

MERKURIUS

Loviisan perusturvalautakunta

Tampere 15.12.2020

Öhmaninkatu 4
PL 89
07901 Loviisa

kaupunki@loviisa.fi

SÄHKÖPOSTITSE

HANKINTAPÄÄTÖKSEN 12.11.2020 OIKAISUA KOSKEVA VAATIMUS

Asianajotoimisto Merkurius Oy edustaa Validia Oy:tä ("Validia") Loviisan kaupungin järjestämässä vammaisten asumispalveluiden hankintaa koskevassa kilpailutuksessa (prosessiosoitte alla).

Validia vaatii Loviisan kaupunkia oikaisemaan 12.11.2020 tehtyä hankintapäätöstä siten, että Validiaa ei poissuljeta tarjouskilpailusta. Validia tulee hyväksyä puitejärjestelyyn.

1 Vaatimuksen perusteet

1.1 Tausta

Hankinnan kohteena ovat olleet vammaisten asumispalvelut ostopalveluna. Hankinta on tehty yhteishankintana, jossa on Loviisan kaupungin lisäksi ollut mukana Askolan ja Sipoon kunnat sekä Porvoon kaupunki. Hankintayksikkönä on toiminut Porvoon kaupunki. Hankinta on jaettu neljään eri osa-alueeseen ja tarjouksen on voinut jättää yhteen tai useampaan osa-alueeseen. Validia on jättänyt tarjouksen osa-alueesta 2 "Muut vammaiset".

Loviisan kaupunki on kuitenkin poissulkenut Validian hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan nojalla perustuen päätöksensä Valviran antamaan päätökseen dnro V/38667/2019. Validia on ollut ainoa tarjoaja, joka on poissuljettu kilpailutuksesta.

1.2 Vakava virhe ammattitoiminnassa

Hankintalain 81 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle ehdokkaan tai tarjoajan, joka on ammattitoiminnassaan syyllistynyt

Asianajotoimisto Merkurius Oy - Merkurius Attorneys Ltd

Keskustori 5
33100 Tampere
Finland
+358 50 571 7327

Y-tunnus – Business ID 2875021-7
Alv-numero – VAT number FI2875021-7
Kotipaikka – Domicile Tampere

office@merkuriuslaw.fi
etunimi.sukunimi@merkuriuslaw.fi
firstname.lastname@merkuriuslaw.fi
www.merkuriuslaw.fi

MERKURIUS

sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen.

Kyseistä kohtaa koskevissa lain esitöissä (HE 108/2016 vp s. 183 ja 184) on todettu, että ehdokas tai tarjoaja voidaan sulkea menettelystä, jos se on ammattitoiminnassaan syyllistynyt sen luotettavuuden kyseenalaistavaan vakavaan virheeseen, jonka hankintayksikkö voi näyttää toteen. Tällainen vakava virhe kyseenalaistaa toimittajan luotettavuuden niin, että sitä ei voida valita hankintasopimuksen sopimuspuoleksi riippumatta siitä, että sillä on muutoin tekniset ja taloudelliset resurssit sopimuksen toteuttamiseksi.

Esitöissä todetaan lisäksi, että ”*ammattitoiminnan vakavaksi virheeksi voitaisiin katsoa myös muun muassa yksityisen sosiaali- tai terveydenhuollon valvontamenettelyssä havaitut ja toimittajan luotettavuuden kyseenalaistavat epäkohdat palvelujen tuottamisessa. Yksityisistä sosiaalipalveluista annetun lain (922/2011) 4 luvussa sekä yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain (152/1990) 20–22 §:ssä säädetään sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston tai aluehallintoviraston toimivallasta puuttua palvelujen tuottamista koskeviin epäkohtiin, antaa määräyksiä puutteellisuuden korjaamisesta, velvoittaa sakon uhalla noudattamaan annettuja määräyksiä, kieltää toimintayksikön tai sen osan käyttö taikka keskeyttämään palvelujen tarjoaminen. Edellä mainitut valvontatoimenpiteet voivat oikeuttaa ehdokkaan tai tarjoajan sulkemiseen tarjouskilpailusta ammattitoimintaan liittyvän vakavan virheen vuoksi.*”

Hallituksen esityksessä ei todeta, että em. tilanteet kategorisesti oikeuttaisivat poissulkemiseen ammattitoimintaan liittyvän vakavan virheen perusteella. Sen sijaan kohdassa todetaan, että tällaiset tilanteet voivat oikeuttaa poissulkemiseen.

