

Arvamus riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu kohta

Lugupeetud riigihalduse minister

Täname Teid võimaluse eest esitada arvamus riigihangete seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu kohta. Soovime tunnustada Rahandusministeeriumi väga kvaliteetse muudatuste paketi ettevalmistamise eest, mis seadusena jõustumisel kindlasti aitab riigihangete korraldamist parandada. Meie ettepanekud ja märkused on alljärgnevad.

1. ETTEPANEKUD JA MÄRKUSED EELNÕU KOHTA

1. Eelnõu p 1 osas soovitakse uue p-ga 17¹ defineerida seda, mis on riigihanke menetlus. Märgime, et väljapakutud sõnastuse puhul võib tekkida küsimus sõna „menetluse“ täpsuse osas. Kuivõrd säte viitab, et riigihanke menetlus on „igasugune käesoleva seaduse alusel läbiviidav menetlus“, siis tuleb õiguslikult küsida, kuidas suhestuvad nimetatud definitsiooni nt turu-uuringu kui klassikalisest riigihankemenetlusest eraldiseisev ettevalmistav tegevusega; heastamise hindamine RHS § 97 alusel; hankeplaani ja hankekorra koostamine RHS § 10 valguses; ning RHS § 77 lg 3 tähenduses konfidentsiaalsuse tagamise nõ menetlus. Viidatud tegevused on samuti RHS alusel läbiviidavad sisemised menetlused või menetluse osad või sellistena käsitletavad.

Mõistame ja nõustume, et riigihanke menetluse defineerimine on õigusvaldkonna korrastamise ning ka edasiarenduse aga peamiselt õigusselguse vaatenurgast oluline. Soovime käesoleva kommentaariga seda arvestades aga tähelepanu juhtida, et mitte kõik RHS alusel läbiviidavad menetlused laias tähenduses ei pruugi olla sellised menetlused, mida säte sõnastuses soovitakse defineerida. Nt ei ole turu-uuring riigihanke menetlus selle klassikalises tähenduses. Soovitame kas väljapakutavat definitsiooni täpsustada, mis viitab täpsemalt kitsas mõttes konkreetsetele riigihanke menetlustele (liikidele) või märkida definitsiooni täpsustus „mille eesmärgiks on sõlmida hankeleping“. Alternatiivselt, lisada eelnõu seletuskirja selgitus selle kohta, kuidas käsitleda eelnimetatud ning võimalikke muid riigihangete korraldamise või läbiviimisega seotud tegevusi.

2. Eelnõu p 3 sõnastus ei ole grammatiliselt õnnestunud, vt „...või andes nendest riikidest pärit ettevõtjatele esitatud pakkumustele...“. Tõenäoliselt olete seal soovinud kasutada sõnastust „ettevõtjate esitatud pakkumustele“.

3. Eelnõu p 5 võiks olla sõnastatud järgmiselt:

„(1) Hankija võib enne riigihanke alustamist teha turu-uuringu riigihanke ettevalmistamiseks, ettevõtjate teavitamiseks planeeritavast riigihankest ja selles esitatavatest nõuetest“;

Lisaks juhime antud sätte puhul tähelepanu asjaolule, et kuivõrd eelnõu punktiga 1 lisatakse seadusesse riigihanke menetluse definitsioon, siis tõusetub antud sätte puhul küsimus, et kas see säte ei peaks samamoodi kasutama sõnastust „enne riigihanke menetluse alustamist.“

4. Teeme ettepaneku muuta RHS §-i 15 viisil, et kaotada raskesti mõistetav ja ebavajalik lihthanke piirmäära erisus hankijate jaoks, kes on samal ajal nii avaliku sektori hankijad, kui ka võrgustikusektori hankijad.

Selline hankija kohaldab avaliku sektori hankija riigihanke piirmäärasid, kui riigihanke ese pole seotud võrgustiku valdkonnas tegutsemisega ja võrgustikusektori piirmäärasid, kui riigihanke ese on seotud võrgustiku valdkonnas tegutsemisega. Teisisõnu on üldreeglik see, et piirmäära osas tuleks lähtuda hankelepingu esemest.

Ebavajalikuks ja mõistetamatuks erisuseks on siinkohal aga asjaolu, et kui selline hankija soovib soetada võrgustikusektori valdkonna tarbeks asju või teenuseid, peab ta korraldama igal juhul lihthankemenetluse vahemikus 30 000–60 000 eurot. Võrgustikusektori hankija, kes ei ole samal ajal avaliku sektori hankija, saab näiteks täpselt sama hankeeseme tarbeks kohaldada lihthankemenetlust vahemikus 60 000–428 000 eurot.

