

JÄNNY

Neuvontaklinikka: Hankintasopimusten muuttaminen

3.6.2022

Niina Ruuskanen
erityisasiantuntija, julkiset hankinnat

Tausta

- V. 2017 hankintalakeihin säännökset hankintasopimuksen muuttamisesta
- Pohjautuu 2014 hankintadirektiiviin (72 art.)
- Taustalla unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä omaksuttu näkemys, jonka mukaan hankintasopimuksen merkittävä muuttaminen sopimuskaudella loukkaa tarjouskilpailuun osallistuneiden **yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta**
 - Mm. C-496/99, Succhi di Frutta; C-454/06, Presstext; C-91/08, Wall AG
- Myös kotimaista oikeuskäytäntöä jo ennen nykyisen hankintalain voimaantuloa
 - Esim. KHO:2009:88, KHO:2010:20

Hankintalain 136 §

- Sovelletaan **EU-kynnysarvot ylittäviin** hankintoihin, kansalliset kynnysarvot ylittäviin liitteen E mukaisiin palveluhankintoihin sekä käyttöoikeussopimukseen
- Sovelletaan myös **puitejärjestelyihin**
- Lähtökohta: hankintasopimuksen **olennainen muuttaminen sopimuskaudella on kiellettyä**
- Muutokset, joita ainakin pidetään olennaisina, on laissa lueteltu (136 §:n 1 mom.)
- Myös poikkeukset pääsääntöön, eli sallitut muutokset, on listattu (136 §:n 2 mom.)
- Vastaavat säännökset myös erityisaloilla (124 §)

Olennainen muutos

Ainakin olennaiset muutokset:

1. muutos olisi mahdollistanut alkuperäiseen nähden uudet ehdokkaat/tarjoukset/osallistujat
2. sopimuksesta tulee muutoksen jälkeen sopimuskumppanille taloudellisesti edullisempi alkuperäisiin ehtoihin nähden
3. muutos laajentaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn soveltamisalaa huomattavasti
4. alkuperäinen sopimuskumppani korvataan uudella sopimuskumppanilla

➤ **Lähtökohtaisesti kiellettyjä!**

1. sallittu muutos: sopimuksen alkuperäisiin ehtoihin perustuva muutos

- Hankintamenettelyn aikana tiedossa ollut ja hankinta-asiakirjoissa mainittu
- Rahallisesta arvosta riippumatta
- Selkeä, täsmällinen, yksiselitteinen ehto
 - Yleisluonteinen ehto ei riitä (ks. esim. MAO:375/20, MAO:207/18)
- Ei vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen
- Esim. optioehto (mahdollisia myös 41.2 § ”suorahankinta lisätilauksissa” perusteella)

2. sallittu muutos: lisätyöt tai palvelut, ylimääräiset tavarantoimitukset

- Jos sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista taloudellisista tai teknisistä syistä
- Jos aiheuttaisi merkittävää haittaa tai kustannusten merkittävää päällekkäisyyttä
 - Hankintayksikön tulee kyetä osoittamaan esim. laskelmin (KHO 23.9.2021 taltio H3222; MAO 529/20
 - Vrt. MAO 399/19
- Arvo alle 50 % alkuperäisen sopimuksen arvosta
- Jokainen muutos arvioidaan itsenäisenä, tavoitteena ei saa olla lain kiertäminen
- Julkaistava sopimusmuutosilmoitus
- Vrt. suorahankinta lisätilauksessa 41.1 §

3. sallittu muutos: ennakoimattomat olosuhteet

- Muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoida
- Ei vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen
- Arvo alle 50 % alkuperäisen sopimuksen arvosta
- Jokainen muutos arvioidaan itsenäisenä, tavoitteena ei saa olla lain kiertäminen
- Julkaistava sopimusmuutosilmoitus

4. sallittu muutos: alkuperäisen sopimuskumppanin korvaaminen sopimusehdon tai yhtiömuutosten perusteella

- Alkuperäinen sopimuskumppani korvataan uudella ja muutos perustuu joko yksiselitteiseen sopimusehtoon, tai alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy yhtiön rakennejärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisten ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena toiselle toimittajalle
- Uuden toimittajan tulee täyttää alkuperäiset laadulliset soveltuvuusvaatimukset
- Ei saa aiheuttaa muita olennaisia muutoksia tai lain kiertämistä

