

Jaak Aab
Riigihalduse minister
Rahandusministeerium
E-post: info@rahandusministeerium.ee
Koopia: Evelin.Karindi-Kask@fin.ee

Kadri Matteus, vandeadvokaat
Advokaadibüroo COBALT OÜ
Kawe Plaza, Pärnu mnt 15
10141 Tallinn
E-post: kadri.matteus@cobalt.legal

Saadetud e-posti teel

26.04.2021

RE: Arvamus riigihangete seaduse muutmise seaduse eelnõule

Lugupeetud Jaak Aab, riigihalduse minister

Tänapäeval kutse eest esitada arvamus riigihangete seaduse (RHS) muutmise seaduse eelnõule (17.03.2021). Esitan enda seisukohad ja põhjendused eelnõus käsitletud teemade osas, kuid toon välja ka muid teemasid, mis võiksid olla arutlusel seaduse muutmisel. Enamus muudatusettepanekutega võib nõustuda ning nendele ma eraldi seisukohta ei esita.

Eelnõu punktiga 7 viiakse § 10 lg 3 p 1 kooskõlla selle aluseks oleva direktiivi 2014/24/EL art 41 teise lõiguga, mille kohaselt tuleb riigihanke alusdokumentides avaldada teave, mis ettevõtjaga turu-uuringu käigus vahetati, mitte aga üksnes teave, mis ettevõtjale selle käigus hankija poolt esitati. Teisisõnu tuleb avaldada ka see teave, mida ettevõtja hankijale esitas.

Siin peab olema võimalus ka mitte avaldada ärisaladusega kaitstud infot. Vastasel juhul ei hakka ettevõtjad turu-uuringutes osalema, kuivõrd sellega avaldub nende ärisaladus. Direktiiv vaikselt küsimuses, kas avaldama peab kõik olulise info, mis on ühtlasi ka ettevõtja ärisaladuseks.

Punktiga 16 tehakse selgemaks segalepingute regulatsiooni, mis on tervitatav. Soovitan ministeeriumil teha segalepingule kohalduva õige menetluse skeemi, sarnaselt menetluse skeemidele: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/riigihangete_menetlusskeemid.pdf.

Punktiga 36 lisatakse hankijale kohustus lisada otsusele, millele järgneb hankelepingu sõlmimine märke käesoleva seaduse § 120 alusel kohaldatava ooteaja pikkuse kohta. Esiteks soovitaksin lisada sättele ka raamlepingu sõlmimine, kuivõrd selle sõnastustest välja jätmine võib tekitada praktikas probleeme.

Teiseks, kui juba kohustada lisama otsusele info ooteaja kohta, tuleks lisada ka viide vaidlustamise tähtaja kohta. Praktikas on ilmnunud probleeme, et pakkujad „magavad maha“ hankija otsuse vaidlustamise, sest nad ei ole teadlikud riigihanke asjade lühikestest vaidlustamise tähtaegadest ning otsustes puudub ka konkreetne vaidlustamisviide. Samuti ei ole harvad juhud, kus pakkujatele tehakse riigihangete registris nähtavaks mõni protokoll või otsus, mille kehtivuse osas puudub pakkujal igasugune info. Nimelt võivad hankijad käsitleda registri poolt genereeritud otsuseid kui hankekomisjoni otsustena (või protokollidena, kuigi register nimetab need automaatselt otsuseks). See tekitab segadust selles osas, kas hankija on teinud otsuse, mida tuleb ja saab vaidlustada või on tegemist alles

Eesti

Tel +372 665 1888
tallinn@cobalt.legal

Läti

Tel +371 6720 1800
riga@cobalt.legal

Leedu

Tel +370 5250 0800
vilnius@cobalt.legal

Valgevene

Tel +375 17 336 0093
minsk@cobalt.legal

toiminguga, mis ei ole eraldiseisvalt vaidlustatav. Seetõttu võiks seadust täiendada viisil, et kohustada hankijaid lisama otsustele ka vaidlustamisviiteid.

