.”

²⁵ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 228.

²⁶ Liite 16, Ostosopimusmalli 12.4.2016.

²⁷ Liite 6, Tarjouspyyntö 12.4.2016, s. 2.

²⁸ Liite 17, Ruokakohteet (tarjouspyynnön liite 8).

²⁹ Liite 18, Ostoliikenteen ehdot 12.4.2016.

16.2.2018

52. KKV pitää selvänä, että liikelaitoksen oma asiakaspiiri vaihtelee jonkin verran. Kotiateriakuljetuksen piiriin tulee muun muassa uusia vanhuksia ja toisaalta osa asiakkaista saattaa muuttaa tai menehtyä sopimuskauden aikana. Tämän johdosta liikelaitoksen ja palveluntarjoajan sopimiin alustaviin reitteihin tulee muutoksia.
53. Nyt käsillä olevassa tapauksessa on kuitenkin kyse siitä, että ajojen määriä on muutettu olennaisesti – noin puoleen aikaisemmasta – ja että kuljetukset hoidetaan eri vuorokaudenaikoina kuin aiemmin.
54. KKV:n arvion mukaan alkuperäiset sopimusehdot ovat mahdollisesti oikeuttaneet muuttamaan ajojen aikatauluja niin, että ne ajetaan lounasajan sijaan alkuiltaisin. Kuitenkaan ei voida katsoa, että liikelaitos ja Posti Oy olisivat alkuperäisessä sopimuksessa hankintalain edellyttämällä tavalla selkeästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti sopineet toteutetun kaltaisesta olennaisesta kokonaismuutoksesta, eikä etenään niin olennaisesta muutoksesta ajomäärissä kuin mihin nyt on päädytty.
55. Alkuperäisessä sopimuksessa mainitaan hyvin yleisluontoisesti mahdollisuudesta muuttaa sopimusta, silloin kun liikennettä ei ole mahdollista tai tarkoituksenmukaista hoitaa sovitulla tavalla. Sopimus ei kuitenkaan sisällä mitään rajoituksia tai edes suuntaviivoja sille, miten sopimuksen sisältöä voidaan muuttaa tällaisissa tilanteissa. Jos Jämsän kaupunki voisi tämän sopimuslausekkeen nojalla muuttaa aikatauluja ja reittejä niin olennaisella tavalla kuin nyt on tehty, antaisi sopimuslausekkeen hankintayksikölle käytännössä rajattoman harkintavallan reittimuutoksiin. Tämä puolestaan rikkoisi hankintalain avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.
56. Mikäli markkinaoikeus katsoisi KKV:n näkemyksen vastaisesti, että muutoksista on sovittu riittävällä täsmällisyydellä, johtopäätöksen tulee kuitenkin olla, että sopimusmuutos ei ole ollut sallittu, sillä se on ollut niin huomattava, että sopimuksen yleinen luonne on muuttunut. Alkuperäinen sopimus on kotiateriakuljetusten osalta ollut luonteeltaan päivittäin lounasaikaan tapahtuvaa lämminaterioiden kuljetuspalvelua. Muutosten jälkeen kotiateriakuljetus on ollut luonteeltaan alkuiltain sijoitettavaa kylmäaterioiden kuljetuspalvelua, jossa ajokertoja on ollut vain noin puolet alkuperäisestä. Erityisesti muutos ajojen määrässä on ollut niin olennainen, että palvelun yleinen luonne on muuttunut.

Muutokset tuntihinnoissa

57. Tuntihintamuutosten osalta huomio on kiinnitettävä 5.8.2016 päivätyn ostoliikennesopimuksen kohtaan 7, jossa todetaan seuraavaa: "Ostajan liikennöitsijälle maksamaa korvausta voidaan muuttaa silloin, kun kohteen liikennöintiä on muutettu siten, että tarjouksessa olleen tuntihinnan perusteet olennaisesti muuttuvat. Muutos tapahtuu siten kuin asiakirjassa 'Ostoliikenteen ehdot' kohdassa 11. Liikennöintikorvauksen muuttaminen määritellään". Sopimuksen liitteenä on ollut asiakirja 'Ostoliikenteen ehdot'.

16.2.2018

KKV:n käsityksen mukaan viittaus kohtaan 11 on virheellinen, sillä asiaa koskeva osuus löytyy ostoliikenteen ehtojen kohdasta 9.

58. Ostoliikenteen ehtojen kohdan 9 mukaan ”Mikäli muutoksen johdosta tarjouksessa annettu tuntihinnan peruste olennaisesti muuttuu, ostaja järjestää asiasta neuvottelun ostajan ja liikenneöitsijän välille. Mikäli neuvottelu ei johda molempia osapuolia tyydyttävään ratkaisuun, ryhdytään sopimuksen purkamiseen siten kuin tässä asiakirjassa erikseen on mainittu.”
59. Liikelaitos on esittänyt KKV:lle, että tuntihintojen peruste on olennaisesti muuttunut, kun ajot ovat sopimusmuutoksen jälkeen normaalin virka-ajan sijaan painottuneet alkuiltoihin ja lauantapäiviin. Liikelaitoksen mukaan palkkataso iltavuoroille ja lauantapäiville on Postin työntekijöiden työehtosopimuksessa määritelty korkeammalle. Arvioimatta liikelaitoksen väitteen paikkansapitävyyttä, KKV toteaa, että ilta-ajot ja lauantiaajot ovat ainakin periaatteessa voineet nostaa kustannustasoa.
60. Tuntihinnan muutoksen sallittavuus on riippuvainen siitä, katsotaanko ilmaisen ”tuntihinnan peruste olennaisesti muuttuu” olevan riittävän täsmällinen. KKV ei ole katsonut tarpeelliseksi suorittaa kyseistä arviointia, sillä yksistään ajomäärien huomattava vähentyminen on tehnyt sopimusmuutoksista hankintalain vastaisia.

