

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Artur Knjazev

PÕHJENDAMATULT MADALAD PAKKUMUSED RIIGIHANKEÕIGUSES

Magistritöö

Juhendaja
Carri Ginter, PhD

Kaasjuhendaja
Triin Väljaots, *mag iur*

Tartu
2016

Sisukord

Sisukord.....	2
Sissejuhatus	3
1. Regulatsioon EL õiguses.....	7
1.1. Tõlgendamine ja õiguslik raamistik.....	7
1.2. Hankija kaitse	14
1.3. Pakkuja kaitse	18
1.4. Konkurentsi kaitse	26
2. Alapakkumuse olemus	35
2.1. Tuvastamine ja määratlemine	35
2.2. Madala hinna võimalikud põhjused.....	41
2.3. Kaetud kulude meetod	43
2.4. Põhjendatud madalad pakkumused.....	48
3. Alapakkumuste menetlemine Eesti õiguses	55
3.1. Normi tõlgendamine ja eesmärgid.....	55
3.2. Kontrollimine ja tagasilükkamine.....	59
3.3. Konkurendi kaebeõigus	65
Kokkuvõte	70
<i>Abnormally Low Tenders in Public Procurement Law</i>	74
Kasutatud allikad	77
Kirjandus	77
Õigusaktid.....	80
Kohtupraktika	82

Sissejuhatus

Käesolevas magistritöös uuritakse põhjendamatult madalaid pakkumusi riigihankeõiguses. Eesti õiguses kasutatakse mõiste määratlemiseks terminit „põhjendamatult madala maksumusega pakkumus“. Käesolevas töös kasutatakse selle mõiste sünonüümina „alapakkumus“. Tegemist on määratlemata õigusmõistega, mille defineerimine on jäetud hankijate kaalutusotsustuse taha. Vaatamata mõiste umbmäärasusele on hankedirektiivide kohaselt hankijatel alati olnud õigus sellised pakkumused tagasi lükata. Hankija saab kaalutusõiguse alusel alapakkumused kõrvaldada, kui ta peab pakkumust põhjendamatult madalaks. EL hankeõigus põhineb kindlaksmääratud üldistel printsiipidel ja eesmärkidel, millest olulisemad on avatus konkurentsile ja siseturu toimimise tagamine. Ühtlasi keelab hankeõigus diskrimineerimist, paneb hankijale kohustuse kohelda pakkujaid võrdselt ja tegutsema läbipaistvalt. Ent need põhimõtted satuvad teatava ohu alla, kui hankija saab meelevaldselt määratleda alapakkumusi ja seejärel kas tagasi lükata või vastu võtta. Antud töö eesmärk on tuvastada põhjendamatult madala pakkumuse õiguslikud tunnused ja hankija kaalutusõiguse piirid ning teha ettepanek võtta kasutusele alapakkumuse legaalse definitsioon. Selle tulemusel on õiguskord selgem ning tagab lisaks eelnimetatud põhimõtete kinnipidamisele ka õiguskindluse.

Eesti õigust tuleb tõlgendada kooskõlas EL õigusega, selle alusprintsiipide ja eesmärkidega. Samas on Eesti praktika läinud põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni tõlgendamisel kaugemale, kui seda EL õigus ette näeb. Kehtiv riigihangete seadus¹ (edaspidi ka RHS) ei näe sõnastuse poolest hankijale ette kohustuse põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükata (RHS § 48 lg 3). Samuti ei näinud seda ette kuni 18. aprillini 2016 kehtinud Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/17/EÜ² ning 2004/18/EÜ³ sõnastused. Kohustuse puudumisest on lähtunud ka õiguskirjanduses.⁴ Samas 18. aprillil 2016. a pidi

¹ Riigihangete seadus. – RT I, 23.03.2015, 24.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 19-131, art 57.

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 132-262, art 55.

⁴ Ølykke, G. S. *Abnormally Low Tenders. With an Emphasis on Public Tenderers*. Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen 2010, lk 20-21; P. A. Trepte. *Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide*. Second Edition. Oxford University Press 2007, vnr 7.255; S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1*. Third Edition. London: Sweet & Maxwell 2014, vnr 7-268; F. Weiss. *Public Procurement in European Community Law*. European Community Law Series 4. London: The Athlone Press 1993, lk 148.

jõustuma uus riigihangete seaduse eelnõu⁵ (edaspidi ka RHSe), mille põhjendamatult madala pakkumuste regulatsiooni sõnastus näeb hankijale ette kohustuse lükata põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi tagasi (RHSe § 115 lg 3), kuigi selle seaduse aluseks ülevõetud direktiiv 2014/24/EL⁶ ja 2014/25/EL⁷ näevad sellise kohustuse ette üksnes konkreetses olukorras: kui hankija tuvastab, et pakkuja põhjendamatult madal hind on tingitud ettemääratud õigusnormide rikkumisest või mittejärgimisest – keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonnas.⁸ Seega on töö eesmärk hinnata, kas Eesti õigus on selles osas kooskõlas EL õigusega.

EL õiguse teooria ja Euroopa Liidu Kohtu (edaspidi ka ELK) praktika on sisustanud normi eesmärgi erinevalt Eesti kohtutest ja riigihangete vaidlustuskomisjonist (edaspidi ka VAKO). Näiteks on Eesti kohtupraktikas leidnud kinnitust, et alapakkumuste tagasilükkamise õiguse eesmärgiks on tagada eluterve konkurents, kuigi ELK ei ole seda selliselt tõlgendanud. Norm koosneb kahest põhilisest osast: 1) hankija õigus lükata alapakkumusi tagasi; 2) hankija kohustus kontrollida madala hinna põhjendusi. Siiani on autoriteetsed õigusteadlased tõlgendanud hankedirektiive selliselt, et põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise õiguse eesmärgiks on kaitsta hankijaid võimetute pakkujate eest. Sellele leiab toetust ka ELK praktikast. Samas alapakkumuste kontrollimise kohustuse eesmärgiks on kaitsta pakkujaid hankija meelevaldse tagasilükkamise eest ja tagada elutervet konkurentsi. Seetõttu antud töö uurib õigusinstituudi arengut EL õiguses, et tuvastada normi legitiimseid eesmärgi. Eesmärgiks on leida aluse normi teleoloogiliseks ja õiguspäraseks tõlgendamiseks.

Lisaks põhjendamatult madalate pakkumuste määratlusprobleemile on praktikas olnud raskusi need ennekõike tuvastada. Eestis lubab RHS tuvastada alapakkumusi üksnes hankelepingu eeldatavast maksumusest lähtudes. Samas hankija ei saa või ei oska prognoosida eeldatavat maksumust alati õigesti, mille tõttu võib hankijale kahjulik alapakkumus jääda tuvastamata. Põhjendamatult madalad pakkumused kätkevad endas hankelepingu mittekohase täitmise riski, sest pakkujal võib jääda raha puudu, et leping nõuetekohaselt lõpuni täita. Samas on praktikas olnud juhtumeid, kus pakkuja jätab lepingu üleüldse täitmata ja nõuab lõpetamise eest lisaraha.

⁵ Riigihangete seaduse 4. aprilli 2016. a eelnõu.

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.

⁷ 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, 28.3.2014, lk 243-374.

⁸ Direktiivi 2014/24/EL art 69 lg 3 ja direktiivi 2014/25/EL art 84 lg 3 (inglisekeelsed versioonid). Eestikeelne versioon on valesti tõlgitud, kuna see ei sätesta hankija kohustust, vaid õigusena selliseid pakkumusi tagasilükata.

Seega ennekõike esitatakse madala hinnaga pakkumus, et osutada hanke võitjaks ning hiljem kaubeldakse hankijalt välja endale vajalik summa. Seega antud töös on otsitud sobivat tuvastamismeetodit, mille alusel saaks alapakkumusi eristada ja seejärel kontrollida. Ühtlasi on see mõistlik arvestades uute hankedirektiivide regulatsiooniga, mis nõuavad põhjendamatult madalate pakkumuste kontrollimist ning kui tuvastatakse madala hinna põhjuseks keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse normide rikkumine, siis ka tagasi lükkamist.

Eesti praktikas on sissejuurdunud põhimõte, mille kohaselt määratletakse alapakkumusi lähtudes sellest, kas pakkumushind katab ettevõtja kulusid. Samas pakkuja võib soovida majanduslikult ratsionaalsetel põhjustel teha pakkumuse, mis ei kata tema kogukulu. Kui ta on võimeline lepingu nõuetekohaselt seejuures täitma, siis hankija saab sellise tehingu pealt oma eelarve kokku hoida. Ent valitseva praktika kohaselt tuleb Eestis sellised pakkumused tagasi lükata. Käesolevas töös on uuritud põhjendusi ja võimalusi selleks, kuidas ja mis tingimustel võiks pakkuja siiski oma madalat hinda põhjendada.

EL õigus on ülimuslik riigisisese õiguse suhtes, mistõttu on põhiorhk pandud EL õiguse seoste ja ELK praktika uurimisele ning analüüsimisele. Töös on seega olulises ulatuses lähtutud ELK lahenditest ja EL institutsioonide seisukohtadest. Õiguskirjandusest on oluline teos G. S. Ølykke 2010. a raamat, mis põhineb tema doktoritööl, mida ta kirjutas põhjendamatult madalatest pakkumustest. Tema raamatus on tsiteeritud ja refereeritud palju allikaid, mida Eesti raamatukogudes ja internetis ei ole. Ühtlasi sisaldab tema töö mõtteid, mida on edasi arendatud antud töö eesmärkide saavutamiseks. EL hankeõiguses on oluliseks teoseks ka Arrowsmith'i monograafia, mille kõige uuem väljaanne ilmus 2014. aastal.⁹ Tema teosele on tuginenud ka Suurbritannia (edaspidi ka UK) kohus põhjendamatult madalate pakkumuste küsimuses.¹⁰ Lisaks nendele materjalidele on kasutatud hulgaliselt raamatuid ja õpikuid hankeõigusest. Samuti on kasutatud *Westlaw* andmebaasi ning selle kaudu leiduvaid artikleid sellistest õigusajakirjadest nagu näiteks *Public Procurement Law Review* ja *European Law Review*. Kuigi õigusteadlaste arvamused ei ole õiguslikult siduvad, siis nende mõtted võivad oluliselt sisustada ja näitlikustada muidu vaikivat õigusnormi. Eesti õiguse puhul on lähtutud viimase paari aasta raames jõustunud VAKO ja kohtulahenditest, tuues esile ka mõned vanemad märkimisväärsamad lahendid tervikpildi edasi andmiseks. Eesti õiguskirjanduses on

⁹ S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third Edition.* London: Sweet & Maxwell 2014

¹⁰ P. McGovern. *Lifting a Suspension and the Obligation to Investigate Low Bids. The Case of Allpay Limited v Northern Ireland Housing Executive.* *Public Procurement Law Review* 2016, 1, NA17-NA20, p "Abnormally Low Bids".

põhjendamatult madalaid pakkumusi käsitletud põhjalikumalt kahes Juridica artiklis ning raamatus „Riigihangete õigus“¹¹.

Põhjendamatult madalatest pakkumustest riigihankeõiguses on kirjutatud 2011. a magistritöö.¹² Seal jõudis autor järeldusteni, et hankija valib alapakkumuste määratlemisel juhinduda kas hinna- või mittekohase täitmise riski meetodist. Samas otseselt legaaldefiniitsioon kui selline jäi autori töö fookusest välja. Lisaks leidis autor, et hankijal on kohustus alapakkumusi tagasi lükata tulenevalt hankeõiguse üldprintsiipidest ja instituudi eesmärkidest. Ühtlasi pakkus autor välja, et põhjendamatult madalaid pakkumusi tuleks hankelepingu eeldava maksumuse kõrval tuvastada kasutades ka muid näitajaid. Alapakkumuste konkurentidele tuleks tagada kaebeõigus asjades, kus hanke võitis põhjendamatult madal pakkumus. Sel perioodil ei olnud tõepoolest kaebeõigust olemas. Kuigi kõikide järeldustega ei saa täielikult nõustuda, ei ole käesolev töö loodud antiteesi esitamise eesmärgil, vaid komplementaarse sihiga, et anda oma panuse õigusinstituudi parema mõistmisesse ja arengusse.

Käesolev töö koosneb kolmest peatükist. Esimene käsitleb regulatsiooni EL õiguses, käsitledes selle arengut. Teine uurib alapakkumuste olemust ja teeb meetodi osas ettepaneku, kuidas põhjendamatult madalaid pakkumusi tuvastada ja õiguslikult määratleda. Kolmas peatükk käsitleb Eesti õigust ja praktikat alapakkumuste menetlemisel. Struktuurist lähtudes on võimalik ennekõike tutvuda EL õiguses oleva regulatsiooniga, seejärel põhjendamatult madala pakkumuse mõiste, selle tuvastamise ja määratlemise seotud problemaatikaga ning lõpuks hinnata saadud tulemusi Eesti õiguse ja praktika valguses. Töö ülesehitusega on seega võimalik antud töö eesmärgid saavutada.

Siinkohal sooviks tänada oma juhendajaid Carri Ginterit ja Triin Väljaotsa, kelle mõtted ja toetus võimaldasid sellel tööil valmida.

Töö märksõnad: riigihanked, põhjendamatult madala maksumusega pakkumus, alapakkumus, põhjendamatult madalad pakkumused.

¹¹ Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.

¹² Väljaots, T. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendajad C. Ginter ja I. Kull. Tartu Ülikool 2011.

1. Regulatsioon EL õiguses

1.1. Tõlgendamine ja õiguslik raamistik

EL õiguse normi tuleb vaadelda selle juriidilises kontekstis ja tõlgendada kogu EL õiguse valguses, arvestades liidu õiguse eesmärkide ja arenguastmega (ingl k *state of evolution*).¹³ ELK arvestab normi tõlgendamisel aluslepingute mõtte (ingl k *spirit*), reeglistiku süsteemi (ingl k *general scheme*) ja normi sõnastusega.¹⁴ Reeglina alustatakse viimasest ehk grammatilisest tõlgendamisest.¹⁵ Grammatilisel tõlgendamisel lähtutakse õigussätte tõlgendamisel erinevate EL ametlike keelte versioonidest, kuna kõik ametlikud EL õigusaktide tõlked on autentseid.¹⁶ Kui normi tähendus on erinevate keelte versioonis erinev, siis tuleb kinnistunud ELK praktika kohaselt tõlgendada normi kooskõlas regulatsiooni eesmärgi ja vastava reeglistiku süsteemiga.¹⁷ Ent ELK praktikas on kinnistunud põhimõtte, et kui norm on selge ja täpne, siis ei tohi kontekstuaalse või teleoloogilise tõlgendamisega kõrvale heita selle grammatilist ehk sõnalist tähendust.¹⁸

EL õigusnormi grammatilisel tõlgendamisel arvestatakse sätte sõnastuse tavalise keelise tähendusega, kusjuures selge ja täpse õigusnormi tõlgendamine sel viisil tagab õiguskindluse põhimõtte kehtivuse, sest niiviisi on garanteeritud ELK otsuste kõrge ennustatavus. Arvestades *interpretatio cessat in claris* põhimõttega saab üksnes umbmäärast või ebaselget normi tõlgendada viisil, mis kaldub kõrvale teksti tavalisest keelilisest tähendusest. EL õigusnormi võib tõlgendada lähtudes selle normatiivsest kontekstist ja kooskõlas normi eesmärgiga, eriti olukorras, kus normi sõnastus on teatud määral umbmäärane või ebaselge. Kuigi ELK ei kummuta kunagi täpse ja selge normi otsesõnalist tähendust, kuna selline käsitus seab ohtu muu hulgas õiguskindluse põhimõtte kehtivuse, siis olukorras, kus normi grammatiline tõlgendamine võimaldab selle kohaldamisala laiendada, mida EL seadusandja ei ole ette näinud või mis läheb tema eesmärgiga vastuollu, siis võib ELK normi keelilisest tähendusest kõrvale kalduda.¹⁹

¹³ EKo 06.10.1982, kohtuasi 283/81 *CILFIT*, 20.

¹⁴ EKo 05.02.1963, kohtuasi 26/62 *Van Gend en Loos*.

¹⁵ EK 26.10.1995, C-143/94 *Furlanis*, kohtujurist C. O. Lenz ettepanek, p 15.

¹⁶ EKo 06.10.1982, kohtuasi 283/81 *CILFIT*, p 18.

¹⁷ EKo 29.4.2004, C-341/01 *Plato Plastik*, p 64 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹⁸ EKo 15.7.2010, C-582/08 *Komisjon vs Suurbritannia*, p 51 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹⁹ K. Lenaerts, J. A. Gutiérrez-Fons. To Say What the Law of the EU Is. Methods of Interpretation and the European Court of Justice. European University Institute. Academy of European Law. *Sine loco*: EUI Working Paper AEL 2013/9, lk 6-7 ja 28.

EL aluslepingud on sekundaarõiguse kõrval võrdlemisi laia sõnastusega. Aluslepingute keelelist ülesehitust iseloomustab eesmärkide poole püüdlev funktsionaalsus, mistõttu nende sätete tõlgendamine soosib teleoloogilist lähenemist ning piirab grammatilist.²⁰ Kui sekundaarõiguses leiduvat normi saab mitmeti tõlgendada, siis tuleb eelistada varianti, mis tagab kooskõla EL primaarõigusega ja selle tõhusa kehtivuse.²¹ Kui normil on mitu võrdväärset eesmärki, siis tuleb valiku langetamisel lähtuda proportsionaalsuse põhimõttest.²² Kogu EL õigus peab olema omavahel kooskõlas, kuna liit tagab erinevate poliitikavaldkondade ja meetmete kooskõla, arvestades kõiki eesmärke (ELTL art 7). Süstemaatiline tõlgendamine ei või seega anda vasturääkivaid tulemusi. Kokkuvõttes tuleb EL õigusnormi tõlgendada ennekõike lähtudes sätte teksti tavatähendusest ning kui selle kaudu ei saa ühest interpretatsiooni anda, siis tuleb arvestada normi õigusliku konteksti ja selle eesmärkidega, mis tulenevad õigusaktist või aluslepingutest.

Hankemenetlus on EL tasandil reguleeritud direktiividega. EL kohtud juhinduvad sätete tõlgendamisel direktiivi preambulast, mis kajastab selle õigusakti vastuvõtmise põhjused ja eesmärgid (ELTL art 296). Hankedirektiivi preambula sisaldab ka selle regulatsiooni aluspõhimõtteid, mida on vaja silmas pidada direktiivide ülevõtmisel ja seejärel ülevõetud õiguse rakendamisel.²³ Riigihangete valdkonnas on kehtestatud mitmeid erineva reguleerimisalaga hankedirektiive. Tänapäevase seisuga on ehitustööde, teenuste ja asjade hankelepingute sõlmimise kord reguleeritud ühe direktiiviga. Vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris teisega. Kaitsevaldkonna hangetes kolmanda hankedirektiiviga. Samas enne 2004. a oli ehitustööde, asjade ja teenuste hankelepingute sõlmimise kord reguleeritud eraldiseisvate direktiividega. Kuigi tegemist on erinevate õigusaktidega, siis ELK arvestab ühe hankedirektiivi normi tõlgendamisel kogu riigihangete süsteemiga, kaasa arvatud teiste hankevaldkondade direktiividega, suuresti kuna riigihangete õigus lähtub samadest põhimõtetest ja eesmärkidest saavutamisest.²⁴ Näiteks kohus on nelja eraldiseisva direktiivi puhul sedastanud, et nende ühine eesmärk on välistada konkurentsivastast tegevust riigihangete valdkonnas.²⁵ Seejuures tasub arvestada, et ELK juhindub teleoloogilise tõlgendamismeetodi kasutamisel lisaks hankedirektiivide preambulas sätestatud eesmärkidest ja põhimõtetest ka aluslepingutes kehtestatud üldistest eesmärkidest.²⁶ Seega tuleb hankedirektiivide normide

²⁰ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, 2013, lk 13.

²¹ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, 2013, lk 16.

²² Lenaerts, Gutiérrez-Fons, 2013, lk 25.

²³ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica VIII/2007*, lk 564.

²⁴ EK 17.12.2008, C-250/07 *Komisjon vs Kreeka Vabariik*, kohtujurist M. P. Maduro ettepanek, p 17;

²⁵ EKO 21.2.2008, C-412/04 *Komisjon vs Itaalia Vabariik*, p 2.

²⁶ Ølykke 2010, lk 31 ja 35.

tõlgendamisel arvestada kogu hankeõiguse süsteemi, direktiivide otstarbe ja põhimõtete ning aluslepingute eesmärkidega.

Direktiivi ettevalmistavad aktid ei ole õiguslikult siduvad (ELTL art 288), kuigi need võivad olla abiks seadusandja tahte tuvastamisel. Nende kasutamine on sekundaarõiguse tõlgendamisel kasvav trend, sest need võimaldavad välja selgitada seadusandja kavatsust ja seeläbi abistada normi õige tõlgenduse leidmisel.²⁷ Samas ei tohi normi legislatiivne ajalugu heita kõrvale selle autonoomset tähendust.²⁸

EL aluslepingud ei reguleeri otseselt riigihankeõigust, vaid sisaldavad selle valdkonna aluseks olevaid õiguspõhimõtteid ja eesmärke. Riigihankeõiguse reguleerimist direktiividega on peetud vajalikuks aluslepingutes kehtestatud põhimõtete realiseerimiseks, milleks on kaupade ja teenuste vaba liikumine, asutamisvabadus ja diskrimineerimise keeld.²⁹ Hankedirektiivide põhieesmärgiks peetakse siseturu rajamist ja hanketurgede avamist kauplemisele.³⁰ Riigihanked on tänavu üheks oluliseks turupõhiseks vahendiks, millel on määrav osa „Euroopa 2020“ strateegia eesmärkide täideviimisel, muu hulgas ressursitõhusa ja konkurentsivõimelise majanduse edendamisel ning kõrge tööhõivetasemega majanduse tugevdamisel, et tagada sotsiaalne ja territoriaalne ühtekuuluvus.³¹ Eelnimetatud strateegias on rõhutatud, et riigihankepoliitika peab tagama avaliku sektori vahendite kõige tõhusama kasutuse ja hanketurud peavad olema avatud kogu liidu piires.³² Seega riigihanked panustavad siseturu toimimisse hangete avamisega liidusisesele konkurentsile, edendades tõhusat majandust.

Euroopa Liidu leping³³ (ELL) ja Euroopa Liidu toimimise leping³⁴ (ELTL) on liidu kehtivad aluslepingud, mille lahutamatuks osaks on nendele lisatud protokollid (ELL art 51). Liidu õiguslikud põhieesmärgid ja -meetmed on sätestatud aluslepingutes. ELTL preambul sätestab ühe eesmärgina tagada ausat konkurentsi. ELL kehtestab, et liit loob siseturu ja taotleb säästvat arengut, mis põhineb muu hulgas kõrge konkurentsivõimega sotsiaalsel turumajandusel (ELL art 3 lg 3). Aluslepingute eesmärgiks on luua toimiv siseturg, et tagada vaba liikumise

²⁷ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, 2013, lk 22-23.

²⁸ EKo 8.11.2005, C-443/03 *Götz Leffler*, p 48.

²⁹ C. Bovis. *EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2007, lk 4; EKo 27.11.2001, C-285/99 *Lombardini*, p 4.

³⁰ S. Arrowsmith (editor). *EU Public Procurement Law. An Introduction. Sine loco*: University of Nottingham 2010, lk 58-59.

³¹ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM(2011) 896 lõplik, lk 2.

³² Samas.

³³ Euroopa Liidu leping. Konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 13-45.

³⁴ Euroopa Liidu toimimise leping. Konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-199.

põhimõtte realiseerumist praktikas.³⁵ Liikmesriikidel on kohustus siseturuga seonduvaid eesmärke täita (ELTL art 120), võttes kasutusele sellist majanduspoliitikat, mis on kooskõlas vabal konkurentsil põhineva avatud turumajanduse põhimõttega (ELTL art 119 lg 1). Aluslepingutele lisatud protokoll nr 27 kinnitab, et konkurents ei tohi olla moonutatud. ELTL sisaldab muu hulgas konkurentsialaseid ja riigiabiõiguse sätteid.³⁶ Viidatud sätted, põhimõtted ja eesmärgid on olulised hankedirektiivide tõlgendamise seisukohalt, kuna EL sekundaarõigust tuleb tõlgendada kooskõlas primaarõiguse ehk aluslepingutega.

EL hankedirektiivid sisaldavad regulatsiooni põhjendamatult madalatest pakkumustest alates esimesest hankedirektiivist aastast 1971, mis reguleeris ehitustööde hankelepingute sõlmimise korra ühtlustamist liikmesriikide vahel.³⁷ See oli esimene rahvusvaheline õigusakt, mis sisaldas sellist regulatsiooni. Esimene rahvusvaheline riigihankeleping, mis on praeguse WTO vastava lepingu eelkäija, allkirjastati 1979. a ja jõustati 1981. a, kuigi nii direktiivi kui ka rahvusvahelise riigihankelepingu aluseks olevate põhimõtete ja meetmete väljatöötamine toimus teatud vastastiku koostöö raames Euroopa Majandusühenduse, rahvusvaheliste organisatsioonide (ITO ja OECD mängisid olulist rolli) ning erinevate riikide valitsuste vahel 1960-ndatel aastatel.³⁸ Seega direktiiv reguleeris põhjendamatult madalaid pakkumusi esimesena, kusjuures selle regulatsioon on WTO riigihankelepingutega võrreldes oluliselt detailsem³⁹.

Kehtiv põhjendamatult madala pakkumuste regulatsioon sisaldub järgmistes hankedirektiivides: direktiivi 2014/24/EL (edaspidi ka klassikaline direktiiv) artiklis 69, direktiivi 2014/25/EL (edaspidi ka võrgustiku direktiiv) artiklis 84 ja direktiivi 2009/81/EÜ⁴⁰ (edaspidi ka kaitsevaldkonna direktiiv) artiklis 49. Kehtiv kontsessioonilepingute direktiiv 2014/23/EL⁴¹ vastavat küsimust ei reguleeri. Kui hankijaks on EL institutsioon, siis tal tuleb alapakkumuste menetlemisel lähtuda komisjoni määrusest 2015/1929⁴² (edaspidi ka komisjoni

³⁵ Ølykke 2010, lk 60.

³⁶ ELTL art-d 101 ja 102, 107 ja 108.

³⁷ Euroopa Nõukogu direktiiv 71/305/EMÜ, 26. juuli 1971, ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 185, 25.8.71, lk 682-692.

³⁸ G. Marceau, A. Blank. History of the government procurement negotiations since 1945. – Public Procurement Law Review 1996, 4, lk 77-78.

³⁹ Vrdl Revised Agreement on Government Procurement, 30 March 2012, art XV lg 6 või selle eelkäijatega. Arvutivõrgus: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm (04.03.2016).

⁴⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmimise korra ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.8.2009, lk 76-136.

⁴¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 1-64.

⁴² Komisjoni delegeeritud määrus (EL) 2015/2462, 30. oktoober 2015, millega muudetakse delegeeritud määrust (EL) nr 1268/2012, mis käsitleb Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL, Euratom) nr 966/2012 (mis käsitleb

finantsmäärus) artiklist 151. Regulatsiooni sõnastus on klassikalise ja võrgustiku direktiivi ning komisjoni finantsmääruse puhul sama. Kaitsevaldkonna direktiivi regulatsiooni sõnastus on erinev, kuna see jälgendab endiseid hankedirektiive (2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ).

Kehtivate direktiivide läbivaks eesmärgiks on tõsta paindlikkust hankemenetluses. Näiteks on suurendatud läbirääkimismenetluse kasutamise võimalusi. Paindlikkus on samas väga tihedalt seotud hankija diskretsiooniõigusega, mille sihiks on saavutada paremaid tulemusi hankemenetluses. Üheks võimaluseks on rakendada diskretsiooniõigust konkurentsi paremaks ärakasutamiseks.⁴³

Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee on kehtivate hankedirektiivide väljatöötamisel märkinud, et hankijad peavad pöörama erilist tähelepanu pakkumustele, mis näivad põhjendamatult madaladena. Kui hind on oluliselt allpool teistest esitatud pakkumustest, siis hankijal peab olema kohustus küsida nende kohta selgitusi. Kui pakkuja põhjendused ei ole veenvad, siis peab hankijal olema õigus pakkumust tagasi lükata.⁴⁴

Klassikalise ja võrgustiku direktiivi preambula kohaselt tuleb hankelepingute sõlmimisel juhinduda ELTL-s sätestatud õiguspõhimõtetest. Neid võib liigitada üldpõhimõteteks ja rakenduspõhimõteteks. Esimesed tulenevad otse aluslepingust, teised on tuletatud esimestest, et tagada üldpõhimõtete kehtivust.⁴⁵ Kolm esimest on järgmises loetelus üldpõhimõtted ja ülejäänud on rakenduspõhimõtted:

- 1) kauba vaba liikumine;
- 2) asutamisvabadus;
- 3) teenuste osutamise vabadus;
- 4) võrdne kohtlemine;
- 5) diskrimineerimise keeld;
- 6) vastastikune tunnustamine;
- 7) proportsionaalsus;

Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju) kohaldamise eeskirju. – ELT L 342, 29.12.2015, lk 7-56.

⁴³ X. C. García-Andrade. Why Manova is Not Slovensko. A New Balance Between Equal Treatment of Tenderers and Competition? Public Procurement Law Review 2015, 4, NA109-NA117, p 3.

⁴⁴ European Economic and Social Committee. Working Document of the Section for the Single Market, Production and Consumption. INT/624-625-626. Public Procurement and concession contracts. Brussels, 13 February 2012, p 4.26. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/r_ces290-2012_dt_en.doc (22.04.2016).

⁴⁵ Klassikalise direktiivi preambula punkt 1 ja võrgustiku direktiivi preambula punkt 2.

8) läbipaistvus.

Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet käsitletakse vahenditena, mille kaudu tagada vaba liikumist ja turu avanemist.⁴⁶ Hankedirektiivide nõudeks on avada hankelepingud konkurentsile.⁴⁷ Konkurents ei ole küll põhimõttena sätestatud, samas preambula sõnastus viitab, et avatus konkurentsile on direktiivide eesmärgiks.⁴⁸ ELK on oma praktikas kinnitanud, et riigisisest hankeõigust tuleb kohaldada viisil, mis tagab vaba konkurentsi, pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttest kinnipidamise.⁴⁹ Võrdse kohtlemise põhimõte tähendab väljakujunenud ELK praktika järgi seda, et võrreldavaid olukordi ei käsitletaks erinevalt ja erinevaid olukordi ei käsitletaks võrdväärse, välja arvatud juhul, kui selline käsitus on objektiivselt põhjendatud.⁵⁰ Läbipaistvuse nõude põhiline eesmärk on tagada hankereeglite kinnipidamist, välistades ennekõike onupojapoliitika täideviimist eduka pakkuja valimisel või näiteks hankija meelevaldset käitumist pakkumuste tagasilükkamisel.⁵¹

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse regulatsiooni peetakse õiguskirjanduses eraldiseisvaks erinormiks pakkumuste hindamiskriteeriumite kõrval: kui hankija on tuvastanud põhjendamatult madala pakkumuse, siis ta ei pea pakkumust hindamiskriteeriumite alusel eraldi hindama.⁵² Sama kehtib ka RHS(e)-i puhul, sest kui hankija lükkab pakkumuse selle põhjendamatult madala hinna tõttu tagasi (RHS § 48 lg 3; RHSe § 115 lg 3), siis ei osale pakkuja edaspidi hankemenetluses (RHS § 47 lg 9; RHSe § 114 lg 1 viimane lause). Eesti kohtupraktika ja VAKO on jõudnud samale järeldusele ja täpsustanud, et isegi kui pakkumus on tunnistatud vastavaks hanketingimustele RHS § 47 alusel (RHSe § 114), siis võib pakkumus siiski olla põhjendamatult madala maksumusega, mis annab eraldiseisva tagasilükkamise aluse.⁵³ Sellele leiab kinnitust ka ELK praktikast.⁵⁴

Vaatamata hankedirektiivide jooksvale muutmisele ja uute vastuvõtmisele, on põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni sisulised põhielemendid jäänud samaks: hankijal on alati olnud õigus põhjendamatult madalat pakkumust tagasi lükata ning sellele õigusele on alati

⁴⁶ García-Andrade, p 2.2.

