

Mario Sõrm
Riigihangete ja riigiabi osakond
Rahandusministeerium
E-post: mario.sorm@fin.ee

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

Saadetud e-posti teel

3.05.2019

RE: Arvamus riigihangete seaduse muutmise seaduse väljatöötamiskavatsusele

Lugupeetud Mario Sõrm

Tänan kutse eest esitada arvamus riigihangete seaduse (RHS) muutmise seaduse väljatöötamis kavatsusele (07.03.2019). Esitan endapoolsed seisukohad ja põhjendused küsimustes, mis vajaksid minu hinnangul kehtivas seaduses muutmist. Osad neist kattuvad juba väljatöötamiskavatsuses toodud teemadega, kuid toon välja ka muid teemasid, mis võiksid olla arutlusel seaduse muutmisel.

Olen enda arvamuse struktureerinud viisil, et kõigepealt esitan seisukohad VTK-s sisaldunud teabele ning seejärel toon välja teemad, mis minu hinnangul VTK-s ei kajastu, kuid mis vajaksid muutmist.

1. Riigihangete valdkonna fundamentaalsete normide kohaldamisala laiendamine (VTK p 9.1.2)

Laiendades riigihangete valdkonna fundamentaalseid norme igale riigihanke menetlusele, st ka erimenetlustes, lihthankemenetlusele, nn käebushangetele, tuleb defineerida seaduses või vähemalt seletuskirjas, mis normid täpselt moodustavad fundamentaalsete normide koosseisu. Vastasel juhul toob reeglistiku laiendamine kaasa erakordse ebaselguse hangete läbiviimisel. Näiteks RHS § 114 lg 1 sisaldab tõepoolest fundamentaalset normi pakkumuste vastavuse kontrollimise kohta. Kuid allakirjutanu ei nõustu sellega, et lg-s 2 sisalduv regulatsioon kujutaks endast fundamentaalset normi, mis peaks igal juhul kohalduma ka riigihankes, mida reguleerivad vaid riigihanke üldpõhimõtted või erimenetlustes (vt täpsemalt p 7).

Hankijatele peaks igal juhul jääma võimalus näha riigihankealusdokumendis teisiti ette kui seadus sätestab, kuivõrd vastasel juhul sisuliselt võrdsustatakse lihthankemenetlus riigihanke piirmäära ületava hankemenetlusega.

VTK-s on kirjeldatud praktilist näidet küsimuses, kas ettevõtja saab erimenetlustes piiritleda ärisaladusena pakkumuse maksumuse. VTK-s on tõdetud, et ilmselt ei saa ettevõtja ärisaladus sõltuda riigihankest, millest ta parasjagu osa võtab, mille tõttu peaksid reeglid ärisaladuse piiritlemise osas olema kõigis riigihangetes ühetaolised. Tõsi, teave on tavaliselt ärisaladuseks klassifitseeritav samadel alustel, olenemata sellest, mis liiki hankemenetlusega parasjagu tegemist on. Kuid siinkohal tuleb aru saada ärisaladuse ja riigihangete seadusest tulenevate avaldamiskohustuste kontseptsioonidest. Riigihangete seadus ei defineeri ärisaladust ega saa tegelikult ka sätestada, mis on pakkuja ärisaladus ja mis ei ole (nagu § 111 lg 5 II lausa seda teeb). Ärisaladuse leaaldefinitsiooni annab EKTÄKS, millega on üle võetud Euroopa

