

27.03.2018

## Asia

Hankintojen valvonta: Suomen ympäristökeskuksen merentutkimusalue Arandan peruskorjausta koskeva hankinta

## Ratkaisu

Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Suomen ympäristökeskuksen (SYKE) huomiota hankintasopimuksen muuttamista koskeviin oikeusohjeisiin, erityisesti hankintalain 136 §:ään, sekä hankintalain 3 §:n mukaisiin periaatteisiin.

## Asian vireilletulo

Toimenpidepyynnön tekijä on 29.6.2017 saattanut Kilpailu- ja kuluttajaviraston tietoon Suomen ympäristökeskuksen hankintamenettelyn, joka koskee merentutkimusalue Arandan peruskorjausta.

Toimenpidepyynnön mukaan hankintayksikkö on hankintasäännösten vastaisesti muuttanut hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankinnan sisältöä siten, että hankintasopimus voittaneen tarjoajan kanssa on tehty olennaisesti muuttuneen sisältöisenä. Siten peruskorjausta koskevassa sopimuksessa on toimenpidepyynnön tekijän mukaan ollut kyse uudesta hankinnasta, josta ei ollut julkaistu asianmukaista hankintailmoitusta.

## Asian selvittäminen

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on 14.9.2017 pyytänyt asiassa selvitystä Suomen ympäristökeskukselta, joka on vastannut selvityspyyntöön 29.9.2017.

## Ratkaisun perustelut

### Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jatkossa myös ”hankintalaki”) 139 §:ssä Kilpailu- ja kuluttajavirastolle (KKV) on annettu tehtäväksi valvoa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön noudattamista.

KKV voi antaa havaitsemansa lainvastaisuuden johdosta hankintayksikölle huomautuksen tai muuta hallintolain (434/2003) 53 c §:ssä tarkoitettua hallinnollista ohjausta. Laittomien suoraan hankintojen osalta KKV voi hankintalain 140 §:n perusteella kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon. EU-kynnysarvot ylittävien suoraan hankintojen osalta KKV voi myös tehdä markkinaoikeudelle esityksen seuraamusten, kuten seuraamusmaksun, sopimuskauden lyhentämisen tai hankintapäätöksen kumoamisen, määräämiseksi.

27.03.2018

Sama koskee kansalliset kynnyksarvot ylittäviä hankintalain liitteessä E tarkoitettuja palveluhankintoja tai käyttöoikeussopimuksia, jotka on tehty suorahankintana ilman laissa säädettyä perustetta.

## Asiaselostus

### Hankintamenettelyn kulku

Suomen ympäristökeskus on ilmoittanut 2.11.2016 julkaistulla EU-hankintailmoituksella avoimella menettelyllä toteutettavasta merentutkimusalue Arandan peruskorjauksen hankinnasta. Tarjousten viimeinen jättöpäivä on ollut 8.12.2016. Hankintapäätös on tehty 19.1.2017, jolloin tarjouskilpailun voittajaksi on valittu Rauma Marine Constructions Oy (RMC).

Hankintapäätöksestä on tehty valitus markkinaoikeuteen 8.2.2017. Markkinaoikeus on sallinut 13.4.2017 väliaikaisella päätöksellään<sup>1</sup> SYKE:n hankintapäätöksen täytäntöönpanon. SYKE ja RMC ovat allekirjoittaneet hankintasopimuksen 8.5.2017 ja SYKE on julkaissut sopimusta koskevan jälki-ilmoituksen HILMA-ilmoituskanavassa 6.6.2017.

Allekirjoitettu hankintasopimus ei ole täysin vastannut tarjouspyynnön liitteenä ollutta luonnosta hankintasopimuksesta (jatkossa myös ”sopimusluonnos”) tai tehtyä hankintapäätöstä. Hankinnan kohde on poikennut joiltain osin alkuperäisten hankinta-asiakirjojen teknisestä erittelystä. Myös sopimushinta on poikennut voittaneen tarjoajan tarjouksessaan ilmoittamasta tarjoushinnasta. Allekirjoitetussa hankintasopimuksessa peruskorjauksen hinnaksi on sovittu 13 650 000 euroa (alv 0 %), kun taas hyväksytyssä alkuperäisessä tarjouksessa hinnaksi on annettu 14 650 000 euroa (alv 0 %). Hintaa on näin ollen hankintapäätöksen tekemisen jälkeen pudotettu 1 000 000 euroa.