Punktidega 32, 115 ja 118 liigutatakse varem seaduse 2. peatükis paiknenud ärisaladuse regulatsioon seaduse 1. peatükki. Vajadus antud muudatuse tegemiseks tulenes aruteludest huvigruppidega, kes leidsid, et ärisaladuse regulatsioon peaks laienema ka allapoole riigihanke ja lihthanke piirmäära jäävatele riigihangetele.

Eelnõust jääb mõnevõrra ebaselgeks kas § 46¹ kohalduks ka allapoole lihthanke piirmäära ning olukorras, kus hankija ei ole pakkumusi võtnud vabatahtlikult RHRis, näiteks, kui hankija küsib pakkumusi e-kirja teel. Punkti 14 juures on selgitatud, et juhul, kui võrgustikusektori hankija alustab menetlust riigihangete registris millegi ostmiseks, näiteks väikehankena, mis ei ole seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb tal järgida terves RHS 1. peatükis sätestatud, eelkõige §-s 3 sätestatud riigihanke üldpõhimõtteid ja otsustest teavitamise korda. Sellest tuleneb, et registriväliselt oste tehes, ei ole vajadust järgida tervet 1. peatükki. Ometi p-de 32,115 ja 118 juures selgitatakse, et regulatsioon kohaldub ka alla lihthanke piirmäära.

Pakkumuse objektiks olevate asjade nimekiri kui ärisaladus. EKTÄKS § 5 lg 2 loetleb ärisaladuse eeldusteks mh teabe salajasuse ning selle väärtuse salajasuse tõttu. Vaatamata sellele on asjade hankelepingute sõlmimiseks korraldatavas hankemenetuses valdav praktika tunnistada ärisaladuseks kogu pakkumus, sh pakkumuse koosseisus esitatud toodete nimekiri. Näiteks kui hankija hangib suurkõigiseadmeid, mille hankel osalevad erinevad maaletoojad, siis kõik määravad pakkumuse ärisaladusega kaitstuks. Minu praktika kohaselt hankijad ärisaladuse analüüsi ei lasku ning keelduvad pakkumuste väljastamisest isegi juhul kui esitada veenvaid argumente, miks antud info ei saaks olla ärisaladus. Nimelt paigaldatakse hangitavad esemed avalikku ruumi (või vähemalt ligipääsetavasse ruumi), mistõttu ei saa need olla salajased (v.a. tõesti riigikaitseliste objektide puhul). Seega on pakkumuste vastavusega seotud vaidlustuse esitamisel vaja pakkuda, mis toodet võis konkurent pakkuda ning esitada vaidlustus hüpoteetilistel alustel, et toode X ei vasta hanke tehnilise kirjeldusele p-le y. Teadmine, et konkurent pakkus just toodet X on sealjuures vaidlustaja arvamus, mitte tõsikindel fakt, sest pakkumusele juurdepääsu ei ole antud. Samas, on kohtus ja vaidlustuskomisjonis hulgaliselt lahendeid, kus on avatud kaartidega analüüsitud pakutud toote omadusi ja selle vastavust tehnilisele kirjeldusele. Seetõttu võiks juba seadus sisaldada sätet, et asjade hankelepingu puhul on vähemalt pakutavate toodete nimekiri eelduslikult avalik. See tähendab, et jääb võimalus kaaluda konkreetseid asjaolusid ja hankelepingu eripärasid (mh kas selle alusel hangitav toode saab olema avalik) ning kaitsta toodete nimekirja kui ärisaladust, kuid eelduslikult tehtaks selline nimekiri teistele pakkujatele avalikuks.

Keskmise palga nõuet RHS § 115 lg 2 p 2 sõnastuses muudetud ei ole. Minu seisukoht 2019. aasta seisukohas VTK-le oli ning on jätkuvalt selline: Olen selgel veendumusel, et keskmise palga nõue praegusel kujul ei sobi alapakkumuse regulatsiooni, kuna see ei seondu alapakkumuse instituudiga. Kõige suurem probleem seondu justnimelt asjaoluga, et pakkumus ei pruugi olla alapakkumuse omadustega (st märkimisväärselt madala hinnaga) ning keskmine palk ei pruugi näidata mingeid seoseid tulevikku suunatud hankelepingu täitmisega. Kompromissina võiks kaaluda § 115 lg 2 p 2 täiendamist viisil, et hankija on kohustatud küsima selgitust, kui keskmine töötasu vastavas valdkonnas oli väiksem kui 70% keskmisest töötasust vastavas valdkonnas ning pakkumuse maksumus on hankelepingu eset arvestades põhjendamatult madal.

