



UNIVERSITY OF LAPLAND  
LAPIN YLIOPISTO

## **Sopimuksen hiljainen muuttaminen julkisissa hankinnoissa**

Lapin yliopisto  
Oikeustieteiden tiedekunta  
Varallisuus oikeus  
Maisteritutkielma  
Annika Juhola, 0443104  
Syksy 2020

## Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Sopimuksen hiljainen muuttaminen julkisissa hankinnoissa

Tekijä: Annika Juhola

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Oikeustiede, varallisuus oikeus

Työn laji: Tutkielma X Laudaturtyö \_\_ Lisensiaatintyö \_\_ Kirjallinen työ \_\_

Sivumäärä: XIII + 70

Vuosi: 2020

### Tiivistelmä:

Tämän maisteritutkielman tarkoituksena on selvittää, milloin hankintasopimuksia on muutettu hiljaisilla eli konkludenttisilla tahdonilmaisuilla siten, että kyseessä voi olla hankintalainsäädännön nojalla sellainen olennainen muutos, jonka nojalla hankintayksiköllä on velvollisuus kilpailuttaa hankinta uudelleen. Tutkielma on rajattu koskemaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä ja hiljaisesti tehtyjä sopimusmuutoksia. Tarkoituksena ei siis ole tehdä yleistä katsausta hankintasopimuksen muutoksista.

Tutkielma on toteutettu oikeusdogmaattisena eli lainopillisena tutkimuksena. Tutkielmassa analysoidaan ja systematisoidaan sekä varallisuus oikeudellisia että hankintaoikeudellisia oikeusohjeita. Analyysin kohteena on varallisuus oikeudellisessä osiossa kansalliset ja osin pohjoismainen varallisuus oikeudellinen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö. Hankintaoikeudellisessä osiossa tarkastellaan sekä Euroopan unionin tuomioistuimen että kansallisen markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytäntöä. Analysoinnin tukena on hyödynnetty kansainvälistä ja kansallista oikeuskirjallisuutta.

Tutkimuksessa on selvinnyt ensinnäkin, että sopimusta voidaan varallisuus oikeuden mukaan muuttaa hiljaisella tahdonilmaisuilla, jos osapuolet menettelevät toistuvasti alkuperäisestä sopimuksesta poikkeavalla tavalla, tai jos sopimusosapuoli pitkäaikaisesti hyväksyy toisen osapuolen sopimuksesta poikkeavat suoritukset. Toiseksi on selvinnyt, että hankintasopimuksen hiljainenkin muuttaminen voi rikkoa hankintaoikeuden näkökulmasta yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita, mikä voi johtaa EUT:n asian C-454/06 pressettext mukaan hankintayksikön velvollisuuteen kilpailuttaa hankinta uudelleen. Tutkielmassa uudelleenkilpailuttamisvelvollisuuden syntymistä hiljaisten muutosten perusteella on tarkasteltu kolmen eri mallituksen kautta. Näiden tilanteiden perusteella tutkielmassa päätellään, että hiljaisen sopimusmuutoksen luonteen arviointi perustuu tapauskohtaiseen kokonaisharkintaan, jossa hankintayksikön vastuulle ja asenteelle annetaan suuri painoarvo. Mitä varhaisemmassa vaiheessa hankintayksikkö esimerkiksi lakkaa valvomasta hankintasopimuksen ehtojen täyttymistä tai muuten myötävaikuttaa sopimuksen muuttumiseen, sen varmemmin hankintaviranomainen rikkoo hankintaperiaatteita tai pyrkii kiertämään hankintalainsäädäntöä. Hiljaisiin muutostilanteisiin pystytään sinänsä puuttumaan nykyisen hankintalainsäädännön avulla, mutta konkludenttisten sopimusmuutoksien huomaaminen ja toteennäyttäminen on haastavaa.

Avainsanat: julkiset hankinnat, sopimusmuutos, hiljainen tahdonilmaisu

# Sisällys

<b>1. Johdanto</b> .....	<b>1</b>
1.1. Tutkimuksen taustat .....	1
1.2. Tutkimuskysymykset ja metodi .....	4
1.3. Tutkimuksen rakenne ja rajaukset.....	5
<b>2. Hiljaisen tahdonilmaisun sitovuus</b> .....	<b>7</b>
2.1. Sopimuksen syntyminen hiljaisesti.....	7
2.2. Sopimuksen muoto .....	11
2.3. Sopimuksen vähimmäisisältö.....	17
2.4. Toistuva menettely .....	21
2.5. Pitkäaikainen hyväksyntä.....	23
<b>3. Sopimusmuutokset hankintalainsäädännössä</b> .....	<b>27</b>
3.1. Hankintasopimus varallisuus oikeudellisena sopimuksena .....	27
3.2. Yhdenvertainen kohtelu ja avoimuus .....	29
3.3. Hankintasopimuksen muutokset .....	32
3.4. Hankintayksikön velvollisuudet.....	36
<b>4. Hiljaiset hankintasopimuksen muutostilanteet</b> .....	<b>41</b>
4.1. Väärä voittaja .....	41
4.2. Sopimusrikkomukset hankinnoissa .....	49
4.3. Hankintasopimuksen alan muuttaminen .....	56
<b>5. Seuraamukset</b> .....	<b>62</b>
5.1. Laiton suorahankinta .....	62
5.2. Laiton valtiontuki .....	67
<b>6. Johtopäätökset</b> .....	<b>69</b>

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

*Aarnio, Aulis*: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki 2011.

*Ahlfors, Julia*: KKO 2018:37 – Yhteistyösopimuksen irtisanominen. Lakimies 6/2018, s. 787–799.

*Alanen, Jouni*: Julkisyhteisön tehtävien siirto – hallinnon sisäinen uudelleenjärjestely vai julkinen hankinta? Defensor Legis N:o 4/2020, s. 679–692.

*Arrowsmith, Sue*: The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1, 3<sup>rd</sup> edition, London 2014.

*Arrowsmith, Sue*: The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 2, 3<sup>rd</sup> edition, London 2018.

*Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden oppikirja, Helsinki 2007.

*Bloomfield, Katherine*: Risk Assessment in Public Contracts. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), 14(1) 2019, s. 7–15.

*Bovis, Christopher*: Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions. Common Market Law Review, Volume 49 (2012), s. 247–290.

*Castrén, Martina*: Hankintasopimuksen muuttamisen sallittavuus. Defensor Legis 3/2014, s. 448-464.

*Guccio, Calogero – Pignataro, Giacomo – Rizzo, Ilde*: Measuring the efficient management of public works contracts: A non-parametric approach. Journal of Public Procurement, Volume 12 (4): 19 – Mar 1, 2012, s. 528–543.

*Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkki*: Julkiset hankinnat. 3., uudistettu painos, Alma Talent Helsinki 2017.

*Halonen, Kirsi-Maria*: Hankintalain oikeussuojauudistuksen vaikutukset hankintayksiköiden toimintaan – Empiirinen tutkimus hankintayksiköiden suorahankinta- ja sopimuskäytännöistä. Edilex 15/2015. Saatavilla: [www.edilex.fi/artikkelit/15138](http://www.edilex.fi/artikkelit/15138) (Käyty 24.10.2020). (*Halonen 2015a*)

*Halonen, Kirsi-Maria*: Hankintasopimuksen tehottomuus: Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuustaan entiselle sopimuskumppanille. Turku 2015. (*Halonen 2015b*)

*Halonen, Kirsi-Maria*: Shielding against damages for ineffectiveness: the limitations of liability available for contracting authorities - a Finnish approach. *Public Procurement Law Review* 2015, P.P.L.R. 2015, 4, s. 111–121.

*Halonen, Kirsi-Maria*: Sovintosopimus ja sopimusmuutos julkisessa hankinnassa (C-549/14 Finn Frogne). *Oikeustieto* 5/2016, s. 4–7.

*Halonen, Kirsi-Maria*: Termination of a public contract - lifting the veil on art.73 of 2014/24 Directive. *Public Procurement Law Review*, P.P.L.R. 2017, 4, s. 187-199.

*Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Toinen painos. Helsinki 2003. (Hemmo I)

*Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus II. Toinen uudistettu painos. Jyväskylä 2003. (Hemmo II)

*Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden perusteet. Helsinki 2018.

*Hoppu, Esko – Hoppu, Kari*: Kauppa- ja varallisuusosoikeuden pääpiirteet. 11. painos, Juva 2007.

*Hoppu, Esko – Hoppu, Kari*: Kauppa- ja varallisuusosoikeuden pääpiirteet. 16. painos, Helsinki 2016.

*Huikko, Katariina – Ukkola, Markus*: EU:n valtioneuvoston päätöksen ja hankintalainsäädännön suhteesta, *Lakimies* 2/2014, s. 213–235.

*Håstad, Torgny*: Introduction to the Contributions on Nordic Contract Law: The Restatement of Nordic Contract Law. *European Review of Private Law*, E.R.P.L. Volume 28 (3) 2020, s. 541–542.

*Häyhä, Juha*: Kauppahinnasta, s. 67–89 teoksessa Ari Saarnilehto (toim.), Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007.

*Indén, Tobias – Naundrup Olesen, Karsten*: The Public Sector and Obligation to Contract. *European Review of Contract Law*, Volume 12 (2016), s.77–95.

*Kaisto, Janne*: Varallisuusosoikeus ja julkiset hankinnat. *Oikeustiede-Jurisprudentia* 2009:XLII, s. 121–259.

*Kaisto, Janne*: Oikeustoimiopin perusteet. Helsinki 2015.

*Kaisto, Janne*: Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta. Julkaistu teoksessa *Business Law Forum*, Helsinki 2017, s. 45–128.

*Kivistö, Timo – Virolainen, Veli Matti*: Public procurement spend analysis at a national level in Finland. *Journal of Public Procurement*, Volume 19 (2): 21 –3 June 2019, s. 109–127.

- Klami-Wetterstein, Paula*: Sopimuksen syntyminen. Oikeustieto 2/2005 s. 9–11, Oikeustauskommentti.
- Kolehmainen, Esa*: Sopimuksen synty ja normiteoria. Business Law Forum, Helsinki 2005.
- Muukkonen, Pertti Juhani*: Sopimusvapauden käsitteestä. Lakimies VI-VII 1956, s. 601-612.
- Mäkelä, Eeva-Riitta*: Tekninen dialogi – ratkaisu moneen ongelmaan julkisissa hankinnoissa? Edilex 2011/25. Saatavilla: [www.edilex.fi/artikkelit/8271](http://www.edilex.fi/artikkelit/8271) (käyty 15.10.2020).
- Norros, Olli*: KKO 2018:38 – Sopimuksen purkuoikeuden lakkaaminen velkojan passiivisuuden vuoksi. Lakimies 2/2019, s. 249–266.
- Norros, Olli*: Sopimusperusteiset muotovaatimukset. Lakimies 2/2008, s. 183–211.
- Nystén-Haarala, Soili*: Venäjän ja Pohjoismaiden sopimusoikeuden yleisten oppien joustavuus. Lakimies 7–8/2014, s. 1022–1041.
- Oksanen, Antero*: Kuntien yleiset hankintaohjeet. 3. uud. painos, Helsinki 2010.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus*: Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Tallinna 2019.
- Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa*: Sopimusoikeuden perusteet. 8., uudistettu painos, Helsinki 2018.
- Simovart, Mari Ann*: Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. Upphandlingsrättslig Tidskrift, UrT 2015, 1, s. 33–47.
- Simovart, Mari Ann*: The power of termination under art.73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation. Public Procurement Law Review 2018, P.P.L.R. 2018, 6, s. 279–287.
- Telaranta, K. A.*: Varallisuusosoikeudellisen tahdonilmaisun tulkinnasta ja täydentämisestä. Lakimies no. 5 1953, s. 841–874.
- Treumer, Steen*: The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? Public Procurement Law Review 2006, P.P.L.R. 2006, 3, s. 71-85
- Treumer, Steen*: Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. Public Procurement Law Review 2012, P.P.L.R. 2012, 5, s. 153-166.

*Treumer, Steen*: Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. *Public Procurement Law Review P.P.L.R.* 2014, 3, s. 148-155.

*Ukkola, Markus*: Hankintamenettelyn kriteerit. *Lakimies* 2/2011, s. 320–340.

## **Muut lähteet**

Public Procurement Indicators 2017. DG GROW, G - Single Market for Public Administration G4 - Innovative and eProcurement, 9 July 2019. Saatavilla: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003> (Käyty 8.9.2020)

Kauppa-oikeuden professori Christina Rambergin kodifoitu versio Ruotsin sopimusoikeutta koskevasta yleislaista, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 2010. Saatavilla: <https://lagen.nu/1915:218> (Käyty 8.10.2020)

Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa (Tarkistetut JYSE-ehdot, huhtikuu 2017). Saatavilla: <https://vm.fi/julkaisu?pubid=28201> (Käyty 22.10.2020).

Vierashuoneessa asianajaja Jouni Alanen: Jätelakiin ehdotetaan huomattavia tarkennuksia jätekuorien kilpailutussääntöihin – mikä muuttuu käytännössä? Edilex-julkaisu 29.5.2020. Saatavilla: <https://www-edilex-fi.ezproxy.ulapland.fi/uutiset/64459?allWords=alanen&offset=1&perpage=20&sort=relevance&searchSrc=1&advancedSearchKey=949655> (Käyty 26.10.2020)

Ruotsin kilpailuviranomaisen sivut: <https://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-lags-tiftningen/> (Käyty 4.11.2020)

Kansallinen julkisten hankintojen strategia 2020. Saatavilla: <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/162418> (Käyty 15.11.2020)

## **Virallislähteet**

### **Hallituksen esitykset**

HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi. Helsinki 2016.

HE 190/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta. Helsinki 2009

HE 66/1927 vp. Hallituksen esitys laiksi varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista. Helsinki 1927.

## **Valiokuntien lausunnot ja mietinnöt**

TaVL 25/2006 vp. Talousvaliokunnan lausunto Valtioneuvoston kirjelmään ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (julkisten hankintojen oikeussuojakeinot).

### **Muut (Suomi)**

Työ- ja elinkeinoministeriö:

- Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. 29.4.2015. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja Kilpailukyky 37/2015. (TEM 37/2015)
- Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain muuttamisesta ja eräiden siihen liittyvien säädösten muuttamisesta. Hanke TEM033:00/2019.

Valtiovarainministeriö: Suomen julkisten hankintojen tilannekuva. 14.4.2020. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2020:25. (VM 2020:25)

Ympäristöministeri: Luonnos hallituksen esitykseksi jätelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta. Hanke YM003:00/2019.

### **Euroopan unioni**

Komissio:

- Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista. 20.12.2011. KOM(2011) 896 lopullinen 2011/0438 (COD), Bryssel 2011.
- Vihreä kirja. EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta. Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita. KOM(2011) 15 lopullinen, Bryssel 2011.
- Komission tiedonanto: Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta valtiontuen käsitteestä, EUVL 2016/C 262/01.
- Komission delegoitu asetus (EU) 2019/1828, annettu 30 päivänä lokakuuta 2019, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU muuttamisesta julkisia tavara- ja palveluhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin sekä suunnittelukilpailuihin sovellettavien kynnysarvojen osalta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti)
- Komission tiedonanto: Euroopan komission ohjeet julkisten hankintojen järjestelmän käytöstä covid-19-kriisiin liittyvässä hätätilanteessa, EUVL 2020/C 108 I/01.

### **Regeringens proposition (Ruotsi)**

Regeringens proposition 2001/02:142: Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Regeringens proposition 2015/16:195: Nytt regelverk om upphandling.



## **Muut**

Kansainvälinen kauppasopimus (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods).

Ensimmäinen Maailman Kauppajärjestön (WTO) Government Procurement Agreement (GPA). Uudistettu versio, 6.4.2014.

Raport 2017:4 Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen. Framtagen på uppdrag av Upphandlingsmyndigheten. (Ruotsi, Raport 2017:4)

## **Oikeustapaukset**

### **Euroopan unionin tuomioistuin (EUT)**

Asia C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV* vastaan Alankomaat, ECLI:EU:C:1988:422.

Asia C-87/94, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Belgian kuningaskunta, ECLI:EU:C:1996:161.

Asia C-81/98, *Alcatel Austria AG* ym., *Siemens AG Österreich* ja *Sag-Schrack Anlagentechnik AG* vastaan Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, ECLI:EU:C:1999:534.

Asia C-337/98, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Ranskan tasavalta, ECLI:EU:C:2000:543.

Asia C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aiemmin *Stagecoach Finland Oy Ab*, vastaan Helsingin kaupunki ja HKL-Bussiliikenne, ECLI:EU:C:2002:495.

Asia C-470/99, *Universale-Bau AG* vs. *Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746.

Asia C-496/99 P, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan *CAS Succhi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236.

Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA* vastaan Belgian valtio, ECLI:EU:C:2005:127.

Asiassa C-503/04, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Saksan liittotasavalta, ECLI:EU:C:2007:432.

Asia C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* vastaan Republic Österreich (Bund), *APA-OTS Originaltext-Service GmbH* ja *APA Austria Presse Agentur* registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, ECLI:EU:C:2008:35.

Asia C-532/06, Emm. G. *Lianakis* AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon ja Nikolaos Vlachopoulos vastaan Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulos kai syn/tes os Filon OE ja Nikolaos Sideris, ECLI:EU:C:2008:40.

Asiassa C-423/07, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Espanjan kuningaskunta, ECLI:EU:C:2010:211.

Asiassa C-91/08, *Wall* AG vastaan Stadt Frankfurt-am-Main ja Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH:n, ECLI:EU:C:2010:182.

Asiassa C-538/13, *eVigilo* Ltd vastaan Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, jota tukevat NT Service UAB ja HNIT Baltic UAB, ECLI:EU:C:2015:166.

Asia C-396/14, *MT Højgaard* A/S ja *Züblin* A/S vastaan Banedanmark, ECLI:EU:C:2016:347.

Asia C-549/14, *Finn Frogne* A/S vastaan Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ECLI:EU:C:2016:634.

Asia C-27/15 Pippo *Pizzo* ym. vastaan CRGT srl Autorità Portuale di Messinan, Messina Sud Srl:n, Francesco Todaron ja Myleco Sas:n, ECLI:EU:C:2016:404.

Asiassa C-697/17, *Telecom Italia* SpA vastaan Ministero dello Sviluppo Economico ja Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, OpEn Fiber SpA:n, ECLI:EU:C:2019:599.

Asiassa C-526/17, Euroopan komissio vastaan Italian tasavalta, ECLI:EU:C:2019:756.

Yhdistetyissä asioissa C-496/18 ja C-497/18, *HUNGEOD* Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasúttervezési Kft. (C-496/18), Sixense Soldata (C-496/18) ja Budapesti Közlekedési Zrt. (C-496/18 et C-497/18), vastaan Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI:EU:C:2020:240

Asia C-263/19, *T-Systems Magyarország* Zrt. ja BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. vastaan Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, Közbeszerzési Hatóság Elnöken, ECLI:EU:C:2020:373.

### **Euroopan komissio**

N 264/2002, United Kingdom *London Underground* Public Private Partnership, Brussels 02.10.2002, C(2002)3578fin.

### **Euroopan unionin talousalueen tuomioistuin**

E-7/18 Fosen-Linjen AS, supported by Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) v AtB AS, 1 August 2019. (*Fosen-Linjen II*)

**Kilpailu- ja kuluttajavirasto (KKV)**

Esitys markkinaoikeudelle Dnro KKV/795/14.00.60/2017

Esitys markkinaoikeudelle Dnro KKV/982/14.00.60/2019

**Korkein hallinto-oikeus (KHO)**

KHO 9.6.2004 taltio 139

KHO 19.3.2010 taltio 568

KHO 2016:56

KHO 12.1.2017 taltio 67

KHO 2018:27

KHO 17.12.2018 taltio 5926

KHO 17.12.2019 taltio 5985

KHO 2020:39

**Markkinaoikeus (MAO)**

MAO 390/13

MAO 806/14

MAO 676/17

MAO 854/17

MAO 279/18

MAO 469/18

MAO 603/18

MAO 65/19

MAO 91/19

MAO 399/19

MAO 195/20

### **Korkein oikeus (KKO)**

KKO 1992:50

KKO 1993:35

KKO 1993:130

KKO 1998:65

KKO 1998:75

KKO:2006:71

KKO 2011:6

KKO 2012:86

KKO 2018:37

### **Hovioikeudet**

Helsingin HO 18.06.1986 S 1984/20

### **Ruotsalaiset ratkaisut**

#### **Högsta Domstolen (HD)**

NJA 1990 s. 745

NJA 2013 s. 909

NJA 2016 s.358

#### **Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD)**

HFD 2019:18

## **LYHENTEET**

DL

Defensor Legis

EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
HE	hallituksen esitys
KHO	korkein hallinto-oikeus, korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu
KKO	korkein oikeus, korkeimman oikeuden ratkaisu
LM	Lakimies
MAO	markkinaoikeus
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TavL	Talousvaliokunnan lausunto
TEM	Työ- ja elinkeinoministeriö

# 1. Johdanto

## 1.1. Tutkimuksen taustat

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan julkisilla varoilla tehtyjä hankintoja, jotka ylittävät laissa asetetut joko kansalliset tai Euroopan unionin kynnyksarvot.<sup>1</sup> Vuosittain hankintoja tehdään Suomessa noin 38 miljardin ja Euroopassa 2006 miljardin euron edestä.<sup>2</sup> Taloudellisen merkittävyytensä vuoksi julkisia hankintoja on säännelty Euroopan unionissa 1970-luvulta lähtien.<sup>3</sup> Sääntelyn tarkoituksena on ollut mukaan avata sisämarkkinoilla julkiset hankinnat kaikille eurooppalaisille yrityksille.<sup>4</sup>

Hankintalainsäädäntö on perinteisesti painottunut nimenomaan hankintasopimusta edeltävään aikaan eli avoimeen ja syrjimättömään kilpailutusmenettelyyn, jonka päätteeksi hankintasopimusta toteuttamaan valitaan paras mahdollisen tarjoaja ja tarjous.<sup>5</sup> Hankintasääntelyn menettelytapakeskeisyys ei ole täysin ongelmaton. Sen taustalla on nimitäin oletettavasti, että *hankintayksiköt* eli julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, ”*hankintalaki*”) 5 §:n mukaan valtion, kuntien ja kuntayhtymien, evankelisluterilaisen kirkon ja ortodoksisen kirkkokunnan ja niiden seurakuntien viranomaiset, julkisoikeudellisiin laitokset, valtion liikelaitokset sekä hankinnan

---

<sup>1</sup> Huomautettakoon, etteivät kaikki hankinnat kuitenkaan kuulu hankintalainsäädännön piiriin, vaikka ne ylittäisivät kynnyksarvot. Hankintalain soveltuvuudesta on säännelty hankintalain 2 luvussa. Ks. esim. Eskola ym. 2017, luku 2. Kynnyksarvot perustuvat komission kahden vuoden välein päivitettävään asetukseen ja WTO:n GPA-sopimukseen.

<sup>2</sup> Tällä hetkellä Suomessa on käynnissä hankintojen vuosittaisen arvon todellinen selvittäminen, mutta tässä annetut arviot perustuvat Euroopan komission vuoden 2017 indikaattoriin, jossa on ilmoitettu hankintojen kokonaismäärät vuosille 2014–2017. Monien internet-lähteiden, kuten erilaisten blogien, mukaan Suomen hankinnat olisivat noin 35 miljardia euroa vuodessa. Lappeenrannan yliopiston tutkijoiden tekemän tutkimuksen mukaan hankintojen todellinen määrä on kuitenkin todellisuudessa vuosittain 52 miljardia, jos huomioidaan kaikki kuntien vuosikertomuksissa ilmoitetut luvut. Eroa selittää se, että osa hankintojen arvosta ei kuulu direktiivien soveltamisalaan, vaan hankintoja tehdään myös esimerkiksi sidosyksiköiltä eli in-house yksiköiltä tai toisilta hankintayksiköiltä. Ks. Kivistö ja Virolainen 2019, s. 123. Mainittakoon myös, että Ruotsissa julkisia hankintoja tehdään vuosittain noin 683 SEK arvosta (65,8 miljardia euroa OANDA 4.11.2020).

<sup>3</sup> Alun perin hankintojen ottamisella Euroopan unionin lainsäädännön piiriin tavoiteltiin kansallisten julkisten hankintojen markkinoiden pirstoutuneisuuden poistamista. Ensimmäinen julkisia hankintoja koskeva direktiivi on neuvoston direktiivi 71/305/ETY, joka on annettu 26. päivänä heinäkuuta 1971 julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

<sup>4</sup> Ks. Eskola ym. 2017, s. 19.

<sup>5</sup> Ks. KOM(2011) 896 lopullinen, s. 3, jonka mukaan jo direktiivit 2004/17/EY ja 2004/18/EY olivat onnistuneet saavuttamaan alkuperäiset tavoitteet.

tekijät, jotka ovat saaneet hankintaan tukea yli puolet hankinnan arvosta, tietävät etukäteen hankintatarpeensa koko hankintakaudelle. Näin ei kuitenkaan välttämättä aina ole, etenkin kun julkiset hankinnat ovat viime vuosina monimutkaistuneet. Hankintojen kohteena on yhä harvemmin helposti määriteltävä tavara tai palvelu,<sup>6</sup> minkä johdosta hankintojen onnistumisen taustalla ovat yhä korostuneemmin kilpailutuksen huolellinen valmistelu sekä sopimushallintataidot.<sup>7</sup>

Sopimuskauden aikainen sääntely on pitkälti ollut kansallisen varallisuusosoikeuden sääntelyn varassa, mikä tarkoitti, että hankintasopimuskauden aikaisiin riitoihin sovellettiin Suomessa lakia varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista (228/1929, ”oikeustoimilaki”) ja kauppalakia (355/1987).<sup>8</sup> Tämä muuttui, kun Euroopan unionin tuomioistuin alkoi ottaa oikeuskäytännössään kantaa kesken hankintakauden hankintasopimukseen tehtäviin muutoksiin ja edellyttämään olennaisesti muutettujen sopimusten uudelleenkilpailuttamista.<sup>9</sup> Oikeuskäytännössä muodostuneet oikeusohjeet päätettiin ottaa hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen myötä uusiin ja tällä hetkellä voimassa oleviin direktiiveihin.

Kielletyt ja sallitut muutokset ovat Euroopan parlamentin ja neuvoston käyttöoikeussopimusten tekemisestä annetun direktiivin 2014/23/EU (”käyttöoikeussopimusdirektiivi”) 43 artiklan 4 kohdassa, Euroopan parlamentin ja neuvoston julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta annetun direktiivin 2014/24/EU (”hankintadirektiivi”) 72 artiklan 4 kohdassa ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta annetun direktiivin 2014/25/EU (”erityisalojen hankintadirektiivi”) 89 artiklan 4 kohdassa.

---

<sup>6</sup> Hankintojen monimutkaistuminen on puhuttanut paljon sekä markkinatoimijoiden keskuudessa että lainsäädäntöelimissä. Ks. HE 108/2016 vp, s. 15. Lisäksi Euroopan komissio on kiinnittänyt tähän huomiota työasiakirja?

<sup>7</sup> Vuonna 2020 vallitsevan korona (covid-19) pandemian aikana hankintalainsäädäntö on joutunut vastaamaan poikkeusoloissa suorahankintaperusteisiin ja sopimushallinnan ongelmiin. Komission tiedonannon mukaan koronaa voidaan pitää äärimmäisen kiireen suorahankintaperusteena etenkin terveydenhuollon hankinnoissa, ks. EUVL 2020/C 108 I/01. Kansallisella tasolla ollaan puolestaan huomattu, että JYSE-ehdot ovat olleet yllättävän ketteriä vastaamaan sopimusmuutostilanteisiin poikkeustilanteessa, ks. PTCS Oy:n ajankohtaisfoorumi 2020.

<sup>8</sup> Ks. Pekkala ym. 2019, s. 588–589.

<sup>9</sup> Ks. asia C-337/98 *komissio vastaan Ranska*, kohdat 44 ja 46, ja asia C-454/06 *presstext*, kohdat 34–37.

Suomi siirtyi myös hankintojen sääntelyn piiriin liittyttyään Euroopan unioniin 1990-luvulla. Vuoden 2014 käyttöoikeussopimusdirektiivi ja hankintadirektiivi saatettiin Suomessa voimaan 1.1.2017 yhteisellä hankintalailla ja erityisalojen hankintadirektiivi lailla vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016, ”erityisalojen hankintalaki”). Suomessa hankintalainsäädännön ulottaminen sopimuskaudelle nähtiin aluksi ongelmallisena, sillä hankintalainsäädäntö joutui törmäyskurssille varallisuus oikeudellisten oppien, kuten sopimusvapauden ja -sitovuuden sekä pätevyyskysymyksiensä kanssa.<sup>10</sup> Nykyisin hankintasäännöt ja periaatteet menevät hankinta-asioissa varallisuus oikeudellisten oppien edelle, esimerkiksi siten, että *pacta sunt servanda* eli sopimuksen sitovuuden periaate voi väistyä markkinaoikeuden määräämän tehottomuus seuraamuksen tieltä,<sup>11</sup> jos hankintasopimusta katsotaan muutetun kielletyllä tavalla eli olennaisesti ja ilman sallivia perusteita, joista säädetään kansallisen hankintalain 136 §:n 1 momentissa ja erityisalojen hankintalain 124 §:n 1 momentissa.

Hankintasopimuskauteen liittyy kuitenkin edelleen myös ”puhtaasti” varallisuus oikeudellisia kysymyksiä, joita käsitellään käräjäoikeudessa riita-asioina. Hankintasopimusta muutettaessa taiteillaankin kahden hyvin erilaisen lainsäädännön ja periaatteiden välillä, kun merkittävällä sopimusrikkomuksella on yhtäältä mahdollista aiheuttaa sopimusrikkomuksella varallisuus oikeuden alaan kuuluvaa vahingonkorvausta, ja toisaalta hankintalainsäädännön näkökulmasta hankintasopimuksen olennaista muuttamista. Hankintasopimusten suoritus seuranta ja muu sopimushallinta vaatiikin hankintayksiköiltä aiempaa enemmän resursseja, kun tavanomaisten varallisuus oikeudellisten velvollisuuksien lisäksi hankintakaudella täytyy noudattaa myös hankintalainsäädännöstä johtuvia velvollisuuksia ja valvoa, ettei yhden lain nojalla sallituksi katsotut käytännöt ole kiellettyjä toisen lain nojalla.

---

<sup>10</sup> Hankintalainsäädännön ja varallisuus oikeudellisten oppien sekoittuminen tapahtui tosin ensimmäisen kerran jo oikeussuojakeinodirektiivin 2007/66/EU myötä, ks. TaVL 25/2006 vp, s. 2.

<sup>11</sup> Tämän myötä hankintakauden sopimusmuutostilanteista on tullut teoreettisen pohdinnan lisäksi mielenkiinnon kohde myös käytännön toimijoille. Ks. Treumer P.P.L.R. 2014, s. 148.



## 1.2. Tutkimuskysymykset, tutkimusmetodi ja rajaukset

Tässä maisteritutkielmassa selvitetään, millaiset hankintakauden aikana hiljaisesti eli konkludenttisesti tehdyt muutokset hankintasopimukseen ovat sellaisia olennaisia sopimusmuutoksia, joiden perusteella tulisi tehdä kokonaan uusi kilpailutus. Tutkimuskysymyksen konkretisoimiseksi tutkimuksessa on mallinnettu kolme erilaista tilannetta, joiden avulla arvioidaan siitä, turvaako nykyinen lainsäädäntö riittävästi hankintaperiaatteiden, etenkin yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden, toteutumisen myös sopimushallintakaudella.

