

**Estella Põllu**  
**Riigihangete ja riigiabi osakond**  
**Rahandusministeerium**  
**E-post: [estella.pollu@fin.ee](mailto:estella.pollu@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

**25.05.2019**

**RE: Arvamus riigihangete seaduse muutmise seaduse ja teiste seaduste muutmise väljatöötamiskavatsusele**

**Lugupeetud Estella Põllu**

Tänan kutse eest esitada arvamus riigihangete seaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu väljatöötamise kavatsusele (17.04.2020).

Iseenesest olen nõus, et riigihankevaidluste lahendamise menetlusnormid on tänasel kujul kunstlikult erinevad sõltudes vaidluse lahendamise foorumist – vaidlustuskomisjon vs kohus. Kuid suures pildis on vaidlustuste lahendamise kiirus, efektiivsus ja professionaalsus kiiduväärt ning toimivat süsteemi ei tohiks muuta üksnes muutmise pärast. Kui seda teha, siis kindlasti tasuks arvestada alljärgnevaid probleemküsimusi:

1. Esimese astme vaidluste lahendamine RHS 8. ptk või HKMS 28. ptk alusel.

Allkirjutanu leiab, et VaKo kui kohtueelse vaidluste lahendamise organi kaotamisel peaksid kõik menetlusnormid sisalduma HKMS-s mitte RHSis. VTK-s on pakutud ka alternatiiv, milles hankeasja menetlust kohtus reguleeriks jätkuvalt RHS 8. peatükk ja kehtetuks tunnistatakse hoopis HKMS 28. peatükk viitega konkurentsiseaduse peatükile 9<sup>1</sup>. Kohtumenetluse normid peavad selguse huvides sisalduma HKMS-s, millele RHS viidata võib. Näiteks võib RHS § 185 lg 1 olla sõnastatud järgmiselt: „Pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja (edaspidi kaebaja) võib esitada hankija tegevuse peale halduskohtule halduskohtumenetluse seaduses ettenähtud korras sellekohase kaebuse, kui ta leiab, et käesoleva seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid.“

Kohtumenetluse normid on konstitutiivsed seadused ning vajavad muutmiseks Riigikogu koosseisu häälteenamust (PS § 104 p 14). Sisult konstitutiivsete normide ehk praegusel juhul menetlusnormide lülitamine materiaalõigusesse ei tundu olevat kooskõlas hea õigusloome tavaga. KonkS 9<sup>1</sup> peatükk ega EKTÄKS 4. ptk ei ole selles kontekstis head eeskujud.

2. Kulude jaotamine vaidlustusmenetluses.

Üks veenev argument, miks lülitada VaKo kohtusüsteemi osaks on ebaõiglaselt erinevused kulude jaotamise regulatsioonis vaidlustusmenetluses võrreldes kohtumenetlusega. Arvestades, et õigusabikulude hüvitamise mehhanismi ettenägemise üheks eesmärgiks oli ka ühtlustada ebaproportsionaalset erinevust hankevaidlustega kohtus, kus õigusabikulud

Eesti

Läti

Leedu

Valgevene

Tel +372 665 1888  
[tallinn@cobalt.legal](mailto:tallinn@cobalt.legal)

Tel +371 6720 1800  
[riga@cobalt.legal](mailto:riga@cobalt.legal)

Tel +370 5250 0800  
[vilnius@cobalt.legal](mailto:vilnius@cobalt.legal)

Tel +375 17 336 0093  
[minsk@cobalt.legal](mailto:minsk@cobalt.legal)

kuuluvad hüvitamisele, on minu ettepanek ka eelneva VTK osas olnud lähtuda vaidlustusmenetluses õigusabikulude väljamõistmisel HKMSi sätetest (03.05.2019 arvamus). Halduskohtumenetluses on välja kujunenud praktika õigusabikulude väljamõistmisel hankeasjades ning puudub ratsionaalne põhjendus, miks peaks vaidlustusmenetluses nõ jalgratast leiutama. 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 6<sup>1</sup>, 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. Tänapäevaks on juba paar kohtuotsust, mis raputavad VaKo praktikat vaidlustusmenetluses kantud kulude väljamõistmise osas (TlnHKO 3-19-266 ja TlnHKO 3-20-235, jõustumata).

### 3. Vastuvaidlustus või vaidlustusõiguse küsimuse alla seadmine.

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 möödunud. 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 HKMS 28 ptk läheb igal juhul muutmisele, siis võiks kaaluda selle täiendamist viisil, et kolmandal isikul on õigus esitada põhjendatud vastuväiteid kaebuse esitamise õiguse kohta, mis välistaksid kaebaja võimaluse hankelepingu sõlmimiseks, millisel juhul peakski kohus sisuliselt läbi vaatama kaks kaebust – kaebaja 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 kaebuse kohta teate saamist vastukaebus, mida menetletaks iseseisva kaebusena, kuid mis võib olla liidetud esimese kaebusega.

### 4. Hankija õigus esitada hankelepingu sõlmimise taotlus.

Kehtiva õiguse alusel lubab RHS § 193 lg 5 hankijal taotluse esitada vaid pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise korral, kuid kehtiva seaduse loogika järgi on viimane otsus hoopis eduka pakkuja kvalifitseerimine ja kõrvaldamata jätmine, mistõttu justkui puuduks VAKOI pädevus sellist luba anda, kui vaidluse all on üksnes eduka pakkuja 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.