Eesti

Läti

Leedu

Valgevene

Tel +372 665 1888
tallinn@cobalt.legal

Tel +371 6720 1800
riga@cobalt.legal

Tel +370 5250 0800
vilnius@cobalt.legal

Tel +375 17 336 0093
minsk@cobalt.legal

Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2016/943, milles käsitletakse avalikustamata oskusteabe ja äriteabe (ärisaladuste) ebaseadusliku omandamise, kasutamise ja avalikustamise vastast kaitset. RHS peaks ja saaks reguleerida seda, millisele teabele ei anta ärisaladuse kaitset, mitte seda, mis info on ärisaladus. Seoses sellega, kas pakkumuse maksumus võiks olla lihthankemenetluses ärisaladus, siis olen seisukohal, et jah võiks olla küll. Ettevõtja seisukohast on igas hankes esitatud pakkumuse maksumus tema ärisaladuseks täpselt samamoodi nagu on mitte-hankijatele esitatud pakkumuste maksumused konfidentsiaalsed. Ettevõtjad peavad lihtsalt arvestama, et avalik-õiguslikest piirangutest tulenevalt ei saa tema ärisaladus kaitset teatud olukordades ja avaldatakse. Kuna läbipaistvuskohustus kohustab hankijat avaldama edukat pakkumust iseloomustavaid andmeid, sh pakkumuse maksumust, kuid mitte teiste pakkumuste maksumusi, siis ei näe ma põhjust, miks peaksid näiteks lihthankemenetluses esitatud pakkumuste maksumused olema alati ja automaatselt avalikud. Kui pakkumuste maksumuste avaldamiseks esineb mõni ülekaalukas avalik huvi, siis saavad hankijad sätestada sellise õiguse RHAD-s.

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 jäätmeveo 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. Samas ei saa ma pooldada lihthankemenetluses seaduse alusel § 115 kohaldamist, kuna lihthankemenetlus peaks olema paindlik, kiire ja efektiivne lepingu sõlmimise menetlus. Alapakkumuse tuvastamine, kontrollimine, pakkuja poolt pakkumuse tõsiseltvõetavuse tõestamine ning andmete hindamine on niivõrd mahukad ja keerukad protsessid, et nende läbiviimine madala maksumusega riigihangetes on ilmselgelt ebaefektiivne, kulukas ja tekitab tarbetut halduskoormust kõigile osapooltele.

Muus osas saab nõustuda VTK-s väljatooduga.

2. Kõrvaldamine ja heastamine (VTK p 9.2).

Alltöövõtja asendamata jätmisega kaasnev tagajärg (§ 122 g 7) – VTK p 9.2.3. VTK-s leitakse, et seadust peaks muudatama viisil, et kui pakkuja ei asenda alltöövõtjat, kellel esineb kohustuslik kõrvaldamise alus, siis peaks sellele järgnema sanktsioon kõrvaldamise või kvalifitseerimata jätmise näol. Olen nõus, et ilma konkreetse õigusliku tagajärjeta on sätte distsiplineeriv mõju väike. Kuid alltöövõtjate nimekiri tuleb esitada alles peale hankemenetluse lõppemist ehk peale hankelepingu sõlmimist (vt RHS § 122 lg 2 ja § 73 lg 3 p 1), mistõttu ei ole võimalik realiseerida välja pakutud sanktsiooni. Sanktsioon saaks seisneda seaduses ette nähtud leppetrahvis vms, mida hankija ei pea eraldi leppetrahvina lepingus ette nägema, vaid mis tuleneb seadusest endast.

Heastamisega seonduvate dokumentide esitamine § 97. RHS § 97 lg 1 näeb ette, et heastamisega seonduvad tõendid tuleb esitada juba koos pakkumuse või taotlusega. Arvestades, et heastada saab nii kohustuslikke kui vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid ning hankija saab kõrvaldamise aluste kohta nõuda vaid §-s 96 lg 2 nimetatud andmeid, kohustab seadus sisuliselt hankijale ennatlikult üles tunnistama asjaolusid, mille tõendamise koormis on tegelikult hankijal vastavalt § 96 lg-le 4. Seega võib seadus sellisel kujul olla ka vastuolus riigihangete direktiivi art 60 lg-ga 2. Ettepanek on muuta seadust ja loobuda pakkumuse või taotlusega koos esitamise nõudest. Pakkujatele jääb endiselt risk, et hankija teeb kõrvaldamise

otsuse ära enne heastamisega seotud dokumentide esitamist, kuid suure tõenäosusega annavad hankijad enne kõrvaldamise aluse rakendamist pakkujale teada sellise otsuse kaalumise ning pakkujal või taotlejal jääb võimalus esitada heastamisega seonduvad dokumendid ka peale pakkumuse või taotluse esitamist.