Tutkimus toteutetaan oikeusdogmatiikan eli lainopillisen tulkinnan keinoin eli tarkoituksena on selvittää mitä olemassa oleva laki on. Tutkielmassa pyritään toteuttamaan sekä teoreettista että käytännöllistä lainoppia eli yhtäältä systematisoimaan oikeusnormeja ja muotoilemaan oikeudellisia teorioita, sekä toisaalta tulkitsemaan oikeusnormeja.<sup>12</sup> Tutkimuksen aineistoa ovat varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta kansallinen ja osin pohjoismainen sääntely, sillä Euroopan unionissa varallisuus oikeus on jätetty kansallisen sääntelyn varaan.<sup>13</sup> Pohjoismaiset varallisuus oikeudelliset säännökset on kuitenkin tehty yhteistyössä 1900-luvun alkupuolella ja tuottavat siten myös vertailukelpoista oikeuskäytäntöä sekä kirjallisuutta. Voitaisiin mennä jopa niin pitkälle, että puhuttaisiin yhteisestä pohjoismaalaisesta varallisuus oikeudesta, sillä säännökset ovat muuttuneet hyvin vähän vuosien varrella.<sup>14</sup>

Tässä tutkimuksessa varallisuus oikeus ymmärretään yksityisoikeuteen kuuluvaksi oikeudenalaksi, jossa tarkastelunkohteena ovat sopimuksen, vahingonkorvausoikeuden tai perusteettomasta edusta syntyneet yksityisoikeudelliset velvoitesuhteet. Kuluttajansuojalain (38/1978) soveltamisalaan kuuluvat yritysten ja luonnollisten henkilöiden väliset sopimussuhteet, sekä kauppalain soveltamisalaan liittyvät yksityisten henkilöiden keskinäiset sopimussuhteet jäävät kuitenkin tarkastelun ulkopuolelle.<sup>15</sup> Sen sijaan tarkastelun

---

<sup>12</sup> Ks. Aarnio 2011, s. 104.

<sup>13</sup> Ks. lisää Hemmo 2018, s. 13.

<sup>14</sup> Aivan alkuun Suomi ja Islanti eivät olleet mukana, mutta myös ne liittyivät joukkoon itsenäistytyään. Ks. Håstad, E.R.P.L. 2020, s. 541–542.

<sup>15</sup> Samalla tutkimuksen ulkopuolelle jäävät sopimuksen sovittelua, mahdottomuutta, ylivoimaista estettä tai heikompaa suojaava sääntely, sillä tarkastelun kohteena ovat sopimusmuutostilanteet liike- ja hankintasopimuksissa, joihin mainitut tilanteet harvemmin liittyvät, minkä vuoksi niiden tarkastelu tekisi tutkimuksesta tarpeettoman laajan.

kohteena ovat hankintasopimukset, joita on hiljaisen tahdonilmaisun johdosta muutettu sopimussuhteen aikana erilaiseksi, kuin mitä alun perin oli tarkoitettu. Siten tutkielman tarkoituksena ei ole tehdä yleistä esitystä hankintalainsäädännön nojalla kiellettyihin muutoksiin vaan ainoastaan hiljaisesti tehtyihin muutoksiin.

Hankintaoikeudellisen osion aineistoa on puolestaan Euroopan unionin sääntely, johon kansallinen hankintalainsäädäntö perustuu. Lisäksi analysoidaan Euroopan unionin tuomioistuimen, markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytäntöä. Analysoinnin apuna huomiota kiinnitetään myös kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa esitettyihin tulkintoihin EU-hankintalainsäädännöstä. Tutkimus rajataan kuitenkin koskemaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä sekä kansalliset rajat ylittäviä E-liitteen mukaisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia, sillä sopimusmuutoksia koskevat hankintalain 136 § koskee tutkimusta kirjoittaessa vain edellä mainittuja.<sup>16</sup> Lisäksi, vaikka hankintalainsäädännön osiossa tarkastelussa viitataan pääasiassa vain hankintadirektiiviin ja hankintalakiin, sopimusmuutoksiin liittyvät osiot soveltuvat pääosin myös erityisalojen hankintoihin.

Mainittakoon vielä, että varallisuus oikeuden ja hankintalainsäädännön luontaisten erojen vuoksi tutkielmassa analysoidaan kansalliset varallisuus oikeudelliset oikeustapaukset ovat vanhempia kuin kansalliset hankintatapaukset. Siinä missä varallisuus oikeuden oikeuskäytäntö on pysynyt peruseriaatteilleen uskollisena, nopeasti kehittyvä hankintalainsäädäntö on synnyttänyt runsaasti oikeuskäytäntöä, jonka vuoksi kansalliset hankintasiat on rajattu pääasiassa viimeiseen kymmeneen vuoteen. Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö säilyy puolestaan relevanttina ajan kulumisesta huolimatta, sillä EUT:n ratkaisukäytäntö on korostuneen periaatepainottunutta, jonka vuoksi nopea tempoinen lainsäätely vain tarkentuu EUT:n linjojen myötä, eikä toisin päin.

### **1.3. Tutkimuksen rakenne**

Maisteritutkielma koostuu neljästä pääluvusta. Ensimmäisen pääluvun eli luvun 2 tarkoituksena on ensin selventää, mitä hiljainen eli konkludenttinen tahdonilmaisus tarkoittaa ja

---

<sup>16</sup> Kansallisen oikeuskäytännön mukaan hankintalain 136 § ei koske kansallisia hankintoja, ks. esim. MAO 854/17. Tämä tosin saattaa muuttua, jos hankintalain muutosehdotus menee läpi Ks. TEM033:00/2019, s. 9.

milloin sopimus voi syntyä tai muuttua sitovalla tavalla hiljaisesti. Toisessa pääluvussa eli luvussa 3 kuvataan hankintasopimuksen suhdetta varallisuusosoikeuteen ja siirrytään tarkastelemaan hankintalainsäädännöstä johtuvaa hankintasopimuksien muuttamisen kieltoa ja sen taustoja. Vasta näiden lukujen pohjustuksen jälkeen on mielekästä siirtyä tarkastelemaan hankintasopimuksen hiljaisia muutostilanteita, joita mallinnetaan kolmannessa pääluvussa eli luvussa 4.

Tarkastelun tarkoituksenmukaisuuden turvaamiseksi tutkimuksessa keskitytään luvussa 4 vain kolmenlaiseen mallinnettuun hankintasopimuksen hiljaiseen muutostilanteeseen ja arvioidaan niiden hyväksyttävyyttä hankintalainsäädännön näkökulmasta analysoimalla EUT:n ja kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöä. Ensin mallinnetaan tilanteita, joissa kilpailutuksessa valituksi tullut toimittaja ei vastaakaan kilpailutuksen tarjouspyyntöasiakirjoissa vaadittua eli kyseessä on niin sanotusti ”väärä voittaja”. Toiseksi tarkastellaan tilanteita, joissa toimittajan suoritukset ovat toistuvasti tai merkittäväällä tavalla puutteellisia ja hankintayksikön hyväksyessä ne päädytään tilanteeseen, jossa hankintasopimuksen sisältöä on tosiasiallisesti muutettu suorituksia vastaavaksi eli muuksi kuin mitä hankintasopimuksessa on sovittu. Jos esimerkiksi suoritusten määrä muuttuu, sopimuksesta tulee ajan myötä laajempi tai suppeampi kuin alun perin oli tarkoitus. Kolmanneksi tarkastellaan vielä hankintayksikön aktiivisia sopimusmuutostoimia, jotka se tekee hiljaisesti esimerkiksi jatkamalla sopimusta ajallisesti sen määräajan loputtua. Viimeinen pää-luku eli luku 5 kartoittaa vielä pääpiirteissään, mitä seuraamuksia hiljaisella hankintasopimuksen muuttamisella voi olla, jos se katsotaan kielletyksi.

## 2. Hiljaisen tahdonilmaisun sitovuus

### 2.1. Sopimuksen syntyminen hiljaisesti

Yritykset ja muut oikeustoimikelpoiset oikeussubjektit<sup>17</sup> muuttavat oikeudellista asemaansa jatkuvasti markkinoilla, minkä vuoksi oikeustoimia koskevat säännökset ovat merkityksellisiä. *Oikeustoimi* tarkoittaa oikeussubjektin antamaa tahdonilmaisua, jolla se perustaa, muuttaa, kumoaa tai siirtää oikeuksia.<sup>18</sup> Tahdonilmaisua kohdistetaan toiseen oikeussubjektiin ja sen tarkoitetaan tulemaan tämän tietoon, minkä lisäksi sen antajalla on tahto tulla sidotuksi tahdonilmaisun osoittamalla tavalla.<sup>19</sup> Tahdonilmaisua voidaan antaa *nimenomaisesti* eli joko kirjallisesti tai suullisesti, mutta myös *hiljaisesti* eli esimerkiksi tahdonilmaisun antajan tosiasiallisen toiminnan tai käyttäytymisen perusteella (*”konkludenttinen tahdonilmaisua”*).<sup>20</sup>

Tahdonilmaisun antajan tarkoituksena on tahtonsa ilmaisemisella sitoutua oikeusvaikutuksiin, esimerkiksi yritys haluaa ostaa tarjoamiensa tuotteiden valmistukseen tarvittavia tuotteita.<sup>21</sup> Jotta kauppa tulisi molempia sitovaksi, täytyy myös tahdonilmaisun vastaanottajan ilmaista oma suostumuksensa sitoutua kauppaan ja tavaroiden toimitukseen maksua vastaan. Kun molemmat ovat antaneet suostumuksensa sitoutua kauppaan, osapuolten välille syntyy sopimussuhde. Oikeustoimen sitovuuden eli pätevyuden edellytyksenä on

---

<sup>17</sup> Yksinkertaistettuna oikeussubjekti on luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, jolla on tai voi olla oikeuksia ja velvollisuuksia oikeusjärjestyksen mukaan. Ks. lisää oikeussubjekteista Hoppu – Hoppu 2007, s. 31-43.

<sup>18</sup> Oikeustoimen käsitteelle ei löydy yhtä ja oikeaa määrittelyä, sillä käsitteen sisällöstä ei ole päästy yhteisymmärrykseen oikeuskirjallisuudessa, ks. tästä Kaisto 2009, s.135.

<sup>19</sup> Telaranta LM 1953, s. 845, ja Hoppu – Hoppu 2007, s. 45-46, joissa tahdonilmaisun katsotaan siis sisältävän toimitahdon ja ilmaisutietoisuuden. Huomautettakoon, että tahdonilmaisun määrittelystä ei valitse yksimielisyyttä oikeuskirjallisuudessa, ks. Telaranta LM 1953, s. 841, ja Kaisto 2009, s. 136.

<sup>20</sup> Hoppu – Hoppu 2007, s. 46-47, jossa todetaan hiljaisesta tahdonilmaisusta lisäksi, että esimerkiksi päännyökkäys voi olla hiljainen ja hyväksyvä tahdonilmaisua, kun taas pelkkä vaikeneminen saatetaan katsoa hylkääväksi tahdonilmaisuksi, ainakin jos vaietaan silloin, kun toinen on esittänyt tarjouksen. Tosin tulkinta vaatii aina tapauskohtaista arviointia.

<sup>21</sup> Näkemykseni perustuu tahtoteoreettiseen ajatteluun, joka korostaa tahdonilmaisun antajan tahtoa ja tarkoitusta. Siten tahdonilmaisua, joka annetaan vastoin antajansa oikeaa tarkoitusta esimerkiksi sarkastisesti, ei ole pätevä eli antajaansa sitova tahdonilmaisua. Mielestäni tahtoteorian lähtökohdat tukevat parhaiten tämän tutkimuksen tavoitteita eli hiljaisen tahdonilmaisun sitovuuden selvittämistä etenkin julkisten hankintojen kontekstissa. Saman kaltaisesti sopimukseen liittyen ajattelee myös Kolehmainen, jonka mukaan tahtoteoria siten myös hylkää epävapaiden eli oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysperusteiden mukaiset tahdonilmaisut, ks. Kolehmainen 2005, s.121-122.

kuitenkin, että osapuolet ovat oikeustoimikelpoisia, oikeustoimi tehdään oikeassa muodossa, kyseessä on oikea tahdonmuodostus ja tahdonilmaisu sekä oikea sisältö.<sup>22</sup> Jos jokin näistä puuttuu, oikeustoimi on pätemätön eli se jää lähtökohtaisesti vaille sitovaa vaikutusta syntymisessään, muodossaan, sisällyksessään tai oikeustoimessa itsessään olevan virheen vuoksi.<sup>23</sup> Oikeustoimen pätemättömyys voi tosin korjaantua.<sup>24</sup>

Jos oikeustoimia ei koske pätemättömyysperuste, sopimukset syntyvät varallisuusoikeudellisista oikeustoimista annetun lain (*oikeustoimilaki*, 228/1929) 1 luvun mukaan vastavuoroisesti tarjouksen ja siihen annetun vastauksen myötä.<sup>25</sup> Sopimus muuttuu sitovaksi sillä hetkellä, kun osapuolet ovat saaneet toistensa tahdonilmaisujen eli tarjouksen ja hyväksyvän vastauksen sisällöstä selon (7 §).<sup>26</sup> Oikeustoimilaki koskee tilanteita, joissa tarjous ja vastaus annetaan nimenomaisella tahdonilmaisulla eli joko suullisesti tai kirjallisesti.<sup>27</sup> Oikeustoimilain sopimuksen syntymistä koskevat säännökset ovat tahdonvaltaisia säännöksiä, joten sopimusosapuolet voivat halutessaan poiketa niistä.

Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on hyväksytty myös muita sitovan sopimuksen syntymistapoja, kuten esimerkiksi sopimuksen syntyminen neuvottelujen päätteeksi, sopimuksen välittömästi perustavien tosiseikkojen perusteella tai hiljaisesti silloin kun osapuolet alkavat käyttäytyä kuin sopimus olisi olemassa.<sup>28</sup> Näitä syntytapoja yhdistää se, ettei niissä anneta nimenomaista vastausta ja tarjousta. Lisäksi tavat ovat osittain päällekkäisiä, sillä viimeksi mainitun lisäksi kaksi edellistä mahdollistavat sopimuksen syntyminen hiljaisesti.

---

<sup>22</sup> Kaisto 2015, s. 50.

<sup>23</sup> Kaisto 2015, s. 46.

<sup>24</sup> Ks. muotovirheestä luku 2.2. ja sisältövirheestä luku 2.3.

<sup>25</sup> Myös muuta pohjoismaiset varallisuus oikeuden alaan kuuluvat lait perustuvat tarjous-vastaus-mekanismille johtuen yhteisestä sääntelytaustasta. Esimerkiksi Ruotsin Lag (1915:218) om avtal och andra rätts handlingar på förmögenhetsrättens område (*Avtalslagen*, AvtL) 1 §:n 1 momentissa asia on ilmaistu seuraavasti: ”Anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare, efter ty här nedan i 2–9 §§ sägs, bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret”

<sup>26</sup> Ks. Sopimuksen sitovuuden alkamisesta tarkemmin Häyhä 2007, s. 71.

<sup>27</sup> Oikeustoimilaissa tai sen esitöissä (HE 66/1927 vp) ei mainita lainkaan hiljaisen tahdonilmaisun mahdollisuutta tarjouksen tai vastauksen yhteydessä.

<sup>28</sup> Ks. myös Hemmo I 2003, s.133, jossa todetaan, että voidaan katsoa sopimussuhteen syntyneen hiljaisesti, kun oikeussubjektit harjoittavat yhteisymmärryksessä keskinäistä toimintaa.

Sopimuksen syntyminen välittömien tosiseikkojen perusteella tarkoittaa esimerkiksi sitä, että julkisella liikenteellä matkustaessaan asiakas hyväksyy sen, että julkisella ajoneuvolla matkustaminen velvoittaa hänet ostamaan lipun joko sen aikana tai ennen matkaa, jollei hän halua matkustaa sillä uhalla, että ilman lippua hänet voidaan velvoittaa maksamaan tarkastusmaksu.<sup>29</sup> Välittömät tosiseikat johtavat siihen, ettei sopimussuhteen syntymiseen tarvita nimenomaisia tahdonilmaisuja, sillä kuljetuksen edot ovat jo ennalta tiedossa ja asiakas hyväksyy ne itseään sitoviksi astuessaan kuljetusvälineeseen.

Sopimus voi syntyä hiljaisesti myös neuvottelujen päätteeksi,<sup>30</sup> kuten korkein oikeus on katsonut käyneen vuosikirjaratkaisussaan KKO 2018:37. Tapauksessa arvioitiin, onko kahden yhtiön, M Oy:n ja S Oy:n, välille syntynyt yhteistyösopimus kertakäyttöisien kahvimukien valmistamisesta ja varastoimisesta. KKO tarkasteli yhtiöiden välistä sähköpositiiviestittelyä, jossa ei oltu käytetty tarjoukseksi ja vastaukseksi tulkittavia ilmaisuja, mutta joiden perusteella yhtiöt olivat tosiasiallisesti alkaneet toimia. M Oy oli antanut tavaramerkkinsä S Oy:n käyttöön, jotta S Oy voisi alkaa valmistaa ja varastoida M Oy:lle kertakäyttöisiä kahvikuppeja. Korkein oikeus katsoi, että asianosaisten välille oli tosiasiallisen käytännön perusteella syntynyt mukien tuotantoa ja jakelua koskenut yhteistyösopimus, sillä ilman varsinaista sopimusasiakirjaa yhteistyö oli toteutunut sähköpostikirjeenvaihdossa suunnitellulla tavalla. Siten sopimus oli syntynyt konkludenttisesti yhtiöiden välille.

Sopimus voi syntyä hiljaisesti myös yksinkertaisesti siten, että osapuolet vain alkavat käyttäytyä sopimuksen mukaan, vaikka nimenomaisia tahdonilmaisuja ei vaihdettaisikaan. Tällainen voisi tulla kyseeseen esimerkiksi sellaisissa tilanteissa, joissa yritykset ovat jatkaneet sopimusta vaihtamatta nimenomaisia tahdonilmaisuja, vaikka heidän välillään alun perin tehty määräaikainen sopimus on päättynyt. Alkuperäinen sopimus on tällöin tullut tehottomaksi, mutta uusi sopimus on syntynyt konkludenttisesti kun sopimuskäytäntöä jatketaan.

---

<sup>29</sup> Ks. esim. Hemmo I 2003, s. 131–133.

<sup>30</sup> Ks. neuvotteluista tapana solmia pätevä sopimussuhde esim. Hemmo I 2003, s.129–131, ja sopimuksen syntymisestä hiljaisesti Hemmo I 2003, s. 133.

Toinen hyvin tavanomainen konkludenttisen sopimuksen syntytilanne voisi olla lisätilaus, joka ei kuulu alkuperäiseen sopimukseen, mutta joka tästä huolimatta toteutetaan. Kuvitellaan esimerkiksi, että yritys A ja B ovat sopineet, että A valmistaa ja toimittaa B:lle rakennustarvikkeita tiettyyn urakkaan. Jos B tilaisikin vastaavia rakennustarvikkeita eri urakkaa varten ja A valmistaisi ja toimittaisi ne tästä huolimatta, kyseessä on alkuperäisen sopimuksen ulkopuolinen lisätilaus. Toki myös ennestään toisilleen tuntemattomat voivat tehdä oikeustoimia antamalla konkludenttiset tahdonilmaisut. A voi valmistaa ja toimittaa rakennustarvikkeita C:lle, joka on lähettänyt A:lle tilauksen ilman neuvotte-luita.<sup>31</sup>

Sopimuksen syntyminen hiljaisesti tarkoittaa siis, että sopimuksesta ei ole annettu lainkaan nimenomaisia tahdonilmaisuja eli suullinenkaan sopimus ei ole konkludenttinen sopimus, vaikka sen perusteella ei olisi tehty kirjallista sopimusta.<sup>32</sup> Sopimuksen synty-miseen hiljaisesti suhtaudutaan varauksellisesti, jotta kukaan ei joutuisi sidotuksi sopimukseen vahingossa ilman omaa hyväksyntäänsä.<sup>33</sup> Hyväksynnän ja sitoutumistahdon näyt-tämiseen liittyy hiljaisissa sopimuksissa ongelma siitä, milloin tahdonilmaisut katsotaan annetuiksi ja sopimus syntyneeksi. Sopimuksen syntymisajankohta on olennainen, koska siitä lähtien sopimuksen rikkomuksen kohteeksi joutunut tulee oikeutetuksi sopimuksen mukaiseen suoritukseen.<sup>34</sup> Siten ei ole yllättävää, että hiljaisiin sopimuksiin liittyen tyy-pillisimpiä ovat riitatilanteet, joissa osapuolet ovat erimielisiä siitä, onko sopimusta syn-tynyt ja jos sopimus on syntynyt, minkä sisältöisenä se on syntynyt.

Oikeuskäytännössä on edellytetty lähestulkoon aukotonta hiljaisen sopimuksen synty-misen puolesta puhuvaa näyttöä, ja näyttötaakka sopimuksen syntymisestä ja sitovuudesta sekä sisällöstä on väitteen esittäneellä.<sup>35</sup> Näytöltä edellytetään, että sopimusosapuolten

---

<sup>31</sup> Ks. Esim. Saarnilehto – Annola 2018, s. 9.

<sup>32</sup> Hemmo kuitenkin toteaa, että vapaamuotoisen sopimuksen tekeminen suullisesti tyyppillisesti voi johtaa myös todistusvaikeuksien vuoksi siihen, että konkludenttinen sopimuksen syntyminen nostetaan esiin suullisen sopimuksen rinnalle. Ks. lisää Hemmo I 2003, s.133 alaviitteineen.

<sup>33</sup> Ks. esim. korkeimman oikeuden ratkaisu KKO:2011:6, kohdat 12-14, jossa ei katsottu syntyneen toi-meksiantosopimusta, vaikka ainakin yksi osapuolista alkoi suorittamaan toimenpiteitä sen mukaisesti.

<sup>34</sup> Häyhä 2007, s. 70.

<sup>35</sup> Klami-Wetterstein Oikeustieto 2005/2 s. 11.

käyttäytymisen tai muun näytön nojalla voidaan todeta, että osapuolet ovat saavuttaneet yksimielisyyden sekä sopimukseen sitoutumisesta että sopimuksen sisällöstä.<sup>36</sup>

Sopimukseen sitoutumiseen liittyen korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2012:86 todennut, että hiljaisen sopimuksen olemassaolo tai sopimuksen mukaisesta oikeudesta luopuminen päätellään sellaisesta näytöstä,<sup>37</sup> jonka perusteella osapuolet ovat hyväksyneet tietyn asiantilan *pitkäaikaisesti*, tai siitä, että osapuolten välisessä yhteistoiminnassa on noudatettu *toistuvaa menettelyä*. Hemmon mukaan näitä kriteereitä voidaan soveltaa myös hiljaisiin sopimuksen muutoksiin eli sopimusta voidaan katsoa muutetun hiljaisesti, kun osapuolet hyväksyvät muutoksen pitkäaikaisesti tai osapuolet menettelevät toistuvasti alkuperäisestä sopimuksen sisällöstä poikkeavalla tavalla.<sup>38</sup>

Ennen kuin tarkastelemme, mitä pitkäaikaisella hyväksynnällä tai toistuvalla menettelyllä tarkoitetaan, on tarpeen käsitellä muutamia elementtejä, jotka voivat rajata mahdollisuutta tehdä oikeustoimia sitovalla tavalla hiljaisesti. Näitä elementtejä ovat ensinnäkin tahdonilmaisulta tietyissä tilanteissa edellytetty nimenomainen, yleensä kirjallinen, muoto ja sopimuksen vähimmäissisältö, joka on täytettävä, jotta sopimukseen voitaisiin vedota tuomioistuimessa.<sup>39</sup>

## 2.2. Sopimuksen muoto

Suomen oikeusjärjestys perustuu sopimusvapauteen, kuten muutkin länsimaalaiset oikeusjärjestykset.<sup>40</sup> Sopimusten solmimiseen ei lähtökohtaisesti ole pakkoa eikä sopimuk-

---

<sup>36</sup> Ks. osapuolten sitoutumistarkoituksesta Klami-Wetterstein Oikeustieto 2005/2 s. 10, ja hiljaisen tahdonilmaisun kontekstisidonnaisuudesta ja rajanvetovaikeuksista Kaisto 2009, s. 136. On kohtuullista katsoa sopimuksen syntyneen, jos osapuolet selvästi käyttäytyvät sopimuksen mukaisesti. Ajatus pohjautuu että luottamusteoriaan, jonka perusteella vilpittömällä mielellä toimineen sopimusosapuolen luottamusta sopimuksen sitovuuteen tulisi suojata siten, että oikeustoimet ovat lähtökohtaisesti sitovia.

<sup>37</sup> Hiljaisesti oikeuden luopumisesta eli hiljaisesta yksipuolisesta oikeustoimesta, ks. Hemmo I 2003, s.133-134 oikeustapausviittauksineen (KKO 1993:35).

<sup>38</sup> Ks. Hemmo II 2003, s.36.

<sup>39</sup> Vrt. Saarnilehto – Annola 2018, s. 8, joiden mukaan tahdonilmaisuus on yleisesti oikeustoimen tärkein edellytys, mutta se ei aina yksinään riitä oikeusvaikutusten aikaansaamiseen. Esim. lahja edellyttää suoritusta eli lahjaesineen luovutusta lahjansaajalle. Hiljainen tahdonilmaisuus voi kuitenkin olla myös passiivisuutta, jonka vuoksi tässä tutkimuksessa rajoittavaksi tekijäksi katsotaan, onko sopimuksen vähimmäissisällöstä päästy yhteisymmärrykseen ja onko sopimukseen haluttu sitoutua.

<sup>40</sup> Muukkonen LM 1956, s. 601.



sien tekemiseen lähtökohtaisesti liity pakottavaa sääntelyä, jolla rajoitettaisiin sopimusten tekemistä.<sup>41</sup> Sopimusvapaudesta poikkeaminen edellyttää aina lainsäädäntöä ja kohdistuu tyypillisesti julkisiin toimijoihin.<sup>42</sup> Sopimusvapaus sisältää seuraavat elementit: päätäntävapaus, sopimuskumppanin valitsemisvapaus, sisältövapaus, muotovapaus ja purkuvapaus.<sup>43</sup> Suhteessa hiljaiseen tahdonilmaisuuksiin näistä tärkeimmät ovat päätäntävapaus,<sup>44</sup> sopimukselta edellytettävä muoto ja riittävä sisältö. Nämä ovat nimittäin ne osiot, joiden perusteella päätellään, onko hiljaista sopimusta syntynyt sitovalla tavalla. Tarkastellaan ensiksi sopimuksen muotoa.

Lähtökohtana on sopimusten muotovapaus, mikä tarkoittaa että sopimusosapuolet voivat antaa tahdonilmaisuja missä tahansa muodossa.<sup>45</sup> Annetun tahdonilmaisun muoto ei lähtökohtaisesti vaikuta oikeustoimen sitovuuteen, vaan hiljaisesti, suullisesti ja kirjallisesti tehdyt tahdonilmaisut ovat yhtä sitovia, vaikka hiljaisen ja suullisen sopimuksen toteen näyttäminen onkin haastavampaa kuin kirjallisen sopimuksen.<sup>46</sup> Toisinaan tahdonilmaisulta kuitenkin edellytetään tiettyä muotoa, esimerkiksi kirjallista muotoa, jonka vuoksi hiljaisen tahdonilmaisun antaminen ei aina lähtökohtaisesti riitä oikeusvaikutusten syntymiseen. Kirjallisen muodon edellytys voi tulla osapuolten välisestä sopimuksesta, ohjeesta, yleisestä käytännöstä tai laista.

Osapuolet voivat sopimusvapauden nojalla myös sopia, että sopimus tulee tehdä kirjallisesti. Tätä kutsutaan *sopimusperusteiseksi muotovaraumaksi*. Sopijaosapuolet voivat sopia esimerkiksi integraatioehdosta (*integration clause, entire agreement clause, merger clause*), jonka mukaan kirjallinen sopimusasiakirja sisältää kaikki osapuolten suhdetta

---

<sup>41</sup> Sopimuspakko tulee kyseeseen vain erikseen säädetyillä aloilla, kun halutaan suojella toista heikompiä nähtyä osapuolta. Ks. Hemmo 2018, s. 25.

<sup>42</sup> Näin tulkitaan myös muissa Pohjoismaissa. Ks. sopimuspakon sääntelystä ja syistä Ruotsissa ja Tanskassa Indén – Naundrup Olesen 2016, s. 77–95.

<sup>43</sup> Muukkonen LM 1956, s. 601 ja 607.

<sup>44</sup> Tähän palataan alaluvuissa 2.4. ja 2.5., joissa käsitellään toistuvaa menettelyä ja pitkäaikaista hyväksyntää, jotka osoittavat osapuolten tahtoa sitoutua sopimukseen eli päätäntävapautta.

<sup>45</sup> Hoppu – Hoppu 2007, s. 58.

<sup>46</sup> Esimerkiksi liikesuhteissa yleinen käytäntö kirjallisen sopimuksen tekemisestä johtaa kuitenkin korostuneeseen näyttövelvollisuuteen, mikäli joku väittää liikesopimuksen syntyneen muutoin kuin kirjallisesti. Edelleen kyse ei ole kuitenkaan siitä, etteikö liikesopimus voisi olla sitova myös suullisesti tehtynä, mutta suulliseen liikesopimukseen vetoavalla on oltava painavaa näyttöä siitä, että sopimus on olemassa. Hemmo I 2003, s. 180–181.

sääntelevät ehdot eikä asiakirjan ulkopuolisiin hiljaisiin tai nimenomaisiin tahdonilmaisuihin voida pätevästi vedota.<sup>47</sup> Osapuolet voivat myös sopia tietystä määrämuodosta, jota on noudatettava sopimusta muutettaessa, tai jossa tietyt ilmoitukset, kuten reklamaatio, on tehtävä. Sopimusperusteisen muotovarauman tarkoituksena on helpottaa myöhempiä todistelua osapuolien sopimussuhteen sisällöstä, kuten esimerkiksi sitä, onko jokin soveltamiskäytäntö merkinnyt alkuperäisen sopimuksen muuttamista, ja milloin suoritushäiriöstä on reklamoitu sitovalla tavalla.<sup>48</sup>

Osapuolet voivat sopia, mihin muotovarauman laiminlyönti johtaa eli jääkö sopimus sitomattomaksi, jos osapuolet eivät tee kirjallista sopimusta, vai onko sopimus muodosta vain ohjeluontoinen, jolloin sen noudattamatta jättäminen ei vaikuta sopimuksen pätevyteen, mutta kirjallinen sopimus olisi toivottavaa todistelun helpottamisen kannalta. Mikäli osapuolet eivät ole sopineet laiminlyönnin seurauksista, on oikeuskirjallisuudessa pidetty lähtökohtana, että tällöin muotovarauma on ohjeluontoinen.<sup>49</sup> Taustalla on muotovapautta korostava ajatus, jonka vuoksi katsotaan, ettei ole syytä sitoa osapuolien päättävävapautta enempää kuin he ovat ilmaisseet. Lisäksi tällä tavoin vältytään mahdollisilta erehdytyksiltä sen suhteen, että toinen osapuoli yrittäisi tehdä oikeustoimen ilman sovittua muotoa ja myöhemmin vedota väärässä muodossa tehdyn oikeustoimen pätemättömyyteen. Tällöin muotoseikan sivuuttamisesta huolimatta tehty oikeustoimi tulisi kuitenkin sitovaksi, jos tahdonilmaisun saaja on ollut perustellusti vilpittömin mielin oikeustoimen sitovuudesta muotoseikasta huolimatta eli tahdonilmaisun saaja ei tiennyt eikä hänen olisi pitänyt tietää, että sovitun muodon laiminlyöminen onkin vastoin oikeustoimen tekijän toimia tarkoittanut oikeustoimen pätemättömyyttä.<sup>50</sup>

*Norroksen* tapaan kyseenalaistan vallitsevan presumtion,<sup>51</sup> sillä osapuolten sopimalla muotovaraumalla on vahva tulkintavaikutus, joka puoltaa sitä, etteivät osapuolet ole tarkoittaneet sopimuksen syntyneen tai muuttuneen pätevästi, jos muotovaraumaa ei ole

---

<sup>47</sup> Tässä integraatioehto ymmärretään tulkinta-aineiston rajaamiseksi eli esimerkiksi neuvotteluvaiheessa suullisesti sovittuihin asioihin ei voida myöhemmin vedota, jos kyseisiä ehtoja ei ole otettu kirjalliseen sopimukseen. Hemmo I 2003, s. 599–600, ja Norros LM 2008, s. 184.

