

MARKKINAOIKEUDELLE**Asia**

Valitus Etelä-Savon hyvinvointialueen ikäihmisten ympärivuorokautista palveluasumista koskevaan puitesopimusjärjestelyyn liittyen

Valittaja

Esperi Care Oy (Y-tunnus 2017532-6);
jäljempänä yhdessä ”Valittaja” tai ”Esperi”

Valittajan asiamies ja prosessiosoite

Ilona Pilkama-Paajanen
Senior Legal Counsel
Luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja
Fondia Oyj
Aleksanterinkatu 11
00100 Helsinki
Puh: 020 7205 416, Fax: 020 7205 499
ilona.pilkama-paajanen@fondia.com

Hankintayksikkö

Etelä-Savon Hyvinvointialue (y-tunnus 3221315-8)
Porrassalmenkatu 35-37
50100 Mikkeli
Yhteyshenkilö Timo Talo
hankinnat@etelasavonha.fi

Salassapito

Tämä valitus ei sisällä Valittajan liikesalaisuuksia paitsi Liite 6 joka on merkitty LUOTTAMUKSELLISEKSI.

1. Valituksen kohde, valitusoikeus ja valitusaika

Valitus liittyy Hankintayksikön yksipuoliseen päätökseen tehdä kesken puitesopimuskauden kielletty olennainen sopimusmuutos kattohinnan asetantaa koskeviin hankinnan ehtoihin ilman uutta kilpailutusta. Päätös ilmenee 28.7.2023

päiväystä tarjouspyynnöstä (Liite 1) ja myöhemmästä 6.9.2023 päiväystä tarjouspyynnöstä (Liite 2) sekä tämän liitteestä 7 (Liite 3). Valittaja katsoo, että kyseessä on kielletty olennainen sopimusmuutos ja laiton suorahankinta. Samalla menettely rikkoo hankintalain 3 §:n tasapuolisuuden ja avoimuuden periaatteita.

Hankintalain 146 §:n mukaan markkinaoikeuden käsiteltäväksi valituksella voidaan saattaa hankintalaissa tarkoitettu hankintayksikön päätös tai hankintayksikön muu hankintamenettelyssä tekemä ratkaisu, jolla on vaikutusta ehdokkaan tai tarjoajan asemaan. Valittaja on valittu Hankintayksikön järjestämässä puitejärjestelykilpailutuksessa yhdeksi palveluntuottajaksi. Hankintayksikkö on puitesopimuskaudella jättänyt noudattamatta hankinnan olennaisia hinnoitteluun liittyviä ehtoja ja sen on siten katsottava tehneen yksipuolisia olennaisia sopimusmuutoksia hankinnan ehtoihin ilman uutta kilpailutusta. Näillä olennaisilla muutoksilla on ollut hankintalain 146 §:n mukaan olennainen vaikutus Valittajan asemaan. Valittaja ei olisi osallistunut lainkaan alkuperäiseen puitejärjestelykilpailutukseen muutetuilla ehdoilla.

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun (hankintalaki) 147 §:n mukaan valitus markkinaoikeudelle on tehtävä viimeistään kuuden kuukauden kuluessa laittoman suorahankinnan tekemisestä. Valittaja on saanut kattohinnan asetantaa koskevan ensimmäisen päätöksen tiedokseen sähköisesti 28.7.2023 päivätyyn tarjouspyynnön (Liite 1) ja lopullisen päätöksen 6.9.2023 päivätyyn tarjouspyynnön sekä sen liitteen 7 (Liite 3) myötä. Valitus on toimitettu oikea-aikaisesti.

2. Vaatimukset

Valittaja pyytää kunnioittavasti ensisijaisesti, että markkinaoikeus

1. kumoaa Hankintayksikön olennaista sopimusmuutosta koskevan päätöksen hankintalain vastaisena;
2. kieltää Hankintayksikköä laittamasta päätöstä täytäntöön;
3. kieltää Hankintayksikköä noudattamasta virheellistä menettelyä;
4. velvoittaa Hankintayksikön korjaamaan virheellisen menettelynsä;
5. määrää Hankintayksikön maksamaan Valittajan oikeudenkäyntikulut myöhemmin esitettävän erittelyn mukaan korkolain 4 §:n 1 momentin mukaisine viivästyskorkeineen kuukauden kuluttua siitä, kun markkinaoikeuden päätös on ollut asianosaisten saatavissa.

