

Arvamus riigihangete seaduse ja riigilõivuseaduse muutmise seaduse eelnõu kohta

Lugupeetud rahandusminister

Esitan arvamuse riigihangete seaduse ja riigilõivuseaduse muutmise seaduse eelnõu kohta. Loodetavasti on sellest ministeeriumile õigusloomes abi.

1. ETTEPANEKUD JA MÄRKUSED EELNÕU KOHTA

1.1. Eelnõu ideoloogia ja eesmärk

Kogu eelnõu eesmärk näib olema kantud õilsast soovist seista selle eest, et Riigihangete Vaidlustuskomisjon (edaspidi ka VaKo) suudaks oma ülesandeid kvaliteetselt täita ja seda oluliselt suurenenud vaidlustuste arvu juures. Selle eesmärgi saavutamiseks on aga valitud meetmed, mille tagajärg on mh seegi, et isikute õigusmõistmisele juurdepääsu piiratakse. Selle peamine väljendus eelnõus on riigilõivude kahekordistamine, mis tähendaks paljudel juhtudel riigilõivu määras 2560 eurot vaidluse etapi kohta. See tähendab, et kui nt vaidlustaja soovib vaidluse viia kuni Riigikohtuni, siis üksnes tema riigilõivu kulud oleksid juba 7730 eurot. Olgu siinkohal välja toodud, et tavalises haldusasjas oleks see kulu kokku 90 eurot.

Riigilõivu tasumine hankeasjas ei ole ainult vaidlustaja probleem, kuivõrd minu arusaamise kohaselt ei ole paljud hankijad nt edasikaebe puhul riigilõivu tasumisest HKMS § 104 lg 10 alusel vabastatud. See tähendab, et riigilõivude kahekordistamise koormat peab teatud ulatuses hakkama kandma ka avalik sektor. Osaliselt tähendab see riigi jaoks raha ühest taskust teise tõstmist, kuid kohaliku omavalitsuse ja riigi äriühingute jaoks on see selge kulu.

Eelnõu seletuskiri võib ju pikalt-laialt analüüsida seda, et kuidas praegune riigilõivu määr vaidlustusmenetluse kulusid ei kata, kuid selge on seegi, et riiki pole see „vajakajäämine“ ka viimased ca 20 aastat huvitanud. See tähendab, et riigilõivude kahekordistamise peamine eesmärk ongi otsesõnu piirata isikute juurdepääsu vaidlustusmenetlusele, et vaidlustuste arvu nõnda vähendada. Seda võiks ministeerium eelnõu seletuskirjas siis ka ausalt välja öelda. Minu arvates on sellise eesmärgi legitiimsus igal juhul kaheldav.

Koosmõjus võimalusega menetlustähtaegade pikkust kahekordistada, tähendab eelnõu jõustumine sellisel kujul, et vaidlustusmenetluses osalemine läheb vaidlustajale kaks korda kallimaks ja vaidlustusmenetluses võib minna kaks korda kauem aega. Suures plaanis tundub mulle, et mõistlikum alternatiiv oleks siiski leida palgafond ühe uue VaKo liikme jaoks, kui asuda selliste meetmetega juurdepääsu vaidlustusmenetlusele piirama.

Vaidlustusmenetluse kiirus ja soodsus on olnud üks Eesti valdkondlikke edulugusid ja asuda seda lihtsalt „ära andma“ põhjusel, et väidetavalt ei leita ühe ametikoha tarbeks palgafondi, on mulle kummastav. Seda enam, kui meetodid VaKo töömahu vähendamiseks on tõenäoliselt ebaproportsionaalsed. Seega ma teen ettepaneku, et ministeerium siiski kaaluks mõnekümne tuhande euro leidmist ebavajaliku ja ebaselge õiguspärasusega õigusloome asemel.

Kui nüüd ministeerium leiab, et selliste vahendite leidmine on ilmvõimatu, siis teen ettepaneku kaaluda, kas mõlemat eelnõus välja pakutud meedet on ikka korraga vaja. Minu arvates looks riigilõivude kahekordistamine ilmselt fooni, milles paljud vaidlustajad vaidlustamise isu siiski ära kaotavad ja vaidlustamisest loobuvad. See võimaldaks omakorda menetlustähtaegade osas muudatusi mitte teha või teha neid väiksemas ulatuses.