5. sallittu muutos: vähäarvoinen sopimusmuutos

- Alittaa soveltuvan kynnysarvon
- Alittaa 10 % alkuperäisen tavara- tai palveluhankintasopimuksen arvosta / 15 % urakkasopimuksen arvosta
- Peräkkäisten muutosten arvo arvioidaan kumulatiivisen nettoarvon perusteella
- Ei vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen

Lain vastaisesti muutettu sopimus

- Hankintasäännösten vastaisesti muutettu sopimus katsottu oikeuskäytännössä uuden sopimuksen tekemiseksi kilpailuttamatta (ns. laitton suorahankinta)
 - Suorahankintojen muutoksenhaku-aika maks. 6 kk sopimuksen tekemisestä
 - Hankintayksikkö voi lain nojalla irtisanoa hankintasopimuksen päättymään välittömästi, jos sopimukseen on tehty olennainen muutos (137 §)
- Uusi kilpailutus sopimuksesta muutetuin ehdoin

Sopimusmuutosilmoitus

- Hankintayksikön **on julkaistava** hankintasopimuksen ja käyttöoikeussopimuksen muutoksia koskeva ilmoitus silloin, kun muutoksen perusteena
 - Lisätyöt tai palvelut, ylimääräiset tavarantoimitukset (136.2 §:n 2 kohta)
 - Ennakoimattomat olosuhteet (136.2 §:n 3 kohta)
- Muilla perustein tehdyistä muutoksista ei velvollisuutta julkaista muutosilmoitusta
- Sopimusmuutosilmoituksen perusteella voi hakea muutosta, muutoksenhakuaika 14 pv ilmoituksen julkaisusta

Kansallisten hankintasopimusten muuttaminen

- Ei säännöksiä hankintalainsäädännössä, 136 § ei sovelleta kansallisiin hankintoihin
- Jos **rajat ylittävä intressi**, niin myös direktiivin kynnysarvot alittavia hankintoja tulee arvioida EU:n perustamissopimusten perustavanlaatuisen oikeusperiaatteiden toteutumisen kannalta (avoimuus, tasapuolisuus ja syrjimättömyys)
 - Hankintasopimuksen olennaiset muutokset loukkaavat avoimuuden ja tasapuolisen kohtelun periaatteita, eli eivät ole sallittuja
- Hankintalain 136 § tulkinta-apuna: mikä sallittua EU-hankinnoissa, todennäköisesti sallittua myös kansallisissa, myös laajemminkin?
- Oikeuskäytäntöä esim. MAO:854/17

Muistilista

- Sopimukset sitovat sellaisena kuin ne on tehty
- Muutokset edellyttävät lähtökohtaisesti molempien sopijapuolten suostumusta
- Olennainen muuttaminen ilman uutta hankintamenettelyä kiellettyä, hankintalainsäädännössä lueteltu poikkeukset/sallitut muutokset
- Hankintalaki asettaa vain reunaehdot, muutostilanteessa tulee aina neuvotella ja pyrkiä löytämään molempia sopijapuolia tyydyttävä ratkaisu
- Lain vastaisesti tehty olennainen sopimusmuutos rinnastuu suorahankintaan

JHNY

Esitettyjä kysymyksiä

Miten toimitaan tilanteissa, jossa toimittaja haluaa korottaa tarjoamaansa hintaa, kun hankintapäätös on tehty, mutta ennen kuin hankintasopimus on allekirjoitettu?

- Annettu tarjous sitoo > ei oikeutta muuttaa tarjousta ilman seuraamuksia
 - Vahingonkorvausmahdollisuus hankintayksikölle mahdollisesta hinnanerosta
- Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimukset sekä avoimuusperiaate edellyttävät, että solmittava hankintasopimus vastaa sisällöltään tarjouspyynnössä esitettyä
- Jos hankintasopimus poikkeaa olennaisesti tarjouspyynnöstä, tulevat arvioitavaksi oikeusohjeet hankinnan ehtojen olennaisesta muuttamisesta (esim. asia C-496/99) sekä laittomasta suorahankinnasta
- Jos tarjoaja lainvastaisesti muuttaa tarjousta ennen sopimusta, hankintapäätöksen itseoikaisumahdollisuus (90 päivän kuluessa)

Voimmeko siirtää koulukuljetussopimusta kesken kauden toisen yrittäjän nimiin, jos kaikki osapuolet sen hyväksyvät? Vai pitääkö kilpailuttaa?

