



Rahandusministeerium
Endla 13
10122 Tallinn

Teie 19.05.2015 nr 12.2-1/07003

Meie 15.06.2015 nr 4/167

Arvamuse esitamine riigihangete seaduse eelnõu kohta

Lugupeetud Arto Aas

Eesti Kaubandus-Tööstuskoda (edaspidi **Kaubanduskoda**) tänab Teid võimaluse eest avaldada arvamust riigihangete seaduse eelnõu (edaspidi ka **Eelnõu**) kohta. Esiteks soovime tunnustada Rahandusministeeriumi põhjaliku kaasamisprotsessi eest Eelnõu väljatöötamise varasemates staadiumites, millega võimaldati juba Eelnõu ettevalmistamisel avaldada seisukohti uue seaduse kujundamisel. Samas peame vajalikuks märkida, et Eelnõu kohta tagasiside andmise aeg on arvestades Eelnõu ja Eelnõu seletuskirja mahukust ning seaduse keerukust ja olulisust, meie hinnangul liiga lühike. Sellele vaatamata oleme tutvustanud Eelnõuga kavandatavaid muudatusi ka oma liikmetele ning järgnevalt toome muuhulgas ettevõtjatelt saadud tagasiside pinnalt välja mõningad kitsaskohad, millele peaks Kaubanduskoja hinnangul Eelnõu lõpliku versiooni koostamisel tähelepanu pöörama.

Õigusabikulude hüvitamine VAKO-sse pöördumisel

Leiame, et praegune kord, kus riigihanke vaidlustamisel Riigihangete Vaidlustuskomisjonis (edaspidi ka **VAKO**) tekkivad õigusabikulud tuleb kanda mõlemal vaidluse poolel, st ka poolel, kellele VAKO õiguse andis, vajab muutmist. Põhjendatuks ei saa lugeda kulutuste kandmist isiku poolt, kes oli sunnitud vaidlustusmenetluses osalema ja seetõttu kulutusi kandma, kuna pidas vajalikuks ebakorrekse riigihanke vaidlustamist või koguni seetõttu, et vaidlustati tema õiguspärasest tegevusest. Riigihangete vaidlustamisel tuleb menetlustähtaegade lühiduse tõttu tegutseda kiirelt, mistõttu on reeglina vältimatu professionaalse abi kasutamine, et mitte riskida vaidluse kaotamisega oma positsiooni kehva juriidilise esituse tõttu. Õigusabikulude kompenseerimine VAKO menetluse korral on seda enam põhjendatud, et ettevõtjal ei ole võimalik minna riigihanget vaidlustama otse kohtusse, kus tal oleks õiguse korral võimalik saada oma menetluskulud hüvitatud. Seetõttu leiamegi, et VAKOs kantud õigusabikulud tuleks võitjale, nagu tavalise kohtumenetlusegi puhul, kompenseerida.