Euroopan unionin oikeuskäytännössä on todettu, että vakavan virheen käsite on ymmärrettävä siten, että se viittaa tavallisesti taloudellisen toimijan menettelyyn, joka ilmentää toimijan tietyn vakavuusasteen tuottamusta tai huolimattomuutta. Mikä tahansa sopimuksen tai sopimuksen osan virheellinen, epätäsmällinen tai puutteellinen täyttäminen taloudellisen toimijan puolelta voi mahdollisesti osoittaa tämän ammatillisen pätevyyden puutteita, *muttei merkitse automaattisesti vakavaa virhettä. Vakavan virheen olemassaolon toteaminen edellyttää lähtökohtaisesti kyseisen taloudellisen toimijan asenteen konkreettista ja yksilökohtaista arviointia* (tuomio 13.12.2012, Forposta ja ABC Direct Contact, 29–31 kohta).

Markkinaoikeus on todennut esimerkiksi tapauksessa MAO:403/14¹, että tarjoajien poissulkemisessä hankintayksikön tulee noudattaa *suhteellisuuden periaatetta*. Suhteellisuuden vaatimusten huomioon ottaminen edellyttää, että poissulkeminen ei ole kohtuuttomassa suhteessa teon vakavuuteen nähden. Markkinaoikeus on lisäksi todennut tapauksessa MAO:676/17, että puutteiden tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisesti *riittävän vakavia*².

Tapauksessa MAO:248/15 markkinaoikeus onkin todennut, että: ”*tarjoajan sulkeminen tarjouskilpailusta on ankara toimenpide. Tämän vuoksi poissulkemista koskevassa harkinnassa tulee hankintasäännösten mukaan ottaa huomioon rikkomuksen tai laiminlyönnin vakavuus, laatu ja laajuus, yhteys hankinnan kohteeseen, kulunut aika, mahdolliset muut aiheutuneet seuraamukset sekä rikkomukseen tai laiminlyöntiin syyllistyneen mahdolliset korjaavat teot. Hankintayksikön tulee käyttää asiassa tapauskohtaista harkintaa.*”

¹ Todettakoon, että tässä on sovellettu vielä vanhan hankintalain 54 §:n 1 momentin 4 kohtaa. Hallituksen esityksessä HE 108/2016 on kuitenkin todettu, että säännöksen sisältö pysyy samana myös uuden lain alla. (s. 184)

² Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 25.5.2009 taltio 1294 katsottiin, että hankintayksikön aiempien negatiivisten kokemusten käyttäminen voi sinänsä olla mahdollista ehdokkaan tai tarjoajan poissulkemisperusteena. Koska hankintayksikön reklamaatioluettelo oli epätäsmällinen ja koska osa esitetystä puutteista oli pienehköjä ja alalla tavanomaisia, esitetyt puutteet eivät ratkaisun mukaan oikeuttaneet hankintayksikköä sulkemaan toimittajaa tarjouskilpailusta.

MERKURIUS

Oikeuskäytännön perusteella voidaan siten kootusti todeta, että harkittaessa poissulkemista, on arviointi tehtävä aina tapauskohtaisesti ja ko. tarjoajan tilanteen olosuhteet huomioon ottaen.

1.3 Validian poissulkemiselle ei ole hankintalain mukaisia perusteita

Hankintalain hallituksen esityksestä käy edellä todetusti ilmi, että esim. valvontaviraston määräys puutteellisuuden korjaamisesta voi olla poissulkemisperuste. Sen sijaan hallituksen esityksessä ei todeta, että tällainen määräys olisi aina poissulkemisperuste. Oikeuskäytännössä on vahvistettu, että poissulkeminen on aina sen verran ankara toimenpide, että sen olemassaolo pitää tapauskohtaisesti aina arvioida erikseen ja noudattaa suhteellisuusperiaatetta.