Allekirjoitettuun hankintasopimukseen on tehty sopimusluonnokseen nähden täsmennyksiä ja ehtojen muutoksia, jotka ovat koskeneet muun muassa aluksen vakuuttamista, sopimusrikkomuksesta aiheutuvia välittömiä vahinkoja koskevaa vahingonkorvausvastuuta, maksueriä sekä sopimusasiakirjojen tärkeysjärjestystä.

### Suomen ympäristökeskuksen selvitys

Suomen ympäristökeskus ei KKV:lle antamansa selvityksen mukaan pidä hankintasopimuksen muuttamisena sitä, että tarjouspyynnön liitteenä olleeseen hankintasopimusluonnokseen on tehty tavanomaisia ja telakkatoimialan markkinakäytännön mukaisia tarkennuksia, jotka ovat pääasiassa selventäneet sopimusluonnosta. Tehdyt muutokset eivät yksittäin tai kokonaisuutena merkitse sitä, että tarjouspyynnön liitteenä ollut sopimusluonnos olisi muuttunut olennaisesti. SYKE on vastauksessaan todennut, että tar-

<sup>1</sup> MAO 207/17, dnro 2017/72, 13.4.2017.

27.03.2018

jouspyynnön liitteenä ollut sopimusluonnos on tarkoitettu luonnokseksi, joka jo sinällään merkitsee, että varsinainen hankintasopimus poikkeaa jonkin verran luonnoksesta. Lisäksi SYKE on esittänyt, että hankintasopimuksen muuttamisen olennaisuutta tulee arvioida hankintalain 136 §:n perusteella.

KKV:lle annetun selvityksen mukaan hankintasopimuksen viimeistelyvaiheessa hankinnan laajuutta on karsittu 1 000 000 eurolla, jolloin hankintasopimuksen mukaiseksi kauppahinnaksi on muodostunut 13 650 000 euroa (alv 0 %). SYKE on selvityksessään todennut, että hankinnan laajuuteen tehtyjen muutosten kokonaisvaikutus vastaa 6,8 % alkuperäisestä kauppahinnasta, eikä kyseessä siten ole olennainen sopimusmuutos. SYKE:n mukaan hankinnan laajuuteen liittyvät muutokset olisi voitu tehdä sopimusaikana nimenomaisen muutoslausekkeen johdosta.

SYKE on selvityksessään tuonut esille, että julkisten palveluhankintojen vastuunrajausehdon (JYSE 2014 Palvelut, kohta 16.4) soveltaminen olisi telakkatoimituksessa poikkeuksellista ja kyseessä olisi jopa liian ankara ja pätemätön ehto. Kyseisen ehdon mukaan siinä tapauksessa, jos ei ole toisin sovittu, sopijapuolten korvausvastuu sopimusrikkomuksesta aiheutuudesta välittömästä vahingosta on enintään viisi (5) kertaa hankintasopimuksen laskennallinen arvo. Vastuunrajoitusehdon nostaminen noin 65-70 miljoonaan euroon ei tuottaisi Suomen ympäristökeskukselle mitään lisäarvoa, kun huomioidaan tehdyn hankintasopimuksen luonne, taloudellinen merkitys ja se, ettei vahingonkorvaus pääsääntöisesti koske välillisiä vahinkoja.

SYKE:n antaman selvityksen mukaan kaikki hankinnan sisältöön tehdyt muutokset ja selvennykset ovat kokonaisuutena kustannusneutraaleja, eikä muutoksilla ole ollut vaikutusta muiden tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien asemaan.

## **KKV:n arvio hankintamenettelyn lainmukaisuudesta**

### Sopimusmuutoksiin sovellettavat oikeusohjeet

Asiassa on kyse siitä, onko hankintayksikkö hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintasopimusta tehtäessä hyväksynyt hankinnan kohteeseen tarjouspyyntöasiakirjoista poikkeavia muutoksia, jotka ovat olleet julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisia.

Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) oikeuskäytännössä on useassa eri tapauksessa käsitelty hankintasopimuksen muuttamista sopimuksen voimassaoloaikana.<sup>2</sup> Oikeuskäytännöstä ilmenevät periaatteet on olennaisilta

---

<sup>2</sup> Esim. C-496/99 P, Euroopan yhteisöjen komissio v. CAS Succhi di Frutta SpA, 29.4.2004, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republic Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA

27.03.2018

osin sisällytetty hankintadirektiiviin<sup>3</sup> sekä 1.1.2017 voimaan tulleeseen hankintalakiin. Hankintalaissa sopimusten muuttamista sääntelee 136 §.

Hankintalain 136 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimusta tai puitejärjestelyä ei saa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tai kansalliset kynnysarvot ylittävissä liitteen E mukaisissa palveluhankinnoissa taikka käyttöoikeussopimuksissa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman hankintalain mukaista uutta hankintamenettelyä. Kyseisen momentin 1 kohdan mukaan muutos on olennainen, jos 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 hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia. Hankintalain 136 §:n 2 momentissa listataan sallitut sopimusmuutostilanteet.

EUT:n oikeuskäytännön mukaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen määräyksiin sen voimassaoloaikana tehtyjä muutoksia on pidettävä uutena sopimuksen tekemisenä, jos muutetut määräykset ovat ominaispiirteiltään olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset ja jos ne näin ollen ovat omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudesta kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot. Muutosta voidaan pitää olennaisena, kun se sisältää ehtoja, jotka olisivat mahdollistaneet 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.<sup>4</sup>

EUT on ratkaisukäytännössään tuonut ilmi, että myös sopimuksen supistaminen voisi olla olennainen sopimusmuutos, sillä se on omiaan tekemään sopimuksen mielenkiintoiseksi myös pienemmille taloudellisille toimijoille. EUT:n mukaan julkisia hankintoja koskevan hankintasopimuksen olennaisista muutosta sen sopimuspuolen valinnan jälkeen ei pitäisi tehdä suoraan hankintaviranomaisen ja sopimuspuoleksi valitun välillä vaan siitä on järjestettävä uusi näin muutettua sopimusta koskeva hankintamenettely.<sup>5</sup>

Lisäksi EUT on todennut, että syrjintäkiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet sekä avoimuusvelvollisuus edellyttävät muun muassa, että hankintasopimuksen kohde ja tekoperusteet määritetään selvästi jo heti hankintasopimuksen tekomenettelyn alussa ja että hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt muotoillaan selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai hankinta-asiakirjoissa. Tällä tavoin mahdollistetaan yhtäältä, että kaikki kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelli-

---

Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, 19.6.2008 ja C-549/14 Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, 7.9.2016.

<sup>3</sup> Euroopan Parlamentin ja neuvoston direktiivi (24/2014/EU).

<sup>4</sup> Asia C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, tuomio 19.6.2008, kohdat 34–37.

<sup>5</sup> Asia C-549/14, Finn Frogne, tuomio 7.9.2016, kohdat 29–30.

27.03.2018

set tarjoajat voivat ymmärtää ehtojen ja sääntöjen täsmällisen ulottuvuuden ja tulkita niitä samalla tavalla, ja toisaalta, että hankintayksikkö voi tosiasiallisesti tarkastaa, vastaavatko tarjoajien tarjoukset mainittua hankintaa säänteleviä arviointiperusteita.<sup>6</sup>

Käsillä olevassa tapauksessa ei ole kyse varsinaisen sopimuskauden aikana tehdystä muutoksesta, vaan hankintapäätöksen tekemisen jälkeen, mutta ennen sopimuksen allekirjoittamista tehdyistä muutoksista. EUT:n tapauskäytännöstä ilmenevät periaatteet soveltuvat kuitenkin myös nyt käsillä olevan kysymyksen arviointiin. Asetelma ei tilanteen hankintasäännösten mukaisuuden arvioinnin kannalta merkityksellisellä tavalla poikkea siitä, että muutos hankintasopimuksessa olisi tapahtunut hankintasopimuksen allekirjoittamisen jälkeen. Oikeuskäytännön mukaan tilannetta, jossa hankintayksikkö on tehnyt voittaneen tarjoajan kanssa hankintapäätökseen nähden sisällöllisesti suppeamman hankintasopimuksen, tulisi tarkastella sen mukaan, onko tarjouspyyntöaineistossa määriteltyyn hankinnan sisältöön tehty olennaisia muutoksia.<sup>7</sup> Tapauskäytännön lisäksi hankintadirektiivin sekä hankintalain 136 §:n sisältöä on mahdollista ainakin analogisesti hyödyntää arvioitaessa hankintasopimusluonnokseen tehtyjä muutosten sallittavuutta.