Pakkumuste avalikustamine

Eelnõu § 112 lg 2 kohaselt tehakse pakkumuste avamisel registris avalikuks pakkumuse esitanud pakkujate nimed ja registrikoodid. Eelnõu § 112 lg 5 kohaselt ei avaldata pakkumuste avamise protokollid. Seega jääb pakkumuste avamise järel avaldamata teave pakkumuste maksumuste kohta. Ehkki hankijal on kohustus esitada ettevõtjale Eelnõu § 48 lg-st 3 tulenevalt andmed eduka pakkumuse kohta, on hankijal teabe avalikustamiseks aega 15 päeva, mis on sealjuures märksa pikem periood kui varasemas riigihangete seaduses sätestatud 3 päeva. Samuti ei saa teabe nõudmist hankijalt pidada samaväärseks pakkumuste avamise protokollid avalikustamisega, kust nähtuks koheselt, milliste pakkumustega (ja sealjuures mis hinnaga) olid tehtud teised pakkumused. Lisaks, kuna hankijapoolse teabe avalikustamine on seotud võimaliku vaidlustuse esitamisega, mille tähtajaks on üldreegli kohaselt 10 päeva alates sellest, kui vaidlustaja sai teada või pidi teada saama oma õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest, siis võib regulatsioon, mis ei toeta teiste pakkumuste kohta teabe avalikustamist, takistada pakkujatel nende õiguste kaitset. Nimelt sätestab Eelnõu § 119 lg 1, et hankija saab anda nõustumuse hankelepingu sõlmimiseks 14 päeva möödudes pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate esitamisest. Seega võib hankija anda nõustumuse hankelepingu sõlmimiseks enne, kui ta on kohustatud vastama pakkujate tehtud taotlusele esitada andmed eduka pakkumuse kohta. Sellise olukorra võimaldamine on vastuolus hankemenetluse läbipaistvuse üldpõhimõttega ning muudab keerukamaks hilisema hankemenetluse vaidlustamise. Leiame, et pakkumuste avalikustamine (sh hinna osas) aitaks tagada riigihangete aluspõhimõtete nagu läbipaistvus ja võrdne kohtlemine realiseerumise ning ei kahjustaks pakkujate ega hankijate huve. Loomulikult ei peaks pakkumuste avalikustamine hõlmama ärisaladusi, kuid kuna pakkujal on võimalik määratleda, milline osa tema pakkumusest ärisaladuse alla kuulub ning sellised andmed ei moodusta pakkumuses suurt osa, ei ole see piisavalt kaalukaks põhjuseks jätta pakkumused avalikustamata. Sealjuures ei saa nõustuda Eelnõu seletuskirjas tooduga, mille kohaselt teenib pakkumuste ja pakkumuste maksumuse avalikustamine vaid ebaseaduslike kokkulepete ärahoidmise huve. Pakkumuste ja maksumuse avalikustamine aitab tagada hankemenetluse läbipaistvuse ja annab menetluses osalejatele tagantjärele võimaluse hinnata oma pakkumust teiste esitatud pakkumuste kontekstis, et edaspidi hangetel osaledes turusituatsiooni arvesse võtta. Lisaks aitab avalikustamine välistada võimalikku korruptsiooniohtu. Seega teeme ettepaneku kaaluda Eelnõu muutmist selliselt, et pakkujatel oleks võimalik pakkumuste protokollidega tutvuda.

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumused

Oluliseks murekohaks varasemas riigihangete seaduses on olnud alapakkumustega seonduv. Praeguse regulatsiooni kohaselt on pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse korral hankijal kohustus nõuda selgitusi ja mitterahuldavate selgituste korral pakkumus tagasi lükata. Ka Eelnõu § 114 ei sisalda viidatud regulatsiooniga võrreldes olulisi muudatusi. Praktikas sellisest käsitlusest alapakkumuste ja nendega seonduvate riskide vältimiseks siiski ei ole piisanud. Seetõttu leiame, et Eelnõu peaks sisaldama ka meetmeid, millega oleks võimalik alapakkumisi edukamalt vältida. Ehkki direktiiv on sõnastatud Eelnõuga põhjendamatult madalate maksumustega pakkumuste küsimuses sarnaselt, siis direktiivi 2014/24 eelnõu¹

¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=FR>

sisaldas alapakkumuste kohta pisut konkreetsemat regulatsiooni, sätestades kohustuse küsida pakkujalt selgitusi seonduvalt kõrvalekalde suurusest keskmisest pakkumusest. Selliselt on ebarahilikult madalatele pakkumustele lähenenud ka teised riigid.² Liikmetelt saadud tagasiside põhjal leiame, et täiendavad kriteeriumid alapakkumiste reguleerimiseks on vajalikud ka uues riigihangete seaduses ning seda eriti ehitustööde valdkonnas. Täpsemalt leiame, et ehitustööde riigihangete puhul on vajalik töövõetuahtelas osalevate isikute maksukuulekuse tõstmiseks ja alapakkumiste vältimiseks viia Eelnõusse sisse nõue, et allhankija töötajate töötasud oleksid vähemalt 70% vastava sektori keskmisest. Kui töötasud jäävad alla viidatud määra, on hankija kohustatud küsima pakkujalt selgitusi. Töötasu suuruse kontrollimine saab toimuda Maksu- ja Tolliameti poolt väljastatava tõendi abil. Viidatud nõude kehtestamist ei välista Eelnõu aluseks olevad direktiivid, samuti on Läti kehtestanud alates 2015. aasta 1. augustist kehtima hakkava analoogilise nõude, mille kohaselt peab hanel osaleva ettevõtte töötajate palk olema vähemalt 80% sektori keskmisest.

Hankija planeeritud eelarve avalikustamine

Eelnõu § 115 lg 1 p 1 sätestab hankijale võimaluse lükata tagasi kõik esitatud pakkumused, kui kõigi pakkumuste või vastavaks tunnistatud pakkumuste maksumused ületavad hankelepingu eeldatavat maksumust. Riigihangete tühistamist põhjusel, et hankemenetluses ei esitatud ühtegi pakkumust, mis mahuks hankija eelarvesse, saaks meie hinnangul vältida, võimaldades hankijalt eelnevalt nõuda hankeks planeeritud eelarve avalikustamist. Kuna pakkumuste esitamine on ettevõtjate jaoks aeganõudev ja kulukas, siis olukorras, kus on ette teada, et pakkumuse tegemine ettevõtja poolt võimalikus summas ei ole teostatav, võimaldaks eelnev hankija eelarve avalikustamine aidata nii hankija kui pakkujate jaoks kokku hoida aega ja kulutusi.

