

§ 46 lg 2 – Rahuaeg

Seaduse kohaselt, kui riigihanke alusdokumentidega seotud selgitustaotluse hankijale laekumise ja pakkumuste esitamise tähtpäeva vahele ei jää vähemalt kuut päeva, käesoleva seaduse § 93 lõike 2 punktis 2 ja § 94 lõike 4 punktis 2 nimetatud juhtudel nelja päeva ning lihthankemenetluses ühte tööpäeva, ei ole hankija kohustatud selgitustaotlusele vastama.

Olukorras, kus VTK's on asunud seisukohale, et rahuaeg kui selline ei ole direktiivist tulenev kohustus, tuleks tõsiselt kaaluda selle ärakaotamist või vähemalt hankemenetluse eri viisidele kohandamist. Nimelt näiteks olukorras, kus hankija kasutab alla rahvusvahelise piirmäära piiratud või konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust, innovatsioonipartnerlust või võistlevat dialoogi asjade või teenuste ostmiseks ja on avaldanud eelteate. Sellisel juhul on minimaalseks pakkumuste esitamise tähtajaks 10 päeva (RHS § 94 lg 3 p 1 + § 94 lg 4 p 1), kuid rahuaeg on ikkagi 6 päeva. Arvestades hankijate poolt laialt rakendatud praktikat esitada hanketeade registrile reede õhtul (pakkumuste esitamise tähtaeg hakkab kulgema, aga pakkujal puudub isegi teoreetiline võimalus hanke alusdokumente enne esmaspäeva näha, sest riigihangete register avaldab teateid tööpäevadel), siis on selgitustaotluste esitamise tähtaeg ka ideaaljuhul hankedokumentide tutvumise kuupäeval. Hankija vastuse kontekstis jätkuküsimuse küsimine on aga välistatud. Kui aga peaks lisanduma mõni puhkepäev, siis saab hankija tervikuna välistada selgitustaotlustele vastamise kohustuse. Näiteks avaldatakse hanketeade 21.06.2019 ehk reedel ja esmaspäev 24.06.2019 on riigipüha ja eeltoodud näite kontekstis samas ka viimane päev enne rahuaega.

Arvestades, et selgitustaotlustele vastamine ei ole hankija kui hanke alusdokumentide autori jaoks üleliia koormav ja samas on kõigi turuosaliste huvides (tagamaks, et hankija ja kõik turuosalised mõistavad tingimusi ühtmoodi), siis tuleks rahuaeg viia absoluutse miinimumini. Eriti oluline on see kehtivas seaduses toodud lühemaid tähtaegasid arvestades ja pidades silmas praktikas tavalist stsenaariumit, kus hankija vastus ei ole pakkuja arvates ammendav või tekitab üldse täiendavaid ebaselgusi/küsimusi.

§ 95 lg 4 p 8 - Varasemate hankelepingute rikkumine kui kõrvaldamise alus

Hetkel kehtiv RHS § 95 lg 4 p 8 näeb ette, et hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kes on oluliselt või pidevalt rikkunud eelnevalt sõlmitud hankelepingut või hankelepinguid nii, et rikkumise tulemusena on lepingust taganetud või leping üles öeldud, hinda alandatud, hüvitatud kahju või makstud leppetrahvi. Sätte aluseks olev hankedirektiivi 2014/24/EL artikkel 57 lõige 4 punkt g sätestab kõrvalejätmise alusena aga olukorra, kus ettevõtja puhul on esinenud tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu või avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu või varasema kontsessioonilepingu kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone.