<sup>48</sup> Norros LM 2008, s. 187, Hoppu – Hoppu 2007, s. 59–60, Hemmo I 2003, s. 600–601.

<sup>49</sup> Hoppu – Hoppu 2016, s. 74.

<sup>50</sup> Hoppu – Hoppu 2007, s. 48, jonka mukaan vilpittömään mieleen liittyy myös selonottovelvollisuus.

<sup>51</sup> Norros LM 2008, s. 194.

noudatettu.<sup>52</sup> Pitäisin tätä parempana lähtökohtana, joskin sellaisin varauksin, että sopimusperusteinen muotovarauma voitaisiin konkludenttisesti kumota, mikäli sopimusosapuoli antaisi toisen ymmärtää sopimuksen syntyneen muotovirheestä huolimatta ja toinen osapuoli hyväksyisi tämän ja molemmat alkaisivat täyttää sopimusta. Kenties muotovarauman laiminlyönnin seurauksen tulisikin olla tapauskohtaisen arvioinnin varassa eikä ennalta asetettujen olettamien.<sup>53</sup>

Eräisiin lakeihin on otettu määräyksiä siitä, että tietyt oikeustoimet on tehtävä kirjallisesti.<sup>54</sup> Jos oikeustointa ei tehdä lain edellyttämään määrämuotoon, se on pätemätön eli oikeustoimi ei sido tekijöitään eli kyseessä on *varsinainen muotomääräys*.<sup>55</sup> Esimerkiksi maakaaren (540/1995) 2 luvun 1 §:n mukaan kiinteistön kauppakirja on tehtävä kirjallisesti, minkä lisäksi se on allekirjoitettava sekä kaupanvahvistajan vahvistettava. Tällöin puhutaan *lakiperusteisesta muotovaatimuksesta*, jota on noudatettava sopimusosapuolten tahdosta riippumatta eli pätevää kiinteistön kauppaa ei synny pätevällä tavalla, jos osapuolet poikkeavat laissa asetetuista muotovaatimuksista.

Lakiperusteisen muotovaatimuksen täyttämiseen liittyy epäselvyyttä ensinnäkin sen suhteen, mitkä ehdot kirjallisesti laaditussa sopimuksessa tulee olla ja kuinka selvästi ne on ilmaistava, jotta kirjallisuusvaatimus on täytetty, ja toiseksi sen suhteen, tarvitseeko sopimusasiakirja allekirjoittaa.<sup>56</sup> Jos laissa tai muotovaraumasta sovittaessa on erikseen lueteltu tietyt sopimuksen ehdot tai mainittu nimenomaisesti allekirjoittamisvelvollisuus, voidaan katsoa, että nämä tulee lähtökohtaisesti sisältyä sopimukseen, jotta muotovaatimus täytetään ja sopimus syntyy sitovalla tavalla.<sup>57</sup> Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on kuitenkin otettu sallivampi kanta tietyillä aloilla, esimerkiksi kiinteistöluovutukseen liittyen. On katsottu, että sopimus voi syntyä sitovasti, vaikka kaikki ehdot tai allekirjoitus eivät sisältyisikään kirjalliseen sopimukseen, mutta sopimuksen sitovuuteen

---

<sup>52</sup> Ks. Hemmo I 2003, s. 601.

<sup>53</sup> Ks. myös Norros LM 2008, s. 194–195.

<sup>54</sup> Mainittakoon, että oikeustoimilaki ei sovellu tällaisiin määrämuotoisiin sopimuksiin (1.2 §).

<sup>55</sup> Hemmo I 2003, s. 186–191.

<sup>56</sup> Hemmo I 2003, s. 187 ja 189.

<sup>57</sup> Jos laissa esimerkiksi edellytetään sopimusasiakirjan allekirjoitusta, sen puuttuminen voisi johtaa sopimuksen pätemättömyyteen. Ajatuksen taustalla on tahtoteoria, jossa korostetaan osapuolten halua sitoutua sopimukseen. Tämän edellyttäminen voisi kuitenkin olla myös kohtuutonta, jos osapuolten yhteinen tahto sitoutua sopimukseen ilmenee muusta sopimussuhteeseen liittyvästä näytöstä.

vetoavalla on näyttötaakka siitä, että sopimus on tarkoitettu sitovaksi sen puutteellisuu-  
desta huolimatta.<sup>58</sup>

Jos sopimuksen tekoa koskee lakiperusteinen muotovaatimus, niin myös muutokset sopi-  
mukseen on tehtävä kirjallisesti.<sup>59</sup> *Hemmon* mukaan vähäiset muutokset on kuitenkin aina  
mahdollista tehdä pätevästi missä tahansa muodossa.<sup>60</sup> Se, mikä katsotaan vähäiseksi ja  
mikä olennaiseksi sopimuksen muuttamiseksi riippuu kokonaisharkinnasta.<sup>61</sup> Muotovir-  
heeseen vetoavan osapuolen täytyy vedota siihen kohtuullisessa ajassa, jotta muotovirhe  
ei tulisi hiljaisesti hyväksytyksi. Esimerkiksi kiinteistönkaupassa takarajana on lain-  
huuto.<sup>62</sup>

Jos muotovirheeseen ei vedota kohtuullisessa ajassa, lakiperusteinen muotovarauma voi  
väistyä ja olennainen sopimusmuutos jäädä voimaan, sillä ei tulisi suhtautua liian tiukasti  
muutoseikkaan, jos oikeustoimen sisältö on tullut muutenkin sopimuspuolille selväksi.<sup>63</sup>  
Jos sopimusosapuolet alkavat käyttäytyä kuin sopimus olisi syntynyt tai sopimukseen  
olisi tehty muutos, vaikka muotovarauma jäi täyttämättä, on sopimusta on muutettu  
konkludenttisesti ja osapuolet menettävät oikeutensa vedota vain kirjallisena tehdyn muu-  
toksen pätevyyteen.<sup>64</sup> Tämä on todettu kansainvälisen kauppalaain (United Nations Con-  
vention on Contracts for the International Sale of Goods, GISC) 29.2 artiklassa.

Varsinaisen muotomääräysten lisäksi on kaksi muotomääräystyyppiä, jotka eroavat laki-  
perusteisista muotovaatimuksesta siten, että niiden laiminlyöminen ei johda oikeustoimen

---

<sup>58</sup> Esimerkiksi korkeimman oikeuden kiinteistön kaupan liittyvässä tapauksessa KKO 1998:65 (ään. 3-  
1-1) katsottiin, että maakaaren 2:1 oli tullut tarpeeksi täytettyä, kun siitä puuttui ainoastaan luovutettavien  
määräalojen sijoituspaikka, josta oltiin kuitenkin suullisesti sovittu ja siten, että osapuolet ymmärsivät si-  
joitukset samalla tavalla. Ks. myös *Hemmo I 2003*, s. 189.

<sup>59</sup> *Hemmo I 2003*, s. 190–191.

<sup>60</sup> *Hemmo I 2003*, s. 191.

<sup>61</sup> Hankintalain näkökulmasta olennaisia muutoksia käsitellään luvussa 3, joskaan en itse pidä hankintaso-  
pimuksen kirjallisuusvaatimusta lakiperusteisena, minkä vuoksi hankintasopimukseen voitaneen lähtökoh-  
taisesti tehdä muutoksia missä tahansa muodossa.

<sup>62</sup> *Hoppu – Hoppu 2016*, s. 74.

<sup>63</sup> *Hemmo 2018*, s. 32–33. Ks. myös korkeimman oikeuden tapaus KKO 1998:75, jossa ei tosin ollut kyse  
lakiin perustuvasta muotovaraumasta vaan rakennusurakan yleisistä ehdoista, joiden mukaan rakennutta-  
jalla oli urakoitsijan viivästyksen vuoksi oikeus purkaa sopimus, jos urakoitsija ei rakennuttajan kirjalli-  
sesta huomautuksesta huolimatta kohtuullisessa ajassa korjannut viivästystä. KKO katsoi kuitenkin, ettei  
kyseessä ollut sellainen muotovaatimus, jonka noudattamatta jättäminen yksinään tekisi purkamisen te-  
hottomaksi, kun asiassa urakoitsijan edustajalle oli toistuvasti huomautettu viivästyksestä ja kun sopimus-  
ehtojen mukaiset purkamisen edellytykset olivat olleet olemassa.

<sup>64</sup> *Norros LM 2008*, s. 194.

pätemättömyyteen.<sup>65</sup> Näitä ovat epävarsinainen muotomääräys ja ohjesisältöinen muotomääräys. *Epävarsinainen muotomääräys* on kyseessä silloin kun laissa asetetun muotosäännöksiä noudattamatta jättäminen ei johda oikeustoimen pätemättömyyteen, mutta muodon laiminlyönnillä saattaa olla muita oikeudellisia vaikutuksia,<sup>66</sup> kuten esimerkiksi se, että rekisteröinti epäonnistuu ilman kirjallista muotoa. Näin on säädetty avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain (389/1988) 1 luvun 2 §:ssä, jonka mukaan ilman kirjallisen ja allekirjoitetun yhtiösopimuksen rekisteröimistä yhtiön perustaminen raukeaa.

*Ohjesisältöinen muotomääräys* on puolestaan nimensä mukaisesti ohje siitä, millaista muotoa lainsäätävä suosittelee oikeustoimelle. Esimerkiksi hankintalain (1397/2016) 128 §:n mukainen määritelmä kirjallisesta hankintasopimuksesta voidaan katsoa vain ohjesisältöiseksi muotomääräykseksi, sillä edellytys hankintasopimuksen muodosta on alun perin otettu lakiin oikeussuojakeinojen tehokkaan käyttämisen turvaamiseksi<sup>67</sup> eikä sen noudattamatta jättäminen vaikuta oikeustoimen sitovuuteen.<sup>68</sup> Ilman kirjallista sopimusta hankintayksikön ja toimittajan välillä tehty sopimus voisi olla pätevä viime sijassa esimerkiksi oikeustoimilain (228/1929) nojalla.<sup>69</sup> Lisäksi myös hankintalaki voi soveltua sopimukseen ilman kirjallista muotoa, jos se täyttää hankintasopimukselle hankintadirektiivin 2 artiklassa, hankintalain 4 §:ssä ja oikeuskäytännössä asetetut muut kriteerit.<sup>70</sup> Tämä ilmenee hankintalain 154 §:n 2 momentista, jossa säädetään markkinaoikeuden mahdollisuudesta määrätä seuraamuksista tilanteissa, joissa kirjallista sopimusta ei ole tehty, mutta voidaan katsoa hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen tulleen syntyneeksi

---

<sup>65</sup> Hoppu – Hoppu 2007, s. 59. Ks. myös Muukkonen LM 1958, s.165–166, jonka mukaan eri määrämudot on jaettu kolmeen kategoriaan niiden noudattamatta jättämisen seurauksien mukaan.

<sup>66</sup> Hemmo I 2003, s. 197, Hoppu – Hoppu 2016, s. 73.

<sup>67</sup> Tämä on kerrottu aiemman lain esitöissä, ks. HE 190/2009 vp, s. 51–52, jossa on säädetty vanhan lain 76 §:stä, jota nykyinen hankintalain 128 § vastaa, ks. HE 108/2016 vp, s. 223.

<sup>68</sup> Kaiston mukaan aiemmassa hankintalaissa (348/2007) ei asetettu määrämudot hankintasopimukselle, vaan yksinkertaisesti kuvattiin sitä, millainen hankintasopimus on. Ks. Kaisto 2009, s. 173. Kaiston kantaa tukee aiemman hankintalain esityöt, joiden mukaan hankintasopimus *ei ilman erityistä* syntyisi ainoastaan hankintapäätöksen tiedoksiannolla. Siten oikeustoimi on ilman kirjallistakin sopimusta pätevä ja myös hankintalaki saattaa tulla sopimusta solmivaksi, jos siihen on erityinen syy. Ks. HE 190/2009 vp, s. 52

<sup>69</sup> Tätä tukee lain esitöiden pykäläkohtaisissa perustelut (HE 108/2016 vp, s. 74), joiden mukaan hankintasopimus on luonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus kahden erillisen oikeushenkilön välillä.

<sup>70</sup> Hankintasopimuksen tunnuspiirteinä pidetään kirjallista muotoa, taloudellista arvoa, vastavuoroisuutta ja sopimuksen täytäntöönpanokelpoisuus oikeudessa, ks. Elise ym. 2017, s. 40–43. Jos nämä edellytykset eivät täyty, hankintalainsäädäntö ei sovellu, ks. Bovis 2012, s. 259

olosuhteiden perusteella, jos hankintayksikkö on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen.<sup>71</sup> Toisin sanoen hankintalaissa on hyväksytty mahdollisuus hankintasopimuksen syntymiselle konkludenttisesti.<sup>72</sup>

### 2.3. Sopimuksen vähimmäissisältö

Sopimusvapauden nojalla osapuolet voivat sopia sopimuksen sisällöstä, jos laissa ei ole toisin määrätty. Kun sopimus on syntynyt pätevästi, osapuolten on noudatettava sopimusta sovitulla tavalla (*pacta sunt servanda*)<sup>73</sup> eikä sitä voi yksipuolisesti muuttaa tai peruuttaa.<sup>74</sup> Liikesopimuksia koskevat lait ovat lähtökohtaisesti dispositiivisia, joten osapuolet voivat sopia myös laista poikkeavasti.<sup>75</sup> Poikkeuksena ovat kilpailulain (948/2011) ja sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain (1061/säännökset).

Sopimussidonnaisuus edellyttää sopimukselta tiettyä sisältöä, joka synnyttää sopimus-kumppaneille yhtäältä velvollisuuksia tehdä suorituksia ja toisaalta oikeuksia saada toiselta osapuolelta sopimusvelvoitteen mukaisia suorituksia. Sopimuksen vähimmäissisällön toteaminen on edellytys myös riitatilanteissa, jotta sopimuksen mukaisten velvoitteiden ja oikeuksien täytäntöönpano on ylipäättään mahdollista tuomioistuimissa.<sup>76</sup>

Lähtökohtana pätevälle sopimukselle voidaan pitää sitä, että osapuolet ovat saavuttaneet yksimielisyyden ainakin osapuolten pääsuorituksien osalta.<sup>77</sup> Kauppasopimuksessa pääsuorituksia ovat esimerkiksi myyjän osalta myytävän esineen luovuttaminen ostajalle, ja

---

<sup>71</sup> Tämä hankintalain sisäinen ristiriitaisuus, eli lain 4 §:n 1 kohdan sekä 128 §:n kirjallisuusvaatimus verrattuna 154 §:n 2 momenttiin, vahvistaa mielestäni hankintasopimuksen luonnetta epävarsinaisena muotosäännöksenä.

<sup>72</sup> Ks. myös Kaisto 2015, s. 451, ja Halonen 2015b, s. 80. Halosen mukaan tosin varsinainen muotomääräys olisi ollut perustellumpi oikeusvarmuuden ja entisen hankintalain 76 §:n eli nykyisen hankintalain 128 §:n sanamuodon vuoksi.

<sup>73</sup> Sopimuksen alkamisajankohdan pätevyyteen liittyvät myös oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysperusteet, joiden nojalla sopimus ei synny pätevästi, mikäli niihin vedotaan.

<sup>74</sup> Ks. ratkaisu KKO 1992:50, jossa korkein oikeus katsoi, että pankilla ei ollut yksipuolisesti oikeutta muuttaa korkojen ehtoja, kun velkakirjan korkolausekkeessa koron muuttaminen oli jätetty avoimeksi eikä yleiset ehdot korkojen sitomisesta peruskorkoon antanut viitteitä pankin vallalle yksipuoliseen muuttamiseen. Ks. myös Saarnilehto – Annola 2018, s. 19.

<sup>75</sup> Liikesopimuksia sitoo myös esimerkiksi kauppatapa, mutta siihen vetoavalla on näyttötaakka tavan sitovuudesta, sillä sopimus on tapaa vahvempi lähde, ks. Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 141.

<sup>76</sup> Sopimuksien vähimmäissisällöstä ks. Häyhä 2007, s. 73–74.

<sup>77</sup> Häyhä 2007, s. 76.

ostajan pääsuoritus on korvauksen antaminen myyjälle. Pääsuorituksen riittävää yksilöintiä on ainakin se, että voidaan todeta osapuolilla olevan yhteinen käsitys siitä, millainen suoritus riittää sopimuksen täyttämiseen. Niin kutsutun *oikea suoritus* on oikeaan aikaan, oikean lajisena, määrältään oikeana sekä oikealle vastaanottajalle tehty suoritus.<sup>78</sup> Jos jokin näistä ei täyty, suoritusvelvollisuus ei lähtökohtaisesti lakkaa, vaan kyseessä on sopimusrikkomus.

Myös hiljaisesti syntyneiden sopimusten osapuolilla tulee olla jokin yhtenevä käsitys sopimuksen vähimmäisisällöstä, jotta sopimuksen myötä tehtävät oikeustoimet saisivat oikeusvaikutuksen. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:2006:71 katsottiin, että sopimusta valtion ja voimayhtiön välille ei oltu saavutettu edes hiljaisesti, koska yhteisymmärrys sopimuksen sisällöstä puuttui. Tapauksessa vuonna 1959 yhtiön esityksen johdosta valtioneuvosto oli ryhtynyt toteuttamaan yhtiön kustannuksella Iijoen vesistön yhdentoista järviolueen säännöstelyä. Voimayhtiö oli rakentanut Iijokeen viisi voimalaitosta ja järviolueiden säännöstelyistä kaksi oli toteutettu, kunnes 1.2.1987 voimaan tullut koskiensuojelulaki (35/1987) esti vesistön jatkohyödyntämisen. Tämän jälkeen yhtiö oli luopunut jatkamasta järvisäännöstelyn toteuttamista eikä säännöstelyn jatkamisesta muulla tavoin ole päästy yhteisymmärrykseen.

Hiljaisesti syntyneiden sopimusten vähimmäisisältöön voi liittyä epävarmuuksia johdun nimenomaisten tahdonilmaisujen puuttumisesta, jolloin sopimus on voinut jäädä epätäydelliseksi eli osa velvoitteista tai ehdoista on sopimatta. Lisäksi kirjalliseen sopimukseen saattaa liittyä hiljaisesti tehty muutos, joka voi myös aiheuttaa epätietoisuutta sopimuksen sisällöstä. Erimielisyydet selvitetään todistelulla, joka näyttää toteen sopimuksen tarkoituksen eli *tulkinnan* avulla.<sup>79</sup> Hiljaisien sopimusten tulkinta-aineistona toimivat sopimusasiakirjan puuttuessa ensi sijaisesti osapuolten käytös ja sopimusneuvotteluihin kuuluva aineisto, kuten valmisteluvaiheessa mahdollisesti laaditut asiakirjat, olosuhteet, sähköpostit ja kokousten pöytäkirjat.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Ks. Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 83.

<sup>79</sup> Saarnilehto – Annola 2018, s. 139 ja 142.

<sup>80</sup> Hemmo 2018, s. 49, sekä Saarnilehto – Annola 2018, s. 159.

Osapuolten tarkoitusta voidaan selvittää myös heidän aikaisemmasta sopimuskäytännöstään, jos sellaista on. Voidaan nimittäin olettaa, että osapuolet tarkoittavat tehdä saman sisältöisen sopimuksen kuin aikaisemminkin, ellei uudesta sopimussuhteesta ilmene muuta.<sup>81</sup> Myös alan yleistä käytäntöä voidaan tarkastella tulkintalähteenä. Jos osapuolten tarkoitusta ei saada selville, siirrytään tarkastelemaan objektiivisesti, mihin lopputulokseen huolellinen henkilö tulisi tarkasteltuaan tapaukseen liittyviä merkityksellisiä asiahaaroja, joita kansainvälisen kauppalaian 8 artiklan mukaan ovat sopimusneuvottelut, sopijapuolten välille muodostunut käytäntö, kauppatapa sekä sopijapuolten myöhempi käyttäytyminen.<sup>82</sup>

Lisäksi osapuolten käyttäytyminen ja alan yleinen käytäntö ovat olennainen lähde tulkinnan lähi-ilmiöinä tunnetussa *sopimuksen täydentämisessä* eli kun sopimuksessa käsittelemättä jääneet kysymykset ratkaistaan täydentämällä sopimusta lain säännöksillä tai velvoiteoikeuden yleisillä periaatteilla.<sup>83</sup> Täydentämisellä helpotetaan sopimuksen tulkintaa, kun täydentämisen myötä selkeytyy, mitä sopimukseen kuuluu.

Kaikki sopimuksen suoritusvelvollisuudet eivät ole keskenään saman arvoisia, joten kaikkia velvoitteita ei ole välttämätöntä tyhjentävästi sopia sopimussuhteen alussa, eivätkä kaikki velvoitteet johda velkojan oikeuteen saada suoritus.<sup>84</sup> Tällaisia apuvelvoitteita ovat esimerkiksi tiedonantovelvollisuus ja reklamaatiovelvollisuus, jotka osapuolet voivat halutessaan ottaa osaksi sopimustaan sopimussuhteen aikana. Toisinaan oikeuskäytännössä on myös katsottu niiden kuuluneen sopimussuhteeseen ilman sopimustakin yleisten velvoiteoikeudellisten periaatteiden nojalla. Korkein oikeus katsoi tapauksessaan KKO 1993:130, että urakoitsijalla olisi ollut lojaliteettivelvollisuuden nojalla velvollisuus kertoa tilaajalle,<sup>85</sup> että tilaajan sopimusneuvotteluissa suunnittelema muutos tulisi alentamaan rakennettavan laiturin mahdollisuutta vastaanottaa aluksia rikkoutumatta. Koska

---

<sup>81</sup> Hemmo 2018, s. 50.

<sup>82</sup> Ks. Nystén-Haarala LM 2014, s. 1025.

<sup>83</sup> Hemmo 2018, s. 50-51.

<sup>84</sup> Sopimusvapauden nojalla on sinänsä korostettu sitä, että sopimuksessa ei tulisi katsoa olevan muuta kuin mitä sopimuksen sisällön perusteella siinä on, sillä voitaisiin sanoa, että osapuolet eivät ole halunneet sopimuksen osaksi sellaista, mistä ei ole erikseen sovittu. Mielestäni ajatus tyhjentävästä sopimuksen sisällöstä on kuitenkin käytännössä kestävä, sillä ei suinkaan olisi tarkoituksenmukaista sopia aivan kaikesta, jotta sopimuksen ulkopuolelle ei jäisi vahingossa mitään sellaista, mitä myöhemmin saatettaisiin haluta mukaan sopimukseen.

<sup>85</sup> Lojaliteettivelvollisuudesta ks. esim. Hemmo I 2003, s. 51–58



urakoitsijat laiminlöivät tiedonantovelvollisuuden noudattamisen, niiden tuli korvata ti-laajalle laiminlyönnistä aiheutunut vahinko.

Sopimusta voidaan täydentää myös ehtojen osalta ottamalla mukaan ehdot joiden nojalla sopimus voidaan purkaa tai irtisanoa. Niistä sopiminen ei ole pakollista, sillä ideaalitilanteessa sopimus päättyisi pääsuoritusten täyttämiseen, mutta ehdot ovat yhtäkaikki tärkeitä, jos halutaan sopia, kuinka toimitaan mahdollisissa virhetilanteissa. Korkein oikeus on käsitellyt irtisanomisehdon ottamista sopimukseen, jossa sitä ei alun perin ollut, aiemmin mainitussa tapauksessa KKO 2018:37, joka liittyy hiljaisesti syntyneeseen yhteistyösopimukseen kertakäyttöisien kahvimukien valmistamisesta ja varas-toimisesta. KKO:n mukaan voitiin katsoa yritysten tosiasiallisen käytöksen perusteella, että syntynyt yhteistyösopimus oli tarkoitettu toistaiseksi voimassa olevaksi ja Suomessa pitkäaikaisetkin sopimukset voidaan sopimussidonnaisuudesta huolimatta irtisanoa kohtuullista irtisanomisaikaa noudattamalla. Irtisanomisajan pituutta arvioidessaan korkein oikeus huomioi sopimussuhteen keston, sopimusosapuolten panostukset ja sijoitukset sekä ajan, joka osapuolella kuluu uuden sopimuskumppanin löytämiseen.<sup>86</sup> Enemmistöön kuuluneet kolme oikeusneuvosta katsoivat, että neljän kuukauden irtisanomisaika oli tapauksessa riittävä, kun huomioitiin, että irtisanottava S Oy ei ollut toiminnallisesti riippuvainen M Oy:stä, sillä S Oy:llä oli muitakin asiakkaita. Lisäksi enemmistön mielestä M Oy ei ollut edellyttänyt S Oy:ltä niin suurta varastoa kahvimukeja kuin sillä oli, jonka vuoksi niitä ei tarvinnut korvata, vaikka S Oy ei voinut hyödyntää M Oy:lle valmistettuja kahvimukeja niiden M Oy:n logojen vuoksi muissa sopimussuhteissa.<sup>87</sup>

KKO siis huomioi tapauksessa sopimuksen sisällön arvioinnissa yhtiöiden käytöksen lisäksi myös yleisiä velvoiteoikeudellisia periaatteita. Näin ollen voidaan tehdä päätelmä, että hiljaisesti syntyneitä sopimuksia voidaan täydentää yleisillä velvoiteoikeudellisilla

---

<sup>86</sup> KKO viittasi kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain (417/1992) 23 §:n sopimuksen keston mukaan määräytyvään irtisanomisaikaan ja kansainväliseen periaatekokoelmaan ”Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference” (DCFR) sisältyviin määräyksiin sopimuksen kohtuullisesta irtisanomisajasta, ks. ratkaisun KKO 2018:37 kohdat 13 ja 14.

<sup>87</sup> Ks. arvio tapauksen perusteluiden riittävydestä esimerkiksi Ahlfors LM 2018, s. 789–799, jonka mukaan vähemmistöön kuuluneet kaksi oikeusneuvosta perustelivat kantansa paremmin huomioiden myös mm. investointiperusteiseen sopimusriippuvuuteen, jonka nojalla olisi tullut huomioida myös se, että S Oy:lle koituu vahinkoa siitä, ettei se voinut sopimussuhteen päättyttyä ollenkaan myydä yhteistyösopimuksen mukaisesti valmistamia tuotteita, joten S Oy:lle olisi heidän mielestään tullut korvata myymättä jääneet kahvikupit.

periaatteilla siltä osin kun osapuolet ovat jättäneet sopimatta ehtoja tai täydentäviä velvoitteita. Täydentämisen hyväksyminen tällä tavoin tarkoittaa, että hiljaisia sopimuksia voidaan myös tulkita niin, että lähtökohtaisesti osapuolet ovat tarkoittaneet toimia yleisten periaatteiden mukaan siltä osin kun eivät ole erikseen muuta sopineet.

## **2.4. Toistuva menettely**

Oikeuskirjallisuudessa ja käytännössä on katsottu, että hiljainen sopimus on syntynyt tai sopimusta on muutettu hiljaisesti sitovalla tavalla, kun toinen osapuoli on joko pitkäaikaisesti hyväksynyt oikeustoimen tai kun molemmat osapuolet ovat toistuvasti menelleet hiljaisen tahdonilmaisun mukaisesti.<sup>88</sup> Toistuva menettely kattaa tilanteet, joissa sopimusosapuolet toistuvasti käyttäytyvät kuin sopimus olisi syntynyt, vaikka nimenomaisia tahdonilmaisuja ei ole annettu sopimuksen syntymiseksi tai varsinaista sopimusasiakirjaa ei ole olemassa.

Toistuvaa menettelyä, jonka myötä on syntynyt hiljaisesti sopimus, voidaan katsoa olevan esimerkiksi se, että neuvotteluiden päätteeksi molemmat toistuvasti täyttävät sopimusta ilman varsinaista sopimuksen solmimista. Tilanne voi olla myös se, että määräaikaista sopimusta jatketaan määräajan päättymisen jälkeen tai sopimussuhteen aikana tehdään lisätöitä tai palveluita, jotka eivät kuulu alkuperäiseen sopimukseen. Käytännössä mikä tahansa toistuvasti tapahtuva käytäntö ei kuitenkaan voi muodostaa hiljaista sopimusta, jotta kukaan ei tulisi vahingossa sidotuksi sopimukseen. Toistuvalla käytännöllä edellytetäänkin sitovuuden syntymiseksi, että kaikki sopimusosapuolet ovat tietoisia käytännöstä, sopimusosapuolet osallistuvat käytäntöihin ja tavoittelevat käytännöllä sopimukseen syntymistä tai jatkumista.

Helsingin hovioikeuden ratkaisussa HO S 1984/20 katsottiin kriteerien täyttyvän tapauksessa, jossa oli kyse B Oy:n suullisesti A:lta tilaamasta huoltorakennusten laajennus- ja rakennustöistä. Alun perin urakka piti tehdä arkkitehdin piirustusten mukaan, joiden osalta A oli ilmoittanut hinnaksi 170.000 markkaa ja lähettänyt B:lle kokonaissuunnitelusopimuksen, jossa palkkion oli merkitty olevan 70 prosenttia Suomen Konsulttitoimis-

---

<sup>88</sup> Ks. KKO 2012:86 ja Hemmo II 2003, s. 36.

tojen Liitto ry:n taksoista. B ei ollut allekirjoittanut kirjallista sopimusta, mutta A oli yhteistoiminnassa sen kanssa aloittanut suunnittelutyön, jonka kuluessa asianosaiset olivat pitäneet esimerkiksi seitsemän suunnittelukokousta. Suunnittelukohde oli myöhemmin B:n päättämien muutosten vuoksi olennaisesti laajentunut ja suunnittelutyö oli muuttunut vaikeammaksi, esimerkiksi kustannusarvio nousi alkuperäisestä noin kolmesta miljoonasta seitsemäksi miljoonaksi markaksi. Kun A oli lähettänyt ensimmäisen 255.600 markan määräisen laskun, B oli keskeyttänyt työn perustuen nelinkertaistuneeseen suunnittelupalkkioon. Hovioikeus katsoi, että B:n oli täytynyt ymmärtää, että työn laajennuttua ja vaikeuduttua olennaisesti ei suullisissa sopimusneuvotteluissa ilmaistu 170.000 markan kokonaissumma enää voinut olla sitova. Vaikka B ei ollut allekirjoittanut kirjallista suunnittelusopimusta, se oli Helsingin hovioikeuden mukaan toimimalla niin kuin sopimus olisi ollut voimassa tullut menettelynsä johdosta sidotuksi sopimukseen samalla tavalla kuin jos se olisi allekirjoittanut sopimuksen.

