

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Liisa Prints

**HANKIJA KAALUTLUSÕIGUSE TEOSTAMISE PIIRANGUD KVALITATIIVSETE
HINDAMISE KRITERIUMITE KASUTAMISEL**

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn
2018

Sisukord

1.	Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi seotus hankelepingu esemega	8
1.1.	Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi otsene mõju hankelepingu täitmisele	8
1.2.	Hankelepingut täitvate isikute omaduste hindamine kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite raames	21
1.2.1.	Keeld hinnata pakkuja iseloomustavaid omadusi	21
1.2.2.	Hankelepingut täitvate isikute omaduste mõju hankelepingu esemele	25
1.3.	Miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamine	32
2.	Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõue.....	36
2.1.	Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõue direktiivides ja RHS-s	36
2.2.	Levinumad probleemid kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivsuse tagamisel	39
3.	Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivne rakendamine	50
3.1.	Hankija põhjendamiskohustuse ulatus pakkumuste hindamisel.....	50
3.2.	Hankija põhjenduste esitamise viisid	58
	KOKKUVÕTE.....	62
	CONTRACTING AUTHORITY'S DISCRETION IN USING QUALITATIVE AWARD CRITERIA ...	66
	KASUTATUD KIRJANDUS	70
	KASUTATUD ÕIGUSAKTID.....	71
	KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	72
	KASUTATUD RIIGIHANGEDE VAIDLUSTUSKOMISJONI PRAKTIKA	73
	MUUD ALLIKAD.....	74

SISSEJUHATUS

Riigihankemenetluses on hankijal õigus valida esitatud pakkumuste hulgast hankelepingu sõlmimiseks enda jaoks sobivaim pakkumus. Sobivaima pakkumuse leidmiseks peab hankija pakkumusi hindama. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/24/EL¹ artiklis 67 ja direktiivi 2014/25/EL² artiklis 82 on sätestatud, et hankijad sõlmivad hankelepingu üksnes majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkujaga. Seejuures on pakkumuse majandusliku soodsuse hindamisel hankijal võimalik valida kolme erineva lähenemise vahel – madalaim hind, kuluefektiivsus või parim hinna ja kvaliteedi suhe.³

Kuni kehtivate direktiivide jõustumiseni eristati pakkumuste hindamisel kahte lähenemist – madalaima hinna põhine lähenemine ning majanduslikult kõige soodsama pakkumuse väljaselgitamisele orienteeritud lähenemine. Kui madalaimal hinnal põhineva meetodika puhul, lähtus hankija pakkumuste võrdlemisel üksnes hinnast, siis majanduslikult kõige soodsama pakkumuse väljaselgitamisel hindas hankija lisaks pakkumuse hinnale ka muid pakkumust iseloomustavaid näitajaid. Kehtivates direktiivides on eelnimetatud kahe meetodi rangest eristamisest loobutud ning sätestatud üheselt, et hankelepinged sõlmitakse üksnes majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkujaga, arvestades, et majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamine hõlmab endas alati ka hinna või kulu elementi.⁴ Seega on majandusliku soodsuse kontseptsioon kehtivates riigihangete direktiivides veidi muutunud.⁵

Ka eelmised riigihanke direktiivid ning nendel põhinev riigihangete seadus suunasid hankijat pakkumuste puhul pigem hindama parima hinna ja kvaliteedi suhet ning vähem lähtuma madalaimast hinnast, kuid kehtivates riigihanke direktiivides on pandud senisest veelgi enam rõhku

¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. - ELT L 94, lk 65-243.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - ELT L 94, lk 243-375.

³ European Commission. Public Procurement Guidance For Practitioners on avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds. European Union, 2018, lk 70. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_en.pdf (20.03.2018).

⁴ Direktiiv 2014/24/EL art 67 ja põhjenduste p 90.

⁵ Riigihangete seaduse seletuskiri 450 SE, § 85. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (20.03.2018).

pakkumuste hindamisele parima hinna ja kvaliteedi suhte alusel. Direktiivi 2014/24/EL põhjenduste punktis 90 on eeltoodud lähenemise soodustamiseks märgitud isegi, et liikmesriikidel peaks olema asjakohasel juhul võimalik keelata pakkumuste hindamine üksnes hinna või kulude alusel või seda piirata. Riigihangete seadusesse ⁶ (RHS) sellist lähenemist siiski üle võetud ei ole, kuigi sarnaselt eelnevalt kehtinud seadusele rõhutatakse ka kehtiva RHS-i § 85 lg-s 4, et majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel võib arvestada ainult pakkumuse hinda või kulu üksnes siis, kui muudest asjaoludest pakkumuse majanduslik soodsus hankija jaoks ei sõltu. RHS § 85 lg 3 lubab hankijal seevastu lisaks pakkumuse hinnale või kulule võtta majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel arvesse ka kvalitatiivseid, keskkonnavalaseid ja sotsiaalseid kriteeriume. Kuigi RHS § 85 lg-s 8 on sätestatud näitlikustav loetelu kriteeriumites, mida hankija võib kasutada kvalitatiivsete hindamise kriteeriumitena, ei ole tegemist ammendava loeteluga, mistõttu võib hankija kasutada pakkumuste hindamisel ka kriteeriume, mida seaduses otsesõnu nimetatud ei ole.

Vaatamata sellele, et majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamine peaks reeglina toimuma erinevate hindamise kriteeriumite koosmõju hinnates ning kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite valik on äärmiselt lai, lähtuvad Eestis hankijad pakkumuste hindamisel praktikas enamjaolt üksnes hinnast. 2017. aastal Eestis korraldatud riigihangetest üksnes 16% puhul lähtuti pakkumuste hindamisel lisaks hinnale ka mõnest muust kriteeriumist.⁷ Hankijate endi sõnul pärsib hinnast erinevate hindamise kriteeriumite (sh kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite) kasutamist asjatundmatus. Hankijad pole kindlad, kuidas kvalitatiivseid hindamise kriteeriumeid korrektselt sisustada ja rakendada, ning sellest tulenevalt nähakse kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamises suurt vaidlustusohu. Kuivõrd kvalitatiivsetes hindamise kriteeriumites võib sisalduda teatava subjektiivsuse tasemega elemente, takistab see kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite alusel pelgalt kvantitatiivse hindamise läbiviimist, mis omakorda tekitab hankijate jaoks probleeme.

Majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel teostab hankija kaalutlusõigust.⁸ Kuivõrd

⁶ Riigihangete seadus. - RT I, 01.07.2017, 1.

⁷ Riigihankemaastiku 2017 üldine statistika. Rahandusministeerium, 2017. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/2017_uldine_statistika.pdf (02.04.2018).

⁸ VAKO 15.04.2015 otsus 58-15/156076 p 10.

kaalutlusõigus ei anna hankijale totaalset vabadust⁹, peab kaalutlusõiguse teostamine olema kooskõlas kaalutlusõiguse eesmärgi ja seadusest tulenevate piirangutega.¹⁰ Ka Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, et hankijal ei tohi olla eduka pakkumuse väljaselgitamisel piiramatut valikuvabadust.¹¹

Hankemenetluse kontekstis on kaalutlusõiguse eesmärgiks selgitada välja hankija jaoks majanduslikult soodsaim ehk parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumus. Kaalutlusõigusele piirangute seadmine aitab vältida hankija poolt õigusvastastest kaalutlustest lähtumist, sh näiteks korruptiivsetel motiividel otsuste tegemist või kohaliku pakkuja eelistamist.¹² Hankija kaalutlusõiguse piirid on Euroopa Liidu riigihankeõiguses kantud nii Euroopa Liidu aluspõhimõtetest kui ka spetsiifilisemalt direktiivides nimetatud riigihanke üldpõhimõtetest. Direktiivides sätestatud riigihanke üldpõhimõtted on tegelikkuses Euroopa Kohtu poolt tehtud EÜ asutamislepingu põhimõtete edasiarendused.¹³ Riigihanke direktiivide põhjenduste p-s 1 sätestatakse, et eelkõige peab riigihankelepingute sõlmimisel võtma arvesse kaupade vaba liikumise, asutamisevabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtteid ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Nimetatud põhimõtted on omavahel tugevalt seotud ning üksteist täiendavad.¹⁴

Kooskõlas riigihanke direktiividega on pakumuste hindamisel hankija poolt teostatavale kaalutlusõigusele sätestatud piirangud ka RHS-s. RHS § 85 lg 1 kohaselt peavad pakumuse hindamise kriteeriumid olema seotud hankelingu esemega ning tagama reaalselt konkurentsi. Seaduses sätestatud piiranguid arvestades sisustab hankija konkreetse riigihanke konteksti arvestades hindamise kriteeriumid, mis tema hinnangul võimaldavad välja selgitada majanduslikult soodsaima pakumuse. Konkreetsete hindamise kriteeriumite sisustamise kaudu seab hankija seega täiendavad piirangud oma kaalutlusõigusele.

⁹ H. Maurer. Haldusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura, 2004, lk 87.

¹⁰ RKHKo 3-3-1-62-02 p 16.

¹¹ EKo C-513/99, *Concordia Bus*, p 61; EKo C-19/00, *SIAC*, p 37.

¹² S. Arrowsmith (koost). Public Procurement Regulation: an Introduction, 2010, lk 22. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (17.04.2018).

¹³ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2006.

¹⁴ P. Lember. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Juridica IX/2013, lk 638.

Et hankija loodud täiendavad kaalutlusõiguse piirangud oleksid nähtavad ka pakkujatele, on hankijal lisaks kohustus valitud hindamise kriteeriumid ning nende osakaalud üheselt sätestada riigihanke alusdokumentides (RHS § 85 lg 1 ja lg 9). Ka hindamise kriteeriumite avaldamise nõue piirab hankija kaalutlusõigust¹⁵, teenides eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet. Kuivõrd pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärgiks on soodustada hankemenetluses osalevate ettevõtjate terve ja tegeliku konkurentsi arengut, peavad kõigile pakkujatele olema pakkumuste koostamisel tagatud võrdsed võimalused ning kõigi pakkujate esitatud pakkumustele kehtima samad tingimused.¹⁶ Seega on hankija kaalutlusõiguse õiguspärase teostamise seisukohalt oluline, et hankija riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriumitest ka kinni peaks ehk et kaalutlusõiguse teostamine toimuks üksnes eelnevalt kindlaks määratud kriteeriumite piires ning kaalutlusõiguse teostamise õiguspärasust oleks võimalik ka tagantjärele kontrollida.

Praktikas ei ole Eesti hankijate jaoks üheselt selge, millised on hankija kaalutlusõiguse piirangud kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisel eesmärgiga selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus. Kriteeriumite kasutamine hõlmab endas nii kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite sisustamist ja määratlemist riigihanke alusdokumentides kui ka hilisemat rakendamist pakkumuste hindamise faasis. Käesoleva töö eesmärgiks on selgitada välja, kuidas piiravad riigihanke direktiivid ja RHS hankija kaalutlusõigust ning millistest riigihanke üldpõhimõttest on hankija kaalutlusõiguse piirangud kantud.

Uurimismeetoditena kasutatakse süsteemset, sünteetilist ning kvalitatiivset uurimismeetodit.

Allikate hulgas on kesksel kohal riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika, Eesti kohtute praktika ning Euroopa Kohtu ja Üldkohtu praktika. Kuivõrd uute riigihanke direktiivide tulekuga ei ole hindamise kriteeriumite regulatsioonis kontseptuaalseid muutusi toimunud, on endiselt asjakohane lähtuda eelmiste direktiivide ja riigihangete seaduse alusel kujundatud praktikast. Töös tuginetakse ka mitmetele teemakohastele teadusartiklitele, mis on avaldatud ajakirjades *Juridica*, *Public Procurement Law Review* ning *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Lisaks on autor kasutatud erinevaid Euroopa Komisjoni praktilisi juhiseid sisaldavaid

¹⁵ S. Arrowsmith, lk 21.

¹⁶ EÜKo T-165/12, *European Dynamics Luxembourg SA*, p 46.

juhendamaterjale. Autorile teadaolevalt ei ole kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamise problemaatikast eelnevalt üliõpilastöid kirjutatud. Riina Karro on oma magistritöös¹⁷ käsitlenud küll põhjalikult majandusliku soodsuse kontseptsiooni, kuid eraldi kvalitatatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisele pole töös rõhutatud.

Töö on jaotatud kolmeks suuremaks peatükiks, millest esimeses käsitletakse kvalitatiivse hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse nõuet kui üht hankija kaalutlusõiguse piirangut hindamise kriteeriumite sisustamisel. Selgitatakse välja, millistest riigihanke üldpõhimõtetest on selline piirang kantud ning millistele tingimustele peab vastama kvalitatiivne hindamise kriteerium, et seda võiks pidada hankelepingu esmaga seotuks. Eraldi pööratakse tähelepanu hankelepingu täitvate isikute omaduste hindamisele ning miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamisele kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite raames, tuues näiteid nii riigihangete vaidlustuskomisjoni kui ka kohtute praktikast.

Töö teises peatükis käsitletakse kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõuet kui hankija kaalutlusõiguse piirangut. Selgitatakse välja, mida tähendab riigihanke direktiivide tähenduses hindamise kriteeriumi objektiivsus ning millistele tingimustele peab hindamise kriteerium vastama, et seda saaks pidada direktiivide mõttes objektiivseks. Seejuures osundatakse praktikas levinumatele probleemidele ning analüüsitakse, kuidas tagada kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite puhul nõutav objektiivsus.

Töö kolmandas peatükis jõutakse kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite rakendamise küsimusteni. Uuritakse, milline on hankija põhjendamiskohustuse ulatus kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite alusel tehtud hindamisotsuste põhjendamisel ning milliste riigihanke üldpõhimõtete tagamiseks on põhjenduste esitamine vajalik. Lisaks käsitletakse küsimust, kuidas peab hankija hindamisotsuse aluseks olevad põhjendused pakkujatele teatavaks tegema, et järgitaks põhjendamiskohustuse eesmäärke ja riigihanke üldpõhimõtteid.

Tööd iseloomustavad märksõnad on: riigihanked, hankemenetlus, diskretsioon.

¹⁷ R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus riigihankes. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2011.

1. Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi seotus hankelepingu esemega

1.1. Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi otsene mõju hankelepingu täitmisele

Ühe hankija kaalutusõiguse piiranguna sätestab RHS § 85 lg 1 nõude, mille kohaselt peab hindamise kriteerium olema seotud hankelepingu esemega. Õiguskirjanduses on hankelepingu esemega seotuse nõudele omistatud lausa võtmeroll hankija kaalutusõiguse piirangute hulgas.¹⁸

Eeltoodud nõude juured pärinevad Euroopa Kohtu lahendist *Concordia Bus*, kus kohus märkis, et kuna pakkumus ise on tingimata seotud hankelepingu esemega, peavad ka hankelepingu sõlmimise kriteeriumid olema hankelepingu esemega seotud.¹⁹ Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite hankelepingu esemega sidumise nõue teenib pakkujate võrdse kohtlemise eesmärki, vältimaks hankija piiramatut diskretsiooni kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kujundamisel. Hankelepingu esemega mitteseotud kriteeriumite kasutamisel on hankijal väga lai diskretsioon, mistõttu kaasneb sellega ka kuritarvituste risk.²⁰ Seejuures võimaldab hankelepingu esemega seotuse tingimus tagada, et hankija teostab pakkumuste hindamisel kaalutusõigust kooskõlas selle eesmärgiga – selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus ehk parim hinna ja kvaliteedi suhe.

Horisontaalsete eesmärkide paremaks integreerimiseks riigihankemenetlusse, arutleti enne kehtivate riigihanke direktiivide tulekut ka selle üle, kas hankelepingu esemega seotuse nõuet oleks vaja pehmendada või see üldse kaotada. Euroopa Komisjon konsulteeris selles küsimuses erinevate huvigruppide ja liikmesriikidega. Huvigruppidesse kuuluvad äriühingud, akadeemikud ja õigusalsed eksperdid ning liikmesriigid kinnitasid valdavalt hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega sidumise vajadust, viidates sellele kui äärmiselt olulisele nõudele, mis aitab tagada ausat konkurentsi ning parima hinna ja kvaliteedi suhte väljaselgitamise. Seose kaotamises nähti ohtudena hankemenetluse läbipaistmatuks muutumist, halduskoormuse ja hankemenetluse läbiviimise kulude suurenemist. Seevastu enamus kodanikuühiskonna organisatsioonidest

¹⁸ P. B. Faustino. Award criteria in the new EU Directive on public procurement. *Public Procurement Law Review*, 2014, p 6.

¹⁹ EKo C-513/99, *Concordia Bus*, p 59.

²⁰ P. Lember, *Juridica* IX/2013, lk 642.

pooldasid paindlikumat lahendust, rõhutades, et selliselt oleks hankijate kasutuses paremad vahendid laiemate ühiskondlike eesmärkide saavutamiseks.²¹

Ka Priit Lember on oma magistritöös pakkunud välja, et keskkonnaalaste eesmärkide paremaks integreerimiseks riigihankemenetlusse, tuleks täiendada direktiive selliselt, et piiratud juhtudel oleks lubatud ka hankelepingu esemega mitteseotud hindamise kriteeriumite kasutamine, võttes arvesse, et hankelepingu esemega seotuse nõue ei ole sätestatud Euroopa Liidu toimimise lepingus (ELTL), vaid üksnes riigihanke direktiivides.²²

Ilmselt on hankelepingu esemega seotuse nõuet peetud siiski pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte seisukohast liiga oluliseks või on selle nõude kaotamises nähtud liialt suuri ohte, mistõttu on ka kehtivates riigihanke direktiivides hankelepingu esemega seotuse nõue kindlalt säilitatud. Autor on samuti seisukohal, et hankelepingu esemega seotuse nõude säilitamine on oluline, vastasel juhul võib hankija kaalutusõiguse teostamine kalduda kõrvale selle peamisest eesmärgist ning võib selliselt kaasa tuua alusetut võrdse kohtlemise põhimõttest kõrvale kaldumist või isegi korruptsiooni ohu.

Selgeid juhiseid, millest lähtudes peaks hankija hindama, kas tema valitud hindamise kriteerium on hankelepingu esemega seotud või mitte, ei ole riigihanke direktiivides ega RHS-s kindlaks määratud. Direktiividest tuleneb üksnes, et hankelepingu esemega seotuks saab pidada selliseid kriteeriume, mis puudutavad hankelepingu eseme tootmise, osutamise või turustamise konkreetset protsessi või on seotud konkreetse protsessiga nende olelusringi muus etapis. RHS § 85 lg-s 2 märgitakse direktiivide eeskujul, et pakumuste hindamise kriteeriumid on hankelepingu esemega seotud ka juhul, kui nende sätestamisel võetakse arvesse hankelepingu esemeks olevate asjade tootmise, teenuste osutamise või ehitustööde tegemise või nimetatute turustamisega seotud protsesse või olelusringi muudes etappides tehtavaid tegevusi ja kulusi, isegi juhul, kui need ei ole hankelepingu eseme oluliseks osaks. Kuigi uute riigihanke direktiividega on hankelepingu esemega seotuse nõuet laiendatud ka erinevate hankelepingu esete puudutavate olelusringi

²¹ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy: Towards a more efficient European Procurement Market, COM(2011)15 of January 27, 2011, p 15-16. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (17.04.2018).

²² P. Lember. Keskkonnakaitselised horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakumuste hindamise staadiumis. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2013, lk 80.

etappidele, peab siiski olema tuvastatav selge seos hindamise kriteeriumi ja hankelepingu eseme vahel.

Eeltoodust tulenevalt on hankijal kohustus enda poolt valitud kvalitatiivse hindamise kriteeriumi puhul igal üksikjuhul hinnata, kas kriteeriumit saab konkreetsel juhul hankelepingu esemega seotuks pidada või mitte. Kuigi RHS-st ning riigihanke direktiividest detailseid juhiseid selleks pole, on hindamise kriteeriumi hankelepingu eseme seotuse hindamisel võimalik lähtuda kohtute ja vaidlustuskomisjoni praktikast.

Riigihangete vaidlustuskomisjon on selgitanud, et kvalitatiivse hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse nõue eeldab, et hindamise kriteerium omab otsest ja kontrollitavat mõju hankelepingu täitmisele.²³ Seejuures ei saa pidada hankelepinguga seotuks hindamise kriteeriumit, mis omab hankelepingu täitmisele lihtsalt mõju, vaid hindamise kriteeriumi raames hinnatav näitaja peab väljendama ka pakkumuse majanduslikku soodsust.²⁴ Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et just tingimus, mille kohaselt peab iga hinnatav näitaja kuidagi pakkumuse majanduslikku soodsust hankija jaoks mõjutama, on veelgi tugevdanud hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse nõuet.²⁵

Tingimus, et hindamise kriteeriumi raames hinnatav näitaja peab omama mõju pakkumuse majanduslikule soodsusele, võimaldab vältida hankija meelevaldsete otsuste tegemist²⁶, tagades, et hankija teostab kaalutlusõigust lähtudes selle eesmärgist- valida välja enda jaoks majanduslikult soodsaim pakkumus. Paratamatult saavad sellise eesmärgiga olla kooskõlas üksnes sellised hindamise kriteeriumid, mis ühel või teisel määral mõjutavad pakutavate asjade, teenuste või ehitustööde hinna ja kvaliteedi suhet. Pakkumuste hindamisel teostatava kaalutlusõiguse eesmärgist tulenevalt, ei saa pidada õiguspäraseks kvalitatiivseid hindamise kriteeriumeid, mille raames antakse punkte tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajate täitmise eest, kuivõrd sellised kriteeriumid kuuluvad pelgalt tehnilise kirjelduse koosseisu ning ei oma seejuures mõju pakkumuse majanduslikule soodsusele.²⁷

²³ VAKO 19.04.2016 otsus 69-16/172871 p 13.1.

²⁴ VAKO 06.05.2016 otsus 88-16/172871 p 10.

²⁵ P. Trepte. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide 2nd edition. Oxford: Oxford University Press 2007, p 460.

²⁶ C. Bowis. The Law of EU Public Procurement. 2nd Edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012, p 237.

²⁷ European Commission, 2018, lk 74.

Euroopa Kohus ja Üldkohus on väljendanud selgelt seisukohta, et igal hindamise kriteeriumil, mida hankija kasutab majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks, ei pea olema puhtalt majanduslik iseloom. Vastupidi, ka kriteeriumitel, millel pole otsest majanduslikku mõju hankelingu esemele, võib olla oluline mõju pakkumuse väärtusele tervikuna (viidates seejuures just direktiivides sätestatud võimalusele hinnata pakkumuse esteetilisust).²⁸ Selline seisukoht on aktuaalne lisaks kvalitatiivsete kriteeriumite kasutamisele ka erinevate horisontaalsete eesmärkide integreerimisel pakkumuste hindamise protsessi. Lahendis *Concordia Bus* on kohus rõhutanud, et horisontaalse eesmärgi teenimisele suunatud hindamise kriteeriumi kasutamine on lubatav majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks, kui selline kriteerium on seotud hankelingu esemega, ei anna hankijale piiramatut valikuvabadust, on selgelt määratletud riigihanke alusdokumentides ning on kooskõlas kõigi Euroopa Liidu toimimise aluspõhimõtetega, eelkõige pakkujate mittediskrimineerimise põhimõttega.²⁹

Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite sisustamisel tuleb igal üksikjuhul lähtuda nende õiguspärasuse hindamisel konkreetsest hankelinguust.³⁰ Seega sõltub sobivate hindamise kriteeriumite üle otsustamine eelkõige sellest, mida saab pidada konkreetse hankelingu kontekstis selle esemeks.

Määratlemaks, mis on täpne hankelingu ese, loob hankija hangitavate asjade, teenuste või tööde kohta tehnilise kirjelduse. Tehnilises kirjelduses märgitakse asjade või teenuste hankelingu esemeks olevate asjade või teenuste omaduste ja neile esitatavate nõuete kogum või ehitustööde hankelingu esemeks olevate ehitustööde omaduste ja neile esitatavate tehniliste nõuete kogum (RHS § 87 lg 1). Sisuliselt kirjeldab hankija tehnilises kirjelduses täpselt seda, mida ta soovib hankelingu sõlmimise tulemusel saada. Kuni 31.08.2017. a kehtinud riigihangete seaduse aluseks olnud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduste punktis 46 on samuti öeldud, et majandusliku soodsuse väljaselgitamisele suunatud kriteeriumid määratletakse olenevalt lepingu objektist, sest need peavad võimaldama hinnata iga pakkumise toimivuse taset tehnilistes kirjeldustes määratletud lepingu objekti silmas pidades.³¹ Ka kehtivates riigihanke

²⁸ EÜKo T-4/01, *Renco*, p 67-68; EKo C-513/99, *Concordia Bus*, p 55.