1.2. Menetlustähtaja pikendamine

Kui jätta kõrvale küsimus sellest, kas eelnõus välja pakutud menetlustähtaegade pikendamise regulatsiooni on üldse vaja, siis eelnõust ega seletuskirjas ei selgu, kas ministeerium on teatud asjaolusid üldse analüüsinud. Pigem pean tõenäoliseks, et kuna Rahandusministeerium kahjuks vaidlustusmenetluse igapäevaelu ja detaile ei tunne, siis pole ministeerium neid küsimusi osanud ka analüüsida. Õnneks mul teatav kogemus ja tunnetus on tekkinud, mistõttu saan need analüüsi vajavad küsimused siinkohal välja tuua.

Alustada tuleb sellest, et võimalus menetlustähtaegu kuni kahekordselt pikendada tekitab menetlusosalistes määramatust, mille tagajärjeks võib teatud juhtudel olla VaKo töökoormuse tõus, rääkimata menetlusosaliste kulude ja halduskoormuse kasvust.

Praegune vaidlustusmenetlus põhineb VaKo ja menetlusosaliste jaoks usaldusel, et menetlus kestab igal juhul 30 päeva või vähem. Jah, sellest on teatavad erandid, kuid utreeritult 98 % juhtudest selline eeldus on. Selle 30-päevase eelduse peale on üles ehitatud ka mitmed muud reeglid, õigused ja kohustused RHS-is, mis mõnevõrra kanduvad edasi ka HKMS-i. Neid reegleid aga eelnõuga ei muudeta, mis viib kunstiliselt väljendudes aga paadi kursilt kõrvale.

Kui lihtsamaid asju esmalt käsitleda, siis eelnõus on võetud eelduseks, et pikendatakse menetlustähtaega, mis on sätestatud RHS § 200 lg-s 1 ning seletuskirjas räägitakse peamiselt 30-päevase menetlustähtaja pikendamise võimalusest. Küll aga jätab see ebaselgeks küsimuse, kas ministeerium soovib asuda sama reeglit kohaldama ka teisele RHS § 200 lg-s 1 sätestatud tähtajale – 35 päeva. Lihtne loogika oleks selles, et kui ministeerium soovib, et VaKo-l oleks õigus pikendada ka varasemat 35-päevast tähtaega, siis pikendatud tähtaeg võiks olla ka kuni 65-päeva. See jääb eelnõust ja seletuskirjast praegu ebaselgeks. Normitehniliselt on mõistagi võimalik ka see, kui 35 päevane tähtaeg saab samamoodi pikeneda kuni 60 päevani.

Eelnõust ega seletuskirjast ei selgu ka see, kas ja kuidas peaks eelnõu kohane seadus mõjutama olukordi, milles vaidlustusmenetlus on § 200 lg 2-2² alusel peatatud. Kas siis on VaKo-l samuti võimalus pikendada otsuse tegemise tähtaega pärast peatamise aluse äralangemist näiteks 60 päevani või mitte?

Juba põhimõttelisem küsimus on see, et kas tähtaja pikendamise võimalus lihtsalt lakoonilisel „mõjuval põhjusel“ on piisavalt õigusselge ja ettenähtav. Seletuskirjas selgitatakse, et need põhjused võivad seisneda nt VaKo liikmete puhkuses või keskmisest keerulisemas vaidluses, kuid eelnõu ise selliseid eeldusi ei sätesta. See tähendab, et VaKo-l saab olema piiramatu diskretsioon, kuna vaevalt, et keegi asub uurima või saaks vaielda selle üle, et mida VaKo arvates „mõjuv põhjus“ tähendab ja kas see ühes või teises olukorras eksisteeris. Ma ei arva, et VaKo asuks seda alust kuritarvitama, kuid menetlusosalistele peab olema ettenähtav, kas menetlustähtaeg võib pikeneda või mitte, kuid eelnõu sellist ettenähtavust kuidagi ei taga.

Samuti tuleb tähele panna, et siiani on kõik alused menetlustähtaegade pikendamiseks olnud RHS-is täpselt määratletud – millistel konkreetsetel eeldustel ja kui kauaks.

Ettenähtavus on aga vaidlustusmenetluses oluline väärtus, millest sõltuvad paljud hankija ja vaidlustaja valikud, sh ka vaidlustuse esitamisel ja vaidlustusmenetluses taotluste esitamisel. Neid kitsaskohti aga eelnõuga seenduvalt ilmselt siiani analüüsitud ei ole.