9.2.3 Ennakoimaton olosuhdemuutos

61. Yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteista seuraa, ettei edes muutostarve, joka on syntynyt sopimusosapuolten tahdosta riippumatta, aina oikeuta tekemään sopimukseen olennaisia muutoksia.³⁰
62. Vanhan hankintadirektiivin ja vanhan hankintalain aikaisen oikeustilan osalta virasto katsoo, että sopimusosapuolten toiminnasta riippumattomasta syystä esille noussut muutostarve saattaisi erityisissä tilanteissa puoltaa joidenkin muutosten sallittavuutta. Tämä vastaa myös uuden hankintalain 136 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädettyä.
63. Nyt käsillä olevassa tapauksessa hankintayksikkö on alun perin laatinut kotiaterioiden kuljetuksille ajosuunnitelman raamit ja suuntaa-antavan aikataulun oletuksella, että ateriat tulevat lämpiminä perille. Posti Oy on laatinut tarkemmat kuljetusreitit ja pysynyt suunnitellussa aikataulussa. Hankintayksikön aikataulu on kuitenkin ollut liian optimistinen ruuan lämpimänä pysymisen osalta.
64. Kaikki olosuhteet ovat olleet hankintayksikön tiedossa jo hankintaa kilpailutettaessa. Olosuhteissa ei siten ole tapahtunut mitään ennakoimatonta.

³⁰ Tämä periaate on johdettavissa ratkaisusta asiassa C-549/14 Finn Frogne A/S vastaan Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, tuomio 7.9.2016, kohta 34.

16.2.2018

Sopimusmuutostarve on johtunut vain hankintayksikön omasta toiminnasta. Tällä perusteella KKV katsoo, että sopimusmuutokseen ei ole ollut ennakoimattomaan olosuhdemuutokseen perustuvaa oikeuttamisperustetta.

65. Lisäksi KKV toteaa, että huolellisen hankintayksikön olisi aiempien vuosien lämminateriakuljetusten ongelmat huomioiden tullut tunnistaa riski siitä, että ateriat eivät säily kuljetuksessa lämpimänä, kun aikataulukutus sallii varsin pitkiä kuljetusaikoja.
66. Liikelaitos itse katsoo, että sopimusmuutoksen sallittavuuden arviointiin sovellettaisiin uutta hankintalakia.³¹ Uuteen hankintadirektiiviin ja hankintalakiin on otettu sopimusmuutoksiin liittyviä velvollisuuksia, jotka eivät vielä sisältyneet vanhaan direktiiviin tai vanhaan hankintalakiin. Uuden hankintalain 58 §:n 1 momentin 9 kohta edellyttää sitä, että hankintayksikkö toimittaa julkaistavaksi ilmoituksen sopimusmuutoksesta, joka perustuu lisäpalveluiden tarpeeseen tai ennakoimattomaan olosuhdemuutokseen. Käsillä olevassa tapauksessa hankintayksikkö ei ole kyseistä ilmoitusta tehnyt. Tämäkin puoltaa sitä, ettei hankintayksikkö alun perin ole katsonut, että hankintalain 136 §:n 2 momentin 3 kohdan edellytykset olisivat täyttyneet.

9.2.4 Vähäarvoinen muutos

67. Tapauskäytännön ja hankintalain mukaan hankintasopimukseen on eräin edellytyksin sallittu tehdä vähäarvoinen muutos sopimuskauden aikana.
68. EUT:n oikeuskäytännössä 15 %:n muutosta hankinnan arvoon on pidetty olennaisena.³² Kotimaisessa oikeuskäytännössä on puolestaan katsottu, että ainakin noin 3 %:n muutos hankinnan arvoon on niin vähäinen, että se voi olla sallittu.³³
69. Uudessa hankintalaissa vähäarvoisiksi on säädetty sellaiset muutokset, joiden arvo on pienempi kuin 10 % alkuperäisen palvelu- tai tavarahankintasopimuksen arvosta. Jos muutoksia tehdään peräkkäin useampia, arvo arvioidaan peräkkäisten muutosten kumulatiivisen nettoarvon perusteella.
70. Käsillä olevassa tapauksessa pelkästään ajojen uudelleensuunnittelu niin, että kuljetuksia on sopimuskauden viimeisten 13 kuukauden aikana vain noin puolet alun perin suunnitellusta, on vaikuttanut sopimuksen kokonaisarvoon noin 14 %. Sopimusmuutos ei siten ole vähäarvoinen.
71. Hankintayksikön mukaan hankintakokonaisuuden arvo on laskenut vain 11,9 %. KKV:n laskelmien mukaan hankintayksikön ilmoittama muutospro-

³¹ Liite 4, Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 23.10.2017.

³² Asia C-160/08, Komissio v. Saksa, Kok. 2010, I-3713, kohdat 32 ja 99-101.

³³ MaO 588/2010, dnro 595/09/JH, 15.12.2010.

16.2.2018

sentti on virheellinen, sillä kyseiseen lukuun päästään vain ottamalla huomioon myös sopimusmuutoksella korotettuja tuntihintoja. KKV:n näkemyksen mukaan sopimuksen arvoa pienentävää muutosta ei käsillä olevan tapauksen kaltaisissa olosuhteissa voida kompensoida toisella, sopimuksen arvoa korottavalla muutoksella, sillä se avaisi mahdollisuuden lain tarkoituksen kiertämiseen. Vaikka tuntihintojen korottaminen vähentää hankinnan kokonaisarvon alenemista, niin se itse asiassa entisestään nostaa todennäköisyyttä sille, että kilpailutuksen olisi voittanut jokin toinen taho.