Elleivät reaalikeinot ole käytettävissä Valittaja pyytää kunnioittavasti toissijaisesti, että markkinaoikeus määrää Hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen tai määrää lyhentämään sopimuskauden päättymään pikimmiten ja määrää muun soveltuvan hankintalain 154 §:n mukaisen seuraamuksen sekä kaikissa tapauksissa määrää Hankintayksikön maksamaan Valittajan oikeudenkäyntikulut myöhemmin esitettävän erittelyn mukaan korkolain 4 §:n 1 momentin mukaisine viivästyskorkeineen kuukauden kuluttua siitä, kun markkinaoikeuden päätös on ollut asianosaisten saatavissa.

3. Vaatimusten perusteet

3.1. Yleistä

Valittaja katsoo, että Hankintayksikkö on sopimuskauden aikana muuttanut yksipuolisesti ja olennaisesti kattohinnan asettamista koskevia hankinnan ehtoja ja menetellyt näin hankintalain 136 §:n vastaisesti. Hankintalain 136 §:n rikkomistilanteissa kyseessä on katsottava olevan laitton suorahankinta. Hankintayksikön kuvatulla menettelyllä on ollut vaikutusta puitesopimustoimittajana olevan Valittajan asemaan, koska Valittaja ei olisi osallistunut lainkaan kilpailutukseen, mikäli hankinnan ehdot olisivat alkuperäisen kilpailutuksen aikana olleet olennaisesti muutettujen ehtojen sisältöiset. Hankintamenettelyn lopputulema olisi näin ollen ollut erilainen, palveluntuottajien etusijajärjestys olisi puitesopimuskaudella ollut erilainen ja toiset toimijat olisivat tulleet valituiksi puitesopimuskaudella tietyn Hankintayksikön tarvitseman palvelun tuottajiksi. Menettely on rikkonut myös hankintalain 3 §:n tasapuolisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita.

Virheellistä menettelyä kuvataan tarkemmin alla.

3.2. Hankinnan kuvaus

Etelä-Savon hyvinvointialue (jäljempänä Eloisa tai Tilaaaja) on kilpailuttanut sosiaali- ja muita erityispalveluita koskevalla, 22.1.2023 päivätyllä hankintailmoituksella 430954 – (Liite 4) ikäihmisten ympärivuorokautista palveluasumista koskevan hankinnan koko hyvinvointialueen laajuisena. Hankinta on tarkemmin ottaen koskenut sosiaalihuoltolain 21 c §:ssä tarkoitettua asumispalvelua (ent. tehostettu palveluasuminen) ajalle 1.4.2023 – 31.3.2027 lisättyinä 1+1+1 v optiolla. Hankittavaksi paikkamääräksi on hankintailmoituksessa ilmoitettu n 870 ja hankinnan arvoksi n 60 MEUR/vuodessa.

Hankinta on ilmoitettu toteutettavaksi julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (hankintalaki) 12 luvun, Liitteen E sote-palveluiden mukaisena dynaamisen puitejärjestelyn kaltaisena hankintamenettelynä, joka tarkoittaa hankintayksikön itsensä suunnittelemaa menettelyä hankinnan kohteena olevien palveluiden hankkimiseen.

Kaikki kelpoisuusvaatimukset täyttävät tarjoajat on ilmoitettu valittaviksi palveluntuottajiksi ja asetettavaksi tarjoajakohtaisen sopimushinnan mukaan etusijajärjestykseen. Sopimuskauden aikana palveluntuottaja ja palveluasumisyksikkö on ilmoitettu valittaviksi lähtökohtaisesti tarjousvertailun perusteella syntyneen etusijajärjestyksen mukaisesti, josta järjestyksestä voidaan poiketa hankintailmoituksessa erikseen ilmoitetuilla syillä. Hankinnan ehtojen mukaan etusijajärjestys voi dynaamisen puitejärjestelyn aikana muuttua puitejärjestelyn avaamisen yhteydessä, kun puitejärjestelyn piiriin tulee uusia Palveluntuottajia ja/tai uusia tarjottuja hintoja.

Valittaja on toimittanut tarjouksensa puitejärjestelyä kilpailutettaessa ja valittu yhdeksi palveluntuottajaksi 13.3.2023 päivätyllä hankintapäätöksellä (Liite 5). Valittaja on solminut hankintapäätöksen mukaisen sopimuksen Eloisan kanssa 4.4.2023 (Liite 6).