Eelnevalt sõlmitud hankelepingute rikkumine kõrvaldamise alusena

Eelnõu § 94 lg 4 p 8 alusel võib hankija jätta isikuga hankelepingu sõlmimata ja kõrvaldada hankemenetlusest ettevõtja, kes on oluliselt või pidevalt rikkunud eelnevalt sõlmitud riigihankelepinguid, mille tagajärjel on leping ennetähtaegselt üles öeldud, nõutud kahjutasu või rakendatud muid sellega võrreldavaid sanktsioone. Sellises sõnastuses annab säte hankijale võimaluse pahatahtlikult kõrvaldada menetlusest pakkuja, kelle rikkumised ei pruugi tegelikkuses olla sellised, mis peaksid tingima pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise. Näiteks võib olla tegemist juhtumiga, kus ehitusettevõtja töölised on rikkunud objektil olles tööohutuse eeskirju seal nt suitsetades või kaitseriietusega viibides, mis võib viia trahvide kohaldamiseni ja mida võib sealjuures käsitleda kui hankelepingu rikkumist. Sellise rikkumise tõttu hankemenetlusest kõrvaldamine on selgelt ebaproportsionaalne, kuid viidatud säte annab hankijale võimaluse sellele rikkumisele hankemenetlusest kõrvaldamisel siiski tugineda. Leiame, et sätte alusel, mis võimaldab jätta isikuga hankelepingu sõlmimata ja kõrvaldada hankemenetlusest ettevõtja, kes on oluliselt või pidevalt rikkunud eelnevalt

² T. Väljaotsa artikkel „Põhjendamatu madalad pakkumused riigihankeõiguses“ Juridica IX/2013. Kättesaadav arvutivõrgus:

<http://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/Juridica%20artikkel.%20Triin%20V%C3%A4ljaots%2016.12.2013.pdf>

sõlmitud riigihankelepinguid, peaks olema hankemenetlusest kõrvaldamine võimalik sellisel juhul, kui tegemist on olulise rikkumisega, mis võib mõjutada lepingu eesmärgi saavutamist.

Pakkumuste esitamise tähtajad

Eelnõu § 92, mis sätestab pakkumuste esitamise tähtajad avatud hankemenetluses, lõige 1 p 2 määrab, et rahvusvahelisest piirmäärast madalama maksumusega ehitustööde pakkumuse esitamise tähtaeg on minimaalselt 15 päeva (st 11 tööpäeva). Kui arvestada sinna juurde Eelnõuga sisse viidav muudatus, mille kohaselt peab hankijalt selgituste küsimisel jääma 6 päeva nõ rahuaga, siis võib pakkumuse esitamiseks jääda Eelnõus sätestatud tähtaega järgides ebamõistlikult vähe aega. Seda iseäranis olukordades, kus pakkumus esitatakse ühiselt välismaiste partneritega, kellelt informatsiooni saamine võib olla aeganõudvam. Direktiivi 2014/24/EL artikkel 27 (1) näeb rahvusvahelise piirmääraga hangete pakkumuste laekumise miinimumtähtajaks ette 35 päeva alates hanketeate saatmise kuupäevast (mida võib küll pakkumuste elektroonilisel esitamisel lühendada 30 päevani); direktiivi artikkel 27 (2) alusel võib juhul, kui hanke kohta on avaldatud eelteade, tähtajaks olla minimaalselt 15 päeva. Seega jätab direktiiv liikmesriikidele võimaluse kehtestada pakkumuste esitamise tähtajad pikemad, kui käesoleval juhul on Eelnõus sätestatud. Seetõttu leiame, et pakkumuste esitamise tähtajad võiksid ka rahvusvahelisest riigihanke piirmäärast alla jäävate hangete puhul olla pikemad, kui praeguses Eelnõus sätestatud.

