

**JULKISTEN HANKINTASOPIMUSTEN MUUTOSMAH-
DOLLISUUKSIEN SÄÄNTELY SOPIMUSKÄSITYKSEN
ILMENTÄJÄNÄ**

Maisteritutkielma
Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Varallisuusosoikeus
Ville Väkeväinen (0344 957)
2018

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta**Työn nimi:** Julkisten hankintasopimusten muutosmahdollisuuksien sääntely

sopimuskäsityksen ilmentäjänä

Tekijä: Ville Väkeväinen**Opetuskokonaisuus ja oppiaine:** Varallisuus oikeus**Työn laji:** Maisteritutkielma**Sivumäärä:** XII + 88**Vuosi:** 2018**Tiivistelmä:**

Julkisten hankintojen kohteet monimutkaistuvat jatkuvasti. Esimerkkejä tällaisista monimutkaisista julkisista hankinnoista ovat laajat tietojärjestelmähankinnat, sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen kokonaisulkoistukset sekä uusien rahoitusratkaisujen avulla toteutetut infrastruktuurihankkeet.

Yksityisellä sektorilla vastaava ydintoimintojen ulkoistaminen ulkopuoliselle tuottajalle on johtanut tarpeeseen kehittää sopimusajattelua. Sopimusajattelun kehittämiseen ovat johtaneet erityisesti pitkien ja monimutkaisten kesto- ja pitkäaikais sopimusten asettamat haasteet. Tämän kehityksen seurauksena sopimus hahmotetaan perinteisestä sopimusajattelusta poiketen. Juha Pöyhönen (nyk. Karhu) on kutsunut perinteistä sopimusmallia pistemäiseksi sopimuskäsitykseksi, jolle ovat ominaisia tarkkaan rajatut ja toisilleen vastakkaiset oikeudet ja velvollisuudet, joista on sovittu kattavasti etukäteen. Prosessimaiseksi sopimuskäsitykseksi Pöyhönen puolestaan kutsuu sopimusta, jossa sen asialliset, ajalliset ja henkilölliset elementit voivat päättyä sopimussuhteessa eri aikoina ja eri tavoilla ilman tarkkarajaisia synty- ja päättymishetkiä.

Julkisten hankintojen sopimusmuutoksia koskevien Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisujen analyysin pohjalta tutkielmassa todetaan julkisten hankintojen sopimuskäsityksen vastaavan pistemäistä sopimuskäsitystä. Julkisten hankintasopimusten sopimuskäsitys lähestyy jopa ns. täydellistä sopimusta, jollaisen laatimista oikeuskirjallisuudessa on lähtökohteisesti pidetty mahdottomana. Oikeuskäytännössä luotu sopimusmuutossääntely ja sen ilmentämä sopimuskäsitys on sittemmin siirretty sellaisenaan julkisia hankintoja sääntelevään direktiiviin 2014/24.

Hankintayksikön on haastavaa arvioida sopimusaikana tapahtuvia muutostarpeita kattavasti etukäteen. Lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö puolestaan sallivat sopimusmuutokset julkishankinnoissa sopimuskauden aikana vain tarkkaan määritellyissä tilanteissa. Tällöin hankintamennettelyistä on vaarana tulla kohtuuttoman monimutkaisia ja niiden kustannukset voivat nousta suhteettoman korkeiksi.

Näiden vaarojen välttämiseksi tutkielmassa ehdotetaan sopimusmuutossääntelyn lieventämistä erityisesti osakekaupan ja liiketoimintakaupan tällä hetkellä hyvin selkeän erottelun osalta. Lisäksi sopimusmuutossääntelyssä tulisi soveltaa suhteellisuusperiaatetta erityisesti silloin, kun sopimusyhteistyö on tarkoitus päättää osapuolten yhteisellä sopimuksella.

Avainsanat: julkiset hankinnat, varallisuusosoikeus, sopimusoikeus, laki julkisista hankinnoista

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön **X**

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi **X**

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi -
(vain Lappia koskevat)

SISÄLLYS

LÄHTEET	V
Kirjallisuus	V
Lainsäädäntö	X
Oikeustapaukset	XI
EU-tuomioistuin	XI
Julkisasiamies	XI
KKO	XI
KHO	XII
Markkinaoikeus	XII
1 JOHDANTO	1
2 SOPIMUSOIKEUDEN KANTAVAT PERIAATTEET	7
2.1 Sopimuksen käsite	7
2.2 Periaatteet sopimusoikeudessa	9
<i>2.2.1 Sopimusvapauden periaate</i>	9
<i>2.2.2 Sopimuksen sitovuuden periaate</i>	11
2.3 Tahto- ja luottamusteoria sopimusoikeudessa	12
2.4 Sopimuksen sosiaalista ulottuvuutta korostavat teoriat	14
2.5 Sopimuksen prosessikäsitys	15
2.6 Nykyisen sopimusoikeuden kehityslinjoja Thomas Wilhelmssonin mukaan	19
2.7 Suhdesopimus nykyaikaisen sopimuskäsityksen ilmentäjänä	21
2.8 Esimerkkejä sopimusmuutoksista	23
<i>2.8.1 Yksipuoliset sopimusmuutokset</i>	24
<i>2.8.2 Lakiin tai olosuhteiden muuttumiseen perustuva sopimusmuutos</i>	25
<i>2.8.3 Uudelleenneuvottelua ja taloudellista liikavaikeutta koskevat ehdot</i>	26
<i>2.8.4 Kolmannelle taholle annettu valta päättää sopimusmuutoksista</i>	27
<i>2.8.5 Sopimuksen konkludenttinen muuttaminen</i>	28
2.9 Kansainväliset ja eurooppalaiset pyrkimykset sopimusoikeuden yhdenmukaistamiseksi . 28	
3 SOPIMUSMUUTOSTEN SÄÄNTELY JULKISISSA HANKINNOISSA	32
3.1 Mikä on julkinen hankintasopimus?	32
3.2 Hankintasopimus julkis- ja yksityisoikeuden leikkauspisteessä	36
3.3 Euroopan Unionin yleiset oikeusperiaatteiden vaikutus julkisiin hankintoihin	39
3.4 Julkisten hankintojen sääntely Euroopan unionin perussopimuksissa	42
3.5 Vuoden 2014 hankintadirektiivi	44

3.6 Vuoden 2016 hankintalaki	48
3.7 Sopimusmuutoksille asetetut rajoitukset Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä	50
3.7.1 <i>Succhi di Fruta –tapaus C-496/99</i>	50
3.7.2 <i>Pressetext –tapaus C-454/06</i>	53
3.7.3 <i>Wall –tapaus C-91/08</i>	60
3.7.4 <i>Belgacom –tapaus C-221/12</i>	65
3.7.5 <i>Finn Frogne –tapaus C-549/14</i>	69
4 JULKISTEN HANKINTOJEN SOPIMUSAJATTELUN KEHITTÄMISTARPEITA	74
4.1 Julkisten hankintojen kehityssuuntia	74
4.2 Julkisten hankintasopimusten sopimusajattelun syntyhistoria	76
4.3 Julkisten hankintasopimusten ominaispiirteet	77
4.4 Julkisiin hankintasopimuksiin liittyvän sopimusajattelun kipupisteitä	79
5 LOPUKSI	84

LÄHTEET

Kirjallisuus

Arrowsmith 2014

Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. Sweet & Maxwell. London, 2014.

Bishop 1983

Bishop, William. The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance. *Journal of Legal Studies* 2/1983. Sivut 241-266.

Bovis 2012

Bovis, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. Elgar European Law. Cheltenham, 2012.

Brown 2014

Brown, Adrian. Case Comment. The application of EU Treaty principles to the grant of a service concession for the use of publicly-owned cable networks in Belgium: Case C-221/12 Belgacom. *Public Procurement Law Review* 2/2014. Sivut 46-50 osiossa News and Analysis.

Brown 2017

Brown, Adrian. Case Comment. Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 Finn Frogne A/S. *Public Procurement Law Review* 1/2017. Sivut 5-10 osiossa News and Analysis.

Castrén 2014

Castén, Martina. Hankintasopimuksen muutoksien sallittavuus. *Defensor Legis* 3/2014. Referee-artikkeli. Sivut 448-464.

Coase 1960

Coase, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 1960. Sivut 1-44.

DCFR

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).

EK:n kilpailuselvitys 2018

Elinkeinoelämän keskusliiton kilpailuselvitys. Markkinat auki. Reilua kilpailua ja yhteistyötä julkisiin palveluihin. Toukokuu 2018.

Ellickson 1989

Ellickson, Robert C. The Case for Coase and Against "Coasenism". *The Yale Law Journal* 3/1989. Sivut 611-630.

Eskola et al. 2017

Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau Tarja – Ruohoniemi, Erkko. Julkiset hankinnat. Alma Talent. Helsinki, 2017.

Eurooppa 2020

Euroopan komission tiedonanto Eurooppa 2020. Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia. Julkaistu 3.3.2010.

Halonen 2016

Halonen, Kirsi-Maria. Sovintosopimus ja sopimusmuutos julkisessa hankinnassa (C-549/14 Finn Frogne). Oikeustieto 5/2016. Kommentoituja oikeustapauksia EU-tuomioistuimesta. Sivut 4-7.

HE 247/81 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskeväksi lainsäädännöksi.

HE 218/94 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain 3. ja 4. luvun, varallisuusoi-keudellisista oikeustoimista annetun lain 36 §:n, huoneenvuokralain 5 §:n ja maanvuokralain 4 §:n muuttamisesta.

HE 108/2016 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskeväksi lainsäädännöksi.

Hemmo 2003 a

Hemmo, Mika. Sopimusoikeus I. Talentum. Helsinki, 2003.

Hemmo 2003 b

Hemmo, Mika. Sopimusoikeus II. Talentum. Helsinki, 2003.

HILMA hankintailmoitusten tilastot.

[<https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/tilastot>]. Luettu 27.4.2018

Häyhä 2004

Häyhä, Juha. Sopimusoppi ja rauenneet edellytykset. Lakimies 7-8/2004. Sivut 1437-1448.

ICC

ICC Force Majeure Clause and Hardship Clause 2003. ICC Publications 650.
[http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Force_Majeure_Hardship_Clause.pdf]
(13.4.2018)

Joutsamo 2000

Joutsamo, Kari. Funktionaalinen rakenne ja Julkiset hankinnat. Teoksessa Kari Joutsamo – Pekka Aalto – Heidi Kaila – Antti Maunu. Eurooppaoikeus. Gummerus Oy. Jyväskylä, 2000.

Kaisto 2009

Kaisto, Janne. Varallisuusoi-keus ja julkiset hankinnat. Oikeustiede – Jurisprudentia. 2009:XLII. Referee-artikkeli.

Kaisto 2015

Kaisto, Janne. Oikeustoimiopin perusteet. Helsingin seudun kauppakamari. Helsinki, 2015.

Kiiha 2002

Kiiha, Jarkko. Yritystoiminnan ulkoistaminen ja sopimusvastuu. Talentum Media Oy. Helsinki, 2002.

Koivisto 2014

Koivisto, Ida. Julkisen vallan rajoilla. Lakimies 5/2014. Sivut 675-694.

Komission vihreä kirja julkisten hankintojen uudistamisesta

Komission vihreä kirja julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita. Julkaistu 27.1.2011.

Komission vihreä kirja etenemisestä kohti eurooppalaista sopimusoikeutta

Komission vihreä kirja toimintavaihtoehtoista etenemiseksi kohti kuluttajia ja yrityksiä hyödyttävää eurooppalaista sopimusoikeutta. Julkaistu 1.7.2010.

Kronström 2017

Kronström, Sanna. Hankintapäätös ja hankintakertomus. Teoksessa Kontio, Annamari – Kronström, Sanna – Kumlin, Aarne – Mäki, Laura. Julkiset hankinnat. Edita. Helsinki, 2017.

Kuoppamäki 2012

Kuoppamäki, Petri. Uusi kilpailuoikeus. Sanoma Pro Oy. Helsinki, 2012.

Kurkela 2003

Kurkela, Matti S. Globalisoitunut sopimuskäytäntö ja sopimusoikeudelliset periaatteet. Edita Prima Oy. Helsinki, 2003.

Lielähti-Kokemäki ratahankkeen internet-sivut

Lielähti-Kokemäki ratahankkeen internet-sivut osoitteessa: [<https://www.liikennevirasto.fi/lielahti-kokemaki#.WwaCxIq-nIU>]. Luettu 24.5.2018.

Lohi 2009

Lohi, Tapani. Velvoittautumistoimet ja dispositiotoimet. Edita Publishing, Helsinki. Edilex-artikkeli, julkaistu 29.1.2009. Sivut 53-93.

Länsi-Pohjan Yhteisyritys Oy:n sopimusluonnos 19.5.2017

Sopimusluonnos saatavilla internet-osoitteessa: [http://www.lpshp.fi/media/palvelusopimus-luonnos-19-5-2017_viimeisin-versio.pdf]. Luettu 17.7.2018.

Macaulay 1963

Macaulay, Stewart. Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study. American Sociological Review 1/1963. Sivut 55-67.

MacNeil 1974

MacNeil, Ian R. The Many Futures of Contract. Southern California Law Review 1974. Sivut 691-816.

MacNeil 1978

MacNeil, Ian R. Contracts: Adjustments of Long-term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review* 1978. Sivut 854-905.

MacNeil 1981

MacNeil, Ian R. Economic Analysis of Contractual Relations. Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus". *Northwestern University Law Review* 1981. Sivut 1018-1063.

Mikkilä 2012

Mikkilä, Jaakko. Juha Karhun sopimusmallit ja ratkaisu KKO 2010:23 teoksessa *Oikeus ja kritiikki 3*. Kohteena Juha Karhun uusi varallisuus oikeus. Jaakko Mikkilä ja Tapani Lohi (toim.). Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki, 2012. Sivut 61-110.

Muukkonen 1956

Muukkonen, P. J. Sopimusvapauden käsitteestä. *Lakimies* 1956. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakausjulkaisu. Sivut 601-612.

Mäenpää 2003

Mäenpää, Olli. *Hallinto-oikeus*. WSOY. Helsinki, 2003.

Määttä 1998

Määttä, Kalle. Epätäydellinen sopimus. Teoksessa Vesa Kannianen ja Kalle Määttä (toim.) *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2*. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki, 1998.

Määttä 2012

Määttä, Tapio. Systemiajattelu uuden varallisuus oikeuden ongelmanratkaisuvoiman perustana teoksessa *Oikeus ja kritiikki 3*. Kohteena Juha Karhun uusi varallisuus oikeus. Jaakko Mikkilä ja Tapani Lohi (toim.). Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki, 2012. Sivut 113-142.

Norros 2018

Norros, Olli. *Velvoiteoikeus*. Alma Talent Oy. Helsinki, 2018.

Nystén-Haarala 1998

Nystén-Haarala, Soili. *The Long-term Contract. Contract Law and Contracting*. The Finnish Lawyers Publishing. Jyväskylä, 1998. Diss.

Nystén-Haarala 1999

Nystén-Haarala, Soili. Sopimusoikeus ja sopimusten hallinta. *Lakimies* 2/1999. Sivut 199-209.

Pohjonen 2000

Pohjonen, Soile. Pari- ja liikesuhteet. *Lakimies* 6/2000. Sivut 884-901.

Pohjonen 2017

Pohjonen, Mika. Hankintasopimuksen tekeminen. Teoksessa Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina –Ukkola, Markus. Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanoma. Helsinki, 2017.

Poulsen 2012

Poulsen, Sune Troels. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. Public Procurement Law Review 5/2012. Sivut 167-187.

Pöyhönen 1988

Pöyhönen, Juha. Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja n:o 179. Vammala, 1988. Diss.

Pöyhönen 2003

Pöyhönen, Juha. Uusi varallisuus oikeus. Talentum. Helsinki, 2003.

Raitio 2013

Raitio, Juha. Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum Media. Helsinki, 2013.

Rantatunnelin internet-sivut

Tampereen Rantatunnelin internet-sivut osoitteessa: [<https://rantatunneli.liikennevirasto.fi/>] luettu 24.5.2018

Ratkaisujen Suomi

Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015. Valtioneuvoston julkaisusarja 10/2015.

Rawls 1971

Rawls, John. A Theory of Justice. Oxford University Press. Bristol 1971.

Saarnilehto et al.

Ari Saarnilehto – Vesa Annola – Mika Hemmo – Juha Karhu – Leena Kartio – Eva Tammi-Salminen – Juha Tolonen – Jarmo Tuomisto – Mika Viljanen (toim.). Varallisuus oikeus. Sanoma Pro Oy. Helsinki, 2012.

Sandel 2012

Sandel, Michael J. Oikeudenmukaisuus. HS Kirjat. Helsinki, 2012.

Siikavirta 2015

Siikavirta, Kristian. Julkisten hankintojen perusteet. Edita Publishing. Porvoo, 2015.

Telaranta 1960

Telaranta, K. A. Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana. Vammala, 1960. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, nro 63.

Telaranta 1990

Telaranta, K. A. Sopimusoikeus. Lakimiesliiton kustannus. Vammala, 1990.

Tepora 2013

Tepora, Jarno. Rahoitusmuodot ja vakuudet. Lakimiesliiton kustannus 2013.

Tepora – Hakkola – Kaisto 2016.

Tepora, Jarno, Kaisto, Janne ja Hakkola, Esa. Esinevakuudet. Kauppakamari, 2016.

Tolonen ja Siivonen 2017

Kari Tolonen ja Eeva-Riitta Siivonen. Palvelukonsessioon sisältyvä riski toimittajan riski uusimman oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 3/2017. Sivut s. 337-352.

Tolonen 2000

Tolonen, Hannu. Varallisuusosoikeuden periaatteet. Teoksessa Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet. Ari Saarnilehto (toim.). Vantaa, 2000.

Trepte 2004

Trepte, Peter. Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation. Oxford University Press. New York, 2004.

Ukkola 2012

Ukkola, Markus. Hankintalainsäädännön käsitteet ja systematiikka Euroopan unionin sisämarkkinaoikeudessa. Lisensiaattitutkielma. Helsingin yliopisto, 2012.

Ukkola 2017

Ukkola, Markus. EU-Oikeuden yleiset oikeusperiaatteet. Kirjassa Elise Pekkala – Mika Pohjonen – Katariina Huikko – Markus Ukkola. Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanomaa. Helsinki, 2017.

Ukkola 2018

Ukkola, Markus. Julkisten hankintojen sisältövaatimuksista valittaminen. Edita Publishing. Helsinki. Edilex-artikkeli 31.1.2018. Referee –artikkeli.

Voutilainen 2017

Voutilainen, Tomi. Teoksessa Kalle Määttä ja Tomi Voutilainen. Julkisten hankintojen sääntely. Kauppakamari, 2017.

Wilhelmsson 2008

Wilhelmsson, Thomas. Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Talentum. Helsinki, 2008.

Lainsäädäntö

Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettu direktiivi 92/50/ETY.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista.

Asuinhuoneiston vuokraamisesta annettu laki (481/1995)

Avioliittolaki (234/1924)

Kauppalaki (355/1987)

Kuluttajansuojalaki (38/1978)

Laki julkisista hankinnoista (348/2007)

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)

Laki varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista (228/1929)

Liikehuoneiston vuokraamisesta annettu laki (482/1995)

Maanvuokralaki (258/1966)

Oikeustapaukset

EU-tuomioistuin

43/75 (Defrenne vs. Sabena)

C-262/88

C-331/88

C-450/93

C-13/94

C-55/94

C-137/94

C-139/95

C-409/95

C-249/96

C-81/98

C-275/98

C-324/98

C-399/98

C-469/99

C-280/00

C-231/03

C-454/06

C-91/08

C-221/12

C-161/13

C-549/14

Julkisasiamies

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-496/99

Julkisasiamies Siegbert Alberin ratkaisuehdotus asiassa C-496/99 24. lokakuuta 2002.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-454/06

Julkisasiamies Julianne Kokottin ratkaisuesitys asiassa C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH vastaan Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.

KKO

KKO 1977 II 76

KKO 2006:71

KKO 6.9.2007 nro 1857

KKO 2011:6

KKO 2016:10

KHO

KHO 2009:88

KHO 2010:20

KHO 27.1.2017/315, muu päätös

KHO 2017:179

Markkinaoikeus

MaO 125/14

MaO 421-426/14

MaO 433/15

MaO 175/16

MaO 254/17

1 JOHDANTO

Julkisiin hankintoihin kohdistuu jatkuvasti kasvavaa mielenkiintoa niin Suomessa kuin Euroopassakin. Vuonna 2013 julkisiin hankintoihin käytettiin Euroopan unionin jäsenvaltioissa rahaa noin 1786 miljardia euroa.¹ Myös Suomessa julkisen sektorin hankinnat ovat taloudellisesti merkittäviä. Pelkästään hankintalainsäädännön tarkoittamia laissa säädetyt kynnsarvot ylittäviä hankintoja tehtiin Suomessa vuonna 2015 lähes 24 miljardilla eurolla ja vuonna 2016 yli 25 miljardin euron arvosta. Kaikkiaan hankintalain tarkoittamia hankintoja ilmoitettiin HILMA-järjestelmässä vuoden 2015 aikana lähes 18 000 kappaletta ja vuonna 2016 aikana yli 17 300 kappaletta.² Kaikkiaan julkisten hankintojen arvo Suomessa on vuositasolla arvioitu olleen vuonna 2013 noin 34 miljardia euroa ja sen osuuden bruttokansantuotteesta olleen noin 18 prosenttia.³

Samalla julkiset hankinnat nähdään sekä kotimaisella että eurooppalaisella tasolla keinona edistää mitä moninaisimpia yhteiskuntapoliittisia tavoitteita. Hankintadirektiivin 2014/24 valmisteluaineistoon kuuluvassa komission vihreässä kirjassa EU:n julkisten hankintojen uudistamisesta julkisia hankintoja koskevilla säädöksillä katsottiin voitavan edistää ympäristönsuojelua, resurssi- ja materiaalitehokkuutta, torjua ilmastonmuutosta, edistää innovaatioiden syntymistä, edesauttaa sosiaalisten tavoitteiden saavuttamista sekä parantaa eurooppalaisten yritysten pääsyä kolmansien maiden markkinoille. Lisäksi hankintamenettelyjä kehittämällä voidaan vihreän kirjan mukaan vähentää korruptiota, kehittää laadukkaampia julkisia palveluita, parantaa pienten ja keskisuurten yritysten asemaa sekä edistää sisämarkkinoiden toimintaa.⁴ Pääministeri Juha Sipilän keväällä 2015 asetetun hallituksen ohjelmassa hankintalainsäädännön uudistaminen mainitaan välineenä muun muassa hyvinvoinnin tukemiseen, suomalaisen ruuan osuuden lisäämiseen julkisissa hankinnoissa sekä vapaan kilpailun ja pk-yrityksyyden edistämiseen. Myös innovatiivisten hankintojen osuudelle julkisista hankinnoista on ohjelmassa asetettu oma tavoitteensa.⁵

¹ HE 108/2016 vp, s. 5.

² HILMA -järjestelmän tilastot vuosilta 2015 ja 2016.

³ HE 108/2016 vp, s. 5.

⁴ Komission vihreä kirja julkisten hankintojen uudistamisesta, s. 3-4.

⁵ Ratkaisujen Suomi, s. 11, 14-15, 20, 25 ja 27.

Samalla julkisten hankintojen kohteet ja hankintamenettelyt ovat muuttuneet jatkuvasti monimutkaisemmiksi. Hankintalainsäädännön uudistamista koskevan hallituksen esityksen yleisperusteluissa todetaankin, että yhä harvemmin on käsillä tilanne, jossa hankintayksikkö ostaa markkinoilta selkeästi etukäteen määritettävissä olevan tuotteen yhdeltä tarjouskilpailun kautta valikoituneelta toimittajalta. Esityksessä myönnetään, että nykyään tehtävät julkiset hankinnat muodostuvat järjestelyistä, joissa hankkijoita tai rahoittajia on useita, hankinnan kohdetta on haastavaa määritellä etukäteen ja sopimusosapuolina on useita eri yksityis- tai julkisoikeudellisia toimijoita.⁶

Yhtenä esimerkkinä tällaisista monimutkaistuvista julkisista hankinnoista ovat esimerkiksi erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollossa tehdyt kokonaisulkoistukset, joissa yksityinen yritys siirtyy vastaamaan esimerkiksi tietyn terveystaseman, sairaalan tai jopa kokonaisten kuntien palvelutuotannosta. Laajimmilleen tämän kaltainen ulkoistaminen on viety 2017 vuoden lopulla päätetyssä Länsi-Pohjan sairaanhoitopiirin yhteisyrityssopimuksessa, jossa koko sairaanhoitopiirin sekä merkittävä osa sen jäsenkuntien sosiaali- ja terveystalvituista siirtyi Mehiläinen Oy:n muodostaman ryhmittymän ja sairaanhoitopiirin omistaman yhteisyrityksen vastuulle. Vuosien 2018-2032 väliselle ajalle solmitun sopimuksen arvo vuositasolla on n. 74 miljoonaa euroa, joten koko sopimuksen arvo on miljardiluokkaa.⁷

Julkisten hankintojen kohteiden jatkuvaan monimutkaistumiseen törmätään myös esimerkiksi erilaisissa järjestelmäkehityshankinnoissa, joista merkittävin kotimainen esimerkki on Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirissä suoritettu Apotti-tietojärjestelmähanke. Apotti-järjestelmän hinnaksi markkinaoikeus on arvioinut hankintayksikön ilmoituksen pohjalta noin 430 miljoonaa euroa. Hankintamenettelyn monimutkaisuutta ja tarjoajien intressin suuruutta kyseisessä hankinnassa kuvaa hyvin se, että markkinaoikeus on käsitellyt kyseistä hankintaa kymmenessä eri päätöksessään, joista Korkein hallinto-oikeus on lisäksi antanut yhden päätöksen.⁸ Lisäksi on syytä mainita erilaisten julkisten rakennushankkeiden monimutkaistuminen erityisesti erilaisten uusien rahoitusratkaisujen käyttämisen seurauksena. Kotimaisia esimerkkejä julkisten rakennushankkeiden monipuolistuneista rahoitusratkaisuista ovat Lielähti-Kokemäki -ratahanke⁹ ja Tampereen rantatunneli-hanke¹⁰.

⁶ HE 108/2016 vp, s. 15.

⁷ Länsi-Pohjan Yhteisyritys Oy:n sopimusluonnos 19.5.2017, s. 13 ja 15.

⁸ Markkinaoikeuden päätökset MaO 125/14 MaO 421-426/14, MaO 433/15, MaO 175/16, MaO 254/17 ja Korkeimman hallinto-oikeuden päätös KHO 2017:179.

⁹ Lielähti-Kokemäki ratahanke internet-sivut.

¹⁰ Rantatunnelin internet-sivut

Yksityisellä sektorilla kehitys, jossa yrityksen aiemmin itse hoitama toiminto siirretään toisen, ulkopuolisen yrityksen hoidettavaksi, eli ulkoistetaan, on alkanut 1980-luvun lopulla. Ensimmäinen merkittävä liiketoimintasopimus, jossa käytettiin outsourcing- eli ulkoistaminen -termiä, oli Eastman Kodakin atk-osaston siirtäminen IBM:n ja DEC:n hoidettavaksi vuonna 1989. Tämän jälkeen 90-luvulta alkaen ulkoistaminen on yritysmaailmassa laajennut jatkuvasti uusille alueille.¹¹

Yksityisellä sektorilla laajeneva pyrkimys ulkoistaa jopa yrityksen ydintoimintoihin kuuluvia toimintoja on samalla johtanut tarpeeseen kehittää sopimusajattelua. Ulkoistamissopimukset ovat synnyttäneet uudenlaisen, monimutkaisten kestopimusten sopimustyyppin, jossa muun muassa sopimuksen syntyminen, mahdollisuudet sopimuksen muuttamiseen sopimussuhteen aikana ja sopimusvastuut sekä sopijaosapuolta että kolmatta osapuolta kohtaan hahmotetaan perinteisestä sopimusoikeudellisesta ajattelusta poiketen. Tämän vuoksi sopimusajattelu yksityisten välisissä sopimuksissa on kehittynyt suuntaan, joka paremmin kykenee huomioimaan taloudellisessa toimintaympäristössä ja sopimuskohteissa tapahtuneet muutokset.¹²

Tässä tutkielmassa perinteisenä sopimusoikeuden mallina ja -ajatteluna pidetään sitä, mitä Juha Pöyhönen (nyk. Karhu) väitöskirjassaan Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu kutsuu pistemäiseksi sopimusmalliksi. Tälle sopimusmallille ominaisia ovat tarkkaan rajatut, toisilleen vastakkaiset sopimussuhteen oikeudet ja velvollisuudet, sopimussuhteen tarkka sekä ajallinen että asiallinen rajautuminen ja kunkin sopimuksen hahmottaminen omana kokonaisuutenaan osapuolten mahdollisesta aiemmasta sopimushistoriasta riippumatta. Uutena sopimusmallina tässä tutkielmassa puolestaan pidetään niitä sopimusmalleja, jotka Pöyhönen ryhmittelee sopimuksen prosessimallin käsitteen alle. Prosessimallille ominaista on tarkastella sopimussuhdetta asiallisen, ajallisen ja henkilöllisen ulottuvuuden kautta siten, että nämä elementit kehittyvät ja päättyvät sopimussuhteessa eri aikoina ja eri tavoilla ilman tarkkarajaisia synty- tai päättymishetkiä.¹³

Samankaltaisia jäsenyyksiä perinteisen ja uuden sopimusajattelun mukaisesta sopimuskäsityksestä on esittänyt tutkimuksissaan myös muun muassa Thomas Wilhelmsson kuvatessaan sopimusoikeuden kehitystä viidellä vastinparilla, jotka ovat: sisältöneutraalisuus – sisällöllisyys,

¹¹ Kiiha 2002, s. 1, 5-6.

¹² Kiiha 2002, s. 14-15.

¹³ Pöyhönen 2003, s. 145.

staattisuus – dynaamisuus, vastakkainasettelu – yhteistoiminta, atomistisuus – kollektiivisuus sekä abstraktisuus – henkilösidonaisuus. Vastinpareista ensimmäisen osan Wilhelmsson katsoo kuvaavan perinteistä ajattelua ja jälkimmäisen osan puolestaan sopimusoikeuden nykyistä kehityssuuntaa. Perinteisen irtaimen kaupan rakentuvan jäsenystavan soveltamista pitkäkestoisiin liike-elämän sopimuksiin on problematisoinut myös Soili Nystén-Haarala omissa tutkimuksissaan. Vastaavan kaltaisia jäsenyksiä nykyaikaisten monimutkaisten ja syvään yhteistyöhön tähtäävien sopimusten olemuksesta on esitetty myös tutkimussuuntauksessa, jossa nykyaikaisia sopimuksia luonnehditaan suhdesopimuksiksi.¹⁴

Tutkielmani tutkimuskysymys on, millainen on julkisten hankintasopimusten sopimusajattelu, joka on löydettävissä sopimusmuutoksia koskevista ennakkoratkaisuista ja lainsäädännöstä. Tutkimuskysymys on merkittävä, koska yksityisten yritysten välisistä sopimussuhteiden monimutkaistumiseen on reagoitu sopimusajattelua kehittämällä, on tärkeää analysoida, miten julkisiin hankintoihin liittyvä sopimusajattelu on kyennyt vastaamaan vastaavaan kehitykseen julkisen sektorin hankinnoissa. Julkisiin hankintoihin liittyvän sopimusajattelun selvittämiseksi analysoin tutkielmassani hankintasopimusten muutoksille asetettuja rajoituksia, jotka seuraavat unionin hankintalainsäädännöstä ja toisaalta erityisesti Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Näin syntyneitä kuvia julkisten hankintasopimusten sopimusajattelusta verrataan Pöyhösen ja Wilhelmssonin esittämiin sopimusmalleihin sekä niin sanottuun suhdesopimusmalliin sen selvittämiseksi, millaiseksi julkisten hankintasopimusten sopimusajattelua voidaan oikeudellisesti luonnehtia.

Hankintalainsäädäntö on luonteeltaan menettelytapalainsäädäntöä, joka rajoittaa perinteistä sopimusvapauden alaa erityisesti sopimuskumppanin valinnan ja muotovapauden osalta. Sen sijaan sopimuksen sisältöön liittyviin kysymyksiin sovelletaan lähtökohtaisesti yleisiä sopimus-oikeudellisia periaatteita, jos lainsäädännössä ei ole joiltain osin poikettu tästä pääsäännöstä. Rajaan tarkasteluni tämän vuoksi erityisesti sopimusmuutoksia koskeviin säädöksiin ja ennakkoratkaisuihin, koska niillä on kiinteä yhteys sopimuksen sisältöön, ja niissä laajemman sopimusvapauden vuoksi tutkimustulokset ovat paremmin vertailukelpoisia yksityisten yritysten keskenään tekemiin ulkoistamissopimuksiin, joissa sopimusvapaus muodostaa edelleen vahvan pääsäännön.

¹⁴ Wilhelmsson 2008, s. 7-15. Lyhyt esitys Soili Hysten-Haaralan väitöstutkimuksesta on Nystén-Haaralan artikkeli Lakimies-lehdessä, Nystén-Haarala 1999. Suhdesopimuksista tiivistetysti esimerkiksi Kiiha 2002, s. 27-38.

Tutkielman keskeisinä lähteinä ovat toisaalta voimassaolevan oikeuden, erityisesti Euroopan Unionin julkisia hankintoja koskevat normit ja Unionin tuomioistuimen sopimusmuutoskysymyksissä antamat ennakkoratkaisut. Koska työ keskittyy voimassaolevan oikeuden tulkitsemiseen analysoimalla lainsäädäntöä ja ennakkoratkaisuja, tutkielman metodina on lainopillinen eli niin sanottu oikeusdogmaattinen metodi.

Tutkielma rakentuu siten, että toisessa pääluvussa määrittelen ensin sopimuksen käsitteen ja sopimusoikeudelliset kantavat periaatteet. Tämän jälkeen toisessa pääluvussa luon katsauksen sopimusoikeudellisiin malleihin keskittyen erityisesti uudempaan sopimusajatteluun, jossa sopimus jäsenetään kehittyvänä prosessina solmimisensa jälkeen staattisena olemassa olevan oikeussuhteen sijasta. Tältä osin keskityn tutkielmassani tarkastelemaan erityisesti Juha Pöyhösen väitöskirjassa vuodelta 1988 esittämään sopimuksen prosessikäsitystä. Lisäksi tutkielman toisessa pääluvussa tarkastelen yksityisten oikeussubjektien välisissä sopimuksissa käytettyjä tyypillisiä sopimusmuutoslausekkeita ja –ehtoja, joilla olosuhteiden muutoksiin pyritään niissä varatutumaan. Toinen pääluku päättyy lyhyeen katsaukseen sopimusmuutosten käsittelyyn yleiseurooppalaisessa sopimusoikeudessa.

Tutkielman kolmannessa pääluvussa käsittelen julkista hankintasopimusta sopimuksen erityistyyppinä, erityisen sopimusoikeuden alana. Määrittelen luvussa ensin julkinen hankintasopimuksen sellaisena, kuin se ymmärretään julkisia hankintoja säätelevässä lainsäädännössä. Tämän jälkeen tarkastelen tutkielmassani lyhyesti julkisen hankinnan sijoittumista julkisoikeuden ja yksityisoikeuden leikkauspisteeseen. Tämän jälkeen etenen tarkastelussani niihin Euroopan Unionin oikeuden yleisperiaatteisiin, joilla on vaikutusta julkisten hankintojen sääntelyyn. Yleisperiaatteista tarkasteluni etenee perussopimusten kautta hankintadirektiivin sisältämän sääntelyn analyysiin sopimusmuutosten osalta. Euroopan unionin lainsäädännön jälkeen luon lyhyen katsauksen siihen, kuinka Unionin oikeus on implementoitu julkisia hankintoja koskevien sopimusmuutosten osalta kansalliseen lainsäädäntöömme. Viimeisenä analysoin tutkielmani kolmannessa luvussa laajasti ne Euroopan Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisut, joissa sopimusmuutoksiin on otettu kantaa.

Tutkielmani neljännessä luvussa teen yhteenvedon toisessa ja kolmannessa luvussa tehdyistä havainnoista. Neljännen luvun ensimmäisessä alaluvussa esitän käsitykseni niistä kehityssuunnista, joihin julkiset hankinnat yhä enenevässä määrin ovat siirtymässä, sekä niistä haasteista,

joita tähän kehitykseen liittyy. Toisessa alaluvussa teen katsauksen julkisten hankintasopimusten sopimujattelu taustalla vaikuttavasta historiasta ja hankintasääntelyn tavoitteista. Neljännen luvun kolmannessa alaluvussa teen toisen ja kolmannen pääluvun perusteella johtopäätökset julkisten hankintojen sopimuskäsityksestä vertaamalla yksityisten oikeussubjektien keskenään tekemiä sopimuksia ja niihin liittyvää sopimujattelu julkisiin hankintamenettelyihin liittyvään sopimujatteluun, joka on todennettavissa lainsäädännön ja ennakkoratkaisujen pohjalta. Neljännen pääluvun viimeisessä alaluvussa esitän huomioita niistä ongelmista, joihin edellisessä alaluvussa esitetty julkisten hankintojen sopimujattelu johtaa. Lisäksi teen alaluvussa lege ferenda –tyyppisiä ehdotuksia ongelmien ratkaisemiseksi.