#### Hankintayksikön menettelyn arviointi

Hankintayksikkö on tarjouksen hyväksymisen ja hankintapäätöksen tekemisen jälkeen karsinut aluksen peruskorjausta koskevan hankinnan laajuutta yhteensä 1 000 000 eurolla, joka vastaa 6,8 % hankintasopimuksen kokonaisarvosta. Hinnan alentamiseksi hankinnan kohdetta on joiltain osin muutettu alkuperäisissä tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetystä. Hankintayksikön mukaan hankinnan laajuuteen tehdyissä muutoksissa ei ole kyse olennaisesta sopimusmuutoksesta.

Tapauskäytännön, hankintadirektiivin ja hankintalain mukaan hankintasopimukseen on eräin lisäedellytyksin sallittua tehdä vähäarvoinen muutos sopimuskauden aikana. Hankintalain 136 §:n mukaan hankintasopimukseen voidaan tehdä vähäarvoinen sopimusmuutos, joka alittaa liitteessä E tarkoitettuja palveluja koskevissa hankinnoissa sekä käyttöoikeussopimuksissa kansalliset kynnysarvot tai muissa hankinnoissa EU-kynnysarvot eikä vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen. Muutoksen arvon tulee edellä mainitussa tapauksessa olla pienempi kuin 10 prosenttia alkuperäisen palvelu- tai tavarahankintasopimuksen tai palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen arvosta ja 15 prosenttia alkuperäisen rakennusurakkasopimuksen tai käyttöoikeusurakan arvosta.

Käsillä olevassa tapauksessa hankinnan sisältöön tehtyjä muutosten arvo jää alle 10 prosenttiin alkuperäisen palveluhankintasopimusluonnoksen ar-

<sup>6</sup> Asia C-298/15, Borta, tuomio 5.4.2017, kohdat 67–69.

<sup>7</sup> Esim. MAO 11/17, dnro 2015/561, 18.1.2017.

27.03.2018

vosta. Sopimusmuutoksen taloudellinen arvo on kuitenkin euromäärältään huomattava ja se ylittää EU-kynnysarvon. Jos muutoksen kokonaisarvoa arvioidaan hankintadirektiivin ja hankintalain 136 §:n asettamien edellytysten näkökulmasta, ei muutosta voida pitää vähäarvoisena.

Hankinnan kohteen supistamisen lisäksi allekirjoitettuun hankintasopimukseen on tehty tarjouspyyntöasiakirjoissa esitettyyn nähden muutoksia sovellettaviin sopimusehtoihin. Näistä tehdyistä muutoksista KKV on kiinnittänyt erityistä huomiota vahingonkorvausvastuuehdon määrittelyyn. Hankintasopimuksen mukaan tilaajalla on oikeus saada vahingonkorvausta viivästyksestä tai muusta telakan sopimusrikkomuksesta aiheutuneesta välittömästä vahingosta siltä osin kuin vahingon määrä ylittää tilaajalle maksettavan viivästyssakon. Korvausvastuu on enintään hankintasopimuksen laskennallinen arvo. Hankintasopimusluonnoksessa ei ole tällaisesta vahingonkorvausvastuusta erikseen mainittu, joten sovellettavaksi olisivat tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan tulleet julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa<sup>8</sup>. JYSE-ehtojen 16.4 kohdan mukaan, jos toisin ei sovita, sopijapuolten korvausvastuu vastaavista välittömistä vahingoista on enintään viisi (5) kertaa hankintasopimuksen laskennallinen arvo. Näin ollen tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetty ehto, johon tarjoajien on pitänyt tarjouksia jättäessään sitoutua, on ollut arvoltaan viisinkertainen allekirjoitetun hankintasopimuksen ehtoon nähden.