Osapuolten tietoisuus käytännöstä ja mahdollinen osallistuminenkaan ei kuitenkaan aina riitä sopimuksen hiljaiseen syntymiseen, jos kaikilla osapuolilla ei ole sopimuksen solmimistarkoitusta.<sup>89</sup> Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2011:6 A:n alkoi B ja X Oy:n kanssa käytyjen keskustelujen jälkeen tekemään toimenpiteitä yhteistoimintasopimuksen aloittamista varten, joista B ja X Oy olivat tunnustaneet tulleen tietoisiksi. Sopimusta ei kuitenkaan katsottu syntyneen hiljaisesti, sillä A oli tehnyt toimenpiteitä tavoitellakseen osakkuutta uudessa hankkeessa. A oli myös vaatinut palkkiota muilta tahoilta kuin B:ltä ja X Oy:ltä. KKO katsoi, että A:n toiminnassa oli kokonaisuudessaan tarpeeksi painavaa näyttöä sopimuksen syntymistä vastaan, kun A tavoitteli muutakin kuin sopimuksen syntymistä ja kohdisti käytännön toimia myös B ja X Oy:n ulkopuolelle.

---

<sup>89</sup> Näin on katsottu myös ruotsalaisessa oikeuskäytännössä, ks. esim. NJA 1990 s. 745, jossa alustavat suulliset neuvottelut eivät johtaneet pumpun jälleenmyynti sopimukseen, jonka perusteella toinen osapuolista haki vahingonkorvausta, sillä toisella osapuolella ei ollut halua sitoutua sopimukseen.

## 2.5. Pitkäaikainen hyväksyntä

Pitkäaikainen hyväksyntä kattaa siis tilanteet, joissa toinen osapuoli alkaa täyttämään sopimusta ja toinen osapuoli jää passiiviseksi, mutta hyväksyy toisen osapuolen toimet itseään kohtaan sitoviksi.<sup>90</sup> Sopimuksen syntyminen tai muuttuminen hiljaisesti on mahdollista myös pitkäaikaisella suoritushäiriöiden eli sopimussidonnaisuuden häiriön tai sopimusrikkomuksen hyväksymisellä. Sopimussidonnaisuuden häiriöillä tarkoitetaan oikeustoimen pätemättömyyteen liittyviä tilanteita ja sopimusrikkomuksella virheellistä suoritusta.

Sopimussidonnaisuuden häiriö voi johtua monesta eri syystä. Oikeustoimilain (228/1929) 3 luvun mukaan pätemättömyysperusteita ovat muun muassa petollinen viettely (30 §) ja erehdys (32 §). Lisäksi oikeustoimen pätemättömyys voi johtua esimerkiksi lakiperusteisen muotovaatimuksen noudattamatta jättämisestä, sisältövirheestä, oikeustoimessa muutoin olevan virheen vuoksi tai viimesijassa yleisestä hyvän tavan vastaisuudesta.<sup>91</sup>

Kun osapuolella on käytettävissään pätemättömyysperuste, pelkkä perusteen olemassaolo ei välttämättä johda oikeustoimen pätemättömyyteen vaan se voi edellyttää toimia, kuten pätemättömyyteen vetoamista, kanteen nostamista tai reklamaation tekemistä.<sup>92</sup> Pätemättömyysperusteen huomaamisen jälkeinen passiivisuus tulkitaan oikeustoimen konkludenttiseksi hyväksymiseksi, jolloin pätemättömyys korjaantuu.<sup>93</sup> Hyväksyminen on uusi oikeustoimi, jolla saadaan aikaan suoritusvelvollisuus tai muu velvollisuus pätemättömyysperusteesta huolimatta.<sup>94</sup> Edellytyksenä pätemättömyyden korjaantumiselle on, ettei kyseessä ole sellainen pätemättömyys, joka johtaa automaattisesti sopimuksen mitättö-

---

<sup>90</sup> Tässä tutkimuksessa pitkäaikaiseen hyväksymiseen linkitetään niin kutsuttu passiivisuusperiaate, jonka mukaan passiivisuus vedota esimerkiksi sopimuksen pätemättömyyteen johtaa siihen, että pätemättömyysperuste korjaantuu. Ks. lisää esim. Hemmo I 2003, s. 312.

<sup>91</sup> Kahta ensin mainittua on käsitelty aiemmin tässä luvussa. Muita ei ole tarpeen käydä läpi tässä tutkimuksessa tarkemmin. Ks. oikeustoimen pätemättömyydestä esim. Hoppu – Hoppu 2016 luku 3.5 ja Kaisto 2007, s. 54.

<sup>92</sup> On syytä huomauttaa, että pätemättömyys on eri asia kuin tehottomuus, joka Ks. lisää pätemättömyyden ja tehottomuuden eroista Kaisto 2015, s. 50.

<sup>93</sup> Ks. Hemmo 2018, s. 47, sekä Saarnilehto – Annola 2018, s. 10.

<sup>94</sup> Pätemättömyyden korjaantuminen voi tapahtua myös nimenomaisella hyväksymisilmaisulla. Ks. myös Kaisto 2007, s. 62.

myyteen. Automaattinen mitättömyys voisi johtua julkisesta intressistä, esimerkiksi kansanterveyden uhka, joka tekee mahdolliseksi pätemättömyyden voimaan saattamisen osapuolten tahdosta riippumatta.<sup>95</sup>

Pitkäaikaisesta hyväksynnästä johtuvat pätemättömyyden korjaantumistilanteet vaativat kokonaisarviointia. Lisäksi tiettyjä pätemättömyysperusteita on moitittava ennen laissa asetettujen määräaikojen päättymistä. Määräajasta myöhästyminen tarkoittaisi pitkäaikaisista hyväksymistä. Muissa kuin kanteen nostamista vaativissa tilanteissa pitkäaikainen hyväksyminen on tapahtunut, kun kohtuullinen aika on kulunut siitä kun osapuoli tuli tietoiseksi pätemättömyysperusteesta.<sup>96</sup> Kohtuullista aikaa arvioidessa punnitaan yhtäältä aktiivisen osapuolen luottamuksen suojaa siihen, että toinen osapuoli on hyväksynyt oikeustoimen passiivisuutensa vuoksi, ja toisaalta passiivisen osapuolen oikeutta olla sitoutumatta oikeustoimeen vasten tahtoaan. Korkeimman oikeuden mukaan pitkäaikainen hyväksyntä oli tapahtunut tapauksessa KKO 1993:35, sillä oli kulunut yli 20 vuotta siitä, kun A oli alkanut rasitesopimuksen vastaisesti vuokraamaan omistamansa kiinteistön autopaikkoja, vaikka B:llä oli kiinteistöön rasiteoikeus. KKO katsoi, että B:n passiivisuus tarkoitti A:n toiminnan hyväksymistä ja johti vahingonkorvausoikeuden menettämiseen.<sup>97</sup> KKO:n mukaan B:llä oli kuitenkin oikeus vahingonkorvaukseen siitä lähtien, kun se oli huomauttanut A:lle, ettei enää hyväksynyt rasiteoikeutensa rikkomista. Näin ollen KKO katsoi, että heti B:n alettua aktiiviseksi sillä oli oikeus vahingonkorvaukseen, mikä viittaa siihen, että oikeus vedota pätemättömyysperusteeseen ei välttämättä lopullisesti vanhennu kohtuullisenkaan ajan kuluttua. Toisin sanoen passiivisuus indikoi, että sopimuksen uusi sopimusrikkomusta vastaava sisältö on haluttu itseä sitovaksi ainakin niin kauaksi aikaa kun ei yritetä käyttää varallisuus oikeudellisia tehostekeinoja.

Pitkäaikainen hyväksyntä voi johtua myös sopimusrikkomuksesta eli sovitun suorituksen tapahtumatta jäämistä tai puutteellista suoritusta. Keskeisimpiä sopimushäiriöitä ovat viivästys ja laatuvirheet eli tuotteen tai palvelun puutteellisuus.<sup>98</sup> Sopimusrikkomustilanteessa loukatulla osapuolella eli *velkojalla* on käytettävissään erilaisia tehostekeinoja,

---

<sup>95</sup> Hemmo 2018, s. 47.

<sup>96</sup> Ks. Hoppu – Hoppu 2016, s. 88.

<sup>97</sup> Kaiston mukaan myös oikeuskirjallisuudessa on tyypillisesti kytketty oikeustoimen pätemättömyys vahingonkorvaukseen, ks. Kaisto 2007, s. 49.

<sup>98</sup> Hemmo 2018, s. 55.

joilla hän voi pyrkiä kannustamaan sopimusta rikkonutta osapuolta eli *velallista* toimimaan sopimuksen mukaan.<sup>99</sup> Tehostekeinoja ovat suorituksesta pidättäytyminen, luontoissuoritus, vahingonkorvaus, hinnanalennus, pidättämisoikeus ja sopimuksen purkamisen.

Velkojan tulee kuitenkin ennen vaatimuksen esittämistä tarkastaa suoritus ja reklamoida suoritukseen liittyvästä virheestä. Tarkastuksen laiminlyönti johtaa siihen, ettei velkoja voi enää myöhemmin esittää vaatimusta sellaisen puutteen johdosta, joka velkojan olisi tullut huomata tarkastustilanteessa. Virheilmoituksen tekemättä jättäminen kohtuullisessa ajassa puolestaan tarkoittaa sitä, että velkojan katsotaan hyväksyneen virheen ja hän menettää oikeutensa vedota siihen. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2018:38 katsottiin, että A oli menettänyt oikeuden vaatia kiinteistön kaupan purkamista sen vuoksi, että hän on pannut kaupan purkamista koskevan kanteen vireille yli neljä vuotta sen jälkeen, kun hän on edellisen kerran ollut yhteydessä myyjiin virheen vuoksi. Kyseinen KKO:n ratkaisu on siitä mielenkiintoinen, että kiinteistöä koskeva maakaaren (540/1995) 2:34.3:n mukainen kymmenen vuoden määräaika ei ollut vielä kulunut umpeen, mutta KKO katsoi silti, että kannetta ei oltu pantu vireille kohtuullisessa ajassa virheeseen vetoamisen jälkeen. Ratkaisun passiivisuusperiaatteen painoarvon korostamista on kritisoitu oikeuskirjallisuudessa.<sup>100</sup> On nimittäin oikeusvarmuuden kannalta kyseenalaista, että passiivisuusperiaatetta voitaisiin käyttää lain säännöksien yli aina kun se vaikuttaa kohtuulliselta purkuvaatimuksen kohteeksi joutuneelle osapuolelle.

Oikeuskäytännössä on myös katsottu, että toisen osapuolen erityisen moitittava käytös voi myös vaikuttaa kohtuullisen ajan pituuteen sekä siihen, että tarkastusvelvollisuuden laiminlyömistä ei katsotakaan hiljaiseksi hyväksynnäksi.<sup>101</sup> Tapauksessa KKO 1998:150 A oli syksyllä 1991 ostanut B:ltä taulun, joka B:n ilmoituksen ja taulun signeerauksen mukaan oli tunnetun venäläisen taiteilijan C:n maalaama. B oli myös 3.12.1991 päivä-

---

<sup>99</sup> Hemmo 2018, s. 17. Jos tehostekeinojen käytöltä halutaan välttyä sopimussuhteen aikana, sopimusosapuolet voivat jo enakkoon sopia takuusta, jolla vastataan virheistä sovittuun määräaikaan asti, jonka jälkeen suoritusvelvollinen ei vastaa muista kuin tekemättä jättämisestä tai laiminlyönnistä. Takuun antaminen suoritusvelvolliselta on yleinen käytäntö rakennusurakoissa. Ks. takuista Hemmo 2018, s. 56.

<sup>100</sup> Oikeuskirjallisuudessa on ehdotettu, että ratkaisun perusteluita tulisi hyödyntää vain kiinteistön kaupan liittyen, eikä yleisesti. Ks. Norros LM 2019, s. 249–266.

<sup>101</sup> Hemmo 2018, s. 58.

tyssä asiakirjassa vakuuttanut, että A:n häneltä ostama taulu oli aito. Syksyllä 1994 tutkimuksessa ilmeni, ettei taulu ollut aito. A ilmoitti asiasta B:lle 28.1.1995 kirjeellä ja purki kaupan 13.6.1995. B:n antaman vakuutuksen johdosta A:n katsottiin vapautuneen tarkastusvelvollisuudestaan, joten A ei ollut menettänyt oikeuttaan vedota kaupan kohteen virheellisyyteen.<sup>102</sup>

Pitkäaikaisessa hyväksymisessä on siis kyse tapauskohtaisesta arvioinnista, jossa punnitaan yhtäältä velkojan oikeutta saada velalliselta oikea suoritus ja toisaalta velallisen luottoa siihen, että velkojan pitkäaikainen passiivisuus vedota esimerkiksi tehostekeinoihin tai tarkastusvelvollisuuden laiminlyönti tarkoittavat, että velkoja on tosiasiaassa tarkoittanut luopua oikeudestaan sopimuksen mukaiseen oikeaan suoritukseen ja on siten tullut hyväksyneeksi puutteellisen suorituksen. Kohtuullinen aikakin riippuu tapauskohtaisesta arviosta, mutta sen pituuteen vaikuttaa myös esimerkiksi velallisen vilpittömyys.

Yhteenvetona hiljaisen tahdonilmaisun sitovuudesta voidaan todeta, että hiljaisilla tahdonilmaisulla sopimus tulee lähtökohtaisesti sitovaksi ensinnäkin silloin, kun sopimuksesta ei ole edellytetty määrämuotoa tai määrämuodon rikkominen on osapuolten välillä hyväksytty, jolloin pelkät sopimuksen täyttämistoimet voivat osoittaa sopimuksen olemassa oloa. Toiseksi hiljainen sopimus on sitovalla tavalla syntynyt, kun osapuolten sopimusta täyttävät toimet osoittavat, että osapuolet ovat saavuttaneet yksimielisyyden sopimuksen sisällöstä ainakin pääsuoritusten osalta. Kolmanneksi hiljaisesti syntyneen sopimuksen sitovuus on varmaa, jos osapuolten päätös sitoutua sopimukseen ilmenee, joko toistuvalla sopimuksen täyttöön liittyvällä käytännöllä tai pitkäaikaisella hyväksynnällä sopimukseen liittyvän pätemättömyysperusteen tai sopimusrikkomuksen osalta.

---

<sup>102</sup> Eri mieltä olleen oikeusneuvoksen mukaan A:n olisi tullut tarkastaa taulu ja tehdä reklamaatio aiemmin kohtuullisessa ajassa.

## 3. Sopimusmuutokset hankintalainsäädännössä

### 3.1. Hankintasopimus varallisuus oikeudellisena sopimuksena

Pohjoismaissa hankintasopimus katsotaan yksityisoikeudelliseksi sopimukseksi,<sup>103</sup> joka tehdään kahden erillisen oikeushenkilön välillä, vaikka toinen oikeushenkilöistä olisikin julkinen.<sup>104</sup> Yksityisoikeudellisesta luonteestaan huolimatta hankintasopimus poikkeaa tavanomaisista varallisuus oikeudellisista sopimuksista syntyavaltaan ja luonteeltaan. Hankintasopimuksen luonnetta verrattuna muihin varallisuus oikeudellisiin sopimuksiin voidaan havainnollistaa sopimusvapauden avulla. Hankintasopimukseen liittyen sopimusvapautta on nimittäin rajoitettu hankintalainsäädännöllä siten, että hankintayksiköllä ei oikeastaan ole täysin ainoatakaan sopimusvapauden alle kuuluvaa osiota eli päätäntä-vapautta, sopimus kumppanin valitsemisvapautta, hankintasopimuksen muoto-, sisältö- tai purkuvapautta.

Hankintayksiköllä on vapaus täysin määrittää omat hankintatarpeensa, eikä hankintaa tarvitse kilpailuttaa, jos hankinta tehdään niin kutsuttuina in house -hankintana eli esimerkiksi sidosyksiköltä, eikä ulkopuolisilta.<sup>105</sup> Vasta jos tuote, palvelu tai urakka halutaan ostaa ulkopuoliselta ja hankinnan ennakoitu kokonaisarvo ylittää hankintalaissa asetetut ja aika ajoin päivitettävät kynnsarvot, hankinta tulee kilpailuttaa hankintalain sääntöjä noudattaen. Myös hankintalainsäädännön tavoitteita ja hankintaperiaatteita tulee noudattaa. Hankintasopimus voidaan vain poikkeuksellisesti tehdä ulkopuolisen kanssa suoraan ilman hankintamenettelyä, jos hankinta ylittää kynnsarvot. Tällöin hankintayksiköllä on oltava laissa annettu suora hankintaperuste. Lisäksi hankinta voi olla mahdollista tehdä toisen hankintayksikön kanssa horisontaalisena yhteistyönä, jos sitä koskevat kriteerit täyttyvät.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Myös Saksassa hankintasopimukset katsotaan yksityisoikeudellisiksi sopimuksiksi, mutta Ranskassa, Italiassa, Irlannissa ja Espanjassa hankintasopimukset luetaan julkisten sopimusten piiriin, ks. Halonen P.P.L.R. 2017, s. 188.

<sup>104</sup> Eskola ym. 2017, s. 39. Katson hankintasopimuksen kuitenkin kuuluvan oikeustoimilain soveltamisalaan kuuluvaksi, sillä kuten aiemmin luvussa 2 käsiteltiin, hankintasopimusta voitaisiin käsitellä myös tavanomaisena kauppaa-, palvelu- tai urakkasopimuksena. Ks. myös Kaisto 2009, s. 174.

<sup>105</sup> Myös sidosyksikö hankinnat ovat muodostuneet EUT:n oikeuskäytännössä, ks. asian taustoista Vihereä kirja KOM(2011) 15 lopullinen, s. 22–23.

<sup>106</sup> Ks. julkisyhteisön tehtävien siirrosta esim. Alanen DL 2020, s. 679–692.



Koko hankintalainsäädännön ja siinä säädettyjen menettelyjen tarkoituksena on varmistaa, että hankintayksikkö saa markkinoiden parhaan taloudellisen toimijan toteuttamaan hankintaa,<sup>107</sup> eikä sopimuskumppanin vapaa valinta välttämättä johtaisi siihen, että sopimukset tehtäisiin parhaiden toimijoiden kanssa. Siksi hankintayksikkö ei voi vapaasti valita hankintasopimukseen sopimuskumppania eli toimittajaa, vaan hankintalain soveltamisessa hankintasopimus on tehtävä sen toimittajan kanssa, joka täyttää tarjouspyynnössä asetetut soveltuvuusvaatimukset, ja jonka tarjous on kokonaistaloudellisesti edullisin ja täyttää muut ennalta tarjouspyyntöasiakirjoissa asetetut kriteerit.<sup>108</sup>

Hankintasopimuksen muotoa ei varsinaisesti rajoiteta, mutta kansallisen hankintalain 128 §:n mukaan hankintasopimus syntyy hankintapäätöksen tekemisen jälkeen kirjallisen sopimuksen tekemisellä. Lisäksi hankintasopimus kuvataan hankintalain 4.1 §:ssä ja hankintadirektiivin 2014/24/EU 2 artiklan 5 kohdassa kirjalliseksi sopimukseksi.<sup>109</sup> Kyseessä on kuitenkin pikemminkin suositus tehdä hankintasopimus kirjallisesti kuin muodosta annettu määräys. Hankintalainsäädäntö ei siis tosiasiaa estä hankintasopimuksen syntymistä esimerkiksi hiljaisesti, jos hankintayksikkö on suostunut tai jättänyt tietoisena puuttumatta siihen, että hankintasopimusta on alettu täyttämään ilman kirjallista sopimusta.<sup>110</sup> Kirjallisen hankintasopimuksen tekemishetken on tarkoitus määrittää, milloin markkinaoikeus ei voi enää määrätä hankintalain 154 §:n 1–3 kohdissa annettuja niin kutsuttuja reaali-keinoja eli kumota hankintapäätöstä, kieltää hankintayksikköä noudattamasta virheellistä menettelyä tai velvoittaa hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä, jos hankintamenettelyssä on ollut virhe.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 592.

<sup>108</sup> Hankintayksikkö voi yrittää asettaa sellaiset kriteerit, jotka vain sen tavoittelema sopimuskumppani täyttää, mutta tällöin hankintayksikkö asettaa kilpailutuksen alttiiksi markkinaoikeus valituksille, sillä suosivia tai syrjiviä soveltuvuusvaatimuksia ei saa asettaa.

<sup>109</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 394, jonka mukaan on vaikea nähdä perusteluja direktiivien rajoittamiselle pelkästään kirjallisiin sopimuksiin.

<sup>110</sup> Ks. Halonen 2015b, s. 80. Myöskään hankintasopimuksen allekirjoittaminen ei ole edellytyksenä hankintasopimuksen syntymiselle, sillä kyseessä ei ole määrämuotoinen sopimus. Hankintasopimukset kuitenkin tehdään yleensä kirjallisesti ja ne allekirjoitetaan. Ks. Kaisto 2009, s. 176. Ruotsissa tulkitaan myös, ettei hankintasopimus ole määrämuotoinen sopimus. Ks. Prop. 2001/02:142 s. 71.

<sup>111</sup> Aikaisemmin hankintojen syntyhetki arvioitiin velvoiteoikeudellisten tarkastelun perusteella, jonka vuoksi hankintasopimuksen katsottiin toisinaan syntyneen myös hankintapäätöksen tiedoksiannolla, kunnes Euroopan unionin tuomioistuin totesi asiassa C-81/98 *Alcatel*, että tämä ei riitä turvaamaan tehokasta oikeussuojaa.

Hankintasopimuksen sisältöä ei myöskään suoraan rajoiteta hankintalaissa, sillä hankintalaki ei puutu *hankinnan kohteeseen* eli siihen, mitä hankintayksikkö hankkii, vaan siihen, kuinka hankinta tehdään eli *hankintamenettelyyn*. Hankintalaista ilmenee kuitenkin eräänlainen sisältöä rajoittava ehto, sillä hankintalain 136 §:n mukaan hankintasopimusta ei saa muuttaa olennaisella tavalla hankintakaudellakaan, ellei jokin 136 §:n poikkeussäännöistä sovellu tapaukseen. Tällainen muuttamisen rajoittaminen sopimuskaudella voidaan katsoa sopimusvapauden periaatteen vastaiseksi, sillä tavallisia varallisuusoikeudellisia sopimuksia saa lähtökohtaisesti muuttaa myös sopimuskaudella, jos osapuolet niin haluavat.

Hankintasopimuksen pääsuoritusten ja ehtojen täytyy kuitenkin koko sopimuskauden ajan vastata sitä, mitä hankintayksikkö on tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmoittanut tarvitsevänsä niin sopimuskumppanin kuin hankittavan tuotteen, palvelun tai urakan osalta. Tarjouspyyntöasiakirjojen sisältö puolestaan riippuu hankinnan sisällöstä, koosta ja luonteesta. Kansallisen hankintalain 68 §:n mukaan asiakirjojen tulee sisältää muun muassa hankinnan kohteen kuvaus, soveltuvuusvaatimukset, tarjousten vertailuperusteet, sekä keskeiset sopimusehdot. Näiden kaikkien täytyy siis pysyä lähtökohtaisesti muuttumattomina koko hankintasopimuksen voimassa olon ajan. Mainituista kaikki muut paitsi keskeiset sopimusehdot vaihtelevat suuresti sisällöltään hankinnasta riippuen. Sopimusehdot sen sijaan ovat yleensä hyvin saman sisältöisiä, mikä johtuu siitä, että hankintaviranomaiset liittävät tarjouspyyntöasiakirjoihin usein suoraan tai hieman muutettuina valtiovarainministerin ylläpitämät julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot eli niin kutsutut *JYSE-ehdot*.

### **3.2. Yhdenvertainen kohtelu ja avoimuus**

Euroopan unionin hankintalainsäädäntö on perinteisesti keskittynyt sopimuskautta edeltävään aikaan eli hankinnan valmisteluun, hankintamenettelyn toteuttamiseen, ehdokkaiden ja tarjoajien valintaan, kilpailutuksiin liittyviin päätöksiin sekä päätöksistä mahdollisesti tehtäviin valituksiin. Viimeisen kahden vuosikymmenen aikana hankintalainsäädäntöä on kuitenkin laajennettu koskemaan myös hankintasopimuskaudelle johtuen siitä, että Euroopan unionin tuomioistuimien alkoi ottamaan kantaa hankintasopimuskauden aikaisiin

tapahtumiin. EUT nimittäin katsoi jo ennen kuin asiasta oli säännelty, että hankintalainsäädännön tavoitteet ja periaatteet koskevat julkisia hankintoja myös sopimuskaudella.<sup>112</sup>

Hankintalainsäädäntö kuuluu Euroopan unionin sisämarkkinoihin, jonka vuoksi hankintasääntelyn tavoitteena on avata kilpailu koko unionin alueelle, tehostaa julkisten varojen käyttöä, parantaa laatua ja kasvattaa kilpailukykyä.<sup>113</sup> Näihin tavoitteisiin päästään noudattamalla niitä tukevia periaatteita. Hankintaviranomaisten onkin hankintasopimuksia tehtäessä hankintadirektiivin 2014/24/EU 1 johdantokappaleen mukaan noudatettava myös Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen periaatteita,<sup>114</sup> kuten SEUT 34 artiklan tavaroiden vapaata liikkuvuutta, 49 artiklan sijoittautumisvapautta ja 56 artiklan palvelujen tarjoamisen vapautta sekä niistä johtuvia yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita. Periaatteet on otettu hankintadirektiivin 18 artiklaan ja niitä hyödynnetään etenkin hankintalainsäädännön tulkinnassa, mutta myös lisävelvoitteiden asettamisessa silloin, kun kaikkia velvoitteita ei ole löydettävissä lainsäädännöstä.<sup>115</sup>

EUT:n oikeuskäytännön nojalla hankintakauden kannalta olennaisimmat hankintaperiaatteet ovat yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet.<sup>116</sup> Yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan julkisissa hankinnoissa, että sopimuksentekoehdot on annettava samaan aikaan ja samalla tavalla kaikkien tarjoajien on saataville sen jälkeen, kun hankintayksikkö on vahvistanut ne.<sup>117</sup> Tämän jälkeen hankintaviranomaisen tulee hylätä sopimuksentekoehdot vastaamattomat tarjoukset ja valita jäljelle jäävistä ei parhaiten ehdot täyttävä tarjous.<sup>118</sup> Tarjouksen valinnan jälkeen

---

<sup>112</sup> Ks. C-454/06 *pressetex*, kohdat 33 ja 34.

<sup>113</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 5. Poliittiset tavoitteet on kansallisesti otettu hankintalain ohella erikseen myös valtiovarainministeriön operoimaan kansallisten julkisten hankintojen strategiaan 2020, jonka tehtävänä on ohjata parempiin kansallisiin hankintoihin yhteiset tavoitteet huomioiden.

<sup>114</sup> Julkisia hankintoja ei tosin ole mainittu sellaisenaan SEUT:issa, mutta sen soveltuvuus on laajasti hyväksytty oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä. Ks. Arrowsmith 2014, s. 237.

<sup>115</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 622, ja Castrén DL 2014, s. 450.

<sup>116</sup> Ks. asiat C-454/06 *pressetext* ja C-496/99 P *Succhi di Frutta*.

<sup>117</sup> Ks. asia C-513/99 *Concordia Bus Finland*, kohta 81 oikeuskäytäntöviittauksineen. Tällä hetkellä Suomessa markkinakartoituksissa ei aina toteudu avoimuus, sillä hankinnoista saatetaan viestiä esimerkiksi hankintayksikön sosiaalisen median kanavissa hankintojen ilmoituskanavan eli HILMA-palvelun sijaan, josta potentiaaliset tarjoajat todennäköisemmin löytäisivät tiedon suunnitellusta hankinnasta, ks. VM 2020:25, s. 129.

<sup>118</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 615.

hankintaviranomainen ei voi enää lähtökohtaisesti muuttaa sopimuksentekoehtoja rikkomatta yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.<sup>119</sup>

Avoimuuden periaatteen tarkoituksena on varmistaa, että yhdenvertaisen kohtelun periaate toteutuu julkisissa hankinnoissa.<sup>120</sup> Avoimuuden periaate edellyttää, että hankinnasta tiedotetaan riittävän laajasti, jotta kaikki potentiaaliset tarjoajat saisivat mahdollisuuden osallistua kilpailutukseen.<sup>121</sup> Hankintasopimuksen tekomenettelyn ehdot ja kriteerit on lisäksi esitettävä yksiselitteisesti tarjouspyyntöasiakirjoissa, jotta mahdollistetaan kaikille tavanomaisen huolellisille tarjoajille ehtojen ymmärtäminen samalla tavalla.<sup>122</sup> Esimerkiksi tarjoajien soveltuvuusehdot on erotettava vertailukriteereistä, kuten myös hankinnan kohdetta koskevat pakolliset tekniset kriteerit eli ne kriteerit, jotka toimittajan tarjoaman tuotteen tai palvelun on vähintään täytettävä, jotta tarjouskilpailuun voidaan osallistua, on tarjouspyyntöasiakirjoissa erotettava laadullisista vertailukriteereistä, joiden perusteella tarjouksia vertaillaan ja lopullinen valinta tehdään.<sup>123</sup> Kansallisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että kriteerit ovat tarpeeksi täsmällisiä, jos ammattimaisesti alalla toimineen toimittajan olisi tullut ne ymmärtää.<sup>124</sup>

Avoimuuden periaatteen tarkoituksena on mahdollistaa myös hankintaviranomaiselle sen tarkistaminen, vastaavatko tarjouksentekijöiden tarjoukset kyseessä olevaa hankintaa säänteleviä arviointiperusteita.<sup>125</sup> Tarjouksissa ei nimittäin saa olla muuta kuin mitä tarjouspyyntöasiakirjoissa on pyydetty, joten esimerkiksi vaihtoehtoista tarjousta ei saa antaa, jollei tästä mahdollisuudesta ole tarjouspyyntöasiakirjoissa ilmoitettu.<sup>126</sup> Tarjouksia

---

<sup>119</sup> Huomautettakoon, että erijäsenvaltiot suhtautuvat myös hankintaperiaatteiden sitovuuteen eri tiukkuudella. Esimerkiksi Pohjoismaat ovat tunnetusti tiukemman linjan kannattajia kuin Iso-Britannia, jossa käytännöllisemmät ratkaisut saavat enemmän kannatusta. Ks. Treumer P.P.L.R. 2006, s. 72.

<sup>120</sup> Arrowsmith 2014, s. 622.

<sup>121</sup> EU-kynnykset ylittävistä hankinnasta on julkaistava unionin laajuinen hankintailmoitus TED-palvelussa. Ks. myös asia C-470/99 *Universale-Bau vs. Entsorgungsbetriebe Simmering*, kohta 92.

<sup>122</sup> Asia C-87/94 *komissio vs. Belgia*, kohta 54.

<sup>123</sup> Ks. Ukkola LM 2011, s. 332.