²⁹ *Concordia Bus* p 64.

³⁰ EKo C-274/83, *Commission vs Italy*, p 25.

³¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31.märts 2004, ehitustööde riigihankelingu, asjade riigihankelingu ja teenuste riigihankelingu sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. - ELT L 134, lk 132-262. Põhjenduste p 46.

direktiivides on selgitatud, et hindamise kriteeriumid peaksid võimaldama võrdlevalt hinnata iga pakkuja pakkumust hankelepingu eseme täitmise seisukohast, nagu on määratletud tehnilistes nõuetes.³² Järelikult on hankelepingu ese tuletatav tehnilisest kirjeldusest.

Teisalt on õiguskirjanduses pakutud välja ka laiemat lähenemist. Leitakse, et kuigi hankelepingu esemeks olevat sooritust saab sisustada tehnilises kirjelduses esitatud spetsifikatsiooni kaudu, tuleneb üldine hankelepingu iseloom siiski sellest, mis on hankelepingu täitmise tulemuseks üldisemalt, sõltumata riigihanke alusdokumentides sätestatust ning just see seabki loomulikud piirangud omadustele, mida hankija võib pakkumuste puhul hinnata.³³ Sellisele järeldusele on Martin Burgi ja Benedikt Brandam jõudnud läbi direktiivi 2004/18/EÜ artikli 23(8) (2014/24/EL artikkel 42 (4)) ja 2004/18/EÜ artikli 53 võrdluse. Artiklis 23 (8) on märgitud, et kui üldjuhul pole tehnilises kirjelduses lubatud nimetada kindlat marki, ega ostuallikat, konkreetset valmistusviisi ega kaubamärke, patente, liike, kindlat pärituolu jms, siis võib selles reeglist võib teha erandi, kui see on hankelepingu eseme seisukohast vältimatult vajalik ehk kui muul viisil ei ole võimalik piisavalt täpselt ja kõigile mõistetavalt hankelepingu eset kirjeldada. Samuti seab direktiivi 2014/24/EL artikkel 42 (1) tehnilise kirjelduse koostamisele nõude, et selles kirjeldatud omadused peavad olema seotud hankelepingu esemega.

Paula Bordalo Faustino on juhtinud tähelepanu, et enne kehtivate direktiivide tulekut oldi hankelepingu eseme määratlemisel kinni rohkem hankelepingu eseme materiaalses omadustes. Seevastu pärast Euroopa Kohtu lahendit *Komisjon vs Holland*, on hankelepingu eseme tõlgenduse piirid veidi muutunud.³⁴ *Komisjon vs Holland* lahendis sedastas kohus, et hindamise kriteerium ei pea tingimata olema seotud toote olemuslike tunnustega, mis moodustavad selle toote materiaalse olemuse.³⁵ Kohtujurist Juliane Kokott hinnangul on hindamise kriteeriumi raames toodete päritolu puudutava kriteeriumi hindamine lubatav sõltumata sellest, et kriteerium ei seonu otseselt toote tehniliste omadustega vaid viitab asjaolule, et tooted on pärit õiglasest kaubandusest. Kuivõrd lepingu täitmise tingimusena on eritingimuste kehtestamine lubatav, siis ei saa automaatselt eitad õiglase kaubanduse märgise seost hankelepingu esemega.³⁶

³² Direktiiv 2014/24/EL põhjenduste p 92; direktiiv 2014/25/EL põhjenduste p 97.

³³ B. Brandm. M. Burgi. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. EPPPL 1/2014, p 21.

³⁴ P. B. Faustino, lk 5.

³⁵ EKo C-368/10, *Euroopa Komisjon vs Madalmaal*, p 91.

³⁶ EKo C-368/10, *Euroopa Komisjon vs Madalmaal*, kohtujurist J. Kokotti ettepanek, p 110.

Eeltoodud põhimõtte paremaks rakendamiseks on kehtivates riigihanke direktiivides laiendatud tehnilise kirjelduse ulatust märkides, et tehnilises kirjelduses nõutavate omaduste kirjeldamisel võib käsitleda ka tellitavate ehitustööde tegemise, asjade tootmise või teenuste osutamise teavat protsessi või meetodit või spetsiifilist protsessi nende olulusringi muu etapi jaoks, isegi kui sellised tegurid ei ole nende oluliseks osaks, tingimusel, et need on seotud lepingu sisuga ning on proportsionaalsed selle väärtuse ja eesmärkide suhtes (direktiiv 2014/24/EL art 42 (1) ja direktiiv 2014/25/EL art 60 (1)). Seega on hankijatel võimalik juba tehnilise kirjelduse tasandil määratleda kindlaks hankelepingu eseme omadusi, mis ei seonu enam kitsalt hankelepingu eseme tehniliste materiaalsel olemust puudutavate nõuetega.

Eeltoodust võib järeldada, et hankelepingu eseme mõiste võib olla olemuselt laiem tehnilises kirjelduses sätestatust, mistõttu võib olla teatud juhtudel asjakohane lähtuda hankelepingu esemest üldisemalt, mitte kitsalt sellest, mis on kirjas riigihanke tehnilises kirjelduses. See aga ei tähenda, et hankijal oleks lubatud hindamise kriteeriumite kaudu hakata sisustama hankelepingu eset.

Arvestades, et nii tehnilises kirjelduses kui ka kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite määratlemisel kirjeldab hankija omadusi, mis on tema jaoks hankelepingu eseme puhul olulised ning mis ühel või teisel määral mõjutavad hankelepingu eseme kvaliteeti, võivad tehnilises kirjelduses ning hindamise kriteeriumites määratletud asjaolud olla teoorias peaaegu identsed.³⁷ Tagamaks hankemenetluse etapiline iseloom, on oluline, et hankijad hoiaksid hankemenetluse etapid üksteisest selgelt eristatuna. Igal hankemenetluse etapil on oma kindel eesmärk ning funktsioon, mistõttu tuleb iga etapi puhul selle eesmärgist ka rangelt kinni pidada. Kui tehnilise kirjelduse koostamise eesmärgiks on määratleda hankelepingu ese, siis hindamise kriteeriumite määratlemine võimaldab hankijal luua objektiivse aluse pakkumuste paremusjärjestuse väljaselgitamiseks. Tehnilises kirjelduses sätestab hankija miinimumstandardi, millele iga pakkuja peab vastama, mistõttu miinimumstandardi nõuete täitmata jätmisel, ei ole võimalik pakkujal hankemenetluses osaleda. Seevastu kvalitatiivsetele hindamise kriteeriumitele osaline mittevastavus toob pakkujale kaasa üksnes punktide vähenemise, kuid ei pruugi tähendada, et pakkujal puuduks võimalus osutada edukaks ka siis, kui ta kõigile hindamise kriteeriumitele maksimaalses ulatuses ei vasta.³⁸

³⁷ B. Brandm, M. Burgi, lk 20.

³⁸ Samas.

Hankemenetluse etapilisuse põhimõtet on oma praktikas rõhutanud ka riigihangete vaidlustuskomisjon, märkides, et pakkumuse hindamise kriteeriumid ei saa tehnilise kirjelduse asemel hakata sisustama sõlmitava hankelepingu eset.³⁹ See tähendab ühtlasi, et hankija ei saa hinnata seda, mida pakkuja oma pakkumuses pakkuma ei pea. Selliselt tagatakse, et hinnatavad pakkumused on omavahel võrreldavad ning seeläbi on tagatud võrdse kohtlemise põhimõte.

Näiteks on kooli toidlustusteenuse riigihanke vaidlustuses vaidlustuskomisjon selgitanud, et kui hankedokumentides puudub nõue, et pakkumuse koosseisus tuleb esitada lisaks menüüle ka menüüs sisalduvate toitude retseptid, ei ole võimalik omistada pakkumusele menüü eest vähem punkte põhjusel, et selles retsepte esitatud ei ole. Kuigi toidu retseptide esitamine annab hankijale suure tõenäosusega oluliselt rohkem informatsiooni pakkumuse raames esitatud menüüs sisalduvate toitude kohta, ei ole hankemenetluse reeglitega kooskõlas olukorrad, kus pakkujate jaoks ei ole üheselt selge, millistele tingimustele peab pakkumus vastama ning milliseid dokumente tuleb pakkumuse raames esitada.⁴⁰

Autori hinnangul peaks seega olema hankelepingu eseme sisustamisel võimalik lähtuda ka hankelepingu eseme üldisemast iseloomust, tingimusest, et selleks on põhjendatud vajadus (hankija pole suutnud hankelepingu eset piisavalt täpselt kirjeldada tehnilises kirjelduses), hindamise kriteeriumid ei hakka tehnilise kirjelduse asemel sisustama hankelepingu eset ning seeläbi on tagatud pakkujate võrdne kohtlemine. Üldjuhul peaks aga hankija olema suuteline kirjeldama hankelepingu eset piisava põhjalikkusega juba tehnilises kirjelduses, mistõttu hankelepingu laiemast olemusest lähtumine ei peaks vajalik olema.

Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite seadmisel peab hankija lähtudes hankelepingu esemest igal üksikjuhul hindama, kas valitud hindamise kriteerium omab otsest ja kontrollitavat mõju hankelepingu täitmisele.⁴¹ See eeldab, et näitaja, mida pakkumuste hindamise raames hinnatakse, ka reaalselt hankelepingu täitmise käigus esineb ning hankelepingu täitmist mõjutab. Sellest tulenevalt ei peeta aktsepteeritavaks pakkumuste puhul selliste omaduste hindamist, mille esinemine ei ole hankelepingu sõlmimise eelselt teada või mille esinemist ei saa mõistlikult

³⁹ VAKO 14.02.2014 otsus 32-14/146416 p 7.2.; VAKO 15.03.2013 otsus 34-13/140081 p 8.

⁴⁰ VAKO 15.07.2015 otsus 146-15/163424 p 8.4.

⁴¹ Vt näiteks VAKO 19.04.2016 otsus 69-16/172871 p 13.1.

eeldada.

Vaidlustuskomisjoni praktikast leiab näite, kus hankija soovis hinnata kõrgemalt pakkumusi, milles pakuti suuremat leppetrahvi protsenti juhuks, kui hankalepingut ei täideta tähtaegselt.⁴² Hankija arvates näitas pakkuja poolt pakutav suurem leppetrahvi protsent, et ilmselt on tegemist pakkujaga, kes teostab tööd tähtaegselt ning osutab teenust kvaliteetselt. Kuivõrd hankija huviks oli saada lepingujärgsed tööd kätte õigeaegselt, omas tööde tähtaegse lõpetamise kindlustamine hankija arvates mõju ka pakkumuse majanduslikule soodsusele. Vaidlustuskomisjon sellise argumentatsiooniga aga ei nõustunud, leides, et leppetrahvil võib küll õiguskaitsevahendina olla teatav mõju hankalepingu täitmisele, kuid selline mõju ei ole otsene ega kontrollitav, kuivõrd see, kas leppetrahvi kohaldamiseks üldse tekib alus, ei ole hankalepingu sõlmimise eelselt teada. Lisaks ei saa vaidlustuskomisjoni hinnangul pakkumuse majanduslik soodsus tähendada seda, et hankijal on võimalik teenida suurema leppetrahviga suuremat tulu.⁴³

Samal seisukohal on ka Euroopa Komisjon, kes viitab oma juhendis samuti, et lepingulised trahvid, sh leppetrahv, ei tohiks olla kasutatavad hindamise kriteeriumina, vaid tuleks üheselt määratleda hankalepingus.⁴⁴ Kuigi hankija eesmärk leppetrahvi protsendi kasutamisel hindamise kriteeriumina võib olla arusaadav, ei ole selle mõju hankalepingu eseme kvaliteedile võimalik otseselt tuvastada. Seda enam, et leppetrahv kuulub kohaldamisele alles siis, kui lepingu nõuetekohasest täitmisest on juba kõrvale kaldutud. Kindlasti ei saa pidada hankija eesmärgiks hankalepingu sõlmimisel ootust, et valitud lepingupartner hankalepingut nõuetekohaselt ei täida. Järelikult ei täida lepingulise trahvi määr kui hindamise kriteerium hankija kaalutusõiguse eesmärki, milleks on selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus.

Hankalepingu esemega seotuks pole praktikas peetud ka hindamise kriteeriumi, mille kohaselt anti rohkem punkte pakkumustele, mille pakkujad olid eelnevalt sama hankijaga sõlmitud lepinguid nõuetekohaselt täitnud, vältides tarneviivituste teket. Vaidlustuskomisjon asus seisukohale, et tehniliste seadmete ostmisele suunatud riigihanke puhul, ei ole selline hindamise kriteerium seotud

⁴² VAKO 19.04.2016 otsus 69-16/172871 p 13.1.

⁴³ Samas.

⁴⁴ European Commission. Public Procurement Guidance for Practitioners: on the avoidance of the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds. European Union, 2015, p 72. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_en.pdf (21.04.2018).

hankelepingu esemega, kuivõrd eelnevalt täidetud lepingutes esinenud tarneviivitus ei iseloomusta mingil moel pakkumust ega pakutavat toodet.⁴⁵ Teisisõnu pole tegemist asjaoluga, mis mõjutaks konkreetse hankelepingu täitmist, andes seejuures hankijale liialt suure omavoli eduka pakkumuse väljaselgitamisel.

Nii riigihangete seaduse kuni 31.08.2017 kehtinud redaktsiooni kui ka RHS § 85 lg 8 p 3 kohaselt võib pakkumuse kvaliteeti hinnata lähtudes müügijärgsest hooldusest ja tehnilisest abist, on ometigi vaidlustuskomisjoni praktikast nähtuvalt olnud selliste asjaolude hindamine problemaatiline.

RIB-päästealuse ostmisele suunatud riigihankes soovis hankija hinnata pakkumuste majanduslikku soodsust muuhulgas hindamise kriteeriumi alusel, mille kohaselt said rohkem punkte pakkumused, milles pakutava päästealuse ja selle mootori tootja ametlik remondi- ja hooldusettevõtte asukoht oli Saaremaal.⁴⁶ Hankija hinnangul oli remondi- ja hooldusettevõtte asukohta puudutav hindamise kriteerium õigustatud ning lubatav, kuna selliselt on potentsiaalsete probleemide tekkimisel võimalik remont- ja hooldustööd teha ära kiiresti ning seeläbi saab vähem kannatada merepääste üldine võimekus. Vaidlustuskomisjon asus aga seisukohale, et pole võimalik kindlalt väita, et remondi- ja hooldusettevõtte asukoht konkreetset juhul teeninduskiirust mõjutab, sest miski ei taga, et Saaremaal asuv remondi- ja hooldusettevõtte teostaks remonti ja hooldust operatiivsemalt, kui ettevõtja, kelle asukoht on mujal Eestis või lähiriikides. Seejuures selgitati, et kui hankija eesmärgiks on tõesti operatiivsema remondi- ja/või hooldusteenuse tagamine, tuleks sellekohaste asjaolude esitamist pakkumuses ka nõuda ning seda seejärel hinnata.⁴⁷

Lähtudes eeltoodud vaidlustuskomisjoni seisukohast võib seega müügijärgse hoolduse või tehnilise abi hindamine olla küll asjakohane ja hankelepingu esemega seotud, kuid sellise kriteeriumi sisustamine läbi müügijärgset tuge või tehnilist abi pakkuva ettevõtte asukoha järgi ei pruugi täita majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamise eesmärki. Müügijärgse hoolduse ja tehnilise toe hindamisel võiks olla aktsepteeritavaks lahenduseks see, kui juba tehnilise kirjelduse tasandil märgitakse ära müügijärgse hoolduse või tehnilise abi osutamise tingimused, sätestades näiteks maksimaalse aja alates remondi- või hooldusvajaduse tekkimisest, mille jooksul tuleb

⁴⁵ VAKO 22.11.2011 otsus 217-11/127037 p 14.

⁴⁶ VAKO 15.08.2016 otsus 182-16/17712.

⁴⁷ Samas p-d 15.1-15.2.

tagada remondi- või hooldustööde teostamine. Sellisel juhul on hankijal võimalik hinnata pakkumuste hindamise raames kõrgemalt pakkumusi, mis pakuvad remondi- ja hooldustöid kiirema aja jooksul, kui tehnilises kirjelduses märgitud aeg ning otsene mõju hankelepingu eseme kvaliteedile on selgemini tuvastatav.

Müügijärgset hooldust ja tehnilist abi puudutavaid küsimusi käsitles Euroopa Kohus ka lahendis *Contse*⁴⁸, mille keskmes oli riigihange, mille raames sooviti sõlmida leping hingamisteraapia teenuste osutamiseks patsiendi elukohas ja muude hingamisabi tehnikate osas. Vaidlusaluses riigihankes soovis hankija hinnata esiteks kõrgemalt pakkumusi, mille pakkujal oli pakkumuse esitamise ajal provintsi pealinnas, kus teenuseid osutama hakati, olemas vähemalt üks üldsusele avatud büroo, ning teiseks anda rohkem punkte pakkumustele, mille pakkujale kuulub pakkumuse tegemise ajal vähemalt kaks hapniku tootmisettevõtet, mis asuvad vähem kui 1000 km kaugusel provintsist, kus teenuseid osutatakse.⁴⁹ Euroopa Kohus mõõnis, et nõuet, mille kohaselt peab pakkujal olemas olema üldsusele avatud büroo, võib käsitleda patsientide elu ja tervise tagamise seisukohast vajaliku nõudena, sest see võimaldab lahendada hapniku tarnimisel ja varustuse toimimisel esinevaid probleeme ja tagada teenuse nõuetekohane osutamine. Küll aga ei saa hankelepingu esemega seotuks ega proportsionaalseks pidada hindamise kriteeriumi, mille kohaselt antakse rohkem punkte pakkumusele, mille pakkujal on juba pakkumuse esitamise ajal eelnimetatud büroo olemas.⁵⁰ Selline nõue rikuks alusetult pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet, kuivõrd ei pakkumuse esitamise ajal olemasolevad tingimused, väljuvad konkreetsele hankelepingu raamidest ning ei oma mõju hankelepingu täitmisele.

Hindamise kriteeriumi osas, mille raames hankija soovis omistada kõrgemad punktid pakkumusele, mille esitajal oli teenuse osutamise kohast 1000 km raadiuses hapniku tootmisettevõtte, leidis Euroopa Kohus, et kuigi varustamisega kindlustatuse kriteerium võib kuuluda majanduslikult kõige soodsama pakkumuse väljaselgitamisel kasutatavate kriteeriumite hulka selliste teenuste osutamise korral, mille puhul peetakse silmas inimese elu ja tervise kaitsmist, ning seega võib olla asjakohane hinnata kõrgemalt pakkumusi, mille pakkujale kuuluvad tootmisettevõtted, mis asuvad tarbimiskoha lähedal, ei olnud konkreetse kohtuasja asjaolusid arvestades tegemist lubatava hindamise kriteeriumiga. Euroopa Kohus põhjendas, et kuna tootmisettevõtetes toodetav hapnik

⁴⁸ EKo C-234/03, *Contse*.

⁴⁹ EKo C-234/03, *Contse*, p-d 12-13.

⁵⁰ Samas p-d 50-55.

edastatakse gasifitseerimiskeskustesse, kus see surutakse pudelitesse ning nendes keskustes on olemas pudelite tagavara mahus, mis tagab klientide hapnikuga varustamise vähemalt 15 päeva jooksul, siis ei taga tootmisettevõtete lähedus varustatusega kindlustatuse eesmärgi täitmist. Kohus märkis, et asjakohasem oleks konkreetsel juhul hinnata kõrgemalt hoopis pakkumusi, mille pakkujad tagavad teenuse osutamise koha läheduses lao olemasolu, milles on piisavad hapnikuvarud juhuks, kui varustamisega peaks tekkima probleem.⁵¹

Eelkirjeldatud praktika valguses saab autori hinnangul järeldada, et müügijärgse hoolduse ja tehnilise abi hindamisel tuleb hankijal enda jaoks selgelt määratleda, milline on see eesmärk, mida seondvalt müügijärgse hoolduse või tehnilise abi efektiivsusega soovitakse saavutada. Eesmärgist lähtudes tuleb samuti analüüsida, milline oleks kõige efektiivsem viis sellise eesmärgi saavutamiseks. Nagu eeltoodud lahenditest nähtub, ei pruugi asukoha kriteerium olla alati parim viis tagamaks efektiivne müügijärgne hooldus ning seega hankelepingu täitmise kõrgem kvaliteet. Siiski, kui hankija on kindel, et just pakkuja tegevuskoha või muude üksuste asukoha lähedus on see, mis otseselt mõjutab hankelepingu eseme kvaliteeti, tuleks selliste kriteeriumite kasutamisel alati jälgida, et asukoha kriteeriumit kasutades ei mindaks vastuollu Euroopa Liidu vaba turu aluspõhimõtetega, sh vastastikuste tunnustamise põhimõttega ja sellest tuleneva mittediskrimineerimise põhimõttega, ehk et alusetult ei eelistataks kodumaist pakkujat välismaisele.

Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, et võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et hankele esitatavad nõuded ei tohi olla lokaalsed, teatud piirkonda soosivad ega diskrimineerivad. See aga ei tähenda, et teatud juhtudel (nt toidukaupade või toitlustusteenuse hangete puhul) ei võiks pidada aktsepteeritavaks ja hankelepinguga seotud kriteeriumiks toiduainete värskust või lühikest tarneaega, millest tulenevalt on kohalikel ettevõtjatel loomulik eelis teiste ees.⁵² Seega peaks ka müügijärgse hoolduse ja tehnilise abi kriteeriumi sisustamine asukoha järgi olema võimalik üksnes juhul, kui hankija suudab esitada selged põhjendused, mis näitavad, et just asukoht on omadus, mis mõjutab otseselt hankelepingu täitmise kvaliteeti.

Puutuvalt otsese mõju esinemisesse pole vaidlustuskomisjon pidanud hankelepingu esemega

⁵¹ Samas p-d 65-67.

⁵² Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 14.

seotuks ka hindamise kriteeriumi, mille kohaselt hinnati bussiliiniveo korraldamise hankes kõrgemalt pakkumusi, mille pakkujal oli olemas kehtiv kollektiivleping.⁵³ Kuigi hankija hinnangul aitas kollektiivlepingu olemasolu tagada kvaliteetse ja järjepideva ühistransporditeenuse osutamise, asus vaidlustuskomisjon seisukohale, et selline kriteerium ei iseloomusta mingil moel pakkumust või pakutavat teenust ning ei näita pakkumuse soodsust. Lisaks tuleneb kollektiivlepingu seadusest kollektiivlepingu üheaastane kehtivus, mistõttu pole võimalik tagada olemasoleva kollektiivlepingu kehtivust kogu avaliku teenindamise lepingu kehtivuse ajal (8 aasta jooksul).⁵⁴ Kuigi konkreetse hindamise kriteeriumi puhul võib tekkida ka küsimus, kas see võiks kuuluda hoopis pakkuja kvalifitseerimise etappi, tuleb tõdeda, et vaidlustuskomisjoni seisukohta arvestades ei saa näidata pakkumuse majanduslikku soodsust asjaolu, mis iseloomustab pakkumust küll pakkumuste hindamise hetkel, kuid mis hankelepingu täitmise ajal ilmselt lakkab eksisteerimast. Autori hinnangul ei mõjuta selline kriteerium pakkumuse majanduslikku soodsust tervikuna, mistõttu ei saa sellist kriteeriumit pidada võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas olevaks.

Seevastu võib otsest mõju hankelepingu esemele ning pakkumuse majanduslikule soodsusele jaatada näiteks järgmistes olukordades: vaktsiinide ostmise hankes hinnatakse vaktsiini tõhusust ja funktsionaalseid omadusi⁵⁵, joogivee ostmisele suunatud hankes hinnatakse vee maitsete tasakaalu ja üldist kvaliteeti⁵⁶, muusikariistade hankes hinnatakse muusikariistade kasutusomadusi (esteetilisust ja funktsionaalsust)⁵⁷, hingamisteraapia teenuse hankes hinnatakse varustuskindlust⁵⁸, piletimüügi- ja kliendihalduse infosüsteemide hankes hinnatakse infosüsteemi kujundust⁵⁹. Eeltoodud näited on siiski väga kitsas valik kvalitatiivsetest hindamise kriteeriumitest, mida on praktikas peetud hankelepingu esemega seotuks. Lõppastmes tuleb hankijal igakordselt lähtudes hankelepingu eseme iseloomust hinnata, kas potentsiaalne hindamise kriteerium omab otsest mõju hankelepingu täitmisele ning mõjutab seejuures pakkumuse majanduslikku soodsust või mitte.

Seonduvalt tingimusele, et kvalitatiivse hindamise kriteeriumi mõju hankelepingu täitmisele peab olema otsene ja ka kontrollitav, on varasemalt arutletud ka teemal, kas iga kvalitatiivse hindamise

⁵³ VAKO 09.02.2012 otsus 11-12/127796 p 17.