Hankintayksikkö on todennut, että edellä mainitut hankintasopimukseen tehdyt muutokset ovat kokonaisuutena arvioiden neutraaleja eikä muutoksilla ole ollut vaikutusta muiden tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien asemaan. KKV:n arvion mukaan asiassa ei voida poissulkea sitä mahdollisuutta, että hankinnan kohteen supistaminen olisi voinut houkuttaa tarjouskilpailuun mukaan myös muita tarjoajia. Lisäksi hankintasopimuksen ehtoihin tehdyistä muutoksista erityisesti tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetty ankarampi vahingonkorvausvastuuehto on voinut vaikuttaa potentiaalisten tarjoajien tarjoushalukkuuteen tai tarjottuihin hintoihin. KKV katsoo, että mikäli hankinnalle asetetut ehdot sekä hankinnan kohde olisivat jo tarjouspyyntöasiakirjoissa olleet vastaavat kuin allekirjoitetussa hankintasopimuksessa, olisi tarjouskilpailuun mahdollisesti voinut osallistua myös sellaisia tarjoajia, jotka nyt ovat jättäytyneet tarjouskilpailusta pois. Näin ollen tehdyt muutokset ovat ainakin kokonaisuutena arvioituna olleet hankintalainsäädännön tarkoittamalla tavalla olennaisia.

Hankintayksikkö on esittänyt, että kaikki hankinnan laajuuteen liittyvät muutokset olisivat sopimuskauden aikana olleet sallittuja sopimusluonnokseenkin sisällytetyn muutosehdon vuoksi. Sekä allekirjoitetussa hankintasopimuksessa että tarjouspyynnön liitteenä olleessa sopimusluonnoksessa on ollut peruskorjauksen sisältöä koskeva muutosehto, jonka mukaan "[t]ilaajalla ja Telakalla on oikeus esittää Aluksen Peruskorjauksen aikana, mutta kuitenkin riittävän ajoissa, muutos- ja parannusehdotuksia toisen

---

<sup>8</sup> JYSE 2014 Palvelut.

27.03.2018

osapuolen hyväksyttäväksi ja Telakka sitoutuu suorittamaan täten sovitut muutos- ja parannustyöt ilman eri korvausta, elleivät ne tuota Telakalle merkittäviä lisäkustannuksia. Kaikista niistä muutoksista, jotka saattavat vaikuttaa suoritusarvoihin, hintaan ja/tai toimitusaikaan on sovittava kirjallisesti ennen muutostöiden aloittamista. Telakan tulee viimeistään neljätoista (14) päivää ennen Aluksen luovutusta toimittaa luettelo tehdyistä muutostöistä ja niiden sovituista hintamuutoksista kokonaishintaan.”

Hankintalain 136 §:n 2 momentin mukaisesti hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä, jos muutos perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankintaasiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallisesta arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset. Muutokset eivät saa muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta. Hankintadirektiivin 72 artiklan mukaan tarkistuslausekkeissa on ilmoitettava mahdollisten muutosten tai vaihtoehtojen soveltamisala ja luonne sekä olosuhteet, joissa lausekkeitä voidaan käyttää. Hankintadirektiivin johdanto-osassa on lisäksi todettu, että tarkistuslausekkeet tai optioehdot eivät saa antaa hankintaviranomaisille rajatonta harkintavaltaa.<sup>9</sup>

Käsillä olevassa tapauksessa sopimusluonnoksessa esitetystä ehdosta ei ole yksilöity, millaisia muutos- ja parannusehdotuksia hankintaan voidaan tehdä. Muutoslausekkeen nojalla hankintayksikkö voisi perustella mitä tahansa hankinnan laajuuteen tehtyä muutosta. Ehto muutos- ja parannusehdotuksista ei ole sillä tavalla selkeä, täsmällinen ja yksiselitteinen, että kyseessä olevat muutokset hankinnan kohteeseen ja sopimusehtoihin olisivat sen perusteella olleet sallittuja hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ilman uutta hankintamenettelyä.

Hankintalain 136 §:n mukaan muutos voidaan tehdä myös, jos muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen. Asiassa ei ole tullut ilmi lain tarkoittamia ennakoimattomia olosuhteita. SYKE olisi voinut asettaa ehdot alkuperäisiin tarjouspyyntöasiakirjoihin siten, kuin ne on määritelty allekirjoitetussa hankintasopimuksessa.