2 SOPIMUSOIKEUDEN KANTAVAT PERIAATTEET

2.1 Sopimuksen käsite

Sopimusta oikeustieteellisenä käsitteenä voidaan luonnehtia useilla eri tavoilla. Erilaisten sopimustyyppien runsaudesta johtuen tyhjentävää määritelmää sopimuksen käsitteelle on vaikeaa antaa. Sopimuksen käsitettä on lähestytty oikeustieteellisessä tutkimuksessa esimerkiksi tarkastelemalla sopimuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun keskinäisiä suhteita. Yleistäen sopimusta voidaan pitää vähintään kahden toisiaan edellyttävän oikeustoimen yhdistelmänä¹⁵ tai toisaalta sopimusta ja oikeustoimea voidaan käyttää jopa synonyymeinä toisilleen¹⁶.

Eräänlaisessa sopimuksen perusmallissa, jonka esimerkiksi oikeustoimilaki (229/1929) tuntee, sopimuksen synnyttävät kaksi toisiinsa liittyvää oikeustoimea, tarjous ja siihen annettu hyväksyvä vastaus. Antamallaan tarjouksella tarjoaja velvoittautuu toimimaan tarjouksessaan erittelellään tavalla tarjouksen hyväksyntyä osapuolta kohtaan. Yksinkertaisimmillaan tarjous voi olla esimerkiksi henkilön A lupaus maksaa 1000 euroa tarjouksen hyväksyneelle osapuolelle B jostakin määrätystä irtaimesta esineestä. Mikäli B hyväksyy tarjouksen, sen antaja A luovuttaa mainitun rahasumman B:lle ja puolestaan luovuttaa tarjouksessa tarkoitettua irtaimen esineen A:lle. Toisaalta on mahdollista, ja usein tavallista, että A:n vaikkapa kirjallisella asiakirjalla antama tarjous sisältää useita erilaisia ehtoja. Ehdoissa A velvoittautuu toimimaan tietyllä tavalla, jos B puolestaan velvoittautuu A:ta kohtaan vaikkapa luovutukseen, panttaukseen ja vapauttamaan tämän aiemmasta velasta. Tällöin B:n hyväksyvä vastaus merkitsee sitoutumista useisiin erilaisiin disponointeihin.¹⁷

Sopimuksen käsitettä kaikessa sen moninaisuudessa ei kuitenkaan voida tyydyttävällä tavalla luonnehtia vain tämän tarjous-vastaus –mallin kautta. Sopimuksen voidaan katsoa syntyvän pätevästi myös osapuolten tosiasiallisen toiminnan kautta, hiljaisesti eli ns. konkludenttisesti. Joissakin tapauksissa sitoumuksen antaneita osapuolia puolestaan on useita, jolloin sopimusta voidaan luonnehtia tosiasioiden kokonaisuudeksi, jonka perusteella sidonnaisuus on syntynyt kahden tai useamman henkilön välille. Joissain tapauksissa pätevä sopimus voi syntyä jopa toisen osapuolen passiivisuuden kautta.¹⁸

¹⁵ Lohi 2009, s. 59, Kaisto 2015, s. 25 ja Saarnilehto et al. 2012, s. 309.

¹⁶ Pöyhönen 2003, s. 1 ja Hemmo 2003 a, s. 11. Hemmo käyttää oikeustointa ja sopimusta jopa synonyymeina toisilleen, eikä pidä niiden välisen erottelun tekemistä kovinkaan merkittävänä, Hemmo 2003 a, s. 11.

¹⁷ Kaisto 2015, s. 327 ja Lohi 2009, s. 60-61.

¹⁸ Näin esimerkiksi Saarnilehto et al. 2012, s. 309-310.

Sopimuksen käsitteeseen liitetään erityisesti arkisissa puhetilanteissa, mutta joissain tapauksissa jopa lakitekstissä sopimusoikeuden näkökulmasta virheellisiä käsityksiä. Sopimus voidaan samaistaa allekirjoitettuun asiakirjaan, joka sisältää esimerkiksi ehtoja, joissa määritellään, mitä tehty sopimus koskee, ketkä ovat sen osapuolia, millaisia velvollisuuksia ja oikeuksia siihen kuuluu ja milloin sopimus päättyy tai miten se on irtisanottavissa.¹⁹ Kuten edellä on käynyt ilmi, sopimuksen syntyminen ei laissa säädetyjä poikkeuksia lukuun ottamatta edellytä kirjallista muotoa²⁰, vaan pätevä sopimus voi syntyä suullisesti tai esimerkiksi osapuolten tosiasiallisen toiminnan välityksellä. Sopimuksen samaistaminen kirjalliseen dokumenttiin jättää huomiotta myös sen tosiasian, että sopijaosapuoli voi täyttää esimerkiksi oman tiedonantovelvollisuutensa suullisestikin annetuilla tiedoilla sopimuskohteesta. Tämän velvollisuuden täyttämällä puolestaan on sopimukseen liittyviä vaikutuksia, esimerkiksi vahingonkorvausvelvollisuuden näkökulmasta. Sanottu ei tietenkään tee tyhjäksi sitä, että sopimusasiakirjalla on usein merkittävä rooli todisteena riitatilanteissa. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että sopimus itse pitäisi samaistaa sopimusasiakirjaan. Esimerkiksi sopimusasiakirjan katoamisesta ei seuraa sen pätemättömyys, vaikka todistelu voikin tällöin vaikeutua.²¹

Nykyaikaisen sopimuskäsityksenä näkökulmasta virheellisenä käsityksenä on pidettävä myös sitä aiemmin vahvasti vallinnutta periaatetta, jonka mukaan pätevä sopimus edellyttäisi osapuolilta nimenomaista tahtoa sopimuksen tekemiseen ja tämän tahdon yksiselitteistä ilmaisemista. Kuten edellä on mainittu, myös osapuolten passiivisuus²² tai yhteisellä toiminnan kautta annettu hiljainen hyväksyntä voi synnyttää pätevän sopimuksen ilman nimenomaista, yksiselitteistä tahdonilmaisua. Yksiselitteisen tahdonilmaisun merkitys sopimuksen syntymisen edellytyksenä on kyseenalaista esimerkiksi niissä tapauksissa, joissa tarjoukseen annettu vastaus ei olekaan perusmuotoinen hyväksyvä vastaus, vaan sisältää jonkin tarjoukseen nähden poikkeavan ehdon. Mikäli tarjoaja ei reagoi tähän muutokseen, hän voi tulla sidotuksi tähän tarjouksestaan poikkeavaan sopimusehtoon.²³ Sama koskee myös tilanteita, joissa molemmat sopijaosapuolet käyttävät sopimuksessa omia, keskenään ristiriitaisia vakiosopimusehtoja²⁴. Huomionarvoista on myös se, että oikeustoimilain 1.2 §:n mukaan lukua sovelletaan vain, mikäli tarjouksesta, vastauksesta, kauppa- tai muusta tavasta ei muuta johdu.

¹⁹ Sopimus -sanatulkinnasta mm. Saarnilehto et al. 2012, s. 310.

²⁰ Poikkeuksena tästä pääsäännöstä on muun muassa maakaaren pakottava säännös kiinteistökaupan kirjallisesta muodosta, MK 2:1.1.

²¹ Hemmo 2003 a, s. 12.

²² Kaisto 2015, s. 155-156, Hemmo 2003 a, s. 13.

²³ Hemmo 2003 a, s. 118-119, Kaisto 2015, s. 364-368.

²⁴ Hemmo 2003 a, s. 171-172, Kaisto 2015, s. 428-429.

Tämän tutkielman aiheen kannalta sopimuksen ja toisaalta oikeustoimen välisen erottelun syvällinen pohtiminen tässä yhteydessä ei ole tarpeellista. Hankintalainsäädännöstä ilmenevä lähtökohtana on, että julkinen hankintasopimus on tehty kirjallisesti (hankintalaki 4 § 1 mom 1-kohta). Toisaalta hankintalainsäädäntö edellyttää, että ainakin laissa määrättyjen kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta hankinnat on suoritettu tiettyjä, tarkastikin määriteltyjä menetteilyjä käyttäen. Voidaan siis perustellusti todeta, että julkinen hankintasopimus edellyttää syntyäkseen lukuisia toisiaan seuraavia, moniin muihin hankintoihin verrattuna erittäin tarkasti säänneltyjä ja yleisesti ottaen tarkasti dokumentoituja oikeustoimia. Merkille pantavaa on myös se, että tämän tutkielman kolmannessa luvussa käsiteltävistä ennakkoratkaisuista ilmenee, kuinka julkisia hankintoja koskevissa oikeustapauksissa kiistakysymykset liittyvät ennen kaikkea tehdyn sopimuksen sisältöön, tuon sisällön tulkintaan sekä kysymyksen siitä, onko tuolla sopimuksella loukattu kolmannen osapuolen oikeuksia. Oikeustoimiopilliset kysymykset sopimuksen pätevydestä tai pätemättömyydestä sinänsä eivät ole olleet esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen tai edes kansallisessa hankinta-asioita käsittelevässä tuomioistuimessa, markkinaoikeudessa oikeusriidan kohteina.²⁵

2.2 Periaatteet sopimusoikeudessa

2.2.1 Sopimusvapauden periaate

Sopimusoikeuden yhtenä perustavanluonteisen periaatteena on pidetty sopimusvapauden periaatetta.²⁶ Ensimmäiset viittaukset sopimusvapauteen sisältyivät jo roomalaiseen oikeuteen, mutta varsinaisesti ajatus nykymuodossaan on peräisin 1600-luvulta, jolloin sillä oli voimakas luonnonoikeudellinen tausta. 1800-luvun klassisessa englantilaisessa varallisuus-oikeudessa korostettiin voimakkaasti sopimusten sitovuuden periaatetta yhdessä sopimusvapauden periaatteen kanssa. Jokainen oikeussubjekti vastasi tekemistään vapaaehtoisista sitoumuksista. Yhteiskunnan puuttuminen vapaasti tehtyjen sopimusten sisältöön esimerkiksi kohtuullistamisen kautta ei ollut soveliaista. Sopimusten osapuolet tiesivät itse parhaiten, millaiseen sopimukseen olivat sitoutuneet, eikä valtion tullut puuttua näihin sitoumuksiin muutoin kuin varmistamalla, että sopimusta noudatettiin täsmällisesti. Yleistäen voidaan todeta, että sopimusvapauden ajatuksen

²⁵ Hankintalain mukaiseen julkiseen hankintaan liittyviä oikeustoimia ja niiden vaikutusta hankintasopimuksen pätemättömyyteen on käsitelty yksityiskohtaisesti Kaisto 2008, s. 170-183.

²⁶ Hemmo 2003 a, s. 69-70 ja tässä viitatus lähteet.

taustalla on käsitys oikeussubjektin kyvystä vapaaseen tahdonmuodostukseen ja tämän tahdon käyttämisestä.²⁷

Sopimusvapaus on perinteisesti jaettu Muukkosen tutkimuksiin perustuen kuuteen eri elementtiin: 1) päätäntävapauteen, 2) vapauteen valita sopimus Kumppani, 3) tyyppivapauteen, 4) sisältövapauteen, 5) muotovapauteen ja 6) purkuvapauteen.²⁸ Hemmo on jaotellut kuusi sopimusoidellista perusvapautta uudelleen siten, että hän erottaa purkuvapauden muista vapauksista ja jakaa viisi muuta vapautta oikeuksiksi päättää tehdäänkö sopimusta, kenen kanssa sopimus tehdään ja minkä muotoisena sopimus tehdään (tyyppi-, sisältö- ja muotovapaus). Sopimuksen päättämisoikeutta Hemmo pitää eritasoisena oikeutena sen vuoksi, että siinä kyse toimenpiteestä, joka johtuu vastapuolen sopimusrikkomuksesta, sillä pyritään jo päätetyn sopimuksen mukaisten oikeuksien toteuttamiseen tai sillä pyritään minimoimaan sopimussuhteen jatkumisesta aiheutuvaa vahinkoa. Vaihtoehtoisesti sillä voidaan pyrkiä painostamaan myös sopimus Kumppania tilanteessa, jossa sopimuksen jatkamista entisillä ehdoilla ei pidetä enää järkevänä.²⁹

Sopimusoiden kehitys on kulkenut kohti rajoitetumpaa sopimusvapauden aluetta. Viime vuosikymmeninä on enenevässä määrin katsottu tarpeelliseksi rajoittaa sopimusvapautta eri tavoin. Esimerkkejä tällaisista sopimustyypeistä ovat esimerkiksi monet kuluttajakaupassa tehtävät sopimukset, joissa sopimusvapautta on joiltakin osin rajoitettu kuluttajansuojalain (38/1978) säädöksillä heikomman osapuolen, yksityisen kuluttajan suojaksi. Toisaalta vastavia rajoituksia sisältyy myös tämän tutkielman kohteena olevaan hankintalainsäädäntöön, jossa sopimusmuutoksien mahdollisuutta on rajoitettu sopimusvapauden osalta merkittävästi kolmannen osapuolen, kilpailevien tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien suojaamiseksi myöhemmin tässä tutkielmassa tarkemmin esiteltävillä tavoilla.³⁰

Erään merkittävän poikkeuksen sopimusvapauden pääsääntöön erityisesti päätäntävapauden ja sopijakumppanin valintaan liittyvä vapauden osalta muodostaa sopimuspakko. Sopimuspakko on tila, jossa osapuolen on tehtävä sopimus jokaisen sitä haluavan kanssa, jollei sopimukseen liity sellaisia erityisiä riskejä, jotka estävät sopimuksen solmimisen. Sopimuspakko rajoittaa

²⁷ Tolonen 2000, s. 27-28 ja 81.

²⁸ Muukkonen 1956, s. 607-608.

²⁹ Hemmo 2003 a, s. 76.

³⁰ Hemmo 2003 a, s. 77.

myös mahdollisuutta irtisanoa sopimus. Sopimuspakko liittyy yleensä tilanteisiin, jossa sopimusosapuolella on toimialallaan monopoli tai siihen verrattava asema. Usein sopimuspakon alaiset palvelut ovat julkisia palveluja, välttämättömyyspalveluita tai palveluja, jotka mielletään tällaisiksi. Esimerkkejä tällaisista palveluista ovat esimerkiksi sähköjakelu, viestintäverkkojen käyttö ja kunnallistekniset palvelut, kuten vesi- ja viemäriverkostoon liittyminen ja niiden käyttö.³¹

2.2.2 Sopimuksen sitovuuden periaate

Toisena vahvana sopimusoikeudellisena pääsääntönä on pidetty *pacta sunt servanda* –periaatetta. Sopimuksen sitovuuden periaate muodostaa vastinparin sopimusvapauden periaatteelle. Sopimuksen sitovuus antaa sopijaosapuolille mahdollisuuden ennakoida toisen osapuolen toimintaa sopimussuhteessa. Sitovuudesta seuraa, että osapuoli voi siihen perustuen vaatia virheellisen, puutteellisen tai viivästyneen suorituksen täyttämistä uudella suorituksella tai sen korvaamista hinnanalennuksella sekä sen ohella tai sijasta aiheutuneiden vahinkojen korvaamista viimekädessä tuomioistuimessa nostetulla kanteella.³²

Periaatteen on katsottu suojaavan erityisesti heikompaan sopijaosapuolta vahvemman osapuolen yksipuolisilta muutosvaatimuksilta. Sopimuksen lähtökohtainen sitovuus suojaaa osapuolia toisen osapuolen yksipuolisilta pyrkimyksiltä muuttaa sopimusta haluamallaan tavalla. Sopimuksen vapaa muutettavuus johtaisi tilanteeseen, jossa osapuolet voisivat yksipuolisilla ilmoituksilla päättää niistä sopimusehdoista, joihin ne haluavat sitoutua, ja muotoilla tätä kautta sopimuksesta sellaisen kuin haluavat. Lopputulosta ei luultavimmin voitaisi hyvällä tahdollakaan kuvata sopimukseksi, vaan lähinnä sarjaksi yksipuolisia ja oikeudellisesti merkityksettömiä tahdonilmaisuja.³³

Sopimuksen sitovuudesta voidaan kuitenkin yleisessä sopimusoikeudellisessa järjestelmässä poiketa joissakin tilanteissa. Yleisin tilanteista, joissa sopimusta voidaan yksipuolisella tahdonilmaisulla muuttaa, on tilanne, jossa alkuperäisessä sopimuksessa on ollut tätä koskeva ehto. Ääritilanteessa muutosehto voisi koskea jopa sopimusta kokonaisuudessaan, jolloin lähestytään voimakkaasti edellä kuvattua sitomatonta sopimusta, jossa osapuolet voivat vapaasti muokata sitoumuksiaan haluamallaan tavalla. Tällaisen muutosehdon osalta arvioitavaksi nousee ehdon

³¹ Hemmo 2003 a, s. 77-80 ja 84-85.

³² Saarnilehto et al. 2012, s. 82.

³³ Hemmo 2003 b, s. 6-7.

kohtuuttomuus esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:n tai kuluttajansuojalain 4. luvun säädösten perusteella. Oikeustoimilain muuttamisesta annetun hallituksen esityksen yleisperusteluissa esimerkkeinä sopimusehdoista, joita aina pidetään lähtökohtaisesti kohtuuttomina, ovat erityisesti ehdot, joissa toiselle osapuolelle yksin annetaan valta päättää erilaisista sopimukseen kohdistuvista muutoksista. Esimerkkeinä tällaisista ehdoista hallituksen esityksessä mainitaan osajan sitominen tarjoukseen rajoittamattomaksi ajaksi, hinnankorotusehto, jonka toteutumisesta toinen osapuoli yksin päättää sekä luotonantajan oikeus yksinään päättää, onko asetettu vakuus riittävä. Kuluttajansuojalain 4. luvun muuttamista koskeneessa hallituksen esityksessä yksipuolinen ja rajoittamaton oikeus muuttaa sopimusehtoja on mainittu eksplisiittisesti kohtuuttomana ehtona.³⁴

2.3 Tahto- ja luottamusteoria sopimusoikeudessa

Sopimusoikeudellisia teorioita on eri aikakausina johdettu erilaisista päämääristä, tavoitteista ja markkinaolosuhteista käsin. Niillä on pyritty suojaamaan toisaalta vaihdannan varmuutta ja toisaalta sen sujuvuutta. Toinen klassisista 1800-luvulla syntyneistä sopimusmalleista on niin sanottu tahtoteoria tai –malli. Tämän mallin yksi merkittävä kehittäjänä oli Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), joka korosti kirjoituksissaan vapaan tahdon aikaansaamaa tahtoa sitoutua ja sen ilmaisemista sopimuskumppanille sopimuksen perustana.³⁵

Savignyn ajattelussa sopimusvastuun syntyperustana on oikeussubjektin todellinen tahto ja tästä tahdosta seuraava tahdonilmaus. Teoriassa sopimuksen sitovuus on seurausta vapaan tahdon käyttämisestä aiheutuneesta vastuusta. Sopimuksen syntyminen ja sen sisältö määräytyvät vapaiden tahtojen saavuttaman kompromissin kautta. Malli korostaakin voimakkaasti yksityisautonomian merkitystä tahdonvapauden ohella sopimussuhteen syntymisessä.³⁶

Malli edellytti kahden vapaan tahdon kohtaamista, mikä johti teoriassa systeemisissäisiin ongelmiin. Jos nimittäin tahdonilmaisuun liittyvän erehdyksen johdosta katsottaisiinkin toisen sopijaosapuolen tahtoneen jotain muuta, kuin mitä hän ilmaisi, lopputuloksena olisi tilanne, jossa sopimus perustuisi yhden oikeussubjektin vapaaseen ja ilmaistuun tahtoon³⁷. Tämän ajatuksen

³⁴ HE 247/81 vp., s. 15 ja HE 218/94 vp., s. 12-13. Kts. myös Hemmo 2003 b, s. 13-15.

³⁵ Pöyhönen 1988, s. 120-121.

³⁶ Telaranta 1960, s. 50-51.

³⁷ Telaranta 1990, s. 91.

seurauksena syntyi ongelmia sopimussitovuuden periaatteen suhteen. Millä edellytyksillä sopimuksesta voitiin vapautua, jos esimerkiksi tehty kauppa ei ollutkaan sitä, mitä osapuoli oli halunnut? Tämän vuoksi sitoumuksesta voitiin Savignyn mukaan vetäytyä vain, jos erehdys oli olennainen ja se koski sopimuksen kohdetta.³⁸ Tällaisia olennaisia erehdyksiä Savignyn mukaan olivat esimerkiksi erehtyminen oikeustoimen toisesta osapuolesta tai siitä, oliko oikeustoimessa kyseessä lahja vai laina. Sen sijaan erehtyminen esimerkiksi täyskultaisen tai kullatun esineen välillä ei ollut olennainen erehdys. Haastaviin tilanteisiin mallin sisäinen logiikka joutui myös silloin, jos molemmat sopijaosapuolet olivat kuvitelleet eli tahtoneet sopia jostakin muusta, kuin mistä he tosiasiaassa olivat sopineet.³⁹

Ilmeisistä ongelmistaan huolimatta tahtoteoria oli aikanaan, ja on yhä, velvoiteoikeudessa laajalti käytetty teoria. Mallin suurta suosiota selittänee muun muassa se, että se estää tarkoituksettomien velvoitteiden syntymisen ja toisaalta suojaa sen syntyajankohtana sopimusoikeudelliseksi ideaalitulanteeksi nähdyn laajan sopimusvapauden olemassaoloa korottamalla nimenomaan tahdon pääsäännöksi, jonka mukaan sopimuksen sitovuutta ja siitä seuraavia velvoitteita on arvioitava.⁴⁰

Tahtoteorian mukaista sopimuskäsitystä on kritisoitu siitä, että tahdonilmaisun vastaanottaja ei voi luottaa siihen ilmaisuun, jonka hän on vastaanottanut, jos se ei vastaakaan sen antaneen sopijapuolen todellista tahtoa. Tämä puolestaan heikensi vaihdannan luotettavuutta ja sujuvuutta. Tahtoteorian kritiikin pohjalta syntyi luottamusteoria, jonka mukaan huolellisesti toimiva sopimusosapuoli voi luottaa siihen tahdonilmaisun objektiivisesti havaittavaan ilmaisuun, jonka hän on vastaanottanut. Luottamusmallissa huolellisesti toimineen sopijaosapuolen sopimuksen sitovuuteen kohdistuva luottamus nostettiin keskeiseksi ongelmanratkaisukriteeriksi. Luottamusteoria antaa siis voimakasta suojaa vilpittömässä mielessä toimineelle sopijaosapuolelle.⁴¹

Tarkasteltaessa sopimusoikeudellisia ongelmatilanteita, luottamusteoriassa ongelmanratkaisun perustaksi asettuu se, mitä sopijakumppani perustellusti käsittänyt toisen osapuolen tarkoittaneen, riippumatta siitä, mikä on ollut sopijaosapuolen todellinen tahto. Mahdollisissa ongelmatilanteissa luottamusteoriassa tarkastellaan ennen kaikkea sitä, olisiko sopijaosapuolen tullut

³⁸ Telaaranta 1990, s. 297-299.

³⁹ Telaaranta 1960, s. 53-54 ja 57-58.

⁴⁰ Hemmo 2003 a, s. 17.

⁴¹ Telaaranta 1960, s. 82.

käsittää, ettei annettu tahdonilmaisu vastaa toisen osapuolen todellista tahtoa tai että sen on täytynyt syntyä esimerkiksi kirjoitusvirheen seurauksena.⁴²

Esimerkkejä tällaisista sopijaosapuolen vilpittömän mielen suojaavista säännöksistä on löydettävissä muun muassa oikeustoimilain kolmannelta luvulta. Esimerkiksi oikeustoimilain 32 §:ssä säädetään kirjoitus- tai muun virheen sekä viestiin välittämisessä tapahtuneen virheen vaikutuksesta sopimuksen sitovuuteen. Pykälän lähtökohtana on, että mainituista syistä virheellinen tahdonilmaisu ei sido sen antajaa, jos tahdonilmaisun adresaatti tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää ilmaisun virheellisyydestä. Pohjoismaisena yhteistyönä syntyneissä oikeustoimilaeissa on katsottu olevan nähtävillä ennen kaikkea luottamusteoriaan perustuva lähestymistapa oikeustoimiin.⁴³

2.4 Sopimuksen sosiaalista ulottuvuutta korostavat teoriat

Tahto- ja luottamusteorian ongelmina on pidetty niiden sitoutumista vapaasti toimivan, rajoituksista vapaan, autonomisen yksilön tekemiin päätöksiin. Käytännössä nykyaikaisissa sopimuksissa, joissa käytetään runsaasti vakio- ja vakiomuotoisia sopimusehtoja, sopimuskumppanien tietoisuus sopimusehtojen sisällöstä on usein epätasapainoinen. Samaa on sanottava kuluttajasopimuksista, joissa kuluttajaosapuoli on usein yritykseen verrattuna huomattavasti heikommassa asemassa. Nämä taloudellisessa vuorovaikutuksessa tapahtuneet muutokset ovat sopimusoikeudessa johtaneet oikeudenalalla sen kehittymiseen siten, että se kykenee paremmin jäsentämään niitä muutoksia, jotka liittyvät sen piiriin kuuluviin ilmiöihin. Tämän kehityksen seurauksena on syntynyt uusi tapa jäsentää oikeustoimien osapuolten välisiä suhteita.⁴⁴

Näiden muutosten pohjalta on ovat syntyneet mallit, jotka korostavat yhteisössä oikeudenmukaisena käytäntönä pidetyn toiminnan asemaa velvoiteoikeudessa. Teorioiden taustalla on nähtävissä filosofi John Rawlsin yhteiskuntasopimusta koskeva ajattelu. Rawlsilaisen yhteiskuntasopimuksen keskeinen ajatus on tietämättömyyden verhoon takana rakennettu yhteiskuntajärjestys, jossa ihmiset sopivat sovellettavista laeista tietämättä mihin asemaan itse tuossa yhteiskunnassa päätyvät. Rawlsin mukaan tämä johtaa väistämättä sellaisen yhteiskuntasopimuksen,

⁴² Telaaranta 1960, s. 84-85.

⁴³ Pöyhönen 1988, s. 205-206 sekä Hemmo 2003 a, s. 17-18.

⁴⁴ Tahto- ja luottamusteorioiden ongelmista esimerkiksi Hemmo 2003 a, s. 18-19.

sellaisen lainsäädännön luomiseen, jossa kaikilla ihmisillä on tasavertaiset mahdollisuudet riippumatta siitä, missä yhteiskunnallisessa asemassa henkilöt ovat.⁴⁵

Sovellettaessa rawlsilaista yhteiskuntasopimusajattelua sopimusoikeudellisiin kysymyksiin, lähtökohtana on että yhteisöllisesti hyväksyttävän sopimuksen tulee olla sellainen, jota voidaan pitää oikeudenmukaisena, edustipa oikeussubjekti siinä kumpaa osapuolta tahansa. Tästä seuraa tehtäville sopimuksille asetettavan tasapuolisuuden vaatimus. Näin keskeiseksi sopimuksen arvioinnin kriteeriksi asettuu kohtuus. Kriteeri antaa sopijaosapuolelle suojaa erityisesti tilanteissa, jossa osapuolten on katsottava olevan keskenään epätasapainoisessa asemassa, esimerkiksi toinen osapuoli on iso yritys ja toinen yksittäinen kuluttaja. Esimerkki kohtuutta korostavien sopimusmallien vaikutuksesta sopimusoikeuteen on esimerkiksi kuluttajansuojalaki, jossa eri tavoin pyritään suojaamaan kuluttaja-asiakasta vahvemmaksi sopijapuoleksi katsotun yrityksen toiminnalta. Merkityksellisenä säännöksenä tältä osin voidaan pitää esimerkiksi kuluttajansuojalain 3. luvun 1 §:n säädöstä siitä, että elinkeinonharjoittaja ei kuluttajakaupassa saa käyttää kuluttajan kannalta kohtuutonta ehtoa. Toisen tyyppisenä, mutta selkeästi kohtuutta ja heikomman suojaa korostavana on pidettävä myös kuluttajansuojalain 7. luvun 34 §:n säädöstä sosiaalisesta suoritusesteestä. Sosiaalista ulottuvuutta korostavien sopimusmallien onkin katsottu olevan erityisesti hyvinvointiyhteiskuntien malleja, koska niissä pyritään voimakkaasti tasa-arvoon ja heikomman suojaamiseen.⁴⁶

2.5 Sopimuksen prosessikäsitys

Juha Pöyhönen on väitöskirjassaan Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu jäsentänyt sopimukseen liittyvää vastuuta kahden erilaisen mallin, pistemäisen sopimusvastuun ja prosessimaisen sopimusvastuun käsitteiden kautta. Pöyhösen mukaan pistemäiselle käsitykselle sopimuksesta on ominaista nähdä sopimus kokonaisuutena, joka alkaa tiettyinä ajanhetkenä, kestää muuttumattomana voimassa sovitun ajan, minkä jälkeen se päättyy sovittuna ajan-kohtana.⁴⁷

⁴⁵ Rawls 1971, s. 60-75 ja 112-113. Rawlsin ajattelun vaikutuksesta sopimusoikeuteen kts. Pöyhönen 1988, s. 170-171, Rawlsin yhteiskuntasopimusajattelusta yleisesti Sandel 2012, s. 160-164.

⁴⁶ Pöyhönen 1988, s. 173-175, kts. myös Hemmo 2003 a, s. 19-20.

⁴⁷ Pöyhönen 1988, s. 211-212, samoin Pöyhönen 2003, s. 145.

Tällaiselle sopimukselle on ominaista ensinnä sopimuksen jakamattomuus, siinä toisen osapuolen oikeus on peilikuvamaisesti toisen osapuolen velvollisuus. Velvollisuuksien symmetrisyydestä seuraa se, että pistemäisen ajattelun mukaista sopimusta ei voida jakaa osiin, joissa velvollisuudet ja oikeudet olisivat sitovuudeltaan tai merkitykseltään erilaisia.⁴⁸

Toiseksi pistemäiselle sopimukselle tyypillistä on Pöyhösen mukaan sen pätevyyden tarkkarajaisuus, se on asiallisesti rajautunut siinä määriteltyihin asioihin ja sillä on selkeä alkamis- ja päättymishetkensä. Tarkasti määriteltävissä olevasta pätevyydestä on seurauksena sopimusvastuiden päteminen joko molempiin osapuoliin tai ei kumpaankaan osapuoleen. Pistemäisessä sopimuksessa vastuu ei voi alkaa ennen sopimuksen solmimista ja se lakkaa välittömästi sopimuksen mukaiseen suoritukseen tai muuhun saamisen lakkauttavaan seikkaan. Esimerkiksi sopimuksenteon jälkeisille olosuhteille ei voida antaa merkitystä sopimusvastuun syntymisen suhteen. Näillä seikoilla voi olla merkitystä ainoastaan tulkittaessa sopimuksen sisältöä tai selvittäessä sen solmimisajankohtaa.⁴⁹

Kolmanneksi pistemäinen sopimus antaa oikeussuojaa vain sitovan sopimuksen perusteella. Sen on täytettävä sille asetetut muotovaatimukset, mikäli sellaisia on ja se on tehtävä oikeustoimikelpoisuuden ja sopimusvapauden asettamien rajoitusten puitteissa, ennen kuin siihen perustuen voi menestyksellisesti vaatia oikeuksiaan tuomioistuimessa.⁵⁰

Koska kuvatulle pistemäiselle sopimusmallille on ominaista sen selkeä määriteltävyys, se on muutettavissa vain uudella sopimuksella, jossa edellä mainitut kolme tunnusmerkkiä, jakamattomuus, tarkkarajaisuus ja sitovuus arvioidaan jälleen itsenäisesti. Viimeiseksi pistemäiselle sopimukselle on Pöyhösen mukaan ominaista se, että se joko on pätevää tai se ei sitä ole, sen pätemättömyys on joko-tai –luonteista. Pätemättömään sopimukseen ei pistemäisessä sopimus-käsityksessä koskaan voi liittyä mitään siihen perustuvaa suojavaikutusta.⁵¹

Pöyhönen katsoo, että pistemäinen sopimus-käsitys on ominaista erityisesti tahtomallin mukaiselle sopimusajattelulle. Pöyhösen mukaan tämä on seurausta tahtoteorian yhteiskunta-ajattelusta, jossa sopimus nähdään yksityisoikeudellisten vapauspiirien leikkauksena, vapaiden tahtojen välisenä kompromissina, jossa tämä tahto on ilmentynyt tiettyinä ajanhetkenä annetuissa

⁴⁸ Pöyhönen 1988, s. 212.

⁴⁹ Pöyhönen 1988, s. 212-213.

⁵⁰ Pöyhönen 1988, s. 213.

⁵¹ Pöyhönen 1988, s. 213.

vastakkaisissa toisiinsa liittyvissä tahdonilmaisuuissa. Sinänsä Pöyhönen ei näe estettä, etteikö pistemäinen sopimuskäsitys sopisi myös luottamusteorian mukaiseen sopimusajatteluun. Tällöin sopimuksen kannalta olennaista on määritellä se ajankohta, josta alkaen toiminta perustaa sopimusvastuun.⁵²

Prosessimaiselle tavalle jäsentää sopimus on Pöyhösen mukaan puolestaan ominaista nähdä se muotoutuvana ja muuttuvana, sopijakumppaneitten välisenä vuorovaikutuksena, jossa sopimusta ei voi kuvata kahden pisteen välisenä janana. Sopimusvastuiden alkaminen ja niiden päättyminen voivat olla vaihteellaisia ja tapahtua eri ajankohtina. Hahmotellessaan sopimuksen prosessikäsitystä Pöyhönen erottelee siitä kolme tarkasteltavaa elementtiä, asiallisen, ajallisen ja henkilöllisen ulottuvuuden.⁵³

Pöyhönen on myöhemmin kehittänyt väitöskirjassaan esittämäänsä ajatusta sopimuksen prosessikäsityksestä kirjassaan Uusi varallisuus oikeus. Tuossa teoksessa Pöyhönen esittää ajatuksen, jonka mukaan perinteisen varallisuus oikeudellisen tarkastelun perustapauksen, kaupan, sijaan tarkastelukohteeksi tulisi ottaa projekti. Pöyhösen mukaan projektissa yhdistyvät useiden eri oikeudenalojen kysymykset ja niitä tulee jäsentää näiden kysymysten, elementtien välisten suhteiden kautta.⁵⁴ Uudeksi varallisuus oikeudellisen tarkastelun perusjäsennykseksi Pöyhönen hahmottelee kirjassaan toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition. Edellä esitetyistä prosessikäsityksen elementeistä ajallinen ulottuvuus liittyy erityisesti toiminta- ja kokonaisympäristöön, henkilöllinen ulottuvuus erityisesti intressitahoihin ja asiallinen ulottuvuus puolestaan luo keskeisellä tavalla tarkastelukohteeseen liittyvät riskipositiot.⁵⁵

Ensimmäinen prosessimaisen sopimuskäsityksen elementeistä, asiallinen vastuu jakautuu useisiin erilaisiin muuntuviin vastuuksiin. Pöyhönen luettelee tällaisina vastuina kulujen korvausvastuun eli negatiivisen sopimusedun korvausvastuun, saadun hyödyn korvauksen, vastuun vastapuolen oikeutettujen odotusten mukaisista kuluista, sopimushyödyn eli positiivisen sopimusedun korvausvastuun sekä luontoissuoritusvastuun. Nämä vastuut ja niiden synnyttämät oikeusvaikutukset muuttuvat Pöyhösen sopimuksen tunnusmerkkien ajallisesti muuttuessa erilaisissa keskinäisissä yhdistelmissä.⁵⁶

⁵² Pöyhönen 1988, s. 213-214.

⁵³ Pöyhönen 1988, s. 215-217.

⁵⁴ Pöyhönen 2003, s. 153-155.

⁵⁵ Pöyhönen 2003, s. 160.

⁵⁶ Pöyhönen 1988, s. 218-220, Pöyhönen 2003, s. 146-147.

