

3.6.2020

EOAK/1507/2019

Suomen Kuntoutusyrittäjät ry

Nuijamiestentie 5 B
00400 HELSINKI

Viite: 28.2.2019 vireille tullut kantelu

ASIA: Kelan menettely vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen avoterapiapalveluiden järjestämisessä

1 KANTELU

Suomen Kuntoutusyrittäjät ry pyysi yhdessä Suomen Fysioterapeuttien – Finlands Fysioterapeuter ry:n kanssa tutkimaan Kansaneläkelaitoksen (Kelan) tekemää vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen avoterapiapalveluiden kilpailutusta. Kantelijat kertoivat Kelan muuttaneen kilpailutuksen hinta-laatu –suhdetta aiemmasta (50 % sekä hinta että laatu) siten, että hinnalle annettiin painotukseksi 80 % ja laadulle jäi vain 20 %. Kantelun mukaan sadat kuntoutujat joutuivat sopimusten loppuessa vaihtamaan palveluntuottajansa toiseen 31.12.2018.

Kantelu oli jaettu neljään osaan, joista kaksi osiota koski Kelan menettelyä valtakunnallisesti ja kantelun osat 3. ja 4. olivat Kelan kuntoutujien henkilökohtaisia kanteluita.

Kantelussa tuotiin esille muun muassa seuraavia epäkohtia:

- 1) Kela ei ole todellisuudessa käsitellyt kuntoutujien suorahankintapyyntöjä, koska Kela oli hylännyt asiakkaiden pyyntöjä suorahankinnan tekemiseksi asiaa enempää tutkimatta. Kela oli käyttänyt samaa hylkäykseen johtavaa fraasia riippumatta siitä, mitä perusteita kuntoutuja on suorahankinnan tueksi mahdollisesti esittänyt.
- 2) Kela on ilmoittanut erikseen suorahankintaa pyytäneille asiakkaille, että näillä ei ole valitusoikeutta heidän suorahankintahakemuksiensa kohdistuvasta päätöksestä. Kelan on ilmoituksensa tueksi vedonnut vakuutuslaitoksen päätökseen (dnro 141/2018/1791). Lukuisat kuntoutujat ovat kuitenkin valittaneet sosiaaliturvasioiden muutoksenhakulautakuntaan Kelan menettelystä.

- 3) Kilpailutuksen perusteena ollut 1.1.2019 voimaan astunut avoterapioiden palvelukuvaus ei yksinään täytä Kelan kuntoutusetuuksista annetun lain (566/2005) asettamia vaatimuksia erityisasiantuntemuksesta. Kantelun mukaan Kela on lainvastaisesti jättänyt erityisasiantuntemuksen etsimisen ja todentamisen asiakkaiden varaan.

2 VASTAUS

Asianne esiteltiin oikeusasiamies Petri Jääskeläiselle. Hänen pyynnöstään ilmoitan Teille seuraavan.

2.1 Oikeusasiamiehen tehtävä ja toimivalta

Oikeusasiamiehen tehtävänä on perustuslain 109 §:n nojalla valvoa, että viranomaiset ja muut, niiden hoitaessa julkista tehtävää, noudattavat lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain 3 §:n 2 momentin mukaan oikeusasiamies ryhtyy hänelle tehdyn kantelun johdosta niihin toimenpiteisiin, joihin hän katsoo olevan aihetta lain noudattamisen, oikeusturvan tai perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen kannalta.

Oikeusasiamiehellä on siten harkintavaltaa sen suhteen, mihin toimenpiteisiin kantelu antaa aihetta.

Eduskunnan oikeusasiamies ei hänelle kuuluvan laillisuusvalvonnan puitteissa voi toimia lakiin perustuvan muutoksenhakujärjestelmän korvaavana eikä sitä täydentävänä vaihtoehtona. Oikeusasiamies ei siten voi muuttaa eikä kumota viranomaisten päätöksiä. Muutoksen saamiseksi niihin tulee käyttää laissa säädettyjä muutoksenhakekeinoja.