Hankintalain 3 §:n mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Olennaisten muutosten tekeminen sopimukseen tai sen luonnokseen hankintapäätöksen tekemisen ja sopimuskuompanin valinnan jälkeen ei noudata julkisten hankintojen periaatteita. Hankintasopimuksen kohde sekä hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt tulisi muotoilla selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai hankinta-

---

<sup>9</sup> Euroopan Parlamentin ja neuvoston direktiivi (24/2014/EU), kohta 111.

27.03.2018

asiakirjoissa. Tällä tavalla turvataan tarjoajille yhdenvertaiset lähtökohdat tarjoustusta jätettäessä.

Hankintayksikkö ei ole pannut hankintapäätöstä täytäntöön sellaisenaan, vaan on muokannut sitä tarjouspyyntöasiakirjoissa ja tarjouksessa esitetystä poikkeavaksi. KKV toteaa, että sopimusluonnokseen on luonnollisesti sallittua tehdä tietyiltä osin muutoksia ja täsmennyksiä hankintasopimuksen viimeistelyvaiheessa. Muutokset eivät kuitenkaan saa olla olennaisia, eivätkä ne saa vaarantaa ehdokkaiden ja tarjoajien tasapuolista ja yhdenvertaista asemaa.

KKV katsoo, että kyseessä olevassa tapauksessa hankintasopimusta on muutettu ja pienennetty unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla olennaisesti ja muiden tarjoajien osallistumisedellytyksiin mahdollisesti vaikuttavalla tavalla siitä, mikä sen sisältö on ollut tarjouspyyntöasiakirjoihin sisällytetyssä hankintasopimusluonnoksessa sekä hyväksytyssä tarjouksessa. Näin ollen hankintayksikkö on menetellyt virheellisesti, kun se on muuttanut hankintasopimusta hankintapäätöksen tekemisen jälkeen järjestämättä uutta tarjouskilpailua.

#### Suorahankintaperusteiden soveltuminen

KKV katsoo, että tekemällä olennaisia muutoksia hankintasopimusluonnokseen hankintayksikkö on tosiasiallisesti suorittanut suorahankinnan. Asiassa on siten arvioitava myös sitä, onko kysymyksessä ollut hankintalain 40 §:n tarkoittama suorahankinta, joka olisi voitu tehdä hankintailmoitusta julkaisematta.

Markkinaoikeus on päätöksellään sallinut hankintapäätöksen täytäntöönpanon. Hankintayksikkö on esittänyt markkinaoikeudelle, että merentutkimusalusta on käytännössä mahdollista käyttää tarkoituksensa mukaisessa toiminnassa vain keväällä, kesällä ja syksyllä, ja peruskorjauksen aloittamisen viivästyminen merkitsisi todennäköisesti peruskorjauksen jälkeisen toiminnan siirtymistä vuoteen 2019. Markkinaoikeus on katsonut nämä perusteet huomioon ottaen, että hankintasopimuksen allekirjoittamisella on kiire. Markkinaoikeuden mukaan hankintapäätöksen täytäntöönpanon estymisestä olisi aiheutunut suurempaa haittaa kuin mitä täytäntöönpanon sallimisen edut olisivat.

Hankintayksikkö ei ole selvityspyyntöön antamassaan vastauksessa vedonnut mihinkään suorahankintaperusteeseen. Edellä mainittu markkinaoikeudelle annettu vastine huomioon ottaen asiassa on syytä arvioida erityisesti sitä, olisiko kiire voinut oikeuttaa suorahankinnan tekemisen. KKV on arvioinut myös muut hankintalain 40 §:n 2 momentin mukaiset suorahankintaperusteet ja todennut, että ne eivät sovellu tapaukseen.



27.03.2018

Hankintalain 40 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan 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. Lainkohtaa koskevissa hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa (HE 108/2016 vp) on todettu, että kiireen tulisi ensinnäkin johtua hankintayksikön ulkopuolisista syistä, joten hankintayksiköstä johtuva syy ei hankintadirektiivin 32 artiklan 2 kohdan c alakohdan mukaisesti voi olla peruste suora hankinnan tekemiseen. Perusteen on lisäksi oltava äkillinen ja sellainen, jota hankintayksikkö ei ole kohtuudella voinut ennakoita. Edellytyksenä suora hankinnan tekemiselle olisi lisäksi, että hankinnan tekeminen on ehdottoman välttämätöntä.<sup>10</sup>

KKV:n arvion mukaan asiassa ei ole ilmennyt sellaisia hankintayksiköstä riippumattomia äkillisiä syitä, joita hankintayksikkö ei olisi voinut ennakoita. Hankinnan kohteen karsiminen esimerkiksi budjettiin liittyvistä syistä hankintapäätöksen tekemisen jälkeen ei noudata hankintojen yleisiä periaatteita. KKV katsoo, että hankintayksikkö ei olisi saanut tehdä hankintaa hankintailmoitusta julkaisematta suora hankintana.