72. Lisäksi KKV toteaa, että vaikka tarkasteltaisiin kokonaisarvon alenemista ja katsottaisiin, että se on ollut noin 11,9 %, niin muutos ei siltikään ole ollut vähäarvoinen.
73. On myös huomattava, että edellä kappaleessa 25 todetulla tavalla muutettujen kolmen osakokonaisuuden arvot ovat laskeneet 20-30 %.
74. KKV:n näkemyksen mukaan hankintayksikön toteuttamat muutokset eivät ole olleet vähäarvoisia ja sen lisäksi KKV katsoo, että muutokset ovat muuttaneet sopimuksen yleistä luonnetta.
75. Yhteenvetona voidaan todeta, että kyse on ollut olennaisesta sopimusmuutoksesta, johon ei ole soveltunut mikään oikeuttamisperuste.

9.3 Hankintalain mukainen suoramankintaperuste

9.3.1 Kiireperuste

76. Hankinta, joka perustuu vailla lainmukaista perustetta tehtyyn sopimusmuutokseen, muodostaa suoramankinnan. KKV on arvioinut mahdollisten suoramankintaperusteiden soveltumista käsillä olevassa tapauksessa.

Hankintayksiköstä riippumaton ennalta arvaamaton syy

77. Hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan hankintayksikkö voi valita suoramankinnan, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi.
78. Lainkohtaa koskevissa hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteissa todetaan, että kiireen tulisi ensinnäkin johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä, joten hankintayksiköstä johtuva syy ei hankintadirektiivin 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan mukaisesti voi olla peruste suoramankinnan tekemiselle. Edellytyksenä suoramankinnan tekemiselle olisi lisäksi,

16.2.2018

että hankinnan tekeminen on ehdottoman välttämätöntä. Säännökseen vetoavan hankintayksikön on kyettävä näyttämään toteen poikkeamisperusteen soveltumisen edellytysten täyttyminen.³⁴

79. Hankintayksikkö on oman kertomansa mukaan ollut tietoinen lämminkuljetusten ongelmista jo kauan ennen kilpailutusta huhtikuussa 2016. Elintarviketurvallisuustestien tulokset kaksi kuukautta sopimuskauden alkamisen jälkeen eivät siten ole olleet ennalta-arvaamattomia.
80. Muutostarve ei myöskään ole syntynyt hankintayksiköstä riippumattomasta syystä. Käsillä olevassa tapauksessa kuljetusten toteuttaminen uudella tavalla on seurausta hankintayksikön omasta toiminnasta, eikä ulkopuolisesta hankintayksiköstä riippumattomasta syystä. Käsillä ei siten ole ollut suorahankintaan oikeuttavaa kiirettä.

Muutosten välttämättömyys ja väitetty äärimmäinen kiire 1.7.2017

81. KKV on yllä katsonut, etteivät hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdan edellytykset ole täyttyneet, kun muutokset eivät ensinnäkään ole johtuneet hankintayksiköstä riippumattomasta syystä, eivätkä ne toiseksi ole olleet myöskään ennalta-arvaamattomia. KKV on tästä huolimatta arvioinut myös muita kiireperusteen edellytyksiä.
82. Hankintayksikölle on nimenomaisesti ilmoitettu kuljetusjärjestelyn ongelmista lokakuussa 2016. Muutokset ovat sinänsä olleet välttämättömiä, mutta hankintayksikön oma menettely osoittaa, ettei se ole katsonut käsillä olleen äärimmäistä kiirettä, kun muutokset on toteutettu vasta heinäkuusta 2017 alkaen.
83. Hankintayksikkö on tuonut esille, että kylmien ruokien säilyvyyttä testattiin kuljetuksissa lokakuulta 2016 aina toukokuulle 2017 asti. Hankintayksikön mukaan pitkä koejakso on ollut tarpeen, jotta on voitu selvittää miten kotiteriakuljetukset on tarkoituksenmukaista järjestää, kun ateriat toimitaankin kylminä. KKV tulkitsee hankintayksikön tarkoittaneen, että testausjakson jälkeen toukokuussa 2017 käsillä on ollut kiireperuste.
84. Hankintayksikkö ei ole tuonut esille seikkoja, joiden mukaan olisi katsottava, että uusi järjestely on otettava käyttöön nimenomaan viimeistään 1.7.2017. Kyseinen ajankohta on täysin hankintayksikön itsensä määrittelemä.
85. Jos kuitenkin katsottaisiin, että hankinta on tullut uudistaa nimenomaan 1.7.2017 mennessä, niin noin seitsemän kuukauden testausjakso on viraston näkemyksen mukaan ollut hyvin pitkä, erityisesti huomioiden, että sa-

³⁴ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskeväksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 135.

16.2.2018

maan aikaan jatkuneiden lämminkuljetusten on katsottu olevan ongelmallisia elintarviketurvallisuuden kannalta. KKV:n näkemyksen mukaan mahdollinen kiire on siten johtunut hankintayksikön viivytystä.

86. Mahdollinen kiire on syntynyt yksinomaan siitä, että hankintayksikkö on määritellyt tarpeelliseksi testausjaksoksi noin seitsemän kuukautta ja sopimuksen aloitusajankohdaksi 1.7.2017. Hieman lyhyempi testausjakso tai hieman myöhäisempi aloitusajankohta olisi mahdollistanut riittävän ajan kilpailutuksen toteuttamiselle.