- Alkuperäisen sopimuskumppanin korvaaminen uudella on olennainen muutos ja lähtökohtaisesti kielletty
- Sallittua silloin, jos perustuu sopimuksen yksiselitteisiin ehtoihin tai jos yrityksen asema siirtyy rakennejärjestelyjen, yritysostojen, sulautumisten ja määräysvallan muutosten tai maksukyvyttömyyden seurauksena toiselle toimittajalle

Onko puitejärjestelyn sisäistä ensisijaisuusjärjestystä sallittua muuttaa sopimuskauden aikana?

- Hankintalain 136 § sovelletaan myös puitejärjestelyjen muutoksiin
- Muutos lienee lähtökohtaisesti olennainen, eli kielletty (muuttaa puitejärjestelyn taloudellista tasapainoa)
- Sallittua, jos menettely kuvattu alkuperäisissä hankinta-asiakirjoissa

Tarvitseeko tai kannattaako hankintasopimuksen/puitejärjestelyn muuttamisesta tehdä päätös?

- Hankintalain 123 §: Hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien asemaan vaikuttavista ratkaisuista sekä tarjousmenettelyn ratkaisusta kirjallinen päätös, joka on perusteltava.
- Sopimuksen sallitulla muutoksella ei lähtökohtaisesti vaikutusta tarjoajien asemaan
- Organisaatioiden oma ohjeistus voi edellyttää päätöksentekoa
- Jos päätös tehdään: sopimuskaudella tehtävä muutos liittyy täytäntöönpanoon > ei valituskelpoinen päätös

Miten alkuperäisen sopimuksen arvo lasketaan hankintalain 136 §:n mukaisissa sopimusmuutostilanteissa?

- Vertailukohtana alkuperäisen hankintasopimuksen arvo – ei siis esim. hankintasopimuksen ennakoitu arvo
- 136 §:n 5 mom.: tarkistettu hinta olisi viitearvo silloin, kun hankintasopimukseen sisältyy indeksilauseke.
 - Tällöin vertailukohtana siis indeksin mukaan korotettu arvo
- Laskennasta ei yksityiskohtaisempia sääntöjä hankintalaissa tai esitöissä

Kuinka toimimme puitesopimuksessa tasapuolisesti, jos vain yksi toimittaja hakee hinnanmuutosta?

- Hinnanmuutokset puitejärjestelyn/hankintasopimuksen ehtojen mukaisesti
- Ei estettä muuttaa vain yhden toimittajan osalta hintoja, jos ei ehdoissa kielletty ja hinnanmuutokset sallittuja ja vain yksi toimittaja esittää muutosta
- Myös hankintayksikkö voi esittää hinnanmuutoksia

Voiko poikkeusoloissa yksikköhintaperusteisen sopimuksen, ilman hinnantarkastusmahdollisuutta, muuttaa indeksisidonnaiseksi?

- Kyseessä lienee olennainen sopimusmuutos, eli lähtökohtaisesti kielletty
- Muutoksen sallittavuus 136 §:n perusteella arvioitava tapauskohtaisesti
- Voi olla mahdollinen, jos esim. vähäarvoinen muutos
- Muutokset kuitenkin perusteltava ja niistä neuvoteltava sopijapuolten kesken

HY on hankintalakiin viitaten evännyt hinnankorotukset. Toimittaja vetoaa nyt ylivoimaisen esteeseen ja haluaa purkaa sopimuksen. Onko toimittajalla oikeus tehdä tämä?

- Sopimusehdot ylivoimaista estettä koskien?
- Ylivoimaisessa esteessä kyse tyypillisesti hankintasopimuksen täyttämisen estävästä tilanteesta
- Näyttövelvollisuus siihen vetoavalla: tulee pystyä osoittamaan, miten konkreettisesti vaikeuttaa/estää sopimuksenmukaisen suorituksen
- Esim. JYSE palvelut –ehtojen mukaan sopijapuolilla oikeus purkaa sopimus, kun sopimuksen täyttäminen ylivoimaisen esteen jatkumisen johdosta viivästynyt yli neljä kuukautta

Miksi Ukrainan sota ei pidetä erityisenä syynä, joka mahdollistaa sopimusten muuttamisen?