2.2 Julkisen hankinnan oikeusturvakeinoista

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetussa laissa (1397/2016, jäljempänä hankintalaki) on erikseen säädetty tarjouskilpailuun osallistuvan muutoksenhakuoikeudesta markkinaoikeuteen ja tietyin rajoituksin edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen, ja jokaisen oikeudesta saattaa hankintalain noudattamisen asianmukaisuus Kilpailu- ja kuluttajaviraston arvioitavaksi.

Hankintalain 139 §:n 1 momentin mukaan Kilpailu- ja kuluttajavirasto valvoo tämän lain noudattamista. Hankintalain 139 §:n 2 momentin mukaan jokainen, joka katsoo hankintayksikön menetelleen tämän lain vastaisesti, voi tehdä Kilpailu- ja kuluttajavirastolle toimenpidepyynnön menettelyn lainmukaisuuden tutkimiseksi.

Oikeusasiamies ei yleensä puutu asioihin, joissa on käytettävissä muita, ensisijaisia oikeussuojakeinoja. Vakiintuneen käytännön mukaan oikeusasiamies ei tutki asiaa, joka on jo vireillä tuomioistuimessa tai toisessa viranomaisessa tai on mahdollista sinne saattaa.

Kansaneläkelaitos on sittemmin tiedottanut nettisivuillaan, että se kilpailuttaa uudelleen vaativana lääkinnällisenä kuntoutuksena yksilöfysioterapiaa toteuttavat palveluntuottajat eteläisessä ja itäisessä vakuutuspiirissä. Tämä johtuu siitä, että markkinaoikeus kumosi keväällä 2019 yksilöfysioterapian ja yksilötoimintaterapian hankintapäätökset eteläisessä ja itäisessä vakuutuspiirissä sekä yksilöallasterapian hankintapäätökset eteläisessä vakuutuspiirissä ja siitä, että korkein hallinto-oikeus (KHO:n päätös 18.12.2019, taltio 5967) ei myöntänyt Kelalle valituslupaa markkinaoikeuden päätöksiin.

2.3 Oikeuskäytännöstä Kantelussa viitattiin vakuutusosoikeuden ratkaisuun, jossa vakuutusosoikeus oli katsonut palveluntuottajan valinnan olevan päätöksen täytäntöönpanoon liittyvä asia eikä tällaisesta päätöksestä voinut hakea erikseen muutosta. Asiassa valittaja oli vaatinut vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen järjestämispaikaksi (palveluntuottajaksi) tiettyä neuropsykologia. Ratkaisussaan 18.4.2018 (dnro 141/2018/1791) vakuutusosoikeus katsoi, että ”Kansaneläkelaitoksen päätöksellä ei ole hylätty miltään osin valittajan hakemusta neuropsykologisen kuntoutuksen myöntämisestä vaativana lääkinnällisenä kuntoutuksena. Siltä osin kuin Kansaneläkelaitoksen päätöksessä on todettu, ettei päätöstä ole voitu panna täytäntöön, koska valittaja ei ole ilmoittanut palveluntuottajaa, jolla on voimassa oleva sopimus Pohjois-Pohjanmaan tai Oulun vakuutuspiirin kanssa, kyse on päätöksen täytäntöönpanosta, miltä osin päätökseen ei ole voinut hakea erikseen muutosta. Tämän vuoksi sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunnan ei olisi tullut tutkia valittajan valitusta ja vakuutusosoikeus kumoaa sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunnan päätöksen.

Vakuutusosoikeus on päätenyt myöhemmin tehdyssä ratkaisussaan kuitenkin siihen, että Kelan tulisi antaa valituskelpoinen päätös myös haetusta vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen palveluntuottajasta. Tässä ratkaisussa vakuutusosoikeus katsoi 12.12.2019 (julkaistu 9.4.2020, (VakO 2551:2018), että Kelan vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen saajan A:n oikeusturvan toteutuminen edellytti, että A voi saada Kelalta kuntoutusasiassaan päätöksen myös hakemastaan vaativan lääkinnällisen kuntoutuksen palveluntuottajasta ja että A voi saattaa tämän päätöksen riippumattoman lainkäyttöelimen tutkittavaksi. Kyseessä oli äänestysratkaisu 18 - 16. Vakuutusosoikeus perusteli päätöstään muun muassa sillä, että kuntoutusmatkojen kestolla saattaa tietyissä tilanteissa olla merkitystä kuntoutusosoikeuden tehokalle toteutumiselle. Asianmukaisen perustellun valituskelpoisen päätöksen saaminen myös palveluntuottajaa koskevaan vaatimukseen on perustelujen mukaan kuntoutujan oikeusturvan kannalta korostuneen tärkeää tilanteessa, jossa Kela ei ollut voinut hyväksyä vaatimusta. Tapauksessa esitetyllä palveluntuottajalla oli ollut sopimus Kelan kanssa toimintaterapiapalvelujen tuottamisesta tietyllä hankinta-alueella.