⁵⁴ Samas.

⁵⁵ TlnRnKo 3-17-1172 p 13.

⁵⁶ VAKO 14.06.2017 otsus 81-17/187280 p 18.

⁵⁷ VAKO 15.10.2008 otsus 126-08/108254 põhjenduste p 3.

⁵⁸ EKo C-234/03, *Contse*, p 61.

⁵⁹ VAKO 06.07.2016 otsus 130-16/172316 p 8.

kriteeriumi mõju ulatus peaks olema kvantitatiivselt mõõdetav. Teoorias on tõlgendatud hankelepingu esemega seotuse nõuet kitsalt, leides, et iga kvalitatiivne hindamise kriteerium peaks omama selget ja numbriliselt mõõdetavat mõju pakkumuse majanduslikule soodsusele. Seejuures on kvalitatiivsete omaduste majandusliku mõju väljaselgitamiseks praktikas välja töötatud isegi erinevaid matemaatilisi mudeleid. Teisalt ollakse aga seisukohal, et hankija kaalutusõigus oleks eeltoodud kitsast tõlgendust aktsepteerides liialt piiratud, sest paneks hankijal kohustuse avaldada igakordselt koos kvalitatiivsete hindamise kriteeriumitega ka kulutõhususe analüüsid, millest nähtuks otseselt igast kriteeriumist tulenev majandusliku soodsuse tõus.⁶⁰

Euroopa Liidu kohtud on möönnud, et pakkumuste majanduslikku soodsust on edukalt võimalik hinnata ka juhul, kui hindamise kriteeriumi alusel hinnatav mõju ei ole kvantitatiivselt või rahaliselt mõõdetav.⁶¹ Pakkumuste hindamine kvalitatiivsete kriteeriumite alusel saab olla objektiivne sõltumata sellest, et hankelepingu täitmisele kaasnev mõju ei ole kvantitatiivselt mõõdetav.⁶²

Autor toetab Euroopa Liidu kohtute poolt väljendatud tõlgendust. Ainuüksi kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite iseloomust tulenevalt, ei ole realistlik nõuda, et iga sellise kriteeriumi mõju peaks olema võimalik väljendada numbrilistes näitajates või et see peaks olema rahaliselt mõõdetav. Praktikas muudaks niivõrd kitsa lähenemise kasutamine hankijad kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite suhtes veelgi tõrksamaks. Lähtudes põhimõttest, et iga õiguse riive peab olema proportsionaalne selle eesmärgi suhtes, ei saa autori hinnangul pidada põhjendatuks hankija kaalutusõiguse sedavõrd ulatuslikku riivet, mille eeldused eelnimetatud kitsas tõlgendus seab. Seda enam, et ka riigihanke direktiivides esitatud näitlikud hindamise kriteeriumid, ei ole olemuselt sellised, mis võimaldaks puhtalt kvantitatiivset hindamist (nt esteetilisus, innovaatilisus jms).

Hindamise kriteeriumi otsese mõju kontrollitavus eeldab kohtupraktika kohaselt ka seda, et pakkumuse omaduste kohta, mida hankija kvalitatiivse hindamise kriteeriumi raames hindab, oleks pakkujal võimalik esitada tõendeid. *Wienstrom*⁶³ lahendis oli hankija sooviks hinnata kõrgemalt pakkumusi, mille pakkujad näitasid, et suudavad tarnida rohkem taastuvenergia allikatest pärinevat elektrit, kui tehnilises kirjelduses ettenähtud aastane eeldatav tarbimise kogus.⁶⁴ Samas tunnistas

⁶⁰ C. Bowis, lk 237.

⁶¹ EÜKo T-4/01, *Renco*, p 67-68; EKo C-513/99, *Concordia Bus*, p 55.

⁶² EÜKO T-4/01, *Renco*, p 68.

⁶³ EKo C-448/01, *Wienstrom*.

⁶⁴ Vt *Wienstrom* lahendi kohta ka käesoleva töö peatükk peatükk 1.3.

hankija, et tegelikkuses puudub tal tehniline võimekus kontrollimaks, kas pakkujate poolt märgitud elektri kogus pärineb taastuvenergia allikatest või mitte. Ka ei olnud hankija nõudnud selle asjaolu tõendamiseks pakkujatel konkreetseid kinnitusi.⁶⁵ Kohus leidis, et võrdse kohtlemise põhimõttega ei ole kooskõlas hindamise kriteerium, mille alusel hankija ei kavatsegi kontrollida, kas pakkujate poolt esitatud informatsioon hindamise kriteeriumi nõuete täitmiseks on tõene. Sellest tulenevalt, hankemenetluse läbipaistvuse ja objektiivsuse tagamiseks, ei ole hankijal lubatud sätestada hindamise kriteeriumeid, mille olemus ei võimalda pakkujatel kriteeriumile vastavust tõendada ega hankijal sellist vastavust kontrollida.⁶⁶

Hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse tuvastamisel tuleb seega hinnata, kas kvalitatiivne hindamise kriteerium omab otsest ja kontrollitavat mõju hankelepingu täitmisele ning kas selline mõju toob kaasa pakkumuse majandusliku soodsuse tõusu, võttes arvesse, et mõju ei pea olema puhtalt majanduslik. Seejuures ei sea kontrollitavuse tingimus absoluutset nõuet hankelepingu täitmisele esineva mõju kvantitatiivse mõõdetavuse osas, kuid arvestama peab, et ka pakkujate poolt kvalitatiivse hindamise kriteeriumi nõuete täitmiseks esitatava informatsiooni tõesus peab olema tuvastatav.

1.2. Hankelepingut täitvate isikute omaduste hindamine kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite raames

1.2.1. Keeld hinnata pakkujat iseloomustavaid omadusi

Euroopa Liidu riigihankeõiguses on pikalt olnud aktuaalseks küsimuseks, kas ning kuidas oleks võimalik kasutada pakkujat iseloomustavaid näitajaid pakkumuste hindamisel. Arvestades riigihankemenetluse etapilist iseloomu, on alati peetud oluliseks, et selgelt oleks võimalik eristada pakkumuse vastavusele esitatavaid nõudeid, pakkuja sobivusele esitatavaid nõudeid ning pakkumuste hindamise kriteeriume. Teatavasti ei ole nende ühendamise või läbisegi kasutamine riigihankemenetluses lubatud.⁶⁷ Euroopa Kohus on selgelt öelnud, et kuigi pakkujate sobivust võidakse kontrollida pakkumuste hindamisega samal ajal, on need toimingud siiski eraldiseisvad

⁶⁵ EKo C-448/01, *Wienstrom*, p 44.

⁶⁶ Samas, p 51.

⁶⁷ G. Piga, S. Treumer. *The Applied Law and Economic Public Procurement*. London: Routledge 2013, p 69.

ning neid reguleerivad erinevad õigusnormid.⁶⁸

Vaidlustuskomisjon on rõhutanud mitmetes oma lahendites pakkuja kvalifitseerimise ja pakkumuse hindamise eristamise olulisust. Seejuures on selgitatud, et kuigi pakkujate kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on õiguspärane erand üldisest pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, ei tee ei Eesti ega Euroopa õigus võrdse kohtlemise põhimõttest erandit pakkumuste hindamise etapi puhul, mistõttu saab hindamise faasis arvesse võtta vaid pakkumust ehk sooritust, milleks pakkuja pakkumusega kohustub.⁶⁹ Kuivõrd pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte eeldab, et sobivate pakkujate esitatud ja nõuetele vastavate pakkumuste hindamisel valitakse välja just parim pakkumus, ei ole õigustatud lähenemine, kus hankija soovib hinnata millise pakkumuse on esitanud parim pakkuja.⁷⁰

Õiguskirjanduses on väljendatud ka vastupidist seisukohta. Nimelt leitakse, et nii pakkuja maine kui kompetentsus võivad teatud juhtudel olla lisaks pakkuja sobivusele seotud ka majanduslikus mõttes hankelepingu täitmisega ja olla seeläbi seotud hankelepingu esemega. Seejuures on põhjendatud, et pakkuja kompetentsus võib omada mõju nii hankelepingu eseme kvaliteedile, innovaatusile ja disainile kui ka kindlustada lepingu nõuetekohane täitmise. Lisaks võib pakkuja kompetentsus ja maine olla oluline, sest määratleb hankelepingu täitmisel kasutatava oskusteabe ja intellektuaalomandi õigused.⁷¹ Siiski ollakse praktikas väga selgelt seisukohal, et pakkujat iseloomustavate omaduste hindamine peaks jääma pakkujate kvalifitseerimise etappi.

Euroopa Kohus on märkinud, et lepingu sõlmimise kriteeriumitena on välistatud kõik need kriteeriumid, mille eesmärk ei ole majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamine, kuid mis seonduvad põhiliselt kõnealuse lepingu täitmisel pakkujate sobivuse hindamisega⁷² või mis on sisuliselt seotud pakkujate võimekusega asjaomast hankelepingut täita.⁷³ Sellest tulenevalt ei saa Euroopa Kohtu hinnangul lugeda sobivaks hindamise kriteeriumit, mille raames hinnatakse pakkuja võimet hankelepingut teostada, kuivõrd selline näitaja puudutab konkreetselt üksnes pakkuja sobivust ning kuulub seega pakkuja kvalifitseerimise etappi.⁷⁴ Lisaks on Euroopa Kohus

⁶⁸ EKo 31/87, *Beentjes*, p 16; EKo C-315/01, *GAT* p 60.

⁶⁹ VAKO 27.02.2014 otsus 26-14/148526 p 8.

⁷⁰ VAKO 05.07.2011 otsus 123-11/125509 p 12.

⁷¹ G. Piga, S Treumer, lk 79.

⁷² EKo C-532/06, *Lianakis*, p 30.

⁷³ EüKo T-461/08, *Evropaiki Dynamiki v EIB*; EKo C 31/87, *Beentjes*, p 15-19.

⁷⁴ EüKo T-461/08, *Evropaiki Dynamiki v EIB*, p 142.

pidanud lubamatuks hindamise kriteeriumit, mille kohaselt sai rohkem punkte pakkumus, mille pakkujal oli teatud piirkonnas enim kliente.⁷⁵ Kohus leidis, et üksnes nimekiri klientidest, ilma muude detailideta, ei saa näidata midagi pakkumuse majandusliku soodsuse kohta, mistõttu on tegemist pakkuja sobivust puudutava kriteeriumiga.

Sarnaselt ei ole Eesti kohtupraktikas peetud sobivaks pakkumuste hindamise raames ISO sertifikaati omava pakkuja pakkumusele lisapunktide andmist. Tallinna Halduskohus on selgitanud, et ISO sertifikaat tõendab ettevõtte juhtimissüsteemi kõrget kvaliteeti, ettevõtte juhtimist, majandusarvestuse korrektsust ja läbipaistvust ning tarbijakaitselisi aspekte, mistõttu on tervikuna tegemist pakkujat iseloomustava näitajaga.⁷⁶ Kuigi võib mõista, et ISO sertifikaati omava ettevõtja usaldusväärsus ning kvaliteedi tagatis on suurem, ei saa selle pinnalt tuvastada otsest mõju hankelepingu täitmise kvaliteedile, mistõttu ei täida selline hindamise kriteerium pakkumuste hindamise eesmärki selgitada välja parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumus ning ei taga sellest tulenevalt pakkujate võrdset kohtlemist.

Üheks olulisimaks lahendiks, milles käsitleti pakkujat puudutavate omaduste hindamise lubatavust pakkumuste hindamise etapis, võib pidada Euroopa Kohtu lahendit *Lianakis*.⁷⁷ Lahendis *Lianakis*, leidis Euroopa Kohus, et pakkumuste hindamise kriteeriumitena ei ole lubatud kasutada kriteeriumeid, mille raames hinnatakse pakkuja kui ettevõtja kogemust või kvalifikatsiooni või töötajate ja seadmete arvu.⁷⁸ *Lianakise* lahendis öeldut on õiguskirjanduses tõlgendatud nii kitsalt kui ka laiendavalt. Kitsama tõlgenduse kohaselt tuleb lähtuda rangelt otsuse sõnastusest ning eristada kindlalt pakkujaid iseloomustavaid kriteeriume ja pakkumuse hindamise kriteeriume. Laiema tõlgenduse kohaselt võib pakkujat iseloomustavaid kriteeriume erandina kasutada ka pakkumuste hindamise faasis, kui need kriteeriumid vastavad kindlatele tingimustele.⁷⁹ Kitsama tõlgenduse pooldajad on märkinud, et kui hankijatel oleks kohustus juba kvalifitseerimise kriteeriumites määratleda absoluutne tase, millele kõigi pakkujate kogemus või oskused peavad vastama, siis oleks võimalik viia hindamisi läbi üksnes madalaimast hinnast lähtudes, mis võimaldaks säästa oluliselt hankija aega, hoida kokku administratiivkulusid ning ka vaidlustuste oht oleks väiksem. Samas on tõdetud, et selline lähenemine võib liigselt piirata konkurentsi ning

⁷⁵ EKo C-315/01, *GAT*, p 66-67.

⁷⁶ TlnHKo 3-06-113.

⁷⁷ EKo C-532/06, *Lianakis*. *Lianakis* lahendit on põhjalikult oma magistritöös käsitlenud Riina Karro (vt viide 17).

⁷⁸ Samas, p 32.

⁷⁹ G.Piga. S. Treumer, lk 136-137.

tõrjuda eemale uued tulijad turul.⁸⁰

Autori hinnangul näitavad nii kehtivad riigihanke direktiivid kui ka seadus lähtumist *Lianakise* lahendi laiemast tõlgendusest, kuivõrd palju rõhku pannakse just majandusliku soodsuse hindamisele ning vähem propageeritakse üksnes madalaimast hinnast lähtumist. Kuigi ka kehtivad riigihanke direktiivid ning RHS lähtuvad põhimõttest, et üksnes üldiselt pakkujat kui ettevõtjat iseloomustavate omaduste hindamist pakkumuste hindamise etapis lubatavaks pidada ei saa, võivad hankelepingu eseme kvaliteeti mõjutada konkreetsete hankelepingut täitvate isikute omadused. Ka Kadri Härginen ja Mari Ann Simovart on väljendanud seisukohta, et hankelepingut täitvate isikute teatud omaduste arvestamine pakkumuse hindamisel võimaldab hankijatel valida lepingupartnereid, kelle pakkumus annab tõenäoliselt parima võimaliku tulemuse, ning ühtlasi on pakkujatel võimalik konkureerida turuolukorda arvestades loogilistel tingimustel.⁸¹

Seega on lubatav hinnata pakkujaga seotud isikute omadusi, kui need isikud osalevad vahetult hankelepingu täitmisel, mitte aga omadusi, mis iseloomustavad pakkujat, st ettevõtjat tervikuna.⁸² Sellise põhimõtte järgimine on oluline seetõttu, et hindamise kriteeriumid peavad mõjutama otseselt pakkumuse majanduslikku soodsust. Autori hinnangul ei ole võimalik samastada ettevõtjat ning selle iga töötajat iseloomustavaid omadusi, kuivõrd äriühingu personali ja spetsialistide kogemused ning oskused võivad olla ühe äriühingu lõikes väga erinevad, mistõttu võib üksnes pakkujat kui tervikut iseloomustavate omaduse hindamisel hääbuda otsene side hankelepingu täitmise kvaliteediga. Sellest tulenevalt ei saa hankija tagada hankelepingu eseme täitmise kvaliteedi tõusu seeläbi, et lähtub pakkuja juhtivtöötaja suurest kogemusest, kuigi hankelepingu eseme täitmisega sellel juhtivtöötajal otsene seos puudub.

Kuigi pakkujat kui ettevõtjat iseloomustavate omaduste hindamine pakkumuste hindamise etapis lubatud ei ole, võib siiski juhtuda, et hankija soovib kasutada konkreetse isiku või isikute kvalifikatsiooni või kogemust nii kvalifitseerimise etapis pakkujate sobivuse hindamisel, kui ka pakkumuste hindamise etapis. Tagamaks hankemenetluse etapilisuse põhimõtte järgimine, ei ole lubatav hinnata konkreetsete pakkujaga seotud isiku või isikute kvalifikatsiooni või kogemust sama

⁸⁰ Samas lk 137.

⁸¹ K. Härginen. M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - *Juridica* IX/2013, lk 631.

⁸² Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 74.

näitaja alusel nii kvalifitseerimise kui hindamise etapis.⁸³

Järelikult on pakkujat kui ettevõtjat tervikuna iseloomustavate näitajate hindamine pakkumuste hindamise etapis rangelt keelatud, kuivõrd pakkuja sobivust iseloomustavad näitajad ei ole seotud pakkumuse majandusliku soodsuse tõusuga ning ei võimalda tagada hankemenetluse etapilisust ja pakkujate võrdset kohtlemist. Küll aga on RHS-s sätestatud tingimustel võimalik hinnata pakkujaga seotud isikute kogemust, kvalifikatsiooni ja töökorraldust, tingimustel, mida autor käsitleb põhjalikumalt järgmises alapeatükis.

1.2.2. Hankelepingut täitvate isikute omaduste mõju hankelepingu esemele

Kuni 31.08.2017. a kehtinud riigihangete seadus lubas majandusliku soodsuse hindamisel kasutada hindamise kriteeriume, mis puudutasid vahetult teenuse osutamise või ehitustööde tegemise eest vastutavate isikute spetsiifilisi tõendatud oskusi või kogemust, millest otseselt sõltus osutatavate teenuste ja tehtavate ehitustööde kvaliteet.⁸⁴ Kehtiv RHS sätestab, et hindamise kriteeriumina võib kasutada hankelepingu täitmisel vahetult osalevate isikute spetsiifilist tõendatud töökorraldust, kvalifikatsiooni või kogemust, millest otseselt sõltub hankelepingu täitmise kvaliteet.

Järelikult on uue seaduse tulekuga mindud vastutavate isikute omaduste hindamiselt üle hankelepingu täitmisel vahetult osalevate isikute kogemuse hindamisele ehk teataval määral on laiendatud nende pakkujaga seotud isikute ringi, kelle omadusi võib pakkumuste hindamise etapis arvesse võtta. Eeltoodud lähenemine on kooskõlas ka riigihanke direktiividega. Autori hinnangul on lahendus mõistlik, kuivõrd on selge, et hankelepingu eseme kvaliteedile saab otsest mõju avaldada üksnes selliste pakkuja spetsialistide või töötajate kogemus ja oskused, kes ka päriselt hankelepingu täitmisel osalevad. Seejuures ei välista autori hinnangul senisest laiem sõnastus, et hankelepingu täitmisel osalevateks isikuteks võiks pidada ka hankelepingu täitmise eest vastutavaid isikuid.

Eelnevast tulenevalt ei ole lubatud sätestada hindamise kriteeriume, mis ei taga, et just see isik, kelle kogemust või oskusi hinnatakse või samade hinnatavate omadustega isik, hankelepingu

⁸³ Samas.

⁸⁴ Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76, § 31 lg 4.

täitmisel ka reaalselt osaleb. Näiteks ei saa pidada hankelepingu esemega seotuks hindamise kriteeriumi, mille kohaselt saab rohkem punkte pakkumus, mille esitajal on võimalik kasutada hankelepingu täitmisel suurema kogemusega spetsialiste, kuid mis ei sätesta, et neid spetsialiste tuleks ka päriselt hankelepingu täitmisel kasutada.⁸⁵ Üksnes võimalus kasutada kogunud spetsialiste hankelepingu täitmisel, ei saa kuidagi mõjutada hankelepingu täitmise kvaliteeti.

Tagamaks isikute omadusi käsitlevate hindamise kriteeriumite kindel seotus hankelepingu esemega, tuleb hankijal kindlustada, et need samad isikud või samasuguste omadustega isikud, kelle omadusi arvestades pakkumusi hinnati, ka reaalselt hankelepingu täitmisel osaleksid. Võib juhtuda, et konkreetne töötaja, kelle kogemusi või oskusi hinnati, ei saa tegelikkuses hankelepingu täitmisel osaleda, kas siis ajutise töövõimetuse tõttu või muul põhjusel. Et vältida sellistest olukordadest tekkivaid probleeme, on riigihanke direktiivides ette nähtud nõue, mille kohaselt võib selliseid töötajaid asendada üksnes hankija nõusolekul, kes muuhulgas teeb kindlaks, kas asendustöötajatel on samaväärse tasemega kvalifikatsioon või kogemus nagu töötajatel, kelle omadusi pakkumuste hindamisel arvesse võeti.⁸⁶ Selliselt on hankija kindlustatud, et saab sõltumata inimfaktorile iseloomulikest asjaoludest lõppastmes ikkagi sellisele hinna ja kvaliteedi tasemega lepingu täitmise, nagu ta eeldas.

Hankelepingu täitmisel osalevate isikute omaduste hindamisel tuleb arvestada ka seda, et isikute omaduste mõju olemasolu hankelepingu eseme kvaliteedile, ei jaatata mitte igasuguse iseloomuga hankelepingute puhul. Riigihanke direktiivide põhjendustes on näitlikustavalt märgitud, et lepingut täitvate isikute omaduste hindamine võib olla asjakohane intellektuaalteenuste, näiteks konsultatsiooni- või arhitektuuriteenused, puhul.⁸⁷ Kuigi riigihangete Rohelises Raamatus on tehtud ettepanek, mille kohaselt võiks pakkujaga seotud kriteeriumitele tugineda olla lubatav vaid konkreetset liiki lepingute puhul, kus kasutatavate töötajate kvalifikatsioon ja CVd on eriti olulised⁸⁸, ei ole sellist lahendust tänaseks veel kasutusele võetud. Autori hinnangul võiks selline piiritlemine olla kasulik, kuivõrd võimaldaks hankijatel selgemini mõista, millise iseloomuga lepingute puhul võib jaatada hankelepingut täitvate isikute omadustest tulenevalt

⁸⁵ VAKO 27.02.2014 otsus 26-14/148526 p 10.

⁸⁶ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduste p 94.

⁸⁷ Direktiivi 2014/24/EL põhjenduste p 94; direktiivi 2014/25/EL põhjenduste p 99.

⁸⁸ Roheline raamat ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta: Euroopa hanketuru tõhustamine. Brüssel 27.1.2011. KOM (2011) 15 Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF> (01.03.2018).

hankelepingu eseme kvaliteedi tõusu.

Vaidlustuskomisjon on avaldanud seisukohta, et pakkumuse majanduslikku soodsust mõjutavad spetsialistide oskused ja kogemus saavad olla sellised, mis annavad hankijale võrreldes muude spetsialistidega, kes samuti võiksid sama tööd teostada, mingi objektiivse ja määratletava ning otseselt inimfaktorist sõltuva lisaväärtuse, mis olemuselt saab olla diferentseeritav.⁸⁹ Näiteks on toonud vaidlustuskomisjon juhud, kus hankelepingu esemeks ongi vastava spetsialisti või eksperdi isiklik sooritus ning see sooritus seisneb hinnatavate teadmiste ja kogemuste vahetus panustamises.⁹⁰ Sellele vaatamata on hankijatel praktikas tihti probleeme, kuivõrd ei ole päris selge, millal võib hankelepingu täitvate isikute kogemust ja oskusi lugeda olemuselt selliseks diferentseeritavaks lisaväärtuseks, et sellest saaks tuletada mõju hankelepingu eseme kvaliteedile.

Vaidlustuskomisjoni praktikast joonistub selgelt välja probleem, kus hankijad kasutavad pakkumuse hindamise kriteeriumina hankelepingu täitmisega seotud isikute eelnevat kogemust, andes rohkem punkte pakkumusele, mille esitaja kogemus on suurem, jättes seejuures analüüsimata, kas konkreetse hankelepingu kontekstis omab selline kogemus hankelepingu esemele diferentseeritavat lisaväärtust. Näiteks veebirakenduse arendusteenuse hankes on hankija soovinud hinnata hankelepingu täitmisega seotud projektijuhi ja analüütiku kogemust pakkumuste hindamise raames, seades hindamise kriteeriumi, mille kohaselt saab rohkem punkte pakkumus, mille esitanud pakkuja projektijuht ja analüütik on teostanud suurima arvu nõuetele vastavaid infosüsteemide arendusprojekte.⁹¹ Hankija põhjendas oma valikut järgmiselt: „kogenum võtmeisik on võimeline reaalsemalt hindama ning ette nägema hankelepingu täitmisel potentsiaalselt esinevaid riske ja neid efektiivsemalt maandama“.⁹² Vaidlustuskomisjon jäi aga resoluutselt seisukohale, et eeltoodud kriteerium iseloomustab üksnes pakkuja suutlikkust hankelepingu täita, mistõttu kuulub see pakkujate kvalifitseerimise etappi, ning sellise kriteeriumi kasutamine hindamise kriteeriumina pole lubatav. Autor nõustub siinkohal vaidlustuskomisjoni seisukohaga, kuivõrd hankelepingu täitmisega seotud riskide hindamine peaks kuuluma iga sobiva pakkuja võimete hulka, mistõttu seondub see pakkuja suutlikkusega. Samas pole autori hinnangul välistatud, et kui hankija poolt esitatud põhjendustest oleks paremini kajastunud sellise kogemuse

⁸⁹ VAKO 27.02.2014 otsus 26-14/148526; VAKO 05.07.2011 otsus 123-11/125509 p 12.