Ajallisessa ulottuvuudessa on kysymys siitä, miten sopimuksen synty- ja päättymishetki hahmotetaan. Koska sopimusvastuuta ei prosessikäsitelyssä hahmoteta joko voimassaolevana tai päättyneenä yhtenäisenä kokonaisuutena, myös sopimuksen ajallinen ulottuvuus voi olla osittaista. Sopimusvastuu joiltakin osilta on voinut jo syntyä tai päättyä, mikä ei välttämättä päde toisen osa-alueen osalta. Tämä johtaa Pöyhösen mukaan siihen, että vastuuta on tarkasteltava suoraan suhteessa sille ominaisiin tunnusmerkkeihin. Esimerkiksi tiedonantovelvollisuus voi perustua neuvottelusuhteeseen, sopimussuhteessa lojaliteettivelvollisuuteen tai sopimusrikkomukseen. Ajallisen ulottuvuuden vaikutus ulottuu myös siihen, miten on arvioitava uutta samojen osapuolten allekirjoittamaa sopimusasiakirjaa. Pistemäisessä sopimuskäsitelyssä olisi helppompaa tulkita tämän merkitsevän uuden sopimussuhteen alkamista ja vanhan päättymistä. Prosessimäisessä käsitelyssä taas voidaan katsoa tämän uuden sopimuksen olevan osa jo aiemmin alkanutta sopimuskokonaisuutta, jossa esimerkiksi vanhan sopimuksen ehtojen voitaisiin katsoa sitovan myös uudessa suhteessa. Lainsäädännössä esiintyvänä esimerkkinä prosessimäisen käsitelyn mukaisesta tavasta hahmottaa sopimuksen ajallinen ulottuvuus Pöyhönen käyttää kuluttajansuojalain mukaista etämyynnin palauttamisoikeutta. Siinä osapuolten oikeudet ja velvollisuudet eivät kehity välittömästi täyteen mittaansa, vaan kuluttajalla on oikeus palauttaa hankkimansa haluamansa tuote laissa säädetyn ajan kuluessa. Pöyhösen mukaan sopimussuhteen ajallisen elementin ilmentymä on myös se, kuinka myyjällä voi olla velvollisuus ylläpitää kohtuullista huoltoverkostoa myös sopimuksen tekemisen jälkeen, etenkin jos myyjä on näin kauppaa tehdessään luvannut.⁵⁷

Sopimussuhteen henkilöllisen ulottuvuuden osalta sopimusta tulee tarkastella kummankin sopijaosapuolen osalta erikseen. Sopimusvastuut eivät välttämättä muodosta toisilleen peilikuvamaisia oikeus-velvoite –vastinpareja. Esimerkiksi kuluttajakaupassa se, että kuluttaja-asiakkaalla ei ole sopimussuhteessa velvoitteita, ei automaattisesti merkitse, että myös elinkeinonharjoittajana toimiva myyjä olisi vapaa velvoitteistaan. Samoin alaikäisen tekemä työsopimus on Pöyhösen mukaan tehoton häneen kohdistuvien velvoitteiden osalta, mutta sen sijaan työnantaja ei voi vedota tehotomuuteen niin kauan kuin alaikäinen täyttää häneen kohdistuvat velvoitteet. Prosessikäsitelyn mukainen sopimus voi ääritapauksessa ulottaa vaikutuksensa myös muihin kuin sopijaosapuoliin. Tästä esimerkkinä Pöyhönen käyttää avioliittolain (234/1929) elatusvelkaa koskevia säännöksiä.⁵⁸

⁵⁷ Pöyhönen 1988, s. 220-222.

⁵⁸ Pöyhönen 1988, s. 224-226.

Kehittäessään sopimuksen prosessikäsitystä edelleen, Pöyhönen jatkaa asianosais- ja sivullissuhteiden käsitteiden purkamista. Uudessa varallisuusosoikeudessa Pöyhönen katsoo, että henkilölliset ulottuvuudet itse asiassa kehittyvät aina kunkin riskipositioista käsin, eivätkä staattisista asianosais- tai sivullissuhteista käsin. Näin jäsenetyssä varallisuusosoikeudessa esimerkiksi uudelleenneuvotteluvelvollisuudesta tulee Pöyhösen mukaan keskeinen osa sopimussidonnaisuutta, eikä poikkeuksellisesti ajankohtaistuva velvollisuus.⁵⁹

Pöyhösen ajattelua sopimuksen eri ulottuvuuksien ja niihin liittyvien vastuiden syntyemisestä ja päättymisestä prosessimaisesti on kritisoitu siitä, että se toisaalta irtaantuu kirjoitetusta laista oikeuslähteenä painottaessaan sopimussuhteiden kehittymistä vaiheittain ja toisaalta antaa oikeustoimissa liikaa merkitystä tosiasiallisille tapahtumille annettujen tahdonilmaisujen sijaan. Tämä on nähty uhkana etenkin tuomioistuinratkaisujen ennakoitavuudelle ja yhdenvertaisuudelle, joihin sillä on katsottu olevan heikentävä vaikutus.⁶⁰

2.6 Nykyisen sopimusoikeuden kehityslinjoja Thomas Wilhelmssonin mukaan

Thomas Wilhelmsson on Pöyhösen tapaan tutkimuksissaan jäsentänyt niitä kehityssuuntia, jotka vaikuttavat nykyaikaisessa sopimusoikeudessa. Wilhelmsson jakaa sopimusoikeuden kehityksen viiteen vastinpariin, jotka ovat: sisältöneutraalisuus – sisällöllisyys, staattisuus – dynaamisuus, vastakkainasettelu – yhteistoiminta, atomistisuus – kollektiivisuus sekä abstraktisuus – henkilösidonnaisuus.⁶¹

Ensimmäinen käsitepareista, sisältöneutraalisuus – sisällöllisyys liittyy Wilhelmssonin mukaan siihen, kuinka sopimuksen sisällöllä on modernissa sopimusoikeudessa kasvava merkitys. Perinteisessä sopimusoikeudessa katsottiin usein, ettei sopimuksen sisällöllä ole vaikutusta sen sitovuuteen. Sopimus on sitova, jos se on syntynyt pätevällä tavalla. Nykyään katsotaan kuitenkin, että tietyt sopimusehdot voivat aiheuttaa sopimuksen pätemättömyyden, vaikka itse sopimus olisikin syntynyt pätevällä tavalla.⁶²

Toiseksi Wilhelmssonin mukaan sopimusoikeudessa on käynnissä kehitys, jonka seurauksena sopimus ymmärretään enemmän jatkuvasti kehittyvä suhteena, kuin staattisena tilana. Tämä

⁵⁹ Pöyhönen 2003, s. 149 ja 175.

⁶⁰ Määttä 2012, s. 122-123 ja Mikkilä 2012, s. 98.

⁶¹ Wilhelmsson 2008, s. 7.

⁶² Wilhelmsson 2008, s. 8.

näkökulma painottaa osapuolten jatkuvaa yhteistoimintaa perinteisen sopijaosapuolten vastakkainasettelun sijaan. Tähän Wilhelmssonin mukaan ei johtanut vain sosiaalisten elementtien korostuminen sopimusoikeudessa, vaan myös markkinoiden muutos suuntaan, jossa pitkäkestojen yhteistyösuhteiden merkitys korostuu jatkuvasti. Tätä kehityssuuntaa kuvaavat Wilhelmssonin mukaan vastinparit staattisuus – dynaamisuus ja vastakkainasettelu – yhteistoiminta.⁶³

Perinteisessä sopimusoikeuden sopijakumppaneita tarkasteltiin yksittäisinä subjekteina ja sopimusta erillisenä kokonaisuutena, jolla ei ole yhteyttä samojen osapuolten mahdollisesti solmittuihin muihin sopimuksiin. Tämä atomistinen lähestymistapa on Wilhelmssonin mukaan vähitellen muuttunut kollektiiviseksi tavaksi tarkastella sopimuksia. Kollektiivisessä lähestymistavassa sopijakumppaneiden asema nähdään sillä tavoin epätasapainoisena, että tasapainoisen sopimusaseman turvaamiseksi sopimuksia voidaan laatia siten, että toinen tai molemmat osapuolet toimivat yhteisöjensä välityksellä. Kollektiivisessä tarkastelusta esimerkkinä toimii esimerkiksi työoikeudessa jo pitkään tunnettu työehtosopimusjärjestelmä. Viime aikoina vastaavalaista kehitystä on nähty myös muissa sopimusoikeuden alueissa, kuten kuluttajasopimusten sääntelyssä. Wilhelmssonin mukaan myös riskin jakaminen koko sopimuskantaan on osoitus kollektiivisen lähestymistavan kehittymisestä. Nykyään pidetään joissain tapauksissa hyväksyttävänä sitä, että elinkeinonharjoittaja kantaa ankaramman vastuun riskistä, koska tällä on mahdollisuus jakaa riskiä koko tilauskantaan.⁶⁴

Kollektiivisellä lähestymistavalla sopimusoikeuteen on yhteys Wilhelmssonin viimeiseen vastinpariin abstraktisuuteen ja henkilösidonaisuuteen. Klassisessa sopimusoikeudessa katsottiin, että kuka tahansa saattoi toimia kumpana tahansa sopijaosapuolena, myyjänä tai ostajana. Sopimus oli tässä mielessä abstrakti. Uudemmassa lähestymistavassa on katsottu, että henkilöillä voi olla sopimussuhteissa erilaisia rooleja, jotka vaikuttavat heidän asemaansa sopimuksessa. Merkittävin esimerkki tällaisista rooleista on kuluttajan rooli. Tällainen sopijakumppanin rooli ei ole muutettavissa toiseksi samalla tavoin kuin klassisessa sopimusoikeudessa osapuolten asemasta ajateltiin. Samanlainen rooli voi tietyissä tapauksissa olla myös esimerkiksi pienellä yrityksellä huomattavasti suuremman yrityksen alihankkijana, joskaan esimerkiksi kohtuullistamisen edellytykset eivät näissä tapauksissa näytä täyttyvän yhtä helposti kuin kuluttajasopimusten osalta.⁶⁵

⁶³ Wilhelmsson 2008, s. 8.

⁶⁴ Wilhelmsson 2008, s. 12-13.

⁶⁵ Wilhelmsson 2008, s. 14-15, Kiiha 2002, s. 30-33.

2.7 Suhdesopimus nykyaikaisen sopimuskäsityksen ilmentäjänä

Yhdysvaltalainen Ian R. MacNeil on esittänyt, että erityyppiset sopimukset edellyttävät erilaisia sopimuksia. MacNeilin tutkimukset liittyvät oikeussosiologisesti painottuneeseen relational contracting –suuntaukseen, jossa on hahmoteltu kolme erilaista sopimusoikeuden kehitysvaihetta. Ensimmäinen kehitysvaiheista on klassinen vaihe, jossa sopimukseen ei liity merkittävää sosiaalista kontekstia ja kaikista sen kannalta relevanteista seikoista on sovittu sopimuksessa sen solmimishetkellä.⁶⁶ MacNeilin mukaan nyt olemme siirtyneet neoklassiseen vaiheeseen, jossa lähtöoletukset ovat samat kuin klassisessa sopimusoikeudessa, mutta jossa sopimusehdot joustavat mahdollistaen sen soveltumisen myös pitkäkestoisiin sopimussuhteisiin⁶⁷. Nykyaikaisten monimutkaisten kestopopimusten asettamiin tarpeisiin MacNeil pyrkii luomaan uuden sopimusjärjestelmän, suhdesopimuksen (relational contract).⁶⁸

MacNeilin ajattelu on saanut vaikutteita oikeussosiologista tutkimusta tehneeltä Stewart Macaulayltä⁶⁹, joka on esittänyt, että varsinainen sopimus sääntelee vain pientä osaa talouselämästä. Macaulayn mukaan käytännössä sopimussuhteissa ei noudateta tarkkaan sopimuksen kirjallista muotoa eikä sopimusoikeudellisia periaatteita, vaan suhde toimii enemmänkin liike-elämän sosiaalisten normeihin tukeutuen.⁷⁰ Tämän vuoksi myös mahdolliset konfliktitilanteet pyritään ratkaisemaan neuvottelemalla, eikä tuomioistuimiin turvautuminen ole välttämättä tarpeellistakaan, koska sosiaalisia normeja rikkovaa osapuolta kohtaavat oikeusjärjestyksen ulkopuoliset sanktiot, kuten kilpailuaseman heikkenemisen sekä vaikeudet solmia uusia sopimussuhteita tulevaisuudessa.⁷¹

Suhdesopimuksen olennaisiin piirteisiin kuuluu ensiksi sen pitkäkestoisuus. Kuten Pöyhösen sopimuksen prosessikäsitelyssä, myös sopimuksen suhdekäsityksessä sopimussuhteen alkamista ei voida kaikissa tilanteissa rajata ajallisesti yksiselitteisellä tavalla. Tietyissä tilanteissa suhteen voidaan katsoa alkavan jo sopimusneuvotteluihin ryhtymisestä. Joissakin tilanteissa merkitystä on annettava myös osapuolten aiemmin solmimille sopimuksille ja yhteydenotoille.

⁶⁶ MacNeil 1974, s. 738-739, kts. myös Nystén-Haarala 1998, s. 19-20.

⁶⁷ MacNeil 1978, s. 855.

⁶⁸ MacNeil 1978, s. 884-885.

⁶⁹ Näin esimerkiksi Nystén-Haarala 1998, s. 21 alaviite.

⁷⁰ Macaulay 1963, s. 62-67.

⁷¹ MacNeil 1978, s. 891-892. Kotimaisessa kirjallisuudessa suhdesopimuksista ovat kirjoittaneet mm. Nystén-Haarala 1998, s. 166 ja Kiiha 2002, s. 34. Sosiaalisista normeista liike-elämässä kts. myös Pohjonen 2000, s. 896.

Sopimusneuvottelujen jälkeen suhteeseen kuuluvaksi ajaksi katsotaan sopimuksen täyttämiseen kuuluvan ajan lisäksi se aika, joka sijoittuu neuvottelujen käymisen ja sopimuksen täyttämisen aloittamisen väliseen ajanjaksoon. Osapuolilla voi olla toisiaan kohtaan velvollisuuksia vielä sopimuksen täyttämisenkin jälkeen, kuten kilpailukiello tai salassapitovelvollisuus.⁷²

Suhdesopimuksen tyypillisiin piirteisiin kuuluu toiseksi myös se, että se on luonteeltaan epätäydellinen. Siinä missä klassisessa sopimusajattelussa pyrittiin lähtökohtaisesti määrittelemään sopimuksessa sen sisältämät velvoitteet ja oikeudet hyvin yksityiskohtaisesti ja tarkasti ennen sopimuksen solmimista, suhdetyyppisessä sopimuksessa ne voidaan sopia puitesopimuksen kaltaisesti tai jotkin sopimusehdot voidaan jättää myöhemmin sovittaviksi. Toisaalta mitään estettä ei ole sille, että myös suhdetyyppisessä sopimuksessa määritellään vaikkapa toimitettavien tuotteiden laatuun liittyvät kysymykset hyvin yksityiskohtaisesti, mutta päätetään jättää toimitusmäärät tai jopa tarkemmat hinnat määrittelemättä. Samoin on mahdollista, että asioista sovitaan yksityiskohtaisesti, mutta myöhemmin sopimuksen täyttämisen aikana todetaan, että alun perin sovittua sopimusta tulee muuttaa.⁷³

Merkille pantavaa sopimusajattelun kannalta on se, että itse asiassa kaikki sopimukset ovat luonteeltaan epätäydellisiä⁷⁴. Täydellisen sopimuksen laatiminen edellyttäisi, että osapuolet kykenisivät ennen sopimuksen solmimista ennakoimaan kaikki sopimussuhteen kannalta olennaiset tapahtumat tulevaisuudessa, ja kykenisivät tämän tiedon pohjalta tekemään oikeita johtopäätöksiä siitä, mistä ja miten sopimuksessa on näistä seikoista sovittava. Reaalimaailmassa sopijaosapuolten mahdollisuudet tulevaisuuden ennakoointiin ovat tietenkin rajallisia. Lisäksi on huomattava, että kaikki ne toimet, joihin ryhdytään erilaisten riskien vähentämiseksi tai poistamiseksi, aiheuttavat yleensä kustannuksia. Tästä seurauksena on, että mikäli riski on epätodennäköinen tai kustannukset varautumisesta liian suuria, varautumiskustannukset ylittävät siitä saadun hyödyn. Tällöin sopimus jää tältä osin epätäydelliseksi. Sopimuksessa ei ole järkevää varautua riskeihin siten, että varautumisesta seuraavat kustannukset ylittävät siitä saatavan hyödyn.⁷⁵

⁷² Tiivistetysti klassisen ja suhdesopimuksen tyypillisistä piirteistä MacNeil 1978, s. 738-739, suomalaisessa kirjallisuudessa esim. Nystén-Haarala 1998, s. 50-51 ja Kiiha 2002, s. 37.

⁷³ MacNeil 1981, s. 1027-1028, kotimaisessa kirjallisuudessa esim. Nystén-Haarala 1998, s. 19-21, Kiiha 2002, s. 38.

⁷⁴ Bishop 1983, s. 242, Määttä 1998, s. 55.

⁷⁵ Coase 1960, s. 3-8, Ellickson 1989, s. 612-613, tiivistetysti Määttä 1998, s. 58-60.

Suhdesopimukseen kolmantena tyypillisenä piirteenä kuuluu osapuolten välinen yhteistyö. Yhteistyöstä ja siihen kiinteästi liittyvästä yhteisestä päämäärästä seuraa se, että myös sopimukseen liittyvää riskiä tulisi jakaa osapuolten kesken. Tämä ei tapahdu vain oikeudellisen sääntelyn varassa, vaan nousee liike-elämän sosiaalisista normeista. Liiketoimintariskiä voidaan jakaa esimerkiksi pyrkimällä taloudelliseen tasapainoon sen jakamisessa, jakamalla sitä osapuolelle, joka paremmin voi vaikuttaa vahingon ehkäisemiseen tai mikäli tämä ei ole mahdollista, vastuu tulisi siirtää osapuolelle, jolla on parempi mahdollisuus hajauttaa riskiä.⁷⁶

Neljänneksi suhdesopimuksen olennaisiin piirteisiin kuuluu se, että niissä täsmällisten ja yksityiskohtaisten ehtojen sijasta pyritään määrittämään prosessit tai rakenteet, joiden avulla sopimussuhde voi jatkua ja kehittyä myös muuttuvassa tilanteessa. Kuten todettua, suhdesopimukset ovat usein pitkäkestoisia. Niissä sopijaosapuolilla on usein pyrkimyksenä säilyttää sopimussuhde myös mahdollisista sopimuksen täyttämiseen kohdistuvista erimielisyyksistä huolimatta. Pitkäkestoisessa yhteistyösopimuksessa sopimuksen päätyminen erimielisyyksien vuoksi voisi usein aiheuttaa molemmille osapuolille merkittäviä ongelmia, minkä vuoksi sitä pyritään välttämään. Tällä on vaikutuksensa muun muassa siihen, kuinka suhdesopimuksissa harjoitetaan konfliktinratkaisua. Suhdesopimuksia koskevien oikeusriitojen ratkaisemisessa perinteinen tuomioistuimessa tapahtuva riidanratkaisu on tämän vuoksi koettu yksistään riittämättömäksi. Ongelmaksi tuomioistuinkeskeisessä riidanratkaisussa on nähty erityisesti sen suuntautuminen menneeseen, jo tapahtuneeseen ja sitä, että siinä toinen osapuoli voittaa ja toinen häviää. Yhteistyösuhteen jatkumisen kannalta katseen olisi riidanratkaisussakin oltava tulevaisuudessa ja sopimussuhteen jatkossa. Tämän vuoksi erilaiset välimies- ja sovittelumenettelyt ovatkin tulleet suosituimmiksi tavoiksi ratkoa liike-elämän sopimussuhteiden riitoja.⁷⁷

2.8 Esimerkkejä sopimusmuutoksista

Tarve sopimuksen muuttamiseen johtuu yleensä olosuhteiden tai muiden sopimukseen liittyvien seikkojen muuttumisesta siten, että ne tekevät sopimuksesta toiselle osapuolelle epäedullisen. Tällöin ainakin toiselle sopijapuolelle syntyy halu joko muuttaa sopimusta tai irtautua siitä kokonaan. Tältä osin sopimuksen irtisanomisella ja sen muuttamisella on yhteys keskenään. Sopijakumppani, joka ei voi irtautua sopimuksesta irtisanomalla sitä kohtuullisessa ajassa

⁷⁶ MacNeil 1981, s. 1031-1032. Nystén-Haarala toteaa riskinjaon liittyvän suhdesopimuksen keskeisiin piirteisiin, mutta esittää kysymyksen, mitä oikeastaan tarkoittaa oikeudenmukainen riskinjakaminen, Nystén-Haarala 1998, s. 35-36 ja 202.

⁷⁷ Macaulay 1963, s. 64-65, MacNeil 1978, s. 891-892, yhteenvetoa edellisistä tekee esim. Kiiha 2002, s. 40-42.

tai kohtuullisilla kustannuksilla, voi pyrkiä muuttamaan sopimusta siten, että sille epäedullisia ehtoja muutetaan tavalla, joka poistaa tai lieventää osapuolelle haitallisia vaikutuksia. Sopimuksen toinen osapuoli puolestaan voi tässä tilanteessa suostua muuttamaan sopimuksen sisältöä välttyäkseen sopimuksen irtisanomiselta ja mahdollisen uuden sopimuskomppanin etsimiseltä.⁷⁸

2.8.1 Yksipuoliset sopimusmuutokset

Sopimusehtojen muutosten arvioiminen on kokonaisarviointia, johon vaikuttaa sopimuksen kokonaisuus. Yleisperiaatteina ehtojen kohtuuttomuuden arvioinnista voidaan todeta, että hyväksyttäviä ovat yleisesti olleet selkeästi rajatut ehdot, jotka kohdistuvat vain osaan sopimusta. Toiseksi arvioinnissa on annettu merkitystä sille, kuinka keskeiseen sopimusehtoon muutos kohdistuisi. Kolmantena kohtuuttomuuden arvioinnissa on punnittu kyseessä olevan alan tai sopimustyyppin yleisiä käytäntöjä ja muita reaalaisia argumentteja. Kohtuuttomuuteen liittyvää kokonaisarviointia suoritettaessa painoarvoa annetaan myös sille, olisiko huolellinen sopimuskomppani voinut jo ennalta varautua muutoksiin sopimusta laadittaessa. Hyväksyttävänä ei siis ole pidetty sitä, että sopimusmuutoksilla paikataan sopimuksen laadintaan liittyvää huolimattomuutta.⁷⁹

Kysymystä sopimusten yksipuolisesta muutosoikeudesta voitaisiin lähestyä myös niin sanottuun edellytysopin näkökulmasta. Mainitun opin mukaan tahdonilmaisu on pätemätön, jos sen antaja tietoisena näistä seikoista ei olisi lainkaan antanut kyseistä tahdonilmaisuua. Nämä ilmaisuuden edellytyksiin liittyvät seikat voivat liittyä joko tahdonilmaisun antamista edeltävään tai sitä seuraavaan aikaan. Tahdonilmaisun antamista edeltävään aikaan liittyvä erehdys voi olla käsillä esimerkiksi silloin, jos henkilö suorittaa toiselle rahasuorituksen siinä väärässä luulossa, että on tuolle toiselle mainitun summan velkaa. Esimerkkinä tilanteesta, jossa tahdonilmaisuun edellytyksiin liittyvien seikkojen puuttuminen kohdistuu tahdonilmaisun antamisen jälkeiseen aikaan, on esimerkiksi Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussaan käsittelemä tilanne, jossa henkilö A oli myydessään kiinteistön B:lle edellyttänyt, että he solmivat keskenään avioliiton. Kun mainittua avioliittoa ei koskaan solmittu ja B oli tästä ehdosta tietoinen kauppa tehtäessä, katsottiin kauppa mitättömäksi (KKO 1977 II 76). Edellytysoppi on ollut syntyajoistaan, 1800-luvun puolivälistä alkaen, oppina kiistanalainen. Siihen on kohdistettu kritiikkiä erityisesti sen vuoksi,

⁷⁸ Hemmo 2003 b, s. 21-22.

⁷⁹ Hemmo 2003 b, s. 15.

että tahdonilmaisun edellytyksenä olevia seikkoja on usein hankalaa objektiivisesti näyttää toteen. Tämän vuoksi opin on katsottu heikentävän oikeusvarmuutta. Nykyään edellytysoppi on menettänyt merkitystään myös sen vuoksi, että useimmat sen kautta ratkaistaviksi tulevat tapaukset voisi ratkaista esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:n perusteella.⁸⁰

Yleinen tapa toteuttaa sopimuksen yksipuolinen muutosoikeus, on ottaa tästä ehto sopimukseen. Tämän ehdon on oltava yksilöityjä kohtia koskeva, rajattu ehto jonka puitteissa sopimusta voidaan muuttaa. Tyypillisimpiä tällaisista ehdoista lienevät esimerkiksi hinnankorotukseen oikeuttavat indeksiehdot, joissa samalla ilmoitetaan ne reunaehdot, joiden vallitessa hintaa voidaan tarkistaa, sekä se millä perusteella uusi hinta muodostuu. Oikeuskäytännössä tällaisen sopimusehdon soveltamiseen on otettu kantaa erityisesti Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2016:10. Asiassa oli kysymys pankin oikeudesta korottaa korkomarginaalia sopimusehdon perusteella. Tuomiossaan KKO katsoi, että sopimuslausekkeeseen perustuvaa oikeutta muutokseen on tulkittava suppeasti siten, että ehdon soveltamisen edellytysten on nimenomaisesti käytävä ilmi alkuperäisestä sopimuksesta.⁸¹

2.8.2 Lakiin tai olosuhteiden muuttumiseen perustuva sopimusmuutos

Erityisen poikkeuksen sopimusvapauteen ja kohtuullisuusharkintaan perustuvasta oikeudesta sopimusmuutosehtojen laatimiseen muodostavat ne erityislait, joissa säädetään yksipuolisesta muutosoikeudesta. Tällaisia säädöksiä ovat esimerkiksi sähkömarkkinalain (588/2013) 26 a §:n hinnoittelua koskeva säännös ja vakuutuslainsäädännön (543/1994) 20 ja 20 a §:en säädökset sopimuksien muuttamisesta. Tyypillistä laissa säädellyille sopimusmuutosehdoille on, että ne kohdistuvat aloille, joissa palveluntarjoajalla on tuotteessa luonnollinen monopoli ja siitä seuraava sopimuspakko määrätyn palvelun tarjoamiseen.⁸²

Sopimuspuolen tarve ja toisaalta perusteltu syy saada tehdä sopimukseen muutoksia voi perustua myös olosuhteiden muuttumiseen. Esimerkiksi lainsäädännön muuttuminen, ulkopuolisesta tekijästä johtuva suorituseste tai osapuolen taloudellisen tilanteen heikkeneminen voivat muodostaa syyn muuttaa tehtyä sopimusta olosuhdemuutoksen perusteella. Jotta edellytykset sopi-

⁸⁰ Telaaranta 1990, s. 363-364 ja 372-374, Kaisto 2015, s. 272-275. Kuitenkin esimerkiksi Häyhä edustaa näkemystä, jonka mukaan nimenomaan pitkäkestoiset sopimukset tarjoavat mahdollisuuden soveltaa edellytysoppia, erityisesti tilanteissa, joissa edellytykset muuttuvat tahdonilmaisun antamisen jälkeen. Häyhä 2004, s. 1440-1441.

⁸¹ Hemmo 2003 b, s. 23-24, KKO 2016:10, kohdat 29-31.

⁸² Hemmo 2003 b, s. 24-25, Saarnilehto et al. 2012, s. 476.

musmuutokselle olosuhdemuutosperusteella olisivat olemassa, muutoksen on vaikutettava sopijakumppanin toimintaan olennaisesti, muutoksen on oltava ennakoimaton, voittamaton eikä sen syntyyn ole saanut liittyä sopijaosapuolen tuottamusta. Olosuhdemuutoksista johtuviin sopimusmuutostarpeisiin voidaan niihinkin varautua jo ennakolta sopimusehdoissa. Usein käytettyjä sopimusehtoja ovat ehdot, joissa esimerkiksi hinta esitetään arvonlisäverottomana ja sopimusehdoissa todetaan, että palveluiden hintaan lisätään kulloinkin voimassaolevan verokannan mukaiset verot.⁸³

Yleisiä olosuhdemuutoksista johtuvia ehtoja ovat myös niin sanotut *force majeure* –ehdot, joilla pyritään varautumaan ennakoimattomiin ja sopijakumppanin vaikutusvallan ulkopuolella oleviin tilanteisiin. Tällaisina tapahtumia on pidetty ulkoisista syistä johtuvia, osapuolen kannalta ennakoimattomana pidettäviä tilanteita, joita osapuoli ei olisi voinut kohtuudella välttää tai voittaa. *Force majeure* -tilanteen käsillä ollessa sopimuksen osapuoli vapautuu hänelle sopimuksen sitovuuden periaatteen perusteella kuuluvasta vahingonkorvausvelvollisuudesta, mikä tämä ei pysty täyttämään tekemäänsä sopimusta. Kauppalaissa (355/1987) esimerkkejä tällaisista tilanteista on otettu 27 ja 57 §:iin, joissa säädetään edellytyksistä, jolloin sopijaosapuolet voivat vedota voittamattomaan esteeseen. Tällaisina esteinä kauppalaki pitää muun muassa yleisen liikenteen tai maksuliikenteen keskeytystä tai muuta sellaista estettä, jota ei kohtuudella ole voitu voittaa eikä etukäteen ottaa huomioon.⁸⁴

2.8.3 Uudelleenneuvottelua ja taloudellista liikavaikeutta koskevat ehdot

Etenkin pitkäkestoisissa sopimuksissa pyritään ennalta varautumaan mahdollisiin yllättäviin tilanteisiin nimenomaisilla sopimusehdoilla. Nämä ehdot voivat sisältää velvoitteen sopimuksen uudelleenneuvotteluun joiltakin osin (ns. *renegotiations*-ehto) tai määritellä suoritusesteitä, joiden ilmaantuessa sopijaosapuolella on esimerkiksi oikeus pidättäytyä suorituksista tai vapautua vahingonkorvausvastuusta (taloudellista liikavaikeutta koskeva eli ns. *hardship*-ehto).⁸⁵

Parhaimmillaan uudelleenneuvotteluelvoitteella voidaan joustavasti ratkaista niitä ongelmia, joita erityisesti pitkässä sopimussuhteessa voidaan kohdata. Toisaalta velvoitteen toimiminen

⁸³ Hemmo 2003 b, s. 26-28

⁸⁴ Saarnilehto et al. 2012, s. 491-492. Kansainvälinen kauppakamari ICC puolestaan määrittelee omissa vakioehdoissaan *Force Majeure* –tilanteen tilanteeksi, joihin sopimuspuolet eivät voi vaikuttaa, jotka eivät olleet sopimusta tehtäessä ennakoitavissa ja jotka estävät sopimuksen täyttämisen kokonaan tai osaksi tai tekevät sen kohtuuttoman vaikeaksi, ICC.

⁸⁵ Saarnilehto et al. 2012, s. 477-478, Hemmo 2003 b, s. 30-31,

edellyttää sopijaosapuolilta halua ja mahdollisuutta tehdä kompromisseja sopimussuhteessa. Tämä seikka on samalla uudelleenneuvotteluehdon keskeinen ongelma. Uudelleenneuvotteluehto ei nimittäin aseta sopijaosapuolille muuta velvoitetta kuin neuvotella yllättävästä tilanteesta ja sen vaikutuksista sopimukseen. Siitä ei sinänsä seuraa muutoksia niihin tekijöihin, jotka muuttuneessa tilanteessa vaikeuttavat usein vain toisen osapuolen sopimusvelvoitteiden täyttämistä. Toinen osapuoli voi neuvotteluissa vaatia pitäytymistä alkuperäisessä, mahdollisesti sille edulliseksi muuttuneessa, sopimuksessa ja kieltäytyä tekemästä muutoksia sopimukseen.⁸⁶

Taloudellista liikavaikeutta koskeva ehto eroaa force majeure –ehdoista lähinnä siinä suhteessa, että ylivoimaisen esteen tilanteessa sopimuksen täyttäminen joiltakin osin tai kokonaisuudessaan on mahdotonta. Liikavaikeutta koskevassa tilanteessa kysymys on tilanteesta, jossa sopimusvelvoitteen täyttäminen on sinänsä mahdollista, mutta siitä aiheutuisi sopimusosapuolelle kohtuuttomia kustannuksia tai vaivaa. Liikavaikeutta koskevaa sääntelyä on löydettävissä muun muassa kauppalain 23 §:n 1 momentista, jossa myyjälle annetaan oikeus pidättäytyä suorituksesta, mikäli sopimuksen täyttäminen edellyttäisi myyjältä kohtuuttomia uhrauksia. Käytännössä liikavaikeutta koskevan ehdon ongelmana on se, että erilaisia liikavaikeuksia on vaikea määritellä yksiselitteisesti ennakolta. Toisaalta varsinkin kotimaisessa oikeuskäytännössä odottamattomat olosuhteet, joissa hardship-ehdot voitaisiin soveltaa, voidaan arvioida ja on arvioitukin kohtuuttoman ehdon sovittelun kautta.⁸⁷

2.8.4 Kolmannelle taholle annettu valta päättää sopimusmuutoksista

Mikäli sopimus sisältää esimerkiksi edellisessä alaluvussa kuvatun uudelleenneuvotteluehdon tai liikavaikeus-ehdon, sitä voidaan tehostaa sopimalla, että ulkopuolinen, kolmas taho määrää sopimuksen muuttamisesta osapuolia sitovasti. Tämän kolmannen osapuolen tekemään päätökseen ei liity muutoksenhakumahdollisuutta, joten sitä ei voi riitauttaa kuin poikkeuksellisesti esimerkiksi vetoamalla oikeustoimilain 36 §:n mukaiseen kohtuuttomuuteen.⁸⁸

Kolmannelle taholle annettu valta päättää sopimusmuutoksista on erotettava varsinaisesta välitystuomiosta, jos sopimuksessa ei nimenomaisesti ole sovittu välimiesmenettelyn noudattamisesta asiassa. Sopimusmuutoksista päättävän ulkopuolisen lienee kuitenkin suotavaa pyytää

⁸⁶ Hemmo 2003 b, s. 32-33, kts. myös Saarnilehto et al. 2012, s. 478.

⁸⁷ Saarnilehto et al. 2012, s. 478-479,, katso myös Hemmo 2003 b, s. 33-34.

⁸⁸ Hemmo 2003 b, s. 35-36.

osapuolia lausumaan käsityksensä ratkaistavista asioista välitysmenettelyn tapaan. Ulkopuoliselle taholle annettu valta päättää osapuolia sitovasti sopimusehtojen muutoksista merkitsee tietoisien riskien ottamista tilanteissa, joissa jompikumpi osapuolista vaatii sopimukseen muutoksia. Kolmannen tahon päätösvallan rajoista ja kriteereistä, joihin päätös sopimusehtojen muuttamisesta perustuu, voidaan sopimusvapauden perusteella sopia alkuperäisessä sopimuksessa.⁸⁹

2.8.5 Sopimuksen konkludenttinen muuttaminen

Sopimusvapauden periaatteen yksi osa-alue on sopimuksen muotovapaus. Näin ollen sopimukselta ei voida vaatia esimerkiksi kirjallista muotoa, mikäli niin ei ole sovittu tai pakottava lainsäädäntö ei tätä vaadi. Suullisen ja kirjallisen sopimuksen lisäksi sopijaosapuolten sopimustahto voi käydä ilmi tosiasiallisesta toiminnasta, jolloin kysymys on ns. konkludenttisesta sopimuksesta.⁹⁰

Koska oikeudellisesti pätevä sopimus voi perustua myös osapuolten tosiasialliseen toimintaan, myös sopimuksen muuttamisen tulee olla tällöin mahdollista konkludenttisesti. Sopimuksen olemassaoloon hiljaisen hyväksynnän ja tosiasiallisen toiminnan kautta on suhtauduttu varauksellisesti. Sopimuksen syntymisen konkludenttisesti on yleensä katsottu vaativan vahvoja ja toisiaan tukevia perusteita. Näistä perusteiden voidaan katsoa soveltuvan myös niihin edellytyksistä, joilla sopimusmuutoksen voidaan katsoa syntyneen hiljaisen hyväksymisen kautta.⁹¹

2.9 Kansainväliset ja eurooppalaiset pyrkimykset sopimusoikeuden yhdenmukaistamiseksi

Eri maiden toisistaan poikkeavat sopimusoikeudelliset säännökset ja niiden tulkinnat vaikeuttavat kaupankäyntiä valtioiden rajojen ylitse. Tämän vuoksi muun muassa Euroopan unionissa on ollut pyrkimyksiä kehittää unioninlaajuista sopimusoikeudellista järjestelmää. Järjestelmän kehittämisen tavoitteena on ollut poistaa esteitä sisämarkkinoilta yritysten välisessä kaupankäynnissä ja parantaa yksityisen kuluttajan mahdollisuuksia tehdä jäsenvaltioiden rajat ylittäviä hankintoja. Eräs näkyvä osoitus näistä pyrkimyksistä on ns. DCFR-asiakirja (Draft Common

⁸⁹ Hemmo 2003 b, s. 35-36.

⁹⁰ Hemmo 2003 b, s. 36, Saarnilehto et al. 2012, s. 367-368.

⁹¹ Konkludenttisen sopimuksen tunnusmerkkejä on käsitelty esimerkiksi Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa 2011:6 (kohta 7) ja 2006:71 (kohta 16). Konkludenttisen sopimuksen syntymisestä kts. Saarnilehto et al. 2012, s. 384-385. Konkludenttisen sopimuksen muuttamisesta Hemmo 2003 b, s. 37-38.