Loviisan kaupunki ei ole pyytänyt Validialta mitään selvitystä asiasta. Siten Validia katsoo, että sen tilannetta ei ole tosiasiallisesti oikeuskäytännön edellyttämällä tavalla arvioitu yksilökohtaisesti, vaan poissulkemispäätös on tehty kategorisesti. Päätös poissulkemisesta ei anna syytä arvioida tilannetta eri tavalla, sillä siinä on vain hyvin yleisellä tasolla viitattu Valviran päätökseen poissulkemisen perusteena.

Valvira on antanut Validiaa koskevan päätöksen, jonka mukaisesti Validian tulee korjata tiettyjä havaittuja puutteita. Kuten Valviran päätöksestä käy ilmi, on Validian toiminta puutteelliseksi todetuissakin asioissa tosiasiallisesti oikeasuuntaista. Esimerkiksi omavalvonnan osalta Valvira on todennut, että Validian toimet koskien omavalvontasuunnitelmien laatimista yksikkökohtaisesti ovat oikeasuuntaisia, mutta evät kaikilta osin riittäviä. Kyse ei siten ole ollut siitä, että Validia olisi laiminlyönyt velvollisuutensa kokonaan.

Lisäksi on huomattava, että Valviran päätöksestäkin ilmenevällä tavalla Validia on jo ennen päätöksen antamista ryhtynyt korjaaviin toimenpiteisiin. Valvira on kuitenkin päätöksellään halunnut varmistaa, että toimenpiteet tulevat olemaan riittävät ja pitkäaikaiset.

Validian poissulkeminen tarkoittaa käytännössä sitä, että Validia suljettaisiin hankintapäätöstä koskevilta markkinoilta pois peräti kolmeksi vuodeksi. Validia katsoo, että poissulkeminen ei ole suhteessa Valviran päätöksessä huomioituihin puutteisiin ja jo suoritettuihin korjaustoimiin nähden, kun ottaa huomioon poissulkemisen pitkäkestoisen vaikutuksen.

Siten Validia katsoo, että suhteellisuusperiaate huomioiden, poissulkeminen on ollut kohtuuttoman ankara toimenpide.

1.4 Viranomaisprosessi on vielä kesken

Oikeuskirjallisuudessa on todettu seuraavasti:

Jos asia on vireillä oikeudessa, on kuitenkin kyseenalaista, voiko hankintayksikkö täyttää näyttövelvollisuutensa ennen asian lopullista ratkeamista. Jos hankintayksikkö esimerkiksi väittää kyseessä olevan vakava ammatillinen virhe ja myöhemmin tarjoaja saa oikeudenkäynnissä vapauttavan lainvoimaisen tuomion samasta asiasta, lienee ilmeistä, että hankintayksikön arvio asiasta on ollut väärä. Mikäli poissulkeminen on kuitenkin jo tehty, asian korjaaminen on yleensä mahdotonta. Tämän johdosta olisi käytännössä syytä pidättäytyä käyttämästä vakavaa ammatitointaan liittyvää virhettä poissulkemisperusteena asioissa, jotka ovat vasta vireillä oikeudessa.³

Validia katsoo, että poissulkupäätöstä ei voi tehdä keskeneräisen viranomaisprosessin perusteella. Tässä asiassa hankintayksikkö on poissulkuperusteiden osalta vedonnut vielä käynnissä

³ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi: Julkiset hankinnat 2017, s. 418.

MERKURIUS

olevaan Valviran prosessiin. Valviran päätös, johon hankintayksikkö viittaa, on osa keskeneräistä valvontaprosessia. Valvira on antanut Validialle 31.1.2021 asti aikaa korjata valvonnassa huomautetut puutteet. Selvityksen antamisen määräpäivä on vasta 31.3.2021. Kuten todettu, Validia on jo ryhtynyt korjaaviin toimiin ja tekee kaikkensa sen eteen, että epäkohdat tulevat korjatuiksi.