<sup>124</sup> Ks. esim. MAO 195/20. Vastaavalla tavalla tulkitaan myös Iso-Britanniassa, ks. Arrowsmith 2014, s. 627.

<sup>125</sup> Ks. C-496/99 P *Suchhi di Frutta*, kohta 111 oikeuskäytäntöviittauksineen.

<sup>126</sup> Pelkkä viittaus kansalliseen lakiin, jonka perusteella vaihtoehtoja voidaan esittää ei kuitenkaan riitä, vaan vaihtoehtoisen tarjouksen antamisesta on oltava täsmällinen ilmotus tarjouspyyntöasiakirjoissa. Ks. asia C-423/07, *komissio vs. Espanja*, kohta 65.

vertailtaessa hankintaviranomaisen asettamat kriteerit eivät kuitenkaan saa antaa sille rajoittamatonta päätösvaltaa<sup>127</sup> eikä tarjouksien vertailussa saa käyttää muita tekijöitä kuin, mitä tarjouspyynnössä on ilmoitettu käytettävän.<sup>128</sup> Valinnan jälkeen voittajan valinnasta on vielä ilmoitettava hankintapäätöksellä ja tehdyt hankintasopimukset on säilytettävä mahdollista myöhempää tarkastelua varten. Hankintadirektiivin 2014/24/EU johdannon 126 perustelukappaleen mukaan hankintamenettelyihin kuuluvan päätöksenteon jäljitettävyyden ja avoimuuden on olennaisen tärkeää, jotta varmistettaisiin menettelyjen asianmukaisuus, mukaan lukien korruption ja petosten tehokas torjuminen.

Yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet koskevat myös sopimuskautta. Hankintadirektiiviin 107 johdantokappaleen mukaan muutoksien tekeminen etenkin sopimuspuolten keskinäisten oikeuksien ja velvollisuuksien soveltamisalaan ja sisältöön osoittaa sopimuspuolten aikovan neuvotella hankintasopimuksen keskeiset ehdot tai edellytykset uudelleen. Uudelleen neuvottelu voi vaarantaa sen, että oikea toimittaja on tullut valituksi, sillä muutos olisi voinut vaikuttaa alkuperäisen hankintamenettelyn tulokseen. Tämä olisi omiaan sulkemaan sisämarkkinoita, sillä kaikilla jäsenvaltioiden toimittajilla ei olisi samat mahdollisuudet osallistua kilpailutuksiin EU:n alueella, eikä julkisia varoja käytettäisi mahdollisimman järkevästi kun valittu tarjoaja ei olisi välttämättä markkinoiden paras.<sup>129</sup> Oikean toimittajan valinta on olennaista myös sen suhteen, että unionin laajuiset kilpailutukset kannustavat toimittajia kehittämään tuotteitaan ja palveluitaan entistä paremmaksi, jotta he pärjäisivät kilpailutuksissa. Motivaatio innovaatioiden kehittämiseen ja samalla myös vastine hankintayksikön rahalle laskisivat, jos toimittajat tietäisivät, että kilpailutuksissa asetetuista hankinnan kohteen kriteereistä tai osapuolten oikeuksista ja velvoitteista voitaisiin sopimuskaudella neuvotella uudestaan.

### **3.3. Hankintasopimuksen muutokset**

Hankintalainsäädäntöä päätettiin laajentaa sopimuskaudelle sen jälkeen, kun Euroopan unionin tuomioistuin otti kantaa hankintasopimukseen tehtäviin muutoksiin oikeuskäytännössään, esimerkiksi asiassa C-454/06 *pressetext* ja asiassa C-496/99 P *Succhi di Frutta*.

---

<sup>127</sup> Ks. asia C-31/87 *Beentjes*, kohta 26.

<sup>128</sup> Asia C-532/06 *Lianakis ym.*, kohta 36.

<sup>129</sup> Ks. myös *Arrowsmith*, s. 578.

Molemmissa ratkaisuisaan EUT linjasi, että hankintasopimuksiin ei saa tehdä olennaisia muutoksia niiden voimassa olon aikana, jotta voidaan varmistaa avoimuuden ja tarjoajien yhdenvertainen kohtelu. Esimerkiksi *Succhi di Fruttassa* EUT katsoi kielletyksi muutokseksi sen, että maksuna käytetyt hedelmät vaihdettiin toisiin, sillä muutos olisi vaikuttanut suoraan hankinnan kilpailutuksessa tarjouksia koskeviin ehtoihin.<sup>130</sup>

Asiassa C-454/06 *presstext* EUT tarkensi linjaustaan katsomalla, että kiellettynä eli olennaisena hankintasopimuksen muutoksena on ensinnäkin pidettävä sellaista, joka sisältää ehtoja, jotka olisivat voineet houkutella uusia toimittajia jättämään tarjouksen hankinnan kilpailutuksesta, jos nuo ehdot olisivat sisältyneet jo alkuperäiseen hankintamenettelyyn.<sup>131</sup> Toiseksi olennaista hankintasopimuksen laajentamista koskemaan sellaisia palveluita, joita se ei alun perin koskenut,<sup>132</sup> ja kolmanneksi sellainen muuttaminen, joka tekee hankintasopimuksen toimittajalle alkuperäistä sopimusta edullisemmaksi taloudellisella tavalla.<sup>133</sup>

Kaikki kolme *presstex*-tapauksessa annettua olennaisen muutoksen määritelmää otettiin mukaan sittemmin vuoden 2014 hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohtaan. Kyseisen kohdan mukaan olennaiseksi katsottavien hankintasopimuksen muutoksien nojalla hankinta tulee kilpailuttaa uudelleen.<sup>134</sup> *Presstext*-tapauksen listan lisäksi artiklaan otettiin vielä neljäs olennainen muutos, joka on sopimuskumppanin vaihtaminen kesken hankintasopimuskauden, sillä hankintamenettelyn läpikäynti olisi melko turhaa, jos sopimuskumppani voitaisiin myöhemmin sopimuskaudella vaihtaa vapaasti.

Lista olennaisista muutoksista on myös käyttöoikeussopimusdirektiivin 2014/23/EU 43 artiklan 4 kohdassa, erityisalojen hankintadirektiiviin 2014/25/EU 89 artiklan 4 kohdassa, sekä kansallisen hankintalain 136 §:n 1 momentissa ja erityisalojen hankintalain 124 §:n

---

<sup>130</sup> Asia C-496/99 P *Succhi di Frutta*, kohta 82.

<sup>131</sup> Asia C-454/06 *presstext*, kohta 35.

<sup>132</sup> Asia C-454/06 *presstext*, kohta 36.

<sup>133</sup> Asia C-454/06 *presstext*, kohta 37.

<sup>134</sup> Direktiivissä käytetään termiä ”merkittävä muutos”, mutta tässä tutkimuksessa käytetään ”olennaisen muutoksen” termiä, jota käytetään myös Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja kansallisessa hankintalaissa.

1 momentissa.<sup>135</sup> Kansallisessa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että olennaisten muutosten lista on tyhjentävä eli ainoastaan sellainen muutos, joka täyttää jonkin listassa mainituista kriteereistä, katsotaan olennaiseksi muutokseksi.<sup>136</sup> Tämä tulkinta johtuu hankintadirektiivin 72 artiklan 1 kohdan e alakohdasta, jonka mukaan uutta kilpailutusta ei tarvitse tehdä, jos tehdyt muutokset eivät arvostaan riippumatta ole aiemmin lueteltuja olennaisia muutoksia. EUT on kuitenkin oikeuskäytännössään katsonut olennaiseksi muutokseksi myös listan ulkopuolelta sopimuksen supistamisen,<sup>137</sup> mikä viittaa siihen, että myös muut kuin nimenomaan listatut muutokset voisivat olla kiellettyjä muutoksia. Tämä kanta sopii mielestäni paremmin yhteen olennaisten muutosten pääsäännön kanssa eli sen, että olennainen muutos on sellainen, joka muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn luonnetta huomattavasti verrattuna alun perin tehtyyn sopimukseen.<sup>138</sup>

Jos hankintasopimukseen tehdään 72 artiklan 4 kohdassa listattu tai muu olennaiseksi katsottava muutos eikä hankintayksikkö kilpailuta hankintaa uudestaan, kyseessä on laitton suorahankinta.<sup>139</sup> Hankintayksikön on mahdollista välttää riskin laittomasta suorahankinnasta ainoastaan irtisanomalla hankintasopimus hankintadirektiivin 73 artiklan ja hankintalain 137 §:n nojalla.<sup>140</sup> Tällöin hankintayksikkö voi kilpailuttaa hankinnan uudestaan ja ottaa tarpeelliset muutokset uuteen tarjouspyyntöön vastaamaan muuttunutta hankinnan tarvetta. Irtisanomalla olennaisesti muutettu hankintasopimus taataan ehdokkaiden ja tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuusperiaatteen noudattaminen.

---

<sup>135</sup> Kansallisissa hankintalaeissa pykälässä luetellaan ensin kielletyt muutokset ja sitten sallitut. Näin piti alun perin olla myös direktiiveissä, mutta lopulta hankintadirektiiveihin päädyttiin ottamaan päin vastainen järjestys. Vrt. KOM(2011) 896 lopullinen, s. 100–101.

<sup>136</sup> Eskola ym. 2017, s. 581. Näin on tulkittu myös Virossa, ks. Simovart UrT 2015, s. 34.

<sup>137</sup> Ks. asia C-549/14, *Finn Frogne*.

<sup>138</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 227.

<sup>139</sup> Luvussa 5 käsitellään sitä, voisiko kyseessä olla myös laitton valtiontuki,

<sup>140</sup> Vuoden 2014 direktiivien johdosta alettiin Suomessa valmistella kansallisen hankintalainsäädännön kokonaisuudistusta, jossa aluksi suunniteltiin, että olennaisesti muutettu hankintasopimus tulisi purkaa, ks. TEM 37/2015, s. 250. Sopimuksen purkamisen kuitenkin tarkoittaisi sitä, että koko sopimuksesta tulisi osapuolia sitomaton purkamishetkestä lähtien. Velvoiteoikeudessa tältä edellytetään perinteisesti olennaista sopimusrikkomusta, jollaiseksi olennainen sopimusmuutos kenties voitaisiinkin katsoa, mutta yksipuolisena oikeustoimena purkamisen olisi toimittajan kannalta ankarampi vaihtoehto kuin irtisanominen, joka päättää sopimussuhteen vasta kohtuullisen irtisanomisajan kuluttua. Siksi pidän direktiivissä alun alkaen ollutta irtisanomista parempana vaihtoehtona tässä yhteydessä kuin purkua.

Uutta kilpailutusta tai hankintasopimuksen irtisanomista ei kuitenkaan tarvitse tehdä, jos olennainen muutos kuuluu hankintadirektiivin 72 artiklan 1 ja 2 kohdassa annettujen sallittujen muutoksien listaan. Vastaava lista löytyy kansallisen hankintalain 136 §:n 2 momentista. Sallituilla muutoksilla pyritään hankintadirektiivin 109 perustelukappaleen mukaan joustavoittamaan hankintoja. Sallittuja muutoksia ovat ensinnäkin hankinta-asiakirjoissa tarkistuslausekkeessa määritellyt muutokset, jos tarkistuslausekkeet eivät anna hankintayksikölle rajoittamatonta hankintavaltaa.<sup>141</sup> Toiseksi sallitaan alkuperäisen sopimuskumppanin suorittamat lisätyöt, jos sopimuskumppania ei olisi mahdollista vaihtaa eikä hinta nouse 50 prosenttia alkuperäisen sopimuksen arvosta.<sup>142</sup> Kolmanneksi hyväksyttäviä ovat ennalta arvaamattomista olosuhteista johtuvat muutokset, jotka eivät muuta sopimuksen yleistä luonnetta ja nosta hintaa yli 50 prosenttia alkuperäisestä hinnasta. Neljänneksi sopimuskumppani voi vaihtua, jos alkuperäinen kumppani kokee hankintasopimuksen toteuttamisen aikana rakenteellisen muutoksen, kuten sulautumisen.<sup>143</sup> Myöskään kynnysarvot alittavia muutoksia tai muutoksia, jotka ovat 10 prosenttia alkuperäisen palvelu- tai tavarahankintasopimuksen arvosta ja 15 prosenttia alkuperäisen rakennusurakkasopimuksen arvoista, ei tarvitse kilpailuttaa, vaikka ne olisivat olennaisia.

Hankintadirektiivin 72 artiklan 5 kohdan mukaan hankintasopimukseen tai puitejärjestykseen sen voimassaoloaikana tehdyt muutokset johtavat uuteen hankintamenettelyyn, jos ne eivät ole saman artiklan 1 tai 2 kohtien tarkoittamia sallittuja muutoksia. Eli 5 kohdan mukaan sallittujen muutosten lista vaikuttaisi sanamuotonsa puolesta tarkoittavan, että sallittujen muutosten lista olisi tyhjentävä. *Arrowsmith* ja *Treumer* ovat kuitenkin katsooneet, että sanamuotoa ei tule tulkita näin, vaan kyseessä on periaatteellinen lausuma, jonka vuoksi sallittuja muutoksia voidaan muodostaa lisää oikeuskäytännössä.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> KOM(2011) 896 lopullinen, s. 28.

<sup>142</sup> Markkinaoikeuden tapauksessa MAO 399/19 sallittiin sopimuksen muuttaminen muun muassa, koska kumppanin vaihtaminen ei ollut teknisistä syistä mahdollista optimointihankkeesta, kun valitun toimittajan ei tarvinnut avata pääsyä rajapintoihin, jota optimointi edellytti. Vrt. MAO 279/18, jossa hankintayksikkö esitti, että tietojärjestelmähankinta voitiin laajentaa koko hyvinvointikuntayhtymään, ei kelvannut syyksi, koska vastaavia järjestelmiä pystyivät tarjoamaan yhteensopivasti myös muut toimittajat.

<sup>143</sup> Lähtökohtaisesti yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet estävät vaihtamasta hankintamenettelyssä valituksi tullutta toimittajaa täysin uuteen sopimuskumppaniin. KOM(2011) 896 lopullinen, s. 27–28.

<sup>144</sup> *Arrowsmith* 2014, s. 602, sekä *Treumer* P.P.L.R. 2014, s.148.



Olennaisten muutosten sallittavuuden tai kiellettävyyden listaukset eivät siten ole vielä täysin vakiintuneita, jonka lisäksi niiden arviointi vaatii aina käytännössä tapauskohtaista harkintaa. Kun hankintakausi on jo käynnissä ja suorituksia on tehty puolin ja toisin, aina ei välttämättä ole taloudellisesti kannattavaa lähteä irtisanomaan voimassaolevaa sopimusta ja alkaa kilpailuttamaan hankintaa uudelleen, sillä uudelleen kilpailuttaminen ei aina takaa parempia sopimushintoja, kun taas olemassa olevaa sopimusta voitaisiin vähäisellä tavalla ja sopuhintaan muuttaa vastaamaan päivittyneitä tarpeita. Sallittujen ja kiellettyjen muutoksien välinen epäselvyys voi kuitenkin johtaa hankintayksiköiden liioiteltuun varovaisuuteen, jolloin hankintayksikkö voi ikään kuin varmuuden vuoksi irtisanoa hankintasopimuksen sellaisenkin muutoksen perusteella, joka tosiasiaassa olisi ollut hankintalainsäädännön nojalla sallittu. Tämän välttämiseksi voisi olla tarpeen selventää oikeustilaa sääntelyllä tai EUT:n oikeuskäytännöllä,<sup>145</sup> sillä vuoden 2014 direktiivit jättivät paljon tulkinnan varaan ja eri jäsenvaltiot ovat tulkinneet eri kohtia eri tavalla.<sup>146</sup>

### **3.4. Hankintayksikön velvollisuudet**

Onnistuneen julkisen hankinnan taustalla on huolellinen valmistelu, sillä mitä paremmin hankintayksikkö tuntee oman hankintatarpeensa ja onnistuu kuvaamaan sitä, sen parempia tarjouksia toimittajat pystyvät antamaan ja sen paremmin koko hankintamenettely onnistuu.<sup>147</sup> Hankintojen huolellinen valmistelu on erittäin tärkeää myös onnistuneen sopimuskauden kannalta ja hankintayksiköltä edellytetäänkin, että se tuntee hankintatarpeensa koko hankintakauden ajalle. Jos hankintayksikkö tämän lisäksi tunnistaa jo hankintaa suunnitellessaan sen, että toisinaan muutokset hankintakaudella voivat myös olla

---

<sup>145</sup> EUT tosin on jo vuosikymmeniä linjannut hankintasopimusehtojen olennaisesta muuttamisen kiellosta, mutta nykyisiä vuoden 2014 direktiivejä valmistellessa tuli silti ilmi, että hankintayksiköt kokevat, ettei tietyn tyyppisten muutosten yhteydessä ole oikeuskäytännön perusteella mahdollista päätellä, tarvitaanko uusi tarjousmenettely, ks. Vihreä kirja KOM(2011) 15 lopullinen, s. 25.

<sup>146</sup> Treumer P.P.L.R. 2014, s. 155.

<sup>147</sup> Ks. esim. Bloomfield 2019, s. 8, jonka mukaan muun muassa oikean hankintamenettelyn valinnalla on väliä, jotta hankinnassa onnistutaan. Ks. myös VM 2020:25, s. 133–134, jonka mukaan kilpailua voidaan edistää muun ohella sellaisen suunnittelulla, että tarjoajia kannustettaisiin osallistumaan aktiivisemmin.

tarpeen se voi lisätä hankintasopimuksiin tuleviin ehtoihin täsmällisen muutoslausekkeen, kuten option,<sup>148</sup> jonka nojalla se varmistaa, että muutos lausekkeen sallimissa rajoissa tulee olemaan sallittua.<sup>149</sup> Muutoslausekkeen tulee kuitenkin antaa selkeät ja yksiselitteiset rajat muuttamiselle, sillä avoimet lausekkeet ovat kiellettyä sen vuoksi, että niiden nojalla olisi mahdollista perustella kaikki tulevat muutokset sallitun sopimusehdon piiriin ja siten kiertää hankintalainsäätelyä.<sup>150</sup>

Olettama siitä, että hankintayksikkö tietää tarkkaan hankita tarpeensa koko sopimuskauden ajaksi ja osaa ennakoida mahdollisia muutostilanteita, sopii kuitenkin huonosti yhteen etenkin pitkäkestoisten tai monimutkaisten sopimusten kanssa. Lisäksi hankinnan tarpeen määrittely voi olla haastavaa sellaisten tavaroiden, palveluiden tai urakoiden hankintojen valmistelussa, jotka hankintayksikkö tuntee huonosti entuudestaan. Hankintatarpeen määrittelyn helpottamiseksi voidaan etenkin entuudestaan tuntemattoman tai monimutkaisen hankinnan valmisteluissa hyödyntää markkinakartoitusta. Markkinakartoituksella tarkoitetaan nimensä mukaisesti markkinoiden kartoittamista eli kaikenlaisen saatavilla olevan tiedon etsimistä, kuten esimerkiksi tietoa jo olemassa olevista palveluista, alalla yleensä käytettävistä sopimusehdoista tai sopimusmuutoslausekkeista.<sup>151</sup> Samalla potentiaaliset tarjoajat saavat tietoa tulevasta hankinnasta. Hankintadirektiivin 40 artiklan mukaan hankintaviranomaiset voivat esimerkiksi pyytää neuvoja riippumattomilta asiantuntijoilta tai viranomaisilta taikka markkinatoimijoilta. Markkinakartoitus voidaan tehdä myös muulla tavalla, esimerkiksi julkaisemalla tietopyyntö HILMA-palvelussa tai järjestämällä tiedotustilaisuus. Tyyli on vapaa, sillä markkinakartoitus on vapaaehtoista.<sup>152</sup> Markkinakartoituksen tekeminen on suositeltavaa etenkin silloin, kun hankintayksikkö

---

<sup>148</sup> Optiolausekkeessa hankintayksikkö yleensä ilmoittaa mahdollisuudesta jatkaa sopimusta ajallisesti esimerkiksi yhdellä vuodella, jos option käytöstä sovitaan vaikkapa puoli vuotta ennen varsinaisen hankintakauden päättymistä.

<sup>149</sup> Hankintalain esitöissä tätä on kritisoitu, sillä se lisää hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa ja edellyttää huolellisempaa valmistelua, josta myös hankintayksiköiden edustajat antoivat hankintalain uudistuksen aikaan palautetta, ks. HE 108/2016 vp johdanto.

<sup>150</sup> Arrowsmith 2014, s. 587 ja Treumer P.P.L.R. 2014, s. 149.

<sup>151</sup> Ks. eri toteutusvaihtoehtoista Mäkelä 2011, s. 2–5.

<sup>152</sup> Luonnoksessa hallituksen esitykseksi jätelakien ja eräiden muiden lakien muuttamisesta esitettiin, että jätelain 36 §:n otettaisiin säännös, jossa kunnalla olisi velvollisuus markkinavuoropuheluun alueen toimittajien kanssa hankkiessaan palveluja jätteenkuljetusta varten, ks. YM003:00/2019. Hankintalaki olisi kuitenkin jätelakiin nähden ensisijainen, joten juridisesti hankintalain suositus olisi sitova eikä velvollisuutta olisi, vaikka jätelain ehdotus menisi eduskunnassa läpi, ks. Vierashuoneessa asianajaja Jouni Alanen: Jätelakiin ehdotetaan huomattavia tarkennuksia jätekuljetusten kilpailutussääntöihin – mikä muuttuu käytännössä? Edilex-julkaisu 29.5.2020.

on hankkimassa itselleen entuudestaan tuntemattomia tai monimutkaisia laitteita, palveluita tai urakoita.

Julkisen hankinnan valmistelussa tulee huomioida, että hankintayksiköllä on yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden nojalla velvollisuus tarkastaa mahdollisten eturistiriitojen olemassaolo ja toteuttaa tarkoituksenmukaisimmat toimenpiteet estääkseen, paljastaakseen ja poistaakseen eturistiriidat.<sup>153</sup> Hankintayksikön on varmistettava, etteivät valmisteluun osallistuvat tahot saa muihin nähden etua siitä, että ovat osallistuneet valmisteluun, sillä tämä vääristäisi kilpailua ja rikkoisi syrjimättömyyden ja avoimuuden periaatteita.<sup>154</sup> Jos hankintayksikkö katsoo, että toimittaja on osallistunut valmisteluun niin paljon, että yhden vertaisen kohtelun periaate vaarantuu, sen tulee sulkea toimittaja pois tarjouskilpailusta.<sup>155</sup> Syrjiväksi on katsottu markkinaoikeuden tapauksessa MAO 91/19 esimerkiksi tilanne, jossa valmisteluun osallistunut toimija, joka myöhemmin antoi myös tarjouksen hankintamenettelyssä, laati lähes kaikki tarjouspyyntöasiakirjat. Vaikka muut hankintamenettelyyn osallistuneet tarjoajat saivat samat tiedot kuin valmistelija, katsottiin menettely hankintaperiaatteiden vastaiseksi, sillä valmisteluun osallistuessaan tarjoaja oli päässyt vaikuttamaan siihen, millaisia vaatimuksia tarjouspyynnössä asetetaan.

Hankintaviranomaisen tulee myös hankintadirektiivin 84 artiklan ja kansallisen hankintalain 124 §:n 4 momentin mukaan dokumentoida hankintamenettelyn vaiheet ja siihen liittyvät ratkaisut riittävällä tavalla hankintakertomusta varten. Velvollisuus ei yltä hankintakaudelle asti, mutta sopimuskauden dokumentoimatta jättäminen voi johtaa siihen, ettei hankintayksikkö pysty myöhemmin näyttämään toteen väitteitään, jos se haluaa seuraavassa vastaavassa hankintamenettelyssä sulkea puutteellisia suorituksia tehneen toimittajan pois hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohdan tai hankintalain 81 §:n 1 momentin 9 kohdan mukaisen negatiivisen kokemuksen perusteella. Negatiivinen kokemus harkinnanvaraisena poissulkemisperusteena on nimittäin käytettävissä vain, jos

---

<sup>153</sup> Asia C-538/13 *eVigilo*, kohta 43.

<sup>154</sup> EUT:n yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom*, kohta 29. Ks. myös Mäkelä 2011, s. 8–9.

<sup>155</sup> Oikeuskäytännössä myös se, että yhtiön konserniin kuuluva on osallistunut hankintamenettelyn valmisteluun, voi riittää syyksi sulkea samaan konserniin kuuluva tarjoaja pois hankintamenettelystä. Ks. KHO 2016:56.

hankintayksikkö on dokumentoinut toimittajan toiminnassa ilmenneet puutteet riittäväällä tavalla.

Hankintalainsäädännöstä ja yhdenvertaisen kohtelun sekä avoimuuden periaatteista on johdettavissa hankintaviranomaiselle myös sopimuksen hallintaan liittyen velvollisuuksia, kuten tarkastusvelvollisuus, muutosilmoituksen tekeminen ja kilpailuttamisvelvollisuus. Kuten sopimussuhteissa yleensä, myös hankintayksiköillä on velvollisuus tarkastaa toimitettu tuote tai suoritettu palvelu tai urakka ennen maksun suoritusta, sillä tarkastuksen laiminlyömisestä voi seurata se, että hankintayksikkö menettäisi oikeutensa vedota tuotteessa tai suorituksessa olleeseen virheeseen. Vaikka kyseessä on varallisuus oikeuden alan velvollisuus, tarkastusvelvollisuuden toistuva laiminlyöminen ja mahdolliset merkitävät virheet tuotteessa tai palvelussa voisivat vaarantaa myös yhdenvertaisen ja avoimuuden periaatteiden toteutumisen, jos tällä tavoin sopimussuoritusten laatu todellisuudessa heikkenisi niin olennaisella tavalla, että voitaisiin katsoa, että kyseessä voisi olla jo olennainen sopimusmuutos.<sup>156</sup> On tosin varsin epätodennäköistä, että alkuperäiseen kilpailutukseen osallistuneilla tarjoajilla, joilla olisi asianosaisina oikeus valittaa sopimusmuutoksesta markkinaoikeuteen,<sup>157</sup> olisi mahdollisuuksia seurata hankintayksikön hankintasopimusten toteuttamista niin tiiviisti, että tällaiset hiljaiset sopimusmuutokset tulisivat huomatuksi. Näin voisi käydä lähinnä vain silloin, kun toimittaja on hankintayksikön kanssa itsekin sopimussuhteessa ja tiiviissä yhteistyössä.

Sopimushallintaan liittyen hankintayksikön on hankintadirektiivin 72 artiklan ja hankintalain 58 §:n 1 momentin 9 kohdan mukaan julkaistava Euroopan unionin virallisessa lehdessä ilmoitus, jos hankintasopimukseen on tehty muutos, koska alkuperäisen sopimuskumppanin on tarvinnut tehdä lisätöitä, tai jos ennalta arvaamaton olosuhde edellyttää muutosta. Muutosilmoituksessa on oltava muun muassa tieto päivästä, jona päätös muutoksen eli uuden hankintasopimuksen tekemisestä on tehty, kuvaus hankinnasta ennen ja jälkeen muutoksen sekä olosuhteista, joiden vuoksi muutos on tarpeen tehdä. Muu-

---

<sup>156</sup> Tätä ja muita mahdollisia hiljaisia hankintasopimuksen muutostilanteita tarkastellaan luvussa 4.

<sup>157</sup> Myös sellaisella alan toimijalla, joka ei osallistunut alkuperäiseen kilpailutukseen, voi olla oikeus tehdä valitus, mikäli toimittajan ei ole voinut jättää tarjousta johtuen kilpailutuksen syrjivyydestä. Ks. korkeimman hallinto-oikeuden tapaus KHO 2018:27, jossa asianosaisasemaa ei tosin ollut, koska KHO katsoi, ettei alkuperäinen kilpailutus ollut valittajan esittämin tavoin syrjivä.

tosilmoitusten perusteella esimerkiksi kilpailutukseen aiemmin osallistuneet voivat tarkkailla, onko tehdyille muutokselle tosiasiaa ollut hankintalainsäädännön sallima syy vai onko kyseessä kielletty sopimusmuutos, josta voitaisiin valittaa markkinaoikeuteen.

Hankintayksiköillä on hankintalain 1 §:n mukaan kilpailuttamisvelvollisuus silloin, kun hankinta ylittää laissa annetun kynnyksarvon. Lisäksi hankintayksiköillä on sopimuskauden aikana uudelleenkilpailuttamisvelvollisuus, jos hankintasopimukseen tehdään olennainen sopimusmuutos, joka ei ole hankintadirektiivin 72 artiklan 1 ja 2 kohtien nojalla sallittu. Kilpailuttamisvelvollisuuden noudattamiseksi hankintayksikölle on olennaisen muutoksen johdosta annettu hankintadirektiivin 73 artiklassa ja kansallisen hankintalain 137 §:ssä oikeus irtisanoa päättymään välittömästi olennaisella tavalla muutettu hankintasopimus.<sup>158</sup> Irtisanomalla sopimuksen hankintayksikön on mahdollista välttyä tehottomuusseuraamukselta, jonka markkinaoikeus voisi sille määrätä, mikäli se katsoisi sopimusmuutoksen laittomaksi suorahankinnaksi.<sup>159</sup>

Tutkimusten mukaan hankintayksiköt saattavat tehottomuusseuraamuksen uhasta huolimatta hyväksyä olennaisetkin muutokset hankintasopimukseen.<sup>160</sup> Sopimuskumppanin oikeussuojan kannalta huolestuttavana tässä oikeudessa voidaan pitää sitä, että EU-tasolla, eikä Suomessa myöskään kansallisella tasolla, ei aseteta minkäänlaisia määräaikoja sille, milloin hankintayksikön täytyy tähän irtisanomisperusteeseensa viimeistään vedota. Sitä olennaisen sopimusmuutoksen tekemisen jälkeen hankintayksiköllä vaikuttaa olevan rajoittamaton valta päättää, milloin se voi oikeuttaan hyödyntää. *Simovart* on tosin esittänyt, että irtisanomisoikeutta tulisi soveltaa sopimuskumppanin edut ja suhteellisuusperiaate huomioiden ja muun sääntelyn puuttuessa esimerkiksi tehottomuusseuraamuksen määräaika eli kuutta kuukautta voitaisiin pitää tässäkin takarajana.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Ks. Halonen P.P.L.R. 2017, s. 190. Myös muita hankintalainsäädännön rikkomuksia kuin laittomia sopimusmuutoksia voidaan irtisanoa artiklan 73 perusteella, ks. *Simovart* P.P.L.R. 2018, s. 280–281.

<sup>159</sup> Irtisanomisoikeutta on myös kritisoitu oikeuskirjallisuudessa, koska se aiheettomasti tulee astuneeksi kansallisten varallisuus oikeudellisten oppien, kuten *pacta sunt servanda* -periaatteen, alueelle ja johtaa lisäksi täysin samaan, kuin tehottomuusseuraamuskin ilman EU-tason ohjausta sille, mitä irtisanomisoikeudella on oikeastaan tarkoitettu saavuttaa. Ks. *Simovart* P.P.L.R. 2018, s. 281–282.

<sup>160</sup> Halosen tutkimuksen mukaan EU-hankintoja parissa työskentelevät asiantuntijat ovat tietoisia olennaisista sopimusmuutoksista ja mahdollisesta tehottomuusseuraamuksesta, mutta vain vajaa 40 % oli joskus jättänyt sopimuksen muuttamatta muutoksen olennaisuuden vuoksi ja lähes kolmannes ei ollut toiminut niin koskaan. Ks. Halonen 2015a, s. 25–26.