Sellistele hankijatele kohalduvate piirmäärade eristamine tervikuna lähtuvalt hankelepingu esemest oleks nii hankijatele, pakkujatele, kui ka järelevalveasutustele oluliselt lihtsam mõista ja kontrollida, kui praegune „varjatud“ ja raskesti mõistetav süsteem, mille puhul seda osaliselt järgitakse ja osaliselt mitte.

5. Õnnestunuks ei saa pidada eelnõu p-s 14 kavandatavat RHS § 15 lg 12 muudatust. Kuigi muudatuse mõte ja eesmärk on meile arusaadav, tooks eelnõu praegune sõnastus tõenäoliselt kaasa soovimatuid tagajärgi, millega eelnõu koostajad pole arvestanud.

Muudatuse mõtteks on käsitada riigihankena igat menetlust, mida hankija ilma seadusest tuleneva kohustuseta riigihangete registris alustab ning kohustada hankijat järgima vastavale riigihankele sätestatud riigihanke menetluse korda.

Esitaks on pakutud regulatsiooni puuduseks see, et RHS ega ka eelnõu ei defineeri, mida tähendab selle kontekstis „menetlus“. Teiseks, kui „menetlusena“ mõista kõikvõimalikke asju, mida hankijad riigihangete registris korraldavad, näiteks ka vähempakkumisi, oksjoneid või müüke, siis ei ole võimalik neid riigihangetena käsitleda ega hankijat kohustada sellise tegevuse suhtes kohaldama „vastavale riigihankele sätestatud riigihanke menetluse korda“.

Seda lihtsal põhjusel, et RHS-i ega direktiivide mõttes ei ole selliste tegevuste näol tegemist riigihanke menetlustega ja nende tulemusena ei sõlmita hankelepingut ega tellita ideekavandit. Veelgi olulisemana, isegi kui käsitleda vähempakkumusi, oksjoneid või müüke RHS § 15 lg 12 alusel riigihanke menetlustena, ei sisalda RHS nende tegevuste tarbeks sätestatud „vastavale riigihankele sätestatud riigihanke menetluse korda“.

Kui Rahandusministeeriumi huvi on riigihangete registrit välja visata kõik menetlused, mis ei ole riigihanked ega toetuse saaja ostud, siis saaks seda teha registri kasutustingimuste kaudu, nähes sellise hankija suhtes ette sanktsioonid, kui ta registrit siiski „mittehangete“ tarbeks väärkasutab.

6. Punktide 16 ja 19 osas märgime, et sätete sõnastused on keeleliselt ja ülesehituslikult väga raskepärased ning seetõttu esineb oht, et rakendajad ei suuda sätte tegelikust eesmärgist või mis

veel olulisem, seadusandja poolt antavast juhiseist asjakohaselt aru saada. Eriti peame seda problemaatilisteks võimaliku EL-rahastusega hangetes, milles rakendaja ei mõista nimetatud sätte alusel, millist käitumist või otsustust temalt eeldatakse. Alternatiivselt võib olla abiks juhendmaterjali loomine, milles on muid graafilisi informatsiooni edastamise võimalusi ära kasutades seaduses sõnastatud näitlikustatud.

7. Punktiga 36 nähakse lihtsustatult ette, et hankija viimasele otsusele peab olema lisatud teave kohaldatava ooteaja pikkuse kohta. Meile on sätte mõte ja eesmärk mõistetav, kuid selle rakendamise praktilised tagajärjed mitte. Nimelt, kehtiv õigus ega ka eelnõu ei näe ette mistahes tagajärge puhuks, kui hankija viimasele otsusele ooteaja kohta märget ei lisa. Seetõttu on selle muudatuse mõju sisuliselt kosmeetiline.

8. Punktiga 49 kavandatud täiendus ei ole täielikus kooskõlas seletuskirjas väljendatuga. Nimelt on seletuskirjas selgitatud, et pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohustuse seadmine väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses tõusetub vajadusest tagada kaebeõigus hankija otsuse peale, kui pakkumuse on esitanud mitu ettevõtjat.

Samas sätestab kavandatud § 72 lg 6¹ esimene lause, et kui hankemenetluses on esitatud mitu pakkumust, teeb hankija pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse. Tõenäoliselt ei ole eelnõu koostajad siin arvestanud tõsiasjaga, et RHS § 111 lg 2 ja § 114 lg 10 annavad mõista, et kõigis hankemenetlustes, sh väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses, võib üks pakkuja esitada mitu pakkumust.