3. Hankepass

Hankepassi alusel tehtav otsustus (§ 104 lg 6), VTK p 9.3.1. Olen nõus, et § 104 lg 6 alusel tehtava otsustuse sisuline väärtus on kaheldav, kuid samas, kui loobuda üleüldse hankepassi alusel tehtava otsustuse nõudest, siis muutuvad kõik hankemenetlused nn pööratud menetluseks. Samuti näeb § 114 lg 1 ette, et hankija kontrollib kvalifitseeritud pakkujate esitatud pakkumusi, v.a. juhul kui on kasutatud pöördmenetlust (st vaid avatud hankemenetluse situatsioonis). Üks võimalus on ka loobuda hankepassi alusel tehtavast positiivsest otsusest ehk otsusest, mille alusel pakkuja kvalifitseeritakse hankepassi alusel, kuid see eeldab § 114 lg 1 sõnastuse muutmist, sest vastasel juhul jääb selgusetuks, milliste kvalifitseeritud pakkujate pakkumuste vastavust kontrollitakse. Hankepassi alusel kvalifitseerimise otsus ei riiva konkurentide kaebeõigust, kui küsimus on sisulises kvalifitseerumises.¹ See, mis järjekorras erinevaid otsuseid tehakse, ei oma lõppastmes tähendust. Oluline on see, et leping sõlmitakse pakkujaga, kes ei kuulu kõrvaldamisele, kes kvalifitseerub (kui vastavad tingimused on seatud), kes on esitanud vastava ja parima pakkumuse. See, kas kvalifikatsiooni, sh hankepassi, kontrollitakse enne või pärast pakkumuse vastavuse kontrollimist ei ole lõppastmes oluline. Küll aga tasuks analüüsida, kas hankepassi alusel tehtava otsustuse kaotamine RHSist oleks kooskõlas direktiivi art 56 lg-ga 2, mis ütleb, et vaid avatud hankemenetluses võib hankija kasutada pöördmenetlust.

4. Pakkumuste tagasivõtmine pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva ja selle õiguslikud tagajärjed (VTK p 9.8).

VTK-s selgitatakse vajadust muuta seadust seoses aspektiga, et hankijal on § 119 lg 3 alusel õigus nõuda kahju hüvitamist vaid edukalt pakkujalt ning kuidas see paneb mitteeduka pakkuja ebaproportsionaalselt pakkumuse tagasi võtmisel vähemalt kahju hüvitamise osas paremasse seisusse. Ma olen nõus sellega, et kahju hüvitamise eeldusena nõuda pakkumuse eelnevalt edukaks tunnistamist, on liigne formalism. Kuid sellel on ka teatav mõte. Nimelt on kahju hüvitamise üheks eelduseks põhjuslik seos teo ja kahju vahel. Senikaua kuni riigihankes ei ole välja selgitatud edukat pakkumust, puudub tõsikindel teadmine, et hankija oleks pakkumuse tagasivõtnud pakkujaga jõudnud hankelepingusse. Kuigi pakkuja võis olla esitanud hindamiskriteeriumide järgi parima pakkumuse, võib olla võimalik, et tema pakkumus ei olnud vastav ja oleks kuulunud tagasilükkamisele. Praktikas on ettevõtjad ka niimoodi toimunud, kui on tuvastanud enda pakkumusest äriiselt kahjuliku vea. Ehk hakatakse hankija tähelepanu suunama vigadele enda pakkumuses, et saavutada sanktsioonivaba hankemenetlusest väljumine. Seega ettepanek oleks muuta § 119 lg 3 viisil, et hankija saab nõuda kahju nii edukalt pakkujalt kui ka pakkujalt, kes oleks edukaks tunnistatud, kui ta ei oleks oma pakkumust tagasi võtnud. See peaks katma probleemkoha, millest VTK räägib.

5. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumused § 115 (VTK p 9.9)

Keskmise palga nõue, § 115 lg 2 p 2 (VTK p 9.9.2). Olen selgel veendumusel, et keskmise palga nõue praegusel kujul ei sobi alapakkumuse regulatsiooni, kuna see ei seonu

¹ VAKO 49-18/191509, p 11.3.

alapakkumuse instituudiga. Kõige suurem probleem seondub 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 pakkujad ning muude tugiteenuste pakkujad.

6. Vaidlustusmenetlus (VTK p 9.11)

Kulude jaotamine vaidlustusmenetluses (VTK p 9.11.4). Arvestades, et õigusabikulude hüvitamise mehhanismi ettenägemise üheks eesmärgiks oli ka ühtlustada ebaoproportsionaalset erinevust hankevaidlustega kohtus, kus õigusabikulud kuuluvad hüvitamisele, on minu ettepanek lähtuda vaidlustusmenetluses õigusabikulude väljamõistmisel HKMSi sätetest. Halduskohtumenetluses on välja kujunenud praktika õigusabikulude väljamõistmisel hankeasjades ning puudub ratsionaalne põhjendus, miks peaks vaidlustusmenetluse nõ jalgratast leitama. Näiteks annab HKMS § 108 lg 6 selge vastuse küsimusele, kes kannab menetluskulud juhul kui hankija tunnistab omaalgatuslikult kehtetuks vaidlustatud otsuse – vastustaja, v.a. juhul kui haldusakti kehtetuks tunnistamine ei olnud seotud kaebuse esitamisega. Samuti oleks vaidlustusmenetluses asjakohane rakendada HKMS § 108 lg 6¹, mis paneb vastustaja ehk hankija kanda menetluskulud, kui kaebus jäetakse rahuldamata, kuid haldusakt oli oluliste põhjendamispuudustega, st kaebaja sai põhjendustest teada alles kohtumenetluses, mistõttu on ebaõiglane jätta tema kanda õigusabikulud. Ka riigihanke asjades on tihti probleemiks põhjendamispuudustega otsused, mis jäetakse siiski lõppastmes kehtetuks tunnistamata, sest hankija esitab vaidlustusmenetluses dokumendid, mis tõendavad VAKO-le usutavalt, et otsuse tegemisel lähtuti just nendest põhjendustest.

Vastuvaidlustus või vaidlustusõiguse küsimuse alla seadmine (puudub VTK-s). 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 pakkujad edukaks tunnistamist, kuid edukas pakkujad 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 pakkujate 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 pakkujat 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 pakkujat pakkumuse vastavust (või muud puudust), kuid viimasel puudub kohustus järelevalvemenetlust algatada. 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 menetletakse iseseisva vaidlustusena, kuid mis võib olla VTK ettepaneku kohaselt liidetud esimese vaidlustusega.

Hankija õigus esitada hankelepingu sõlmimise taotlus. RHS § 193 lg 5 lubab taotluse esitada vaid pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise korral, kuid kehtiva seaduse loogika järgi on viimane otsus hoopis eduka pakkujat kvalifitseerimine ja kõrvaldamata jätmine, mistõttu justkui puuduks VAKOI pädevus sellist luba anda, kui vaidluse all on üksnes kvalifitseerimise või kõrvaldamisega seonduv küsimus. Samuti võib hoopis vaidluse all olla lepingu sõlmimise otsus lihthankemenetluses ja ei ole välistatud, et ka seal on oluline avalik huvi mängus (kui nt kaitse- või julgeolekuvaldkonna hange), mille osas soovitakse saada hankelepingu sõlmimise luba.