Frame of Reference), on laaja, kymmenen kirjaa ja kaikkiaan lähes 5000 sivua sisältävä esitys, jota voidaan pitää eräänlainen akateemisenä esityksenä eurooppalaiseksi velvoite- ja esineoikeudeksi. Ehdotusta käsittelevä Euroopan Komission vihreä tarjoaa erilaisia vaihtoehtoja asiassa etenemiseksi. Nämä vaihtoehdot vaihtelevat asetuksella säädettävästä ja näin ollen sellaisenaan kaikkia jäsenvaltioita velvoittavasta esine- ja velvoiteoikeudesta akateemisen asiantuntijatyöryhmän julkaisemiseen sillä tarkoituksella, että se tarjoaa virikkeitä lainsäädännön kehittämiseen jäsenmaiden lainsäätäjille ja oikeustieteen opetukseen. Projektin nykytila lähenee lähinnä viimeksi mainittua vaihtoehtoa.⁹²

DCFR-asiakirjassa sopimuksia käsittelevät kirjat kolme ja neljä. Näistä kolmannessa kirjassa keskitytään sopimusoikeuden yleisiin periaatteisiin ja neljännessä kirjassa puolestaan käsitellään sopimuksia, jotka joiltain osin poikkeavat pääsäännöistä. Tällaisia sopimuksia ovat esimerkiksi erilaiset rahoitussopimukset ja kuluttajasopimukset. Sopimusmuutoksia ja niiden mahdollisuutta käsitellään lähinnä kolmannessa, sopimusoikeuden yleisiä periaatteita käsittelevässä kirjassa. DCFR-asiakirja sopimusoikeuden osalta rakentuu kahdelle yleisperiaatteelle, toisaalta sopimusvapauden ja toisaalta sopimusten sitovuuden periaatteelle. Näistä lähtökohdista käsin sopijaosapuolet ovat vapaita neuvottelemaan myös sopimusmuutoksista niin halutessaan.⁹³

Sopimusmuutoksia asiakirja ei sinänsä mainitse mallisäännöissään, mutta pohtii ensimmäisen kirjan johdanto-osan yleisiä periaatteita koskevassa osassa tilanteita, joissa sopimusmuutokset voivat nousta esille. Johdanto-osassa pohdiskellaan toisaalta sopimukseen pitämisen luoman luottamuksen keskeistä merkitystä sopimussuhteille, mutta toisaalta joustavuuden tarvetta erityisesti sopimuksissa, joissa sopimusaika on pitkä. Sopimuksina, joissa joustavuudelle on erityinen sijansa, ovat johdannon mukaan erityisesti palvelusopimukset. Palvelusopimusten osalta mallisäännöissä säädetään sopijakumppanille esimerkiksi velvoitteesta varoittaa toista sopijaosapuolta mahdollisista sopimuksen täyttämiseen liittyvistä häiriöistä.⁹⁴

Pohdittaessa ”eurooppalaisen sopimusoikeuden”, esimerkiksi DCFR:n vaikutusta julkisiin hankintoihin tai sopimukseen ylipäättänsä, on syytä todeta, ettei DCFR-projekti ole edennyt eikä vaikuta etenevän tulevaisuudessakaan suuntaan, jossa olisi syntymässä jonkinlainen yhtenäinen

⁹² Komission vihreä kirja etenemisestä kohti eurooppalaista sopimusoikeutta, s. 2 ja 7-11.

⁹³ DCFR, johdanto, kappale “The principle of binding force”.

⁹⁴ DCFR, johdanto, kappaleet, “Exceptional change of circumstances” ja “Certainty or flexibility”. Velvollisuudesta varoittaa sopimuskumppania suoritushäiriöistä, kts. DCFR IV C 2:108.

yhteinen eurooppalainen siviilioikeudellinen sääntely. Jo vuonna 2008 DCFR:ää osaltaan valmistelleeseen Acquis Groupiin jäsenenä kuulunut Thomas Wilhelmsson totesi, ettei tällaisesta kehityksestä ole olemassa merkkejä. Tämän jälkeen merkkejä yhtenäisen, eurooppalaisen siviilioikeuden luomisesta tai edes Wilhelmssonin mahdollisena pitämän valinnaisen sopimusnormiston syntyisestä ei kuitenkaan ole saatu.⁹⁵

Toinen merkittävä pyrkimys sopimusoikeudellisten normistojen yhtenäistämiseen kansainvälisesti ovat kansainvälisen sopimusoikeuden yhtenäistämiseen tähtäävän instituutin, UNIDROIT:in (UNIDROIT tulee ranskan kielen sanoista *Institut international pour l'unification du droit privé*) tuottamat kansainvälisen kaupan mallisopimusehdot.⁹⁶ Mallisopimusehtoja on tähän mennessä ilmestynyt jo neljä versiota, vuosina 1996, 2004, 2010 ja viimeisin vuonna 2016.⁹⁷

DCFR:stä poiketen UNIDROIT:in ehdoissa sopimusehdoissa sopimusmuutokset huomioidaan esimerkiksi artiklojen 6.2.1, 6.2.2. ja 6.2.3. liikavaikeutta käsittelevissä ehdoissa. UNIDROIT:in hardship –ehdot ovat kuitenkin melko tiukat. Lähtökohtana niissä on sopimuksen pitäminen myös odottamattomien vaikeuksien kohdatessa jompaakumpaa sopijaosapuolta. Liikavaikeus on ehtojen mukaan kysymyksessä tilanteessa, jossa tapahtumat vaikuttavat perustavanlaatuisesti sopijaosapuolten väliseen tasapainoon tilanteessa, joka on ilmennyt vasta sopimuksen tekemisen jälkeen, jota huolellinen (reasonably) sopimuksen osapuoli ei ole voinut ennakoida sopimusta tehtäessä, tapahtumat ovat vahingonkärsineen osapuolen kontrollimahdollisuuksien ulkopuolelle ja riski ei ole ollut ennakoitavissa vahinkoa kärsineen osapuolen puolesta sopimussuhteen aikanakaan.⁹⁸

Liikavaikeuden esiintymisestä sopimussuhteessa seuraa ehtojen mukaan neuvottelovelvollisuus. Tästä velvollisuudesta ei kuitenkaan itsessään seuraa sopijakumppanille velvollisuutta muuttaa sopimusehtoja. Mikäli neuvotteluissa ei kohtuullisessa ajassa saavuteta sopimusta, voi toinen osapuoli saattaa asian tuomioistuimen ratkaistavaksi. Sopimusehtojen mukaan tuomioistuin voi havaitessaan kyseisessä tilanteessa olleen liikavaikeustilanteen, mikäli se on kohtuullista (reasonable), päättää sopimuksen, päättää muuttaa sen ehtoja tai muuttaa sitä siten, että osapuolten välinen tasapaino palautuu.⁹⁹

⁹⁵ Wilhelmsson 2008, s. 22-23.

⁹⁶ <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

⁹⁷ UNIDROIT principles, s. 5.

⁹⁸ UNIDROIT, article 6.2.2.

⁹⁹ UNIDROIT, article 6.2.3.

Yhteenvetona niin UNIDROIT-periaatteiden kuin DCFR:n mallisopimusehtojen perusteella voidaan todeta, että sopimusoikeudessa on lopulta paljon yhteistä eri oikeusjärjestysten välillä. Kaikissa oikeusjärjestyksissä tunnistetaan samankaltaisia käsitteitä ja instrumentteja. Voidaankin todeta, kuten Matti S. Kurkela, että erot eri oikeusjärjestysten välillä sopimusoikeudessa ovat usein melko vähäisiä. Tiet, joita kuljetaan, ovat samankaltaisia, samoin käsitteet, joita käytetään. Usein sopimustekniset ratkaisutkin muistuttavat Kurkelan mukaan toisiaan. Tämä kertoo siitä, että kaupankäynti tapahtuu yhä useammin vuorovaikutuksessa eri maiden, oikeusjärjestysten ja kulttuurien välillä, jolloin myös vastaantulevat ongelmat ja niiden ratkaisut muistuttavat toisiaan.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Kurkela 2003, s. 1.

3 SOPIMUSMUUTOSTEN SÄÄNTELY JULKISISSA HANKINNOISSA

3.1 Mikä on julkinen hankintasopimus?

Hankintadirektiivin (2014/24) artiklan 5-kohdassa määritellään hankintasopimus rahallista vastiketta vastaan tehdyksi kirjalliseksi sopimukseksi, joka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintayksikön välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen. Lisäksi hankintadirektiivin 2 artiklassa määritellään neljä erilaista hankintasopimustyyppiä, jotka ovat rakennusurakkasopimus, rakennusurakka, tavarahankintasopimus ja palveluhankintasopimus.

Hankintadirektiivin yksityiskohtaisesta säätämistavasta johtuen sen kansallisesti suomalaiseen lainsäädäntöön implementoituva hankintalaki ja siihen liittyvä hallituksen esitys noudattavat direktiivin määrittelyjä niin tarkasti, etteivät ne juurikaan tuo lisävalaistusta direktiivin määrittelyihin nähden. Sikäli kun tällaisia täsmäntäviä määrittelyjä hankintasopimuksen osalta kansallisessa lainsäädännössä tehty, ne on esitelty direktiivin käsittelyn yhteydessä.

Direktiivissä mainittu rahallinen vastike on ymmärrettävä laajemmin kuin pelkäksi rahassa suoritettavaksi vastikkeeksi. Direktiivin perusteluissa hankintasäätelyn todetaan koskevan vastikkeellista julkisten varojen käyttöä¹⁰¹. Perustelujen muotoilu avaa käytännössä rahallisen vastikkeen käsitettä artiklan muotoilua laajemmin. Oikeuskäytännön perusteella vastike voi olla rahasuorituksen lisäksi kysymyksessä myös silloin, kun julkisyhteisö antaa vastineeksi jotain, jolla ylipäättänsä on rahassa mitattava arvo¹⁰². Tällaisia tilanteita ovat muun muassa käyttöoikeussopimustilanteet, jossa vastikkeen suorittaa osittain tai kokonaan joku muu kuin hankintayksikkö tai silloin kun hankintayksikkö alentaa vastineeksi toimittajan kannettavaksi tulevien hallinnollisten tai muiden maksujen määrää vastikkeeksi sopimussuorituksista¹⁰³. Hankintasopimuksen käsitteen rajaamisen kannalta olennaista on, että hankintayksikkö saa omaa suoritustaan vastaan myös jonkin suoritteen. Mikäli tällaista suoritetta ei lainkaan liity kyseiseen sopimukseen, vaan kyseessä on enemmänkin viranomaisen yritykselle maksama tuki, jonka edellytyksiä käsitellään SEUT artiklassa 107.

¹⁰¹ Hankintadirektiivin perustelukohta 4.

¹⁰² Myöhemmin tässä tutkimuksessa yksityiskohtaisemmin käsiteltävässä ns. Succhi di Fruta –ennakkoratkaisussa (C-496/99) vastike suoritettiin erilaisina hedelminä.

¹⁰³ Näin meneteltiin muun muassa tapauksessa C-399/98. Kyseessä olleessa hankinnassa tarjoaja oli saanut vastineeksi suorittamistaan kunnallisteknisistä töistä alennusta säädetyistä maksuista, jotka liittyivät rakennuslupaan.

Direktiivin hankintasopimusmääritelmässä mainitaan direktiivissä tarkoitettun hankintasopimuksen olevan kirjallisessa muodossa. Kirjallinen muoto on määritelty myöhemmin toisessa artiklassa, kohdassa 19. Kohdan määritelmän mukaan kirjallisella muodolla tarkoitetaan sanojen tai numeroiden yhdistelmää, joka on luettavissa, tuotettavissa uudelleen ja edelleen lähetettävissä. Erikseen määritelmässä todetaan sanotun koskevan myös sähköisessä muodossa tallennettuja tietoja, mihin viittaavat myös esimerkiksi maininta uudelleen tuottamisen mahdollisuudesta. Kirjallisen muodon tarkoituksena on mahdollistaa sopimuksen sisällön myöhempi todentaminen sekä mahdollistaa sopimukseen kohdistuva jälkikäteinen laillisuusvalvonta.¹⁰⁴

Janne Kaisto on pohtinut hankintasopimuksen kirjallisuusvaatimusta oikeustoimipiillisestä näkökulmasta. Kaisto katsoo, ettei hankintalainsäädännössä tarkoitettussa kirjallisen sopimuksen vaatimuksessa ole kyseessä määrämuotoisuuden vaatimus, kuten on vaikkapa maakaaren kiinteistökauppaa koskevan kirjallisuusvaatimuksen kohdalla. Näin ollen hankintasopimuksen tekeminen muuten kuin kirjallisesti ei siten automaattisesti aiheuttaisi sopimuksen pätemättömyyttä. Kaisto pohtii samassa yhteydessä myös sitä, pitäisikö kirjallisuusvaatimuksesta johtaa se johtopäätös, että pätevän hankintasopimuksen tekeminen edellyttää allekirjoituksia. Vastaus myös tähän kysymykseen on Kaiston mukaan kieltävä. Vastausta puoltaa myös, se, että hankintadirektiivissä ja hankintalainsäädännössä on painotettu sähköisten menetelmien käyttöä, jolloin varsinaista allekirjoitusta perinteisessä mielessä ei voida suorittaa, vaan allekirjoitus on sähköinen allekirjoitus. Sen sijaan hallituksen esitys hankintalaiksi torjuu mahdollisuuden, jonka mukaan pelkkä tarjous ja sen perusteella tehty hankintapäätös oikeustoimina synnyttäisivät yksistään pätevän sopimuksen ilman erillistä sopimusta.¹⁰⁵

Vuoden 2016 hankintalaissa kirjallisen sopimuksen tekemisen merkitystä hankintapäätöksen syntyhetkenä on korostettu lisäämällä sopimuksen tekemistä koskevaan pykälään (aiemman lain 76 §, voimassa olevan lain 128 §) yksi sana: erillisellä. Tämä yleisistä sopimusoikeudellisista periaatteista poikkeava käytäntö johtuu muutoksenhaussa käytettävissä olevista oikeussuojakeinoista. Mikäli sopimusta ei vielä ole tehty, voi markkinaoikeus käyttää muutoksenhakuvaiheessa niin sanottuja reaali-keinoja, eli kumota hankintapäätöksen osaksi tai kokonaan, kieltää virheellisen menettelyn käyttämisen tai velvoittaa hankintayksikköä korjaamaan vir-

¹⁰⁴ Voutilainen 2017, s. 31.

¹⁰⁵ Hankintasopimuksen kirjallisesta muodosta ja allekirjoittamisesta pätevyuden edellytyksenä kts. Kaisto 2009, s. 173-174, sopimuksen syntymisestä pelkän tarjouksen ja hankintapäätöksen perusteella kts. HE 108/2016 vp, s. 75-76 ja s. 223.

heellinen menettelynsä. Mikäli sopimus on jo tehty, markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikölle seuraamukseksi ainoastaan hyvitysmaksun. Tämän vuoksi hankintasopimuksen syntymisellä vasta sopimuksen allekirjoittamisella on keskeinen merkitys julkisessa hankintasopimuksessa. Ennen kumottuun lakiin, lakiin julkisista hankinnoista (348/2007) vuonna 2010 tehtyä muutosta oikeustila oli se, että yleiset tuomioistuimet katsoivat hankintasopimuksen syntyneen pelkän hankintailmoituksen tiedoksiannolla, mistä seurauksena oli se, että hankintayksikkö saattoi päätökseen kohdistuneen muutoksenhaun jälkeen joutua vahingonkorvausvelvollisuuden sopijakumppaniaan kohtaan sopimusrikkomuksen vuoksi.¹⁰⁶

Lakimuutoksen jälkeen tuomioistuimet ovat tulkinneet sopimuksen syntyajankohdan olevan vasta hankintasopimuksen allekirjoitushetki. Ratkaisussa KHO 27.1.2017/315 Korkein hallinto-oikeus katsoi, että hankintayksikön virkamiehen tekemästä, puhelimitse suoritetusta hankintailmoituksesta ja tilauksesta huolimatta sopimusta ei ollut syntynyt, koska sitä ei muun muassa ollut tehty lain edellyttämällä tavalla kirjallisesti. Kun tarjouspyyntöasiakirjassa oli todettu sopimuksen syntyvän vasta molempien osapuolten allekirjoittaman sopimuksen perusteella, oli hankintayksiköllä oikeus tehdä hankintaoikaisu ja valita toinen tarjoaja palvelun tuottajaksi.¹⁰⁷ Linja noudattaa myös Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua vastaavissa kysymyksissä, joissa EU-tuomioistuin on nimenomaan suosittanut tulkintaa, jonka mukaan sopimus syntyy vasta erillisen kirjallisen asiakirjan allekirjoittamisella, koska vastakkaisella tulkinta vaikeuttaisi tarjoajien mahdollisuuksia tehokkaiden oikeussuojakeinojen käyttöön.¹⁰⁸

Kysymys siitä, onko julkinen hankintasopimus ollakseen pätevä, tehtävä määrämuotoisena, kirjallisena sopimuksena, on selkiytymätön. Edellä mainittu oikeuskäytäntö viittaisi tähän suuntaan, mutta toisaalta lopullista ratkaisua kysymykseen ne eivät anna. Korkeimman hallinto-oikeuden käsittelemässä tapauksessa myös tarjouspyyntöasiakirjoissa oli ollut maininta sopimuksen syntyhetkestä, jolloin ratkaisua ei tehty vain lain ja sen esitöiden varassa. Oikeuskirjallisuudessa painotetaan pykälän sanamuodon perusteella sopimuksen syntymistä vasta kirjallisen sopimuksen tekemisellä. Samalla painotetaan erillisen, säädettyjen odotusaikojen jälkeen teh-

¹⁰⁶ Tuomioistuinten ratkaisukäytännöstä ennen lakimuutosta esim. KKO 6.7.2007 nro 1857 ja kirjallisuudessa esim. Eskola et al. 2017, s. 574, Kronström 2017, s. 259 ja Pohjonen 2017, s. 528.

¹⁰⁷ Pohjonen 2017, s. 527-528, Eskola et al. 2017, s. 40. Lainsäädännön muutoksen jälkeisestä tuomioistuinten ratkaisukäytännöstä esimerkiksi KHO 27.1.2017/315, muu päätös. Toisaalta esim. Pohjonen toteaa, että hankintasopimus voisi olla yksinkertaisimmillaan vain hankintayksikön tekemä kirjallinen tilaus, jossa viitataan hankintamenettelyn asiakirjoihin, Pohjonen 2017, s. 527.

¹⁰⁸ C-81/98, kohdat 37-38.

tävän sopimuksen merkitystä sopimusrikkomuksista seuraavien vahingonkorvauksien välttämiseksi, mikäli hankintapäätös muuttuisi muutoksenhaun vuoksi. Sen sijaan määrämuotoisuuden vaatimukseen kirjallisuudessa ei suoraan oteta kantaa.¹⁰⁹

Julkista hankintasopimusta määriteltäessä huomiota tulee kiinnittää myös sopimuksen osapuoliin. Jotta kyseessä olisi hankintasopimus, siinä tulee olla vähintään kaksi osapuolta, kaksi oikeussubjektia, kuten sopimuksissa yleensäkin. Hankintalainsäädännön soveltamisen edellytyksenä on lisäksi, että ainakin yksi osapuolista on lainsäädännössä tarkoitettu hankintayksikkö. Hankintayksikön käsite on määritelty yksityiskohtaisesti sekä hankintadirektiivin 2 artiklan kohdissa 1-4 sekä hankintalain 5 §:ssä. Hankintayksiköjä ovat valtion, kuntien tai kuntayhtymien viranomaiset, evankelis-luterilaisen tai ortodoksisen kirkon seurakunnat, valtion liikelaitokset, muut lain tarkoittamat julkisoikeudelliset laitokset tai mikä tahansa hankinnan tekijä, jos se saa hankintaan tukea yli puolet edellä mainitulta hankintayksiköltä.¹¹⁰

Sopimuksen osapuolten määritelmästä seuraa, että hankintalainsäädäntöä ei lähtökohtaisesti sovelleta hankintayksikön sisäisesti tekemiin sopimuksiin. Mikäli hankintayksikkö kuitenkin päättää jonkun hankinnan osalta tehdä hankintalain mukaisen hankinnan, on sen kohdeltava siihen osallistuvaa ehdokasta tai tarjoajaa, joka kuuluu oikeushenkilönä samaan hankintayksikköön, kuten muitakin ehdokkaita tai tarjoajia. Näistä niin sanotuista in-house –hankinnoista säädetään hankintadirektiivin 12 artiklassa ja hankintalain 15 §:ssä.¹¹¹

Direktiivin 2 artiklan mukaan julkisen hankintasopimuksen tunnusmerkkeihin kuuluu lisäksi sopimuksen tarkoitus, jonka on oltava rakennusurakoiden toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen. Rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan sekä direktiivissä että kansallisessa hankintalaissa erilaisia maa-, vesi- tai talonrakennustöiden ja niihin mahdollisesti liittyvien suunnittelutöiden kokonaisuutta, jotka on tarkemmin eritelty direktiivin liitteessä. Rakennusurakoihin kuuluvien hankintojen yksilöiminen ja erottaminen muista hankinnoista on merkityksellistä sen vuoksi, että niitä koskevat sekä direktiivissä että kansallisessa lainsäädännössä eräitä muita hankintoja korkeammat kynnysarvot. Mikäli julkinen hankinta alittaa kynnysarvon, hankintalainsäädäntöä ei sovelleta tällaiseen hankintaan.

¹⁰⁹ Eskola et al. 2017, s. 40, 574, Kronström 2017, s. 259 ja Pohjonen 2017, s. 527-528.

¹¹⁰ Hankintayksikön määritelmästä esimerkiksi HE 108/2016 vp, s. 74 sekä hankintadirektiivin perustelukohdasta.

¹¹¹ HE 108/2016 vp, s. 100.

Tavarahankintasopimuksella tarkoitetaan direktiivin mukaan sopimusta, jonka tarkoituksena on tavaroiden ostaminen, vuokraaminen, leasing-vuokraaminen, osamaksukauppa osto-optiolla tai ilman optiota. Käsitteenä tavarahankinta on varallisuus oikeudellisesti laaja. Se ulottuu klassisen irtaimen esineen kaupasta aina leasingvuokraamiseen ja osamaksukauppaan, joita voitaneen luonnehtia enemmänkin rahoitus- ja vakuusjärjestelyiksi¹¹². Direktiivin tavarahankintasopimuksen määritelmää voidaan luonnehtia siten, että se kattaa kaikki ne erilaiset tavat, joilla irtain esine voi siirtyä hankintayksikön hallintaan. Kiinteän esineen kauppa tai hankkiminen muulla tavoin hankintayksikön käyttöön puolestaan on rajattu hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle 10 artiklan a-kohdassa.¹¹³

Palveluhankintasopimus direktiivissä on määritelty negaation kautta. Tällaisia sopimuksia ovat kaikki ne sopimukset, jotka eivät lukeudu rakennusurakkasopimusten piiriin. Palveluhankintasopimukseen liittyen direktiivin 10 artiklassa on lueteltu lukuisia palveluita, jotka eivät kuulu direktiivin soveltamisalaan. Tällaisia soveltamisalan ulkopuolelle jääviä palveluita ovat muun muassa asianajo- ja oikeudelliset palvelut sekä työsopimukset.

Hallituksen esityksessä hankintalainsäädännöksi hankintasopimuksen tunnusmerkkeihin katsotaan kuuluvaksi sen tuomioistuimessa tapahtuva toimeenpanokelpoisuus. Tältä osin vastaava sääntelyperusta on esitetty käyttöoikeussopimusdirektiivissä (2014/23), jossa hankintasopimuksen tunnusmerkkinä erotuksena erilaisista luvista, joita viranomaisen myöntää, on esitetty nimenomaan oikeudellinen täytäntöönpanokelpoisuus.¹¹⁴

3.2 Hankintasopimus julkis- ja yksityisoikeuden leikkauspisteessä

Julkisissa hankinnoissa oikeustoimien toisena osapuolena on välttämättä julkisyhteisö, viranomaisen. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että julkiset hankinnat itsessään tulisi katsoa kuuluviksi julkioikeuden alueelle. Julkisen vallan käyttämisen tunnusmerkeiksi on vakiintuneesti katsottu kuuluvan esimerkiksi viranomaisen oikeus asettaa yksityisille velvollisuuksia tai rajoituksia, joita nämä viranomaisen yksipuolista päätöstä eivät joutuisi noudattamaan. Julkisessa vallassa ei ole kysymys sopimussuhteesta, vaan viime kädessä valta perustuu nimenomaisesti annettuun

¹¹² Suomessa Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä leasing-sopimuksia on luonnehdittu nimenomaan vuokrasopimuksiksi kts. esim. ratkaisut KKO 130:1997, KKO 2008:53 ja KKO 2015:26. Luonnehdintaa on kuitenkin kritisoitu oikeuskirjallisuudessa, jossa on katsottu, että leasingvuokrasopimus tulisi katsoa rahoitusjärjestelyksi. Rahoitusleasing-sopimusten tyypillisistä piirteistä kts. esim. Tepora 2013, s. 134-136 tai Tepora – Kaisto – Hakola 2016, s. 520-521.

¹¹³ Hankintadirektiivin 2 artikla, kohta 8, 10 artiklan a-kohta.

¹¹⁴ Käyttöoikeussopimusdirektiivin perustelukohta 14 ja 15.

toimivaltasäännökseen, johon perustuen ja jonka rajoissa viranomaisen on toimittava. Myös julkisen vallan käytön organisoimista viranomaiseksi tai virkasuhteessa olevalle henkilölle kuuluvaksi vallaksi on pidetty tämän vallan tunnusmerkkinä. Toisaalta hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa on huomautettu, ettei julkista tehtävää ole määritelty missään tyhjentävästi¹¹⁵

Julkisia hankintojen osalta on vakiintuneesti katsottu, että tehdessään yksityisoikeudellisia sopimuksia viranomaisen myös sitoutuu niihin yksityisoikeudellisiin oikeuksiin ja velvoitteisiin, jotka sille tässä sopimuksessa kuuluvat. Hankintayksikön suorittaessa hankintoja tämän voidaan siis katsoa tapahtuvan varallisuus oikeudellisten periaatteiden muodostaman viitekehyksen puitteissa.¹¹⁶

Suorittaessaan hankintoja yksityinen voi tahdonautonomiansa perusteella päättää hankkia tuotteen tai palvelun esimerkiksi aiemmin hyvin asian hoitaneelta sopimuskumppaniltaan. Samoin yksityinen oikeussubjekti voi suhteellisen vapaasti sopia sopimusosapuolensa kanssa niistä ehdoista, joita se haluaa sopimukseen sovellettavan. Mikäli tehty sopimus ei tyydytä yksityistä oikeussubjektia, tai hän haluaisi esimerkiksi tilata joitakin lisäpalveluita tai –tuotteita jo hankkimiansa lisäksi, hän on sen sopimusvapautensa puitteissa oikeutettu tekemään, mikäli hän pääsee tästä sopimuskumppaninsa kanssa sopimukseen. Julkinen hankintayksikkö puolestaan ei voi toimia tällä tavoin. Julkisyhteisöllä ei ole yksityishenkilöä vastaavalla tavalla tahdonautonomiaa¹¹⁷, esimerkiksi valitessaan sopimuskumppaneitaan, vaan sen tulee toimia hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti myös suorittaessaan hankintoja. Näistä hallintolaista ilmenevistä vaatimuksiin julkisia hankintoja koskevat ainakin periaatteet, jonka mukaan viranomaisen on toiminnassaan kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti ja käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin perusteisiin. Viranomaisen toimintojen avoimuus puolestaan antaa mahdollisuuden valvoa toiminnan lainmukaisuutta.

¹¹⁵ Mäenpää 2003, s. 16-18. Toisaalta esimerkiksi Koivisto on problematisoinut julkisen vallan perinteisiä tunto-merkkejä todeten, että julkista tehtävää ei ole määritelty missään tyhjentävästi, vaan sellaisena on pidetty tehtävää: ”Joka perinteisesti on kuulunut julkiselle hallinnolle tai joiden hoitaminen perustuu lakiin tai asetukseen.” Koivisto 2014, s. 682.

¹¹⁶ Mäenpää 2003, s. 193.

¹¹⁷ Esimerkiksi K.A. Telaranta on katsonut tahdonautonomian eli yksityisautonomian edellyttävän itsemääräämisoikeuden olemassaoloa, jonka keskeinen muoto puolestaan on sopimusvapaus. Edelleen sopimusvapauden keskeisinä ilmenemismuotoina ovat päätöntäväpää, sopimuskumppanin valintavapaus ja sisältövapaus. Näistä myöhemmin esittäville tavoilla julkisyhteisöjen osalta erityisesti sopimuskumppanin valintavapautta ja sisältövapautta on rajoitettu lainsäädännössä merkittävästi, Telaranta 1990, s. 11-12.

Toiseksi kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen seikkaan, ettei viranomaisilla ja muilla julkisen sektorin toimijoilla ole kaikissa olosuhteissa yrityksiin verrattavaa kannustinta kilpailuttaa hankintojaan. Kilpailuilla markkinoilla toimivan yrityksen hankintatoimen tehottomuus johtaa yrityksen kilpailuasetelman heikkenemiseen ja jopa markkinoilta putoamiseen. Julkisilla hankintayksiköillä vastaavaa kannustinta ei ole, vaikka hallinnon tehostaminen ja määrärahojen niukkuus julkisia toimijoita tähän suuntaan toistuvasti ohjaavatkin.¹¹⁸

Siikavirta puolestaan on katsonut, että julkisten hankintojen sääntely on tarpeellista juuri sen vuoksi, että niihin kohdistuu poikkeuksellisen laajaa kiinnostusta. Siinä missä esimerkiksi yksityisen yrityksen tekemät hankinnat ja niiden onnistuminen kiinnostavat lähinnä yritysjohtoa ja osakkeenomistajia, julkisten hankintojen epäonnistuminen, erityisesti jos niihin liittyy väärinkäytöksiä, kiinnostaa laajasti myös suurta yleisöä. Siikavirta huomauttaa lisäksi, että julkisilla hankinnoilla on vaikutuksensa myös kansalaisten saamiin palveluihin, niiden laatuun ja rahoitukseen, joten niitä Siikavirran mukaan ymmärrettävistä syistä säädellään laintasoisesti toisin kuin yksityisten suorittamia hankintoja.¹¹⁹

Peter Trepte puolestaan huomauttaa, että julkinen hankintayksikkö ei toimi markkinoilla kuten yksityiset toimijat. Julkisella yhteisöllä on lisäksi samanaikainen vastuu kansalaisten hyvinvoinnista, mitä vastuuta yrityksillä puolestaan ei ole. Toisaalta julkisyhteisön suorittamien hankintojen ensisijaisina vaikuttimina ovat joissakin tapauksissa monet muut kuin taloudelliset tekijät, kuten esimerkiksi sosiaaliset tai poliittiset tekijät.¹²⁰

Julkista valtaa käyttävän viranomaisen toimintaa markkinoilla niin ostajan kuin myyjänkin roolissa on siksi katsottu tarpeelliseksi säädellä erikseen erityisellä lainsäädännöllä. Hankintalainsäädäntö on luonteeltaan menettelytapalainsäädäntöä, jossa säädetään ennen kaikkea tasapuolisten kilpailuolosuhteiden ja hankintaprosessien avoimuuden turvaamiseksi tietyistä menettelyistä, joita hankintayksikköinä toimivien julkisyhteisöjen on hankinnoissaan noudatettava. Sen sijaan niihin kysymyksiin sopimussuhteessa, joita hankintalainsäädännössä ei käsitellä, sovelletaan muuta lainsäädäntöä ja erityisesti hankintasopimusten sisällön osalta yleisiä varallisuus- oikeudellisia periaatteita.

¹¹⁸ Kuoppamäki 2012, s. 346-347.

¹¹⁹ Siikavirta 2015, s. 29.

¹²⁰ Trepte 2004, s. 69.

Hankintamenettelyjen keskeisenä tarkoituksena, lukuisten muiden julkisille hankinnoille asetettujen tavoitteiden lisäksi, on tehostaa julkisten varojen käyttöä. Lisäksi julkisilla hankinnoilla voidaan hankintalain 2 §:n mukaan edistää laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekemistä. Lisäksi mainitun pykälän 3 momentissa asetetaan tavoitteeksi mahdollistaa myös pk-yritysten osallistuminen hankintoihin. Vastaavia tavoitteita julkisille hankinnoille asetetaan myös hankintadirektiivin johdanto-osan perusteluissa.¹²¹

Tiivistetysti voidaan todeta, että hankintamenettelyillä pyritään suojaamaan eurooppalaisella tasolla sisämarkkinoiden toimivuutta ja estämään julkisten hankintojen aiheuttamien markkinahäiriöiden syntyä. Tässä mielessä hankintalainsäädännössä on kysymys kilpailu- ja sisämarkkinaoikeudesta. Samalla julkiset hankinnat liittyvät julkisoikeudelliseen ja hallinto-oikeudelliseen sääntelyyn erityisesti niiden menettelytapasääntelyn luonteen vuoksi.¹²²

3.3 Euroopan Unionin yleiset oikeusperiaatteiden vaikutus julkisiin hankintoihin

Eurooppaoikeudelle on ominaista erilaisten oikeusperiaatteiden vahva vaikutus käytännön ratkaisutoimintaan. Periaatteet vaikuttavat ensinnä eurooppaoikeuden primääri- ja sekundäärinormien tulkintaan. Nämä tulkinnat eivät nimittäin saa olla yleisten oikeusperiaatteiden vastaisia ja lainsäädäntöä, joka on ristiriidassa näiden periaatteiden kanssa, voidaan jopa vaatia kumottavaksi. Toiseksi jäsenvaltiolla on eurooppaoikeutta täytäntöön pannessaan velvollisuus noudattaa yleisiä oikeusperiaatteita. Tästä velvollisuudesta seuraa, että yleiset oikeusperiaatteet muodostavat keinon vastustaa jäsenvaltion toimenpiteitä, joilla eurooppaoikeudellinen lii-
tyntä.¹²³

Yleisiä oikeusperiaatteita ei kuitenkaan ole määritelty kirjoitetussa lainsäädännössä tyhjentävästi, vaan Euroopan unionin tuomioistuin on nimennyt tiettyjä periaatteita yleisiksi periaatteiksi omassa ratkaisutoiminnassaan. Tämän vuoksi yleiset oikeusperiaatteet ovat eurooppaoikeudessa jossain määrin täsmentymättömiä. Esimerkkeinä yleisistä oikeusperiaatteista, joilla

¹²¹ Hankintadirektiivin johdanto-osa, perustelukappale 2.

¹²² Voutilainen 2017, s. 44.

¹²³ Raitio 2013, s. 281-283 ja Joutsamo 2000, s. 86-87.

voidaan nähdä olevan liityntöjä julkisiin hankintoihin, voidaan mainita hyvän hallintotavan periaate, hallintovallan väärinkäytön kieltö, suhteellisuusperiaate, oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin, omaisuudensuoja, pacta sunt servanda –periaate ja vilpittömän mielen suoja.¹²⁴

Johtuen oikeusperiaatteiden täsmentymättömyydestä, edellä esitetystä luettelosta puuttuu esimerkiksi syrjimättömyysperiaate, johon Euroopan unionin tuomioistuin toistuvasti viittaa kilpailuoikeutta koskevissa ratkaisuisaan. Syrjimättömyysperiaatteen osalta viitataan usein suoraan asiaa käsittelevään Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) artiklaan 18. Siitäkin huolimatta, että syrjimättömyysperiaate mainitaan nimenomaisesti perussopimuksessa, esimerkiksi Raitio katsoo sen olevan yleinen oikeusperiaate, jolla on läheinen liityntä esimerkiksi yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja sitä kautta hyvää hallintoa koskeviin periaatteisiin.¹²⁵

Eurooppaoikeudessa syrjimättömyysperiaatteella on laaja varsin laaja soveltamisala. Syrjintäkieltö estää jäsenvaltioita asettamasta omia kansalaisiaan toisiin EU-kansalaisiin verrattuna eriarvoiseen asemaan. Kun otetaan huomioon, että tämä koskee myös oikeushenkilöitä, periaate saa merkittävän aseman kilpailuoikeudessa. Näiltä osin se edesauttaa EU:n laajuisten sisämarkkinoiden syntymistä ja tukee niiden olemassaoloa, koska periaate estää toisesta EU-maasta tulevien tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien suosimisen.¹²⁶ Syrjimättömyysperiaatteen käyttöalan laajuudesta kertoo se, että Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä sen on lisäksi katsottu koskevan muun muassa tasa-arvoa työelämässä ja eri sosiaaliturvajärjestelmissä.¹²⁷ Syrjintäkieltöä on sovellettu myös sukupuoliseen tai seksuaaliseen suuntautumiseen liittyvissä työelämäkysymyksissä.¹²⁸ Nytemmin SEUT 18 artiklan mukaista syrjintäkieltöä on täydennetty Amsterdamin sopimuksessa erillisellä rotuun, etniseen alkuperään, uskoon, vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellolla, joka on nykyisin SEUT artiklana 19.

¹²⁴ Esitetty luettelo ei ole kattava, vaan siihen on poimittu joitakin, osittain etäisestikin julkisiin hankintoihin liittyviä, oikeusperiaatteita lähinnä esimerkinomaisesti. Kattavamman luettelon eurooppaoikeudellista oikeusperiaatteista on esittänyt esimerkiksi Raitio 2013, s. 283-285.

¹²⁵ Raitio 2013, s. 285, Arrowsmith 2014, s. 262.

¹²⁶ Raitio 2013, s. 286-287 ja julkisten hankintojen näkökulmasta Arrowsmith 2014, s. 253-255.

¹²⁷ Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on käsitelty syrjintäkieltöä mm. miesten ja naisten samapalkkaisuuteen liittyen (43/75, Defrenne vs. Sabena), sukupuolten tasa-arvoa vapaaehtoisissa työeläkejärjestelyissä (C-262/88 Barber ja C-139/95 Balestra), sosiaaliturvaa koskien (C-137/94 Richardson) sekä virkasuhteissa (C-450/93 Kalanke ja C-409/95 Marshall).