Halduskohtumenetluses kehtib täna reegel, et hankelepingu sõlmimise takistamiseks peavad selleks huvitatud isikud ehk vaidluses osalev pakkuja esitama esialgse õiguskaitse taotluse, vaidlustusmenetluses on lepingu sõlmimine automaatselt keelatud. Kui vaidlustusmenetlus ära kaotada, siis peab ka halduskohtus esimese astmena olema lepingu sõlmimine automaatselt keelatud või vähemalt senikaua kuni halduskohus on sellekohase otsustuse teinud (vt direktiivi 89/665/EMÜ art 2 lg 3 - Kui lepingu sõlmimisotsuse peab läbi vaatama tellijast sõltumatu esimese astme asutus, tagavad liikmesriigid, et tellija ei saa lepingut sõlmida enne, kui läbivaatamisasutus on teinud otsuse kas ajutiste meetmete või läbivaatamise kohaldamise kohta. Peatamine kestab vähemalt artikli 2a lõikes 2 ja artikli 2d lõigetes 4 ja 5 osutatud ooteaja lõpuni).

#### 5. Hankeasjade, sh VaKo pädevuse piiritlemise probleemid.

Riigikohus leidis otsuse nr 3-17-1151 p-s 6, et VaKo pädevusse peaksid kuuluma ka erandite alusel korraldatud riigihangetest võrsunud vaidlused. Kuni sinnamaani VaKo erandi alusel korraldatud riigihankevaidluseid ei menetlenud, sest nn erandhankeid ei korraldatud RHS's sätestatud menetluskorras. Riigikohus leidis nii viidatud otsuses kui ka asjas nr 3-3-1-52-11 (p 18), et 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. VaKo liikumine kohtusüsteemi alla aitaks leevendada nii eelviidatud õiguslikku segadust kui ka ebamõistlikku olukorda, kus halduslepingute sõlmimine toimub (enamjaolt) riigihangete seaduse alusel (vt HKTS § 13 lg 1), kuid nendest võrsunud vaidlused ei allu RHS 8. ptk-le ehk vaidlustusmenetlusele (HKTS § 13 lg 4).

Riigikohtu seisukoha järgi peaks VaKo menetlema erandhankeid, sj tuleb järgida vaidlustuseks ettenähtud tähtaegasid, kui vaidlustaja tugineb RHSis sätestatud normide rikkumisele (kasvõi näiteks üldpõhimõtted). „Olukorras, kus isik ei soovi hankija tegevust vaidlustada mitte RHS, vaid muude normide või põhimõtete rikkumise tõttu, siis võib ta nii tavapärase kui ka erandhanke puhul pöörduda otse halduskohtusse (määrus asjas nr 3-3-1-52-11, p 18). Sellist kaebust tuleb aga endiselt menetleda hankeasjana HKMS 28. peatüki mõttes. Kui kaebaja selles asjas esitatud kaebuses RHS v.r-le ei tuginenud, siis ei olnud tal kohustust ka kohtueelset menetlust läbida.“ Seisukoht tekitab kahetsusväärset praktikas segadust, et millised vaidlustamise tähtajad rakenduvad erandhankele, mis on siiski hankeasi HKMS § 268 lg 1 mõttes. Nimelt sätestab HKMS § 270 lg 1, et kaebetähtaeg hankeasjas on 10 päeva alates vaidlustuskomisjoni otsuse avalikult teatavaks tegemisest arvates, kuid kui vaidlustuskomisjonis pole käidud, siis norm ei saa ilmselgelt kohalduda. Jääb üle vaid eeldada, et halduskohtusse pöördumise kaebetähtaja osas tuleb lähtuda üldnormidest (st 30 päeva jooksul).

#### 6. Kaebetähtaja ennistamine

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 regulatiivsuse 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. Kehtiv menetluskord ei anna vaidlustuskomisjonile võimalust tähtaegu ennistada aga HKMS printsiipide tasandil lubab seda. Seega valides ühe või teise alternatiivi (menetlusnormide paiknemine RHSis või HKMS) kasuks tuleks kaaluda ka ennistamise võimalusi.

7. Läbivaatamise tähtajad

Arvestades, et Eesti riigihankevaidluste süsteemi on kiidetud selle kiiruse ja efektiivsuse tõttu, peab allakirjutanu äärmiselt oluliseks, et esimesel astmel säiliks konkreetne tähtaeg kaebuse läbivaatamiseks – olgu selleks 30 või 45 päeva. Minu isiklik kogemus ütleb, et riigihankevaidlus kuni ringkonnakohtu otsuse jõustumiseni võtab kokku 4-6 kuud. Riigikohus ei võta reeglina riigihanke asju menetlusse, kuid kui võtab, siis lisandub selle 1-2 kuud. Näiteks muudes haldusastjades on esimese astme kohtuotsuse saamine 6-12 kuu küsimus ning usutavasti ei soovi keegi hankevaidluste pikenemist.

8. Tõendamisega seonduvad sätted

RHS-is puuduvad sätted, mis reguleerivad VAKO poolt tõendite hindamist. Järjekordselt annab see põhjuse reguleerida hankevaidluseid HKMS-is, sest selle 6. ptk annab reeglid kohtule tõendite liikide, lubatavuse ja hindamise osas. RHS ei sisalda isegi sätteid lubamatute tõendite mitte-arvestamise kohta jättes mulje, et ka põhiõigusi riivates saadud tõend on lubatud. Nii see tõenäoliselt siiski ei ole, sest ka VaKo on kohustatud tagama põhiõigusi, kuid HKMS § 62 lg 3 p 1 konkreetsus on tervitavam lahendus kui üksnes põhiseaduslikele printsiipidele tuginemine.

Olen nõus seisukoha avaldamisega.

Lugupidamisega

/Allkirjastatud digitaalselt/

Kadri Matteus  
Vandeadvokaat