Punkti 49 grammatiline esitus annab alust aga tõlgendusele, et kui üks ettevõtja esitab näiteks väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses mitu pakkumust, kuid teisi ettevõtjaid hankemenetluses pole, siis peab hankija igal juhul tegema pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse, kuigi selline otsus kellegi kaebeõiguse realiseerimist ei kaitseks. Seetõttu tuleks vastava normi sõnastust muuta viisil, et regulatsiooni esemeks on ainult selline olukord, milles väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetluses on mitu pakkujat nagu viitab seletuskirja vastava osa viimane lause.

9. Eelnõu p 52 eesmärgiks on kohustada pakkujaid või taotlejaid esitama koos pakkumuse või taotlusega ka heastamist tõendavad dokumendid. Soovitame sellist lahendust mitte rakendada, vaid nõuda, et pakkujatel ja taotlejatel tuleb hankepassis (või koos sellega) esitada nimekiri heastamist kirjeldavatest dokumentidest ning mitte nõuda kõikide tõendite esitamist juba pakkumuse või taotluse lisadena.

Esiteks ei vasta selline praktika pöördmenetluse eesmärgile, mille kohaselt hindab hankija üksnes edukal pakkujal kõrvaldamise aluste esinemist sisuliselt. Sellisel juhul tuleb kõikidel pakkujatel esitada sisuliselt tõendid heastamise kohta, mida hankija aga eelduslikult kunagi üldse ei analüüsigi (analüüsib ainult eduka pakkumuse esitanud pakkujal).

Teiseks on selline lahendus pakkujate jaoks asjatult koormav ega aita samal ajal edendada ühtegi riigihanke menetluse eesmärki. Hankijal on oluline, et hankija teavitaks juba hankepassis, kui tal mõni kõrvaldamise alus esineb, et hankijale oleks teada, et tal tuleb nimetatud pakkujalt vajadusel nõuda selgitusi või selgitamist võimaldavat informatsiooni (eelkõige RHS § 95 lg-s 4 nimetatud aluste kohaldamise osas). Pakkujatel tuleb seevastu iga pakkumusega nimetatud dokumendid automaatselt esitada, mis on aga ebamõistlikult koormav.

Eriti arvestades, et sama eelnõuga planeeritakse oluliselt lepingu rikkumisest teavitamine muuta hankija vaatest oluliselt kiiremaks. Pakkuja jaoks tähendab see aga praktilises mõttes seda, et sisemiselt tuleb algatada asjaolude väljaselgitamine, analüüsimine ning parendusmeetmete sisseviimine. Selle taustal tuleks siis pakkujal igal ajahetkel tagada, et ka hankijatele esitatavad tõendid heastamise kohta on ajakohased. Kuivõrd hankija hindab siiski enamikes riigihangetes kõrvaldamise aluste puudumist sisuliselt eduka pakkumuse esitanud pakkujal, siis puudub

vajadus kõikide pakkujate koheseks koormamiseks. Pakkujal on võimalik asjakohased ning hankepassis nimetatud tõendid esitada hankija sellisel nõudmisel.

Seletuskirjas p-s 52 muudatuse juures tsiteeritud EK otsuse (p-i 36) mõistame ühtlasi nii, et lubatav on ka see, kui pakkujad esitavad nimekirja asjakohastest heastamismeetmete tõenditest ning et EL õigus ei nõua otsesõnu seda, et nõutav on nende pakkumuse või taotlusega samaaegne esitamine.

10. Punktiga 62 soovitakse kohustada hankijaid kiiremini avaldama informatsiooni pakkujate poolsete oluliste lepingu rikkumiste kohta. RHS § 95 lg 4 p 8 paremaks rakendamiseks toetame seda ettepanekut. Samas viitame, et aeg, mille jooksul hankijal tuleb rikkumise kohta informatsioon registris avalikustada, on pakkuja vaatest liiga lühike.

Olukorras, kus hankija avalikustab riigihangete registris, et pakkujal on viidatud kõrvaldamise alus täidetud, tähendab see pakkuja jaoks seda, et tal tuleb järgmisel päeval arvates registrikande tegemisest igas järgnevas riigihankes, milles ta soovib osaleda, märkida hankepassis, et tal on selline kõrvaldamise alus. RHS § 97 rakendamise vaatest tuleb pakkujal sama aja jooksul ka analüüsida rikkumisega seotud asjaolusid, nende parendamise võimalusi aga ka neid ellu viia. 10 päeva jooksul ei ole selliste tegevuste pakkuja poolt asjakohaselt läbiviimine teostatav. Seda enam, et kui pakkuja soovib vaidlustada nt hankija poolt õiguskaitsemeetme rakendamise maakohtus, siis on 10-päevane ajaraam ka liiga lühike selleks, et pakkujal tekiks mõistlik võimalus hagi tagamise korras kande kuvamist peatada. Meie hinnangul peaks sättes hankijale kehtestatud tähtaeg olema minimaalselt 30-45 päeva.