3.3. Relevanteista hankintalain määräyksistä

Hankintalain liitteen E terveys- ja sosiaalitoimen palveluiden hankinnassa, joka ylittää hankintalain 25 §:n 1 momentin 3 kohdassa säädetyn kynnsarvon (=400.000 EUR), **noudatetaan hankintalain 107 §:n mukaan luvun 12 säännöksiä**. Samassa pykälässä on säädetty, että kyseisin hankintoihin noudatetaan lisäksi, mitä hankintalain I ja IV osassa säädetään hankintasopimuksista. Siten hankintalain 12 luvun lisäksi myös **3 §:n yleiset hankintaperiaatteet** sekä mm **hankintasopimusten muuttamista koskeva hankintalain 136 § sekä hankintalain 16 luvun oikeussuojakeinoja koskevat säännöt soveltuvat** tähän Eloisan sote-palveluita koskevaan hankintaan ja sen perusteella solmittavaan puitesopimukseen kunkin puitesopimustoimittajan kanssa.

Hankintalain 3 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Tasapuolisuuden ja avoimuuden periaatteiden rikkomiseksi on katsottava muun ohella hankinnan ehtoja ilmentävän hankintasopimuksen sitovuuden periaatteen rikkominen sekä sopimuksen yksipuolisen muuttamisen kiellon rikkominen.

Hankintasopimusta tai puitejärjestelyä **ei hankintalain IV osan 136 §:n mukaan saa** kynnsarvot ylittävissä liitteen E mukaisissa sote-hankinnoissa **olennaisesti muuttaa** sopimuskauden aikana ilman hankintalain mukaista uutta hankintamenettelyä. **Olennaisena pidetään ainakin** muutosta, jos esimerkiksi:

1) muutoksella otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia;

4. Hankinta-asiakirjojen määräykset kattohinnasta ja sen asettamisesta vuosittain

4.1. Hankinta-asiakirjoihin sisällytetty alkuperäinen Kattohinta

Hankintailmoituksessa 22.1.2023 (Liite 4, s 9/12) tarjoajaa on pyydetty antamaan omassa tarjouksessaan ympärivuorokautisen asumisen hoidon ja hoivan hinta **X EUR/vrk (alv 0%) palvelukuvauksen sisällön mukaiselle palvelulle**. Tämä on puitejärjestelyn **tarjoajakohtainen sopimushinta (Sopimushinta)**. Samalla **Sopimushinnan suuruudelle on asetettu kattohinta**, jonka on puitejärjestelyä perustettaessa ilmoitettu olevan **177 EUR/vrk (Kattohinta)**. Kattohinta on asetettu Hankintayksikön omien laskelmien ja selvitysten **sekä** syksyllä 2022 ennen kilpailutusta käydyin markkinavuoropuhelun nojalla potentiaalisia palveluntuottajia ja näiden ajatuksia Kattohinnan suuruudesta kuullen. Kattohintaan 177 EUR/vrk perustuvia palveluntuottajien tarjouksissaan antamia Sopimushintoja on ilmoitettu sovellettavan sopimuskauden alkaessa 1.4.2023 lähtien aina 31.12.2023 asti.

4.2. Hankinta-asiakirjojen määräykset uuden Kattohinnan asettamisesta vuosittain sopimuskauden aikana

4.2.1. Velvollisuus asettaa uusi kattohinta joka vuosi puitesopimuskauden aikana

Hankintaehtojen (Liite 7, puitesopimuksen kohta 6. Palvelun tilaaminen ja palveluntuottajan valinta asiakkaalle) mukaan ”Tilaaaja määrittelee Palvelun kattohinnan suuruuden aina järjestelmää avattaessa. Tarkempi kuvaus puitejärjestelyn ehdoista on erillisessä liitteessä (Liite 8, Hankintamenettelyn kuvaus).”

Hankintamenettelyn kuvauksen (Liite 8) kohdan 6. Puitejärjestelyn avaaminen sopimuskaudella mukaan:

”Puitejärjestely avataan vuosittain.”

”Tilaaaja asettaa Palvelulle **uuden kattohinnan** puitejärjestelyn avaamisen yhteydessä **elo-syyskuussa 2023**.”

Jatkossa tilaaaja ilmoittaa kattohinnan vuosittain puitejärjestelyn avaamisen [yhteydessä] elo-syyskuussa. **Uudet hinnat** tulevat voimaan seuraavan vuoden alusta.”

Puitesopimuksen kohdan 8. Hinnanmuutokset mukaan ”Tilaaaja asettaa Palvelulle **uuden kattohinnan** puitejärjestelyn [ensimmäisen] avaamisen yhteydessä 1.8. – 15.9.2023.