⁹⁰ VAKO 27.02.2014 otsus 26-14/148526 p 9.

⁹¹ AS-i Tallinna Sadam riigihange „Muuga sadama õhukvaliteedi seire veebirakenduse arendus“ (viitenumber 149368). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.

⁹² VAKO 03.03.2014 otsus 31-14/149368 p 7.6.

mõju hanklepingu täitmise kvaliteedile (nt viidates konkreetset IT arendusteenuste valdkonna spetsiifikale), oleks vaidlustuskomisjoni seisukoht olnud teistsugune.

Sarnaselt on vaidlustuskomisjon leidnud ehitustööde hanget puudutavas vaidluses, et hindamise kriteerium, mille kohaselt hinnatakse pakkuja projekti- ja objektijuhi kogemust tulenevalt sellest, kui mitmel korral on nad osalenud üle 1 000 000-eurose ehitusmaksumusega ehitusprojektides, ei ole lubatav kvalitatiivne hindamise kriteerium. Kuigi hankija leidis, et kogemustega juhtivtöötajate kasutamine tagab eelduslikult ehitustööde optimaalse, ökonoomse, kvaliteetse ja õigeaegse teostamise ning sarnastes valdkondades varasem tegutsemine annab nii objekti- kui projektijuhile spetsiifilisi teadmisi, ei pidanud vaidlustuskomisjon selliseid põhjendusi asjakohaseks.⁹³ Seejuures rõhutas vaidlustuskomisjon, et juba olemasoleva põhiprojekti alusel ehitustehniliselt tavapärase hoone ehitamise puhul on pakkumuse majanduslikku soodsust mõjutava kvalitatiivse lisaväärtuse tekkimine lähtuvalt ehitustöid juhtivate isikute isiklikest kogemustest ja oskustest vähetõenäoline.⁹⁴

Ka Tallinna Halduskohus on ehitustööde riigihanke kontekstis selgitanud, et asjaolust, et isikul on aastates, tööde arvus, läbitud kilometraazis pikem või suurem töökogemus, ei järeldu koheselt, et tema poolt tehtav töö on kõrgema kvaliteediga. Halduskohtu hinnangul ei ole välistatud olukord, kus isik, kes omab suuremat kogemust, teostab töid keskpärase kvaliteediga, seevastu isik, kelle kogemus on väiksem, teostab tööd kõrgema kvaliteediga. Sellest tulenevalt oleks hanklepingut teostavate isikute suurema kogemuse eest pakkumusele kõrgemate hindepunktide andmine põhjendatud, kui oleks tõendatud, et tehtud tööde kogus on otseses võrdelises seoses isiku poolt tulevikus teostatava töö kvaliteediga, mis eeldab ühtlasi, et olukorda, kus väiksema kogemusega spetsialist teostab tööd kvaliteetsemalt, oleks harvaesinev hälbimine kontrollitavast ja tõendatud seosest. Kui aga hankija sätestab kaalutusõiguse alusel kriteeriumi, mis ei võimalda hinnata pakkumuse edukaks tunnistamise aluseks olevat pakkumuse omadust, on tegemist lubamatu asjaolu arvestamisega, mida saab pidada hankija kaalutusveaks.⁹⁵

Järelikult tuleb kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite seadmisel, mis hõlmavad endast hanklepingut täitvate isikute kogemuse hindamist, arvestada, et mitte igasugune hanklepingu

⁹³ VAKO 05.07.2011 otsus 123-11/125509 p 4, p-d 8-13.

⁹⁴ Samas p 13.

⁹⁵ TlnHKo 3-14-50704 p 19.

täitmisega seotud isiku kogemus ei ole seotud hankelepingu esemega sellisel viisil, et võimaldaks tõsta hankelepingu täitmise kvaliteeti, mistõttu võib hankelepingut täitvate isikute kogemuse arvestamisel olla tegemist hankijapoolse kaalutusveaga. Eriti tähelepanelik tuleb olla ehitustööde hangetes hankelepingut täitvate isikute kogemuse hindamisega pakkumuste hindamise faasis, kuivõrd projektijärgsel ehitamisel seonduvad ehitustöid tegevate isikute kogemused, kvalifikatsioon ja töökorraldus eelkõige nende suutlikkusega ehitustöid kvaliteetselt teha ning täiendava eelneva kogemuse olemasolu ei pruugi pakkuda diferentseeritavat lisandväärtust hankelepingu täitmise kvaliteedile.

Õiguskirjanduses on samas leitud, et igasuguse hankelepingut täitvate isikute eelneva kogemuse arvestamine võib tegelikkuses olla asjakohane erinevate teenuste või ehitustööde lepingute puhul, kus hankelepingu hind kujuneb tunnihinna põhiselt. Sellises olukorras on suurem tõenäosus, et eelneva kogemusega inimesed suudavad hankelepingu täita kiiremini, mistõttu hoiab hankija otseselt kokku hinnas, mis omakorda võimaldab hankijal saada majanduslikult soodsaima pakkumuse.⁹⁶ Kuivõrd praktikas pole Eestis samasisulisi vaidlusi autorile teadaolevalt olnud, pole teada, kas vaidlustuskomisjoni lähenemine ühtib õiguskirjanduses väljendatuga või mitte.

Vaidlustuskomisjon on selgitanud, et lepingut teostavate isikute kogemus ja oskused saavad olla hindamise kriteeriumina kasutatavad üksnes siis, kui nendest tuleneb otsene mõju hankelepingu täitmise kvaliteedile ehk kõrgemalt hinnatava pakkumuse kvaliteet peab samuti olema kõrgem. Otsest mõju ei näita samas see, kui hankija arvates on lihtsalt suurema kogemusega pakkuja teenuse osutamise kvaliteet parem.⁹⁷ Vaidlustuskomisjoni hinnangul ei ole hankelepingu tähtaegne ja muul viisil nõuetekohane täitmine diferentseeritav lisaväärtus, kuivõrd hankelepingut, kas täidetakse nõuetekohaselt või ei täideta. Seejuures ei ole võimalik, et kogenum spetsialist täidab lepingut nõuetekohasemalt kui teine spetsialist, kes samuti lepingut nõuetekohaselt täidab.⁹⁸

Samal seisukohal on ka Euroopa Kohus, kes on leidnud, et hindamise kriteeriumid, millega hinnatakse konsultatsioonibüroode või konsultantide üldist kogemust sarnaste projektide projekteerimisel ning tegelikku suutlikust teha uuringuid kavandatud ajakava raames, ei saa olla pakkumuse eset iseloomustavad kriteeriumid, vaid on otseselt seotud pakkujaga, mistõttu peab

⁹⁶ S. Arrowsmith, lk 172.

⁹⁷ VAKO 06.05.2016 otsus 88-16/172871 p 14.

⁹⁸ VAKO 05.07.2011 otsus 123-11/125509 p 12.

selliste omaduste hindamine jääma pakkuja kvalifitseerimise etappi.⁹⁹ Selline lähenemine on ka mõisteta, kuivõrd hankelepingus ettenähtud tähtaegade raames hankelepingu täitmine peaks olema eelduslikult võimetekohane igale kvalifitseeritud pakkujale, mitte oluline kvalitatiivne lisaväärtus.

RHS § 85 lg 8 p-s 2 rõhutatakse, et töökorraldus, kvalifikatsioon või kogemus peab olema spetsiifiline, selleks, et seda hindamise kriteeriumi raames võiks hinnata. Ilmselt on sõna „spetsiifiline“ kasutamisega püütud rõhutada riigihanke direktiivide ideed, mille kohaselt ei peaks saama pakkumuste hindamise etapis hinnata enam selliseid hankelepingut täitvate isikute omadusi, mis väljendavad nende isikute suutlikkust hankelepingut täita. Vaidlustuskomisjon on siinkohal öelnud, et pakkuja kvalifikatsiooni kontrollimisel kontrollitav hankelepingut täitvate isikute kogemus ei muutu ainuüksi seetõttu, et kogemust on omandatud rohkem, koheselt selleks spetsiifiliseks kogemuseks, mida võiks hinnata pakkumuste hindamise faasis.¹⁰⁰ Seega võib võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas olevaks pidada üksnes seda, kui hinnatav töökorraldus, kvalifikatsioon või kogemus on spetsiifiline ehk omab erilist diferentseeritavat lisaväärtust hankelepingu täitmisele.

Euroopa Kohus on otsuses *Ambisig* asunud seisukohale, et riigihankes, mille esemeks on koolituse ja nõustamisteenuste osutamine on selline sooritus intellektuaalset laadi, mis tähendab, et lepingut täitvate isikute kutsealasest tasemest võib otsustavalt sõltuda ka lepingu kvaliteet. Nimetatud lahendis hinnati meeskonna taset, võttes arvesse meeskonna koosseisu, selle liikmete kogemust ning nende elulookirjeldust. Kohus mõõnis, et sellise teenuse osutamisel, võib meeskonna liikmete oskuste ja kogemuste tase kujutada endast pakkumuse olemuslikku tunnust ja olla seega seotud hankelepingu objektiga.¹⁰¹

Euroopa Komisjoni avaldatud juhistest tuleneb samuti, et kui reoveetariistu projekteerimise ja ehitamisega seotud riigihange hõlmab ka nõustamisteenust, mille raames kasutatakse nõustajat, kelle ülesandeks on kaardistada projekti ja ehitustööde seisukohast olulised keskkonnaküsimused ja pakkuda välja erinevaid keskkonnasäästlikke meetodeid projekti teostamiseks, on asjakohane arvestada hindamise kriteeriumina ka nõustaja teenuseid osutama hakkava meeskonna korraldust,

⁹⁹ EKo C-199/07, *Commission v Greece*, p 13, p 50-58.

¹⁰⁰ VAKO 03.03.2014. otsus 31-13/149368 p 7.5.

¹⁰¹ EKo C-603/13, *Ambisig*, p 22-35.

kvalifikatsioone ja kogemusi.¹⁰²

Riigi ja erasektori koostöös valminud tarkvaraarenduse tüüplepingu juurde lisatud soodsaima lahenduse väljaselgitamise juhendist tulenevalt võiks tarkvaraarendus teenuste hankimisel pakkuja meeskonna kvalifikatsiooni hindamine olla asjakohaseks hankelepingu eseme kvaliteedi näitajaks. Seejuures on eraldi toodud välja, et kui viie aastane kogemus on sellise teenuse puhul piisav kvaliteedimärk, siis kümne ja enama aastase kogemuse pinnalt ei peaks spetsialist saama sellevõrra rohkem punkte. Ka on toodud välja, et kui hangitakse vähemlevinud tehnoloogiaga seotud arendust võib olla asjakohane anda kõrgemaid punkte pakkumusele, mille pakkuja spetsialistidel on juba olemas teatava tehnoloogia spetsiaalne sertifikaat.¹⁰³

Eeltoodud juhendi näol on tegemist erinevate info- ja kommunikatsioonitehnoloogia kesksete hankijate (RMIT, RIK, SMIT, KEMIT, RIA) ja Eesti Infotehnoloogia ja Telekommunikatsiooni Liidu (ITL) koostöös valminud juhistega, mis peaks andma suunised tarkvara tellimisele suunatud riigihangete läbiviimiseks. Seetõttu hõlmab see pigem hankijate praktilist nägemust ning vähem õiguslikku käsitlust. Samas annab juhend aimu, millised võivad olla info- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonnas asjakohased hankelepingut täitvate isikute omadused, millest võib tuleneda otsene kvaliteedi tõus hankelepingu täitmisele, arvestades, et igal üksikjuhul tuleks konkreetse hankelepingu kontekstis kontrollida, kas spetsialisti suurem kogemus tagab hankelepingu täitmise parema kvaliteedi või mitte, et tagada majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamine kui hankija kaalutlusõiguse teostamise peamine eesmärk ning millised on konkreetsed põhjendused, millest nähtuvalt on pakkumuse majandusliku soodsuse tõus sõltuvuses hankelepingut täitva isiku suuremast kogemusest. Kui seejuures selgub, et kogemus iseloomustab siiski üksnes pakkuja võimet hankelepingut täita, tuleks selliste omaduste hindamist pakkumuste hindamise faasis vältida.

Seega tuleb pakkujaga seotud isikute kogemuste, kvalifikatsiooni või töökorralduse hindamisel arvestada, et mitte igasugused sellised omadused ei ole seotud hankelepingu täitmise kvaliteediga,

¹⁰² Euroopa Komisjon. Reoveetariistu keskkonnahoidlike riigihangete kriteeriumid. Euroopa Liit, 2013, lk 33-34. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/green_public_procurement_et.pdf (15.04.2018).

¹⁰³ Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp. Soodsaima lahenduse väljaselgitamise juhend, lk 42. Arvutivõrgus: https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/lib/exe/fetch.php?media=itari:toogrupid:erasektor:avalik:soodsaim_lahendus_v1.0.pdf (15.04.2018).

mistõttu võivad need seonduda pigem pakkuja sobivusega, omamata eraldi mõju hankelingu täitmise kvaliteedile. Eelkõige võib pidada hankelingu täitvate isikute kogemuse, kvalifikatsiooni või töökorralduse mõju hindamist pakumuste hindamise faasis sobivaks lepingute puhul, kus hankelingu esemeks on intellektuaalset laadi sooritus, mistõttu hankelingu täitvate isikute omadused omavad otsest mõju hankelingu täitmisele ning tulemusele, mida soovitakse hankelingu täitmise tulemusena saada. Sellele vaatamata, peab hankija kaalutlusvigade vältimiseks igal üksikjuhul hindama, kas varasemalt omandatud kogemus, kvalifikatsioon või töökorraldus on otseses võrdelises seoses hankelingu täitmise kvaliteediga, et tagada nõutav seos hankelingu esemega ja seeläbi pakujate võrdne kohtlemine.

1.3. Miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamine

Tehnilise kirjelduse tasandil määrab hankija kindlaks pakumuste miinimumnõuded. Hindamise kriteeriumite sisustamise kaudu on aga hankijal võimalik tehnilises kirjelduses sätestatud nõudeid karmistada, hinnates kõrgemalt pakumusi, mida iseloomustavad näitajad on kõrgemad. Kuigi hankelingu eset hindamise kriteeriumite kaudu sisustama hakata ei tohi, ei tähenda see, et pakumuste hindamise faasis oleks absoluutselt keelatud kvaliteedi hindamisel anda rohkem punkte pakumustele, mille omadused ületavad tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajaid.¹⁰⁴

Tõhusa konkurentsi tagamiseks hankemenetluses ei ole hankijal tihtipeale mõistlik tehnilise kirjelduse tasandil seada hankelingu esemele liiga kõrgeid nõudmisi, kuivõrd see seab ohtu hankemenetluse õnnestumise pakujate vähesuse tõttu. Liialt range tehniline kirjeldus võib lisaks tuua kaasa pakumuste tavapärasemast kõrgema hinna. Riigihankeõiguse eesmärgiks on kindlustada hankemenetluses võimalikult laialdane konkurents, mistõttu on hankijal tehnilise kirjelduse sisustamisel vaba valik üksnes seni, kuni välditakse konkreetsete pakujate eelistamist ja protektsionismi.¹⁰⁵

Miinimumnäitajatest parema pakumuse tegemine võib kõne alla tulla sõltumata sellest, kas hankelingu esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. Näiteks võib hankelingu eseme

¹⁰⁴ VAKO 25.02.2015. a otsus 21-15/159536.

¹⁰⁵ B. Brandm, M. Burgi, lk 21.

kvaliteedi hindamisel võtta arvesse töodes kasutatavate või hanke käigus ostetavate masinate võimsust¹⁰⁶, andes rohkem punkte pakkumustele, milles pakutavate masinate näitajad on paremad tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajatest. Sarnaselt võib pakkumuse kvaliteedi hindamisel arvestada lepingu täitmise tähtajaga seotud küsimusi¹⁰⁷ ning ka mitmeid tarnevõimekust mõjutavaid asjaolusid.¹⁰⁸

Tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajaid ületava pakkumuse eest kõrgemate punktide andmisel tuleb aga arvestada asjaoluga, et hankija kasu miinimumnäitajaid ületava pakkumuse esitamise eest ei saa olla lõpmatult suurem tehnilise kirjelduse miinimumnäitajatele vastavast pakkumusest.

Õpetlikuks näiteks miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamise kohta on Euroopa Kohtu lahend *Wienstrom*.¹⁰⁹ *Wienstrom* lahendi keskmes olnud riigihankes soovis hankija sõlmida lepingu elektrienergia tarnijaga, kes varustaks elektrienergiaga konkreetse piirkonna föderaalametiasutusi. Kuna ametiasutuste keskmine aastane elektritarbimine oli ligikaudu 22,5 Gwh pidid pakkujad pakkumuses tõendama, et suudavad just sellise koguse elektrienergiat tarnida. Seejuures soovis hankija hinnata kõrgemalt pakkumusi, mille pakkujad näitasid, et suudavad tarnida rohkem taastuvenergia allikatest pärinevat elektrit, kui tehnilises kirjelduses ettenähtud aastane eeldatav tarbimise kogus. Seetõttu omab lahend märgilist tähtsust ka keskkonnavalaste eesmärkide hindamise kriteeriumitesse integreerimise seisukohalt. Kõrgemalt ei hinnatud aga mitte taastuvenergia allikatest pärineva elektrienergia kogust seonduvalt riigihanke esemeks oleva tarnega, vaid hinnati, kui palju on pakkujad eelnevalt klientidele taastuvenergia allikatest pärinevat elektrit tarninud ning kui suures koguses tehakse seda oma klientidele edaspidi. Euroopa Kohus väljendas selgelt seisukohta, et hankelepingu esemega seotuks ei saa pidada hindamise kriteeriumit, mille kohaselt antakse rohkem punkte pakkujatele, kes on üldiselt suuteliselt tarnima võimalikult suure koguse toodangut.¹¹⁰

Eeltoodust saab järeldada, et hankelepingu esemega seotuks ei saa pidada selliseid hindamise

¹⁰⁶ VAKO 25.02.2015 otsus 21-15/159536.

¹⁰⁷ Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014, lk 160. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhis.pdf (15.04.2018).

¹⁰⁸ VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544 p 13.

¹⁰⁹ EKO C-448/01, *Wienstrom*.

¹¹⁰ Samas p 70-71.

kriteeriume, milles nõutakse tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajate ületamist, kuid mille puhul selline miinimumnäitajate ületamine otsest mõju konkreetse hankelepingu täitmisele ei oma.

Wienstrom lahendiga sarnast seisukohta on Euroopa Kohus väljendanud ka otsuses *Contse*¹¹¹, kus vaidlus oli tekkinud hingamisteraapia teenuste osutaja leidmisele suunatud riigihankes. Nimetatud lahendi keskmes oli teiste hulgas küsimus, kas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega on kooskõlas hindamise kriteerium, mille kohaselt antakse maksimaalne arv punkte pakkujatele, kelle tootmismaht on tunduvalt suurem hanketeates ettenähtud kogustest. Euroopa Kohus asus seisukohale, et olukorras, kus rohkem punkte antakse pakkumustele, mille pakkujate tootmismaht ületab aastast kogutoodangu mahtu lausa mitmekordselt, ei saa sellist hindamise kriteeriumit pidada hankelepingu esemega seotuks.¹¹²

Seega võib miinimumnäitajaid ületavatele pakkumustele lisapunktide andmine olla küll aktsepteeritav lahendus, kuid seejuures tuleb alati jälgida, et lisapunkte ei antaks ebaproportsionaalselt palju sellisele pakkumusele, mis ületab miinimumnäitajaid mitmekordselt, kuid ei oma seeläbi enam mõju hankelepingu täitmise kvaliteedile ega suurenda sellest tulenevalt ka pakkumuse majanduslikku soodsust.

Miinimumnäitajaid ületavate näitajate eest kõrgemate punktide andmise problemaatika kerkib üles ka hankelepingut täitvate isikute omaduste hindamisel. Vaidlustuskomisjon on seadnud kahtluse alla, kas hindamise meetodika puhul, kus suurima kogemusega isik saab maksimaalsed punktid ning ülejäänud proportsionaalselt vähem punkte, on võimalik öelda, et teenuse kvaliteet tõesti tõusebki iga nõuetele vastava projekti teostamisega või on tegelikult kuskil ka piir, mille ületamisega enam pakkumuse kvaliteedi tõusu ei kaasne.¹¹³ Autor nõustub siinkohal vaidlustuskomisjoni seisukohaga. Kui hankija tõesti arvab, et kolme eelnevalt teostatud projektiga suudab pakkuja tõendada oma suutlikust lepingut täita, kuid lisaprojektide teostamine tagab eriti hea kvaliteedi, tuleks hankijal väga selgelt läbi mõelda, kuidas just need lisaprojektid hankelepingu teostamise kvaliteedi tõusu tagavad ning mitmest lisaprojektist alates kvaliteedi tõusu enam ei ole. Vastasel juhul ei pruugi sellise hindamise kriteeriumi kasutamine omada mingisugust mõju

¹¹¹ EKo C-234/03, *Contse*.

¹¹² Samas p 69-76.

¹¹³ VAKO 03.03.2014 otsus 31-14/149368 p 7.6.

pakkumuse majanduslikule soodsusele, vaid võib tingida hankija poolt põhjendamatult kallima hinnaga pakkumuse valimise.

Vältimaks eeltoodud olukordi on Euroopa Komisjon soovitanud kindlaks määrata hindamise kriteeriumi siseselt minimaalsed ning maksimaalsed tasemed, mille eest pakkumustele punkte antakse. Näiteks olukorras, kus hankija soovib, et minimaalselt on kauba tarnija poolt tagatud toodete kättesaadavus ajavahemikus kell 8.00-16.00, kuid soovib lisapunkte anda neile pakkujatele, kelle pakutavate toodete kättesaadavuse periood on pikem, peaks hankija määratlema, milline on see toodete kättesaadavuse periood ja kellaajad, millest tema jaoks hankelepingu täitmise kvaliteet veelgi paraneb ning mille eest ta lisapunkte annab. Heaks praktikaks ei peeta seda, kui hankija määratleb pelgalt põhimõtte „mida pikem lahtioleku aeg, seda kõrgemad punktid“¹¹⁴, kuivõrd selliselt võib side hindamise kriteeriumi ja hankelepingu eseme vahel muutuda liialt nõrgaks.

Eeltoodu valguses võib öelda, et miinimumnäitajaid ületavate pakkumuste eest suuremate hindepunktide andmine võib olla hea võimalus, selgitamaks välja hankija vajadustest lähtuvalt majanduslikult soodsaim pakkumus. Siiski tuleb igakordselt selliste kriteeriumite määratlemisel jälgida, et säiliks side hindamise kriteeriumi ja hankelepingu eseme vahel ehk hinnata, millise standardi ületamisest hankija jaoks pakkumuse majanduslik soodsus enam ei tõuse ning määrata sellest tulenevalt kindlaks ka maksimaalsed näitajad, mille ületamisel pakkumustele enam kõrgemaid punkte ei omistata. Selliselt saab hankija tagada, et hindamise kriteerium on seotud hankelepingu esemega ning tagatud on pakkujate võrdne kohtlemine.

¹¹⁴ European Commission, 2015, lk 70-71.

2. Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõue

2.1. Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõue direktiivides ja RHS-s

Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite valimisel ei ole hankija kaalutlusõigus piiratud üksnes hankelepingu esemega seotuse nõudega, vaid arvestada tuleb ka riigihanke üldpõhimõtetest tulenevate teiste piirangutega, sh nendest tuleneva objektiivsuse nõudega.

Kuni 31.08.2017. a kehtinud riigihangete seaduse § 31 lg 4 sätestas, et lisaks hankelepingu esemega seotuse tingimusele, peab hindamise kriteerium võimaldama pakkumuste objektiivset hindamist. Kehtivas seaduses on säte sõnastatud teisiti. RHS-i § 85 lg 1 nimetab lisaks hankelepingu esemega seotuse tingimusele nõude, mille kohaselt peab hindamise kriteerium tagama reaalsel konkurentsi. Grammatilisest tõlgendusest lähtudes, oleks seadusandja justkui eelnevalt kehtinud objektiivsuse nõude kaotanud ning asendanud selle oluliselt laiema mõistega – tagama reaalsel konkurentsi. RHS-i seletuskiri selles osas selgust ei too, öeldes üksnes, et hankelepingu esemega seotud hindamise kriteerium peab võimaldama hinnata, millest tuleneb ühe pakkumuse majandusliku soodsuse tõus hankijale võrreldes teise pakkumusega.¹¹⁵ Seega ei nähtu seletuskirjast, kas seni kehtinud kontseptsioon on muutunud või mitte.