Eraldiseisvalt soovitame sama punkti ja muudatusega seoses kaaluda hankijale pakkuja teavitamiskohustuse lisamist. Nagu eelnevalt välja toodud, tuleb pakkujal pärast sellise märke lisamist registrisse asuda hindama nii heastamismeetmete rakendamist aga ka tagada, et iga uus väljasaadetak pakkumus sisaldaks asjakohaseid tõendeid/teavet rikkumise kohta. Selleks, et vältida olukorda, kus pakkuja ei ole teadlik, mis hetkel hankija sellise kande tegi ning alates millisest hetkest tuleb pakkujal asuda rikkumist uutes hankepassides deklareerima, võib olla asjakohane kohustada hankijat ühtlasi edastama konkreetsele pakkujale teavitus selle kohta, et selline kanne on nüüd registrisse tema kohta lisatud. Asjakohane oleks kohustada hankijat sellist teadet pakkujale esitama samal päeval registrikande tegemisega, kuid mitte hiljem kui järgmisel tööpäeval.

11. Eelnõu p 68 täpsustab seda, millisel juhul ei tagasta hankija pakkumuse tagatist või realiseerib selle. Viitame, et väljapakutud sõnastusest („pakkuja muu tegevuse või tegevusetuse tõttu jääb hankeleping sõlmimata“) on ebaselge see, kas nimetatud alusel hakatakse pakkumuse tagatist kinni pidama ka nt pakkujatelt, kes ei esita hankija taotlusel kõrvaldamise aluste puudumise või kvalifikatsiooni kohta tõendeid. Pakutavat sätet grammatiliselt tõlgendades on võimalik sellisele järeldusele jõuda. Samas, arvestades sätte senist eesmärki, on püütud hankija õigusi pakkumuse tagatise osas tagada peamiselt suhtes selle ettevõtjaga, kes on hankija otsusel tunnistatud edukaks. Seega viitame, et asjakohasem võib olla täpsustada, et sätet rakendatakse üksnes nende pakkujate suhtes, kes on esitanud edukaks tunnistatud pakkumuse. Olemasoleva sõnatuse korral võib hankijatel jääda ebaselgeks see, milline on seadusandja poolt neile antav juhis kõikide teiste menetluses osalevate pakkujate suhtes.

12. Eelnõu p-ga 81 lisatakse täiendav valikuline kõrvaldamise alus juhuks, kui ettevõtjal on täitmata maksudeklaratsiooni esitamise kohustus. Kuivõrd halduspraktikas on omaks võetud lähenemine, mille kohaselt on ka valikuliste kõrvaldamise aluste kontrollimine kohustuslik, siis võiks eelnõu seletuskiri selgitada, kuidas eelnõu koostajad näevad selle kõrvaldamise aluse kontrollimist välismaiste ettevõtjate suhtes.

13. Eelnõu p 82 osas viitame kohaliku omavalituse eelarvepoliitikat ning solidaarsust arvestades, et asjakohane oleks kõikidel kohalikel omavalitsustel kõrvaldada pakkujaid mistahes teise kohaliku omavalituse võlgnevuse korral samuti. Sellisel viisil on oleks paremini tagatud kohalike maksuvõlgade tasumise kui riigihanke sekundaarse eesmärgi täitmine. Analoogselt võimaldab ka RHS § 95 lg 4 p 8 samuti kõikidel hankijatel kõrvaldada pakkuja, kes on teise hankijaga sõlmitud lepingut rikkunud. Nimetatud säte tugineb samuti kõikide hankijate solidaarsusele, mille eesmärk on tagada, et riik laias tähenduses teeb koostööd üksnes ettevõtjatega, kes on ausad. Kuigi meile teadaolevalt ei ole kohalikel omavalitsustel sellist ühtset maksuregistrit, mis võimaldaks kiiresti võlgade puudumist kontrollida, oleks kohalikel omavalitsustel võimalik kokku leppida suhtluspõhimõtted selliste päringute töötlemiseks. Arvestades, et aastal 2021 ei ole kohalikel omavalitsustel veel ühtset tööriista maksuvõlglaste rist-kontrollimiseks, siis teeme alternatiivselt ettepaneku sellise tööriista ellukutsumiseks. Lahendus, mille puhul saab sama kohalik omavalitsus üksnes iseenda territooriumiga seonduvate võlgade olemasolul pakkujaid kõrvaldada, tagab riigihangete sekundaarsete saavutamist liiga vähesel määral.