Puitesopimuksen ja sen liitteiden perusteella on siten riidatonta, että Tilaaaja on sitoutunut asettamaan vuosittain palvelulle **uuden** kattohinnan. Kyse ei ole pelkästä mahdollisuudesta vaan velvollisuudesta asettaa uusi kattohinta. Uuden kattohinnan asettamisella vuosittain on merkitystä puitesopimustoimittajille, sillä puitesopimustoimittajat voivat nostaa omia palvelusta perittäviä, aina seuraavaa vuotta koskevia Sopimushintojaan vain näin asetetun uuden kattohinnan rajoissa.

Selvyyden vuoksi todettakoon, että edellä viitatussa hankintamenettelyn kuvauksessa mahdollisilla uusilla hinnoilla viitataan sanamuodon mukaisesti **palveluntuottajan mahdollisuuteen** antaa vuosittain uusi Sopimushinta:

”Avaamisen yhteydessä palveluntuottajat **voivat antaa uuden tarjoushinnan** ja mikäli palveluntuottaja ei anna uutta tarjoushintaa sopimuksen mukainen **voimassa oleva hinta jää voimaan. Mahdolliset uudet hinnat ja etusijajärjestys** ovat voimassa 1.1.2024 alkaen.”

4.2.2. Uuden Kattohinnan asettamista koskevat kysymykset ja vastaukset osana hankinnan ehtoja

Uuden Kattohinnan asettamisen perusteita on täsmennetty hankinta-asiakirjoista puitejärjestelykilpailutuksen aikana esitetyin kysymyksin ja niihin Tilaaajan antamin vastauksin. **Sekä hankinta-asiakirjojen ehdot että kaikki puitejärjestelykilpailutuksen aikana näitä ehtoja koskevat tarkennukset muodostavat Tilaaajaa ja tarjoajia sitovalla tavalla uuden Kattohinnan asettamisesta koskevat hankinnan ehdot.** Tilaaaja on virheellisesti viitannut Valittajan kanssa käymässään kirjeenvaihdossa, ettei näin olisi.

Nyt kyseessä olevassa sote-hankintojen kilpailutuksessa noudatettavan hankintalain 12 luvun ja sen 113 §:n mukaan tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava siten, että sen perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. **Tarjouspyyntö kattaa itse tarjouspyyntöasiakirjan lisäksi sen kaikki liitteet kuten esimerkiksi hankintamenettelyn kuvauksen ja puitesopimuksen** (yhdessä myös ”hankinta-asiakirjat”). Lain esitöiden (HE 108/2016) mukaan pykälä vastaa hankintalain 104 §:ssä kansallisista hankinnoista säädettyä.

Hankintalain 104 §:n lain esitöiden mukaan tarjouspyyntö on tehtävä kirjallisesti ja laadittava siten, että sen perusteella voidaan antaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. ”**Tarjouspyynnössä olisi ilmoitettava ne tiedot, joilla on olennaista merkitystä hankintamenettelyssä ja tarjouksen tekemisessä...**”, sillä tarjouspyynnön sisältö vaikuttaa toimittajien kiinnostukseen osallistua tarjouskilpailuun.

Hankintalain 69 §:n 4 momentissa säädetään tarjouspyyntöön liittyvien **lisätietojen toimittamisesta tarjoajille ja ehdokkaille**. Lisätiedot on EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnassa toimitettava viimeistään kuusi päivää ja nopeutetussa menettelyssä viimeistään neljä päivää ennen tarjousten vastaanottamiselle asetetun määräajan päättymistä. Vastaavia nimenomaisia määräaikoja lisätietojen toimittamiselle sote- tai kansallisissa hankinnoissa ei ole säädetty.

Tässä sote-hankintamenettelyssä **Tilaaaja on antanut puitejärjestelyn perustavassa tarjouspyynnössä (Liite 7, sivu 5) ehdokkaille mahdollisuuden esittää tarjousaikana kysymyksiä** hankinta-asiakirjoista (Q&A-prosessi), ja sen jälkeen vastannut näihin kysymyksiin. Näillä kysymyksillä ja niihin Tilaaajan antamilla vastauksilla on **tarkennettu tarjouspyyntöä sen liitteenä ollut puitesopimus mukaan lukien** ja siten esitetty ehdokkaille/tarjoajille tarjousten tekemiseen vaikuttavia **täsmäntäviä seikkoja**. Nämä tiedot on katsottava hankintalainsäädännön mukaisesti tarjouspyyntöön liittyviksi lisätiedoiksi, joihin myös Tilaaaja on Q&A-prosessin luomalla sitoutunut ja joiden tarkentamaa tarjouspyyntöä ja mm puitesopimusta vasten tarjoajat ovat olleet sekä **oikeutettuja että velvollisia** antamaan vertailukelpoiset tarjouksensa (mm MAO 433/08).