9.3.2 Muu suorahankintaperuste

87. Hankintayksikkö on myös katsonut, että kotiateriakuljetukset on 1.7.2017 alkaen voitu toteuttaa suorahankintana sillä perusteella, että siten on voitu varmistaa keskeytymätön palvelu ja välttää sopimukseton tila. KKV toteaa, että tällaista riskiä ei todellisuudessa olisi syntynyt. Kotiateriakuljetukset olisi voitu kilpailuttaa uudestaan asettaen alkamispäiväksi 1.7.2017 ja sopimus Postin kanssa muutetuista osakokonaisuuksista olisi voitu hyvissä ajoin ennakkoon purkaa siten, että sopimus päättyy kyseisenä päivänä.
88. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole tullut esiin seikkoja, joiden perusteella jokin laissa mainittu suorahankintaperuste soveltuisi tapaukseen. Virasto ei katso hankintalain 40 §:ssä säädettyjen suorahankintaperusteiden täytyvän.
89. Hankintalain 27 §:n 4 momentin mukaan osakokonaisuus voidaan hankkia ilman kilpailutusta, jos sen arvo alittaa 80 000 euroa, jos osan ennakoitu arvo alittaa kansalliset kynnyсарvot ja jos tällaisten osien yhteenlaskettu arvo on korkeintaan 20 prosenttia koko hankinnan arvosta. Käsillä olevassa tapauksessa muutettujen osien arvo ylittää 80 000 euroa, joten mainitun lainkohdan edellytykset eivät täyty.
90. Hankintayksikkö ei myöskään voi vedota siihen, että palveluhankinnan jokin osa alittaa kynnyсарvot tai että hankinta sopimusmuutoksen jälkeiselle ajalle mahdollisesti joltain osin alittaa kynnyсарvot. Hankinta on luonteva kokonaisuus, jota ei saa pilkkoa osiin lainsäädännön kiertämiseksi.

9.4 Johtopäätös

91. Hankintayksikkö on tehnyt hankintalainsäädännön vastaisen suorahankinnan, kun se on tehnyt hankintasopimukseen olennaisia muutoksia kilpailuttamatta hankintaa uudelleen. Viimeistään terveydensuojelutoimiston toimittua raporttinsa lokakuussa 2016 hankintayksikön olisi tullut valmistella hankintakokonaisuuden muutettavien osakokonaisuuksien uudelleenkilpailuttamista ja päättää 5.8.2016 tehty hankintasopimus näiden osakokonaisuuksien osalta.

16.2.2018

10 Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta

10.1 Edellytykset esityksen tekemiselle

92. Nyt käsillä olevassa asiassa liikelaitos on muuttanut sopimusta olennaisesti ilman lainmukaista perustetta. Hankinnassa olisi edellytetty uudelleenkilpailutusta.
93. Hankintayksikkö ei ole julkaissut uutta hankintailmoitusta. Vuonna 2017 on tehty päätös sopimusmuutoksesta (30.5.2017) sekä itse sopimusmuutos (14.6.2017). Hankintamenettely on näin ollen alkanut 1.1.2017 jälkeen ja Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on toimivalta ryhtyä hankintalain 15 luvun mukaisiin toimenpiteisiin.
94. Kun hankintaa ei ole uudelleenkilpailutettu, kyse on ollut suorahankinnasta. Hankintayksiköllä ei ole ollut hankintalain 40 §:n 2 momentissa säädettyä perustetta suorahankinnan valitsemiselle. Lisäksi suorahankinnasta ei ole tehty hankintalain 131 §:n mukaista ilmoitusta ja liikelaitos on tehnyt hankinnasta sopimuksen. Näin ollen virastolla on toimivalta tehdä markkinaoikeudelle hankintalain 141 §:n mukainen esitys.
95. Sopimus alkuperäisen hankintasopimuksen muuttamisesta on allekirjoitettu 14.6.2017. Viraston ensimmäisen selvityspyynnön on lähetetty liikelaitokselle 17.8.2017. Virastolla on siten 17.2.2018 saakka toimivalta tehdä esitys markkinaoikeudelle.

10.2 Kynnysarvojen ylittyminen

96. Hankintalain 141 §:n mukaan KKV voi tehdä markkinaoikeudelle esityksen ainoastaan, kun käsillä on suorahankinta, joka ylittää EU-kynnysarvon tai hankintalain E-liitteen palveluhankintoja koskevan kynnysarvon.
97. Käsillä olevassa asiassa alkuperäisen hankintasopimuksen ennakoitu arvo on ollut 1,50-1,51 miljoonaa euroa, josta arviolta noin puolet on kohdistunut optiovuosiin. Sopimuksen ennakoitu arvo on siten ylittänyt sekä hankintalain 26 §:ssä säädetyn EU-kynnysarvon että 25 §:ssä säädetyn E-liitteen erityisiä palveluja koskevan kynnysarvon.
98. Hankintayksikkö on tehnyt EU-kynnysarvon ja E-liitteen palveluhankintoja koskevan kynnysarvon ylittävään hankintaan olennaisia muutoksia. Sopimusmuutokset ovat koskeneet kolmea osakokonaisuutta viidestä. Muutetut osakokonaisuudet ovat kattaneet kotiateriakuljetuksia Jämsän alueella, kotiateriakuljetuksia Jämsänkosken alueella sekä ruoka- ja kotiateriakuljetuksia Koskenpään alueella. Näiden kolmen osakokonaisuuden arvo on sopimusmuutosten jälkeen ollut [alle 150 000] euroa. Kun mukaan lasketaan myös ne kaksi osakokonaisuutta joita ei ole muutettu, hankintakokonaisuuden arvo on kuitenkin jo sopimusmuutoksen jälkeiselle ajalle [210 000 ja 290 000 euron välillä]. Muutokset huomioiden arvo alkuperäiselle kahden

16.2.2018

vuoden sopimuskaudelle olisi siten ollut [yli 300 000] euroa ja optiot mukaan luettuna [vielä enemmän].