Täiendavate dokumentide nõudmise keeld

Eelnõu § 103 lg 7 alusel ei nõua hankija pakkujalt kvalifikatsiooni kinnitavaid ja kõrvaldamise aluste puudumist tõendavaid dokumente, kui need dokumendid või vastavad andmed on talle andmekogus olevate andmete põhjal tasuta kättesaadavad või on tal need dokumendid või andmed olemas. Seonduvalt viidatud sättega näeme problemaatilisena küsimust, kuidas kindlaks teha, kas hankijal on tõepoolest mingid andmed pakkuja kohta juba varasemalt olemas. Näiteks kui pakkuja on osalenud sama hankija poolt korraldatavas hankes ning esitanud tõendi enda kvalifikatsiooni kinnitamiseks, siis võib jääda selgusetuks, kas aasta hiljem sama hankija poolt korraldataval hankel osalemisel peaks pakkuja tõendi uuesti esitama või piisab kvalifikatsiooni tõendamiseks eelmise hanke käigus esitatud tõendist. Selline hinnangulisus annab hankijale võimaluse enda soovi järgi teatud pakkuja poolt esitatud dokumente lugeda piisavateks ning teatud pakkuja puhul seda mitte teha. Märgime, et seetõttu võib viidatud põhimõtte vajada Eelnõus täpsustamist.

Hankija hankekord ja sisulise hindamise komisjonid

Ehkki toetame muudatust, mille kohaselt peab hankija, kellel on kohustuslik kehtestada organisatsioonisisene hankekord, selle avalikustama, leiame, et muudatus on õigustatud ja otstarbekas juhul, kui hankekord vastab teatud kindlatele reeglitele ning hanke toimumine vastavalt hankekorrale on jälgitav nt Riigihangete registrist. Täpsemalt peame seonduvalt organisatsioonisisese hankekorra kehtestamisega problemaatiliseks olukordi, kus hankimine toimub hankekorra alusel kehtestatud sisulise hindamise komisjoni poolt. Sellisel juhul jääb vaatamata hankekorra kehtestamisele ohtralt võimalusi kuritarvitusteks. Nimelt võivad

sisulise hindamise komisjonid olla subjektiivsed ning nende otsuste tegemise kriteeriumid jäävad hankemenetluses osalejatele reeglina teadmata. Lisaks on pakkujal võimatu vaidlustada komisjonide toimimise korda. Sellest tulenevalt leiame, et sisemised hankekorrad ja nende alusel kehtestatud hindamiskomisjonide töö ja moodustamine peavad olema kontrollitavad ja vastama riigihangete läbipaistvuse põhimõttele.

Tunnustatud ettevõtjate nimekiri

Eelnõu § 104, mis käsitleb tunnustatud ettevõtjate ametlikku nimekirja ja sertifitseeritud ettevõtjaid, nõuab, et tunnustatud ettevõtjate ametlikku nimekirja kantud või tunnustatud ettevõtjana sertifitseeritud isik peab oma kvalifikatsiooni tõendamiseks esitama tõendi tema kuulumisest vastavasse nimekirja. Sarnaselt reguleerib tunnustatud ettevõtjate nimekirja pidamist ka direktiiv 2014/24/EL. Sellegipoolest leiame, et tunnustatud ettevõtjate nimekiri oleks kasulik ning aitaks vähendada ettevõtjate halduskoormust juhul, kui sertifitseeritud ettevõtte ei peaks oma kvalifikatsiooni tõendamisel nõudma ega esitama täiendavalt mingisuguseid tõendeid, vaid nimekirja kandmise järel saaks hankija vajadusel vaadata, et pakkuja on tõepoolest kvalifitseeritud ettevõtjate nimekirja kantud. Sellise võimaluse sisseviimist direktiiv 2014/24/EL ei välista, samuti ei tohiks tehniliselt olla keeruline tunnustatud ettevõtjate nimekirja ühildamine Riigihangete registriga.

Siduva eelotsuse instituut

Toetame Rektore Nõukogu poolt esitatud ettepanekut, mille kohaselt viidaks Eelnõusse sisse siduva eelotsuse instituut. Selline eelotsus aitaks keerulisemate hangete läbiviimisel ühtlustada hangete läbiviimise praktikat ning seeläbi oluliselt vähendada võimalike vaidluste teket. Kui käesoleval juhul võivad hankemenetluse käigus tekkivatele küsimustele antavad vastused osutada vastuolulisteks ning anda ainst hanke vaidlustamiseks, siis siduva eelotsuse instituut aitaks seda kindlasti vältida. Sealjuures toetame ka ideed, et siduva hinnangu saaks anda hankija poolt kehtestatavale hankekorrale, kuna, nagu ülalpool pealkirja all „Hankija hankekord ja sisulise hindamise komisjonid“ ka viidatud, on oluline tagada ka sisemiste hankekordade alusel hankimisel läbipaistvus, korrektsus ja õigusselgus. Seega toetab Kaubanduskoda ettepanekut viia Eelnõusse sisse siduva eelotsuse instituut.