Sellisel juhul on keskmise palga seos alapakkumusega ka tuvastatud ning hankijatel oleks ka oluliselt lihtsam kontrollimenetlust läbi viia, sest pakkumuse maksumus viitab alapakkumusele ning hankija saab enda kahtlusi muuhulgas põhjendada turu keskmisest madalamate töötasudega, mille õigustamise kohustus läheb üle pakkujale. Iseasi on sellise kontrollimenetluse mõttekus, sest ükski norm ei kohusta

maksta töötajatele käesolevas sättes nimetatud keskmist töötasu. Ühtki tegevust ega kohustust ei tohiks sätestada vaid tegevuse läbiviimise eesmärgil. Igasugune täiendav tegevus hankemenetluses peaks viima ka mingi eesmärgini. Seetõttu tuleks hankijate halduskoormuse vähendamiseks üldse kaaluda § 115 lg 2 p 2, lg 3-6 kehtetuks tunnistamiseks, sest nendega ei ole võimalik saavutada taotletud eesmärki.

Juhul kui keskmise palga nõude juurde jääda ja seda täpsustada, siis tasuks tõesti täpsustada, et välistada tasuks kontrolli selliste alltöövõtjate suhtes, kes ei tegele ehitamisega, nt koristus, logistika, transport, renditööjõu pakkuja ning muude tugiteenuste pakkujad.

Punktiga 160 laiendatakse kontsessioonilepingu sõlmimise menetlustele § 115 regulatsioon – muudatus on igati põhjendatud ning olin selle poolt juba 2019. aastal, kui esitasin seisukoha VTK-le: Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse (st § 115) regulatsioon peaks selgelt kohalduma ka kontsessioonimenetluses ning sotsiaal- ja eriteenuste menetluses. Võib öelda, et enim vaidlusi alapakkumuste osas seisnebki kontsessioonimenetlustes, täpsemalt jäätmeeveo ainuõiguse andmisel ning avaliku liiniveo ainuõiguse andmise hangetes ning suhteliselt palju alapakkumuse vaidlusi on ka toitlustushangetes, mis on sotsiaal- ja eriteenuste menetlus. Juhul kui välistada § 115 kohaldumine kontsessioonimenetlustes, siis selle negatiivne mõju sektorile oleks väga suur.

Punktiga 209 lisatakse vaidlustusmenetluse kulude hüvitamisele juhtum, kus hankija tunnistab vaidlustatud otsuse vaidlustuse tulemusena kehtetuks või muudab riigihanke alusdokumente, ent ei mõõna sõnaselgelt, et ta vaidlustuse omaks võtab.

Tervitan seaduse täpsustust, mis tagab ettevõtjatele õiglase lahenduse menetluskulude hüvitamiseks vaidlustusmenetluses. Küll aga soovitaksin täpsustada viidet seadusesättele ka § 192 lg 3 p 5-ga, kuivõrd § 197 lg 1 p 8 viitab erinevatele alustele, mille tõttu vaidlustusmenetlus lõppeb, sh vaidlustamisõiguse puudumisele. Teoorias võib mõni neist alustest ilmned ka menetluse hilisemas faasis (nt vaidlustamisõiguse puudumine) ning vaidlustusmenetlus kuuluks lõpetamisele samuti § 197 lg 1 p 8 alusel, kuid siis ei ole põhjendatud mõista hankijalt välja vaidlustada kantud kulud.