⁴⁷ Samas.

⁴⁸ Kirjutan sellest lähemalt alapeatükis 1.4.

⁴⁹ EKo 27.11.2001, C-285/99 *Lombardini*, p 76.

⁵⁰ EKo 10.10.2013, C-336/12 *Manova*, p 30.

⁵¹ EKo 29.3.2012, C-599/10 *Slovensko*, p 25.

⁵² A. S. Graells. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. UK: Hart Publishing 2011, lk 323.

⁵³ TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 16-17; VAKOo 19.03.2014, 39-14/148620; VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 8.1.

⁵⁴ EÜKo 25.2.2003, T-4/01 *Renco*, p 76.

eelnenud kohustus läbi viia teatud eesmärgi ja sisuga *inter partes* kontrollimenetlus madala pakkumuse esitanud pakkujaga.⁵⁵ Seetõttu saab nende elementide sisu lahti selgitamisel juhinduda varasemast ELK praktikast, kus tõlgendati vanemaid hankedirektiive.⁵⁶ Samas tuleb arvestada, et Euroopa Üldkohtus on valdavalt tõlgendatud komisjoni finantsmääruses sisalduvat regulatsiooni ning endise määruse 2342/2002⁵⁷ artikkel 139 nägi sõnastuse poolest hankijale ette kohustuse lükata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi,⁵⁸ mistõttu on teksti sõnastusel võrreldes hankedirektiividega oluline sisuline erinevus.

Põhjendamatult madalate pakkumuste sätte esialgse mõtte saab tuletada Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee (edaspidi ka EMS) seisukohtadest, mida anti esimese hankedirektiivi 71/305/EMÜ väljatöötamisel. Euroopa Komisjoni ettepanek direktiivi vastuvõtmiseks ei kajastanud vastavat sätet. Seevastu EMS-i selgitused sisaldasid mõningaid mõtteid, mida EL seadusandja hiljem põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooniks kujundas. Esiteks, tõi EMS välja, et hindamiskriteeriumile „madalaim hind“ saab vastata üksnes selline pakkumus, mis on väikseima maksumusega ning ühtlasi kooskõlas nii hanketingimuste kui ka riigisisese õigusega. Teiseks, tõi EMS välja, et kui madalaima hinnaga pakkumuse puhul kahtlustatakse, et see sisaldab vigu või puudusi, siis sellist pakkumust ei tohi tagasi lükata ilma pakkujalt selgitusi küsimata.⁵⁹

Eelviidatud EMS-i seisukohtadest saab järeldada, et kui pakkumus ei vasta nõuetele ehk hanketingimustele või riigisisesele õigusele, siis seda ei saa põhimõtteliselt edukaks välja kuulutada. Selline käsitus tagab ühtaegu pakkujate võrdset kohtlemist, kuna hanke saavad sel juhul võita üksnes nõuetekohased pakkumused, mille hulgast valitakse kõige väiksema hinna alusel. Kui aga pakkumushind on niivõrd madal, et hankija kahtlustab pakkumuse juures vigu või puudusi, siis tuleb selle esitanud pakkujale anda võimaluse teha selgitava avalduse. Viimast tähistatakse tänapäeval kontrollimenetlusena. Selle läbiviimine tagab samuti võrdset kohtlemist ja suurendab läbipaistvust, kuna selle käigus on võimalik välja selgitada, kas madala hinna taga on arvestatav põhjus. Kontrollimenetluse kohustuslik läbiviimine piirab hankija diskretsiooni

⁵⁵ Kontrollimenetluse suhtes kehtestati ajutine erand kuni 31. detsembrini 1992 Euroopa Nõukogu 18. juuli 1989. a direktiiviga 89/440/EMÜ. Erand on käsitletud EK 26. oktoobri 1995. a kohtuasjas C-143/94 *Furlanis*. Samasugune erand sisaldub ka ehitustööde hankedirektiivis 93/37/EMÜ.

⁵⁶ EKo 27.11.2001, C-285/99 *Lombardini*, p 50.

⁵⁷ Komisjoni määrus (EÜ, Euratom) nr 2342/2002, 23. detsember 2002, millega kehtestatakse Euroopa ühenduste üldeelarve suhtes kohaldatavat finantsmäärust käsitleva nõukogu määruse (EÜ, Euratom) nr 1605/2002 üksikasjalikud rakenduseeskirjad. – ELT L 357, 31.12.2002, lk 145-215.

⁵⁸ Komisjoni finantsmäärus 2342/2002, art 139 lg 1: „*If, for a given contract, tenders appear to be abnormally low, the contracting authority shall, before rejecting such tenders on that ground alone /---/*“ (autori rõhutused).

⁵⁹ Ølykke 2010, lk 126-127: EMS-i originaaltekst on eraldi tsiteerituna välja toodud.

ja meelevaldsuse lükata tagasi väga madalaid pakkumusi, mille taga on tegelikult mõistlik põhjus.⁶⁰

Õiguskirjanduses leiab EMS-ile sarnaseid käsitusi, nimelt et madalaima hinnaga pakkumus peab olema ühtlasi legaalne (ingl k *legitimate*). Näiteks kui pakkumushind on kujunenud arvestamata kohalduvate tööõiguse normidega, siis see ei ole legaalne pakkumus. Hinda ei saa pärast pakkumuse esitamist ilma läbirääkimisteta enam muuta. Seega sellistel juhtudel tuleb alapakkumusi tagasi lükata.⁶¹

Seega põhjendamatult madala pakkumuste regulatsiooni esialgne mõte oli kaitsta nii pakkujaid kui ka hankijaid. Esiteks, hankijad ei pea aktsepteerima vigaseid või puudustega pakkumusi, kuid mida nad peavad muidu kõige väiksema hinna tõttu vastu võtma. Teiseks, pakkujad saavad olla kindlad, et nende pakkumust ei lükata kahtluse tõttu tagasi enne, kui neil on olnud võimalus anda selgitusi. Kuigi EMS-i tähelepanekud puudutasid üksnes üht hindamiskriteeriumit kahest, nimelt madalaimat hinda, siis EL seadusandja laiendas põhjendamatult madala pakkumuse regulatsiooni ka teisele hindamiskriteeriumile – majanduslikult soodsaim pakkumus.⁶² Seega sõltumata hindamiskriteeriumist on hankijal õigus lükata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi. Samas kehtivad hankedirektiivid võimaldavad hindamiskriteeriumina kasutada üksnes majanduslikult soodsaimat pakkumust.⁶³

1.2. Hankija kaitse

Riik või selle organ siseneb turule lähtudes avalikust huvist, seejuures hankija juhindub hankelepingu sõlmimisel oma eelarvest, poliitiliselt seatud tingimustest ja avaliku huvi teenimise eesmärgist.⁶⁴ Hankemenetlus on üks avaliku huvi haldamise viisidest.⁶⁵ EMS soovis eelnevate hankedirektiivide vastuvõtmisel kehtestada kohustuse lükata tagasi alapakkumusi, mille taga ei ole adekvaatset õigustust.⁶⁶ Seadusandja siiski kohustuse kasuks ei otsustanud. EL

⁶⁰ Samas.

⁶¹ K. Krüger, R. Nielsen, N. Bruun. *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. Copenhagen: DJØF Publishing 1998, lk 150.

⁶² Direktiiv 71/305/EMÜ, art 29 lg 5; EK 10.02.1982, kohtuasi 76/81 *Transporoute*.

⁶³ Direktiiv 2014/24/EL, art 67 lg 1; direktiiv 2014/25/EL, art 82 lg 1.

⁶⁴ Bovis 2007, lk 11-12.

⁶⁵ EK 5.6.2001, C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist D. R.-J. Colomer ettepanek, p 30.

⁶⁶ Economic and Social Committee. *Opinion on the 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts'* (2001/C 193/02). – ELT C 193, 10.7.2001, lk 12, p 4.10.

hankeõigust käsitlevas õiguskirjanduses ollakse valdavalt seisukohal, et põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise õiguse olemasolu on loodud hankija kaitseks. Alapakkumused sisaldavad endas lepingu mittekohase täitmise riski. Kehtivate hankedirektiivide preambula möönab, et alapakkumus võib põhineda tehniliselt, majanduslikult või õiguslikult ebausaldusväärsetel eeldustel või tavadel.⁶⁷ Samas hankija kaitse-eesmärki ei ole ELK üheski lahendis otsesõnu maininud. Kohus on põhjendamatult madalate pakkumustega seoses tõlgendanud enamasti kontrollimenetluse tähendust ja selle eesmärki. Ent *ARGE* lahendis ütles kohus, et kui pakkuja on saanud ebaseaduslikku riigiabi ning kohustus maksta see tagasi ähvardab tema majanduslikku olukorda selliselt, et pakkuja ei pruugi olla suuteline tagama lepingu täitmisel vajalikku finantsilist ja majanduslikku kindlust, siis hankija võib sellise pakkumuse tagasi lükata.⁶⁸ Seega leiab ELK praktikast tugeva vihje, et alapakkumuste tagasilükkamine on loodud hankija huvide kaitseks.

Arrowsmith on oma 2002. a artiklis öelnud, et kõik (hanke)direktiivid võimaldavad lükata tagasi pakkumusi, kui pakkuja ei suuda hankija kaalutluse kohaselt hankelepingu ettenähtud tingimustel täita. Tegemist on varjatud (ingl k *implicit*) mõttega, mis avaldub direktiivi põhjendamatult madalate pakkumuste sõnaselges (ingl k *explicit*) regulatsioonis. Hankijal on õigus lükata „võitnud“ pakkumuse tagasi, kui selle hind on konkreetse pakkuja suhtes ebarealistlik.⁶⁹

McCrudden on 2007. a öelnud, et hankedirektiivid näevad ette üksnes protseduuri alapakkumuste tagasilükkamiseks, mille kohaselt võib hankija lükata pakkumuse tagasi selle põhjendamatult madala maksumuse tõttu, ent selle õiguse kasutamise jaoks peab eelnevalt läbi viima direktiiviga ettenähtud kontrollimenetluse.⁷⁰ Trepte on 2007. a öelnud, et ebamõistlikult madal hind võib tekitada kahtluse, et pakkuja ei suuda hankelepingut nõuetekohaselt täita või et ta tegi hinnapakumisel vea, mistõttu võib hankija sellise pakkumuse tagasi lükata, kui ta leiab, et hankelepingu kohane täitmine on ohustatud, kuid ei ole kohustatud seda tegema.⁷¹

Graells on 2011. a võtnud seisukoha, et põhjus, miks hankijal on üleüldse õigus põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükata, seisneb selles, et teda ei saa sundida kuulutama edukaks pakkumust, mille puhul esineb põhjendatult hankelepingu mittekohase täitmise risk. Oht võib

⁶⁷ Direktiiv 2014/24/EL, preambula p 103; direktiiv 2014/25/EL, preambula p 108.

⁶⁸ EKo 7.12.2000, C-94/99 *ARGE*, p 30.

⁶⁹ S. Arrowsmith. Electronic Reverse Auctions under the EC Public Procurement Rules. Current Possibilities and Future Prospects. Public Procurement Law Review 2002, 6, p 3.9 ja joonealune viide nr 26.

⁷⁰ McCrudden 2007, lk 552.

⁷¹ Trepte 2007, vnr 7.252, 7.255-7.256.

seisneda ka selles, et pakkuja ei suuda madala hinna juures täita kõiki hankelepingule kohalduva õigusega ettenähtud kohustusi, näiteks tööõigusest tulenevaid norme. Selline pakkumus üldiselt ei rahuldaks hankija vajadusi, kuna sunniks enda peale võtma soovimatuid riske. Kuigi hankijal ei ole kohustust alapakkumusi tagasi lükata, siis tema diskretsioon ei ole siiski piiramatult. Kaalutusõiguse teostamisel tuleb juhinduda hankeõiguse ja aluslepingute üldprintsiipidest, eriti diskrimineerimise keelust ja konkurentsi põhimõttest. Graells tunnustab, et põhjendamatult madalate pakkumused võivad kaasa tuua konkurentsi moonutusi või põhjustada negatiivseid tagajärgi innovatsioonile. Kui hankija kogutud tõendite alusel järeldusele, et hind on põhjendamatult madal ja pakkumus sisaldab endas teatava mittekohase täitmise või mõne õigusakti rikkumise riski, siis tulenevalt hoolsast administratsiooni põhimõttest (ingl k *principle of diligent administration*) hankija peab loogiliselt pakkumuse tagasi lükkama, välja arvatud siis, kui ta suudab selle vastuvõtmist piisavalt motiveerida tuginedes ülekaalukale legitiimsele põhjusele – see tähendab juhul, kui alapakkumuse aktsepteerimisel saadav eelis kompenseerib potentsiaalseid riske.⁷²

Arrowsmith kirjutab 2014. a, et eriti soodsalt madal pakkumushind tekitab hankijale kahtluse, et pakkuja ei ole tegelikult võimeline selle hinnaga hankelepinguga seonduvaid kohustusi nõuetekohaselt täitma, või esineb oht, et pakkuja jätab lepingutäitmise pooleli ja nõuab enne lõpule viimist lisatasu, või et pakkuja on saanud ebaseaduslikku riigiabi. Seetõttu soovivad liikmesriigid tihtipeale selliseid pakkumusi tagasi lükata, kas siis lepingu mittekohase täitmise riski tõttu või riigiabi poliitika (ingl k *policy*) toetamiseks. Alapakkumuste tagasilükkamise õiguse olemasolu eesmärgiks on tagada hankijatele võimaluse kõrvaldada menetlusest pakkumusi, mis kätkevad endas hankelepingu mittekohase täitmise riski või seadusvastast riigiabi.⁷³

UK 2015. a kohtulahendis on leitud, et hankedirektiiv annab hankijale õiguse põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükata ning tal ei ole üldist kohustust alapakkumusi kontrollida, kui ta ei soovi neid tagasi lükata. Kohus jättis ELK *Slovensko* lahendi kõrvale, tuginedes selles osas Arrowsmith'i kriitikale, mille kohaselt on *Slovensko* käsitlus puudulik.⁷⁴

⁷² Graells 2011, lk 325-326.

⁷³ Arrowsmith 2014, vnr 7-252 ja 7-253.

⁷⁴ P. McGovern. Lifting a Suspension and the Obligation to Investigate Low Bids. The Case of Allpay Limited v Northern Ireland Housing Executive. Public Procurement Law Review 2016, 1, NA17-NA20, p "Abnormally Low Bids".

Kohtujurist *Lombardini* asjas on leidnud, et väga madalaid hindu võivad vaba konkurentsi tingimustes mõjutada mitmed asjaolud. Kui piirata pakkuja võimalust esitada selgitusi madala hinna põhjendamiseks, näiteks nõudes üksnes teatud liiki selgitusi, siis hankija võib lõpuks lükata tagasi pakkumuse, mis tegelikkuses vastab kõige enam avalikule huvile. Kontrollimenetluses tuleb pakkujale võimaldada esitada kõiki asjakohaseid selgitusi madala hinna põhjendamiseks. Seega alapakkumuste kontrollimine ja seeläbi kõige konkurentsivõimelisema ning sobiva pakkumuse leidmine teenib avalikku huvi.⁷⁵

ELK kinnitab *SECAP* kohtulahendis, et kontrollimenetluse kohaldamine on ka hankija enda huvides. Selle kaudu on võimalik selgitada välja kõige parem pakkumus, sest vastasel korral ei saa selguda, kas alapakkumus on tõsiseltvõetav. Kui hankija ei kohalda kontrollimenetlust, siis ta ei saa tõhusa konkurentsi tingimustes selgeks teha tõeliselt parima pakkumuse. Seega kontrollimenetluse läbiviimine teenib ühtlasi ka hankija enda huve.⁷⁶

Lähtudes ülaltoodust on põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise õiguse kehtestamise eesmärgiks kaitsta hankijat võimetute pakkujate eest, kelle puhul esineb vastuvõetamatu hankelepingu mittekohase täitmise risk. Hankedirektiivid ei kohusta hankijat alapakkumusi tagasi lükkama, vaid annavad kõigest võimaluse seda teha.⁷⁷ Erandiks on uute hankedirektiividega lisatud erisäte, mille alusel on hankijal kohustus lükata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi, kui ta on tuvastanud madala hinna põhjuseks keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse mittejärgimise pakkuja poolt.⁷⁸

Nimetatud valdkondade õigusnormid tulenevad EL õigusest, riigisisest õigusest, kollektiivlepingutest ja rahvusvahelisest õigusest.⁷⁹ Kuigi tegemist ei pruugi olla otseselt hankija kaitsenormiga, siis olles avaliku huvi teenija on ka hankija huvitatud nimetatud valdkondade normide kinnipidamisest üldise heaolu nimel. Erisätte eesmärgiks on sanktsioneerida nende valdkondade õigusnormide rikkumisi.⁸⁰ Õiguskirjanduses on juba 1998.

⁷⁵ EKo C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist, p 48-52.

⁷⁶ C-147/06 *SECAP*, p 29.

⁷⁷ Direktiiv 2014/24/EL, art 69 lg 3 ja direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 3 (ingl k): „*---/ may only reject the tender where the evidence supplied does not satisfactorily account for the low level of price or costs /---/*“ (autori rõhutus).

⁷⁸ Direktiiv 2014/24/EL, art 69 lg 3 ja direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 3 (ingl k): „*Contracting authorities shall reject the tender, where they have established that the tender is abnormally low because it does not comply with applicable obligations /---/*.“ (autori rõhutus).

⁷⁹ Direktiiv 2014/24/EL art 69 lg 3 ja art 18 lg 2; direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 3 ja art 36 lg 2. Ülevõetud RHSe § 115 lg-s 4. Kohalduvad rahvusvahelise õiguse normid on sätestatud direktiivi 2014/24/EL lisas „X“ ja direktiivi 2014/25/EL lisas „XIV“.

⁸⁰ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM(2011) 896 lõplik, lk 10.

a leitud, et kui pakkuja esitab hinda arvestamata tööõigusest tulenevate rahaliste kohustustega, siis tuleb hankijal selline pakkumus tagasi lükata, kuna see ei ole kooskõlas EL õigusega.⁸¹ EMS on 2001. a väljendanud, et tuleb võtta kasutusele meetmeid võitlemaks sotsiaalõiguse rikkumise vastu (ingl k *against social dumping*), kuna selline tegevus moonutab hanketurgu ja direktiivi tuleks sätestada hankija kohustuse võtta arvesse töötajate kaitse, tööõiguse ja sotsiaalregulatsiooni normide järgimist pakkuja koduriigis.⁸² Seega EL on huvitatud, et nimetatud normide rikkumisest ei saa ükski ettevõtja majanduslikku eelist hanketurgudel.⁸³

1.3. Pakkuja kaitse

Põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni kontekstis on pakkujate kaitse seotud menetlusliku garantiiga, mille sisuks on keeld lükata pakkumust selle põhjendamatult madala hinna tõttu tagasi enne, kui hankija on vastava pakkujaga viinud läbi *inter partes* menetluse madala hinna põhjuste väljaselgitamiseks (kontrollimenetlus). Selle menetluse eesmärk on kaitsta konkreetset pakkujat, kes esitas hankija seisukohalt põhjendamatult madala hinnaga pakkumuse. Antud alapeatükk analüüsib seega ennekõike kontrollimenetluse meetme ja sellega seonduva pakkuja kaitse arengut ELK praktikas.

ELK tõlgendas põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni esmakordselt *Transporoute*⁸⁴ kohtulahendis. Vaidlusele kohaldus esimene hankedirektiiv 71/305/EMÜ, mille artikkel 29 lõige 5 reguleerib põhjendamatult madalaid pakkumusi. Sätte eesmärgiks on kohtu seisukohalt kaitsta pakkujaid hankija meelevaldsuse eest, mistõttu pakkumust ei või tagasi lükata enne, kui hankija on nõudnud põhjendamatult madalana näiva pakkumuse kohta selgitusi või teavitanud „kahtlastest“ elementidest pakkumuses, andes sellega pakkujale võimaluse oma hinda põhjendada.⁸⁵ Sama direktiivi sätet on ELK tõlgendanud ka kohtuasjas *Fratelli*⁸⁶, milles kohus leidis, et liikmesriigil ei ole lubatud riigisisese õiguse alusel põhjendamatult madalaid pakkumusi ettemääratud ja -nähtava mittediskrimineeriva

⁸¹ Krüger, Nielsen, Bruun, 1998, lk 150.

⁸² Economic and Social Committee. Opinion on the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy and transport sectors (COM(2000) 276 final – 2000/0117 (COD). INT/074 Public Service, Supply and Works Contracts. Brussels, 26 April 2001, p 4.3. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces514-2001_ac_en.doc (23.04.2016).

⁸³ Seetõttu erisäte on pigem loodud ausa konkurentsi kaitseks, mis on käsitletud alapeatükis 1.4.

⁸⁴ EKo 10.02.1982, kohtuasi 76/81 *Transporoute*.

⁸⁵ EKo asjas 76/81 *Transporoute*, p 17-18.

⁸⁶ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*.

matemaatilise valemi alusel tuvastamise järel automaatselt tagasi lükata.⁸⁷ Kohustuslikust kontrollimenetlusest ei tohi kõrvale kalduda ning pakkujatel peab olema kindlus, et sõltumata (väga madalast) hinnast ei lükata nende pakkumust tagasi enne, kui neile on antud võimalus esitada selgitusi seoses oma pakkumuse ehtsa iseloomuga (ingl k *genuine nature*).⁸⁸ Teisisõnu, pakkujal peab olema võimalus tõestada oma pakkumuse ehtsust hankijale. Väärrib märkimist asjaolu, et esimeses hankedirektiivis ei käsitleta lihtsalt „põhjendamatult madalaid“ (ingl k *abnormally low*) pakkumusi, vaid sõnastatakse „ilmselgelt põhjendamatult madaladena“ (ingl k *obviously abnormally low*).⁸⁹ Kuigi sellisel sõnastusel võib olla teistsugune õiguslik tähendus, on ELK sõnal „ilmselge“ selle võimaliku erilise tähenduse ära kaotanud ja selgitanud, et hankija peab küsima pakkujalt selgitusi igal juhul, kui ta kavatseb pakkumust tagasi lükata selle põhjendamatult madala hinna tõttu ning selleks ei pea hind olema ilmselgelt põhjendamatult madal.⁹⁰

Direktiivi 71/305/EMÜ muudeti direktiiviga 89/440/EMÜ⁹¹, kuid põhjendamatult madala pakkumuste regulatsioon jäi sisuliselt samaks. Sõnastus muutus täpsemaks ja lisati ajutiselt erand, mille alusel võis hankija rangelt põhjendatud kumulatiivselt esinevatel põhjustel põhjendamatult madalaid pakkumusi esitanud pakkujaga jätta konsulteerimata.⁹² Erandit käsitles ELK kohtuasjas *Furlanis*⁹³. Kehtivates hankedirektiivides ega RHS(e)-s ei ole ühtegi lubatavat erandit kontrollimenetlusest kõrvale kaldumiseks. Samas tasub esile tuua *Furnalis* asjas tehtud kohtujuristi ettepaneku, milles on käsitletud pakkuja kaitse-eesmärki. Kohtujurist toob välja, et kontrollimenetluse eesmärk on tagada pakkujate võrdne kohtlemine, hankemenetluse läbipaistvus, kaitsta pakkujaid hankija meelevaldsuse eest, tagades pakkujatele võimaluse tõendada enda pakkumuse ehtsust, mistõttu automaatne tagasilükkamine matemaatilise valemi alusel on keelatud.⁹⁴

Ehitustööde hankelepingute vallas kehtestati uus direktiiv 93/37/EMÜ⁹⁵, mille põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni tõlgendas ELK *Lombardini* kohtulahendis. Regulatsioon jäi sisuliselt samaks eelnevaga, mistõttu ELK lähtus enda varasemast praktikast ja

⁸⁷ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*, p 19.

⁸⁸ EKo asjas 103/88 *Fratelli*, p 26.

⁸⁹ Ehitustööde hankedirektiivi 71/305/EMÜ art 29 lg 5.

⁹⁰ EKo asjas 103/88 *Fratelli*, p 26-27.

⁹¹ Euroopa Nõukogu direktiiv 89/440/EMÜ, 18. juuli 1989, millega muudetakse direktiivi 71/305/EMÜ ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 210, 21.7.89, lk 1-21.

⁹² Direktiiv 89/440/EMÜ, p 20.

⁹³ EKo 26.10.1995, C-143/94 *Furlanis*.

⁹⁴ EK 26.10.1995, C-143/94 *Furlanis*, kohtujurist C. O. Lenz ettepanek, p 18.

⁹⁵ Euroopa Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – ELT L 199, 9.8.93, lk 54-83.

tõlgendustest.⁹⁶ Kohus leidis, et (ehitustööde) hankedirektiiv on põhiliselt suunatud kaitsmaks pakkujaid, kes soovivad pakkuda oma tooteid või teenuseid teises liikmesriigis asuvale hankijale; direktiiv on suunatud selliste riskide välistamisele, et hankija eelistab kohalikku ettevõtjat või lähtub hankelepingu sõlmimisel muudest kui majanduslikest põhjustest.⁹⁷ Hankija peab kõiki pakkujaid kohtlema võrdselt.⁹⁸ Pakkujate kaitse-eesmärki on väljendanud ka Euroopa Üldkohus oma lahendis *TQ3 Travel Solutions*⁹⁹, kus tõlgendati sel ajal kehtinud komisjoni finantsmääruse 2342/2002 artiklit 139, mille põhjendamatult madala pakkumuste säte on sisuliselt identne hankedirektiivi 93/37/EMÜ omaga.¹⁰⁰ Üldkohus sõnastas taas, et regulatsiooni eesmärk on välistada pakkumuste tagasilükkamine enne, kui hankija on võimaldanud pakkujale madala hinna kohta selgitusi või põhjendusi anda.¹⁰¹ Üldkohus tõlgendas sama sätet ka ühes teises kohtuasjas, mille otsuse kohaselt on artiklis 139 ettenähtud kontrollimenetluse läbiviimise kohustuse peamine eesmärk kaitsta pakkujaid, et nende pakkumus ei oleks tagasi lükatud ilma võimaluseta anda selgitusi pakkumuse tingimuste kohta, mis näivad põhjendamatult madalatena.¹⁰²

Õiguskirjanduses on märgitud, et *Lombardini* kohtuasi tasakaalustab hankija ja pakkujate huve. Ühest küljest saavad hankijad hoida kulusid kokku tuvastades alapakkumusi vastavalt matemaatilisele valemile. Teisest küljest on pakkujatele tagatud õiguskindlus ja mitte-diskrimineerimine, sest enne pakkumuse tagasi lükkamist madala hinna tõttu saavad pakkujad kohustusliku kontrollimenetluses kaitsta oma positsiooni.¹⁰³

Lombardini kohtulahend nägi pakkujate õiguskindluse kaitseks kontrollimenetluse garantiile veelgi ulatuslikumad õiguslikud nõuded ette võrreldes eelmiste kohtulahendite üldsõnalisusega. Pakkujatel peab olema kindlus, et nende pakkumust ei lükata tagasi enne, kui hankija toob välja konkreetsed punktid või asjaolud, mille pinnalt peab ta pakkumust põhjendamatult madalaks.¹⁰⁴ Hankija peab võimaldama pakkujal enda pakkumust kaitsta ning selle tõttu ei ole piisav, kui hankija küsib üksnes üldiseid selgitusi hinna kohta.¹⁰⁵ Kusjuures

⁹⁶ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 50.

⁹⁷ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 36.

⁹⁸ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 37.

⁹⁹ EÜKo 6.7.2005, T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*.

¹⁰⁰ EÜKo 21.5.2008, T-495/04 *Belfass*, p 93. Üldkohus on jätnud märkimata üht väga olulist sisulist erinevust nende õigusaktide vahel, nimelt et komisjoni finantsmääruse artikli 139 lõike 1 sõnastuse järgi on hankijal kohustus lükata alapakkumusi tagasi, aga hankedirektiivi tekst sellist kohustust ette ei näe.

¹⁰¹ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 49.

¹⁰² EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*, p 72.

¹⁰³ M. Dischendorfer. Abnormally Low Bids under the E.C. Procurement Directives. A Note on Joined Cases C-285/99 and 286/99. *Public Procurement Law Review* 2002, 2, NA30-32.

¹⁰⁴ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 53.

¹⁰⁵ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 58.

Lombardini kohtulahendile on tuginetud ka hiljutises Eesti kohtupraktikas,¹⁰⁶ kuigi tegemist on võrdlemisi vana EL kohtulahendiga, milles tõlgendati varasemat ja mõnevõrra teistsuguse sõnastuse ja tähendusega direktiivi.

Vastavalt ELK *Lombardini* otsusele eeldab korrektne kontrollimenetluse *inter partes* läbiviimine järgmiste kohustuslike sammude täitmist hankija poolt:¹⁰⁷

- 1) tuvastama põhjendamatult madalaid pakkumusi – tuvastamine;
- 2) küsima pakkujalt üksikasju, mida hankija peab asjakohaseks, et võimaldada pakkujal demonstreerida oma pakkumuse ehtsust – uurimine;
- 3) hindama esitatud selgituste asjaolusid – hindamine;
- 4) otsustama pakkumuse vastuvõtmise või tagasilükkamise üle – otsustamine.

Nende sammude järgimist on kinnitanud ka Euroopa Üldkohus oma lahendis *Renco*, viidates *Lombardini* kohtuasjale, arvestades et mõlemas kohtuasjas oli tõlgendamise all sama direktiivi säte.¹⁰⁸ *Renco* asjas leidis üldkohus, et hankija peab hindama pakkumuse usaldusväärsust ja tõsidust (ingl k *reliability and seriousness*) nende osade suhtes, mille puhul on väga madal hind tekitanud kahtlust, kusjuures pakkumuse vastavus hankedokumentidele ei välista hankija õigust põhjendamatult madalaid pakkumusi kontrollimenetluses käsitleda.¹⁰⁹ Sarnane seisukoht leidub ka enne viidatud *TQ3 Travel Solutions* lahendis, milles üldkohus sõnastas oma mõtte selliselt, et kui hankijal tekib pakkumuse usaldusväärsuses kahtlus, siis ta peab kontrollima selle tõsidust.¹¹⁰

Lombardini kohtuasi rõhutab kontrollimenetluse paratamatust ja kohustuslikkust ning tähtsustab selle meetme vajalikkust normi kaitse-eesmärkide saavutamiseks. Kohus ja kohtujuristi ettepanek täpsustavad kontrollimenetluse sisu. Kohtujuristi seisukohalt *Lombardini* asjas sisaldab *inter partes* menetlus kindlasti hankija ja pakkuja vahelist dialoogi, diskussiooni ja väitlust.¹¹¹ ELK on öelnud, et hankija ja pakkuja vaheliste nõuetekohane vaadete või seisukohtade vahetamine õigel ajal on hankedirektiivi fundamentaalne nõue, mille otstarve on välistada pakkumuste meelevaldset tagasilükkamist hankija poolt ja tagada eluterve (ingl k

¹⁰⁶ Nt TlnRnKo 11.5.2015, 3-15-77 *Prügitont*, p 15.