Seega erinevalt hankedirektiivist ei ole Eesti seadusandja pidanud vajalikuks kõrvaldamise aluse esimeseks sätestada hankelepingu olulise nõude rikkumist pakkuja poolt, vaid korduvate puuduste kontekstis piisab mis tahes rikkumistest, ükskõik kui olulised need on. Seda kinnitab ka RHS'i eelnõu seletuskiri: „Samal ajal võib korduvus ka väikeste rikkumiste puhul olla aluseks ettevõtja usaldusvääruses kahtlemisel ning olla põhjenduseks meetme rakendamisel.“ Tõsi, kumulatiivseks eelduseks on, et rikkumise tulemusena on lepingust taganetud või leping üles öeldud, hinda alandatud, hüvitatud kahju või makstud leppetrahvi. Kuid ka selle kriteeriumi osas on Eesti seaduse sõnastus teistsugune. Nimelt on RHS's viidatud erinevalt

direktiivist ka leppetrahvile. Arvestades tavapäraseid hankelepinguid, kus tihti on lepptrahv seatud universaalsena ka väiksemate rikkumiste korral. Seega Eesti lahenduse kohaselt võib kergesti tekkida olukord, kus seda kõrvaldamise alust võiks rakendada näiteks suurte IT- või ehitusettevõtjate puhul, kuna nad on mõnedes oma paljudest hangetest hilinenud kasvõi näiteks hankelepingus toodud vahetähtaegadega, mis on omakorda tihti seotud leppetrahviga. On tavapärane, et suuremates projektides ilmnevad teatud ettenägematud asjaolud, mis tingivad näiteks projekti vahetähtaegade mõningase nihkumise. Isegi kui tegemist on vaid mõnepäevaste hilinemistega, mis on praktikas pigem tavapäraseid ega oma mingit olulist mõju kogu lepingu õigeaegsele täitmisele, siis pelgalt selliste väikeste rikkumiste korduvusest saaks tuletada aluse pakkuja hankelt kõrvaldamiseks. Veelgi enam, on võimalik, et selline hilinemine on tegelikult põhjustatud hankija enda poolt koostatud hanke alusdokumentide ebaselgusest või ebatäielikkusest, mida pakkuja algselt ette nägema ei pidanud, kuid mille osas on lepingu üldiselt vastutusrisk pandud pakkujale.

Meie hinnangul tuleks veelkord kaaluda lähtuda direktiivi sõnastusest, mille kohaselt võib pakkuja hankelt kõrvaldada, kui pakkuja puhul on esinenud olulisi või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone. Ehk erinevalt kehtivast seadusest on direktiivis piisavaks aluseks peetud vaid hankelepingute olulisemate nõuete rikkumist, kusjuures tegemist peab olema nii oluliste rikkumistega, et need on endaga kaasa toonud kõige tõsisemate õiguskaitsvahendite rakendamise nagu lepingu enneaegne lõpetamine või kahjutasu maksmine. Võimalik on, et asjaolusid arvestades võiks selliseks sanktsiooniks kvalifitseeruda ka leppetrahv, kuid kuna igakordselt ei pruugi see seda olla, siis võiks kaaluda leppetrahvile viitamise seadusest väljajätmist.

§ 97 - Heastamise regulatsioon

VTK kohaselt kaalutakse heastamise regulatsiooni laiendamist ka alla rahvusvahelise piirmäära riigihangetele, ületamaks paradoksaalset olukorda, kus sama pakkuja saab sõltumata kõrvaldamise alusest osaleda heastamise kaudu suurematel ja eelduslikult vastutusrikkamatel hangetel, kuid ei saa osaleda väiksematel hangetel. Seda eriti olukorras, kus nii hankedirektiivide kui ka RHS'i muudatuste eesmärgiks on olnud suurendada väikeste ja keskmiste ettevõtjate ligipääsu riigihangetele. Välistades heastamise regulatsioonist tuleneva „eneseparandamise“ regulatsiooni nende jaoks, on tulemus seatud eesmärgiga just vastassuunaline.