Vastuvaidlustus või vaidlustusõiguse küsimuse alla seadmine (puudub eelnõus). Eesti õiguskorras puudub vaidlustusse või kaebusesse (kui kaebus vaja esitada otse kohtusse) kaasatud kolmandal isikul õigus esitada vastuvaidlustus või vastuväide kaebeõiguse olemasolu kohta. Probleem ilmneb olukorras, kus teisele kohale jäänu vaidlustab näiteks pakkuja edukaks tunnistamist, kuid edukas pakkuja tahaks esitada vastuväite, et vaidlustaja enda pakkumus oli puudustega ja poleks üldse tohtinud vastavaks tunnistada. Edukal pakkujal ei ole kaebeõigust mitte- edukate pakkujate suhtes tehtud otsuste vaidlustamiseks ning olukorras, kus eduka pakkuja suhtes on juba esitatud vaidlustus, puudub tal tavaliselt võimalus seda teha, sest vaidlustamise tähtaeg on möödas. Mujal Euroopas tuntakse ka riigihanke asjades vastukaebust, mis seabki kahtluse alla vaidlustaja/kaebaja õiguse hankelepingu sõlmimisele (nt EKo C 223/16). Kehtiva õiguse kohaselt, kui pakkumuse edukaks tunnistamise otsus tunnistatakse kehtetuks ning pakkuja väljub sellega hankemenetlusest, puudub tal selles hankes otsuste vaidlustamise õigus, sest tal puudub hankelepinguni jõudmise võimalus. Seega ei jää menetlusest väljunud pakkujal muud üle, kui pöörduda Rahandusministeeriumi järelevalvetaotlusega, et tuvastataks konkureeriva pakkuja pakkumuse vastavust (või muud puudust), kuid viimasel puudub kohustus järelevalvemenetlust algatada. Kui siiamani ei ole VAKO tunnistanud vaidlustamisõigusena vaidlustaja kaudset võimalust hankelepingu sõlmimiseks uues hankemenetluses, siis VAKO 16.03.2021 otsusega 30-21/220308 p 16 on see siiski võimalikuks tunnistatud lähtuvalt asjakohasest EK praktikast. Seetõttu võiks kaaluda nt § 192 täiendamist viisil, et kolmandal isikul on õigus esitada põhjendatud vastuväiteid vaidlustuse esitamise õiguse kohta, mis välistaksid vaidlustaja võimaluse hankelepingu sõlmimiseks, millisel juhul peakski vaidlustuskomisjon sisuliselt läbi vaatama kaks vaidlustust –

vaidlustaja ja kolmanda isiku suhtes esitatud väidete osas. Sellise vastuväite esitamise õiguse võib tagada ka riigilõivu tasumise kohustusega. Alternatiiv on anda kolmandale isikule võimalus esitada nt 3 tööpäeva jooksul peale vaidlustuse kohta teate saamist vastuvaidlustus, mida menetletak iseseisva vaidlustusena, kuid mis võib olla VTK ettepaneku kohaselt liidetud esimese vaidlustusega.

Eelnõu §-ga 2 muudetakse halduskohtumenetluse seadustikku. Hankeasjade menetlemise juurde lisatakse kaks sätet, millest esimene sätestab analoogselt vaidlustuse läbivaatamisega vaidlustuskomisjonis, et hankija ei tohi enne kaebuse läbi vaatamist ja selle kohta tehtud kohtuotsuse jõustumist hankelepingut sõlmida.

Olen muudatuse poolt ning leian, et automaatne hankelepingu sõlmimise keeld on ka kooskõlas valdava praktikaga. Lähtuvalt meie kogemusest võin öelda, et kohus rahuldab 99% esialgse õiguskaitse taotlustest, mistõttu on esialgse õiguskaitse eraldi taotlemine ja sellele kuluv aeg ebaratsionaalne. Lähenemine, kus hankija peab vastupidi taotlema luba hankelepingu sõlmimiseks, on igati tasakaalukas ega kahjusta ülemääraselt ka avalikke huve.

RHS § 185 ja erandhanked

Praktikas tekitab märkimisväärseid probleeme küsimus, kuhu on vaja esitada vaidlustus menetluses, mis puudutab nn erandhanget. Kuni 6.02.2019 Riigikohtu määruseni asjas nr 3-17-1151 kehtis selge praktika, et erandhankest võrsunud vaidluseid ei lahendata riigihangete vaidlustuskomisjonis vaid tavapärase haldusasjana halduskohtus.