Teadmine, et vaidlustusmenetlus võib kesta kuni 30 päeva, on menetlusosalistele oluline näiteks järgmistel juhtudel:

- 1) vaidlustajale otsustamaks, kas taotleda riigihanke menetluse peatamist (RHS § 193);
- 2) hankijale otsustamaks, kas vaielda peatamise taotlusele vastu või lükata ise pakkumuste või taotluste esitamise aega edasi (RHS § 193);
- 3) hankijale otsustamaks, kas riigihanke menetlus kehtetuks tunnistada;
- 4) vaidlustajale otsustamaks, kas vaidlustusest loobuda;
- 5) hankijale otsustamaks, kas taotleda nn hankelepingu sõlmimise luba (RHS § 193 lg 6).

Need menetlusosaliste otsustused põhinevad eeldusel, et on teada, kui kaua vaidlustusmenetlus kestab ja milline on riigihankes tekkiv seisak – enamasti kuni 44 päeva. Kui see muutub menetlusosalise jaoks teadmatuks, siis asutakse eeltoodud õiguste rakendamisel rapsima huupi – taotlema riigihanke menetluse peatamist siis, kui seda pole vaja või taotlema hankelepingu sõlmimise luba, kui seda pole vaja. Rääkimata sellest, et hankija ei tea täpselt, kas ja kuhu ta peaks pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja määrama, et riigihanke menetluse peatamist vabatahtlikult vältida.

Vaidlustusmenetluse, nagu iga muu õigusvaidluse, üks suuremaid kuluartikleid on teadmatus ja sellest tulenev eeldustel põhinev käitumine. Rapsimise tagajärg on üldiselt menetlusosaliste jaoks välditavate ja ebavajalike kulude tekkimine. Need kulud kanduvad tähtaja määramatuse tõttu osaliselt ka VaKo töökoormuseks, kuna VaKo peab asuma lahendama taotlusi, mida siiani polnud sisuliselt lahendada vaja, kas seetõttu, et hankija teadis ise taotluste või pakkumuste esitamise tähtaega õigesse kohta edasi lükata või vaidlustaja teadis, kas tal on vaja taotleda riigihanke menetluse peatamist. See aga eelnõu eesmärke ju ei teeni.

Seega peaks eelnõus siiski läbi mõtlema, et kuidas eeltoodud määramatusega kaasnevad mõjud menetlusosalistele ja VaKo-le olemata jääksid. Üks variant selleks on seadusega kohustada VaKo-t kohe pärast vaidlustuse saamist, nt vaidlustuse esitamise teatega, välja ütlema, millal VaKo otsuse teeb. See võimaldab nt hankijal koos vastusega vaidlustusele otsustada, kas esitada taotlus hankelepingu sõlmimise loa saamiseks. Samamoodi võimaldab see hankijal otsustada, kuhu alusdokumendi üle peetavas vaidluses taotluste või pakkumuste esitamise tähtaega tuleb lükata, kuivõrd muidu ei tea hankija, kas tal tuleb see edasi lükata arvestusega 30+10+7 päeva või arvestusega 60+10+7 päeva (sõltuvalt asjaoludest ja menetlusliigist võivad need arvestuslikud ajaraamid olla ka erinevad).

Samuti on varajane teadmine menetluse kestusest oluline hankijale ja vaidlustajale otsustamaks, kas ta jõuab vaidlustusmenetluse üldse „ära pidada“ või peaks sellest loobuma.

Seejärel tuleb arvestada sellegagi, et kui menetlustähtaeg on nt 60 päeva ja on taotletud näiteks riigihanke menetluse peatamist või hankelepingu sõlmimise loa saamist, siis on kahjustatud menetlusosalisel õigus VaKo otsus menetlus peatada või hankelepingu sõlmimise luba anda, halduskohtusse edasi kaevata. Halduskohus lahendab neid vaidlusi esialgse õiguskaitse menetluse reeglite järgi, mille puhul antakse hinnang ka vaidlustuse perspektiividele. Nüüd kui vaidlustusmenetluse tähtaeg on nt 60 päeva, siis jõuab halduskohus ja võib ka ringkonnakohus

jõuda teha selle aja jooksul otsuse esialgse õiguskaitse üle ning selle raames andnud korra või kaks ka hinnangu vaidlustuse perspektiividele.

See tekitab omakorda kummalise olukorra, milles nt kaks kohtuastet on vaidlustuse kohta juba *prima facie* hinnangu andnud, enne kui VaKo üldse otsuse teeb. Seegi toob kaasa menetluslikku hämmingut.