Näin ollen on riidatonta, että alkuperäinen tarjouspyyntö liitteinen ja sitä tarkentavat lisätiedot ovat **muodostaneet yhdessä kilpailutuksen ja hankinnan ehdot koko puitesopimuskaudelle**. Kilpailutuksen jälkeen osapuolten kesken solmittavan **puitesopimuksen on ilmennettävä näitä ehtoja**. Puitesopimusta **tulee tulkita nämä kilpailutuksen ja hankinnan ehdot huomioon ottaen**. Näin ollen puitesopimuskauden aikana vuosittain tapahtuvan puitejärjestelyn avaamisen yhteydessä on sovellettava **puitejärjestelyä perustettaessa esitettyjä hankinnan ehtoja**. Kilpailutuksen ja hankinnan ehtojen **vastaisesti solmittu puitesopimus on** katsottava olennaiseksi sopimusmuutokseksi hankintalain 136 §:n perusteella ja siten hankintalainsäädännön vastaiseksi **laittomaksi suoramankinnaksi**.

Edellä esitetyn perustella tässä hankinnassa uusi Kattohinta tulee siten asettaa vuosittain **puitejärjestelyn perustamista koskevan tarjouspyynnön liitteinen ja niitä tarkentavien lisätietojen eli kysymysten ja vastausten perusteella**. Puitesopimus on ollut yksi tarjouspyynnön liitteistä ja siten tarkentavien lisätietojen kohteena. Tarjouspyyntö liitteinen on myös konkreettisesti otettu Puitesopimuksen liitteeksi sen kohdan 29 mukaan (Liite 6).

4.2.3. Vuosittaisessa uuden Kattohinnan määrittämisessä otettava huomioon tuotantokustannusten kehitys

Edellisessä kappaleessa selvitetyn mukaisesti puitejärjestelyä perustettaessa esitetyt kysymykset ja näihin annetut vastaukset ovat tulleet osaksi hankinta-asiakirjoja ja hankinnan ehtoja.

Selvyyden vuoksi on syytä aluksi todeta, että nyt kyseessä olevalla kilpailutuksella on kilpailutettu ikäihmisten ympärivuorokautista palveluasumista koskeva hankinta. Näin ollen **kaikki ehdot ja Q&A-prosessissa esitetyt kysymykset koskevat ilman eri mainintaa nimenomaisesti tätä hankintaa ja hankinnan kohteena olevia palveluita**. Näin ollen toimittajien on katsottava oletettavan, että myös hankinnan ehdot ja kysymyksiin annetut vastaukset liittyvät nimenomaisesti hankinnan kohteena olevien palveluiden tuottamiseen, eikä mihinkään muuhun.

Tilaaaja on puitejärjestelykilpailutuksen yhteydessä Q&A:ssa (Liite 9) määritellyt, mihin Hankintamenettelyn kuvauksen (Liite 8) mukaisesti vuosittain 1.8.-15.9. tehtävä uuden kattohinnan asettaminen tarkemmin perustuu:

”VASTAUS: Tilaaaja käyttää harkintaa ja määrittää kattohinnan huomioiden tuotantokustannusten kehityksen.”

Tilaaaja on samassa yhteydessä Q&A:ssa vastannut seuraavasti kysymykseen ”Miten palveluissa tapahtuva kustannuskehitys huomioidaan kattohinnassa?”:

”VASTAUS: Tilaaaja käyttää harkintaa ja määrittää kattohinnan huomioiden tuotantokustannusten kehityksen.”

On siten kontekstin perusteella ilmeistä, että palveluntuottajan kysyessä nimenomaan [hankittavissa] palveluissa tapahtuvan kustannuskehityksen huomioon ottamista, Tilaaajan vastauksessaan viittaamalla tuotantokustannusten kehityksellä on ymmärrettävä viitatun takaisin näissä nimenomaisissa palveluissa tapahtuvaan kustannuskehitykseen. **Näin asian on Valittaja ymmärtänyt ja näin tämä myös yleisesti ja sanamuodon mukaisesti on ymmärrettävissä**. Myös muiden palveluntuottajaehdokkaiden vastaava näkemys näkyy uuden Kattohinnan asettamisen aikaan 1.8.-15.9.2023 asiasta Tilaaajalle esitetyissä monissa kysymyksissä (Liite 9).