99. Muutettujen osakokonaisuuksien sopimusmuutoshetken jälkeisen ajanjakson arvon ollessa alle EU-kynnysarvon ja E-liitteen palveluhankintoja koskevan kynnysarvon KKV:n on tullut arvioida sitä, muodostavatko muutetut pääosin kotiateriakuljetuksia sisältäneet osakokonaisuudet sopimusmuutoksen jälkeiselle ajanjaksolle oman itsenäisen hankintakokonaisuuden, vai kuuluvatko muutetut osakokonaisuudet laajempaan luontevaankintakokonaisuuteen yhdessä vain ruokakuljetuspalveluita sisältäneiden kahden osakokonaisuuden kanssa. Tällaiseen laajempaan hankintakokonaisuuteen voisi kuulua ruokakuljetuspalvelukokonaisuudet joko koko alkuperäisen sopimuskauden osalta, tai vaihtoehtoisesti vain sopimusmuutosten jälkeisen ajanjakson osalta.
100. Hankinnan arvoa laskettaessa huomioon on hankintalain esitöiden mukaan otettava luonteva hankintakokonaisuus.³⁵ Sama arviointi soveltuu esitöiden mukaan silloin, kun arvioidaan määrääjain uudistettavien sopimusten arvoa, mutta myös yleisemmin, kun arvioidaan sitä, onko hankintaa ilman perusteltua syytä pilkottu osiin. Luontevan hankintakokonaisuuden arvioinnissa on hallituksen esityksen mukaan kiinnitettävä huomiota siihen, miten suunnitelmallinen hankintayksikkö toimisi.³⁶
101. KKV:n näkemyksen mukaan suunnitelmallinen hankintayksikkö hankkii samalla kilpailutuksella kaikki samankaltaiset palvelut, joita se tarvitsee tietyn ajanjakson aikana kilpailutuksen ajankohdan tiedon mukaan. KKV:n on siten tullut arvioida mitkä palvelut käsillä olevassa tapauksessa ovat samankaltaisia, mikä on ollut relevantti hankinta-ajanjakso ja millaista tietoa hankintayksiköllä on ollut kilpailutuksen hetkellä. Lopuksi KKV on vielä arvioinut alkuperäisen hankinnan ja sopimusmuutoksen ajallista läheisyyttä.

Samankaltaiset palvelut

102. Luontevaankintakokonaisuuteen kuuluvat kaikki samankaltaiset palvelut. Käsillä olevassa tapauksessa liikelaitos hankkii saman ajanjakson aikana sekä ruokakuljetuksia että kotiateriakuljetuksia. Molempien palveluiden osalta sopimusosapuolet, sopimusehdot, toimialue ja kuljetuskalusto ovat olleet pääosin samat. Ruokakuljetukset ja kotiateriakuljetukset muodostavat siten yhden luonnollisen hankintakokonaisuuden. Tätä johtopäätöstä tukee myös se tosiasia, että hankintayksikkö on samaan alkuperäiseen kilpailutukseen sisällyttänyt sekä ruokakuljetukset että kotiateriakuljetukset, jopa niin että yksi osakokonaisuus (Koskenpää) on sisältänyt molempia palveluita.

³⁵ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 121.

³⁶ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 121.

16.2.2018

103. KKV:n näkemyksen mukaan samankaltaisiin palveluihin ovat kuuluneet myös sopimusmuutoksilla uutena kuudentena osakokonaisuutena lisätyt Kuoreveden alueen kotiateriakuljetukset.

Saman ajanjakson aikana hankitut palvelut

104. KKV on kiinnittänyt huomiota siihen, että ruokakuljetukset ja kotiateriakuljetukset on ajettu 1.8.2016 alkaen, eli samana ajanjaksona. Myös 1.7.2017 alkaen on ajettu sekä alkuperäisen sopimuksen alaisia ruokakuljetuksia että kotiateriakuljetuksia. Ruokakuljetuspalvelut kuuluvat tästä näkökulmasta samaan luontevaan kokonaisuuteen kuin sopimusmuutoksen jälkeiset kotiateriakuljetukset.
105. Yllä mainitun hankintakokonaisuuden arvo on ylittänyt EU-kynnysarvon riippumatta siitä, lasketaanko arvo koko kahden vuoden sopimusajanjaksoille vai vain 1.7.2017-31.7.2018 väliselle ajalle. Tästä syystä KKV ei ole katsonut välttämättömäksi arvioida sitä, kummalle ajanjaksolle ennakoitu arvo tulisi laskea.