¹⁰⁷ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 55.

¹⁰⁸ EÜKo 25.2.2003, T-4/01 *Renco*, p 75. Pakkumuste vastavust reguleerib Eestis RHS § 47 (RHSe § 114).

¹⁰⁹ EÜKo 25.2.2003, T-4/01 *Renco*, p 76.

¹¹⁰ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 49.

¹¹¹ EKo C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist D. R.-J. Colomer ettepanek, p 54.

healthy) konkurentsi ettevõtjate vahel.¹¹² Nõuetekohase vaadete või seisukohtade vahetamise all saab mõista kohustuslikku *inter partes* kontrollimenetlust. Õige aja all on mõeldud seda hetke, mil hankija on üle vaadanud kõiki pakkumusi, tuvastanud madala hinnaga seoses kahtlusi tekitavad asjaolud ja andnud nendest pakkujale teada, et viimane saaks enne hankija lõplikku otsust oma pakkumuse ehtsust või tõsiseltvõetavust tõendada või selgitada.¹¹³ *Lombardini* asjas tuvastas hankija põhjendamatult madalaid pakkumusi vastavalt matemaatilisele valemile. ELK lõi selles osas selguse, et alapakkumuste tuvastamismetoodika väljatöötamine on liikmesriikide ülesanne ning pakkuja ei pea olema enne hankes osalemist teadlik pakkumushinna kõrvalekalde protsendist, mille alusel tema pakkumust kvalifitseeritakse põhjendamatult madalaks.¹¹⁴ Seega sõltumata tuvastamismetoodikast tuleb põhjendamatult madalate pakkumuste korral viia läbi vastav kontrollimenetlus.

ELK on *SECAP*¹¹⁵ lahendis kontrollimenetluse läbiviimise kohustuse laiendanud ka nendele hankelepingutele, mille maksumus ei ületa rahvusvahelist ehk hankedirektiivides kehtestatud rahalist piirmäära. Hankedirektiivid ei kohaldu hankelepingutele, mille maksumus jääb allapoole rahvusvahelist piirmäära.¹¹⁶ Samas nendel hankelepingutel on piiriülene huvi, mistõttu nende sõlmimisele kohalduvad EL aluslepingu üldpõhimõtted.¹¹⁷ Kuigi *SECAP* asjas on vaidluse all ehitustööde direktiiv 93/37/EMÜ kohaldamise ja tõlgendamise küsimus, siis ELK arvestas ka uue vastu võetud, kuid veel jõustumata hankedirektiiviga 2004/18/EÜ, tuues esile selle preambulas kehtestatud eesmärgi teleoloogilise tõlgenduse jaoks.¹¹⁸ ELK leidis, et tulenevalt EL aluslepingu üldpõhimõtetest on keelatud riigisisese õiguse alusel põhjendamatult madalaid pakkumusi automaatselt tagasi lükata, ilma madala hinna kohta selgitusi küsimata.¹¹⁹ Pakkumuste automaatne tagasilükkamine matemaatilise valemi alusel võib esmapilgul olla mittediskrimineeriv ja objektiivne, ent tegelikult diskrimineerib kaudselt teistest liikmesriikidest pärit pakkujaid, kes saavad esitada konkurentsivõimelisi pakkumusi, kuid mis võivad võrreldes kohalike ettevõtjate hindadega tunduda või matemaatilise valemi alusel osutada põhjendamatult madalateks.¹²⁰ Näiteks võivad teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjatel olla väiksemad kulud, nad võivad tegutseda soodsates majanduslikes tingimustes või leppida väiksema kasumimarginaaliga, et tõhusalt siseneda välismaisele turule, mistõttu nende

¹¹² EKo C-285/99 *Lombardini*, p 57.

¹¹³ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 51.

¹¹⁴ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 68-70.

¹¹⁵ EKo 15.5.2008, C-147/06 *SECAP*.

¹¹⁶ EKo C-147/06 *SECAP*, p 19.

¹¹⁷ EKo C-147/06 *SECAP*, p 20.

¹¹⁸ EKo C-147/06 *SECAP*, p 5-6.

¹¹⁹ EKo C-147/06 *SECAP*, p 35.

¹²⁰ EKo C-147/06 *SECAP*, p 25-26 ja 28.

pakkumus võib olla konkurentsivõimeline, ehtne ja elujõuline (ingl k *viable*).¹²¹ Ent kui hankija ei küsi selgitusi ja lükkab automaatselt tagasi pakkumusi, sest need on võrreldes teistega põhjendamatult madalad, siis leiab aset kaudne diskrimineerimine.¹²² Seega hankija ei tohi ilma selgitusi küsimata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükata isegi siis, kui hankedirektiivid ei kohaldu rahvusvahelise piirmäära mittesaavutamise tõttu, kuna tulenevalt kohalduvatest EL õiguse üldpõhimõtetest, milleks on asutamisvabadus, teenuse osutamise vabadus ja diskrimineerimise keeld, on hankijal kohustus kohaldada kontrollimenetlust.¹²³ Samas ELK peab lubatavaks riigisisest õigust, mille alusel võib hankedirektiivide mittekohaldumisel vältida kontrollimenetluse läbiviimist, kui esineb ülemäära suur hulk pakkujaid, kelle pakkumushindade kontrollimine võib ületada hankija haldusvõimekus (ingl k *administrative capacity*) või ohustada projekti elluviimist.¹²⁴

Euroopa Üldkohus on *Belfass*¹²⁵ lahendis laiendanud kontrollimenetluse läbiviimise kohustust veelgi. Antud kaasuses valis hankija majanduslikult kõige soodsamat pakkumust erinevate hindamiskriteeriumite alusel, millest üks oli teostatava teenuse (koristamise) maht tundides.¹²⁶ Kui pakkumus ei sisaldanud piisaval määral töötunde, siis sellise pakkumusega edaspidi ei arvestatud ehk elimineeriti või lükati tagasi.¹²⁷ Teisisõnu, kui pakkumuses sisalduv töötundide arv on põhjendamatult madal ehk alla ettemääratud piirväärtust, siis lükatakse pakkumus tagasi. Üldkohus otsustas, et sellises olukorras tuleb hankijal enne pakkumuse tagasi lükkamist viia läbi nõuetekohane kontrollimenetlus vastavalt põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsioonile, et anda pakkujale võimaluse edastada omapoolseid põhjendusi.¹²⁸ Pakkujate põhiline seisukoht seisnes selles, et ta saab hanke nõuetekohaselt ehk ettenähtud kvaliteediga täita ka väiksemate arvu töötundidega, mistõttu hankija käsitus on muu hulgas diskrimineeriv.¹²⁹ Üldkohus tõlgendas selles kaasuses varasemat komisjoni finantsmäärust (EÜ, Euratom) 2342/2002, kuid tugines ELK *Lombardini* kohtuotsusele ja selle kohtujuristi arvamusele, et sedastada põhjendamatult madalate pakkumuste sätte eesmärke.¹³⁰ Seega regulatsioon ei kohaldu üksnes pakkumuse madala hinna suhtes, vaid ka muudele

¹²¹ EKo C-147/06 *SECAP*, p 26.

¹²² EKo C-147/06 *SECAP*, p 26.

¹²³ EKo C-147/06 *SECAP*, p 35.

¹²⁴ EKo C-147/06 *SECAP*, p 35.

¹²⁵ EÜKo 21.5.2008, T-495/04 *Belfass*.

¹²⁶ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 15.

¹²⁷ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 16.

¹²⁸ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 100 ja 102.

¹²⁹ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 74-76.

¹³⁰ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 97.

kriteeriumitele, mis võimaldavad pakkumusi teatud piirväärtuste mittedaavutamisel välistada hankemenetlusest.

Euroopa Üldkohtu lahend *Belfass* edastab veel ühe olulise mõttekäigu, mis puudutab lepinguvälist kahju hüvitamist hankemenetluse reeglite rikkumisel EL institutsioonide poolt. Sellise nõude esitamiseks peavad olema täidetud kõik järgmised kumulatiivsed eeldused: 1) institutsiooni õigusvastane käitumine; 2) tekkinud reaalne kahju; 3) põhjuslik seos õigusvastase käitumise ja kahju tekkimise vahel.¹³¹ Kui hankija ei sõlmi pakkujaga lepingu, sest lükkas tema pakkumuse õigusvastase tagasi, siis tuleb pakkujal tõendada, et hankija õiguspärase käitumise puhul oleks pakkuja saanud lepingu endale – vastasel juhul ei ole reaalselt kahju tekkinud ning kahju hüvitamise nõue on välistatud.¹³² Seega saab pakkumuse õigusvastase tagasilükkamise eest põhimõtteliselt nõuda kahju, kui kontrollimenetluse kohaldamine oleks taganud lepingu sõlmimise alapakkumuse esitanud pakkujaga. Samas *Belfass* lahendis ei suutnud pakkuja tõestada, et ta oleks hankelepingu võitnud, kui tema pakkumust ei oleks õigusvastaselt tagasi lükatud.¹³³ Seega võimaliku kahju ulatuse üle saab selle otsuse pinnalt üksnes spekuloida.

Direktiivi 2004/18/EÜ artiklis 55 sätestatud põhjendamatult madala pakkumuse regulatsiooni tõlgendas ELK *Slovensko*¹³⁴ lahendis, mille puhul tasub silmas pidada, et otsusel puudub kohtujuristi ettepanek, mis oma olemuselt avab ulatuslikumalt kohtotsuse tagamaad ja seeläbi kohati toetab või selgitab kohtu seisukohti. *Slovensko* on oluline mitmes aspektis. ELK lõi selguse küsimuses, kas hankijal on üldine kohustus kontrollida alapakkumusi või üksnes siis, kui ta soovib pakkumust tagasi lükata. Kohtuotsuse järgi on hankijal üldine kohustus uurida põhjendamatult madalate pakkumuste üksikasju ning hankija ei saa tugineda väitele, et tal ei ole kohustust paluda pakkujal alapakkumuse hinda selgitada.¹³⁵ Kohus viitab *Lombardini* kaasusele ja ühtlasi kinnitab, et kontrollimenetlus on ka direktiivi 2004/18/EÜ fundamentaalne nõue, millest tuleb kinni pidada, et välistada hankija meelevaldset käitumist.¹³⁶ Kohus täpsustab, et hankedirektiivis ettenähtud loetelu võimalikest üksikasjadest, mis võivad madalat hinda põhjendada, ei ole küll ammendavalt loetletud, ent ei ole ka täiesti indikatiivsed, mistõttu hankija ei saa täiesti vabalt määrata, missuguseid üksikasjaolusid arvesse võtta.¹³⁷ Kontrollimenetluse tõhususe tagamiseks tuleb hankijal esitada täpne selgitustaotlus, et

¹³¹ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 119-120.

¹³² EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 125-128.

¹³³ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 125.

¹³⁴ EKo 29.3.2012, C-599/10 *Slovensko*.

¹³⁵ EKo C-599/10 *Slovensko*, p 28 ja 34.

¹³⁶ EKo C-599/10 *Slovensko*, p 29.

¹³⁷ EKo C-599/10 *Slovensko*, p 30.

võimaldada pakkujatele täielikult ja efektiivselt näidata oma pakkumuse ehtsust.¹³⁸ Selle nõude järgimist saab üksnes riigisisene kohus kontrollida.¹³⁹

Arrowsmith kirjutab tuginedes võrgustiku hankedirektiivi 90/531/EMÜ vastuvõtmiseks antud Euroopa Komisjoni ettepaneku seletuskirjale, et põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsioonis olev kontrollkohustus on loodud vältimaks sobimatuid tagasilükkamisi. Madal hind võib olla tingitud näiteks väikestest kuludest, mida võib potentsiaalne pakkuja teisest liikmesriigist kanda. Seega tema pakkumus võib olla usaldusväärne ning seda ei tohiks ilma asjata tagasi lükata. Pakkujate kaitseks on ettenähtud kontrollimenetluse läbiviimise kohustus.¹⁴⁰

Pakkumuse tagasilükkamise otsust tuleb motiveerida, lähtudes dokumendi eripärast ja kontekstist, kus see on antud. Põhjendamine peab olema selge ja üheselt mõistetav, et teavitada puudutatud isikuid otsuse põhjustest ja võimaldada neil kaitsta oma õigusi. Otsuse motivatsioon peab võimaldama selle põhjendatust kontrollida, et nii puudutatud isikud kui ka kohus saaksid hinnata otsuse õiguspärasust. Kui otsuse motivatsioon on selge ja üheselt mõistetav, siis on hankija motiveerimiskohustus korrektselt täidetud.¹⁴¹

Hankija motiveerimiskohustus on Euroopa Üldkohtu praktika kohaselt korrektselt täidetud ka juhul, kui ta viivitamatult teavitab pakkujat kõrvaldamise põhjustest ja seejärel annab igale pakkujale, kes on esitanud hanketingimustele vastava pakkumuse, informatsiooni eduka pakkumuse iseloomust (ingl k *characteristics*), võrreldavatest eelistest (ingl k *relative advantages*) ning eduka pakkuja nime kohalduvas õigusaktis ettenähtud tähtaja jooksul alates vastava taotluse saamisest. Seejuures motiveerimise õiguspära tuleb hinnata arvestades iga üksikjuhtumi asjaoludega, rakendatud meetme sisuga, põhjenduste iseloomu ja adressaadi või teiste puudutatud isikute huvidega. Kui hankija lükkab pakkumuse tagasi öeldes, et see on põhjendamatult madal ning seejuures annab pakkuja taotlusel täiendavaid selgitusi, mis võimaldavad pakkujal teada saada täpsed põhjused, siis on motiveerimiskohustus täidetud korrektselt.¹⁴²

¹³⁸ EKo C-599/10 *Slovensko*, p 31.

¹³⁹ EKo C-599/10 *Slovensko*, p 32.

¹⁴⁰ Arrowsmith 2014, vnr 7-253.

¹⁴¹ EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*, p 92 ja 94 ning seal viidatud kohtupraktika.

¹⁴² EÜKo 5.11.2014, T-422/11 *Computer Resources*, p 26-28, 30, 39 ja 41.

Seega kokkuvõttes on pakkuja kaitse tagatud kohustusliku kontrollimenetlusega, mida tuleb hankijal nõuetekohaselt läbi viia. Pakkujal peab olema reaalne ja efektiivne võimalus tõendada oma pakkumuse tõsiseltvõetavust. Selle jaoks toob hankija esile konkreetsed asjaolud, mis tekitasid hankijale kahtluse hinna põhjendatuses. Seejärel on tõendamiskoormus pakkujal, kes peab oma pakkumuse tõsiseltvõetavust hankijale tõendama või selgitama. Esitatud põhjendusi tuleb asjalikult kaalutleda. EL siseturu idee põhineb vabal turumajandusel ning käib piltlikult öeldes käsikäes ausa konkurentsiga. Kui hankija ei teosta kontrollimenetlust või ei tee seda korrektselt, siis võivad konkurentsivõimelised pakkujad olla ebaõiglaselt ja seadusvastaselt menetlusest kõrvaldatud.

1.4. Konkurentsi kaitse

Konkurentsialaseid sätteid lisati aluslepingusse eesmärgiga vältida vaba liikumisele piirangute seadmist eraõiguslike isikute poolt.¹⁴³ Tõelise konkurentsi loomist on riigihangete eesmärgiks peetud juba esimestest EL hankedirektiividest peale.¹⁴⁴ Alates esimesest hankedirektiivist 71/305/EMÜ kuni eelmiseni 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ välja on nende preambulas olnud punkt „[r]iigihankelepingute valdkonnas tõhusa konkurentsi tagamiseks on vaja, et /---/“, mille sõnastus on indikaatoriks, et tõhusa konkurentsi tagamine on hankedirektiivide eesmärgiks.¹⁴⁵ Sõnapaar „tõhus konkurents“ sai esimesse hankedirektiivi lisatud ilmselt Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee tähelepanekute tõttu, mille põhiline sisu seisnes hankijatele võimaluse andmises reageerida pakkujate konkurentsialastele rikkumistele hankemenetluses, pidades silmas tänase ELTL art 101 sisuga sätteid ja eelkõige kartellide vastu võitlemist, kusjuures hankemenetlust ja konkurentsioigust vaadeldi paralleelsete juriidiliste vahenditena.¹⁴⁶

EMS on 1997. a välja toonud, et põhjendamatult madalate pakkumuste esitamine on kasvav trend mitmes liikmesriigis ja nende olemasolu häirib konkurentsi. Nendel on ühiskonna jaoks üldiselt katastroofilised (ingl k *disastrous*) tagajärjed: lõpetamata või puudustega tööd, halb kvaliteet, firmade sulgemine, lisaväljaminekud täiendavate tööde näol ning kordaseadmata konkurentsitingimused. Selline praktika moonutab konkurentsi ja seab ohtu töötamise

¹⁴³ Ølykke 2010, lk 65-66.

¹⁴⁴ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica VIII/2007*, lk 564.

¹⁴⁵ Ølykke 2010, lk 61.

¹⁴⁶ Ølykke 2010, lk 62-64.

tingimused. EMS on selle tõttu toetanud kohustuslike tagatissüsteemide (ingl k *compulsory bonds*) või garantiide kehtestamist, et tagada lepingu kohast täitmist.¹⁴⁷

Õiguskirjanduses levib ühelt poolt arvamusi (Arrowsmith; Trepte), et tõhus konkurents tähendab üksnes hankemenetluse avamist võimalikult suurele hulgale pakkujatele.¹⁴⁸ Ent selle seisukoha saab ümber lükata tuginedes hankedirektiivide ühele preambula sättele „[l]epingud tuleks sõlmida objektiivsete kriteeriumite alusel, /---/ et teha tõhusa konkurentsi tingimuste kohaselt kindlaks, milline pakkumus on majanduslikult kõige soodsam. /---/“.¹⁴⁹ Tõhus konkurents selles preambula punktis ilmselgelt ei viita pakkujate arvule, seega see peab tähendama midagi enam kui lihtsalt pakkujate ringi suurendamist: konkurents peab olema ka efektiivne, mille eelduseks on konkurentsiõiguse järgimine hankemenetluses.¹⁵⁰ Sellele seisukohale leiab toetust nii ELK praktikast, õiguskirjandusest kui ka ülalpool viidatud EMS-i tähelepanekutest. Õiguskirjanduses peetakse, et riigihankeõigus on välja kasvanud konkurentsiõigusest ning et hankemenetluse peamine eesmärk on kaitsta konkurentsi.¹⁵¹ ELK on mitmes vaidluses erinevaid hankedirektiive tõlgendades leidnud, et riigihangete peamine eesmärk on tagada teenuste osutamise vabadust ja avada moonutamata konkurentsi kõikides liikmesriikides.¹⁵² Konkurents on ilmselgelt moonutatud, kui konkurentsireegleid on rikutud, näiteks kui pakkujad manipuleerivad hankemenetluses pakkumushindadega või moodustavad kartelle. ELK on ka mitme erineva hankedirektiivi kohta märkinud, et nende ühiseks eesmärgiks on välistada konkurentsivastast tegevust riigihangete valdkonnas.¹⁵³

ELK on esimest hankedirektiivi 71/305/EMÜ tõlgendades leidnud, et selle õigusakti eesmärk on tagada teenuse osutamise vabadust ehitustööde valdkonnas.¹⁵⁴ Hilisemas vaidluses on kohus võtnud ka konkreetsema seisukoha, et nimetatud direktiivi eesmärk on edendada tõhusat konkurentsi.¹⁵⁵ Kohus on kontrollimenetluse tähtsust esile tuues öelnud, et põhjendamatult madala pakkumuse automaatne tagasilükkamine ilma põhjendusi küsimata kahjustab tõhusat

¹⁴⁷ Economic and Social Committee. Opinion on the Green Paper Entitled Public Procurement in the European Union. Exploring the Way Forward (COM(96) 583 final). IND/599. Brussels, 29 May 1997, p 2.5, 5.5 ja 8.3.14. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces607-1997_ac_en.doc (23.04.2016).

¹⁴⁸ Ølykke 2010, lk 64.

¹⁴⁹ Viidatud säte asub kehtiva direktiivi 2014/24/EL preambulas, p 90 ja direktiivi 2014/25/EL preambulas, p 95.

¹⁵⁰ Ølykke 2010, lk 64-65.

¹⁵¹ K. Saar. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? – Juridica VI/2014, lk 423.

¹⁵² EKo 09.06.2009, C-480/06 komisjon vs. Saksamaa, p 47. EKo 19.6.2008, C-454/06 Preettext, p 31; EKo 11.1.2005, C-26/03 Stadt Halle, p 44.

¹⁵³ C-412/04 komisjon vs Itaalia, p 2; C-250/07 komisjon vs Kreeka, kohtujurist M. P. Maduro ettepanek, p 17.

¹⁵⁴ EKo 10.02.1982, kohtuasi 76/81 Transporoute, p 7.

¹⁵⁵ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 Fratelli, p 18; EKo 27.11.2001, C-285/99 Lombardini, p 47.

konkurentsi ja on seetõttu vastuolus hankedirektiivide eesmärgiga.¹⁵⁶ Seega hankedirektiivide eesmärgiks on tagada tõhusat konkurentsi hanketurul.

ELK on *Lombardini* lahendis tõlgendades ehitustööde hankedirektiivi 93/37/EMÜ leidnud, et selle eesmärk on kaotada asutamise- ja teenuse osutamise vabaduse piirangud, et hankelepingud ehitustööde vallas oleksid avatud ehtsale või tõelisele (ingl k *genuine*) konkurentsile.¹⁵⁷ Samas lahendis kohus mainib, et nõuetekohane seisukohtade vahetamine hankija ja pakkuja vahel kontrollimenetluse (*inter partes*) raames on hankedirektiivist tulenev fundamentaalne nõue, mille üheks eesmärgiks on muu hulgas tagada eluterve (ingl k *healthy*) konkurentsi pakkujate vahel.¹⁵⁸ Sama lahendi kohtujurist märgib, et hankedirektiivi eesmärgiks on hõlbustada vaba konkurentsi pakkujate vahel.¹⁵⁹

ELK on hilisemas lahendis *Slovensko* asunud sarnastele seisukohtadele, et esiteks EL õiguse põhieesmärkideks on tagada teenuse osutamise vabadust ja avada moonutamata konkurentsi kõikides liikmesriikides ning teiseks, et ka direktiivi 2004/18/EÜ fundamentaalseks nõudeks on kontrollimenetluse läbiviimine hankija poolt, et tagada muu hulgas eluterve konkurents ettevõtjate vahel.¹⁶⁰ *Slovensko* otsusega lõi kohus hankijatele üldise kohustuse kontrollida alapakkumusi iga kord ning mitte üksnes olukorras, kus hankija soovib pakkumuse tagasi lükata, kuigi asjakohase hankedirektiivi 2004/18/EÜ artikli 55 kohaselt võis pigem vastupidisele järeldusele jõuda, mistõttu on otsus langenud õiguskirjanduses tugeva kriitika alla.¹⁶¹ Uute hankedirektiivide alusel on hankijal kohustus lükata alapakkumused tagasi, kui madal hind on tingitud keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse normide rikkumisest, mistõttu võib sellega olla üldine kontrollikohustus põhjendatud. Samas Arrowsmith on öelnud, et EL seadusandja pelgalt kodifitseeris ELK *Slovensko* otsuses välja toodud seisukohta kehtivatesse hankedirektiividesse.¹⁶²

ELK on *SECAP* lahendis kinnitanud, et pakkujad võivad olla huvitatud hankest, millele ei kohaldu hankedirektiivide sätted lepingu väikese rahalise väärtuse ja piirväärtuse mitteületamise tõttu. Piirülene huvi võib olla siis, kui lepingu maksumus võrreldes selle tehnilise keerukusega on ahvatlev välismaisele pakkujale, või kui näiteks hankelepingu täitmise

¹⁵⁶ Samas.

¹⁵⁷ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 34-35.

¹⁵⁸ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 57.

¹⁵⁹ EKo C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist, p 50.

¹⁶⁰ C-599/10 *Slovensko*, p 25 ja 29.

¹⁶¹ Arrowsmith 2014, vnr 7-254.

¹⁶² Arrowsmith 2014, vnr 7-267 ja 7-268.

asukoht on lähedal teisest liikmesriigist pärit ettevõtjale. Kontrollimenetluse rakendamine sellistele hankelepingute sõlmimisele tagab hankijale võimaluse kasutada tõhusat konkurentsi kõige parema pakkumuse leidmiseks. Kontrollimenetluse läbiviimine võimaldab tuvastada madalate pakkumuste taga olevaid mõistlikke põhjendusi, näiteks pakkujal on tema asukohariigis soodne majanduslik olukord, väiksemad kulud või ta on valmis väiksema kasumimarginaaliga leppima, et tõhusamalt võõrale turule siseneda. Kui kontrollimenetluse läbiviimine ei oleks hankedirektiividest väljapoole jäävate hankelepingute puhul kohustuslik, siis võivad teised pakkujad kasutades konkurentsivastaseid võtteid, näiteks hindadega manipuleerides võimaldada põhjendatud madalate pakkumuste automaatset kõrvaldamist, seeläbi kindlustada hankelepingu endale. ELK otsustas, et kontrollimenetlust tuleb läbi viia ka piirväärtuse mitteületanud hankelepingute sõlmimisele, välja arvatud kui riigisisene õigus võimaldab erandkorras vältida kontrolli ülemäära suure pakkuja arvu tõttu, mis võib ületada hankija haldusvõimekust või seada ohtu projekti elluviimise.¹⁶³

Suurbritannias on riigisisene kohus 2010. a tuginedes *Renco* otsusele ühes lahendis leidnud, et hankijal on üldine kohustus kontrollida kahtlaselt madala maksumusega alapakkumusi ning et selline kohustus on loodud konkurentide jaoks (ingl k *duty owed to all competing tenderers*).¹⁶⁴ Õiguskirjanduses on selline järeldus kinnitatud tuginedes ELK *Slovensko* lahendile, kuigi üks teine UK kohus on samal ajal jõudnud ka risti vastupidisele seisukohale, nimelt et hankijal ei ole sellist üldist kohustus ning ta peab kontrollima alapakkumusi üksnes siis, kui tal on kavatsus pakkumust tagasi lükata.¹⁶⁵ *Slovensko* lahendi käsitlust leiab käesoleva alapeatüki tagapool. Samas tasub täheldada, et UK uuem kohtupraktika aastast 2013 ja 2015 siiski pooldab üldise kontrollikohustuse puudumist.¹⁶⁶ Sellisesse käsitlusesse tuleb siiski tänasel päeval suhtuda kriitiliselt. Kehtivate hankedirektiivide näevad sõnastuse poolest ette kohustuse kontrollida alapakkumusi. See on uute õigusaktide puhul ka põhjendatud, kuna hankijal on kohustus lükata tagasi põhjendamatult madalaid pakkumusi, kui tuvastatakse madala hinna põhjuseks keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse normide rikkumisi. Seejuures tasub arvestada, et kuigi

¹⁶³ SECAP p-d 24-29.

¹⁶⁴ P. Henty. Award of Injunctions, Abnormally Low Tenders and Duty to Disclose Award Criteria. The Case of Morrison Facilities Services Limited v Norwich County Council. Public Procurement Law Review 2010, 5, NA190-194, p 3 ja 7.

¹⁶⁵ D. McGowan. An Obligation to Investigate Abnormally Low Bids? SAG ELV Slovensko A.S. (C-599/10). Public Procurement Law Review 2012, 4, NA165-168, p 4.

¹⁶⁶ L. Osepciu. J Varney & Sons Waste Management Limited v Hertfordshire County Council. Public Procurement Law Review 2010, 6, NA246-250, p 7; P. McGovern. Automatic Suspension, Clarifications and Abnormally Low Tenders. The Case of Resource (NI) Limited v University of Ulster. Public Procurement Law Review 2013, 5, NA127-NA132, p 3; P. McGovern. Procurement: the cases of Fox Building and Engineering Ltd v Department of Finance and Personnel (No 1) and Fox Building and Engineering Ltd v Department of Finance and Personnel (No 2). Public Procurement Law Review 2016, 1, NA21-NA25, p “Fox (No 1) – Application for Early Discovery”.

ülekaaluka UK kohtupraktika kohaselt ei ole alapakkumuste üldist kontrollkohustust olemas, saavad teised pakkujad siiski vaidlustada hankija tegevust või tegevusetust kontrollimenetluse läbiviimisel. Seda põhjusel, et põhjendamatult väikese hinna aktsepteerimine võib viia jätkusuutmatu hankelepingu sõlmimiseni, mis kahjustab konkurentsivõimelist protsessi hankemenetluses ja on seega vastuolus hankedirektiiviga.¹⁶⁷ Ühtlasi võib kaebus olla põhjendatud asjaoluga, et hankija alapakkumuste käsitlemise meetodika võib olla vastuolus võrdse kohtlemise, diskrimineerimise keelu, aususe ja läbipaistvuse põhimõttega.¹⁶⁸

Aluslepingute põhieesmärkideks on ausa, vaba ja mittemoonutatud konkurentsi edendamine ja tagamine terves liidus.¹⁶⁹ Kehtiva klassikalise ja võrgustiku direktiivi peamiseks eesmärgiks on hankelepingute avamine konkrentsile.¹⁷⁰ Euroopa Komisjon tõi tänapäevase klassikalise direktiivi ettepanekus eesmärgina välja, et hanketurud oleksid terves liidus avatud ja et senised direktiivid on oma eesmärgi, muu hulgas parendanud konkurentsi, saavutanud.¹⁷¹ Õiguskirjanduses on nenditud, et hankereeglid on loodud konkurentsi avamiseks avalikul turul ja liidusisese kaubanduse suurendamiseks.¹⁷² Konkurentsi edendamise eesmärk seisneb selles, et liikmesriikide ettevõtjate toodetud kaubad ja osutatud teenused käibiksid kogu ühenduse territooriumil vabalt ning tekiks tõeline konkurents eri liikmesriikide ettevõtjate kaupade ja teenuste vahel.¹⁷³ Samas konkurentsi on käsitletud ka õiguspõhimõttena, mis tuleneb riigihankedirektiivide õiguslikust alusest: kaupade ja teenuste vaba liikumine ning siseturg.¹⁷⁴ Hankedirektiivide sätteid tuleb tõlgendada kooskõlas direktiivi enda põhimõtete ja otstarbega ning aluslepingute eesmärkidega, millest järeldub, et põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsiooni tuleb samuti interpreteerida nii, et see tagaks ausa, mittemoonutatud ja tõhusa konkurentsi. See seab omakorda piiranguid hankija kaalutusõigusele, mille teostamisel tuleb kehtiva õiguse kohaselt juhinduda hankeõiguse üldprintsiipidest.¹⁷⁵

EMS on 2013. a öelnud, et järjepidev lähenemine põhjendamatult madalate pakkumuste tagasi lükkamiseks on tõhusa ja ausa konkurentsi alussambad. Soov säästa hangetel raha viib

¹⁶⁷ McGovern 2016, p “Fox (No 1) – Application for Early Discovery”.