Sopimusoikeudessa noudatettavan ”tulkitaan laatijan vahingoksi” periaatteen mukaan Tilaaajan olisi tullut kirjoittaa vastauksessaan auki, mikäli se olisi tarkoittanut muita kuin nimenomaisia palveluita koskevaa tuotantokustannusten kehitystä. Se, että kyse on julkisiin hankintoihin liittyvästä sopimuksesta ei anna aiheutta tulkita asiaa tästä yleisestä periaatteesta poikkeavalla tavalla. Muunlainen tulkinta rikkoisi myös hankintalain sekä tarjouspyynnön selkeysvaatimusta ja 3 §:n tasapuolisuuden ja avoimuuden periaatteita.

Tilaaaja on spesifeihin kysymyksiin antamallaan vastauksilla sitoutunut siihen, että uuden kattohinnan asettaminen **määritetään tuotantokustannusten kehitys huomioon ottaen**. Tilaaaja on tarkemmin sanottuna **sitoutunut määrittämään uuden kattohinnan nimenomaan palveluissa tapahtuva tuotantokustannuskehitys huomioon ottaen. Puitesopimuksen ja uuden kattohinnan asetantaa koskevien, lisätietojen välillä ei ole ristiriitaa**. Lisätiedot **täsmäntävät** sitä, **mitä elementtejä** uuden kattohinnan asetannassa on välttämättä otettava huomioon. Asiaan ei liity harkintaa. Valittajan väite Tilaaajan olennaisten ehtojen kielletystä muuttamisesta perustuu nimenomaan näihin hankinnan ehtoihin, joita Puitesopimuksen ja Tilaaajan puitesopimuskaudella tapahtuvan toiminnan on ilmennettävä.

4.2.4. Alkuperäisen ja uuden Kattohinnan asettamisen välillä Palveluissa tapahtunut tuotantokustannusten kehitys

Puitejärjestelyn perustamista koskevassa kilpailutuksessa asetettu alkuperäinen kattohinta ehdokkaiden esittämille tarjoushinnoille on ollut 177 EUR/vrk. Tarjoajat ovat sitoutuneet tuottamaan Palvelua tämän alkuperäisen kattohinnan perusteella antamallaan hinnoilla 31.12.2023 asti. Tarjoajat ovat tarjouskilpailuun osallistuessaan niin ikään tienneet, että Palvelulle asetetaan Puitesopimuksen mukaan vuosittain uusi kattohinta, johon perustuvat palveluntuottajien hinnat ovat voimassa aina seuraavan vuoden tammikuun 1. päivästä lähtien vuoden kerrallaan. **Uusi kattohinta on määritettävä vuosittain tämän valituksen kohdassa 3.1 esitetty tuotantokustannusten vuosittainen kehitys huomioon ottaen.** Vertailukohtana on ensimmäisellä kerralla **alkuperäinen kattohinta, jonka perusteella palveluntarjoajaehdotukset ovat ylipäättään arvioineet sitä, lähtevätkö ne mukaan puitejärjestelyyn tämän suuruisella maksimihinnalla ja vuosittain määritettävällä ja kustannuskehityksen huomioon ottavalla uudella kattohinnalla vai eivät.**

Näin ollen Tilaajan esittämät kustannuslaskelmat, jotka perustuvat johonkin muuhun lähtökohtaan tai seikkaan kuin alkuperäiseen kattohintaan 177 EUR/vrk ja sen jälkeiseen kustannuskehitykseen, ovat hankinta-asiakirjoja vastaamattomia ja siten virheellisiä.

Alkuperäisen kattohinnan asettamisen jälkeen muun ohella Ukrainan sodasta aiheutunut energiakriisi on vaikuttanut merkittävästi ja todisteellisesti Palvelun tuotantokustannuksiin kohonneiden energia- ja ruokapalveluiden kustannusten myötä, samoin kuin Palvelua tuottavan henkilöstön todisteellisesti TESiin perustuvat palkankorotukset. Tuotantokustannuksen kehityksestä on esitetty selvitystä Tilaajalle muun ohella seuraavasti (Q&A, Liite 10)