Vakuutusoikeuden päätöksen perusteluiden mukaan kuntoutuspalvelun tuottajalla ja kuntoutuksen järjestämispaikalla saattaa olla itsestä merkitystä kuntoutujan laissa säädetyn oikeuden toteutumisel- le. Vakuutusoikeus perusti käsityksensä muun muassa siihen, että vaativa lääkinällinen kuntoutus on usein pitkäkestoista ja sen perus- tana on kuntoutujan ja palveluntuottajan pitkäaikainen ja luottamuk- sellinen kuntoutussuhde, minkä vuoksi kuntoutuksen jatkaminen aiemmalla palveluntuottajalla voi olla perusteltua kuntoutuksen jatku- vuuden turvaamiseksi. Myös kuntoutusmatkojen kestolla, joka riippuu palveluntuottajan sijoittumispaikasta, saattaa tietyissä tilanteissa olla merkitystä kuntoutusoikeuden tehokkaalle toteutumiselle. Asianmu- kaisesti perustellun valituskelpoisen päätöksen saaminen myös pal- veluntuottajaa koskevaan vaatimukseen on kuntoutujan oikeusturvan kannalta korostuneen tärkeää tilanteessa, jossa Kansaneläkelaitos ei ole voinut hyväksyä vaatimusta. Tällainen tilanne voi olla käsillä esi- merkiksi silloin, kun lääketieteelliseen asiantuntemukseen pohjautu- vassa kuntoutussuunnitelmassa on perustellusti esitetty tiettyä palve- luntuottajaa kuntoutuksen toteuttajaksi, mutta Kansaneläkelaitos ei ole hyväksynyt kuntoutujan hakemusta kuntoutuksen toteuttamisesta tällä palveluntuottajalla.

Vakuutusoikeus katsoi muun muassa edellä todetuilla perusteilla, että palveluntuottajan valintaa koskeva päätös tosiasiallisesti sisältää va- kuutetun oikeuksia koskevan ratkaisun. Siten palveluntuottajan valin- ta ei voida pitää yksinomaan myönteisen kuntoutuspäätöksen täy- täntöönpanoon liittyvänä seikkana, vaan se sisältää sellaista harkin- ta, jolla on vaikutusta kuntoutujan laissa säädettyihin oikeuksiin.

2.4 Sosiaali- ja terveysministerin vastaus kirjalliseen kysymykseen

Sosiaali- ja terveysministeri Pirkko Mattila on antanut vastauksen kir- jalliseen kysymykseen, joka koski vaativan lääkinällisen kuntoutuk- sen hankintamenettelyn laatutekijöitä ja kuntoutusjaksojen lisäämistä (KKV 381/2018 vp, 23.10.2018).

Sosiaali- ja terveysministeriö oli pyytänyt Kansaneläkelaitokselta kommentteja vaativan lääkinällisen kuntoutuksen palvelujen hankin- noista. Ministerin kirjalliseen kysymykseen antamassaan vastaukses- sa todetaan Kansaneläkelaitoksen ilmoittaneen sosiaali- ja terveys- ministeriölle, että laadun huomioon ottaminen tarjouskilpailussa pal- veluntuottajalle ja palvelulle asetettavissa vähimmäisvaatimuksissa ei tarkoita sitä, että laadulle annettaisiin vain vähäinen merkitys. Vä- himmäisvaatimuksena vaadittava laatu voi olla tasoltaan hyvin kor- kea, jos se hankinnan kohde huomioon ottaen on perusteltua. Tällöin palveluntarjoajan on täytettävä asetetut laatuvaatimukset päästäk- seen mukaan tarjousvertailuun. Siten halvalla hinnalla ei voida kom- pensoida heikompaa laatua.