¹²⁸ Esimerkiksi tapaukset C-13/94 P v. S ja Cornwall County Council ja C-249/96 Grant.

Syrjimättömyysperiaatteen ohella keskeisiä kilpailuoikeuden alan oikeusperiaatteita, joita toistuvasti sovelletaan julkisia hankintoja koskevissa Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisussa, ovat suhteellisuusperiaate ja avoimuuden vaatimus¹²⁹. Jälkimmäinen periaate, avoimuuden vaatimus on unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ollut seurausta syrjintäkiellosta. Syrjimätöntä toimintaa esimerkiksi julkisiin hankintoihin liittyen on mahdotonta varmistaa, jos viranomaisilta ei edellytetä riittävää avoimuutta esimerkiksi erilaisten hankintamenettelyjen suorittamisessa, tarjouspyyntöjen saattamisessa tarjoajien tietoisuuteen tai muiden hankintaan liittyvien ilmoitusten antamisessa.¹³⁰

Suhteellisuusperiaate on syrjimättömyysperiaatteen tavoin löydettävissä myös perussopimuksista, se on kirjattu Euroopan Unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 5 artiklaan. Artiklan mukaan unionin toiminta ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimuksissa määriteltujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Suhteellisuusperiaatetta on sovellettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä jo 50-luvulla. Raitio katsoo, että toiminnan tai muodon suhteellisuutta voidaan arvioida kolmen kriteerin perusteella:

- 1) Onko toimi hallinnon kannalta asianmukainen, tehokas ja sopiva suhteessa siihen päämäärään ja tavoitteeseen, johon sillä pyritään?
- 2) Onko toimi tarpeellinen ja välttämätön erityisesti sen kohteen oikeuksien ja etujen kannalta?
- 3) Ovatko toimet oikeasuhtaisia, eli sisältävätkö ne yksityisen oikeushenkilön oikeuksien rajoittamista ja pakkotoimia enemmän kuin on tarpeellista tavoitteiden saavuttamiseksi?¹³¹

Jotta toimenpide olisi suhteellisuusperiaatteen mukainen, tulee kaikkien edellä mainittujen kriteerien täytyä. Suhteellisuusperiaatetta sovelletaan yhdessä muiden oikeusperiaatteiden, kuten esimerkiksi syrjimättömyysperiaatteen kanssa. Tästä seuraa se, että suhteellisuusperiaatteen tulkinta on aina riippuvainen kustakin yksittäistapauksesta.¹³²

Suhteellisuusperiaate kohdistuu unionin toimielimiin, jäsenvaltioihin ja yksityisiin tahoihin. Raitio katsoo, että varhaisempi suhteellisuusperiaatteen tulkintalinja keskittyi ennen kaikkea

¹²⁹ Raitio 2013, s. 713, Bovis 2012, s. 250.

¹³⁰ Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut asioissa C-275/98 Unitron Scandinavia, kohta 31 ja C-324/98, Telaustria, kohdat 60-61. Kts myös Bovis 2012, s. 250 ja Arrowsmith 2014, s. 268.-269.

¹³¹ Raitio 2013, s. 313-316. Kriteerien osalta Raitio viittaa erityisesti unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisuun tapauksessa C-331/88 Fedesa.

¹³² Raitio 2013, s. 316.

valtion ja yksityisten välisten suhteiden sääntelyyn, kun taas Maastrichtin sopimuksen jälkeisen oikeuskäytännön kohteena on yhä useammin ollut unionin toimielinten vallan rajoittaminen.

Julkisten hankintojen yhteydessä suhteellisuusperiaatteen soveltaminen on osa kilpailuoikeuden alaan kuuluvaa periaatteen soveltamista. Suhteellisuusperiaatetta on usein unionin tuomioistuimen kilpailuoikeudellisissa ratkaisuisa arvioitu sitä taustaa vasten, seuraako suhteellisuusperiaatteesta hyväksyttävä peruste rajoittaa unionin perusvapauksia, tavaroiden, henkilöiden, palveluiden ja pääomien vapaata liikkuvuutta joiltain osin.¹³³

Perusvapauksiin liittyvien rajoitusten arviointiin unionin tuomioistuin on kehittänyt tapauksessa ns. Gebhard-testin samannimisen tapauksen C-55/94 yhteydessä. Mainitussa tapauksessa unionin tuomioistuin katsoi, että rajoitukset perusvapauksiin ovat sallittuja, jos niitä voidaan soveltaa ilman syrjintää, ne voidaan perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, jos ne takaavat niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttamisen, eivätkä puutu perusvapauteen enempää kuin mikä on tarpeellista asetetun päämäärän saavuttamiseksi.¹³⁴

3.4 Julkisten hankintojen sääntely Euroopan unionin perussopimuksissa

Lukuisten erilaisten julkisten hankintojen merkityksellisyyttä koskevien tavoitteiden, toiveiden, odotusten ja niistä seuranneiden lainsäädäntötoimien taustaa vasten on yllättävää, ettei EU:n perustamissopimuksissa julkisia hankintoja käsitellä nimenomaisesti mainiten lainkaan. Ainoana epäsuorana primäärioikeuden viittauksena julkisiin hankintoihin on pidetty Sopimuksessa Euroopan Unionin toiminnasta (SEUT) 37 artiklan 1-kohdassa olevaa mainintaa jäsenmaiden velvollisuudesta mukauttaa kaupallisia monopolejaan siten, että ne eivät tavaroiden ja palveluiden kaupassa syrji jäsenvaltioiden kansalaisia.¹³⁵

Euroopan Unionin julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö, kuten myös oikeuskäytäntö, toteuttavat käytännössä perussopimuksissa ilmaistua päämäärää turvata unioninlaajuisten sisämarkkinoiden olemassaolo ja häiriötön toiminta. Euroopan unionin tuomioistuin on maininnut tämän kaikkein keskeisimmäksi hankintadirektiiveissä asetetuksi tavoitteeksi.¹³⁶

¹³³ Raitio 2013, s. 317-318.

¹³⁴ C-55/94, kohta 37.

¹³⁵ Näin katsovat esimerkiksi Joutsamo 2000, s. 502 ja Raitio 2013, s. 714.

¹³⁶ C-454/06, kohta 31 ja julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamista koskeva direktiivi 92/50/ETY, perustelukohta 20.

Julkisia hankintoja koskevalle EU-lainsäädännölle on ominaista, muun eurooppaoikeuden tapaan, että merkittävä osa siitä on syntynyt Euroopan Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä jo ennen niiden sääntelemistä direktiiveillä. Tämä koskee erityisesti sopimusmuutoksia koskevaa sääntelyä, joka on syntynyt käytännössä kokonaisuudessaan oikeuskäytännössä. Tämä oikeuskäytäntö on sittemmin hankintadirektiivissä 2014 kirjattu myös säädöstekstiin.¹³⁷

Hankintadirektiivin johdanto-osan ensimmäisessä kohdassa todetaan, että direktiivin tarkoituksena on turvata SEUT:ssa ilmaistuja periaatteita. Näistä EU:n primäärioikeuden periaatteista johdanto-osa mainitsee erityisesti tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden periaatteet. Edellä mainituista periaatteista on puolestaan Unionin oikeudessa johdettu muun muassa yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteet, jotka johdannossa mainitaan nimenomaisesti tällä direktiivillä suojeltavina oikeushyvinä.¹³⁸

SEUT:n artikloista hankintadirektiivissä mainitaan erityisesti artikkelit 53, 62 ja 114.¹³⁹ Näistä artikloista merkittävin hankintalainsäädännön yhteydessä on artikla 114, jonka ensimmäisessä kohdassa viitataan suoraan SEUT 26 artiklaan, jossa säädetään Unionin sisämarkkinoista sekä tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääomien vapaasta liikkuvuudesta tämän markkinan sisällä. Myös artikkelit 53 ja 62 liittyvät sisämarkkinoiden häiriöttömän toiminnan turvaamiseen Unionin alueella.

Oikeuskirjallisuudessa on vakiintuneesti katsottu, että EU:n hankintalainsäädäntö sekundäärioikeutena perustuu hankintadirektiivissä mainittujen artiklojen lisäksi SEUT:n artikloihin 34, 49 ja 56.¹⁴⁰ Ensimmäinen artikloista, artikla 34 kieltää jäsenvaltioiden välisen tuonnin määrälliset rajoitukset sekä toimenpiteet, joilla olisi vastaava vaikutus. Artiklassa 49 säädetään jäsenmaan kansalaisten oikeudesta sijoittautua vapaasti EU-alueella sekä oikeudesta harjoittaa liikettä ja ammattia toisessa jäsenvaltiossa. Viimeksi mainittu artikla, 56, puolestaan koskee palvelujen vapaata liikkuvuutta EU-alueella.

¹³⁷ Hankintadirektiivi, johdanto-osan kohta 1.

¹³⁸ Hankintadirektiivi, johdanto-osan kohta 1.

¹³⁹ Hankintadirektiivi, johdanto-osa.

¹⁴⁰ Näin esimerkiksi Ukkola 2018, s. 4.

Kari Joutsamo ja Juha Raitio puolestaan katsovat, että EU:n hankintalainsäädäntö perustuu ennen kaikkea SEUT artiklaan 18, jossa säädetään kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnän kiellosta. Joutsamo korostaa, että artiklassa kielletään kaikenlainen syrjintä, mikä laajentaa artiklan vaikutusaluetta huomattavasti. Raitio viittaa tässä yhteydessä paitsi Joutsamoon, niin myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, erityisesti ns. Altmark –tapaukseen (C-280/00), jossa syrjinnän kielloa on niin ikään tulkittu suhteellisen laajasti.¹⁴¹

Edellä käsitellyistä periaatteista merkittävimpinä julkisiin hankintoihin vaikuttavina periaatteina eurooppaoikeudessa on pidetty syrjinnän kielloa, siitä johdettua yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatetta sekä suhteellisuusperiaatetta. Mainitut periaatteet esiintyvät Euroopan Unionin tuomioistuimen sopimusmuutoksia koskevien ratkaisujen oikeusohjeina lähes poikkeuksetta.¹⁴²

3.5 Vuoden 2014 hankintadirektiivi

Euroopan Unionin lainsäädännössä julkisissa hankinnoissa tehtäviä sopimusmuutoksia säännellään direktiivin 2014/24 72. artiklassa. Artiklan mukaan ilman uutta hankintamenettelyä hankintasopimusta voidaan sopimuskaudella muuttaa vain siinä säädeltyjen edellytysten täytyessä.

Sopimusmuutoksia koskeva sääntely on uudessa hankintadirektiivissä lähestulkoon kokonaan uutta, aiempaan hankintadirektiiviin vuodelta 2004 ei vastaavaa sääntelyä sisältynyt. Ainoana sopimusmuutoksiin liittyvänä säädöksenä voidaan pitää edellisen hankintadirektiivin 31. artiklan 4-kohdassa säänneltyä lisätöiden tilaamismahdollisuutta. Tarve säännellä sopimusmuutoksia EU-tasoisesti on kuitenkin ilmiselvästi ollut olemassa jo aiemman direktiivin aikana. Tästä kertoo se tosiseikka, etteivät vuoden 2014 hankintadirektiivin sopimusmuutoksia koskeva 72. artikla sisältämät säännökset sinänsä tuo Unionin hankintaoikeuteen mitään uutta. Vastaavat olennaisen sopimusmuutosten kriteerit on nimittäin kehitetty EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä ilman nimenomaista normitukea.¹⁴³

¹⁴¹ Joutsamo 2000, s. 37-39 ja 502, Raitio 2013 s. 713.

¹⁴² Joutsamo 2000, s. 502, Raitio 2013, s 713-14 ja Ukkola 2017, s. 39-41. Oikeuskäytännössä käytettyjen perusteiden osalta kts. tämän tutkielman sopimusmuutoksien kriteereitä oikeuskäytännössä käsittelevä alaluku 3.6 ja siinä käsitellyt oikeustapaukset.

¹⁴³ Arrowsmith 2014, s. 597.

Uuden hankintadirektiivin sopimusmuutoksia sääntelevä 72. artikla jakaantuu viiteen kohtaan ja niiden alakohtiin. Ensimmäinen kohdista käsittelee tilanteita, joissa sopimusmuutokset ovat mahdollisia. Tämä kohta jakaantuu viiteen alakohtaan. Artiklan toisessa kohdassa säädetään vähäisistä muutoksista ja kolmannessa kohdassa muutoksen merkittävyyden laskemisen perusteena olevista hinnoista. Artiklan neljännessä kohdassa käsitellään tilanteita, jolloin muutoksia ainakaan ei ole pidettävä vähäisinä.

Artiklan viidennessä kohdassa puolestaan esitetään pääsääntö, jonka mukaan muiden kuin tässä artiklassa sallittujen muutosten tekeminen sopimukseen edellyttää uuden hankintamenettelyn suorittamista. Direktiivin yleisestä lähtökohdasta, kilpailun esteiden poistamisen ja tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden turvaamisen näkökulmasta pääsääntö on perusteltu. Käytännössä uudelleenkilpailutusvelvoite voi kuitenkin johtaa erikoisiin lopputuloksiin julkisia hankintoja suoritettaessa, kuten myöhemmin tämän tutkimuksen luvussa 3 käsitellyistä oikeustapauksista ja luvusta 4 ilmenee.

Ensimmäinen mainitussa 72. artiklan 1-kohdassa säädettyistä muutosmahdollisuuksista koskee tilannetta, jossa sopimusmuutoksen mahdollisuudesta ja niistä edellytyksistä, jolloin sopimusmuutoksia voidaan suorittaa, on ilmoitettu alkuperäisissä hankinta-asiakirjoissa. Alkuperäisiin hankintadokumentteihin sisältyneiden muutosvarausten on oltava selkeitä, yksiselitteisiä ja täsmällisiä. Hankinta-asiakirjoissa on lisäksi tullut ilmoittaa niistä olosuhteista, jotka aikaansaavat sopimusmuutoksen, mihin sopimuksen osiin niitä sovelletaan ja mikä on näiden muutosten luonne. Artiklan mukaan tyypillisesti tällaisia ehtoja ovat muun muassa hinnankorotuslausekkeet. Nämä muutokset eivät kuitenkaan saa muuttaa sopimuksen yleistä luonnetta toiseksi, kuin miksi se on alkuperäisissä asiakirjoissa ilmoitettu.¹⁴⁴

Toiseksi sopimusmuutokset ovat direktiivin mukaan mahdollisia, jos ne johtuvat lisätöistä tai -palveluista, joiden kohdalla sopimuskumppanin vaihtaminen ei ole mahdollista. Direktiivin mukaisia esteitä sopimuskumppanin vaihtamiselle ovat esimerkiksi kumppaninvaihdoksesta aiheutuvat päällekkäiset kustannukset hankintayksikölle, tekninen yhteensopimattomuus alkuperäisellä sopimuksella hankittujen laitteistojen kanssa tai merkittävä muu haitta, joka sopimuskumppanin vaihtamisesta aiheutuisi hankintayksikölle.

¹⁴⁴ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohta 1 a).

Lisätöistä ja -palveluista aiheutuneita sopimusmuutoksia rajoittaa kuitenkin ehto, jonka mukaan nämä alkuperäiseen sopimukseen kuulumattomat lisätyöt ja -palvelut eivät saa nostaa sopimuksen arvoa 50 prosenttia enempää laskettuna alkuperäisen sopimuksen arvosta. Direktiivi rajoittaa lisäksi useiden perättäisten sopimusmuutosten tekemistä lisätöiden ja -palvelujen perusteella siten, että 50 prosentin sopimusarvon rajaa sovelletaan kuhunkin muutokseen. Lisäksi direktiivi kieltää eksplisiittisesti lisätöiden ja -palveluiden hankkimisen vain säännöksen kiertämisen tarkoituksessa.¹⁴⁵

Kolmanneksi sopimusmuutokset ovat sallittuja olosuhdemuutostilanteissa, joihin hankintayksikkö ei ole voinut huolellisellakaan valmistautumisella varautua. Olosuhdemuutoksista johtuvia sopimusmuutoksia rajoittavat kuitenkin direktiivissä säännökset siitä, etteivät sopimusmuutoksen vaikutukset sopimuksen arvoon saa ylittää 50 prosenttia sen arvosta laskettuna. Edellä mainittu 50 prosentin muutosta alkuperäisen sopimuksen arvoon sovelletaan kuhunkin muutokseen erikseen.¹⁴⁶

Lisätöiden- ja palveluiden sekä olosuhteiden muuttumisesta johtuvien muutosperusteiden kohdalla direktiivissä on säädetty kieltä ketjuttaa muutoksia direktiivin säädösten kiertämiseksi. Kielto estää sopimusmuutosten epäasiallisen ketjuttamisen, jolla käytännössä voitaisiin kiertää direktiivin rajoituksia, koska artiklassa mainitut arvot lasketaan alkuperäisen sopimuksen arvosta, pois lukien indeksillä korotetut hinnat.

Edellisiin alakohtiin, lisätöihin ja olosuhdemuutosperusteisiin muutoksiin liittyen direktiivissä säädetään lisäksi ilmoittamisvelvollisuudesta. Hankintayksiköllä on velvollisuus ilmoittaa näillä perusteilla suoritetuista muutoksista Euroopan unionin virallisessa lehdessä julkaistulla ilmoituksella. Tällä menettelyllä pyritään turvaamaan hankintamenettelyjen avoimuutta ja suojaamaan hankintamenettelyyn osallistuneita tai sitä harkinneita yrityksiä epäasiallisilta menettelyiltä sopimusmuutoksia tehtäessä.

Neljäntenä sopimusmuutoksen perusteena direktiivissä mainitaan tilanteet, joissa sopimus-kumppani korvautuu kokonaan tai osittain uudella sopimus-kumppanilla. Sopijaosapuolen vaihdos voi direktiivin mukaan johtua esimerkiksi yrityskaupasta, fuusiosta, rakennejärjestelystä,

¹⁴⁵ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohta 1 b).

¹⁴⁶ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohta 1 c).

maksukyvyttömyydestä tai siitä on voitu sopia alkuperäisessä sopimuksessa artiklan 1 a –kohdan mukaisesti. Alkuperäisen sopimusosapuolen sijaan tulleen kumppanin täytyy kohdan mukaan täyttää samat laadulliset vaatimukset kuin alkuperäisenkin osapuolen. Sopimuskumppanin vaihdostilanteesta on direktiivin mukaan kysymys myös silloin, jos hankintayksikölle on kansallisessa lainsäädännössä annettu mahdollisuus vastata suoraan sopijaosapuolen velvoitteista.¹⁴⁷ Esimerkiksi suomalaisen kansalliseen lainsäädäntöön, hankintalakiin, tätä vaihtoehtoa ei ole implementoitu.

Sopimusmuutosartiklan, artiklan 72. 2-kohdassa säädetään tilanteista, joissa hankintasopimuksen muutosperusteena voi olla sen vähäisyys. Peruste on luonteeltaan eräänlainen yleisperuste, johon pohjautuen sopimukseen voidaan tehdä muutoksia silloin, kun ne ovat sopimuskokonaisuuteen nähden vähäisiä.¹⁴⁸ Direktiivissä vähäisyyttä on tulkittu siten, että vähäisellä muutoksella tarkoitetaan muutosta, jonka arvo verrattuna alkuperäiseen sopimukseen on enintään 10 prosenttia muissa hankinnoissa ja enintään 15 prosenttia rakennusurakoita koskevissa sopimuksissa. Muutos ei myöskään saa ylittää niitä kynnyksarvoja, jotka direktiivin neljännessä artiklassa on säädetty hankintojen kynnyksarvoiksi.

Huomionarvoista on, että tämän kohdan perusteella sopimusta voidaan muuttaa silloinkin, kun muutokset koskevat jotakin artiklan neljännen kohdan tarkoittamaa merkittävää muutosta. Muutoksen vähäisyydestä huolimatta sopimusmuutokseen ei kuitenkaan ole oikeutta, mikäli se muuttaisi koko hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn luonnetta.

Hankintadirektiivin 72. artiklan kolmannessa kohdassa säädetään niistä perusteista, joilla hankintasopimuksen muutoksien rahallisia arvoja arvioidaan silloin, kun sopimukseen on sisällynyt indeksiehto hintamuutoksista. Kohdan mukaan edellisissä kohdissa tarkoitetut prosenttiluvut tulee laskea indeksillä muutetusta arvosta.

Hankintadirektiivin 72. artikla sisältää sallittujen sopimusmuutosperusteiden lisäksi neljännessä kohdassa luettelon niistä tilanteista, jolloin hankintasopimuksen muutoksia ei ainakaan tule pitää vähäisinä. Tällaisia ovat muutokset, jotka jo alkuperäiseen hankintamenettelyyn si-

¹⁴⁷ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohta 1 d).

¹⁴⁸ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohta 1 e).

sältyneinä olisivat mahdollistaneet muidenkin kuin kilpailuun osallistuneiden tarjoajien osallistumisen siihen, olisivat mahdollistaneet muun kuin valitun tarjouksen hyväksymisen, tai olisivat yleisesti lisänneet hankintamenettelyyn osallistuneiden tarjoajien määrää.

Toiseksi direktiivissä muuna kuin vähäisenä sopimusmuutoksena pidetään tilanteita, joissa sen ehtoja muutetaan siten, että siitä tulee sopimuskumppanille taloudellisesti edullisempi tavalla, jota ei alkuperäisessä sopimuksessa ollut määritelty. Kolmanneksi kiellettyä on laajentaa sopimuksen soveltamisalaa huomattavasti alkuperäiseen hankintamenettelyyn verrattuna. Neljänneksi kiellettyä on korvata sopimuskumppani uudella sopimuskumppanilla muissa kuin direktiivissä edellä määritellyissä sopijaosapuolen rakenne- tai yritysjärjestelyistä tai yrityskaupoista johtuvista syistä.¹⁴⁹

Sopimusmuutoksien tarve on direktiivin perusteluosissa huomioitu kohdissa 109–111. Näissä kohdissa myönnetään toisaalta, että erityisesti pitkissä sopimuksissa hankintayksikkö voi joutua ennalta-arvaamattomiin tilanteisiin, joihin se ei ole voinut ennalta varautua. Perustelukohdan 109 mukaan tällöin tulee erityisesti huomioida valmisteluun käytettävien voimavarojen suhde hankintakohteen ennakoitavissa olevaan arvoon. Kyseessä on siis tietynlainen suhteellisuusperiaatteen ilmentymä. Kuitenkaan tämä periaate ei juurikaan vaikuta niihin keinoihin, joita hankintayksiköllä on käytettävissään hankintamenettelyissä. Perustelukohdassa 111 säädetään lähinnä vähämerkityksisistä mahdollisuuksista sopia sopimuksessa esimerkiksi hinnan indeksiin sitomisesta tai esimerkiksi sen varmistamisesta, että tietyt tekniset laitteet ovat käyttökelpoisia protokollan tai teknisten muutosten jälkeen.

3.6 Vuoden 2016 hankintalaki

Vuoden 2014 hankintadirektiivi on implementoitu suomalaiseen oikeusjärjestykseen lailla julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016), hankintalailla. Hankintalaissa sopimusmuutoksista säädetään lain 136 §:ssä. Hankintalain hankintadirektiivin sopimusmuutosartikkelia vastaava pykälä poikkeaa artiklasta lähinnä rakenteeltaan, asiasisältö on molemmissa yhtä poikkeusta lukuun ottamatta sama. Hankintadirektiivin sääntelyn yksityiskohtaisuutta kuvaa myös se, että direktiivin artiklojen sisällön lisäksi myös hankintalakia koskevan

¹⁴⁹ Hankintadirektiivi, 72. artikla, kohdat 4 a-d.

hallituksen esityksen yksityiskohtaiset perustelut on lähestulkoon kopioitu direktiivin perustelukohdista 109-111.¹⁵⁰

Myös hankintalaissa sopimusmuutoksia koskeva sääntely on direktiivin tapaan uutta, aiemmin voimassaolleeseen, sittemmin kumottuun hankintalakiin (348/2007) ei sisällynyt juurikaan sääntelyä sopimusmuutoksia koskien. Ainoana tällaisena säädöksenä voidaan pitää kumotun hankintalain (348/2007) 28 §:ää, jossa säädettiin suorahankinnoista lisätilauksiin liittyen¹⁵¹. Mainitussa vanhan hankintalain 28 §:n 2 momentissa suorahankinnan edellytyksiksi säädettiin hankinnan liityntä aiemmin kilpailutettuun hankintaan, johon on ennalta arvaamattomista syistä sen toteuttamisen mahdollistamiseksi hankittava lisäpalvelu tai –urakka. Toisena edellytyksenä suorahankinnan suorittamiselle on, ettei hankinta ole erotettavissa alkuperäisestä hankinnasta aiheuttamatta hankintayksikölle huomattavaa haittaa. Lisäedellytyksenä suorahankinnalle on se, ettei sen arvo saa olla yli 50 %:a suurempi alkuperäiseen sopimukseen verrattuna. Edelleen pykälän kolmannessa momentissa suorahankinta alkuperäisen sopimuksen toimittajalta on mahdollista, mikäli tätä koskeva ehto on sisällytetty alkuperäiseen sopimukseen ja sopimukseen sisällytävän option arvo on sisällytetty aiempaan sopimukseen. Verrattaessa edellä kuvattua sääntelyä esimerkiksi voimassaolevan hankintalain sopimusmuutoksia koskevan 132 §:n 2 mom 2-kohdan mukaiseen sääntelyyn, voidaan todeta sääntelyn olevan käytännössä identtistä. Näin ollen jo kumottua sääntelyä on luonnehdittava sopimusmuutoksia koskevaksi sääntelyksi.

Kotimaisissa tuomioistuimissa sopimusmuutoksia julkisissa hankinnoissa käsitteleviä ratkaisuja on annettu joitakin kappaleita. Sopimusmuutoksien rajoja ei kotimaisessa oikeuskäytännössä ole kuitenkaan haettu lainkaan niin laajasti kuin Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on tehty. Ratkaisuissa¹⁵²

Hankintalain sopimusmuutoksia sääntelevä 136 § on hankintadirektiiviin 72. artiklaan nähden peilikuvamainen. Pykälän ensimmäisessä momentissa säädetään pääsäännöstä, jonka mukaan sopimusta ei sopimuskauden aikana saa olennaisesti muuttaa ilman uutta hankintamenettelyä,

¹⁵⁰ Esimerkiksi direktiivin perustelukohdat 109 ja 111 on kopioitu hallituksen esitykseen sellaisenaan, HE 108/2016 vp, s. 227-228.

¹⁵¹ Jotkut tutkijat ovat esittäneet, ettei sopimusmuutossääntelyä olisi sisällytetty lainkaan aiempaan hankintalakiin. Tätä näkökantaa ovat edustaneet muun muassa Castrén 2014, s. 448 ja Halonen 2016, s. 5. Tätä kantaa on kuitenkin pidettävä virheellisenä. Aiempaan hankintalakiin sisällytyneet säädökset suorahankinnoista lisätilauksissa ovat itsestään selvästi sisällöllisesti sopimusmuutossääntelyä.

¹⁵² Esimerkkejä tällaisista ratkaisuista ovat muun muassa Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut KHO 2009:88 ja KHO 2010:20.

mikä artiklassa on säädetty vasta viimeisenä. Pykälän toisessa momentissa puolestaan säädetään tilanteista, joissa sopimusmuutokset ainakin ovat olennaisia. Luettelo vastaa jopa sanamuodoiltaan direktiivin 72. artiklan 4-kohdan luetteloa.

Hankintalaissa 136 §:n kolmas momentti sisältää hankintadirektiivin 72. artiklan 1-kohdan säännökset siitä, milloin hankinta voidaan katsoa olevan sellainen, että se ei edellytä uuden hankintamenettelyn suorittamista. Direktiivin järjestyksestä poiketen sallittujen sopimusmuutosten enimmäisarvot verrattuna alkuperäiseen hankintaan sekä niiden laskentaperusteet on otettu pykälän momenteiksi neljä ja viisi.

3.7 Sopimusmuutoksille asetetut rajoitukset Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä

3.7.1 Succhi di Fruta –tapaus C-496/99

Euroopan Unionin sopimusmuutoksia julkisissa hankinnoissa koskeva sääntely on kehitetty oikeuskäytännössä. Yksi ensimmäisistä merkittävistä tapauksista, joissa Euroopan Unionin tuomioistuin on luonut rajoja sallituille sopimusmuutoksille, on tuomioistuimen 29.4.2004 antama tuomio tapauksesta C-496/99, eli niin sanotusta Succhi di Fruta –tapauksesta.

Asiassa oli kysymys neuvoston asetuksella 4.8.1995 päättämästä elintarvikkeiden toimittamisesta Georgian, Armenian, Azerbaidžanin, Kirgisian ja Tadžikistanin väestölle. Päätös pantiin toimeen neuvoston asetuksella 2009/95, joka annettiin 18.8.1995. Elintarvikkeet toimitettiin tarjouspyynnön mukaisesti neuvoston asetuksessa tarkoitettuihin maihin esimerkiksi hedelmämehuina tai hilloina. Vastineeksi edellä mainitulle alueelle toimittamistaan elintarvikkeista tuottajat saivat sovitun määrän raaka-aineita EU:n interventiovarastoista. Lisäksi tuottajilla oli tarjouspyynnön mukaisesti mahdollisuus saada korvausta esimerkiksi kuljetus- ja jalostuskustannuksista. Tarjouspyynnön mukaisesti hedelmämehuja ja –hilloja oli tarkoitus tuottaa appelsiineista ja omenoista. Tarjouspyynnössä oli nimenomaisesti mainittu, että tarjoukset, jotka eivät täytä täydellisesti siinä mainittuja ehtoja, tai sisältävät joitakin muita ehtoja, kuin niitä, jotka tarjouspyynnössä on mainittu, voidaan hylätä.¹⁵³

Kantaja CAS Succhi di Fruta SpA (myöhemmin Succhi di Fruta) oli osallistunut tarjouskilpailuun ja tarjoutunut toimittamaan 500 tonnia omenamehua (tarjouspyynnön erä nro 1) ja 500

¹⁵³ C-496/99, kohdat 2-5, 8 ja 14.

tonnia 50 prosenttista omenamehutiivistettä (tarjouspyynnön erä nro 2) 12 500 tonnin ja 25 000 tonnin omenaeriä vastaan. Tarjouskilpailun voitti Trento Frutta SpA erän 1 osalta ja Loma GmbH erän 2 osalta. Loma GmbH oli tarjoutunut suorittamaan mainitun tarjouspyynnön 2 erän omenamehutiivistettä 13 500 tonnin omenaerää vastaan. Trento Frutta oli tarjouksessaan erän 1 osalta tarjoutunut vastineeksi omenamehun toimittamisesta ottamaan vastaan 8000 tonnia omenoita, tai mikäli ensiksi mainituista olisi pulaa, vastaavan määrän persikoita.¹⁵⁴

Tarjouskilpailun jälkeen komissio päätti 14.6.1996, että vastineeksi tarjouspyynnössä esitettyjen erien toimittamisesta voidaan interventiovarastojen kautta antaa myös persikoita ja aprikosseja mikäli omenoista ja appelsiineista olisi varastoissa pulaa. Tätä päätöstä komissio muutti edelleen 22.7.1996 siten, että vastineeksi tarjouspyynnön mukaisista valmisteista voidaan antaa myös nektariineja, koska saatavilla olevien persikoiden ja nektariinien määrä ei ole riittävä hankintatoimenpiteiden loppuunsaattamiseksi. Päätöstään komissio perusteli interventio- eli poisvetämismenettelyn loppuvaiheella, jonka vuoksi tarjouspyynnössä esitettyjen raaka-aineiden määrät olivat vähäisiä. Tämän vuoksi komissio katsoi olevan välttämätöntä korvata tarjouspyynnössä esitettyjä raaka-aineita toisilla, jotta hankinta ylipäättänsä voidaan saattaa loppuun.¹⁵⁵

Tarjouskilpailun hävinnyt Succhi di Fruta valitti komission tekemästä päätöksestä. Yritys nosti ensinnä sen toimeenpanoon liittyen kanteen Italian interventioasioista vastaavaa virastoa kohtaan Italialaisessa alioikeudessa, missä se vaati viraston tekemän päätöksen kumoamista. Lisäksi Succhi di Fruta ilmoitti sen pyynnöstä komission maatalousasioista vastaavassa osastossa 6.9.1996 pidetyssä kokouksessa tyytymättömyyttä komission tekemään ratkaisuun erityisesti siltä osin, kun se koski tarjouspyynnössä mainittujen hedelmien korvaamista toisilla hedelmillä. Edelleen kantaja Succhi di Fruta piti komission käyttämiä eri hedelmien välisiä muuntokertoimia väärinä, mistä se toimitti elokuussa 1996 komissiolle Padovan yliopiston tekemät laskelmat, joissa oli perehdytty eri hedelmien välisiin muuntosuhteisiin taloudellisessa käytössä.¹⁵⁶

¹⁵⁴ C-496/99, kohdat 15-17.

¹⁵⁵ C-496/99, kohdat 20, 21 ja 23.

¹⁵⁶ C-496/99, kohdat 26-28.

Komissio muutti vastineeksi toimituksista annettujen eri hedelmien välisiä muuntokertoimia päätöksellään 6.9.1996. Succhi di Fruta haki tähän päätökseen muutosta valittamalla siitä unionin ensimmäisen asteen tuomioistuimeen 25.11.1996 ja päätöksestä 22.7.1996 kirjelmällä 9.4.1997. Tuomioistuimessa mainitut asiat yhdistettiin yhdeksi kokonaisuudeksi.¹⁵⁷

Käsitellessään pääasiaa, mahdollisuutta muuttaa hankintasopimusta edellä kuvatulla tavalla, Unionin ensimmäisen asteen tuomioistuin totesi, että toteuttaessaan hankintaa komissio on rikkonut avoimuusperiaatetta, yhdenvertaisuusperiaatetta sekä tätä tarjouskilpailua koskenutta asetusta, minkä vuoksi päätös on kumottava. Edelleen tuomioistuin katsoi tuomiossaan, ettei komissio olisi saanut muuttaa tarjouskilpailun pohjana olleessa asetuksessa mainittuja sopimusehtoja niin olennaiselta osaltaan kuin tuotteista saatavan vastikkeen osalta ilman uuden tarjouskilpailun järjestämistä.¹⁵⁸

Komissio valitti ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisusta Euroopan Unionin tuomioistuimeen vaatien annetun tuomion kumoamista sekä Succhi di Frutan kanteen tutkimatta jättämisestä tai toissijaisesti sen hylkäämistä. Unionin tuomioistuin hylkäsi vaatimuksen tutkimatta jättämisestä ja päätti käsitellä asian.¹⁵⁹

Pääasian, sopimuksen muuttamisen osalta, Euroopan unionin tuomioistuin totesi tarjouspyynnössä olleen ehdon, jonka mukaan tarjous, joka poikkeaa tarjouskilpailussa esitetyistä ehdoista, tulevan hylätyksi. Tuomioistuimen mukaan tästä tulee tehdä se johtopäätös, että hankintayksikkökään ei voi myöhemmin tekemällään päätöksellä muuttaa tarjouskilpailussa käytettyjä ehtoja, jos ehtojen muuttaminen johtaisi tilanteeseen, jossa tarjoajat olisivat voineet tämän seurauksena antaa kilpailussa merkittävästi erilaisen tarjouksen. Edelleen tuomioistuin totesi sopimuksen muuttamisen tarjouskilpailuissa esitettyihin ehtoihin verrattuna olevan kiellettyä, jos se tapahtuu sopimuksen tekemisen jälkeen ja se koskee sopimuksen kannalta merkittävää ehtoa. Tällaisena merkittävänä ehtona tuomioistuin piti tuomiossaan tuotteiden maksutapaa koskevaa ehtoa. Kiellosta muuttaa hankinnan ehtoja tarjouskilpailussa määritellyistä ehdoista voidaan

¹⁵⁷ C-496/99, kohdat 32 ja 34. Kantaja Succhi di Fruta perusteli aiempaa päätöstä koskevan kanteen myöhäistä nostoajankohtaa sillä, että se oli saanut asiasta tiedon vasta tammikuun lopussa 2017 välitoimimenettelyn yhteydessä.

¹⁵⁸ C-496/99, kohdat 77 ja 81–82. Asiaa koskevassa prosessissa esitettiin eri vaiheissa lukuisia prosessiväitteitä, joihin tuomioistuin myös otti kantaa. Näiden väitteiden käsittely ei kuitenkaan ole tämän tutkielman keskeisenä tutkimuskohteena olevan pääasiaratkaisun ja sen perustelujen kannalta relevanttia, joten näitä väitteitä ei ole enemmälti käsitelty tässä yhteydessä.