”Huomioiden TES:n sekä elinkustannusindeksin vaikutuksen, tuotantokustannusten nousu on 8,2 %. (TES:n vaikutus vuodelle 2024 8,95 %. 1.9.2023 astuu voimaan 5,8 % korotus, joka vaikuttaa vuonna 2024 12 kk ja 1.8.2024 korotus on 4,2 %, jonka vaikutus on elo-joulukuu, eli 5 kk. (Näiden painoarvo korotuksessa on vähintään 70 %.), Elinkustannusindeksi 7/23-7/22 6,45 % (painoarvo 30 %) = 8,2 %.) Tilaajan tulee kilpailutuksen aikana antamiensa vastausten mukaisesti huomioida tuotantokustannusten kehitys vuotta 2024 koskevassa kattohinnassa. Vaadimme, että tilaaja asettaa palvelulle uuden, tuotantokustannusten nousun huomioivan kattohinnan puitejärjestelyn avaamisen yhteydessä elo-syyskuussa 2023.”

Muutkin palveluntuottajat ovat esittäneet Q&A:ssa vastaavan suuruisia selvityksiä tuotantokustannusten kehityksestä, joten niiden voidaan suhteellisen hyvin katsoa ilmentävän palvelussa tapahtunutta kustannuskehitystä. Merkillepantavaa on se, että **myös Eloisa itse on esittänyt laskelmat tuotantokustannusten kehityksestä alkuperäisen puitejärjestelykilpailutuksen ja uuden kattohinnan asettamisen välillä** (Liite 3):

Eloisa on arvioinut, että sen oman tuotannon kulut ovat alkuperäistä kattohintaa asetettaessa olleet 164,08 € / vrk tai 162€ / vrk riippuen laskentatavasta. Samalla Eloisa on arvioinut, että heidän tuotantokustannuksensa 1/2023 – 6/2023 ovat olleet 177,88 €. Eloisa kirjoittaa, että näissä toteutuneissa kuluissa on mukana alkuvuoden toteutuneet hinnan- ja palkankorotukset, jotka ovat olleet 4,2 %. On lisäksi merkille pantavaa, että kyseinen palkankorotus on astunut voimaan vasta kesäkuussa 2023, jolloin se on ehtinyt vaikuttaa toteutuneisiin lukuihin vasta yhden kuukauden verran. Näin todellinen tuotantokustannus uuden kattohinnan asettamisen hetkellä 2023 syyskuussa on ollut merkittävästi korkeampi kuin 177,8 € / vrk. Jos jätetään huomioimatta vääristävä tapa laskea Eloisan omat kustannukset vuonna 2023 ja vertaillaan heidän itse käyttämänsä arviota 177,8 € / vrk suhteessa heidän alkuperäisen kilpailutuksen aikana antamiinsa kuluarvioihin, **Eloisan tuotantokustannusten kehitys on pienimmilläänkin ollut heidän omasta mielestään hankinnan kannalta relevantilla ajanjaksolla 8,4% [= 177,8 / 164,08]. Tämä kehitys ei vastoin hankinta-asiakirjoja ole päätynyt miltään osin uuden kattohinnan määrään syksyllä 2023.**

Ottaen edellä esitetyn ja hankinnan kohteena olevaa Palvelua koskevan huiman tuotantokustannusten nousun huomioon Hankintayksikön syksyllä 2023 ehdottama **'uusi' kattohinta 178 EUR/vrk, joka vastaa noin 0,5 %:n korotusta alkuperäiseen kattohintaan, ei tosiasiallisesti ole hankinnan ehtojen edellyttämä 'uusi' kattohinta. Valittaja katsoo olevan selvää, ettei uutta Kattohintaa voida katsoa asetetun saatika että asettamisessa olisi otettu tuotantokustannusten kehitys huomioon toisin kuin hankinnan ehdoissa on nimenomaan edellytetty.**

4.2.5. Uuden Kattohinnan asettamista koskevan ehdon merkityksestä palveluntuottajille

Palvelun hinnoittelulla ja hinnanmuutosmahdollisuudella kyseessä olevan pitkäaikaisen hankinnan (4 v + 3 v optiot) aikana on olennainen merkitys osallistumistaan kilpailutukseen harkinneille palveluntuottajaehdokkailla. Näin ollen hintaa ja hinnanmuutosta koskevat ehdot ovat aina olennaisia ehtoja ehdokkailla. Olennaisuutta korostaa Ukrainan sodan ja energiakriisin ohella se, että tässä hankinnassa on kyse sote-toimialasta, joka on ollut ja on edelleen erityisen suurten kustannusmuutosten alla. Valittaja ei olisi osallistunut lainkaan kilpailutukseen, mikäli hankinnan ehdot olisivat alkuperäisen kilpailutuksen aikana olleesti muutettujen hinnanmuutosehtojen sisältöiset eli että uutta Kattohintaa ei olisi ilmoitettu määritettäväksi Palvelun tuotantokustannusten kehityksen huomioon.