<sup>161</sup> Ks. *Simovart* P.P.L.R. 2018, s. 287.

## 4. Hiljaiset hankintasopimuksen muutostilanteet

### 4.1. Väärä voittaja

Hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan d alakohdan ja kansallisen hankintalain 136 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan sopimuskumppanin vaihtaminen kesken hankintakauden on hankintasopimuksen kiellettyä muuttamista. Lain kohdan oikeusohje kiteyttää koko hankintalainsäädännön ajatuksen, sillä sen tarkoituksena on rajoittaa hankintayksikön mahdollisuutta valita sopimuskumppaninsa syrjimisestä estämiseksi siihen, että hankintayksikön on valittava paras markkinoilla oleva toimittaja hankinnan toteuttamiseen.<sup>162</sup> Tavoitteeseen päästään, kun julkisin varoin tehdyt hankinnat tehdään noudattaen yhdenvertaista, syrjimätöntä ja avointa menettelyä, jonka päätteeksi sopimus tehdään ja täytetään parhaan tarjoajan kanssa. Mikäli siis alun perin valittu tarjoaja ei kykene suorittamaan sopimusta loppuun, ei sopimusta voida jatkaa vaihtamalla sopimuskumppania, vaan hankinta on kilpailutettava uudelleen.

Sopijakumppanin vaihtokieltoon on kuitenkin annettu kolme poikkeusta hankintadirektiivin 72 artiklan 1 kohdan d alakohdassa, joista tosin vain kaksi on otettu kansallisen hankintalain 136 §:n 2 momentin 4 kohdataan. Valittu tarjoaja voidaan vaihtaa ensinnäkin, jos sen asema siirtyy yritysjärjestelyiden, kuten yrityskauppojen, myötä uudelle yhtiölle, joka myös täyttää hankintamenettelyssä asetetut soveltuvuusvaatimukset. Tällaisen vaihdon salliminen on ymmärrettävää, sillä tässä yhteydessä sopimuskumppanin vaihtamisella ei vaaranneta hankintalainsäädännön tavoitetta valita paras voittaja, kun seuraajankin on täytettävä tarjousmenettelyssä asetetut soveltuvuusvaatimukset.

Toinen poikkeus sen sijaan ei näytä sellaisenaan takaavan parhaan tarjoajan valintaa. Valittu tarjoaja voidaan nimittäin korvata myös uudella, jos vaihtuminen perustuu hankintasopimuksessa olevaan yksiselitteiseen ehtoon, joka on ollut tiedossa jo hankintamenettelyn aikana. Poikkeuskohdassa ei siis edellytetä, että tällainen seuraaja täyttäisi hankintamenettelyssä asetetut soveltuvuusvaatimukset, mikä on erikoista. Oikeuskirjallisuudessa onkin ehdotettu, että tätä tulisi tulkita sanamuotoa tiukemmin niin, että hankintayksikön

---

<sup>162</sup> Lainkohdan oikeusohje on peräisin EUT:n oikeuskäytännöstä. Ks. asia C-454/06 *pressetext*, kohta 40. Ks. myös Arrowsmith 2014, s. 592.

harkintavaltaa ja vaihdon syitä rajoitetaan.<sup>163</sup> Olisi hankintalainsäädännön tavoitteiden, sekä yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden vastaista, jos hankintayksikkö voisi sopimuslauseen turvin myöhemmin tosiasiasa vaihtaa sopimuskumppanin toiseen vapaasti valittavaan toimittajaan.

Herää kysymys, miten toimitaan silloin, jos sopimuskumppania ei vaihdeta, mutta valituksi tullut tarjoaja paljastuukin myöhemmin niin kutsutuksi vääräksi voittajaksi tai muutuu vääräksi voittajaksi sopimusmenettelyn aikana.<sup>164</sup> Väärä voittaja on siis valittu tarjoaja, joka ei todellisuudessa vastaakaan hankintayksikön tarjouspyyntöasiakirjoissa asettamia soveltuvuusvaatimuksia tai joka sopimuskauden aikana menettää edellytyksensä hankinnan toteuttamiseen. On nimittäin selvää, että jos tarjoajan soveltuvuus ei todellisuudessa ole tarjouspyynnössä asetettujen soveltuvusedellytysten mukainen tai sen kyvyt ovat madaltuneet alle edellytetyn tason hankintamenettelyn aikana, valittaja tulee sulkea pois kilpailutuksesta.<sup>165</sup> Tällainen edellytysten heikentyminen voisi olla esimerkiksi se, että yksi yritys lähtisi ryhmittymästä, jolla alun perin on päästy esimerkiksi neuvottelumenettelyyn mukaan. Euroopan unionin tuomioistuin on tosin oikeuskäytännössään linjannut, että ryhmittymän hajoaminen ei kuitenkaan johda jäljelle jääneiden yritysten sulkemiseen pois kilpailutuksesta, mikäli jäljelle jääneet täyttäisivät edelleen ne edellytykset, jotka hankintayksikkö on tarjouspyynnössä asettanut.<sup>166</sup> Hankintalainsäädännössä ei kuitenkaan oteta kantaa siihen, mitä tehdään, jos hankintayksikkö huomaisi vasta valinnan jälkeen hankintakaudella, että se onkin valinnut väärän voittajan. Tulisiko hankintayksikön tällöin päättää hankintasopimus ja kilpailuttaa hankinta uudelleen?

Jos hankintayksikkö ei päättäisi sopimusta huomattuaan tilanteen, kyseessä olisi hiljainen hankintasopimuksen muutos ja mahdollisesti kielletty sellainen. On toki mahdollista, että oikeuskäytännössä myöhemmin linjattaisiin sallituksi tällaisia tilanteita ainakin, jos hankintayksikkö on alun perin toiminut hankintalain mukaisesti kilpailuttaessaan hankinnan

---

<sup>163</sup> Arrowsmith 2014, s. 594 ja 603.

<sup>164</sup> Sidosryhmät nostivat kyseisen huolen esiin jo hankintadirektiivien 2014 valmistelujen yhteydessä, ks. Vihreä kirja KOM(2011) 15 lopullinen, s. 26.

<sup>165</sup> Tarjoaja on suljettava pois silloinkin kun hankintayksikkö tietää tarjoajan täyttävän soveltuvusedellytykset, mutta jos tarjoaja unohtaa näyttää tämän toteen tarjouspyynnössä edellytetyllä todisteella, ei hankintayksikkö voi hankkia sopimusta tarjoajan puolesta tai hyväksyä sitä siitä huolimatta mukaan hankintamenettelyyn. Ks. esim. NJA 2013 s. 909.

<sup>166</sup> Ks. Asia C-396/14 *MT Højgaard ja Züblin*.

ja valitessaan käsityksensä mukaan parhaan tarjoajan.<sup>167</sup> Voisi olla suhteellisuusperiaatteenkin mukaista rajata hankintayksikön kilpailuttamisvelvollisuuden rikkomisesta seuraavia seuraamuksia vain sellaisiin tilanteisiin, joissa hankintayksikkö on tahallisesti tai tuottamuksellisesti rikkonut lakia eikä ikään kuin ajautunut valitettavaan asemaan, varsinkin, jos väärä voittaja on onnistunut erehdyttämään hankintayksikön uskomaan olevansa soveltuvuusvaatimuksien mukainen.

Käytännössä hankintayksikkö saattaisi tarvita ulkopuolista apua hankinnan toteuttamiseen, jos sen valitsema tarjoaja paljastuisi odotettua heikommaksi taloudellisilta tai ammatillisilta vahvuuksiltaan. Tällöin hankintayksikkö saattaisi joutua tilaamaan hankintaan kuuluvia suorituksia myös muilta kuin väärältä voittajalta. Jos ulkopuolisilta tehty tilaukset tehtäisiin ilman sopimuksia, voisi ainakin tässä vaiheessa olla kyseessä hankintalainsäädännössä kielletty sopimuskumppanin vaihtaminen ja tarve hankinnan uudelleen kilpailuttamiseen. Tilanne voisi nyt olla toinen, jos komission vihreän kirjan ehdotus olisi mennyt läpi. Vihreässä kirjassa nimittäin esitettiin, että sopimussuhteen tasapainoa ja täyttöä vaarantavan toimittajan sopimus voitaisiin joko irtisanoa ja/tai ottaa käyttöön kevennetty sopimuskumppanin vaihtamismenettely, kuten esimerkiksi kilpailutuksessa toiseksi tulleen valitseminen hankintaan ensimmäisen epäonnistuessa.<sup>168</sup> Kuten nyt tiedetään näistä kahdesta valittiin mahdollisuus pelkästään irtisanomiseen, mutta kevennetty kumppanin vaihtaminen olisi ollut kohtuullisempi tällaisissa tilanteissa, joissa toimittajan alentunut kyky ei johdu hankintayksiköstä. Kevennetty vaihto ei kuitenkaan ole enää mahdollista hankintadirektiivin 2014/24 johdantokappaleen 110 mukaan.<sup>169</sup>

On lisäksi mahdollista, että hankintakauden kuluessa huomattaisiin, ettei valitun tarjoajan tarjoama tuote, palvelu tai urakka vastaakaan tarjouspyynnössä edellytettyä esimerkiksi edellytetyn laadun osalta. Tällainen tarjouspyynnön vastainen tarjous tulisi hankintalain 74 §:n 1 momentin mukaan sulkea pois hankintamenettelystä. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun KHO 19.3.2010 taltio 568 mukaan tarjouspyynnön vastaisen tarjouksen hyväksyminen olisi syrjivää paitsi muiden tarjouskilpailuun osallistuneiden tarjoajien

---

<sup>167</sup> Myös Arrowsmith on ajatellut, että sallittuja muutoksia olisi mahdollista syntyä oikeuskäytännössä lisää. Ks. Arrowsmith 2014, s. 604.

<sup>168</sup> Vihreä kirja KOM(2011) 15 lopullinen, s. 26.

<sup>169</sup> Ks. Treumer P.P.L.R. 2014, s. 149.



osalta myös niiden mahdollisten tarjoajien osalta, jotka luottaen siihen, että hankintayksikkö noudattaa tarjouspyynnön ehtoja, ovat jättäytyneet tarjouskilpailun ulkopuolelle. Tästä johtuen hankintayksiköllä on velvollisuus selvittää, että voittanut tarjoaja täyttää asetetut soveltuvuusvaatimukset ja että tarjoajan tarjous on tarjouspyynnön mukainen.

Markkinaoikeus on ratkaisussaan MAO 603/18 todennut, että selvitysvelvollisuuden laiminlyönti ei kuitenkaan välttämättä johda laittomaan suoraan hankintaan, vaikka myöhemmin paljastuisikin, että valitun voittajan tarjoama palvelu ei tosiasiallisesti ole täyttänyt asetettuja edellytyksiä. Tapauksessa oli kyse oppilaskuljetusten palveluhankinnasta. Tarjouspyyntöasiakirjoissa on edellytetty, että tarjoaja toimittaa luettelon tarjoamastaan, hankinnan vähimmäisvaatimukset täyttävästä eli Euro 4 -luokan päästötason kalustosta ennen liikennöintisopimuksen allekirjoittamista. Hankintayksikkö ei kuitenkaan vaatinut kalustoluetteloa keneltäkään hankinnan eri kohteiden voittaneilta tarjoajilta. Tarjouspyyntömenettelyyn osallistunut A teki kaksi viikkoa hankintasopimuksen kauden alkamisen jälkeen hankintayksikölle ilmoituksen voittaneen tarjoajan kahden ajoneuvon päästöluokituksen tarjouspyynnön vaatimuksen vastaisuudesta. Hankintayksikkö on tämän jälkeen pyynnöstä saanut voittaneelta tarjoajalta kalustoluettelon, jonka mukaan tämän ajoneuvot olivat vaaditun Euro 4 -päästöluokan mukaisia. Marraskuussa 2017 tehtyjen selvitysten perusteella kuitenkin ilmeni, että voittaneen tarjoajan kyseiset ajoneuvot eivät täyttäneetkään tarjouspyynnön päästöluokkavaatimusta. Tämän seurauksena hankintayksikkö vaati voittajaa korjaamaan kalustonsa tarjouspyyntöasiakirjojen mukaisiksi. Markkinaoikeuden mukaan selvitysvelvollisuuden laiminlyönti ei haitannut, koska hankinnan kohde ei ollut muuttunut ja hankintayksikön toimet osoittivat, että se ei ollut missään vaiheessa hyväksynyt sitä, että voittaneen tarjoajan kalusto voisi olla tarjouspyynnön vaatimusten vastainen. Markkinaoikeuden ratkaisu tukee aiemmin tarjoajan soveltuvuuden riittämättömyyttä pohdittaessa tehtyä hahmotelmaa siitä, että hankintayksikön vastuulla tulisi olla rajat, jos se on itse pyrkinyt hankintalain noudattamiseen ja hankintasopimuksen täyttäjän tai suoritusten muuttuminen johtuisi täysin toisen osapuolen toiminnasta.

On kuitenkin valitettavaa, ettei väärin toimineelle väärälle voittajalle seurannut asiassa seurauksia eli sopimuksen menettämistä hankinnan uudelleen kilpailuttamisen vuoksi.

Ratkaisu vaikuttaa sallivan sen, että tarjoaja voi väittää täyttävänsä edellytykset joutumatta myöhemmin vastuuseen kun paljastuu, että väite on ollut perätön. Varallisuusoi-keudellisesta näkökulmasta tässä tapauksessa valitun tarjoajan toiminta eli valheellisten tietojen antaminen hankintamenettelyn voittamiseksi voitaisiin katsoa oikeustoimilain 30 §:n mukaiseksi petolliseksi viettelyksi, joka pätemättömyysperusteena voisi johtaa koko hankintasopimuksen pätemättömyyteen. Hankintalainsäädännön tavoitteena on kuitenkin rajoittaa nimenomaan hankintayksikön vapautta valita sopimuskumppaninsa hankintalainsäädännöstä poikkeavalla tavalla, joten väärän voittajan vilpillisuus tai vilpittömyys ei ole hankinta riita-asiassa olennaista.

Ratkaisua voidaan kuitenkin kritisoida myös hankintalainsäädännön näkökulmasta siinä mielessä, että on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaista, jos hankintayksikön ei tarvitsekaan selvittää sellaisten kriteereiden täyttymistä, joita se on itse ilmoittanut tarjouspyynnössä selvittävänsä ennen hankintasopimuksen tekemistä, kuten ratkaisussa näytetään ehdottavan. Jos hankintayksikkö ei joudu vastuuseen selvitysvelvollisuuden laiminlyönnistä, edistetään sitä, että tarjoaja ei jää kiinni virheellisistä väitteistään, mikä voi kannustaa virheellisten väitteiden tekemiseen hankintamenettelyissä. Linjaus ei siis kokonaisuudessa tarkasteltuna takaa, että edellytykset parhaiten täyttävä tarjoaja tulisi hankintamenettelyn päätteeksi valituksi, jonka vuoksi on valitettavaa, ettei korkein hallinto-oikeus antanut asialle valituslupaa ja kiinnittänyt näihin huomiota.<sup>170</sup>

Korkein hallinto-oikeus on oikeuskäytännössään linjannut sitä, mihin kaikkiin tarjoajan tarjouksessa oleviin liitteisiin hankintayksikön on velvollisuus tutustua. Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussaan KHO 2020:39 linjannut, että hankintayksikön vastuu selvittää tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus rajoittuu vain sellaisten tarjouksen materiaaliin, jota hankintayksikkö on nimenomaisesti pyytänyt ja jonka tulkitsemiseen ei tarvita tarkkaa teknistä tulkintaa. Tapauksessa voittanut tarjoaja oli toimittanut tarjouksensa mukana teknisen erittelyn tarjoukseen sisältyvästä generaattorista, vaikka erittelyä ei oltu tarjouspyynnössä edellytetty. Teknisestä erittelystä ilmeni, että generaattori ei vastannut tarjouspyynnössä asetettuja vaatimuksia. KHO otti huomioon ensinnäkin, että tämä seikka oli ilmennyt materiaalista, jota ei ollut vaadittu osana tarjousta, ja toiseksi, että generaattorin

---

<sup>170</sup> KHO 17.12.2019 taltionumero 5985.

tarjouspyynnössä asetettujen vaatimusten vastaisuuden havaitseminen olisi vaatinut toimitetun materiaalin tarkkaa teknistä tulkintaa. KHO katsoi, että hankintayksikkö oli voinut näissä olosuhteissa hankintapäätöstä tehdessään perustellusti luottaa siihen, että voitaneen tarjoajan tarjous oli tarjouspyynnön mukainen. Lisäksi väärä voittaja korvasi hankintamenettelyn aikana tarjoamansa generaattorin toisella tarjouspyynnön kriteerit täyttävällä generaattorilla ennen hankintasopimuksen tekemistä, minkä vuoksi KHO katsoi, ettei tarjoaja saanut mahdollisuutta parantaa tarjoustaan.

KHO:n ratkaisu vähentää hankintayksikön taakkaa, mutta samalla se myös hyväksyy sen, että hankintayksikkö voi valita väärän hankintamenettelyn voittajan kun sen ei tarvitse tutustua kaikkeen tarjouksen materiaaliin. Voidaan myös spekuloida, tarkoittiko KHO, että hankintayksikkö olisi voinut jatkaa hankintasopimuksen täyttämistä, vaikka väärän voittajan tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuus olisi huomattu vasta hankintakaudella. Tapauksessa hankintayksikkö ei ollut tapauksessakaan huomannut voitaneen tarjoajan tarjouksen ristiriitaa tarjouspyynnön kanssa ennen kuin hankintamenettelyyn osallistunut tarjoaja huomautti asiasta. Jos tapaus olisi edennyt toisin ja hävinnyt tarjoaja ei olisikaan huomauttanut asiasta, hankintasopimus olisi todennäköisesti tehty vaihtamatta generaattoria tarjouspyynnön mukaiseen generaattoriin. Hankintasopimusta olisi siis muutettu konkludenttisesti vastaamaan väärän voittajan tarjousta, jos hankintayksikkö ei olisi huomannut puuttua väärän voittajan suorituksiin. Voidaan siis KHO:n ratkaisun perusteella tehdä oletama, että hankintayksikön tarkistusvastuun rajat ylittävissä tilanteissa olennainenkin muutos voi olla hyväksyttävä. Tarvitaan tosin tapauskohtaista harkintaa, sillä linja vaikuttaa yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden vastaiselta.

Valitusta tarjoajasta voi tulla väärä voittaja myös hankintakauden aikana, jos voittanut tarjoaja menettää edellytyksensä toteuttaa hankinta. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, jos toimija on kilpailutukseen osallistuessaan tukeutunut alihankkijaan tarjouspyynnössä asetettujen soveltuvusedellytysten täyttämiseksi, mutta menettää kyseisen alihankkijan tai vaihtaa tämän niin kutsutun voimavara-alihankkijan toiseen alihankkijaan, joka ei täytä tarjousmenettelyssä asetettuja soveltuvuusvaatimuksia. Jos hankintayksikkö ei

puuttuisi voimavara-alihankkijan menetykseen tai vaihtoon olisi kyseessä hiljainen sopimus muutos,<sup>171</sup> joka voitaisiin katsoa myös kielletyksi sopimuksen muuttamiseksi. Tätä tulkintaa tukee EUT:n linjaus asiassa C-697/17 *Telecom Italia*, jossa EUT katsoi, että hankintayksikön tulee sulkea pois tarjoaja, jonka taloudellinen tai tekninen suorituskyky on heikentynyt hankintamenettelyn aikana sulautumisella tai muusta syystä niin paljon, ettei se enää täytä soveltuvuusedellytyksiä.<sup>172</sup> Vaikka kyseinen tapaus koski neuvottelumenettelyn aikana tapahtunutta heikentymistä, voidaan olettaa, että sama linjaus koskee myös tarjoajan tilanteen heikentymistä kesken sopimuskauden. EUT:n vakiintuneessa oikeuskäytännössä on nimittäin edellytetty myös, että voimavara-alihankkijoiden käyttämiseksi tarjoajan on näytettävä, että alihankkijan voimavarat ovat tosiasiasa tarjoajan käytettävissä hankinnan täyttämiseksi.<sup>173</sup>

Voimavara-alihankkijan vaihtaminen voisi kuitenkin olla sallittua, jos tarjoaja korvaisi voimavarahankkijansa uudella alihankkijalla, joka täyttäisi ne soveltuvuusvaatimukset, joihin valittu tarjoaja on aiemmin hankintakilpailutuksessa tarvinnut voimavara-alihankkijaa. Voimavara-alihankkijansa menettäneen tarjoajan voisi sen sijaan olla käytännössä haastavaa näyttää pystyvänsä täyttämään hankintasopimuksen täysin omin avuin, jollei sen omat voimavarat ole kohentuneet esimerkiksi yrityskaupan johdosta.<sup>174</sup> Jos toimittaja siis onnistuu itse tai uudella voimavara-alihankkijalla parantamaan soveltuvuuttaan ja hankintayksikkö hyväksyy tehdyn muutoksen, voitaisiin muutos sallia myös hankintalainsäädännön näkökulmasta, sillä sopimusta ei tällöin muuteta soveltuvuusvaatimusten osalta eikä pääasiallinen sopimusosapuoli vaihdu.

---

<sup>171</sup> Hankintasopimuksissa yleensä edellytetään, että alihankkijan vaihtaminen edellyttää hankintayksikön kirjallista suostumusta. Jos toimija ei pyytä kirjallista suostumusta alihankkijaa vaihtaessaan eikä hankintayksikkö puutu asiaan, on sopimusta muutettu konkludenttisesti. Sopimusperusteisen määrämuodon rikkomisen voi edellä luvussa 2 käsitellysti korjaantua hankintayksikön hiljaisella hyväksynnällä eli puuttumatta jättämisellä.

<sup>172</sup> Asia C-697/17 *Telecom Italia*, kohta 43.

<sup>173</sup> Ks. asia C-27/15 *Pizzo*, kohdat 23–26.

<sup>174</sup> Voitaisiin myös pohtia, voisiko voimavara-alihankkija ottaa sopimuksen hoitaakseen, jos se itsessään täyttäisi soveltuvuusvaatimukset silloin, kun ns. väärä voittaja ei täyttäisi. Tällöin sopimusosapuolen identiteetti muuttuisi muuten kuin yritysjärjestelyjen kautta olematta kuitenkaan täysin uusi. Jätän tämän kysymyksen kuitenkin tutkimukseni ulkopuolelle, sillä tässä on tarkoituksena tarkastella valitun toimijan ”väärän voittajan” -asemaa.

Oikeuskäytännössä on huomattavasti sallivampi linja tavanomaisten alihankkijoiden osalta eli sellaisten, joita voittanut tarjoaja on ilmoittanut käyttävänsä hankinnan toteuttamisessa, mutta joita ei ole tarvittu tarjouspyynnön edellytysten täyttämiseen. Asiassa C-91/08 *Wall* EUT totesi, että alihankkijan vaihtaminen uuteen voitaisiin katsoa olennaiseksi sopimuksen muuttamiseksi vain, jos voittanut tarjoaja on valittu hankinnan toimittajaksi alihankkijaan liittyvästä erityisestä syystä, kuten ominaispiirteestä.<sup>175</sup> Tapauksessa alihankkijaa ei voinut vaihtaa, koska voittanut tarjoaja oli valittu nimenomaan siksi, että se tarjosi alihankkijansa, Wall-yhtiön, City-WC-ratkaisua ja Wall-yhtiön vaihtaminen toiseen olisi merkinnyt myös ratkaisun menettämistä. Arrowsmithin mukaan myös se, että tietty alihankkijan työntekijä olisi nimetty vastuuseen palvelusta tai urakasta voisi olla tällainen erityinen syy.<sup>176</sup> Jos hankintayksikkö erityisestä syystä huolimatta hyväksyisi alihankkijan vaihtamisen täysin erilaiseen alihankkijaan jatkamalla sopimuksen täyttämistä, sopimus muuttuisi konkludenttisesti, mikä synnyttäisi hankintayksikölle velvollisuuden hankinnan uudelleen kilpailuttamiseen.<sup>177</sup>

Kaiken kaikkiaan, se onko kyseessä kiellettyä sopimuksen muuttamista silloin, kun hankintayksikkö valitsee väärän voittajan hankinnan toteuttajaksi, tai silloin, kun hankintayksikkö hiljaisesti hyväksyy oikean voittajan muuttumisen vääräksi voittajaksi hankintakauden aikana, on tapauskohtaisen harkinnan varassa. Väärän voittajan valinnassa olennaista on punnita hankintayksikön selvittämismuuttamisvelvollisuuden rajoja ja toisaalta yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuudenperiaatteiden edellyttämää menettelyä. Lisäksi katson, että tässä punninnassa tulisi huomioida hankintayksikön asenne voittajan vääryyden hyväksymisessä. Jos hankintayksikkö on omalla laiminlyönnillään aikaansaanut väärän voittajan valinnan, tulisi hankintaperiaatteiden nojalla tällainen vääryys korjata eli sopimus päättää väärän voittajan kanssa ja hankinta kilpailuttaa uudelleen tai ainakin tehdä vertailu uudelleen. Sen sijaan, jos väärä voittaja tulee erehdyksen tai muun hankintayksiköstä riippumattoman syyn vuoksi valituksi, voitaisiin tapahtunut hiljainen muutos katsoa helpommin sallituksi. Vastaava kanta toimisi myös silloin, kun oikea voittaja muuttuu hankintakauden aikana vääräksi voittajaksi.

---

<sup>175</sup> C-91/08 *Wall*, kohdat 37 ja 39.

<sup>176</sup> Arrowsmith 2014, s. 582.

<sup>177</sup> Treumer P.P.L.R. 2012, s. 155.

## 4.2. Sopimusrikkomukset hankinnoissa

Valittu tarjoaja voi muuttua vääräksi voittajaksi myös hiljaisesti puutteellisten sopimus-suoritusten johdosta eli valitun toimittajan suoritus ei tapahdu oikeaan aikaan, oikean lajisena, määrältään oikeana tai oikealle vastaanottajalle.<sup>178</sup> Julkisiin hankintoihin liittyviä sopimusrikkomuksia ja hankintasopimusten onnistumista on itsessään tutkittu maailmanlaajuisesti, minkä vuoksi on tiedossa, että julkiset hankinnat ovat alttiina etenkin budjetin ylitykselle, suorituksien myöhästelylle ja vääryydelle.<sup>179</sup>

Kuten varallisuus oikeudellisissa sopimuksissa yleensä, hankintaviranomaisen tulee hankintasopimuskaudella ennen maksun suorittamista tarkistaa tavara, palvelu tai urakka ja reklamoida toimittajaa niissä ilmenneistä puutteista, mikäli hankintaviranomainen haluaa myöhemmin käyttää tehostekeinoja, joiden avulla toimittaja voidaan velvoittaa sopimuksen noudattamiseen. Jos hankintayksikkö ei tarkista suoritusta ja tee virheellisestä suorituksesta reklamaatiota kohtuullisessa ajassa, se menettää oikeutensa vedota virheeseen. Toimittajan suorituksissa tekemät puutteet tulevat siis hankintayksikköä sitoviksi, mikäli puutteelliset suoritukset jatkuvat ja hankintayksikkö jää passiiviseksi. Hankintayksikön passiivisuus indikoi, että se on hiljaisesti hyväksynyt puutteellisten suoritusten mukaisen sisällön itseään sitovaksi, jolloin osapuolten välille syntyy uusi toistuvaa käytäntöä vastaava sopimus, joka on sisällöltään puutteellisten suoritusten mukainen.

*Arrowsmithin* mukaan sopimuksen ehtojen noudattamatta jättäminen voisi hankintaoikeudellisesta näkökulmasta tarkoittaa hankintasopimuksen kiellettyä olennaista muuttamista, jos sopimuksen noudattamatta jättämisestä seuraisi jokin *presstext*-tapauksessa kuvattu seuraus, kuten se että sopimuksesta tulisi toimittajalle aiempaa huomattavasti taloudellisempi.<sup>180</sup> Vastaava ajatus, joskaan ei juuri hiljaisia muutoksia koskien, on käynyt myös Euroopan unionin lainsäätäjien mielessä. Euroopan komission ehdotuksessa hankintadirektiivin 72 artiklaksi oli nimittäin alun perin sopimusrikkomuksiin liittyvä 7 kohta, joka ei kuitenkaan lopulta tullut hankintadirektiiviin. Ehdotetun kohdan mukaan hankintaviranomaiset eivät olisi saaneet muuttaa hankintasopimuksia:

---

<sup>178</sup> Ks. Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 83.

<sup>179</sup> Ks. esim. Guccio – Pignataro – Rizzo 2010, s. 528, ja Bloomfield EPPPL 2019, s. 7.

<sup>180</sup> Arrowsmith 2014, s.591.

*”a) jos muutoksen tarkoituksena on korjata toimeksisaajan suorituksessa esiintyneitä puutteita tai niiden seurauksia, jotka voidaan korjata pane-malla sopimusvelvoitteet täytäntöön;*

*b) jos muutoksen tarkoituksena on korvata hinnannousuun liittyviä riskejä, joiden varalta toimeksisaaja on suojautunut.”*

Yksinkertaistettuna kohta tarkoittaa, että hankintasopimuksia ei olisi saanut muuttaa vas-taamaan puutteellisia suorituksia. *Treumerin* mukaan kohta olisi ylhäällä kuvatussa muo-dossa ollut liian tiukka, eikä se olisi vastannut käytäntöä, sillä hankintayksiköt päätyvät usein käytännöllisiin ratkaisuihin viiveistä ja muista sopimusrikkomuksista huolimatta, etenkin monimutkaisissa sopimuksissa. Hankintayksiköt ovat valmiita joustamaan sopi-muksen ehdoissa, jos tällä tavoin sopimus tulisi edes osittain suoritetuksi ja säästytettäisiin oikeusriidoilta.<sup>181</sup> Lisäksi hankintasopimuksen päättäminen sopimusrikkomuksen vuoksi ja sen uudelleen kilpailuttaminen ei välttämättä johda edullisempaan lopputulokseen kuin sopimuksen jatkaminen sopimusrikkeistä huolimatta. Uuden sopimuskumppanin hankki-minen hankintalainsäädännön mukaista menettelyä noudattaen on kallista ja aikaa vievää, kun taas olemassa olevan sopimuksen muuttaminen voi taata sen, että alkuperäisesti suun-niteltu hankinta tulee ainakin osittain täytetyksi.<sup>182</sup>

*Treumerin* mukaan suunnitellun 7 kohdan olisi tullut sallia joitakin sopimuksen muutok-sia sopimusrikkomuksista johtuen ja antaa kriteerit, joiden nojalla sopimusrikkomuksiin reagoiminen olisi ollut kiellettyä hankintasopimuksen muuttamista.<sup>183</sup> Osittain tämä eh-dotus toteutuikin, sillä vaikka nykyisessä hankintadirektiivissä ei ole sopimusrikkomuk-sen takia muuttamista kieltävää 7 kohtaa, hankintadirektiivin 72 artiklan 1 kohdan a ala-kohta mahdollistaa sen, että hankintayksikkö voi asettaa hankintasopimukseen etukäteen

---

<sup>181</sup> Tavanomaisesta hankintasopimusten käytännöstä ja sopimuksen olennaisesta muuttamisesta ks. *Treu-mer P.P.L.R.* 2012, s. 160–161.

<sup>182</sup> *Treumer P.P.L.R.* 2012, s. 161.