¹⁵⁹ C-496/99, valitus, kohta 9.

tuomioistuimen mukaan poiketa ainoastaan siinä tapauksessa, että tästä on alkuperäisessä tarjouspyynnössä ollut maininta, ja siinä on esitetty ne yksityiskohtaiset säännöt ja menettelylliset puitteet joiden perusteella sopimusta voidaan myöhemmin muuttaa.¹⁶⁰ Päätöksessään tuomioistuin katsoi alkuperäisen komission hankintamenettelyn päättymisen jälkeen tekemien sopimusmuutosten loukkaavan erityisesti avoimuusperiaatetta ja yhdenvertaisuusperiaatetta.¹⁶¹

Sopimuksen mukaisten velvoitteiden täyttämisestä suoritettava korvaus on ehtona sillä tavoin olennainen, ettei sitä tule muuttaa ilman uutta kilpailutusta kuin tiukasti rajattujen ehtojen puitteissa, kuten nyt voimassa olevassa hankintadirektiivissä tehdään¹⁶². Kyseisessä hankinnassa ilmeisiä ongelmia liittyi myös niihin muutokertoimiin, joilla eri hedelmiä annettiin korvauksena hankinnassa toimitetuista tuotteista¹⁶³. Mikäli näin ei olisi ollut, herää kuitenkin kysymys, olisiko sopimusmuutoksessa ollut lopulta kysymys mistään muusta kuin eräänlaisesta valuuttakurssin muutoksesta? Vaihdon välineinä käytettäessä erilaiset hedelmät voitanevat katsoa analogisesti erilaisiksi valuutoiksi, joilla on erilainen arvo, kuten eri valuutoillakin on. Asiassa ratkaisuehdotuksen tehneen Siegbert Alberin mukaan keskeisenä erona eri hedelmien ja valuuttojen välillä on se, että persikoilla ja omenoilla on erilainen käyttötarkoitus, toisin kuin eri valuutoilla.¹⁶⁴ Seuraavana käsiteltävässä *Presstext*-tapauksessa valuuttakurssimuutos ja siitä seurannut hintojen pyöristäminen alaspäin puolestaan katsottiin sallituksi sopimusmuutokseksi

3.7.2 *Presstext* –tapaus C-454/06

Asiassa oli kysymys Itävallan valtion ennen Euroopan unioniin liittymistään vuonna 1994 uutistoimisto APA:n kanssa tekemästä sopimuksesta. Sopimuksella sovittiin itävaltalaisien viranomaisten oikeudesta käyttää uutisarkistopalveluita ja toisaalta välittää omia tiedotteitaan APA:n kautta tiedotusvälineiden saataville. Sopimus oli voimassa toistaiseksi, mutta siihen sisältyi ehto, jonka mukaan sitä ei saanut irtisanoa ennen vuoden 1999 loppua. Alkuperäiseen sopimukseen sisältyi myös indeksiin sidottu hinnankorotusehto.¹⁶⁵

¹⁶⁰ C-496/99, valitus, kohdat 116-118 ja 126.

¹⁶¹ C-496/99, valitus, kohdat 121-123, 125 ja 126.

¹⁶² Hankintadirektiivin 72. artiklan 1 b) ja 2 kohdat.

¹⁶³ C-496/99, valitus, kohta 28.

¹⁶⁴ Julkisasiameiehen ratkaisuehdotus asiassa C-496/99, kohta 74.

¹⁶⁵ C-454/06, kohdat 10, 11 ja 13.

Syyskuussa 2000 APA perusti APA-OTS –nimisen, 100 prosenttisesti omistamansa tytäryhtiön, jolle se siirsi kyseiseen sopimukseen liittyvät vastuut. APA ilmoitti asiasta Itävallan valtiolle, ja vakuutti ilmoituksessa APA-OTS:n vastaavan kaikista alkuperäiseen sopimukseen liittyvistä vastuista. APA:n ja sen tytäryhtiön välillä oli lisäksi tehty voittojen ja tappioiden siirtämistä koskeva sopimus.¹⁶⁶

Siirtämällä sopimuksen tytäryhtiölleen ja ilmoittamalla siitä sopijapuolelleen, Itävallan valtiolle, APA suoritti sopijapuolen vaihdoksen uudelle sopimusosapuolelleen. Sopijaosapuolen vaihdoksia on säännelty joissakin erityislaeissa, joista suomalaisesta oikeusjärjestyksestä voidaan mainita esimerkkeinä asuinhuoneiston vuokraamisesta annettu laki (481/1995), liikehuoneiston vuokraamisesta annettu laki (482/1995) sekä maanvuokralaki (258/1966). Pääsääntönä on kuitenkin pidettävä sopijaosapuolten vaihdoksen tarkastelemista yleisten saamisoikeuksien ja velallisen vaihdosta koskevien periaatteiden mukaisesti. Tämä puolestaan edellyttää sopimuksen erisuuntaisten velvoitteiden hajottamista osiinsa siten, että kunkin velvoitteen siirtymistä tarkastellaan erikseen. Tällaista menettelytapaa noudatetaan myös DCFR:ssä ja UNIDROIT:n periaatekokoelmissa.¹⁶⁷

Oikeustoimipillisesti tapahtuma voitaisiin jakaa osiin siten, että APA-OTS oli tapauksessa antamalla velvoittautunut suorittamaan sen mukaisia palveluita itävaltalaisille viranomaistahoille. Itävallan valtiolla voidaan siis katsoa olleen tilanteessa oikeus OTS:n tuottamaan palveluun. Itävallan valtiolle sopimuksessa syntyi puolestaan näitä palveluita vastaava maksuvelvoite. Velvoiteoikeudellisena peruslähdekohtana voidaan pitää sitä, että saamisoikeudet ovat aina siirrettävissä. Saamisoikeuden siirto ei kuitenkaan tuota siirronsaajalle parempaa oikeutta kuin alkuperäisellä saajalla oli.¹⁶⁸

Suoritusvelvollisuuden osalta siirtokelpoisuus on lähtökohtaisesti rajatumpi. Erityisesti velan osalta velallinen ei voi vaihtaa tilalleen toista velallista ilman velkojan suostumusta. Velallisen vaihtuminen edellyttää, että uusi velallinen sitoutuu aiempaan velkasuhteeseen ja sen ehtoihin, Velkojan on myös hyväksyttävä tuo sitoutuminen ja vapautettava aiempi velallinen suoritusvelvollisuudestaan.¹⁶⁹

¹⁶⁶ C-454/06, kohdat 14-15.

¹⁶⁷ Norros 2018, s. 359-360, DCFR III 5:301 ja UNIDROIT 9.3.7.

¹⁶⁸ Norros 2018, s. 326-327 ja 330-331.

¹⁶⁹ Norros 2018, s. 351-352 ja 354-355.

Vuonna 1994 tehtyä sopimusta muutettiin vuonna 2001 tehdyillä muutoksilla 2002 vuoden alusta lukien siten, että media-arkistojen ja artikkeleiden käytöstä peritty vuosimaksu pyöristettiin euroihin siirtymisen vuoksi 800 000 euroon, mikä vastasi 0,3 prosentin suuruista alennusta. Toiseksi osapuolet muuttivat sopimuksessa käytettyä vertailuindeksiä vastaamaan käytettävissä olevaa indeksiä. Kolmanneksi sopijaosapuolet sopivat tiedotteidenvälityspalveluiden hinnoista kiinteästi indeksiin sidotuista hinnoista poiketen siten, että vuoden 2002 osalta APA antoi hintaan 2,94 prosenttia vastaavan ja vuoden 2003 osalta 1,47 prosenttia vastaavan alennuksen. Vuonna 2005 tehdyillä muutoksilla, jotka astuivat voimaan vuoden 2006 alusta, sopimusta muutettiin edelleen siten, että APA lisäsi antamansa alennuksen määrää ja alkuperäiseen sopimukseen sisältyneen irtisanomiskiellon voimassaoloaikaa pidennettiin vuoden 2008 loppuun saakka.¹⁷⁰

Kantaja presstext Nachrichtenagentur GmbH (jatkossa Presstext) oli tarjonnut uutistoimistopalveluitaan Itävallan valtiolle vuonna 2004, mutta tarjous ei ollut johtanut sopimukseen. Heinäkuussa 2006 Bundeswergabeamtissa nostamissaan kanteissa Presstext vaati, että valtion APA:n kanssa solmimat sopimusmuutokset vuosilta 2001 ja 2005 sekä vuonna 2000 suoritettu tytäryhtiöjärjestelystä johtunut muutos, joita kantaja piti tosiasiallisina hankintamenettelyinä, julistetaan laittomiksi.¹⁷¹

Bundeswergabeamt päätti tilanteessa pyytää Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua kaikkiaan seitsemään eri kysymykseen. Itävaltalaistuomioistuimen kysymykset käsittelivät ensiksi sitä, millaisia hankintasopimukseen tehtäviä muutoksia voidaan pitää uuden sopimuksen tekemisenä. Nämä kysymykset koskivat sitä onko palveluntarjoajan muuttuminen toiseksi sellainen muutos, jonka sopimusten tekoaikaan voimassaollut hankintadirektiivi¹⁷² kieltää, jos uusi palveluntarjoaja on täysin alkuperäisen palveluntuottajan omistuksessa, vaikka omistuksen pysyvyydestä ei olekaan takeita. Toiseksi tuomioistuin kysyi sopimusmuutoksiin liittyen, onko indeksiehtoon ja hintoihin tehtävillä muutoksilla merkitystä, jos ne johtuvat euroon siirtymisestä ja mikä merkitys asiassa on toistuvaan sopimukseen tehdyillä irtisanomiskiellon jatkamisella kolmen vuoden ajaksi. Edellisiin kysymyksiin liittyen itävaltalainen oikeusistuin pyysi Euroopan unionin tuomioistuinta ottamaan kantaa myös siihen, edellyttävätkö edellä kuvatut

¹⁷⁰ C-454/06, kohdat 17-23.

¹⁷¹ C-454/06, kohdat 24 ja 25.

¹⁷² Kyseessä oleva direktiivi oli direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistelyjen yhteensovittamisesta.

menettelyt avoimuusperiaatteen tai jonkin muun periaatteen mukaisesti uuden tarjouskilpailun järjestämistä asiassa.¹⁷³

Ennakkoratkaisussaan Euroopan unionin tuomioistuin katsoi, että julkista hankintaa koskevan sopimukseen tehtyä muutosta voidaan pitää avoimuuden ja yhdenvertaisuuden periaatetta rikkovana uutena sopimuksena, jos nämä sopimusmääräykset ovat olennaisesti erilaisia, kuin alkuperäisessä sopimuksessa olevat määräykset ja ne osoittavat osapuolten tahtoa neuvotella sopimus uudelleen. Muutoksen olennaisuudelle tuomioistuin asettaa kolme kriteeriä. Olennainen muutos on ensinnä muutos, joka alkuperäisiin ehtoihin sisältyneenä ehtona olisi johtanut siihen, että tarjouskilpailuun olisi voinut osallistua muitakin tarjoajia, kuin ne, jotka siihen ovat osallistuneet, tai jos muutetuista ehdoista olisi seurannut se, että alkuperäisessä hankintamenettelyssä valituksi olisi tullut joku toinen tarjoaja. Toinen olennaisen muutoksen tunnusmerkki on se, miten se vaikuttaa sopimuksen laajuuteen. Olennaisessa sopimusmuutoksessa sopimuksen soveltamisala laajenee merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joita alkuperäisessä sopimuksessa siihen ei sisältynyt. Kolmantena olennaisuuden kriteerinä sopimusmuutoksia koskien tuomioistuin pitää sitä, miten muutos vaikuttaa sopijaosapuolten keskinäiseen tasapainoon. Sopijakumppanien tasapainoa arvioitaessa tulee tarkastella sitä, hyödyttääkö alkuperäiseen sopimukseen tehty muutos sopijaosapuolena toimivaa yritystä.¹⁷⁴

Kyseessä olevassa tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin pohtii aluksi, onko asiassa tapahtuneessa sopijaosapuolen vaihdoksessa kyse sopimuksen olennaisesta muutoksesta. Unionin tuomioistuimen mukaan pääsääntöisesti sopijaosapuolen muutos on aina olennainen muutos. Poikkeuksen tähän pääsääntöön muodostaa vain se, jos alkuperäisessä sopimuksessa on ollut mahdollisuus määrätä tällaisesta ehdosta esimerkiksi alihankinnan puitteissa. Kyseisessä tapauksessa tuomioistuin kiinnitti kuitenkin huomiota siihen, että uusi sopijakumppani, APA-OTS on APA:n kokonaan omistama yhtiö, jossa se myös käytti päätösvaltaa. Lisäksi APA:n puolesta oli vakuutettu hankintaviranomaiselle, että tytäryhtiön perustaminen ei vaikuta millään tavoin sopimusvelvoitteiden täyttämiseen, vaan nämä velvoitteet tullaan täyttämään kuten ennenkin. Euroopan unionin tuomioistuimen mukaan tällainen muutos merkitsee asiallisesti sopijaosapuolen sisäistä uudelleenjärjestelyä, jossa ei ole kysymys sopimusmuutoksesta.¹⁷⁵

¹⁷³ C-454/06, kohta 27.

¹⁷⁴ C-454/06, kohdat 34-37. Ks. myös Castrén 2014, s 454.

¹⁷⁵ C-454/06, kohdat 40-45.

Tuomioistuin otti ennakkoratkaisussaan kantaa myös tilanteeseen, jossa alkuperäisen sopija-osapuolen tai sen muodostaman tytäryhtiön yhtiöosuudet luovutettaisiin sopimusaikana kolmannelle osapuolelle. Unionin tuomioistuimen mukaan tällainen voisi muodostaa olennaisen sopimusmuutoksen. Kuitenkaan niin kauan, kuin tällaista ei ole tapahtunut tai siitä ei ole sovittu, sille ei tule myöskään antaa merkitystä asian ratkaisemisessa. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa todetaan, että yleinen oikeusvarmuus vaatii sitä, että ratkaisut tehdään *ex ante*, oikeustoimen toteuttamishetkellä, eikä ennakoiden jotakin mahdollisesti myöhemmin tapahtuvaa¹⁷⁶. Viranomaisella ei unionin tuomioistuimen mukaan voi olla takeita siitä, etteikö palveluntarjoajan kokoonpano muuttuisi sopimusaikana. Pörssissä noteerattavien yhtiöiden kohdalla muutokset yhtiön omistus pohjassa ovat jopa todennäköisiä. Näin ollen tämä seikka ei tuomioistuimen mukaan muuta pääsääntöä, jonka mukaan sopijaosapuolen sisäiset uudelleenjärjestelyt eivät ole olennaisia sopimusmuutoksia.¹⁷⁷

Julkisasiamies Julianne Kokott perustelee ratkaisun lähtökohtana olleessa ratkaisuehdotuksessaan laajemmin sitä, miksi sopijakumppanin vaihdos on olennainen sopimusmuutos. Kokott katsoo, että korvattaessa sopijakumppani toisella yritysjärjestelyn kautta ilman hankintakilpailua, vertailua muihin tarjoihin ei suoriteta missään vaiheessa eikä tämän toimittajan ole tarvinnut kilpailla sopimuksesta prosessin aikana. Julkisasiamies katsoo, että tilanteissa, joissa hankintasopimus annettaisiin yritykselle, joka ei ole osallistunut alkuperäiseen tarjouskilpailuun, on tämän vuoksi olemassa vaara hankintasäännösten kiertämisestä, kilpailun vääristymisestä ja uuden sopijakumppanin asettamisesta muita toimittajia parempaan asemaan.¹⁷⁸

Julkisasiamies Kokott antaa asiassa merkitystä myös sille, millainen oikeushenkilö hankintayksikön sopijakumppani on. Jos julkisessa hankinnassa viranomaisen sopijakumppani on oikeushenkilö, joka vastaa itsenäisesti sitoumuksistaan, ei muutoksilla sen osakkaiden kokoonpanossa ole sopimuksen suhteen olennaista merkitystä. Sen sijaan jos kyseessä on yhteenliittymä, jolla ei ole omaa itsenäistä oikeushenkilön asemaa, muutos yhteenliittymän osakkaissa on lähtökohteisesti aina olennainen sopimusmuutos.¹⁷⁹

Martina Castrén on vuonna 2008 *Defensor Legis* –lehdessä julkaistussa artikkelissaan nostanut esille tuomioistuimen pressetext -ennakkoratkaisun merkityksen liiketoimintaa koskevien

¹⁷⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-454/06, kohta 64.

¹⁷⁷ C-454/06, kohdat 46-52.

¹⁷⁸ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-454/06, kohta 54.

¹⁷⁹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus tapauksessa C-454/06, kohta 68-69.

transaktioiden kohdalla tapauksissa, joissa kohdeyritys on ollut sopijaosapuolena julkisissa hankintasopimuksissa. Castrén huomauttaa, että mainituissa tilanteissa yrityskauppa on ennakkoratkaisun perusteella mahdollista suorittaa osakekauppana, mutta ei liiketoimintakauppana, jossa luovutuksen kohteena olisi liiketoiminta, johon kuuluu sopimuksia julkisista hankinnoista.¹⁸⁰

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisua ja sen perustana ollutta julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotusta on syytä kritisoida tältä osin. Jos liiketoimintakaupan kohteena on toiminta, jonka osana on julkista hankintaa koskeva sopimus, joka on solmittu asianmukaisen hankintamenettelyn perusteella, tuo sopimus on saavutettu syrjimättömissä, tasavertaisissa ja avoimissa kilpailuolosuhteissa. Mikäli tuon sopimuksen sisältänyt liiketoiminta luovutetaan kolmannelle osapuolelle, joka sitoutuu tehtyyn alkuperäiseen hankintasopimukseen, kuten yleisen sopimusten sitovuuden periaatteen mukaisesti on syytä olettaa, on syytä kysyä mikä tekee tästä sopimussuhteesta sellaisen, että on syytä olettaa sen lähtökohtaisesti johtavan hankintasäännösten kiertämiseen, kilpailun vääristymiseen tai asettavan uuden sopijakumppanin muita toimittajia parempaan asemaan? On tietenkin selvää, että liiketoimintakaupassa sopijakumppaniksi tulee oikeussubjekti, joka ei aiemmassa sopimuksessa ole tässä asemassa ollut, mutta tämäkään ei mielestäni aiheuta ongelmia sopimussuhteessa, mikäli sopimuksessa sitoudutaan sen täyttämiseen ja uusi sopijakumppani täyttää alkuperäiset soveltuvuusstandardit, esimerkiksi liikevaihdon, yrityksen johtohenkilöiden taustan osalta. Pyrkimykset kiertää esimerkiksi harmaan talouden, korruption tai rikollisen toiminnan estämiseksi julkisissa hankinnoissa annettuja säädöksiä liepee mahdollista torjua uutta hankintamenettelyä helpommin sopimusehdoilla, jotka edellyttävät myös mahdollista uutta sopijakumppania täyttämään vastaavat kelpoisuusvaatimukset ja sopimusehdot kuin mihin alkuperäinen sopimuksen osapuoli oli sitoutunut. Hankintadirektiivissä tällaisia muutoksia ei kuitenkaan edelleenkään mahdollisteta¹⁸¹.

Esimerkiksi Poulsen on katsonut kyseessä olevaan tapaukseen viitaten, tosin edellisen hankintadirektiivin sääntelyn voimassaollessa, että tilanteissa, joissa sopimuskumppanin vaihtumisesta johtuvat sopimusmuutokset rajoittuvat muutoin lähinnä teknisiin yksityiskohtiin, sopimuskumppanin vaihtaminen ilman uutta hankintamenettelyä voisi olla mahdollinen. Hän huomauttaa, että nimenomaan pitkäkestoissa sopimuksissa esimerkiksi sopimuskumppanin insolvenssitilanteet voivat johtaa tilanteeseen, jossa sopimuskumppanin vaihtaminen on perusteltua

¹⁸⁰ Castrén 2014, s. 457.

¹⁸¹ Hankintadirektiivi, 72. artikla 1 d) –kohta, hankintadirektiivin perustelukohta 110.

ilman uutta kilpailumenettelyä toiminnan jatkuvuuden turvaamiseksi, etenkin jos uusi sopimus-kumppani vastaa kaikista sopimuksen velvoitteista kuten alkuperäinenkin kumppani, eikä hankintayksiköllä ole ollut vaikutusta sopijakumppanin vaihtumiseen. Toisaalta hän huomauttaa, että julkisia hankintoja koskevien direktiivien kaikkein keskeisin tehtävä on nimenomaan rajoittaa hankintayksikön mahdollisuuksia sopimus-kumppaniensa valintaan. Näillä rajoituksilla pyritään turvaamaan taloudellisten toimijoiden tasapuolinen kohtelu julkisissa hankinnoissa. Poulsenin mukaan mahdollisuus vaihtaa sopimus-kumppania sopimuskauden aikana sisältää tämän vuoksi hankintalainsäädännön kiertämisen riskin, minkä vuoksi sopimus-kumppanin vaihtamisen on oltava rajoitettua.¹⁸²

Toiseksi Euroopan unionin tuomioistuin käsitteli ennakkoratkaisussaan muutetussa sopimuksessa tehtyjen hinnanalennusten ja indeksiehdon muutoksen olennaisuutta hankintasopimuksen kannalta. Ensin tuomioistuin totesi *Succhi di Fruta* –ratkaisuun viitaten, että hinnanmuutos on sopimuksen olennainen ehto. Toisaalta tuomioistuin katsoi, että kyseessä olevassa tapauksessa hinnanmuutos johtui euroon siirtymisestä johtuneista pyörityksistä talalukuihin. Lisäksi nämä pyöritykset olivat suuruusluokaltaan pieniä, 0,3 prosenttia sekä 2,94 ja 1,47 prosenttia. Edelleen tuomioistuimen mukaan huomioon oli otettava se, että pyörityksillä hankitun palvelun hinta laski, mikä siis tapahtui sopimus-kumppaniksi valitun yrityksen vahingoksi. Tällä perusteella unionin tuomioistuin katsoi, etteivät hinnanalennukset muodostaneet olennaista sopimusmuutosta kyseisessä tapauksessa. Indeksiehdon muuttamisen osalta tuomioistuin katsoi, että jo alkuperäisessä sopimuksessa oli ollut ehto, jonka perusteella siinä käytetty indeksi oli mahdollista korvata uudemmalla, saman tutkimuslaitoksen tilastolla. Koska tehty muutos perustui alkuperäiseen sopimukseen sisältyneeseen ehtoon, ja sillä ainoastaan korvattiin vanhempi indeksi uudemmalla, kyseessä ei ennakkoratkaisun mukaan ollut olennainen sopimusmuutos.¹⁸³

Kolmanneksi Euroopan unionin tuomioistuin otti kantaa itävaltalaistuomioistuimen kysymyksiin siitä, miten unionin oikeuden näkökulmasta on arvioitava sopimukseen vuonna 2005 tehtyjä muutoksia, joilla sovittiin sopimuksen irtisanomiskiellosta vuosille 2005-2008 sekä lisälennuksista palveluhinnastoon. Unionin tuomioistuin katsoo ennakkoratkaisussaan, että sopimus julkisesta hankinnasta, joka on tehty toistaiseksi voimassaolevana, on poikkeuksellinen. Toisaalta tuomioistuin toteaa, ettei sellaista nimenomaisesti kielletäkään unionin oikeudessa.

¹⁸² Poulsen 2012, s. 183-184, samaan kysymykseen huomiota kiinnittää myös Arrowsmith 2014, s. 578.

¹⁸³ C-454/06, kohdat 59, 62, 63 ja 64-67.

Sama koskee ennakkoratkaisun mukaan myös irtisanomiskiellon sisältävää lauseketta. Tapauksessa alkuperäisen sopimuksen irtisanomiskieltolausekkeen voimassaolo oli päättynyt jo vuoden 2000 alussa, eikä sopimusta ollut tämän jälkeen irtisanottu vuoteen 2006 mennessä. Asiassa ei ollut näytetty myöskään, että hankintaviranomaisella olisi ollut tarkoitustakaan irtisanoa sopimusta vuosina 2005-2008. Tämän vuoksi ei kyseistä irtisanomisehtoa voitu tuomioistuimen mukaan pitää olennaisena muutoksena, mikäli tällaista lauseketta ei systemaattisesti sisällytetä mahdollisiin jatkosopimuksiin.¹⁸⁴

Alennuksen korottamisen osalta tuomioistuin totesi, että lisäalennuksen myöntämisellä sopimusta ei muuteta sopijaosapuoleksi valitun yrityksen eduksi, vaan tämän vahingoksi. Tämä ei tuomioistuimen mukaan voi johtaa kilpailun vääristymiseen. Tästä johtuen alkuperäisen sopimuksen mukaiseen alennusprosenttiin tehtyä korotusta ei Euroopan unionin tuomioistuimen mukaan voinut pitää olennaisena muutoksena alkuperäiseen sopimukseen nähden. Käsittelemiinsä kysymyksiin viitaten unionin tuomioistuin ei katsonut tarpeelliseksi vastata enää itävaltalaisuomioistuimen muihin kysymyksiin.¹⁸⁵

3.7.3 *Wall –tapaus C-91/08*

Tapauksessa oli kyse Frankfurtin kaupungin tekemästä, yleisö-WC-tilojen huoltoa, siivousta sekä kunnossa- ja ylläpitoa koskevasta konsessiosopimuksesta¹⁸⁶. Hankinta käynnistyi joulukuussa 2002, kun Frankfurtin kaupunki julkaisi virallisessa lehdessään Euroopan Unionin laajuisen ilmoituksen 11 kaupunkialueella sijaitsevien julkisten käymälöiden yllä- ja kunnossapidosta, huollosta ja siivouksesta. Lisäksi tarjouspyynnössä edellytettiin, että kaksi yleisö-WC:tä rakennettaisiin uudelleen. Vastineeksi kilpaillun voittaja saisi oikeuden kerätä maksuja noissa käymälöissä asioinnista sekä oikeuden käyttää kyseisissä yleisö-WC-tiloissa ja muualla Frankfurtin kaupungin alueella sijaitsevia mainospaikkoja.¹⁸⁷

¹⁸⁴ C-454/06, kohdat 73-75 ja 78-80.

¹⁸⁵ C-454/06, kohdat 85-86.

¹⁸⁶ Konsessio- tai käyttöoikeussopimuksessa on kysymys sopimustyyppistä, jossa sopimuksen saaja kantaa sopimukseen sisältyvän liiketoimintariskin. Tämän riskin sopimuksensaaja puolestaan kattaa joko osittain tai kokonaan keräämällä maksuja liiketoiminnasta, johon se on saanut oikeuden sopimuksen kautta. Konsessio- eli käyttöoikeussopimuksen tunnusmerkeistä laajemmin esimerkiksi Tolonen ja Siivonen 2017, s. 338-345.

¹⁸⁷ C-91/08, kohta 11.

Frankfurtin kaupungin tarjouspyyntöön vastasi kaikkiaan viisi yritystä, joiden joukossa olivat kantaja Wall AG, sekä jätehuoltoon, puhtaanapitoon ja liikenneturvallisuuteen erikoistunut yritys, Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (jatkossa FES). Frankfurtin kaupunki omisti FES:stä enemmistön, 51 prosenttia, mutta yhtiöjärjestysmääräyksen perusteella se ei voinut käyttää yhtiössä päätösvaltaa, koska päätökset tuli yhtiössä tehdä kolmen neljäosan enemmistöllä ja kaupungilla äänistä oli vain yksi neljäsosa. Käydyssä kilpailussa Wall AG suljettiin tarjouskilpailun ulkopuolelle maaliskuussa 2004 ja käyttöoikeussopimus myönnettiin FES:lle kesäkuun alussa 2004 tehdyllä päätöksellä. Vuoteen 2019 ulottuva sopimus asiasta solmittiin Frankfurtin kaupungin ja FES:n välillä heinäkuussa 2004.¹⁸⁸

FES:n tekemissä tarjouksissa ja konsessiosopimuksessa oli korjattavien käymälöiden toimittajan osalta viitattu yhtenä mahdollisena alihankkijana Wall AG:hen. Mainospaikkojen osalta Wall oli esitetty ainoana yhteistyökumppanina. Tarjouspyynnössä oli ollut nimenomainen ehto, jonka mukaan tarjouspyynnössä esitettyä alihankkijaa ei voinut vaihtaa ilman hankintayksikön, Frankfurtin kaupungin lupaa.¹⁸⁹

Sopimusta toteutettaessa FES kilpailutti ensin mainospaikkojen hallinnoinnin ja myynnin. Alkuvuodesta 2005 käydyssä tarjouskilpailun perusteella FES halusi ensin vaihtaa mainospaikoista vastaavan alihankkijan Wall:sta Deutsche Städte Medien GmbH –nimiseen yhtiöön (jatkossa myös DSM). FES saikin Frankfurtin kaupungilta luvan tähän alihankkijavaihdokseen kesäkuussa 2005. Tämän jälkeen FES kilpailutti syksyllä 2005 myös uusien käymälöiden toimittamisen, ja pyysi lokakuussa 2005 Frankfurtin kaupungilta lupaa vaihtaa alihankkijaa myös tältä osin. Kaupunki katsoi kuitenkin, että FES oli ainoastaan ilmoittanut vastaavansa konsessiosopimuksen mukaisista velvoitteistaan itse, eikä tähän alihankkijavaihdokseen tarvinnut sen lupaa.¹⁹⁰

Wall AG valitti sekä mainospaikoista vastaavan alihankkijan vaihtamisesta että uusien käymälöiden toimittajan vaihtamisesta paikalliseen tuomioistuimeen. Kantajana Wall vaati, että FES:iä kielletään toimeenpanemasta tekemiään alihankintasopimuksia, Frankfurtin kaupunkia kielletään hyväksymästä mainittuja toimittajanvaihdoksia sekä toissijaisesti FES ja Frankfurtin

¹⁸⁸ C-91/08, kohdat 9, 15 ja 17.

¹⁸⁹ C-91/08, kohdat 19–20.

¹⁹⁰ C-91/08, kohdat 21–26.

kaupunki veloitetaan korvaamaan sille yhteisvastuullisesti noin miljoona euroa. Asiaa tutkittuun tuomioistuimien päätöksiin päätyi pyytämään siinä esiin nousseista kysymyksistä Euroopan Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua.¹⁹¹

Frankfurtin tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntönsä esittämät kysymykset koskivat sitä, edellyttävätkö yhdenvertaisen kohtelun periaate, syrjinnän kieltä sekä avoimuuden vaatimus sitä, että tarjouskilpailussa hävinneelle osapuolelle suotavaa mahdollisuutta vaatia täytäntöönpanokieltoa tai sopimusten noudattamista asiassa. Toiseksi oikeus tiedusteli, millaisia menettelyjä sopimuksen muuttaminen sopimuskaudella mahdollisesti edellyttää, ja onko kilpailu tällöin avattava avoimeksi. Kolmanneksi oikeus kysyi, seuraako edellä mainittujen velvoitteiden laiminlyönnistä se, että sopimus on purettava, ja neljänneksi, mikä merkitys on sillä, että kyseessä oleva yrityksen omistuksesta yli puolet, mutta päätösvallassa vain neljäsosa on julkis-yhteisöllä.¹⁹²

Unionin tuomioistuin lähestyi asiaa vastaamalla ensin kysymykseen siitä, edellyttävätkö yhdenvertaisen kohtelun periaate, syrjinnän kieltä sekä avoimuuden vaatimus sopimusmuutostilanteessa kilpailun avaamista avoimeksi. Ensinnä tuomioistuin toteaa vastauksessaan, ettei Unionin oikeus säätele palvelukonsessioita eikä alihankkijan vaihtamista tällaisissa sopimuksissa millään tavoin. Samalla tuomioistuin huomauttaa, että jäsenvaltion hankintaviranomaisten on kuitenkin noudatettava EY-sopimuksen 43 ja 49 artiklaa¹⁹³, jotka turvaavat työvoiman, tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta EU-alueella säätämällä syrjinnän ja yhdenvertaisen kiellon periaatteesta. Näistä perustamissopimuksen määräyksistä puolestaan seuraa avoimuusvelvoite, jota viranomaisten on hankintayksikköinä noudatettava. Avoimuusvelvoitteen osalta tuomioistuin viittaa erityisesti ns. Coname –tapauksen (C-231/03) ratkaisun kohtaan 17, jossa tuomioistuin toteaa, että avoimuusvelvoitetta on noudatettava, kun kyseessä oleva hankinta voi kiinnostaa yrityksiä myös muissa jäsenvaltioissa. Se, että käsiteltävänä olevassa tapauksessa oli kyseessä hankinta, joka saattoi kiinnostaa yrityksiä myös muissa jäsenvaltioissa, kävi tuomioistuimen mukaan ilmi siitä, että hankintailmoituksessa oli ilmoitettu sen olevan Euroopan unionin laajuinen hankinta. Avoimuusvelvoitteen olemassaolosta puolestaan seuraa tuomioistuimen mukaan se, että kaikkiin sopimusta koskeviin menettelyihin tulee liittyä sellainen avoimuus,

¹⁹¹ C-91/08, kohdat 27–28.

¹⁹² C-91/08, kohta 28.

¹⁹³ Mainitut artiklat vastaavat Euroopan Unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) artikloja 49 ja 56.

jotta sopimuksesta kiinnostuneet tarjoajat voivat ilmaista kiinnostuksensa sitä kohtaan ja jotta menettelyjen asianmukaisuutta voidaan valvoa.¹⁹⁴

Syrjimättömyyden periaatteesta ja avoimuusvelvoitteesta seuraa tuomioistuimen mukaan se, että olennaisiin sopimusehtoihin tehdyt muutokset voivat edellyttää uuden sopimuksen tekemistä, ja näin ollen myös uuden tarjouskilpailun järjestämistä asiassa. Tällainen tilanne on käsillä silloin, kun alkuperäiseen sopimukseen tehdään olennaisia muutoksia ja ne osoittavat osapuolten tahtoa neuvotella sopimuksen sisällöstä uudelleen. Olennaisen muutoksen kriteereiksi tuomioistuin asetti sen, onko tehty muutos sellainen, että sen seurauksena jotkin muutkin tarjoajat olisivat voineet tehdä tarjouksen, jos ehto olisi sisältynyt jo alkuperäiseen tarjouspyyntöön tai että tehty muutos olisi muuttanut tarjouskilpailun lopputulosta.¹⁹⁵

Kyseessä olevassa asiassa tuomioistuin katsoi alihankkijan vaihtamisen voivan olla sellainen olennainen muutos, joka edellyttää uuden sopimuksen tekemistä ja uuden tarjouskilpailun järjestämistä. Ennakkoratkaisun mukaan käsillä olevassa tapauksessa tätä tulkintaa tuki erityisesti se seikka, että FES oli alkuperäisessä tarjouksessaan kertonut käyttävänsä uusittavien WC:iden toimittajana Wall Ag:tä, jolla on tuomioistuimen mukaan ollut todennäköisesti olennainen vaikutus siihen, että sopimuksensaajaksi valittiin juuri FES-yhtiö. Sen asian tutkiminen, oliko kyseisessä tapauksessa käsillä mainittuja olennaisia sopimusmuutoksia, oli EU-tuomioistuimen mukaan kuitenkin kansallisen tuomioistuimen tehtävä.¹⁹⁶ Muina tarjoukseen nähden olennaisina muutoksina, jotka vaatisivat uuden tarjouskilpailun järjestämistä, on oikeuskirjallisuudessa pidetty muun muassa toimitusajankohtaan tai materiaalien laatuun liittyviä erityisiä lupauksia.¹⁹⁷

Mikäli kansallinen tuomioistuin päätyisi tulkinnassaan siihen, että kyseisessä konsessiosopimuksessa hankintayksikkö on tehnyt olennaisia sopimusmuutoksia, joiden tavoitteena on ollut alkuperäisen sopimuksen uudelleenneuvottelu, sen on EU-tuomioistuimen mukaan ryhdyttävä toimiin menettelyn avoimuuden palauttamiseksi. Hankinnan avoimuuden turvaamisessa tulee ennakkoratkaisun mukaan käyttää kaikkia kansallisen lainsäädännön sallimia keinoja tähän tavoitteeseen pääsemiseksi. Näihin keinoihin tuomioistuimen mukaan lukeutuvat myös uuden sopimuksentekomenettelyn käynnistäminen.¹⁹⁸

¹⁹⁴ C-91/08, kohdat 33-36.

¹⁹⁵ C-91/08, kohdat 37-38.

¹⁹⁶ C-91/08, kohdat 39-41.

¹⁹⁷ Poulsen 2012, s. 178.

¹⁹⁸ C-91/08, kohdat 42-43.