5. Kattohinnan asetanta kielletty olennainen sopimusmuutos

Olennaisena sopimusmuutoksena pidetään ainakin hankintalain 136 §:n mukaan muutosta, jos muutoksella otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia.

Huomionarvoista hankintalain 136 §:n osalta on se, että lain olennaisten sopimusmuutosten listaus ei ole tyhjentävä. Näin ollen myös muunlaisia sopimusmuutoksia kuin 136 §:n 1 momentissa nimenomaisesti mainittuja voidaan pitää olennaisina sopimusmuutoksina.

Keskeistä on erottaa niin edellä mainitun tapauksen kuin kotimaisenkin oikeuskäytännön perusteella se, milloin on kyse merkittäväksi katsottavasta sopimusmuutoksesta tai KHO 2009:88- tapauksessa sopimuksen olennaisista osista sopimisesta kesken sopimuskauden. Mainitussa KHO:n tapauksessa sopimuksen olennaisiksi osiksi on katsottu hankittujen palveluiden määrä ja hinta.

Nyt kyseessä olevassa hankinnassa palvelun tuottamiseen merkittävästi vaikuttava hinnoittelu- ja hinnoittelun muutosehdot on katsottava hankintasopimuksen olennaisiksi ehdoiksi, joihin tehtävällä muutoksella **hankinnan ehtoja ja siten sopimusta voidaan katsoa muutetun yksipuolisesti olennaisesti ja ilman uutta kilpailutusta. Tässä hankinnassa hankinnan ehtojen noudattamatta jättäminen ja siten uusien hinnoitteluehtojen ottaminen käyttöön on katsottava hankintalain 136 §:n mukaiseksi olennaiseksi sopimusmuutokseksi.**

Valittaja katsoo, että Hankintayksikön menettely tarkoittaa yksipuolista ja olennaista hankinnan ehtojen muuttamista ilman uutta kilpailutusta ja siten hankintalain 136 §:n kieltämää menettelyä. Hankintayksikön menettelyn moitittavuutta korostaa se, että Hankintayksikkö on laskelmissaan ollut samaa mieltä tuotantokustannusten kehityksestä ja kehityksen suuruudesta kuin Valittaja, mutta ei silti ole ottanut tätä huomioon uuden kattohinnan asetannassa vastoin hankinnan selkeitä ehtoja.

Hankintamenettelyn lopputulema olisi ollut erilainen, palveluntuottajien etusijajärjestys olisi puitesopimuskauden hankinnoissa ollut erilainen ja toiset toimijat olisivat tulleet valituiksi puitesopimuskaudella tietyn Hankintayksikön tarvitseman palvelun tuottajiksi tämän olennaisen muutoksen johdosta. Tälle olennaiselle sopimusmuutokselle ei ole esitettävissä hankintalain 136 §:n sallimaa perustetta.

Menettelyn voidaan katsoa olevan suoraan myös hankintalain 3 §:n tasapuolisen kohtelun ja avoimuuden periaatteiden vastaista.

6. Päiväys ja allekirjoitus

Helsingissä, 19. päivänä lokakuuta 2023

ESPERI CARE OY

Laati



Ilona Pilkama-Paajanen

OTK/OTM, luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja

LIITTEET

Liite 1 Tarjouspyyntö 28.7.2023

Liite 2 Tarjouspyyntö 6.9.2023

Liite 3 Tarjouspyynnön 6.9.2023 liite 7 Selvitys kattohinnan määräytymisestä

Liite 4 Hankintailmoitus

Liite 5 Hankintapäätös 13.3.2023

Liite 6 Hankintasopimus Eloisa – Esperi LUOTTAMUKSELLINEN

Liite 7 Puitejärjestelyn alkuperäinen tarjouspyyntö 22.1.2023

Liite 8 Alkuperäisen tarjouspyynnön liite 4 Hankintamenettelyn kuvaus

Liite 9 Alkuperäisessä puitejärjestelykilpailutuksessa hankinnan ehdoista esitetyt kysymykset ja vastaukset

Liite 10 Puitejärjestelyä avattaessa syksyllä 2023 esitetyt kysymykset ja vastaukset