Võrreldes kuni 31.08.2017. a kehtinud riigihangete seaduse aluseks olnud riigihanke direktiive ning kehtiva RHS-i aluseks olevaid direktiive, ei ole nendes esitatud sõnastuses suuri muutusi märgata. Riigihanke direktiivide artikleid, mis puudutavad pakkumuse hindamise kriteeriumeid, on küll veidi täpsustatud, lisades kehtivatesse direktiividesse viite toimiva konkurentsi tagamisele, kuid direktiivi põhjendused pole hindamise kriteeriumite objektiivsuse küsimuses muutunud.

Direktiivide põhjendustes sätestatakse üheselt, et lepingud tuleks sõlmida objektiivsete kriteeriumite alusel, mis tagavad kooskõla läbipaistvuse, mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtetega, eesmärgiga tagada pakkumuste suhtelise maksumuse objektiivne hindamine, et teha tõhusa konkurentsi tingimuste kohaselt kindlaks, milline pakkumus on majanduslikult kõige soodsam.¹¹⁶ Arvestades, et riigisisest õigust tuleb tõlgendada direktiividega

¹¹⁵ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 74.

¹¹⁶ Direktiiv 2004/18/EÜ põhjenduste p 46; direktiiv 2014/24/EL põhjenduste p 90.

konformselt, tuleb RHS-i tõlgendada lähtudes riigihanke direktiivides sätestatust.

Kuigi riigihanke direktiivide artiklites pole hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõudele otsesõnu viidatud, on sellele selgelt rõhutatud direktiivide põhjendustes. Direktiivi põhjendusi võib pidada direktiivi tõlgendamise oluliseks vahendiks. Seega saab autori hinnangul tõlgendada riigihanke direktiivides sätestatut selliselt, et hindamise kriteerium on Euroopa Liidu riigihankeõiguse kontekstis objektiivne, kui selline kriteerium on kooskõlas läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetega. Ühtlasi peab selline kriteerium võimaldama pakkumuste objektiivset hindamist, et teha tõhusa konkurentsi tingimustes kindlaks majanduslikult soodsaim pakkumus.

Ka Tiina Ojasalu on Euroopa Kohtu praktikale tuginedes väljendanud seisukohta, mille kohaselt riigihankemenetluses ettevõtjate võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine ning menetluse läbipaistvus võimaldavad tekkida tegelikul konkurentsil. Sellest tulenevalt võib võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid pidada konkurentsi tagamise eesmärgi teenistuses olevaiks.¹¹⁷

Seega ei ole autori hinnangul RHS-s kontseptuaalset muutust toimunud, kuivõrd reaalse konkurentsi tagamise põhimõte hõlmab endas nii läbipaistvuse, võrdse kohtlemise kui ka mittediskrimineerimise põhimõtteid, mis direktiivide mõttes tagavad hindamise kriteeriumi objektiivsuse, ja seega peavad hindamise kriteeriumid endiselt võimaldama ka pakkumuste objektiivset hindamist.

Järelikult on hankija kaalutusõigus kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite sisustamisel piiratud ka hindamise kriteeriumite objektiivsuse nõudega. Autori hinnangul ei ole riigihanke direktiivide mõtteks olnud kehtestada absoluutne hindamise kriteeriumite objektiivsuse nõue, vaid objektiivsuse mõiste on sisustatud läbi riigihanke üldpõhimõtete – läbipaistvus, võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine. Seda seisukohta kinnitab ka asjaolu, et direktiivide kohaselt on lubatud mitmete pakkumust iseloomustavate kvalitatiivsete omaduste hindamine, mh nt esteetiliste, innovaatiliste omaduste hindamine. Kvalitatiivsete omaduste hindamisele suunatud hindamise kriteeriumid võivad paratamatult sisaldada endas suuremal või vähesemal määral subjektiivseid

¹¹⁷ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica VIII/2007, lk 572.

elemente, mis aga ei peaks tähendama, et selliste omaduste hindamisele suunatud kriteeriumid on automaatselt vastuolus direktiivis sätestatud nõuetega. On ju Euroopa Kohuski tõdenud, et hindamise kriteeriumid, mida pakkumuste hindamisel kasutatakse, ei pea olema puhtalt kvantitatiivsed.¹¹⁸ Sellest võib autori hinnangul järeldada, et teatav subjektiivne element on kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite puhul aktsepteeritav, kuid nõutava objektiivsuse tagab hindamise kriteeriumi puhul just kooskõla eelnimetatud riigihanke üldpõhimõtetega.

Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsus tagab pakkujate kaitse hankija omavoli eest, vältimaks olukordi, kus hankija kujundab oma nägemuse sellest, mida ta tegelikult hinnata soovib, alles hindamise käigus. Hindamise kriteeriumid, mille kohaldamiseks kujundab hankija oma nägemuse hindamise käigus ja subjektiivsetest eelistusest tulenevalt, on läbipaistmatud ja kontrollimatud, mistõttu ei ole selliste kriteeriumite alusel võimalik teostada pakkumuste objektiivset hindamist.¹¹⁹

Võrdse kohtlemise põhimõte ning läbipaistvus, kui võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kontrolli seisukohast oluline vahend¹²⁰, eeldavad, et hindamise kriteeriumid oleksid üheselt sätestatud riigihanke alusdokumentides¹²¹ ja seega võrdsetel tingimustel kättesaadavad kõigile pakkujatele. Euroopa Kohus on korduvalt väljendanud seisukohta, et hindamise kriteeriumid peavad olema riigihanke alusdokumentides formuleeritud selliselt, et need võimaldaksid mõistlikult informeeritud ja hoolsal pakkujal neid ühtmoodi tõlgendada.¹²² Hindamise kriteeriumite selge, täpne ja ühemõtteline määratlus võimaldab tagada läbipaistvuse põhimõtte järgimise riigihanke läbiviimisel, võimaldades seejuures hankijal tõhusalt kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriumitele või mitte.¹²³ Vaidlustuskomisjon on väljendanud seisukohta, et hindamise kriteerium saab olla õiguspärane üksnes siis, kui see sisaldab endas kõiki objektiivse hindamise läbiviimiseks vajalikke osi, st nii hindamisele kuuluvaid asjaolusid kui ka punktide omistamise metoodikat.¹²⁴

Vaidlustuskomisjoni seisukohast koosmõjus eeltoodud Euroopa Kohtu seisukohtadega saab autori

¹¹⁸ EÜKo T-4/01, *Renco*, p 67-68; EKo C-513/99, *Concordia Bus*, p 55.

¹¹⁹ VAKO 08.03.2013 otsus 18-13/138917 p 8.3.

¹²⁰ EÜKo T-165/12, *European Dynamics Luxembourg SA*, p 47.

¹²¹ EKo C-19/00, *SIAC*, p 40.

¹²² EKo C-448/01, *Wienstrom*, p 57; EKo C-19/00, *SIAC*, p 42.

¹²³ EKo C-496/99, *Succhi di Frutta*, p 111.

¹²⁴ VAKO 08.03.2013 otsus 18-13/13917 p 8.

hinnangul tuletada, et hindamise kriteerium on riigihanke direktiivide mõttes objektiivne, kui see on kooskõlas direktiivides sätestatud riigihanke üldpõhimõtetega ning võimaldab seeläbi pakkumuste objektiivset ja kontrollitavat hindamist. Seejuures peab hindamise kriteerium olema määratletud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, hõlmates kõiki objektiivse hindamise läbiviimiseks vajalikke osi, võimaldades mõistlikult informeeritud ja hoolsatel pakkujal kriteeriumist ühtmoodi aru saada. Seega tuleb hankijal hindamise kriteeriumite sisustamisel ja seeläbi kaalutusõiguse teostamisel eeltoodud tingimustega arvestada.

2.2. Levinumad probleemid kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivsuse tagamisel

Eelmises peatükis selgitati, et uute riigihanke direktiivide tulekuga, pole hindamise kriteeriumite objektiivsuse nõude osas kontseptuaalset muutust toimunud. Ka RHS-s tehtud sõnastuse muutus, ei mõjuta autori hinnangul hindamise kriteeriumi objektiivsuse nõuet sisuliselt. Järelikult on endiselt asjakohane lähtuda hankija kaalutusõiguse piirangute analüüsimisel kuni 31.08.2017 kehtinud riigihangete seaduse ja vanade riigihanke direktiivide alusel kujundatud vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktikast.

Nagu eelnevalt selgitatud, peab kvalitatiivne hindamise kriteerium olema määratletud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, hõlmates kõiki objektiivse hindamise läbiviimiseks vajalikke osi, võimaldades seeläbi mõistlikult informeeritud ja hoolsatel pakkujal kriteeriumist ühtmoodi aru saada. Sellest tulenevalt on praktikas probleemiks kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite sõnastamine riigihanke alusdokumentides määratlemata mõistete kaudu. Määratlemata mõisteteks peetakse peamiselt hindamise kriteeriumites kasutatavaid kvaliteedile viitavaid omadussõnu, mille pinnalt pakkujal ei ole võimalik detailsuseni mõista, mida hankija konkreetse kriteeriumi all kavatseb hinnata.

Prof. Arrowsmith on asunud seisukohale, et kõikide kriteeriumite puhul, mis on näitlikult nimetatud direktiivis, peaks lugema piisavalt täpselt sellised hindamise kriteeriumi kirjeldused, kus on esitatud üksnes üldsõnaline viide kriteeriumile, mida hankija hindab.¹²⁵ Sellise lähenemise järgi peaks seega piisama sellest, kui hankija märgib riigihanke alusdokumentidesse, millist

¹²⁵ S. Arrowsmith, lk 171.

hindamise kriteeriumit ta kasutab – näiteks, et hindab pakkumuse tehnilist väärtust – ilma, et tuleks detailselt lahti kirjutada kõik kriteeriumi all hinnatavad asjaolud. Autor seab kahtluse alla, kas sellise lähenemise puhul oleks tagatud hankemenetluse piisav läbipaistvus ning kontrollitavus. Ka Eestis on praktikas hindamise kriteeriumi selge määratluse standard seatud oluliselt kõrgemale.

Näiteks leiab vaidlustuskomisjoni praktikast vaidluse, mille keskmes olevas riigihankes soovis hankija hinnata piletimüügi- ja kliendihalduse infosüsteemi kujunduse juures selle innovaatsilisust, originaalsust, loovust, esteetilisust ja stiiliühtsust. Vaidlustuskomisjon, leidis et eeltoodud kvalitatiivsed hindamise kriteeriumid ei võimalda objektiivset hindamist, kuivõrd hankija pole määratlenud selgeid aluseid, millest lähtudes loetakse infosüsteem kirjeldatud omadustele vastavaks.¹²⁶ Vaidlustuskomisjoni otsusest lähtuvalt muutis hankija hindamise kriteeriume selliselt, et esitas hindamise kriteeriumite selgitustesse definitsioonid sõnadele originaalne, innovaatiline, loov, esteetiline, stiiliühtne ja kasutusmugavus.¹²⁷ Hankija hinnangul võimaldasid esitatud kirjeldused piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikult pakkujal mõista kriteeriumite sisu ühtemoodi. Seejuures viitas hankija ka sellele, et kõik eelnimetatud omadused on piletimüügisüsteemi kasutatavuse seisukohast väga olulised.¹²⁸ Sellele vaatamata jäi vaidlustuskomisjon seisukohale, et alamkriteeriumite definitsioonid on liialt üldsõnalised või tautoloogiast lähtuvad ning ei anna pakkumuse hindajatele täiendavat teavet hindamise asjaolude kohta.¹²⁹ Vaidlustuskomisjon selgitas, et läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttest tulenevalt on nõutav, et pakkujale peab olema ettenähtav, milliseid konkreetseid asjaolusid ja kuidas hankija igal konkreetsel juhul hindab.¹³⁰

Lisaks sellele, et vaidlustuskomisjoni hinnangul ei olnud kvalitatiivsed hindamise kriteeriumid, sõltumata esitatud definitsioonidest, piisavalt selgelt määratletud, oli nende hinnangul seadusega vastuolus ka hankija määratletud hindamise metoodika. Probleemiks sai asjaolu, et hankija ei olnud hindamise kriteeriumi „kujundus“ all esitatud alamkriteeriumite osas määratlenud punktide andmise süsteemi iga alamkriteeriumi kohta eraldi, vaid soovis alamkriteeriumeid hinnata ühe

¹²⁶ VAKO 18.05.2016 otsus 81-16/172316 p 10.

¹²⁷ Originaalne on kujundus, mis on uudne, omanäoline ja teistest erinev. Innovaatiline on kujundus, mis sisaldab uuenduslikku lähenemist. Loov on kujundus, mis on loominguline ja omapärane. Esteetiline on kujundus, mille kõik elemendid on läbivalt kujundatud ühtse stiiliga ning moodustavad ühtse visuaalse terviku. Kasutusmugav on kujundus, mis on lihtsalt ja loogiliselt jälgitav ning milles on kerge orienteeruda.

¹²⁸ VAKO 06.07.2016 otsus 130-16/172316 p-d 5.4-5.7.

¹²⁹ Samas p 10.

¹³⁰ Samas p 11.

tervikuna, andes maksimaalse arvu punkte pakkumusele, mis vastab kõigile alamkriteeriumitele täielikult ning minimaalselt punkte pakkumusele, mis vastab kõigile kriteeriumitele teatava mõõndusega. Vaidlustuskomisjon leidis, et selline metoodika ei võimalda hinnata pakkumusi, mis mõnele alamkriteeriumile vastavad täielikult, kuid teistele vähesemal määral, mistõttu ei ole selline hindamise metoodika kooskõlas seadusega.¹³¹

Lõppkokkuvõttes jõuti olukorrani, kus hankija loobus kujunduse hindamisel nii innovaatsilisuse, originaalsuse, loovuse, esteetilisuse, stiiliühtsuse kui ka kasutusmugavuse hindamisest ning hindas infosüsteemi kujunduse juures üksnes selle kooskõlas olemasoleva stiiliraamatuga.¹³² Seega ei antud hankijale sisuliselt isegi võimalust kasutada pakkumuste hindamiseks selliseid kvalitatiivseid hindamise kriteeriumeid, nagu ta oleks soovinud, piirates selliselt hankija kaalutusõigust väga olulisel määral.

Eeltoodu on hea näide sellest, kuidas ühest küljest julgustatakse hankijaid hindama pakkumuste esteetiliselt, innovaatsiliselt ja muid hinnangulise iseloomuga omadusi, kuid samas vaidluse tõusetudes tehakse sisuliselt võimatuks selliste kriteeriumite kasutamine. Pole kahtlustki, et esteetiliste omaduste hindamisega käib alati kaasas teataval määral subjektiivsus. Ei saa eeldada, et hankija suudab ilma pakkumusi nägemata detailselt ära defineerida kõik asjaolud, mida ta lahenduse esteetilisuse juures arvestab, kuivõrd hankija ei oska hankedokumentide koostamise hetkel ennustada, milliseid kunstilisi lahendusi talle pakutakse. Kahetsusväärsemaks teeb olukorra ka see, et vaidlustuskomisjon tegelikkuses mõõnis, et infosüsteemi puhul omab selle kujundus, sh esteetilisus ja kasutajasõbralikkus, olulist tähtsust.¹³³

Kuigi võib nõustuda, et konkreetsel juhul oleks hindamise metoodika võinud olla täpsemini sõnastatud, seab autor siiski kahtluse alla, kas niivõrd suurel määral hankija diskretsiooniõiguse piiramine, just kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamise osas, oli käesoleval juhul õigustatud. Euroopa Üldkohus on väljendanud selget seisukohta, et isegi kui hindamise kriteerium ei ole puhtalt kvantitatiivne, ei saa sellest automaatselt tuletada, et hindamise kriteerium on ebaselge või ei võimalda pakkumuste objektiivset hindamist.¹³⁴ Eeltoodud lahendi valguses näib

¹³¹ Samas p-d 11-12.

¹³² Rahvuskooper „Estonia“ riigihange „Teatri piletimüügi- ja kliendihalduse infosüsteemi täiustamise hankimine“ (viitenumber 172316). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.

¹³³ VAKO 06.07.2016 otsus 130-16/172316 p 8.

¹³⁴ EÜKo T-4/01, *Renco*, p 69.

aga vaidlustuskomisjoni seisukoht olevat hoopis vastupidine.

Autor on seisukohal, et riigihanke alusdokumentide peale esitatud vaidlustuses ei saa rakendada hindamise kriteeriumi objektiivsuse hindamisele sama kõrget standardit, nagu edukaks tunnistamise otsuste vaidlustuste puhul hindamise objektiivsuse analüüsimisel. Riigihanke alusdokumentide peale esitatud vaidlustuses tuleb vaidlustuskomisjonil teha otsus piiratud informatsiooni tingimustes, kuivõrd hankija pole sel hetkel veel valitud hindamise kriteeriumeid rakendama hakanud. Sellest tulenevalt ei ole proportsionaalne tunnistada seadusega vastuolus olevaks kõiki selliseid hindamise kriteeriume, mis sisaldavad kasvõi vähesel määral subjektiivseid elemente. Vastasel juhul muutub hankija jaoks kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamine äärmiselt keeruliseks ning hankija kaalutusõigust piiratakse ebaproportsionaalselt. Sellest tulenevalt ei nõustu autor käesoleval juhul vaidlustuskomisjoni lähenemisega, mille kohaselt ei võimalda mõisted nagu originaalne, innovaatiline, loov, esteetiline, stiiliühtne ja kasutusmugavus koos selgitustega, mis väljendavad hankija arusaama nende sõnade tähendusest, pakkumuste objektiivset hindamist.

Seevastu võib pidada mõistetavaks hindamise kriteeriumite nagu „kõige võimekam“ ja „kõige sobilikum“ vaidlustuskomisjoni poolt lubamatuks tunnistamist, kuivõrd puudusid igasugused selgitused, mida hankija selliste kriteeriumite all kavatseb hinnata või mida need kriteeriumid hankija jaoks üldse tähendavad. Vaidlustuskomisjoni hinnangul näitab hindamise kriteeriumite subjektiivsust selgelt see, kui hindamise kriteeriumite kohaldamine on üksnes hinnanguline ja hindamise kriteeriumi siseselt puuduvad igasugused meetodid hindamiskriteeriumi kohaldamiseks.¹³⁵ Võib nõustuda, et sellisel määral hindamise kriteeriumites sisalduv ebamäärasus muudab pakkumuste hindamise läbipaistmatuks ning annab hankijale liialt suure omavoli, mis omakorda tekitab ohu võimu kuritarvitusteks.

Sarnaselt on ka Euroopa Komisjoni juhendis toodud välja, et praktikas on Euroopa Struktuuri- ja Investeeringufondidest rahastatavate hangete puhul hindamise kriteeriumite, nagu „kestvus“ ja „stabiilsus“, ilma täiendavate selgitusteta esitamine, toonud kaasa rahaliste trahvide kohaldamise.¹³⁶ Ehk ka sellisel kujul on hindamise kriteeriumeid peetud liialt ebamäärasteks, et

¹³⁵ VAKO 08.03.2013 otsus 18-13/138917 p 8.3.

¹³⁶ Euroopa Commission, 2018, lk 74.

võimaldada pakkumuste objektiivset hindamist.

Seevastu tuleneb Euroopa Üldkohtu praktikast märkimisväärselt madalam standard kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivsuse hindamisele. Näiteks ei ole Euroopa Üldkohus pidanud liialt ebamäärasteks ega subjektiivseteks hindamise kriteeriume, mille kohaselt hinnatakse väljapakutud lahenduse kvaliteedi puhul strateegia asjakohasust, meetodite ja töövahendite, kvaliteetse keskkonna ja menetluste asjakohasust, meeskonna ülesehituse asjakohasust, pakkumuse struktuuri, selgust ja täielikkust.¹³⁷ Sellest võib järeldada, et Euroopa Üldkohtu hinnangul on mõisted „asjakohasus“, „selgus“ ja „täielikkus“ piisavalt selged ka ilma täiendavate selgitusteta, et hindamise kriteeriumeid pidada objektiivseteks ning nende põhjal objektiivset hindamist teostada.

Autor ei nõustu täielikult eeltoodud seisukohaga, kuivõrd konkreetsel juhul oleks hankija saanud hindamise kriteeriumid muuta selgemaks lisades iga kriteeriumi juurde kasvõi lühikese selgituse hindamise kriteeriumi sisu kohta, mis väljendaks tema arusaama nimetatud kriteeriumitest. Seejuures oleks tal olnud endiselt võimalik hinnata just neid asjaolusid, mida ta oma eesmärgi saavutamise seisukohast oluliseks pidas. Selliselt oleks hankija saanud paremini tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise ning hankemenetluse läbipaistvuse ja kontrollitavuse, ilma, et ebaproportsionaalselt oleks piiratud tema kaalutlusõigus majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel.

Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivsuse hindamisel omistatakse praktikas tähtsust ka küsimusele, kas hindamise kriteeriumi kirjelduses või hindamise metoodikas on piisavalt täpselt toodud välja asjaolud, mida selle hindamise kriteeriumi raames hindama hakatakse. Sellega seoses on hankijatel praktikas tekkinud küsimus hindamise kriteeriumi raames esitatava kirjelduse detailsuse määra osas. Teisisõnu tekib küsimus, kui täpselt peaks hankija olema välja toonud need elemendid, mida ta hindamise kriteeriumi raames hinnata kavatseb.

Vaadates riigihankeid, mille esemeks on teenuse tellimine, on küllaltki tavaline, et hankijad hindavad kõige parema kvaliteediga pakkumuse väljaselgitamiseks pakkuja poolt esitatud teenuste osutamise kava, kirjeldust, metoodikat või visiooni. Hankijad on seisukohal, et teenuste detailse kava, kirjelduse, metoodika või visiooni esitamise nõue, aitab mõista pakkuja arusaama pakutavast

¹³⁷ EÜKo T-50/05, *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p 110 – 115.

teenusest ning seeläbi hinnata teenuse osutamise tõhusust ja kvaliteeti. Mitmes vaidluses on seejuures tõusetunud küsimus sellest, kui täpselt peaks riigihanke alusdokumentides olema välja toodud selliste hindamise kriteeriumite puhul konkreetsed detailid, mida hankija hindab, ning mida seejuures esitatav kava, metoodika või visiooni kirjeldus peaks sisaldama.

Autori hinnangul ei ole vaidlustuskomisjon nendes küsimustes päris ühest seisukohta väljendanud. Välisvalgustusteenuse osutamise riigihankes on vaidlustuskomisjon asunud resoluutsele seisukohale, et kui hankija soovib hinnata teenuse osutamise arengukava visiooni, siis tuleb pakkujatele esitada ka sisulised nõuded, millest lähtudes tuleks teenuse arengukava kirjeldus koostada.¹³⁸ Kuigi hankija oli riigihanke alusdokumentides sätestanud kriteeriumid, millest lähtudes ta arengukava visiooni kirjeldusi hindas, ei olnud täpselt määratletud detaile, mille eest punkte anti. Näiteks tõi hankija välja, et visiooni puhul hinnatakse pakkuja nägemust välisvalgustuse arenguvõimalustest (võrdluses lepingu eesmärkidega ja teiste pakkujatega) ning arvutuste/kalkulatsioonide olemasolu, põhjendusi (võrdluses lepingu eesmärkidega ja teiste pakkujatega) jms. Vaidlustuskomisjon pidas sellises olukorras detailsete sisuliste nõuete puudumist probleemiks, kuivõrd kriteeriumite ebamäärasusest tulenevalt ei pruugi erinevate pakkujate poolt esitatavad kirjeldused olla omavahel sisult ega mahult võrreldavad.¹³⁹ Pakkumuste võrreldavus on aga oluline tingimus tagamaks võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine hankemenetluses.

Audiitor-, konsultatsiooni- ja koolitusteenuse hankimisele suunatud riigihankes¹⁴⁰ on hankija piirdunud üldsõnalise selgitusega, mille kohaselt hinnatakse osutatavate teenuste kirjeldusi, sh audiitorteenuse osutamisel kasutatavat metoodikat ja protseduure. Detaile, mida teenuse osutamise kirjeldus sisaldama peaks, hankija ei määratlenud. Seejuures on hankija hankedokumentides märkinud, et maksimaalse arvu väärtuspunkte saab pakkumus, milles esitatud kirjeldus on sisukaim, pakutav lahendus hankijale sobivaim ning suurimat kindlustunnet tekitav.