Kohtumenetlusest rääkides, siis ebaloogiline on käesoleva eelnõu kontekstis seegi, et kui varasemalt said kohtud hankeasja lahendada maksimaalselt 45 päeva (HKMS § 275 lg 2) ja mingit tähtaegade edasilükkamist kohtud ei võimalda, siis eelnõuga tekiks olukord, milles VaKo saaks vaidlustusasja lahendada kauem, kui kohtud. See tõstatab üleüldise küsimuse kohtueelse kohustusliku vaidlustusmenetluse üldisest mõttekusest, kui menetlusosalistele oleks kiirem, kui asja lahendaks halduskohus.

Lõpetuseks jätab eelnõu vaeslapse rolli ka muud vaidlustajale ja hankijale seadusest tulenevad tähtajad. Nimelt, kogu vaidlustusmenetlus on siiani olnud kantud eesmärgist, et see oleks kiire. See on tähendanud ka tõsiasi, et vaidlustuse esitamise tähtajad on väga lühikesed, mis mõnel juhul võivad seisneda isegi selles, et vaidlustaja peab vaidlustuse esitama samal päeval, kui riigihange registris avaldati. Sellest kiirusest on kantud ka muud menetlusosalistele antavad tähtajad, nt tähtaeg hankijale ja kolmandale isikule vastamiseks on kolm tööpäeva (vt RHS § 194 lg 5 ja 6) või tähtaeg hankemenetluse peatamise taotlusele vastamiseks (üks tööpäev – RHS § 193 lg 3).

Sellises olukorras jääb eelnõust mõistetamatuks, et kui VaKo-l on võimalik oma töökoormuse reguleerimiseks menetlustähtaega pikendada kuni 60 päevani, siis miks peavad menetlusosalised samade tähtaegade raames „edasi rapsima“. Raske on näha mõistlikku põhjust normistikul, mille puhul VaKo teavitab, et teeb otsuse kahe kuu pärast, kuid hankija ja kolmas isik peavad vaidlustusele vastama kolme tööpäevaga. Eluliselt ei ole kuigi usutav, et VaKo nt 57 päeva vaidlustust ja vastuseid vaidlustusele muudkui analüüsib.

Selleks, et regulatsioon oleks tasakaalustatud, peab eelnõu seetõttu ette nägema tähtaegade samaväärse või vähemalt mõistlikus ulatuses pikenemise garantii ka menetlusosalistele. See tähendab jällegi omakorda õigustehnilist lahendust, mille kohaselt peab menetlusosalistele kohe olema teada, kui VaKo kavatses otsuse tegemist edasi lükata ning see peab korreleeruma ka menetlusosalistele antavates tähtaegades.

1.3. Riigilõivude kahekordistamine

Riigilõivude kahekordistamine eeldab meetme põhiseaduslikkuse analüüsi, seda eelnõu seletuskirjast ei nähtu. Mulle teadaolevalt on RLS ka konstitutsiooniline seadus, mis tähendab seda, et eelnõud ei saa vastu võtta ka lihthäälteenamusega. Seega tuleb RLS-i muutmisega ilmselt nii kui nii kõvasti vaeva näha ja sellel ma pikemalt ei peatu.

Seletuskirjast ei nähtu seegi, et ministeerium oleks mõistnud, et RLS § 60 lg 5 kaudu kahekordistuvad eelnõu jõustumisel riigilõivud ka halduskohtumenetluses hankeasja lahendamisel. Kuigi kohtute kõrge töökoormus on teada, ei ole siiani vähemalt minuni jõudnud teave, et halduskohtutes oleks samaväärne töömahukuse kriis, kui VaKo-s. Tõenäoliselt ei ole kohtud ega Justiitsministeerium soovinud, et ka kohtumenetluse riigilõive tõstetaks.

1.4. Kokkuvõtteks

Ma arvan, et eelnõu eesmärk on õige ja õilis, kuid mõistlik oleks siiski VaKo-le neljas liige leida, selle asemel, et välja tulla pooliku lahendusega, mis isikute õigust kohtumõistmisele

oluliselt piirab. Riigilõivude kahekordistamine ei ole põhjendatud ja kui VaKo-le otsuse tegemiseks on vaja lisaaega anda, siis tuleb ette näha oluliselt selgem ja tasakaalustatud regulatsioon.

Lugupidamisega

Mario Sõrm
vandeadvokaat