¹⁶⁸ McGovern 2016, p “Fox (No 1) – Application for Early Discovery” ja “Fox (No 2) – American Cyanamid”.

¹⁶⁹ Käesoleva magistratöö alaptk 1.1.

¹⁷⁰ Direktiivi 2014/24/EL preambula, p 1 ja direktiivi 2014/25/EL preambula, p 2.

¹⁷¹ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM(2011) 896 lõplik – 2011/0438 (COD), lk 2-3.

¹⁷² Bovis 2007, lk 9.

¹⁷³ Ojasalu 2007, lk 565.

¹⁷⁴ Ojasalu 2007, lk 565.

¹⁷⁵ Direktiiv 2014/24/EL preambula, p 1; direktiiv 2014/25/EL preambula, p 2.

alapakumuste sagedaste esitamiseni. Sellised pakkumused kahandavad ehitustööde keskkonna kvaliteeti, seavad sotsiaalse heaolu ohtu ning suurendavad kulusid pikemas perspektiivis.¹⁷⁶

Väga madala hinna kehtestamine võib tuua kaasa konkurentsivastase toime, näiteks kui ettevõtja ohverdab sellise hinnakujundusega oma tulu, et tõrjuda konkurendid turult välja, misjärel kujuneda *de facto* monopoolseks ettevõtjaks.¹⁷⁷ Turgu valitsevatel ettevõtjatel on keelatud sellisel moel oma seisundit kuritarvitada (ELTL art 102). Sama võib põhimõtteliselt juhtuda ka hanketurul. Turuvalitsejast¹⁷⁸ pakkuja võib kehtestades pakkumusmenetluses rõõvellikult madalaid hindu teha konkurentidele ülemäära raskeks või võimatuks kas siseneda või püsida hanketurul, sõltumata sellest kui efektiivsed ehk kui väikeste kuludega suudavad konkurendid sarnast kaupa või teenust pakkuda. Kui turgu valitsev ettevõtja on oma eesmärgi saavutanud ehk tõrjunud konkurendid turult välja, siis ta võib põhimõtteliselt kontrollimatult oma hindu tõsta.¹⁷⁹ Kuigi hankelepingu puhul lepivad pooled eelnevalt hinnas kokku, siis pärast lepingu lõppemist võib tekkida olukord, kus teisi ettevõtjaid nende väljatõrjumise tõttu enam ei ole ja hankija peab edaspidi leppima üheainsa ettevõtja hinnapakumusega. Seega hankemenetluses võib põhjendamatult madalate pakkumuste edukaks tunnistamine tõrjuda turult väiksema turujõuga ettevõtjaid.¹⁸⁰ Konkurentsile tuginedes on õiguskirjanduses nenditud, et see võib kohustada hankijat põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükkama, kui nende vastuvõtmine moonutab konkurentsi, näiteks olukorras, kus turgu valitsev ettevõtja kehtestab rõõvellikult madalaid hindu, siis sellisel juhul peab hankija neid pakkumusi tagasi lükkama.¹⁸¹ Selline käsitus näib olevat kooskõlas aluslepingute ja hankeõiguse üldpõhimõtete ning eesmärkidega. Samas kui hankija taolist ebaseaduslikku hinnataktikat ei tuvasta ega pidanud tuvastama, siis talle ei saa sellise pakkumuse vastu võtmist iseenesest ette heita, kuna hankijalt ei saa oodata Konkurentsiameti või Euroopa Komisjoni funktsioonide täitmist.

¹⁷⁶ European Economic and Social Committee. Opinion on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Strategy for the sustainable competitiveness of the construction sector and its enterprises COM(2012) 433 final. CCMI/106. Sustainable competitiveness of the construction sector. Brussels, 17 April 2013, p 1.22 ja 4.4.4. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces2295-2012_00_00_tra_ac_en.doc (22.04.2016).

¹⁷⁷ P. Areeda, D. F. Turner. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. – Harvard Law Review 1975, 88, lk 697.

¹⁷⁸ Turgu valitsevat seisundit omab ettevõtja või mitu samal kaubaturul tegutsevat ettevõtjat, kelle positsioon võimaldab tal/neil sellel kaubaturul tegutseda arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, varustajatest ja ostjatest. Turgu valitseva seisundi omamist eeldatakse, kui ettevõtjale või mitmele samal kaubaturul tegutsevatele ettevõtjale kuulub kaubaturul vähemalt 40 protsenti käibest (KonKS § 13 lg 1).

¹⁷⁹ Mägi, M. Rõõvellik hinnakujundus Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguses. Magistritöö. Juhendajad LLM Mari Matjus ja PhD Carri Ginter. Tallinn: Tartu Ülikool 2015, lk 27.

¹⁸⁰ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 417.

¹⁸¹ Graells 2011, lk 326.

Põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsioonis sisaldub erinormi, mis tegeleb riigiabi küsimusega.¹⁸² Riigiabi reguleerimine kuulub süstemaatiliselt konkurentsioiguse valdkonda, mis tuleb ilmsiks normi asukohaga õigussüsteemis.¹⁸³ Kui aga hankemenetluses osalev pakkuja on saanud riigiabi, siis saab hankija ainuüksi sellel alusel pakkumuse tagasi lükata, kui pakkuja ei suuda tõendada, et riigiabi on siseturuga kokkusobiv.¹⁸⁴ Kehtestatud norm toetab riigiabireeglitest kinnipidamist ja nende järelevalvet hankemenetluses, ent see piirdub ainuüksi hankija kontrollimenetluse läbiviimise ja Euroopa Komisjoni teavitamisega, arvestades viimase eripädevust riigiabi menetlemisel.¹⁸⁵ Samas normi loogikaks peetakse siiski seda, et hankija on huvitatud ebaseadusliku riigiabi saaja pakkumuse tagasilükkamisest põhjusel, kuna abisaajalt võidakse raha tagasi nõuda, mis võib omakorda seada hankelepingu täitmise ohtu.¹⁸⁶ Kusjuures riigiabi saab tagasi nõuda mitte ainult Euroopa Komisjon, vaid ka abisaaja konkurendid riigisisest kohtu kaudu, eeldusel et riigiabi on antud rakendamiskeeldu eirates (ELTL art 108 lg 3).¹⁸⁷ Ent riigiabi sätte esmakordsel kehtestamisel põhjendamatult madalate pakkumuste kontekstis tahtis seadusandja vältida õigusvastase riigiabi kasutamise tõttu tekkinud konkurentsimoonutusi hankemenetluses.¹⁸⁸ Seega riigiabi sätte *ratio legis* on kaitsta konkurentsi hanketurul.

Seega tuginedes ülaltoodule võib järeldada, et hankeõiguse üheks peamiseks eesmärgiks on tagada tõhusat konkurentsi. Riigihangete eesmärk on avada moonutamata konkurentsi ning välistada konkurentsivastast tegevust EL hanketurul. Kui alapakkumus on vastuolus konkurentsireeglitega, siis hankija diskretsioon võib olla piiratud, mille tõttu ta ei saa sellist pakkumust vastu võtta. Ent hankijalt ei saa oodata konkurentsiseaduse kohaldamist ega vastava rikkumise nõuetekohast kontrolli, sest see on kas Konkurentsiameti või Euroopa Komisjoni pädevuses. Seega hankija vastutus on konkurentsioiguse rikkumise tuvastamata jätmisel piiratud.

Kontrollimenetluse läbiviimise eesmärk on tagada eluterve konkurents pakkujate vahel, kuna see võimaldab välja selgitada madala hinna põhjused ja seeläbi kõige konkurentsivõimelisema pakkumuse. Hankija peab järgima hanke korraldamisel EL aluslepingute ning hankeõiguse

¹⁸² RHS § 48 lg 4; RHSe § 115 lg 5; direktiiv 2014/24/EL, art 69 lg 4; direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 4.

¹⁸³ Konkurentsiseaduse (RT I, 30.12.2014, 15) 6 ptk; ELTL art 107 ja 108, mis asuvad konkurentsireeglite ptk-s.

¹⁸⁴ Direktiiv 2014/24/EL, art 69 lg 4; direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 4.

¹⁸⁵ Graells 2011, lk 327-328.

¹⁸⁶ Graells 2011, lk 328-329.

¹⁸⁷ M. Kelve-Liivsoo, A. Knjazev, T. Kookmaa. Legal Remedies Available to Competitors of Recipients of Unlawful State Aid under Estonian Law. – *Juridica International* 23/2015, p 2.2, 3.2 ja 4.2.

¹⁸⁸ EK 15.6.2000, C-94/99 *ARGE*, kohtujurist P. Léger ettepanek, p 115 ja 117.

eesmärke ja üldpõhimõtteid, mistõttu tema kaalutusõigus on piiratud. Kui pakkumushinna juures esineb majanduslikult objektiivsete asjaoludega põhjendatud vastuvõetamatu hankelepingu mittekohane täitmise risk, siis see võib realiseeruda halvas kvaliteedis, õigusrikkumises või lisatasu väljakauplemises. Kui pakkumusmenetluses osales konkurentsivõimelisemaid pakkujaid, siis hankija ei saa põhimõtteliselt kaalutusõigust õigesti rakendada, kuulutades edukaks alapakkumuse, mille puhul esineb vastuvõetamatu mittekohase täitmise risk. Samas hankija saab enda kaitseks välja tuua olulised kaalutlused, näiteks ülekaalukas avalik huvi, et muuta riskantse pakkumuse siiski vastuvõetavaks. Konkurentidel võib sel juhul olla kaebeõigus, et vaidlustada hankija diskretsiooni rikkumist, kuid see on iga liikmesriigisisese menetlusõiguse küsimus, kuna hankedirektiivid ei nõua alapakkumuste tagasi lükkamist.

Euroopa Üldkohus on käsitlenud tänase seisuga kaks kaebust, mida esitasid hankes osalenud eduka pakkuja konkurendid.¹⁸⁹ Otsustest tasub esile tuua kaebuste esitamise eeldusi ja kohtuliku kontrolli piire, mida EL õigus ette näeb selliste kaebuste korral. Mõlemas kaasuses oli hankija jätnud kontrollimenetluse kohaldamata, kuna tema seisukohalt ei olnud edukas pakkumus põhjendamatult madal. Konkurentide kaebuse kohaselt pidi hankija kontrollimenetlust kohaldama ja eduka pakkumuse põhjendamatult madalana tagasi lükkama. Mõlemas lahendis lähtus kohus endise komisjoni finantsmäärusest 2342/2002,¹⁹⁰ mille artikkel 139 nägi sõnastuse poolest hankijale ette kohustuse alapakkumusi tagasi lükata.¹⁹¹

Mõlemas kaasuses vaidlustas kaebaja üheaegselt kaks hankija otsust: esiteks, millega hankija jättis kaebajaga hankelepingu sõlmimata (ingl k *rejection*) ning teiseks, millega tunnistati edukaks teine pakkumus.¹⁹² Hankelepingu raames eduka pakkumuse tunnistamise otsus ning teise pakkuja hankelepingu sõlmimata jätmise otsus omavahel tihedalt seotud, mistõttu vaidluse esemeks peetakse mõlemat otsust.¹⁹³ Tühistamiskaebuse esitamine lubatav, kui on täidetud järgmised kumulatiivsed tingimused:¹⁹⁴

- isikul on huvi vaidlustatava otsuse tühistamiseks;
- otsuse tühistamisel võivad olla õiguslikud tagajärjed;

¹⁸⁹ EÜKo 6.7.2005, T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*; EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*.

¹⁹⁰ EÜKo 6.7.2005, T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 1; EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*, p 1.

¹⁹¹ Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.1.

¹⁹² EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 19; EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 24.

¹⁹³ EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 28-29.

¹⁹⁴ EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 33.

- isik võib kaebuse rahuldamisest saavutada kasu.

Kui hankeleping on juba sõlmitud ning osaliselt täidetud, siis kohtupraktika kohaselt peab selleks, et kaebajal säiliks kohtumenetluse jooksul vaidlustatud akti tühistamise huvi, tekitama nimetatud tühistamine õiguslikke tagajärgi, mis võivad eelkõige seisneda selles, et kompenseerida hankija aktist tulenevaid võimalikke kahjulikke tagajärgi või vältida seda, et väidetav õigusvastatus tekiks tulevikus. Raamlepingute puhul võib tühistamiskaebust pidada eelduslikult lubatavaks.¹⁹⁵

Hankijal on ulatuslik kaalutusõigus asjaolude osas, mida tuleb võtta arvesse hankelepingu sõlmimise otsuse tegemisel. Kohus on seega piiratud üksnes järgmiste asjaolude kontrollimisega:¹⁹⁶

- menetlusnormide järgimine;
- põhjendamiskohustuse järgimine;
- tuvastatud faktiliste asjaolude õigsus ehk sisuline paikapidavus;
- ilmse kaalutusvea puudumine;
- võimu kuritarvitamine.

Kummaski kaasuses ei suutnud kaebaja tõendada hankija ilmset kaalutusviga ega põhjendamatult madala pakkumuse olemasolu.¹⁹⁷ Seega lasub tõendamiskoormus kaebajal, kes peab tõendama kas diskretsiooniviga või alapakkumuse olemasolu.

¹⁹⁵ EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 37 ja 39-40.

¹⁹⁶ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 47 ja seal viidatud kohtupraktika; EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 73 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹⁹⁷ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 61; EÜKo T-121/08 *PC-Ware*, p 65.

2. Alapakkumuse olemus

2.1. Tuvastamine ja määratlemine

Hankijal on alapakkumuste tuvastamisel ja selle põhjendamatult madalaks tunnistamisel lai diskretsioon, mis on piiratud hankedirektiivides ettenähtud reeglitega: kontrollimenetluse läbiviimise ja pakkuja põhjendustega arvestamise kohustusega.¹⁹⁸ Põhjendamatult madal pakkumus kui mõiste ei ole defineeritud.¹⁹⁹ Tegemist on määratlemata õigusmõistega. Alapakkumust on EL kohtujurist käsitlenud ebatavalisena (ingl k *irregular*).²⁰⁰ Hankedirektiivid ei sätesta täpselt, millal on pakkumus põhjendamatult madal ega määratle meetodit selle kindlakstegemiseks.²⁰¹ ELK on öelnud, et põhjendamatult madala pakkumuse määratlemine ja selle tuvastamise meetodika väljatöötamine on iga liikmesriigi enda ülesanne,²⁰² mis peab toimuma objektiivselt ja mitte diskrimineerivalt.²⁰³ EL kohtujurist ja Euroopa Üldkohus on võtnud seisukoha, et põhjendamatult madal pakkumus ei ole abstraktne mõiste, vaid konkreetne, mida tuleb määratleda vastavalt normi eesmärgile ning iga hankelepingu puhul eraldi, arvestades konkreetse lepingu esemega.²⁰⁴

Üldiselt on pakkumus põhjendamatult madal siis, kui selle maksumus on hankija arvates liiga väike.²⁰⁵ Riigihangete seaduse kohaselt saab pakkumushind olla põhjendamatult madal üksnes võrreldes eeldatava maksumusega (RHS § 48 lg 1).²⁰⁶ Seevastu riigihangete seaduse eelnõu seab arvutamise lähtepunktiks hankelepingu eseme (RHSe § 115 lg 1), mis lubab seega võtta põhjendamatult madala maksumuse tuvastamisel arvesse lisaks hankelepingu eeldatavale maksumusele ka muid näitajaid.²⁰⁷ EL õigus lubab samuti kasutada muid näitajaid alapakkumuste tuvastamiseks ja määratlemiseks. Riigihangete seaduse eelnõu muudatus on praktilistel põhjustel väga oodatud, kuna praktikast ilmneb, et hankijad tihtipeale ei määra ega oska määrata eeldatava maksumuse õigesti. Kuigi VAKO on korduvalt rõhutanud, et hankija saab lähtuda üksnes hankelepingu eeldatavast maksumusest alapakkumuste määratlemisel, siis

¹⁹⁸ Graells 2011, lk 325.

¹⁹⁹ Arrowsmith 2014, vnr 7-252; EKo C-285/99 *Lombardini*, p 67.

²⁰⁰ EKo C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist, p 35.

²⁰¹ RKHKo 3-3-1-50-15, p 23.

²⁰² EKo C-285/99 *Lombardini*, p 67.

²⁰³ RKHKo 3-3-1-50-15, p 23.

²⁰⁴ EÜKo T-495/04 *Belfass*, p 94 ja 96; C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist, p 32 ja 35.

²⁰⁵ Ølykke 2010, lk 111.

²⁰⁶ Käesoleva magistritöö alapeatükk 3.2 sisaldab Eesti praktikat selles küsimuses.

²⁰⁷ K. Matteus. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. – *Juridica I/2016*, lk 42.

Eesti kohtupraktika on olnud selles küsimuses progressiivsem ja lubanud võtta arvesse ka muid näitajaid. ELK on pidanud lubatavaks võtta arvutamise lähtealuseks näiteks hankes esitatud pakkumuste hindade keskmise, millest teatud kõrvalekalde protsendi saavutamisel kvalifitseerub pakkumus põhjendamatult madalaks (matemaatiline valem).²⁰⁸ ELK nendib, et selline meetodika võib soodustada hinnamanipulatsiooni teel konkurentsi moonutamist, kuid seda juhul kui hankijal ei ole õigust pakkujatega *inter partes* menetluses konsulteerida ja selgitusi küsida seoses kahtlaselt madala hinnaga.²⁰⁹ Mõned ettevõtjad võivad hanketuru manipuleerimisega luua kunstlikult olukorra, kus muidu tõsiseltvõetavad pakkumused kvalifitseeritakse põhjendamatult madalateks. Näiteks kui enamus pakkujaid esitavad suhteliselt kõrge hinna, siis nende keskmisest võib mõni madalam pakkumus suurema tõenäosusega matemaatilise valemi alusel automaatselt põhjendamatult madalaks kvalifitseeruda. Seega peab matemaatilise meetodika alusel tehtud otsus olema vaidlustatav ja hankijal peab olema võimalus enda seisukohta ümber hinnata, arvestades et enne pakkumuse tagasilükkamist tuleb hankijal nagunii nõuetekohaselt kontrollimenetlus läbi viia.²¹⁰

Põhjendamatult madalate pakkumuste määratlemiseks tuleb need enne tuvastada ja seejärel kontrollida. Kehtivate hankedirektiivide 2011. a ettepanekus tõi Euroopa Komisjon välja matemaatilise valemi, mille tingimuste täitumisel peab hankija alapakkumusi kontrollima.²¹¹ Kehtivad hankedirektiivid komisjoni valemit ei sisalda. Ent arvestades hankija üldise kohustusega alapakkumusi kontrollida ja Eestis vastava tuvastamismehhanismi üldise rakendamise puudumisega oleks mõistlik võtta praktikas kasutusele tuvastamismeetodi, mille alusel saab pidada pakkumuste maksumusi liiga madalaks. Hankijad võivad tuvastamismeetodi kehtestada hankedokumentides, et tagada parema läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ning õiguskindluse, kuna ühtse meetodika alusel oleksid kontrollimenetluse kohaldumine paremini ettenähtav ning pakkujad oleksid koheldud ühetaolise mõõdupuu järgi. Õiguskirjanduses on pakutud komisjoni ettepanekut muuta selliselt, mis vastaks paremini Eesti kontekstile.²¹² Võttes eeltoodud ettepanekute elemendid arvesse võib kehtestada järgmise matemaatilise valemi, mille tingimuste täitumisel saab hankija alustada kontrollimenetluse läbiviimist (edaspidi ka tuvastamismeetod):

²⁰⁸ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 68-70.

²⁰⁹ EKo C-147/06 *SECAP*, p 27 ja seal viidatud kohtujuristi ettepaneku täiendavad selgitused.

²¹⁰ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 53, 55, 58 ja 72-73.

²¹¹ Euroopa Komisjon 2011, KOM(2011) 896 lõplik, art 69 lg 1.

²¹² T. Väljaots. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. – *Juridica* IX/2013, lk 650-652.

- 1) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 30% alla teiste pakkujate küsitud keskmisest maksumusest;
- 2) pakkumuse maksumuse jääb rohkem kui 20% alla paremuselt teises pakkumuses küsitud maksumusest;
- 3) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 25% alla hankelepingu eeldatavast maksumusest;
- 4) hankemenetluses on esitatud vähemalt kolm pakkumust.

Kolm esimest kriteeriumit tuleb käsitleda alternatiivsetena ehk pakkumust peab kontrollima, kui on täidetud vähemalt üks kolmest esimesest tingimusest.²¹³ Neljas kriteerium on tuvastamiseetodi rakendamise eeltingimuseks. Seega kui esitatakse alla kolme pakkumuse, siis tuvastamiseetodi ülejäänud kriteeriumid ei kohaldu ning hankijal on diskretsioon tuvastada alapakkumusi lähtudes hankelepingu esemest (RHSe § 115 lg 1). Hankijal ei jää ilmselt muud võimalust kui lähtuda hankelepingu eeldatavast maksumusest, millest kõrvalekalde protsent ei pea alati olema 25%, vaid seda saab hankija ise määrata arvestades konkreetse hanke eripäraga ning eeldatava maksumuse prognoosi usaldusväärsusega. Kuigi komisjoni ettepanekus oli minimaalse pakkujate arvuks viis pakkumust, siis arvestades õiguskirjanduses²¹⁴ pakutuga tuleb Eesti olusid arvestades vähendada selle arvu kolmeni, kuna vastasel juhul ei leia meetod piisavalt rakendust ning reaalsed alapakkumused võivad jääda kontrollimata. Nendel põhjustel tuleb ka komisjoni esimese kriteeriumi all pakutud 50% langetada 30% peale. Kuigi komisjon ei paku eeldatava maksumusega võrreldes kõrvalekalde protsenti, võib see Hispaania näitele tuginedes olla 25%.²¹⁵ Lähtudes komisjoni ettepanekust võib samaks jätta 20% kõrvalekalde protsendi paremuselt teise pakkumushinnaga võrreldes.

Euroopa Parlamendi 1998. a seisukohalt on probleemiks ehitustööde sektoris esitatavad põhjendamatult madalad pakkumused, mis ei kata ettevõtja kulusid.²¹⁶ Nende tõttu on tööstuse struktuur õõnestatud ning tulemuseks on lõpetamata projektid, mis omakorda seavad ohtu läbipaistvuse ja konkurentsivõime turul.²¹⁷ Alapakkumust on defineeritud sedavõrd madala maksumusena, mis ilmselt (ingl k *manifestly*) ei kata lepingu täitmise kulusid.²¹⁸ Kui pakkumus

²¹³ Väljaots 2013, lk 651.

²¹⁴ Väljaots 2013, lk 652.

²¹⁵ Väljaots 2013, lk 651.

²¹⁶ European Parliament. Minutes of the Sitting on of Thursday 30 April 1998 (98/C 152/02). – ELT C 152, 18.5.98, lk 23.

²¹⁷ Samas.

²¹⁸ P. Martin. Comments on the Draft Act Reforming the French Public Works Code. Public Procurement Law Review 1997, 4, CS133-137.

ei anna pakkujale mõistlikku võimalust teenida kasumit, siis võib pakkumust pidada põhjendamatult madalaks, millele järgneb kontrollimenetluse läbiviimine.²¹⁹ Põhjendamatult madalat pakkumust vaadeldakse ebatüüpilisena, mille maksumus ei sisalda hankelepingu täitmise kogukulu.²²⁰ Seega on alapakkumusi määratletud selle kaudu, kas pakkumushind katab pakkuja hankelepingu täitmise kulusid.

Euroopa Komisjoni 1999. a raporti kohaselt eeldatakse, et pakkumus on ehitustööde sektoris põhjendamatult madal, kui: hankija eelkalkulatsiooni kohaselt ja võrreldes kõikide esitatud pakkumustega näib, et ettevõtjale ei ole tagatud tavaline kasumimarginaal ning pakkuja ei suuda selgitada oma hinda ehitusmeetodi säästlikkuse, tehnilise lahenduse, kättesaadavate erakordselt soodsate tingimuste või töö ainulaadsusega. Selle definitsiooni puhul on probleemiks „tavalise kasumimarginaal“ määramine. Samas komisjoni seisukohalt normaalse kasumi või üleüldse selle mitteteenimine võib ettevõtjale kaasa tuua kahjumi. Põhjendamatult madala pakkumuse esitamine tõstab finantsilise mittetoimetuleku riski ja pankroti. Komisjoni definitsiooni eesmärgiks on erinevate arengute saavutamine ehitustööstuses, muu hulgas tõsta tööde kvaliteeti, vältida pankrotistumist, tagada kuuletumist turvalisusele ja sotsiaalregulatsioonile.²²¹

Õiguskirjanduses määratletakse põhjendamatult madalaid pakkumusi põhiliselt kahest aspektist lähtudes. Kõige enam defineeritakse põhjendamatult madalat pakkumust sellisena, mis kätkeb endas hankelepingu mittekohase täitmise riski. Samas leidub ka seisukohti, mis seostavad põhjendamatult madalat hinda selle võimega katta lepingu täitmise kulusid. Kui pakkumushinnaga ei ole võimalik neid kulusid katta, siis on tegemist põhjendamatult madala hinnaga. Samas kui pakkuja ei kanna enda hinna juures kahjumit, siis sellist pakkumust ei või põhjendamatult madalana tagasi lükata. Varasemalt on näiteks Arrowsmith olnud seisukohal, et kui hind ei võimalda teenida mõistlikku kasumit, siis on tegemist põhjendamatult madala hinnaga, kuid loobus selles seisukohast ja aktsepteeris mittekohase täitmise riskil põhineva definitsiooni. Kasumi teenimise nõue langes tugeva kriitika alla, sest pakkuja võib õiguspäraselt soovida näiteks säilitada oma töötajatele palgamaksmise majanduslanguse ajal. Seega kokkuvõttes on õiguskirjanduses kaks põhilist arusaama põhjendamatult madalatest pakkumustest. Esiteks, pakkumushind on põhjendamatult madal, kui see kätkeb endas

²¹⁹ M. Trybus. *European Defence Procurement Law. International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*. London: Kluwer Law International 1999, lk 58.

²²⁰ C. McCrudden. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, and Legal Change*. New York: Oxford University Press 2007, lk 552.

²²¹ Ølykke 2010, lk 217: sisaldab tsitaati raporti originaaltekstist.

hankelepingu mittekohase täitmise riski. Teiseks, kui hind ei kata ettevõtja kulusid lepingu täitmisel, siis on samuti tegemist põhjendamatult madala hinnaga.²²²

Uue riigihangete seaduse eelnõu seletuskirja kohaselt peab pakkuja selgitama ja vajadusel tõendama, et tal on võimalik pakkumust vastavalt hankija esitatud tingimustele sellise maksumuse juures täita.²²³ Seega Eesti seadusandja lähtub põhjendamatult madala pakkumuse määratlemisel hankelepingu mittekohase täitmise riski aspektist. Euroopa Üldkohus on öelnud, et vajalik töötajate arv võib olla relevantseks indikaatoriks mittekohase täitmise riski hindamisel.²²⁴ Näiteks kui pakkumushind on madal, sest pakkujal on vähe töötajaid, kuigi hankelepingu kohaseks täitmiseks läheks vaja suuremat arvu töötajaid. Seega ELK on põhjendamatult madalat pakkumust määratlenud tuginedes hankelepingu mittekohase täitmise riskile. Üldkohtu praktikast võib tuua ka näite, kus hankija ei pidanud majanduslikult realistlikuks, et alapakkumuse esitanud pakkuja kõrgelt kvalifitseeritud töötajad on valmis töötama miinimumpalgaga.²²⁵

Eesti praktikast leiab rohkelt näiteid sellest, kuidas põhjendamatult madalat pakkumust on määratletud lähtudes pakkumushinna võimest katta pakkuja kulusid lepingu täitmisel.²²⁶ Mõnikord võivad juba hankedokumentide tüüptingimused sisaldada nõude, mille kohaselt peab hind katma kõiki hankelepingu täitmise vajalikke kulusid.²²⁷ Lisaks kulude katmisele kontrollitakse, kas pakkuja on suuteline oma pakkumushinna juures täitma hankelepingut vastavalt nõuetele.²²⁸ Mittekohase täitmise riski hindamisel on muu hulgas võetud arvesse pakkuja finantsvõimekust.²²⁹ Kujunenud reegli kohaselt kui pakkuja on võimeline lepingut nõuetekohaselt täitma, siis ei ole tegemist põhjendamatult madala pakkumusega.²³⁰ See on ka loogiline arvestades hankija kaitse eesmärgiga. Kui pakkumushind katab hankelepingu täitmise kulu, siis eeldatakse, et pakkuja on võimeline lepingu nõuetekohaselt täitma. Ringkonnakohus on põhjendamatult pakkumust defineerinud sellisena, mis on hankelepingu orienteeruvas hinnatasemest oluliselt madalam, mille maksumust ei ole veenvalt põhjendatud ja mille pinnalt

²²² Ølykke 2010, lk 218-222: sisaldab erinevate õigusteadlaste seisukohti.

²²³ Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 108.

²²⁴ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 55.

²²⁵ EÜKo 5.11.2014, T-422/11 *Computer Resources*, p 36 ja 40.

²²⁶ TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 11; TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 20-21; TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 19-20; TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 20; TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094; TlnRnKo 07.10.2014, 3-14-51616, p 16; TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 23.

²²⁷ Matteus 2016, lk 34.

²²⁸ TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 20; TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 20; TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20; TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-77, p 17.

²²⁹ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20.

²³⁰ TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 20;

tekib kahtlus, kas pakkuja on võimeline nõuetekohaselt täitma hankelepingu tingimusi.²³¹ Seega kohtupraktika lähtub põhjendamatult madalate pakkumuste määratlemises nii mittekohase täitmise riskist kui ka kaetud kulude aspektist.

Riigikohus on omakorda kinnitanud, et kui hind katab seadusest tuleneva kulu ja sellest põhimõtteliselt jätkub ka ülejäänud vajalike kulude katmiseks, siis ei saa olla tegemist põhjendamatult madala hinnaga.²³² Riigikohus ei tõlgendanud viidatud kaasuses küll RHS-i madalate pakkumuste regulatsiooni, vaid lähtus pakkumise kutse dokumentides olevast punktist „[p]akkumine lükatakse tagasi, kui pakkumise ühikhind mingi jäätmemahuti osas on põhjendamatult madal“, märkides seejuures ära, et põhjendamatult madala hinna puhul on tegemist määratlemata õigusmõistega, mida tõlgendab konkursi korraldaja kooskõlas vastava seaduse (jäätmeseaduse) regulatsiooni ja eesmärkidega.²³³ Jäätmeseaduse kohaselt tuli tasuda muu hulgas ladestustasu ning kaebaja seisukohalt oli konkursi võitja hind liiga väike, et katta kõiki vajalikke kulusid, ent ta ei suutnud seda tõendada, mistõttu kaebus jäi rahuldamata.²³⁴ Nimetatud Riigikohtu seisukohale on tuginenud ka Tallinna Ringkonnakohus RHS § 48 tõlgendamisel.²³⁵

Seega lähtudes ülaltoodust võib järeldada, et põhjendamatult madal pakkumushind on määratletud lähtudes kahest kriteeriumist: kui hind ei kata ettevõtja hankelepingu täitmise kulusid või kui esineb lepingu mittekohase täitmise risk. Kusjuures viimast tuleb mõista ka sellisena, mis rikub kohalduvaid norme ja eelkõige konkurentsireegleid (röövellik hinnakujundus) või ei täida õigusest tulenevaid (rahalisi) kohustusi. Näiteks juhul kui pakkuja võib hankelepingut ennast küll nõuetekohaselt täita, kuid tal ei jätku raha maksukohustuste täitmiseks, kõikide tööohutusnõuete tagamiseks või alltöövõtjatele tasu maksmiseks. Ettepanek on õiguslikult määratleda alapakkumusi lähtudes üheaegselt mõlemast kriteeriumist (anda legaaldefiniitsioon), mida toetab ka Eesti kohtu- ja VAKO praktika.²³⁶ Alapakkumusega on tegemist siis, kui selle juures ei esine mittekohase täitmise riski ning pakkumushind katab lepingu täitmise kulud. Selline seisukoht on mõistlik arvestades nii hankija kui ka pakkuja huve ning majanduslikult ratsionaalset käitumisstandardit. Mittekohase täitmise riski puudumine tagab hankijale lepingu nõuetekohase täitmise kindluse ning kui ettevõtjal on kulud kaetud, siis see tagab tema püsimise turul. Samas kohati võib madal hind olla põhjendatud ka siis, kui kulud

²³¹ TlnRnKo 04.07.2012, 3-12-971, p 21.