Vaidlustuskomisjon leidis eeltoodud riigihanget puudutavas vaidluses, et sõltumata sellest, et riigihanke alusdokumentides polnud reguleeritud seda, kui detailne peab teenuse osutamise kava olema, pidid pakkujad arvestama, et hankija võrdleb teenuse osutamise kavasid, ning et

¹³⁸ VAKO 14.04.2014 otsus 62-14/149254 p 8.2.3.

¹³⁹ Samas.

¹⁴⁰ Tallinna Linnakantselei riigihange „Tallinna linnale osutatav audiitorteenus“ (viitenumber 152437). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.

võrdlemisel osutub sisukamaks just detailsem ja põhjalikum kava.¹⁴¹ Seega vastupidiselt eelnevale seisukohale, ei näinud siin vaidlustuskomisjon probleemi hinnatava kava detailide esitamata jätmises. Lisaks on vaidlustuskomisjon ühes oma lahendis asunud seisukohale, et kui hindamise metoodikast on pakkujal võimalik aru saada, et hindamisele kuuluva teenuse osutamise kava vastavus hanke tehnilises kirjelduses toodud miinimumtingimustele ei taga igal juhul selle kriteeriumi alusel maksimaalsete väärtuspunktide andmist, on lubatav hinnata kõrgemalt just kava, milles on esitatud midagi enamat, kui tehnilises kirjelduses esitatud miinimumtingimused.¹⁴² Miinimumtingimustel esitatud kava ei ole ilmselgelt vastavuses hankija ootustega, kui tema eesmärgiks on selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus ning sellest peaks mõistlik pakkuja aru saama.¹⁴³ Samas võis vaidlustuskomisjoni leebema lähenemise eeltoodud vaidlustes tingida ka see, et tegemist oli hindamisotsuste vaidlustustega, mistõttu hindamise kriteeriumi õiguspärasuse üle enam otsustada võimalik ei olnud.

Šotimaa kohtupraktikas on samuti hindamise kriteeriumi kirjelduse detailsuse küsimust analüüsitud. Šotimaa kohtupraktikast leiab vaidluse, mille keskmes on riigihange, milles sooviti sõlmida raamleping pakkujaga, kes segaks kokku, väljastaks ja toimetaks patsientide kodudesse ravimit, mida kasutatakse rinnavähi ravis, pakkudes seejuures patsientidele ka õendus- ja tugiteenuseid.¹⁴⁴ Hankija oli riigihanke alusdokumentides sätestanud viis erinevat hindamise kriteeriumit, mille hulka kuulusid ka kvalitatiivsed hindamise kriteeriumid nagu „teenuse kvaliteet“ ja „risk ja tarnevõimekus“. Hindamise kriteeriumi „teenuse kvaliteet“ raames pidi hankija hindama pakkujate poolt esitatud ravimi kokkusegamise ja väljastamise protsessi kirjeldusi. Sealhulgas oli hankija esitanud riigihanke alusdokumentides näitliku loetelu asjaoludest, mida selline protsessi kirjeldus peaks hõlmama, lisades, et esitatud loetelu pole protsessi kirjelduse elementide osas ammendav. Kriteeriumi „risk ja tarnevõimekus“ raames pidi hankija hindama samuti pakkujate esitatud kirjeldusi, millest nähtuks, kuidas nad tulevad toime lepingu täitmisega juhul, kui hankija patsientide arv peaks tõusma. Sarnaselt eelmisele hindamise kriteeriumile, oli hankija ka selle kriteeriumi puhul esitanud näitliku loetelu asjaoludest, mida pakkuja poolt esitatud kirjeldus peaks hõlmama, lisades, et loetelu pole ammendav.¹⁴⁵

¹⁴¹ VAKO 31.07.2014 otsus 165-14/152437 p 12.4.

¹⁴² VAKO 30.10.2015 otsus 208-15/156076 p 15.

¹⁴³ Samas.

¹⁴⁴ Scottish Court of Session 21.03.2013 decision *Healthcare At Home Ltd v The Common Services Agency*. Arvutivõrgus: <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2013/2013CSIH22.html> (20.03.2018).

¹⁴⁵ Samas p 13.

Mõlema hindamise kriteeriumi puhul oli hankija sätestanud hindamise metoodika, mille kohaselt kõige loovam kirjeldus, sai maksimaalsed punktid. Kuigi konkreetse vaidluse puhul olid pakkumused vaidlustuse esitamise ajaks juba hinnatud, analüüsis kohus siiski, kas sätestatud kvalitatiivsed hindamise kriteeriumid olid määratletud piisavalt selgelt, et tagada pakkumuste objektiivne hindamine tagamaks läbipaistvuse põhimõtte järgimine. Edutu pakkuja arvates olid hankija määratletud hindamise kriteeriumid lubamatult subjektiivsed ja avatud, kuivõrd riigihanke alusdokumentides ei olnud sätestatud ammendavat loetelu nende elementide kohta, mida pakkujatel nõutavad kirjeldused pidid sisaldama. Samuti ei olnud pakkuja rahul asjaoluga, et hindamise metoodika kohaselt anti enim punkte „kõige loovama“ lahenduse eest.¹⁴⁶

Eeltoodu valguses selgitas kohus põhjalikult, kuidas hinnata, kas kvalitatiivne hindamise kriteerium on olnud piisavalt selge, et võimaldada pakkumuste objektiivset hindamist, arvestades seejuures läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtet. Analüüsi aluseks võttis kohus Euroopa Kohtu poolt korduvalt väljendatud seisukoha, mille kohaselt peavad hindamise kriteeriumid olema määratletud selliselt, et need võimaldaksid mõistlikult informeeritud ja hoolsal pakkujal neid kriteeriumeid ühtemoodi mõista. Šotimaa kohus selgitas, et Euroopa Kohtu poolt väljendatud põhimõtte ei tähenda seda, et hindamise kriteerium peaks olema sõnastatud selliselt, et see garanteeriks kõigi pakkujate identse arusaama sellest. Euroopa Kohtu lähenemine eeldab üksnes seda, et hindamise kriteerium oma olemuselt võimaldaks igal mõistlikul, hästi informeeritud ja hoolsal pakkujal jõuda samasuguse tõlgenduseni. Kohus lisas ka, et keeruliste hangete puhul on paratamatu, et pakkujate poolt esitatavad protsesside kirjeldused erinevad üksteisest detailsuse ja sisu poolest, mis aga ei näita iseenesest, et kriteerium oleks ebaselge. Hindamise kriteeriumi selguse hindamiseks tuleb kohtul asetada ennast hüpoteetilise pakkuja rolli ning objektiivselt hinnata, kas mõistlikult informeeritud ja hoolas pakkuja pidi mõistma alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriume selliselt, nagu hankija neid kohaldada soovis või kohaldas. Seejuures ei oma tähtsust see, kuidas edutu pakkuja hindamise kriteeriumit mõistis või kuidas teised pakkujad hindamise kriteeriumist aru said.¹⁴⁷

Konkreetses vaidluses leidis kohus eelnimetatud põhimõtteid rakendades, et hankija sätestatud

¹⁴⁶ Samas.

¹⁴⁷ Samas p 56-64.

kvalitatiivsed hindamise kriteeriumid „teenuse kvaliteet“ ja „risk ja tarnevõimekus“ ei olnud riigihanke alusdokumentides määratletud ebaselgelt. Kohus märkis, et sõnaühendi „kuid mitte ainult“ kasutamine ehk hindamise kriteeriumi siseselt näitliku loetelu esitamine on igati arusaadav, kuivõrd mõistlik pakkuja peaks kriteeriumit mõistma selliselt, et lisaks nendele elementidele, mis on hindamise kriteeriumis konkreetselt nimetatud, tuleb tal esitatavasse kirjeldusse lisada ka muid asjaolusid, mis konkreetse hindamise kriteeriumi seisukohast võivad olla asjakohased. Seda enam, et hindamise metoodika kohaselt sai enim punkte loovaim ja innovaativsime lahendus. Seega ei olnud kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite määratlus ebaselge. Kohus asus lisaks seisukohale, et on täiesti normaalne ja arusaadav, et pakkuja soovib anda kõrgemaid punkte loova mõtlemise eest, kuivõrd just see võimaldab pakkujatel kirjeldada uuenduslikke töömeetodeid, mis võivad hankija jaoks olla atraktiivsemad. Samas tuleb alati järgida, et pakkujate esitatud kirjeldused jääksid siiski riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriumite piiresse, et loovuse eest ei saaks lõpuks rohkem punkte pakkumus, milles esitatud lahendus ületab tegelikult olulisel määral seda, mida mõistlik pakkuja pidid hindamise kriteeriumi määratlusest aru saama.¹⁴⁸

Seega pooldab Šotimaa kohus lähenemist, mille kohaselt ei pea kõik hindamise kriteeriumi detailid olema alati ammendavalt hindamise kriteeriumi kirjelduses või hindamise metoodikas välja toodud. Ka autori hinnangul on vastupidine lähenemine hankija suhtes liigselt piirav ning ei võimalda hankijal saavutada soovitud eesmäärke. Ka prof. Arrowsmith on seisukohal, et kui lugeda piisavalt täpseks ja selgeks üksnes selliseid hindamise kriteeriume, milles on detailselt lahti kirjutatud kõik tööde, toodete või teenuste omadused, võetakse hankijalt tegelikkuses võimalus hankida selliseid lahendusi, mis on tema jaoks veel tundmatu. Ka võib juhtuda, et selliselt eelistatakse hindamise kriteeriumitega liialt neid, kelle poolt pakutavate lahendustega on hankija juba tuttav.¹⁴⁹

Samale probleemile on tähelepanu juhitud ka tarkvaraarenduste teenuse hankimise juhistes. Juhendis tuuakse välja, et näiteks pakkuja visiooni hindamiseks ei saa praktikas pakkujatele esitada detailselt ette kõiki elemente, mida ja kuidas kavatakse hinnata. Leitakse, et sellisel juhul tekib olukord, kus pakkujad nõ peegeldavad pakkumuses hankijale tagasi info sellises võtmes, mille eest hankija peab küll andma maksimaalse arvu punkte, kuid mille puhul hankija jaoks tegelikult lisaväärtus

¹⁴⁸ Samas.

¹⁴⁹ S. Arrowsmith, lk 171.

puudub. Samuti ei ole hankijal selliselt võimalik tuvastada, kas pakkuja tegelikkuses ka teemat valdab.¹⁵⁰ Seega leitakse, et väga detailne kvalitatiivne hindamise kriteeriumite määratlemine, võtab hankijalt võimaluse teostada kaalutlusõigust kooskõlas selle eesmärgiga.

Eelnevast tulenevalt ei nõustu autor seisukohaga, et kui hankija soovib pakkumuse kvaliteeti hinnata lähtudes pakkuja poolt esitatavast teenuse osutamise kava, metoodika, visiooni, kirjelduse või muu nägemuse alusel, peaks selliste kriteeriumite objektiivsuse tagamiseks olema tingimata määratletud riigihanke alusdokumentides selliste kavade või metoodikate detailsed kirjeldused. Pole võimalik väita, et hankijal on võimalik hinnata teenuse osutamise innovaatsilisust, kui ta annab pakkuja ette täpse kirjelduse selle kohta, mida ta innovaatsiliseks peab. Lahenduse uudsust ei saa hinnata olukorras, kus hankija juba ise sellise lahenduse välja pakub.

Nõustudes Šotimaa kohtupraktikas väljendatud seisukohaga, leiab autor, et hankija võiks küll selliste hindamise kriteeriumite raames esitada näitliku loetelu elementidest, mis kindlasti esitatavas kavas, metoodikas või muus kirjelduses peaksid käsitletud olema, kuid kui hindamise kriteeriumist on üheselt arusaadav, et maksimaalselt punkte saab näiteks kõige innovaatsilisem lähenemine ja et hindamise kriteeriumi raames pole esitatud ammendavat loetelu asjaoludest, mida nõutav kirjeldus peaks sisaldama, peaks mõistlikult informeeritud ja hoolas pakkuja mõistma, et hankija eeldab lisaks etteantule ka mingit lisandväärtust.

Eeltoodud praktika valguses on autor seisukohal, et kuigi Euroopa Kohtu praktikast tuleneb nõue sätestada hindamise kriteeriumid selgelt ning üheselt mõistetavalt, ei ole õigustatud kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite puhul piirata hankijate kaalutlusõigust hindamise kriteeriumite sisustamisel sellisel määral, et hankijal pole tegelikult enam võimalik hinnata pakkumuse puhul neid kvalitatiivseid omadusi, mida ta sooviks ning millest tema jaoks tuleneks reaalne pakkumuse majandusliku soodsuse tõus.

Kahtlemata on kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivsuse hindamine keerukas küsimus, mida tuleb analüüsida igal üksikjuhul vaidlusalustest hindamise kriteeriumitest lähtuvalt. Samas tuleb arvestada, et nii pakkuja huvide kaitset pakuvad võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtted kui ka hankija kaalutlusõiguse eesmärk selgitada välja

¹⁵⁰ Soodsaima lahenduse väljaselgitamise juhend, lk 45.

majanduslikult soodsaim pakkumus, peavad olema tasakaalus. See tähendab, et hankija kaalutusõiguse piiranguid kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse tagamisel ei tohiks tõlgendada sedavõrd rangelt, et need välistaksid hankija võimaluse selgitada konkreetset hankelepingu eset arvestades välja parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumus. Vastasel juhul kaotaks majanduslikult soodsaima pakkumuse kontseptsioon oma mõtte.

3. Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite objektiivne rakendamine

3.1. Hankija põhjendamiskohustuse ulatus pakkumuste hindamisel

Pakkumuste hindamisel eesmärgiga selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus, on tegemist hankija kaalutlusotsusega. Seejuures peavad kaalutlusotsuses kajastuma ka hankija otsuse aluseks olevad põhjendused, kuivõrd RHS § 117 lg 1 ls 2 kohaselt tunnistab hankija põhjendatud kirjaliku otsusega edukaks pakkumuste hindamise kriteeriumide kohaselt majanduslikult soodsaima pakkumuse.

Hankija otsuste põhjendamise peamine eesmärk on tagada nende kontrollitavus.¹⁵¹ Otsuste kontrollitavuse eesmärk on tihedalt seotud läbipaistvuse põhimõttega. Läbipaistvuse tagamine on aga oluline võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise kontrollimiseks ning korruptsiooniriski vähendamiseks.¹⁵² Nii edutul pakkujal kui ka vaidlustuskomisjonil ja kohtul peab olema võimalus hinnata, kas hankija kaalutlusotsus on kooskõlas õigusnormidega.¹⁵³ Seejuures tuleb arvestada, et tulenevalt kaalutlusotsuse iseloomust on hilisem kontroll selle üle piiratud.¹⁵⁴ Ei kohus ega vaidlustuskomisjon ei saa asuda hankija asemel pakkumusi hindama¹⁵⁵ ega hindamisotsuste otstarbekuse üle otsustama, kuivõrd pakkumuste hindamiseks on õigustatud üksnes hankija ise. Ka Euroopa Üldkohus on rõhutanud, et kohtul on hankija hindamisotsuste kontrollimisel piiratud võimalused, kuivõrd kohus saab üksnes kontrollida seda, kas hankija on järginud menetlusreegleid, sh põhjendamiskohustust, kas esitatud faktid on õiged ning et hankija poolt poleks tehtud ilmselgeid hindamisvigu või võimu kuritarvitusi.¹⁵⁶

Riigikohus on klassikalise haldusmenetluse kontekstis öelnud, et otsuste motiveerimise eesmärgiks on ka haldusorgani enesekontrolli tagamine. Otsuste kirjaliku motiveerimise kaudu on haldusorganil võimalik otsuse positiivseid ja negatiivseid mõjusid ning tehtavat valikut põhjalikumalt läbi mõelda.¹⁵⁷

¹⁵¹ VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544 p 17.

¹⁵² C. Estevan de Queda. Competition and transparency in public procurement markets. Public Procurement Law Review 2014, 5, p 7.

¹⁵³ VAKO 15.04.2015 otsus 58-15/156076 p 10.

¹⁵⁴ VAKO 19.05.2014 otsus 93-14/150367 p 19.

¹⁵⁵ VAKO 12.06.2015 otsus 105-15/156076 p 10.

¹⁵⁶ EÜKo, *Evropaiki Dynamiki v EASA*, T-297/09, p 72; EÜKo T-465/04, *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p 45.

¹⁵⁷ RKHKo 3-3-1-54-03 p 36.

Kuigi tulenevalt HMS § 2 lg-st 2 ei ole riigihangete teostamine ja vaidlustuste lahendamine RHS-i mõttes haldusmenetlus HMS-i tähenduses, laienevad riigihangete vaidlustuskomisjoni hinnangul Riigikohtu üldised järeldused haldusakti põhjendamise eesmärkide suhtes ka RHS-i aluselt tehtud otsuste põhjendustele.¹⁵⁸

Ka hankemenetluses on oluline tagada hankija enesekontrolli võimalus, seda eriti pakkumuste kvalitatiivsete omaduste hindamisel. Enesekontroll kinnitab, et ollakse jõutud õigele otsusele.¹⁵⁹ Hindamisotsustes põhjenduste esitamine võimaldab hankijal vältida pinnapealseid otsuseid, mille tulemuseks võib olla hankelepingu sõlmimine pakkumuse alusel, mille hinna ja kvaliteedi suhe pole tegelikkuses parim.

Hankija hindamisotsuste motiveerimise kohustuse üheks oluliseks eesmärgiks võib pidada ka pakkujate informeerimist. Pakkujate informeerimine edukaks tunnistamise otsuse aluseks oleva hindamisotsuse põhjendustest aitab tagada hankemenetluse läbipaistvuse põhimõtte järgimise. RHS § 47 lg 1 ja lg 4 p 10 kohaselt tuleb pakkujale esitada teade pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta ning edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja või pakkujate nimed ja need edukat pakkumust iseloomustavad andmed, mis andsid edukale pakkumusele eelise tema pakkumusega võrreldes.

Otsuste põhjendamise kohustus on lisaks läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõttele kantud ka eesmärgist tagada pakkujate õiguste tõhus kaitse. Riigikohus on selgitanud, et kui haldusakti adressaat ei tea haldusakti andmise tegelikke põhjuseid selle andmise hetkel, siis ei ole tal efektiivselt ja argumenteeritult võimalik vaidlustada haldusakti andmise asjaolusid.¹⁶⁰ Just haldusakti õigusliku ja faktilise aluse kaudu saab isikule selgeks, miks selline haldusakt tema suhtes anti.¹⁶¹

Kuivõrd ka edukaks tunnistamise otsuse puhul peab pakkujatel olema võimalus see otsus vaidlustada, on oluline, et otsuse motivatsioon võimaldaks mõista, miks on pakkumusi ühel või

¹⁵⁸ VAKO 29.12.2009 otsus 263-09/114560 p 13.

¹⁵⁹ A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu, 2004, lk 300.

¹⁶⁰ RKHKo 3-3-1-49-08 p 11.

¹⁶¹ Samas p 11.

teisel moel hinnatud ning miks on üks pakkumus osutunud teistest paremaks. Seda on kinnitanud ka Euroopa Üldkohus, märkides, et hankija põhjenduste esitamine on oluline, et puudutatud isikutel oleks võimalik oma õigusi kaitsta.¹⁶² Üldkohtu seisukoht põhineb ELTL artiklil 296, milles on samuti määratletud põhjendamiskohustus.¹⁶³

Õigus tõhusale õiguskaitsele on seejuures sätestatud ka Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47, kus rõhutatakse, et igaühel, kelle liidu õigusega tagatud õigusi või vabadusi rikutakse, on õigus tõhusale õiguskaitsevahendile kohtus.¹⁶⁴

Autor leiab, et hindamisotsustes piisavalt põhjaliku motivatsiooni esitamine, võimaldab lisaks eeltoodule tekitada pakkujates üldist usaldust hankija vastu. Pakkujatele põhjaliku teabe edastamine hindamisotsuse aluseks olevate kaalutluste kohta, võimaldab pakkujatel mõistlikult aru saada, milliste asjaolude tõttu ei osutunud nende pakkumus valituks. Ühtlasi annab see pakkujatele teavet selle kohta, mida oma pakkumuse puhul edaspidi muuta või parandada. Kuivõrd põhjalike kaalutluste kajastamine hindamisotsuses suurendab oluliselt hankemenetluse läbipaistvust, tekitab see hankijast usaldusväärse kuvandi, mis omakorda võimaldab hankijal hoida kokku ressursse, vähendades oluliselt vaidlustusohu.

Hankijal on kohustus esitada otsuses põhjendused, millest on pakkumuste hindamisel lähtutud, kajastades põhjendustes nii faktilisi kui õiguslikke asjaolusid, millest lähtudes on hankija oma kaalutlusotsuse teinud.¹⁶⁵ Seejuures peavad hankija põhjendused olema täpsed, selged ja arusaadavad.¹⁶⁶ Nagu vanglas ei piisa karistuse määramise aluseks olevate kaalutluste märkimisel konstateeringust, et isik on toime pannud raske rikkumise¹⁶⁷, ei saa hankemenetluses pidada otsuse piisavaks motivatsiooniks seda, kui hindamisotsuses kajastatakse üksnes pakkumustele omistatud punkte.¹⁶⁸ Üksnes punktide kajastamine hankija otsuses, ei võimalda kontrollida hindamisotsuse aluseks olnud kaalutlusi ega anna pakkujatele informatsiooni põhjuste kohta, miks pakkumust on

¹⁶² EÜKo T-297/09, *Evropaiki Dynamiki v EASA*, p 76.

¹⁶³ Euroopa Liidu Toimimise Leping. Konsolideeritud versioon. Artikkel 296. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=ET> (20.03.2018)

¹⁶⁴ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Arvutivõrgus: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> (20.03.2018).

¹⁶⁵ VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544 p 17; VAKO 15.04.2015 otsus 58-15/156076 p 10.

¹⁶⁶ VAKO 12.06.2015 otsus 105-15/156076.

¹⁶⁷ RKHKo 3-3-1-41-11 p 18.

¹⁶⁸ VAKO 15.07.2015 otsus 146-15/163424 p 7.3.

ühel või teisel moel hinnatud.

Sarnaselt ei ole praktikas peetud piisavaks seda, kui hankija kirjutab hindamisotsusesse ümber riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriumi definitsiooni või hinnangulise mõiste, mis vastavat punktisummat alusdokumentidest tulenevalt iseloomustab. Näiteks on vaidlustuskomisjon väljendanud selgelt seisukohta, et põhjendatud ja RHS-ga kooskõlas oleva pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemiseks ei piisa riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise aluste kordamisest nagu näiteks „üldine“, „ebapiisav“, „nõrk“, „selgusetu“, „väljapaistev“, „väga selge“, „arusaadav“, „hästi tasakaalustatud“ jne. Vaidlustuskomisjon on seisukohal, et selliste põhjendustega peab alati kaasnema ka asjaolude kirjeldus, mis on vastava põhjenduse aluseks.¹⁶⁹ Autor nõustub, et eeltoodud põhjendused ei võimalda hankija otsuse kontrolli ega anna pakkujatele informatsiooni hindamise aluseks olnud asjaolude kohta.

Kuigi riigihanke piirmäära ületavates hangetes ei ole peetud piisavaks üldsõnaliste põhjenduste esitamist, siis on Riigikohus ideekonkursi kontekstis selgitanud, et hankija otsuste läbipaistvuse ja kontrollitavuse hindamisel tuleb arvestada ka lepingu eeldatava maksumusega. Näiteks alla riigihanke piirmäära jäävate ideekonkursside puhul, millele RHS-i tavapärased menetlusreeglid ei laiene, ei saa kontrollida hankija põhjendusi samasuguse rangusastmega, nagu riigihanke piirmäära ületavate hangete puhul.¹⁷⁰ Kuivõrd ideekonkursi olemus ja eesmärki silmas pidades ei saa sellele kohaldada tavapärase hankemenetluses esitatavaid nõudeid, piisab kontrollitavuse põhimõtte järgimiseks arhitektuurikonkursil sellest, kui žürii näitab protokollis ära üldise kaalutluse, miks konkursi võitja töö oli žürii enamuse hinnangul parim. Seejuures on võimalik žürii põhjenduste hilisem avamine ka kohtumenetluses.¹⁷¹

Arvestades, et ka kaalutlusotsuse põhjendamise kohustus seab hankija kaalutlusõigusele teatavad piirangud, peab selliste piirangute seadmine ja ulatus olema proportsionaalne piirangute eesmärgi suhtes. Kuivõrd põhjendamiskohustuse peamiseks eesmärgiks on tagada hankija otsuste kontrollitavus ja hankija tegevuse läbipaistvus, mis omakorda võimaldab tagada pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise, võib põhjendamiskohustuse ulatust mõjutada ka riigihanke maksumus. Mida suurem on hankelingu maksumus, seda õigustatumaks võib pidada hankijale

¹⁶⁹ VAKO 12.06.2015 otsus 105-15/156076 p 11.