Seuraavaksi tuomioistuin otti kantaa siihen kysymykseen, mikä merkitys asiassa on annettava sille, että FES:stä enemmistön omistaa julkisyhteisö, Frankfurt am Mainin kaupunki. Tuomioistuin huomauttaa aluksi, että EU:n perussopimusten vaatimukset koskevat viranomaisia, eivät yrityksii. Ennakkoratkaisun mukaan sitä, onko FES:n kaltainen yritys rinnastettava viranomaiseen, on tutkittava selvittämällä, käyttääkö julkisyhteisö siinä määräysvaltaa ja toimiiko yritys markkinoilla kilpailuehtoisesti. FES:n osalta tuomioistuin toteaa, että vaikka kaupunki omistaa siitä enemmistön, se ei kuitenkaan voi käyttää yhtiössä määräysvaltaa, koska päätökset yhtiökokouksessa tulee tehdä kolmen neljäsosan enemmistöllä. EU-tuomioistuin antaa merkitystä myös sille, että loppuosa, 49 prosenttia yhtiön omistuksesta jakaantuu yksityisille omistajille, tässä tapauksessa yksityiselle yritykselle, eikä muille viranomaisille. Näin ollen FES ei tuomioistuimen mukaan täytä ensimmäistä, määräysvaltaa koskevaa kriteeriä.¹⁹⁹

Toisen kriteerin, markkinaehtoisuuden osalta tuomioistuin toteaa, että FES saa liikevaihdostaan yli puolet sopimuksista, jotka koskevat Frankfurtin kaupungin jätehuoltoa ja katujen kunnossapitoa koskevista sopimuksista. FES:n tapauksessa sopimukset ovat syntyneet markkinoilla kilpailuolosuhteissa, jolloin kysymyksessä on tavanomainen kauppasuhte. Lisäksi se hankkii merkittävän osan tuloistaan sopimuksilla, jotka on solmittu yksityisten kanssa tai muiden viranomaisten kuin Frankfurtin kaupungin kanssa. Edellä todetusta johtuen tuomioistuin toteaa, että FES toimii markkinoilla kilpailuehtoisesti, joten myöskään toinen kriteeri ei sen osalta täyty.²⁰⁰

Saksalainen tuomioistuin oli tiedustellut EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisua myös kysymyksistä, jotka koskivat sitä, tulisiko tehty sopimus mahdollisesti purkaa ja seuraako yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta, syrjinnän kiellosta sekä avoimuuden vaatimuksesta se, että tarjouskilpailussa hävinneelle osapuolelle on suotava mahdollisuus vaatia täytäntöönpanokieltoa tai sopimusten noudattamista asiassa. EU-tuomioistuin lähtökohta vastauksessaan edellä mainittuihin kysymyksiin on, että yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta ja syrjinnän kiellosta ei seuraa sekä niistä seuraavasta avoimuusvelvoitteesta sitä, että kansallisen tuomioistuimen tulisi purkaa sopimus tai määrätä se toimeenpanokieltoon. Tilanteessa, jossa EU-lainsäädännössä ei säädetty asiasta, kansallisen oikeuden tulee ainoastaan turvata kansalaisten oikeudet hakea

¹⁹⁹ C-91/08, kohdat 45-47, 49-51 ja 53.

²⁰⁰ C-91/08, kohdat 54-57.

muutosta ratkaisuihin tilanteissa, joissa mainittuja oikeuksia väitetään rikotun. Edelleen kansallisessa oikeudessa tulee huolehtia siitä, etteivät nämä muutoksenhakukeinot ole suhteettoman vaikeasti saavutettavia, käytännössä mahdottomia käyttää tai huomattavasti epäedullisempia kuin vastaavat kansallisen oikeuden menettelyt.²⁰¹

Tarkasteltaessa nyt käsiteltyä tapausta, on mielenkiintoista havaita, kuinka Euroopan unionin tuomioistuimen linja julkisten hankintojen sopimusmuutoksien suhteen näyttää kiristyvän vuosien saatossa. Aiemmin, muun muassa *Succhi di Fruta* –tapauksessa Euroopan Unionin tuomioistuin oli pannut painoa sille, oliko sopimusmuutosten mahdollisuudesta ilmoitettu alkupe räisen hankintailmoituksessa yksiselitteisellä ja selkeällä ehdolla²⁰². Käsiteltävänä olevassa tapauksessa tällainen yksiselitteinen ehto oli sisältynyt sopimusehtoihin. Tästäkin huolimatta tuomioistuin oli katsonut alihankkijan muutoksen olevan olennainen muutos alkuperäisiin sopimusehtoihin verrattuna²⁰³.

3.7.4 *Belgacom* –tapaus C-221/12

Asiassa oli kysymys käyttöoikeus- eli konsessiosopimuksesta, jossa neljä kuntien muodostamaa yhteenliittymää, jotka tarjosivat televiestintäpalveluja kaapeliverkkojen välityksellä, päättivät luovuttaa nämä oikeudet ilman tarjouskilpailua Telenet NV –yhtiölle. Aiemmin mainitut kuntien omistamat yhtiöt olivat aiemmin itse harjoittaneet omistamissaan kaapeliverkoissa televiestintäpalvelujen tarjoamista. Vuonna 1996 kyseiset kuntaomisteiset yhtiöt olivat luovuttaneet apporttina verkkojensa käyttöoikeuden 50 vuodeksi perustetulle yhtiölle, Telenet NV:lle. Kyseisestä apporttiomaisuutta vastaan kuntaomisteiset yhtiöt saivat 1,51 prosentin osuuden perustetusta yhtiöstä ja Telenet NV puolestaan yksinomaisen käyttöoikeuden televiestintäpalveluiden välittämiseen ja oikeuden multimediaspalveluiden tarjoamiseen.²⁰⁴

Yhtiön perustamisen jälkeen mainitut kuntaomisteiset yhtiöt perustivat IN-DI –nimisen yhtiön, jonka puitteissa he ryhtyivät tarjoamaan interaktiivisia, digitaalisia televisiopalveluita omistamassaan kaapeliverkossa. Telenet ei hyväksynyt yhtiöiden toimintaa, vaan katsoi sen rikkovan

²⁰¹ C-91/08, kohdat 65 ja 75.

²⁰² C-496/99, kohta 126.

²⁰³ C-91/08, kohta 25.

²⁰⁴ C-221/12, kohdat 5-6.

vuonna 1996 tehtyä sopimusta ja vaati nostamassaan kanteessa tuomioistuinta kieltämään mainittuja kuntaomisteisia yhtiötä harjoittamasta kyseistä toimintaa. Samaan aikaan kanteen viireillä ollessa osapuolet neuvottelivat sovinnosta, jonka he saavuttivat vuonna 2007.²⁰⁵

Kuntayhtiöiden joulukuussa 2007 hyväksymässä sovinnossa määrättiin, että Telenet saa käyttöoikeuden kaapeliverkkoihin alkuperäisen sopimuksen jäljellä olevan sopimuskauden ajaksi, 38 vuodeksi. Verkon käytön osalta sopimuksessa määriteltiin korvaus, joka Telenetin tuli suorittaa korvauksena verkon hallinnasta, poistoista huolto- ja korjaustoimenpiteistä, sekä sen laajentamisesta ja parantamisesta. Lisäksi sovittiin, että Telenet saa yksinoikeuden televisiopalveluiden lisäksi erilaisiin internet- ja puhelinpalveluiden sekä niin analogisten kuin digitaalistenkin televisiopalveluiden välittämiseen verkossa. Samalla sopimuksella kuntien omistamat televisiopalvelut ja niihin liittyvät sopimukset siirrettiin Telenetille 350 miljoonan euron korvausta vastaan. Lopullisessa sopimuksessa, joka tehtiin vuonna 2008, maksettava korvaussumma nousi 425 miljoonaan euroon, joka oli 5 miljoonaa suurempi, kuin se tarjous, jonka Belgacom oli kuntayhtiöille sovintosopimuksen valmistelun aikana tehnyt.²⁰⁶

Belgacom valitti kuntien tekemästä päätöksestä Raad van State van België:een. Valituksessaan se vetosi erityisesti SEUT 49 ja 56 artikloihin. Artikla 49 käsittelee jäsenmaiden kansalaisten vapaata oikeutta sijoittua EU-alueelle sekä oikeutta harjoittaa liikettä ja ammattia toisessa jäsenvaltiossa. Artikla 56 puolestaan koskee palvelujen vapaata liikkuvuutta EU-alueella. Kuntien omistamat yhtiöt puolestaan vetosivat siihen, että kyseessä ei ole syrjimättömyysperiaatteen loukkaaminen, koska yhtiöillä on ollut sopimuksen tekemiseen sitä kilpailuttamatta täsmälliset, asiasisällöltään oikeat, oikeudellisesti perusteltavissa olevat syyt. Tällaisina objektiivisina perusteina vastaajat pitivät vuonna 1996 solmitun sopimuksen mukaisia Telenetin etu- ja etuosto-oikeuksia, joiden huomioimatta jättäminen olisi voinut johtaa pitkään ja raskaaseen oikeudenkäyntimenettelyyn ja suuriin vahingonkorvauksiin.²⁰⁷

Ennakkoratkaisua Euroopan unionin tuomioistuimelta pyytänyt Raad van State van België toi kysymyksissään esille sen, ettei riita kuulunut minkään julkisia hankintoja koskevan direktiivin soveltamisalaan. Sopimuksen tekemistä oli kuntien puolelta perusteltu vuonna 1996 tehdyllä sopimuksella ja siihen liittyneellä sovintosopimuksella. Sovintosopimuksen osalta Belgialainen tuomioistuin katsoi, että sillä oli merkittävästi ylitetty se, mistä alkuperäisessä sopimuksessa oli

²⁰⁵ C-221/12, kohdat 8-10.

²⁰⁶ C-221/12, kohdat 11-12.

²⁰⁷ C-221/12, kohdat 13-16.

sovittu. Samalla tuomioistuin kuitenkin pohti, voitaisiinko tällaista pitää sallittuna sillä perusteella, että sovintosopimuksen laajentumiseen alkuperäiseen verrattuna on olennaisesti vaikuttanut tekninen kehitys, joka ei millään tavoin ole ollut osapuolten ennakoitavissa sopimuksen tekohetkellä vuonna 1996.²⁰⁸

Pohdiskelujensa päätteeksi Raad van State van België esitti Euroopan unionin tuomioistuimelle kolme kysymystä, joissa se tiedustelee ensiksi sitä, voiko belgialainen yritys vedota belgialaisessa tuomioistuimessa EU:n perussopimuksien sisältämiin periaatteisiin hankinta-asiassa, joka ei kuulu minkään direktiivin soveltamisalaan, ja joka tapahtuu Belgiassa. Toiseksi tuomioistuin tiedustelee ennakkoratkaisua kysymykseen, voiko asiassa saavutettu sovinto olla sellainen objektiivinen olosuhde, jonka vuoksi sopimuksen tekemistä ilman hankintamenettelyä olla sallittua, etenkin, jos sovintosopimuksen täytäntöönpanokiellosta seuraisi merkittäviä taloudellisia tappioita ja se, että kuluttajat jäisivät ilman kyseessä olevia TV-palveluita joksikin ajaksi. Kolmanneksi belgialainen tuomioistuin tiedustelee, asettaako Unionin lainsäädäntö joitakin rajoituksia tällaisen sovintosopimuksen sisällölle, vai voiko siinä mennä pidemmälle, kuin mistä alkuperäisessä sopimuksessa on sovittu.²⁰⁹

Vastauksessaan belgialaisen oikeusistuimen ensimmäiseen kysymykseen siitä, onko kyseisessä tapauksessa, jossa kaikki osapuolet olivat belgialaisia, mahdollista vedota EU:n perussopimusten säädöksiin, unionin tuomioistuin katsoi tämän olevan mahdollista, jos kyseessä on palvelukonsessiosopimus, johon liittyy rajat ylittävä intressi. Tuomioistuin totesi, että rajat ylittävän intressin olemassaolon voi päätellä sopimuksen taloudellisesta merkityksestä, sen suorittamispaikasta tai teknisistä vaatimuksista. Näiden ehtojen täyttymisen arviointi on kansallisen tuomioistuimen tehtävä, mutta EU-tuomioistuin toteaa, että kyseessä olevassa tapauksessa kansallinen tuomioistuin näyttää jo selvittäneen asiaa ja päätyneen sopimuksen huomattavan taloudellisen arvon perusteella siihen lopputulokseen, että rajat ylittävä intressi on asiassa käsillä. EU-tuomioistuimen mukaan varsinkin tapauksissa, joissa avoimuusvelvoitetta on rikottu, ei tarkastelussa tule rajoittua siihen, onko rajat ylittävää kiinnostusta tosiasiasa osoitettu, koska tarjoajilla ei ole tähän lähtökohtaisesti mahdollisuutta velvoitteen laiminlyönnin vuoksi. Mikäli asiaan liittyy varma rajat ylittävä intressi, avoimuusperiaatetta tulee hankinnassa soveltaa, vaikka kaikki asianosaiset olisivatkin sijoittuneet samaan maahan. Yhteenvetona unionin tuomioistuin toteaa, että SEUT artikloja 49 ja 56 voidaan soveltaa kyseiseen sopimukseen.²¹⁰

²⁰⁸ C-221/12, kohdat 18-20.

²⁰⁹ C-221/12, kohta 24.

²¹⁰ C-221/12, kohdat 25-34.

Toiseen kysymykseen, kysymykseen siitä, voivatko asiaan liittyvät olosuhteet olla sellaisia, että syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteista voisi poiketa, Euroopan unionin tuomioistuin vastaa, että tällaisina poikkeamiseen oikeuttavina olosuhteina kysymykseen tulevat vain pakottavat yleistä etua koskevat syyt. Tuomioistuimen mukaan käsiteltävänä olevassa asiassa tällaisia syitä ei ollut käsillä. Pakottavana yleistä etua koskevana syynä ei sen mukaan voida pitää sitä, että sovintosopimuksen riitautuminen voisi johtaa sopimuksen osapuolten kärsimiin taloudellisiin tappioihin ja omistuksen arvon alentumiseen. Tällaisena arvon alentumisena on pidettävä myös sitä, että sovintosopimuksen riitautumisen vuoksi kaikki kuluttajat eivät mahdollisesti saakaan tilaamiaan TV-palveluita. Samaa perustelua on sovellettava väitteeseen, jonka mukaan syynä sovintosopimuksen solmimiselle oli odottamaton tekninen kehitys. Tuomioistuimen mukaan myös tätä perustelua on pidettävä taloudellisen arvon alentumiseen liittyvänä syynä. Kolmanteen kysymykseen sovintosopimuksen sisällöstä Euroopan unionin tuomioistuin ei katsonut edellä sanotun vuoksi olevan tarvetta vastata.²¹¹

Oikeustapausta tuoreeltaan kommentoinut Adrian Brown päätyi omassa arviossaan siihen, ettei tuomioistuimen ennakkoratkaisuun sisältynyt mitään yllättävää. Brownin mukaan tapauksessa oli kysymys selkeästä konsessiosopimuksesta, johon viittaa erityisesti Telenetin kantama taloudellinen riski. Toiseksi Brown piti itsestään selvänä, että kilpailevalla yrityksellä oli oikeus vedota asiassa SEUT:iin kansallisessa tuomioistuimessa. Tähän kysymykseen liittyen Brown kiinnitti huomiota siihen seikkaan, että tapauksessa Unionin tuomioistuin vahvisti SEUT 49 ja 56 artikloissa tasavertaisen kohtelun ja avoimuusperiaatteen rajoittamisen olevan mahdollista vain erityisen tiukkojen reunaehtojen vallitessa, joita nyt käsiteltävässä tapauksessa ei ollut käsillä. Kolmantena merkillepantavana huomiona hän esittää kommentaarissaan, että tapauksen syntyajankohtana ei vielä ollut voimassa uudempaan hankintadirektiiviin sisältyvää konsessiosopimuksia koskevaa sääntelyä. Brown katsoo, että mikäli tämä hankinta olisi toteutettu hankintadirektiivin 2014 sääntelyn voimassaollessa, olisi ennakkoratkaisu ollut sama.²¹²

Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisuun sisältyvien selostusten perusteella vaikuttaa ilmeiseltä, että kunnallisten yhtiöiden pyrkimyksenä oli suosia sopimuksella aiempaa toimittajaa. Väitteet siitä, että sopimuksen pyrkimyksenä oli yksinomaan välttää oikeusriita, ei vaikuta us-

²¹¹ C-221/12, kohdat 35-36 ja 38-45.

²¹² Brown 2014, s. 49-50.

kottavalta muun muassa kansallisen tuomioistuimen lausuntojen sekä sopimuksen alkuperäiseen verrattuna huomattavan laajenemisen vuoksi.²¹³ Tästä näkökulmasta Euroopan Unionin tuomioistuimen ratkaisu on perusteltu. Oikeutta ei pidä voida käyttää shikaaninomaisesti julkisissa hankinnoissakaan. Mikäli osapuolten aitona tarkoituksena olisi todella ollut oikeusriidan välttäminen, olisi arviointi voinut, tai sen ainakin olisi pitänyt olla toinen, mistä enemmän seuraavan oikeustapauksen, Finn Frogne –tapauksen, yhteydessä.

3.7.5 Finn Frogne –tapaus C-549/14

Asiassa oli kysymys Tanskan valtion vuonna 2007 käynnistämästä hankintamenettelystä, jossa noudatettiin neuvottelumenettelyä. Menettelyn tarkoituksena oli hankkia maan pelastusviranomaisille kokonaisviestijärjestelmä sekä siihen liittyvät ylläpitopalvelut usean vuoden ajaksi. Menettelyn aikana valtiota edustavaksi toimivaltaiseksi viranomaiseksi asiassa tuli kansallisen poliisin hätäviestintäkeskus (Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, CFB). Käydyissä neuvottelumenettelyssä järjestelmän toimittajaksi valittiin Terma, jonka kanssa tehtiin 4.2.2008 sopimus hankinnasta, jonka vähimmäisarvo oli yli 40 miljoonaa euroa ja eri optioineen jopa yli 70 miljoonaa euroa.²¹⁴

Sopimuskauden aikana hankinnassa ilmeni vaikeuksia toimitusaikataulussa. Aikatauluvaikkeudet olivat niin suuria, että ne estivät alkuperäisen sopimuksen täytäntöönpanon. Molemmat sopijaosapuolet kiistivät olevansa vastuussa mainituista ongelmista. Neuvoteltuaan asiasta osapuolet pääsivät sopimukseen, jossa hankintasopimusta rajattiin koskemaan kahta radioviestintäjärjestelmää, joiden arvo oli noin 4,7 miljoonaa euroa sekä kahta palvelinkeskusta, jotka Terma oli vuokrannut projektia varten, arvoltaan noin 6,7 miljoonaa euroa. Muilta osin osapuolet luopuivat vaatimuksistaan asiassa.²¹⁵

Ennen sovintosopimuksen tekemistä CFB julkaisi Euroopan Unionin virallisessa lehdessä 19.10.2010 ilmoituksen aikeestaan tehdä edellä kuvattu sopimus asiassa. Finn Frogne A/S (jatkossa Frogne), joka ei ollut osallistunut alkuperäiseen hankintamenettelyyn, valittiin asiasta Tanskan julkisia hankintoja koskevaan valituslautakuntaan (Klagenævnet for Udbud). Lautas-

²¹³ C-221/12, kohdat 18-20.

²¹⁴ C-549/14, kohdat 2, 8 ja 9.

²¹⁵ C-549/14, kohdat 10-11.

kunta hylkäsi 10.12.2010 Frognen toimeenpanokieltoa koskevan vaatimuksen, ja sovintosopimus CRB:n ja Terman välillä allekirjoitettiin 17.12.2010. Valituslautakunta hylkäsi Frognen pääasiaa koskevat vaatimukset 3.11.2011.²¹⁶

Valituksessaan Frogne oli vaatinut tehdyn sovintosopimuksen julistamista pätemättömäksi ja perustellut vaatimustaan hankintaviranomaisen velvollisuudella käynnistää uusi hankintamenettely tapauksissa, joissa sopimukseen tehdään olennaisia muutoksia. Tanskalainen tuomioistuin, Østre Landsret, jonka käsiteltäväksi Frogne oli valituslautakunnan päätöksen saattanut, hylkäsi vaatimukset tuomiollaan 20.12.2013. Tuomioistuin katsoi tuomiossaan, että sovintosopimuksessa oli kysymys olennaisesta muutoksesta sopimukseen ja että sen tekeminen rikkoi yhdenvertaisuus- ja avoimuusperiaatetta. Toisaalta se katsoi, ettei CRB:n ja Terman tarkoituksena ollut kiertää hankintalainsäädäntöä ja sopimus olisi voitu tehdä ilman erillistä ilmoitusta aikeesta solmia sovinto. Näin ollen sitä ei voitu julistaa pätemättömäksi.²¹⁷

Ylimmässä tanskalaisessa tuomioistuimessa (Højesteret) asiaa käsiteltäessä Frogne tiivistä vaatimustensa perusteeksi esittämänsä väitteet siihen, tuliko hankinnasta järjestää uusi hankintamenettely, jos alkuperäisen sopimuksen perusteena olleeseen sopimukseen on tehty olennaisia muutoksia. Tuomioistuin pohti asiaa erityisesti edellisen hankintadirektiivin 2. artiklan soveltamisalan ja Euroopan Unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön näkökulmasta päättäen pyytää kysymykseen Euroopan Unionin tuomioistuimen ennakkopäätöstä. Tuomioistuimen kantaa pyydettiin erityisesti siihen, onko alkuperäisen hankintasopimuksen muuttaminen riidanratkaisemiseen liittyvän sovintosopimuksen kautta sellainen menettely, joka itsessään edellyttää uuden tarjouspyynnön esittämistä.²¹⁸

Arvioidessaan ennakkoratkaisupyynnön kohteena olevaa asiaa, Euroopan Unionin tuomioistuin totesi ensin sen noudattamasta oikeuskäytännöstä seuraavan, että sopijaosapuolet eivät julkisessa hankinnassa voi muuttaa alkuperäisiä sopimusehtoja ilman uutta hankintamenettelyä, jos muutetut ehdot poikkeaisivat olennaisesti alkuperäisistä ehdoista. Olennaisina muutoksina tuomioistuin piti muun muassa sopimuksen merkittävää laajentamista, sopimuksen taloudellisen tasapainon muuttamista tai sellaista muutosta, joka alkuperäisiin ehtoihin sisältyneenä olisi

²¹⁶ C-549/14, kohdat 12-15.

²¹⁷ C-549/14, kohdat, 16-20.

²¹⁸ C-549/14, kohdat 23-26.

mahdollistanut jonkin toisen tarjouksen valitsemisen tai muiden tarjoajien osallistumisen hankintamenettelyyn.²¹⁹

Unionin tuomioistuin kiinnitti asiassa huomiota erityisesti viimeiseen kriteeriin. Sopimuksen supistaminen alkuperäisestä voi tehdä sen mielenkiintoiseksi myös muille kuin alkuperäiseen kilpailuun osallistuneille tarjoajille. Hankinnan supistuminen alkuperäisestä voi johtaa myös soveltuvuutta koskevien vaatimusten alenemiseen, mikä myös osaltaan mahdollistaa uusien toimijoiden osallistumisen hankintamenettelyyn. Lisäksi tuomioistuin kiinnitti huomiota erityisesti ratkaisuihin C-91/08 (Wall) ja C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur), joiden perusteella on katsottava, että hankintayksikön on sopimusta olennaisesti muuttaessaan joko järjestettävä asiasta uusi tarjouskilpailu tai vaihtoehtoisesti muutoksen on perustuttava alkuperäisessä sopimuksessa olleeseen yksiselitteiseen ehtoon.²²⁰

Euroopan Unionin tuomioistuin tunnistaa ennakkoratkaisussaan asian poikkeuksellisuuden. Sovintosopimuksen tarkoituksena ei ole ollut neuvotella uusiksi sopimuksen olennaisia ehtoja, vaan sillä on pyritty ratkaisemaan sopimuksen täytäntöönpanossa ilmenneet ongelmat. Merkilepantavaa on, että tuomioistuin piti käsiteltävänä olevassa asiassa ilmenneitä ongelmia ennalta arvaamattomina ja kyseessä olevaa hankintaa, monimutkaisen tietojenkäsittelyjärjestelmän kehittämistä, hankintana, johon liittyy epävarmuustekijöitä.²²¹

Tuomioistuin toteaa kuitenkin, että hankintaan liittyvistä epävarmuustekijöistä tai siitä seikasta, ettei osapuolten tarkoituksena ole ollut sopimuksen ehtojen uudelleenneuvottelu, ei saa tehdä johtopäätöstä, jonka perusteella yhdenvertaisuuden periaatetta voitaisiin tällaisissa tilanteissa jättää noudattamatta. Viitaten ratkaisuun tapauksessa C-337/98 tuomioistuin toteaa, ettei osapuolten mahdollisille intentioille sopimusmuutoksia tehtäessä tule antaa merkitystä. Edelleen tapaukseen C-221/12 (Belgacom) viitaten se toteaa, ettei tasavertaisen kohtelun ja yhdenvertaisuuden periaatetta voi jättää noudattamatta edes silloin, kun kysymys on sopimusriidan ratkaisemisesta.²²²

Tuomioistuimen mukaan ongelmat, jotka aiheutuvat siitä, että jotkin julkiset hankinnat ovat luonteeltaan automaattisesti epävarmoja, tulisi ratkaista alkuperäiseen hankintasopimukseen

²¹⁹ C-549/14, kohta 28.

²²⁰ C-549/14, kohta 29-30.

²²¹ C-549/14, kohdat 31, 32 ja 36.

²²² C-549/14, kohdat 33-34.

otetuilla muutosehdoilla, joissa määrätään hankintayksikön oikeudesta muuttaa sopimusta ennalta määrätyillä tavoilla ja tilanteissa. Lisäksi se viittaa ennakkoratkaisussaan edellisen hankintadirektiivin 28 ja 31 artikloihin, joissa säädetään mahdollisuudesta tehdä määrätyissä tilanteissa suora hankintoja. Toisaalta tuomioistuin itsekin katsoi, etteivät suora hankinnalle direktiivissä säädetyt edellytykset täyttyneet kyseisessä tapauksessa. Mikäli näitä keinoja ei ole käytetty, toteaa tuomioistuin viitaten *Succhi di Fruta* -ratkaisuun (C-496/99), että tällöin hankintayksikön on järjestettävä olennaisia sopimusmuutoksia tehdessään uusi tarjouskilpailu.²²³

Edellä sanotun perusteella, pohjautuen edellisen hankintadirektiivin 2. artiklaan, Euroopan Unionin tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisussaan, ettei tehdyn hankintasopimuksen muuttaminen olennaisilta osiltaan ilman uutta hankintamenettelyä ole mahdollista edes silloin, kun kyseessä on tosiasiallisesti riidanratkaisu, joka liittyy kyseessä olevan sopimuksen täyttämiseen. Toisin asiaa voidaan tuomioistuimen mukaan tulkita vain, mikäli tästä on alkuperäisessä hankintasopimuksessa ollut tästä nimenomainen ja sen soveltamisperiaatteet rajaava ehto.²²⁴

Euroopan Unionin tuomioistuimen tulkintaa sopimusmuutosten mahdollisuudesta julkisissa hankinnoissa on pidettävä jokseenkin erikoisena.²²⁵ Tulkinta johtaa käytännössä tilanteeseen, jossa hankintayksikön tulisi hankintaa valmistellessaan käytännössä tietää, millaisia sopimusriitoja tai -ongelmia sen täytäntöönpanoon liittyy. Ajatusta on pidettävä absurdina ja normaalin sopimusoikeudellisen käsityksen vastaisena. Toisaalta hyväksyttävänä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön tai edes yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden, kuten sopimuksen sitovuuden periaatteen, näkökulmasta ei voida pitää hankintasopimusta, jossa kaikkiin kohtiin on sisällytetty muutosvaraus.

Toisaalta esimerkiksi *Public Procurement Law Review* –lehteen oikeustapausanalyysin tapauksesta kirjoittanut Brown katsoo ratkaisun vain kirkastaneen sitä linjaa, joka tuomioistuimella on ollut jo *pressetext* –ratkaisusta saakka, mutta johon liittyy lukuisia epävarmuustekijöitä. Linjan selventämiseen tuomioistuinta haastettiin Brownin mukaan jo *Wall* –tapauksen (C-91/08) yhteydessä, mutta tuolloin tuomioistuin ei ottanut kantaa kaikkiin näihin kysymyksiin. Tällaisina epäselvinä kysymyksinä Brown pitää muun muassa sitä, onko myös sopimuksen arvon

²²³ C-549/14, kohdat 35-38.

²²⁴ C-549/14, kohdat 40-41.

²²⁵ Kirsi-Maria Halonen toteaa tapausta koskeneessa oikeustapausanalyysissään ratkaisun lopputuloksen osoittavan: ”Kuinka vaikeassa ja kaupallisille realiteeteille vieraassa todellisuudessa hankintoja tehdään.” Halonen 2016, s. 7.

vähentyminen sallittu sopimusmuutos. Tähän kysymykseen ennakkoratkaisu tarjosi selkeän vastauksen, kysymyksessä on tällöinkin olennainen muutos.²²⁶

Toinen kysymys, johon ennakkoratkaisu tarjosi Brownin mukaan vastauksen, liittyi sopimusmuutosten luonteen arviointiin. Arvioinnissa ei tule hänen mukaansa tuomioistuimen päätöksen jälkeen arvioida osapuolten intentioita, vaan sopimusmuutoksia on arvioitava objektiivisesti, muuttavatko sopimusmuutokset sopimusta olennaisesti vai eivät? Kolmanneksi Brown katsoo omassa oikeustapausanalyysissään, että tuomioistuimen ennakkoratkaisu osoittaa, että sille tavalle, jota kautta sopimusmuutokset syntyvät, ei tule antaa merkitystä, ainoastaan sille, muodostavatko nämä kilpailunrajoituksen SEUT 101 artiklan tarkoittamalla tavalla.²²⁷

Finn Frogne –tapauksen yhteydessä Euroopan unionin tuomioistuimen julkisten hankintasopimusten sopimusmuutoksia koskeva tulkintalinja saavutti eräänlaisen lakipisteensä. Aiemmin oikeuskirjallisuudessa oli pohdittu, olisiko hankintasopimuksen päättäminen sopimalla mahdollista suoritushäiriötilanteissa²²⁸. Esimerkiksi aiemmin käsiteltyyn Belgacom –tapaukseen verrattuna selkeänä erona tapauksissa on se, että Finn Frogne –tapauksessa kysymys oli aidosta suoritushäiriöstä, eikä mikään seikka tapauksessa viittaa siihen, että osapuolten tavoitteena oli jokin muu kuin sopimussuhteen kunniallinen päättäminen yhteisellä sopimuksella. Nyt käsiteltävänä olevan ennakkoratkaisun perusteella sopiminen sopimuksen päättämisestä julkisessa hankinnassa ei kuitenkaan ole mahdollista.

²²⁶ Brown 2017, s. 9.

²²⁷ Brown 2017, s. 9-10.

²²⁸ Halonen 2016, s. 6.

4 JULKISTEN HANKINTOJEN SOPIMUSAJATTELUN KEHITTÄMISTARPEITA

4.1 Julkisten hankintojen kehityssuuntia

Tänä päivänä tehtävät julkiset hankinnat eivät enää ole vain yksinkertaisia tavarahankintoja, vaan niiden kautta hankintayksiköt järjestävät jopa ydintoimintojansa hoitamisen yhdessä yksityisen sektorin toimijoiden kanssa. Sopimusmuutoksia julkisissa hankinnoissa käsittelevässä artikkelissaan Poulsen pitää erityisen kompleksisina sopimusalueina julkisissa hankinnoissa infrastruktuurihankkeita, IT-hankkeita ja PPP-projekteja.²²⁹ Kotimaisina esimerkkeinä tällaisista monimutkaisista, verkostomaisista julkisten palveluiden ydintoimintoja koskevista hankinnoista toimivat esimerkiksi Länsi-Pohjan sairaanhoitopiirin alueen kuntien ja Mehiläisen muodostaman ryhmittymän perustama yhteisyritys, joka käytännössä vastaa koko sairaanhoitopiirin alueen sosiaali- ja terveydenhuollosta. Sopimus yhteisyrittäjien kanssa on suunniteltu olemaan voimassa kaikkiaan 15 vuotta, aina vuoden 2032 loppuun saakka.²³⁰ Vastaavan kaltaisia sosiaali- ja terveystalouden ulkoistamisia on terveysasemien ja yksittäisten pienempien sairaaloiden osalta tehty lukuisissa kunnissa²³¹. Tätä kirjoitettaessa eduskunnan käsittelyssä olevassa SOTE-uudistuksessa yksityisen palveluntuotannon kasvavaan rooliin palvelujen tuotannon tehostamisessa on myös asetettu suuria toiveita²³².

Jarkko Kiiha esittää omassa yritystoiminnan ulkoistamista ja sopimusvastuuta koskevassa lissensiaattityössään Juha Pöyhösen väitöskirjaan tukeutuen, että klassisen sopimusoikeuden mukaisessa pistemäisessä sopimusmallissa pyritään niin sanottuun täydelliseen sopimukseen. Täydellisessä sopimuksessa pyritään jo sopimuskentekohetkellä esittämään kaikki mahdolliset sopimuksen virhetilanteet sekä niihin liittyvät seuraukset riskinjakoineen. Kiihan mukaan täydellisen sopimuksen edellytyksenä olisi molempien osapuolien täydellinen rationaalisuus sekä täy-

²²⁹ Poulsen 2012, s. 171.

²³⁰ Länsi-Pohjan Yhteisyritys Oy:n sopimusluonnos 19.5.2017, s. 9-10 ja 13.

²³¹ Mehiläinen ilmoittaa internet-sivuillaan vastaavansa terveyskeskuksista muun muassa Espoossa, Lahdessa ja Jyväskylässä, <https://www.mehilainen.fi/kunnille/terveyskeskustoiminta>. Attendo puolestaan kertoo omilla sivuillaan vastaavansa yli 30 suomalaisen kunnan terveyskeskuspalveluista <https://www.attendo.fi/terveyskeskuspalvelumme>. Alan kolmas suuri toimija, Pihlajalinna kertoo sivuillaan vastaavansa yhteisyrittäjästä yhdeksän kunnan kanssa viidessä eri yhteisyrittäjässä <https://www.pihlajalinna.fi/tietoa-meista/pihlajalinna-julkisen-sektorin-kumppanina>.

²³² Hallituksen linjaus 7.11.2015: Aluejaon perusteet ja SOTE-uudistuksen askelmerkit, s. 2.

dellinen tietoisuus sekä menneistä, että tulevista riskeistä. Sanomattakin lienee selvää, että erityisesti tulevaisuuden ennustaminen on haastavaa. Kiiha päätyykin toteamaan, että pistemäinen sopimusmalli puoltaa paikkansa tehtäessä yksinkertaisia ja selkeästi rajattavia sopimuksia. Tällaisina Kiiha pitää esimerkiksi siivouspalveluihin liittyvien tehtävien tai yksinkertaisten komponenttien valmistuksen ulkoistamista. Tällaisessa sopimussuhteessa Kiiha katsoo perinteisen, pistemäiseen sopimuskäsitykseen perustuvan sopimusmallin puoltavan paikkansa edelleen.²³³

Kiiha toteaa, että nykyaikaisissa sopimussuhteissa sopijaosapuolet muodostavat kuitenkin usein pitkäkestoisen, kiinteää yhteistyötä edellyttävän sopimussuhteen. Tällaisen pitkäkestoisen, laaja ja syvää yhteistyötä vaativan sopimussuhteen muodostuminen on sitä todennäköisempää, mitä lähempänä ulkoistettu toiminta on yrityksen toiminnan ydinaluetta. Tämän vuoksi Kiiha katsoo perinteisen, pistemäiseen sopimuskäsitykseen perustuvan sopimuksen olevan usein täysin riittämätön vastaamaan niihin haasteisiin, joita tällaiseen syvään ja pitkäaikaiseen yhteistyöhön liittyy. Muuttuneessa tilanteessa Kiiha pitää nykyaikaisen liike-elämän sopimussuhteen ominaisina piirteinä joustavuutta. Hänen mukaansa keskeiseen rooliin osapuolten suhteessa ovat nousseet kommunikaatio ja ne mekanismit, joilla muuttuneisiin olosuhteisiin pyritään vastaamaan. Tällaisessa sopimussuhteessa ei edes pyritä täydelliseen sopimukseen, vaan tiettyjä asioita voidaan tietoisesti jättää avoimiksi, jolloin sopimus muistuttaa enemmänkin puitesopimusta. Kiihan mukaan malli korostaa erityisesti sopimusoikeudellisten periaatteiden merkitystä sopimusten tulkinnassa.²³⁴

Samanlaisia havaintoja on tehnyt Soili Nystén-Haarala, joka katsoo omassa pitkäkestoisia liike-elämän sopimuksia ja sopimusoikeutta käsittelevässä väitöskirjassaan, että perinteinen, irtaimen esineen vaihdantaan käytetty tarjous-vastaus –malli ei vastaa riittävällä tavalla niihin kysymyksiin, joita monimutkaisiin, pitkäkestoisiin liike-elämän sopimuksiin liittyy²³⁵. Nystén-Haarala toteaa myös, että huolimatta sopimusoikeudessa tapahtuneesta kehityksestä, sopimusoikeudelliset tuomioistuinratkaisut vaikuttavat olevan melko kaukana siitä todellisuudesta, jossa pitkäkestoisia liikesopimuksia käytännössä tehdään. Tämän hän näkee johtuvan siitä, että tuomioistuinratkaisuissa tukeudutaan vahvasti sopimusteksteihin ja sopimuksen sitovuuden periaatteeseen, mistä seuraa se, ettei sopimus ole pitkäkestoisen yhteistyön edellyttämällä tavalla

²³³ Kiiha 2002, s. 21-22.

²³⁴ Kiiha 2002, s. 22-23.