#### KKV:n toimivalta

KKV:n valvontatoimivalta koskee hankintamenettelyjä, jotka on aloitettu hankintalain voimaantulon eli 1.1.2017 jälkeen. Mikäli ennen hankintalain voimaantuloa aloitetussa hankintamenettelyssä hankintasopimukseen tehdään muutoksia, arvioidaan KKV:n valvontatoimivaltaa sen mukaan, ovatko tehdyt sopimusmuutokset olennaisia. Jos hankintasopimukseen tehdään julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti olennaisia muutoksia 1.1.2017 jälkeen, on kyseessä uusi hankintapäätös. Tällöin KKV:lla on valvontatoimivalta uuden hankintamenettelyn osalta.

Käsillä olevassa tapauksessa hankintayksikkö on hankintapäätöstä täytäntöön pannaan hyväksynyt hankintasopimukseen olennaisia muutoksia siten, että kysymyksessä on katsottava tosiasiallisesti olleen uusi hankintapäätös. Muutokset on tehty ilman lainmukaista perustetta 1.1.2017 jälkeen. Koska hankintaa ei ole uudelleenkilpailutettu, on kyse suora hankinnasta. Hankintayksiköllä ei ole ollut 40 §:n 2 momentissa säädettyä perustetta suora hankinnan valitsemiselle. Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on siten toimivalta ryhtyä hankintalain 15 luvun mukaisiin toimenpiteisiin.

## Johtopäätös

Hankintayksikkö on toteuttanut hankinnan tarjouspyyntöaineiston ehdoista ja hyväksytystä tarjouksesta poikkeavalla tavalla. Hankintayksikkö on esittänyt, että hankinnan sisältöön tehdyt muutokset ja selvennykset ovat ko-

<sup>10</sup> Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 135.

27.03.2018

konaisuutena olleet kustannusneutraaleja, eikä muutoksilla ole ollut vaikutusta muiden tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien asemaan.

Kilpailu- ja kuluttajavirasto katsoo, että hankintayksikkö on hankintapäätöksen tekemisen jälkeen julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti hyväksynyt hankintasopimukseen muutoksia, jotka ovat poikenneet tarjouspyyntöasiakirjoista hankinnan kohteen ja hankinnalle asetettujen ehtojen osalta siten merkittävästi, että kyseessä on uusi hankinta, joka olisi tullut kilpailuttaa hankintasäännösten mukaisesti. Hankinnalle ei ole olemassa hankintalain mukaista suorahankintaperustetta. Hankinnassa ei ole menetelty yhdenvertaisuuden, avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteet huomioiden. Kilpailu- ja kuluttajaviraston näkemyksen mukaan hankintayksikkö on toiminut hankinnassaan hankintalainsäädännön vastaisesti, kun se on hankintapäätöksen tekemisen jälkeen muuttanut hankintasopimusluonnosta olennaisesti järjestämättä uutta tarjouskilpailua.

Edellä ilmenevillä perusteilla Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Suomen ympäristökeskuksen (SYKE) huomiota hankintasopimuksen muuttamista koskeviin oikeusohjeisiin, erityisesti hankintalain 136 §:ään, sekä hankintalain 3 §:n mukaisiin periaatteisiin.

## **Sovelletut säännökset**

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 3 §, 40 §, 136 §, 139 § sekä hallintolaki (434/2003) 53 c §.

## **Muutoksenhaku**

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 164 §:n perusteella tähän Kilpailu- ja kuluttajaviraston päätökseen ei saa hakea muutosta valittamalla.

Lisätietoja asiasta antaa tutkija Elisa Aalto, puhelin 029 505 3683, sähköposti [etunimi.sukunimi@kkv.fi](mailto:etunimi.sukunimi@kkv.fi).

Pääjohtaja

Juhani Jokinen

Tutkija

Elisa Aalto