Ministerin antamasta vastauksesta käy lisäksi ilmi, että Kela valmiste- lee kuntoutuspalvelujen järjestämiseen uutta palveluntuottajien rekis- teröitysmenettelyä. Rekisteröitysmenettelyssä kaikki tietyn kun-

toutuspalvelun tuottamisen edellytykset täyttävät palveluntuottajat voivat rekisteröityä kyseisen palvelun tuottajiksi. Riittävä palvelun laatu varmistetaan uudistettujen palvelukuvausten ja muiden rekisteröitymisen edellytysten kautta. Rekisteröitymismenettely mahdollistaa asiakkaille palveluntuottajan nykyistä laajemman valinnan.

2.5 Kelan tiedotteet 6.3.2019 ja 5.4.2019 sekä Kelan vastaus tiedusteluun 24.4.2020

Kelan hallintoa ja toimintaa valvovat valtuutetut, jotka valitaan kansanedustajista. Valtuutetut tilasivat ulkoisen selvityksen BDO Auditor Oy:ltä (jatkossa BDO Auditor) Kelan vaativan lääkinällisen kuntoutuksen hankinnoista. BDO Auditor tarkasteli arvioinnissa syksyllä 2018 toteutettua vaativan lääkinällisen kuntoutuksen terapiapalvelujen kilpailutusten tarjouspyyntö-, tarjous- ja hankintapäätösaineistoja yksilöterapioiden osalta.

Selvityksen pääasiallisena havaintona oli, että vaativan lääkinällisen kuntoutuksen yksilöterapioiden hankinta oli edennyt Kelan normaalien menettelytapojen mukaisesti. Hankinta oli kuitenkin poikennut aikaisemmasta terapiahankinnasta siten, että Kela arvioi ensimmäistä kertaa asiakkaiden tarpeen mukaisen palvelujen määrän ja sen perusteella valitsi tarvittavan määrän palveluntuottajia. Palveluntuottajien määrässä pyrittiin ottamaan huomioon myös asiakkaan valinnanvapauden toteutuminen. Palvelujen laatu oli pyritty varmistamaan ensisijaisesti sisällyttämällä uusia laatukriteereitä palvelukuvauksiin, joihin jokaisen tarjoajan on sitouduttava. Tämän lisäksi henkilöstön peruskriteerin ylittävä koulutus ja kokemus pisteytettiin. Hinnan ja laadun suhde oli yksi tekijä koko kilpailutuksessa.

Hankinnan ensisijainen tavoite oli ollut palvelukuvauksen laadun mukaisen palvelun hankkiminen kaikille asiakkaille ja asiakkaiden tarpeiden mukaisen palveluntuottajamäärän saavuttaminen. Aikaisemmalla hankintakaudella palveluntuottajia oli ollut huomattavasti enemmän. Uuden kriteeristön perusteella palveluntuottajien määrä oli vähentynyt. Muutos oli tullut yllätyksenä osalle yksilöterapiapalveluntuottajista, vaikka ennen tarjouskilpailua tulevista muutoksista julkaistiin webinaari-info ja asia oli ollut kirjallisesti havaittavissa tarjouspyynnöissä sekä tarjouskierroksen aikana palveluntuottajat olivat voineet esittää kysymyksiä Kelalle.

Selvityksen mukaan tiukka hankintalain mukainen kilpailutus oli kuitenkin aiheuttanut tilanteita, jotka on koettu epäoikeudenmukaisena. BDO Auditor antoikin selvitysraportissaan Kelalle useita suosituksia. Yhtenä suosituksena oli, että kuntoutujan etu (kyky vaihtaa terapeuttia ja matkustaa) tulisi huomioida ensisijaisena. Lisäksi kuntoutus- ja kuntoutuspalveluryhmän osaamista ja resursseja suositeltiin vahvistettavan riskien hallinnan alueella, jotta riskit pystytään ajoissa tunnistamaan ja toteuttamaan riittävän kattavat hallintatoimet.