14. Punkti 122 seletuskiri ei ole kooskõlas kavandatava muudatuse sisuga. Nimelt väidab seletuskiri, et „Punktiga 122 muudetakse § 120 lõike 3 viimast lauseosa selliselt, et ooteaega ei pea kohaldama mitte üksnes siis, kui esitatud on vaid üks pakkumus, vaid ka siis, kui pakkumusi on esitatud küll rohkem, ent vastavaks tunnistatakse vaid üks pakkumus.“ Samas kavandatava normi enda sõnastus ei ole seatud sõltuvusse sellest, mitu pakkumust on vastavaks tunnistatud, vaid sellest, mitu pakkujat on nn viimase otsuse tegemise ajaks menetlusse jäänud. Seetõttu on seletuskirjas väljendatu eksitav.

15. Eelnõu p-ga 136 lisatakse võimalus, mille kohaselt võib hankija öelda pakkujaga sõlmitud hankelepingu üles, kui pakkujal esineb hankelepingu täitmise ajal mõni RHS § 95 lg-s 1 sätestatud kõrvaldamise alus. Praktikaks on ebaselge, kuidas võlaõiguslikus tähenduses tuleb §-s 124 lg-s 1 sätestatud hankija õigust lepingu ülesütlemisele käsitleda. Seetõttu soovime sättesse lisada tekstiosa, mis viitab üheselt, et § 124 lg-s 1 nimetatud alustega on tegemist hankelepingu oluliste rikkumistega võlaõigusseaduse tähenduses. Nimetatud lahendus oleks oluliselt õigusselgem, kus pooltel ei teki hankelepingu täitmise (ega ka võimaliku kohtuvaidluse ajal) arusaamatusi selle üle, kuidas üldse RHS §-s 124 sätestatud lepingu lõpetamise aluseid tuleb sisustada. Kuivõrd Eesti RHS ei reguleeri hankelepingu täitmist, vaid nimetatud õigussuhte kohaldub võlaõigusseadus, siis soovime tagada, et ka RHS § 124 ainsa erandliku materiaalõigusliku sättena oleks kooskõlas üldise lepinguõiguse toimimisega.

Sama eelnõu punkti osas viitame täiendavalt, et sätte rakendamine toob pakkujale kaasa oluliselt raskema olukorra kui siis, kui rikkumine esineks hankemenetluse ajal. Juhul kui pakkujal on RHS § 95 lg-s 1 nimetatud kõrvaldamise alus olemas hankemenetluse ajal, on tal õigus taotleda heastamismeetmete rakendamise tõttu kõrvaldamata jätmist ning hankijal on õigus ka sellist olukorda täiendavalt hinnata. Väljapakutud muudatus sellist mehhanismi aga hankelepingu täitmise faasis ette enam ei näe. Kuigi lepingu lõpetamine on nähtud ette hankija õigusena, võib oluliste ja suuremahuliste hankemenetluste puhul olla vajalik hinnata ka hiljem tekkinud rikkumiste sisu ja võimalikku mõju pakkuja usaldusväarsusele.

16. Punktiga 145 kavandatav muudatus puudutab § 126 täiendamist, kuid seletuskirja vastavas osas viidatakse lihthankemenetlusele, mis on reguleeritud aga §-s 125.

17. Eelnõuga kavandatakse mitmeid muudatusi RHS-i 4. peatükis, kuid ei puudutata siiski ebakõla, mis tõusetub halduspraktikas võetud lähenemisest, et kontsessioonilepinguid on RHS-iga kooskõlas lubatud sõlmida ka muudes menetlustes, kui kontsessioonilepingu sõlmimise

menetluses.¹ Kui jaatada hankija võimalust sõlmida kontsessioonilepingud, sh mille eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära, näiteks avatud hankemenetluses, siis tõusetub tahes-tahtmata küsimus, kuidas tagatakse sellisel juhul kontsessioonidirektiivist tulenevate kohustuslike nõuete täitmine, mida avatud hankemenetluses ette nähtud ei ole.