Kuid Riigikohus pööras tähelepanu asjaolule, et see praktika ei ole päris õige ning VAKO-l võib siiski olla pädevus menetleda ka erandhankes tehtud otsuseid, samuti, et sellised vaidlused tuleb halduskohtus menetleda kui hankeasju HKMS 28. ptk mõttes.

Riigikohus leidis, et RHS v.r § 14 lg-s 1 anti selgelt üksnes hankijale võimalus mitte rakendada RHS-s sätestatud korda, mitte ei välistatud erandhangete puhul kogu RHS, ammugi mitte HKMS 28. peatüki kohaldamist. HKMS 28. peatüki kohaldamist ei reguleeri RHS v.r § 14, vaid HKMS § 266 lg-d 1 ja 2 koostoimes RHS v.r § 2 lg-ga 2 (p 5).

Riigikohus selgitas p-s 6 täiendavalt: „Kollegium on seisukohal, et vaatamata RHS v.r § 117 lg 1 sõnastusele peab VAKO vaidlustusmenetluses kohaldama ka Eesti ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtteid, põhiseadust (PS) ning Euroopa Liidu riigihankeõiguse norme. VAKO pädevus selleks tuleneb PS § 3 lg-st 1, põhiseaduse täiendamise seaduse §-st 2 ning Euroopa Liidu lepingu art 4 lg-st 3. Kuna aga neile põhimõtetele ja normidele tugineva vaidluse kohtueelseks lahendamiseks puudus RHS v.r § 117 lg 1 ja puudub RHS kehtiva redaktsiooni (RHS u.r) § 185 lg 1 valguses sõnaselge kohustus, siis on neile põhimõtetele ja normidele, aga mitte RHS v.r-le (sh selle §-le 3) või RHS u.r-le tuginev kaebus lubatav ka ilma kohtueelset korda läbimata. See mõõndus on vajalik ebaselgest kaebekorrast tingitud minetuste vältimiseks ja tõhusa õiguskaitse tagamiseks.

Nagu kollegium märkis juba asjas nr 3-3-1-52-11 (p 18), ei saa mõistlikuks ega otstarbekaks pidada olukorda, kus kohtueelse menetluse kohustuslikkus sõltub kaebuses viidatud õiguslikest alustest ning sama nõudega võib olla vajalik pöörduda samaaegselt nii vaidlustuskomisjoni kui ka halduskohtusse. Lisaks vaidlustuskorra keerukusele vaidlustajate jaoks ja potentsiaalselt paralleelsetele menetlustele kahes organis võib tekkida olukord, kus kaebuses ei tugineeta küll RHS-le, kuid kohus peab RHS sätteid asja lahendamisel oluliseks - kohus ei ole seotud kaebuse õiguslike põhjendustega ning kohaldab õigust sõltumata menetlusosaliste seisukohtadest (HKMS § 158 lg 1, vt nt Riigikohtu halduskollegiumi otsus asjas nr 3-3-1-16-14, p 14). Kaebaja eksimus kohaldatava õiguse osas ei tohiks mõjutada kohtueelse menetluse kohustuslikkust. Sellegipoolest sisaldub samasugune regulatsioon ka RHS u.r § 185 lg-s 1.“

Tallinna Halduskohus on Riigikohtu suuniseid tõlgendades leidnud, et VAKO-I on võimalik erandhanke puhul kontrollida seda, kas hankija on õigesti kohaldanud RHS-s toodud erandit (st kas erandhanke korraldamine oli lubatud), samuti ka riigihanke korraldamise üldpõhimõtete järgimist. Halduskohus mõõnas, et RHS üldpõhimõtete sissetoomine muudab VAKO pädevuse määratlemise igal üksikul juhul küllaltki komplitseerituks, kuna sarnaselt kohtuga ei ole VAKO seotud vaidlustuse õiguslike põhjendustega ning võib ka iseseisvalt tuvastada RHS üldpõhimõtete rikkumise. Seetõttu võib vaidlustuse menetlusse võtmise staadiumis olla küllaltki keeruline hinnata seda, kas vaidlustus seondub või võib seonduda RHS üldpõhimõtetega.¹

Seega Riigikohus on pööranud tähelepanu asjaolule, et RHS § 185 lg 1 on sõnastatud ebaselgelt, kuid vaatamata sellele, ei adresseeri eelnõu seda küsimust.