Siten oikeuskirjallisuudessa esitetyn kannan mukaisesti tällaisissa tilanteissa poissulkemisperusteiden käyttöön on kohdistettava erityistä harkitsevuutta. Näin on erityisesti tässä tilanteessa, jossa Validia on jo tehnyt korjaavia toimenpiteitä ja Valviran asettama takaraja toimenpiteiden suorittamisellekin osuu pitkälti yksiin hankintasopimuksen sopimuskauden alkamisajankohdan kanssa.

1.5 Hankintayksikkö ei ole kohdellut tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi

Hankintalain 3 §:n 1 momentin mukaisesti hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus tarkoittaa käytännössä sitä, että samanlaisia tilanteita ei saa kohdella eri tavoin, ellei erilaista kohtelua voida perustella puolueettomin syin⁴.

Hankintaan on osallistunut Attendo Joenranta Oy sekä Attendo Oy, joiden tarjoukset on hyväksytty useamassa hankinnan osa-alueessa.

Attendo Suomi Oy:n konserniin liittyen on kuitenkin ollut vireillä valvonta-asia Valvirassa, josta on annettu päätös diaarinumerolla V/50180/2018. Päätös on koskenut *kaikkia* Attendo-konsernin yhtiöitä, ml. *Attendo Oy:tä*, ja niiden alaisia toimintayksiköitä, joilla on lupa vanhusten tehostetun palveluasumisen tuottamiseen⁵. Päätöksellä Valvira on antanut yksityisistä sosiaalipalveluista annetun lain nojalla määräyksen ko. yhtiöiden toiminnassa havaittujen puutteiden ja epäkohtien poistamiseksi. Päätös on koskenut erityisesti vanhustenhuoltoa, mutta Attendo-konserniin kuuluvilla yhtiöillä on myös sellaisia yksiköitä, joissa ikäihmisten lisäksi hoidetaan esimerkiksi kehitysvammaisia tai vammautuneita henkilöitä. Tällainen yksikkö on muun muassa tarjouskilpailuun osallistunut *Attendo Joenranta Oy*, jota ko. Valviran päätös siten myös koskee⁶.

Valviran päätöksessä on todettu, että Attendon toiminnassa on ollut vakavia laiminlyöntejä. Esimerkiksi Jyväskylässä kaupunki jopa otti lopulta lääkehoidon vastuulleen siksi aikaa, kunnes Attendo oli saanut menettelynsä, lääkesäilytyksensä ja lääkelupansa asiakasturvalliseksi.

Vammaispalveluita ja vanhuspalveluita ohjaa keskeisesti sosiaalihuoltolaki, laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä laki yksityisistä sosiaalipalveluista. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että Valviran toteamat Attendon rikkeet rinnastuvat vastaaviin rikkeisiin vammaispalveluiden tuottamisessa.⁷

⁴ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi: Julkiset hankinnat 2017, s. 36.

⁵ ”Valviran näkemyksen mukaan Attendo Suomi Oy:n konserniin kuuluvien palvelujen tuottajien toimintaa johdetaan tosiasiassa samojen henkilöiden toimesta. Näin ollen Valvira ohjaa valvontapäätöksellään myös niitä palvelujen tuottajia (yhtiöitä), joilla on lupa vanhusten tehostetun palveluasumisen tuottamiseen yksityisistä sosiaalipalveluista annetun lain mukaisesti, mutta joiden toiminnassa ei suoranaisesti ole havaittu valvontaviranomaisen toimesta puutteita. Valvontahavaintojen perusteella voidaan todeta, että vanhustenhuollon asumispalvelujen tuottamisessa ja toiminnassa havaitut epäkohdat ja puutteet ovat olleet samantyyppisiä, riippumatta siitä, onko kyseessä Attendo Suomi Oy -konsernin alaisuudessa toimiva **Attendo Oy:n** tai Attendo Mi-Hoiva Oy:n tai niiden alaisuudessa omalla y-tunnuksella toimivan palvelujen tuottajan toimintayksikkö.” (korostus laatijan, kts. päätöksen s. 37–38)

⁶ Muita vastaavia yksiköitä ovat esim. Attendo Muurutvirta ja Attendo Ankkuri.