¹⁷⁰ RKHKo 3-3-1-51-16 p 15.

¹⁷¹ Samas p 17.2.

pandud kohustust esitada pakkujatele põhjalikud hindamisotsuse põhjendused. Seevastu võib väiksema maksumusega hangete puhul olla hindamisotsustes põhjalike põhjenduste kajastamine ebaproportsionaalne halduskoormus hankija jaoks. Siiski võib RHS-i mõista selliselt, et riigihangete puhul, mis ületavad riigihanke piirmäära ning millele kohalduvad RHS 2. peatükis sätestatud menetlusreeglid, on õigustatud hankijalt rohkem kui üldsõnaliste põhjenduste esitamise nõudmine.

Hankija motivatsiooni põhjalikkus sõltub väga suurel määral ka hindamise kriteeriumi iseloomust. Kohtupraktikas lähtutakse põhimõttest, mille kohaselt mida ulatuslikum on diskretsiooniruum ja keerukam õiguslik ning faktiline olukord, seda põhjalikum peab olema otsuse motivatsioon.¹⁷² Hankemenetlusse ülekantuna tähendab see, et mida hinnangulisema iseloomuga on hindamise kriteerium, seda põhjalikumad peavad olema hankija põhjendused. Sama seisukohta on väljendanud ka riigihangete vaidlustuskomisjon.¹⁷³ Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisel võib tihti juhtuda, et nende mõju ei ole võimalik konkreetsetesse numbrilistesse näitajatesse teisendada. Sellest tulenevalt on ka hankija kaalutlusruum suurem, mis aga ei tähenda, et kaalutlusõiguse teostamise kontrollimine oleks vähem oluline. Järelikult peavad hankija põhjendused olema selliste kriteeriumite kasutamisel eriti põhjalikud ning detailsed.

Näiteks on vaidlustuskomisjon leidnud veemajanduskavade, meetmeprogrammide ja üleujutusrisi maandamiskavade koostamisele suunatud riigihanke puhul, et hindamise kriteerium „sisu kvaliteet“, mille raames hankija hindas alakriteeriumeid „sisu ja terviklikkus“ ning „metoodika“, on hindamise kriteeriumid, mille puhul hankijal on ulatuslik diskretsiooniruum.¹⁷⁴ Konkreetsetel juhtudel oli hankija eeltoodud kriteeriumite osas hankedokumentides lahti kirjutanud ka sisukirjeldused, millest nähtus, kui palju punkte igale kirjeldusele vastav pakkumus saab. Näiteks oli lahenduse „sisu ja terviklikkus“ kriteeriumi puhul hankedokumentidesse märgitud, et 7 punkti (rahuldav tulemus) antakse pakkumusele, mille lahenduse sisu sobib osaliselt hanke eesmärkidega, hanke oodatav tulemus on saavutatav, pakkumus on süsteemne, kuid terviklikkuses esineb puudusi. Riigihanke alusdokumentidest lähtuvalt esitas hankija ka hindamise otsused sellisel kujul, et tsiteeris igale pakkumusele antavate punktide juures sellisele punktide arvule vastavat sisukirjeldust. Lähtudes asjaolust, et nimetatud hindamise kriteeriumid andsid pakkujale ulatusliku

¹⁷² RKHKo 3-3-1-62-02.

¹⁷³ Vt nt VAKO 31.07.2014 otsus 165-14/152437 p 12.2.

¹⁷⁴ VAKO 07.04.2014 otsus 55-14/148369.

diskretsiooniruumi, jäi vaidlustuskomisjon resoluutselt seisukohale, et selliste hindamise kriteeriumite puhul ei saa lugeda piisavaks seda, kui hankija kirjutab ümber hankedokumentides esitatud kirjeldused, ilma et oleks vähimalgi määral püüdnud siduda vaidlustaja pakkumuses sisalduvaid asjaolusid hindamise kriteeriumiga.

Töö autor nõustub siinkohal eeltoodud seisukohtadega. Kuigi hankijal peab olema võimalus hinnata pakkumuse kvalitatiivseid omadusi ning kvalitatiivsete omaduste kvantitatiivne hindamine ei pruugi olla võimalik, peab hankija siiski hindamise kriteeriumite valikul enda jaoks selgeks mõtlema, milline on tema seatud hindamise kriteeriumi tegelik sisu ehk need omadused, mis mõjutavad tema jaoks hankelepingu täitmise kvaliteeti. Kui hankija on hindamise kriteeriumite eelselt sellise analüüsi enda jaoks teostanud, ei teki tal ka hiljem pakkumuste hindamise faasis probleemi sisuliste põhjenduste esitamisel.

Praktikas ei ole peetud piisavaks hindamise motivatsiooniks ka seda, kui hankija kasutab pakkumustele antud punktide põhjendamiseks väga üldisi ning ebamääraseid kommentaare. Euroopa Üldkohus on leidnud, et hankija kommentaarid, nagu näiteks „üldiseloomustus hea“, „tööde loetelu on piisavalt üksikasjalik ja tugiekspertide nimekiri väga tugev“, „lepingu raames osutatavate teenuste tase väga konkurentsivõimeline“, „üldhinnang võtmeküsimustele on madal, riskianalüüs ja riskimaandus ei ole hästi määratletud“ ei ole piisavalt konkreetset. Eelnimetatud kommentaaride ebamäärasus ei võimalda Euroopa Üldkohtu hinnangul mõista pakkumusele antud hindamispunkte.¹⁷⁵

Sarnaselt on vaidlustuskomisjon sadamate iseteeninduse lahenduse ostu ja operaatorteenuseid puudutanud hankevaidluses pidanud ebapiisavaks hankija põhjendusi, milles makseterminalide kinnituslahenduse eest anti pakkujale maksimaalsest võimalikust vähem punkte põhjusel, et „pakkuja ei arvestanud pakkumuses kõiki aspekte“.¹⁷⁶ Riigihanke alusdokumentides sätestatud hindamise kriteeriumi kohaselt pidi hankija hindama iseteeninduse makseterminalide kinnituslahendust põhimõttel, mida paremini on kinnituslahendus läbi mõeldud, seda rohkem punkte pakkumus ka saab. Hankija pidi seega pakkujate esitatud kinnituslahendusi võrdlema ning selle tulemusel otsustama, kelle kinnituslahendus on parim. Hankija antud põhjendusest võis välja

¹⁷⁵ EÜKo T-165/12 p 90-92.

¹⁷⁶ VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544 p 14.

lageda küll selle, et kõigi vajalike aspektidega, mida hankija pidas läbimõeldud lahenduse puhul oluliseks, ei olnud arvestatud, kuid põhjendustest ei tulenenud, millised oli need aspektid, mille puudumist pakkujale ette heideti.

Eeltoodud praktika näitab üheselt, et ainuüksi üldsõnaliste kommentaaride esitamine ei ole reeglina see, mida saaks pidada kohaseks hindamisotsuse põhjenduseks RHS § 117 lg 1 tähenduses. Autori jaoks jääb arusaamatuks, kas sedavõrd üldsõnaliste põhjenduste kasutamise tingib üksnes hankijate laiskus, ressursipuudus, asjatundmatus või on selleks mõni muu põhjus. Siiski on raske uskuda, et üldsõnalisele kommentaarile paari lause lisamine, millest tuleneks näitlikult konkreetse pakkumusega seotud faktilised asjaolud, on hankijatele ülejõukäiv ning seega ebaproportsionaalselt hankija õigusi piirav nõue. Seega võib autor hinnangul olla puudulike ja ebamääraste põhjenduste kasutamine paljuski kinni hankijate teadmatuses.

Pakkujate ja hankija huvide ning õiguste tasakaalustamiseks, on Euroopa Üldkohus siiski väljendanud seisukohta, et kuigi edutule pakkujale tuleb esitada põhjendused, mis hõlmavad edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja või pakkujate nimesid ning need edukat pakkumust iseloomustavad andmed, mis andsid edukale pakkumusele eelise tema pakkumusega võrreldes, ei tähenda see, et hankijal oleks kohustus esitada edutule pakkujale terviklikud hindamisprotokollide koopiad.¹⁷⁷ Euroopa Üldkohus on eelnimetatud seisukohta põhjendanud eelkõige sellega, et edutule pakkujale põhjenduste esitamise eesmärk on võimaldada pakkujal oma õigusi kaitsta, kuid see ei tähenda, et hankija peaks andma edutule pakkujale võimaluse kritiseerida hindamisotsust osades, mis edutu pakkuja õiguslikku positsiooni tegelikkuses ei mõjuta.¹⁷⁸ Sellest tulenevalt piisab, kui edutule pakkujale esitatakse edukaks tunnistamise otsuse põhjendused osas, millest nähtuks punktide omistamise aluseks olnud kaalutlused, ning pakkuja taotlusel ka eduka pakkumuse omadused ja suhtelised eelised ning selle pakkuja nimi, kellega leping sõlmitakse.

Eeltoodud Euroopa Üldkohtu seisukoht lähtub küll kuni 26.10.2012 kehtinud Finantsmääruse nr 1605/2002¹⁷⁹ artiklist 100 (2) (Finantsmääruse nr 966/2012¹⁸⁰ artikkel 113 (2)), kuid kuna

¹⁷⁷ EÜKo T-297/09, *Evropaiki Dynamiki v EASA*, p 87; EKo C-561/10, *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p 25.

¹⁷⁸ Samas p 88.

¹⁷⁹ Nõukogu määrus (EÜ, Euratom) nr 1605/2002, 25. juuni 2002, mis käsitleb Euroopa ühenduste üldeelarve suhtes kohaldatavat finantsmäärust. EÜT L 248, 16.09.2002, lk 1.

¹⁸⁰ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) nr 966/2012, 25. Oktoober 2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002. ELT L 298, 26.10.2012, lk 1-96.

Finantsmääruses ja riigihangete direktiivides sätestatud menetlusreeglid on sedavõrd sarnased, saab Üldkohtu seisukohta kohaldada ka riigihanke direktiivide rakendamisele.¹⁸¹ Siiski on kehtivas RHS-s varasemat regulatsiooni pakkuja teavitamise osas veidi muudetud. Kuni 31.08.2017. a kehtinud riigihangete seaduse kohaselt oli hankijal kohustus esitada edutule pakkujale kirjalik teade edukaks tunnistamise otsuse kohta. Kui pakkuja soovis saada informatsiooni selle kohta, millised olid eduka pakkuja eelised võrreldes tema pakkumusega ning eduka pakkuja nime, oli võimalik selle informatsiooni saamiseks esitada eraldi taotlus.¹⁸² Vaatamata sellele, et kehtivad riigihanke direktiivid sätestavad endiselt, et lisateabe saamiseks tuleb pakkujal pöörduda taotlusega hankija poole, on kehtiva RHS-i regulatsioonis eraldi taotluse esitamise kohustusest loobutud. Nimelt sätestab RHS § 47 lg 4 p 3, et juba koos edukaks tunnistamise otsusest teavitamisega, esitab hankija vastavaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkujatele edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja või pakkujate nimed ja nende edukat pakkumust iseloomustavad andmed, mis andsid edukale pakkumusele eelise võrreldes edutu pakkuja pakkumusega. Erandina on lubatud põhjenduste esitamine kolme tööpäeva jooksul edukaks tunnistamise otsuse tegemisest arvates, eeldusel, et otsus on tehtud mitte hiljem kui kümne tööpäeva jooksul pakkumuste avamisest arvates (RHS § 47 lg 6).

Järelikult nõuab kehtiv RHS, et pärast edukaks tunnistamise otsust esitaks hankija pakkujatele lisaks edukaks tunnistamise otsusele, ka selle aluseks olnud põhjendused ning informatsiooni edukat pakkujat iseloomustavate andmete, eduka pakkumuste eeliste ja nime kohta. Autori hinnangul on tegemist mõistliku lahendusega. Majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks toimuv pakkumuste hindamine peab olema väga läbimõeldud ning hindamise tulemuseks olev edukaks tunnistamise otsus peab nii või teisiti olema põhjalikult motiveeritud. Seega ei ole see ilmselt hankijatele võrreldes varasemaga suuremaks koormaks, kuivõrd edukaks tunnistamise otsuse aluseks olevad põhjendused peavad hankija otsuse tegemise hetkeks juba olemas olema.¹⁸³ Lisaks võimaldab see potentsiaalse rikkumise korral pakkujatel kiiremini asuda oma õigusi kaitsma ning tagab hankemenetluse läbipaistvuse.

¹⁸¹ E. Tamm. K. Suurkivi. Analüüs: Ärisaladuse kaitse hankemenetluses. Tallinn: Cobalt, 15.juuni 2015.

Arvutivõrgus:

https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/arisaladuse_ulatus_hankemenetluses_7.pdf?download=1 (20.03.2018).

¹⁸² Vt kuni 31.08.2017 kehtinud riigihangete seadus § 54 lg 2 p 3.

¹⁸³ Riigihangete seaduse seletuskiri, § 47.

Erandina ei ole hindamisotsuse põhjenduste esitamine kohustuslik, kui selliste andmete avaldamine takistaks õigusaktide täitmist, oleks vastuolus avaliku huviga, rikuks ettevõtjate ärisaladust või kahjustaks konkurentsi (RHS § 47 lg 5).

Eeltoodust tulenevalt peavad vähemalt riigihangetes, millele kohaldub RHS § 117 lg-s 1 sätestatud põhjendamise kohustus, olema hankija põhjendused esitatud sellise põhjalikkusega, et need võimaldaksid hankija otsuste üle kontrolli teostamist, tagades hankija otsuste läbipaistvuse, ning sisaldaksid endas nii õiguslikke kui faktilisi asjaolusid, mille pinnalt on pakkujatel võimalik efektiivselt oma õigusi kaitsta. Seejuures tuleb põhjenduste vajaliku ulatuse hindamisel arvestada ka igal üksikjuhul kvalitatiivse hindamise kriteeriumi iseloomu.

3.2. Hankija põhjenduste esitamise viisid

Arvestades, et pakkumuste hindamisel (seda eriti kvalitatiivsetest hindamise kriteeriumitest lähtudes), eesmärgiga selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus, teostab hankija kaalutlusõigust, on äärmiselt oluline, et hankija otsuse aluseks olevatest põhjendustest pakkujaid teavitataks. Lisaks sätestab RHS § 47 lg 4 p 3, et koos edukaks tunnistamise otsusest teate esitamisega, tuleb pakkujatele esitada ka informatsioon eduka pakkuja või pakkujate kohta ning informatsioon nende edukat pakkumust iseloomustavate andmete kohta, mis andsid edukale pakkumusele eelise edutu pakkuja pakkumusega võrreldes.

Euroopa Üldkohtu hinnangul on hankija põhjendamiskohustus nõuetekohaselt täidetud, kui hankija esitab eduka pakkuja väljaselgitamise järgselt viivitamatult edututele pakkujatele põhjendused selle kohta, miks nemad edukaks ei osutunud.¹⁸⁴ RHS § 117 lg 1 kohustab hankijat esitama sellekohased põhjendused kirjalikus edukaks tunnistamise otsuses. Ka HMS § 56 lg 3 sätestab, et kaalutlusõiguse alusel antud haldusakti põhjendustes peavad sisalduma kaalutlused, millest on haldusakti andmisel lähtutud. Seevastu ei pruugi hankija motivatsioon olla alati üheselt märgitud edukaks tunnistamise otsuses endas.

RHS § 117 lg 1 on analoogne säte HMS § 56 lg-ga 1¹⁸⁵, mistõttu võib ka hankemenetluses esitada

¹⁸⁴ EÜKo T-465/04, *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p 47; RHS § 47 lg 1 ja 4.

¹⁸⁵ VAKO 31.07.2014 otsus 165-14/152437 p 8.

edukaks tunnistamise otsuse põhjendused otsusest erinevas menetlusosalistele kättesaadavas dokumendis, millele on edukaks tunnistamise otsuses viidatud. Sellest tulenevalt on aktsepteeritav kui pakkujatele edastatakse hindamiskomisjoni protokollid, millest nähtuvad põhjendused, mille alusel on hankija oma otsuse teinud.¹⁸⁶ Ka aktsepteeritakse praktikas neid põhjendusi, mille on hankija pärast edukaks tunnistamise otsust esitanud vastusena pakkuja päringule¹⁸⁷, kuigi tegemist ei ole otsusele lisatud ametliku dokumendiga. Euroopa Üldkohus on samuti rõhutanud, et otsuse põhjendatust tuleb hinnata selle informatsiooni põhjal, mis on pakkujale teada vaidlustuse esitamise hetkel.¹⁸⁸ Seega saab hindamisotsuse põhjendustena käsitleda ka kõiki täiendavaid põhjendusi, mille hankija on pakkujatele edukaks tunnistamise otsusest eraldi esitanud.

Küll aga tuleb arvestada, et olukorras, kus hankija otsus põhjendusi ei kajasta, ei piisa reeglina hiljem selliste põhjenduste esitamisest kohtu- või vaidlustusmenetluses, kuivõrd põhjenduste hilisem esitamine ei muuda akti tagantjärele tõhusalt kontrollitavaks.¹⁸⁹ Riigikohus leidis toona, et pole võimalik tõendada, et kohtu- või vaidlustusmenetluses esitatud põhjendused on need, millest akti andja ka otsuse tegemisel lähtus. Eeltoodud resolutset seisukohta on Riigikohus haldusmenetluse kontekstis aga tänaseks pehmenetanud, öeldes, et erandina võib siiski esineda olukordi, kus haldusorganil on võimalik tõendada, et haldusaktist välja jäänud, kuid kohtumenetluses esitatud põhjendustest juhinduti tegelikult juba haldusakti andmise ajal. Seejuures on tõendamiskoormus küsimuses kas põhjendus haldusakti andmisel tegelikult eksisteeris ja kas sellega arvestati, haldusorganil.¹⁹⁰

Vaidlustuskomisjon on põhimõtteliselt möönnud, et eeltoodud seisukohta saab laiendada ka vaidlustusmenetlusele, võttes vaidlustusmenetluses hankija esitatud põhjendustest arvesse vaid neid põhjendusi, mille osas vaidlustuskomisjon on veendunud, et hankija neist otsust tehes lähtus.¹⁹¹ Näiteks olukorras, kus kahe hindamise kriteeriumi osas oli pakkujatele edastatud kolmest hindamiskomisjoni liikmest üksnes ühe komisjoni liikme põhjendused, leidis vaidlustuskomisjon, et kui hankija saaks esitada ka kahe teise komisjoni liikme põhjendused, võiks olla võimalik nende arvestamine vaidlustuse lahendamisel.

¹⁸⁶ Vt nt VAKO 31.07.2014 otsus 165-14/152437 p 8.

¹⁸⁷ Vt nt VAKO otsus 146-15/163424 p 9.

¹⁸⁸ EÜKo T-183/00, *Strabag Benelux*, p 58; EÜKo T-297/09, *Evropaiki Dynamiki v EASA*, p 78.

¹⁸⁹ RKHKo 3-3-1-74-11 p 15, RKHKo 3-3-1-13-11 p 9.

¹⁹⁰ RKHKo 3-3-1-29-12, p 20.

¹⁹¹ VAKO 04.08.2016 otsus 161-16/172788 p 11.

Sarnaselt on vaidlustuskomisjon otsustanud ka, et kui hankija on edukaks tunnistamise otsuses pakkumuste hindamise kohta esitanud puudulikud põhjendused, on võimalik hindamisotsuse õiguspärasust tõendada vaidlustusmenetluses, esitades hindamiskomisjoni hindamislehed, mida komisjoni liikmed kasutasid pakkumusi hinnates ning millelt kajastuvad pakkumuste kohta tehtud märkmed ja kommentaarid.¹⁹² Järelikult on hankija pidanud sellises olukorras hankija tegevuse kontrollitavust võimalikuks.

Seevastu ei ole vaidlustuskomisjon pidanud aktsepteeritavaks seda, kui hankija esitab vaidlustusmenetluse käigus hindamise otsuse tegemisega samal päeval toimunud hankija nõukogu koosoleku protokoll, millest nähtuvad hindamiskomisjoni liikmete antud punktid ja põhjendused. Vaidlustuskomisjon on kirjeldatud olukorras leidnud, et sellist dokumenti ei saa pidada hankija otsuse juurde kuuluvaks, kuivõrd tegemist on äriühingu juhtorgani koosoleku protokolliga, mitte hankemenetluses koostatud dokumendiga.¹⁹³ Autori hinnangul võib siiski sellise olukorra puhul, kus pakkumuste hindamise otsuse tegemine ning hankija nõukogu koosolek on toimunud samal päeval, eeldada, et nõukogu koosoleku protokollis kajastuvad põhjendused on ka tegelikkuses need, millest pakkumuste hindamisel lähtuti. Määravat tähtsust ei tohiks omada asjaolu, et nõukogu koosoleku protokoll ei ole otseselt seotud hankemenetluse raames tehtavate toimingutega.

Praktikas on vaidlustuskomisjon pidanud lubatavaks ka seda, kui hankija esitab vaidlustusmenetluse raames selgitused hindamisotsuses esitatud põhjendustele. Olukorras, kus hankija hindas makseterminalide kinnituslahendust jooniste põhjal ning vähendas edutule pakkuja omistatavaid punkte põhjendusel, et „kõiki aspekte pole arvestatud“, nõustus vaidlustuskomisjon algselt vaidlustajaga, et sellised põhjendused ei ole piisavalt selged. Samas muutis vaidlustuskomisjon oma seisukohta pärast seda, kui hankija viitas vaidlustuse läbivaatamisel konkreetsetele joonistele, mille põhjal oli hindamisotsuses esitatud põhjendused tehtud. Vaidlustuskomisjon leidis, et joonistelt nähtub tõepoolest oluline erinevus eduka pakkuja ja vaidlustaja jooniste vahel, mistõttu võib mõista hankija järelust, mille kohaselt on eduka pakkuja kinnituslahendus paremini läbimõeldud, kui vaidlustaja oma.¹⁹⁴

¹⁹² VAKO 15.04.2015 otsus 58-15/156076 p 11.

¹⁹³ VAKO 04.08.2016 otsus 161-16/172788 p 9.

¹⁹⁴ VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544.

Tagantjärele esitatud põhjenduste arvestamine ei ole aga mistahes ulatuses võimalik olukorras, kus hankija on ise tunnistanud, et hindamiskomisjoni liikmed andsid hindepunkte lähtudes oma subjektiivsetest hinnangutest.¹⁹⁵ See on ka mõistetav, kuivõrd riigihanke üldpõhimõtete järgimise tagamiseks peab pakkumuste hindamine toimuma objektiivselt, mis tähendab keeldu hinnata pakkumusi suva alusel. Olukorras, kus hankija tunnistab, et pakkumuste hindamine on toimunud üksnes subjektiivsete hinnangute alusel, ei ole tagatud pakkujate võrdne kohtlemine, kuivõrd hankija kaalutlusõiguse teostamine on läbipaistmatu.

Eeltoodu pinnalt on autori hinnangul oluline, et hankija esitaks majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisele suunatud hindamisotsuse aluseks olevad põhjendused kas edukaks tunnistamise otsuses endas või eraldi dokumendis, millele on edukaks tunnistamise otsuses viidatud. Selliselt on tõhusalt tagatud hankemenetluse läbipaistvus ja kontrollitavus ning pakkujatel on efektiivselt ja kiirelt võimalik oma õigusi kaitsta. Kuigi praktikas on erandjuhtudel võetud vaidluste lahendamisel arvesse ka hankija poolt vaidlustus- või kohtumenetluses esitatud põhjendusi, on tegemist erandlike olukordadega, mistõttu ei ole põhjenduste esitamisega viivitamine hankija ressursside säästliku kasutamise eesmärki arvestades autori hinnangul mõistlik. Seda enam, et hindamisotsuse aluseks olevad põhjendused peavad hankijal olemas olema juba enne edukaks tunnistamise otsuse tegemist.

¹⁹⁵ VAKO 04.08.2016 otsus 161-16/172788 p 11.

KOKKUVÕTE

Võttes arvesse praktikas esinevaid probleeme, mis seonduvad kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisega majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel, oli käesoleva töö eesmärgiks selgitada välja, kuidas piiravad riigihanke direktiivid ja RHS hankija kaalutlusõigust ning millistest riigihanke üldpõhimõtetest on hankija kaalutlusõiguse piirangud kantud. Autor jõudis järeldusele, et RHS-s ja riigihanke direktiivides sätestatud kaalutlusõiguse piirangud on eelkõige kantud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, mis on omakorda tihedalt seotud läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise printsiipidega.