²³² RKHKo 3-3-1-87-10, p 19.

²³³ RKHKo 3-3-1-87-10, p 15-17.

²³⁴ RKHKo 3-3-1-87-10, p 18-19.

²³⁵ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 21.

²³⁶ TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 21-22; VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 12.

ei ole pakkumushinnaga kaetud. Hankija saab kontrollimenetluses alapakkumusi määratleda vastavalt kaetud kulude meetodile (alapeatükk 2.3) ning madala hinna põhjendusi kaaluda (alapeatükk 2.4). Seega ettepanek hõlmab mõlema kriteeriumi integreerimist ühte tervikusse.

2.2. Madala hinna võimalikud põhjused

Hinnad kujunevad eelkõige lähtudes turusituatsioonist, ehitusettevõtte äriplaanist, kokkulepetest, koostööpartneritest ning ootustest kasumile.²³⁷ Hinnad sõltuvad muu hulgas pakkuja konkreetsetest lepingutest, logistikast, kogemustest, majanduslikest kaalutlustest riskide võtmisel või võtmata jätmisel.²³⁸

Pakkuja võib esitada põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse erinevatel põhjustel. Kõige ilmsem on mõistagi pakkuja huvi saada hankelepingu pooleks. Õigus- ja majanduskirjanduses jaotatakse põhjused kolme gruppi: 1) tootmisega seotud (ingl k *production-based*); 2) informatsiooniga seotud; 3) strateegilised. Esimese all on mõeldud sellised legitiimsed põhjused, mis peegeldavad pakkuja võimekust täita leping eriti soodsatel tingimustel. Näiteks pakkujal on väga hea tehniline varustus või inimressurs, mis võimaldab väiksemate kulutustega lepingut täita. Pakkuja võib olla pärit liikmesriigist, kus palga- või maksusüsteem on soodsam kui hankija asukohas. Kui hankija peab kontrollimenetluse läbi viima, siis pakkuja võib oma madalat hinda tootmisega seonduvate põhjustega legitiimselt põhjendada. Lisaks eelnevatele peetakse tootmisega seotud põhjust ka nn sissejuhatavat allahindlust (ingl k *introductory rebate*), mida tehakse oma toote või teenuse tutvustamiseks või uuele turule sisenemiseks. Tootmisega seotud põhjust peetakse samuti ettevõtja vajadust kiiresti rikneva kaubavarust lahti saada. Mõnes valdkonnas võib madala hinna põhjuseks olla ka üleminekukulud (ingl k *switching costs*), näiteks kui lepingu lõpetamisel on ettenähtud lepingu katkestamise või ülemineku tasu, mida näiteks telefonioperaatoritega sõlmitud tehingud vahel sisaldavad. Samuti võib mõnes valdkonnas olla madal hind seotud võrgustiku mõjuga (ingl k *network effect*), mille puhul suureneb toote või teenuse väärtus selle kasutajate arvu kasvuga. Tüüpiliseks näiteks on telefon, nüüdisajal võib aktuaalsemaks näiteks olla *Facebook* või *Twitter*, mille väärtus kasvab koos tarbijate arvu suurenemisega, mistõttu ettevõtja võib madala hinnaga lepingu täita, kuna pikemas perspektiivis on see talle tulukas. Mõnes valdkonnas võib

²³⁷ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.3.2; TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 19.

²³⁸ VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 13.2.

madala hinna põhjuseks olla nn õppimiskõver (ingl k *learning curve*), mille põhiline sisu seisneb ettevõtja soovis omandada kogemusi, mis võimaldab ajapikku teadmiste ja oskuste arenguga oma tootmiskulusid vähendada. Iseenesest võib madala hinna põhjuseks olla ka ettevõtja komplementaarse toote või teenuse pakkumine, mistõttu kui hange korraldatakse ühe liigi jaoks, siis peab lähitulevikus soetama ka teist seotud toodet või teenust. Kuna see ei ole väga tõenäoline põhjus just madala hinna esitamiseks, siis seda edasi ei käsitle, ent mõnes olukorras võib ka see kõne alla tulla. Veel üheks tootmisega seotud põhjuseks peetakse pakkuja tootlikkust (ingl k *capacity*). Näiteks pakkuja otsustab esitada väga madalat pakkumust, kuna tema ettevõttel leiab kohati aset ületootmine. Viimaseks tootmisega seotud põhjuseks on nimetatud ebakindlust kulude arvestuses (ingl k *cost-estimation*), mis võib esineda eriti keerukate hangete puhul, kus on raske hinnata lepingu muutuva tootmismahu ehk väljundi tõttu väljaminekute suurust, näiteks kui ettevõtja reaalne kulu sõltub lõpptarbivate hulgast, mida ei ole ette teada. See põhjus ei kuulu informatsiooniga seotud gruppi alla, kuna see ei ole seotud pakkuja kogematusel või eksimusega. Viimased tunnused kirjeldavad just informatsiooniga seotud põhjuste gruppi.²³⁹

Informatsiooniga seotud põhjused on seotud pakkuja valede või ebarealistlike ettekujutustega, mis puudutavad tulevikus kantavaid kulutuste suurust. Näiteks ei pruugi ettevõtja arvestada piisavalt hankelepingu täitmise ajal tekkivate riskidega. Need põhjused võivad tõenäoliselt rohkem esineda kogemamatute pakkujate puhul. Kogenenud ettevõtjad oskavad eelduslikult paremini riske ja tulevikus tekkivaid kulusid hinnata.²⁴⁰

Strateegilised põhjused jagunevad omakorda järgmisteks: a) röövellik hinnakujundus (ingl k *predatory pricing*); b) tähistamine (ingl k *signalling*); c) nn viimane võimalus (ingl k *last chance*); d) kuvand (ingl k *image*); e) võimalus pärast lepingu sõlmimist selle tingimused uuesti läbi rääkida (ingl k *renegotiation*). Pakkuja võib röövelliku hinnaga soovida konkurente tõrjuda turult välja või neid distsiplineerida, et nende turupõhine käitumine toimuks näiteks hilisemates hangetes vastavalt pakkuja eelistustele. Röövelliku hinnakujunduse alaliik on tähistamine, mille eesmärk on signaali andmise kaudu peletada konkurendid eemale konkreetsetest hangetest tulevikus. Konkurentsialases kirjanduses autorid rõhutavad, et tähistav hinnakujundus on väga tüüpiline äsja liberaliseeritud turgudel, kus endised suured toote või teenuse pakkujad on oma koha sügavalt sisse seadnud ja tõrjuvad madala hinna kehtestamisega uued potentsiaalsed ettevõtjad eemale. Samas tähistav hinnakujundus võib aset leida ka sellistes hangetes, kus on

²³⁹ Ølykke 2010, lk 112-114.

²⁴⁰ Ølykke 2010, lk 114.

olnud üks ja sama pikaajaline pakkuja, kes soovib oma positsiooni vastaval turuosal kinnistada. Seda nimetatakse ühtlasi ka tõrjuvaks hinnakujunduseks. Tähistava hinnakujundusega võib endine monopolist ettevõtja anda seadusandjale teada, et edaspidine turu liberaliseerimine ehk avamine konkurentsile ei täida soovitud eesmärke, kuna juba olemasolev endine monopoolne ettevõtja on kõige tõhusam. Ettevõtja tähistav käitumine võib lõppkokkuvõttes mõjutada seadusloomet.²⁴¹

Viimase võimaluse hinnakujundusena on mõeldud olukord, kus äriühing võib sattuda madala hinna tõttu pankrotti, ent võtab riski teenida minimaalset kasumit. Ebaõnnestumise korral esitab äriühing lihtsalt pankrotiavalduse. Seda kutsutakse ka agressiivseks hinnakujunduseks. Seda kasutavad rohkem need ettevõtjad, kes on rahalistes raskustes. Need kes ei ole, võivad agressiivsuse tõttu rohkem kaotada. Seetõttu võib raskustes ettevõtja viimase võimalusena riskida madala hinna esitamise tõttu ähvardava pankrotiga, kuna eksisteerib siiski väike lootus saada kasumit ja majanduslikest raskustest välja tulla. Nendel ettevõtetel ei ole sellisel juhul tavaliselt midagi kaotada peale enda osaluse äriühingus, mis on rahalistes raskustes.²⁴²

Pakkuja võib esitada väga madala pakkumuse oma kuvandi või reputatsiooni tõstmiseks. Hanke võitmine võimaldab pakkujal pakkuda oma tooteid või teenuseid, mis on iseenesest hea turundus, eriti kui hankija puhul on tegemist mõne olulisema riigiasutusega. Pakkuja saab näidata end usaldusväärseks, kinnistada arvamust oma toote või teenuse heas kvaliteedis või näiteks esitleda end keskkonnasõbraliku ettevõtjana. Seega võib väga madala hinna taga olla turundusstrateegia.²⁴³

2.3. Kaetud kulude meetod²⁴⁴

Kaetud kulude meetodi abil saab hankija kontrollimenetluse tulemusena kvalifitseerida pakkumusi põhjendamatult madalaks. Samas pakkujal on võimalik oma madalat hinda tuginedes samale meetodile ka ära põhjendada.²⁴⁵ Kaetud kulude meetod põhineb konkurentsioiguses tuntud nn *AKZO* testil, mida ELK avaldas esmakordselt samanimelises

²⁴¹ Ølykke 2010, lk 115-117.

²⁴² Ølykke 2010, lk 117.

²⁴³ Ølykke 2010, lk 117.

²⁴⁴ Meetod on tuletatud G. S. Ølykke ettepanekust (Ølykke 2010, 8. pkt), ent edasi arendatud arvestades uue ELK praktikaga ja Eesti kontekstiga.

²⁴⁵ Põhjendatud madalad pakkumused on lähemalt käsitletud käesoleva magistritöö alapeatükis 2.4.

lahendis ning mida kasutatakse röövelliku hinnakujunduse (ingl k *predatory pricing*) ja seeläbi ettevõtja turgu valitseva seisundi kuritarvitamise tuvastamiseks.²⁴⁶ Majanduslikust vaatenurgast on röövelliku hinnakujundusega tegemist siis, kui ettevõtja ohverdab oma jooksva tulu, eesmärgiga tõrjuda konkurendid turult välja ja seejärel korvata oma kaotused suurema kasumiga, siis kui tal ei ole enam konkurente.²⁴⁷ Röövellik hinnakujundus saab oma eesmärgi saavutada eeldusel, et ettevõtja on oma konkurentidest majanduslikult palju jõukam ning tal on kindel väljavaade, et tema kaotused on tulevikus pärast konkurentide väljatõrjumist suurema kasumiga korvatud.²⁴⁸ Euroopa Komisjon menetleb taolisi kuritarvitusi üldiselt siis, kui turgu valitsev ettevõtja kannatab ettekavatsetult kahjumit või keeldub lühiajalisest kasumist nii, et ühe või mitme tema tegeliku või potentsiaalse konkurendi jaoks turg suletakse või võidakse sulgeda, eesmärgiga tugevdada või säilitada oma turuvalitsevat võimu, põhjustades sellega tarbijatele kahju.²⁴⁹

AKZO testi võib tinglikult jaotada neljaks osaks: 1) turgu valitseva seisundi tuvastamine; 2) õiguslik kulude test (ingl k *legal cost test*); 3) konkurentide kahjustamise või kõrvaldamise kavatsus; 4) kasumlikkuse väljavaade.²⁵⁰ *AKZO* test oli pärast esmakordset avaldamist kinnitatud hilisemas *Tetra Pak*²⁵¹ kohtuotsuses ning täpsustatud *Wanadoo*²⁵² lahendiga. Arvestades viimasega ei ole *AKZO* testi neljas osa (kasumlikkuse väljavaade) röövelliku hinnakujundamise tuvastamiseks enam vajalik.²⁵³ ELK veelgi hilisemat *Post Danmark*²⁵⁴ otsust vaadeldakse õiguskirjanduses kui uue kulude testi alget.²⁵⁵ Samas kohus ei töötanud viimases lahendis välja uut testi ega kummutanud *AKZO* traditsioonilise lähenemise kehtivust. Seega *AKZO* test on tänaseni aktuaalne, mille rakendamisel tasub samas arvestada ka hilisema kohtupraktika edasiarendustega.

AKZO testi kasutamisel hinnatakse, kas ettevõtja hind katab tema keskmist kogukulu (ingl k *average total cost*) või keskmist muutuvkulu (ingl k *average variable cost*). Keskmist kogukulu

²⁴⁶ EKo 3.7.1991, C-62/86 *AKZO*; Ølykke 2010, lk 251; testi viimane osa ei ole otseselt kohtuotsuses kirjas, vaid esineb pigem varjatud eeldusena.

²⁴⁷ Areeda, Turner, 1975, lk 698.

²⁴⁸ Areeda, Turner, 1975, lk 698.

²⁴⁹ Komisjon. Komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes (2009/C 45/02). – ELT C 45, 24.2.2009, lk 16, p 63.

²⁵⁰ EKo C-62/86 *AKZO*, p 70-73; Ølykke 2010, lk 257-258.

²⁵¹ EKo 14.11.1996, C-333/94 *Tetra Pak*.

²⁵² EKo 2.4.2009, C-202/07 *Wanadoo*.

²⁵³ EKo C-202/07 *Wanadoo*, p 36-37.

²⁵⁴ EKo 27.3.2012, C-209/10 *Post Danmark*.

²⁵⁵ B. Lundqvist, G. S. Ølykke. *Post Danmark*. Now Concluded by the Danish Supreme Court. Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under Article 102 TFEU? *European Competition Law Review* 2013, 34(9), lk 484-489.

nimetatakse ka toote või teenuse omahinnaks.²⁵⁶ Sellest suuremad hinnad ei ole ELK praktika järgi konkurentsivastased.²⁵⁷ ELK on *Post Danmark* lahendis leidnud, et kui ettevõtja hind katab tema keskmist täiendkulu (ingl k *average incremental cost*), siis seda ei saa pidada väljatõrjuvaks kuritarvituseks.²⁵⁸ Ent kui ettevõtja kehtestatud hind ei kata tema keskmist muutuvkulu, siis eeldatakse, et tegemist on röövelliku hinnakujundusega, mis võib potentsiaalselt sama efektiivseid ettevõtjaid turult välja tõrjuda; samas kui hind ületab keskmist muutuvkulu, kuid ei kata keskmist kogukulu, siis tuleb turuvalitseja kavatsust konkurente kahjustada või kõrvaldada täiendavalt tõendada.²⁵⁹ Kusjuures Prantsusmaa konkurentsiamet on 1997. a võtnud seisukoha, et põhjendamatult madalat pakkumushinda tuleb mõista selliselt, mis ei kata konkreetse ehitustööde hankelepingu täitmise keskmist muutuvkulu.²⁶⁰

Kogukulu koosneb ettevõtja püsi- ja muutuvkulude summast.²⁶¹ Püsikulu on stabiilne kulu, mille suurus ei sõltu ettevõtja väljundist ehk kauba tootmise või teenuse osutamise mahust, näiteks hoone või kinnistu ostu-, rendi- või üürihind, maamaks, kindlustus; püsikulu jääb samasuguseks, isegi kui ettevõtte ei tooda midagi.²⁶² Muutuvkulu koosneb konkreetsetest kulutustest, mida tuleb ettevõtjal tasuda kindla tooteühiku tootmiseks või teenuse osutamiseks, selleks kuluks on näiteks lähtematerjali maksumus või vajalikud tööjõukulud.²⁶³ Täiendkuluna mõistetakse sellist kulu, mida ettevõtja kannab seoses ühe konkreetse majandustegevusega konkurentsile avatud turul, hõlmates nii püsi- kui muutuvkulusid, kuid välistades üldkulusid (ingl k *common costs*).²⁶⁴ Üldkulud esinevad ettevõtjatel, kes müüvad rohkem kui üht kaupa või osutavad erinevaid teenuseid, mistõttu tekivad kulutused, mis on ühised mitmele erinevale tootele või teenusele.²⁶⁵ Püsi- ja muutuvkulu eristamine sõltub vaadeldavast ajalisest perioodist, kuna näiteks mingi kauba tootmiseks võib ettevõtja võtta kasutusele uue hoone, mille ostu- või üürihind läheb definitsiooni järgi muutuvkulu all – kulu tekkis spetsiaalse kauba tootmiseks.²⁶⁶ Seejuures kaetud kulude meetodi rakendamisel hankemenetluse kontekstis on mõistlik asjakohast perioodi piiritleda hankelepingu kehtivuse ajaga.²⁶⁷

²⁵⁶ Mägi 2015, lk 22.

²⁵⁷ EKo C-209/10 *Post Danmark*, p 36.

²⁵⁸ EKo C-209/10 *Post Danmark*, p 44.

²⁵⁹ EKo C-62/86 *AKZO*, p 71-72.

²⁶⁰ Martin 1997.

²⁶¹ EKo C-62/82 *AKZO*, p 72.

²⁶² EKo C-62/86 *AKZO*, p 71; Areeda, Turner, 1975, lk 700; Ølykke 2010, lk 260.

²⁶³ EKo C-62/86 *AKZO*, p 71; Areeda, Turner, 1975, lk 700.

²⁶⁴ EK C-209/10 *Post Danmark*, kohtujurist P. Mengozzi ettepanek, p 35; Komisjoni teatis (2009/C 45/02), p-s 26 joonealune viide nr 2.

²⁶⁵ Ølykke 2010, lk 267.

²⁶⁶ Areeda, Turner, 1975, lk 701.

²⁶⁷ Ølykke 2010, lk 265.

Kaetud kulude meetodi idee seisneb põhjendamatult madalate pakkumuste määratlemises õigusliku kulude testi rakendamise kaudu, mis moodustab teise osa originaalsest *AKZO* testist, kuid mida tuleb kohandada arvestades hankemenetluse spetsiifikat. *AKZO* testi integreerimise kasuks räägib asjaolu, et sellega on võimalik vastavalt kehtivale EL õigusele ja kohtupraktikale tuvastada, kas ettevõtja kulud on kaetud tema hinnaga, või madala hinna taga on kavatsus konkurente kahjustada või kõrvaldada.²⁶⁸ Selline käsitlus lähtub muu hulgas nii ELK praktikas kui ka õiguskirjanduses kinnitatud eeldusest, et teatud madala hinnataseme puhul (alla keskmist muutuvkulu) ei ole ettevõtjal selle kehtestamisel ühtegi majanduslikult ratsionaalset põhjust peale konkurentsi moonutamist ehk konkurentide kahjustamist või nende kõrvaldamist.²⁶⁹ Ühtlasi tuleb silmas pidada, et hankeõiguse üheks peamiseks eesmärgiks on kaitsta avatud ja tõhusat konkurentsi, mille eelduseks on konkurentsireeglitest kinnipidamine ka hankemenetluses lepingu üle konkureerimisel.²⁷⁰ Kaetud kulude meetodi rakendamine põhjendamatult madalate pakkumuste tuvastamisel suurendab hankemenetluses läbipaistvust, võrdset kohtlemist ja õiguskindlust, samal ajal tagades hankijale suuremat diskretsiooniõigust ja paindlikkust meetodi kasutamise kaudu.²⁷¹ Ühtse meetodi alusel alapakkumuste määratlemine oleks pakkujatele ette teada, neil oleks võimalik ette arvutada, millistel tingimustel kvalifitseerub nende pakkumus põhjendamatult madalaks. Kuna meetodit saab rakendada ühetaoliselt kõikide pakkujate suhtes, siis tagaks see ka pakkujate võrdset kohtlemist. Nendel asjaoludel järgneks ka õiguskindlus.

AKZO testi röövelliku hinna piirmäär põhineb ideaalse konkurentsi mudelil, mille järgi ei kannata ettevõtjad kulusid turule sisenemiseks. Reaalsuses kannavad ettevõtjad uuele turule pääsemiseks teatud määral pöördumatuid kulusid (ingl k *sunk costs*). Ettevõtjal tuleb hankelepingu täitmiseks kanda suures plaanis kahte liiki kulusid: 1) kõigepealt hankes osalemise ja pakkumuse esitamise kulu kui pöördumatu kulu, mille kandmise tõttu ei saada otseselt mingit tulu (ingl k *cannot be recouped ex post*); 2) hankelepingu reaalse täitmise kulu. *AKZO* õiguslik kulude test võtab aluseks teoreetilise ühetoote-ettevõtja mudeli ning keskmine kogukulu kui piirmäär on ettenähtud hindamaks individuaalsete toodete hinnakujunduse õiguspärasust. Tegelikuses võivad ettevõtjad pakkuda erinevaid tooteid ja teenused ning osaleda mitmel turul korraga. Turul püsimiseks tuleb ettevõtjal vähemalt pikemas perspektiivis katta oma kogukulu. Ettevõtjad võivad kanda mitme majandusliku tegevuse korral üldkulusid, mis on ühised mitme erineva toote pakkumiseks või teenuse osutamiseks (kaasa arvatud

²⁶⁸ EKo C-62/86 *AKZO*, p 71-72.

²⁶⁹ EKo C-62/86 *AKZO*, p 71.

²⁷⁰ Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.4.

²⁷¹ Ølykke 2010, lk 276-278 ja 286.

eriturgudel). Üldkulud tuleb seega lugeda vajalikus ehk proportsionaalses ulatuses hankelepingu täitmise kogukulude hulka. Hankes osalemise ja pakkumuse esitamise kulu kui pöördumatu kulu tuleb paigutada kogukulu alla. Samas muutuvkulu hulka tuleb arvestada ka sellist pöördumatu- ja püsikulu, mida tuleb ettevõtjal kanda pärast hanke võitmist spetsiaalselt hankelepingu täitmiseks. Teisisõnu, muutuvkulu on piiritletud üksnes sellise kuluga, mida kannab ettevõtja hankelepingu täitmiseks pärast selle sõlmimist ning mille tõttu see on hankemenetluses võrdne täiendkuluga. Lähtudes eeltoodust võtab kaetud kulude meetod kui hankemenetlusele kohandatud õiguslik kulude test lähtepunktidenä järgmised kulude liigid:²⁷²

- 1) kogukulu: pakkuja tegelik kogukulu hankelepingu täitmiseks, mis hõlmab nii püsi-, muutuv-, pöördumatu- kui ka vajalikus ulatuses üldkulu summa;
- 2) muutuvkulu: spetsiaalselt hankelepingu täitmiseks vajaminev kulu, mida ettevõtja kannab pärast lepingu sõlmimist selle kohaseks täitmiseks; hõlmab lisaks nii püsi- kui ka pöördumatu kulu, mida ettevõtja kannab pärast hankelepingu sõlmimist spetsiaalselt selle täitmiseks; antud kontekstis on muutuvkulu sama täiendkuluga.

Kui hankija on vastavalt tuvastamismeetodile leidnud kahtlaselt madala maksumusega pakkumusi, siis ta saab asuda neid kontrollima vastavalt kaetud kulude meetodile. Pakkuja saab tõendada, et ta on võimeline hankelepingu nõuetekohaselt täitma ning tema kulud on pakkumushinnaga kaetud. Kui lepingu täitmise kogukulu on kaetud, siis ei ole tegemist põhjendamatult madala pakkumusega. Ent kui hind jääb allapoole kogukulu või muutuvkulu, siis on tegemist põhjendamatult madala pakkumusega, kui selle taga ei ole adekvaatset põhjendust. Kulu liikide eristamine on oluline, et eristada majanduslikult ratsionaalseid ja mitteratsionaalseid põhjendusi või selgitusi.²⁷³

Kuigi *AKZO* testi kaudu kontrollitakse hinnataktika õiguspärasust või potentsiaali konkurentsi moonutada turgu valitseva ettevõtja suhtes, tuleb kaetud kulude meetodi rakendamisel sellest nõudest hankemenetluses loobuda. Selle meetodi puhul on tegemist hankemenetlusele modifitseeritud *AKZO* testiga ning vastasel juhul ei saa kõiki pakkumusi kaetud kulude meetodiga kontrollida. Turuvalitseja staatuse eeldusest loobumine ei kahjusta konkurentsi, kuna allapoole muutuvkulu jääv hind on ebaratsionaalne samuti turgu mittevalitsevate ettevõtjate jaoks. Lisaks suunab kaetud kulude meetodi rakendamine konkurentsi arengut kulude optimeerimisele ja minimaliseerimisele, millega soodustatakse tõhusat

²⁷² Ølykke 2010, lk 265-269.

²⁷³ Põhjendatud madalad pakkumused on käsitletud järgmises alapeatükis 2.4.

majandustegevust ehk väiksemate kuludega tootmist või teenuste osutamist. Ühtlasi on meetodi rakendamise tulemusel võimalik lihtsamalt tuvastada röövelliku hinnakujundust, kui tegemist on tõepoolest turgu valitseva ettevõtjaga.²⁷⁴

Turuvalitsejal on eriline kohustus mitte moonutada ehtsat konkurentsi, kuna ta on oma suure mõjuvõimu tõttu sõltumatu turul valitseva konkurentsi suhtes.²⁷⁵ Tema röövellikult madal hinnataktika tekitab barjääre uute konkurentide tekkeks või kahjustab nende majandustegevust, vajadusel kannatades selle eesmärgi nimel kahju. Turuvalitsejast väiksemad ettevõtjatel puudub selline eriline kohustus, kuna nemad ei ole võimelised konkurentsi niivõrd mõjutama. Samas hanketurul olukord muutub, sest hankelepingu võib võita ka väiksem ettevõtja ja hiljem tööde lõpetamata jätmise või viivitamisega hakata hankijalt lisatasu välja kauplema, mille tulemus on sisuliselt sama, mida röövelliku hinnakujunduse keeld soosib välistada. Näiteks korraldatud jäätmeveo turul sõlmitakse ainuõiguse andmise leping pikaks ajaks, tõrjudes ülejäänud pakkujad pikaajaliselt välja.²⁷⁶ Seega kaetud kulude meetodi üldine kasutamine on hankemenetluses põhjendamatult madalate pakkumuste määratlemisel õigustatud, kuna selle kaudu saab eristada ausa ja moonutamata konkurentsi tingimustes tehtud majanduslikult ratsionaalseid ning mitte-ratsionaalseid pakkumusi.

Ringkonnakohus on 2015. a lahendis öelnud, et põhjendamatult madal maksumus tähendab sisuliselt ebaõiglast hinda, mida on võimalik teha näiteks turuvalitseval ettevõtjal, rikkudes seeläbi konkurentsiõigust, mistõttu ei ole alapakkumuse aktsepteerimine kooskõlas eluterve konkurentsi tagamisega ega riigihanke üldpõhimõtetega.²⁷⁷ Seejuures on leitud, et kui ei ole alust arvata, et edukas pakkuja ei teeni kasumit, siis ei saa eeldada konkurentsi moonutamise eesmärki.²⁷⁸

2.4. Põhjendatud madalad pakkumused

Kui hankijal tekib kahtlus, et esitatud pakkumus on põhjendamatult madal, siis peab pakkuja tõendama kontrollimenetluse käigus oma pakkumuse tõsiseltvõetavust. Kui pakkuja põhjendab oma madala pakkumuse ära, siis ei ole tegemist põhjendamatult madala pakkumusega.

²⁷⁴ Ølykke 2010, lk 277, 280-281 ja 285.

²⁷⁵ EKo 9.11.1983, kohtuasi 322/81 *Michelin*, p 56-58.

²⁷⁶ Matteus 2016, lk 39.

²⁷⁷ TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127, p 16.

²⁷⁸ TlnRnKo 04.07.2012, 3-12-971, p 24.

Kontrollimenetluses ei piisa selles, kui pakkuja esitab üksnes kinnituse oma madalale hinnale, ilma et esitaks tõendeid põhjendamaks, et pakkumus on tõsine ja usaldusväärne.²⁷⁹ ELK praktikas ja õiguskirjanduses on tõsiseltvõetavust määratletud järgmiste terminite kaudu:²⁸⁰

- ehtne (ingl k *genuine*);²⁸¹
- ehtne ja elujõuline (ingl k *viable*);²⁸²
- terve (ingl k *sound*) ja elujõuline;²⁸³
- usaldusväärne (ingl k *reliable*) ja tõsine (ingl k *serious*);²⁸⁴
- reaalne ja tõsiseltvõetav;²⁸⁵
- realistlik hinnapakumine.²⁸⁶

Nimetatud kirjeldused iseloomustavad põhjendatud madalaid pakkumusi, mille all on mõeldud sellised alapakkumused, mida pakkuja on kontrollimenetluse käigus rahuldavalt ära põhjendanud. Nii RHS²⁸⁷ kui ka hankedirektiivid²⁸⁸ toovad välja loetelu võimalikest selgitustest, millega alapakkumus võib olla põhjendatud:

- 1) ehitusmeetodi, tootmisprotsessi või osutatava teenuse säästlikkusega (RHSe § 115 lg 2 p 1);
- 2) pakkuja valitud tehnilise lahendusega või erakordselt soodsate tingimustega, mis on pakkujale hankelepingu täitmiseks kättesaadavad (RHSe § 115 lg 2 p 2);
- 3) ehitustööde, asjade või teenuste ainulaadsusega (RHSe § 115 lg 2 p 3);
- 4) hankelepingu täitmise kohas kehtivate keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonda reguleerivate pakkuja või alltöövõtja täidetavate sätetega (RHSe § 115 lg 2 p 4);
- 5) pakkuja võimalusega saada riigiabi (RHSe § 115 lg 2 p 5).

²⁷⁹ T-4/01 *Renco*, p 77.

²⁸⁰ N. Griffin. *Abnormally Low Tenders in Procurement Law*. Procurement Lawyers' Association 2010, lk 4.

²⁸¹ C-143/94 *Fratelli*, p 26, C-285/99 *Lombardini*, p 55.

²⁸² C-147/06 *SECAP*, p 24. Kohtulahendi eestikeelses tõlkes kasutatakse sõnapaari „tõsine ja usaldusväärne“.

²⁸³ C-147/06 *SECAP*, p 29. Eestikeelses tõlkes lihtsalt „usaldusväärne“.

²⁸⁴ EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*, p 72; EÜKo 25.2.2003, T-4/01 *Renco*, p 76; EÜKo 6.7.2005, T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 49, 66 ja 69. Viimase lahendi eestikeelses tõlkes on kasutatud sõnapaari „tõsine ja usaldusväärne“.

²⁸⁵ Väljaots 2013, lk 648.