7. Pakkumuste vastavuse kontrollimine § 114

Pakkumuse koosseisus esitamata jäänud dokument ja õigus küsida selle tagantjäreli esitamist (§ 114 lg 2). Pean ebamõistlikuks praktikas kohati väljendatud lähenemist, nagu ei tohiks ega peaks hankija pakkumuse vastavuse kontrolli ajal arvesse võtma dokumente, mis on tal küll olemas selle riigihanke väliselt, kuid mida ei ole koos pakkumusega esitatud. Tegemist on üliformalistliku lähenemisega, mis põhineb eeldusel, nagu saaks dokumendi esitamata jätnud pakkujat ebaõiglase konkurentsieelise teiste pakkujate ees. Ometi ei ole tegemist konkurentsieelise, sest esitamata dokument ei võrdu automaatselt pakkumuse sisulise muutmise 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 pakkujat 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, 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.

Standardile vastavuse tõendamine. RHS § 114 lg 3 räägib vaid asjade ja teenuste hankelepingu sõlmimisest, mille puhul on pakkujal õigus tõendada standardile vastavust ka muul viisil. Kuid puudub ratsionaalne põhjendus, miks ei reguleeri säte ehitustööde hankelepingu sõlmimise menetlust. Tegemist veaga, mis on kõrvaldatav lihtsa regulatiivse meetmega.

8. Ärisaladus

Ühikhinnad kui ärisaladus. RHS § 111 lg 5 p 1 sätestab, et pakkuja ei või ärisaladusena märkida pakkumuse maksumust ega osamaksumusi. Pakkumused on konfidentsiaalsed kuni edukaks tunnistamise otsuse tegemiseni, mis tähendab, et sisuliselt iga huvitatud isik võib hankijalt välja nõuda teabe, mis (ühik)hinnaga pakkujad pakkumusi esitasid. Tõsi, registris ei ole info kõigi esitatud pakkumuste maksumuse kohta avalikkusele nähtavad, kuid vastava teabenõude esitamise korral peaks hankija sellise info väljastama. Teatud sektorites (nt ravimid) on pakkumuse konfidentsiaalsuse säilitamine avalikes huvides, sest tagab oluliselt parema hinna esitamise võimaluse. Küsimus ei ole samas hankes osalenud pakkujate ees ärisaladuse kaitses, mida ei saaks kindlasti tagada eduka pakkuja osas, kelle osas peab hankija andma selgitusi (§ 47 lg 4 p 3), vaid põhjendatud huvi mitteomava isiku suhtes. Kui pakkujad saaksid määratleda põhjendatud vajadusel ärisaladusena ka pakkumuse maksumuse osaks oleva ühikhinna, siis võimaldaks see lahendada olulisi kitsaskohti ja probleeme teatud valdkondades. Ühikhinna avaldamise keelamisega ei saa riivata hankelepingu sõlmimise kohta teate avaldamise kohustust, kuid hankelepingu sõlmimise teade peab sisaldama hankelepingu kogumaksumust, mitte ühikhinda. Hankijad peaksid tagama, et hankelepingu sõlmimise teadet esitades ei muudaks nad ärisaladusena defineeritud ühikhinna tuvastamise liialt hõlpsaks (nt maksumuse jagamise teel avaldatud eeldatava kogusega).

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 korraldatava hankemenetuse valdav praktika

tunnistada ärisaladuseks kogu pakkumus, sh pakkumuse koosseisus esitatud toodete nimekiri. Näiteks kui hankija hangib suurtööstuseid, mille hankel osalevad erinevad maaletootjad, 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 riigikaitse 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 tehakse selline nimekiri avalikuks vastavalt RHS §-le 110 lg 5.

9. Hankija otsuste vaidlustamisviite lisamine

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

Lugupidamisega

Kadri Matteus
Advokaat