Näiteks näeb RHS § 136 kontsessioonidirektiivi eeskujul ette piirangu kontsessioonilepingu kestusele, samas kui avatud hankemenetluses sellist piirangut ette pole nähtud. Samamoodi on oluliseks erinormiks siinkohal ka RHS § 135, mis harmoneerib samuti Euroopa Liidu õigust.

Seetõttu peaks RHS ette nägema kasvõi mingi „pedagoogilise normi“, mis hankijate tegevust siinkohal suunaks, kuivõrd isegi hankija EL õigust rikkuv üksikotsus võib ka riigile kaasa tuua soovimatuid tagajärgi näiteks rikkumismenetluse näol.

18. Eelnõu sellist muudatust küll ei sisaldanud, kuid lisame omalt poolt täiendava ettepaneku leida RHS §-le 104 asjakohasem pealkiri, mis annaks paremini edasi sätte tegelikku sisu. Praktikast on hankijatel raskusi mõistmisega, kuidas suhestub sättega seaduses mainimata pöördmenetluse termin ning sellega seonduvalt hankija õigused ja kohustused. RHS § 104 ei reguleeri üksnes hankepassi sisu, vaid tegelikkuses ka hankija õigusi ja kohustusi nii klassikalise menetlusteega riigihangete läbiviimisel kui ka pöördmenetluse rakendamisel. Soovitame kaaluda ka lahendust, mille puhul jääb RHS § 104 reguleerima üksnes hankepassi sisu, kuid täiendavalt sõnatatakse nt RHS § 104¹, mis käsitleb hankija õigus ja kohustusi hankepassist nähtuvate andmete kontrollimisel ja asjakohaste otsuste tegemisel. Selline lisasäte võiks sisaldada tänase RHS § 104 lõikeid 6-11.

Samas küsimuses juhime täiendavalt tähelepanu ka sellele, et täpsustamist vajavad pöördmenetluse rakendamise tingimused mitme-etapilistes menetlustes, mille puhul on praktikast jäänud ebaselgeks see, kas hankijal on õigus pakkuja kvalifikatsiooni ja kõrvaldamise aluste puudumist analüüsida alles menetluse teise etapi lõpus. Probleemiallikaks on sellisel juhul eelkõige see, et juhul, kui hankija kontrollib kvalifikatsiooni ja ka kõrvaldamise aluseid alles nt teise etapi lõpus, siis võib hankija olla mitte lubanud mõnel tegelikult sobilikul ettevõtjal teises etapis osaleda. Pakkujatel on aga sellises olukorras keerukas otsustada ka asjakohaste õiguskaitsemeetmete rakendamise üle, sest hankijal on õigus pöördmenetlust kasutada ning kvalifikatsiooni ja kõrvaldamise aluseid kontrollida alles nt teise etapi lõppedes.

19. Redaktsioonilise ettepanekuna soovitame nii eelnõu kui ka seletuskirja dokumentidele lisada leheküljenumbreid.

1.1. Ettepanekud vaidlustusmenetluse osas

20. Põhimõttelise muudatusena soovitame esmalt kaaluda vaidlustusmenetluse tähtaegade üldist muutmist. Nimelt on ka eelnõu koostajad seletuskirjas eelnõu p 121 juures möönnud, et *vaidlustuse esitamise tähtaja lühendamine ei ole võimalik, kuivõrd kümme päeva otsusega tutvumiseks, vaidlustuse esitamise vajaduse üle otsustamiseks, suure tõenäosusega õigusabi saamiseks ning vaidlustuse kirjutamiseks ja esitamiseks on eelnõu autorite hinnangul juba niigi lühike aeg.*

Kümme päeva vaidlustuse koostamiseks on tõepoolest lühike aeg, kuid mitte sedavõrd lühike aeg, nagu on RHS § 194 lg-s 5 ja lg-s 6 sätestatud kolme tööpäeva pikkune tähtaeg hankijale ja kolmandale isikule vaidlustusele reageerimiseks. Kõrvutatuna kümne päevaga vaidlustuse esitamisele, on kolm tööpäeva hankijale ja kolmandale isikule ebaproportsionaalselt lühike tähtaeg ning seda tuleks seadusega muuta.

¹ Vt näiteks VaKo 199-17/192855, p 8.

Meile teadaolevalt on sellise ebamõistlikult lühikese tähtaja seaduses sätestamise põhjuseks olnud eeldus, et kuna hankija on koostanud riigihanke alusdokumendid või teinud vaidlusaluse otsuse, ei peaks tal seisukoha koostamine võtma märkimisväärselt aega.