Kilpailutuksen aikainen tieto

106. Sopimusmuutoksia koskevissa tapauksissa luontevan hankintakokonaisuuden määrittämistä tulee arvioida siitä lähtökohdasta, miten suunnitelmallinen hankintayksikkö olisi toiminut kilpailutuksen aikana olevin tiedoin. Suunnitelmallinen hankintayksikkö valmisteleo hankintansa huolellisesti. Arvioitavaksi tulee, olisiko hankintayksikön alkuperäisen hankintailmoituksen julkaisemishetkellä objektiivisesti arvioiden tullut ymmärtää, että se pian tulee tarvitsemaan lisää samankaltaisia palveluita tai että palvelu pitäisi toteuttaa toisenlaisena.
107. Osiin pilkottua hankintaa tulee arvioida luontevan hankintakokonaisuuden näkökulmasta silloinkin, kun hankintayksikön motiivina ei sinänsä olisi ollut hankintalain kiertäminen.
108. Käsillä olevassa tapauksessa alkuperäinen hankintailmoitus on julkaistu 13.4.2016. KKV katsoo, ettei hankintayksikkö voi vedota siihen, että siltä on vasta palvelun toteutuksen alkamisen jälkeen lokakuussa vaadittu selvitystä siitä, mihin toimenpiteisiin se ryhtyy, jotta kotiateriat saadaan kuljettua asiakkaille elintarviketurvallisuuden edellyttämällä tavalla. Liikelaitos on itse tuonut esiin KKV:lle, että kuljetusmatkat asiakkaiden välillä ovat paikoin pitkiä. Liikelaitos on myös tuonut esille, että se on ollut tietoinen lämminkuljetusten ongelmista vuosien ajan eli jo ennen kilpailutusta huhtikuussa 2016. Tilanteeseen on pyritty liikelaitoksen toimesta löytämään ratkaisua, mutta huhtikuussa kilpailutettu malli ei kuitenkaan ole taannut aterioiden pysymistä lämpiminä kuljetusten ajan.
109. Edellä selostetun perusteella liikelaitos on huhtikuussa 2016 kuljetuksia valmistellessaan ymmärtänyt tai sen olisi vähintään pitänyt ymmärtää, että

16.2.2018

toteutettu kotiaterioiden kuljetusjärjestely pitkällä ajomatkoilla voi johtaa siihen, että ruoka ehtii jäähtyä ennen kuin se toimitetaan viimeisille asiakkaille. Suunnitelmallinen hankintayksikkö olisi varautunut lämminkuljetuksen riskeihin joko kilpailuttamalla kotiateriakuljetukset alun perin toisella tavalla tai sisällyttämällä alkuperäiseen kilpailutukseen tarkat ehdot siitä, miten palvelua, sen yleistä luonnetta muuttamatta, järjestetään siinä tilanteessa, että lämpimiksi tarkoitettuja aterioita ei kilpailutetun mallin mukaan saada toimitettua asiakkaille lämpiminä.

110. KKV katsoo, ettei huhtikuussa 2016 käynnistetyn kilpailutuksen jälkeen hankintayksikön tietoon ole tullut mitään sellaista uutta seikkaa, jonka johdosta 1.7.2017 toteutettu hankinta voitaisiin katsoa erilliseksi hankintakokonaisuudeksi.

Ajallinen läheisyys

111. KKV:n näkemyksen mukaan käsillä olevan tapauksen olosuhteissa luontevan hankintakokonaisuuden arvioimiseksi on riittävää tarkastella palveluiden samankaltaisuutta, kohdistumista samalle ajanjaksolle ja kilpailutuksen aloittamisen aikana käsillä ollutta tietoa. Tämä arvio on esitetty edellä.
112. Luontevan hankintakokonaisuuden arvioimiseksi on eräissä tilanteissa arvioitu myös sitä, onko alkuperäisen hankinnan ja myöhemmän hankinnan välillä riittävää ajallista läheisyyttä. Ajallisen läheisyyden kriteeri tulee KKV:n näkemyksen mukaan sovellettavaksi lähinnä tilanteissa, joissa alkuperäisen sopimusajanjakson päättymisen jälkeen hankitaan heti tai tietyn ajan kuluttua uudella hankintasopimuksella samankaltaisia tavaroita tai palveluita. Näissä tilanteissa ajallisen läheisyyden kriteeri osin ilmentää ajatusta siitä, että suunnitelmallinen hankintayksikkö ei pääsääntöisesti tee hyvin lyhyitä hankintasopimuksia, vaan hankkii tavaroita ja palveluita tietyille tarkoituksenmukaiselle ajalle, pohjautuen siihen tietoon mikä sillä on kilpailutusta tehdessään.
113. Käsillä olevassa tapauksessa sopimusmuutoksella ei ole hankittu samankaltaisia palveluita uudelle pidemmälle ajanjaksolle, vaan sisältöä on muutettu jo alun perin kilpailutetun hankintasopimuksen ajanjakson osalta. Tällaisen tilanteen osalta KKV on jo yllä arvioinut miten suunnitelmallinen hankintayksikkö olisi toiminut kilpailutuksen aikana olemassa olevin tiedoin.
114. KKV on kuitenkin arvioinut myös sitä, onko liikelaitoksen alkuperäisen hankinnan ja myöhemmän sopimusmuutoksilla toteutetun suorahankinnan välillä läheistä ajallista yhteyttä.
115. Käsillä olevassa tapauksessa alkuperäinen hankintailmoitus on julkaistu 13.4.2016. Sopimuskausi oli ilmoitettu alkavaksi 1.8.2016 mutta sopimus Postin kanssa on allekirjoitettu vasta 5.8.2016. Lokakuussa 2016, eli vain reilut kaksi kuukautta sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen, hankintayk-

16.2.2018

sikkö on saanut terveydensuojelutoimistolta ilmoituksen siitä, että kuljetusjärjestelyitä on muutettava elintarviketurvallisuuden vuoksi. Muutoksista on kuitenkin tehty päätös vasta 30.5.2017, sopimus on tehty 14.6.2017 ja muutos on toteutettu vasta 1.7.2017 alkaen.

116. Alkuperäisen sopimuskauden alkamisen ja sopimusmuutoksista seuranneen suorahankinnan sopimuskauden alkamisen välillä on kulunut 11 kuukautta. KKV katsoo, että aikavälin pituus on johtunut hankintayksikön viivytystä, sillä elintarviketurvallisuuteen liittyvät ongelmat on todennettu jo reilut kaksi kuukautta alkuperäisen sopimuskauden alkamisen jälkeen.
117. KKV on kiinnittänyt huomiota EUT:n oikeuskäytäntöön, jonka mukaan edes se, että sopimusten alkamisajankohtien välillä on peräti vuosi, ei automaattisesti ole esteenä sille, että kyseessä voi olla yksi luonteva sopimuskokonaisuus.³⁷
118. Käsillä olevassa tapauksessa alkuperäisen hankintasopimuksen alkamisajan ja sopimusmuutoksella toteutetun suorahankinnan alkamisajan välillä on ollut alle vuosi. Lisäksi hankintayksikkö on jo valmistellut suorahankintaa reilut kaksi kuukautta alkuperäisen sopimuksen alkamisajan jälkeen. Edellä esitettyyn perustuen KKV katsoo, että hankintasopimusten välillä on myös riittävän läheinen ajallinen yhteys.