Isegi kui VAKO-I puudub pädevus vaidlustust menetleda (nt juhul kui vaidlus ei puuduta erandhanke korraldamise lubatavust ega üldpõhimõtete järgimist), puudub HKMS-s regulatsioon kaebetähtaja osas. HKMS § 270 reguleerib üksnes riigisaladuse ja salastatud välisteabega seotud hankeasja kaebetähtaegasid ning ülejäänud vaidluste osas seob tähtaja VAKO otsuse avalikult teatavakstegemise ajaga. Kuid kui vaidlustust ei pidanud läbi vaatama VAKOs, siis puudub seaduses tähtaeg, mis aja jooksul peab ettevõtja halduskohtusse pöörduma. Mitte kõik erandhanked ei puuduta riigisaladust (nt RHS § 11 lg 1 p 12). Kuivõrd Riigikohtu määruse kohaselt on tegemist hankeasjaga, siis oleks ebakohane lähtuda üldistest kaebetähtaegadest HKMS §-s 46, mille kohaselt oleks hankija otsuse tühistamise kaebetähtaeg 30 päeva, kuid hetkel puudub ka selles osas kohtu seisukoht. Mõistlik oleks HKMS § 270 vastavalt muuta.

Samuti peaks täpsustama HKMS § 268, mis reguleerib kaebeõigust hankeasjas ja seab eelduse, et kaebusega kohtusse pöördumiseks peab kaebaja enne läbima kohtueelse kohustusliku menetluse riigihangete vaidlustuskomisjonis, kuid mida erandhangete puhul ei ole (tihti) jätkuvalt võimalik teha VAKO pädevuse puudumise tõttu.

Seadus peaks selgelt reguleerima küsimust, kellel on pädevus lahendada erandhangetest võrsunud vaidluseid, kuivõrd hankijad teevad aeg-ajalt ka erandhangetes *quasi*-hankemenetlusi, st koostavad alusdokumendid ja edastavad need enda poolt välja valitud ettevõtjatele ja valivad parima pakkumuse enda poolt ette antud kriteeriumite alusel. Juhul kui sellisel konkursil osalenud ettevõtjal on protseduuri kohta etteheiteid ja soov esitada vaidlustus või kaebus, siis on vaidlust lahendava organi määratlemine hetkel võrdlemisi ebaselge ja vajab seadusandja poolt konkreetselt määratlemist.

Vaidlust lahendava organi määratlemine on oluline, sest „erandhanke läbiviimine ei tähenda seda, et hankija on vabastatud hankemenetlusele omaste põhimõtete järgimisest – nt tuvastada õigesti pakujate ja pakkumuste vastavus RHAD nõuetele, põhjendada oma otsuseid, järgida kaalutusreegleid, tagada menetluse läbipaistvus ja võrdne kohtlemine. Erandhanke läbiviimine ei saa õigusta hankija otsuste meelevaldust. Erandhanke puhul on hankija otsused samal moel kohtulikult kontrollitavad kui tavapärases avatud hankemenetluses.“²

Eelnõus muud käsitlemata teemad:

Pakkumuse koosseisus esitamata jäänud dokument ja õigus küsida selle tagantjärgi esitamist (§ 114 lg 2). Pean jätkuvalt ebamõistlikuks praktikas kohati väljendatud lähenemist, nagu ei tohiks ega peaks hankija pakkumuse vastavuse kontrolli ajal arvesse võtma dokumente, mis on tal küll olemas

¹ Kohtuotsus kinnises menetluses, kohtuotsus koostaja valduses.