Sellise erisuse põhjuseks on toodud asjaolu, et kuna tegemist on hankija jaoks koormava ja keeruka ülesandega, siis ei õigusta see end alla rahvusvahelise piirmäära hangetes. Probleemi aitaks lahendada juba algses RHS'i eelnõu seletuskirjas viidatud lahendus, et heastamise hindamine viia keskse ametiasutuse alla. Sellise kompetentsikeskuse tekkimisel laheneks risk, et üksikule ja potentsiaalselt oluliselt vähemkogenule hankijale langeks ebamõistlikult suur töökoormus ja vastutus heastamismeetmete hindamisel. Lisaks laheneks juba täna eksisteeriv risk, et selline hankija peab sellist keerulist hindamist läbi viima üle rahvusvahelise piirmäära hangetes, kus on vägagi võimalik, et heastamismeetmete hindamine eeldab õiguslikku analüüsi lisaks Eesti õigusele ka pakkuja asukohariigi õiguse kontekstis. Kui heastamismeetmete kohaldamine jääb haruldaseks, võib argumenteerida, et üksikult hankijalt, kelle hankel heastamist taotletakse, on liigne nõuda iseseisvalt vastava keerulise protseduuri rakendamist kitsas ajaraamis. Loogilisem oleks sellisel juhul vastav pädevus koondada näiteks

Rahandusministeeriumi koosseisu. Kui heastamismeetmete kohaldamine aktiveerub, annab kompetentsi koondumine veel suurema ajalise, rahalise ja professionaalse eelise.

Kuna ka RHS'i eelnõu seletuskiri nägi aasta pärast uue seaduse jõustumist ette täiendava analüüsi läbiviimise heastamise hindamise keskse ametiasutuse viimise hindamiseks, siis on kohane seda hinnata RHS'i planeeritavate muudatuste kontekstis.

§ 122 - Alltöövõtusuhetesse sekkumine

Kui peatöövõtja on jätnud alltöövõtjale nõuetekohaselt tehtud töö eest tasumata, näeb riigihangete seaduse § 122 lg 9, et tasumata ulatuses jätab hankija omakorda peatöövõtjale tasumata, kuni viimane on oma võlgnevuse kõrvaldanud. Kui hankija nii otsustab ja riigihanke alusdokumentidesse vastava regulatsiooni lisab, võib hankija seda regulatsiooni rakendada ka asjade ja teenuste hangetes ning alltöövõtjate alltöövõtjate suhtes. Selle lahendusega on kaldutud kõrvale hankedirektiivide regulatsioonist, mis näevad liikmesriikidele ette võimaluse sätestada normid, mille kohaselt võib hankija teha otsemakseid alltöövõtjatele. Nagu riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas toodud, on Eesti seadusandja soovinud minna otsemaksete regulatsioonist kaugemale, samas otsemaksete regulatsiooni ennast ette nägemata.

Sisuliselt tähendab see hankija kohustuslikku sekkumist peatöövõtja ja alltöövõtja vaidluste lahendamisse. Seejuures on hankija roll märkimisväärselt suur. Hankija peab esialgu veenduma alltöövõtusuhte olemasolus ja seejärel asuma hindama, kas alltöövõtja nõue peatöövõtja vastu on jäetud alusetult täitmata. Kui alltöövõttu puudutav leping on lihtne ja selge ning tegemist on tõesti vaid peatöövõtjast pakkuja pahatahtlikkusega, siis ei pruugi see protseduur hankija jaoks ülemäära vaevaline olla. Kui aga tegemist on keerulisema vaidlusega tööjaotuse ja kohase teostamise osas, siis võib sisulise hinnangu andmine selle kohta, kas tasumata on jäetud põhjendamatult, osutada hankijale väga keeruliseks. Sisuliselt tähendab see hankijale kohtu rolli panemist töövõtjate omavahelise õigussuhte üle otsustamisel. Veel enam, tõusetub küsimus riskidest ja nõuetest, mis hankija otsusega kaasneda võivad. Hankija otsus peatöövõtja tasu kinnipidamiseks võib oluliselt mõjutada kogu projekti rahavooge ja seada kogu lepingu täitmise ohtu. Kui selline otsus osutub lõppastmes ebaõigeks, tekib paratamatult küsimus hankija vastutusest (viivised hilinenud maksetelt, tekkinud kahju hüvitamine jne). Kui hankija jätab maksed aga põhjendamatult peatamata, tekib jälle küsimus alltöövõtja nõuete osas, kes ei pruugi seetõttu saada oma nõudeid pahatahtliku peatöövõtja vastu maksma panna.