See eeldus ei ole aga pahatihti reaalsusega kooskõlas. Nimelt kasutavad ka paljud hankijad oma riigihanke vaidlustes välist õigusabi, mille tõttu esindavad hankijaid vaidlustusmenetluses sageli õigusnõustajad. Kuna õigusnõustajad lähtuvad samuti hankijale seatud tähtaegadest, siis on ilmne, et õigusnõustajatel on praktikas sageli veelgi vähem aega RHS § 194 lg 5 tähtaja raamides seisukoha koostamiseks, kuivõrd nõustaja peab ennast viima kurssi riigihanke, selles koostatud alusdokumentide ja tehtud otsustega. Seejärel tuleb koostada menetlusdokumendid ja need hankijaga ka kooskõlastada.

Kuigi see on hankija ja tema õigusnõustaja sisesuhte küsimus, on selge, et hankija vajab vaidlustuse saabumisel ka aega selle sisu analüüsimiseks ka selle pilguga, kas välist nõustajat üleüldse kaasata. See vähendab välise õigusnõustaja jaoks seisukoha koostamiseks võimalikku aega veelgi, kui hankija näiteks teisel tööpäeval otsustab ikkagi välise nõustaja kaasata.

Samuti on õigusloomes aluseks võetud eeldus, et hankijale on vaidlustusele vastamine kuidagi iseenesest alati hõlbus, ebaõige. Vaidlustuse sisu võib olla väga tehniline ning puudutada midagi sellist, mille kohta ei ole ka hankijal võimalik kiiresti teavet koguda või mille osas temal eriteadmised puuduvad. Ühtlasi võib see puudutada asjaolusid või väiteid, millega hankija ka sellises detailsusastmes RHAD koostamisel kokku ei puutunudki.

Veelgi ebaõiglasem on RHS § 194 lg-s 6 sätestatud kolme tööpäeva pikkune tähtaeg kolmanda isiku suhtes. Kolmas isik on menetlusosaline, kelle subjektiivseid õigusi vaidlustuse esitamine kõige vahetumalt mõjutab, kuivõrd vaidlustuse rahuldamise korral kaotab kolmas isik õiguse hankelepingu sõlmimiseks.

Kolmandal isikul puuduvad üldjuhul hankijaga võrreldavad eriteadmised näiteks riigihanke alusdokumentide kohta ning veelgi vähem teavet näiteks vaidlustaja suhtes tehtud negatiivse otsuse kohta. Seetõttu alustab kolmas isik vaidlustusmenetluses kõige halvemast positsioonist, kuid samal ajal on tal ka kõige rohkem kaotada. Mõistagi võib öelda, et kolmandal isikul on vaidlustusmenetluses sageli võimalik hankija seisukohtadega „kaasa lohiseda“ ning seetõttu ise vähem panustada, kuid see ei ole kolmanda isiku õiguste kaitse eesmärk.

Kolmandal isikul peavad olema vaidlustusmenetluses mõistlikud võimalused oma õiguste kaitseks ja ei ole õige siduda neid võimalusega „hankija paadis olla“. Haldus- ja kohtupraktikas on arvukalt juhtumeid, milles hankija ei suuda hankeasjas enda otsust efektiivselt kaitsta, mille tõttu langeb vaidlustusele või kaebusele vastuvaidlemise põhiraskus hoopis kolmandale isikule, kelle jaoks on see samas ka kõige keerulisem, seda eriti olukorras, kus vaidlustaja on pahatihti ja utreerituna isegi enda olemasolu ärisaladuseks määratlenud.

Vaidlustusmenetluse menetlusosaliste õiguste võrdsustamiseks tuleks seetõttu alustada sellest, et muuta RHS § 194 lg-des 5 ja 6 sätestatud tähtaegu nii, et need oleks vähemalt viis tööpäeva.

Kui Rahandusministeerium peab seda muudatust millekski selliseks, mis seab ohtu RHS § 200 lg-s 1 sätestatud otsuse tegemise tähtaja 30 päeva, siis võib seda tähtaega pikendada näiteks 35 päevani. Selline muudatus on hankija õiguste kaitset silmas pidades proportsionaalne, kuivõrd asja lahendamine kiiresti ei saa olla eesmärk iseendas, kui hankijal puudub asjakohane võimalus kvaliteetsete seisukohtade kujundamiseks. Tihti eeldab vastuste koostamine VaKo-le ka mitte üksnes juristide, vaid ka hankija teiste eriteadmistega (nt insenerid) kaasamist. Praktikas näeme väga tihti, et ka kõige parimate kavatsustega hankijatel ei ole 3 tööpäevane tähtaeg kvaliteetse vastuse koostamiseks piisav.