⁷ Tässä on syytä huomioida erityisesti se, että ko. Valviran päätös on koskenut myös niitä toimintayksiköitä, joissa on sekä ikäihmisiä että vammaisia koskevia palveluita.

MERKURIUS

Edellä on todettu, että hankintayksikkö ei saa kohdella samanlaisia tilanteita eri tavoin, ellei erilaista kohtelua voida perustella puolueettomin syin. Validia katsoo, että mikäli Valviran päätös on Validian kohdalla tarkoittanut hankintalain tarkoittamaa vakavaa virhettä ammattitoiminnassa, olisi vastaava tulkinta pitänyt tehdä myös Attendo Joenranta Oy:n ja Attendo Oy:n osalta, sillä ko. yrityksiä koskee myös Valviran antama valvonta-asiaan liittyvä samankaltainen päätös. Vastaavasti, mikäli hankintayksikkö katsoo, ettei Attendo Joenranta Oy:n ja Attendo Oy:n kohdalla kyse ole vakavasta virheestä ammattitoiminnassa, ei tällaista tulkintaa voi tehdä myöskään Validian kohdalla.

Hankintalaki edellyttää, että Validiaa tulisi kohdella tasapuolisesti Attendo Joenranta Oy:n ja Attendo Oy:n kanssa. Tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimukset eivät täyty, mikäli vain Validia poissuljetaan Valviran päätöksen perusteella.

2 Yhteenveto

Validia katsoo, että Valviran päätös ei osoita hankintalain 81 §:n 1 momentin 3-kohdan mukaista vakavaa virhettä ammattitoiminnassa, kun otetaan huomioon suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Validia on jo suorittanut korjaustoimia, minkä lisäksi Valviran päätöksen perusteluista käy ilmi, että Validian toiminnassa ei ole ollut piittaamattomuutta, vaan että Validia on puutteidenkin osalta kuitenkin tehnyt oikeansuuntaisia toimia. Validia katsoo, ettei sen luotettavuus tuottaa palveluita puitejärjestelyn mukaisesti ole heikentynyt.

Tämän lisäksi Validia pyytää Loviisan kaupunkia huomioimaan hankintalain vaatimuksen tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta. Nämä vaatimukset edellyttävät sitä, ettei tarjoajia kohdella eri tavoin samassa tilanteessa. Kuten yllä on tuotu ilmi, Validia ei ole ainoa tarjoajista, jonka toiminnasta Valvira on antanut päätöksen. Sen sijaan Validia on ainoa tarjoaja, joka on poissuljettu tarjouskilpailusta tällä perusteella. Validia katsoo, että hankintayksikön menettely ei ole tältä osin hankintalain mukaista.

Validia pyytää Loviisan kaupunkia oikaisemaan 12.11.2020 tekemäänsä hankintapäätöstä siten, että Validiaa ei poissuljeta tarjouskilpailusta. Hankintapäätöksen oikaisemiselle on hankintalain 125 §:n mukaiset perusteet. Validia ilmoittaa saattavansa asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi tänään 15.12.2020, mikä hankintalain mukaisesti keskeyttää hankintapäätöksen toimeenpanon.

Selvyyden vuoksi todetaan, että Validia tuottaa tarjouspyynnön kohteena olevia palveluja voimassa olevan lainsäädännön vaatimusten mukaisesti ja noudattaen kaikkia viranomaisohjeita.

Kunnioitavasti,



Kirsi-Marja Salokangas
asianajaja, varatuomari
Validia Oy:n asiamiehenä

LIITTEET

Liite 1	Valviran päätös Dnro V/50180/2018 koskien Attendo Suomi Oy konsernia
Liite 2	Poissulkemista koskeva päätös 12.11.2020 (tiedoksianto 2.12.2020)
Liite 3	Valitus markkinaoikeudelle 15.12.2020