Seega tuleks kaaluda, kas praktikas on selline regulatsioon ühegi osapoole huvides. Hankija jaoks tähendab see olulist lisatööd, riski alltöövõtusuhte probleemide tõttu kogu lepingu täitmise nurjumiseks ja ebaõige maksete peatamise küsimuses tehtud otsuse korral vastutuse riski. Peatöövõtja jaoks tähendab see oluliselt suuremat riski, et peatatud rahavood seavad ohtu kogu projekti teostamise. Samuti ei pruugi regulatsioon olla ka alltöövõtjate huvides, kuivõrd võrreldes hankedirektiivide sätetega ei saa alltöövõtja hankija käest kätte tasu, vaid tasu väljamaksmine peab ikkagi toimuma peatöövõtja poolt, kellega alltöövõtjal on erimeelsused.

Seega tuleks veelkord kaaluda vastava regulatsiooni vajalikkust ja selle tuvastamisel alternatiivse lahendusena hankedirektiivides sätestatud võimalust teatud juhtudel hankija poolt teha otsemakseid alltöövõtjatele hankija poolt lepingutasude kinnipidamise asemel.

§ 185 lg 3 - Muudetud riigihanke alusdokumentide vaidlustamine

Antud säte näeb ette, et kui hankija on muutnud riigihanke alusdokumente ja pikendanud pakkumuste, taotluste või ideekavandite esitamise tähtaega, võib pikendatud tähtaja jooksul vaidlustada üksnes neid riigihanke alusdokumentide muudatusi, mis on vastuolus sama riigihanke suhtes tehtud jõustunud vaidlustuskomisjoni otsuse või kohtuotsusega, või nendest sõltumatult tehtud muudatusi.

Riigihanke alusdokumentide vaidlustamise tähtaeg peaks olemuslikult olema lihtne ja selge ka õigusliku hariduseeta turuosalisele, et tagada hankevaidluste lühikeses ajaraamistikus kohane õiguskaitse võimalus. Seega esiteks oleks loogiline, kui antud säte asuks §-s 189, mis reguleerib alusdokumentide vaidlustamise tähtaegu. Teiseks on sätte sõnastus raskesti jälgitav: keeleliselt jääb mulje, justkui reguleeriks säte ainult hanke alusdokumentide muudatuste vaidlustamist, mitte aga alusdokumentide vaidlustamist muus osas ehk algsete tingimuste vaidlustamist tähtaja pikendamise korral. Kolmandaks tekib sätte kontekstis ka oluline sisuline risk. Seda näiteks olukorras, kus hankija, olles algselt määranud seadusele vastava, kuid praktiliselt ebamõistlikult lühikese pakkumuste esitamise tähtaja, pikendab vaid pakkumuste tähtaega, kuid ei muuda muid tingimusi. Kohtupraktikas (Tallinna Ringkonnakohtu 17.08.2018 määrus hankeasjas 3-18-1008) on selgitatud, et kumulatiivsed eeldused (alusdokumentide muutmine ja tähtaja pikendamine) on täidetud ka vaid tähtaja pikendamiselt (tähtaja muutmine on samas ka alusdokumentide muutmine). Tekib reaalne risk, et huvitatud isik, kes näeb konkreetse hanke juures registri lehe päiseinfost vaid uut pakkumuste esitamise tähtaega, ei oska arvatagi, et tegelikult arvestatakse vaidlustamistähtaega mitte sellest kuupäevast, vaid hoopis esialgsest pakkumuste esitamise tähtajast, mida näeb vaid hanketeated vahelehelte aegunud hanketeadet uurides. Kui hankija eesmärk on näiteks hanke esemeks oleva projekti ajasurve tõttu vältida hankemenetlust venitavaid vaidlusi, siis loob kehtiv regulatsioon hankijale võimaluse eksitada pakkujaid: pakkuja arvestab vaidlustuse esitamise tähtaega registri päises toodud pakkumuste esitamise tähtajast, kuid tegelikkuses saabub tähtaeg oluliselt varem (algne pakkumuste esitamise tähtpäev - 5 tööpäeva).