²⁸⁶ F. Weiss. *Public Procurement in European Community Law*. European Community Law Series 4. London: The Athlone Press 1993, lk 133.

²⁸⁷ RHS § 48 lg 2.

²⁸⁸ Direktiivi 2014/24/EL, art 69 lg 2; direktiiv 2014/25/EL, at 84 lg 2.

Riigisisest hankeõiguse reeglistikku tuleb tõlgendada selliselt, mis tagab vaba (ingl k *free*) konkurentsi, võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte järgimist.²⁸⁹ Vaba konkurentsi tagamiseks ei tohi riigisisese õigusega eelnimetatud loetelu piirata.²⁹⁰ ELK on märkinud, et pidades silmas lisaks ka tõhusa konkurentsi arendamist hankelepingute vallas, peab pakkujal olema võimalikult lai valik põhjendusi, mida ta saab hankijale oma pakkumuse tõsiseltvõetavuse tõendamiseks esitada.²⁹¹ Seega loetelu võimalikest selgitustest ei ole ammendav.²⁹² Pakkuja võib anda piiramatu hulga selgitusi oma madala hinna põhjendamiseks.²⁹³ Samas ELK hilisema *Slovensko* otsuse järgi ei ole nimetatud loetelu ka puhtalt indikatiivne, mis tähendab, et hankija ei saa täiesti vabalt valida asjaolusid, mis võivad põhjendamatult madalat pakkumust õigustada või põhjendada.²⁹⁴ Kohus ei selgita antud seisukohta lahti ning otsusel puudub kohtujuristi arvamus, seega EL õiguses ei ole kindlat piiri, missuguseid selgitusi võib aktsepteerida, ent arvestades kohalduvaid eesmärke ja põhimõtteid peab loetelu olema võimalikult lai. Euroopa Komisjon on hankijana pidanud relevantseks pakkuja võimalust saada hankelepingu täitmisel teenuse osutamiseks soodustusi teistelt ettevõtjatelt, mistõttu lisaks hankelepingust saadavast tasust oli pakkujal võimalik saada lisatulu või säästa raha täiendavate soodustuste näol.²⁹⁵ See kvalifitseerub erakordse soodsa tingimusena, mis on pakkujale kättesaadav.

Loetelus moodustavad kolm esimest punkti tootmisega seotud põhjuste kategooria, mille kaudu on pakkujal võimalik näidata oma majandustegevuse efektiivsust ja selle kaudu tõendada, et tema lepingu täitmise kulud on väiksemad.²⁹⁶ Loetelu neljas punkt võib selgitada madalat hinda näiteks selle kaudu, et konkreetsest liikmesriigist pärit pakkujal võivad olla väiksemad kulud seoses keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse regulatsioonist tulenevate (rahaliste) kohustuste ulatusega, näiteks välismaisel ettevõtjal võivad olla väiksemad sotsiaal- või töökindlustusmaksed, kui need on hankija asukohariigis. Loetelu viies punkt võib õigustada ebaharilikult madalat hinda, kuna pakkuja saab tulu nii hankijalt lepingu täitmise eest kui ka riigilt riigiabi vormis, mistõttu võib pakkuja oma kulud katta alternatiivse tuluallikaga. Pakkuja saab riigiabi saamise võimaluse tõendamiseks esitada näiteks EAS-iga sõlmitud toetuslepingu või mõne muu dokumendi, mis tõendab riigiabi kättesaadavust ja selle tingimusi.

²⁸⁹ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 76.

²⁹⁰ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 84; RHS § 48 lg 2; RHSe § 115 lg 2 (loetelu).

²⁹¹ EKo C-285/99 *Lombardini*, p 82.

²⁹² EKo C-285/99 *Lombardini*, p 83.

²⁹³ C-285/99 *Lombardini*, p 83 ja kohtujurist, p 47-48.

²⁹⁴ EKo 29.3.2012, C-599/10 *Slovensko*, p 30.

²⁹⁵ EÜKo T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*, p 45.

²⁹⁶ Ølykke 2010, lk 270; käesoleva magistratöö alapeatükk 2.1.

Alapakkumuste esitamise soovivad põhjused võivad olla näiteks pakkuja tahe pidada üleval oma tööjõudu majanduslanguse ajal või kavatsus suurendada oma turuosa. Siinkohal kasumi teenimine ei ole oluline või määrav kriteerium. Soovimatud põhjused seonduvad röövelliku hinnakujunduse või ebaseadusliku riigiabi omamisega. Alapakkumuste aktsepteerimisel või tagasilükkamisel saab hankija õiguslikult juhendada enda kaalutlustest, arvestades nii enda ja maksumaksja huvidega kui ka riigisisese õigusega. Seejuures on märgitud, et hankija peab lükkama põhjendamatult madala pakkumuse tagasi üksnes siis, kui pakkumuse vastuvõtmine ei ole tõenäoliselt hankija majanduslikes huvides.²⁹⁷

Eestis on hankijad aktsepteerinud madala hinna põhjendusena näiteks logistilisi eeliseid ja töötajate asukohta (kohalikud eksperdid), mille tõttu on ettevõtjal väiksemad transpordi-, reisimise-, lähetus- ja elamiskulud ning mis moodustavad eriti soodsaid tingimusi RHS § 48 lõike 2 mõttes.²⁹⁸ Hankija on näiteks arvestanud lepingu eeldatava maksumuse valesti määramisega, pakkuja majandustegevuse efektiivsuga kulude kokkuhoidmisel, konkreetse pakkuja tööde tegemise kogemusega, aga ka sellega, kui alates kolmest esitatud pakkumuse keskmisest maksumusest ei ole hind üle 50% madalam.²⁹⁹ Ühtlasi on hankija arvestanud, kas pakkuja saab teenuse osutamise kaudu teenida lisatulu või isegi kasumit.³⁰⁰ Pakkujad on madalat hinda põhjendanud ka väiksema kasumimarginaali ja sooviga suurendada oma turuosa, kuid ainuüksi selle pinnalt ei saa hankija kontrollida, kas pakkuja suudab realselt pakutud hinnaga lepingut täita.³⁰¹

Kaetud kulude meetodi rakendamise puhul eeldatakse, et kui hind ei kata ettevõtja muutuvkulu, siis on tegemist põhjendamatult madala pakkumusega, kui sellel puudub majanduslikult ratsionaalne ja õiguslikult lubatav põhjendus. Ainus põhjus, mis õigustada alla muutuvkulu jäävat hinda on ühisturuga kokkusobiv riigiabi,³⁰² kuna lepingu täitmisel tooks iga teenuse- või tooteühiku produtseerimine sellise hinnaga ettevõtjale kaasa üksnes kahjumi (maksab oma varast kinni) ja on seega majanduslikult ebaratsionaalne. Konkurentsioiguses kasutatava AKZO testi kasutamisel eeldatakse sellise hinna kehtestamisel turuvalitseja kavatsust kahjustada või tõrjuda konkurente turult välja. Turuvalitseja on ilmselt majanduslikult võimeline sellise

²⁹⁷ Ølykke 2010, lk 218-219; refereerib teise autori teost – R. W. Craig, *Procurement Law*. Cambridge: Blackwell Science 1999, mida Eesti raamatukogudes ei leidu.

²⁹⁸ VAKOo 03.03.2016, 13-16/167626, p 5.12.

²⁹⁹ VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 13.

³⁰⁰ TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 10.3.

³⁰¹ TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-95, p 20-21.

³⁰² Ølykke 2010, lk 265-269. Samas tuleb täiendada, et riigiabi peab olema ka seaduslik, st antud kooskõlas ELTL art 108 lg-ga 3.

hinnaga hankelepingu nõuetekohaselt täitma. Samas tema hinnakujundus moonutab elutervet konkurentsi, kuna niivõrd madalate hindadega peavad konkureerivad ettevõtjad samuti kannatama kahjumi, et konkreetset turul püsima jääda. Seega turuvalitsejal peab pakkumushind igal juhul katma lepingu täitmise muutuvkulu. Turgu mittevalitseva ettevõtja puhul võib riigiabi olemasolu samas legitiimselt selgitada, et ettevõtja suudab muutuvkulust väiksema hinnaga hankelepingu nõuetekohaselt täita konkurentsireegleid rikkumata, eeldusel et abi on seaduslik ja kokkusobiv siseturuga. Seega riigiabi olemasolu vajalikus ulatuses tuleb lugeda mõistlikuks põhjenduseks hinna puhul, mis ei kata muutuvkulu. Samas kui tegemist on turuvalitsejaga ja hankija on teadlik nendest asjaoludest, siis tulenevalt ausa ja tõhusa konkurentsi põhimõttest on hankija kaalutusõigus piiratud ning ta ei saa konkurentsireegleid rikkuva ettevõtja pakkumuse edukaks kuulutada.

Kui hankijal on õigus kuulutada edukaks põhjendamatult madala pakkumuse, nagu hetkel veel kehtiv seadus sõnastuse poolest ette näeb (RHS § 48 lg 3), siis oleks võimalik järgmine olukord. Kui tegemist on turgu mittevalitseva ettevõtjaga ja tema puhul ei esine majanduslikult objektiivsete asjaoludega põhjendatud hankelepingu mittekohase täitmise riski, arvestades kohalduvatest õigusnormidest tulenevaid rahalisi kohustusi, siis hankijale oleks ülimalt säästlik taolist pakkumust vastu võtta. Selline alapakkumus ei riku konkurentsireegleid, olgugi et ettevõtja pakkumushind ei kata tema muutuvkulu. Kui konkurentsireegleid ega keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse norme ei ole rikutud, siis ei ole riivatud ka konkurentsi põhimõtet ega mindud vastuollu sellekohase eesmärgiga. Seega antud juhul on mõistlik määratleda alapakkumust lähtudes ainuüksi hankelepingu mittekohase täitmise riskist. Samas praktikas on kaheldav, et mõni võimekas ettevõtja on valmis hankelepingu sõlmimise kaudu taolist „heategevuslikku“ teenust osutama, kuid printsiibis peab hankijal olema õigus sellise alapakkumuse vastuvõtmiseks, lähtudes ühtlasi maksumaksja huvidest. Põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise õigus on loodud hankija kaitseks ja temal on ulatuslik kaalutusõigus asjaolude osas, mida arvesse võtta hankelepingu sõlmimise otsuse tegemisel. Ent kui hankijal ei ole kaalutusõigust alapakkumust vastu võtta (RHSe § 115 lg 3), siis tuleb nn heategevuslikud pakkujad kõrvaldada, mida saab põhjendada sellega, et nende käitumine ei ole majanduslikult ratsionaalne ja nad võivad oma tegevusega seada (õiguspäraselt) ohtu teiste ettevõtjate ärilisi huve.

Kui pakkumushind katab küll muutuvkulu, kuid mitte kogukulu, siis on madala hinna legitiimsete põhjuste valik suurem. *AKZO* testi korral tuleb sellise hinna puhul eraldi tõendada turuvalitseja konkurentide kahjustamise kavatsust, et tuvastada röövelliku hinnakujundust. Ent

kaetud kulude meetodi puhul on muutuvkulu võrdne täiendkuluga.³⁰³ ELK on turuvalitseja hinnakujunduse potentsiaalset kuritarvitavat iseloomu hinnates asunud seisukohale, et kui hind katab (keskmist) täiendkulu, siis see ei kvalifitseeru kuritarvitavaks väljatõrjumiseks ning sellise hinna kehtestanud ettevõtjaga on vähemalt sama tõhusal konkurendil siiski võimalik konkureerida, ilma et tal tekiks pikas perspektiivis kahjum, mida ta ei suuda välja kannatada.³⁰⁴ Seega täiendkulu katvad hinnad ei kahjusta otseselt konkurentsi, mistõttu pakkuja võib täiendkulust suuremat, kuid kogukulust väiksemat pakkumushinda põhjendada suurema valiku põhjustega kui üksnes riigiabiga. Samas tuleb arvestada, et ettevõtja peab vähemalt pikemas perspektiivis katma oma kogukulu, et turule püsima jääda.³⁰⁵ Hankija jaoks on pakkuja kogukulu katmine vähemalt hankelepingu kehtivuse ajal samuti oluline selle mittekohase täitmise riski hindamise aspektist. Seetõttu enne võimalike õigustavate põhjuste esiletoomist tuleb pakkujal kohustusliku eeltingimusena tõendada, et tal on võimalik vähemalt hankelepingu kehtivuse ajal katta oma kogukulu muudest tuluallikatest. Nendeks allikateks saavad olla riigiabi või ristsubsideerimise kasutamise võimalus. Silmas tuleb pidada Eesti seaduste spetsiifikat, kuna ristsubsideerimine võib teatud juhul olla keelatud (nt ÜTS³⁰⁶ § 23 lg 1). Kui pakkuja saab riigiabiga oma kogukulu kaetud, siis ta ei pea täiendavalt ühtegi põhjendust välja tooma. Samas ristsubsideerimise võimaluse kasutamisel tuleb pakkujal oma madalat hinda, mis ei kata kogukulu, täiendavalt põhjendada. Ristsubsideerimisel ei teeni pakkuja hankelepingu pealt kasumit ega kata selle täitmise kogukulu, vaid kannab teises valdkonnas või majandustegevuses teenitud tulu hankelepingu täitmise kulude katteks üle. Hankelepingu täitmine ei ole sel juhul otseselt kasumlik, vaid kulukas. Pakkuja võib sattuda isegi kahjumisse, kui muud rahalised allikad ei ole enam nii tulusad, et suudavad katta kõiki kulusid. Pakkujal peab seega olema täiendavalt majanduslikult ratsionaalne põhjus, kui ta soovib ristsubsideerimise kaudu põhjendada oma madalat hinda. Kui pakkuja tõendab, et tal on võimalik ristsubsideerimise kaudu katta vähemalt hankelepingu kehtivuse ajal selle täitmise kogukulu, siis tuleb pidada lubatavaks järgmisi majanduslikult ratsionaalseid põhjendusi:

- soov tööjõudu üleval pidada majanduslanguse ajal;
- soov laieneda turul;
- kogemuste saamine;
- sissejuhatav allahindlus;

³⁰³ Käesoleva magistritöö alapeatükk 2.2.

³⁰⁴ EKo C-209/10 *Post Danmark*, p 37-38.

³⁰⁵ Ølykke 2010, lk 267.

³⁰⁶ Ühistranspordiseadus. – RT I, 24.03.2016, 4.

- kuvandi loomine;
- ülejäänud tootmisega seotud põhjused (välja arvatud ebakindlus kulude arvestuses).³⁰⁷

Nimetatud põhjused ei ole pahaloomulised. Pikemas perspektiivis võib hankelepingu täitmine kogukulust madalama hinnaga olla pakkujale kasulik, sest ta saab kas kogemusi juurde, loob omale parema kuvandi või hoiab oma töötajad palgal. Tootmisega seotud põhjused on reeglina legitiimsed, sest need on majanduslikult ratsionaalsed.³⁰⁸ Samas nende põhjuste hindamine jääb hankija kaalutusõiguse otsustada. Kaalutusõigust tuleb teostada kooskõlas volituse piiride, kaalutusõiguse eesmärgi ning õiguse üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve (HMS³⁰⁹ § 4 lg 2). Hankemenetluses tuleb arvestada EL õigusest tulenevate eesmärkide ja põhimõtetega.³¹⁰ Hankija saab arvestades kõikide faktiliste asjaoludega, samuti enda ja avaliku huviga langetada kõige kasulikuma otsuse. Kõik tootmisega seotud põhjused ei ole iga pakkuja puhul ning iga hanke korral aktuaalsed. Seega tuleb hankijal lähtuda konkreetsetest asjaoludest. Välistada tuleb informatsiooniga seotud ja strateegilised põhjused (välja arvatud kuvandi loomine), kuna need põhinevad kas eksimusel või pahatahtlikul ja konkurentsivastasel kavatsusel.³¹¹

³⁰⁷ Käesoleva magistritöö alapeatükis 2.1.

³⁰⁸ Käesoleva magistritöö alapeatükk 2.1.

³⁰⁹ Haldusmenetluse seadus. – RT I, 23.02.2011, 8.

³¹⁰ Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.4.

³¹¹ Käesoleva magistritöö alapeatükk 2.1.

3. Alapakkumuste menetlemine Eesti õiguses

3.1. Normi tõlgendamine ja eesmärgid

Eestis peab hankemenetluses juhinduma ennekõike kehtivast RHS-st, mis on EL hankedirektiivid üle võtnud. Samas praktikas võib tekkida olukord, kus riigisisene õigus ei vasta EL õiguses sätestatele, kuna riik on jätnud direktiivi kas üle võtmata või teinud seda valesi. Tänapäevaks on teada, et RHS-i eelnõu ei jõustunud ega võtnud uued hankedirektiivi ettemääratud tähtajaks 18. aprilliks üle.³¹² Sellisel juhul saab isik tugineda otse direktiivi sättele, kui see on tingimusteta ja piisavalt täpne.³¹³ Avaliku võimu kandjad ja seega reeglina ka hankijad peavad direktiivi sätteid kohaldama ja täitma nendest tulenevaid kohustusi, kui riigisisene õigus on vastuolus direktiiviga või kui selle säte on otsekohalduv.³¹⁴ Seejuures on põhjendamatult madala maksumusega regulatsiooni peetud otsekohalduvaks sätteks, kuna see on tingimusteta ja piisavalt täpne.³¹⁵ Seega tuleb alapakkumuste menetlemisel juhinduda kehtivate hankedirektiivide põhjendamatult madalate pakkumuste regulatsioonist kuni uue riigihangete seaduse jõustumiseni.

Riigikohus on rõhutanud riigisiseste kohtute kohustust tõlgendada Eesti õigust kooskõlas EL õigusega ehk kohustust tõlgendada Eesti õigust võimalikult suures ulatuses Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades.³¹⁶ Riigisisese õiguse ja Euroopa Liidu õiguse vastuolu korral tuleb eelistada Eesti õiguse tõlgendamist võimalikult kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.³¹⁷ Kehtiva halduskohtumenetlus seadustiku³¹⁸ (HKMS) § 158 lg-le 4 jätab halduskohus seaduse või muu õigustloova akti kohaldamata, kui see on vastuolus EL õigusega. Riigikohus on oma varasemas praktikas kinnitanud, et näiteks Eesti konkurentsiseadust tuleb tõlgendada EL aluslepingu valguses.³¹⁹ Seega tuleb Eesti õigusakte tõlgendada kooskõlas EL

³¹² E-riigihangete keskkond. Uudised. UUS! Rahandusministeeriumi käitumisjuhise riigihangete direktiivide otsekohaldatavuse kohta. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/uudised/-/asset_publisher/OdtR/content/uus!-rahandusministeeriumi-kaitumisjuhise-riigihangete-direktiivide-otsekohaldatavuse-kohta;jsessionid=9P4zXKDFMGqq1fPyR7nzzyMy8hB111nyQvdzGm5twp8TS3nZJ1qG!890299181!1032579777!1460274175074?redirect=%2F1r1%2Fweb%2Fguest%2Fuudised (10.04.2016).

³¹³ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*, p 29.

³¹⁴ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*, p 30-31.

³¹⁵ EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*, p 32-33.

³¹⁶ RKHKo 3-3-1-36-10 p 19 ja seal viidatud kohtupraktika.

³¹⁷ Samas.

³¹⁸ Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2015, 24.

³¹⁹ RKHKo 3-3-1-66-02 p 15.

õigusaktide sõnastuse ja eesmärkidega, ning kus selliselt ei ole võimalik vastuolu kõrvaldada, jätab riigisisene kohus Eesti õigustloova akti kohaldamata.

RHS § 48 lõige 3 sätestab hankijale õiguse lükata tagasi pakkumus, mille maksumus tekitab hankijale põhjendatud kahtluse, et sedavõrd madala hinnaga ei ole võimalik hankelepingut nõuetekohaselt täita.³²⁰ Alapakkumuste tuvastamist, kontrollimist ja tagasilükkamist peetakse kõige olulisemaks vahendiks, mille kaudu kaitsta hankijat lisaväljaminekute eest lepingu täitmise ajal, kuna sellised pakkumused kätkevad suurt lepingu mittekohase täitmise riski ja mõjutavad oluliselt turul valitsevat konkurentsi.³²¹ VAKO on korduvalt öelnud, et RHS § 48 peamine eesmärk on tagada hankijale õigus hinnata hankelepingu sõlmimisega kaasnevaid riske ja mittesõlmida hankelepingut tingimustel, mis objektiivselt seavad majandusliku ebamõistlikkuse tõttu kahtluse alla hankelepingu nõuetekohase täitmise edukaks tunnistatud pakkumuse esitanud pakkuja poolt.³²² Regulatsioon on suunatud hankija huvide kaitsele ja võimalike riskide vähendamisele.³²³ Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise eesmärgiks on (ühelt poolt) maandada hankija riski, et hankelepingut ei suudeta nõuetekohaselt täita.³²⁴ Seega Eesti praktika kohaselt on alapakkumuste tagasilükkamise õiguse eesmärgiks kaitsta hankijaid võimetute pakkujate eest.

Eesti kohtud kinnitavad ELK praktikas laialt käsitletud pakkuja kaitse-eesmärki. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kontrollimenetluse regulatsiooni kehtestamise eesmärgiks on kaitsta pakkujaid hankija omavoli eest, et hankija ei lükkaks ebaharilikult madala hinnaga pakkumust tagasi enne, kui ta on andnud pakkujale võimaluse tõendada oma pakkumuse tõsiseltvõetavust. Hankijal ei ole võimalik pakkumust automaatselt tagasi lükata selle madala maksumuse tõttu, vaid enne tuleb läbi viia vastav kontroll ning arvestada pakkuja esitatud selgituste ja tõenditega.³²⁵

Hankijal on kohustus kontrollida põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste koostisosi ning pakkuja peab viie tööpäeva jooksul oma pakkumuse tõsiseltvõetavust täiel määral ja tõhusalt põhjendama. Kusjuures 5-tööpäevane tähtaeg kaitseb muu hulgas teisi pakkujaid

³²⁰ Minumets, Kulm, 2014, lk 405.

³²¹ T. Väljaots. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. – Juridica IX/2013, lk 648.

³²² VAKOo 15.04.2015, 59-15/158335, p 9.1; VAKOo 11.07.2014, 142-14/146110, p 19; VAKOo 02.07.2014, 137-14/148969, p 14.

³²³ TrtHKO 02.05.2013, 3-13-646, p 21.

³²⁴ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20.

³²⁵ TlnRnKo 12.10.2015, 3-15-1822, p 11-12; TlnHKO 04.04.2011, 3-11-235, p 26; TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 13.

õiguskindluse tagamise kaudu, et kui pakkuja ei esita ettenähtud tähtaja raames selgitusi, siis ta ei osale edaspidi hankemenetluses.³²⁶

Eesti kohtupraktikas on põhjendamatult madalate pakkumuste normi eesmärgina esile toodud ka konkurentsi kaitse. Kohus on leidnud, et RHS § 48 üheks eesmärgiks on teiste pakkujate õiguste kaitse RHS §-s 3 nimetatud riigihangete korraldamise üldpõhimõtete järgimise kaudu ning teiste pakkujate õiguste kaitse seisukohalt on RHS § 48 eelkõige suunatud pakkujate võrdse kohtlemise tagamisele ja konkurentsimoonutuste vältimisele.³²⁷ Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste tagasilükkamise eesmärgiks on lisaks hankija kaitsele tagada eluterve konkurents pakkujate vahel.³²⁸ Ühes lahendis on ringkonnakohus öelnud, et põhjendamatult madala pakkumuse aktsepteerimine ei ole kooskõlas ettevõtjate vahelise eluterve konkurentsi tagamisega ega ka riigihanke üldpõhimõtetega, millest üks on muu hulgas konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel.³²⁹ Seega praeguse kohtupraktika kohaselt kahjustab alapakkumuste vastuvõtmine konkurentsi.

Kui ringkonnakohtu järeldus on paratamatult tõene, siis EL seadusandja oleks suure tõenäosusega tagasilükkamise kohustuse hankedirektiivides ette näinud, kuna nii EL kui ka hankeõiguse üldpõhimõtte ning eesmärk on tagada ausa, moonutamata ja tõhusa konkurentsi, välistades konkurentsivastast tegevust siseturul.³³⁰ EL õigusloome üks printsiipe on selle terviklikkus ja koherentsus, mille järgimisel peab seadusandja teadlikult looma norme, mis on kooskõlas kogu EL õigussüsteemiga.³³¹ EMS on korduvalt erinevatel ajaperioodidel ja hankedirektiivide vastuvõtmise eel maininud, et alapakkumuste tulemused on tihtipeale katastroofilised, kuna nende tulemuseks on lõpetamata projektid, õigusnormide rikkumised ning kordaseadmata konkurentsitingimused.³³² Seadusandja on vaatamata nendele korduvatele tähelepanekutele teadlikult kehtestanud üksnes õiguse alapakkumusi tagasi lükata ja mitte kohustuse. Kohustus tagasilükkamiseks on ettenähtud endise komisjoni finantsmäärusega, mis kohaldub, kui hankijaks on EL institutsioon.³³³ Sellest võib järeldada, et EL õigus sihilikult ei reguleeri, kui madala hinnaga ei tohi liikmesriigist hankija osta. Kuigi see ei tähenda, et EL

³²⁶ TlnRnKo 12.10.2015, 3-15-1822, p 11-12.

³²⁷ TrtHKO 02.05.2013, 3-13-646, p 22.

³²⁸ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20.

³²⁹ TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127, p 16.

³³⁰ Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.1 ja 1.4.

³³¹ Lenaerts, Gutiérrez-Fons, 2013, lk 13-14; käesoleva magistritöö alapeatükk 1.1.

³³² Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.4.

³³³ Käesolev alapeatükk 1.1.

õiguse üldpõhimõtted ja eesmärgid ei piira hankija kaalutusõigust ehitustööde, kaupade või teenuste soetamisel. Ent kohtu järeldus oli siiski võrdlemisi julge.

Uus riigihangete seaduse eelnõu näeb hankijatele ette kohustuse lükata tagasi kõik põhjendamatult madalad pakkumused (RHSe § 115 lg 3 ls 2).³³⁴ Kehtivad hankedirektiivid sellist kohustust ette ei näe, välja arvatud erijuhul, kui rikutakse kindlaksmääratud õigusvaldkondade norme. Seega Eesti kehtestas direktiivi miinimumnõuetest rangema reegli, kaotades hankija õiguse alapakkumusi aktsepteerida. EL õigus lubab riigisisese õigusega kehtestada direktiivi miinimumnõuetest rangemaid nõudeid üksnes volitusnormi alusel, mis tuleneb kas ELTL-ist või direktiivist endast, kusjuures volituse võib tuletada ka kaudselt direktiivi vastava sätte sõnastusest.³³⁵ ELK on sellise volituse tuletanud direktiivi sättes olevast sõnast „vähemalt“ (ingl k *at least*), mis võimaldas liikmesriigil, kui ta seda avalikes huvides vajalikuks pidas, kehtestada karmimaid nõudeid ehk minna kaugemale direktiivi miinimumnõuetest.³³⁶ ELK lubas liikmesriigile minna kaugemale vaatamata sellele, et selline lahendus põhjustas ebavõrdsust konkurentsitingimustes.³³⁷ EL õigus ei keela alapakkumusi tagasi lükata ning teatud juhtudel isegi kohustab seda tegema. EMS tegi eelmiste hankedirektiivide väljatöötamisel ettepaneku sätestada liidu tasandil kohustuse lükata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi.³³⁸ Nendele asjaoludele tuginedes võib öelda, et EL õigus ilmselt ei keela liikmesriigil lähtudes riigisisestest vajadustest ja avalikust huvist kehtestada kohustuse alapakkumuste tagasilükkamiseks liikmesriigi tasandil. Samas on teoreetiliselt ruumi argumenteerimaks, et kuna direktiivid põhimõtteliselt lubavad alapakkumusi aktsepteerida, siis järelikult hankijal on EL õigusest tulenev õigus seda teha ning riigisisest normi tuleb jätta kas kohaldamata või tõlgendada kooskõlas hankedirektiividega. Sellele vaatamata tuleb tunnistada, et alapakkumused kätkevad endas lepingu mittekohase täitmise riski, või on lihtsalt majanduslikult ebaratsionaalsed, kuna ei kata ettevõtja kulusid. Seetõttu võib selline tegevus jääda väljapoole konkurentsile avatud hanketurgu.

³³⁴ RHSe § 115 lg 3 ls 2: „Kui hankija leiab endiselt, et pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal, või kui pakkuja ei esita hankijale nõutud selgitust, lükkab hankija pakkumuse põhjendatud kirjaliku otsusega tagasi.“

³³⁵ R. Král. On the Choice of Methods of Transposition of EU Directives. *European Law Review* 2016, 41(2), lk 235.

³³⁶ EKo 22.6.1993, C-11/92 *The Queen*, p 20. Direktiivi järgi pidid sigarettide pakendid olema vähemalt 4% ulatuses kaetud hoiatava sõnumiga (p 3 ja 4), ent Suurbritannia kehtestas 6%-lise nõude (p 5).

³³⁷ EKo 22.6.1993, C-11/92 *The Queen*, p 22.

³³⁸ Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.4.

3.2. Kontrollimine ja tagasilükkamine

Vastavalt riigihangete seaduse eelnõule (RHSe), kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on hankelepingu eset arvestades põhjendamatult madal, peab hankija kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis nõudma pakkujalt asjakohast samas vormis esitatud selgitust (RHSe § 115 lg 1 ls 1). Hankija võib kontrollimenetluse raames enne edukaks tunnistamise otsuse tegemist küsida pakkujalt korduvalt täiendavaid selgitusi alapakkumuse üksikasjaolude kohta.³³⁹ Hankija peab esmalt leidma, et pakkumuse maksumus on hankelepingu esemega³⁴⁰ võrreldes põhjendamatult madal ja alles seejärel järgneb talle kohustus asuda välja selgitama maksumuse põhjendatust, mistõttu hankija ei pea küsima selgitusi pakkumuse maksumuse põhjendatuse kohta, kui tal vastav kahtlus puudub.³⁴¹ ELK kehtestas *Lombardini* kohtuasjas alapakkumuste menetlemiseks kohustusliku 4-astmelist struktuuri, mis koosneb (lühidalt): 1) alapakkumuste tuvastamiskohustusest; 2) kontrollikohustusest; 3) esitatud selgituste ja tõendite hindamiskohustusest; 4) otsustuskohustusest.³⁴² Eesti kohtupraktika on kinnitanud struktuuri kehtivuse,³⁴³ mida toetab ka uute hankedirektiivide regulatsioon.

EL tasandil on uuenduslikuna lisatud kohustus lükata pakkumus tagasi, kui hankija tuvastab, et selle maksumus on madal seetõttu, et pole arvestatud keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivate kohustustega (RHSe § 115 lg 4).³⁴⁴ Lähtudes erisätte eesmärgist ei oma tähtsust, kas norme on rikutud hankelepingu täitmise kohas või mujal, kuna eesmärgiks on sanktsioneerida nende õigusvaldkondade kohustuslikest normidest kinnipidamist.³⁴⁵ Samas Eesti tasandil on uuenduslik lähenemine üldine alapakkumuste tagasilükkamise kohustus, mis jõustub uue riigihangete seadusega (RHSe § 115 lg 3). Kui hankelepingu täitmiseks oleks vajalik rakendada teatud ulatuses tööjõudu, kuid hankijal tekib pakkumuse madalast maksumusest johtuvalt kahtlus, kas see katab kõik lepingu täitmiseks vajalikud kulud palkadeks, maksudeks ja sotsiaalkindlustusmaksudeks, siis peab pakkuja olema suuteline nende kohustuste täitmist adekvaatselt põhjendada, vastasel juhul on hankijal kohustus selline pakkumus tagasi lükata.³⁴⁶ Eestis on praktikas olnud probleeme, et alapakkuja mitte ei maksa

³³⁹ VAKOo 20.11.2015, 226-15/159960, p 10.