²³⁵ Nystén-Haarala 1998, s. 18.

joustava. Mikäli sopimus on joustava myös tuomioistuimen ratkaisukäytännössä, tämä on seurausta lähinnä siitä, että tämä on kirjoitettu sisään sopimusehtoihin niitä laadittaessa.²³⁶

4.2 Julkisten hankintasopimusten sopimusajattelun syntyhistoria

Julkisia hankintoja kohtaan tunnettu mielenkiinto ei ole Euroopan unionissa uutta. Erilaisten julkisyhteisöjen suorittamilla hankinnoilla on katsottu ensinnä olevan merkittävää vaikutusta jäsenvaltioiden talouteen, minkä vuoksi niihin kiinnitetty EU:ssa ja sen edeltäjissä huomiota jo 1960-luvulta alkaen. Ensimmäiset julkisia hankintoja säädelleet direktiivit olivat julkisia rakennusurakoita koskenut direktiivi 71/304 ja julkisten hankintasopimusten tarjousmenettelyä koskenut direktiivi 71/305, jotka on annettu vuonna 1971. Toisaalta syynä unionin kiinnostukseen asiaa kohtaan oli se, että vielä 1980-luvulla tarjousmenettelyistä vain murto-osa tehtiin edes jonkinlaista tarjousmenettelyä noudattaen, ja vielä 90-luvullakin häviävän pieni osa, vain 2-4 prosenttia, julkisista hankinnoista todellisuudessa suuntautui jäsenvaltion ulkopuolelle. On arvioitu, että samaan aikaan 75 prosenttia hankintasopimuksista puolestaan kohdentui jollekin kansalliselle vakiohankkijalle. Julkisten hankintojen kohdalla oli siis vielä 90-luvun tilanteessa olemassa merkittäviä sisämarkkinoiden toimivuuteen liittyviä esteitä.²³⁷

Aiempien vuosikymmenten kokemukset sisämarkkinoiden huonosta toimivuudesta ja suoranaista sisämarkkinaesteistä julkisissa hankinnoissa lienevät keskeinen syy siihen, miksi julkisia hankintoja koskevat hankintamenettelyt on rakennettu niin yksityiskohtaisiksi. Sama syy lienee johtanut siihen, miksi julkisia hankintoja koskevien direktiivien sääntely on rakennettu siten, että kansallisella lainsäätäjällä on käytännössä käytettävissä vain hyvin rajallisesti mahdollisuuksia muokata direktiivin säädöksiä implementoidessaan niitä kansalliseen lainsäädäntöön.

Eurooppalaisen julkisia hankintoja koskevan sääntelyn taustalla näyttäisi siis vaikuttava pelko siitä, että pienikin mahdollisuus soveltaa hankintasäädöksiä tai vähäinkin oikeuskäytännössä luotu mahdollisuus tulkita niitä muutoin kuin ehdottomasta syrjimättömyys- ja avoimuusperiaatteesta käsin johtaisi tilanteeseen, jossa jäsenmaiden hankintayksiköt käyttäisivät tilaisuuden hyväkseen suosimalla omia kansallisia tai alueellisia toimijoita avoimen kilpailun sijaan.

²³⁶ Nystén-Haarala 1998, s. 202.

²³⁷ Joutsamo 2000, s. 501-503, samansuuntaisia havaintoja tekee myös Kuoppamäki, kts. Kuoppamäki 2012, s. 345-346.

Historiallisesta taustasta huolimatta hankintasääntelyn kehittämisessä olisi pidettävä mielessä myös suhteellisuusperiaate, joka syrjimättömyys- ja avoimuusperiaatteen tavoin kuuluu Unionin oikeuden keskeisiin periaatteisiin. Muutoin on vaarassa syntyä sääntelyviidakko, joka johtaa paitsi absurdeihin lopputuloksiin, niin myös kalliimpiin julkisiin hankintoihin. Finn Frogne-ennakkoratkaisun (C-549/14) perusteella näyttäisi nimittäin siltä, että hankintaprojektin epäonnistuessa hankintayksikön tulisi ensin purkaa tai irtisanoa voimassaoleva hankintasopimus ja tämän jälkeen järjestää uusi hankintamenettely, jolla hankinta suoritetaan loppuun. Lisäksi hankintayksikkö joutuisi mahdollisesti riitelemään sopimuksen päättämisestä seuraavista korvauksista yleisessä tuomioistuimessa, mihin puolestaan liittyy molempien osapuolten kannalta riski oikeudenkäyntikuluista sekä riski oikeudenkäynnin lopputuloksena mahdollisesti määrättävistä korvauksista.

4.3 Julkisten hankintasopimusten ominaispiirteet

Juha Pöyhönen on pitänyt pistemäisen sopimusajattelun tyypillisinä piirteinä muun muassa sopimuksen jakamattomuutta, jossa oikeudet ja velvollisuudet ovat käänteisesti samoja kummallakin sopijaosapuolelle. Toiseksi Pöyhönen katsoo pistemäiselle sopimukselle olevan ominaista sen selvästi rajautunut pätevyysalue, jossa sopimus on selkeästi rajattu kokonaisuus sekä ajallisesti että asiallisesti. Kolmanneksi kerran syntynyt sopimus on muuttumaton sen voimassaoloajan. Muina pistemäisen sopimuksen ominaispiirteinä Pöyhönen pitää sopimuksen pätemättömyyden ehdottomuutta ja sopimuksen sitovuuteen perustuvaa oikeussuojaa.²³⁸

Julkisissa hankinnoissa kaksi viimeksi mainittua piirrettä, sopimuksen pätemättömyyden ehdottomuus ja sopimuksen sitovuuteen perustuva oikeussuoja eivät nouse hankintamenettelyn luonteen vuoksi esille kovinkaan usein. Julkisissa hankinnoissa sopimuksen sitovuuteen tai sopimuksen pätevyyteen liittyvät kysymyksistä ei yleensä ole epäselvyyttä. Tähän lienee syynä se, että hankintamenettely on oikeusjärjestyksessä säädelty suhteellisen tarkasti ja toisena osapuolena sopimuksessa on viranomainen, hankintayksikkö, jonka noudattamat hallinnolliset menettelyt estävät, tehokkaasti ongelmia, jotka voisivat liittyä sopimuksen pätevyyteen²³⁹ tai so-

²³⁸ Pöyhönen 1988, s. 212-213.

²³⁹ Kysymystä pätevän julkisen hankintasopimuksen synnystä on kotimaisissa tuomioistuinten ratkaisuihin käsitelty lähinnä jo aiemmin mainituissa tapauksissa KKO 6.9.2007 nro 1857 ja KHO 27.1.2017/315, muu päätös.

pimuksen sitovuuden antamaan suojaan. Sen sijaan kolme ensimmäistä pistemäisen sopimus­käsityksen kriteeriä nousevat selvästi esille julkisia hankintoja koskevissa säädöksissä ja oi­keuskäytännössä.

Julkisia hankintoja koskevan sopimusajattelun kannalta merkillepantavaa on ensiksi se, että julkisissa hankinnoissa lähtökohtana on se, että sopimusehdot on tullut esittää kattavasti jo tar­jouspyynnössä tai hankintailmoituksessa.²⁴⁰ Sopimusehdot eivät siis ole normaalitilanteessa lainkaan neuvottelun kohteena suoritettaessa julkista hankintaa. Hankintayksikkö on määritel­lyt sopimusehdot omalta puoleltaan kattavasti jo tarjouspyyntöä tehdessään. Tilanne muistuttaa tältä osin oikeustoimilain perinteistä tarjous-vastaus –mallia²⁴¹ sillä poikkeuksella, että modifi­oidun vastauksen antaminen julkisia hankintoja koskevassa hankintamenettelyssä johtaa lähtö­kohtaisesti tarjouksen hylkäämiseen. Tästä pääsäännöstä poikkeuksen muodostavat vain erilai­set neuvottelumenettelyt ja ne tilanteet, joissa hankintayksikkö on tarjouspyynnössä mahdolli­stanut vaihtoehtoisen tarjouksen antamisen. Kaikkien hankintamenettelyyn liittyvien sopimus­ehtojen esittäminen kattavasti jo tarjouspyynnössä kuvaa itsessään perinteistä pistemäistä sopi­musajattelua, jossa sopimusehdot on määritelty sopimuksen syntyhetkellä kattavasti ja muuttu­mattomasti koko sopimuskauden ajaksi.

Toiseksi olennaista vertailtaessa pistemäistä sopimuskäsitystä ja julkisten hankintojen sopimus­käsitystä on havaita, että julkiset hankintasopimukset on pääsääntöisesti tehty määräaikaiksi ja toistaiseksi voimassaoleva sopimus on menettelynä poikkeuksellinen²⁴². Joidenkin hankin­tojen, kuten käyttöoikeussopimusten osalta lainsäädäntö jopa rajaa sopimusten lähtökohtaista kestoa tiettyyn määräaikaan²⁴³. Julkisia hankintoja koskevien menettelysäännösten vuoksi myös hankinnan asiallinen kohde on julkisissa hankinnoissa selvästi ja yksiselitteisesti rajattu. Hankintalainsäädäntö sääntelee muun muassa tarjouspyynnössä käytettävien sertifikaattien, testausraporttien, teknisten määritelmien ja selvitysten sekä erikseen hankinnan kohteen kuvaamista²⁴⁴. Edellä mainitut piirteet ovat ominaisia sopimuksen ajallisesti ja asiallisesti rajatulle sopimuskäsitykselle, joka on Pöyhösen mukaan yksi pistemäisen sopimuskäsityksen tunnus­merkeistä.

²⁴⁰ Euroopan unionin tuomioistuimien *Succhi di Frutta* –tapaukseen (C-496/99) antamassaan ratkaisussa, Unionin tuomioistuimen kannanotot, kohta 111. Hankintayksikön hankaluuksiin ennakoida sopimuksen aikana esiin nou­sevia mahdollisia ongelmia kiinnittää huomiota myös Poulsen, Poulsen 2012, s. 171.

²⁴¹ Oikeustoimilain mukaisesta tarjous-vastaus –mallista esimerkiksi Hemmo 2003 a, s. 100-104.

²⁴² Näin on todennut esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimien *pressetext*-tapauksessa, kohdat 73-74.

²⁴³ Hankintalain 117 §.

²⁴⁴ Hankintalain 71-73 §.

Kolmanneksi julkisia hankintoja koskevasta sääntelystä käy lisäksi ilmi, että sopimusehtoja voi muuttaa vain tiukasti säännellyissä poikkeustapauksissa. Mikäli sopimusmuutostarve ei lukeudu näihin poikkeustilanteisiin, olemassa oleva hankintasopimus on irtisanottava ja hankinnasta järjestettävä uusi hankintamenettely²⁴⁵. Myös edellä kuvattu ajattelu, jossa uusi sopimus automaattisesti päättää vanhan ja uusi sopimus on kokonaan edellisestä sopimuksesta erillinen ja itsenäinen kokonaisuutensa, on tyyppillinen piirre pistemäiselle sopimusajattelulle. Sopijakumppanin vaihtuminen liiketoimintakaupan seurauksena ei sekään ole sopimusmuutoksiin liittyvän oikeuskäytännön ja hankintadirektiivin sääntelyn perusteella ole mahdollista. Yksityisten välisissä oikeustoimissa sopijaosapuolena oikeussubjektin vaihtuminen olisi sopimukseenvarainen kysymys.

Julkisten hankintojen sopimusajattelua kuvaavat myös Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntö ja siitä esiin nousevat piirteet. Tämän tutkielman luvussa kolme käsiteltävien Euroopan unionin tuomioistuimen sopimusmuutoksiin liittyvien ennakkoratkaisujen, ja nyttemmin myös hankintadirektiivin säännösten perusteella voidaan todeta, että julkisissa hankinnoissa kiellettyinä sopimusmuutoksena on pidettävä olennaista sopimusmuutosta. Olennaisena sopimusmuutoksena puolestaan on niin sanotun *presstext*-kriteeristön perusteella pidettävä ensiksi muutosta, joka alkuperäiseen sopimukseen sisältyneenä olisi mahdollistanut muidenkin tarjoajien osallistumisen tai sen, että jokin toinen tarjoaja olisi voittanut tarjouskilpailun. Toiseksi tällaisena muutoksena on pidettävä muutosta, joka merkittävästi laajentaa sopimuksen soveltamisalaa alkuperäisestä, tai kolmanneksi muuttaa sopimuksen taloudellista tasapainoa sopijakumppanina olevan yhtiön eduksi.²⁴⁶

4.4 Julkisiin hankintasopimukseen liittyvän sopimusajattelun kipupisteitä

Olennaisen muutoksen kriteeristö on ymmärrettävissä kilpailunrajoitusten estämisen kannalta tai tilanteissa, joissa hankintayksikkö pyrkisi asettamaan jonkin suosikkitoimittajansa tai –toimittajat epäasiallisella tavalla muita parempaan asemaan. Ongelmalliseksi kriteeristö muuttuu tapauksissa, joissa tällaista pyrkimystä ei lainkaan ole ollut, vaan muutos on seurausta ennakoimattomista muutoksista sopimussuhteessa. Tällaiset muutokset ovat kyseessä ainakin tilanteissa, joilla pyritään sopimaan sopimuksen päättämisestä silloin, jos osapuolet eivät pysty vastaamaan sopimusvelvoitteistaan eikä syy sopimusvelvoitteiden rikkomiseen ei ole yksiselitteisesti vain toisessa osapuolella, vaan molemmissa, kuten tapahtui Finn Frogne -tapauksessa.

²⁴⁵ Hankintadirektiivin 73 artikla.

²⁴⁶ Castrén 2014, s. 454.

Hämmentävä osoitus julkisia hankintoja koskevan sääntelyn pistemäisestä sopimuskäsityksestä liittyy Finn Frogne –tapaukseen (C-549/14). Tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin katsoi ennakkoratkaisussaan ensinnä, että joihinkin julkisiin hankintoihin liittyy objektiivisesti arvioiden automaattisesti muita hankintoja suurempi epävarmuuden riski. Tämän riskin olemassaolo ja liittyminen erityisesti joihinkin hankintoihin, kuten tapauksessa kyseessä olleeseen järjestelmäkehityshankkeeseen, tekee siitä tuomioistuimen mukaan ennakoitavan. Riskin ennakoitavuudesta puolestaan seuraa se, että hankintaviranomaisen tulee huomioida tämä riski määrittämällä hankinnan kohden erityisen tarkasti. Hankintayksikkö voi lisäksi käyttää hyväkseen hankintamenettelyjä, joissa mahdollisuus neuvotella hankinnan kohteesta on esimerkiksi avointa menettelyä suurempi. Lisäksi tuomioistuin korosti, että hankintayksiköllä on mahdollisuus tehdä hankintasopimukseen jopa olennaisia muutoksia sen solmimisen jälkeen, mikäli se on tehnyt tähän liittyvän varauman jo alkuperäisissä tarjouspyyntöasiakirjoissa. Edelleen tuomioistuin toteaa, että sopimuksen solmimisen jälkeen näitä sopimusehtoja on tarkasti noudatettava täytäntöönpanovaiheen päättymiseen saakka.²⁴⁷ Tuomioistuin tarkastelee siis sopimusta pistemäiselle sopimuskäsitykselle ominaisella tavalla ennen kaikkea siten, että siinä jo *ex ante* määritellään kaikki mahdolliset muutostilanteet tyhjentävästi. On kuitenkin syytä kysyä, onko tämä todella mahdollista tilanteissa, joissa kysymys on monimutkaisista hankinnoista, joihin tuomioistuimenkin tulkinnan mukaan liittyy poikkeuksellisia epävarmuustekijöitä.

Sopijaosapuolten mahdollisuutta reagoida sopimuskauden aikana tapahtuviin muutoksiin on pyritty parantamaan muun muassa mahdollisuudella ottaa tätä koskeva yksiselitteinen ja selkeä ehto jo alkuperäisiin sopimusasiakirjoihin ja tätä kautta myös alkuperäiseen tarjouspyyntöön²⁴⁸. Osapuolten kannalta sopimukseen etukäteen otettu ehto ei kuitenkaan tarjoa ratkaisua niihin tilanteisiin, joissa mahdolliset ongelmat sopimukseen liittyen ilmenevät vasta sopimuskauden aikana. Sopimuksen muuttaminen ennalta määritellyn yksiselitteisen ehdon perusteella edellyttäisi sopijaosapuolilta kykyä ennustaa sopimussuhteessa esiin nousevat ongelmat jo ennakoita. Etukäteen määritellyn sopimusmuutosehdon käyttäminen sopineekin parhaiten tilanteisiin,

²⁴⁷ ”Se seikka itsessään, että tiettyjä julkisia hankintoja koskevia sopimuksia voidaan kohteensa perusteella automaattisesti pitää luonteeltaan epävarmoina, tekee häiriöiden ilmenemistä täytäntöönpanovaiheessa koskevan riskin lisäksi ennakoitavaksi. Täten tällaisen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen osalta hankintaviranomaisen tehtävänä on paitsi käyttää parhaiten soveltuvia julkisia hankintoja koskevia menettelyjä myös erityisesti määrittämällä tämän hankintasopimuksen kohde erittäin huolellisesti. Kuten lisäksi tämän tuomion 30 kohdasta käy ilmi, hankintaviranomainen voi varata itselleen julkisia hankintoja koskevan sopimuksen sopimuspuolen valinnan jälkeen mahdollisuuden tehdä tiettyjä, jopa olennaisia muutoksia hankintasopimukseen, kunhan se on ottanut sen huomioon hankintamenettelyä säätelevissä asiakirjoissa.” C-549/14, kohta 36.

²⁴⁸ Ratkaisukäytännössä näin muun muassa Unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisussa tapaukseen *Succhi di Frutta* (C-496/99), tuomioistuimen kannanotot, kohta 118 ja hankintadirektiivin 72 artiklan 1-kohta.

joissa kysymys on esimerkiksi hinnan tarkistamisesta indeksillä tai muihin vastaavan kaltaisiin, ennalta arvattaviin tilanteisiin.²⁴⁹

Sopimusmuutosehdon käyttöalaa rajaa käytännössä myös se, että Euroopan unionin tuomioistuimien on Wall –tapauksessa (C-91/08) todennut, että sopimusmuutos voi olla olennainen siitäkin huolimatta, että tätä koskeva mahdollisuus on kirjattu alkuperäiseen sopimukseen. Euroopan unionin tuomioistuin katsoi kyseisessä tapauksessa, että sopimusmuutos saattoi olla olennainen sen mahdollistavasta ehdosta huolimatta, jos alkuperäinen ehto oli syynä alkuperäisen sopimuksen syntymiseen. Kyseisessä tapauksessa tuomioistuin katsoi, että Wall-yhtiön sisältyminen alihankkijaluetteloon oli olennainen syy siihen, että konsessiosopimus oli myönnetty FES-yhtiölle.²⁵⁰

Yhteenvedon voidaan todeta, että julkisia hankintoja sääntelevien oikeusohjeiden ja ennakkoratkaisujen perusteella syntyy selkeä kuva pistemäisestä sopimusajattelusta. Pistemäinen sopimusajattelu on julkisissakin hankinnoissa monilta osin edelleen käyttökelpoinen tapa lähestyä sopimussuhdetta. Hankintoja, joihin tällainen sopimusajattelu sopii, ovat esimerkiksi monet yksinkertaiset, selkeästi määriteltävät, standardisoidut hankinnat. Pistemäisen sopimusajattelun hyötyihin kuuluu myös se, että sen kautta avointen, tasapuolisten ja syrjimättömien kilpailuolosuhteiden luominen on helpommin mahdollista.

Uudenlaisiin monimutkaisiin julkisiin hankintoihin, jotka ovat hankalasti mitattavissa tai standardisoitavissa, joihin sisältyy lukuisia toisiinsa kytkeytyviä palveluita, uusien tuotteiden tai toimintamallien kehittämistä, erilaisia rahoitusmalleja ja joissa sopimusaikakin on usein pitkä, pistemäinen malli sopii kovin huonosti. Se ei kykene huomiomaan tiettyihin hankintatyyppeihin sisältyvää lähtökohtaista epävarmuutta eikä tästä seuraavaa aitoa tarvetta mukauttaa sopimusta tarvittaessa sopimuskauden ajanakin uudelleenneuvottelulausekkeiden kautta.

Euroopan unionin tuomioistuin tarjoaa vaihtoehtoiksi monimutkaisissa ja epävarmuutta sisältävissä hankinnoissa käytettäväksi uusia neuvottelullisia hankintamenettelyjä.²⁵¹ Näillä menettelyillä ei kuitenkaan korvata sitä sopimusajattelun puutetta, että ne edellyttävät hankintayksiköltä yhä kykyä tulevaisuuden ennustamiseen. Niissäkin osapuolten keskinäisistä neuvotte-

²⁴⁹ Halonen 2016, s. 6.

²⁵⁰ Wall C-91/08, kohta 39.

²⁵¹ Hankintadirektiivin perustelukohta 42.

luista huolimatta tarkastelunäkökulma sopimukseen on *ex ante*, sen sijaan, että sopimusta tarkasteltaisiin tarvittaessa uudelleen mahdollisten ongelmien ilmaannuttua. Niiden ongelmana on pidettävä myös sitä, että ne ovat menettelyinä suhteellisen raskaita, jolloin vaarana on hankintaprosessin monimutkaistuminen ja prosessiin liittyvien kustannusten kasvaminen.

Julkisten hankintojen pistemäiseen sopimusajatteluun liittyy myös vaara sopimuksen laatimiseen kuuluvien kustannusten kohtuuttomasta kasvamisesta. Kuten luvussa 2.7 on huomautettu, erilaisten sopimussuhteisiin liittyvien riskien vähentäminen ja ennakointi aiheuttavat kuluja. Mikäli sopimuksessa pyritään ennakoimaan kaikki suhteeseen liittyvät riskit, voi seurauksena olla tilanne, jossa ennakoinnista ja vähentämisestä aiheutuvat kulut ovat suuremmat kuin näistä toimenpiteistä saatavat hyödyt. Julkisissa hankintamenettelyissä tätä riskiä kasvattaa hankintadirektiivin perusteluista ja Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmenevä erilaisten neuvottelumenettelyjen suosittelu monimutkaisten ja hankintakohteen osalta hankalasti määriteltävien hankintojen hankintamenettelyksi.

Julkisissa hankintamenettelyissä on nähtävissä viitteitä edellä kuvatusta sopimuksen laadinta-kustannusten kasvamisesta. Esimerkiksi Elinkeinoelämän keskusliitto on kiinnittänyt huomiota siihen, että julkisissa hankinnoissa on ollut taipumusta keskittyä liiaksi hankintamenettelyn prosessiin sujuvuuteen kiinnittämättä huomiota siihen, kuinka itse hankinnalle asetetut tavoitteet saavutettiin.²⁵² Kuvattua keskittymistä prosessiin hankinnan sisällön sijasta ei voida pitää tarkoituksenmukaisena ajatellen hankintamenettelylle laissa asetettuja tavoitteita, tehokkaiden ja laadukkaiden julkisten hankintojen suorittamista.

Tarkasteltaessa luvussa 2.7 kuvattuja, yksityisten sopijaosapuolten välisissä suhteissa käytettyjä sopimusmuutostapoja, voidaan todeta, että niistä lähinnä vain yksipuolinen sopimuksen muuttaminen etukäteen sovitun ehdon puitteissa ja lakiin tai olosuhteiden muutokseen perustuvat muutokset ovat mahdollisia tietyin rajoituksin. Yksipuolinen sopimuksen muuttaminen on julkisissa hankinnoissa mahdollista, mikäli siitä on sovittu yksiselitteisesti ja selkeästi alkuperäisessä sopimuksessa. Tyypillisesti tällaisia ehtoja ovat, kuten yksityistenkin välisissä suhteissa, esimerkiksi hinnan indeksiin perustuvat korotusehdot. Vastaavalla tavalla julkisissa hankinnoissa sallittuja sopimusmuutosehtoja voisivat olla lakiin perustuvat sopimusmuutokset sekä olosuhteiden muuttumiseen perustuvat ehdot, mikäli niistä on yksityiskohtaisesti sovittu

²⁵² EK:n kilpailuselvitys 2018, s. 13.

alkuperäisessä sopimuksessa. Myös force majeure –tyyppisiä ehtoja on pidettävä sallittuina muutosehtoina jo yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden perusteella.

Muutosehtoja, joita missään nimessä voida pitää sallittuina julkisissa hankinnoissa, ovat uudelleen neuvottelua ja taloudellista liikavaikeutta koskevat ehdot, kolmannelle osapuolelle annettu valta päättää sopimusmuutoksista, sekä konkludenttinen sopimuksen muuttaminen. Pohdittaessa esimerkiksi niitä rajoituksia, joita liikavaikeuden määritelmälle ja siitä mahdollisesti seuraaville muutoksille UNIDROIT-ehdoissa asetetaan, on syytä kysyä, eikö vastaavan kaltainen sääntely olisi riittävää karsimaan kilpailunrajoitukset tai epäasialliset pyrkimykset suosia tiettyä toimittajaa myös julkisten hankintojen yhteydessä? UNIDROIT:in mallisopimusehdoissahan peruslähtökohtana on sopimuksen sitovuus (*pacta sunt servanda*). Liikavaikeus voi ehtojen mukaan olla kysymyksessä tilanteessa, jossa tapahtumat vaikuttavat perustavanlaatuisesti sopija-osapuolten väliseen tasapainoon tilanteessa, joka on ilmennyt vasta sopimuksen tekemisen jälkeen, jota huolellisesti (*reasonably*) toimiva sopimuksen osapuoli ei ole voinut ennakoida sopimusta tehtäessä, tapahtumat ovat vahingonkärsineen osapuolen kontrollimahdollisuuksien ulkopuolelle ja riski ei ole ollut ennakoitavissa vahinkoa kärsineen osapuolen puolesta sopimus-suhteen aikanakaan.²⁵³

²⁵³ UNIDROIT, article 6.2.2.

5 LOPUKSI

Tutkielmani johdantoluvussa asetin tutkielman tutkimuskysymykseksi, millainen on julkisten hankintasopimusten sopimusajattelu, joka on löydettävissä sopimusmuutoksia koskevissa enakkoratkaisuissa ja lainsäädännössä? Kysymykseen vastaamiseksi tutkielmassa analysoitiin hankintasopimusten muutosten rajoituksia, jotka seuraavat unionin hankintalainsäädännöstä ja toisaalta erityisesti Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Näin syntynyttä kuvaa julkisten hankintasopimusten sopimusajattelusta vertasin Pöyhösen ja Wilhelmssonin esittämiin sopimusmalleihin sekä niin sanottuun suhdesopimusmalliin sen selvittämiseksi, millaiseksi julkisten hankintasopimusten sopimusajattelua voidaan oikeudellisesti luonnehtia.

Edellä esitettyä tutkimuskysymystä on syytä purkaa, kuten tässä tutkielmassa olen tehnyt, aloittamalla siitä, millainen on nykyaikainen, monimutkaisissa, liiketoiminnan ytimeen ulottuvissa sopimuksissa havaittavissa oleva sopimusajattelu. Pöyhösen esittämässä sopimuksen prosessikäsityksessä sopimus nähdään sopijaosapuolten välisenä vuorovaikutuksena, jossa sopimusta ei voi kuvata kahden pisteen välisenä janana. Hahmotellessaan sopimuksen prosessikäsitystä Pöyhönen erottelee siitä kolme tarkasteltavaa elementtiä, asiallisen, ajallisen ja henkilöllisen ulottuvuuden.

Wilhelmsson puolestaan jakaa sopimusoikeuden kehityksen viiteen vastinpariin, jotka ovat: sisältöneutraalisuus – sisällöllisyys, staattisuus – dynaamisuus, vastakkainasettelu – yhteistointa, atomistisuus – kollektiivisuus sekä abstraktisuus – henkilösidonaisuus. Vastinpareista ensimmäiset kuvaavat perinteistä tapaa hahmottaa sopimus, jälkimmäiset puolestaan modernimpaa tapaa jäsentää sopimussuhdetta.

Suhdesopimuksen olennaisiin piirteisiin puolestaan kuuluu ensinnä sen pitkäkestoisuus. Kuten Pöyhösen sopimuksen prosessikäsityksessä, myös sopimuksen suhdekäsityksessä sopimussuhteen alkamista ei voida kaikissa tilanteissa rajata ajallisesti yksiselitteisellä tavalla. Siinä jopa sopimusneuvottelut voivat joissain tilanteissa synnyttää sopimusvastuuta. Sopimusneuvottelujen jälkeen suhteeseen kuuluvaksi ajaksi katsotaan sopimuksen täyttämiseen kuuluvan ajan lisäksi se aika, joka sijoittuu neuvottelujen käymisen ja sopimuksen täyttämisen aloittamisen väliseen ajanjaksoon. Osapuolilla voi olla toisiaan kohtaan velvollisuuksia vielä sopimuksen täyttämisenkin jälkeenkin.

Suhdesopimuksen tyypillisiin piirteisiin kuuluu toiseksi myös se, että se on luonteeltaan epätäydellinen. Siinä missä klassisessa sopimusajattelussa pyrittiin lähtökohtaisesti määrittelemään sopimuksessa sen sisältämät velvoitteet ja oikeudet hyvin yksityiskohtaisesti ja tarkasti ennen sopimuksen solmimista, suhdetyyppisessä sopimuksessa ne voidaan sopia puitesopimuksen kaltaisesti tai jotkin sopimusehdot voidaan jättää myöhemmin sovittaviksi. Samoin on mahdollista, että asioista sovitaan yksityiskohtaisesti, mutta myöhemmin sopimuksen täyttämisen aikana todetaan, että alun perin sovittua sopimusta tulee muuttaa.

Vastakohtana edellisille sopimusajattelun malleille toimii niin sanottu klassinen, pistemäinen sopimusajattelu. Pöyhösen mukaan pistemäiselle käsitykselle sopimuksesta on ominaista nähdä sopimus kokonaisuutena, joka alkaa tiettyinä ajanhetkenä, kestää muuttumattomana voimassa sovitun ajan, minkä jälkeen se päättyy sovittuna ajankohtana. Tällaiselle sopimukselle on ominaista ensinnä sopimuksen jakamattomuus, siinä toisen osapuolen oikeus on peilikuvamaisesti toisen osapuolen velvollisuus. Velvollisuuksien symmetrisyydestä seuraa se, että pistemäisen ajattelun mukaista sopimusta ei voida jakaa osiin, joissa velvollisuudet ja oikeudet olisivat sitovuudeltaan tai merkitykseltään erilaisia.

Toiseksi pistemäiselle sopimukselle tyypillistä on Pöyhösen mukaan sen pätevyuden tarkkaraajaisuus, se on asiallisesti rajautunut siinä määriteltyihin asioihin ja sillä on selkeä alkamis- ja päättymishetkensä. Pistemäisessä sopimuksessa vastuu ei voi alkaa ennen sopimuksen solmimista ja se lakkaa välittömästi sopimuksen mukaiseen suoritukseen tai muuhun saamisen lakkauttavaan seikkaan.

Kolmanneksi pistemäinen sopimus antaa oikeussuojaa vain sitovan sopimuksen perusteella. Sen on täytettävä sille asetetut muotovaatimukset, mikäli sellaisia on ja se on tehtävä oikeustoimikelpoisuuden ja sopimusvapauden asettamien rajoitusten puitteissa, ennen kuin siihen perustuen voi menestyksellisesti vaatia oikeuksiaan tuomioistuimessa. Viimeiseksi pistemäiselle sopimukselle on Pöyhösen mukaan ominaista se, että se joko on pätevä tai se ei sitä ole, sen pätemättömyys on joko-tai –luonteista. Pätemättömään sopimukseen ei pistemäisessä sopimus-käsityksessä koskaan voi liittyä mitään siihen perustuvaa suojavaikutusta.

Tutkielman kolmannessa pääluvussa tarkasteltiin sitä, millaisista oikeuslähteistä julkisia hankintoja koskeva sääntely nousee ja miten siinä on suhtauduttu hankintasopimusten muutoksiin. Tutkielmassa todettiin, että sopimusmuutossääntely on kehitetty käytännössä täysin Euroopan

unionin tuomioistuimen antamien ennakkoratkaisujen kautta. Koska sääntelyä ei ole ollut, ratkaisut ovat perustuneet ensinnä yleisiin eurooppaoikeudellisiin periaatteisiin, joita unionin tuomioistuin on ratkaisukäytännössään kehittänyt. Esimerkkeinä yleisistä oikeusperiaatteista, joilla voidaan nähdä olevan liityntöjä julkisiin hankintoihin, voidaan mainita hyvän hallintotavan periaate, hallintovallan väärinkäytön kielto, suhteellisuusperiaate, oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin, omaisuudensuoja, pacta sunt servanda –periaate ja vilpittömän mielen suoja.

Toinen merkittävä oikeuslähde, jolla on vaikutusta julkisten hankintasopimusten sopimusmuutossääntelyyn, ovat perussopimuksista nousevat periaatteet. Merkittävimpinä julkisiin hankintoihin vaikuttavina periaatteina eurooppaoikeudessa on pidetty syrjinnän kieltä, siitä johdettua yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatetta sekä suhteellisuusperiaatetta. Mainitut periaatteet esiintyvät Euroopan Unionin tuomioistuimen sopimusmuutoksia koskevien ratkaisujen oikeusohjeina lähes poikkeuksetta.

Koska sopimusmuutossääntelyä on kehitetty voimakkaasti Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, analysoin tutkielmassani viittä sopimusmuutoksia käsittelevää ennakkoratkaisua. Ennakkoratkaisujen pohjalta tutkielmassa todettiin, että julkisen hankintasopimuksen muuttaminen on kiellettyä ilman uutta hankintamenettelyä, jos sopimukseen tehdään olennaisia muutoksia. Niin sanottujen presstext-kriteerien perusteella olennaisina muutoksina tuomioistuin on pitänyt ensinnä muutosta, joka alkuperäisiin ehtoihin sisältyneenä ehtona olisi johtanut siihen, että tarjouskilpailuun olisi voinut osallistua muitakin tarjoajia, kuin ne, jotka siihen ovat osallistuneet, tai jos muutetuista ehdoista olisi seurannut se, että alkuperäisessä hankintamenettelyssä valituksi olisi tullut joku toinen tarjoaja. Toinen olennaisen muutoksen tunnusmerkki on se, miten se vaikuttaa sopimuksen laajuuteen. Olennaisessa sopimusmuutoksessa sopimuksen soveltamisala laajenee merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joita alkuperäisessä sopimuksessa siihen ei sisältynyt. Kolmantena olennaisuuden kriteerinä sopimusmuutoksia koskien tuomioistuin pitää sitä, miten muutos vaikuttaa sopijaosapuolten keskinäiseen tasapainoon. Sopijakumppanien tasapainoa arvioitaessa tulee tarkastella sitä, hyödyttääkö alkuperäiseen sopimukseen tehty muutos sopijaosapuolena toimivaa yritystä.

Sopimusmuutoksia koskevan analyysin pohjalta totesin tutkielmassani, että unionin tuomioistuimen linja sopimusmuutossääntelyn osalta vaikuttaa tiukentuneen vuosien saatossa. Tiukentuminen on koskenut muun muassa alkuperäiseen sopimukseen sisältyneen sopimusmuutosehdon hyväksyttävyyttä sekä mahdollisuutta päättää sopimus sovintosopimuksella.

Tutkielman neljännessä luvussa totesin toisessa ja kolmannessa luvussa tehtyjen havaintojen perusteella, että sopimusmuutoksia julkisissa hankinnoissa käsittelevien säädösten ja tuomioistuinratkaisujen perusteella julkinen hankintasopimus on tyypiesimerkki niin sanotusta klassisesta eli pistemäisestä sopimustyyplistä. Julkisissa hankintasopimuksissa kaikki niihin sisältyvät ehdot tulisi pääpiirteissään esittää ennakolta jo hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisujen perusteella julkisessa hankintasopimuksessa tulisi pyrkiä jopa niin sanottuun täydelliseen sopimukseen, jollaisen tekemistä oikeuskirjallisuudessa on lähtökohtaisesti pidetty mahdottomana.

Neljännessä luvussa esitin lisäksi huoleni siitä, että julkisten hankintasopimusten pistemäinen sopimuskäsitys johtaa tilanteeseen, jossa hankintamenettelyt ovat raskaita ja hankinnan valmistelun kustannukset uhkaavat nousta suhteettomasti. Lisäksi kiinnitin huomiota siihen tosiseikkaan, että julkisissa hankintasopimuksissa käytettävät sallitut menettelyt sopimusmuutostilanteissa poikkeavat yksityisten keskenään tekemistä hankintasopimuksista melkoisesti ja nämä menettelyt ovat usein kaupalliselle todellisuudelle vieraita.

Ratkaisuksi edellä mainittuihin pistemäisestä sopimuskäsityksestä johtuviin ongelmiin ehdotin toisaalta hankintadirektiiviin sisältyvän sopimusmuutossääntelyn lieventämistä, erityisesti osake- ja liiketoimintakaupan tällä hetkellä hyvin selkeän erottelun osalta. Toisaalta esitin suhteellisuusperiaatteen soveltamista myös sopimusmuutoskysymyksissä. Erityisesti suhteellisuusperiaatetta tulisi soveltaa niissä tilanteissa, joissa hankintasopimus halutaan päättää sopimuksella suoritushäiriötilanteessa.

Tutkielmani pohjalta katson, että julkisten hankintasopimusten sopimusajattelua tulisi tutkia laajemmin. Tarkastelun kohteeksi voitaisiin valita sisällöllisiä kysymyksiä koskevien sopimusmuutosten lisäksi muutkin sopimusoikeudellisia näkökulmia. Tällöin tarkastelun kohteina voisivat olla esimerkiksi sopimuksen synty, sen osapuolet, sopimuksen pätevyys, sen päättäminen

sekä sopijaosapuolten aiempi sopimussyhteistyö ja sen vaikutus sopimussuhteeseen sopimusajattelun näkökulmasta. Lisäksi erityisesti suhteellisuusperiaatteen soveltamisen mahdollisuus sopimusmuutoksia koskeviin ennakkoratkaisuihin edellyttäisi lisätutkimusta.