Üheks olulisemaks hankija kaalutlusõiguse piiranguks, mis on kantud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte tagamise eesmärgist, on nõue, mille kohaselt peab kvalitatiivne hindamise kriteerium olema seotud hankelepingu esemega. Hankelepingu esemega seotuse nõue eeldab, et kvalitatiivne hindamise kriteerium omab otsest ja kontrollitavat mõju hankelepingu täitmisele. Lisaks peab hindamise kriteeriumi raames hinnatav näitaja mõjutama pakkumuse majanduslikku soodsust. Hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse hindamisel tuleb igal üksikjuhul lähtuda tehnilises kirjelduses määratletud hankelepingu eseme omadustest või kui hankija pole suuteline hankelepingu eset piisavalt täpselt tehnilises kirjelduses kirjeldama, lähtuda hankelepingu eseme üldisest olemusest.

Kvalitatiivse hindamise kriteeriumi hankelepingu esemega seotuse küsimus on aktuaalne muuhulgas hankelepingut täitvate isikute omaduste hindamisel. Kuigi kvalifitseerimise tingimuste kehtestamine on õiguspärane erand pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest, siis pakkumuste hindamise faasis tuleb pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest rangelt kinni pidada. Sellest tulenevalt on lubatud hinnata küll hankelepingu täitmises vahetult osalevate isikute omadusi, kuid mitte pakkujat kui ettevõtjat tervikuna iseloomustavaid omadusi.

Hankelepingu täitmisel vahetult osalevate isikute spetsiifilise tõendatud töökorralduse, kvalifikatsioon või kogemus peab seejuures olema hankelepingu esemega seotud, et mitte anda hankijale piiramatut valikuvabadust ning tagada kaalutlusõiguse peamise eesmärgi saavutamine – selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumus. Seetõttu on hankelepingut täitvate isikute omaduste hindamine õiguspärane üksnes juhul, kui hankelepingut täitvaid isikuid iseloomustavad

omadused annavad hankijale võrreldes muude spetsialistidega, kes samuti oleksid võimelised hankelepingu täitma, mingi otseselt inimefaktorist sõltuva lisandväärtuse, mis oma olemuselt saab olla diferentseeritav ning mis mõjutab seega pakkumuse majanduslikku soodsust hankija jaoks.

Tõhusa konkurentsi tagamiseks riigihankemenetluses ei soovi hankijad tihtipeale tehnilise kirjelduse tasandil seada hankelepingu esemele liiga kõrgeid nõudmisi, kuivõrd potentsiaalsete lepingupartnerite vähesus võib tuua kaasa tavapärasest kõrgemad hinnad. Samas on hankija lõplik eesmärk sõlmida leping majanduslikult soodsaimat lahendust pakunud pakkujaga. Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kaudu on hankijatel võimalik hankelepingu esemele esitatavate nõuete standardeid tõsta, hinnates kõrgemalt pakkumusi, mille omadused ületavad tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajaid. Arvestada tuleb aga sellega, et hindamise kriteeriumite kaudu hankelepingu eseme sisustamine lubatud ei ole.

Miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamisel kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite raames tuleb hankija kaalutlusõiguse õiguspäraseks teostamiseks samuti jälgida, et hindamise kriteeriumid oleksid seotud hankelepingu esemega. Arvestades, et hankija kasu miinimumnäitajaid ületava pakkumuse puhul ei saa olla lõpmatult suurem üksnes tehnilises kirjelduses sätestatud miinimumnäitajaid täitvast pakkumusest, tuleb hankijal hindamise kriteeriumi siseselt määrata kindlaks minimaalsed ja maksimaalsed tasemed, mille eest pakkumustele punkte antakse. Selliselt saab hankija tagada, et miinimumnäitajaid ületavate omaduste hindamisel ei kaldutaks kõrvale kaalutlusõiguse eesmärgist ning tagataks pakkujate võrdne kohtlemine.

Teise olulise hankija kaalutlusõiguse piiranguna kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite sisustamisel on hankija kohustus tagada hindamise kriteeriumite objektiivsus. Autor jõudis järeldusele, et riigihanke direktiivides sätestatud objektiivsuse nõuet tuleb sisustada direktiivides sätestatud riigihanke üldpõhimõtete kaudu, milleks on läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted. Üldpõhimõtetele vastavad hindamise kriteeriumid peaksid võimaldama ka pakkumuste objektiivset hindamist, tagades seeläbi tõhusa konkurentsi tingimustes majanduslikult soodsaima pakkumuse kindlaks tegemise.

Arvestades, et kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse tagamiseks peab hindamise kriteerium olema sätestatud riigihanke alusdokumentides selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt,

võimaldades mõistlikult informeeritud ja hoolsatel pakkujatel sellest ühtmoodi aru saada, analüüsis autor olemasolevale vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktikale tuginedes, mida tuleks arvesse võtta, hinnates, kas kvalitatiivne hindamise kriteerium on sisustatud piisavalt täpselt, et tagada kooskõla direktiivides sätestatud nõuetega. Autor jõudis järeldusele, et kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite iseloomust tulenevalt ei ole proportsionaalne lugeda õigusvastaseks kõiki selliseid kriteeriumeid, mis sisaldavad endast kasvõi vähesel määral subjektiivseid elemente. Selline lähenemine ei ole kooskõlas direktiivide mõttega, kuivõrd direktiivid nimetavad sõnaselgelt ka hindamise kriteeriume, milles paratamatult sisaldub subjektiivne element (nt esteetilisus, innovaativsus). Autori hinnangul tuleks kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsuse üle otsustamisel leida tasakaal pakkuja ja hankija huvide vahel, vältides olukordi, kus hankija kaalutusõiguse piiranguid kvalitatiivse hindamise kriteeriumi objektiivsus tagamisel tõlgendatakse sedavõrd rangelt, et need välistavad lõppastmes hankija võimaluse selgitada välja konkreetset hankelepingu eset arvestades parima hinna ja kvaliteedi suhtega pakkumus.

Hankija kaalutusõiguse teostamine majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel lõppeb kaalutusotsusega. RHS § 117 lg 1 kohustab hankijat tegema majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamise kohta põhjendatud kirjaliku otsuse. Kaalutusotsuses põhjenduste esitamise peamiseks eesmärgiks on tagada hankija tegevuse kontrollitavus. Kirjalike põhjenduste esitamine tagab läbipaistvuse põhimõtte järgimise ning annab nii vaidlustuskomisjonile kui ka kohtutele võimaluse kontrollida, kas hankija kaalutusõiguse teostamine on olnud õiguspärane. Samuti võimaldab otsuses põhjenduste kajastamine pakkujatel oma õigusi kaitsta.

Hankija põhjenduste nõuetekohase ulatuse hindamisel tuleb arvestada eeltoodud eesmärkidega. Sellest tulenevalt peavad hankija põhjendustes sisalduma nii faktilised kui ka õiguslikud asjaolud, millest lähtudes on hankija majanduslikult soodsaima pakkumuse välja selgitanud. Vaidlustuskomisjoni ja kohtute praktikast nähtuvalt ei peeta RHS § 117 lg 1 kontekstis reeglina piisavaks põhjenduseks üksnes punktide kajastamist otsuses, üksnes riigihanke alusdokumentides määratletud hindamise kriteeriumite definitsioonide ümberkirjutamist ega üksnes üldsõnaliste kommentaaride esitamist. Kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisel on põhjenduste vajaliku ulatuse hindamisel asjakohane lähtuda ka konkreetse kriteeriumi iseloomust. Sellest tulenevalt, mida hinnangulisem on kvalitatiivne hindamise kriteerium ehk mida suurem on hankija kaalutusruum, seda põhjalikumad peavad olema ka hankija põhjendused.

Hankija otsuse aluseks olevatest põhjendustest tuleb alati ka pakkujaid teavitada. Kaalutlusotsuse põhjendused võivad sisalduda otsuses endas, kuid hankija võib põhjendusi kajastada ka eraldiseisva pakkujatele kättesaadavas dokumendis, millele on otsuses viidatud. Erandjuhtudel on praktikas riigihangete vaidlustuskomisjon ja kohtud arvestanud ka hankija põhjendusi, mis on esitatud alles vaidlustus- või kohtumenetluses, kuid sellisel juhul peab vaidlust lahendav organ olema veendunud, et hankija poolt esitatud põhjendustest on ka tegelikkuses majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel lähtunud. Sellest tulenevalt jõudis autor järeldusele, et hankemenetluse läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning pakkujate õiguste efektiivse kaitse tagamise seisukohalt on siiski oluline, et põhjendused esitataks pakkujatele samaaegselt hindamisotsusega.

Lõpetuseks soovib autor tänada oma juhendajat Mari Ann Simovarti, kelle nõuanded olid suureks abiks käesoleva töö kirjutamisel.

LIMITS OF CONTRACTING AUTHORITY'S DISCRETION IN USING QUALITATIVE AWARD CRITERIA

Summary

According to the directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council and the directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council, contracting authorities should base the award of public contracts on the most economically advantageous tender. The most economically advantageous tender should be assessed on the basis of the price-quality ratio, which should also include a price or cost element. In order to determine the most economically advantageous tender from the point of view of the contracting authority, in addition to price and cost element, contracting authority can choose from variety of different criteria. These criteria may include qualitative, environmental and/or social aspects.

In establishing and using the award criteria, contracting authority is exercising its discretion. The discretion is limited by rules established in the public procurement directives and the Public Procurement Act (PPA). The limits are also closely connected to the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and more specifically to the public procurement principles established in the public procurement directives. Therefore, contracting authority must always exercise its discretion within the limits, to avoid errors of assessment.

Although for a long time contracting authorities have been encouraged to assess tenders not only based on price or cost, but to also use qualitative, environmental and social criteria, in Estonia it is common to assess tenders based on the lowest price. In 2017, only in 16% of all the public procurements, contracting authorities used other criteria in addition to price when assessing tenders. Many contracting authorities say that they do not have the proper knowledge of how to determine award criteria correctly and therefore they feel that using criteria, such as quality, increases the risk of potential legal dispute. This can be considered as an important problem.

Therefore, the purpose of the thesis was to determine what are the limits that contracting authority must consider when establishing and using qualitative award criteria in order to determine the most economically advantageous tender and how these limits relate to the main principles of public procurement.

In the first chapter, author analyses the requirement of the qualitative award criteria to be connected to the subject matter of the contract. PPA § 85 subsection 1 states that contracting authority sets out award criteria that are linked to the subject matter of the public contract. This means that contracting authority is not allowed to choose any criteria, but has to ensure that the established criteria are linked to the subject matter of the contract. To meet this requirement, qualitative award criteria must have direct impact on the subject matter of the contract and the impact must be verifiable. In addition, as the ultimate purpose of assessing tenders is to determine the most economically advantageous tender, the impact must also relate to the price-quality ratio. In other words, the criteria can be considered to be linked to the subject matter, if it either increases or decreases the value of the tender. However, as the public procurement directives allow contracting authorities to assess qualitative features of the tender, the impact does not have to be quantifiable.

It has been said that ensuring the link between award criteria and the subject matter of the contract plays a key role in tying down contracting authorities' discretion. The requirement is serving the objective of ensuring equal treatment of the tenderers. Although, it has been considered, whether it would be necessary to lose the strict requirement in order to offer better options for integrating horizontal policies to the procurement process, remaining the link between award criteria and the subject matter of contract continues to be of great importance as it prevents contracting authorities from misusing their power. Author agrees, that maintaining the link between award criteria and subject-matter of the contract is important and proportional limit to the contracting authorities' discretion.

The PPA gives examples of criteria that can be considered as qualitative award criteria. It is important to note that these are only examples and contracting authorities may also assess other features that are not mentioned in the public procurement directives and in PPA. As one of the options PPA § 85 subsection 8 provides that contracting authority may assess specific and proven organization, qualification or experience of persons directly involved in performing the public contract, where the quality of performance of the public contract directly depend on it. This means that while assessing the features of a tenderer must be strictly kept apart from the assessing of tenders, in some cases it is acceptable to include features of the people who are going to perform the contract to the award phase. To prevent the infringement of the principle of equal treatment, the

qualitative features of the staff can only be considered when these features have direct impact on the quality of the performance of the contract, i.e. in contracts for intellectual services such as consultancy or architectural services.

In practice it is common for the contracting authorities to give higher scores to the tenders that exceed the minimum standards established in the technical specifications. This is reasonable, as setting very high standards in the technical specifications, may unduly restrict the competition and therefore lead to higher prices. To maintain the link between the subject matter of the contract and such award criteria, contracting authorities should determine minimum and maximum standards for assessing tenders. This is especially important because leaving the scope open, might lead to losing the link between award criteria and subject matter of the contract.

In the second chapter, author analysis the question of objectivity of the qualitative award criteria. Directives state that award criteria should be objective to ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment, with a view to ensuring an objective comparison of the relative value of the tenders in order to determine, in conditions of effective competition, which tender is the most economically advantageous. In author's view, the objectivity requirement can be considered met if the qualitative award criteria is in compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment, which allows the contracting authority to assess tenders objectively and therefore ensures effective competition.

The objectivity of qualitative award criteria requires that award criteria are established clearly and unequivocally in the procurement documents, so that all the potential tenderers could understand these the same way. In Estonia, it is not very clear, how detailed should the qualitative criteria be, in order to be considered objective. There have been cases, where contracting authorities have tried to use qualitative award criteria, such as aesthetic features, originality, creativeness etc, but the Public Procurement Review Committee has rejected such criteria by referring to their vagueness. Even though the contracting authority established definitions to the criteria, the Public Procurement Review Committee argued that contracting authority would not be able to assess tenders objectively based on established criteria. In author's view, that narrow interpretation of the objectivity requirement is not justified and sets unnecessary limits to contracting authority's discretion.

In author's opinion, when assessing whether the qualitative award criteria are in compliance with the objectivity requirement, a balance between the interests of tenderers and contracting authority must be found. That way it is possible to avoid situations where too narrow interpretation of the objectivity requirement makes it impossible for the contracting authority to assess these features that actually determine the relative value of the tender. If contracting authority is not able to assess features that are important considering the subject matter of the contract, the concept of economically advantageous tender would lose its point.

In the third chapter, author analyses the necessary scope of reasons that contracting authority must present to tenderers when determining the most advantageous tender based on qualitative award criteria. As this is discretionary decision, PPA § 117 subsection 1 states that the contracting authority's decision has to be in written form and must include reasons explaining why one tender turned out to have the best price-quality ratio and why other tenders were scored less points. The main purpose of the reasoning obligation is to ensure the controllability of contracting authority's decisions. Obligation to state reasons is also important to make the procurement process transparent and ensure equal treatment of the tenderers.

In addition, obligation to state reasons must enable tenderers to protect their rights by using effective legal remedies. Different dispute resolution instances have argued that the reasons of contracting authority are sufficient enough, if they include all the necessary factual and legal circumstances, that give the tenderer enough information to understand why its tender was not successful and therefore decide whether their rights have been violated or not.

Author also analyses how contracting authority should inform tenderers of the reasons of the award decision. Although, in exceptional cases in Estonia it has been acceptable to state additional reasons in the litigation procedures, the reasons should be presented to the tenderers at the same time with the decision. Reasons may be stated in the decision or in another document which is accessible to the tenderers. In author's view, stating reasons as early as possible ensures compliance with the principle of transparency and equal treatment the best possible way.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
2. B. Brandm, M. Burgi. Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law. EPPPL 1/2014.
3. C. Bowis. The Law of EU Public Procurement. 2nd Edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012.
4. C. Estevan de Quesada. Competition and transparency in public procurement markets. Public Procurement Law Review 2014, 5, p 229-244.
5. E. Tamm, K. Suurkivi. Analüüs: Ärisaladuse kaitse hankemenetluses. Tallinn: Cobalt 15.juuni 2015. Arvutivõrgus:
https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/arisaladuse_ula_tus_hankemenetluses_7.pdf?download=1 (20.03.2018).
6. G. Piga, S. Treumer. The Applied Law and Economic Public Procurement. London: Routledge 2013.
7. H. Maurer. Haldusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura, 2004.
8. K. Härginen, M. A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - Juridica IX/2013, lk 627-634.
9. P. B. Faustino. Award criteria in the new EU Directive on public procurement. Public Procurement Law Review 2014, 3, p 124-133.
10. P. Lember. Keskkonnakaitsele horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis. Magistr töö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2013.
11. P. Lember. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Juridica IX/2013, lk 635-647.
12. P. Trepte. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide 2nd edition. Oxford: Oxford University Press 2007.
13. R. Karro. Majanduslikult soodsaim pakkumus riigihankes. Magistr töö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2011.
14. S. Arrowsmith (koost). Public Procurement Regulation: an Introduction. Nottingham University 2010. – Arvutivõrgus:

<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf> (17.04.2018).

15. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica VIII/2007, 564-572.
16. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2006.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Eesti Vabariigi õigusaktid

17. Haldusmenetluse seadus. - RT I, 28.12.2017, 21.
18. Riigihangete seadus. - RT I, 01.07.2017, 1.
19. Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76... RT I, 25.10.2016, 20.

Euroopa Liidu õigusaktid

20. Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Arvutivõrgus: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> (20.03.2018).
21. Euroopa Liidu Toimimise Leping. Konsolideeritud versioon. Arvutivõrgus: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=ET> (20.03.2018).
22. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. - ELT L 94, lk 65-243.
23. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - ELT L 94, lk 243-375.
24. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31.märts 2004, ehitustööde riigihankalepingute, asjade riigihankalepingute ja teenuste riigihankalepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. - ELT L 134, lk 132-262.

25. Nõukogu määrus (EÜ, Euratom) nr 1605/2002, 25.juuni 2002, mis käsitleb Euroopa ühenduste üldeelarve suhtes kohaldatavat finantsmäärust. EÜT L 248, 16.09.2002, lk 1.
26. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL, EURATOM) nr 966/2012, 25. Oktoober 2012, mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju ning millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ, Euratom) nr 1605/2002. ELT L 298, 26.10.2012, lk 1-96.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Liidu kohtupraktika

27. EKo 28.03.1985, C-274/33, *Commission vs Italy*.
28. EKo 20.09.1988, 31/87, *Beentjes*.
29. EKo 18.10.2001, C-19/00, *SIAC*.
30. EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*.
31. EÜKo 25.02.2003, T-183/00, *Strabag Benelux*.
32. EKo 29.04.2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*.
33. EÜKo 25.02.2003, T-4/01, *Renco*.
34. EKo 19.06.2003, C-315/01, *GAT*.
35. EKo 04.12.2003, C-448/01, *Wienstrom*.
36. EKo 27.10.2005, C-234/03, *Contse*.
37. EKo 24.01.2008, C-532/06, *Lianakis*.
38. EÜKo 10.09.2008, T-465/04, *Evropaiki Dynamiki v Commission*.
39. EKo 12.11.2009, C-199/07, *Commission v Greece*.
40. EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaiki Dynamiki v Commission*.
41. EÜKo 20.09.2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki v EIB*.
42. EÜKo 25.03.2015, T-297/09, *Evropaiki Dynamiki v EASA*.
43. EKo 10.05.2012, C-368/10, *Euroopa Komisjon vs Madalmaad*.
44. EKo 10.05.2012, C-368/10, *Euroopa Komisjon vs Madalmaad*, kohtujuristi J. Kokott arvamus.
45. EKm 20.09.2011, C-561/10, *Evropaiki Dynamiki v Commission*.
46. EÜKo 13.12.2013, T-165/12, *European Dyanmics*.
47. EKo 21.01.2016, C-603/13, *Ambisig*.

Eesti Vabariigi kohtupraktika

- 48. RKHKo 06.11.2002, 3-3-1-62-02.
- 49. RKHKo 14.10.2003, 3-3-1-54-03.
- 50. TlnHKo 22.05.2006, 3-06-113.
- 51. RKHKo 05.11.2008, 3-3-1-49-08.
- 52. RKHKo 18.05.2011, 3-3-1-13-11.
- 53. RKHKo 05.12.2011, 3-3-1-41-11.
- 54. RKHKo 24.11.2011, 3-3-1-74-11.
- 55. RKHKo 29.11.2012, 3-3-1-29-12.
- 56. TlnHKo 09.06.2014, 3-14-50704.
- 57. RKHKo 09.09.2016, 3-3-1-51-16.
- 58. TlnRnKo 01.06.2017, 3-17-1172.

Teiste riikide kohtupraktika

- 59. Scottish Court of Session 21.03.2013 decision Healthcare At Home Ltd v The Common Services Agency. Arvutivõrgus:
<http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2013/2013CSIH22.html> (20.03.2018)

KASUTATUD RIIGIHANGEDE VAIDLUSTUSKOMISJONI PRAKTIKA

- 60. VAKO 15.10.2008 otsus 126-08/108254.
- 61. VAKO 29.12.2009 otsus 263-09/114560.
- 62. VAKO 05.07.2011 otsus 123-11/125509.
- 63. VAKO 22.11.2011 otsus 217-11/127037.
- 64. VAKO 09.02.2012 otsus 11-12/127796.
- 65. VAKO 08.03.2013 otsus 18-13/138917.
- 66. VAKO 15.03.2013 otsus 34-13/140081.
- 67. VAKO 14.02.2014 otsus 32-14/146416.
- 68. VAKO 27.02.2014 otsus 26-14/148526.

69. VAKO 03.03.2014 otsus 31-14/149368.
70. VAKO 07.04.2014 otsus 55-14/148369.
71. VAKO 14.04.2014 otsus 62-14/149254.
72. VAKO 19.05.2014 otsus 93-14/150367.
73. VAKO 31.07.2014 otsus 165-14/152437.
74. VAKO 25.02.2015 otsus 21-15/159536.
75. VAKO 15.04.2015 otsus 58-15/156076.
76. VAKO 12.06.2015 otsus 105-15/156076.
77. VAKO 15.07.2015 otsus 146-15/163424.
78. VAKO 30.10.2015 otsus 208-15/156076.
79. VAKO 10.03.2016 otsus 31-15/169544.
80. VAKO 19.04.2016 otsus 69-16/172871.
81. VAKO 06.05.2016 otsus 88-16/172871.
82. VAKO 18.05.2016 otsus nr 81-16/172316.
83. VAKO 06.07.2016 otsus 130-16/172316.
84. VAKO 04.08.2016 otsus 161-16/172788.
85. VAKO 15.08.2016 otsus 182-16/17712.
86. VAKO 14.06.2017 otsus 81-17/187280.

MUUD ALLIKAD

87. AS-i Tallinna Sadam riigihange „Muuga sadama õhukvaliteedi seire veebirakenduse arendus“ (viitenumber 149368). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.
88. Euroopa Komisjon. Reoveetaristu keskkonnahoidlike riigihangete kriteeriumid. Euroopa Liit, 2013, lk 33-34. Arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/green_public_procurement_et.pdf (15.04.2018).
89. European Commission. Public Procurement Guidance for Practitioners: on the avoidance of the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds. European Union, 2015. Arvutivõrgus:

- http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_en.pdf (21.04.2018).
90. European Commission. Public Procurement Guidance For Practitioners on avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds. European Union, 2018. Arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_en.pdf (20.03.2018).
91. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy: Towards a more efficient European Procurement Market, COM(2011)15 of January 27, 2011, p 15-16. Arvutivõrgus kättesaadav:
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (17.04.2018).
92. Rahvuskooper „Estonia“ riigihange „Teatri piletimüügi- ja kliendihalduse infosüsteemi täiustamise hankimine“ (viitenumber 172316). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.
93. Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp. Soodsaima lahenduse väljaselgitamise juhend, lk 42. Arvutivõrgus:https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/lib/exe/fetch.php?media=itari:toogrupid:erasektor:avalik:soodsaim_lahendus_v1.0.pdf (15.04.2018).
94. Riigihangete juhised, lk 160. Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014. Arvutivõrgus:
https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhised.pdf (15.04.2018).
95. Riigihangete seaduse seletuskiri 450 SE. Arvutivõrgus:
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (20.03.2018).
96. Riigihankemaastiku 2017 üldine statistika. Rahandusministeerium, 2017. Arvutivõrgus:
https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/2017_uldine_statistika.pdf (02.04.2018).
97. Roheline raamat ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta: Euroopa hanketuru tõhustamine. Brüssel 27.1.2011. KOM (2011) 15 Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ET:PDF> (01.03.2018).

98. Tallinna Linnakantselei riigihange „Tallinna linnale osutatav audiitorteenus“ (viitenumber 152437). Riigihanke alusdokumendid on kättesaadavad riigihangete registris.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Liisa Prints

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Hankija kaalutusõiguse teostamise piirangud kvalitatiivsete hindamise kriteeriumite kasutamisel“,

mille juhendaja on dr. iur. Mari Ann Simovart

- 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 22.04.2018