³⁴⁰ VAKO kasutas hankelepingu eseme asemel eeldatavat maksumust (RHSe § 48 lg 1), ent täna on mõistlik lähtuda RHSe terminoloogiast ning VAKO arutluskäik on endiselt asjakohane.

³⁴¹ VAKOo 22.09.2015, 195-15/165683, p 8.2.1; VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 9.

³⁴² Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.3 annab põhjalikuma käsitluse 4-astmelisest struktuurist.

³⁴³ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 13; TrHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 22.

³⁴⁴ Direktiiv 2014/24/EL, art 69 lg 3; direktiiv 2014/25/EL, art 84 lg 3.

³⁴⁵ Erisätte eesmärk on käsitletud käesoleva magistritöö alapeatükis 1.2.

³⁴⁶ Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 108.

tasu oma töötajatele, vaid alltöövõtjatele, mistõttu arvestades Eesti olusid võib üldine tagasilükkamise kohustus olla põhjendatud.

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamiseks on oluline, et hankija on riigihanke planeerimisel teinud piisavalt head eeltööd, sealhulgas konsulteerinud vajadusel turuosalistega ja analüüsinud riigihanke eeldatava maksumuse määramist mõjutavaid tegureid.³⁴⁷ VAKO on korduvalt öelnud, et alapakkumuse maksumust saab võrrelda üksnes hankelepingu eeldatava maksumusega (RHS § 48 lg 1),³⁴⁸ kuigi ELK võimaldab võrrelda alapakkumuste maksumusi ka teiste näitajatega.³⁴⁹ Vaatamata sellele on Eesti kohtupraktika olnud selles küsimuses progressiivsem kui VAKO lähenemine. Kohtud on öelnud, et hankijal on avar kaalutlusruum põhjendamatult madalate pakkumuste tuvastamismetoodika kasutamisel, hankija võib alapakkumusi kindlaks teha võrreldes pakkumushinda järgmiste näitajatega.³⁵⁰

- hankelepingu eeldatava maksumusega;
- teiste pakkumuste maksumusega (kaasa arvatud nende keskmise maksumusega);
- varasemate (hanke)lepingute maksumusega;

Seega VAKO- ja kohtud ei ole üksmeelel selles küsimuses. EL õigusest tuleneb hankijale lai diskretsioon tuvastamismetoodika rakendamisel ning juhindudes hankija kaitse-eesmärgist tuleb pidada kohtute seisukohti õigeks. Hankija võib siiski kõrvutada esitatud pakkumusi hankelepingu eeldatava maksumusega ning automaatselt arvandmeid võrreldes tuvastada, kas esineb põhjendatud kahtlus alapakkumuse olemasolus.³⁵¹ Riigikohus on öelnud, et hankijal peab tekkima kahtlus, et pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal, siis kui pakkumushinna ja teostatavate tööde eeldatava maksumuse vahe on silmatorkavalt erinev, kusjuures eeldatava maksumuse võib määrata lähtudes kuluaruannetest ja majandusnäitajatest, mis on seotud kehtiva sarnase hankelepingu täitmisega.³⁵² Toetades EL õigusega lubatud lähenemist võivad hankijad võrrelda pakkumusi antud töös pakutud tuvastamismeetodi alusel.³⁵³

³⁴⁷ Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 108-109.

³⁴⁸ VAKOo 26.10.2015, 213-15/165494, p 14; VAKOo 22.09.2015, 195-15/165683, p 8.2.2; VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 17.

³⁴⁹ Käesoleva magistr töö alapeatükk 2.1.

³⁵⁰ TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-77, p 14; TlnHKo 04.04.2011, 3-11-235, p 26; TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-95, p 18.

³⁵¹ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 13.

³⁵² RKHKo 3-3-1-50-15, p 23-24.

³⁵³ Käesoleva magistr töö alapeatükk 2.1.

Riigikohus on möönnud, et hankelepingu eeldatavast maksumusest pisut odavamalt pakkumushinda ehk ca 1,5%.³⁵⁴ Võrreldes pakkumushinda hankelepingu eeldatava maksumusega on leitud, et kõrvalekalle 5% ulatuses ei ole suur, et tekitada pakkujale kahtlust põhjendamatult madalas hinnas.³⁵⁵ Samuti on leitud, et ca 11,3% hinnavahe teiste pakkumustega ei ole piisavalt suur, et hankijal peaks tekkima põhjendamatult madalast maksumuses kahtlus.³⁵⁶ Riigikohus on sama kinnitanud 10% hinnavahe kohta.³⁵⁷ Samas üle 50% protsendine kõrvalekalle juba on piisavalt suur, et hankijal tekiks kontrollikohustus.³⁵⁸

Kohtupraktikas on leitud, et kuna seadus ei sätesta tingimusi põhjendamatult madala maksumuse kahtlusega pakkumuse tuvastamiseks, siis on kontrollimenetluse läbiviimine hankija kaalutusotsus, kuid mis ei sõltu täielikult hankija suvast, sest hankija tegevus ei tohi olla meelevaldne ning ta peab teostama diskretsiooni õiguspäraselt, arvestades kaalutusõiguse piiride ja eesmärkidega.³⁵⁹ Arvestades uute hankedirektiividega tuleb hankijal igal juhul kontrollida alapakkumusi. Seejuures ei pea hankija kontrollima kõiki pakkumusi, vaid piisab, kui ta kontrollib üksnes kõige parema pakkumuse, juhul kui see näib põhjendamatult madal.³⁶⁰ Samas leiab senisest praktikast ka progressiivsemaid näiteid, mis on uute hankedirektiivide valguses asjakohased.

Nii VAKO kui kohus on leidnud, et hankija on kohustatud kontrollima põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste koostisosi ning võimaldama pakkujal tõendada, et tema pakkumus on tõsiseltvõetav.³⁶¹ Piisavaks ei saa pidada pakkuja üldsõnalist kinnitust, et esitatud pakkumuse maksumus lähtub pakkuja laiaulatuslikust kogemusest ja reaalistest kuludest ning pakkuja suudab pakutud maksumusega hankelepingut nõuetekohaselt täita.³⁶² Hankija peab kohaldama kontrollimenetlust siis, kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on põhjendamatult madal.³⁶³ Lähtudes eesmärgipärase ja efektiivse menetluse printsiibist peab hankija kontrollima üksnes konkreetseid kulukomponente, mis tekitavad hankijale kahtluse, kuna alati ei ole vaja küsida selgitusi kogu pakkumuse maksumuse kohta.³⁶⁴ Eesti kohtupraktikas on leidnud kinnitust põhimõtte, et kui pakkuja ei vasta RHS-s ettenähtud viie

³⁵⁴ RKHKo 3-3-1-58-06.

³⁵⁵ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 21.

³⁵⁶ TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384, p 18.

³⁵⁷ RKHKo 3-3-1-50-15, p 25-26.

³⁵⁸ VAKOo 18.10.2013, 231-13/144631, p 11.1.2; TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 21.

³⁵⁹ TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 26; TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 21.

³⁶⁰ Matteus 2016, lk 36.

³⁶¹ TlnRnKo 12.10.2015, 3-15-1822, p 11; VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.4.1.

³⁶² TlnRnKo 07.10.2014, 3-14-51616, p 17.

³⁶³ TlnHKo 04.04.2011, 3-11-235, p 26.

³⁶⁴ TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384, p 18. TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127, p 24.

tööpäeva jooksul hankija selgitusnõudele, et madala hinna kohta põhjendusi anda, siis võib hankija pakkumuse põhjendamatult madalana tagasi lükata ning pakkuja hilisema vastusega mitte arvestada.³⁶⁵ Viimane seisukoht on mõistlik õiguskindluse ja menetlusökonoomia seisukohalt.

Kontrollimenetluses on tõendamiskoormus pakkujal, kes peab tõendama oma pakkumuse tõsiseltvõetavust ja reaalselt võimalust täita leping vastavalt nõuetele. Pakkuja peab esitama kõik selgitused ja tõendid kontrollimenetluses ning kui pakkujale oli selge, missuguseid andmeid ja tõendeid temalt oodatakse, siis ta ei saa hilisemas menetluses enam uusi asjaolusid esile tuua. Hankija ei pea tõendama, et pakkuja ei ole enda hinnaga võimeline hankelepingut täitma, vaid üksnes põhjendama tagasi lükkamise otsust: esiteks, miks ta leiab, et tegemist on põhjendamatult madala pakkumusega ning teiseks, miks ei ole pakkuja selgitused piisavad.³⁶⁶

Kontrollimenetluse alustamisel esitab hankija selgitusnõude, mille kaudu ta küsib pakkujalt madala hinna kohta põhjendusi. Selgitusnõue peab olema võimalikult täpne. Hankija peab nõudma kirjalikke täpsustusi pakkumise koostisosade kohta, mida ta peab asjakohaseks. Kui hankija küsib selgitusi pakkumuse kogumaksumuse kohta üldiselt, siis sellega pannakse pakkujad põhjendamatult keerulisse olukorda, kuna nad peavad kogu pakkumuse uuesti läbi analüüsima ja hankijale kirjalikult põhjendama viie tööpäeva jooksul, mille puhul esineb oht, et selgitust ei suudeta vajaliku täpsuse ning selgusega anda ning madala maksumusega pakkumus võib jääda hankemenetluses põhjendamatult kõrvale. Võrreldes pakkumushinda hankelepingu eeldatava maksumusega, siis peab viimane põhinema kontrollitavatel andmetel ja arvutustel. See võimaldab hiljem probleemideta selgitusnõude esitada konkreetsete kulukomponentide kohta, mis tekitasid kahtluse. Seeläbi saavad pakkujad paremini oma hinda põhjendada.³⁶⁷

Kontrollimenetluses lähtub hankija esmajoones pakkuja selgitustest ning kui need ei ole hankija nõudmistele vaatamata piisavad, siis võib hankija pakkumuse tagasi lükata. Oma pakkumuse tõsiseltvõetavust peab tõendama esmajoones pakkuja ise. Hankija ei pea suutma näidata, et pakutud hinnaga ei ole hankelepingu täitmine objektiivselt võimalik, vaid hankija peab üksnes põhjendama, miks ta peab esitatud pakkumuse maksumust põhjendamatult madalaks ja miks pakkuja täiendavad selgitused ei ole piisavad, et õigustada tema pakkumuse madalat

³⁶⁵ TlnRnKo 12.10.2015, 3-15-1822, p 6 ja 10 ning seal viidatud kohtupraktika; TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-95, p 23.

³⁶⁶ TlnRnKo 11.05.2015, 3-15-95, p 22; TlnRnKo 07.10.2014, 3-14-51616, p 15.

³⁶⁷ TlnHko 30.10.2009, 3-09-1344.

maksumust. Hankija saab arvestada üksnes nende tõendite ja selgitustega, mis anti kontrollimenetluses, seetõttu vaidlustus- või kohtumenetluses ei saa enam uusi asjaolusid välja tuua. Seda siiski üksnes eeldusel, et pakkuja poolt küllaldaste tõendite ja selgituste juba hankemenetluses esitamata jätmine ei olnud põhjustatud hankija enda veast ehk RHS § 48 lg 1 alusel esitatud selgitustaotluse ebatäpsusest või ebapiisavusest.³⁶⁸

Kontrollikohustus tekib ka tulenevalt RHS üldpõhimõtetest. Hankija RHS §-ga 48 ettenähtud kaalutusõiguse teostamine on õiguspärane ja piisav, kui ta kontrollis pakkumuse üksikuid kulukomponente, võrdles neid seniste (liiniveo)kuludega ning tugines tasuvusuuringule enne lõpliku otsuse langetamist ehk enne eduka pakkuja valimist.³⁶⁹ Viidatud kaasuses oli tegemist lihtsustatud korras teenuse tellimisega, millele kohalduvad kohtupraktika järgi riigihanke üldpõhimõtted ning nende kohaselt peab hankija vältima teenuste tellimist isikult, kelle pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega, kusjuures sellises olukorras on kohane juhinduda analoogia korras RHS § 48 regulatsioonist.³⁷⁰ Seega põhjendamatult madalaid pakkumusi tuleb menetleda ka selliste riigihangete puhul, mille suhtes kohalduvaid vaid RHS üldpõhimõtted, peamiselt hanked alla piirmäära ja lihtsustatud korras tellitavad teenused.³⁷¹ Selline lähenemine on kooskõlas EL õigusega, arvestades ELK *SECAP* kohtulahendiga.

Riigihanke üldpõhimõtted hõlmavad ka hankija kohustust vältida teenuste tellimist isikult, kelle pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega. Hankijal tuleb kohase käitumise korral juhinduda analoogia korras RHS-i põhjendamatult madala pakkumuste regulatsioonist. Hankijal ei ole kohustust kontrollida kogu pakkumuse maksumust, vaid üksnes kahtlaseid komponente, sest vastasel juhul ei oleks tegevus kooskõlas eesmärgipärase ja efektiivse menetluse põhimõttega.³⁷²

Pakkumuse tagasi lükkamise aluseks selle põhjendamatult madala hinna tõttu ei saa olla üksnes hinna erinevus teiste esitatud pakkumuste maksumusest või isegi eeldatavast hankelepingu maksumusest, vaid reaalne võimetus selle pakutud maksumusega oma lepingujärgseid kohustusi täita.³⁷³ Pärast alapakkumuse tuvastamist saab hankija kontrollida, kas tegemist on

³⁶⁸ TlnRnKo 07.10.2014, 3-14-51616, p 14-15.

³⁶⁹ TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384, p 18.

³⁷⁰ TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384, p 18; TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127, p 15 ja 17.

³⁷¹ Matteus 2016, lk 35.

³⁷² TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384, p 18.

³⁷³ VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 12.

reaalselt põhjendamatult madala pakkumusega ja kas pakkumuse korral esineb mittekohase täitmise risk, arvestades järgmiste näitajatega.³⁷⁴

- senisele kogemusele ja arvutustele;³⁷⁵
- kontsessioonilepingu korral tarbija kuluga võrreldes, sest see peab loogiliselt vastama pakkuja teenuse hinnale;
- pakkuja finantsvõimekusega arvestades;³⁷⁶
- võrreldes teiste sarnaste lepingute täitmise kuludega;
- kasumiga arvestamine, mille esinemise korral ei ole tegemist põhjendamatult madala pakkumusega.³⁷⁷

Kui pakkuja on saanud ebaseaduslikku riigiabi ja see tekitab hankijas põhjendatud kahtluse, et seetõttu on pakkumus põhjendamatult madal, loob see riski, et pakkuja peab riigiabi tagasi maksma ja seeläbi võib ohtu sattuda lepingu kohane täitmine. Samuti võib see moonutada ausat konkurentsi. Kui selline risk esineb, siis see võib õigustada pakkumuse tagasilükkamist. Kaalumisel saab ka arvestada, kas õigusaktidega vastuolus antud riigiabi võis piisaval määral mõjutada pakkumuse maksumust. Hankijal lasub sellises olukorras kohustus tõendada, et pakkumus on põhjendamatult madal. Seejärel tuleb kontrollimenetluses võimaldada pakkujal näidata, et riigiabi on õigusaktidega kooskõlas või et see ei saanud mõjutada pakkumuse maksumust. Kui pakkumuse maksumus jääb põhjendamatult madalaks ning riigiabi oli ebaseaduslik, siis peab hankija kaaluma, kas pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada. Samas isegi sellisel juhul ei ole hankijal kohustust lükata alapakkumus tagasi.³⁷⁸

Tartu Halduskohus on 2013. a otsuses leidnud, et hankijal on kohustus põhjendada nii põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse vastavaks tunnistamist kui ka sellise pakkumuse tagasilükkamist ning mõlemad nimetatud otsustused on hankija kaalutusotsustused, mille kohtulik kontroll on piiratud.³⁷⁹ Sama kohus jõudis hiljem teistsugusele järeldusele, et kui kontrollimenetluse käigus hankija aktsepteerib pakkuja madala hinna põhjendusi ja ei tunnista tema pakkumust põhjendamatult madalaks, siis ei pea hankija tegema eraldi otsuse.³⁸⁰ Tallinna Ringkonnakohus jagab samuti viimast seisukohta, hankija ei

³⁷⁴ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 10(4), 20 ja 22.

³⁷⁵ TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 20; VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 6.1.

³⁷⁶ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20.

³⁷⁷ TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094, p 20.

³⁷⁸ RKHKo 3-3-1-50-15, p 21-22.

³⁷⁹ TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 22.

³⁸⁰ TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 17; vt ka TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 25.

pea kontrollitud pakkumust pärast edukaks tunnistamisel põhjendama.³⁸¹ VAKO kõige hilisema praktika kohaselt ei pea hankija pärast kontrollimenetluse läbiviimist tegema ega põhjendama otsust, kui ta leidis, et tegemist ei ole põhjendamatult madala pakkumusega, kuid see samas ei tähenda, et hankija ei pea üleüldse kontrollitud pakkumuse aktsepteerimist põhjendama.³⁸² Hankija peab hiljemalt vaidlustusmenetluses suutma tõendada asjakohase ja sisulise kontrollimenetluse läbiviimist.³⁸³ Samas tagasi lükkamist tuleb igal juhul motiveerida ning see kohustus on sisuliselt täitmata, kui hankija pelgalt viitab seaduslikule alusele (RHS § 48 lg 3) või hanke volitatud korraldaja ettepanekule, kuna viimane ei ole siduv.³⁸⁴

Hankijal tuleb kaalutusõiguse teostamisel arvestada kõikide tähtsust omavate asjaoludega, neid kaaluda ning vältida kaalutusvigu, milleks on asjas tähtsust omavate asjaolude välja selgitamata jätmine või nende kaalumata jätmine. Kui hankija ei ole pakkumuse kõiki asjaolusid kaalunud, näiteks kõiki kulukomponente, siis on tegemist kaalutusveaga, kuna kontrollimenetlus ei ole olnud sisuline. Samas hankijale ei saa ette heita tegevusetust, kui ta on küsinud pakkujalt madala hinna kohta selgitusi, neid kaalunud ja hinnanud, kuid otsustanud pakkumust mitte tagasi lükata. Kui hankijal on võimalik esitatud selgituste pinnalt hinnata, et pakkumushind katab kõiki vajalikke kulusid ja lepingu mittekohase täitmise riski ei esine, siis tal on diskretsioon otsustada pakkumust aktsepteerida. Selline käitumine ei ole õigusvastane. Samas kui puudub võimalus pakkumust vastu võtta, kuna näiteks esineb mittekohase täitmise risk või kulud ei ole kaetud, siis hankijal ei pruugi olla kaalutusruumi pakkumuse aktsepteerimiseks.³⁸⁵

3.3. Konkurendi kaebeõigus

Riigihankemenetluses toimuval vaidlustusmenetlusel on rangelt isiku õiguste ja huvide kaitse eesmärk ning kaebused otsuste peale, mis ei saa rikkuda vaidlustaja õigusi, jäetakse rahuldamata (RHS § 117 lg 1). Eestis valitses pikemat aega ebaühtlane praktika küsimuses, kas eduka pakkuja konkurendid saavad nõuda hankijalt alapakkumuse tagasi lükkamist.³⁸⁶ Kohtupraktikas on samas leitud, et hankemenetluses osalenud pakkujatel peab olema võimalus

³⁸¹ TlnRnKo 04.07.2012, 3-12-971, p 20.

³⁸² VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 8.2-8.3.

³⁸³ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 8.3.

³⁸⁴ TlnHKo 30.10.2009, 3-09-1344.

³⁸⁵ TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 19-22; TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 29; VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.4.3.

³⁸⁶ Matteus 2016, lk 40.

vaidlustada hankija tegevust RHS § 48 lõike 3 kohaldamisel, mis on vaidlustatav pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kaudu.³⁸⁷ Pakkuja huve võib kahjustada ka hankija otsus tunnistada vastavaks ja edukaks teise pakkuja põhjendamatult madala hinnaga pakkumine.³⁸⁸

Kohus ja VAKO on varasemas praktikas öelnud, et konkureerivatel pakkujatel ei ole õigust nõuda RHS § 48 rakendamist hankija poolt.³⁸⁹ Eesti kohtupraktikas leiab näiteid, et seadus ei näe ette kohustust põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi lükata (RHS § 48 lg 3).³⁹⁰ Samas uuemas VAKO praktikas on leitud, et hankija ei või kuulutada edukaks põhjendamatult madala pakkumuse.³⁹¹ Seega võib leida seisukohti, et hankijal on diskretsioon lükata alapakkumusi tagasi, ent selle edukaks tunnistamine on vastuolus riigihangete üldpõhimõtetega.³⁹² Hankijal on tagasilükkamisel kaalutlusruum, kuid see on piiratud ning sellele võib järgneda kohtulik (või VAKO) kontroll.³⁹³ Hankijal on küll diskretsioon alapakkumust vastu võtta, ent tema kaalutlusõigus on sisulise kontrollimenetluse läbi viimata jätmisel niivõrd piiratud, et ta ei saa põhjendamatult madala pakkumuse vastu võtta.³⁹⁴ Alapakkumuse vastuvõtmine võib kaasa tuua selle otsuse tühistamise õiguse, kui on ilmne, et pakkumus on põhjendamatult madala hinnaga või hankija on teinud olulise kaalutlusvea alapakkumuse käsitlemisel.³⁹⁵ Hankija tegevusetus tagasilükkamisel on vaidlustatav pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kaudu, kuna hiljemalt selleks ajaks on selge, et hankija ei lükka väidetavalt põhjendamatult madala pakkumuse tagasi.³⁹⁶ Samas on leitud, et hankijal ei ole kohustust tagasi lükata pakkumust, mille korral on hankelepingu nõuetekohane täitmine hankija arvates võimalik.³⁹⁷ Seega kokkuvõttes näitab ülekaalukas praktika, et alapakkumusi tuleb tagasi lükata.

Kaebõiguse põhistamisele on VAKO tuginenud ELK *PC-Ware* kohtulahendile.³⁹⁸ Ent VAKO on jätnud tähelepanuta, et vaidluses kohalduva komisjoni finantsmääruse kohaselt oli hankijal kohustus lükata alapakkumusi tagasi. RHS järgi sellist kohustust ei ole, mistõttu ELK praktikale tuginemine selles küsimuses ei ole õige. Samas kuna uus riigihangete seadus näeb ette kohustuse lükata alapakkumusi tagasi, siis on isiku kaebõiguse olemasolu ilmne, eeldusel et

³⁸⁷ TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 17.

³⁸⁸ TlnRnKo 04.07.2012, 3-12-971, p 18.

³⁸⁹ TlnHKo 04.04.2011, 3-11-235, p 26.

³⁹⁰ TlnHKo 04.04.2011, 3-11-235, p 26; TrtHKo 14.08.2015, 3-15-1683, p 22; TlnHKo 30.10.2009, 3-09-1344.

³⁹¹ VAKOo 20.11.2015, 226-15/159960, p 11.

³⁹² TlnRnKo 04.07.2012, 3-12-971, p 18-19.

³⁹³ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.1.

³⁹⁴ TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 29-30.

³⁹⁵ TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 25.

³⁹⁶ VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 8.1.

³⁹⁷ VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 14; VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.1.

³⁹⁸ Nt VAKOo 19.03.2014, 39-14/148620, p 10.2.

ta esitas edukast pakkujast järgmise parima pakkumuse. Vastasel juhul ei ole tal huvi, kuna alapakkumuse tagasilükkamisel ei võida ta nagunii hanke. Seega kaebeõigus saab olla üksnes nendel pakkujatel, kes saavad hankelepingu põhimõtteliselt³⁹⁹ võita, juhul kui edukas alapakkumus oleks tagasi lükatud.

Kohus on ka leidnud, et kaebuse esitajal kui pakkujal on õigus RHS § 48 tuginedes esitada vaidlustust edukaks tunnistamise otsusele tuginedes riigihanke üldpõhimõtetele. RHS § 3 punktis 3 on sätestatud põhimõte, et riigihanke korraldamisel peab hankija kohtlema kõiki isikuid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning jälgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud. Ringkonnakohus on kaebaja esialgse õiguskaitse taotluse läbivaatamisel märkinud, et võrdse kohtlemise põhimõtte ja ettevõtlusvabaduse valguses tuleb kaitsmisvääriks pidada majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkuja huvi, et edukaks tunnistataks tema pakkumus, mitte põhjendamatult madal pakkumus. Seega on teistel pakkujatel õigus vaidlustada edukaks tunnistamise otsust ka põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamata jätmisel, kuna RHS § 48 kaitsealas on nii hankija kui ka teiste pakkujate huvid.⁴⁰⁰

Kui konkurent vaidlustab hankija tegevusetuse kontrollimenetluse kohaldamisel, siis tal tuleb tõendada, et hankijal pidi tekkima kahtlus põhjendamatult madalas pakkumuses.⁴⁰¹ VAKO pädevuses on kontrollida üksnes seda, kas hankija otsus on pakkumuse edukaks tunnistamise kohta kooskõlas RHS-ga ning tuvastada, kas hankija oleks pidanud kontrollimenetluse kohaldama.⁴⁰² Kui hankija on kontrollimenetluse kohaldanud, siis tuleb kaebajal tõendada, et pakkumushinnaga ei ole võimalik hankeleping (nõuetekohaselt) täita.⁴⁰³ Kaebajal lasub tõendamiskoormus, et pakkumus on liiga madal.⁴⁰⁴ Ta peab tõendama, et sellise hinnaga ei ole objektiivselt võimalik hankelepingut täita.⁴⁰⁵ Seevastu hankija peab hiljemalt vaidlustusmenetluses suutma tõendada asjakohase ja sisulise kontrolli läbiviimist.⁴⁰⁶

³⁹⁹ Järgmine pakkumus võib ka teoreetiliselt olla põhjendamatult madal või ei vasta muus osas nõuetele, mis ilmus hiljem välja.

⁴⁰⁰ TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 18.

⁴⁰¹ VAKOo 22.09.2015, 195-15/165683, p 8.2.2; VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 9.

⁴⁰² VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 10.

⁴⁰³ VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 14.

⁴⁰⁴ RKHKo 3-3-1-87-10, p 19.

⁴⁰⁵ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.3.2.

⁴⁰⁶ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 8.3

Pakkumuse maksumuse põhjendatust saab hinnata üksnes hankija, vaidlustuskomisjon ja kohtud teostavad üksnes järelkontrolli hankija otsuse õiguspärasuse üle.⁴⁰⁷ Hankijal on ulatuslik kaalutusõigus asjaolude osas, mida võib võtta arvesse pakkumuse maksumuse põhjendatuse kontrollimisel ning VAKO (ja kohtute) kontroll saab piirduda vaid menetlusnormide järgimise, asjaolude sisulise paikapidavuse ning ilmse kaalutusvea olemasolu või puudumise kontrollimisega.⁴⁰⁸ Kaalutusveaks peetakse olulise asjaolu kontrollimata jätmist, näiteks kui ei kontrollita osutatava teenuse puhul kõikide osade kulusid.⁴⁰⁹ Kui hankijal tekkis hinna kohta kahtlus ja ta nõudis kontrollimenetluses pakkujalt selgitusi, tuvastades nende alusel põhjendamatult madala maksumuse puudumist, siis ei saa muude asjaolude puudumisel jõuda järeldusele, et tegemist on põhjendamatult madala pakkumusega.⁴¹⁰ Riigikohus on kinnitanud, et kohtulik kontroll on piiratud ning kaalutusõiguse alusel antud haldusakti või tehtud toimingu õiguspärasust hinnates kontrollib kohus kaalutusõiguse piiride ja eesmärgi ning muude kaalutusreeglite järgimist, kuid kohus ei hinda eraldi kaalutusotsuse otstarbekust, kuna kohus ei teosta kaalutusõigust ise.⁴¹¹ Kohus on hinnanud esiteks, kas hankija on viinud läbi kohase ja sisulise kontrollimenetluse ning teiseks, kas hankija sai temale esitatud selgituste ja andmete pinnalt jõuda järelduseni, et pakkumus ei ole põhjendamatult madal.⁴¹²

Praktikas saavad kaebajad hanke võitnud pakkuja edukaks tunnistamise otsuse õigusvastasuse tuvastamise kaudu esitada hiljem kahju hüvitamise nõude hankemenetluses osalemise kulude hüvitamiseks, kusjuures õigusvastasus seisneb selles, et edukas pakkumus oli põhjendamatult madal ja hankija pidi seetõttu selle tagasi lükkama.⁴¹³

Kontrollimenetluses saadud teave võib olla salastatud. Ärisaladuse jätab hankija avaldamata (RHS § 54 lg 3).⁴¹⁴ Kui kontrollimenetluses antud selgitusi käsitleb nende esitaja konfidentsiaalsetena (RHS § 43 lg 4 mõttes), siis ei tohi VAKO pakkumusega seonduvat teavet täies ulatuses oma otsuses välja tuua, mida menetlusosalised on pidanud näiteks oma ärisaladuseks, mistõttu on VAKO-l piiratud põhjendamiskohustus ja tal ei ole võimalik oma otsuses viidatud tõendeid täiel määral kirjeldada.⁴¹⁵ Sama kehtib ka kohtute puhul. Hankija ei

⁴⁰⁷ VAKOo 20.11.2015, 226-15/159960, p 11; TlnRnKo 03.12.2014, 3-14-51897, p 11.

⁴⁰⁸ VAKOo 26.10.2015, 213-15/165494, p 16; VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 15; TrtHKo 02.05.2013, 3-13-646, p 22.

⁴⁰⁹ TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 29.

⁴¹⁰ VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 18; VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 9.1.

⁴¹¹ RKHKo 3-3-1-87-13, p 17.

⁴¹² TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 18.

⁴¹³ TrtHKo 22.02.2011, 3-10-2260, p 14.

⁴¹⁴ VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112, p 8.3

⁴¹⁵ VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256, p 11; VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580, p 12.

avalikusta pakkumuste avamisel pakkumuste sisu osas, mis rikuks pakkujate ärisaladust või kahjustaks nendevahelist konkurentsi (RHS § 46 lg 5), kusjuures hankija ei tohi avaldada ettevõtjate ärisaladust oma otsustest (sh pakkumuse tagasilükkamise otsuses) teavitamise korral (RHS § 54 lg 3) ega teha ärisaladusega hõlmatud andmeid kättesaadavaks riigihangete registri vahendusel (RHS § 105 lg 4).⁴¹⁶ Seega kontrollimenetluses vahetatud teave on eelduslikult konfidentsiaalne. Hankija ei või ka dialoogi käigus avalikustada konfidentsiaalse teabe ilma pakkujate nõusolekuta (RHS § 63 lg 5) ning peab tunnustama sellise teabe asutusesiseseks kasutamiseks.⁴¹⁷ Samas see ei tähenda, et hankija ei pea vaidlustus- või kohtumenetluses avaldama oma üldisi kaalutlusi, millest lähtudes ta otsustas, et pakkumus ei ole põhjendamatult madal.