<sup>183</sup> Ks. *Treumer P.P.L.R.* 2012, s. 163. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös, että sopimusrikkomuksen myötä sopimusta saataisiin esim. supistaa, jos muutettu sopimus jouduttaisiin päättämään sopimusrikko-muksen vuoksi. Kanta voisi olla perusteltu, sillä kuten *Halonen* on todennut, jos muutokset kuitenkin joh-tavat sopimuksen päättämiseen, kuten olennaisen muuttamisen kiellolla on tarkoitettu, EU-oikeuden ei tulisi rajoittaa sopimussuhteen päättämiseen liittyvää riskienhallintaa. Ks. *Halonen* 2016, s. 7. Tämä ei kuitenkaan voisi soveltua hiljaisesti muutettuihin sopimuksiin, sillä hiljaisen muutoksen tarkoituksena ei voida katsoa olevan sopimuksen päättäminen vaan nimenomaan sen jatkaminen.

täsmälliset käyttöehdot sille, milloin sopimusrikkomukseen varautuminen sopimusta muuttamalla on sallittua sopimussuhteen aikana.

Suomessa ja muissa jäsenvaltioissa, joissa hankintasopimusta pidetään yksityisoikeudellisenä sopimuksena, olisi oletettavasti suhtauduttu artiklan 72 suunniteltuun 7 kohtaan kielteisesti, sillä kohta olisi rajoittanut huomattavasti osapuolten vapautta sopia sopimusten muutoksista. Lisäksi hankintayksiköiden pakottaminen hankinnan keskeyttämiseen yksittäisen sopimusrikkomuksen vuoksi johtaisi ristiriitaan sopimuksen sitovuuden ja muiden varallisuus oikeudellisten oppien kanssa.<sup>184</sup> Kun kohta ei kuitenkaan päässyt hankintadirektiiveihin asti, jää avoimeksi kuinka se olisi lopulta otettu vastaan eri jäsenvaltioissa.

Sopimusrikkomuksista johtuneita muutoksia on kuitenkin arvioitu niin kansallisessa kuin EUT:n oikeuskäytännössäkin muiden nykyisin voimassa olevien olennaisten muutosten nojalla eli hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdassa ja kansallisen hankintalain 136 §:n § momentissa listattujen kiellettyjen muutosten nojalla. Vaikuttaa siis siltä, että erillistä kohtaa sopimusrikkomuksille ei edes tarvita, kun sopimusrikkomuksen aiheuttamat muutokset voivat olla muidenkin kohtien nojalla kiellettyjä, kuten myös Arrowsmith on arvioinut.<sup>185</sup>

Se, millaisia sopimusehdoista poikkeavia suorituksia valitut tarjoajat tyypillisesti tekevät hankintasopimuskaudella, voidaan selvittää tarkastelemalla oikeuskäytäntöä esimerkiksi aiemmasta negatiivisesta kokemuksesta, joka on hankintadirektiivin 57 artiklan 4 kohdan g alakohdan sekä kansallisen hankintalain 81 §:n 9 kohdan mukaan harkinnanvarainen poissulkemisperuste. Negatiivisella kokemuksella viitataan aiempaan hankintakauteen, jonka aikana valittu tarjoaja rikkoi sopimuksen ehtoja joko toistuvasti tai merkittäväällä tavalla siten, että hankintayksikölle on muodostunut puutteellisen suorituksen perusteella purku- tai irtisanomisperuste. Sopimuksen suorittamisessa merkittäväksi puutteeksi on

---

<sup>184</sup> Tästä antaa osviittaa Suomen lainsäätäjien aikaisemmat kommentit liittyen siihen, tulisiko hankintalainsäädännöllä puuttua sopimuksen sitovuuteen säätämällä esimerkiksi hankintasopimuksen purkamisesta tietyissä tilanteissa. Asiaan suhtauduttiin hyvin kriittisesti kansallisessa oikeusjärjestyksessä vallitsevan sopimuksen sitovuuden vuoksi. Ks. TaVL 25/2006 vp, s. 3.

<sup>185</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 591, sekä myös Halonen 2016, s. 6.



kansallisessa oikeuskäytännössä katsottu esimerkiksi immateriaalioikeuksien loukkaaminen<sup>186</sup> tai sopimuksen olennaisiin osiin, kuten laskutukseen, kohdistuvat puutteet.<sup>187</sup> Toistuviksi puutteiksi on puolestaan katsottu muut kuin vähäarvoiset ja jatkuvasti tapahtuvat esimerkiksi laadulliset puutteet suorituksissa.<sup>188</sup> Kuten edellä todettiin, tällaisten sopimusrikkomusten hyväksyminen tarkoittaisi, että hankintayksikkö on hiljaisesti hyväksynyt sopimuksen muuttamisen puutteellisia suorituksia vastaaviksi.

Sopimusrikkomukset voivat johtua myös hankintayksikön omasta toiminnasta. Hankintojen huono valmistelu voi nimittäin johtaa toteuttamisvaiheessa sopimusrikkomuksiin, jos hankintayksikön suunnittelemat suoritukset eivät ole käytännössä mahdollisia toteuttaa. Varallisuusoikeudellisesta näkökulmasta huonosti valmisteltua sopimusehtoa saatetaisiin sovitella, jos se katsottaisiin oikeustoimilain 3 luvun 36 §:n nojalla kohtuuttomaksi. Näin ei kuitenkaan voida tehdä hankintalainsäädännön puitteissa, kuten kävi ilmi esimerkiksi yhdessä Kilpailu- ja kuluttajaviraston (”KKV”) ensimmäisistä markkinaoikeudelle tekemistä lainvastaisiin suorahankintoihin liittyvistä esityksistä sen jälkeen, kun KKV sai toimivallan valvoa hankintalain noudattamista 1.1.2017.<sup>189</sup> Tapauksessa hankintayksikkö oli suunnitellut aikataulut hankituille ateriakuljetuksille siten, että käytännössä valittu tarjoaja toimitti asiakkailleen aterioiden salaattit liian lämpiminä ja ruuat liian kylminä. Hankintayksikkö ja valittu tarjoaja päätyivät muuttamaan toimitusaikoja iltapäiviin ja kuljetusten määrä oli alentunut puoleen. Markkinaoikeus katsoi sopimusmuutoksen ratkaisussaan MAO 65/19 niin olennaiseksi, että hankinta olisi tullut kilpailuttaa uudestaan, sillä sopimuksen uudet ehdot olisivat voineet johtaa toiseen lopputulokseen, houkutella muita tarjoajia tai lisää tarjoajia jättämään tarjouksia hankintamenetelyssä.

---

<sup>186</sup> Ks. korkeimman hallinto-oikeuden tapaus KHO 12.1.2017 taltio 67, jossa taloudellinen toimija oli myynyt kolmansille osapuolille hankintayksikön tilaamia tuotteita, vaikka tämä oli osapuolten välisessä sopimuksessa nimenomaisesti kielletty.

<sup>187</sup> Ks. KHO 9.6.2004 taltio 139, jossa KHO linjasi, että vakavaksi virheeksi ammattitoiminnassa voidaan katsoa laskutukseen liittynyt virhe.

<sup>188</sup> Esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 390/13 katsottiin toistuvaksi menettelyksi se, että taloudellinen toimija oli edellisessä sopimussuhteessa toistuvasti kerännyt kartonkia ja paperia yhdessä niin kutsuttuun sekakeräys tyyliin, vaikka hankintayksikkö oli huomauttanut toimintamallin olevan osapuolten välisen sopimuksen vastaista. Sen sijaan tapauksessa MAO 676/17 toistuvaa menettelyä ei ollut toimittajan kaivinkonemuokkaus töissä kuukauden sisällä ilmenneet noin 5000 euron arvoiset laadussa ilmenneet puutteellisuudet, sillä puutteellisuudet tapahtuivat lyhyen ajan sisään ja olivat vähäarvoisia.

<sup>189</sup> Ks. KKV:n esitys markkinaoikeudelle dnro KKV/795/14.00.60/2017.

Kyseisessä tapauksessa osapuolet sopivat nimenomaisesti sopimusmuutoksista, mutta vastaavassa tilanteessa hankintayksikkö voisi myös jättää reklamoimatta toimittajan sopimusrikkomuksista ja siten hyväksyä hiljaisesti toimitusten muuttumisen käytännössä toteutettavaan eli alkuperäistä sopimusta vastaamattomaan muotoon. Jos uusilla hiljaisilla ehdoilla olisi houkuteltu uusia ehdokkaita tai ne olisivat saattaneet johtaa alkuperäisessä hankintamenettelyssä väärän voittajan valintaan, olisi tällöinkin kyse hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan a alakohdan ja hankintalain 136 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan olennaisesta muutoksesta.

Sopimusrikkomuksien aiheuttamat muutokset voivat olla kiellettyjä myös, jos sopimuksen muuttuminen täyttää jonkin hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan b ja c alakohtien tai hankintalain 136 §:n 1 momentin 2 ja 3 kohtien mukaisen seurauksen. Puutteelliset suoritukset ja niiden hiljainen hyväksyntä saattaisivat todennäköisimmin täyttää nykyisin laissa olevan kiellon tehdä sopimuksesta toimittajalle taloudellisesti edullisemman kuin alkuperäinen hankintasopimus, joka on hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan b alakohta, tai sopimuksen laajenemisen tai supistumisen, joka on hankintadirektiivin listauksen c alakohta. Myös molemmat seuraukset voivat tapahtua samanaikaisesti, kuten tapahtui tapauksessa MAO 65/19, jossa sopimuksen ala supistui ja samalla hankinta kallistui, kun kuljetuksia alettiin tekemään myös iltaisin ja viikonloppuisin, jolloin työntekijöille maksetut lisät otettiin huomioon sopimusmuutoksessa. Markkinaoikeus tosin katsoi sopimusmuutoksen merkittäväksi jo siihen otettujen ehtojen puolesta, joten seurauksia tavallaan käsiteltiin yhdessä.

EUT on käsitellyt tapausta, jossa sopimusrikkomus johti sopimuksen supistamiseen. Asiassa C-549/14 *Finn Frogne* oli kysymys siitä, että valittu toimittaja ei pystynyt tekemään oikea-aikaisia suorituksia kokonaisviestintäjärjestelmän hankinnassa. Sekä toimittaja että hankintayksikkö kiistivät vastuunsa sopimusrikkomuksesta, koska heidän mukaansa sopimusta oli mahdoton täyttää alun perin sovitulla tavalla. Neuvottelujen jälkeen toimittajat ja hankintayksikkö päättivät rajata aiemman noin 70,6 miljoonan euron sopimuksen koskemaan vain 4,7 miljoonan euron arvoista radioviestintäjärjestelmää ja sovittiin, että hankintayksikkö hankkii toimittajalta kaksi noin 6,7 miljoonan arvoista palvelinkestusta, jotka piti alkuperäisen sopimuksen mukaan vain vuokrata. Sovinnosta julkaistiin ilmoitus Euroopan unionin virallisessa lehdessä, jonka vuoksi Finn Frogne, joka ei ollut hakenut

esivalintaa alkuperäistä hankintasopimusta koskevaan tarjouspyyntömenettelyyn osallistumiseksi, teki valituksen, joka hylättiin alemmissa instansseissa, kunnes Frogne valitti edelleen Højesteretiin (ylin tuomioistuin, Tanska), joka puolestaan kääntyi EUT:n puoleen.

EUT totesi, että edes hankkeen objektiivisesti epävarma luonne ei voisi oikeuttaa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamatta jättämistä, minkä vuoksi asiassa ei ollut merkitystä sillä, että hankintayksikkö ja toimittaja eivät pyrkineet neuvottelemaan uudelleen hankintasopimuksen ehtoja, vaan he pyrkivät sovintoratkaisuun sopimusrikkomusten johdosta.<sup>190</sup> EUT huomautti lisäksi, että epävarmat hankinnat johtuvat kohteestaan, mikä tekee riskin häiriöiden ilmenemistä täytäntöönpanossa ennakoitavaksi ja siten se tulisi huomioida jo valmistelussa ja ottaa hankinta-asiakirjoihin mahdollisuus tehdä sopeutuksia, jos täytäntöönpanossa ilmenee ongelmia.<sup>191</sup> Näin ollen EUT linjasi, ettei hankintasopimukseen voida tehdä olennaista muutosta sopimuspuolen valinnan jälkeen käynnistämättä uutta hankintamenettelyä, vaikka tämä muutos objektiivisesti muodostaa sovintoratkaisun yhden tavan, joka sisältää vastavuoroisia myönnytyksiä molemmilta sopimuspuolilta sellaisen riidan päättämiseksi, jonka lopputulos on epävarma ja joka johtuu tämän hankintasopimuksen täytäntöönpanoon kohdistuvista häiriöistä.<sup>192</sup>

Tapauksesta välittyy myös ajatus siitä, että hankintayksikön syyksi luettavaa muutostarvetta arvioidaan ankarammin kuin taloudellisen toimijan syyksi luettavia muutostarpeita. Tämä selittyy sillä, että yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteet edellyttävät nimenomaan hankintayksiköltä hankintalainsäädännön mukaista toimintaa. Hankintayksikön toiminnan tulee olla sellaista, että mahdollistetaan parhaan mahdollisen tarjoajan valinta.<sup>193</sup> Jos sopimusta joudutaan heti muuttamaan hankintayksikön valmistelussa tekemien epätarkoituksellisten ratkaisujen vuoksi ja tällainen menettely sallittaisiin oikeuskäytännössä, voisi tästä käytännössä seurata yritykset kiertää hankintalainsäädäntöä.<sup>194</sup> Hankintayksikkö voisi esimerkiksi kilpailuttaisi hankinnan niin suurena kokonaisuutena, että vain sen tavoittelema suuri yritys pystyisi jättämään tarjouksen. Valinnan jälkeen

---

<sup>190</sup> Asia C-549/14 *Finn Frogne*, kohta 32.

<sup>191</sup> Asia C-549/14 *Finn Frogne*, kohta 36.

<sup>192</sup> Asia C-549/14 *Finn Frogne*, kohta 40.

<sup>193</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 578–579.

<sup>194</sup> Ks. Simovart UrT 2015, s. 41.

osapuolet neuvottelisivat sopimuksen ehdot uudestaan, mikä olisi sanalla sanoen syrjivää. *Simovart* onkin esittänyt, että mitä varhaisemmassa vaiheessa sopimusta muutettaisiin, sitä suurempi oletama voidaan tehdä siitä, että hankintayksikkö on yrittänyt kiertää hankintalainsäädäntöä.<sup>195</sup> Tämä helpottaisi myös valitusten tekemistä hiljaisista ja olennaisista muutoksista, joissa näyttöä on toiminnan luonteen vuoksi vaikea kerätä.

Valitulla tarjoajalla ei ole hankintasopimuksissa samanlaista päätösvaltaa, kuten hankintayksiköllä, mutta valitun tarjoajan sopimusrikkomukset tavallaan muuttuvat hankintayksikön virheiksi, jos hankintayksikkö jättää vetoamatta hankintasopimuksen mukaiseen suoritukseen tai ehtoon, kuten sopimussakkoon. Tällöin muutoksen olennaisuuden taustalla on sopimuksen luonteen muuttuminen,<sup>196</sup> minkä vuoksi siihenkin voidaan suhtautua ankarasti etenkin, jos hankintayksikkö sallii puutteelliset suoritukset heti sopimussuhteen alussa.<sup>197</sup> Sopimuksen loppuvaiheen tai pitkään kestäneen sopimuksen muutokset eivät yhtä todennäköisesti riko yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, kun muutokset eivät enää tekisi sopimuksesta uusille tulokkaille houkuttavampia tai merkittävästi paranna toimitajan taloudellista asemaa. *Finn Frogne* tukee tätä ajattelua, sillä siinä osapuolet muuttivat jo sopimussuhteen alussa ehtoja, kun huomattaisiin ne haastavaksi toteuttaa käytännössä, johtaisi kiellettyyn muuttamiseen. EUT olisi todennäköisesti arvioinut tilannetta eri tavalla, jos muutoksia oltaisiin tehty myöhemmin kun hankintakautta on kulunut jo pidemmän aikaa, etenkin jos sopimusvelvoitteet olisivat jo lähestulkoon suoritettu.

Hankintayksikön olisi mahdollista rajata vastuutaan valmistautumalla tavanomaisimpiin rikkeisiin ottamalla hankintasopimukseen tarkka ehto siitä, että tietynlaiset virheet ja niiden sovittelu tullaan hankintakaudella hyväksymään. Tällöin ei myöskään otettaisi riskiä siitä, että toimijan toistuvat tai merkittävät puutteet tulisivat osaksi sopimusta, koska muut kuin nimenomaan eritellyt tilanteet johtaisivat edelleen hankinnan uudelleen kilpailuttamisvelvollisuuteen, jos niistä aiheutuisi direktiivin 72 artiklan 4 kohdan tai kansallisen hankintalain 136 §:n 1 momentin mukaisia olennaisia muutoksia. Hankintayksikkö voisi

---

<sup>195</sup> *Simovart* UrT 2015, s. 42.

<sup>196</sup> Näin on tulkittu myös Ruotsin hankintalain (*Lagen om offentlig upphandling*, LOU, 2016:1145) esitöissä, ks. prop. 2015/16:195, s. 850.

<sup>197</sup> *Simovart* UrT 2015, s. 41.

kuitenkin olla puuttumatta sellaisiin virheellisiin suorituksiin, jotka kuuluvat sen rajamaan sopimuslausekkeeseen.

Vaikuttaakin siltä, että erillinen kohta sopimusrikkomuksista johtuneille hankintasopimuksen muutoksille olisi ollut turha, sillä sopimusrikkomuksia voidaan käsitellä myös voimassa olevan lain nojalla. Nyt tutkimuksen kohteena olevat konkludenttiset muutokset luovat oman haasteensa muutosten olennaisuuksien arviointiin, kun alkuperäistä sopimusta ja käytännössä muuttunutta sopimusta on vaikea päästä vertailemaan. Konkludenttisten sopimusmuutosten huomaaminen edellyttäisi käytännössä myös alkuperäisen sopimuksen hyvin tarkkaa tuntemista ja tiivistä yhteistyötä joko valitun voittajan tai hankintayksikön kanssa. Jos toimittajan puutteelliset suoritukset kuitenkin huomattaisiin, voitaisiin näyttönä sopimuksen muuttamisesta myös huomioda se, jos hankintayksikkö on jäänyt passiiviseksi eli ei ole reklamoinut tai käyttänyt varallisuusosoikeudellisia tehostekeinoja sopimusrikkeen johdosta, ja se, että hankintayksikkö on heti sopimussuhteen alussa passiivinen. Tämä nimittäin indikoisi, että hankintayksikkö on hiljaisesti hyväksynyt hankintasopimuksen rikkeet ja siten uuden sisällön hankintasopimukselle lainsäädännön vastaisesti.

### **4.3. Hankintasopimuksen alan muuttaminen**

Hankintasopimuksien muuttaminen hiljaisesti on mahdollista myös hankintayksikön toisluvalla menettelyllä. Hankintayksikkö voi esimerkiksi ottaa hankintaan uuden sopimus-kumppanin alkamalla tilata hankintasopimuksen ulkopuoliselta toimijalta hankinnan osia, joiden suorituksessa hankintaan valittu on esimerkiksi epäonnistunut. Toisaalta hankintayksikkö voi muuttaa hankintasopimusta myös alkamalla tilata hankintaan valitulta toimittajalta muuta kuin, mitä hankintasopimuksessa on sovittu tai jatkaa hankintasopimuksen mukaisien tilauksien tekemistä sen jälkeen kun määräaikainen hankintakausi on päättynyt. Näissä kaikissa tilanteissa se, että toimittaja kyselemättä täyttäisi hankintayksikön tilaukset, täyttäisi hiljaisen sopimuksen syntymisen tai muuttamisen tunnusmerkit. Hankintalainsäädännössä nämä ylimääräiset tilaukset tai sopimuskauden pidentäminen voisivat myös kuulua hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan ja hankintalain 136 §:n 1 momentin kiellettyihin muutoksiin, sillä menettelyillä voitaisiin huomattavasti laajentaa hankintasopimuksen alaa.

Toistuvalla menettelyllä hankintasopimuksen muuttaminen on kiellettyä ainakin, jos muutoksen seurauksena koko hankinnan luonne muuttuu. Hankintadirektiivin 109 kohdan mukaan esimerkiksi kiellettyä voisi olla se, että hankittavat rakennusurakat, tavarat tai palvelut korvataan osittain tai kokonaan jollakin muulla tai hankintatyypillä muutetaan perusteellisesti, koska tällaisessa tilanteessa muutoksen voidaan olettaa vaikuttavan tulokseen.<sup>198</sup> EUT on esimerkiksi ratkaisussaan asiassa C-496/99 P *Succhi di Frutta* katsonut olennaiseksi hankintasopimuksen muuttamiseksi maksuna käytettyjen hedelmien korvaamisen toisilla hedelmillä.

Tuotteen vaihtamisesta toiseen on katsottu myös julkisten hankintojen yleisissä sopimusehdoissa tavarahankinnoista ja palveluhankinnoista (JYSE 2014) olennaiseksi sopimusmuutokseksi. JYSE 2014 ehdoissa onkin määritelty, että hankinnan kohteena olevan tavarain tai palvelun tulee olla sitä mitä on sovittu. Palvelun on vastattava suoritukseltaan, laadultaan ja sisällöltään sovittua. Tavarain on puolestaan vastattava lajiltaan, määrältään, laadultaan ja muilta ominaisuuksiltaan siitä annettuja tietoja.<sup>199</sup> Tavara tai palvelu ei ole sitä mitä on sovittu, jos sitä ei voida käyttää aiottuun tarkoitukseen.<sup>200</sup>

Hankitun tavarain, palvelun tai urakan vastaamattomuus selvitetään käytännössä vertaamalla mahdollisen muutoksen jälkeistä tavaraa, palvelua tai urakkaa siihen, millaiseksi hankinnan kohde on kuvattu tarjouspyynnössä ja alkuperäisessä hankintasopimuksessa. Hankinnan kohteen muutos voidaan tarkistaa samaan tapaan kuin taloudellisen toimijan antaman tarjouksen tarjouspyynnön mukaisuus, tai kuin se, onko tarjouspyyntöä muutettu hankintamenettelyn aikana niin olennaisesti, että hankintamenettely tulisi keskeyttää ja aloittaa uusi hankintamenettely muutoksien mukaisella sisällöllä.

JYSE 2014 mukaan toimittaja voi kuitenkin korvata hankintasopimuksen mukaisen tavarain toisella tavaralla, jos hankintayksikkö suostuu tähän. Myös korvaavan tavarain on täytettävä hankintasopimuksessa asetetut vaatimukset ja sen on vastattava ominaisuuksiltaan alkuperäistä tavaraa. Toimittajan on toimitettava korvaava tavara enintään alkuperäistä

---

<sup>198</sup> Näin tulkitaan myös Ruotsissa, ks. Rapport 2017:4, s.14.

<sup>199</sup> Ks. JYSE 2014 tavarain ja palvelut, kappale 4.

<sup>200</sup> Markkinaoikeuden ratkaisussa MAO 806/14 katsottiin, että hankintayksiköllä oli ollut harkinnanvarainen poissulkemisperuste, koska edellisessä sairaalan potilaiden ja työntekijöiden tekstiilien pesulapalveluihin liittyvässä hankinnassa taloudellinen toimija oli toimittanut likaisia ja välillä rikkoutuneita pyykinkeitä hankintayksikölle vuoden ajan reklamaatioista huolimatta.

tavaraa vastaavalla hinnalla.<sup>201</sup> Tällä tarkoitetaan oletettavasti alkuperäisen tavaran korvaamista vastaavalla tavaralla, esimerkiksi eri merkkisellä mutta käyttötarkoitukseltaan samalla tuotteella. Tässäkin täytyy pysyä tarkkana siinä, ettei hankinnan luonne pääse muuttumaan.

Oikeuskäytännössä on otettu kantaa myös siihen, milloin sopimus on tullut olennaisella tavalla muutetuksi, kun osapuolet ovat korvaamisen sijaan laajentaneet sopimuksen kosemaan muutakin kuin on alun perin sovittu. Esimerkiksi ratkaisussa MAO 469/18 markkinaoikeus katsoi sopimusta laajennetun olennaisesti, kun hankintayksikkö oli tarjouskilpailun ja 25.9.2017 tehdyn hankintapäätöksen jälkeen ryhtynyt ostamaan sellaisiakin värikasetteja, jotka oli tarkoitettu hankintayksikön jo käytössä oleviin eikä asiassa hankinnan kohteena oleviin laitteisiin. Muutoksista ei oltu tehty kirjallista eikä suullista sopimusta, joten kyseessä oli toistuvalla menettelyllä muodostunut hiljainen muutos. MAO:n mukaan tehdyt sopimusmuutokset eivät olleet perustuneet hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ehtoihin, sillä värikasetteja vanhoihin laitteisiin ei oltu mainittu hankintasopimuksessa sopimuksen kohteen kuvauksessa nimenomaisesti viitatussa tarjouspyynnön hintaliitteessä. Asiaa ei MAO:n mukaan muuttanut toiseksi se seikka, että hankintayksikkö oli hankinta-asiakirjoissa ilmoittanut, että se ei sitoudu hintalomakkeessa yksilöityihin laitteisiin, vaan voi hankkia hintalomakkeessa mainitsemattomia laitteita ja tarvikkeita eikä kyse ole ollut ylimääräisten tavarantoimitusten tarpeen täyttämistä tai olosuhdemuutoksesta. Lisäksi IT-hankintaan kuulumattomien värikasettien vuosittaisen arvon ei voitu katsoa olleen sellainen vähäarvoinen muutos, joka alittaa EU-kynnysarvon eikä vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen. Näin ollen kyseessä oli kielletty sopimusmuutos ja markkinaoikeus tuli samalla vahvistaneeksi, että sopimusmuutos voi hiljaisnakin tehtynä olla olennainen, jos muutoksen olemassa olo pystytään edes jotenkin näyttämään. Tapauksessa värikasettien entinen toimittaja huomasi tilausten vähenemisen ja tunsikin kilpailutetun sopimuksen tarpeeksi hyvin näyttääkseen toteen, että hankintayksikkö osti myös sopimuksen ulkopuolelta.

Sopimuksen olennainen laajentaminen voi kuitenkin olla mahdollista, jos tähän on hankintadirektiivin 72 artiklan 1 tai 2 kohdan eli kansallisen hankintalain 136 §:n 2 momentin

---

<sup>201</sup> Ks. JYSE 2014 tavarat, kappale 4.

mukainen peruste. Tällainen peruste katsottiin olevan markkinaoikeuden tapauksessa MAO 399/19, jossa hankintayksikkö oli hankkinut toimittajalta 29.12.2010 allekirjoitettuun sopimuksella hankintayksikön sosiaali- ja terveystoimen kotihoidon toiminnanohjausjärjestelmän, mutta ei toiminnanohjausjärjestelmän optimointia. Hankintayksikkö ja toimittaja sopivat myöhemmin myös optimoinnin hankkimisesta, jonka markkinaoikeus katsoi olennaiseksi, koska kyseessä oli kokonaan uuden ominaisuuden ottaminen olemassa olevaan järjestelmään, joka on sellainen sopimuksen kohdetta koskeva muutos, joka on laajentanut sopimuksen soveltamisalaa hankintalain 136 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettulla tavalla huomattavasti. Sopimuksen soveltamisalan huomattavaa laajentumista osoittaa myös uuden ominaisuuden hinta eli 327.770 euroa, kun koko hankintasopimuksen arvonlisäveroton kokonaisarvo on hankintayksikön ilmoituksen mukaan ollut 839.614 euroa. Markkinaoikeus totesi kuitenkin, että muutos katsotaan hankintalain 136 §:n 2 momentin nojalla sallituksi, sillä sopimuskumppanin vaihtaminen ei ollut mahdollista. Tämä johtui siitä, että toimittajalla oli oikeus päättää, mille palveluntuottajille se avaa järjestelmän rajapinnat, sillä hankintayksikön ja toimittajan välisessä hankintasopimuksessa ei ole asetettu viimeksi mainitulle velvoitteita avata vuonna 2010 hankitun toiminnanohjausjärjestelmän rajapintoja muille palveluntarjoajille. Näin ollen sopimusta voitiin muuttaa koskemaan myös optimointia. Tapauksessa siis tekniset syyt edellyttivät sopimuksen jatkamista saman toimittajan kanssa. Vastaavan optimoinnin toteuttaminen olisi voinut helposti syntyä myös hiljaisesti, jos tilanne olisi ollut se, että hankintayksikkö olisi jättänyt huomauttamatta, että optimointi ei kuulu hankintaan ja olisi sallinut sen tekemisen puuttumatta asiaan ja maksanut työn. Tällainen olisi kuitenkin todennäköisesti ollut myös sallittua, sillä vaikka vastaavasta yksinoikeuteen perustuvasta syytä ei voitaisi näyttää, niin hankintadirektiivin 2014/24 johdantokappale 111 sallii hankinnan kohteiden päivittämisen ja optimoinnin, jos siitä on sopimuksessa lauseke.<sup>202</sup>

Sopimuksen alan muuttaminen voi tapahtua myös hankintasopimuskauden pidentämisellä. Euroopan unionin tuomioistuin on käsitellyt tätä asiassa *C-526/17 Euroopan komissio vastaan Italian tasavalta*. Tapauksessa oli kyse vuonna 1969 tehdyn on noin 237

---

<sup>202</sup> Treumer P.P.L.R 2014, s. 150.



kilometrin mittaisen moottoritien rakentamisesta ja hyödyntämisestä koskevasta sopimuksesta. Sopimuksessa määrättiin, että konsessio päättyy 30. vuoden päättyessä siitä, kun koko moottoritien hyödyntäminen alkaa. Vuonna 1999 osapuolet sopivat kuitenkin, että 36,6 kilometriä pitkän moottoritieosuuden osalta, joka avattiin liikenteelle 3.7.1993, konsession päättymisajankohdaksi vahvistetaan 31.10.2028. Lisäksi sopimuspuolet sopivat vielä erään 1999 osuuteen kuuluvan pienemmän osuuden osalta vuonna 2009, että ottaen huomioon toteuttamisvaiheen keskeytykset konsession päättymisajankohdaksi vahvistetaan 31.12.2046. Näin ollen vuoden 1999 sopimuksen erästä osaa jatkettiin vielä 18 vuodella. Tästä vuoden 2009 muutoksesta tehtiin komissioon kantelu, jonka päätyi EUT:n sen selvittämiseksi, olivatko muutokset olleet hankintalainsäädännön nojalla sallittuja. EUT katsoi, että sillä seikalla, että alkuperäinen konsessiosopimus oli tehty ennen kuin unioni oli antanut käsiteltävää asiaa koskevia oikeussääntöjä, ei ole tämän kannalta merkitystä, joten asiassa voitiin soveltaa muutoksien aikana voimassa olleita oikeussääntöjä.<sup>203</sup> EUT:n mukaan sopimuksen jatkaminen osittain yli 18 vuodella on olennaista sopimuksen muuttamista, eikä asiassa voida hyväksyä Italian esittämiä väitteitä siitä, että päättymisajankohdan siirtäminen olisi ollut oikeutettua luottamuksensuojan ja sopimuksen sitovuuden periaatteiden nojalla.<sup>204</sup> Näin ollen sopimuksen ajallinen jatkaminen on olennaiseksi katsottava sopimusmuutos. Voidaan olettaa, että sopimuksen ajallinen jatkaminen myös ilman ennalta tehtyä sopimusta katsottaisiin myös olennaiseksi sopimuksen muuttamiseksi.