- Sota voi aiheuttaa tilanteita, jotka voivat mahdollistaa hankintasopimusten muuttamisen
- Tilanteet ja sopimukset kuitenkin arvioitava tapauskohtaisesti hankintalain reunaehdot huomioiden, sotatilanne ei tarkoita automaattista muutosoikeutta

Voiko option käytön yhteydessä ottaa käyttöön päivitetyt JYSE-ehdot?

- Voi olla katsottavissa, että JYSE-ehtojen päivittäminen huhtikuun 2022 päivitysversioon ei ole olennainen muutos
- Yksipuoliset muutokset eivät ole lähtökohtaisesti mahdollisia, joten edellyttää kuitenkin muutoksen molemminpuolista hyväksyntää

Miten lasketaan määräaikaisen ja toistaiseksi voimassa olevan sopimuksen alkuperäinen arvo? Esim. 7 vuoden määräaikainen, lasketaanko 7 vuoden mukaan vai 48 kk mukaan?

- Ei tarkempia sääntöjä laissa, vertailukohta ”sopimuksen alkuperäinen arvo”
- Tapauksessa MAO 399/19 hankintayksikkö ilmoittanut toistaiseksi voimassa olevan muutettavan sopimuksen arvon 48 kk:n osalta, minkä perusteella markkinaoikeus arvioinut muutoksen suuruusluokkaa ja hyväksyttävyyttä

Koskeeko 136 § myös DPS:n (EU kynnysarvon ylittävä) sisällä tehtävää EU kynnysarvon alittavaa hankintaa?

- Tulkintamme on, että kun dynaaminen hankintajärjestelmä kokonaisuudessaan ylittää EU-kynnysarvon, niin siihen sovelletaan EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevia säännöksiä myös yksittäisten, EU-kynnysarvojen alle jäävien sopimusten osalta. Eli tällöin 136 § soveltuisi.

Miten suhtaudutaan muutokseen, joka alentaa sopimuksen arvoa, esim. hyvinvointialueelle siirtyy sopimuksesta 50 %? Vaikuttaako asiaan, jos alkuperäisessä tarjouspyynnössä on ehto mahdollisuudesta sopimuksen jakautumiselle mainitsematta tarkkaa osuutta?

- Jos sopimusten laajuus ja ehdot eivät muuten muutu, vaan sopimus vain jaetaan kahteen osaan eri hankintayksiköille, tulkintamme mukaan kyseessä ei ole olennainen sopimusmuutos. Selkeintä toki, jos ehdot jo alkup. sopimuksessa.
- Jos ehdot muuten muuttuvat ja sen myötä sopimuksen arvo laskee, kyseessä on olennainen, lähtökohtaisesti kielletty muutos (myös sopimuksen arvon aleneminen on katsottu olennaiseksi muutokseksi, ks. esim. EUT C-549/14, Finn Frogne)

Lisähankintamahdollisuudesta on ilmoitettu jo tarjouspyynnössä, mutta sopimuskaudella todetaan, että hankinnan arvo ylittyy tarjouspyynnössä ilmoitetusta (yli 10 %). Katsotaanko silloin, että kyseessä on sallittu sopimusmuutos, kun siitä on ilmoitettu jo tarjouspyynnössä, vaikkakin hankinnan ennakoitu arvo ylittyy?

- Sopimuksen alkuperäisiin ehtoihin perustuvat muutokset ovat sallittuja arvosta riippumatta, kunhan muutokset perustuvat ehtoihin, jotka ovat selkeät, yksiselitteiset ja täsmälliset.
- Sopimuksen ennakoidun arvon laskennassa perusteena on käytettävä suurinta maksettavaa kokonaiskorvausta hankinnan mahdolliset vaihtoehtoiset toteuttamistavat ja hankintasopimukseen sisältyvät optio- ja pidennysehdot sekä ehdokkaille tai tarjoajille maksettavat palkkiot tai maksut huomioiden. Eli jos ehdon aiheuttamat taloudelliset vaikutukset ovat tiedossa jo hankintaa tehdessä, ne tulee huomioida ennakoidun arvon laskennassa.