Käesoleva ja sellele eelneva alapeatüki kokku võttes võib öelda, et Eesti VAKO- ja kohtupraktika on olnud viimaste aastate jooksul võrdlemisi progressiivne, leides et hankijal ei ole küll kohustus alapakkumusi tagasi lükata, ent ta diskretsioon võib olla lähtudes RHS üldpõhimõtetest piiratud nullini, mille tulemusel on hankija siiski kohustatud põhjendamatult madalaid pakkumusi edukaks mitte kuulutama. Sellega on tegelikult loodud olukord, kus tuvastades alapakkumuse ehk pakkumuse, mis ei kata ettevõtja kulusid või mille puhul esineb mittekohase täitmise risk, ei saa hankija sellise pakkumuse vastu võtta. Sellise käsitlusega on kooskõlas tagada alapakkumuse konkurendile kaebeõiguse, kuna temal on reaalne huvi ja õigus võita hankeleping pärast põhjendamatult madala pakkumuse tagasi lükkamist. Kehtivale praktikale on järele jõudnud riigihangete seaduse eelnõu, mis näeb jõustumisel ette hankijatele kohustuse lükata alapakkumused tagasi. Kuigi kaebeõiguse osas võib liikmesriik kehtestada alapakkumuste vastuvõtmise vaidlustamisel oma menetlusreeglid, siis tagasilükkamise kohustuse osas ja hankija kaalutusõiguse täielik piiramine ei ole EL õigusega kooskõlas. Viimase kohaselt saab hankija siiski lähtudes kaalukast huvist otsustada alapakkumuse vastuvõtmise kasuks, mis ei ole keelatud, kuna hankedirektiivis on sõnaselgelt selline võimalus olemas. Kehtiva RHS raames saab seega veel argumenteerida, et EL hankedirektiivid lubavad sõnaselgelt hankijal alapakkumusi aktsepteerida ning direktiivi sätte sõnastust ei tohi EL õiguse kohaselt moonutada teleoloogilise tõlgendamise kaudu.⁴¹⁸ Ent uue riigihangete seaduse jõustumisel ei ole see enam aktuaalne.

⁴¹⁶ TlnRnKo 07.10.2014, 3-14-51616, p 15.

⁴¹⁷ TrtHKo 25.06.2015, 3-15-1268, p 24.

⁴¹⁸ Käesoleva magistr töö alapeatükk 1.1.

Kokkuvõte

Käesoleva töö eesmärgiks oli leida põhjendamatult madalatele pakkumustele kehtiva õigusega ja eesmärkidega kooskõlas olev legaaldefiniitsioon; tuvastada normi legitiimseid eesmärke, et hinnata Eesti kehtiva õiguse ja praktika kooskõla EL õigusega; pakkuda välja alapakkumuste tuvastamismetoodika praktilisi probleeme silmas pidades ja uute hankedirektiividega kehtestatud kohustuste paremaks järgimiseks ning leida majanduslikult ratsionaalsed põhjendused, mis võivad õiguspäraselt selgitada madalat hinda ning mida võib hankija kaalutusõigust teostades aktsepteerida. Töö tulemuseks on ettepanekud, mis tagaksid parema hankeõiguse põhimõtete kehtivuse, nimelt võrdse kohtlemise, konkurentsi kaitse, diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse. Ühtlasi tagaksid ettepanekud õigusselgust ja õiguskindluse põhjendamatult madalate pakkumuste tuvastamisel ja määratlemisel.

Töös leiti, et põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise õiguse kehtestamise eesmärgiks on kaitsta hankijat võimetute pakkujate eest, kelle puhul esineb vastuvõetamatu hankelepingu mittekohase täitmise risk. Hankedirektiivid ei kohusta hankijat alapakkumusi tagasi lükkama, vaid annavad kõigest võimaluse seda teha. Erandiks on uute hankedirektiividega lisatud erisäte, mille alusel on hankijal kohustus lükata põhjendamatult madalaid pakkumusi tagasi, kui ta on tuvastanud madala hinna põhjuseks keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse mittejärgimise pakkuja poolt.

Pakkuja kaitse on tagatud kohustusliku kontrollimenetlusega, mida tuleb hankijal nõuetekohaselt läbi viia. Pakkujal peab olema reaalne ja efektiivne võimalus tõendada oma pakkumuse tõsiseltvõetavust. Selle jaoks toob hankija esile konkreetsed asjaolud, mis tekitasid hankijale kahtluse hinna põhjendatuses. Seejärel on tõendamiskoormus pakkujal, kes peab oma pakkumuse tõsiseltvõetavust hankijale tõendama või selgitama. Esitatud põhjendusi tuleb asjalikult kaalutleda. EL siseturu idee põhineb vabal turumajandusel ning käib piltlikult öeldes käsikäes ausa konkurentsiga. Kui hankija ei teosta kontrollimenetlust või ei tee seda korrektselt, siis võivad konkurentsivõimelised pakkujad olla ebaõiglaselt ja seadusvastaselt menetlusest kõrvaldatud.

Hankeõiguse üheks peamiseks eesmärgiks on tagada tõhusat konkurentsi. Riigihangete eesmärk on avada moonutamata konkurentsi ning välistada konkurentsivastast tegevust EL hanketurul. Kui alapakkumus on vastuolus konkurentsireeglitega, siis hankija diskretsioon võib

olla piiratud, mille tõttu ta ei saa sellist pakkumust vastu võtta. Ent hankijalt ei saa oodata konkurentsiseaduse kohaldamist ega vastava rikkumise nõuetekohast kontrolli, sest see on kas Konkurentsiameti või Euroopa Komisjoni pädevuses. Seega hankija vastutus on konkurentsioiguse rikkumise tuvastamata jätmisel piiratud.

Kontrollimenetluse läbiviimise eesmärk on tagada eluterve konkurents pakkujate vahel, kuna see võimaldab välja selgitada madala hinna põhjused ja seeläbi kõige konkurentsivõimelisema pakkumuse. Hankija peab järgima hanke korraldamisel EL aluslepingute ning hankeõiguse eesmärke ja üldpõhimõtteid, mistõttu tema kaalutusõigus on piiratud. Kui pakkumushinna juures esineb majanduslikult objektiivsete asjaoludega põhjendatud vastuvõetamatu hankelepingu mittekohane täitmise risk, siis see võib realiseeruda halvas kvaliteedis, õigusrikkumises või lisatasu väljakauplemises. Kui pakkumusmenetluses osales konkurentsivõimelisemaid pakkujaid, siis hankija ei saa põhimõtteliselt kaalutusõigust õigesti rakendada, kuulutades edukaks alapakkumuse, mille puhul esineb vastuvõetamatu mittekohase täitmise risk. Samas hankija saab enda kaitseks välja tuua olulised kaalutlused, näiteks ülekaalukas avalik huvi, et muuta riskantse pakkumuse siiski vastuvõetavaks. Konkurentidel võib sel juhul olla kaebeõigus, et vaidlustada hankija diskretsiooni rikkumist, kuid see on iga liikmesriigisisese menetlusõiguse küsimus, kuna hankedirektiivid ei nõua alapakkumuste tagasi lükkamist.

Alapakkumuste tuvastamiseks on tehtud ettepanek juhendada järgmistest kriteeriumitest:

- 1) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 30% alla teiste pakkujate küsitud keskmisest maksumusest;
- 2) pakkumuse maksumuse jääb rohkem kui 20% alla paremuselt teises pakkumuses küsitud maksumusest;
- 3) pakkumuse maksumus jääb rohkem kui 25% alla hankelepingu eeldatavast maksumusest;
- 4) hankemenetluses on esitatud vähemalt kolm pakkumust.

Kolm esimest kriteeriumit tuleb käsitleda alternatiivsetena ehk pakkumust peab kontrollima, kui on täidetud vähemalt üks kolmest esimesest tingimusest. Neljas kriteerium on tuvastamiseetodi rakendamise eeltingimuseks. Seega kui esitatakse alla kolme pakkumuse, siis tuvastamiseetodi ülejäänud kriteeriumid ei kohaldu ning hankijal on diskretsioon tuvastada alapakkumusi lähtudes hankelepingu esemest (RHSe § 115 lg 1). Hankijal ei jää

ilmselt muud võimalust kui lähtuda hankelepingu eeldatavast maksumusest, millest kõrvalekalde protsent ei pea alati olema 25%, vaid seda saab hankija ise määrata arvestades konkreetse hanke eripäraga ning eeldatava maksumuse prognoosi usaldusväärsusega.

Põhjendamatult madal pakkumushind on määratletud lähtudes kahest kriteeriumist: kui hind ei kata ettevõtja hankelepingu täitmise kulusid või kui esineb lepingu mittekohase täitmise risk. Kusjuures viimast tuleb mõista ka sellisena, mis rikub kohalduvaid norme ja eelkõige konkurentsireegleid (röövellik hinnakujundus) või ei täida õigusest tulenevaid (rahalisi) kohustusi. Näiteks juhul kui pakkuja võib hankelepingut ennast küll nõuetekohaselt täita, kuid tal ei jätku raha maksukohustuste täitmiseks, kõikide tööohutusnõuete tagamiseks või alltöövõtjatele tasu maksmiseks. Ettepanek on õiguslikult määratleda alapakkumusi lähtudes üheaegselt mõlemast kriteeriumist ja kujundada selline lähenemine legaaldefiniitsiooniks. Alapakkumusega on tegemist siis, kui selle juures ei esine mittekohase täitmise riski ning pakkumushind katab lepingu täitmise kulud. Selline määratlus on mõistlik arvestades nii hankija kui ka pakkuja huve ning majanduslikult ratsionaalset käitumisstandardit. Mittekohase täitmise riski puudumine tagab hankijale lepingu nõuetekohase täitmise kindluse ning kui ettevõtjal on kulud kaetud, siis see tagab tema püsimise turul. Samas kohati võib madal hind olla põhjendatud ka siis, kui kulud ei ole pakkumushinnaga kaetud. Hankija saab kontrollimenetluses alapakkumusi määratleda vastavalt kaetud kulude meetodile (alapeatükk 2.3) ning madala hinna põhjendusi kaaluda (alapeatükk 2.4). Seega ettepanek hõlmab mõlema kriteeriumi integreerimist ühte tervikusse.

Pakkuja saab hankelepingu mittekohase täitmise riski puudumist tõendada sellega, et ta saab lepingu täitmise kulud kaetud seadusliku ja siseturuga kokkusobiva riigiabiga. See on ka ainuke juhul, mil tema pakkumushind võib olla väiksem lepingu täitmise muutuvkulust, ent siis ei tohi pakkuja olla turgu valitsev ettevõtja, sest neil on konkurentsioõigusest tulenev spetsiaalne piirang. Kui pakkumushind katab tema muutuvkulu, kuid mitte kogukulu, siis pakkuja saab mittekohase täitmise riski puudumist tõendada võimalusega saada ristsubsideerimise kaudu oma kogukulu kaetud, ent sellisel juhul peab taolise hinna taga olema täiendav majanduslikult ratsionaalne põhjus, milleks võib pidada (mitteammendav loetelu):⁴¹⁹

- soov tööjõudu üleval pidada majanduslanguse ajal;
- soov laieneda turul;

⁴¹⁹ Vt käesoleva magistritöö alapeatükki 2.2.

- kogemuste saamine;
- sissejuhatav allahindlus;
- kuvandi loomine;
- ülejäänud tootmisega seotud põhjused (välja arvatud ebakindlus kulude arvestuses).

Eesti VAKO- ja kohtupraktika on olnud viimaste aastate jooksul võrdlemisi progressiivne, leides et hankijal ei ole küll kohustus alapakkumusi tagasi lükata, ent ta diskretsioon võib olla lähtudes RHS üldpõhimõtetest piiratud nullini, mille tulemusel on hankija siiski kohustatud põhjendamatult madalaid pakkumusi edukaks mitte kuulutama. Sellega on tegelikult loodud olukord, kus tuvastades alapakkumuse ehk pakkumuse, mis ei kata ettevõtja kulusid või mille puhul esineb mittekohase täitmise risk, ei saa hankija sellise pakkumuse vastu võtta. Sellisele praktikale on järele jõudnud riigihangete seaduse eelnõu, mis näeb jõustumisel ette hankijatele kohustuse lükata alapakkumused tagasi. Samas tagasilükkamise kohustuse osas ja hankija kaalutusõiguse täielik piiramine ei ole kehtiva RHS raames EL õigusega kooskõlas. Viimase kohaselt saab hankija siiski lähtudes kaalukast huvist otsustada alapakkumuse vastuvõtmise kasuks, mis ei ole keelatud, kuna hankedirektiivis on sõnaselgelt selline võimalus olemas. Kehtiva RHS raames saab seega veel argumenteerida, et EL hankedirektiivid lubavad sõnaselgelt hankijal alapakkumusi aktsepteerida ning direktiivi sätte sõnastust ei tohi EL õiguse kohaselt moonutada teleoloogilise tõlgendamise kaudu. Ent uue riigihangete seaduse jõustumisel ei ole see enam aktuaalne.

Abnormally Low Tenders in Public Procurement Law

Summary

This thesis focuses on the regulation of abnormally low tenders in the field of public procurement law. The aims of this thesis are to:

- provide a legal definition for the concept of abnormally low tender that would prove to be in greater compliance with the general principles of public procurement law;
- establish the legitimate aims of the provision on abnormally low tenders in order to provide grounds for more coherent interpretation of the relevant provisions;
- establish whether Estonian law is in compliance with EU law regarding the law, its interpretation and practice of abnormally low tenders;
- provide a method for identifying abnormally low tenders that is suitable for Estonia;
- classify economically sound and rational reasons for pricing below the costs that are needed to perform the public contract.

Until the new public procurement directives adopted in 2014 there was no obligation to reject abnormally low tenders. There is still no general obligation to reject these offers, unless they are the result of non-compliance with the applicable environmental, social or labour law. However, Estonian courts and Public Procurement Appeals Committee (*PPAC*) have developed a contradicting approach. While there is still no *expressis verbis* obligation to reject abnormally low tenders in the Estonian Public Procurement Act, the Estonian courts and PPAC have limited contracting authorities' discretion to accept these offers. The courts and PPAC admit that while the contracting authorities do not have to reject abnormally low tenders, they cannot accept them either. In order solve this rather unusual approach, this thesis was set out to establish the legitimate purposes of the provisions in question.

Legal research and analysis revealed the legitimate purposes of the provision on abnormally low tender, as it is according to the *de lege lata* (current state of law as it is). Although the EU and Estonian law are, in general, in compliance with one another, there is a difference regarding the rejection of abnormally low tenders. While EU law permits, in essence, the contracting authorities to accept low bids, the Estonian approach reveals the opposite. While Estonian courts and PPAC acknowledge the discretion of public authorities to accept these tenders, they

also limit the right to accept low bids in cases where it has been established that the tender is, in fact, abnormally low. Therefore, the Estonian and EU law are not in complete compliance with each other.

An abnormally low tender is one that entails a risk of non-performance or which does not cover the costs of the undertaking needed to perform the public contract. As the current state of law is, the contracting authority may use one or the other approach to define the concept of abnormally low. It is proposed in this thesis to integrate both of the approaches into one, as it reflects the *de lege lata*. Therefore, tender is not abnormally low only if it does not entail a risk of non-performance and if the costs of performing the contract are covered by the tendered price. This proposal is also based on the idea of an economically rational undertaking active in a competitive market, as the market for public contracts is intended to be one. The undertaking suffering losses for the performance is not rational, unless there is an economically sustainable reason for such behaviour. This thesis provides a list of non-exhaustive list for these reasons, which the contracting authority may evaluate, for example:

- undertaking's wish to sustain his workforce during economical downfall;
- wish to penetrate the market;
- wish to obtain experience;
- introductory rebates;
- establish an image for itself.

Contracting authority should have discretion to accept those reasons, but only if the variable cost of the undertaking is covered. Pricing under variable cost is deemed to distort competition and in public market, even non-dominant undertakings may achieve the same undesirable result that the rules on predatory pricing are created to prevent. However, if a non-dominant undertaking has received lawful and compatible state aid, then it should be accepted to price even below variable cost, if the state aid covers its total cost during the performance of the contract.

The aim of the right to reject abnormally low tenders is to protect the contracting authorities from accepting bids that are economically unsustainable. Since it is to protect the grantor of the public contract, they may, and according to public procurement directives they can, risk and accept the tender if they so desire. Unless the contracting authorities establishes that there is predatory pricing involved, in which case it would not be in compliance with general principle

and aim of ensuring effective and undistorted competition in public procurement to accept the low bid.

The aim of the verification procedure included in the provision of abnormally low tenders is to protect the tenderers from the arbitrariness of the contracting authority and to ensure healthy competition between undertakings, so as to not to allow rejection of low tenders, which are actually reasonably priced and sustainable.

Method for identification of abnormally low tenders was proposed in this thesis. The tender appears to be abnormally low, if:

- 1) tender is lower than 30% of the average of other tenders submitted;
- 2) tender is lower than 20% of the second best tender submitted;
- 3) tender is lower than 25% of the estimated price of the contract;
- 4) at least 3 tenders have been submitted.

The first three criteria are to be applied as alternatives. If one of them is fulfilled, the tender appears to be abnormally low and contracting authority should investigate it in accordance with the verification procedure prescribed in the directives. The fourth criterion is needed to be fulfilled in order for the proposed identification method to apply. Therefore, if there are less than 3 tenders submitted, the contracting authority would have to most likely use the estimated price of the contract in order to identify suspect tenders.

Kasutatud allikad

Kirjandus

1. Areeda, P., Turner, D. F. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. – Harvard Law Review 1975, 88, lk 697-733.
2. Arrowsmith, S. (Editor). EU Public Procurement Law. An Introduction. *Sine loco*: University of Nottingham 2010.
3. Arrowsmith, S. Electronic Reverse Auctions under the EC Public Procurement Rules. Current Possibilities and Future Prospects. Public Procurement Law Review 2002, 6, lk 299-330.
4. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third Edition. London: Sweet & Maxwell 2014.
5. Bovis, C. EU Public Procurement Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2007.
6. Dischendorfer, M. Abnormally Low Bids under the E.C. Procurement Directives. A Note on Joined Cases C-285/99 and 286/99. Public Procurement Law Review 2002, 2, NA30-32.
7. Economic and Social Committee. Opinion on the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts’ (2001/C 193/02). – ELT C 193, 10.7.2001, lk 7-15.
8. Economic and Social Committee. Opinion on the Green Paper Entitled Public Procurement in the European Union. Exploring the Way Forward (COM(96) 583 final). IND/599. Brussels, 29 May 1997. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces607-1997_ac_en.doc (23.04.2016).
9. Economic and Social Committee. Opinion on the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy and transport sectors (COM(2000) 276 final – 2000/0117 (COD)). INT/074 Public Service, Supply and Works Contracts. Brussels, 26 April 2001. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces514-2001_ac_en.doc (23.04.2016)

10. E-riigihangete keskkond. Uudised. UUS! Rahandusministeeriumi käitumisjuhise riigihangete direktiivide otsekohaldatavuse kohta. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/uudised/-/asset_publisher/0dtR/content/uus!-rahandusministeeriumi-kaitumisjuhise-riigihangete-direktiivide-otsekohaldatavuse-kohta;jsessionid=9P4zXKDFMGqq1fPyR7nzyyMy8hB111nyQvdzGm5twp8TS3nZJ1qG!890299181!1032579777!1460274175074?redirect=%2F1r1%2Fweb%2Fguest%2Fuudised (10.04.2016).
11. Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM(2011) 896 lõplik.
12. European Economic and Social Committee. Opinion on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Strategy for the Sustainable Competitiveness of the Construction Sector and its Enterprises COM(2012) 433 final. CCMI/106. Sustainable Competitiveness of the Construction Sector. Brussels, 17 April 2013. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces2295-2012_00_00_tra_ac_en.doc (22.04.2016).
13. European Economic and Social Committee. Working Document of the Section for the Single Market, Production and Consumption. INT/624-625-626. Public Procurement and Concession Contracts. Brussels, 13 February 2012, p 4.26. Arvutivõrgus: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/r_ces290-2012_dt_en.doc (22.04.2016)
14. European Parliament. Minutes of the Sitting on of Thursday 30 April 1998 (98/C 152/02). – ELT C 152, 18.5.98, lk 13-104.
15. García-Andrade, X. C. Why Manova is Not Slovensko. A New Balance Between Equal Treatment of Tenderers and Competition? Public Procurement Law Review 2015, 4, NA109-NA117.
16. Graells, A. S. Public Procurement and the EU Competition Rules. UK: Hart Publishing 2011.
17. Griffin, N. Abnormally Low Tenders in Procurement Law. Procurement Lawyers' Association 2010.
18. Henty, P. Award of Injunctions, Abnormally Low Tenders and Duty to Disclose Award Criteria. The Case of Morrison Facilities Services Limited v Norwich County Council. Public Procurement Law Review 2010, 5, NA190-194.
19. Kelve-Liivsoo, M., Knjazev, A., Kookmaa, T. Legal Remedies Available to Competitors of Recipients of Unlawful State Aid under Estonian Law. – Juridica International 23/2015, lk 98-109.

20. Komisjon. Komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes (2009/C 45/02). – ELT C 45, 24.2.2009, lk 7-20.
21. Král, R. On the Choice of Methods of Transposition of EU Directives. *European Law Review* 2016, 41(2), lk 220-242.
22. Krüger, K., Nielsen, R., Bruun, N. *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. Copenhagen: DJØF Publishing 1998.
23. Lenaerts, K., Gutiérrez-Fons, J. A. To Say What the Law of the EU Is. *Methods of Interpretation and the European Court of Justice*. European University Institute. *Academy of European Law. Sine loco: EUI Working Paper AEL 2013/9*.
24. Lundqvist, B., Ølykke, G. S. Post Danmark. Now Concluded by the Danish Supreme Court. Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under Article 102 TFEU? *European Competition Law Review* 2013, 34(9), lk 484-489.
25. Mägi, M. Röövellik hinnakujundus Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguses. Magistritöö. Juhendajad LLM Mari Matjus ja PhD Carri Ginter. Tallinn: Tartu Ülikool 2015.
26. Marceau, G., Blank, A. History of the government procurement negotiations since 1945. – *Public Procurement Law Review* 1996, 4, lk 77-147.
27. Martin, P. Comments on the Draft Act Reforming the French Public Works Code. *Public Procurement Law Review* 1997, 4, CS133-137.
28. Matteus, K. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. – *Juridica I/2016*, lk 32-43.
29. McCrudden, C. *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, and Legal Change*. New York: Oxford University Press 2007.
30. McGovern, P. Automatic Suspension, Clarifications and Abnormally Low Tenders. The Case of *Resource (NI) Limited v University of Ulster*. *Public Procurement Law Review* 2013, 5, NA127-NA132.
31. McGovern, P. Lifting a Suspension and the Obligation to Investigate Low Bids. The Case of *Allpay Limited v Northern Ireland Housing Executive*. *Public Procurement Law Review* 2016, 1, NA17-NA20.
32. McGovern, P. Procurement: the cases of *Fox Building and Engineering Ltd v Department of Finance and Personnel (No 1)* and *Fox Building and Engineering Ltd v Department of Finance and Personnel (No 2)*. *Public Procurement Law Review* 2016, 1, NA21-NA25.
33. McGowan, D. An Obligation to Investigate Abnormally Low Bids? *SAG ELV Slovensko A.S. (C-599/10)*. *Public Procurement Law Review* 2012, 4, NA165-168.
34. Minumets, D., Kulm, P. *Riigihangete õigus*. Tallinn: Juura 2014.

35. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* VIII/2007, lk 564-572.
36. Ølykke, G. S. *Abnormally Low Tenders. With an Emphasis on Public Tenderers.* Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen 2010.
37. Osepciu, L. *J Varney & Sons Waste Management Limited v Hertfordshire County Council.* *Public Procurement Law Review* 2010, 6, NA246-250.
38. Riigihangete seaduse 4. aprilli 2016. a eelnõu.
39. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? – *Juridica* VI/2014, lk 423-432.
40. Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde.
41. Trepte, P. A. *Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide.* Second Edition. Oxford University Press 2007.
42. Trybus, M. *European Defence Procurement Law. International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe.* London: Kluwer Law International 1999.
43. Väljaots, T. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendajad C. Ginter ja I. Kull. Tartu Ülikool 2011.
44. Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. – *Juridica* IX/2013, lk 648-657.
45. Weiss, F. *Public Procurement in European Community Law. European Community Law Series 4.* London: The Athlone Press 1993.

Õigusaktid

Euroopa Liit

46. Euroopa Liidu leping. Konsolideeritud versioon. – *ELT* C 326, 26.10.2012, lk 13-390.
47. Euroopa Liidu toimimise leping. Konsolideeritud versioon. – *ELT* C 326, 26.10.2012, lk 47-199.
48. Euroopa Nõukogu direktiiv 71/305/EMÜ, 26. juuli 1971, ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – *ELT* L 185, 25.8.71, lk 682-692.
49. Euroopa Nõukogu direktiiv 89/440/EMÜ, 18. juuli 1989, millega muudetakse direktiivi 71/305/EMÜ ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – *ELT* L 210, 21.7.89, lk 1-21.

50. Euroopa Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord. – ELT L 199, 9.8.93, lk 54-83.
51. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 19-131.
52. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.4.2004, lk 132-262.
53. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.8.2009, lk 76-136.
54. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 1-64.
55. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.
56. 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, 28.3.2014, lk 243-374.
57. Komisjoni delegeeritud määrus (EL) 2015/2462, 30. oktoober 2015, millega muudetakse delegeeritud määrust (EL) nr 1268/2012, mis käsitleb Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL, Euratom) nr 966/2012 (mis käsitleb Euroopa Liidu üldeelarve suhtes kohaldatavaid finantseeskirju) kohaldamise eeskirju. – ELT L 342, 29.12.2015, lk 7-56.
58. Komisjoni määrus (EÜ, Euratom) nr 2342/2002, 23. detsember 2002, millega kehtestatakse Euroopa ühenduste üldeelarve suhtes kohaldatavat finantsmäärust käsitleva nõukogu määruse (EÜ, Euratom) nr 1605/2002 üksikasjalikud rakenduseeskirjad. – ELT L 357, 31.12.2002, lk 145-215.

Eesti Vabariik

59. Haldusmenetluse seadus. – RT I, 23.02.2011, 8.
60. Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2014, 15.
61. Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2015, 24.

62. Riigihangete seadus. – RT I, 23.03.2015, 24.

Muu

63. Revised Agreement on Government Procurement, 30 March 2012.

Kohtupraktika

Euroopa Liidu Kohus

64. EKo 05.02.1963, kohtuasi 26/62 *Van Gend en Loos*.
65. EKo 10.02.1982, kohtuasi 76/81 *Transporoute*.
66. EKo 06.10.1982, kohtuasi 283/81 *CILFIT*.
67. EKo 9.11.1983, kohtuasi 322/81 *Michelin*.
68. EKo 22.06.1989, kohtuasi 103/88 *Fratelli*.
69. EKo 3.7.1991, C-62/86 *AKZO*.
70. EKo 22.6.1993, C-11/92 *The Queen*.
71. EKo 26.10.1995, C-143/94 *Furlanis*.
72. EK 26.10.1995, C-143/94 *Furlanis*, kohtujurist C. O. Lenz ettepanek.
73. EKo 14.11.1996, C-333/94 *Tetra Pak*.
74. EK 15.6.2000, C-94/99 *ARGE*, kohtujurist P. Léger ettepanek.
75. EKo 7.12.2000, C-94/99 *ARGE*.
76. EK 5.6.2001, C-285/99 *Lombardini*, kohtujurist D. R.-J. Colomer ettepanek.
77. EKo 27.11.2001, C-285/99 *Lombardini*.
78. EÜKo 25.2.2003, T-4/01 *Renco*.
79. EKo 29.4.2004, C-341/01 *Plato Plastik*.
80. EKo 11.1.2005, C-26/03 *Stadt Halle*.
81. EÜKo 6.7.2005, T-148/04 *TQ3 Travel Solutions*.
82. EKo 8.11.2005, C-443/03 *Götz Leffler*.
83. EKo 21.2.2008, C-412/04 *Komisjon vs Itaalia Vabariik*.
84. EKo 15.5.2008, C-147/06 *SECAP*.
85. EK 15.5.2008, C-147/06 *SECAP*, kohtujurist D. R.-J. Colomer ettepanek.
86. EÜKo 21.5.2008, T-495/04 *Belfass*.
87. EKo 19.6.2008, C-454/06 *Pressetext*.

88. EK 17.12.2008, C-250/07 *Komisjon vs Kreeka Vabariik*, kohtujurist M. P. Maduro ettepanek.
89. EKo 2.4.2009, C-202/07 *Wanadoo*.
90. EKo 09.06.2009, C-480/06 *komisjon vs Saksamaa*.
91. EÜKo 11.5.2010, T-121/08 *PC-Ware*.
92. EKo 15.7.2010, C-582/08 *Komisjon vs Suurbritannia*.
93. EK 24.5.2011, C-209/10 *Post Danmark*, kohtujurist P. Mengozzi ettepanek.
94. EKo 27.3.2012, C-209/10 *Post Danmark*.
95. EKo 29.3.2012, C-599/10 *Slovensko*.
96. EÜKo 16.09.2013, T-402/06 *Hispaania Kuningriik vs komisjon*.
97. EKo 10.10.2013, C-336/12 *Manova*.
98. EÜKo 5.11.2014, T-422/11 *Computer Resources*.

Riigikohus

99. RKHko 3-3-1-87-13.
100. RKHko 3-3-1-87-10.
101. RKHko 3-3-1-66-02.
102. RKHko 3-3-1-50-15.
103. RKHko 3-3-1-58-06.
104. RKHko 3-3-1-36-10.

Maa- ja ringkonnakohus

105. TlnHko 04.04.2011, 3-11-235.
106. TlnRnko 04.07.2012, 3-12-971.
107. TrtHko 25.06.2015, 3-15-1268.
108. TlnHko 30.10.2009, 3-09-1344.
109. TrtHko 14.08.2015, 3-15-1683.
110. TlnRnko 12.10.2015, 3-15-1822.
111. TlnRnko 11.05.2015, 3-15-77.
112. TlnRnko 11.05.2015, 3-15-95.
113. TrtHko 02.05.2013, 3-13-646.
114. TlnRnko 03.12.2014, 3-14-51897.
115. TlnRnko 07.10.2014, 3-14-51616.

116. TlnRnKo 16.03.2015, 3-14-53094.
117. TlnRnKo 22.04.2015, 3-15-127.
118. TrtHKO 22.02.2011, 3-10-2260.
119. TlnRnKo 15.01.2016, 3-15-2384.

Riigihangete vaidlustuskomisjon

120. VAKOo 18.10.2013, 231-13/144631.
121. VAKOo 19.03.2014, 39-14/148620.
122. VAKOo 19.03.2014, 39-14/148620.
123. VAKOo 02.07.2014, 137-14/148969.
124. VAKOo 11.07.2014, 142-14/146110.
125. VAKOo 15.04.2015, 59-15/158335.
126. VAKOo 29.07.2015, 156-15/162256.
127. VAKOo 17.09.2015, 198-15/159580.
128. VAKOo 22.09.2015, 195-15/165683.
129. VAKOo 26.10.2015, 213-15/165494.
130. VAKOo 20.11.2015, 226-15/159960.
131. VAKOo 16.02.2016, 21-16/167112.
132. VAKOo 03.03.2016, 13-16/167626.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina Artur Knjazev

(sünnikuupäev: 2. veebruar 1992)

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

„Põhjendamatu madalad pakkumused riigihankeõiguses“,

mille juhendaja on Carri Ginter

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.

Tartus, 2. mai 2016