² Samas

selle riigihanke väliselt, kuid mida ei ole koos pakkumusega esitatud. Tegemist on üliformalistliku lähenemisega, mis põhineb eeldusel, nagu saaks dokumendi esitamata jätnud pakkuja ebaõiglase konkurentsieelise teiste pakkujate ees. Ometi ei ole tegemist konkurentsieelise, sest esitamata dokument ei võrdu automaatselt pakkumuse sisulise muutmisega peale selle tähtaega. Võrdluseks: kvalifitseerimise etapis on hankijatel lausa keelatud jätta isik kvalifitseerimata üksnes dokumendi esitamata jätmise tõttu juhul, kui vajalik dokument on hankijal olemas ja see on jätkuvalt asjakohane (RHS § 104 lg 11). Näiteks, kui pakkuja jätab hankijale esitamata tehtud tööde nimekirja, mis on hankijal olemas eelmisest riigihankest ja on ka uues riigihankes jätkuvalt asjakohane, siis peab hankija varasemat nimekirja arvesse võtma. Kui pakkujal aga jäi esitamata pakkumuse vastavusega seonduv dokument, mis hankijal oli eelmisest riigihankest või selle välisest tegevusest (nt järelevalvetegevus) tulenevalt olemas (nt spetsialisti CV kui vastavustingimus), siis on kehtiva kohtupraktika valguses tegemist parandamatu puudusega pakkumuses, mille kõrvaldamine ei ole lubatud. Seega on seaduse tasandil sätestatud sarnaste puuduste (s.o. dokumendi esitamata jätmine) tagajärgede ebaproportsionaalselt erinev rangusaste.

Riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega ei ole kooskõlas absoluutne kohustus lükata tagasi sisuliselt nõuetele vastava pakkumuse pelgalt mistahes formaalse puuduse (nt dokumendi esitamata jätmine) tõttu. Vastupidi, selline reegel tingiks vastuolu konkurentsi soodustamise kohustuse ja proportsionaalsuse nõudega. Ühtlasi süvendaks selline arusaam riigihangete ebamõistlikult kõrget halduskoormust ja loob formalistlikkust. Erandiks võib olla olukord, kus hankija on sellise range tagasilükkamise kohustuse mõne formaalse puuduse puhuks RHAD-s eraldi ette näinud.

Direktiivi 2014/24/EL art 56 lg 3 annab liikmesriikidele võimaluse lubada puuduolevate dokumentide arvesse võtmist tingimusel, et selline tegevus on täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Kuna hankijal on direktiivi alusel üksnes õigus esitamata dokumentide küsimiseks ning mitte kohustus, siis peaksid pakkujad siiski olema hoolsad enda pakkumuse koostamisel, kuna neile ei pruugita anda võimalust täiendavate dokumentide esitamiseks (C. R. Hamer in M. Steinicke, P. L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C.H. Beck, Hart, Nomis. 2018. p 605-606). Seega on minu ettepanek muuta seadust viisil, mis analoogselt RHS § 104 lg-ga 11 keelaks pakkumuse tagasilükkamise olukorras, kus hankijal on vajalikud, kuid pakkumuse koosseisus esitamata andmed olemas ning need on jätkuvalt asjakohased ning anda hankijale õiguse võtta arvesse ka puuduolevaid dokumente tingimusel, et see toimub täielikus kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega. Võrdse kohtlemise põhimõtte nõuab üksnes seda, et hankija annaks kõigile sarnaste puudustega pakkumuse esitanud pakkujatele ühetaolise võimaluse puuduste parandamiseks. Ehk kui sarnases olukorras pakkujaid on mitmeid, siis peab hankija kohtlema neid ühetaoliselt ja võtma arvesse kõiki riigihanke väliselt olemasolevaid dokumente.

Juhul kui pakkuja poolsete vigade parandamise võimaluse andmine ei ole õiguspoliitiliselt või EL õigusest tulenevalt lubatav üle rahvusvahelise piirmäära, siis võiks seda siiski kaaluda riigihangetes, mis jäävad näiteks allapoole riigihanke piirmäära. Praegu evitakse ka lihthankemenetluses praktikat, mille kohaselt pakkumuses oleva ebaselguse või esitamata dokumendi tagajärjeks on pakkumuse tagasilükkamine, kuivõrd see rikub võrdse kohtlemise põhimõtet. Väheoluliste vigade puhul võiks väärtustada rohkem konkurentsi efektiivse ärakasutamise ning rahaliste vahendite säästliku kasutamise põhimõtet, mida kindlasti ei teeni iga pisema puuduse tõttu konkurentsi vähendamine.

Lugupidamisega

/Allkirjastatud digitaalselt/

Kadri Matteus
Vandeadvokaat