Mitä tarkoitetaan sopimuskumppanin vaihtamista koskevassa poikkeuksessa "laadullisilla soveltuvuusvaatimuksilla"? Kokemusta ja koulutusta koskevia vaatimuksia? Eli uuden toimittajan ei tarvitse täyttää esim. liikevaihtovaatimusta yms. taloudellisia vaatimuksia?

- Ei määritelty tarkemmin laissa tai esitöissä
- Hankintadirektiivin 72 artiklassa edellytetään, että uuden sopimuskumppanin on täytettävä ”alun perin vahvistetut laadulliset valintaperusteet”. Direktiivin laadullisia valintaperusteita koskevassa alajaksossa on säännökset mm. poissulkemisperusteista sekä valintaperusteista (eli soveltuvuudesta)
- Tulkintamme mukaan uuden sopimuskumppanin tulee täyttää kaikki alkuperäiset soveltuvuusvaatimukset

Jos kunnat A ja B tekevät hankinnan yhdessä, mutta kunta B myöhemmin irtaantuu tästä sopimuksesta, niin voiko kunta A jatkaa "entiseen malliin". Vai onko kysymyksessä olennainen muutos?

- Hankintasopimuksen muuttamista koskevissa oikeusohjeissa ei säännöksiä muutoksista hankintayksikössä/hankintayksiköissä
- Arvioitava muutoksen vaikutukset sopimukseen tapauskohtaisesti hankinnan luonne ja toteutustapa ym. seikat huomioiden
- Jos irtautumisen mahdollisuus on ilmaistu alkuperäisissä hankinta-asiakirjoissa selkeillä, täsmällisillä ja yksiselitteisillä ehdoilla, niin silloin ainakin mahdollinen

**Missä vaiheessa voi sopimuskumppanin korvata?
Sopimuskumppani on yrityssaneerausessa (ei vielä tuomioist. päätöstä), eikä työntekijät saa enää tehdä töitä. Ei ole vielä konkurssissa, mutta työt eivät enää ole edenneet vähään aikaan.**

- Sopimuskumppanin voi 136 §:n 2 mom. 4 kohdan mukaan korvata uudella ilman uutta hankintamenettelyä esim., jos maksukyvyttömyyden tai yritysoston seurauksena alkuperäisen sopimuskumppanin asema siirtyy toiselle toimittajalle.
- Jos sopimus päätetään esim. edistymättömien töiden vuoksi, uusi sopimuskumppani on lähtökohtaisesti valittava uudella tarjouskilpailulla.

Voiko vähäinen muutos olla olennainen niin, että sopimus muuttuu edullisemmaksi toimittajalle?

- Muutos on tosiaan pääsäännön mukaan olennainen, jos sopimus muuttuu edullisemmaksi toimittajalle.
- Sinällään olennainen muutos on kuitenkin sallittu silloin, kun sen perusteena on jokin hankintalaissa mainittu poikkeus, eli esim. jos muutos on laissa tarkoitettulla tavalla vähäarvoinen.

Lasketaanko hinnanmuutos alkuperäisen sopimuksen hinnoista kun jokainen muutos käsitellään erillisinä? Tällä hetkellä esim. elintarvikkeiden hinnat muuttuvat sopimuskautena useaan kertaan

- Viitearvona käytetään tarkistettua hintaa silloin, kun sopimukseen sisältyy indeksilauseke. Jos hintoja on muutettu muista syistä, niin muutoksen arvoa verrataan alkuperäiseen sopimuksen arvoon.

Voiko ryhmittymän jäsen ottaa alihankkijan toteuttamaan vastaavaa tehtävää, ja suoritukset korvattavalle ryhmittymän jäsenelle vain lakkaavat?

- Ryhmittymän jäsenet vastaavat hankintasopimuksen velvoitteista yhteisvastuullisesti. Siten muutokset ryhmittymän jäsenissä, esim. ryhmittymän jäsenen korvaaminen alihankkijalla, eivät lähtökohtaisesti ole sallittuja (vrt. sopimuskumppanin vaihtaminen toiseen).
- Sopimuskumppanin alihankkijaa koskevat muutokset ovat kuitenkin yleensä mahdollisia ilman uutta hankintamenettelyä, mikäli muutokset eivät vaikuta hankintamenettelyssä asetettujen vaatimusten täyttymiseen tai tarjousvertailun lopputulokseen (alihankkijoiden muutokset huomioitu myös esim. JYSE-ehdoissa)