Struktuuritoetustega seonduv

Samuti peame vajalikuks välja tuua Rektore Nõukogu ettepanekut, mis puudutab struktuuritoetuste saajate ja muude hankijate kohustuste kooskõlla viimist. Olukorda, kus struktuurivahendite kasutamisel tuleb kohaldada riigihangete läbiviimise nõudeid juba siis, kui hangitavate asjade või teenuste eeldav maksumus on 5000 eurot ning nõ tavaliste hangete puhul saab nõuete kohaldamisel lähtuda riigihangete piirmäärast suuruses 20 000 eurot (sotsiaal- ja eriteenuste hankimisel koguni 134 000 eurot), ei saa pidada põhjendatuks. Praeguse regulatsiooni kohaselt langeb struktuuritoetuste kasutajatele ebarproportsionaalselt suur halduskoormus ning puudub selge põhjendus, miks struktuuritoetuste kasutamisel on sedavõrd palju rangema korra kehtestamine vajalik. Seetõttu peame vajalikuks vaadata üle struktuuritoetuste regulatsioon selliselt, et toetuste kasutajad ei peaks täitma ebamõistlikult

rangemaid nõudeid asjade ja teenuste hankimisel. Mõõname, et probleemiga seonduvalt võib struktuuritoetuste kasutamist puudutav õiguslik regulatsioon vajada laiemat ümbervaatumist.

Heastamine

Leiame, et teatud juhtudel on heastamise regulatsioon ning sellele tuginemine põhjendatud, ning lausa tervitatav, kuna võimaldab jätta ebaproportsionaalselt piiramata ettevõtete ligipääsu riigihangetele, kuid peame vajalikuks välja tuua, et heastamisele tuginemine annab palju võimalusi süsteemi kuritarvitusteks. Eelnõu § 96 lg 2 sätestab, et kui hankija leiab, et ettevõtja poolt esitatud tõendid on piisavad ettevõtja usaldusväärsuse tõstmiseks, ei kõrvalda hankija ettevõtjat menetlusest ja võib sõlmida temaga riigihankelepingu. Seega, ehkki heastamise meetmete kohaldamine peab olema alanud juba enne pakkumuste esitamist, on heastamise kohaldamine ja selle alusel otsuste tegemine hankemenetluses jäetud suuresti hankija pädevusse ning seetõttu on küllaltki hinnanguline. See omakorda annab võimalusi pahatahtlikult kvalifitseerida isikud, kes tegelikult ei peaks menetluses osalema ja ka vastupidi. Samuti võib heastamise pinnalt tõusetuda ohtralt vaidlusi. Seega peaks heastamise meetmele tuginemine toimuma pigem erandlikel asjaoludel ning selle kasutamine toimuma läbipaistvalt ja proportsionaalsuse põhimõttest lähtudes.

Elektroniline riigihangete keskkond

Seoses täieliku üleminekuga elektroonilistele riigihangetele, peame oluliseks panustada riigihangete elektroonilise keskkonna väljatöötamisse selliselt, et see toimiks sujuvalt, tõrgeteta ning oleks kasutajasõbralik, et hoida ära segadusi riigihangetel, mis tulevad võimalikest administratiivsetest takistustest elektroonilises keskkonnas. Samuti peab olema tagatud keskkonna kasutamisel pidev tehniline tugi, et välistada olukorrad, kus hankemenetluses osalemine oleks takistatud süsteemi puudujääkide tõttu.

Oleme teadlikud, et Eelnõu on suuresti loodud järgides Euroopa Liidu direktiividest tulenevaid nõudeid, kuid peame vajalikuks, et Eelnõu koostamisel, kus see on võimalik ja vajalik, kaalutaks lahendusi, mis võtavad arvesse direktiivide poolt jäetud kaalutlusruumi siseriikliku hankemenetluse omapärasid arvestades. See tähendab, et vajadusel tuleb leida lahendusi, mis aitaksid kaasa Eesti turul võimalikult efektiivsete hankemenetluste läbiviimise tagamisele. Loodame, et peate võimalikuks meie tähelepanekuid arvesse võtta. Vajadusel oleme valmis oma ettepanekuid ka lähemalt selgitama.

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Mait Palts

Peadirektor

Koostanud: Katre Rugo katre.rugo@koda.ee +372 604 0071