Johtopäätös koskien luontevaa hankintakokonaisuutta

119. KKV katsoo, että sopimusmuutoksella suorahankintana 1.7.2017 alkaen toteutettujen kotiateriakuljetuksia sisältävien osakokonaisuuksien kanssa samaan luontevaan hankintakokonaisuuteen kuuluvat myös ne osakokonaisuudet, jotka sisältävät vain ruokakuljetuksia ja joita ei ole muutettu.
120. Muuttumattomat vain ruokakuljetuksia sisältävät osakokonaisuudet kuuluvat muutettujen osakokonaisuuksien kanssa samaan luontevaan hankintakokonaisuuteen koko alkuperäisen kahden vuoden ajanjaksolle.³⁸ Tämän hankintakokonaisuuden arvo on ollut vähintään [300 000] euroa.
121. Vaihtoehtoisesti luontevaan hankintakokonaisuuteen kuuluvat ruokakuljetuksia koskevat muuttumattomat osakokonaisuudet ainakin siltä osin kuin ne koskevat 1.7.2017 ja 31.7.2018 välistä sopimuskaudesta. Tämän hankintakokonaisuuden arvon on ollut [210 000 ja 290 000 euron välillä]. Hankinnan ennakoitu arvo, kattaen kaikki viisi³⁹ osakokonaisuutta, eli sekä kaikki

³⁷ Asia C-574/10, Komissio v. Saksa, ECLI:EU:C:2012:145.

³⁸ KKV ei katso tässä yhteydessä tarpeelliseksi ottaa kantaa siihen, tulisiko ennakoituun arvoon myös lisätä optiovuodet käsillä olevan kaltaisessa tapauksessa, jossa sopimusmuutoksen yhteydessä on päätetty, ettei optioita käytetä.

³⁹ Kuoreveden alueen kotiateriakuljetukset luotiin sopimusmuutoksella ja ne muodostivat siten kuudennen osakokonaisuuden. Sen arvo on [alle 60 000] euroa, mikä nostaisi siis hankintakokonaisuuden arvoa entisestään.

16.2.2018

ruokakuljetukset että kaikki kotiateriakuljetukset, on siten ollut vähintään [yli 210 000] euroa.

Sovellettavan kynnysarvon ylittyminen

122. Hankintailmoituksessa koko hankinnan päänimikkeistöksi on ilmoitettu CPV 60100000-9 (Tieliikennepalvelut). Jokaisen erillisen osakokonaisuuden päänimikkeistöksi on ilmoitettu CPV 60000000-8 (Kuljetuspalvelut; jätteen kuljetusta lukuun ottamatta). Kyseiset nimikkeet soveltuvat kuljetettaessa ruokatarvikkeita. Näin ollen nimikkeet ovat soveltuneet käsillä olevan hankinnan ruokakuljetuksiin.
123. Hankinta on sisältänyt myös kotiateriakuljetuspalvelua. Hankintaan liittyy siten myös CPV 55521100-9 (Aterioiden kotiinkuljetuspalvelu). Kyseinen nimike löytyy vanhan hankintalain liitteessä B (ryhmä 17) ja uuden hankintalain liitteen E kohdassa 7.
124. Hankintasopimuksen arvo sopimusmuutosten jälkeiselle ajanjaksolle on ollut [210 000 ja 290 000 euron välillä]. Sopimusmuutosten jälkeen sopimuksen pääosa on koskenut ruokakuljetuksia, eikä kotiateriakuljetuksia. Hankintakokonaisuus ei siten ole mikään hankintalain E-liitteessä mainittu palvelu. Käsillä olevaan hankintaan on silloin tullut soveltaa hankintalain 26 §:ssä mainittua EU-kynnysarvoa. Hankinnan ennakoitu arvo on ylittänyt kyseisen kynnysarvon.
125. Vaihtoehtoisesti, jos luontevan hankintakokonaisuuden katsotaan kattaneen alkuperäisen kahden vuoden sopimusjakson, hankintakokonaisuuden ennakoitu arvo on ollut vähintään [300 000] euroa ja se on siinä tapauksessa ylittänyt sekä EU-kynnysarvon että E-liitteen palveluhankintoihin sovellettavan kynnysarvon.

11 Esitetyt seuraamukset

Seuraamusmaksun määräämisen edellytykset

126. Hankintalain 159 §:n mukaan markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan seuraamusmaksun KKV:n 141 §:n mukaisesta esityksestä. Hankintalain 141 §:n mukaan KKV voi esittää markkinaoikeudelle muun muassa tehottomuusseuraamuksen ja seuraamusmaksun määräämistä, kun kysymys on EU-kynnysarvon tai E-liitteen palveluhankintoja koskevan kynnysarvon ylittävästä suorahankinnasta, joka on tehty ilman hankintalain 131 §:n mukaista ilmoitusta. KKV:n esittäessä seuraamuksia lisäedellytyksenä on, että hankintasopimus on jo tehty. Käsillä olevassa asiassa kaikki nämä edellytykset täyttyvät. Hankintalain 159 § ei sisällä muita edellytyksiä seuraamusmaksun määräämiselle.