21. Seaduse 8. peatüki ja halduspraktika pinnalt on ebaselge, kas menetlusosaliste esindajad peavad esitama vaidlustusmenetluses esindusõiguse tõendamiseks volikirja või mitte. Praktikas esitavad menetlusosaliste esindajad volikirju, kuid RHS § 190 lg 1 p 8 sõnastus viitab sellele kui üksnes vaidlustaja esindaja kohustusele.

Mõistagi võiks lähtuda üldreeglist, et ametiasutustes ei kehti kohtumenetlustes omaks võetud advokaadi esindusõiguse eeldus. Teisalt on VaKo ka oma praktikas leidnud, et lähtub analoogia korras HKMS § 35 lg-st 4, mille kohaselt advokaadi esindusõigust eeldatakse.²

Kuna vaidlustusmenetlus ei peaks menetluse nõudeid arvestades olema keerulisem kui näiteks halduskohtumenetlus, siis võiks kaaluda HKMS § 35 lg-ga 4 sarnase esindusõiguse eelduse sätestamist ka RHS-is. See aitab kokku hoida ka menetlusosaliste kulusid ning säästa ka niigi lühikest aega sisulise vastuse koostamiseks.

22. Teeme ettepaneku muuta RHS § 199 lg-d 2. Viidatud sätte kohaselt tuleb lepingulise esindaja kulude väljamõistmist taotleval menetlusosalisel kinnitada, et kõik lepingulise esindaja kulude nimekirjast nähtuvad kulud on kantud seoses vaidlustusmenetlusega.

Sellise kinnituse puudumisel on VaKo praktika olnud jätta esindajakulude väljamõistmise taotlus rahuldamata.³ Teisisõnu tähendab see, et kui menetlusosaline sellist kinnitust ei esita, ei ole tal võimalik saada isegi võidu korral esindaja kulusid tagasi.

See on kinnituse sisu ja mõtet ning vaidlustusmenetluses käibivat kaotaja maksab põhimõtet arvestades tarbetult drakooniline säte. Vaidlustusmenetlus nagu ka riigihanke menetlus, ei peaks olema selline, milles menetlusosalised peavad endale soodsa lahenduse saabumiseks „lausuma ussisõnu“ või esitama sisult mõttetuid ja tarbetuid kinnitusi. Mõttetute kinnituste nõudmise ebamõistlikkusele riigihanke menetluses on tähelepanu juhtinud ka VaKo.⁴

Seetõttu on seda kummastavam, et sedavõrd edumeelne vaidlustusmenetlus sisaldab säärast tarbetut kinnitust, mille esitamata jätmisega saabuval ebamõistlikult karistavad tagajärjed.

Kui Rahandusministeerium peab sellise kinnituse esitamist siiski mingil põhjusel vajalikuks, siis teeme ettepaneku täiendada eelnõu ja muuta RHS § 199 lg-d 2 näiteks järgmiselt:

„(2) Menetlusosaline kinnitab lepingulise esindaja kulude väljamõistmise taotluse esitamise faktiga, et kõik lepingulise esindaja kulude nimekirjast nähtuvad kulud on kantud seoses vaidlustusmenetlusega.“;

„(2) Menetlusosalise poolt lepingulise esindaja kulude väljamõistmise taotluse esitamisega eeldatakse menetlusosalise poolt kinnituse andmist selle kohta, et kõik lepingulise esindaja kulude nimekirjast nähtuvad kulud on kantud üksnes seoses vaidlustusmenetlusega.“;

Selline sõnastus järgib ka RHS § 110 lg 3 eeskujut, mis võimaldab halduspraktika kohaselt samamoodi nii-öelda vähemtähtsamaid asjaolusid pakkumuse esitamise faktiga kinnitada. Ühtlasi on VaKo-l jätkuvalt võimalik menetluskulude sisu analüüsid jätta kulud, mis ei näi seonduvat menetlusosalise vaidlustusmenetluses esindamisega, vastaspoolelt väljamõistmata. Seega ei oma väljapakutud muudatus vaidlustusmenetluse kiiret ja tõhusat iseloomu arvestades praktikas ettenähtamatuid raskeid tagajärgi.

Lugupidamisega

Kadri Härginen
advokaat

Mario Sõrm
advokaat

² VaKo 203-20/226031, p 7.

³ VaKo 283-20/227164, p 24; 145-19/210602, p 34; 137-20/220835, p 17; 168-19/212807, p 16.

⁴ VaKo 173-18/194960; 168-18/194960.