Kelan hallintoa ja toimintaa valvovat valtuutetut edellyttivät, että Kelan hallitus käy raportissa esitetyt suositukset läpi ja esittelee Kelalta

edellyttämät toimet valtuutettujen yleiskokouksessa 10.4.2019 (Kelan tiedote 6.3.2019).

Kelan pääjohtaja käynnisti lokakuussa 2018 myös selvityksen hankintojen kehittämistä ja mahdollisista lainsäädännön muutostarpeista. Selvitystyön tueksi kuultiin laajasti eri tahoja useissa tapaamisissa. Eniten keskustelua käytiin kuntoutuspalveluista, mutta myös tulkkauspalveluiden, taksien välityskeskusten ja äitiyspakkauksen kilpailutukset olivat vahvasti mukana. Selvitys valmistui huhtikuussa, ja siinä esitettyjen suositusten toteuttamista aletaan Kelan antaman tiedotteen mukaan valmistella (Kelan tiedote 5.4.2019).

Selvityksessä suositellaan hankintastrategian, hankintaohjeiden ja hankintatoimen uudistamista. Selvityksessä ehdotettiin myös uusien hankintamenettelyjen, kuten rekisteröintimenettelyn, kokeilua.

Kelan kuntoutuspalvelujen etuuspäälliköltä Tuula Ahlgrenilta 24.4.2020 saadun tiedon mukaan Kela valmistelee parhaillaan rekisteröitymismenettelyn kokeilua, joka tullaan toteuttamaan ajalla 2020-2022. Kokeilun toteuttaminen edellyttää rekisteröitymissovelluksen ja uuden palveluntuottajahakusovelluksen kehittämistä ja käyttöönottoa. Kokeilussa on mukana kaksi Kelan harkinnanvaraisen kuntoutuksen piiriin kuuluvaa palvelua. Oma väylä –kuntoutus on Kelan uusi moniammatillista kuntoutusta sisältävä palvelu neuropsykiatrisen diagnoosin saaneelle 16 – 29 –vuotiaalle asiakkaalle. Palvelu alkaa syksyllä 2020. Toinen kokeiluun kuuluva palvelu on aikuisten sydänkuntoutuskurssi. Siinä palvelu alkaa vuoden 2021 alusta. Kokeilun liittyy Kelan tutkimusosaston toteuttama tutkimus.

2.6 Asian arviointi

Kuten edellä kerrotusta ilmenee, niin palveluntuottajien tekemät valitukset hankinnasta menestyivät Kelan kahden vakuutuspiirin osalta markkinaoikeudessa. Lisäksi Kelan valtuutetut ja Kelan pääjohtaja olivat ryhtyneet toimenpiteisiin asiassa ja asiassa tehdyissä selvityksissä on tarkasteltu hankintojen kilpailutusprosessien kehittämistä ja mahdollisia lainsäädännön muutostarpeita.

Ministerin kirjalliseen kysymykseen antamassa vastauksessa on todettu lisäksi, että Kelan valmistelemassa rekisteröitymismenettelyssä riittävä palvelun laatu varmistettaisiin uudistettujen palvelukuvausten ja muiden rekisteröitymisen edellytysten kautta. Rekisteröitymismenettelyyn siirtyminen edellyttää kuitenkin Kelan kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista annetun lain muuttamista. Eduskunnan tehtävänä on käsitellä mahdolliset lainmuutokset.

Kelasta saadun tiedon mukaan Kela arvioi tekemänsä kokeilun perusteella rekisteröitymismenettelyn soveltuvuutta palveluiden järjestämistapana sekä mahdollisia muutostarpeita Kelan kuntoutuslakiin, jos menettely tulevaisuudessa laajennetaan koskemaan Kelan järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvia palveluja.

Käytettävissä olleiden tietojen perusteella oikeusasiamies katsoi, ettei asiassa ole tullut esille sellaista, joka antaisi hänelle aihetta laillisuusvalvonnallisiin toimenpiteisiin.

Kantelun muihin osiin (osat 3 ja 4) annetaan erilliset vastaukset EOAK/1573/2019 ja EOAK/1575/2019.

Esittelijäneuvos

Minna Verronen

Asiakirja on hyväksytty sähköisesti asianhallintajärjestelmässä.