Lahendusteks võiks olla tagasipöördumine eelmise seaduse loogika juurde (vaidlustamise tähtaega arvestatakse oma õiguste rikkumisest teadasaamisest) või seaduses vastava regulatsiooni detailne ja selge reguleerimine. Praktiliseks lahenduseks võiks olla ka registriinformatsiooni täpsustamine selliselt, et sealt oleks näha konkreetse hanke alusdokumentide vaidlustamise tähtaeg või vähemalt oleks päises toodud pakkumuste esitamise tähtaja juures märged, et tähtaega on muudetud.

§ 189 - Riigihanke alusdokumentide vaidlustamine

Uues riigihangete seaduses on tehtud põhimõtteline muudatus arvestada alusdokumentide tähtaega teistpidi kui varem ehk mitte õiguste rikkumisest teadasaamisest, vaid pakkumuste esitamise tähtajast tagasi arvestades. VTK's on õigesti välja toodud, et erimenetluste osas puuduvad üheselt selged vaidlustamistähtajad. Leiame, et hanke alusdokumentide vaidlustamise tähtaja arvestamise loogika peab olema ühetaoline kõigi menetlusliikide puhul ehk turuosalistele ei ole selge ja läbipaistev, kui mõnes hankemenetluses arvestatakse vaidlustamistähtaegasid ikkagi vana loogika (10 päeva õiguste rikkumisest teadasaamisest) järgi.

Suurema küsimusena tasuks veelkord kaaluda, kas selguse huvides ei oleks mõistlik tagasi pöörduda varasema lahenduse juurde, kus tähtaega arvestatakse õiguste rikkumisest teadasaamisest või siis vastava alusdokumendi registris avalikustamisest. Selle lähenemise eelis lisaks suuremale õigusselgusele oleks muu hulgas asjaolu, et hankijaid ei karistataks pikemate pakkumuste esitamise tähtaegade ettenägemise eest. Nimelt kui hankija soovib turuosalistele vastu tulla ja sätestada pikema pakkumuste esitamise tähtaja, siis tähendab see hankija enda jaoks samal ajal riski, et pakkuja ootab hanke alusdokumentides esineva tingimuse õigusvastasuse tõstatamisega ikka viimase päevani (kas siis aja juurde võitmiseks või muul põhjusel). Hankija jaoks tähendab see aga täiendavat asjatut ajakulu, mida saaks vältida, kui pakkujad oleks kohustatud reageerima lühema aja jooksul.

Eri tüüpi menetlustele kohalduv regulatsioon

Nagu VTK's on ka viidatud, tuleks süsteemselt üle kontrollida eri tüüpi menetlustele kohalduv regulatsioon. Seadusandja on valinud lahenduse, kus eri tüüpi menetlustele on määratud erinevad kohalduvad peatükid riigihangete seaduses, kuid eri peatükkide kontekstis jääb siiski lahtiseks, millised sätted tegelikult kohalduvad. Näiteks kontsessioonide puhul kohaldub § 16 lg 2 kohaselt 4. peatükk, kuid selles ei ole viidatud näiteks §-dele 122 ja 124, mis nende sõnastust ja loogikat arvestades selgelt peaksid ka kontsessioonidele kohalduma.

Üldiselt tuleks õigusselguse huvides peatükkide 3-6 lõikes detailselt üle kontrollida, kas ja millised sätted peaksid 1. ja 2. peatükist vastavatele menetlustele kohalduma ja vajadusel sisse viia korrektuurid.