16.2.2018

127. Hankintalain 158 §:n 1 momentissa seuraamusmaksun määrääminen on kuitenkin rajattu muun muassa tilanteisiin, joissa on joko määrätty tehottomuusseuraamus tai se on 157 §:n nojalla jätetty määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Nämä 158 §:n 1 momentissa mainitut edellytykset soveltuvat, kun asia on tullut vireille säännönmukaisen muutoksenhaun perusteella. KKV katsoo, että 158 §:n 1 momentti ei koske tilanteita, joissa asia tulee markkinaoikeudessa vireille KKV:n esityksestä.
128. KKV toteaa lisäksi, että käsillä olevassa tapauksessa hankintalain 141 §:ssä ja 156 §:ssä säädetyt tehottomuuden määräämisen edellytykset ovat olemassa. Ottaen huomioon hankitun palvelun luonne sekä se, että optioiden jäädessä käyttämättä sopimuskautta on jäljellä enää muutama kuukausi, virasto katsoo, että hankintalain 157 §:n mukaisesti tehottomuutta ei kuitenkaan ole syytä määrätä yleiseen etuun liittyvästä pakottavasta syystä. Hankintalain 158 §:n 1 momentin edellytykset seuraamusmaksun määräämiselle ovat siten täyttyneet käsillä olevassa tapauksessa.
129. KKV toteaa, että vaikka 158 §:n 1 momentti tulisi sovellettavaksi tapauksissa, joissa seuraamus määrätään KKV:n esityksestä, seuraamusmaksun määräämisen edellytykset ovat kuitenkin olemassa käsillä olevassa tapauksessa.
130. Hallituksen esityksen mukaan KKV voi esittää markkinaoikeudelle yksinomaan seuraamusmaksun määräämistä.⁴⁰

Seuraamusmaksun määrä

131. Hankintalain 158 §:n 3 momentin mukaan seuraamusta määrättäessä markkinaoikeuden tulee ottaa huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu ja hankinnan arvo. Seuraamusmaksu ei saa ylittää kymmentä prosenttia hankintasopimuksen arvosta.
132. KKV katsoo, ettei ole täysin ilmeistä mihin sopimusarvoon hankintalain 158 §:n 3 momentti viittaa, kun käsillä on sopimusmuutosta koskeva tapaus. KKV kiinnittää huomiota siihen, että sopimuksen arvo on käsillä olevassa tapauksessa muuttunut sopimuskauden aikana. Kuten yllä on todettu, alkuperäisen hankintasopimuksen arvo on optioineen ollut noin [1 – 1,5 miljoonaa] euroa ja ilman optioita noin [puolet siitä]. Sopimusmuutosten jälkeen koko kahden vuoden sopimuskauden arvo on ollut [yli 500 000] euroa, josta hieman alle puolet on kohdistunut niihin aiemmin kilpailutettuihin kotiateriakuljetuksia sisältäneisiin osakokonaisuuksiin, joita on muutettu. Sopimusmuutosten jälkeisen ajanjakson (1.7.2017-31.7.2018) osalta sopimuksen arvo on ollut [210 000 ja 290 000 euron välillä], josta [alle 150 000] euroa on kohdistunut niihin aiemmin kilpailutettuihin kotiateriakuljetuksia sisältäneisiin osakokonaisuuksiin, joita on muutettu.

⁴⁰ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 235.

16.2.2018

133. Ottaen huomioon muun muassa hankintayksikön menettelyn, alkuperäisen hankintasopimuksen arvon, sopimusmuutoksen jälkeisen sopimuskauden arvon ja muutettujen osakokonaisuuksien arvon virasto esittää, että markkinaoikeus määrää hankintayksikölle 20.000 euron suuruisen seuraamusmaksun.

12 Sovelletut säännökset

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 1 §, 2 §, 3 §, 25 §, 26 §, 27 §, 30 §, 40 §, 58 §, 131 §, 136 §, 139 §, 141 §, 156 §, 158 § ja 159 §.

Pääjohtaja

Juhani Jokinen

Erikoistutkija

Max Jansson

16.2.2018

LIITELUETTELO

- LIITE 1 Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntö 17.8.2017.
- LIITE 2 Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 8.9.2017.
- LIITE 3 Kilpailu- ja kuluttajaviraston lisäselvityspyyntö 29.9.2017.
- LIITE 4 Vastaus Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityspyyntöön 23.10.2017.
- LIITE 5 Hankintailmoitus 13.4.2016.
- LIITE 6 Tarjouspyyntö 12.4.2016.
- LIITE 7 Tarjousten vertailu 7.6.2016.
- LIITE 8 Ostoliikennesopimus 5.8.2016.
- LIITE 9 Tarjouskohteet 12.4.2016.
- LIITE 10 Keurusselän ympäristön- ja terveydensuojelutoimiston tarkastuskertomus 13.10.2016.
- LIITE 11 Toimenpideselvitys 29.12.2016.
- LIITE 12 Päätös hankintasopimuksen muuttamisesta, 30.5.2017.
- LIITE 13 Sopimus Jämsän kaupungin kotiaterioiden kuljetuspalveluista 14.6.2017.
- LIITE 14 Liite selvityspyyntövastaukseen (laskelmat kuukausittaisesta arvosta) 18.10.2017.
- LIITE 15 Tarjouskilpailun ehdot 12.4.2016.
- LIITE 16 Ostosopimusmalli 12.4.2016.
- LIITE 17 Ruokakohteet (tarjouspyynnön liite 8).
- LIITE 18 Ostoliikenteen ehdot 12.4.2016.
- LIITE 19 Liikelaitoksen 1.2.2018 toimittama vastine esitysluonnokseen.