Kansallisessa oikeuskäytännössä onkin käsitelty hankintasopimuksen jatkamisesta määräajan jälkeen ilman nimenomaista hankintasopimusta tai uutta hankintalain mukaista hankintamenettelyä. KKV:n tutkimassa tapauksessa, josta se teki myös seuraamusmaksu esityksen markkinaoikeudelle,<sup>205</sup> oli kyse hankintayksikön vuonna 2014 kilpailuttamista pehmopaperituotteista kahden vuoden ajalle sekä kahden yhden vuoden optiokaudelle. Kun optiot oli käytetty ja hankintasopimus virallisesti päättynyt 4.12.2018, hankintayksikkö alkoi hankkia kyseiset tuotteet ilman hankintalain mukaista hankintamenettelyä valitsemiltaan toimittajilta. Hankintayksikön valitsemista toimittajista pääosa oli samoja

---

<sup>203</sup> Asia C-526/17 *Euroopan komissio vastaan Italian tasavalta*, kohta 60.

<sup>204</sup> Ks. asia C-526/17 *Euroopan komissio vastaan Italian tasavalta*, kohdat 76 ja 78.

<sup>205</sup> Dnro KKV/982/14.00.60/2019. Markkinaoikeus ei ole vielä antanut päätöstään asiassa tätä tutkimusta tehtäessä.

toimittajia, jotka oli valittu vuoden 2014 hankintamenettelyn päätteeksi hankintasopimuksen toimittajiksi. Heidän osaltaan tilausten voidaan katsoa jatkuneen sopimuksen päättymisestä eli tehottomuudesta huolimatta, kun hankintakauden mukaiset ehdot ja hinnatkin pidettiin pääosin samoina.

Hankintayksikkö pyysi KKV:n selvityksen mukaan sähköpostitse sopimusten jatkoa ja mahdollisia hintapäivityksiä toimittajilta, mutta yhden toimittajan kanssa mahdollisesti käydystä sähköpostien välisestä neuvottelusta ei saatu näyttöä. Ainakin tämän yhden kanssa sopimus on voinut jatkua täysin hiljaisesti. Myös muiden toimittajien kanssa voitaisiin katsoa, että sopimukset jatkuivat hiljaisesti, sillä uusia varsinaisia sopimuksia ei tehty, mutta hankintayksikkö jatkoi pehmopaperituotteiden tilausta ja toimittajat toteuttivat tilaukset. KKV kuitenkin arvioi, että kyseessä on uudet sopimukset ja siten suorahankinnat, mutta totesi, että mikäli ne katsottaisiin hankintasopimuksen muutokseksi, olisi kyseessä olennaiset muutokset, sillä sopimuksen jatkaminen on tehnyt hankintasopimuksesta taloudellisesti edullisemmän ja laajentanut sopimuksen soveltamisalaa huomattavasti.

Kaiken kaikkiaan hiljainen sopimuksen alan laajentamisen olennaisuus ja mahdollinen lain mahdollistama sallittavuus on tapauskohtaisen harkinnan varassa, kuten muutoinkin hankintasopimusta olennaisesti muutettaessa. Konkludenttinen muutos vain tuo oman lisävaikeutensa sen näyttämiseen, että sopimusta on todella muutettu, mutta muutoin hiljaisen muuttamisen olennaisuuden arvioinnissa harkinta perustuu vastaaviin seikkoihin kuin sopimusta nimenomaisesti muutettaessa. Ei voida siis antaa tarkkoja raameja sille, milloin lisätilaaminen voisi olla sallittua sen sijaan että sopimusta olisi laajennettu kielletyllä tavalla. Oikeuskäytännön ja lainsäädännön perusteella on kuitenkin selvää, että olennainen muuttaminen lähtökohtaisesti vaatii uutta kilpailutusta ja olennaiset muutokset sallitaan vain hyvin poikkeuksellisesti. Täysin joustamattomia ei voida kuitenkaan olla hankintojen toimivuudeksi, joten olennaisella muuttamisella tulee todella muuttaa sopimuksen luonnetta tai kyseessä tulee olla muu kuin vähäarvoinen eli laissa säädetyn yli 10 prosentin tai kynnysarvot ylittävä muutos.

## 5. Seuraamukset

### 5.1. Laiton suorahankinta

Hankintasopimuksen muuttaminen olennaisella tavalla ilman laissa annettua perustetta johtaa siihen, että katsotaan tapahtuneen laitton suorahankinta. Tämä koskee myös hiljaisesti muutettuja hankintasopimuksia, mikäli muutoksenhakuun oikeutetut huomaavat kielletyn muutoksen ja valittavat asiasta markkinaoikeuteen. Oikeusseuraamuksista on säädetty Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivissä 2007/66/EY (”oikeussuojadirektiivi,” annettu 11 päivänä joulukuuta 2007), joka on annettu neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi. Oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY 1 artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on nimittäin varmistettava, että muutoksenhakumenettelyiden on oltava ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta, ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata. Suomessa alkuperäiseen hankintamenettelyyn osallistuneet hävinneet tarjoajat<sup>206</sup> voisivat valittaa ja vaatia markkinaoikeutta velvoittamaan hankintayksikön lopettamaan sopimussuhde ja kilpailuttamaan hankinta uudelleen,<sup>207</sup> jos hankintayksikkö ei vapaaehtoisesti suostuisi päättämään hankintasopimussuhdetta, vaikka hankintasopimusta olisi muutettu kielletyllä tavalla. Myös hankintalainsäädännön noudattamisen valvomisesta vastaava Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi esittää markkinaoikeudelle seuraamuksen määräämistä kielletyn hankintasopimuksen muutoksen perusteella.

Markkinaoikeus voi oikeussuojadirektiivin 2007/66/EY 2 d artiklan ja 2 e artiklan 2 kohdan mukaan ja kansallisen hankintalain 154–159 §:ien nojalla määrätä jo voimassa olevan sopimuksen tehottomaksi,<sup>208</sup> lyhentää sopimusaikaa tai määrätä hankintayksikön maksa-

---

<sup>206</sup> Asianosaisia voivat olla myös sellaiset alalla toimivat tarjoajat, jotka eivät hankintamenettelyn syrjivyyden vuoksi voineet jättää tarjousta.

<sup>207</sup> Varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta sopimuksen lopettamiseen pakottaminen on ongelmallista, jos osapuolet ovat tätä vastaa. Asiassa C-503/04 komissio v. Saksa, EUT kuitenkin hylkäsi kaikki Saksan väitteet siitä, että sopimuksen ennen aikainen päättäminen ei olisi mahdollista varallisuus oikeudellisten periaatteiden, kuten pacta sunt servanda -periaatteen, nojalla, ks. asian kohdat 31 ja 32.

<sup>208</sup> Direktiivin 2007/66/EY 2 d artiklassa puhutaan pätemättömyydestä, mutta tässä tutkimuksessa käytetään Suomen lainsäädännössä valittua tehottomuus seuraamusta.

maan seuraamusmaksua. Näistä tehottomuusseuraamus on kaikista ankarin ja siksi rajoitettavasti käytettävissä oleva seuraamus silloin,<sup>209</sup> kun kyse on kilpailuttamisvelvollisuuden laiminlyömisestä eli joko laittomasta suorahankinnasta tai hankintasopimuksen kielletystä muuttamisesta.<sup>210</sup> Jos markkinaoikeus määrää valituksen johdosta olennaisesti muutetun hankintasopimuksen tehottomaksi, hankintasopimus ei enää velvoita osapuolia. Tehottomuus voi kohdistua koko hankintasopimukseen, jos se on vielä täyttämättä,<sup>211</sup> tai vain kielletyllä sopimusmuutoksella lisättyyn osaan, jos se olisi sopimuksesta erotettavissa.<sup>212</sup>

Tehottomuusseuraamus voidaan myös jättää määräämättä esimerkiksi yleiseen etuun liittyvästä pakottavasta syystä. Tällainen syy voisi olla esimerkiksi koululaisten kuljetuspalvelut, joissa oppilaat ovat riippuvaisia hankinnan kohteesta eli koulukuljetuspalveluista.<sup>213</sup> Jos tehottomuusseuraamusta ei voitaisi määrätä yleiseen etuun liittyvästä syystä tai jos hankintasopimus olisi jo täytetty, markkinaoikeus voi valituksen johdosta määrätä seuraamusmaksua ja sopimuskauden lyhentämistä.<sup>214</sup> Seuraamusmaksu määrätään hankintayksikön maksettavaksi ja maksu suoritetaan valtiolle.

Viimeaikaisessa EUT:n oikeuskäytännössä on linjattu, että sopimusrikkomuksesta voitaisiin määrätä sakko tai muu maksu hankintayksikön lisäksi myös sopimuskumppanille. Asiassa C-263/19 *T-Systems Magyarország ym.* oli kyse lipunmyyntilaitteiden valmis-

---

<sup>209</sup> Arrowsmith 2018, s. 1017.

<sup>210</sup> Direktiivin 2007/66/EY 2 e artiklan 2 kohdan nojalla seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen ovat vaihtoehtoisia seuraamuksia tehottomuusseuraamukselle. Ks. HE 108/2016 vp, s. 240 oikeustapaustavittauksineen.

<sup>211</sup> Aiemmin käsitellyssä asiassa MAO 469/18, jossa oli kyse värikasetteja koskevasta hiljaisesta sopimusmuutoksesta, markkinaoikeus määräsi koko sopimuksen tehottomaksi, eikä pelkästään sopimusmuutosta. Hankintayksikkö lisäksi valitti asiasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen, mutta valitus jätettiin myöhässä tulleen tutkimatta, ks. KHO muu päätös 5926/2018.

<sup>212</sup> Ks. Halonen 2015b, s. 80. Arrowsmithin mielestä tulee olla jokaisen jäsenvaltion oma valinta, voidaan tehottomuus sopimusmuutos tilanteissa kohdentaa pelkästään muutettuihin osiin vai koko sopimuskehen, ks. Arrowsmith 2018, s. 1024–1025.

<sup>213</sup> Ks. HE 108/2016 vp, s. 240 markkinaoikeusratkaisuviittauksineen. Myös ruotsalaisessa ratkaisussa HFD 2019:18 palvelukuljetukset, mukaan lukien koulukuljetukset, katsottiin, että ne voisivat olla välttämättömiä syitä olla päättämättä sopimusta, mutta sopimuksen päättämisen täytyy todellisuudessa vaarantaa palvelujen turvaaminen. Kyseisessä tapauksessa 20 auton vähennys ei vaarantanut kuljetuspalveluita, kun ajoneuvoja oli yhteensä 147.

<sup>214</sup> Direktiivin 2007/66/EY 2 e artiklan 2 kohdan nojalla seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen ovat vaihtoehtoisia seuraamuksia tehottomuusseuraamukselle. Ks. HE 108/2016 vp, s. 240 oikeustapaustavittauksineen.

tusta ja siihen liittyvistä palveluista tehdystä noin 18 500 000 euron arvoisesta hankintasopimuksesta, jota hankintayksikkö ja toimija muuttivat useaan kertaan noin 8 200 000 euron edestä. Hankintayksikkö velvoitti toimijaa muun muassa lisäämään lipunmyyntilaitteiden keskushallintajärjestelmään lippujen verkkomyyntiohjelmiston. Kansallinen hankintaviranomainen laittoi asian vireille välityskunnassa, joka katsoi, että jokaista sopimuksen muutosta varten olisi pitänyt järjestää uusi julkinen hankintamenettely. Se huomautti, että velvollisuus noudattaa sitä, mitä julkisia hankintoja koskevissa oikeussäännöissä säädetään sopimusten muuttamisesta, koskee molempia sopimuspuolia ja että tästä seuraa, että jos sopimuspuolet ovat soveltaneet kyseisiä säännöksiä lainvastaisesti, molempien sopimuspuolten on katsottava tehneen rikkomuksen. Lautakunta määräsi molemmille osapuolille yli 200 000 euron sakot. EUT katsoi, ettei unionin oikeus ole esteenä sille, että hankintaviranomaisen lisäksi myös sopimuskumppanille voidaan määrätä sakkoa.<sup>215</sup> Vaikka tämä voi vaikuttaa ankaralta yritysten kannalta, eikä Suomessa ainakaan toistaiseksi ole katsottu tarvetta määrätä seuraamusmaksua sopimuksen toimittajalle, on maksu sinänsä toimiva pelote myös toimijalle. Toisaalta kielletyllä tavalla muutettu hankintasopimus saatetaan joissain tapauksissa katsoa myös laittomaksi valtiontueksi, jonka vuoksi toimittajan tulisi maksaa laittomasti muutetun hankintasopimuksen mukaiset suoritukset takaisin, joka myös on olemassa oleva pelote.<sup>216</sup> On siis pohdittava, onko tällainen uusi sakko tarpeellinen ja kannattaisiko sitä ottaa käyttöön myös Suomessa, jotta yritykset eivät ainakaan kannustaisi hankintayksiköitä sopimuksen olennaiseen muuttamiseen ilman sallittua perustetta.

Asianosaisen tulee hakea muutosta hankintalainsäädännössä annettujen määräaikojen sisällä. Direktiivin 2007/66/EY 2 f artiklan mukaan muutoksenhakuajat säädetään tarkemmin kansallisessa hankintalaissa. Suomessa laittomista sopimusmuutoksista on valitettava hankintalain 147 §:n 4 momentin mukaan 14 päivän kuluessa sopimusmuutosilmoituksen julkaisemisesta, kun kyseessä on jo tehty lisätyö- tai ennalta arvaamaton olosuhde-muutos. Jos muutosilmoitusta ei julkaista, ilmoituksen tekemättä jättäminen ei kuitenkaan johda oikeustoimen pätevyyteen. Sen sijaan muutosilmoituksen tekemättä jättämi-

---

<sup>215</sup> Ks. Asia C-263/19 *T-Systems Magyarország ym.*, kohta 55.

<sup>216</sup> Laittomasta valtiontuesta ks. jakso 5.2.

nen johtaa kansallisen hankintalain 147 §:n mukaan siihen, että muutoksesta on mahdollista valittaa kuuden kuukauden kuluessa hankintasopimuksen tekemisestä, kun taas muutositilmoituksesta olisi tullut valittaa 14 vuorokauden kuluessa ilmoituksen julkaisemisesta.<sup>217</sup> Siten muutositilmoituksen tekemisellä valitusaikaa voidaan lyhentää ja sopimusosapuolet saavat varmuuden nopeammin muutoksen sallittavuudesta, jos kukaan ei valita tuossa ajassa.

Muista hankintayksikön sallimiksi katsomista muutoksista ei jälki-ilmoitusta tarvitse julkaista, mutta hankintayksikkö voi julkaista vapaaehtoisen ilmoituksen hankintayksikkö, mikäli haluaa varmistua siitä, että ulkopuolisetkin pitävät muutosta sallittuna, mikä ilmenee siten, ettei asiasta valiteta 30 päivän kuluessa jälki-ilmoituksen julkaisemisesta.<sup>218</sup> Jos ilmoitusta ei ole julkaistu, on valitus tehtävä joka tapauksessa kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun hankintasopimus on tehty.<sup>219</sup> Se, että muutos tulisi ulkopuolisten tietoon ilman jälki-ilmoitusta tai asianosaisia informoimatta, on hyvin epätodennäköistä, etenkin jos muutokset ovat tapahtuneet vielä hiljaisesti. Voitaneen kuitenkin edellä mainitusta päätellä, että määräaika valitukselle liittyen hiljaisiin muutoksiin on väistämättä kuusi kuukautta, sillä muihin määräaikoihin liittyy jonkinlainen nimenomainen kommunikointi muutoksesta.

Yhdistetyissä asioissa C-496/18 ja C-497/18 *HUNGEOD ym.* Unkarilainen ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kiinnittänyt huomiota siihen, että direktiivin 2007/66 johdanto-osan 25 ja 27 perustelukappaleissa korostetaan oikeusvarmuuden vaatimusta vain sellaisten muutoksenhakujen osalta, joiden tarkoituksena on sopimuksen toteaminen pätemättömäksi, mutta ei sellaisten muutoksenhakujen osalta, joiden tarkoituksena on rikkomisen toteaminen ja seuraamuksen määrääminen siitä.<sup>220</sup> Asiassa oli kyse siitä,

---

<sup>217</sup> Muutositilmoitukset näistä kahdesta on lainsäädännön sanamuodon perusteella pakottavia, mutta kuten Halonen on todennut, on lainsäädännön nojalla epäselvää mitä siitä seuraa, jos jälki-ilmoitus jätetään julkaisematta, mutta todennäköisintä on, että muutoksenhaku aika vain pitenee kuuteen kuukauteen, kuten ilmoittamatta jätetyissä suorahankinnoissa. Ks. Halonen 2015b, s. 44.

<sup>218</sup> Ks. Arrowsmith 2018, s. 1021 ja 1025.

<sup>219</sup> Ks. Halonen 2015b, s. 49, jonka mukaan muutoksenhaku aika ei periaatteessa ala kulua ennen kuin osapuolet saavat asiasta tiedon, mutta muutoksen perusteella syntyvästä suorahankinnasta on valitettava kuuden kuukauden kuluessa.

<sup>220</sup> Taustalla on mitä ilmeisemmin ajatus siitä, että sopimuksen osapuolilla tulisi tietyn ajan jälkeen olla oikeus luottaa siihen, ettei sopimusta voi enää määrätä tehottomaksi vaan tulisi olla aikaraja, jonka odottamisen jälkeen on turvallista täyttää sopimusta ilman tehottomuuden uhkaa.

voiko kansallinen valvontaviranomainen laittaa uuden kansallisen lain nojalla vireille hankintasopimukseen tehtyjä muutoksia koskevan muutoksenhakumenettelyn, vaikka nämä muutokset on tehty aikaisemman säännösten voimassaoloaikana ja vaikka siinä säädetty preklusiivinen määräaika oli jo päättynyt päivänä, jona menettely pantiin vireille viran puolesta. EUT katsoi perusteluissaan, että tällainen ei ole oikeusvarmuuden ja siitä johtuvan taannehtivuuskiellon mukaista.<sup>221</sup>

Markkinaoikeuden määräämien seuraamusten lisäksi asianosaisen olisi mahdollista valittaa käräjäoikeuteen ja vaatia vahingonkorvausta.<sup>222</sup> EU-oikeuden nojalla julkisissa hankinnoissa tosin edellytetään positiivisen sopimusedun saamiseksi kolmen edellytyksen täyttymistä, jotka ovat ensinnäkin se, että rikotun oikeussäännön on annettava oikeus tauloudellisille toimijoille, toiseksi rikkomuksen on oltava tarpeeksi vakava ja kolmanneksi velvoitteen ja osapuolen välillä on oltava suora syy-yhteys.<sup>223</sup> Syy-yhteyden näyttäminen hankintayksikön tekemän hankintalain rikkeen ja asianosaiselle aiheutuneen vahingon eli muutetun sopimuksen menettämisen välillä onnistuisi vain siten, että valittaja onnistuu näyttämään toteen, että se olisi voittanut kilpailutusmenettelyn, jos virhettä ei olisi tehty.<sup>224</sup> Kyseessä on kuitenkin hyvin spekulatiivinen tilanne, eikä sitä ole katsottu Suomessa voitavan näyttää laittomien suoramarkintojen yhteydessä.<sup>225</sup> Negatiivista sopimusetua ei ole edes mahdollista hakea laittomissa sopimusmuutostilanteissa, sillä valittajan tulisi sitä saadakseen näyttää todellisuudessa aiheutuneet kustannukset tarjousmenettelystä, jota ei ole edes järjestetty,<sup>226</sup> tai siitä, että sopimusta on olennaisella tavalla muutettu.

---

<sup>221</sup> Ks. Yhdistetyt asiat C-496/18 ja C-497/18 HUNGEOD ym., kohdat 94–102.

<sup>222</sup> Näin myös Ruotsissa, katso NJA 2013 s. 909, jonka otsikon mukaan ”Skadeståndsregler i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling utesluter inte skadestånd enligt skadeståndslagen.”

<sup>223</sup> Ks. Euroopan talousalueen tuomioistuimen ratkaisu E-7/18 *Fosen-Linjen II*, kohta 117. Ks. myös ruotsalainen tapaus NJA 2016 s.358, jossa todetaan julkisista hankinnoista annetun lain mukaisen vahingonkorvausoikeus edellyttävän riittävän selvää lain rikkomista. Tällöin on oltava kyse selkeästä eikä vähäisestä poikkeamisesta hankintavaatimukseen sovellettavista periaatteista tai siitä, mitä voidaan pitää tarjousten tosiasiallisena arviointina asiakirjoihin nähden.

<sup>224</sup> Ks. Arrowsmith 2018, s. 1016, sekä Halonen P.P.L.R. 2015, s. 112.

<sup>225</sup> Myöskään sopimuskumppani ei voi tehottomuusseuraamuksen perusteella lähtökohtaisesti hakea vahingonkorvausta, koska vahingon aiheuttanut sopimusta ei enää ole, jollei se ole toiminut vilpittömässä mielessä eikä ole tiennyt rikkeestä. Ks. tarkemmin Halonen P.P.L.R. 2015, s. 111–121.

<sup>226</sup> Ks. Arrowsmith 2018, s. 1016.

## 5.2. Laiton valtiontuki

Sen lisäksi, että hiljaiset sopimusmuutokset voisivat olla laittomia suoraan hankintoja, voisi kyseessä olla myös laitonta valtiontukea, joka toimijan tulisi maksaa takaisin. EU:n valtiontukisäännöt tulevat nimittäin sovellettavaksi myös julkisiin hankintoihin silloin, kun kaikki valtiontuen tunnusmerkit täyttyvät. Tunnusmerkit on annettu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 107 artiklan 1 kohdassa, jonka mukaan kiellettyä valtion tukea on sellainen jäsenvaltion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu sisämarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.<sup>227</sup> Jos hankintamenettelyssä on siis käytetty muita kuin hankittavaan kohteeseen objektiivisesti liittyviä ehtoja tai jos hankintasopimus on annettu toimijalle sellaisilla suosivilla ehdoilla, että toimijan saama taloudellinen etu ei olisi ollut mahdollista tavanomaisena liiketoimena, kyseessä voi olla laitton valtiontuki.<sup>228</sup>

Laitonta valtiontukea voi olla myös hankintasopimuksen ehtojen muuttaminen hankintakaudella tai muu sopimushallinnollinen toimi, jolla saadaan aikaan taloudellista hyötyä toimijalle ilman vastaavaa vastiketta hankintayksikölle.<sup>229</sup> Euroopan komissio on vahvistanut tämän päätöksessään N 264/2002 *London Underground*.<sup>230</sup> Päätöksessään komissio kiinnitti huomiota siihen, että kyseessä olleita sopimuksia ei muutettu taloudellisesti siten, että ne olisivat muuttuneet markkinaolosuhteita vastaamattomiksi. Jos nimittäin ehdoilla saataisiin vallitsevia markkinoihin verrattuna edullisempia sopimusehtoja, voisi kyseessä olla kielletty valtiontuki.<sup>231</sup>

Pelkkä edun saaminen ei kuitenkaan riitä näyttämään kiellettyä valtiontukea, jos yksityisessä sopimuksessa oltaisiin myönnetty sama etuus eli jos hankintayksikkö pyrkii etuudella suojelemaan kaupallisia etujaan.<sup>232</sup> Siten vaikka hankintakaudella hankintayksikkö

---

<sup>227</sup> Hankintojen ja valtiontukien sääntelyä yhdistää pyrkimys vääristymättömään kilpailuun sisämarkkinoilla, vaikka valtiontukisääntely kuuluu kilpailuoikeuden ja kilpailupoliittisten tavoitteiden piiriin, kun taas julkiset hankinnat kuuluvat sisämarkkinoiden sääntelyn piiriin, ks. Huikko – Ukkola LM 2014, s. 214–215 ja 217.

<sup>228</sup> Ks. Arrowsmith 2014, s. 238 ja 303, ja Euroopan komission tiedonanto valtiontuesta, kohta 96.

<sup>229</sup> Arrowsmith 2014, s. 303 ja 313.

<sup>230</sup> N 264/2002 *London Underground*.

<sup>231</sup> N 264/2002 *London Underground*, kohdat 122–125.

<sup>232</sup> N 264/2002 *London Underground*, kohta 121.



muuttaisi hankintasopimusta siten, että se maksaisi ylimääräistä toimijalle saadakseen tämän jatkamaan sopimusta, ei kyseessä välttämättä ole kielletty valtiontuki, vaikka tilanteessa mahdollisesti rikottaisiinkin hankintadirektiiviä, jos vastaavassa tilanteessa yksityinen tekisi saman ratkaisun kuin hankintayksikkö.<sup>233</sup> Lisäksi jos muutos olisi esimerkiksi niin vähäinen, ettei hankintadirektiiviäkään rikottaisi, ei kyseessä voisi olla myöskään laitton valtiontuki. Näin ollen hiljaisista hankintasopimuksen muutostilanteista kiellettyä valtiontukea voisi olla lähinnä sellaiset tilanteet, joissa hankintayksikkö hiljaisesti hyväksyy toimijan sopimusta vastaamattoman toiminnan eikä velvoita tätä hankintasopimuksen ehtojen noudattamiseen,<sup>234</sup> sillä tällainen toiminta ei suojele kaupallisia etuja, eikä yksityinen todennäköisesti katsoisi sopimusehtojen rikkomuksia tai puutteellista noudattamista läpi sormien, vaan vaatisi niiden noudattamista.

---

<sup>233</sup> Arrowsmith 2014, s. 313.

<sup>234</sup> Arrowsmith 2014, s. 313.

## 6. Johtopäätökset

Tutkimuksessa on selvinnyt, että sopimusten syntyminen on varallisuus oikeudellisesta näkökulmasta mahdollista silloin, kun osapuolten hiljaiset tahdonilmaisut eli käyttäytyminen on toistuvasti sopimuksen mukaista tai kun toinen osapuolista pitkäaikaisesti hyväksyy toisen osapuolen sopimukseen liittyvän käytöksen. Hiljaisen sopimuksen syntymiseltä edellytetään, että pystytään näyttämään lähes aukottomasti toteen sen, että osapuolten käyttäytymisestä tai passiivisuudesta ilmenee tahto sitoutua sopimukseen ja että sopimuksen vähimmäissisällöstä eli pääsuorituksista on päästy yhteisymmärrykseen, eikä kyseessä ole ollut määrämuotoa vaativa sopimus.

Sopimusta voidaan myös muuttaa hiljaisella tahdonilmaisulla, jos osapuolet menettelevät toistuvasti alkuperäisestä sopimuksesta poikkeavalla tavalla tai jos osapuoli pitkäaikaisesti hyväksyy itseään sitovaksi esimerkiksi toisen osapuolen puutteelliset suoritukset. Kun tätä varallisuus oikeudessa hyväksytyä ilmiötä tarkastellaan julkisista hankinnoista annettujen oikeusohjeiden näkökulmasta, joudutaan vastakkain hankintalainsäädännön yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden kanssa, joiden nojalla EUT katsoi ratkaisussaan asiassa C-454/06 *pressetext*, että hankintasopimuksen sopimuskentekoehtojen olennainen muuttaminen on kiellettyä ja sen perusteella hankinta tulee kilpailuttaa uudelleen.<sup>235</sup> Edellytyksenä uudelleenkilpailuttamisvelvollisuuden syntymiselle on, että hankinnan luonne muuttuu, uudet ehdot olisivat voineet houkutella uusia tarjoajia jättämään tarjoukset hankintamenettelyn aikana tai valittu voittaja muuttuu vääräksi.

Tutkimuksessa tarkasteltu kolmea eri tilannetta, joissa hankintasopimusta voitaisiin katsoa muutetun hiljaisesti ja olennaisella tavalla. Ensinnäkin väärää voittajaa koskevat tilanteet käsittelevät sitä, onko kyseessä kielletty sopimuksen muuttaminen silloin, kun hankintayksikkö valitsee väärän voittajan hankinnan toteuttajaksi, tai silloin, kun hankintayksikkö hiljaisesti hyväksyy oikean voittajan muuttumisen vääräksi voittajaksi hankintakauden aikana. Tutkimuksessa on esitetty, että muutos on kielletty, jos väärä voittaja on valittu hankintayksikön vastuulle kuuluvasta syystä, esimerkiksi voittajan soveltuvuusvaatimusten tarkastamisen laiminlyömisestä. Sen sijaan sallivampi tulisi olla, jos väärä

---

<sup>235</sup> Asia C-454/06 *pressetext*, kohta 60.

voittaja on tahallisesti antanut hankintayksikölle hankintamenettelyn aikana väärää tietoa, tai jos voittaja on vasta myöhemmin muuttunut vääräksi sen taloudellisten tai muiden hankintasopimuksen täytöedellytysten heiketessä.

Toinen tutkimuksessa esitetty pääväite on se, että valitun toimittajan toistuvat tai merkittävät sopimusrikkomukset voivat muuttaa hankintasopimusta hiljaisesti ja olennaisesti, jos hankintayksikkö ei valvo sopimusta vetoamalla tehostekeinoihin oikeiden suoritusien saamiseksi. Tällöin sopimuksesta voi tosiasiaassa tulla toimittajalle taloudellisesti kannattavampi tai sopimuksen ala tai luonne voi muuttua olennaisella tavalla. Hankintasopimuksen passiivisuus indikoisi, että hankintayksikkö on hiljaisesti hyväksynyt hankintasopimuksen rikkeiden mukaisen sisällön hankintasopimukselle lainsäädännön vastaisesti. Myös sillä on merkitystä, mitä aiemmin sopimusrikkomuksia tapahtuu, sillä tällöin voidaan olettaa hankintayksikön pyrkineen hankintalainsäädännön kiertämiseen.

Kolmas tarkasteltava tilanne on sopimuksen alan muuttuminen hiljaisesti eli tilanteet, joissa hankintayksikkö alkaa hiljaisesti tilaamaan muuta kuin on sovittu tai ajallisesti jatkaa sopimusta toimittajan kanssa pidempään kuin on alun perin sovittu. Tällainen muuttaminen tulisi sallia vain hyvin poikkeuksellisesti, esimerkiksi muutoksen vähäarvoisuudesta johtuen, sillä tämä on tilanteista ainoa, jossa hankintayksikkö aktiivisesti toimii itse hankintalainsäädännön vastaisesti, eikä vain hyväksy toimittajan tekemiä muutoksia.

Kaikkia tutkittuja tilanteita yhdistää se, että hiljaisen sopimusmuutoksen kiellettyvyyden arviointi perustuu tapauskohtaiseen kokonaisharkintaan, jossa hankintayksikön asenteelle annetaan suuri painoarvo. Hiljaisiin muutostilanteisiin pystytään tarvittaessa puuttumaan voimassa olevan hankintalainsäädännön perusteella ja niitä kohdellaan seuraamuksien osalta kuten laittomia suoraankintoja, mutta niiden huomaaminen ja toteen näyttäminen on erittäin haastavaa. Todistelussa voidaan kuitenkin hyödyntää olettamaa siitä, että mitä passiivisempi hankintayksikkö on hankintasopimuksen ehtojen valvomisessa ja mitä varhaisemmassa vaiheessa ehtoja muutetaan, sen vahvemmin tilanne indikoi hankintaviranomaisen yrityksestä kiertää hankintalainsäädäntöä ja sen todennäköisemmin hankintaperiaatteita rikotaan.